

JOHANNA BÜSTGENS

Transparenz und Öffentlichkeit gemischter Schiedsverfahren



**Berliner
Wissenschafts-Verlag**

Transparenz und Öffentlichkeit
gemischter Schiedsverfahren

Johanna Büstgens

Transparenz und Öffentlichkeit gemischter Schiedsverfahren



BWV • Berliner Wissenschafts-Verlag

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

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

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtes ist unzulässig und strafbar.

Hinweis: Sämtliche Angaben in diesem Fachbuch/wissenschaftlichen Werk erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung und Kontrolle ohne Gewähr. Eine Haftung der Autoren oder des Verlags aus dem Inhalt dieses Werkes ist ausgeschlossen.

© 2017 BWV • BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG GmbH,
Markgrafenstraße 12–14, 10969 Berlin,
E-Mail: bwv@bwv-verlag.de, Internet: <http://www.bwv-verlag.de>

ISBN Print: 978-3-8305-3778-6

ISBN E-Book: 978-3-8305-2228-7

Für Achim

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft – im Herbsttrimester 2016 als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 18. November 2016 statt. Die Arbeit wurde in den Jahren 2011 bis 2014 erstellt und befindet sich auf dem Stand von Oktober 2014. Danach erschienene Literatur und Rechtsprechung konnten nicht mehr berücksichtigt werden. Kommentare wurden jedoch auf den Stand von Januar 2017 gebracht.

Ich danke meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Karsten Thorn, LL. M. (Georgetown) für die Betreuung dieser Arbeit und dafür, dass ich während der Dauer der Promotion als wissenschaftliche Mitarbeiterin an seinem Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privat- und Handelsrecht und Rechtsvergleichung an der Bucerius Law School tätig sein durfte. Herrn Prof. Dr. Jasper Finke, LL. M. (Columbia) danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Besonderer Dank gebührt außerdem meinen Lehrstuhlkolleginnen und -kollegen Frau Dr. Sarah Nietner, Frau Wiebke Thurm und Herrn Aljosha Barath, die mich während der Promotion in vielerlei Hinsicht unterstützt haben. Herrn Dr. Lukas Mezger danke ich herzlich für die Korrektur der Arbeit und Frau Dr. Lena Groth für die gemeinsame Studien-, Promotions- und Referendarszeit. Schließlich möchte ich mich bei meinen Eltern, Frau Dr. Christiane Kreisel-Büstgens und Herrn Dr. Lothar Büstgens, für ihre stetige Motivation und Unterstützung in allen Lebenslagen bedanken.

Hamburg, im Juni 2017

Johanna Büstgens

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	9
Abkürzungsverzeichnis	19
Einleitung	29
 I. Problemstellung	29
 II. Gang der Untersuchung	32
 Erstes Kapitel: Schiedsverfahren mit staatlicher Beteiligung	35
 I. Gemischte Schiedsverfahren als Untersuchungsgegenstand.....	35
1. Begriff	35
2. Geschichtlicher Hintergrund	37
3. Formen gemischter Schiedsverfahren	39
a) Claims-Tribunale als Sonderfall gemischter Schiedsverfahren	40
b) Zu behandelnde gemischte Schiedsverfahren	42
aa) Methode der Kategorisierung	42
bb) Verwaltungsschiedsverfahren	43
(1) Eigenschaften verwaltungsrechtlicher Schiedsverfahren ..	44
(2) Public private partnership	45
(3) Toll Collect-Schiedsverfahren	48
(4) Zwischenergebnis	49
cc) Handelsschiedsverfahren	49
(1) Allgemein	50
(2) Ausklammerung von Schiedsverfahren über Investitionen	52
(3) Schlussfolgerungen für die Qualifizierung von Handelsschiedsverfahren	55
dd) Investitionsschiedsverfahren	56
(1) Hintergrund	56
(2) Erscheinungsformen	60
(a) Abkommensbasierte Investitionsschiedsgerichtsbarkeit.....	61
(aa) Investitionsschutz- und Freihandelsabkommen	61

(bb) Die anwendbaren Schiedsregeln	62
(b) Vertragsbasierte Investitionsschiedsgerichtsbarkeit...	64
(aa) Allgemein	64
(bb) Abgrenzungsfragen	66
(c) Investitionsschiedsverfahren aufgrund nationaler Gesetzesbestimmung.....	67
II. Direkte und indirekte Beteiligung des Staates	68
1. Direkte Beteiligung des Staates	69
2. Indirekte Beteiligung des Staates	70
a) Juristische Personen des öffentlichen Rechts	70
b) Handeln des Staates in Formen des Privatrechts	71
3. Zwischenergebnis	73
III. Zwischenergebnis zum ersten Kapitel	73
Zweites Kapitel: Transparenz und Öffentlichkeit als Gegenkonzepte zu Vertraulichkeit und Nichtöffentlichkeit	75
I. Vertraulichkeit und Nichtöffentlichkeit	75
1. Begriffe	76
2. Rechtlicher Standard	78
a) Nichtöffentlichkeit.....	79
b) Vertraulichkeit	79
aa) Schiedsregeln	80
bb) Nationales Schiedsrecht	83
3. Zwischenergebnis	86
II. Transparenz und Öffentlichkeit	87
1. Begriffe	87
a) Transparenz	87
aa) Abstrakte Definition von Transparenz	88

bb) Dimensionen von Transparenz.....	88
(1) Transparenzbeziehungen	89
(2) Gegenstand der Transparenz	89
cc) Transparenzstufen	92
b) Öffentlichkeit.....	92
2. Rechtlicher Standard	95
a) Völkerrecht	95
aa) Transparenz	96
(1) Art. 19 AEMR	96
(2) Art. 19 Abs. 2 IPbPR	97
(3) Art. 10 Abs. 1 S. 2 EMRK.....	101
(4) Art. 13 ACHR.....	104
(5) Art. 4 Abs. 1 Aarhus-Konvention.....	106
bb) Öffentlichkeit.....	109
cc) Zwischenergebnis	110
b) Europarecht.....	111
aa) Transparenz	111
bb) Öffentlichkeit	112
c) Nationales Recht.....	113
aa) Transparenz	113
(1) Verfassungsrecht	113
(a) Gewährleistung parlamentarischer Kontrolle.....	113
(aa) Schiedsfähigkeit	114
(bb) Parlamentarische Kontrolle	115
(i) Parlamentarische Unkenntnis über Existenz und Inhalt des Schiedsverfahrens	116
(ii) Öffentlichkeit des Gerichtsverfahrens als Vergleichsmaßstab?	117
(iii) Öffentlichkeit der Sitzungen des Parlaments	118
(iv) Erlangung erforderlicher Informationen durch Kontrollrechte	118
(v) Kontrollrechte bei öffentlichen Unternehmen	121
(b) Informationsanspruch aus dem Grundgesetz	122
(aa) Demokratieprinzip	122
(bb) Grundrecht der Informationsfreiheit	124
(c) Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen	126
(2) Informationsfreiheitsgesetze.....	129
(a) Anwendung des IFG des Bundes auf Schiedsverfahren	129

