

**Beiträge zum internationalen Handels-
und Wirtschaftsrecht**

Band 6

Das richterliche Ermessen in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit

**Inhalt, Grenzen, Überprüfbarkeit – Eine Analyse
anhand der schiedsrichterlichen Praxis**

Von

Anne-Marie Rückel



Duncker & Humblot · Berlin

ANNE-MARIE RÜCKEL

Das richterliche Ermessen
in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit

Beiträge zum internationalen Handels- und Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von

Professorin Dr. Yuansi Bu, Freiburg

Professor Dr. Jan Lieder, Freiburg

Professor Dr. Hanno Merkt, Freiburg

Band 6

Das richterliche Ermessen in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit

Inhalt, Grenzen, Überprüfbarkeit – Eine Analyse
anhand der schiedsrichterlichen Praxis

Von

Anne-Marie Rückel



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg hat diese Arbeit
im Jahre 2024 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2025 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpau
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 2942-3724
ISBN 978-3-428-19310-3 (Print)
ISBN 978-3-428-59310-1 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,
12165 Berlin, Germany | E-Mail: info@duncker-humblot.de
Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meiner Familie

Danksagung

Die vorliegende Arbeit wurde der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Sommersemester 2024 vorgelegt. Literatur, Schiedssprüche und Internet-Verweise konnten für die Veröffentlichung bis zur Fertigstellung des Manuskripts im Juni 2024 Berücksichtigung finden.

An dieser Stelle möchte ich mich für die zahlreiche universitäre und private Unterstützung bedanken, ohne die diese Arbeit nicht fertiggestellt worden wäre.

Mein besonderer Dank gilt meiner Doktormutter, Frau Professorin Dr. Yuansi Bu, LL.M. (Harvard), zuvorderst für die uneingeschränkte Unterstützung des Projekts und ihr persönliches Engagement. Vor allem aber möchte ich mich bei ihr für die Hinführung an den Lehrstuhl, ihre Begleitung während des Studiums und darüber hinaus danken. Sie hat mit dem Institut einen Ort geschaffen, der mitunter durch die vorherrschende Herzlichkeit die Bedingungen schafft, eine solche Arbeit und sich selbst zu entwickeln. Bei Herrn Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M. (Chicago), bedanke ich mich ausdrücklich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Prof. Dr. Yuansi Bu, LL.M. (Harvard), Prof. Dr. Jan Lieder, LL.M. (Harvard) und Prof. Dr. Hanno Merkt, LL.M. (Chicago) danke ich außerdem für die Aufnahme der Arbeit in die Reihe „Beiträge zum internationalen Handels- und Wirtschaftsrecht“.

Danken möchte ich weiterhin den Freunden und Kollegen des Lehrstuhls. Herzuheben sind besonders Dr. Anne Sophie Ortmanns, Dr. Yang-Hun Chung und Sebastian Krieger, denen ich herzlich für ihre stete Gesprächsbereitschaft und die äußerst angenehme Arbeitsatmosphäre danke. Frau Dagmar Zeblin danke ich für ihr jederzeit offenes Ohr und die vielen bestärkenden Worte. Großer Dank gebührt ferner Dr. Philip Lüßem für sein unermüdliches Korrekturenlesen.

Herzlich danken möchte ich außerdem meinen Studienfreunden für die schöne gemeinsame Zeit in Freiburg sowie die konstruktiven Anregungen in zahlreichen Gesprächen. Namentlich möchte ich mich bei Marieke Frank und Helene Kuther für ihren emotionalen Rückhalt vor und während der Verwirklichung dieses Projektes bedanken.

Unendlicher Dank gebührt meiner Familie. Meinem Bruder Immanuel und meinen Eltern Simone und Johannes danke ich von Herzen für den unerschütterlichen Rückhalt, Zuspruch und ihre immerwährend liebevolle Unterstützung während der gesamten Studien- und Promotionszeit.

Mein innigster Dank gilt schließlich meinem Partner, Jörg Thierfelder. Sein jahrelanger Beistand und unabbares Vertrauen haben diesen Weg ermöglicht und getragen.

Ihnen allen ist diese Arbeit gewidmet.

Freiburg im Breisgau, im September 2024

Anne-Marie Rückel

Inhaltsübersicht

Einführung	31
A. Forschungsfragen	36
B. Stand des Diskurses	40
C. Methodik	43

Teil 1

Dogmatisch-theoretische Grundlagen	57
---	----

Kapitel 1

Begriff und Bedeutung des richterlichen Ermessens	57
--	----

A. Eine Annäherung an das „Ermessen“	57
B. Das Ermessen in nationalen und internationalen Kontexten	60
C. Begriffsbildung ausgehend von rechtsvergleichender Perspektive	131

Kapitel 2

Das richterliche Ermessen in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit	146
--	-----

A. Einführung, Grundlegung und Vorgehen	146
B. Richterliches Ermessen in Schiedsverfahren	155
C. Ausgewählte Besonderheiten der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit	182
D. Zusammenfassende Bewertung	199

Kapitel 3

Abgrenzung anderer Rechtsfiguren und -institute	200
--	-----

A. Entscheidungsspielräume anderer Verfahrensteilnehmer	200
B. Entscheidungsspielräume des Schiedsrichters	203
C. Befugniskategorien in internationalen Schiedsverfahren	220

Kapitel 4

Funktion und Legitimation schiedsrichterlichen Ermessens	236
A. Funktionen des schiedsrichterlichen Ermessens	237
B. Legitimation des schiedsrichterlichen Ermessens	242
C. Rechtstheoretische Legitimation von Freiräumen in Rechtsquellen	244
D. Zusammenfassende Konzeption	247

Teil 2

Untersuchung der schiedsgerichtlichen Praxis	248
---	-----

Kapitel 5

Ausübung des schiedsrichterlichen Ermessens anhand ausgewählter Fragestellungen der investitionsschiedsgerichtlichen Praxis	248
A. Ermessen als Ursache fehlerhafter Schiedssprüche	249
B. Untersuchung ausgewählter Fragestellungen schiedsrichterlichen Ermessens aus der Sicht schiedsgerichtlicher Praxis	250
C. Stellungnahme	285

Kapitel 6

Bindungen und Grenzen des schiedsrichterlichen Ermessens in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit	286
A. Einführung	286
B. Begriffsbestimmung	288
C. Ausgewählte Bindungen	291
D. Ausgewählte Grenzen	298

Kapitel 7

Überprüfbarkeit schiedsrichterlicher Ermessensentscheidungen am Beispiel des ICSID-Aufhebungsverfahrens gem. Art. 52 ICSID Konvention	323
A. Überprüfbarkeit von Ermessensfehlern innerhalb des Aufhebungsverfahrens gem. Art. 52 ICSID Konvention	324
B. Zusammenfassende Erkenntnisse	362
C. Würdigung	364

