

# Policy Papers on Transnational Economic Law

No. 42

## Ein internationales Handels- und Investitionsgericht für CETA (und TTIP)? Christian Tietje

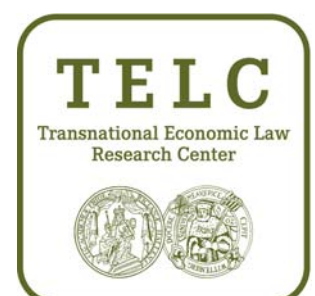
TRANSNATIONAL  
ECONOMIC LAW  
RESEARCH CENTER

Faculty of Law  
Martin-Luther-University  
Halle-Wittenberg  
Universitätsplatz 5  
06099 Halle (Saale)  
Germany

Tel.: +49 345 / 55 23149  
/ 55 23180  
Fax: +49 345 / 55 27201

E-Mail: [telc@jura.uni-halle.de](mailto:telc@jura.uni-halle.de)  
[www.telc.uni-halle.de](http://www.telc.uni-halle.de)

März 2015



## Ein internationales Handels- und Investitionsgericht für CETA (und TTIP)?

### Einleitung

Die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit (Investor-State Dispute Settlement – ISDS) ist ein zentraler Diskussionspunkt zu den geplanten Freihandelsabkommen der EU u.a. mit Kanada und den USA. Dem Abkommen mit Kanada (Comprehensive Economic and Trade Agreement – CETA) kommt dabei politisch und juristisch eine besonders wichtige Rolle zu, da es als Vorlage (blueprint) für die laufenden Verhandlungen über das geplante Abkommen mit den USA (Transatlantic Trade and Investment Partnership – TTIP) gilt. Mit Kanada wurden die Verhandlungen, die die EU-Kommission geführt hat, im August 2014 beendet. Am 5. August 2014 erfolgte die Übersendung des Vertragsentwurfs an die EU-Mitgliedstaaten. Am 26. September 2014 wurde der Abschluss der Verhandlungen auf dem Gipfeltreffen der EU und Kanadas in Ottawa „feierlich gewürdigt“. Zu einer völkerrechtlichen Unterzeichnung des Abkommens im Sinne von Art. 10 Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) kam es hingegen nicht, da hierdurch der Text des Handelsabkommens als endgültig festgelegt worden wäre. Eine solche endgültige Festlegung war politisch auf Seiten der EU nicht machbar, da namentlich die Bundesrepublik Deutschland weiteren Diskussionsbedarf angemeldet hatte. Hintergrund hierfür war eine bis heute andauernde, ausgesprochen intensive öffentliche Debatte in Deutschland insbesondere über ISDS. Ob die öffentliche Diskussion in Deutschland, die in

weiten Teilen von einer fehlenden sachlichen Auseinandersetzung mit den einschlägigen Rechtsregeln geprägt war und ist, tatsächlich begründeten Anlass gegeben hat, das Verhandlungsergebnis mit Kanada nochmals infrage zu stellen, soll hier nicht abschließend bewertet werden. Entscheidend ist vielmehr, dass die aufgeschobene Unterzeichnung des Abkommens Deutschland und letztlich die EU insgesamt in Zugzwang dahingehend gesetzt hat, unter welchen Voraussetzungen die Verhandlung noch zu einem insgesamt erfolgreichen Abschluss geführt werden können. Eine schwierige politische Situation ergibt sich hierbei insbesondere für den Bundesminister für Wirtschaft und Energie Sigmar Gabriel, der für das Wirtschaftsministerium im ökonomischen Interesse Deutschlands das vorliegende Abkommen mit Kanada ratifiziert sehen möchte. Als Bundesvorsitzender der SPD sieht sich Sigmar Gabriel allerdings weitreichender innerparteilicher Kritik an dem Abkommen ausgesetzt.