(b) Persönlicher Anwendungsbereich.....	130
(c) Sachlicher Anwendungsbereich	131
(aa) Amtliche Informationen	131
(bb) Ausnahmetatbestände.....	132
(i) Schutz des laufenden Schiedsverfahrens nach § 3 Nr. 1 lit. g IFG.....	132
(ii) Geheimhaltungs- oder Vertraulichkeitspflicht nach § 3 Nr. 4 IFG	135
(iii) Schutz der fiskalischen Interessen des Bundes im Wirtschaftsverkehr nach § 3 Nr. 6 IFG	135
(iv) Schutz vertraulicher Informationen nach § 3 Nr. 7 IFG	136
(v) Schutz personenbezogener Daten nach § 5 Abs. 1 IFG	137
(vi) Schutz von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen nach § 6 S. 2 IFG	138
bb) Öffentlichkeit.....	139
cc) Zwischenergebnis	140
d) Vereinbarung der Schiedsparteien.....	140
III. Zwischenergebnis zum zweiten Kapitel	141
Drittes Kapitel: Transparenz und Öffentlichkeit in abkommensbasierten Investitionsschiedsverfahren.....	145
I. Die UNCITRAL-TR als vorläufiger Reformhöhepunkt	146
1. Verlauf der Reform	146
2. Bisherige Entwicklung.....	148
a) Ausgangslage.....	149
b) Öffnung des Verfahrens nach außen.....	150
II. Öffentliches Interesse und Legitimität	156
1. Das öffentliche Interesse als Abwägungskriterium.....	157
a) Verwendung in Schiedsrecht und -praxis	158
b) „Public interest“ im deutschen Sinne	161

c)	Rechtliches und tatsächliches Interesse	162
d)	Inhaltliche Bestimmung	163
aa)	Kontextbezogenheit des öffentlichen Interesses	164
bb)	Ordre public und objektive Schiedsfähigkeit	167
e)	Konkrete Bedeutung gemäß der bisherigen Schiedspraxis	168
aa)	Konstante Merkmale des Schiedsverfahrens	169
(1)	Staat als Schiedspartei und Hoheitsakt als Streitgegenstand	169
(2)	Rechtsfortbildung	170
(3)	Unabhängiges und unparteiliches Schiedsgericht	172
bb)	Öffentlichkeitsbezug des Inhalts der Streitigkeit	173
(1)	Wasserversorgung	174
(2)	Gefährdung der Gesundheit und Umwelt	175
(3)	Arbeitnehmerrechte	177
(4)	Rechte indigener Völker	177
cc)	Interessen der Schiedsparteien	179
(1)	Abgrenzung	179
(2)	Abwägung	182
dd)	Zwischenergebnis	183
2.	Legitimität als dogmatische Grundlage	184
a)	Legitimitätsdebatte in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit	184
b)	Legitimationsbedürfnis im Hinblick auf Investitionsschiedsverfahren	186
aa)	Legitimität als Rechtfertigung von Herrschaftsgewalt	187
bb)	Notwendigkeit der Legitimation	188
c)	Legitimität durch Transparenz und Beteiligung der Öffentlichkeit	190
aa)	Demokratische Legitimität	190
bb)	Input- und Output-Legitimität	192
cc)	Anwendung auf die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit	194
3.	Zwischenergebnis	197
III.	Verfahrensrechtliche Umsetzung	199
1.	Abschaffung der Streitbeilegung durch Schiedsverfahren	200
2.	Anforderungen an sonstige Lösungswege	202
3.	Ausübung des verfahrensrechtlichen Ermessens durch das Schiedsgericht	203
a)	Verfahrensermessen des Schiedsgerichts	203

b)	Stellungnahme	205
4.	Handeln der Abkommensstaaten.....	206
a)	Reform der Investitionsschutzabkommen	206
aa)	Vertragsänderung	206
bb)	Begrenzung schiedsfähiger Streitigkeiten oder Schiedsregeln.....	207
b)	„Interpretative declaration“	208
5.	Handeln einer Institution wie UNCITRAL.....	209
a)	Formen eines Transparenzstandards.....	210
aa)	Leitlinien	210
bb)	Modellklausel.....	212
cc)	Schiedsregeln	213
b)	Anwendbarkeit eines Transparenzstandards.....	214
aa)	Zeitliche Anwendbarkeit	215
(1)	Anwendung auf bestehende Investitionsschutzabkommen.....	215
(a)	Vereinbarung der Abkommensstaaten	215
(b)	Vereinbarung zwischen Investor und Gaststaat	218
(2)	Anwendung auf zukünftige Investitionsschutzabkommen.....	219
bb)	Materielle Anwendbarkeit	221
c)	Abweichen von dem Transparenzstandard	222
aa)	Recht des Investors auf nicht-transparentes Verfahren	222
bb)	Einseitiges Abweichen durch Investor.....	225
cc)	Abweichende Parteivereinbarung.....	226
d)	Konkurrenzen	227
6.	Zwischenergebnis	228
IV.	Gewährleistungen der UNCITRAL-TR.....	229
1.	Maßnahmen zugunsten von Transparenz	229
a)	Veröffentlichung von Dokumenten und sonstigen Informationen	229
aa)	Erfasste Dokumente und sonstige Informationen.....	230
bb)	Behandlung sonstiger Verfahrensinformationen.....	232
cc)	Zeitpunkt der Veröffentlichung von Informationen	235
(1)	Informationen zu Beginn des Schiedsverfahrens.....	235
(2)	Veröffentlichung von Dokumenten während des Schiedsverfahrens.....	237

dd)	Vertrauliche und geschützte Informationen als Grenze	239
(1)	Geschäftsgeheimnisse und nach Abkommen geschützte Informationen	239
(2)	Nationale Vertraulichkeitspflichten	239
(3)	Vereinbarung der Schiedsparteien	240
(4)	Beeinträchtigung der Strafverfolgung und Sicherheitsinteressen	241
b)	Veröffentlichung von Schiedssprüchen und weiteren Entscheidungen	242
c)	Einrichtung eines Registers zur Veröffentlichung von Informationen	244
2.	Öffentliche Verhandlung	245
a)	Rechtliche Ausgestaltung	246
b)	Praktische Umsetzung	248
3.	Beteiligung von <i>amici curiae</i>	249
a)	Einführung in die Rechtsfigur	249
aa)	Begriff und Herkunft	250
bb)	<i>Amici curiae</i> im englischen Recht	252
cc)	<i>Amici curiae</i> im U.S.-amerikanischen Recht	254
b)	Formen der Beteiligung von <i>amici curiae</i>	256
aa)	Persönlich	256
bb)	Inhaltlich	257
c)	Funktionen und Zulassungskriterien	260
aa)	Maßgaben von Schiedsregeln	260
bb)	Repräsentation nichtparteilicher Interessen	262
(1)	Qualifikation des erheblichen Interesses	263
(2)	Der Staat als Repräsentant öffentlicher Interessen	264
cc)	Rechts- und Sachverhaltsaufklärung	265
(1)	Bezug zum Verfahren	266
(2)	Recht der Schiedsparteien auf <i>cross-examination</i>	267
dd)	Unabhängigkeit und Neutralität des <i>amicus curiae</i>	271
(1)	Unabhängigkeit und Neutralität als Zulassungsvoraussetzung	272
(2)	Grad der Abhängigkeit	273
ee)	Transparenz und Legitimität als weitere Folgen?	276
(1)	Transparenz	276
(2)	Legitimität	278
4.	Zwischenergebnis	282

