

# Kiyomi v. Frankenberg

## Marktfähige Gerichtsbarkeit?

Ein Kernstück des geplanten Handelsabkommens TTIP zwischen der EU und den USA ist die Zulassung von Investor-Staats-Klagen. Solche Klagen geben Unternehmen die Möglichkeit, Staaten vor Schiedsgerichten zu verklagen, wenn sie ihre Investitionen durch staatliches Handeln gefährdet sehen. Kurz gesagt: Staaten müssen für Gesetze Schadensersatz in Milliardenhöhe zahlen. „Richter“ in diesen Schiedsverfahren sind oft Anwälte aus Großkanzleien oder Unternehmensvorstände. In Staaten mit einem vergleichsweise sehr hohen Niveau an Rechtssicherheit bedeutet die Zulassung solcher Parallel-Gerichte ohne rechtsstaatliche Standards wie Öffentlichkeit und Überprüfbarkeit eine Gefährdung demokratischer Gesetzgebung.

### 1. TTIP - Transatlantic Trade Investment Partnership

#### a) Stand der Verhandlungen

Nachdem im Jahr 1998 das MAI (Multilaterales Abkommen über Investitionen) gescheitert ist, wird nun ein neuer Anlauf für ein ähnlich großes Abkommen mit weitreichenden Rechten für transnationale Konzerne genommen. Zwischen der EU und den USA soll ein gemeinsames Handelsabkommen, genannt TTIP (sprich Ti-tip) abgeschlossen werden. Mit dieser „transatlantischen Handels- und Investitionspartnerschaft“ soll die größte Freihandelszone der Welt geschaffen werden. Hier wird mehr als ein Drittel des Welthandelsvolumens abgewickelt und mehr als die Hälfte des globalen Bruttosozialprodukts erwirtschaftet.<sup>1</sup>

Die Verhandlungen wurden durch eine im November 2011 von Obama und van Rompuy einberufene „High Level Working Group on Jobs and Growth“ vorbereitet und begannen im Juni 2013. Sie werden hauptsächlich vom *Office of the US Trade Representative* und von der EU-Kommission geführt. Seit dem Vertrag von Lissabon liegt die Kompetenz zur Aushandlung von internationalen Abkommen nicht mehr bei den Mitgliedstaaten, sondern bei der Kommission. Federführend ist hier die Generaldirektion Handel. Das Verhandlungsmandat, das der Europäische Rat der EU-Kommission erteilt hat, ist nicht für die Öffentlichkeit bestimmt. Außer den USA und der EU verhandeln u.a. auch Kanada, Mexiko, Schweiz und Türkei über TTIP. Die letzte der sechs geplanten Verhandlungsrunden fand vom 14. - 18. Juli in Brüssel statt.<sup>2</sup>

Vor den Europa-Wahlen wurden die Verhandlungen ausgesetzt. In der Verhandlungspause tagte bis zum 6. Juli 2014 eine von EU-Handelskommissar *de Gucht* eingesetzte Beratergruppe mit 15 Vertretern aus Unternehmen, Gewerkschaften, Verbänden und Nichtregierungsorganisationen.<sup>3</sup> Zusätzlich ermöglichte die EU-Kommission bis zum 13. Juli mittels eines Fragebogens jedermann die Stellungnahme zu den TTIP-Verhandlungen. In Bezug auf Investor-Staats-

1 Michael Krätke, TAFTA: Das Kapital gegen den Rest der Welt, Blätter für deutsche und internationale Politik 2014, 5-9 (5).

2 Der diesbezügliche Verhandlungsstand wird in diesem Papier knapp zusammengefasst: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/july/tradoc\\_152666.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/july/tradoc_152666.pdf), abgerufen am 16.7.2014.

3 Bei den Beratern handelt es sich vermutlich um die Personen auf der kürzlich veröffentlichten Liste: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/january/tradoc\\_152102.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/january/tradoc_152102.pdf), abgerufen am 9.7.2014.

Klagen befassen sich die Fragen u.a. mit dem Verhältnis von Schiedsgerichten zu inländischen Gerichten, der Qualifikation der Schiedsrichter, der Prävention mutwilliger Klagen und der Problematik der fehlenden Überprüfbarkeit der Schiedsurteile.<sup>4</sup>

Deutschland ist gegen eine Zulassung von Investor-Staats-Klagen im TTIP, weil EU und USA hinreichenden Rechtsschutz vor nationalen Gerichten gewähren.<sup>5</sup> Wegen des Widerstands einiger Mitgliedstaaten will Handelskommissar *de Gucht* den EuGH einschalten. Das Gericht soll prüfen, ob es allein auf die Zustimmung des EU-Parlaments ankommt oder ob auch den Parlamenten der Mitgliedstaaten ein Mitspracherecht bei der Unterzeichnung des TTIP zusteht. Dabei argumentiert *de Gucht*, TTIP sei ein Abkommen allein zwischen der EU und den USA und kein sog. gemischtes Handelsabkommen. Deswegen komme es auch nur auf die Zustimmung des EU-Parlaments an. Zweifel an dieser Auffassung erwachsen daraus, dass TTIP über reine Handelsfragen hinaus auch Kernkompetenzen der einzelnen Mitgliedstaaten betrifft, wie im Folgenden gezeigt wird.

### b) Inhalte des TTIP

Das Abkommen soll Regelungen zu zentralen Bereichen unseres Lebens enthalten: Gesundheit, Arbeitnehmerrechte, Umweltstandards, Verbraucherschutz, Finanzmarktregulierung. Konkret geht es dabei um so verschiedene Dinge wie beispielsweise die Kennzeichnung von (genmanipulierten) Lebensmitteln, um die Grenzwerte chemischer Produktbelastungen, die Arbeitsrechte von Migranten, den EU-Emissionshandel oder die Kontrolle des Finanzhandels.

In diesen Bereichen sollen „unnötige regulatorische Handelshemmnisse“ beseitigt werden,<sup>6</sup> damit Investoren „optimalen Schutz und größtmögliche Sicherheit und Wettbewerbsgleichheit“ genießen.<sup>7</sup> Damit ist im Wesentlichen gemeint, dass amerikanische und europäische Schutzgesetze vereinheitlicht werden sollen. Aufgrund der bislang unterschiedlichen Regelungsstandards werden beispielsweise neue Biotechnologie-Produkte, die in den USA zugelassen sind, nicht gleichzeitig auch für den europäischen Markt freigegeben. Umgekehrt können besonders risikoreiche Finanzprodukte aus Deutschland nur bedingt in den USA verkauft werden.<sup>8</sup>

Das zentrale Werkzeug für die Durchsetzung der dahinterstehenden Unternehmensinteressen sind Investor-Staats-Klagen. Lobbyisten von Unternehmen setzen sich für ihre Zulassung im TTIP ein,<sup>9</sup> um ihren Anwendungsbereich zu erweitern und auf weitere Staaten auszudehnen.

4 <http://ec.europa.eu/yourvoice/ipm/forms/dispatch?form=ISDS&lang=de>, abgerufen am 2.6.2014. Die Ergebnisse der Auswertung werden zum Jahresende hier zu finden sein: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1127>, abgerufen am 16.7.2014.

5 Vgl. <http://bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/P-R/Parlamentarische-Anfragen/18-919,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf,1>, abgerufen am 2.6.2014.

6 Leitlinien für die Verhandlungen über ein umfassendes Handels- und Investitionsabkommen, 3; <http://www.kulturrat.de/detail.php?detail=2769&rubrik=142>, abgerufen am 7.4.2014.

7 Memo, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-13-564\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-564_de.htm), abgerufen am 15. 10. 2014.

