

Nationale Souveränität und Investitionsschiedsgerichtsverfahren

Lisa Lueg

I. Einführung

„Geheimes Parallelrecht – wie Großkonzerne politische Entscheidungen attackieren“¹ – unter diesem Titel beschäftigte sich der WDR kürzlich in einer Sendung mit Investitionsschutzabkommen und fügte damit dem weltweiten Chor der Kritik an der Intransparenz und den politischen Konsequenzen des internationalen Investitionsschutzes eine weitere Stimme hinzu. Der Artikel führt in die Probleme im Spannungsfeld Investitionsschutz und politischer Gestaltungsspielraum ein und erörtert die Frage, ob und wie gegensätzliche Interessen von Staaten und Investoren vor Schiedsgerichten in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden können.

II. Hintergrund der Entwicklung der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit

Investitionsschutzabkommen tragen dem Dilemma unterschiedlicher Machtverhältnisse zwischen ausländischen Investoren und den Staaten, in denen die Investition getätigt wird, Rechnung. Während zunächst der Staat daran interessiert ist, seine Attraktivität für Investitionen durch günstige Bedingungen zu steigern, läuft der Investor Gefahr, dass sich der rechtliche Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit im Ausland ändert, nachdem er seine Investition getätigt hat.² So steht es dem Staat frei, kraft seiner Rechtsetzungshoheit Reformen durchzuführen, in deren Folge etwa Investitionsgüter enteignet und verstaatlicht werden oder industrielle Produktion strengerer Umweltschutzauflagen unterliegt.³ Diesem als „regulatory risk“ bezeichneten Risiko für ausländische Investitionen treten bilaterale Investitionsschutzabkommen (engl. Bilateral Investment Treaties) entgegen, die auf völkerrechtlicher Ebene zwischen zwei Staaten abgeschlossen werden und damit anders als Investitionsverträge zwischen dem Gaststaat und einem einzelnen Investor nicht einseitig

abänderbarem nationalen Recht unterliegen.⁴ Sie garantieren den in den Vertragsstaaten ansässigen Unternehmen allgemein eine bestimmte Behandlung, die von den Unternehmen selbst vor internationalen Schiedsgerichten eingeklagt werden kann.⁵ Regelmäßig verpflichten die Vertragsstaaten sich zu Inländergleichbehandlung, Meistbegünstigung, sofortiger, umfassender und effektiver Entschädigung bei Enteignungen sowie zu gerechter und billiger Behandlung und ermöglichen in Streitfällen das Anrufen von Schiedsgerichten wie beispielsweise den Tribunalen des International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)⁶ oder der International Chamber of Commerce (ICC)^{7,8}

Investitionsschutzabkommen gewähren damit Investoren nicht nur einen bestimmten materiell-rechtlichen Standard, sondern auch eine effektive Möglichkeit, ihre Rechte in einem internationalen Verfahren unmittelbar gegenüber dem Gaststaat durchzusetzen. Im Vergleich dazu waren Investoren bis zum Siegeszug der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit seit den 1960er-Jahren darauf angewiesen, Rechtsschutz vor nationalen Gerichten des Gaststaates unter Anwendung nationalen Rechts zu suchen und konnten erst nach Ausschöpfung lokaler Rechtsschutzmöglichkeiten diplomatischen Schutz durch ihren Heimatstaat in Anspruch nehmen: Nur dieser konnte vom Gaststaat völkerrechtskonformes Verhalten im Hinblick auf die Behandlung ausländischer Unterneh-

1 WDR Sendung vom 6.6.2013, einsehbar unter: <http://www.wdr.de/tv/monitor/sendungen/2013/0606/recht.php5> (26.07.13).

2 Claus Dieter Classen, *EuR* 2012, 611 (612).

3 Suzanne A. Spears, *Making Way for the Public Interest in International Investment Agreements*, in: Chester Brown/Kate Miles (Hrsg.), *Evolution in Treaty Law and Arbitration*, 2011, S. 271-273; Ko-Yung Tung, *Foreign Investors vs. Sovereign States: towards a Global Legal Framework*, BIT by BIT in: Meredith Kolsky Lewis/Susy Frankel (Hrsg.), *International Economic Law and National Autonomy*, 2010, S. 258.