V. Kostentragung.....	283
1. Kompetenz des Schiedsgerichts und Kostenverteilung.....	284
a) UNCITRAL-SchO.....	286
aa) Grundsatz	286
bb) Art. 3 Abs. 5 UNCITRAL-TR	287
b) ICC-SchO	288
c) ICSID-Konvention und ICSID-SchO	289
2. Kosten der einzelnen Transparenz- und Öffentlichkeitsmaßnahmen	291
a) Kompetenz des Schiedsgerichts	291
aa) Veröffentlichung von Dokumenten und Schiedssprüchen	291
bb) Öffentliche Verhandlung	293
cc) Kosten im Zusammenhang mit <i>amicus curiae</i> -Schriftsätzen ..	295
(1) Schiedsrichterhonorar	295
(2) Kosten des <i>amicus curiae</i> selbst	295
(3) Kosten für die rechtliche Vertretung der Schiedsparteien.....	296
b) Entscheidung des Schiedsgerichts	297
aa) Kosten der Veröffentlichung und öffentlichen Verhandlung ..	300
bb) Kosten aufgrund von <i>amicus curiae</i> -Schriftsätzen	301
VI. Folgen eines Verstoßes gegen Transparenzbestimmungen.....	303
1. Rechtsschutzmöglichkeiten von Öffentlichkeit und <i>amici curiae</i>	303
a) De lege lata	303
aa) Verstoß gegen UNCITRAL-TR	303
bb) Verstoß gegen sonstige Informationspflichten.....	305
b) De lege ferenda?	306
2. Rechtsschutzmöglichkeiten der Schiedsparteien.....	307
a) Rechte der Schiedsparteien gegenüber den Schiedsrichtern.....	308
aa) Ablehnung des Schiedsrichters.....	309
bb) Gemeinsame Beendigung des Schiedsrichtervertrags.....	310
b) Auswirkungen auf den Schiedsspruch	311
aa) Revision nach Art. 51 Abs. 1 ICSID-Konvention	311
bb) Nichtigkeit nach Art. 52 Abs. 1 ICSID-Konvention	311
cc) Überprüfung nach nationalem Recht	313
dd) Anerkennung und Vollstreckung	313
(1) ICSID-Konvention	313
(2) New York Convention.....	314

(a) Art. V Abs. 1 lit. b Alt. 2 NYC	317
(aa) Anwendbares Recht.....	317
(bb) Gewährleistungsinhalt.....	319
(b) Art. V Abs. 1 lit. d NYC	321
(aa) Rechtliches Gehör	321
(bb) Gewährleistung eines fairen und effizienten Verfahrens	322
(cc) Fehlerhafte Ermessensausübung.....	322
(c) Art. V Abs. 2 lit. b NYC	323
(3) Inter-American Convention	324
 VII. Zwischenergebnis zum dritten Kapitel	325
 Viertes Kapitel: Transparenz und Öffentlichkeit in sonstigen gemischten Schiedsverfahren.....	329
 I. Mögliche Wirkungen	331
1. Vertragsbasierte Investitionsschiedsgerichtsbarkeit.....	331
2. Handelsschiedsverfahren	332
3. Verwaltungsschiedsverfahren	333
 II. Parteiautonomie als entscheidender Unterschied?	334
1. Begriff.....	335
2. Umfang und Grenzen der Parteiautonomie im Schiedsrecht	337
3. Art des Zustandekommens der Schiedsvereinbarung	339
4. Staat und Parteiautonomie	340
 III. Methodik.....	341
 IV. Übertragung der Transparenzerwägungen	342
1. Öffentliche Interessen	343

a) Beteiligung des Staates.....	343
b) Inhalt der Streitigkeit.....	345
c) Rechtsfortbildung	347
2. Legitimität.....	348
V. Zwischenergebnis zum vierten Kapitel.....	350
Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse	353
Literaturverzeichnis.....	359
Materialien	379
Entscheidungsverzeichnis	383

Abkürzungsverzeichnis

AC	The Law Reports/Appeal Cases, London (GB), 1876 ff.
ACHR	Inter-American Convention on Human Rights
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Alberta LRev	Alberta Law Review, Edmonton (CDN), 1955 ff.
All ER	The All England Law Reports, London (GB), 1936 ff.
AmBusLJ	American Business Law Journal, Austin (USA), 1963 ff.
AmJIntL	The American Journal of International Law, Washington, D.C. (USA), 1907 ff.
AmRevIntArb	The American Review of International Arbitration, Yonkers (USA), 1990 ff.
AmUnivLRev	American University Law Review, Washington, D.C. (USA), 1952 ff.
Anm. d. Verf.	Anmerkung des Verfassers
Arb int	Arbitration International, Dordrecht (NL), 1985 ff.
ASA Bull	Bulletin de l'Association Suisse de l'Arbitrage, Den Haag u.a. (NL), 1983 ff.
Asian IntArbJ	Asian International Arbitration Journal, Singapore (SG), 2005 ff.
Asper Review	Asper Review on International Business and Trade Law, Winnipeg (USA), 2001 ff.
AVR	Archiv des Völkerrechts, Tübingen (D), 1948 ff.
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz, BGBl. I S. 66

Berkeley JIntL	Berkeley Journal of International Law, Berkeley (USA), 1996 ff.
BFStrMG	Bundesfernstraßenmautgesetz, BGBl. I S. 1378
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch, BGBl. I S. 42, ber. S. 2909 und BGBl. I 2003, S. 738
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BritYbIntL	British Yearbook of International Law, Oxford (GB), 1921 ff.
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
Buff LRev	Buffalo Law Review, Buffalo (USA), 1951 ff.
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des BVerfG
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BYUnivLRev	Brigham Young University Law Review, Provo (USA), 1975 ff.
CalWIntLJ	California Western International Law Journal, San Diego (USA), 1970 ff.
CambJIntCompL	Cambridge Journal of International and Comparative Law, Cambridge (GB), 2011 ff.
CanUSLJ	Canada-United States Law Journal, Cleveland (USA), 1978 ff.
CETA	Comprehensive Economic and Trade Agreement
Ch D	Chancery Division
ChiJIntL	Chicago Journal of International Law, Chicago (USA), 1999 ff.
CIETAC	China International Economic and Trade Arbitration Commission
CivJQuart	Civil Justice Quarterly, London (GB), 1982 ff.