8 Ausführlicher hierzu: *Lori Wallach*, TAFTA – die große Unterwerfung, *Le Monde diplomatique* v. 8.11.2013, 17.

9 Beispielsweise verlangt Chevron in einem Schreiben an den amerikanischen Verhandlungsführer ausdrücklich die Zulassung von Investor-Staats-Klagen als zentralen Aspekt des Abkommens; <http://www.regulations.gov/#%21documentDetail;D=USTR-2013-0019-0054>, abgerufen am 15.4.2014.

Investor-Staats-Klagen sind Gegenstand vieler zwischenstaatlicher Investitionsabkommen. Weltweit gibt es rund 3000 Investitionsschutzabkommen. Deutschland unterhält mit 130 Staaten bilaterale Investitionsschutzabkommen, das erste wurde 1959 mit Pakistan abgeschlossen.

Im Jahr 2012 gab es weltweit 514 Investor-Staats-Klagen.<sup>10</sup> Die meisten Investor-Staats-Klagen werden von Unternehmen aus den USA erhoben. Dahinter folgen mit einigem Abstand Unternehmen aus den Niederlanden, Großbritannien und Deutschland als besonders häufige Kläger. Sie stützen sich dabei oft auf das NAFTA-Abkommen und den Energie-Charta-Vertrag.<sup>11</sup>

In Art. 26 Abs. 3 a) des Energie-Charta-Vertrags heißt es dazu: „[...] erteilt jede Vertragspartei hiermit ihre uneingeschränkte Zustimmung, eine Streitigkeit einem internationalen Schieds- oder Vergleichsverfahren in Übereinstimmung mit diesem Artikel zu unterwerfen.“. Art. 116 Abs. 1 des NAFTA-Abkommens legt fest: „*An investor of a Party may submit to arbitration under this Section a claim that another Party has breached an obligation [...] and that the investor has incurred loss or damage by reason of [...] that breach.*“

Auf der Grundlage solcher Abkommen können ausländische Unternehmen jedes staatliche Handeln (den Erlass von neuen Gesetzen oder die Anwendung bestehender Vorschriften) unabhängig von der staatlichen Justiz durch private Schiedsleute überprüfen lassen und dafür Schadensersatz fordern. Dabei geht es darum, staatliche Eingriffe in den Außenhandel zu sanktionieren.

An dieser Stelle eine Anmerkung zur Bezeichnung als *Investor-Staats-Klagen*: Sie erscheint unpassend, ist doch ein Investor im deutschen Sprachverständnis ein Anleger, der Geld am Kapitalmarkt anlegt. Die Klagen werden aber oft von *Unternehmen* erhoben, die im Ausland tätig sind, indem sie dort z.B. Fabriken aufbauen und Personal beschäftigen. Anders als ein Investor, der für unsichere Investitionen eine Risikoprämie verlangt, tragen Unternehmen das Risiko, ihr Geld in einem Projekt zu verlieren, selbst.<sup>12</sup> Anscheinend soll eben dieses für eine Marktwirtschaft typische unternehmerische Risiko durch Investor-Staats-Klagen zumindest insoweit ausgeglichen werden, als das Risiko auf politische Entscheidungen zurückzuführen ist.<sup>13</sup>

### a) *Politisches Potential*

Die ursprüngliche Idee hinter Investor-Staats-Klagen war, Anreize für Investitionen in Entwicklungsländern zu schaffen, in denen das Justizsystem als zu langsam oder zu korrupt galt. In einer solchen Situation sollten neutrale Schiedsgerichte mit externem Personal zuverlässigen Schutz für Investoren bieten. So sollte insbesondere das Risiko verringert werden, dass Unternehmen durch diktatorische Regimes enteignet werden.

Heutzutage werden derartige Klagen oft auch gegen Staaten mit hohen rechtsstaatlichen Standards erhoben, in denen ein funktionierendes und unabhängiges

10 United Nations Conference on Trade and Development: Recent Developments in Investor-State-Dispute Settlement (ISDS), [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d3\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d3_en.pdf), 1, zustande gekommen unter Mitwirkung von Arbitration-Anwälten wie Stephan Schill und Christoph Schreuer, abgerufen am 8.5.2014.

11 United Nations Conference on Trade and Development: Recent Developments in Investor-State-Dispute Settlement (ISDS), [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d3\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d3_en.pdf), abgerufen am 8.5.2014, 5.

12 Wikipedia, Einträge „Unternehmerisiko“ und „Investor“, abgerufen am 5.5.2014.

13 Was hierbei als Risiko verstanden wird, wird unter Punkt 3 am Beispiel einer Broschüre der Kanzlei Luther erläutert.

Justizsystem bereitsteht und behördliche Willkür selten ist. Beispielsweise wird Australien vom Tabakkonzern *Philip Morris* auf Zahlung einer noch nicht exakt bezifferten Summe von mehreren Milliarden Dollar verklagt, weil die australische Regierung angeordnet hat, dass Zigaretten nur noch in neutralen Packungen ohne Markenlogo verkauft werden dürfen. Kanada wird wegen des *Fracking*-Moratoriums vom Bergbaukonzern *Lone Pine* auf Schadensersatz in Höhe von 250 Millionen Dollar verklagt. Die Berechnungsgrundlage dieser Schadensersatzsummen ist unklar. Die Kläger stellen eine Behauptung darüber auf, wieviel Einnahmen sie ohne den staatlichen Eingriff in Zukunft vermutlich erzielt hätten. Investor-Staats-Klagen werden durch eine Aufforderung zu einer gütlichen Beilegung initiiert (vgl. Art. 28 ICSID-Regeln).<sup>14</sup> Läuft die damit in Gang gesetzte sechsmonatige Verhandlungsfrist zur friedlichen Einigung erfolglos ab, kann Klage erhoben werden. Bereits eine erst angekündigte Klage besitzt erhebliche politische Kraft: Beispielsweise hat Kanada seine Bemühungen zum Nichttraucherschutz fallengelassen, nachdem *Big Tobacco* eine Schadensersatzklage in Aussicht gestellt hat.<sup>15</sup> In der ersten Investor-Staats-Klage gegen Deutschland verlangte *Vattenfall* im Jahr 2009 1,4 Mrd. € Schadensersatz für eine Umweltauflage, welche die Verwendung von Elbe-Wasser als Kühlwasser für ein Kraftwerk einschränkte. In einem Vergleich einigte man sich darauf, dass Deutschland seine Umweltauflagen lockerte und dafür keine Zahlungen zu leisten brauchte. Investor-Staats-Klagen oder ihre Androhung können also auch als Mittel zur Beeinflussung politischer Entscheidungen und nicht nur als Schutz gegen staatliche Übergriffe wie unrechtmäßige Enteignungen genutzt werden.<sup>16</sup>

#### b) Aufbau und Funktionsweise von Investitionsschiedsgerichten

Investor-Staats-Klagen werden vor internationalen Schiedsgerichten entschieden. Solche Schiedsgerichte können überall tagen (vgl. Art. 18 Abs. 2 UNCITRAL Arbitration Rules).<sup>17</sup> Das eigens bei der Weltbank eingerichtete *International Center for Settlement of Investment Disputes* hält Räumlichkeiten und Mittel zur Verfahrensorganisation und -verwaltung bereit. Hier werden die meisten solcher Klagen verhandelt, im Jahr 2012 waren es 61 % aller Klagen.<sup>18</sup> Das Schiedsgericht ist (gemäß Art. 7, 9 UNCITRAL Arbitration Rules) in der Regel mit drei Schiedsrichtern besetzt. Die Schiedsrichter stammen oft aus Großkanzleien oder aus Aufsichtsräten großer Unternehmen<sup>19</sup> und werden von den Parteien ausgewählt: Jede Partei bestellt einen der Richter, der dritte wird von beiden Parteien gemeinsam bestimmt. Diese Schiedsrichter entscheiden darüber, ob die Profitinteressen des klagenden Unternehmens die öffentlichen Interessen etwa an Umweltschutzregelungen überwiegen.