4 Clemens Wackernagel, *Das Verhältnis von treaty und contract claims in der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit*, in: Christian Tjetje/Gerhard Kraft (Hrsg.), *Beiträge zum transnationalen Wirtschaftsrecht*, Heft 82, 2009, S. 5 f.

5 Wenhua Shan, *The Legal Protection of Foreign Investment*, 2012, S. 21 f., 23 f., 61 f.

6 ICSID ist eine internationale Organisation mit 158 Mitgliedstaaten, die auf Grundlage der ICSID-Konvention unter Führung der Weltbank 1965 gegründet wurde und eine unabhängige Schiedsgerichtsbarkeit zur Beilegung von internationalen Investitionsstreitigkeiten bietet, vgl. https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=AboutICSID_Home (2.8.2013).

7 ICC ist eine internationale Organisation zur Förderung des Welt Handels, die eine Schiedsgerichtsordnung formuliert und den Internationalen Schiedsgerichtshof in Paris begründet hat, vgl. <http://www.icc-deutschland.de/icc-regeln-und-richtlinien/icc-regeln-zur-streitbeilegung-mediation-guetliche-einigung-schiedsgerichtsbarkeit/internationale-institution-icc-schiedsgerichtsbarkeit-in-deutschland.html> (2.8.2013).

8 Claus Dieter Classen (Fn. 2), S.612f.; Wenhua Shan (Fn. 5), S.21-24, 49.

men verlangen.⁹ Die dadurch drohende Politisierung von Investitionskonflikten wollte die durch die ICSID-Konvention ins Leben gerufene Investitionsschiedsgerichtsbarkeit verhindern.¹⁰ Daneben zeichnet sie sich durch weitere Vorteile gegenüber einer Streitbeilegung vor nationalen Gerichten aus. Das Verfahren ist in der Regel effizienter, schneller und findet unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt, um dem Interesse der beteiligten Unternehmen an der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse Rechnung zu tragen.¹¹ Die Entscheidung erfolgt durch unabhängige Schiedsrichter mit langjähriger Erfahrung in Wirtschaftsverfahren und ist im Fall von ICSID-Tribunalen ohne weiteres in allen Vertragsstaaten vollstreckbar; bei sonstigen Schiedstribunalen garantiert in vielen Staaten die New York-Konvention von 1958 eine unkomplizierte Anerkennung und Vollstreckung.¹² Im Gegensatz dazu besteht bei einem Verfahren vor nationalen Gerichten die Gefahr, dass diese als Institutionen des vom Konflikt betroffenen Staates nicht unabhängig entscheiden können, sondern von vornherein „institutionell befangen“ zugunsten der staatlichen Position sind.¹³ Zudem mag es den nationalen Richtern an der nötigen Expertise für die komplexen Rechtsfragen im Zusammenhang mit Auslandsinvestitionen fehlen; darüber hinaus kann das nationale Recht Investitionsschutz nur ungenügend realisieren, zumal der Gaststaat es im Konfliktfall ändern könnte.¹⁴ Schließlich sind nationale Gerichtsverfahren auch deshalb riskant, da sie vielerorts sehr langwierig sind, Urteile regelmäßig angefochten und zunächst nur im jeweiligen Staat vollstreckt werden können, sowie nicht selten durch Korruption beeinflusst sind.¹⁵ All diese Aspekte begründen die Attraktivität der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit im Vergleich zur Konfliktlösung vor nationalen Gerichten oder durch diplomatische Verhandlungen. Der so erlangte effektive Investitionsschutz soll zu einem investorenfreundlichen Klima führen und damit auch den beteiligten Staaten nützen, die im Idealfall vom Wirtschaftswachstum und dem Zufluss an Technologie infolge der ausländischen Investition profitieren. Sogar ein stabilisierender Effekt auf die Rechtsstaatlichkeit soll sich den Befürwortern des internationalen Investitionsschutzes zufolge durch die völkerrechtliche Bindung an die im Investitionsschutzab-

kommen formulierten Standards ergeben.¹⁶

III. Kritik an der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit

So weit, so idyllisch – warum aber kritisieren weltweit Tageszeitungen, Fachzeitschriften und Blogs diese nun schon seit 1959¹⁷ praktizierte Lösung? Neben der fehlenden Transparenz der Schiedstribunale, den Bedenken hinsichtlich der demokratischen Legitimation der Schiedsrichter und der umfassenden Diagnose, dass über Investitionsschutzabkommen „imperiales“ Recht entwickelter Industriestaaten in Entwicklungsregionen exportiert wird,¹⁸ ist fundamentaler Kritikpunkt vor allem, dass Unternehmen staatliche politische Regulierung angreifen, indem sie sich vor Schiedsgerichten auf die Verletzung von Investitionsschutzabkommen berufen und häufig Recht erhalten.