Wie es mit CETA weitergehen wird, ist jedenfalls für die Öffentlichkeit lange Zeit nicht ersichtlich gewesen. Über die Kritik und Ablehnung der Investor-Staat-Streitbeilegung, so wie sie im vorliegenden Entwurf des Vertrages mit Kanada enthalten ist, hinausgehend, gab es keine konkreten Änderungsvorschläge. Erst mit einem Treffen führender Sozialdemokraten aus den EU-Mitgliedstaaten am 22. Februar 2015 in Madrid kam es zu neuen inhaltlichen Impulsen in der Debatte. Die Sozialdemokraten verabschiedeten in Madrid ein gemeinsames Positionspapier, das konkrete Änderungen in CETA fordert (verfügbar unter: [www.spd.de/aktuelles/127480/20150223\\_ttip\\_isds\\_spe\\_madrid.html](http://www.spd.de/aktuelles/127480/20150223_ttip_isds_spe_madrid.html)). Unter der Überschrift „Verbesserungen an

CETA und darüber hinaus – Meilensteine für modernen Investitionsschutz setzen“ schlagen die Politiker in dem Positionspapier u.a. die Schaffung eines ständigen Sekretariats für CETA, was „die Form eines Handels- und Investitionsgerichtes annehmen [könnte]“ vor. Verbunden wird diese Forderung mit Vorschlägen zu einem festgelegten „Pool von hoch qualifizierten, von der EU, Kanada und den EU-Mitgliedstaaten benannten Schiedsrichtern“, der „soweit möglich qualifizierte Berufsrichter und Wissenschaftler umfassen“ soll. Zudem soll ein Berufungsmechanismus geschaffen werden.

Ziel dieses kurzen Policy Papers ist es, die nicht ganz neue, jetzt aber sehr prominent in der politischen Diskussion platzierte Idee eines Investitionsgerichtes, einschließlich eines Berufungsmechanismus, als Alternative zum gegenwärtigen System der Schiedsgerichtsbarkeit zu würdigen. Dabei soll es zunächst allgemein um die Frage gehen, ob ein internationales Gericht die behaupteten Probleme der Schiedsgerichtsbarkeit im Investitionsschutzbereich, wie sie gegenwärtig debattiert werden, tatsächlich lösen kann. Überdies soll diskutiert werden, ob der Vorschlag der europäischen Sozialdemokraten eine tatsächlich realistische und sinnvolle Option für CETA und gegebenenfalls TTIP ist.

## Gerichte und Schiedsgerichte

### *Grundlagen*

Bevor die Idee eines internationalen Investitionsgerichtes als Alternative zur Schiedsgerichtsbarkeit in CETA und gegebenenfalls TTIP gewürdigt werden kann, ist zunächst allgemein in Erinnerung zu rufen, worin sich Schiedsge-

richte und Gerichte gleichermaßen im innerstaatlichen und im internationalen Rechtsbereich unterscheiden.

Ein erster zentraler Unterschied zwischen Schiedsgerichten und Gerichten besteht darin, dass Schiedsgerichte ihre Legitimation aus einem übereinstimmenden Parteiwillen erfahren; es gibt kein Schiedsverfahren ohne Zustimmung beider Parteien zu diesem Verfahren. Demgegenüber begründet sich die Zuständigkeit eines Gerichtes national und international auf einer legislativen Zuständigkeitszuweisung. Ein Gericht ist aufgrund eines gesetzgeberischen Aktes als solches für bestimmte Streitigkeiten zuständig, es muss im Einzelfall nur durch eine Streitpartei angerufen werden. Damit ist freilich nicht gesagt, dass auch bei einem internationalen Gericht eine Zuständigkeitserklärung durch beide Streitparteien nötig sein kann; in Verfahren vor dem Internationalen Gerichtshof ist das der Fall. Dies ändert allerdings nichts daran, dass die Existenz des Gerichtes und das vorgesehene Verfahren legislativ bzw. völkervertraglich determiniert sind. Im internationalen Bereich folgt hieraus zugleich, dass eine obligatorische Gerichtsbarkeit nur für die Parteien des entsprechenden völkerrechtlichen Vertrages bzw. deren Staatsangehörigen gegeben sein kann.