Kapitel 8

Ausblick und praktische Konsequenzen 364

A. Aktuelle Tendenz: Zu- oder Abnahme von Ermessensentscheidungen?	365
B. Bewertung der Entwicklungen	372
C. Steuerungsmöglichkeiten schiedsrichterlichen Ermessens	373
D. Entwicklung von Abwägungsdirektiven	376
E. Abschließende Konzeptionierung unter Einbeziehung aktueller schiedsgerichtlicher Praxis	376

*Teil 3***Schlussbetrachtung und -folgerungen** 378

Annex A: Auszüge Internationale Verträge	382
---	-----

Annex B: Untersuchung Verwendungshäufigkeit	392
--	-----

Literaturverzeichnis	394
-----------------------------------	-----

Entscheidungsverzeichnis	419
---------------------------------------	-----

Stichwortverzeichnis	430
-----------------------------------	-----

Inhaltsverzeichnis

Einführung	31
A. Forschungsfragen	36
B. Stand des Diskurses	40
I. Stand der Untersuchungen	40
II. Beitrag des Vorhabens	41
C. Methodik	43
I. Erkenntnisinteresse	43
II. Vorgehen	44
1. Rechtsvergleichung als Grundlegung	44
2. Umgang mit den Freiheitsgraden des Richters	45
3. Rechtsquellen der Untersuchung	47
a) Rechtsquellenstruktur und -ebenen	47
aa) Völkerrechtliche Rechtsquellen	47
bb) Investitionsschutzabkommen	49
cc) Investor-Staat-Verträge	50
dd) Schiedsgerichtliche Prozessregeln	51
b) Schiedsgerichtliche Spruchpraxis	53
III. Gang der Untersuchung	54
<i>Teil I</i>	
Dogmatisch-theoretische Grundlagen	57
Kapitel 1	
Begriff und Bedeutung des richterlichen Ermessens	57
A. Eine Annäherung an das „Ermessen“	57
B. Das Ermessen in nationalen und internationalen Kontexten	60
I. Ermessen in ausgewählten nationalen Rechtsordnungen	63
1. Richterliches Ermessen im Kontext des deutschen Rechts	63
a) Verwaltungsbehördliches Ermessen	63
aa) Begriff	64
bb) Voraussetzungen	66

cc) Grenzen und Bindungen	66
dd) Gerichtliche Kontrolldichte	68
ee) Zusammenfassung	70
b) Richterliches Ermessen	70
aa) Rolle des Richters im (Zivil-)Prozess	72
(1) Im Rahmen der Prozessführung	72
(2) Rolle des Richters bei der Urteilsfindung	73
bb) Begriffsbestimmung und Inhalt	74
(1) Diskussion um die Einordnung der Auslegung „unbestimmter Rechtsbegriffe“	74
(2) Stellungnahme	76
cc) Weitere Merkmale des Ermessensbegriffs	77
dd) Struktur und Wesen	78
ee) Bindungen und Grenzen	78
ff) Überprüfbarkeit	78
(1) Im Rahmen der Berufung (§§ 511, 529 ZPO)	79
(2) Im Rahmen der Revision (§§ 542, 546 ZPO)	80
(3) Ausnahme: Endgültige Entscheidungen	80
c) Strukturgleichheit von verwaltungsbehördlichem und richterlichem Ermessen	81
aa) Diskussion um strukturelle Gleichheit	81
bb) Stellungnahme	82
d) Zusammenfassende Darstellung	83
2. Die französische Rechtsordnung	83
a) Administratives Ermessen	84
aa) Begriff	85
bb) Voraussetzungen	86
cc) Bindungen und Grenzen	86
dd) Kontrolle und Kontrolldichte	87
b) Richterliches Ermessen	88
aa) Rolle des Richters im (Zivil-)Prozess	88
bb) Begriff	89
(1) Pouvoir discrétionnaire	90
(2) Pouvoir souverain d'appréciation	90
cc) Strukturgleichheit administrativen und richterlichen Ermessens	91
c) Zusammenfassende Würdigung	91
3. Der angloamerikanische Rechtskreis	92
a) Administratives Ermessen	93
aa) Begriff	93
bb) Struktur und Wesen	94

cc) Voraussetzungen	94
dd) Grenzen	94
ee) Kontrolle	95
(1) Genereller Maßstab: Overton Park	95
(2) Im Speziellen: Chevron-Doktrin	96
(3) Einordnung aus deutscher Sicht	97
b) Richterliches Ermessen	98
aa) Rolle des Richters in Prozess und Gesellschaft	99
bb) Begriffsbestimmung des richterlichen Ermessens	101
cc) Kontroverse um die Existenz des richterlichen Ermessens	102
(1) Diskussion zwischen Dworkin, Raz, Hart u.a.	102
(2) Eigene Stellungnahme zur Existenzdebatte	103
dd) Voraussetzungen	104
ee) Bindungen und Grenzen	104
ff) Überprüfbarkeit im Instanzenzug	105
c) Fazit	105
4. Das englische Rechtssystem	105
a) Administratives Ermessen	106
aa) Begriff	106
(1) Gründe für die Weite des Begriffs	106
(2) Bereiche der Rechtsanwendung	106
bb) Bindungen, Grenzen und gerichtliche Kontrolle	107
(1) Bindungen	107
(2) Kontrolldichte durch die Rechtsprechung	107
(a) Ultra-vires-Kontrolle	108
(b) Maßstab: Wednesbury-Unreasonableness	108
(c) Procedural improppriety	108
(d) Zusammenfassung	108
b) Richterliches Ermessen	109
aa) Richterliche Rolle und Begriff der „judicial discretion“	109
bb) Arten der Einräumung	109
cc) Discretion und Facts	110
dd) Grenzen und Kontrolldichte	110
5. Erkenntnisse der rechtsvergleichenden Gegenüberstellung	111
a) Gemeinsamkeiten zwischen den Rechtsräumen	111
aa) Ausgangspunkt administrative Spielräume	111
bb) Begriffliche Übereinstimmungen	112
(1) Freiheit von einer Autorität	112
(2) Überprüfbarkeit als (konstituierende) Komponente	112
cc) Kein grenzenloses Ermessen	112