1. Fehlender Gestaltungsspielraum

Die weite Auslegung von Investorenrechten wie etwa dem Schutz vor (indirekter) Enteignung durch Schiedsgerichte macht gesetzgeberische Regulierung in investitions-sensiblen Bereichen wie Umweltrecht, Arbeitsschutzrecht oder Währungspolitik angreifbar. Reformen in diesen Bereichen haben regelmäßig Auswirkungen auf die Bedingungen der wirtschaftlichen Tätigkeit; werden sie vor Schiedstribunalen als Bruch völkerrechtlicher Abkommen interpretiert, drohen den Gaststaaten umfangreiche Ersatzansprüche, die im Extremfall ihre Zahlungsfähigkeit weit übersteigen.¹⁹ Ein Politikwechsel wird damit zum Risiko, sogar ein völliger regulatorischer Stillstand mangels politischer Gestaltungsfreiheit ist denkbar.²⁰

Prominentestes – aber bei weitem nicht das einzige – Beispiel dafür ist Argentinien: Dort wurden seit 2001 aufgrund einer schweren wirtschaftlichen Krise zahlreiche wirtschaftspolitische Maßnahmen ergriffen, unter anderem die Abwertung des Peso gegenüber dem Dollar, deren negative Auswirkungen auf ausländische Investitionen im Land Anlass zu über 40 Schiedsverfahren vor internationalen Schiedsgerichten auf Basis von Investitionsschutzabkommen gaben.²¹ In Bolivien führten landesweite Proteste gegen gesetzgeberische Maßnahmen zur Privatisierung der Wasserversorgung dazu, dass die Regierung von dem Unterfangen Abstand nahm,

9 Markus Krajewski, *Wirtschaftsvölkerrecht*, 3. Aufl. 2012, § 1 Rn. 102, § 3 Rn. 537; Bernardo M. Cremades, *Bus. L. Int'l* 7 (2006), 53 (54).

10 Stephan W. Schill, *ZaöRV* 71 (2011), 247 (256); Christoph Schreuer, *The Dynamic Evolution of the ICSID System*, in: Rainer Hofmann / Christian J. Tams (Hrsg.), *The International Convention on the Settlement of Investment Disputes*, 2007, S. 15.

11 Christoph Schreuer (Fn. 10), S. 15.

12 Wenhua Shan (Fn. 5), S. 61-63.

13 Claus Dieter Classen (Fn. 2), S. 615.

14 Christoph Schreuer (Fn. 10), S.15; Markus Krajewski (Fn. 9), § 3 Rn. 577.

15 Nigel Blackaby/Sylvia Noury, *International Arbitration in Latin America*, *Latin Lawyer Review* (2006), 1 (1).

16 Alex Mills, *Public-private dualities*, in: Chester Brown/Kate Miles (Hrsg.), *Evolution in Treaty Law and Arbitration*, 2011, S.106; Mark B. Baker, *Emory Int'l L. Rev.* 19 (2005), 1321 (1330).

17 Das erste bilaterale Investitionsschutzabkommen wurde am 25.11.1959 zwischen Pakistan und der Bundesrepublik Deutschland geschlossen, *BGBI.* 1961 II S. 793.

18 Mark B. Baker (Fn. 16), S.1324; Rainer Hofmann/Christian J. Tams, *International Convention on the Settlement of Investment Disputes*, 2007, S.10f.; Stephan W. Schill (Fn. 10), S. 255.

