

**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. Yuanshi 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, Rimplar  
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](mailto: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. Yuanshi 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 Einführung 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. Yuanshi 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. Hervorzuheben 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 unbeirrbares Vertrauen haben diesen Weg ermöglicht und getragen.



Ihnen allen ist diese Arbeit gewidmet.

Freiburg im Breisgau, im September 2024

*Anne-Marie Rückel*

# Inhaltsübersicht

<b>Einführung</b> .....	31
A. Forschungsfragen .....	36
B. Stand des Diskurses .....	40
C. Methodik .....	43

## *Teil 1*

<b>Dogmatisch-theoretische Grundlagen</b>	57
-------------------------------------------	----

### Kapitel 1

<b>Begriff und Bedeutung des richterlichen Ermessens</b>	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

<b>Das richterliche Ermessen in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit</b>	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

<b>Abgrenzung anderer Rechtsfiguren und -institute</b>	200
A. Entscheidungsspielräume anderer Verfahrensteilnehmer .....	200
B. Entscheidungsspielräume des Schiedsrichters .....	203
C. Befugnikskategorien in internationalen Schiedsverfahren .....	220

## Kapitel 4

<b>Funktion und Legitimation schiedsrichterlichen Ermessens</b>	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*

<b>Untersuchung der schiedsgerichtlichen Praxis</b>	248
-----------------------------------------------------	-----

## Kapitel 5

<b>Ausübung des schiedsrichterlichen Ermessens anhand ausgewählter Fragestellungen der investitionsschiedsgerichtlichen Praxis</b>	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

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

## Kapitel 7

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

Kapitel 8

<b>Ausblick und praktische Konsequenzen</b>	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*

<b>Schlussbetrachtung und -folgerungen</b>	378
<b>Annex A: Auszüge Internationale Verträge</b> .....	382
<b>Annex B: Untersuchung Verwendungshäufigkeit</b> .....	392
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	394
<b>Entscheidungsverzeichnis</b> .....	419
<b>Stichwortverzeichnis</b> .....	430



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einführung</b> .....	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

## *Teil 1*

<b>Dogmatisch-theoretische Grundlagen</b>	57
-------------------------------------------	----

## Kapitel 1

<b>Begriff und Bedeutung des richterlichen Ermessens</b>	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 impropriety .....	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 Rechtsfolgenermessen .....	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

<b>Das richterliche Ermessen in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit</b> .....	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) Parteiwille 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 Rechtsfolgenermessen .....	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

<b>Abgrenzung anderer Rechtsfiguren und -institute</b> .....	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 Investitionsschutz- rechts .....	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. Befugnikategorien 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

<b>Funktion und Legitimation schiedsrichterlichen Ermessens</b> .....	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

<b>Untersuchung der schiedsgerichtlichen Praxis</b>	<b>248</b>
-----------------------------------------------------	------------

## Kapitel 5

<b>Ausübung des schiedsrichterlichen Ermessens anhand ausgewählter Fragestellungen der investitionsschiedsgerichtlichen Praxis</b>	<b>248</b>
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. Ermessensermittlung 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 Kostentragungsentscheidung? .....	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 Ermessensgrenze .....	300
3. Beispiele von Anwendungsfällen des Gleichheitsgebots als Grenze schieds- richterlichen 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 Verhältnismäßigkeitsprinzips 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 Schieds- spruchs .....	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 Ausgangsschieds- gerichts .....	342
1. Wichtige Fälle internationaler Schiedsverfahren mit Blick auf die Überprüf- barkeit 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

<b>Ausblick und praktische Konsequenzen</b>	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

## Teil 3

<b>Schlussbetrachtung und -folgerungen</b>	378
<b>Annex A: Auszüge Internationale Verträge</b>	382
<b>Annex B: Untersuchung Verwendungshäufigkeit</b>	392
<b>Literaturverzeichnis</b>	394
<b>Entscheidungsverzeichnis</b>	419
<b>Stichwortverzeichnis</b>	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 Hauptpforte, 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.<sup>1</sup>

Dass der Richter<sup>2</sup> mehr ist als eine „bouche qui prononce les paroles de la loi“<sup>3</sup>, wie Montesquieu es in seinem berühmten Satz im 18. Jahrhundert formulierte, ist einhellig anerkannt.<sup>4</sup> Es ist das Recht, welches dem Richter nach heutigem Verständnis eine gewisse schöpferische<sup>5</sup> Freiheit einräumt,<sup>6</sup> gleichwohl sich Richter in der Rolle des (bloß) Interpretierenden und Anwendenden gefallen mögen.<sup>7</sup> Diese schöpferische Freiheit ist eine Antwort darauf, dass Rechtsnormen nicht jeden

---

<sup>1</sup> Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 170.