dd) Ermächtigung als zentrales Element	113
ee) Kontrolldichte als Systemfrage	113
b) Unterschiede in der Behandlung richterlicher Ermessensspielräume	113
aa) Rolle des Richters	114
bb) Begrenzung auf das Rechtsfolgengremessen	114
cc) Einordnung der Auslegungsfrage	115
dd) Umgang mit gesetzgeberischem Schweigen	115
c) Zwischenergebnis der rechtsvergleichenden Darstellungen	115
II. Spielräume im Recht internationaler Gerichte	116
1. Verhältnis von Investitionsschutzrecht und internationalem Recht	117
2. Ermessen im internationalen Recht	118
a) Referenzbildung durch Investitionsschiedsgerichte	119
b) Margin-of-Appreciation-Doktrin des EGMR	119
aa) Entwicklung	120
bb) Rechtsgrundlage	120
cc) Begriff und Wesen	121
dd) Kontrolldichte	122
ee) Unterschiede zum richterlichen Ermessen	123
c) Anforderungen an die Kontrolle der Ermessensausübung der Konventionstaaten nach der EMRK	124
aa) Anforderungen an die gerichtliche Kontrolle der Mitgliedstaaten	124
bb) Grenzen	125
d) Ermessen im Recht des Internationalen Gerichtshofs	125
3. Das Ermessen im Recht der Europäischen Union	127
a) Mitgliedstaatliches „Ermessen“	127
b) Exekutives Ermessen der Europäischen Kommission	128
c) Richterliches Ermessen des EuGH	128
d) Zusammenfassend: Richterliches Ermessen im supranationalen und internationalen Recht	129
III. Würdigung	130
C. Begriffsbildung ausgehend von rechtsvergleichender Perspektive	131
I. Fehlen einer kodifizierten Begriffsbestimmung	132
1. Materiellrechtliche Vorschriften	133
2. Schiedsverfahrensordnungen	134
3. Terminologien in der schiedsgerichtlichen Praxis	135
4. Zwischenfazit	137
II. Natürlicher Wortsinn als Ausgangspunkt der Untersuchung	138
1. Ermessen gegenüber Belieben	138
2. Ermessen gegenüber Einschätzen, Bewerten und Beurteilen	139

III. Die Annäherung an eine Definition	140
1. Gegenwärtiger Meinungsstand	140
a) Anforderungsabhängigkeit der Begriffsdefinition	141
b) Wahl verschiedener, rechtmäßiger Möglichkeiten	141
c) Erfordernis der Gleichstufigkeit	142
d) Ermessensausübung als Abwägungsvorgang	143
2. Zwischenergebnis	144
3. Ermessen und Überprüfbarkeit	144

Kapitel 2

Das richterliche Ermessen in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit	146
A. Einführung, Grundlegung und Vorgehen	146
I. Diskussionsstand	147
II. Dichotomien	149
1. Zwischen Civil Law und Common Law	150
2. Zwischen Ordnungsfunktion und Privatautonomie	151
3. Geltungsgrund und Rechtsnormlehre	152
4. Gewaltenteilung und Rechtsstaatlichkeit	154
III. Methodik	155
B. Richterliches Ermessen in Schiedsverfahren	155
I. Grundlegung privater Schiedsgerichtsbarkeit	155
1. Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit	156
a) Rechtsnatur der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit	156
b) Rechtsbeziehungen und Verfahren	156
2. Schiedsgerichtsbarkeit als echte Gerichtsbarkeit	157
3. Schiedstätigkeit als Rechtsprechung	158
4. Schiedsrichterliche Rechtsanwendung	159
5. Schiedsrichterliche Rechtserzeugung	160
6. Schlussfolgerungen	161
7. Exkurs: Schiedsgerichtsbarkeit als Ausübung grundrechtlicher Selbstbestimmung	161
II. Eine Herleitung	162
1. Ermessen als Wahlbefugnis	162
a) Befugnisorientierte Betrachtungsweise	162
aa) Befugnisrahmen	163
bb) Befugnis oder Methode	164
cc) Ermessen als Pflicht?	164
b) Fallgruppen schiedsrichterlicher Freiräume	166

c) Freiräume und schiedsrichterliches Ermessen	167
aa) Konkretisierungs- und Interpretationsspielräume	167
bb) Bewusste oder unbewusste Delegation	169
d) Zusammenfassung bisheriger Ergebnisse	170
2. Ermessen als relatives Konzept	170
3. Ermessen als Willensakt	171
4. Parteiliche Übertragung und schiedsgerichtliches Ermessen	171
a) Parteiwillen oder Rechtsquellenanknüpfung	172
b) Folgen für die schiedsgerichtliche Rechtsanwendung	173
5. Begrenzung auf ein Verfahrensermessen	174
III. Die Ermessenseinräumung	175
1. Notwendigkeit einer Anknüpfung?	175
2. Notwendigkeit einer bewussten, d.h. intendierten Einräumung?	176
3. Methodiken der Ermessenseinräumung	178
a) Explizite Einräumung	178
b) Implizite Einräumung	179
c) Generalermächtigungen	180
IV. Die Ermessensausübung	181
V. Zusammenfassung und Würdigung	181
C. Ausgewählte Besonderheiten der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit	182
I. Ermessen und Investitionsschiedsgerichtsbarkeit	183
1. Begriffsverständnis	183
2. Aktuelle begriffliche Praxis	184
3. Ermächtigungs- und Befugnisrahmen unter ICSID	185
a) Übertragungsakt	185
b) Art. 42 ICSID Konvention	186
c) Art. 44 ICSID Konvention	187
d) ICSID Arbitration Rule 27 (1)	187
II. Ermessensformen	188
1. Tatbestandsermessen gegenüber Rechtsfolgnermessen	188
a) Abhängigkeit von der Normenstruktur	188
b) Gibt es ein sog. Tatbestandsermessen?	190
2. Materiellrechtliches Ermessen gegenüber Verfahrensermessen	190
3. Freies Ermessen gegenüber gebundenem Ermessen	191
4. Entschließungs- gegenüber Auswahlermessen	192
5. Zwischenergebnis	192
III. Ausübung öffentlicher Gewalt durch Investitionsschiedsgerichte	193
1. Hintergrund und Diskussion	193
2. Folgen für das schiedsrichterliche Ermessen	194
3. Zusammenfassung	194

4. Bedeutung des Ermessens in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit	195
a) Verfassungsrechtliche Dimensionen schiedsrichterlichen Ermessens	195
aa) Demokratieprinzip nach Art. 20 Abs. 1 GG	196
bb) Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 1, Abs. 3 GG, Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG und Art. 92 GG	197
b) Rechtspolitische Dimensionen schiedsrichterlichen Ermessens	198
D. Zusammenfassende Bewertung	199