In der Schiedsgerichtsbarkeit haben die Streitparteien eine weitgehende Freiheit in der Bestimmung des Verfahrens, zumindest wenn es um die so genannte ad hoc Schiedsgerichtsbarkeit geht. In ICSID-Verfahren und in der institutionalisierten Schiedsgerichtsbarkeit insgesamt ist das nur mit Einschränkungen der Fall. Hier sind zentrale Verfahrensregelungen abschließend in der jeweiligen institutionellen Verfahrensordnung festgelegt. Die Par-

teien sind hieran gebunden, da sie die entsprechende Verfahrensordnung übereinstimmend als Grundlage ihres Schiedsverfahrens gewählt haben. Dessen ungeachtet bleiben aber auch bei dieser Verfahrensform hinreichende Möglichkeiten der Verfahrensgestaltung durch Parteivereinbarung.

Ein weiterer wesentlicher Unterschied zwischen der Schiedsgerichtsbarkeit und der Gerichtsbarkeit im internationalen Bereich besteht darin, dass die Anerkennung und Vollstreckung eines Schiedsspruches, von dem Sonderfall eines ICSID-Verfahrens abgesehen, immer nur mithilfe einer staatlichen Rechtsordnung erfolgen kann. Rechtsgrundlage für die Anerkennung und Vollstreckung von internationalen Schiedssprüchen ist bekanntlich das New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche von 1958. Für internationale Gerichtsurteile gibt es kein entsprechendes Rechtsregime zur Anerkennung und Vollstreckung im innerstaatlichen Bereich. Internationale Gerichtsurteile sind vielmehr regelmäßig aus sich heraus bindend und vollstreckbar. Damit entfällt die zentrale Möglichkeit, ein internationales Gerichtsurteil durch ein innerstaatliches Gericht auf die Vereinbarkeit u.a. mit wesentlichen rechtsstaatlichen Grundsätzen (*ordre public*) zu überprüfen (vgl. Art. V New Yorker Übereinkommen). Das gilt ebenso für die Verfahrenskontrolle im Schiedsgerichtswesen nach der sogenannten *lex arbitri* (vgl. z.B. § 1062 ZPO).

Ein weiterer wichtiger Unterschied zwischen internationaler Schiedsgerichtsbarkeit und Gerichtsbarkeit ist, dass die Gerichtsbarkeit zwingend auf eine institutionelle Verankerung angewiesen ist. Gerichtsbarkeit ist per defi-

nitionem „permanent“, d.h. sie verlangt nach einer dauerhaften Institution, die das entsprechende Gerichtswesen administriert. Demgegenüber kann die Schiedsgerichtsbarkeit zwar auch institutionalisiert sein, was zum Beispiel mit Blick auf ICSID oder die Internationale Handelskammer in Paris (ICC) der Fall ist. Allerdings ist die Schiedsgerichtsbarkeit auf solch eine Institutionalisierung nicht zwingend angewiesen. Vielmehr ist es oftmals so, dass der administrative Unterbau eines Schiedsgerichtsverfahrens durch die Parteien bzw. Schiedsrichter, d.h. konkret vielfach die verfügbaren Apparate von Anwaltskanzleien, gestellt wird. Selbst im Bereich der institutionalisierten Schiedsgerichtsbarkeit gilt zu beachten, dass sich diese finanziell oftmals selbst trägt bzw. nicht aus staatlichen finanziellen Mitteln finanziert wird. Im Bereich der Gerichtsbarkeit ist dies zwangsläufig anders. Die entsprechende Institution, die ein internationales Gericht administriert, ist durch staatliche Mittel zu finanzieren.

Für die Richter bzw. Schiedsrichter, die in Verfahren tätig sind, ist im Bereich der Gerichtsbarkeit regelmäßig eine Trennung von Ernennung und Verfahrenszuweisung gegeben. Demgegenüber werden Schiedsrichter aufgrund des dominierenden Parteiwillens für ein konkretes Verfahren ernannt. Als hybrides System ist aber auch denkbar, in der ersten Instanz jeweils für ein Verfahren Schiedsrichter zu ernennen, in der zweiten Instanz dann indes vorab ernannte Richter mit gesonderter Verfahrenszuweisung im Einzelfall zu haben. Die WTO-Streitbeilegung ist als ein solches Mischsystem konzipiert.