14 [https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR\\_English-final.pdf](https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf), abgerufen am 13.5.2014.

15 *Pia Eberhard/Cecilia Olivet*, Profiting from Injustice, 72; <http://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/profitting-from-injustice.pdf>, abgerufen am 4.4.2014.

16 *Pia Eberhard*, Konzerne versus Staaten: Mit Schiedsgerichten gegen die Demokratie, *Blätter für deutsche und internationale Politik* 2013, 29-33 (31).

17 <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf>, abgerufen am 13.5.2014.

18 United Nations Conference on Trade and Development: Recent Developments in Investor-State-Dispute Settlement (ISDS), 4; [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d3\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d3_en.pdf), abgerufen am 8.5.2014.

19 *Pia Eberhard/Peter Fuchs*, Die Akteure hinter dem TTIP und ihre Gegner, in: Harald Klimenta/Andreas Fisahn et. al., *Die Freihandelsfälle. Transatlantische Industriepolitik ohne Bürgerbeteiligung – das TTIP*, Hamburg 2014, 98-102 (100).

Es gibt verschiedene, weit gefasste Regelungen für internationale Schiedsverfahren.<sup>20</sup> Ihr tatsächlicher Ablauf soll eher einer Geschäftsverhandlung in einem Hotel als einem Gerichtsprozess ähneln.<sup>21</sup> Mag man diese Form der Schiedsgerichtsbarkeit auch für „wirtschaftspolitisch zweifellos sinnvoll“ halten, so könnten sie doch „kohärenter, transparenter und gerichtähnlicher ausgestaltet werden“.<sup>22</sup>

Um diese Kritik an Investor-Staats-Klagen zu untermauern, sollen im Folgenden beispielhaft die beiden zentralen internationalen Schiedsgerichtsordnungen, auf die sich das NAFTA-Abkommen und der Energie-Charta-Vertrag beziehen, sowie die drei Verfahrensregelungen für den deutschsprachigen Raum vorgestellt werden. Voranzustellen ist, dass sich die an Staats-Investor-Klagen beteiligten Parteien aussuchen können, nach welcher dieser Verfahrensordnungen sie ihr Verfahren gestalten und wie eng sie diese befolgen.

#### aa) *UNCITRAL Arbitration Rules*

Die UNCITRAL ist die *United Nations Commission on International Trade Law*, also die UN-Handelskommission. Sie wurde 1966 mit dem Ziel gegründet, das internationale Handelsrecht zu vereinheitlichen, damit der internationale Handel nicht durch die Verschiedenheit der nationalstaatlichen Rechtssysteme behindert wird. Dazu hat sie 1976 eine erste Schiedsgerichtsordnung<sup>23</sup> erlassen, die 2010 geringfügig überarbeitet worden ist.

Die UNCITRAL *Arbitration Rules* umfassen derzeit 43 Artikel.<sup>24</sup> Die Regelungen sind allgemein gehalten und lassen oft Ausnahmen zu. Aus ihnen lässt sich kein eindeutiger Verfahrensablauf erkennen. Vielmehr ist in Art. 17 Abs. 1 festgelegt, dass die Schiedsrichter das Verfahren so zu führen haben, wie es ihnen angemessen erscheint. Sie haben lediglich auf eine Gleichbehandlung der Parteien insbesondere bzgl. des rechtlichen Gehörs zu achten. Welches materielle Recht sie anwenden, ist den Parteien und den Schiedsrichtern überlassen; vorgegeben ist lediglich die Berücksichtigung der einschlägigen Handelsbräuche (Art. 35 Abs. 1, 3).

Die UNCITRAL *Arbitration Rules* regeln, dass die Parteien je einen Schiedsrichter (*arbitrator*) auswählen sollen und wie zu verfahren ist, wenn ihnen dies nicht (fristgerecht) gelingt (Art. 7 ff). Es wird jedoch nicht festgelegt, welche Qualifikationen diese Schiedsrichter erfüllen müssen. Die Schiedsrichter trifft lediglich die Pflicht, etwaige Befangenheit selbst anzuzeigen (Art. 11). Mehrere Regelungen befassen sich damit, wie und unter welchen Umständen ein Schiedsrichter abgelehnt werden kann und wie das Verfahren dann fortzusetzen ist (Art. 11 ff). Art. 20 legt den Inhalt der Klageschrift fest. Bis wann die Klageerwiderung einzureichen ist, legt das Schiedsgericht von Fall zu Fall fest (Art. 21 Abs. 1). Art. 27 legt fest, dass die Parteien die für sie sprechenden Beweise anbringen müssen, ohne jedoch festzulegen, in welcher Form und Frist dies zu

20 Neben den in diesem Beitrag vorgestellten Regeln z.B. auch die Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre, London Court of International Arbitration Rules, China International Economic Trade and Arbitration Commission Rules.

21 *Eberhard/Olivet* (Fn. 13), 22.

22 *Steffen Hindelang*, Der primärrechtliche Rahmen einer EU-Investitionsschutzpolitik: Zulässigkeit und Grenzen von Investor-Staat-Schiedsverfahren aufgrund künftiger EU-Abkommen, 27; [http://www.whi-berlin.eu/tl\\_files/documents/whi-paper0111.pdf](http://www.whi-berlin.eu/tl_files/documents/whi-paper0111.pdf), abgerufen am 2.5.2014.

23 <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf>, abgerufen am 13.5.2014. Diese Regeln werden u.a. am *Permanent Court of Arbitration* in Den Haag angewendet: [http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag\\_id=1061](http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1061), abgerufen am 19.5.2014.

24 <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>, abgerufen am 13.5.2014.

erfolgen hat. Art. 28 Abs. 3 schreibt vor, dass Zeugenvernehmungen in der Regel unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfinden sollen. Wie die Zeugen befragt werden, ist Sache des Schiedsgerichts (Art. 28 Abs. 2). Schriftliche Stellungnahmen eines Zeugen können als Beweis ausreichen, solange sie nur unterschrieben sind (Art. 27 Abs. 2). Art. 40 legt fest, welche Kosten in den Schiedsspruch einbezogen werden dürfen (vor allem Reisekosten für Zeugen und Sachverständige). Diese Kosten hat in der Regel die unterlegene Partei zu zahlen (Art. 42). Wenn das Schiedsgericht feststellt, dass der ihm zugrundeliegende Vertrag (das Handelsabkommen) nichtig ist, erstreckt sich diese Nichtigkeit nicht automatisch auch auf die Schiedsklausel, welche die Investor-Staats-Klage möglich gemacht hat (Art. 23 Abs. 1). Vielmehr kann das Schiedsgericht trotz eines solchen Einwandes das Schadensersatz-Urteil aussprechen (Art. 23 Abs. 3).

Seit 2010 neu ist im Wesentlichen eine Art Haftungsausschluss für das Schiedsgericht (Art. 16) und die Vorschrift des Art. 41 Abs. 3, 4, wonach das Schiedsgericht die Parteien auf die entstehenden Gebühren und deren Berechnungsgrundlagen hinzuweisen hat. Neu ist auch die Verkürzung des alten Art. 33 Abs. 2 im neuen Art. 35 Abs. 2, wonach die Parteien unabhängig vom anzuwendenden Recht allein nach ihrem Wunsch eine Entscheidung nach Recht und Billigkeit fordern können.

