

Deutscher Bundestag
19. Wahlperiode
Ausschuss für Wirtschaft und Energie

Ausschussdrucksache 19(9)39
4. Juni 2018

Stellungnahme

Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie

des Deutschen Bundestages am 06.06.2018, 10.30-12.30 Uhr

zu den Vorlagen

Antrag der Abgeordneten Klaus Ernst, Fabio De Masi, Susanne Ferschl, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE, **Den Rechtsstaat stärken - Multilateralen Investitionsgerichtshof ablehnen und Paralleljustiz für Konzerne stoppen**, BT-Drs. 19/97,

Empfehlung für einen Beschluss des Rates über die Ermächtigung zur Aufnahme von Verhandlungen über ein Übereinkommen zur Errichtung eines multilateralen Gerichtshofs für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten, KOM (2017) 493 endg.;
Ratsdok.-Nr. 12131/17,

Antrag der Abgeordneten Sandra Weeser, Michael Theurer, Reinhard Houben, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP, **Rechtssicherheit im internationalen Investitionsschutz**, BT-Drs. 19/1694

von

Prof. Dr. Steffen Hindelang, LL.M.

Süddänische Universität, Odense/DK

www.steffenhindelang.eu

A. Zusammenfassung

- Die Errichtung eines „Multilateral Investment Court“ („MIC“) kann einen zentralen Beitrag zur Stärkung der Legitimität und Integrität völkerrechtlicher Investor-Staat-Streitbeilegung leisten.
- Voraussetzung für einen solchen Beitrag wäre u.a.,
 - dass die Mitglieder eines MIC keine Nebenämter im Bereich des völkerrechtlichen Investitionsschutzrechts ausüben dürfen und
 - dass eine nach rechtsstaatlichen Kriterien funktionierende staatliche Gerichtsbarkeit in einem ersten Zugriff mit dem Streit zwischen Investor und Gaststaat befasst wird und ein MIC nach Vorbild des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte nur subsidiären Schutz gewährleistet.

B. Von „Investor-State Dispute Settlement“ („ISDS“), über das „Investment Court System“ („ICS“) zum „Multilateral Investment Court“ („MIC“)

Am 20. März 2018 beschloss der Rat der Europäischen Union („Rat“) die Verhandlungsrichtlinien für ein Übereinkommen zur Errichtung eines multilateralen Gerichtshofs für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten („Multilateral Investment Court“, auch „MIC“).¹ Zugleich ermächtigte er die Europäische Kommission („Kommission“) zur Aufnahme von Verhandlungen für die Europäische Union („EU“).²

Die Errichtung eines ständigen internationalen Gerichts ist Teil der europäischen Initiative³ zur Reform des internationalen Investitionsschutzrechts. Diese ist u.a. darauf gerichtet, ad-hoc gebildete Investor-Staat-Schiedsgerichte als typisches Streitbeilegungsinstrument im Bereich des Investitionsschutzrechts langfristig zurückzudrängen.

Teil dieser Initiative – und den Bemühungen um einen MIC *vorausgehend* – war u.a. die Aktualisierung der Vorschriften zum Investitionsschutz im umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommen zwischen Kanada einerseits und der EU und ihren Mitgliedstaaten andererseits („CETA“)⁴ sowie in anderen EU-Handelsabkommen⁵.

¹ Rat, Dok.-Nr. 12981/17 ADD 1 vom 20.03.2018.

² Rat, Dok.-Nr. 6977/18 vom 13.03.2018.

³ Kommission, *Concept Paper, Investment in TTIP and beyond – the path for reform, Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court* vom 05.05.2015, abrufbar unter: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.pdf; *ibid.*, Trade for all – Towards a more responsible trade and investment policy, 2015, abrufbar unter: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF.

⁴ Beschluss (EU) 2017/37 des Rates vom 28.10.2016, *Unterzeichnung — im Namen der Europäischen Union — des umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens (CETA) zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits*, ABl. L 11, 1 vom 14.01.2017.

⁵ Vgl. etwa *EU-Vietnam Free Trade Agreement* (agreed texts as of January 2016), abrufbar unter: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1437>; *EU-Singapore Trade and Investment Agreement* (authentic texts as of April 2018), abrufbar unter: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=961>.