Die vorgenannten Unterschiede zwischen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit und einem Investitionsgericht oder zu-

mindest einer gerichtsähnlichen Institution für Investitionsstreitigkeiten lassen sich gut am Beispiel des Iran-United States Claims Tribunal (IUSCT) studieren. Die im Jahre 1981 eingerichtete Streitbeilegungsinstitution hat neun fest ernannte Richter, einen gerichtsüblichen administrativen Unterbau, festgelegte Verfahrensregeln und wird finanziell von den Vertragsparteien USA und Iran getragen. Das IUSCT hat bislang bereits mehr als 3.900 Verfahren abgeschlossen.

#### *Qualität internationaler Gerichtsbarkeit*

ISDS in der gegenwärtigen Form wird insbesondere mit Blick auf die fehlende demokratische Legitimation von Schiedsgerichten, die behauptete undurchsichtige Auswahl von Schiedsrichtern und deren interessengleiteter Tätigkeit sowie mangelnde Verfahrenstransparenz kritisiert. Ob eine institutionalisierte Handels- und Investitionsschiedsgerichtsbarkeit hier eine grundlegend andere Situation herbeiführen kann, ist allerdings nicht unmittelbar offensichtlich.

Zunächst es schon fraglich, ob die demokratische Legitimation eines internationalen Gerichtes sich substantiell von der eines internationalen Schiedsgerichtes unterscheidet. Die Benennung internationaler Richter erfolgt regelmäßig durch die Regierungen der beteiligten Staaten bzw. der Europäischen Union. Es handelt sich hier um eine typische gubernative Aufgabewahrnehmung. Unmittelbare demokratische Legitimation erfährt ein internationales Gericht insofern auf innerstaatliche Ebene durch die Zustimmung der Legislative zu dem zu Grunde liegenden völkerrechtlichen Vertrag. Dieser Legitimationsmechanismus

wirkt auch im Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit. In der typischen Konstellation eines Schiedsgerichts mit drei Schiedsrichtern wird zumindest ein Schiedsrichter durch den beklagten Gaststaat benannt. Die Schiedsrichterbenennung erfolgt auch hier durch die Regierung. Legitimation erfährt dies sowie das gesamte Schiedsgericht durch den völkerrechtlichen Vertrag, der dem Investitionsschutzverfahren zu Grunde liegt. Diesem hat die innerstaatliche Legislative regelmäßig zugestimmt. Eine wesentlich weitergehende, von der Exekutive losgelöste, nur vom unmittelbar demokratisch legitimierten Parlament zu verantwortende Richterwahl ist übrigens zumindest in Deutschland bislang nicht realisiert. Der Richterwahlausschuss des Bundes wird gerade mit Blick auf den dort vorhandenen Einfluss der Exekutive seit vielen Jahren kritisiert. Das hat allerdings nicht dazu geführt, dass der Bundesjustiz die grundsätzliche Legitimation abgesprochen wird. Auf der anderen Seite wird die z.B. US-amerikanische Praxis, manche Richter und Staatsanwälte unmittelbar demokratisch wählen zu lassen, häufig gerade aus dem Grund kritisiert, dass das Streben nach Wahl und Wiederwahl geeignet sei, die richterliche Unabhängigkeit zu beeinflussen. Im Übrigen ist namentlich mit Blick auf Schiedsgerichte immer auch zu beachten, dass es unstrittig kein staatliches Rechtsprechungsmonopol gibt. Insofern sind an die Schiedsgerichtsbarkeit keine höheren Legitimationsanforderungen zu stellen als an die Gerichtsbarkeit. Überdies ist durch die Verfahrenskontrolle eines Schiedsverfahrens durch staatliche Gerichte nach der *lex arbitri* sowie durch das Erfordernis des Anerkennungsverfahrens vor einem zuständigen staatlichen Gericht sichergestellt, dass eine hinreichende