Kapitel 3

Abgrenzung anderer Rechtsfiguren und -institute	200
A. Entscheidungsspielräume anderer Verfahrensteilnehmer	200
I. Legislatorisches Ermessen	200
II. Parteiermessen	203
B. Entscheidungsspielräume des Schiedsrichters	203
I. Schiedsrichterliche Rechtsauslegung	204
1. Unbestimmte Rechtsbegriffe	204
2. Auslegungsvorgang	205
a) Auslegungsmethodik	205
b) Auslegungspraxis der Investitionsschiedsgerichte	206
c) Einordnung der Auslegung als Ermessen?	207
II. Schiedsrichterliche Rechtsanwendung	209
III. Schiedsrichterliche Rechtsfortbildung	210
1. Begriff	211
a) Verständnis nach der deutschen Methodenlehre	211
b) Sichtweise des Common Law	212
2. „Rechtsfortbildung“ im internationalen Investitionsschutzrecht	213
3. Eigener Rechtsfortbildungsbegriff des internationalen Investitionsschutzrechts	214
4. Rechtsfortbildung trotz fehlender Bindungswirkung?	215
5. Abgrenzung zur Auslegung	216
6. Abgrenzung zum Ermessen	217
a) Bewusstseinserfordernis	217
b) Grad der Vorbestimmtheit	218
c) Zukunftsgerichtetheit der Regelfindung	218
d) Abstraktheitsgrad der Regelung	218
e) Stellungnahme	219
IV. Schiedsrichterliche Entscheidungen <i>ex aequo et bono</i>	219

C. Befugniskategorien in internationalen Schiedsverfahren	220
I. Implied und Inherent Power	222
1. Implizite Befugnisse („implied power doctrine“)	222
a) Herkunft	222
b) Begriff	223
c) Rechtsgrundlage	224
d) Kritik	225
2. Inhärente Befugnisse („inherent power doctrine“)	225
a) Herkunft und Meinungsstand	227
b) Begriff	228
c) Rechtsgrundlage	228
aa) Funktionaler Ansatz	229
bb) Allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechts	229
cc) Benennung und Einsetzung als „Gericht“	231
dd) Auslegung der Rechtsquellen oder inhärente Befugnisse als implizite Befugnisse	232
3. Abgrenzung der Befugnisarten zu schiedsrichterlichem Ermessen	232
a) Im Hinblick auf implizite Befugnisse	232
b) Im Hinblick auf inhärente Befugnisse	234
aa) Zweckrichtung	234
bb) Rückführbarkeit auf den Parteiwillen	235
cc) Wesen der Wahlmöglichkeiten	235
II. Stellungnahme	235

Kapitel 4

Funktion und Legitimation schiedsrichterlichen Ermessens	236
A. Funktionen des schiedsrichterlichen Ermessens	237
I. Funktionen und Rolle des Schiedsrichters bzw. des Schiedsgerichts	237
1. Privatrechtliche Funktion des Schiedsrichters	237
2. Öffentlich-rechtliche Funktion des Schiedsrichters	238
3. Rolle und Bedeutung der einzelnen Schiedsrichterpersönlichkeit	239
II. Funktionen des schiedsrichterlichen Ermessens	240
1. Finalität, Prozessökonomie und Effektivität des Verfahrens	240
2. Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit	241
3. Zusammenfassung	242
B. Legitimation des schiedsrichterlichen Ermessens	242
C. Rechtstheoretische Legitimation von Freiräumen in Rechtsquellen	244
I. Pluralität der Ursachen	244
1. Vagheit der Sprache	244

2. Bewusste Delegation	245
3. Unbewusste Delegation	246
II. Schlussfolgerung für die private Streitbeilegung	246
D. Zusammenfassende Konzeption	247

Teil 2

Untersuchung der schiedsgerichtlichen Praxis	248
---	-----

Kapitel 5**Ausübung des schiedsrichterlichen Ermessens anhand ausgewählter
Fragestellungen der investitionsschiedsgerichtlichen Praxis**

A. Ermessen als Ursache fehlerhafter Schiedssprüche	249
I. Erhobene Vorwürfe	249
II. Die Ermessensfehlerhaftigkeit eines Schiedsspruchs	249
B. Untersuchung ausgewählter Fragestellungen schiedsrichterlichen Ermessens aus der Sicht schiedsgerichtlicher Praxis	250
I. Investitionsbegriff des Art. 25 ICSID Konvention	250
II. Bestimmung der Berechnungsmethode für Schadensersatz	251
1. Grundlagen, Hintergründe und Hinführung	251
2. Rechtsrahmen und Methoden	253
a) Zukunftsorientierte Berechnungsweisen	255
b) Vergangenheitsorientierte Berechnungsweisen	256
3. Untersuchung ausgewählter Schiedssprüche	257
a) <i>CMS v. Argentinien</i> (2005)	257
aa) Sachverhalt	257
bb) Wahl der Berechnungsmethode	257
cc) Ausübung des Spielraums	258
dd) Einordnung in den Kontext des Ermessens	259
b) <i>Charles Arif v. Moldawien</i> (2013)	259
aa) Sachverhalt	259
bb) Wahl der Berechnungsmethode	260
cc) Ausübung des Spielraums	260
dd) Einordnung in den Kontext schiedsrichterlichen Ermessens	260
c) <i>Eiser v. Spanien</i> (2017)	261
aa) Sachverhalt	261
bb) Wahl der Berechnungsmethode	262
cc) Ausübung des Spielraums	263
dd) Einordnung in den Kontext schiedsrichterlichen Ermessens	263

d) <i>Watkins v. Spanien</i> (2020)	263
aa) Sachverhalt	264
bb) Wahl der Berechnungsmethode	264
cc) Ausübung des Spielraums	264
dd) Einordnung in den Kontext schiedsrichterlichen Ermessens	265
4. Ermessensermitzung und -ausübungspraxis	266
a) Wahl der Berechnungsmethode als Ermessen?	266
aa) Wahlbefugnis	266
bb) Ermächtigung	266
b) Kriterien der Schiedsgerichte bei der Ermessensausübung	267
aa) Expertengutachten	267
bb) Ähnlich gelagerte Fallgestaltungen	267
cc) Kriterium der generellen Akzeptanz	267
dd) Belastbarkeit der Daten	267
ee) Wirtschaftssektor und Aussichten	268
ff) Zusammenfassung	268
c) Kritik	268
III. Kostentragung gem. Art. 61 (2) ICSID Konvention	269
1. Ermessen beim Ob der Kostenentscheidung	269
2. Ermessen beim Wie der Kostenentscheidung	269
a) Definition der Kosten	270
b) Kostenentscheidung unter ICSID	271
aa) Anwendbare Rechtsquellen	271
bb) Regelungen in ISDS-Verfahren unter ICSID	271
cc) Ermessen bei der Kostentragungentscheidung?	272
dd) Ausübung durch die schiedsgerichtliche Praxis	273
c) Neufassung der ICSID Arbitration Rules 2022	274
d) Würdigung und Stellungnahme	276
IV. Vollstreckungsaussetzung gem. Art. 51 (4), Art. 52 (5) ICSID Konvention	277
1. Regelungsrahmen	278
2. Ermessen	279
a) Einräumung	279
b) Voraussetzungen	280
3. Ausübung durch die schiedsgerichtliche Praxis	281
a) <i>STEAG GmbH v. Spanien</i> (2022)	281
aa) Feststellung des eigenen Ermessensspielraums	281
bb) Ausübung des Ermessens	282
b) <i>SunFlower v. Spanien</i> (2022)	283
aa) Herleitung des Ermessens	283
bb) Vergleich	284