In den jeweiligen Kapiteln zu den Investitionen sind nunmehr *für jedes Abkommen separat* Schiedsgerichte zur Beilegung von Konflikten zwischen Investor und Gaststaat vorgesehen, die insbesondere in Zusammensetzung und Verfahren von der langjährigen völkerrechtlichen Vertragspraxis abweichen. Diese modifizierten Investor-Staat-Schiedsgerichte werden dort, etwas missverständlich, als „investment court system“ („ICS“) bezeichnet.⁶

Bisher sieht die Strategie der EU im Grundsatz vor, für jedes europäische Investitionsschutzabkommen bzw. Handelsabkommen mit Investitionskapitel ein eigenes „ICS“ zu schaffen. Ein zentrales Anliegen der Kommission ist es nun, in den im Kontext der UNCITRAL (Working Group III)⁷ begonnenen Verhandlungen um die Errichtung eines MIC, die Anzahl an Foren für eine Investor-Staat-Streitbeilegung zu reduzieren: Künftig sollen Handels- und Investitionsabkommen der EU⁸ (als auch von Drittstaaten⁹) verstärkt Streitigkeiten an einen MIC verweisen.

I. Pluralistische Schutzstandards – unitarisches Prozessrecht

Ein künftiger MIC würde auf der Grundlage des *jeweils* anwendbaren Investitionsschutzabkommens (etwa CETA, EU-Singapur, EU-Vietnam, etc.) nach einem *einheitlichen* Verfahrensrecht Streitigkeiten um die Behandlung von ausländischen Investition durch den Gaststaat beilegen. Das dabei durch den Gaststaat garantierte materielle Schutzniveau von ausländischen Investitionen soll ausdrücklich nicht durch ein den MIC errichtendes Abkommen vereinheitlicht werden. Der gegenüber einem ausländischen Investor und dessen Investition vom Gaststaat zu gewährleistende materielle Schutzstandard – wie etwa faire und gerechte Behandlung, voller Schutz und Sicherheit oder entsprechende prozedurale Voraussetzungen einer Enteignung – würde folglich von Abkommen zu Abkommen variieren.

II. Die Europäischen Vorstellungen für einen MIC

Ein MIC soll aus einer ersten Instanz und einer Rechtsbehelfsinstanz bestehen. Letztere soll Entscheidungen der ersten Instanz auf Rechtsfehler, offensichtliche Fehler bei der Würdigung

⁶ Im Einzelnen hierzu: Hindelang/Hagemeyer, *In Pursuit of an International Investment Court. Recently Negotiated Investment Chapters in EU Comprehensive Free Trade Agreements in Comparative Perspective*, Europäisches Parlament 2017, abrufbar unter: <https://www.steffenhindelang.de/publikationen/in-pursuit-of-an-international-investment-court-recently-negotiated-investment-chapters-in-eu-comprehensive-free-trade-agreements-in-comparative-perspective/>; Hindelang/Sassenrath, *The Investment Chapters of the EU's International Trade and Investment Agreements in a Comparative Perspective*, Europäisches Parlament 2015, abrufbar unter: <https://www.steffenhindelang.de/publikationen/the-investment-chapters-of-the-eus-international-trade-and-investment-agreements-in-a-comparative-perspective/>.

⁷ Zum Fortschritt der Verhandlungen vergleiche jüngst UNCITRAL, *Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-fifth session (New York, 23-27 April 2018)*, abrufbar unter: http://www.uncitral.org/pdf/english/commissionersessions/51st-session/a-cn9-935_-_clean_submitted_AD-VANCE_COPY.PDF.

⁸ Nr. 6 der *Verhandlungsrichtlinien für ein Übereinkommen zur Errichtung eines multilateralen Gerichtshofs für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten*, Rat, Dok.-Nr. 12981/17, 20.03.2018.

⁹ Nr. 7 der *Verhandlungsrichtlinien für ein Übereinkommen zur Errichtung eines multilateralen Gerichtshofs für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten*, Rat, Dok.-Nr. 12981/17, 20.03.2018.

des Sachverhalts, sowie auf schwerwiegende Verfahrensmängel hin überprüfen und zur Entscheidung gegebenenfalls zurück an die erste Instanz verweisen können.¹⁰ Entscheidungen sollten einer wirksamen internationalen Durchsetzung zugänglich sein.¹¹

Die Zuteilung der einzelnen Richter (sog. „Mitglieder“ des MIC) auf die zu bearbeitenden Verfahren soll transparent und in objektiver Art und Weise erfolgen.¹²