Die UNCITRAL *Arbitration Rules* lassen also nicht nur Transparenz und Kohärenz vermissen, sie verzichten sogar auf zentrale Elemente rechtsstaatlicher Gerichtsbarkeit: Die nach ihnen gestalteten Verfahren laufen nicht öffentlich ab. Auch ihr Ergebnis, der Schiedsspruch, wird nicht immer veröffentlicht. Gemäß Art. 34 Abs. 6 soll der Schiedsspruch lediglich mit Zustimmung aller Parteien öffentlich bekannt gemacht werden. Oft genügen schriftliche Einlassungen von Parteien und Zeugen. In diesen Verfahren gibt es keine Möglichkeit, Rechtsmittel einzulegen. Im Gegenteil findet sich in Art. 16 eine Verschärfung der Unangreifbarkeit des Schiedsgerichts, denn hier wird festgelegt, dass die Parteien darauf verzichten, Klagen gegen das Schiedsgericht und seine Mitglieder zu erheben. Die Parteien können lediglich eine „Auslegung“ des Schiedsspruchs und eine Korrektur von Tippfehlern einfordern (Art. 37, 38). Die Entscheidung der Schiedsrichter wirkt wie ein letztinstanzliches Urteil. Der verurteilte Staat muss entweder die in Rede stehende gesetzliche Regelung zurücknehmen oder unverzüglich (Art. 34 Abs. 2) eine hohe Entschädigungssumme zahlen.

Nach Einschätzung von *Arbitration-Anwälten* befolgen die meisten Staaten Schiedssprüche freiwillig.<sup>25</sup> Als Grund hierfür wird vermutet, dass die betroffenen Staaten auf diese Weise für Investoren verlässlich erscheinen wollen.<sup>26</sup>

### bb) ICSID-Regeln

Die Regeln der *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*<sup>27</sup> sind den UNCITRAL-Regeln ähnlich. Insbesondere ähneln sich die Regeln zur Auswahl der Schiedsrichter (Art. 37 ff.), die Vorgaben zur Geheimhaltung (Art. 48 V) und zur Absetzung von Schiedsrichtern (Art. 57 f.)

25 Richard Happ/Jan Asmus Bischoff, Hilfe, ich werde enteignet! Abkommen schützen Auslandsinvestitionen, 8, [http://www.gtai.de/GTAI/Content/DE/Trade/Fachdaten/PUB/2011/08/pub201108268001\\_16060.pdf](http://www.gtai.de/GTAI/Content/DE/Trade/Fachdaten/PUB/2011/08/pub201108268001_16060.pdf), abgerufen am 7.5.2014. (gtai ist die Abkürzung für Germany Trade & Invest und ist eine Gesellschaft, die für das „Standortmarketing“ der BRD zuständig ist.)

26 Alexander Schilling, Gesprächskreis Investitionsrecht und -schiedsgerichtsbarkeit – Ahtes Jahrestreffen (Veranstaltungsbericht für 2012), SchiedsVZ 2013, 106-109 (106).

27 [https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR\\_English-final.pdf](https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf), abgerufen am 13.5.2014.

Anders als die UNCITRAL-Regeln enthalten die ICSID-Regeln in Art. 14 zumindest ungefähre Anforderungen an Charakter und Kompetenz der auswählbaren Schiedsrichter, die deren Unabhängigkeit sicherstellen sollen.

Eine zentrale Besonderheit der ICSID-Regeln ist, dass Art. 51 eine weitergehende Überprüfung des Schiedsspruches als die bloßer Tippfehler zulässt. Innerhalb einer dreijährigen Frist können beide Parteien eine Überprüfung des Schiedsspruches aufgrund neu bekannt gewordener Tatsachen verlangen. Die Parteien können gemäß Art. 52 auch eine Annullierung des Schiedsurteils verlangen, wenn etwa das Gericht seine Kompetenzen überschritten hat, ein Fall von Korruption vorlag oder es zu einer erheblichen Abweichung von den Verfahrensregeln kam. Darüber entscheidet ein *ad hoc* einberufenes Schiedsgericht (Art. 52 Abs. 3).

Damit beinhalten diese Regelungen ein zentrales Element rechtsstaatlicher Verfahren, nämlich das der Überprüfbarkeit. Jedoch ist unklar, ob und unter welchen Umständen eine Annullierung eines Schiedsspruchs tatsächlich erfolgt. Auf der *website des International Investment Law Center Cologne* finden sich bislang vier Fälle eines solchen Annullierungsbegehrens, von denen lediglich dasjenige erfolgreich war, das nicht von einem Staat, sondern von einem Unternehmen eingereicht worden war.<sup>28</sup> Angesichts der erheblich größeren Anzahl an Schiedsverfahren (514 im Jahr 2012) scheint eine Überprüfung des Schiedsspruchs nach diesen Angaben die Ausnahme zu sein. Als Erklärung dafür kann zum einen vermutet werden, dass lediglich die ICSID-Regeln eine solche Überprüfung zulassen. Zum anderen könnten die Staaten in ihrem oben geschilderten Bestreben, sich möglichst „investorenfreundlich“ zu verhalten, von Überprüfungsersuchen absehen.

So wurde das Aufhebungsersuchen („*request for annulment*“) Argentiniens im Streit mit einem Wasserunternehmen abgewiesen.<sup>29</sup> Gleiches geschah mit der „Revision“ Ungarns, das von einem englischen Unternehmen wegen einer Änderung eines Elektrizitäts-Gesetzes wegen Enteignung verklagt wurde. In beiden Fällen ist der Schiedsspruch nicht veröffentlicht.<sup>30</sup> Ebenfalls abgewiesen wurde Ägyptens „Revision“ in einem Verfahren wegen der Beschlagnahme zweier staatlicher Hotels, die an eine englische Firma vermietet wurden, welche ihren Zahlungsverpflichtungen nicht nachkam. Dem vierten Fall liegt das Verfahren *Fraport* gegen die Philippinen zugrunde.<sup>31</sup> Hier bemängelte *Fraport*, dass das Schiedsgericht seine Befugnisse u.a. dadurch überschritten habe, dass es fälschlicherweise urteilte, *Fraports* Investitionen verstießen gegen ein philippinisches Strafgesetz.<sup>32</sup> Hier habe das Schiedsgericht die entsprechende Vorschrift unzutreffend ausgelegt.<sup>33</sup> Dieser Schiedsspruch wurde aufgehoben. Die Kosten wurden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.<sup>34</sup> Welchen Inhalt der Schiedsspruch hatte, ist nicht zu erfahren. Aus der Datenbank des ICSID<sup>35</sup> geht nur hervor, dass es um den Bau eines Flughafen-Terminals ging.

28 <http://www.investment-law-digest.com>. Diese an die Universität Köln angegliederte und von der RheinEnergieStiftung geförderte Einrichtung erarbeitet eine Datenbank mit Schiedssprüchen, Verträgen und Literatur zu internationalem Investmentrecht, <http://www.iilcc.uni-koeln.de/>, abgerufen am 5.5.2014. Einen Überblick über die rechtlichen Inhalte der im Jahr 2012 ergangenen Schiedssprüche bietet: United Nations Conference on Trade and Development: Recent Developments in Investor-State-Dispute Settlement (ISDS), 6 ff.; [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d3\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d3_en.pdf), abgerufen am 8.5.2014.

29 <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0221.pdf>, abgerufen am 15.5.2014.

30 [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0014\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0014_0.pdf), abgerufen am 16.5.2014.

31 <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0341.pdf>, abgerufen am 15.5.2014.

32 Ebd., 21.

33 Ebd., 24.

34 Ebd., 111.

35 <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>.

Investitionsschiedsgerichte können auch am *International Chamber of Commerce* (ICC) nach dessen Schiedsregeln tagen, wobei auch dieser Schiedsgerichtshof die Streitfälle nicht selbst entscheidet, sondern lediglich deren Verwaltung übernimmt.<sup>36</sup> Des Weiteren können Verfahren nach der Schiedsgerichtsordnung der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e. V. (DIS)<sup>37</sup> oder nach den Regeln des *Vienna International Arbitral Centre* (VIC) behandelt werden.<sup>38</sup> Auch diese Regelungen sind untereinander und im Vergleich zu den vorgenannten Regelungen in Länge und Inhalt recht ähnlich.