4. Leitlinien	284
C. Stellungnahme	285

Kapitel 6

Bindungen und Grenzen des schiedsrichterlichen Ermessens in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit

286

A. Einführung	286
B. Begriffsbestimmung	288
I. Bindungen	289
II. Grenzen	289
1. Rechtsgeschichtliche Bedeutung	289
2. (Rechts-)Philosophische Einordnung	290
3. Zusammenfassung	290
C. Ausgewählte Bindungen	291
I. Quellen rechtlicher Bindungen und Grenzen des Schiedsrichters	291
1. Direkte und indirekte Bindungen	291
2. Ebenen rechtlicher Quellen	291
II. Auswahl	292
1. Keine absolute Freiheit des schiedsrichterlichen Ermessens	292
2. Ausgewählte Bindungen schiedsrichterlichen Ermessens	293
a) Bindung an die Rechtsquellen	293
b) Vorrang des übereinstimmenden Parteiwillens	294
c) Telos der Ermächtigung	295
d) Erwartungen der Akteure	297
D. Ausgewählte Grenzen	298
I. Gleichheitsaspekte	298
1. Entwicklungsschritte	299
2. Herleitung als Ermessengrenze	300
3. Beispiele von Anwendungsfällen des Gleichheitsgebots als Grenze schiedsrichterlichen Ermessens	301
a) <i>Amco II</i> (1992)	301
b) <i>Enron v. Argentinien</i> (2010)	301
aa) Sachverhalt und Verfahrensgang	301
bb) Argumente der Parteien	303
cc) Entscheidung des Aufhebungskomitees	303
dd) Stellungnahme	304
c) <i>Malicorp v. Ägypten</i> (2010)	305
aa) Hintergründe und Verfahrensgang	305
bb) Ausführungen zur Gleichheit	305

d) Zusammenfassung	306
II. Parteiliche Fairness	307
III. Nachvollziehbarkeit	309
1. Hintergründe und Entwicklung	310
2. Allgemeiner Maßstab für die schiedsgerichtliche Begründung	311
a) Klarstellung durch Herbeiführung einer Auslegungsentscheidung gem. Art. 50 ICSID Konvention	311
b) Antrag auf Berichtigung des Schiedsspruches gem. Art. 48 (2) ICSID Konvention	311
c) Maßstabsbildung durch die schiedsgerichtliche Praxis	311
aa) Nachvollziehbarkeit der Entscheidungsgründe	312
bb) Fehlende Beschäftigung mit Parteivorbringen	313
cc) Anforderungen an eine fehlerhafte Begründung	313
3. Anforderungen an die Begründung schiedsrichterlicher Ermessensentschei- dungen	314
4. Stellungnahme	315
IV. Verhältnismäßigkeit	315
1. Begriff	315
2. Entwicklung und Verbreitung	316
3. Verhältnismäßigkeit in Investor-Staat-Verfahren	317
a) Definition und Schritte	318
b) Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzip durch Investitionsgerichte	319
aa) Entwicklung	319
bb) Kontextabhängigkeit	319
cc) Herleitung	320
c) Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Grenze schiedsrichterlichen Ermes- sens	320
d) Verhältnismäßigkeit und private Streitbeilegung	321
4. Stellungnahme	321
V. Zusammenfassende Würdigung	322

Kapitel 7

Überprüfbarkeit schiedsrichterlicher Ermessensentscheidungen am Beispiel des ICSID-Aufhebungsverfahrens gem. Art. 52 ICSID Konvention	323
A. Überprüfbarkeit von Ermessensfehlern innerhalb des Aufhebungsverfahrens gem. Art. 52 ICSID Konvention	324
I. Entwicklungsgeschichte der Aufhebungsschiedssprüche	325
1. Anfangszeit bis einschließlich 2009	326
2. Entwicklung nach 2009	327
3. Aktueller Stand und Entwicklungen	327

II. Anwendbare Regelungen	328
III. Exkurs: Das Ermessen des Schiedsgerichts bei der Aufhebung eines Schiedsspruchs	328
1. Rechtsquellen, Hintergründe und deren Aussagekraft	329
2. Entwicklung und ausgewählte schiedsgerichtliche Praxis	330
a) Das Aufhebungsverfahren <i>Klöckner Industrie-Anlagen v. Kamerun</i> (1985)	331
aa) Sachverhalt	331
bb) Feststellungen des Ad-hoc-Komitees	332
cc) Einordnung und Stellungnahme	333
b) Das Aufhebungsverfahren <i>Amco Asia v. Indonesia (Amco I)</i> (1986)	334
aa) Sachverhalt	334
bb) Feststellungen zum Ermessen	335
cc) Das Aufhebungsverfahren <i>Amco Asia II</i> (1992)	335
dd) Stellungnahme	336
c) Das Aufhebungsverfahren <i>Mine v. Guinea</i> (1989)	336
aa) Sachverhalt und Fragestellungen	336
bb) Feststellungen zum Ermessen bei der Aufhebung	336
cc) Stellungnahme	337
d) Das Aufhebungsverfahren <i>Vivendi I</i> (2002)	338
e) Das Aufhebungsverfahren <i>Soufraki v. Arabische Emirate</i> (2007)	338
f) Das Aufhebungsverfahren <i>EDF v. Argentinien</i> (2016)	339
g) Neuere Schiedssprüche	339
3. Zusammenfassende Bewertung	340
a) Begrifflichkeiten	340
aa) Etablierung des Begriffs der „discretion“ durch Bezugnahme	340
bb) Ermessen im Sinne der gefundenen Dogmatik	340
cc) Aufhebung als Abwägungsentscheidung	341
b) Trennung von Auslegungsvorgang und Ermessensspielraum	342
IV. Analyse der Aufhebungsentscheidungen zum Ermessen des Ausgangsschiedsgerichts	342
1. Wichtige Fälle internationaler Schiedsverfahren mit Blick auf die Überprüfbarekeit des Ermessens der Schiedsrichter	342
a) <i>Mine v. Guinea</i> (1988)	342
aa) Der Aufhebungsschiedsspruch	342
bb) Zusammenfassung und Bewertung	344
b) <i>Wena Hotels v. Ägypten</i> (2002)	345
aa) Der Ausgangsschiedsspruch	345
(1) Sachverhalt	345
(2) Das schiedsrichterliche Ermessen	345
bb) Der Aufhebungsschiedsspruch	346