Aus prozessualer Sicht strebt das Verhandlungsmandat für einen MIC „angemessene Verfahrensgarantien, einschließlich Bestimmungen gegen leichtfertige Forderungen, [...] einen Mechanismus zur gütlichen Streitbeilegung und andere Verfahrensbestimmungen über – unter anderem – parallele Forderungen oder gemeinsame Auslegungen“ an.¹³ Hinsichtlich des Zugangs der Öffentlichkeit zum Verfahren verweist das Kommissionsmandat auf die UNCITRAL-Regeln zur Transparenz in Investor-Staat-Schiedsverfahren.¹⁴

Nach dem Willen der EU soll sich ein MIC durch strenge Anforderungen an Qualifikation und Unparteilichkeit auszeichnen. Hierzu soll das Abkommen u.a. Regeln

- zur Ernennung der Mitglieder des MIC im Wege eines objektiven und transparenten Verfahrens in Anlehnung an andere internationale Gerichtshöfe,
- zur Amtszeit im Sinne eines längeren, befristeten und nicht verlängerbaren Zeitraums mit einer dauerhaften, von der Anzahl von Verfahren unabhängigen Vergütung,
- zu entsprechenden Garantien zum Schutz der Mitglieder des Gerichtshofes und
- zur Ethik und zur Bewältigung von Interessenskonflikten einschließlich von Ablehnungsmechanismen¹⁵

vorsehen.

Das Übereinkommen über die Errichtung eines MIC sollte zudem die Möglichkeit eröffnen, dass der künftige Gerichtshof auf das Sekretariat einer bestehenden internationalen Organisation zurückgreift oder „er zu einem späteren Zeitpunkt in die Struktur einer solchen Organisation eingebunden wird“.¹⁶

¹⁰ Nr. 10 der *Verhandlungsrichtlinien für ein Übereinkommen zur Errichtung eines multilateralen Gerichtshofs für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten*, Rat, Dok.-Nr. 12981/17, 20.03.2018.

¹¹ Nr. 14 der *Verhandlungsrichtlinien für ein Übereinkommen zur Errichtung eines multilateralen Gerichtshofs für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten*, Rat, Dok.-Nr. 12981/17, 20.03.2018.

¹² Nr. 11 der *Verhandlungsrichtlinien für ein Übereinkommen zur Errichtung eines multilateralen Gerichtshofs für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten*, Rat, Dok.-Nr. 12981/17, 20.03.2018.

¹³ Nr. 9 der *Verhandlungsrichtlinien für ein Übereinkommen zur Errichtung eines multilateralen Gerichtshofs für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten*, Rat, Dok.-nr. 12981/17, 20.03.2018.

¹⁴ Nr. 13 der *Verhandlungsrichtlinien für ein Übereinkommen zur Errichtung eines multilateralen Gerichtshofs für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten*, Rat, Dok.-Nr. 12981/17, 20.03.2018.

¹⁵ Nr. 11 der *Verhandlungsrichtlinien für ein Übereinkommen zur Errichtung eines multilateralen Gerichtshofs für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten*, Rat, Dok.-Nr. 12981/17, 20.03.2018.

¹⁶ Nr. 12 der *Verhandlungsrichtlinien für ein Übereinkommen zur Errichtung eines multilateralen Gerichtshofs für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten*, Rat, Dok.-Nr. 12981/17, 20.03.2018.

Insgesamt soll durch die Struktur des MIC eine effiziente Arbeitsweise erreicht werden. Das betrifft insbesondere die Kosten (für die Streitparteien sowie für die einen MIC tragenden Staaten und Organisationen) als auch die Verfahrensdauer¹⁷, so dass ein MIC u.a. auch „für kleine und mittlere Unternehmen sowie für natürliche Personen zugänglich ist“¹⁸ und Entwicklungsländer von einem MIC Gebrauch machen können¹⁹.

Die Fixkosten eines MIC sollen von den Vertragsparteien getragen und nach Billigkeit verteilt werden. Zudem sollen Gerichtsgebühren erhoben werden.

C. Einige Vor- und Nachteile des verfolgten Ansatzes

I. Integrität völkerrechtlicher Verfahren im Bereich ausländischer Investitionen könnte durch einen MIC gestärkt werden

Bereits CETA versucht die Besorgnis der Voreingenommenheit der auf Grundlage von Investitionsschutzabkommen errichteten Schiedsgerichte insbesondere zugunsten von Investoren zu zerstreuen. Allerdings löste CETA das Problem noch nicht vollständig.²⁰

Das Verhandlungsmandat zur Errichtung des MIC möchte nun künftig Mitglieder des Gerichtshofs *unabhängig* von der aktuellen Fallzahl vergüten.