Clunet	Journal du droit international privé (et de la jurisprudence comparée), Paris (F), 1874 ff.
Columbia JTransnatL	Columbia Journal of Transnational Law, New York (USA), 1964 ff.
CommwLRep	The Commonwealth Law Reports: Cases Determined in the High Court of Australia, Sydney (AUS), 1905 ff.
Contemp. Arb. J.	Contemporary Asia Arbitration Journal, Taipei (TW), 2008 ff.
CRCICA	Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration
CumbLRev	Cumberland Law Review, Birmingham (USA), 1970 ff.
DePaulLRev	DePaul Law Review, Chicago (USA), 1951 ff.
DIS	Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit
DÖV	Die öffentliche Verwaltung, Stuttgart (D), 1948 ff.
DR-CAFTA	Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement
DRiG	Deutsches Richtergesetz, BGBl. I S. 713
Duke LJ	Duke Law Journal, Durham (USA), 1959 ff.
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt, Köln (D), 1950 ff.
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht, Berlin (D), 1999 ff.
ECT	Energy Charter Treaty
EG	Europäische Gemeinschaft
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
E.R.	English Reports, London (UK), 1220-1867
EuConst	European Constitutional Law Review, Cambridge (GB), 2005 ff.

EurJIntL	European Journal of International Law, Oxford (GB), 1990 ff.
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, München (D), 1990 ff.
EWCA	England and Wales Court of Appeal Decisions, London (GB), 1883 ff.
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
Fordham IntLJ	Fordham International Law Journal, New York (USA), 1980 ff.
Fordham LRev	Fordham Law Review, New York (USA), 1914 ff.
FTC	Free Trade Commission
GG	Grundgesetz, BGBI. S. 1
GLJ	German Law Journal, Frankfurt am Main (D), 2000 ff.
GOBT	Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages, BGBI. I S. 230
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht, München (D), 2003 ff.
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht/Internationaler Teil, München (D), 1936 ff.
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz, BGBI. I S. 1077
HarvNegLRev	Harvard Negotiation Law Review, Cambridge (USA), 1996 ff.
HKLJ	Hong Kong Law Journal, Hongkong (PRC), 1971 ff.
IAC	Inter-American Convention on International Commercial Arbitration
IACHR	Inter-American Court of Human Rights
IBA	International Bar Association
ICC	International Chamber of Commerce

ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
ICSID Report	ICSID Annual Report, Washington, D.C. (USA), 1998 ff.
ICSID Review	ICSID Review: Foreign Investment Law Journal, Oxford (GB), 1986 ff.
IFG	Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes, BGBl. I S. 2722
IGH	Internationaler Gerichtshof
ILA	International Law Association
ILC	International Law Commission
ILM	International Legal Materials, Washington, D.C. (USA), 1962 ff.
ILR	International Law Reports, Cambridge (GB), 1956 ff.
ILSAJICL	ILSA Journal of International and Comparative Law, Fort Lauderdale (USA), 1995 ff.
IntCompLQuart	International and Comparative Law Quarterly, London (GB), 1952 ff.
IntOrgLRev	International Organizations Law Review, Leiden (NL), 2004 ff.
IPbpR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19. Dezember 1966, BGBl. 1973 II 1553)
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts, Bielefeld (D), 1981 ff.
IStR	Internationales Steuerrecht, München (D), 2000 ff.
ItalianYbIntL	The Italian Yearbook of International Law, Neapel (I), 1975 ff.
JEPP	Journal of European Public Policy, Abingdon (GB), 1994 ff.
JIntArb	Journal of International Arbitration, Den Haag (NL), 1984 ff.
JIntDispSett	Journal of International Dispute Settlement, Oxford (GB), 2010 ff.

JPS	Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit, Heidelberg (D), 1988–1991
J. World Inv. & Trade	The Journal of World Investment & Trade, Leiden (NL), 2000 ff.
Kansas LRev	University of Kansas Law Review, Lawrence (USA), 1952 ff.
Law & ContempProbs	Law and Contemporary Problems: A Quarterly, Durham (USA), 1934 ff.
LCIA	The London Court of International Arbitration
LG	Landgericht
Lloyd's LR	Lloyd's Law Reports, London (GB), 1968 ff.
Loyola IntCompLRev	Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, Los Angeles (USA), 1978 ff.
LPRACTINTCTrib	The Law and Practice of International Courts and Tribunals, Leiden (NL), 2002 ff.
MAI	Multilateral Agreement on Investment
McGill LJ	The McGill Law Journal, Montreal u.a. (CDN), 1954 ff.
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht, Köln (D), 1947 ff.
MichJIntL	Michigan Journal of International Law, Ann Arbor (USA), 1986 ff.
MinnJGlobTrade	Minnesota Journal of Global Trade, Minneapolis (USA), 1992–2005
MPEPIL	Max Planck Encyclopedia of Public International Law
mwN	Mit weiteren Nachweisen
NAFTA	North American Free Trade Agreement
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, München (D), 1947 ff.
Non-State Actors & IntL	Non-State Actors and International Law, Leiden (NL), 2001–2005

NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, München/Frankfurt am Main (D), 1982 ff.
NYC	New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards
NY UnivJIntLPol	New York University Journal of International Law and Politics, New York (USA), 1968 ff.
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht, München (D), 2000 ff.
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OLG	Oberlandesgericht
PCA	Permanent Court of Arbitration
Pepperdine LRev	Pepperdine Law Review, Anaheim (USA), 1973 ff.
Rev arb	Revue de l'arbitrage, Paris (F), 1955 ff.
RIAA	Reports of International Arbitral Awards, New York (USA), 1948 ff.
SCC	Stockholm Chamber of Commerce
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren in Zusammenarbeit mit der DIS, Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit, München u.a. (D), 2003 ff.
SchO	Schiedsordnung
SGHC	Singapore High Court
SingJLegStud	Singapore Journal of Legal Studies, Singapore (SG), 1991 ff.
SLR	The Singapore Law Reports, Singapore (SGP), 1992 ff.
Stockholm ArbRep	Stockholm Arbitration Reports, Stockholm (S), 1999–2004
StPO	Strafprozessordnung, BGBl. I S. 1074, ber. S. 1319
Suffolk TransLRev	Suffolk Transnational Law Review, Boston (USA), 1976 ff.

Tilburg LRev	Tilburg Law Review: Journal of International and Comparative Law, Tilburg (NL), 2007 ff.
TR	Transparenzregeln
TranspR	Transportrecht, Luchterhand (D), 1983 ff.
TTIP	Transatlantic Trade and Investment Partnership
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNCITRAL-Modellgesetz	UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
UnivPaLRev	University of Pennsylvania Law Review, Philadelphia (USA), 1945 ff.
UNÜ	New Yorker UN-Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958
U.S.-Mexico LJ	United States Mexico Law Journal, Albuquerque (USA), 1993 ff.
VaJIntL	Virginia Journal of International Law, Charlottesville (USA), 1963 ff.
VandJTransnL	Vanderbilt Journal of Transnational Law, Nashville (SA), 1972 ff.
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung, BGBl. I S. 686
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz, BGBl. I S. 102
WLR	The Weekly Law Reports, London (GB) 1953 ff.
WTradArbMat	World Trade and Arbitration Materials, Dordrecht (NL), 1997 ff.
WTO	World Trade Organization
WÜRV	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969

Yale LJ	The Yale Law Journal, New Haven (USA), 1892 ff.
YbCommArb	Yearbook Commercial Arbitration, Den Haag (NL), 1976 ff.
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Stuttgart/Berlin/Köln (D), 1929 ff.
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium, Augsburg (D), 2008 ff.
ZPO	Zivilprozessordnung, BGBl. I S. 3202, ber. 2006, S. 431 und 2007, S. 1781
ZRph	Zeitschrift für Rechtsphilosophie, Münster (D), 2003 ff.
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht, Baden-Baden (D), 1993 ff.
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß, Köln/Berlin/Bonn/München (D), 1943 ff.

