

PATRICIA NACIMIENTO

If it ain't broke, don't fix it*

„Mit unseren Vorschlägen für ein neues Investitionsgericht betreten wir Neuland. Qualifizierte Richterinnen und Richter werden für transparente Verfahren sorgen, und die Fälle werden auf der Grundlage klarer Regeln entschieden.“

Frans Timmermans, Erster Vizepräsident der EU-Kommission, Pressemitteilung der EU-Kommission vom 16. September 2015

„Heute haben wir unser Versprechen eingelöst, eine neue, zeitgemäße Investitionsgerichtsbarkeit nach demokratischen Grundsätzen und unter öffentlicher Kontrolle einzurichten.“

Cecilia Malmström, Pressemitteilung der EU-Kommission vom 16. September 2015

I. Überblick

Kein wirtschaftspolitisches Projekt der Kommission erregt derzeit so sehr die Gemüter wie die Verhandlungen des Transatlantischen Handels- und Investitionspartnerschaftsabkommens zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und der EU („TTIP“). Die Kommission hat nun mit einem Vorschlag für die Schaffung eines Investitionsgerichtshofes darauf reagiert. War das nötig? Sind die Richter also derzeit unqualifiziert, die Verfahren intransparent, werden die Fälle auf der Grundlage unklarer Regeln entschieden, ohne Beachtung demokratischer Grundsätze und ohne öffentliche Kontrolle?

Ich habe in dieser Debatte viel gelernt über die Macht der öffentlichen Meinung, die vermeintlichen oder tatsächlichen Zwänge der Politik, auf die öffentliche Meinung zu reagieren, und die Ohnmacht, Emotionen mit bloßen Argumenten zu begegnen. Dennoch sollten wir nicht ruhen und weiter auf eine Versachlichung der Debatte dringen, Argumente zu Gehör bringen und den aktuellen Aktionismus der Politik kritisch hinterfragen.

* Die hier geäußerten Ansichten geben lediglich die persönliche Meinung der Referentin wieder und sind weder der Sozietät, noch ihren Mandanten zuzurechnen.

II. Hintergrund des Kommissionsvorschlags

Bevor der Kommissionsvorschlag zur Schaffung eines Investitionsgerichtshofs vom 12. November 2015 genauer betrachtet wird, soll zunächst eine Einordnung des Themas in die aktuelle Diskussion vorgenommen werden. In der aktuellen Debatte und bei der Bewertung von Ideen für eine Neugestaltung darf nie aus den Augen verloren werden, warum es den Investitionsschutz in seiner gegenwärtigen Form gibt. Daraus ergibt sich auch, welche wesentliche Funktion der Investitionsschutz in der internationalen Wirtschaft hat und auch in der Zukunft haben wird.

1. Rückblick: Eine kurze Geschichte des völkerrechtlichen Investitionsschutzes

Die Frage nach dem Schutz des wirtschaftlichen Engagements im Ausland ist so alt wie die moderne Wirtschaft selbst. Der moderne Investitionsschutz blickt auf eine wechselvolle Geschichte.

Mit dem Einsetzen der De-Kolonialisierungsbewegung in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts machte die Weltwirtschaft die Erfahrung, dass die politischen Unabhängigkeitsbestrebungen nicht vor den Auslandsengagements europäischer bzw. nordamerikanischer Investoren Halt machten. Zunächst reagierten die Heimatstaaten der betroffenen Investoren auf die Enteignung ihrer Staatsbürger im Ausland durch den Einsatz von Waffengewalt (sog. „*Gunboat Diplomacy*“).

Das Erstarren des Kommunismus in Europa und die Verfestigung der De-Kolonialisierung führten aber zu einer Abkehr vom Einsatz von Gewalt und es setzte sich die Erkenntnis durch, dass der Schutz ausländischer Investoren durch seinen Heimatstaat im Wege des diplomatischen Schutzes zu gewährleisten ist. Materiellrechtliche Grundlage des diplomatischen Schutzes waren zum einen sog. „Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsabkommen“ sowie der völkergewohnheitsrechtliche Fremdenschutz. Hatten ausländische Investoren ohne Erfolg den Rechtsweg des Gastgeberstaats vollständig, aber ohne Erfolg beschritten, sah der diplomatische Schutz vor, dass der Heimatstaat des ausländischen Investors gegenüber dem Gastgeberstaat zugunsten seiner Staatsbürger intervenierte. Allerdings hat der einzelne Staatsbürger keinen Anspruch gegenüber seinem Heimatstaat auf die Wahrnehmung seiner Schutzrechte, da die geschützten Rechtspositionen nach dem klassischen Völkerrecht nicht dem Einzelnen, sondern seinem Heimatstaat zustehen. Der Heimatstaat ist also frei, eine Rechtsverletzung seines Staatsbürgers im Ausland aus Gründen politischer Opportunität nicht zu verfolgen, oder aber Globalentschädigungsabkommen auszuhandeln.