19 Stephan W. Schill (Fn. 10), S. 255; Ko-Yung Tung (Fn. 3), S. 258.

20 Kyla Tienhaara, *Regulatory Chill and the Threat of Arbitration*, in: Chester Brown/Kate Miles (Hrsg.), *Evolution in Treaty Law and Arbitration*, 2011, S. 627; Suzanne A. Spears (Fn. 3), S. 271.

21 Bernardo M. Cremades (Fn. 9), S. 60f.

sich in der Folge aber einer Klage des ausländischen Unternehmens ausgesetzt sah, dem vertraglich die Rechte zur Wasserversorgung zugesichert worden waren.²²

2. Strukturelle Voreingenommenheit und Intransparenz

Die Rechtsprechung der Schiedsgerichte schien in vielen Fällen voreingenommen zugunsten der Investoren zu sein, deren Rechte meist weit interpretiert wurden, wohingegen dem Interesse an öffentlicher Sicherheit, Umwelt und Gemeinwohl und dahingehenden staatlichen Maßnahmen wenig Raum gewährt wurde.²³ Dies mag damit zusammenhängen, dass Schiedsverfahren einseitig von Investoren initiiert werden und Schiedsrichter, die auch in Zukunft für solche Verfahren benannt werden möchten, daher selbst ein finanzielles Interesse daran haben, dass Investoren weiterhin Klagen gegen Staaten für lohnend erachten.²⁴ Ob Schiedsgerichte im Einzelfall nun tatsächlich parteiisch sind oder nicht, dieser zumindest mögliche Zusammenhang setzt sie grundsätzlich dem Verdacht einer Haltung aus, die so gar nicht dem Ideal der richterlichen Unabhängigkeit entspricht.²⁵ Die Verfahren fanden und finden schließlich trotz weitreichender Konsequenzen für Politik und Gesellschaft weitgehend im Geheimen statt. Mit ihrem Abschluss liegen somit nicht anfechtbare Urteile vor, die keinerlei Kontrolle durch die Öffentlichkeit unterzogen wurden.²⁶

Muss man also konstatieren, dass die Konfliktlösung vor nationalen Gerichten den Schiedsverfahren vorzuziehen ist, wenn deren Effizienz mit einem Verlust an Transparenz und politischer Handlungsfähigkeit erkaufte wird?

IV. Ausnahmesituationen vor Schiedstribunalen

Zunächst stellt sich die Frage, ob es nicht auch unter den gegebenen Umständen in internationalen Schiedsverfahren die Möglichkeit gibt, Raum für politische Gestaltungsfreiheit des Gaststaates zu schaffen.

1. Die Lehre vom Staatsnotstand

Denkbar ist eine Rechtfertigung der Verletzung von Investitionsschutzabkommen durch den völkergewohnheitsrechtlich anerkannten Staatsnotstand. Das Schiedsverfahren *CMS Gas Transmission Co. v. Republica Argentina* zeigt allerdings, wie restriktiv die Annahme eines Notstandes gehandhabt wird: Argentinien wehrte sich darin gegen den Vorwurf der indirekten Enteignung und unbilligen Behandlung des Unternehmens CMS durch seine krisenbedingte Zoll- und

Währungspolitik.²⁷ Das Schiedstribunal hielt eine unbillige Behandlung für gegeben und befand, dass Argentinien Handeln nicht durch Notstand gerechtfertigt sei: Um sich auf Notstand berufen zu können, muss ein wesentliches Interesse des Staates durch eine schwere und unmittelbare Gefahr so bedroht sein, dass nur die ergriffenen Maßnahmen als *ultima ratio* Abhilfe schaffen können. Außerdem darf der Staat nicht selbst zum Ursprung der Krise beigetragen haben und die Berufung auf den Notstand nicht in dem konkreten Abkommen ausgeschlossen sein.²⁸ Das Tribunal urteilte, dass Argentinien durch seine Politik zur Notstandslage beigetragen habe und dass darüber hinaus keine imminente Gefahr des Staatskollaps bestanden habe.²⁹ Diese *ex post*-Beurteilung ist naturgemäß spekulativ und man kann sich angesichts der äußerst angespannten Wirtschafts-, Finanz- und Versorgungslage in Argentinien infolge der Krise durchaus fragen, ob der Staat nicht doch vor dem Kollaps stand bzw. ob er das Risiko eingehen durfte, eine weitere Verschärfung der Situation abzuwarten.³⁰ Auch lässt sich in Zeiten der Globalisierung eine Wirtschaftskrise wohl kaum jemals exklusiv auf das Handeln eines einzelnen Staates zurückführen, zumal wenn dieser eine Politik verfolgte, die mit den Vorgaben des IWF und des Handelspartners USA übereinstimmte.³¹ Wenn hier – wie in der überwiegenden Zahl der entschiedenen Fälle³² – nicht einmal unter extremen Umständen ein Staatsnotstand bejaht wurde, ist dieser also kein taugliches³³ Mittel, um staatliche Regulierungsmaßnahmen vor Schiedstribunalen zu verteidigen.