Einleitung

I. Problemstellung

*Das große Losungswort, das jetzt ein
jeder kräht
Vor dem in ihren Staatsperücken
Sich selbst des Volkes Häupter bücken
Horch auf! Es heißt: Publicität!*¹

Publizität, d.h. Öffentlichkeit oder Offenlegung bestimmter Rechtsverhältnisse,² ist seit der französischen Revolution ein wichtiger Bestandteil staatlicher Entscheidungsprozesse. Dies gilt auch für Gerichtsverfahren. Hier liegen Leitung sowie Gestaltung des Verfahrens im Wesentlichen in der Hand des Richters³ als staatliches Organ und bedürfen deshalb besonderer Kontrolle.⁴ Mit der Öffentlichkeit des Verfahrens soll eine Geheimjustiz unterbunden und das Vertrauen der Bevölkerung in die staatliche Gerichtsbarkeit gestärkt werden. Mit den Worten des BGH soll die öffentliche Verhandlung verhindern, „daß die gesamte Tätigkeit des Gerichtes hinter verschlossenen Türen in ein Dunkel gehüllt und dadurch Missdeutungen und Argwohn ausgesetzt wird“⁵.

Im nationalen und internationalen Schiedsrecht, in dessen Rahmen von den Parteien gewählte Schiedsrichter den Rechtsstreit entscheiden und etwa in der Handelsschiedsgerichtsbarkeit ein rein privatrechtlicher Konflikt gelöst wird, ist der Begriff der Transparenz hingegen ein Fremdwort. So herrscht im Rahmen von Schiedsverfahren zumindest eine Erwartung der Schiedsparteien dahingehend, dass das Verfahren nichtöffentlich und vertraulich stattfindet.⁶ Eine Geheimjustiz ist hier explizit erwünscht. Entsprechend werden die Nichtöffentlichkeit sowie Vertraulichkeit von Schiedsverfahren noch immer als deren Vorteile ins Feld geführt,⁷ gleichwohl sich eine Entwicklung hin zu mehr Transparenz abzeichnet. Dies ist selbst im Rahmen der

1 Deutsches Spottgedicht aus der Zeit der französischen Revolution, *Bräutigam*, DVBl 2006, S. 950 Fn. 1 mit Verweis auf *Hölscher*, in: *Brunner/Conze/Koselleck* (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, S. 447.

2 Brockhaus, 22. Bd., S. 258.

3 Schwarz, in: *Knahr/Koller/Rechberger/Reinisch* (Hrsg.), *Arbitration*, S. 73, 79.

4 Ewer, NJW 2010, 1323, 1324.

5 BGH NJW 1953, 712.

6 Vgl. *De Ly/Friedman/Radicati di Brozolo*, 28 Arb int 355, 377 (2012).

7 Siehe etwa *Aden*, *Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, 2. Kapitel Rn. 7.

klassischen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, etwa durch die Veröffentlichung von Schiedssprüchen, zunehmend der Fall.⁸

Hinzu kommt, dass sich Schiedsverfahren, jedenfalls wenn man von der traditionellen Form eines Handelsschiedsverfahrens ausgeht, durch ihre privatautonome Einkleidung auszeichnen. Dem Willen der Schiedsparteien wird vor dem Ermessen des Schiedsrichters im Hinblick auf die Ausgestaltung des Verfahrens Priorität eingeräumt. Dementsprechend können sie zumindest ausdrücklich oder konkludent vereinbaren, dass das Schiedsverfahren unter Ausschluss der Öffentlichkeit durchgeführt wird und mangels Veröffentlichung von Verfahrensdokumenten keine Informationen nach außen gelangen.⁹ Diesbezügliche rechtliche Vorgaben, insbesondere der einschlägigen Schiedsregeln, sind ein beliebter Gegenstand wissenschaftlicher Auseinandersetzungen.¹⁰ Die Bearbeitungen konzentrieren sich dabei im Wesentlichen auf Bestehen, Herleitung und Umfang einer Vertraulichkeitsverpflichtung der Schiedsparteien selbst.¹¹

Eine Ausnahme hiervon stellt nunmehr die abkommensbasierte Investitionsschiedsgerichtsbarkeit dar, die sich vermehrten Forderungen nach Transparenz und Öffentlichkeit ausgesetzt sah. Insofern kann man zumindest in diesem Bereich ebenfalls von Publizität als aktuellem Lösungswort sprechen. Dies wird auch durch die Diskussionen über das Freihandelsabkommen zwischen der Europäischen Union und den USA (Transatlantic Trade and Investment Partnership, TTIP) bzw. Kanada (Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA) bewiesen. Ein Kritikpunkt stellt auch hier die befürchtete mangelnde Transparenz der im Abkommen vorgesehenen Schiedsverfahren dar.¹²

Bisheriger Reformhöhepunkt in diesem Bereich sind die UNCITRAL-Transparenzregeln in abkommensbasierten Investor-Staat-Schiedsverfahren, die am 1. April 2014 in Kraft getreten sind. Fraglich ist indes, auf welchen Erwägungen die dortigen Transparenz- und Öffentlichkeitsforderungen beruhen. Ausgangspunkt der Debatte ist vor

8 So werden etwa im ICC Dispute Resolution Bulletin wichtige Urteile in anonymisierter Form veröffentlicht.

9 Cook, 34 Pepperdine LRev 1085, 1100 (2007).

10 Geiben, Die Privatsphäre und Vertraulichkeit im Schiedsverfahren, Köln 2001; Holder, Vertraulichkeit im Schiedsverfahren nach deutschem Recht, Frankfurt am Main 2009; Leisinger, Vertraulichkeit in internationalen Schiedsverfahren, Baden-Baden 2012; Nossia, Confidentiality in International Commercial Arbitration, Heidelberg 2010, Sackmann, Transparenz, S. 25–42.