Wenn dies bedeutet, dass nicht nur ein Rollenwechsel von Schiedsrichter und Parteivertreter ausgeschlossen werden soll, sondern einem künftigen Mitglied eines MIC auch ansonsten untersagt werden würde, Nebentätigkeiten als Schiedsrichter in Investor-Staat-Schiedsverfahren *außerhalb* des MIC auszuüben, wäre **ein wesentlicher Schritt zur Sicherung der Integrität** völkerrechtlicher Verfahren im Bereich ausländischer Investitionen getan.

Wenn die im Mandat angesprochene Zuteilung der einzelnen Richter auf die zu bearbeitenden Verfahren in transparenter und objektiver Art und Weise meint, dass potentiell verfahrensentcheidende Administrationsfragen, etwa die Auswahl von vorsitzenden (Schieds-)Richtern nicht mehr länger einem politischen Prozess innerhalb des International Centre for Settlement of Investment Disputes („ICSID“) oder anderen Schiedsinstitutionen überlassen werden würde, wäre auch hiermit der Integrität der Verfahren nachhaltig gedient.

¹⁷ Nr. 15 der *Verhandlungsrichtlinien für ein Übereinkommen zur Errichtung eines multilateralen Gerichtshofs für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten*, Rat, Dok.-Nr. 12981/17, 20.03.2018.

¹⁸ Nr. 17 der *Verhandlungsrichtlinien für ein Übereinkommen zur Errichtung eines multilateralen Gerichtshofs für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten*, Rat, Dok.-Nr. 12981/17, 20.03.2018.

¹⁹ Nr. 16 der *Verhandlungsrichtlinien für ein Übereinkommen zur Errichtung eines multilateralen Gerichtshofs für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten*, Rat, Dok.-Nr. 12981/17, 20.03.2018.

²⁰ Zur Problematik siehe Hindelang, *Study on Investor-State Dispute Settlement ('ISDS') and Alternatives of Dispute Resolution in International Investment Law*, Europäisches Parlament 2014, S. 96 ff., abrufbar unter: <https://www.steffenhindelang.de/publikationen/study-on-investor-state-dispute-settlement-isds-and-alternatives-of-dispute-resolution-in-international-investment-law/> sowie Hindelang, *Stellungnahme*, Deutscher Bundestag, Ausschuss für Wirtschaft und Energie, Ausschussdrucks. 18(9)285 vom 10.12.2014.

Die für einen MIC vorgesehene Einrichtung einer ständigen Berufungsinstanz hilft, rechtsfehlerhafte Entscheidungen sowie solche Entscheidungen, die auf unzureichender Sachverhaltswürdigung beruhen, zu korrigieren. Die umfassende Möglichkeit der Berufung wird jedoch die Verfahrensdauer verlängern. Angesichts der Bedeutung und Tragweite der entsprechenden Entscheidungen erscheint dies jedoch gerechtfertigt.²¹

II. Effekte auf Vorhersehbarkeit von Entscheidungen und Rechtssicherheit überschaubar

Die Vorhersehbarkeit von Entscheidungen im Bereich des völkerrechtlichen Investitionsschutzrechts ist aufgrund der sehr allgemein gehaltenen Formulierungen der materiellen Schutzstandards und des damit verbundenen größeren Spielraums für Gerichte und Schiedsgerichte deutlich geringer als im Bereich innerstaatlicher Gerichtsbarkeit.²² Letztere übt ihre Tätigkeit vor dem Hintergrund einer Vielzahl die Verfassungsverbürgungen ausgestaltenden Gesetze aus (hierzu ausführlicher auch noch unten unter IV.).

Durch die nicht im Rahmen der Verhandlungen zur Errichtung eines MIC angestrebte Vereinheitlichung des materiellen Rechts, also der völkerrechtlichen materiellen Schutzstandards für ausländische Investitionen, ist der erhoffte Effekt einer erhöhten Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit durch Errichtung eines MIC überschaubar. Nach den allgemeinen völkerrechtlichen Regeln muss jedes Investitionsschutzabkommen bzw. jedes Investitionskapitel in einem Handelsabkommen für sich ausgelegt werden. Eine durch einen MIC vorgenommene Vereinheitlichung der materiellen Schutzstandards *über Abkommensgrenzen hinweg* – wie dies gegenwärtig durch Investor-Staat-Schiedsgerichte völkerrechtlich höchst zweifelhaft erfolgt²³ – wäre problematisch. Hier droht die Gefahr, dass die Staaten als Vertragsparteien der Investitionsschutzabkommen aus ihren Rollen als „Herren der Verträge“ durch einen sich als „Rechtsetzer“ aufspielenden MIC verdrängt werden. Defizite demokratischer Legitimation könnten vor allem in dieser Konstellation entstehen.²⁴ Hier gilt es, die Mittel des Völkerrechts – insbesondere sog. autoritative Interpretationen durch die Vertragsparteien – vorzusehen und zu nutzen.²⁵