2. Der *ordre public*-Vorbehalt

Auch eine Berücksichtigung staatlicher Interessen bei der Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen

22 Bernardo M. Cremades (Fn. 9), S.68f.

23 Stephan W. Schill (Fn. 10), S.255; Suzanne A. Spears (Fn. 3), S.291.

24 Gus van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, 2007, S. 5.

25 Gus van Harten (Fn. 24), S. 167-174. Kritisch hierzu: William W. Park, *Arbitrator Integrity*, in: Michael Waibel/Asha Kaushal/Kyo-Hwa Liz Chung/Claire Balchin (Hrsg.), *The Backlash against Investment Arbitration*, 2010, S. 213ff.

26 Rainer Hofmann/Christian J. Tams (Fn. 18), S. 10; Gus van Harten (Fn. 24), S. 159f.

27 *CMS Gas Transmission Co. v. Republica Argentina* (ICSID Case No. ARB/01/08), einsehbar unter: http://italaw.com/documents/CMS_FinalAward.pdf (26.07.13); William W. Burke-White, *The Argentine Financial Crisis*, in: Michael Waibel/Asha Kaushal/Kyo-Hwa Liz Chung/Claire Balchin (Hrsg.), *The Backlash against Investment Arbitration*, 2010, S. 409-411.

28 Artikel 25 ILC-Entwurf (= Regelungsentwurf der Völkerrechtskommission über die Verantwortlichkeit der Staaten für völkerrechtswidrige Handlungen), einsehbar unter: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf (2.8.2013); A.K. Bjorklund, *Emergency Exceptions: State of necessity and force majeure*, in: Peter Muchlinski/Federico Ortino/Christoph Schreuer (Hrsg.), *Oxford Handbook of International Investment Law*, 2008, S. 459.

29 Bernardo M. Cremades (Fn.9), S. 69; Avidan Kent/Alexandra R. Harrington, *The Plea of Necessity Under Customary International Law: A Critical Review in Light of the Argentine Cases*, in: Chester Brown/Kate Miles (Hrsg.), *Evolution in Treaty Law and Arbitration*, 2011, S. 250.

30 So auch die Beurteilung im LG&E Tribunal (ICSID Case No. ARB/02/1) vgl. Avidan Kent/Alexandra R. Harrington (Fn. 29), S. 251; Gus van Harten (Fn. 24), S. 1-3.

31 Avidan Kent/Alexandra R. Harrington (Fn. 29), S. 259.

32 Alexis Martinez, *Invoking State Defenses in Investment Treaty Arbitration*, in: Michael Waibel/Asha Kaushal/Kyo-Hwa Liz Chung/Claire Balchin (Hrsg.), *The Backlash against Investment Arbitration*, 2010, S. 324-327.

33 Als zu vage und ungeeignet zur Rechtfertigung im Zusammenhang mit Staateninsolvenzen beurteilt den Staatsnotstand auch Daniel Grisar, *rescriptum* 1 (2012), 38 (44).

ist problematisch: Da Entscheidungen von ICSID-Tribunalen ohne Weiteres in den Vertragsstaaten anerkannt werden und vollstreckbar sind, können sie nicht ohne Vertragsbruch von nationalen Gerichten auf die ausreichende Berücksichtigung öffentlicher Interessen überprüft werden.³⁴ Urteile im Rahmen anderer Schiedsverfahren werden regelmäßig nach der New York-Konvention anerkannt und vollstreckt, wobei keine Überprüfung der richtigen Anwendung der *lex causae* erfolgen darf, sondern nationale Gerichte die Vollstreckung nur wegen Verstoßes gegen den *ordre public* verweigern dürfen, Art. 5 Nr. 2 b New York-Konvention.³⁵ Nationale Gerichte könnten das souveräne Recht zur Gestaltung staatlicher Wirtschaftspolitik als grundlegendes Verfassungsprinzip und somit als Teil des *ordre public* verstehen und auf dieser Grundlage die Vollstreckung von Schiedssprüchen verhindern, die auf öffentliche Regulierungsinteressen nicht genügend Rücksicht nehmen.³⁶