11 Leisinger, Vertraulichkeit, S. 98–272.

12 Siehe etwa Kohlenberg/Pinzler/Uchatius, Schattenjustiz: Regierungen werden im Verborgenen zu Strafen in Milliardenhöhe verurteilt – weil Konzerne ihre Geschäftsinteressen bedroht sehen, Die Zeit, 27.02.2014, S. 15.

allein die Beobachtung, dass die Entscheidungsträger Schiedsrichter, also Privatpersonen ohne hoheitliche Befugnisse, sind.¹³ Gleichwohl besitzen sie die Kompetenz, Staaten zu hohen Schadensersatzpflichten zu verurteilen. Hieraus ergab sich die Überlegung, dass, wenn schon an dem grundsätzlichen Konzept der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit nichts geändert wird, doch verfahrensrechtliche Reformen wünschenswert sind. Insofern scheinen Transparenz und Öffentlichkeit ein demokratisches Element einbringen zu können. Es ist jedoch zweifelhaft, ob dies – gemessen an bereits existierenden Normen – überhaupt erforderlich ist.

Im Fokus dieser Bearbeitung stehen dabei nicht nur Vorgaben existierender Menschenrechtskonventionen sowie des nationalen Verfassungsrechts. Einzugehen ist ferner auf nationale, einfachgesetzliche Bestimmungen in Form von Informationsfreiheitsgesetzen. Die Frage der rechtlichen Bindung des Staates an nationale Bestimmungen wurde zwar oftmals im Rahmen von Arbeiten zur Vertraulichkeit in Schiedsverfahren berücksichtigt.¹⁴ Umfang sowie nähere Ausgestaltung einer solchen Veröffentlichungspflicht, wie konkret die Anwendung des deutschen IFG des Bundes auf Schiedsverfahren, wurden indes nicht näher erläutert. Einen weiteren Schwerpunkt bilden die Begriffe des öffentlichen Interesses und der Legitimität, die von Schiedsgerichten sowie der Arbeitsgruppe der UNCITRAL-TR häufig bemüht wurden, um Transparenzmaßnahmen zu begründen. Hier ist insbesondere der Zusammenhang dieser Topoi mit dem vorliegend interessierenden Thema der Transparenz und Öffentlichkeit zu untersuchen.

Darauf aufbauend ist zu untersuchen, inwiefern sich diese in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit verfolgten Ansätze auf Schiedsverfahren übertragen lassen, denen eine vergleichbare Verfahrenskonstellation zugrunde liegt. Das konstante Merkmal von Investitionsschiedsverfahren, das auch andere Schiedsverfahren aufweisen können, ist dabei dasjenige der staatlichen Beteiligung. Unabhängig von der konkreten Ausgestaltung des Streitgegenstands sowie den Modalitäten der Initiierung des Schiedsverfahrens, ist so stets eine staatliche Partei an dem Schiedsverfahren beteiligt. Insofern werden die Transparenz- und Öffentlichkeitsbemühungen im Rahmen der abkommensbasierten Investitionsschiedsgerichtsbarkeit nicht als Gegensatz zu der auf Vertraulichkeit und Nichtöffentlichkeit ausgerichteten Handelsschiedsgerichtsbarkeit dargestellt. Vielmehr soll diese Arbeit die systemübergreifenden Auswirkungen des in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit vorzufindenden Transparenzstandards auf andere Formen von Schiedsverfahren, und zwar solche mit staatlicher Beteiligung analysieren.

Damit bezieht sich diese Arbeit auf sog. gemischte Schiedsverfahren, ein Begriff, der zwar zuvorderst in Verbindung mit Investitionsschiedsverfahren und Verfahren vor *Claims-Tribunalen* verwendet wird, aber gleichermaßen angesichts seiner Bedeutung

13 *Classen*, EuZW 2014, 611, 615.

14 Vgl. *Leisinger*, Vertraulichkeit, S. 195; *Sackmann*, Transparenz, S. 70, 93.

auf sämtliche Schiedsverfahren mit staatlicher Beteiligung erstreckt werden kann. Zu nennen sind in diesem Zusammenhang vertragsbasierte Investitionsschiedsverfahren, Handelsschiedsverfahren sowie Verwaltungsschiedsverfahren.

II. Gang der Untersuchung

Die Arbeit ist in vier Kapitel unterteilt. Zunächst soll im *ersten Kapitel* der Untersuchungsgegenstand des gemischten Schiedsverfahrens konkretisiert und gegenüber anderen Formen der Streitbeilegung abgegrenzt werden. Dabei wird auf das traditionelle Verständnis eines gemischten Schiedsverfahrens eingegangen und dessen geschichtlicher Hintergrund aufgezeigt. Ferner ist es erforderlich, Formen gemischter Schiedsverfahren zu identifizieren, wobei auf die schiedsverfahrensrechtlichen Kategorien einzugehen ist. Ein besonderes Gewicht kommt hierbei der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit zu. Formen und Notwendigkeit dieses Streitbeilegungstypus sind kurz zu erläutern. Erforderlich ist des Weiteren, zwischen einer direkten und indirekten Beteiligung des Staates, insbesondere durch öffentliche Unternehmen, zu differenzieren.

Daran anschließend sind im *zweiten Kapitel* die Konzepte der Nichtöffentlichkeit und Vertraulichkeit denjenigen der Transparenz und Öffentlichkeit gegenüber zu stellen. Traditionell zeichnet sich das Schiedsverfahren durch seine Nichtöffentlichkeit und Vertraulichkeit aus. Zumindest die Erwartungen der Schiedsparteien weisen in diese Richtung. Deshalb erfolgt zunächst eine Untersuchung des rechtlichen Standards. Im Anschluss hieran werden die Begriffe der Transparenz und Öffentlichkeit erläutert.

Im *dritten Kapitel* geht die Arbeit auf Fragen ein, die sich vor allem in Verbindung mit den UNCITRAL-TR auf der Ebene der abkommensbasierten Investitionsschiedsgerichtsbarkeit stellen. Zunächst ist auf rechtliche Vorgaben und die vermeintlichen Beweggründe für die Herstellung von Öffentlichkeit und Transparenz einzugehen. Anschließend wird untersucht, in welchem Rahmen Öffentlichkeit und Transparenz umgesetzt werden können. Hiernach erfolgt eine Untersuchung der vorgeschlagenen Maßnahmen zugunsten von Transparenz und Öffentlichkeit. Hier wird ein Fokus auf die UNCITRAL-TR gelegt. Die durch die UNCITRAL-TR etablierte Transparenz und Öffentlichkeit von Investitionsschiedsverfahren führt ferner zu bestimmten Folgeproblemen, die bisher noch nicht in umfassender Weise diskutiert worden sind, aber im Rahmen dieser Arbeit gewürdigt werden sollen. Hierzu zählt zum einen die Frage der Kostentragung im Hinblick auf die Durchführung der Transparenzmaßnahmen. Zum anderen ist fraglich, welche Rechtsfolgen Verstöße gegen die transparenzstiftenden Vorschriften haben können und welche Rechtsschutzmöglichkeiten den betroffenen Parteien zustehen.