So verlangen alle diese Schiedsordnungen die Unabhängigkeit der Schiedsrichter (Art. 11 ICC, § 15 DIS, Art. 16 Abs. 2 VIAC), wobei diese von den Parteien ausgewählt werden (Art. 12 ICC, § 2 Abs. 1 DIS, Art. 16 Abs. 1 VIAC). Die Schiedsrichter können abgelehnt werden (Art. 14 f. ICC, § 18 DIS, Art. 20 VIAC). Das Gericht kann überall tagen (Art. 18 ICC, Art. 25 VIAC). Die Parteien vereinbaren die Rechtsregeln, nach denen das Schiedsgericht entscheiden soll; das Gericht kann auch nach Recht und Billigkeit entscheiden (Art. 21 Abs. 3 ICC, § 23 DIS, Art. 27 VIAC). Es gibt keine genauen Vorgaben zur Sachverhaltsermittlung durch das Gericht (Art. 25 ICC, Art. 29 VIAC). Anstelle einer Revision kann nur die Korrektur von Tippfehlern oder die Auslegung des Schiedsspruchs beantragt werden (Art. 35 ICC, § 37 DIS, Art. 39 VIAC). Art. 34 Abs. 6 ICC macht hierzu deutlich: Die Inanspruchnahme der Schiedsgerichtsbarkeit gilt „als Verzicht der Parteien auf ihr Recht zur Geltendmachung jedweder Rechtsbehelfe“. Art. 40 ICC und § 44 DIS sehen zudem eine Haftungsbeschränkung für die Schiedsrichter vor.

Eine Besonderheit der ICC-Regeln ist, dass sie Eilentscheidungen zulassen (Art. 29 ICC). Anders als die übrigen Regelungen enthalten die DIS- und die VIAC-Regeln im Anhang Regelungen zum Honorar der Schiedsrichter, die sich auf Streitwerte bis 100 Mio. € erstrecken.<sup>39</sup>

Auch nach diesen Regelungen ist ein „gerichtsähnliches“ Verfahren kaum möglich, geben sie doch keine Anhaltspunkte dafür vor, in welchem Umfang und mit welchen Mitteln die Sachverhaltsermittlung durchzuführen ist. Auch die materiell-rechtliche Grundlage ist allem Anschein nach ebenfalls Verhandlungssache. Vor allem aber wird die stets geforderte Unabhängigkeit der Schiedsrichter durch die zugleich geregelte Auswahl durch die Parteien in Frage gestellt. Ein Richter, der sein Honorar (!) nur dann erhält, wenn er überhaupt ausgewählt wird, könnte ein Interesse daran haben, so zu entscheiden, dass er auch in weiteren Verfahren ausgewählt wird. Er könnte also besonderes Gewicht auf das Interesse einer Partei (seines Auftraggebers) legen, anstatt unabhängig zu urteilen. Diese Kritik klingt in den EU-Verhandlungsleitlinien an. Sie fordern, dass das TTIP-Abkommen „einen wirksamen Mechanismus für die Beilegung zwischen Investor und

36 <http://www.icc-deutschland.de/icc-regeln-und-richtlinien/icc-regeln-zur-streitbeilegung-mediation-guetliche-einigung-schiedsgerichtsbarkeit/internationale-institution-icc-schiedsgerichtsbarkeit-in-deutschland/icc-schiedsgerichtsordnung-kosten-internationale-institution-fuer-schiedsger.html>, abgerufen am 19.5.2014.

37 <http://www.dis-arb.de/scho/16/rules/dis-schiedsgerichtsordnung-98-id2>, abgerufen am 20.5.2014.

38 <http://www.viac.eu/de/schiedsverfahren/wiener-regeln/93-schiedsverfahren/wiener-regeln/146-aktuelle-schiedsordnung-wiener-regeln-2013>, abgerufen am 20.5.2014.

39 Ein Beispiel aus der Anlage zu § 40 Abs. 5 DIS Honorar für Schiedsrichter:

Das Honorar eines beisitzenden Schiedsrichters errechnet sich bei höheren Streitwerten wie folgt: [...] Nr. 10 Streitwerte über 100.000.000,00 €: 129.450,00 € plus 0,05 % des 100.000.000,00 € übersteigenden Betrags bis zu 650.000.000,00 €; darüber hinaus wirkt sich der Streitwert nicht auf das Honorar aus.

Staat [vorsieht], der auf dem neuesten Stand ist und Transparenz, Unabhängigkeit der Schiedsrichter und die Berechenbarkeit des Abkommens gewährleistet“.<sup>40</sup>

### c) Prozesskostenhilfe von der Börse

Die sog. *Arbitration*-Anwälte für Schiedsverfahren stammen aus Großkanzleien wie *Allen & Overy Freshfields*, *Hogan Lovells*, *Luther* oder *White & Case*.

Zu ihrer Tätigkeit gehört es auch, potentiellen Mandanten Klagemöglichkeiten aufzuzeigen, mit denen diese staatliche Entschädigungszahlungen gewinnen oder ihnen unliebsame gesetzliche Regelungen verhindern können. Beispielsweise erklären *Arbitration*-Anwälte Unternehmen aus aktuellem Anlass, wie man Libyen verklagen könnte. Dieser Staat ist im Bürgerkrieg schließlich nicht in der Lage, die Sicherheit des Personals oder der Anlagen ausländischer Firmen zu garantieren.<sup>41</sup>

Der Stundensatz solcher Anwälte kann bis zu 1000 US \$ betragen. Investor-Staats-Klagen werden über viele Monate von mehreren Anwälten vorbereitet. Das Honorar der einzelnen Schiedsrichter kann in die Hunderttausende gehen.<sup>42</sup> Eine Investor-Staats-Klage zu erheben und durchzufechten, kostet dementsprechend mehrere Mio. US \$.

Dies könnte Unternehmen von der Erhebung solcher Klagen abhalten. Jedoch gibt es Unternehmen wie *Burford Capital*, *Juridica* oder *Omni Bridgeway*,<sup>43</sup> die sich auf die Finanzierung solcher Klagen spezialisiert haben. Sie übernehmen die Prozesskosten für Investor-Staats-Klagen ganz oder teilweise (3 - 15 Mio US \$ pro Verfahren).<sup>44</sup> Im Gegenzug erhalten sie einen Anteil (10-50 %)<sup>45</sup> der erstrittenen Schadensersatzzahlung. Sollte die Klage abgewiesen werden, geht der Prozessfinanzierer leer aus.

Dazu schließen Kläger und Prozessfinanzierungs-Unternehmen einen Prozessfinanzierungsvertrag ab (umstritten ist, ob es sich dabei um eine Vertragsart *sui generis* oder um einen Gesellschaftervertrag handelt), mit dem der Kläger verpflichtet wird, gegenüber dem Unternehmen alle Informationen aus dem Prozess offenzulegen und sich kooperativ zu verhalten.<sup>46</sup> Dabei besteht das Risiko, dass der Kläger eine künstliche Erweiterung des Streitgegenstandes hinnehmen muss, um den finanziellen Interessen des Prozessfinanzierers gerecht zu werden.<sup>47</sup> Prozessfinanzierungs-Unternehmen beschäftigen Investment-Banker und Anwälte aus Großkanzleien.

Ihr Interesse an Klagen mit hohen Erfolgsaussichten und der damit verbundenen „Gewinnbeteiligung“ befördern die Prozessfinanzierer, indem sie sich auch um die Personalauswahl für das Verfahren (Anwälte und Sachverständige) kümmern und alle Arten von Ermittlungen und Recherchen anbieten.<sup>48</sup>

40 Leitlinien für die Verhandlungen über ein umfassendes Handels- und Investitionsabkommen, 9; <http://www.kulturrat.de/detail.php?detail=2769&rubrik=142>, abgerufen am 7.4.2014.