Um den Investitionsschutz zu de-politisieren, sind die Staaten dazu übergegangen, ab den späten 1950er Jahren völkerrechtliche Investitionsschutzabkommen (Bilateral Investment Treaties, „BIT“) auszuhandeln. Das erste Abkommen dieser

Art war das Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Pakistan von 1957.

BITs sehen regelmäßig materiell-rechtliche Regeln zum Schutz von ausländischen Investoren vor. Diese Schutzrechte sind in der Regel die Gewährung einer gerechten und billigen Behandlung, das Verbot von willkürlichen und diskriminierenden Maßnahmen, die Gewährung von Schutz und Sicherheit, der Schutz vor rechtswidrigen Enteignungen, Diskriminierungsverbote, Meistbegünstigungs- und Inländergleichbehandlungsklauseln und das Recht auf Kapital- und Gewinntransfer.

Zur Durchsetzung dieser Rechte sehen BITs regelmäßig die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit vor. Der wesentliche Unterschied zum diplomatischen Schutz ist, dass der ausländische Investor eigene Rechte im eigenen Namen gegenüber dem Gastgeberstaat gelten machen kann. Der Investor kann damit unmittelbar aus einem völkerrechtlichen Vertrag Rechte herleiten und den Staat vor einem Schiedsgericht verklagen. Das wichtigste Forum zur Geltendmachung von Investorenschutzrechten ist das „*International Centre for the Settlement of Investment Disputes*“ („ICSID“). Daneben finden Investor-Staat-Schiedsverfahren aber auch im Rahmen von *ad hoc*-Verfahren, oder nach den Regeln der handelsschiedsrechtlichen Institutionen wie beispielsweise der Internationalen Handelskammer („ICC“) oder der Schwedischen Handelskammer („SCC“) statt.

Mittlerweile umfasst das Netz von BITs weltweit rund 3140 Abkommen. Ursprünglich wurden BITs zwischen Industrieländern aus dem globalen Norden und Entwicklungsländern aus dem globalen Süden geschlossen. Allerdings schließen auch Entwicklungsländer untereinander BITs ab und es gibt zunehmend auch Investitionsschutzabkommen zwischen industrialisierten Ländern.

War der internationale Investitionsschutz klassischerweise bilateral organisiert, ist gegenwärtig eine Tendenz zu erkennen, multilaterale Investitionsschutzabkommen zu verabschieden. An dem Beispiel TTIP ist zu erkennen, dass die EU den Ansatz verfolgt, den Investitionsschutz in umfassende Handelsabkommen einzubetten. Ein weiteres Beispiel ist das „*Comprehensive Economic and Trade Agreement*“ („CETA“) der EU mit Kanada. Mit diesem Ansatz folgt die EU dem Beispiel des „*North American Free Trade Agreement*“ („NAFTA“). Daneben gibt es themenspezifische multilaterale Investitionsschutzabkommen, wie beispielsweise das „*Energy Charter Treaty*“ („ECT“) von 1994. Um nach dem Zusammenbruch des Warschauer Paktes die Energieversorgung Westeuropas sicherzustellen, vereinbarten jene Staaten das ECT, der sowohl den Handel als auch die Investition im Energiewesen umfassend schützt.

2. Politische Begleitumstände des Kommissionsvorschlags

Die derzeitigen Verhandlungen des TTIP und CETA werden von einer heftigen und emotional sehr aufgeladenen Debatte begleitet. Kritische Stimmen heben ganz

allgemein auf die Befürchtung ab, dass es durch eine weitere Liberalisierung des Welthandels zu einer Absenkung von Sozial- und Umweltstandards kommen werden. Dabei sind recht willkürliche, dafür aber plakative Beispiele zum Symbol der angeblichen Gefahren geworden. Während die deutsche Öffentlichkeit sich vor „Chlor-Hühnchen“ fürchtet, werden in den USA Ängste vor toxischem französischem Schimmelkäse geschürt.