Allerdings ist fraglich, ob dies das geeignete Instrument ist, um generell die Wahrung staatlichen Regulierungsspielraums und politischer Notwendigkeiten in Schiedssprüchen sicherzustellen. Eine weite Interpretation des *ordre public*-Vorbehalts widerspricht dem Geist der New York-Konvention, die auf eine möglichst geringe Einflussnahme nationaler Gerichte, bei denen Vollstreckung beantragt wird, abzielt.³⁷ Nur im Falle der Verletzung fundamentaler moralischer Prinzipien kann demnach ein *ordre public*-Verstoß angenommen werden.³⁸ Ein solcher Ausnahmefall wurde vor nationalen Gerichten und Schiedstribunalen etwa bejaht bei Bestechung oder Betrug im Rahmen der Verhandlungen über Investitionsverträge oder bei Verletzung des Rechts auf rechtliches Gehör, nicht aber bei Bedenken hinsichtlich der inhaltlich richtigen Auslegung und Anwendung der vertraglichen Bestimmungen.³⁹

V. Zurück zur nationalen Gerichtsbarkeit?

1. Die Rückkehr der Calvo-Doktrin

Auf die dargestellten Defizite der Investitionsschiedsverfahren haben viele Staaten mit Schritten reagiert, die als „Rückkehr zur Calvo-Doktrin“⁴⁰ gewertet wurden. Bevor diese vor allem in Entwicklungsländern weit verbreitete Lehre des argentinischen Diplomaten Carlos Calvo vom neoliberalen Geist der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit abgelöst wurde, sah sie unter anderem vor, dass ausländische und inländische Investitionen gleichermaßen dem inländischen

Recht unterliegen und ausschließlich nationale Gerichte für Streitigkeiten mit Bezug zu Investitionen im Inland zuständig sind.⁴¹

Elemente der Calvo-Doktrin finden sich nun etwa in den öffentlich von der argentinischen Regierung geäußerten Zweifeln an der Wirksamkeit von Schiedssprüchen auf der Grundlage von Investitionsschutzabkommen, welche in verfassungswidriger Weise staatliche Maßnahmen im öffentlichen Interesse beschränken.⁴² Es wird weiterhin postuliert, dass solche potentiell verfassungswidrigen Abkommen, die von der Regierung nicht hätten abgeschlossen und vom Parlament nicht hätten ratifiziert werden dürfen, von nationalen Gerichten auch im Nachhinein inhaltlich kontrolliert werden können.⁴³ Auf diese Weise will sich die Regierung von den nun als Bedrohung empfundenen Abkommen lösen und weitere umfangreiche Entschädigungsforderungen von Investoren verhindern.⁴⁴ Für Schiedsgerichtsurteile auf nationaler Ebene hat der Federal Supreme Court Argentiniens zudem entschieden, dass diese von nationalen Gerichten überprüft werden können, wenn sie der argentinischen Verfassung widersprechen.⁴⁵ Angesichts der kritischen Stimmung gegenüber der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit könnte es dazu auch bei internationalen Schiedssprüchen kommen, was einen völkerrechtlichen Verstoß gegen die Vereinbarungen im Investitionsschutzabkommen darstellen würde.⁴⁶

Die Verfassung Venezuelas sieht seit 1999 in Artikel 151 vor, dass Streitigkeiten über Verträge mit Bezug zum öffentlichen Interesse zwingend von nationalen Gerichten entschieden werden müssen und wurde vom Supreme Court bereits in einem Fall als Grund angeführt, die Streitbeilegung vor Schiedsgerichten trotz einer entsprechenden Vereinbarung der Parteien für unzulässig zu erklären.⁴⁷