41 Freshfields Bruckhaus Deringer, Investments in Libya, [http://m.freshfields.com/uploadedFiles/SiteWide/Knowledge/Investments%20in%20Libya%20\(10.03.2011\).pdf](http://m.freshfields.com/uploadedFiles/SiteWide/Knowledge/Investments%20in%20Libya%20(10.03.2011).pdf), 2; <http://www.nortonrosefulbright.com/us/knowledge/publications/93368>, beide abgerufen am 16.4.2014.

42 Vgl. Fn. 37.

43 Neben diesen drei größten Prozessfinanzierungsunternehmen gibt es weitere wie z.B. Allianz Prozess Finanz, Calunius Capital, Claims Funding International, D.A.S. ProfiJuris Capital, Fulbrook Management, Harbour Litigation Funding, IM Litigation Funding, La Francaise IC Fund.

44 <http://www.burfordcapital.com/how-we-help/faq-2/>, abgerufen am 26.4.2014.

45 <http://omnibridgeway.com/about-omni-bridgeway/>, abgerufen am 8.4.2014.

46 *Willem Van Boom*, Third-Party Financing in International Investment Arbitration, 34 ff.; [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2027114](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2027114), abgerufen am 13.5.2014.

47 *Eril De Brabandere/Julia Lepeltak*, Third Party Funding In International Investment Arbitration, Grotius Centre Working Paper No. 2012/1, 8, abgerufen am 13.5.2014 unter [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2078358](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2078358).

48 <http://omnibridgeway.com/about-omni-bridgeway/>, abgerufen am 8.4.2014.

Aktien des Unternehmens *Burford Capital* werden an der Londoner Börse gehandelt.<sup>49</sup> Diese Aktien gelten als besonders interessant, weil sie nicht den üblichen Schwankungen des Aktienmarktes unterliegen. Auch wenn die rechtliche Stellung von Prozessfinanzierung durch Dritte unklar ist, zeigt sich damit, dass sie in erster Linie als ein Investment-Produkt zu verstehen ist.<sup>50</sup>

Möglich ist auch, dass Dritte, die keine professionellen Prozessfinanzierer sind, in bestimmten Verfahren eine Partei unterstützen. Dies ist z.B. geschehen, als Uruguay von *Philipp Morris* verklagt wurde. Hier hat die *Bloomberg Foundation*, die ein Programm zum Kinderschutz unterhielt („*Campaign for Tobacco-Free Kids*“), die verklagte Regierung unterstützt.<sup>51</sup>

Nach den Angaben von UNCTAD ist bei Investor-Staats-Klagen eine Zunahme von Entscheidungen zulasten des Staates zu verzeichnen. Von den im Jahr 2012 entschiedenen Verfahren gingen 70 % zulasten des verklagten Staates aus.<sup>52</sup> Dabei ist zu bedenken, dass auch „gewonnene“ oder mutwillig eingereichte Verfahren den Staat viel Geld für die Verteidigung kosten. Auch diese Problematik wird in den EU-Verhandlungsleitlinien angedeutet, die fordern, dass eine Vereinbarung zu Investor-Staats-Klagen im TTIP-Abkommen auch „Schutz vor offensichtlich ungerechtfertigten oder leichtfertigen Klagen beinhalten“ soll.<sup>53</sup>

#### d) *Der doppelte Rechtsweg: Vattenfall vs. Deutschland II*

Als ein aktuelles lokales Beispiel für eine von vielen Investor-Staats-Klagen mag hier die Klage von Vattenfall dienen. Der schwedische Energiekonzern klagt seit 2011 erneut gegen Deutschland (ICSID Case No. ARB/12/12). Der Konzern geht gegen das Gesetz zum Atomausstieg vor und klagt sowohl vor dem Bundesverfassungsgericht als auch vor einem internationalen Schiedsgericht. Entsprechend der jeweiligen rechtlichen Möglichkeiten beantragt *Vattenfall* vor dem Bundesverfassungsgericht die Aufhebung des seiner Ansicht nach verfassungswidrigen Gesetzes, während das Unternehmen vor dem Schiedsgericht 3,7 Mrd. € Schadensersatz fordert.

In dem hier interessierenden Schiedsverfahren wird die Bundesregierung von der Kanzlei *McDermott Will & Emery* vertreten. Vattenfall hat die Kanzleien *Mannheimer Swartling* und *Luther* beauftragt. Das Schiedsgericht setzt sich derzeit zusammen aus dem als Schiedsverfahrensexperten bekannten Anwalt und ehemaligem Richter am *Iran United States Claims Tribunal* *Charles Brower* für *Vattenfall*, dem emeritierten Oxforder Völkerrechtsprofessor *Vaughan Lowe* für die Bundesrepublik Deutschland und dem niederländischen Professor und Rechtsanwalt *Albert Jan van den Berg* als Vorsitzenden.<sup>54</sup>

Informationen zum Stand und Inhalt des Schiedsverfahrens sind kaum zu erlangen. Auf der entsprechenden *website* findet man nur einen Hinweis auf den Verfahrensgegenstand („*nuclear power plant*“), die Bezeichnung der Beteiligten und eine Chronologie bisheriger Verfahrensschritte.<sup>55</sup> Trotz einer diesbezüglichen

49 <http://www.londonstockexchange.com/exchange/prices-and-markets/stocks/summary/company-summary.html?fourWayKey=GG00B4L84979GGGBXASQ1&lang=en>, abgerufen am 20.5.2014.

50 *Van Boom* (Fn. 44), 3, 30.

51 *De Brabandere/Lepeltak* (Fn. 45), 6.

52 United Nations Conference on Trade and Development: Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS), 25; [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d3\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d3_en.pdf), abgerufen am 8.5.2014.

53 Leitlinien für die Verhandlungen über ein umfassendes Handels- und Investitionsabkommen, 9; <http://www.kulturrat.de/detail.php?detail=2769&rubrik=142>, abgerufen am 7.4.2014.

54 <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, dort unter „cases“, dort unter „search cases“, abgerufen am 15.5.2014.

55 <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, dort unter „cases“, dort unter „search cases“, abgerufen am 15.5.2014.

Kleinen Anfrage wird die Klage nicht veröffentlicht. Die Bundesregierung weist darauf, gemäß den Regeln des *International Center for Settlement of Investment Disputes* zur Vertraulichkeit verpflichtet zu sein.<sup>56</sup> *Vattenfall* hat bislang keine Berechnung dazu vorgelegt, wie sich der Schadensersatzanspruch zusammensetzt.<sup>57</sup>

*Vattenfall* dürfte sich auf Art. 13 Abs. 1 des Energie-Charta-Vertrags berufen. Danach dürfen „Investitionen von Investoren einer Vertragspartei im Gebiet einer anderen Vertragspartei [...] nicht verstaatlicht oder einer Maßnahme gleicher Wirkung wie Verstaatlichung oder Enteignung [...] unterworfen werden“. Möglicherweise stellt *Vattenfall* darauf ab, die zunächst erteilte Betriebsgenehmigung für die Restlaufzeiten für Atomkraftwerke lasse sich als Eigentum verstehen, das durch den dann beschlossenen Atomausstieg wertlos geworden sei.<sup>58</sup> Wie sich das Schiedsgericht entscheiden wird, ist nicht vorauszusehen. Es könnte entweder allein auf die Folgen des Atomausstiegs für *Vattenfall* bzw. allein auf das Gemeinwohl abstellen oder einen Mittelweg wählen.<sup>59</sup>

Der von *Vattenfall* beschrittene zweifache Rechtsweg wirft zwei konkrete Probleme auf:

Die Möglichkeit, vor zwei unterschiedlichen Gerichten mit unterschiedlichen Zielsetzungen zu klagen, steht nur *Vattenfall* als ausländischem Unternehmen offen, nicht aber auch *Eon* und *RWE*, die ebenfalls vor dem Bundesverfassungsgericht gegen den Atomausstieg klagen. Dabei ist es auch vor dem Hintergrund der vermutlich gewählten ICSID-Regeln fraglich, ob dieser Rechtsweg tatsächlich eröffnet ist. Art. 26 der ICSID-Regeln schreibt vor, dass die Parteien nicht auch anderweitig Abhilfe für ihren Streit suchen. Der verklagte Staat kann nach dieser Regelung auch verlangen, dass das klagende Unternehmen zunächst den staatlichen Rechtsweg erschöpft, bevor er sich auf eine Schiedsklage einlässt. Gemäß Art. 44 der ICSID-Regeln gehört Art. 26 jedoch nicht zu den zwingend einzuhaltenden Vorschriften für ein Verfahren, das nach ICSID-Regeln durchgeführt werden soll.