²¹ Hindelang, *Study on Investor-State Dispute Settlement ('ISDS') and Alternatives of Dispute Resolution in International Investment Law*, Europäisches Parlament 2014, S. 107 ff., abrufbar unter: <https://www.steffenhindelang.de/publikationen/study-on-investor-state-dispute-settlement-isds-and-alternatives-of-dispute-resolution-in-international-investment-law/> sowie Hindelang, *Stellungnahme*, Deutscher Bundestag, Ausschuss für Wirtschaft und Energie, Ausschussdrucks. 18(9)285 vom 10.12.2014.

²² Hindelang, *Study on Investor-State Dispute Settlement ('ISDS') and Alternatives of Dispute Resolution in International Investment Law*, Europäisches Parlament 2014, S. 59 ff., abrufbar unter: <https://www.steffenhindelang.de/publikationen/study-on-investor-state-dispute-settlement-isds-and-alternatives-of-dispute-resolution-in-international-investment-law/>.

²³ *Idem*, S. 66 ff.

²⁴ Vgl. aber – die Problematik wohl etwas überzeichnend – die Stellungnahme des Deutschen Richterbundes, Nr. 21/17 zur *Empfehlung für einen Beschluss des Rates über die Ermächtigung zur Aufnahme von Verhandlungen über ein Übereinkommen zur Errichtung eines multilateralen Gerichtshofs für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten* COM (2017) 493 final.

²⁵ Hindelang, *Study on Investor-State Dispute Settlement ('ISDS') and Alternatives of Dispute Resolution in International Investment Law*, Europäisches Parlament 2014, S. 66 ff., abrufbar unter: <https://www.steffenhindelang.de/publikationen/study-on-investor-state-dispute-settlement-isds-and-alternatives-of-dispute-resolution-in-international-investment-law/>.

III. Kosteneinsparungspotential abhängig von der Zahl anhängiger Verfahren

Das Kosteneinsparungspotential eines MIC – im Vergleich zu individuellen Streitbeilegungsmechanismen für jedes Investitionsschutzabkommen – hängt von der konkreten Ausgestaltung des Gerichtshofes ab. Da jedoch ein Großteil der Kosten für Investor-Staat-Streitbeilegungen auf Anwaltsgebühren entfallen, müssten vor allem diese adressiert werden, wenn man auch kleinen und mittelständigen Unternehmen den Zugang zu diesen Verfahren erleichtern möchte.²⁶

IV. Nationale Gerichtsbarkeit im Verhältnis zu einem MIC stärken

1. Vorteile der Einbindung funktionierender nationaler Gerichte²⁷

Im Gegensatz zu anderen Bereichen des Völkerrechts ist es im internationalen Investitionsschutzrecht selten erforderlich, dass ein Investor den nationalen Rechtsweg erschöpfen muss, bevor er auf einen Investor-Staat-Streitbeilegungsmechanismus zurückgreifen kann. Dieser stellt häufig eine Alternative – so bei CETA – zu nationalen Gerichten dar; gelegentlich können beide auch kumulativ genutzt werden.

Dieser Umstand ist mit der hier favorisierten, im völkerrechtlichen Fremdenrecht ihren Ursprung findenden Idee des internationalen Investitionsschutzrechts allerdings schwerlich vereinbar: ihr nach sollte ein völkerrechtlicher Investor-Staat-Streitbeilegungsmechanismus lediglich ein *Sicherheitsnetz* für ausländische Investoren darstellen. Dieses Netz wird für den Fall aufgespannt, dass die zur Verfügung stehenden Rechtsmittel im Gaststaat keinen ausreichenden Schutz gegen Diskriminierungen oder andere Formen des Missbrauchs staatlicher Gewalt bieten.

Die tatsächliche Entwicklung im Investitionsschutzrecht hin zu einem alternativen oder kumulativen Verhältnis von nationalen Gerichten und Investor-Staat-Streitbeilegung ist vor dem Hintergrund zu erklären, dass bisher Investitionsschutzabkommen vorwiegend zwischen Staaten abgeschlossen wurden, bei denen zumindest eine Vertragsseite innerstaatliche Defizite im Bereich Rechtsstaatlichkeit aufwies.