Legitimation von Verfahren und Ergebnis eines Schiedsverfahrens in jedem Fall gesichert ist. Mit Blick auf Urteile eines internationalen Gerichts ist all das nicht der Fall. Hier gibt es keine Möglichkeit der Verfahrens- oder Urteilskontrolle durch ein innerstaatliches Gericht. Wollte man dies vorsehen, würde man dem entsprechenden internationalen Gericht von vornherein die notwendige Autorität und damit auch Legitimation entziehen.

Argumentiert werden könnte natürlich, dass die Auswahl ständiger Richter höheren Qualitätsanforderungen gerecht wird als dies bei der ad hoc Bestimmung von Schiedsrichtern der Fall ist. Damit im Zusammenhang steht die Überlegung, dass Richter einen höheren Grad an Neutralität und Unbefangenheit sicherstellen. Im Hinblick auf die Ernennung von Schiedsrichtern im Investitionsschutzbereich wird oftmals kritisiert, dass es sich hier immer um dieselben Personen handele und diese überdies oftmals in einer Doppelrolle als Schiedsrichter in einem und Prozessvertreter in einem anderen Verfahren tätig seien. Dem ist zunächst zu entgegnen, dass in der schiedsgerichtlichen Praxis eine sehr rigide Überprüfung einer möglichen Besorgnis der Befangenheit von Schiedsrichtern erfolgt. Die in der Praxis angewandten Regeln, nach denen mögliche Interessenkonflikte zu bewerten sind, sind langjährig erprobt. In den weitaus meisten investitionsschutzrechtlichen Schiedsverfahren kommt es heutzutage zu Anträgen auf Ausschluss einzelner Schiedsrichter aufgrund einer behaupteten Besorgnis der Befangenheit. Auch die Mehrfachernennung einzelner Schiedsrichter und damit der zwangsläufige Eindruck eines gleichsam Monopols einzelner Personen, die internationale Investitionsschiedsverfahren

entscheiden, ist nicht zwingend als Problem anzusehen. Vielmehr ist dies Ausdruck der erforderlichen fachlichen Expertise die notwendig ist, um als Schiedsrichter in Investitionsschutzverfahren mitzuwirken. Im Übrigen steht es den Parteien und damit natürlich auch den beklagten Staaten frei, jederzeit andere Personen als Schiedsrichter zu benennen.

In diesem Zusammenhang ist auch der Vorschlag zu bewerten, dass für ein internationales Handels- und Investitionsgericht als Richter nur Berufsrichter und gegebenenfalls Rechtsprofessoren bestellt werden sollten. Es ist fraglich, wie bei einer solchen Festlegung die fachliche Qualität der entsprechenden Rechtsprechung sichergestellt werden soll. Es gibt bei innerstaatlichen Gerichten keine Erfahrung mit völkerrechtlichen Investitionsschutzstreitigkeiten. Dazu wird es aller Voraussicht nach auch nicht kommen, da die europäische Union in ihren Freihandelsabkommen regelmäßig explizit ausschließt, dass diese vor innerstaatlichen Gerichten angewandt werden dürfen. Überdies ist die internationale Verfahrenssprache Englisch. Auch hier ist fraglich, inwieweit innerstaatliche Berufsrichter, die im täglichen Arbeitsumfeld nur in ihrer jeweiligen Heimatsprache agieren, unproblematisch in der Lage sind, ein englischsprachiges Verfahren durchzuführen. Dass nur englische Muttersprachler, die Berufsrichter sind, als Richter für ein internationales Investitionsgericht in Betracht kommen, kann kaum gewollt sein. Realistisch betrachtet verfügen Anwälte, die täglich für internationale Mandanten internationale Streitverfahren und Verhandlungen durchführen, über eine fachliche Expertise in diesem Bereich, die von innerstaatlichen Berufsrichtern kaum erreicht werden

kann. Das ist ein wichtiger Gesichtspunkt mit Blick auf die notwendige und immer wieder anzustrebende Qualität von Schiedsurteilen.