Jenseits solcher Petitionen hat gerade das Investitionsschutzkapitel des TTIP den Unmut der Öffentlichkeit erregt. Insbesondere die darin enthaltene Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit ist erbitterter Kritik ausgesetzt. Auslöser dieser starken Emotionen mag das Vattenfall-Verfahren gegen die Bundesrepublik auf Grundlage des „ECT“ wegen des deutschen Atom(wieder)ausstiegs sein. Gleichwohl ist die Heftigkeit dieser Angriffe überraschend.

Trotz der jahrzehntelangen Existenz der Investor-Staats-Schiedsgerichtsbarkeit im Rechtssystem der Bundesrepublik wird dieses Verfahren zum Teil als grundgesetzwidrig bezeichnet. Weiter wird Anstoß daran genommen, dass einem ausländischen Investor angeblich bessere Rechte zustehen, als einem inländischen Unternehmen. Obwohl die Schiedsgerichtsbarkeit traditionell der Streitbeilegungsmechanismus des Völkerrechts ist, wird Investor-Staat-Schiedsgerichten ganz allgemein die Legitimität abgesprochen, da es sich um demokratisch nicht legitimierte Privatpersonen handele. Viele Schiedsrichterpersönlichkeiten sind einer nie gekannten Kritik, fast schon Verachtung ausgesetzt. Diese Kritik ist zu Schlagworten geronnen wie „Privatrecht für Großkonzerne“, „Schattenjustiz im Nobelhotel“ und es wird abfällig über dem „Schiedsrichterklüngel“ gesprochen. Trotz aller Versuche von den unterschiedlichsten Seiten, die Debatte zu versachlichen, hat diese Art der Berichterstattung – unbelastet von objektiven Fakten und gewichtigen Argumenten – aus dem Netz Einzug auch in die seriösen Medien gehalten. Die Macht der öffentlichen Meinung, angefacht im Netz, aufgegriffen von den seriösen Medien und schließlich bei den Bürgern angekommen, hat offensichtlich die Politik unter akuten Handelsdruck gesetzt. Experten in den relevanten politischen Gremien sind sicherlich in der Lage, die relevanten Fragen sachlich einzuschätzen. Dennoch hat sich die europäische Politik unter Druck gesehen, auf die öffentliche Meinung zu reagieren. Vor diesem Hintergrund ist der Kommissionsvorschlag zu sehen.

3. Jüngere Entwicklungen auf dem Weg zum Kommissionsvorschlag

Im Frühjahr 2014 setzte die EU-Kommission die Verhandlungen über das TTIP-Investitionsschutzkapitel zwischenzeitlich aus, um die europäische Öffentlichkeit im Wege einer Online-Befragung nach ihrer Meinung zu befragen. Zahlreiche Privatpersonen, Nicht-Regierungsorganisationen, Unternehmen und Wirtschaftsverbände nahmen die Möglichkeit zu einer Stellungnahme wahr.

Auch die Mitgliedsstaaten reagierten auf das Thema. In Deutschland etwa, das seit den späten 1950er Jahren stets eine Vorreiterrolle bei der Entwicklung des

Investitionsschutzes eingenommen hatte, mehrten sich allmählich auch in Regierungskreisen kritische Stimmen am bestehenden System der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit. So äußerten sich unter anderem Bundesumweltministerin Hendricks und die ehemalige Bundesjustizministerin und heutige Staatssekretärin im Bundeswirtschaftsministerium („BMW“) deutlich kritisch zum Status Quo. Schließlich gab das BMW ein Expertengutachten bei Prof. Dr. Markus Krajewski in Auftrag, das im Mai 2015 vorgestellt wurde. Die dort geäußerte kritische Grundhaltung insbesondere gegenüber der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit wurde in der Folge von der Politik übernommen. Wenngleich Handelsliberalisierungen von der deutschen Politik durch TTIP weiterhin erwünscht sind, scheint sich das BMW von der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit verabschieden zu wollen.

Um dem allgemeinen Stimmungswandels gerecht zu werden, hat die Kommission im September 2015 einen umfassenden Vorschlag zu Reform der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit vorgelegt. Danach soll im Zusammenhang mit dem Investitionsschutzkapitel des TTIP ein „Investitionsgerichtshof“ implementiert werden.