Nimmt man nun auch Investitionsschutzkapitel mit Investor-Staat-Streitbeilegungsklauseln verstärkt in Abkommen zwischen Staaten mit jeweils einer modernen, voll funktionsfähigen Rechtsordnung auf, sollten diese Abkommen auch die Vorteile eines Rückgriffs auf funk-

²⁶ Für entsprechende Vorschläge siehe Hindelang/Wernicke, *Grundzüge eines modernen Investitionsschutzes – Ziele und Handlungsempfehlungen – Ein realpolitischer Vorschlag zur Reform des Investitionsschutzes zwischen CETA-Text und den Kommissionsvorschlägen zu TTIP*, 2015, abrufbar unter: <https://www.steffenhindelang.de/wp-content/uploads/2017/11/Harnack-House-Reflections-Investment-Protection-ENG.pdf>.

²⁷ Hierzu bereits Hindelang, Stellungnahme, Deutscher Bundestag, Ausschuss für Wirtschaft und Energie, Ausschussdrucks. 18(9)285 vom 10.12.2014 sowie Hindelang, *Study on Investor-State Dispute Settlement ('ISDS') and Alternatives of Dispute Resolution in International Investment Law*, Europäisches Parlament 2014, S. 72 ff., insb. S. 76 ff., abrufbar unter: <https://www.steffenhindelang.de/publikationen/study-on-investor-state-dispute-settlement-isds-and-alternatives-of-dispute-resolution-in-international-investment-law/>.

nierende nationale Gerichte vor Einleitung eines internationalen Schiedsverfahrens widerspiegeln. CETA hebt dieses Potential nicht. Die Verhandlungen über die Errichtung eines MIC bieten die Gelegenheit, diesen Fehler zu korrigieren.

Die gelegentlich vorgetragene These, wonach alle innerstaatlichen Rechtssysteme mehr oder weniger gleich sind, nämlich befangen, ineffizient und nicht in der Lage ein ausreichendes Schutzniveau für ausländische Investitionen zu gewährleisten, ist kritisch zu hinterfragen.

Vorteile eines Rückgriffs auf nationale Gerichte sind insbesondere in folgenden Umständen zu sehen:

- in hochentwickelten Rechtssystemen mit einer stark ausgeprägten Rechtsstaatlichkeit²⁸ agieren nationale Gerichte in einem *rechtlichen Umfeld*, das sowohl *kohärenter als auch vorhersehbarer* ist als die Investor-Staat-Streitbeilegungs-Praxis, einschließlich die eines MIC;
- nationale Gerichte können ein *einheitliches Forum* bieten, innerhalb dessen ein Rechtsstreit sowohl hinsichtlich der Frage entschieden wird, ob die angefochtene gaststaatliche Maßnahme im Einklang mit innerstaatlichem Recht als auch mit den völkerrechtlichen Pflichten des Gaststaates stand. Selbst wenn nationale Gerichte an der direkten Anwendung der völkerrechtlichen Regeln in einem Investitionsschutzkapitel gehindert wären, wäre dies noch kein Argument gegen einen grundsätzlichen Vorrang staatlicher Gerichtsverfahren vor völkerrechtlichen Streitbeilegungsmechanismen. Der Schutz vor Missbrauch staatlicher Gewalt ist eine „Standardaufgabe“ innerstaatlichen Rechts. In hochentwickelten Systemen sollte der entsprechende Standard im Allgemeinen nicht hinter demjenigen auf internationaler Ebene – d.h. im internationalen Investitionsschutzrecht – zurückfallen.

Dies sind möglicherweise nicht die einzigen Vorteile, die ein Beschreiten des nationalen Rechtswegs vor Anrufung eines Schiedsgerichts bzw. eines MIC bieten würde. Wenn Staaten sich darüber besorgt zeigen, dass Investitionsschiedsgerichte öffentliche Interessen bei einer Abwägung mit privaten Belangen nicht angemessen berücksichtigen, kann es opportun sein, zunächst nationale Gerichte eine umfassende Balance zwischen privaten und öffentlichen Belangen herstellen zu lassen.

Nationale Gerichte formen diese vor dem Hintergrund der gesamten innerstaatlichen Rechtsordnung. Diese Rechtsordnung spiegelt eine aufwendige, komplexe und differenzierte Vorprogrammierung der Abwägung privater und öffentlicher Interessen wider, die in einem völkerrechtlichen Kontext aufgrund der Holzschnittartigkeit dieser Rechtsordnung nicht erreichbar ist.