Skeptisch sollte man auch sein, wenn es um Listen (roster) von Personen geht, die als Richter oder Schiedsrichter ernannt werden können. Durch das Aufstellen entsprechender Listen soll, so die Vorstellung, sichergestellt werden, dass tatsächliche Experten, die von den Vertragsparteien des Freihandels- und Investitionsabkommens als solches anerkannt werden, rechtsprechende Tätigkeit ausüben. Auch hier sollte man realistisch sein und auch mit Blick auf die bereits vorliegende Praxis der Aufstellung entsprechender Listen zum Beispiel nach dem ICSID-Übereinkommen oder beim Haager Internationalen Schiedshof (Permanent Court of Arbitration – PCA) bedenken, dass der Benennung einer Person für eine entsprechende Liste ein politischer Entscheidungsprozess vorgelagert ist. Es verwundert daher nicht, dass viele Personen, die sich auf entsprechenden Listen heute schon finden, nie an einem internationalen Streitbeilegungsfall teilgenommen haben oder jemals teilnehmen werden.

### Ein Gericht für CETA/TTIP

Würdigt man den Vorschlag zur Schaffung eines internationalen Handels- und Investitionsgerichts für CETA bzw. zukünftig auch TTIP über die oben genannten grundsätzlichen Probleme hinausgehend, so ist zunächst die zwingende bilaterale Natur dieser Abkommen in Erinnerung zu rufen. Konkret ginge es also darum, ein internationales Gericht einschließlich der notwendigen institutionellen Infrastruktur zu schaffen, das ausschließlich für die

Regierungen bzw. Staatsangehörigen der EU auf der einen Seite und Kanada bzw. der USA auf der anderen Seite zuständig ist. Angesichts der beschränkten territorialen Reichweite der vorgeschlagenen Gerichtsbarkeit stellt sich zwangsläufig die Kosten-Nutzen-Frage. Zumindest theoretisch möglich wäre es freilich, in CETA eine Klausel dahingehend aufzunehmen, dass der dort vorgesehene Handels- und Investitionsgerichtshof auch als Gericht für spätere Freihandelsabkommen mit weiteren Staaten fungieren soll. Das setzt dann freilich voraus, dass die jeweils späteren Vertragsparteien dem zustimmen werden. Schon mit Blick auf die USA ist das nicht selbstverständlich.

Zugleich ist zu bedenken, dass zumindest die Gefahr besteht, dass die Errichtung eines Handels- und Investitionsgerichts gleichsam als Einladung für namentlich private Wirtschaftssubjekte angesehen werden könnte, eine entsprechende Institution möglichst intensiv in Anspruch zu nehmen. Diese Gefahr besteht, da sich Kläger keine Gedanken über die administrativ-institutionelle Ausgestaltung entsprechender Verfahren machen müssen, wie es bei der ad hoc Schiedsgerichtsbarkeit der Fall ist. Es ist insofern wesentlich einfacher, eine bereits vorhandene Infrastruktur in Anspruch zu nehmen. Die Überlastung der WTO-Streitbeilegung, die zumindest gerichtsähnlich strukturiert ist, und des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) sprechen hier für sich. Das gilt ebenso für die hieraus folgenden Forderungen nach einer verbesserten finanziellen Ressourcenausstattung der genannten Gerichte, wie sie in jüngerer Zeit z.B. der WTO-Generaldirektor artikuliert hat ([https://www.wto.org/english/news\\_e/spra\\_e/spra32\\_e.htm](https://www.wto.org/english/news_e/spra_e/spra32_e.htm)). Die Staaten sind hierzu

allerdings regelmäßig nicht bereit, was zu Qualitätseinbußen in dem jeweiligen internationalen Rechtsschutzsystem führt.