cc) Zusammenfassung	348
c) Die Verfahren <i>Vivendi I</i> und <i>Vivendi II</i> (2002–2010)	349
aa) Der Ausgangsschiedsspruch	349
bb) Der erste Aufhebungsschiedsspruch	350
cc) Zusammenfassung und Bewertung	351
d) <i>CMS v. Argentinien</i> (2007)	351
aa) Hintergründe und Fragestellung	351
bb) Das Aufhebungsverfahren	352
e) <i>Industria Nacional de Alimentos v. Peru</i> (2007)	353
aa) Sachverhalt und Hintergründe	353
bb) Überprüfbarkeit von Ermessensentscheidungen	353
f) <i>Azurix Corp. v. Argentinien</i> (2007)	354
aa) Hintergründe	354
bb) Ermessensfragen	355
(1) Beweiserbringung	355
(2) Schadensberechnung	357
(3) Bewertung und Einordnung	358
g) <i>Enron v. Argentinien</i> (2010)	358
aa) Sachverhalt und Hintergründe	358
bb) Maßstab und Ermessen	359
(1) Zulässigkeit des Expertengutachtens	359
cc) Bewertung und Zwischenfazit	360
h) <i>AES v. Ungarn</i> (2012)	360
aa) Sachverhalt	360
bb) Maßstab und Ermessen	360
cc) Einordnung	361
2. Vorstellung aktueller Stand der Praxis (2023)	361
a) Hintergründe	361
b) Ermessensfragen	361
c) Bewertung und Zwischenfazit	362
B. Zusammenfassende Erkenntnisse	362
I. Kompetenz-Kompetenz	363
II. Angewandte Aufhebungsgründe	363
III. Arten von Fehlerkategorien	363
IV. Prüfungsmaßstab	363
V. Typizität	364
C. Würdigung	364

Kapitel 8	
Ausblick und praktische Konsequenzen	364
A. Aktuelle Tendenz: Zu- oder Abnahme von Ermessensentscheidungen?	365
I. Ermessensausübung	365
1. Häufigkeit der Begriffsverwendung	365
2. Schlussfolgerungen	366
II. Anpassungsprozesse der Rechtsquellenstruktur	366
1. Regelungsinhalt und -methodik aktueller Investitionsschutzabkommen	367
2. Revision ausgewählter Schiedsverfahrensordnungen	368
3. Gestaltungsprozesse nationaler Prozessregelungen	370
III. Schiedsrichterliches Anforderungsprofil und Erwartungen	371
B. Bewertung der Entwicklungen	372
C. Steuerungsmöglichkeiten schiedsrichterlichen Ermessens	373
I. Steuerung durch Parteivereinbarung	373
II. Steuerung durch die Wahl des Schiedsrichters	374
III. Steuerung durch Pflichtenbindung	374
1. Anhörungspflichten	375
2. Begründungspflichten	375
3. Allgemeines Mäßigungsgebot oder auch prozessuale Verhältnismäßigkeit	375
D. Entwicklung von Abwägungsdirektiven	376
E. Abschließende Konzeptionierung unter Einbeziehung aktueller schiedsgerichtlicher Praxis	376
<i>Teil 3</i>	
Schlussbetrachtung und -folgerungen	378
Annex A: Auszüge Internationale Verträge	382
Annex B: Untersuchung Verwendungshäufigkeit	392
Literaturverzeichnis	394
Entscheidungsverzeichnis	419
Stichwortverzeichnis	430

Abkürzungsverzeichnis

a.	auch
a. A.	andere Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Adm. L. Rev.	Administrative Law Review
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Am. Univ. L. Rev.	American University Law Review
AöR	Archiv für das öffentliche Recht
A.P.A.	Administrative Procedure Act
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
B. C. Int'l. & Comp. L. Rev.	Boston College International & Comparative Law Review
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch der Bundesrepublik Deutschland
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BIT	Bilateral Investment Treaty
bspw.	beispielsweise
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
B.Y.I.L.	British Yearbook of International Law
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
Cardozo L. Rev.	Cardozo Law Review
CETA	Canadian European Trade Agreement
CJICL	Cambridge Journal of International and Comparative Law
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Contemp. Asia Arb. J.	Contemporary Asia Arbitration Journal
CPC	Code de procédure civil
DCF	Discounted Cash Flow
d. h.	das heißt
ECT	Energy Charta Treaty
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJIL	European Journal of International Law
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
f.	folgend
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FET	Fair and Equitable Treatment

ff.	fortfolgend (Seiten/Randnummern/Ziffern etc.)
Fn.	Fußnote
FPS	Full Protection and Security
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
G. L. Rev.	Georgia Law Review
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
ICC	International Chamber of Commerce
ICC Rules	Arbitration Rules of the International Chamber of Commerce
ICJ Rules	Rules of the International Court of Justice
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
ICSID Arbitration Rules	Rules of Procedure for Arbitration Proceedings
ICSID Konvention	Konvention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States
ICSID Rev.-FILJ	ICSID Review – Foreign Investment Law Journal
IGH	Internationaler Gerichtshof
IGH-Statut	Statut des Internationalen Gerichtshofs
ILA	International Law Association
ILC	International Law Commission
Int. Rev. o. L. a. E.	International Review of Law and Economic
IStGH	Internationaler Strafgerichtshof in Den Haag
JIEL	Journal of International Economic Law
Journal o. App. Pr. a. Proc.	Journal of Appellate Practice and Process
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
LCIA Rules	London Court of International Arbitration
Max Planck UNYB	Max Planck Yearbook of United Nations Law
MFN	Most-Favoured-Nation
MIT	Multilateral Investment Treaty
Model BIT	Musterverträge für die bilateralen Abkommen zwischen Staaten
ModellG	UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handels-schiedsgerichtsbarkeit
ModG	Modellgesetz der UNCITRAL
MPEPIL	Max Planck Encyclopedias of International Law
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NAFTA	North American Free Trade Agreement
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NYÜ	New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Voll-streckung ausländischer Schiedssprüche
N.Y.U.L. Rev.	New York University Law Review
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
ÖZPO	Zivilprozessordnung Österreichs
RabelsZ	Rabels Zeitschrift
Rn.	Randnummer
RphZ	Zeitschrift für die Grundlagen des Rechts
S.	Seite/Satz