²⁸ Kennzeichen eines entwickelten Rechtsstaates könnten z.B. sein: effektive Beschränkungen staatlicher Macht, keine Korruption, transparentes Regierungshandeln mit entsprechenden Kontrollmöglichkeiten durch die Öffentlichkeit und robuste Grundrechte; einschließlich der Gewährleistung persönlicher Unversehrtheit sowie Eigentumsschutz. Siehe vergleichend hierzu auch Kommission, *Vorschlag für einen Beschluss des Rates zur Feststellung der eindeutigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der Rechtsstaatlichkeit durch die Republik Polen*, COM (2017) 835 final.

Löst ein nationales Gericht die Kontroverse nicht zur Zufriedenheit des Investors und entschließt sich jener zur Einleitung eines Investitionsschiedsverfahrens, kann ein Schiedsgericht – genauso wie ein zu errichtender MIC – von der „Vorabklärung“ der Tatsachen und des (inländischen) Rechts profitieren. Vor allem aber kann eine nachvollziehbare, ausgewogene Würdigung öffentlicher und privater Belange vor dem Hintergrund des innerstaatlichen Rechts durch ein nationales Gericht die Erwägungen eines Tribunals entsprechend informieren.

Insgesamt mag ein in einer solchen Prozessgeschichte ergangener Schiedsspruch bzw. ein ergangenes Urteil eines MIC der innerstaatlichen Balance von privaten und öffentlichen Belangen näherkommen. Dies könnte nicht unwesentlich der Akzeptanz und Legitimität von völkerrechtlichen Investor-Staat-Streitbeilegungsmechanismen in der entsprechend betroffenen Öffentlichkeit zugutekommen. Letztlich würde ein solches Verfahren Investor-Staat-Streitbeilegungsmechanismen wieder zu dem machen, was sie eigentlich sein sollten: ein Sicherheitsnetz für Fälle des Versagens des gaststaatlichen Rechtssystems und keine Alternative dazu.

Sicherlich variieren die Vorteile eines Rückgriffs auf nationale Gerichte stark von (nationaler) Rechtsordnung zu Rechtsordnung. In der Regel könnten die Vorteile wohl nur in hochentwickelten Rechtssystemen ihre volle Wirkung entfalten. Die EU sollte daher durch ein flexibles Vorgehen der Tatsache Rechnung tragen, dass nicht nur die Rechtssysteme ihrer Verhandlungspartner, sondern auch *ihre* diversen mitgliedstaatlichen Rechtssysteme in ihrer Entwicklung signifikante Unterschiede aufweisen. Es gilt entwickelte und funktionstüchtige nationale Rechtsordnungen hinreichend einzubinden, Investoren aber nicht Verfahren vor nationalen Gerichten auszusetzen, die nicht oder nur ausnahmsweise in der Lage sind, ein rechtstaatlichen Grundsätzen genügendes Verfahren zu gewährleisten.

2. Möglichkeiten einer stärkeren Einbindung nationaler Gerichte durch einen MIC

Der gegenwärtige CETA-Text bindet funktionierende nationale Gerichte kaum in die Lösung von Streitigkeiten zwischen Investoren und deren Gaststaaten sinnvoll ein.

Mit Inkrafttreten des Investitionskapitels von CETA wird die deutsche Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit neben den Investor-Staat-Schiedsgerichten für alle unter das Abkommen fallende Rechtsstreitigkeiten lediglich zur Alternative.

Es steht dem Investor frei, sich für einen der Rechtswege zu entscheiden. Entscheidet er sich allein für ein Schiedsverfahren unter CETA, wird deutschen und europäischen Gerichten potentiell ein Teil ihrer Gerichtsbarkeit über die Kontrolle der Ausübung hoheitlicher Gewalt entzogen. Abwägungen von privatem und öffentlichem Interesse erfolgen dann ausschließlich außerhalb der deutschen bzw. europäischen Rechtsordnung.

Im Rahmen von Schiedsverfahren auf der Basis von CETA können grundsätzlich nur Entschädigung und Schadenersatz (Sekundärrechtsschutz) gefordert werden. Primärrechtsschutz – also die Aufhebung oder Änderung eines Verwaltungsaktes oder eines Gesetzes – kann ein Investor nicht verlangen. Eine partielle Ausnahme besteht für die Rückgabe von Eigentum bei Enteignung.