Für ein internationales Gericht bzw. einen Berufungs- oder Revisionsmechanismus ist auch zu beachten, dass diesem jedenfalls faktisch eine bedeutungsvolle Machtposition zukommt. Wie die Rechtsprechung internationaler Gerichte, wie zum Beispiel des Internationalen Gerichtshofes oder des Seegerichtshofes sowie des Appellate Body der WTO zeigen, "setzen" diese Institutionen Recht. Das ist nicht im eigentlich legislativen Sinne zu verstehen. Es geht hier darum, dass mit hoher Autorität ausgestattete internationale Gerichte bzw. Revisionsinstanzen faktische Präjudize setzen. Anderen Streitbeilegungsinstitutionen ist es kaum möglich von einer entsprechenden Entscheidungspraxis abzuweichen. Im Rahmen der ad hoc Schiedsgerichtsbarkeit und auch der institutionalisierten Schiedsgerichtsbarkeit ist dies anders. Hier geht es dem Selbstverständnis der Schiedsgerichtsbarkeit entsprechend um die Beilegung einer Streitigkeit im Einzelfall und nicht um eine allgemeine Rechtsentwicklung. Die Überraschung, mit der viele Staaten auf die Wirkungsmächtigkeit des WTO Appellate Body reagiert haben, nachdem dieser 1995 gegründet wurde und seine Arbeit aufnahm, sollte nicht vergessen werden.

Schließlich wäre es unvermeidbar, wie bereits hervorgehoben, ein CETA- bzw. TTIP-Gericht mit der Rechtsmacht auszustatten, unverbindliche und unmittelbar innerstaatlich vollstreckbare Urteile zu sprechen. Das New Yorker Vollstreckungsabkommen könnte keine Anwendung finden. Es ist insofern konsequent, dass die un-

mittelbare Vollstreckbarkeit von Urteilen bei dem bislang einzigen internationalen Investitionsgericht vorgesehen ist. Konkret geht es um das Unified Agreement for the Investment of Arab Capital in the Arab States vom 26. November 1980. Dieses Abkommen, das von den meisten Mitgliedstaaten der Arabischen Liga ratifiziert wurde und am 7. September 1981 in Kraft trat, sieht in seinem Art. 34 vor, dass „(1) [j]udgements shall have binding force ..., (2) [j]udgements shall be final and not subject to appeal ..., (3) [a] judgement delivered by the Court shall be enforceable in the State Parties, where they shall be immediately enforceable in the same manner as a final enforceable judgment delivered by their own competent courts.“

Es stellt sich zwangsläufig auch die Frage, ob für ein CETA- bzw. TTIP-Gericht als Zulässigkeitsvoraussetzung für Klagen die vorherige Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges vorgesehen werden sollte. Dies wird in der gegenwärtigen Diskussion immer wieder auch für die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit gefordert. Unabhängig davon, dass es historisch und aktuell gerade die Grundidee der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit ist, ohne Einschaltung des innerstaatlichen Rechtsweges Rechtsschutz zu gewähren, um so Streitigkeiten zwischen Investor und Gaststaat von vornherein zu entpolitizieren und einem effektiven Streitbeilegungsmechanismus zuzuführen, ist folgendes zu bedenken: Das Erfordernis der Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges führt zwangsläufig immer dazu, dass ein Investor vor einem internationalen Gericht die strittige staatliche Maßnahme in der Ausgestaltung angreift, die sie durch das letztinstanzliche innerstaatliche Urteil erfahren hat. Ein internationales Gericht oder



Schiedsgericht ist daher unabdingbar damit konfrontiert, auch das letztinstanzliche innerstaatliche Urteil auf seine Rechtmäßigkeit im Lichte des zugrundeliegenden völkerrechtlichen Investitionsschutzvertrages zu überprüfen. Es entsteht so gleichsam eine völkerrechtliche Berufungs- oder jedenfalls Revisionsinstanz. Das ist dem Grunde nach unproblematisch, da ein Staat (bzw. die EU) auch für judikatives Handeln völkerrechtlich verantwortlich ist. Allerdings wird durch ein solches System unweigerlich der Grundstein für Justizkonflikte im Mehrebenensystem gelegt, wie sie u.a. im Verhältnis des Bundesverfassungsgerichts zum EuGH und zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) oder auch im Verhältnis von EuGH und EGMR bekannt sind. Der Stabilität und Vorhersehbarkeit in der Rechtsordnungsgemeinschaft fügt dies Schaden zu.