Schließlich behandelt das *vierte Kapitel* sonstige gemischte Schiedsverfahren, namentlich vertragsbasierte Investitionsschiedsverfahren, Handelsschiedsverfahren sowie Verwaltungsschiedsverfahren. Aufgeteilt nach einer direkten und indirekten Beteiligung des Staates an solchen Schiedsverfahren ist zum Zwecke der Übertragbarkeit der Ansätze der UNCITRAL-TR auf die vergleichbare Interessenlage einzugehen. In diesem Rahmen soll untersucht werden, ob die Kriterien, welche auf der Ebene der abkommensbasierten Investitionsschiedsgerichtsbarkeit entwickelt wurden, dazu führen, dass auch andere gemischte Schiedsverfahren öffentlich und transparent sein sollten. Schließlich untersucht diese Arbeit die Besonderheit einer lediglich indirekten Beteiligung des Staates an Schiedsverfahren durch öffentliche Unternehmen. Sofern eine auf nationalem Recht beruhende Veröffentlichungspflicht des Staates anzunehmen ist, stellt sich so die Folgefrage, inwiefern dies auch für öffentliche Unternehmen gilt.

Schiedsverfahren mit staatlicher Beteiligung

Im Folgenden soll zunächst der Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit, nämlich gemischte Schiedsverfahren, konkretisiert und aufgeschlüsselt werden (I.). Dies ist Voraussetzung für die spätere Untersuchung, in welchen Fällen gemischter Schiedsverfahren Transparenz und Öffentlichkeit zu fordern sind. Denn diese Forderungen könnten unter Umständen an die jeweiligen Charakteristika der unterschiedlichen Formen gemischter Schiedsverfahren anknüpfen. Da ein Staat dabei sowohl direkt als auch indirekt an einem Schiedsverfahren beteiligt sein kann, ist ferner ein Augenmerk auf dessen unterschiedliche Beteiligungsvarianten zu legen (II.). Auch in Bezug auf diesen Punkt könnte sich zumindest ein unterschiedliches Ausmaß von Transparenz und Öffentlichkeit ergeben.

I. Gemischte Schiedsverfahren als Untersuchungsgegenstand

Das Untersuchungsobjekt der vorliegenden Arbeit sind solche Schiedsverfahren, an denen neben privaten Parteien, d.h. natürlichen Personen sowie privaten Unternehmen,¹⁵ der Staat entweder direkt oder indirekt¹⁶ als Schiedspartei beteiligt ist, also sog. gemischte Schiedsverfahren. Im Englischen hat sich hierfür der Begriff *mixed arbitrations* herausgebildet.¹⁷ Zwar mag dieser Begriff „eher beschreibender als dogmatischer Art“¹⁸ sein. Doch trifft er den vorliegenden Untersuchungsgegenstand in umfassender Weise und soll deshalb als Sammelbegriff für alle Verfahren dienen, welche die zuvor genannten, persönlichen Charakteristika der Schiedsparteien aufweisen.

1. Begriff

Auszublenden sind demgegenüber Schiedsverfahren, an denen ausschließlich private Parteien, also auch nicht der Staat in indirekter Weise wie durch ein öffentliches Unternehmen, beteiligt sind, sowie Schiedsverfahren zwischen zwei Staaten oder zwischen Staaten und internationalen Organisationen. Denn insbesondere im Hinblick auf Schiedsverfahren zwischen zwei Staaten stellen sich die hier interessierenden Fragen nach Transparenz und Öffentlichkeit nicht in dem Maße, wie sie sich bei gemischten

15 Böckstiegel, 2 Arb int 22 (1986).

16 Siehe zu der Abgrenzung noch unten S. 68.

17 Steinbrück, Unterstützung ausländischer Schiedsverfahren, S. 197.

18 Steinbrück, Unterstützung ausländischer Schiedsverfahren, S. 201 Fn. 477.

Schiedsverfahren aufdrängen. So bemerkt *Leisinger*, dass sich „[b]ei Schiedsverfahren zwischen Staaten (...) aufgrund des politischen Stellenwerts dieser Verfahren kein Raum für Aspekte der Vertraulichkeit“ finden lässt.¹⁹ Demgegenüber waren die Vertraulichkeit und Nichtöffentlichkeit rein privater Schiedsverfahren bereits Gegenstand einer umfassenden wissenschaftlichen Diskussion,²⁰ die freilich als Ausgangspunkt für die Untersuchung der prozessualen Einkleidung der gemischten Schiedsverfahren fruchtbar zu machen ist.

Das dieser Arbeit zugrunde liegende Verständnis des gemischten Schiedsverfahrens weicht jedoch von seinem traditionellen Gebrauch ab. Gewöhnlich wurden unter den Begriff vor allem Investitionsschiedsverfahren gefasst.²¹ Dieser traditionelle Gebrauch des Terminus basiert zunächst auf der strikten Differenzierung zwischen der zwischenstaatlichen Streitbeilegung auf der einen Seite, die lange Zeit aus wissenschaftlicher Perspektive als einzig interessante Form internationaler Streitbeilegung begriffen wurde,²² und der privaten Streitbeilegung auf der anderen Seite²³. Insofern spiegelt der Begriff des gemischten Schiedsverfahrens in Abkehr von dieser klassischen Unterscheidung die Besonderheit eines internationalen Schiedsverfahrens zwischen einem Staat und einer privaten Partei als lange Zeit nicht zum Kreise der Völkerrechtssubjekte zu zählenden Person²⁴ wider.

Zudem fällt bei der internationalen Investitionsstreitverfahren eine Zuordnung zum öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Rechtsgebiet aufgrund der Kombination von völkerrechtlichem Investitionsschutzrecht und einem der Handelsschiedsgerichtsbarkeit nachgebildeten Streitbeilegungsmechanismus schwer.²⁵ Die Bildung eines Alternativbegriffs vermeidet so eine Auseinandersetzung mit der dogmatischen Natur der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit.

19 *Leisinger*, Vertraulichkeit, S. 167.

20 *Geiben*, Die Privatsphäre und Vertraulichkeit im Schiedsverfahren, Köln 2001; *Holder*, Vertraulichkeit im Schiedsverfahren nach deutschem Recht, Frankfurt am Main 2009; *Leisinger*, Vertraulichkeit in internationalen Schiedsverfahren, Baden-Baden 2012; *Nous-sia*, Confidentiality in International Commercial Arbitration, Heidelberg 2010, *Sackmann*, Transparenz, S. 25–42.

21 *Tietje*, in: *Marauhn* (Hrsg.), Streitbeilegung, 47, 48.

22 Vgl. *Tietje*, in: *Marauhn* (Hrsg.), Streitbeilegung, 47, 48.

23 *Caron*, ZaöRV 1986, 465, 472; *Tietje*, in: *Marauhn* (Hrsg.), Streitbeilegung, 47, 48.

24 Siehe etwa *Delbrück*, Formen des völkerrechtlichen Handelns, S. 530; *Epping*, in: *Ipsen* (Hrsg.), Völkerrecht, § 7 Rn. 10, zur partiellen Völkerrechtssubjektivität des Individuums im Bereich der Menschenrechte nach der EMRK; *Tietje*, in: *Marauhn* (Hrsg.), Streitbeilegung, 47, 61f., nimmt zwar nicht bei ICSID-Schiedsverfahren, wohl aber bei Schiedsverfahren unter dem ECT eine mit den Gewährleistungen der EMRK vergleichbare Völkerrechtssubjektivität von privaten Wirtschaftssubjekten an.