s.	siehe
SCC	Stockholm Chamber of Commerce
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
sog.	sogenannt
TTIP	Transatlantic Trade and Investment Partnership
u. a.	unter anderem
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNCITRAL Rules	Schiedsregeln der Vereinten Nationen für Internationales Handelsrecht
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law
Univ. Ch. L. Rev.	The University of Chicago Law Review
Univ. Pen. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
Univ. Rich. L. Rev.	University of Richmond Law Review
u. v. m.	und vieles/viele mehr
Vorb.	Vorbemerkungen
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung der Bundesrepublik Deutschland
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz der Bundesrepublik Deutschland
W.D.	Wissenschaftlicher Dienst
WTO	World Trade Organization
WVRK	Wiener Vertragsrechtskonvention
Yale J. o. Reg.	Yale Journal on Regulation
Yale L.J.	The Yale Law Journal
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZEuS	Zeitschrift für europarechtliche Studien
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZöR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZPO	Zivilprozeßordnung der Bundesrepublik Deutschland
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Im Übrigen wird auf *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 10. Auflage verwiesen.

Einführung

Das Recht will nicht nur wertende Norm, sondern auch wirkende Macht sein, und eine Hauptfurte, durch die es aus dem Reiche der Idee in das Reich der Wirklichkeit eingeht, die Lebensverhältnisse zu meistern, ist der Richter. In ihm vollzieht sich die Fleischwerdung des Rechts.¹

Dass der Richter² mehr ist als eine „bouche qui prononce les paroles de la loi“³, wie Montesquieu es in seinem berühmten Satz im 18. Jahrhundert formulierte, ist einhellig anerkannt.⁴ Es ist das Recht, welches dem Richter nach heutigem Verständnis eine gewisse schöpferische⁵ Freiheit einräumt,⁶ gleichwohl sich Richter in der Rolle des (bloß) Interpretierenden und Anwendenden gefallen mögen.⁷ Diese schöpferische Freiheit ist eine Antwort darauf, dass Rechtsnormen nicht jeden

¹ Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 170.

² Der einfacheren Lesbarkeit wegen wird im Folgenden von dem „Richter“ als generischem Maskulinum gesprochen. Gemeint ist neben dem „Richter“ explizit die „Richterin“. Das gilt auch in Ansehung an die dem generischen Maskulinum innenwohnenden gesellschaftlichen (Stereo-)Typisierungen für den Begriff des „Investors“, welcher „Investorinnen“ einschließt, auch wenn es sich dabei im Regelfall um juristische statt natürlicher Personen handeln mag.

³ Montesquieu, De l’Esprit des lois, S. 305.

⁴ Ein Grund für diese Fehlvorstellung liegt darin, dass das juristische Denken zwar einer (inneren und äußeren) Logik folgt, allerdings keiner Logik im Sinne der Mathematik, sondern einer Logik, die wertende Entscheidungen (legitimerweise) erforderlich macht, vgl. hierzu Bachof, JZ 1956, 588 (591); Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 3. Die gegensätzliche Auffassung ist ein Produkt der Aufklärung, die sich infolge der Willkürjustiz in der Forderung immer strengerer Bindungen des Richters verstieß, so Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 156; für einen Überblick über die Argumente gegen die rigide Vorstellung, es gebe kein richterliches Ermessen siehe Hoffmaster, Law and Philosophy 1982, 21 (24 f.).

⁵ Schöpferisch jedenfalls als inhaltliche Ausgestaltung. Über die Rolle, Bedeutung und Legitimität des Schöpfens (bzw. dessen Umfang) in der Form sog. Richterrechts wurde und wird gestritten, einen kritischen Überblick bietet Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie und Juristische Methodenlehre, § 6 Rn. 235 ff.

⁶ Bruns, JZ 2014, 163 (164).

⁷ Max Weber hat das prägnant formuliert insoweit, dass „gerade auch den, objektiv betrachtet, am meisten ‚schöpferischen‘ Rechtspraktikern eigen gewesen, daß sie subjektiv sich nur als Mundstück schon – sei es eventuell latent – geltender Normen, als deren Interpreten und Anwender, nicht aber als deren ‚Schöpfer‘, fühlten“, Wirtschaft und Gesellschaft II, S. 512.

Einzelfall regeln können; das liegt in ihrer abstrakt-generellen Natur.⁸ Und obwohl Montesquieus Marginalisierung der Richterrolle zumindest auch auf seinem zwingenden Verständnis der Gewaltenteilung basierte,⁹ sind die Fragen, die ein solches Verständnis aufwirft, nicht rein staats- und verfassungsrechtlicher Natur. Es geht im Kern um die Funktionsweisen und Grenzen des Richtens. Diese Fragen können sich in (national-)staatlichen Rechtsstreitigkeiten in gleicher Weise stellen wie innerhalb nichtstaatlicher Verfahren. Solche privaten Streitbeilegungsmechanismen¹⁰ sind aus dem globalen Wirtschaftsleben nicht mehr wegzudenken. Deren Vorteile liegen neben der Vertraulichkeit¹¹ und Kumulation besonderer Expertise¹² in der Flexibilität und Schnelligkeit¹³ der Verfahren. Kehrseite dieser Flexibilitäts- und Effektivitäts-erwägungen können eine fehlende Vorhersehbarkeit und daraus resultierende Unsicherheiten der Parteien darstellen. Das zeigt sich in besonderer Weise innerhalb des internationalen Investitionsschutzrechts.¹⁴

Das internationale Investitionsschutzrecht ist ein sich schnell entwickelnder Teil des Wirtschaftsvölkerrechts von immer größer werdender Relevanz,¹⁵ welcher innerhalb der letzten Jahrzehnte Gegenstand stetiger Kritik¹⁶ und gleichzeitiger Re-

⁸ Hart hat die Vorstellung von einem Regelwerk, welches jeden Einzelfall im Voraus zu regeln vermag, als „Noble Dream“ betitelt, siehe Hart, G. L. Rev. Vol. 11, 969 (971). Klatt bezeichnet das Ermessen in real existierenden Rechtsordnungen gar als „conditio-sine-quanon“, Ratio Juris 2007, 506 (506); so auch Stickelbrock, Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß, S. 278.

⁹ Hirsch, Die Zeit vom 08. Oktober 2003, Nr. 41/2003, abrufbar unter: https://www.zeit.de/reden/bildung_und_kultur/hirschbls.