Leitet ein Investor unter CETA ein Schiedsverfahren ein, wird ihm für die Durchsetzung eines etwaigen Anspruchs auf Entschädigung bzw. Schadenersatz der Weg zu den staatlichen Gerichten verwehrt.

Wenn eine Rechtsverletzung hinreichend manifest ist, der zu besorgende Schaden relativ groß und der Investor nicht an der Aufhebung des Primäraktes interessiert ist oder Schadenersatzansprüche – wie etwa bei legislativem Unrecht – im nationalen Rechtssystem stark eingeschränkt sind, wäre ein ausschließliches Befassen deutscher Gerichte – bei aller mit einer solchen spekulativen Aussage verbundenen Unsicherheit – weniger sinnvoll. Vor deutschen Gerichten müsste er regelmäßig aufgrund des Vorrangs des Primärrechtsschutzes – der die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers schützen soll – zunächst vor Verwaltungsgerichten, möglicherweise in mehreren Instanzen, gegen das staatliche Handeln selbst vorgehen, bevor er einen Schadenersatz vor Zivilgerichten (wieder möglicherweise in mehreren Instanzen) einklagen könnte.

Insgesamt ist keine klare Priorisierung und hinreichende Einbindung funktionierender nationaler und europäischer Gerichte im vorliegenden CETA-Text zu erkennen. Tatsächlich wird ein alternativer Rechtsweg mit alternativem Prüfprogramm und einer möglicherweise anderen Abwägung von öffentlichen und privaten Interessen eröffnet, der in Wettbewerb zu funktionierenden staatlichen Gerichten tritt. Inwieweit dieser Wettbewerb auch chancengleich ausgestaltet sein wird, bleibt zu beobachten.

Will man die oben skizzierten Vorteile der Einbindung funktionierender nationaler Gerichte sichern und gleichzeitig Investoren nicht vor nationale Gerichte zwingen, die nicht in der Lage sind, effektiven Rechtsschutz zu gewähren, sollte man bei den Verhandlungen zur Errichtung eines MIC flexibel vorgehen.

Man sollte einen elastischen Zeitraum für die verpflichtende Beschreitung des innerstaatlichen Rechtsweges in Betracht ziehen, der selbst auf den unterschiedlichen Entwicklungsstand von Gliedern einer Vertragspartei – im Falle der EU deren Mitgliedstaaten – reagieren kann.

Das würde bedeuten: Im Rahmen der rechtlichen Würdigung der Frage der Zulässigkeit einer Klage überprüft ein MIC, ob (und in welchem Umfang) es dem Investor zuzumuten ist, zunächst den nationalen Rechtsweg zu beschreiten. Ein solches Vorgehen ist international erprobt. So findet sich ein ähnliches bereits im Rahmen der Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte.

D. Herausforderungen für die EU im Rahmen des Aushandlungsprozesses

I. Andere Staaten von der Notwendigkeit eines MIC überzeugen

Unklar ist bisher, ob eine Mehrzahl von Staaten die Notwendigkeit eines internationalen Gerichtshofs erkennt. Im Rahmen regionaler Verhandlungen im asiatischen Bereich ist dies bisher zumindest nicht zu offensichtlich.

II. EU-primärrechtliche Zweifel ausräumen

Zudem ist die EU im Bereich der völkerrechtlichen Ausgestaltung des Investitionsschutzes auch internen Herausforderungen ausgesetzt. Nicht erst seit der Entscheidung des EuGHs in Sachen Achmea²⁹ bestehen Unsicherheiten, ob eine entsprechende Unterwerfung der EU unter Investor-Staat-Streitbeilegungsmechanismen, wie sie in CETA vorgesehen sind, EU-primärrechtlich überhaupt zulässig ist.³⁰ Ohne die Frage geklärt zu haben – und der EuGH hat Gelegenheit hierzu demnächst mit Blick auf CETA Stellung zu nehmen³¹ – werden Drittstaaten kaum vom Vorhaben eines wie auch immer ausgestalteten MIC ernsthaft zu überzeugen sein.

²⁹ EuGH, Rs. C-284/16 (Achmea), ECLI:EU:C:2018:158; hierzu näher: Wernicke, NJW 2018, 1644; Stübener de Mora, EuZW 2018, 363; Hindelang, VerfBlog vom 09.03.2018; Thym, VerfBlog vom 08.03.2018.

³⁰ Vgl. ausführlich Hindelang, AVR 53, 68 (2015).

³¹ EuGH, Gutachten 1/17, anhängig.