Mit einigen Modifikationen und Verschärfungen in der Sache hat die EU-Kommission diesen Vorschlag dem Verhandlungspartner USA im November 2015 übermittelt.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass sich die EU-Kommission im Freihandelsabkommen mit der Sozialistischen Republik Vietnam Ende 2015 auf die Errichtung eines „Investitionsgerichtshofs“ geeinigt hat.

Im Hinblick auf TTIP ist abschließend zu erwähnen, dass die Verhandlungen über das Investitionsschutzkapitel noch nicht beendet sind. Sie werden aber für 2016 erwartet und es bleibt abzusehen, ob die USA einem Investitionsschutzgerichtshof zustimmen werden.

III. Kommissionsvorschlag im Detail

Nachfolgend soll der EU-Kommissionsvorschlag in der Fassung vom 12. November 2015 einer eingehenden Betrachtung unterzogen werden.

1. Überblick über zentrale Inhalte des Kommissionsvorschlags

Der „Investitionsgerichtshof“ ist im vierten Unterabschnitt des Kommissionsvorschlag geregelt und enthält Bestimmungen zu den folgenden Gegenständen: (i) Artikel 9 regelt die Arbeitsweise und Struktur des Investitionsgerichtshofs; (ii) Artikel 9 Abs. 4 und Artikel 11 regeln die Anforderungen an die Richter; (iii) Artikel 18 regelt die Öffentlichkeit des Verfahrens; (iv) Artikel 29 regelt die Berufung gegen eine Entscheidung des Investitionsschutzgerichtshofs und (v) Artikel 30 regelt die Vollstreckung seiner Entscheidungen.

2. Arbeitsweise und Struktur des Investitionsgerichtshofs

Nach dem Vorschlag der EU-Kommission wird der Investitionsgerichtshof als ständiges Gericht eingerichtet. Artikel 9 Abs. 1 lautet:

A Tribunal of First Instance („Tribunal“) is hereby established to hear claims submitted pursuant to Article 6.

Wie der Wortlaut zu erkennen gibt, ist die Zuständigkeit des Investitionsgerichtshofs beschränkt auf Klagen, deren Grundlage das Investitionsschutzkapitel des TTIP ist.

Es ist nicht beabsichtigt, dass der Investitionsgerichtshof eine eigene Geschäftsstelle unterhalten wird. Vielmehr sollen dessen Verwaltungsangelegenheiten nach den Plänen der EU-Kommission vom ICSID-Sekretariat in Washington D.C. oder vom Sekretariat des Ständigen Schiedsgerichtshofs („PCA“) in Den Haag wahrgenommen werden (Artikel 9 Abs. 16).

Auch wenn es grundsätzlich zu begrüßen ist, dass die EU-Kommission beabsichtigt, durch die Inanspruchnahme der Sekretariate des PCA oder ICSID die Kosten gering zu halten, zeigt das Beispiel des Internationalen Seegerichtshofs in Hamburg, dass mit der Einrichtung eines ständigen Gerichtshofs signifikante Kosten verbunden sind.

3. Besetzung des Investitionsgerichtshofs (Artikel 9–10)

Bemerkenswert ist auch die Besetzung des Investitionsgerichtshofs. Nach Artikel 9 Abs. 2 soll das Gericht mit insgesamt 15 Richtern besetzt sein:

The [...] Committee shall, upon the entry into force of this Agreement, appoint fifteen Judges to the Tribunal. Five of the Judges shall be nationals of a Member State of the European Union, five shall be national of the United States and five shall be nationals of third countries.

Für die Berufungsinstanz sollen nach Art. 10 Abs. 2 dagegen 6 Richter berufen werden, von denen 2 aus den Mitgliedsstaaten der EU stammen, 2 aus den USA und 2 aus einem Drittstaat.

Nach Artikel 9 Abs. 6, 7 entscheidet im Einzelfall eine Spruchkammer aus je 3 Richtern, deren Vorsitzender ein Richter aus einem Drittstaat ist. Welcher Richter den Fall entscheiden wird, steht nicht fest:

Within 90 days of the submission of a claim pursuant to Article 6, the President of the Tribunal shall appoint the Judges composing the division of the Tribunal hearing the case on a rotation basis, ensuring that the composition of the divisions is random and unpredictable, while giving equal opportunity to all Judges to serve.

Die Richter werden von einem Richterwahlausschuss für eine Amtsperiode von 6 Jahren ernannt. Dieser Zeitraum kann einmalig verlängert werden (Artikel 9 Abs. 5).