¹⁰ Gemeint sind Schiedsgerichte, die freiwillig von den Parteien angerufen werden. Nicht Gegenstand der Arbeit sind Verfahren der sog. „mandatory arbitrations“, d.h. Schiedsgerichte, die gerichtlich oder auf Basis einer Mitgliedschaft zwangswise eingesetzt werden.

¹¹ Zu dem Spannungsfeld zwischen Vertraulichkeit und Transparenz vgl. das Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages, WD 2-3000-184/14.

¹² Typischerweise handelt es sich bei solchen Verfahren um hochkomplexe technische und wirtschaftliche Fragestellungen, innerhalb derer die besondere Expertise der Schiedsrichter von den Parteien geschätzt wird.

¹³ Das gilt nur bedingt für die Investor-Staat-Streitbeilegung. Die durchschnittliche Verfahrensdauer von ICSID-Verfahren beträgt 3 Jahre und 8 Monate, vgl. Hodgson/Kryvoi/Hrčka, 2021 Empirical Study: Costs, Damages and Duration in Investor-State Arbitration, S. 32 f.; die Verfahrensdauer unterscheidet sich zwischen den Verfahrensordnungen, ICC/SCC Verfahren dauern durchschnittlich ein Jahr kürzer als Verfahren nach ICSID/UNCITRAL.

¹⁴ Zur geschichtlichen Entwicklung des internationalen Investitionsschutzrechts siehe Vandervelde, A Brief History of International Investment Agreements, University of California Davis Journal of International Law and Policy 12 (2005), 157 ff.; Dolzer/Kriebaum/Schreuer, Principles of International Investment Law, S. 1 ff.

¹⁵ Statt vieler Steinbach, RabelsZ 80 (2016), 1 (2 f.); zu den Fallzahlen vgl. UNCTAD World Investment Report 2021, S. 129 ff. Die steigende Anzahl der Verfahrenszahlen ist auf den wachsenden Weltmarkt sowie die Vervielfachung ausländischer Direktinvestitionen zurückzuführen.

¹⁶ Herdegen spricht von einem „Unbehagen“ innerhalb der Europäischen Union, Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht, § 13 Rn. 103. Das Vattenfall Verfahren hat die öffentliche

formbemühungen¹⁷ wurde.¹⁸ Dessen Sinn und Zweck war zum Zeitpunkt seiner Installation in den 1960er Jahren die Etablierung eines Mindeststandards, sodass Investoren auch in denjenigen Ländern investierten, welche dieses subjektive Mindestmaß rechtlicher und politischer Stabilität durch ihre eigene Rechtsordnung nicht ausreichend sicherstellten. Es ging und geht darum, den Investoren rechtstatsächlichen Schutz zu bieten, Anreize für ausländische Direktinvestitionen zu schaffen und so langfristig in den Vertragsstaaten Wohlstand zu generieren.¹⁹ Das internationale Investitionsschutzrecht steht damit jedoch in einem Spannungsverhältnis zwischen seinen Ursprüngen im Völkerrecht als Teil des öffentlichen Rechts²⁰ und der privatrechtlichen Form der Streitbeilegung.²¹ Dieses Spannungsfeld wird dadurch verkompliziert, dass das internationale Investitionsschutzrecht zwar viele verschiedene Rechtsquellen aufweist, die Regelungen selbst jedoch eher rudimentär anmuten.²² So kommt dem Schiedsgericht eine besonders verantwortungsvolle Aufgabe bei der Konkretisierung der Normen für den Einzelfall zu.²³ Daneben lassen

Meinungsbildung in Deutschland geprägt, vgl. *Kernkraftwerk Brunsbüttel GmbH & Co. OHG, Kernkraftwerk Krümmel GmbH, Vattenfall AB, Vattenfall Europe Nuclear Energy GmbH, Vattenfall GmbH v. Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12, registriert am 31. Mai 2012, welches mit einer Einigung der Parteien endete. Mit Blick auf die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit generell kann nicht mehr nur von Argwohn gesprochen werden, vgl. nicht weniger polemisch *Risse*, SchiedsVZ 2014, 265 ff.

¹⁷ Die Reformbemühungen der *Working Group III* der UNCITRAL stockten trotz zweier Tagungen in 2022, angesichts der derzeitigen Geschwindigkeit ist fraglich, ob der angedachte Abschluss im Jahr 2026 eingehalten werden kann, vgl. hierzu *Wilske/Marker/Ebert*, SchiedsVZ 2023, 121 (142).

¹⁸ Einen ausführlichen Überblick über die Kritik bietet *Schill*, ZaöRV 71 (2011), 247 (251 ff.); zu den einzelnen Reformbemühungen siehe die aktuellen Ankündigungen der *UNCITRAL Working Group III*, erreichbar unter https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state (zuletzt abgerufen am 19. 10. 2023); *Martens* spricht für den fachwissenschaftlichen Jargon unorthodox davon, dass die „Schiedsgerichtsbarkeit [...] als Ganzes verdammt [wird] als ein mafiaähnlicher Geheimbund, der in Hinterzimmern von Luxushotels von Parteiinteressen getragene, völlig unverständliche Entscheidungen zu horrenden Honoraren für alle beteiligten fällt.“, in: *Festschrift Vedder*, S. 872.

¹⁹ Ob das Internationale Investitionsschutzrecht tatsächlich einen Wohlstandszuwachs produziert, ist noch nicht abschließend geklärt, vgl. dazu *Engelhardt*, Investoren-Staat-Streitschlichtung (ISDS) aus ökonomischer Sicht: Notwendigkeit, Probleme, Perspektiven, S. 141 f.

²⁰ Zur Frage, inwieweit das Völkerrecht öffentliches Recht darstellt, vgl. *von Bogdandy/Dann/Goldmann*, Der Staat 49 (2010), 23.

²¹ Vgl. zu einem Überblick über die problematische Einordnung des internationalen Investitionsschutzrechts zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht *Klein*, Das Investitionsrecht als völkerrechtliches Individualschutzrecht im Mehrebenensystem, S. 149 f.

²² Völkerrechtliche Rechtssetzung ist geprägt durch den Grundsatz der Staatengleichheit, Art. 2 Abs. 1 UN-Charta, auch koordinationsrechtlicher Charakter des Völkerrechts, wonach sich Staaten in einem Gleichordnungsverhältnis gegenüberstehen. Mit Blick auf die wirtschaftliche Ungleichheit ist die Machtverteilung in tatsächlicher Hinsicht wohl wesentlich komplexer als Art. 2 suggeriert.

²³ *Schill*, ZaöRV 71 (2011), 247 (266 f.).