25 *Schill*, ZaöRV 2011, 247, 259–266.

Allerdings ergibt sich aus der bloßen Bedeutung des Begriffs des „gemischten Schiedsverfahrens“ nur, dass ein Schiedsverfahren zwischen einem Staat und einem Privatrechtssubjekt als Parteien stattfindet.²⁶ Zwar mag man hierbei zuvörderst an die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit denken, bei der es stets um einen Staat und einen privaten Investor als Schiedsparteien geht. Dennoch stellt diese Arbeit auch auf alle übrigen in dieser Hinsicht in Betracht kommenden Schiedsverfahren ab, seien es Verwaltungs- oder Handelsschiedsverfahren, für welche sich der Begriff des gemischten Schiedsverfahrens ebenso eignet und sich bestimmte Fragen aufgrund der staatlichen Beteiligung ebenfalls stellen können.

Dieser für die Zwecke der vorliegenden Arbeit gewählte Begriff spielt hingegen nicht auf die Tatsache an, dass Schiedsvereinbarungen im Hinblick auf das anwendbare Recht nicht länger zwingend zwischen internationalem und nationalen sowie öffentlich-rechtlichen und privaten Recht differenzieren und somit ein bestimmtes Recht exklusiv zur Anwendung berufen,²⁷ so dass von einem Schiedsverfahren die Rede sein könnte, welches einem „gemischten Recht“ unterliegt. Dieses Phänomen führt *Böckstiegel* auf die steigende Anzahl von an Schiedsverfahren beteiligten Staaten zurück.²⁸ Danach ist gleichermaßen denkbar, dass die Schiedsparteien zwei unterschiedliche nationale Rechtssysteme wählen oder aber auch eine Kombination aus nationalem Recht und Treu- und Glauben-Erwägungen.²⁹ Im Rahmen der vorliegenden Arbeit bezeichnet „gemischtes Schiedsverfahren“ jedoch nicht die Beschaffenheit des Streitgegenstands, sondern die Eigenschaften der Schiedsparteien.³⁰

2. Geschichtlicher Hintergrund

Ein kurzer Überblick über den geschichtlichen Hintergrund von gemischten Schiedsverfahren zeigt, dass es sich dabei nicht um eine selbständige Kategorie innerhalb der Schiedsgerichtsbarkeit handelt. Gemischte Schiedsverfahren im hier verstandenen weiten Sinne verfügen so über keinen selbständigen Entwicklungsstrang. Dies liegt daran, dass sie nur für die Zwecke dieser Arbeit aufgrund ihrer Charakteristika als

26 Vgl. *Tietje*, in: *Marauhn* (Hrsg.), *Streitbeilegung*, 47, 48.

27 Hierzu näher *Böckstiegel*, 2 Arb int 22, 26f. (1986).

28 *Böckstiegel*, 2 Arb int 22, 26 (1986).

29 *Böckstiegel*, 2 Arb int 22, 27f. (1986).

30 Schließlich ist das hier im Mittelpunkt stehende Untersuchungsobjekt nicht zu verwechseln mit gemischten Konfliktlösungsverfahren. Hierzu zählen etwa Verfahren, welche eine Kombination von Mediation und Schiedsverfahren aufweisen, sowie sog. *Minitrials*, bei denen sich unter Umständen an ein Schlichtungsverfahren ein Vergleichsgespräch und – bei dessen Erfolglosigkeit – ein Mediationsverfahren anschließen können, *Lachmann*, *Schiedsgerichtspraxis*, Rn. 88–92.

eigenständige Kategorie innerhalb der Schiedsgerichtsbarkeit gelten und sowohl national als auch international in unterschiedlichen Formen existieren.

So gewinnen Verwaltungsschiedsverfahren erst seit Kurzem durch die Herausbildung neuer Kooperationsformen zwischen Staat und Privaten, wie etwa den *public private partnerships*, an Bedeutung.³¹ Im Hinblick auf Handelsschiedsverfahren unter der Beteiligung einer staatlichen Partei besteht ein Zusammenhang mit der Bedeutung der Schiedsgerichtsbarkeit als Streitbeilegungsmechanismus im internationalen Wirtschaftsrecht und der steigenden Beteiligung des Staates am nationalen sowie internationalen Handel.³² In Anbetracht der damit verbundenen steigenden Zahl von Handelsschiedsverfahren unter der Beteiligung einer staatlichen Partei ließ die Internationale Handelskammer in Paris denn auch ein Forschungsprojekt mit dem Gegenstand „Arbitration and State Enterprises“ durchführen, welches 1984 abgeschlossen wurde.³³

Im Bereich des Investitionsrechts ergibt sich die Existenz von entsprechenden Schiedsverfahren – diesmal vor dem Hintergrund der Beteiligung einer Privatperson als Besonderheit – aus der Abkehr von der zwischenstaatlichen Streitbeilegung und diplomatischen Verständigung hin zu einem selbständigen Klagerecht von betroffenen Investoren zum Schutz ihrer Auslandsinvestitionen. Hier lässt sich ausgehend von sog. „state contracts“ als Synonym für Verträge zwischen einem Staat und einem ausländischen Investor³⁴ tatsächlich ein eigener Entwicklungsstrang feststellen, welcher in der abkommensbasierten Investitionsschiedsgerichtsbarkeit als Schutzmechanismus gipfelte³⁵ und als „wegweisend“³⁶ in Bezug auf die Erweiterung der Völkerrechtssubjekte betrachtet wird. Diese Entwicklung wird an späterer Stelle noch erörtert.³⁷

Zusammenfassend lässt sich der heutige Umfang staatlicher Beteiligung an Schiedsverfahren damit vor dem Hintergrund zweier Tatsachen, nämlich der allgemeinen Bedeutung der Schiedsgerichtsbarkeit als friedlichem Streitbeilegungsmechanismus und Alternative zu Verfahren vor fremden Gerichten sowie der Beteiligung des Staates am

31 *Schill*, DÖV 2010, S. 1013.

32 *Böckstiegel*, 2 Arb int 22, 29 (1986).

33 Hierzu *Böckstiegel*, *Arbitration and State Enterprises: Survey on the National and International State of Law and Practice*, Deventer 1984.

34 *Alvik*, *Contracting with Sovereignty*, S. 1f.; *Merkt*, *Investitionsschutz durch Stabilisierungsklauseln*, S. 25; *Velten*, *Anwendung des Völkerrechts auf State Contracts*, S. 18; siehe zu „state contracts“ und Schiedsverfahren auch ausführlich *Delaume*, 75 AmJIntL 784819 (1981); *Mann*, 42 BritYbIntL 1–37 (1967).

35 *Alvik*, *Contracting with Sovereignty*, S. 12–44.

36 *Tietje*, in: *Marauhn* (Hrsg.), *Streitbeilegung*, 47, 48.

37 Siehe unten S. 56.