Abschließend ist in Bezug auf die Besetzung des Investitionsgerichtshofs zu sagen, dass diese Regelungen zunächst einen Paradigmenwechsel im Verhältnis zum Schiedsverfahrensrecht darstellen. Die Möglichkeit, einen der Schiedsrichter selbst zu bestimmen, ist für das Schiedsverfahrensrecht von zentraler Bedeutung. Überspitzt formuliert, wird teilweise von einem „*Verfahrensgrundrecht*“ gesprochen, denn durch die Schiedsrichterbestellung können die Parteien Einfluss auf das Verfahren nehmen, indem sie Person benennen, die das von ihnen gewünschte Maß an Qualifikation, sachlicher Expertise in einer bestimmten Branche und ggf. besondere kulturelle Fähigkeiten aufweisen (z.B. das Beherrschen einer bestimmten Fremdsprache). Der Kommissionsvorschlag schafft dieses Recht nicht nur ab. Die einseitige Richterbestellung durch die Staaten greift darüber hinaus noch in einen wichtigen Grundsatz des Prozessrechts ein, nämlich in die Waffengleichheit der Streitparteien. Denn nur die Staaten haben Einfluss auf die Bestellung der Richter.

Weiterhin wird gerade der deutsche Jurist darüber verwundert sein, dass die Richter zufällig bestimmt werden. Dies steht dem verfassungsrechtlich verankerten Recht auf einen gesetzlichen Richter diametral entgegen. Selbst wenn eine missbräuchliche Anwendung dieser Bestimmung ausgeschlossen werden kann, ist dieser Ansatz bei der begrenzten Anzahl von Richtern bedenklich. Hierdurch kann es zu ungleichen Auslastungen bei den Richtern kommen. Führt man sich die Menge an Dokumenten vor Augen, die in einem Schiedsverfahren regelmäßig zur Akte gereicht wird, ist die Aussicht, dass Richter unabhängig von ihrer Auslastung nach Zufallsregeln benannt werden, nicht erstrebenswert.

Da nur Staaten die Richter benennen, besteht letztlich auch die Gefahr einer tendenziell staatsfreundlichen und souveränitätsschonenden Personenauswahl. Im Übrigen könnte die Aussicht auf die zweite Amtszeit einen weiteren Anreiz darstellen, staatenfreundliche Entscheidungen zu treffen.

4. Anforderungen an die Richter (Artikel 9 Abs. 4, Artikel 11)

Der Kommissionsentwurf widmet den persönlichen Anforderungen an einen Richter viel Aufmerksamkeit. Dies ist uneingeschränkt zu begrüßen. Artikel 9 Abs. 4 regelt:

The Judges shall possess the qualifications required in their respective countries for appointment to judicial office, or be jurists of recognised competence. They shall have demonstrated expertise in public international law. It is desirable that they have expertise in particular, in international investment law, international trade law and the resolution of disputes arising under international investment or international trade agreements.

Ein Blick auf die entsprechende Regelung der ICSID-Konvention verrät aber, dass dies keineswegs Neuland ist, sondern bereits jetzt „*best practice*“ darstellt. Artikel 14 Abs. 1 ICSID-Konvention regelt:

Persons designated to serve on the Panels shall be persons of high moral character and recognized competence in the fields of law, commerce, industry or finance, who may be relied upon to exercise independent judgment. Competence in the field of law shall be of particular importance in the case of persons on the Panel of Arbitrators.

Daneben stellt der Kommissionsentwurf auch berufsethische Anforderungen an die Richter. Diese sind in Artikel 9 Abs. 4 und Artikel 11 niedergelegt. Hiernach soll (i) die Unabhängigkeit des Richters über jeden Zweifel erhaben sein, insbesondere dürfen keine Verbindungen zu irgendeiner Regierung bestehen; (ii) keine Beteiligung an Rechtsstreitigkeiten bestehen, die Interessenkonflikte auslösen könnten und (iii) nach der Ernennung für das Richteramt darf die Person keine Tätigkeit als Parteivertreter oder als von einer Partei benannter Sachverständiger oder Zeuge in einer Investitionsstreitigkeit wahrnehmen.