<sup>2</sup> 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 und in Ansehung an die dem generischen Maskulinum innewohnenden 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.

<sup>3</sup> Montesquieu, De l'Esprit des lois, S. 305.

<sup>4</sup> 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 verstieg, 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.).

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> Bruns, JZ 2014, 163 (164).

<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> Und obwohl Montesquieus Marginalisierung der Richterrolle zumindest auch auf seinem zwingenden Verständnis der Gewaltenteilung basierte,<sup>9</sup> 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 Streitbeilegungsmechanismen<sup>10</sup> sind aus dem globalen Wirtschaftsleben nicht mehr wegzudenken. Deren Vorzüge liegen neben der Vertraulichkeit<sup>11</sup> und Kumulation besonderer Expertise<sup>12</sup> in der Flexibilität und Schnelligkeit<sup>13</sup> der Verfahren. Kehrseite dieser Flexibilitäts- und Effektivitätserwägungen können eine fehlende Vorhersehbarkeit und daraus resultierende Unsicherheiten der Parteien darstellen. Das zeigt sich in besonderer Weise innerhalb des internationalen Investitionsschutzrechts.<sup>14</sup>

Das internationale Investitionsschutzrecht ist ein sich schnell entwickelnder Teil des Wirtschaftsvölkerrechts von immer größer werdender Relevanz,<sup>15</sup> welcher innerhalb der letzten Jahrzehnte Gegenstand stetiger Kritik<sup>16</sup> und gleichzeitiger Re-

---

<sup>8</sup> *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.

<sup>9</sup> *Hirsch*, Die Zeit vom 08. Oktober 2003, Nr. 41/2003, abrufbar unter: [https://www.zeit.de/reden/bildung\\_und\\_kultur/hirschbls](https://www.zeit.de/reden/bildung_und_kultur/hirschbls).

<sup>10</sup> 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 zwangsweise eingesetzt werden.

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

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> Zur geschichtlichen Entwicklung des internationalen Investitionsschutzrechts siehe *Vandevelde*, 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.

<sup>15</sup> 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.

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

formbemühungen<sup>17</sup> wurde.<sup>18</sup> 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 rechtstat-sächlichen Schutz zu bieten, Anreize für ausländische Direktinvestitionen zu schaffen und so langfristig in den Vertragsstaaten Wohlstand zu generieren.<sup>19</sup> Das internationale Investitionsschutzrecht steht damit jedoch in einem Spannungsver-hältnis zwischen seinen Ursprüngen im Völkerrecht als Teil des öffentlichen Rechts<sup>20</sup> und der privatrechtlichen Form der Streitbeilegung.<sup>21</sup> Dieses Spannungsfeld wird dadurch verkompliziert, dass das internationale Investitionsschutzrecht zwar viele verschiedene Rechtsquellen aufweist, die Regelungen selbst jedoch eher rudimentär anmuten.<sup>22</sup> So kommt dem Schiedsgericht eine besonders verantwortungsvolle Aufgabe bei der Konkretisierung der Normen für den Einzelfall zu.<sup>23</sup> 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, wel-ches mit einer Einigung der Parteien endete. Mit Blick auf die Investitionsschiedsgerichts-barkeit generell kann nicht mehr nur von Argwohn gesprochen werden, vgl. nicht weniger polemisch *Risse*, *SchiedsVZ* 2014, 265 ff.

<sup>17</sup> 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/Markert/Ebert*, *SchiedsVZ* 2023, 121 (142).

<sup>18</sup> 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](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 Parteiinter-essen getragene, völlig unverständliche Entscheidungen zu horrenden Honoraren für alle be-teiligten fällt.“, in: *Festschrift Vedder*, S. 872.

<sup>19</sup> 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.

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

<sup>21</sup> Vgl. zu einem Überblick über die problematische Einordnung des internationalen In-vestitionsschutzrechts zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht *Klein*, *Das Investitions-recht als völkerrechtliches Individualschutzrecht im Mehrebenensystem*, S. 149 f.

<sup>22</sup> 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 wirt-schaftliche Ungleichheit ist die Machtverteilung in tatsächlicher Hinsicht wohl wesentlich komplexer als Art. 2 suggeriert.

<sup>23</sup> *Schill*, *ZaöRV* 71 (2011), 247 (266 f.).