Schwerer als diese Ungleichbehandlung von in- und ausländischen Firmen können die möglichen Konsequenzen eines Schiedsgerichtsspruchs für die deutsche Rechtsprechung zu Art. 14 GG und dem System der Gewaltenteilung wiegen. Seit dem Nassauskiesungsbeschluss des Bundesverfassungsgerichts<sup>60</sup> ist klar, dass gesetzgeberische Eigentumsverletzungen nicht eine Entschädigungszahlung nach sich ziehen, sondern mit einer Änderung oder Aufhebung des Gesetzes bekämpft werden sollen (kein „dulde und liquidiere“). Schließlich ist es Aufgabe des Gesetzgebers und nicht der Gerichte, Inhalt und Schranken von Art. 14 GG zu bestimmen. Das eingesetzte Schiedsgericht könnte aber durchaus eine Schadensersatzzahlung festlegen, womit die von der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts betonte Konsequenz der Gewaltenteilung umgangen werden würde.<sup>61</sup>

56 BT-Drs. 17/10584 vom 28.8.2012, 1.

57 BT-Drs. 17/10584 vom 28.8.2012, 3.

58 *Darius Reinhardt*, *Vattenfall vs. Deutschland (II)* und das Internationale Investitionsschutzregime in der Kritik, *KJ* 2014, 86-94 (89).

59 Ebd., 89.

60 BVerfGE 58, 300.

61 *Heribert Prantl* spricht in diesem Zusammenhang von einem einseitigen „privaten Parallelrecht für Konzerne“, vgl. *Heribert Prantl*, Ein heimlicher Staatsstreich, *Süddeutsche Zeitung* v. 10./11. 5. 2014, 23.

Nicht alle Staaten sind bereit, sich derartigen Klagen zu unterwerfen. Bolivien, Ecuador und Venezuela etwa haben Investitionsschutzabkommen aufgekündigt. Australien hat angekündigt, in weiteren Investitionsschutzabkommen keine Investor-Staats-Klagen mehr zuzulassen.<sup>63</sup>

Wie ist es einzuschätzen, wenn ein Staat bzw. im Hinblick auf TTIP ein Staatenverbund es zulässt, dass private internationale Schiedsgerichte die staatliche Gerichtsbarkeit ergänzen, ersetzen oder verdrängen? Geht es tatsächlich darum, auch die Gerichtsbarkeit marktfähig zu machen?

Hört man dem früheren Präsidenten des Bundesgerichtshofs *Günter Hirsch* zu, scheint es genau darum zu gehen. In einer Rede aus dem Jahr 2003 behauptet er, Investitionsschiedsgerichte bedeuteten nicht etwa einen „Offenbarungseid für die staatliche Gerichtsbarkeit“. Vielmehr sei es „vornehme Pflicht eines hochentwickelten Rechtsstaats“, den „Teilnehmern am Wirtschafts- (und damit immer zugleich am Rechts-)verkehr eine Alternative zur staatlichen Justiz zu bieten“. „Ein ‚erwachsener‘ Staat betrachtet sich zu Recht nicht als einzig fähigen Streitschlichter. Er kann möglicherweise den Interessen der streitenden Parteien auch gar nicht immer voll gerecht werden.“ Hierzu weist *Hirsch* darauf hin, dass der Öffentlichkeitsgrundsatz „ein Umstand [ist], den viele Parteien fürchten“, und dass die Überprüfbarkeit richterlicher Entscheidungen „den Nachteil einer nicht unerheblichen Verfahrensdauer [birgt].“<sup>64</sup>

Angesichts dieser Aussagen ist Folgendes festzuhalten:

Investor-Staats-Klagen auf Grundlage internationaler Handelsabkommen stellen die Souveränität von Nationalstaaten in Frage. Staaten unterwerfen sich privaten Schiedsgerichtsverfahren, in deren Folge sie für politische Entscheidungen immense Schadensersatzsummen an Unternehmen zu zahlen haben. Souverän ist derjenige, der letztinstanzlich entscheidet.<sup>65</sup> In Schiedsverfahren überprüfen Privatpersonen (Anwälte, Unternehmer) staatliches Handeln.

Zur Kritik, Investor-Staats-Klagen würden die staatliche Souveränität verletzen, erklärt der Ölkonzern *Chevron* in einem an den amerikanischen Verhandlungsführer gerichteten Werbebrief für Investor-Staats-Klagen als zentrales Element des TTIP: In Wirklichkeit stelle bereits die Existenz eines neutralen Forums zur Streitlösung sicher, dass keine Seite die Möglichkeit hat, rechtliche Regelungen unzulässig zu beeinflussen.<sup>66</sup> In der Sprache eines Anwalts einer Großkanzlei wird dieser Effekt noch positiver hervorgehoben: „Schon die Existenz dieses Streitentscheidungsmechanismus mag in vielen Fällen dazu beitragen, dass die vor Einleitung des Schiedsverfahrens anzustrebenden Bemühungen um eine gütliche Einigung erfolgreich sind.“<sup>67</sup>

Diese Argumentation ist falsch, denn selbst wenn es zuträfe, dass faktisch keine oder nur wenige Klagen erhoben werden würden, änderte dies nichts daran, dass die betroffenen Staaten auf der normativen Ebene ihre Souveränität in einem entscheidenden Punkt – nämlich hinsichtlich ihres Rechtsprechungs-Monopols

62 *Hindelang* (Fn. 20), 27.

63 *Eberhard/Olivet* (Fn. 13), 9.

64 *Günter Hirsch*, Schiedsgerichte – ein Offenbarungseid für die staatlichen Gerichte?, *SchiedsVZ* 2003, 49-52 (50).

65 *Joachim Ritter/Karlfried Gründer* (Hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Basel 1995, Eintrag „Souveränität“ Bd. 9, 1104.

66 <http://www.regulations.gov/#%21documentDetail;D=USTR-2013-0019-0054>, abgerufen am 15. 4. 2014.

67 *Franz-Jörg Semler*, Schiedsverfahren im Rahmen von Investitionsschutzabkommen der Bundesrepublik Deutschland, *SchiedsVZ* 2003, 97-102 (102).

– aufgeben. Darüber hinaus ist diese Argumentation zynisch, wenn man bedenkt, welchen Einfluss die bloße Möglichkeit zu solchen Klagen hat (vgl. oben Abschnitt 2. a).