Sollte ungeachtet dieser Bedenken die Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges als Zulässigkeitsvoraussetzung für Klagen vor einem CETA- oder TTIP-Gericht vorgesehen werden, wäre es rechtssystematisch im Übrigen zwingend notwendig, die Klausel in den Verträgen zu streichen, wonach eine Anwendbarkeit der Abkommensbestimmungen vor innerstaatlichen Gerichten ausgeschlossen ist. Bei einem Ausschluss der unmittelbaren innerstaatlichen Anwendbarkeit z.B. von CETA (vgl. Art. 14.16 CETA) ist es einem innerstaatlichen Gericht von vornherein nicht möglich, einen möglichen „Fehler“ in der Behandlung eines ausländischen Investors, bewertet am Maßstab des zugrundeliegenden völkerrechtlichen Vertrages, selbst zu korrigieren. Die Möglichkeit der „Selbstkorrektur“ ist aber, wenn überhaupt, das zentrale Argument für das Erfor-

dernis der Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges.

### Ausblick

Rechtstechnisch ist es sicherlich möglich, in einem völkerrechtlichen Vertrag wie CETA oder TTIP als maßgeblichen Streitbeilegungsmechanismus die Errichtung eines Handels- und Investitionsgerichtes vorzusehen. Das gilt ebenso für eine Berufungs- oder Revisionsinstanz im Rahmen der jeweiligen internationalen Streitbeilegung. Für beides gibt es Beispiele: das Investitionsschutzabkommen der arabischen Staaten sieht ein Investitionsgericht vor und einige südamerikanische Staaten haben konkrete Vorschläge für ein entsprechendes regionales Gericht gemacht. Das Iran-United States Claims Tribunal arbeitet seit mehreren Jahrzehnten ausgesprochen erfolgreich. Eine völkerrechtliche Revisionsinstanz gibt es seit 1995 in der Form des Appellate Body der WTO.

Allerdings sollte nicht vorschnell argumentiert werden, dass mit entsprechenden Streitbeilegungsmechanismen als Alternative zur Investitionsschutzschiedsgerichtsbarkeit alle Probleme, die mit dieser in der öffentlichen Diskussion verbunden werden, zu lösen sind. Vielmehr haben die vorstehenden Überlegungen gezeigt, dass die Errichtung internationaler Gerichtsstrukturen, einschließlich einer Berufungs- oder Revisionsinstanz, weitreichende Konsequenzen hat, die es zu bedenken gilt. Neben dem erheblichen zusätzlichen Ressourcenaufwand, der jedenfalls zum Teil von staatlichen (bzw. EU) Haushalten zu tragen wäre, sind es systemische Überlegungen, die daran zweifeln lassen, ob ein Handels- und Investitionsgericht für CETA (und ggf.

TTIP) eine überzeugende Alternative ist. Wenn man bedenkt, dass es rechtsstaatlich selbst nach dem strengen Maßstab des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland kein staatliches Rechtsprechungsmonopol und – vom Strafverfahren abgesehen – keinen Anspruch auf eine Berufungs- oder Revisionsinstanz gibt, spricht vieles dafür, die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit als Alternative zum innerstaatlichen Gerichtssystem zu akzeptieren. Das schließt eine Diskussion über notwendige Reformen des Schiedsverfahrens, wie sie auch in CETA bereits vorgesehen sind, nicht aus.

*Prof. Dr. Christian Tietje, LL.M. (Michigan), ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Europarecht und Internationales Wirtschaftsrecht an der Juristischen und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg und Leiter des dortigen Instituts für Wirtschaftsrecht sowie der Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht.*

*E-Mail: christian.tietje@jura.uni-halle.de*