Die Anzahl der Juristen, die dem obigen Anforderungsprofil gerecht werden, erscheint auf den ersten Blick nicht besonders groß. Daneben stellt sich die Frage, ob durch die Vergütungsregelung tatsächlich auch eine Bestenauslese stattfinden kann. Artikel 9 Abs. 12 sieht vor:

In order to ensure their availability, the Judges shall be paid a monthly retainer fee to be fixed by decision of the [...] Committee. [Note: the retainer fee suggested by the EU would be around 1/3rd of the retainer fee for WTO Appellate Body members (i.e. around € 2,000 per month)].

Zusammenfassend ist festzustellen, dass zumindest die sachlichen Anforderungen an Richterpersönlichkeiten keineswegs revolutionär sind. Es ist aber bedauerlich, dass investitionsschutzrechtliche Expertise gerade nicht zwingend vorausgesetzt wird. Daneben reichen die berufsethischen Ausschlusskriterien sehr weit und könnten die Attraktivität des Richteramtes für geeignete Kandidaten untergraben. Es stellt sich hier die Frage, für wen es interessant sein kann, für ca. € 2,000 monatlich eine derart weitreichende Einschränkung seiner beruflichen Freiheit hinzunehmen.

5. Berufung (Artikel 29)

Die Berufungsinstanz ist in Artikel 29 geregelt und ist vom Berufungsmechanismus der WTO inspiriert. Auch wenn die Regelung des Kommissionsentwurfs ergänzend auf die Aufhebungsgründe nach Artikel 52 ICSID-Konvention verweisen, ist das Verfahren nach Artikel 29 gänzlich anders ausgestaltet. Artikel 29 Abs. 1 lit. (a) erlaubt eine umfassende Rechtskontrolle und nach lit. (b) in begrenztem Umfang sogar eine erneute Überprüfung der Tatsachenfeststellung der ersten Instanz. Beides ist dem Schiedsverfahrensrecht fremd.

Artikel 29 Abs. 1 lit. (a) und (b) gehen weit über die Verfahrens- und Formfehler hinaus, die bisher die Aufhebung eines Schiedsspruchs rechtfertigen. Dies ist neu. Insgesamt könnte der Berufungsmechanismus die sog. „Finalität des Schiedsspruches“ beseitigen, die ein Wesensmerkmal des Schiedsverfahrensrecht ist. Den

Parteien würden hierdurch erhebliche Mehrkosten entstehen. Zudem ist mit Blick auf das WTO-Berufungsverfahren festzustellen, dass seit dessen Implementierung die Berufung gegen die Entscheidungen der ersten Instanz der Regelfall ist. Es stellt sich daher die Frage, ob diese faktische Entwertung der Ausgangsentscheidung für das internationale Investitionsschutzrecht ebenfalls wünschenswert ist.

6. Öffentlichkeit und Transparenz des Verfahrens (Artikel 18)

Die Regelungen zur Öffentlichkeit und Transparenz sind in Artikel 18 enthalten und greifen weitestgehend die Bestimmungen der UNCITRAL-Transparenzregeln auf. Nach Artikel 18 soll (i) öffentlich verhandelt werden, (ii) durch den Verweis auf Artikel 3 der UNCITRAL-Transparenzregeln werden alle Schriftsätze der Parteien, Urkunden, Sachverständigengutachten und sonstige Anlagen für die Öffentlichkeit einsehbar und (iii) die Finanzierung der Klage durch Dritte muss offengelegt werden. Von den Transparenzverpflichtungen ist eine Partei befreit, soweit die Offenlegung Persönlichkeitsrechte oder Geschäftsgeheimnisse verletzt.

Die Öffnung und Schaffung von Transparenz bei Investor-Staat-Verfahren ist grundsätzlich zu begrüßen. Jedoch ist zu bemerken, dass dem deutschen Prozessrechtler die Veröffentlichung seiner Schriftsätze und Anlagen fremd ist und daher die Frage gestellt werden muss, ob Artikel 18 in Verbindung mit den UNCITRAL-Transparenzregeln über das Ziel hinausschießen. Da im Übrigen die meisten Investor-Staat-Schiedssprüche bereits jetzt öffentlich und kostenlos im Internet abrufbar sind, kann man sich nicht des Eindrucks erwehren, dass die Forderung nach Transparenz in der öffentlichen Debatte ein Stück weit als Kampfbegriff instrumentalisiert wurde.

7. Vollstreckbarkeit der Entscheidungen (Artikel 30)

In Artikel 30 behandelt der Kommissionsentwurf das Thema der Vollstreckbarkeit der Entscheidungen des Investitionsgerichtshofs. Um diese Regelung angemessen zu würdigen, sollte das bestehende Vollstreckungsrecht kurz betrachtet werden.