Dennoch ist die Frage berechtigt, ob in der heutigen Welt überhaupt noch am Konzept der Souveränität festzuhalten ist. Schließlich ist ihm seit seiner Entstehung mit Skepsis begegnet worden: *Hobbes'* Vertragsstaat besaß absolute Macht. Die einzige Bindung des Souveräns ergab sich für *Hobbes* aus dem Zweck seiner Entstehung, den einzelnen Menschen den Schutz zu bieten, den sie im Naturzustand (als logisches Konstrukt, nicht als Tatsache gedacht) nicht erlangen können. *Locke* störte sich an dieser Vorstellung, der Souverän regiere in einem für ihn rechtsfreien Raum. Kein Mensch könne zu einem derartigen Selbstauslieferungsvertrag bereit sein. *Locke* begegnete dieser absoluten Souveränität mit der Idee, die Herrschaftsbefugnis des Souveräns durch eine Verfassung mit Grundrechten für die Bürger zu begrenzen.<sup>68</sup>

In ähnlicher Weise wurde im internationalen Recht Souveränität als Willkür und absolute Macht kritisiert. Als Gegenstück zu Souveränität wurde verbindliches internationales Recht angesehen.<sup>69</sup> Dementsprechend haben die Mitgliedstaaten der EU längst zentrale hoheitliche Kompetenzen (Rechtsprechung und Gesetzgebung) teilweise an EU-Institutionen übertragen.

Vor diesem Hintergrund kann überlegt werden, ob nicht das internationale Handelsrecht weiter vereinheitlicht werden sollte und ob nicht auch für dieses Rechtsgebiet eine internationale Gerichtsbarkeit etabliert werden sollte, wie es sie beispielsweise für das internationale Strafrecht gibt. Dabei ist jedoch zu bedenken, dass der internationale Strafgerichtshof nach dem Komplementaritätsgrundsatz nur dann tätig wird, wenn keine nationale Gerichtsbarkeit sich der Strafverfolgung annehmen kann oder will. Daran knüpft sich der Hinweis, dass die derzeitigen Verhandlungsregeln, wie gezeigt, nicht ausreichen, um grundlegende rechtsstaatliche Verfahrensstandards (Öffentlichkeit und Überprüfbarkeit) zu garantieren.

Deshalb kann in der jetzigen Situation nur gelten: „Die Skepsis oder Polemik gegen staatliche Souveränität in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts operiert mit [...] der Notwendigkeit der ‚humanitären Intervention‘ [bzw. übertragen auf Investor-Staats-Klagen mit ‚Wirtschaftswachstum‘]. Solche Thesen dienen in der Staatenpraxis nur den Groß- und Weltmächten [bzw. transnationalen Konzernen], die ihre Interessendurchsetzung gegenüber kleineren Staaten nicht durch deren Souveränität rechtlich gehindert sehen wollen. Souveränität bleibt daher auch gegenwärtig das juristische Stichwort für Freiheit und Unabhängigkeit eines Volkes nach außen wie innen.“<sup>70</sup> Deswegen ist sehr genau zu überlegen, in welchen Bereichen, in welchem Umfang und vor allem mit welcher Zielsetzung Abstriche vom Prinzip der Souveränität gemacht werden.

Angesichts des hohen rechtsstaatlichen Standards in EU und USA würde die Aufnahme von Investor-Staats-Klagen auf dem gegenwärtigen Standard in das TTIP einen Selbstauslieferungsvertrag der beteiligten Staaten an Unternehmen

68 Vgl. *Wolfgang Kersting*, Vertrag, Souveränität, Repräsentation. Zu den Kapiteln 17 bis 22 des Leviathan, in: ders. (Hrsg.), *Thomas Hobbes Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates*, Berlin 2008, 173–192 (185 ff.).

69 *Martti Koskeniemi*, Miserable Comforters: International Relations as New Natural Law, *European Journal of International Relations* 2009, 395–422 (403), <http://ejt.sagepub.com/content/15/3/395.full.pdf+html>, abgerufen am 5.5.2014.

70 *Ritter/Gründer* (Hrsg.) (Fn. 63), Eintrag „Souveränität“ Bd. 9, 1108. *Koskeniemi* erklärt, wie die jüngere Literatur zum internationalen Recht (seit 1990) dieses Rechtsgebiet dazu instrumentalisiert, Machtinteressen zu dienen: *Koskeniemi* (Fn. 67), 395.

bedeuten, die gesetzgeberisches Handeln jederzeit dahingehend überprüfen und ändern lassen können, ob es ihre Gewinninteressen verletzt.

Dies wird besonders deutlich, wenn man liest, was die an Investor-Staats-Klagen beteiligten Unternehmen und Anwälte unter „politischen Risiken“ verstehen, die wirtschaftliches Handeln gefährden. Sie werden in einem Artikel der Großkanzlei *Luther* beschrieben, der in seiner Aufmachung und Formulierungen an eine Werbebroschüre erinnert. Darin werden als Risikoquellen „regulatorisches Handeln“ und Bürgerkrieg in einem Atemzug genannt.<sup>71</sup> Einschränkung wird nur erläutert, dass letzteres „Risiko [...] traditionell zum politischen Risiko gezählt [wird], obgleich es nicht immer unter der Kontrolle des ausländischen Staates steht. Für Schäden durch Rebellen, Brandstifter und Demonstranten kann ein Staat daher nur begrenzt eintreten.“<sup>72</sup> Zum „regulatorischen Handeln“ wird dort ausgeführt:

*„Der Staat kann z.B. neue Steuern einführen, die eine Fortführung des Geschäfts wirtschaftlich sinnlos machen, kann Umweltgesetze einführen, durch die die bisher gefertigten Produkte verboten werden oder durch Absenkung staatlich regulierter Tarife, z.B. im Strom-, Gas- oder Telekommunikationssektor oder bei Mautstraßen, die auf einen konstanten Cash Flow ausgerichtete Finanzierung eines Projekts zerstören. [...] Die mögliche Vielfalt schädlichen staatlichen Handels ist praktisch unbegrenzt.“<sup>73</sup>*

An dieser Stelle soll nochmals deutlich gemacht werden, dass es bei der Zulassung von Investor-Staats-Klagen im TTIP nicht um willkürliche Enteignungen in Diktaturen geht, sondern um demokratisch legitimierte Schutzgesetze.

Angesichts der mit Investor-Staats-Klagen verbundenen Gewinnmöglichkeiten für Unternehmen, Großkanzleien und Prozessfinanzierer ist zu vermuten, dass demgegenüber der Verweis auf die ausgeprägte Rechtsstaatlichkeit der Verhandlungspartner nicht ausreichen wird, um auf die Aufnahme von Investor-Staats-Klagen in das TTIP zu verzichten. Gleichwohl könnten die Verhandlungen dazu genutzt werden, die in diesem Aufsatz erläuterte Problematik internationaler Schiedsgerichte zumindest teilweise zu beheben. Besonders drängend wären Regelungen zu folgenden beiden Punkten: Die Zusammensetzung der Schiedsgerichte müsste dahingehend reglementiert werden, dass sie nicht durch die Parteien bestimmt wird, sondern dass die Verfahren hauptamtlichen Schiedsrichtern nach einem unabhängigen Verteilungssystem zugewiesen werden. Die Entscheidungen der Schiedsgerichte müssten der Kontrolle sowohl durch die Öffentlichkeit als auch durch Rechtsmittel unterworfen werden.

Ob es Bestrebungen in diese Richtung gibt, ist bislang nicht deutlich erkennbar. In seiner jüngsten Rede dazu erklärte Handelskommissar de Gucht lediglich, die Europäische Kommission sei sich bewusst, dass Schiedsgerichtsverfahren transparenter gestaltet werden und die Regelungen dafür verbessert werden müssten, indem ihre Begrifflichkeiten klarer gefasst und Schlupflöcher gestopft werden.<sup>74</sup>

71 *Happ/Bischoff* (Fn. 23), 1.

72 *Happ/Bischoff* (Fn. 23), 6.

73 *Happ/Bischoff* (Fn. 23), 2 ff.

74 [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/july/tradoc\\_152645.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/july/tradoc_152645.pdf), S. 3, abgerufen am 9.7.2014.