ICSID-Schiedssprüche sind nach Artikel 54 der ICSID-Konvention vollstreckbar. Dies bedeutet, dass die Vertragsstaaten der ICSID-Konvention jene Schiedssprüche wie rechtskräftige inländische Gerichtsurteile der eigenen Gerichte behandeln.

Alle anderen Schiedssprüche werden nach den Regeln des New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche von 1958 vollstreckt. Praktisch bedeutet dies, dass einem solchen Schiedsspruch nur unter sehr engen Voraussetzungen die Anerkennung und Vollstreckbarkeit versagt werden kann („*pro enforcement bias*“).

Vor diesem Hintergrund regelt der Kommissionsentwurf, dass Entscheidungen des Investitionsgerichtshofs als Schiedssprüche im Sinne der New York-Konvention (Artikel 30 Abs. 5) bzw. der ICSID-Konvention (Artikel 30 Abs. 6) anzusehen sind.

Bei dieser Regelung stellt sich zunächst die Frage, ob Artikel 30 des Entwurfs ohne Weiteres die Anwendbarkeit der New York-Konvention bzw. der ICSID-Konvention auslösen kann, ohne dass deren Voraussetzungen erfüllt sein müssen. Denn es ist unklar, ob Entscheidungen des Investitionsgerichtshofs „Schiedssprüche“ im Sinne dieser beiden Abkommen sind. Dies erscheint zweifelhaft, weil der Investitionsgerichtshof nicht wie ein Schiedsgericht besetzt ist (fehlende Waffengleichheit bei der Benennung der Schiedsrichter) und weil wesentliche Kennzeichen eines schiedsgerichtlichen Verfahrens nicht wiederzufinden sind (Finalität der Entscheidung). Es ist nicht abwegig, dass nationale Gerichte die Vollstreckung einer solchen Entscheidung nach den Regeln der New York-Konvention und der ICSID-Konvention im Einzelfall für unzulässig halten. Zudem darf in Bezug auf Letztere nicht außer Acht gelassen werden, dass die EU nicht Mitglied der ICSID-Konvention ist. Somit besteht eine erhebliche Rechtsunsicherheit bezüglich der Voraussetzungen, unter denen Entscheidungen des Investitionsgerichtshofs vollstreckbar sind.

IV. Abschließende Bewertung

Positiv ist, dass die EU Kommission durch die Nutzung bestehender Schiedsinstitutionen versucht, die Kosten des Investitionsgerichtshofs gering zu halten. Mit Einschränkung ist auch die Betonung der Öffentlichkeit und Transparenz begrüßenswert.

In Bezug auf die fachliche Qualifikation der Richterpersönlichkeiten enthält der Kommissionsentwurf wenig Neues.

Eindeutig abzulehnen ist, dass nur noch die Staaten Einfluss auf die Benennung der Richter haben sollen. Ähnlich verhält es sich mit dem einzuführenden Rotationsprinzip, bei dem man sich nicht des Eindrucks erwehren kann, dass das „Kind mit dem Bade ausgeschüttet wird“. Die berufsethischen Anforderungen an die Richter in Verbindung mit der Vergütungsregelung lassen weiter befürchten, dass bei den zu benennenden Investitionsrichtern keine Bestenauslese vorgenommen werden kann. Der größte Makel des Kommissionsentwurfs ist jedoch, dass die Vollstreckung der Entscheidungen nicht mit absoluter Sicherheit gewährleistet ist. Schlimmstenfalls kann dies zu teuren und lagen Verfahren ohne praktisch verwertbares Ergebnis führen.

Vor diesem Hintergrund ist rechtspolitisch fraglich, ob die USA den erheblichen Reformen der Streitbeilegung zwischen Investoren und Staaten zustimmen werden. Allerdings ist zu erwähnen, dass der republikanische US-Politiker und

ehemalige Weltbank-Chef Bob Zoellick kürzlich angedeutet hat, dass die USA ihre Zustimmung zum Investitionsgerichtshof von Zugeständnissen der EU in anderen TTIP-Streitpunkten abhängig machen könnten (Interview im Handelsblatt vom 8. Dezember 2015). Jedenfalls dürften die Verhandlungen über einen Investitionsgerichtshof einige Zeit in Anspruch nehmen.