Außerhalb Lateinamerikas erhält die Calvo-Doktrin erwartete Unterstützung aus den traditionell liberalen und investorenfreundlichen USA: der U.S.-Kongress verabschiedete 2002 ein Gesetz,⁴⁸ dass es der Regierung verbietet, Abkommen zu schließen, die im Ergebnis dazu führen, dass ausländische Investoren in den USA mehr Rechte als Inländer genießen. Calvos Forderung nach der einheitlichen Geltung nationalen Rechts für in- und ausländische Investoren wird damit recht wortgetreu aufgegriffen.⁴⁹

34 Wenhua Shan (Fn. 5), S. 63.

35 Andrew Stephenson/Lee Carroll/Jonathan Deboos, *Interference by a Local Court and a Failure to Enforce: Actionable under a Bilateral Investment Treaty?*, in: Chester Brown/Kate Miles (Hrsg.), *Evolution in Treaty Law and Arbitration*, 2011, S. 429.

36 Wenhua Shan, *Northwestern J. of Int'l L. & Business* 27 (2007), 631 (639 - 642); Bernardo M. Cremades (Fn. 9), S. 72.

37 Andrew Stephenson/Lee Carroll/Jonathan Deboos (Fn. 35), S. 429.

38 Dirk Otto/Omaia Elwan, *Article V (2)*, in: Herbert Kronke/Patricia Nacimiento/Dirk Otto/Nicola Christine Port (Hrsg.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – a Global Commentary on the New York Convention*, 2010, S. 367.

39 Alexis Martinez (Fn.32), S. 327-333; Dirk Otto/Omaia Elwan (Fn. 38), S. 372-374, 387.

40 Bernardo M. Cremades (Fn. 9), S. 53.

41 Surya P. Subedi, *International Investment Law – Reconciling Policy and Principle*, 2. Aufl. 2012, S. 13f.

42 Bernardo M. Cremades (Fn.9), S. 69f.

43 Wenhua Shan, (Fn. 36), S. 640f.

44 Carlos E. Alfaro, *The Battle of The Century: Argentina against ICSID arbitration and the BITs*, 2004, einsehbar unter: <http://www.alfarolaw.com/cont/Argentina%20against%20ICSID%20arbitration.pdf> (2.8.2013).

45 Bernardo M. Cremades (Fn. 9), S. 70 f.

46 Wenhua Shan (Fn. 5), S. 125f.

47 Bernardo M. Cremades (Fn. 9), S. 66f., zitiert die Entscheidung Nr. 0083 der Political Administrative Chamber des Supreme Courts Venezuelas vom 15.7.2004; Wenhua Shan (Fn. 36), S. 648 f.

48 Trade Act of 2002, Pub. L. No. 107-210, §2102 (b) (3), 116 Stat. 995, einsehbar unter: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-107publ210/html/PLAW-107publ210.htm> (21.08.13).

49 Wenhua Shan (Fn. 36), S. 651, 654.

Schließlich hat sich auch das Europäische Parlament in einer EntschlieÙung zur Zukunft der internationalen Investitionspolitik kritisch zur Auswirkung von Investitionsschiedsverfahren auf die Regulierung im öffentlichen Interesse geäuÙert und Vorbehalte gegen die bisherige Praxis der Streitbeilegung formuliert: neben erhöhter Transparenz im Verfahren und der Möglichkeit zur Anfechtung von Schiedssprüchen verlangt es im Konfliktfall vorrangig vor der Anrufung von internationalen Schiedsgerichten eine Pflicht zur Ausschöpfung des Rechtsschutzes vor nationalen Gerichten, wenn diese ebenso wie Schiedsgerichte ein funktionierendes Verfahren ermöglichen.⁵⁰

2. Die Calvo-Doktrin als sinnvolle Lösung?

Doch ist es tatsächlich wünschenswert, Investitionsstreitigkeiten wieder nach nationalem Recht vor nationalen Gerichten zu entscheiden und die internationale Schiedsgerichtsbarkeit als Irrweg hinter sich zu lassen? Diese Konsequenz wäre das Eingeständnis, dass ein nach dem Vorbild der Handelsschiedsgerichtsbarkeit geformtes Verfahren nicht geeignet ist, Streitigkeiten zwischen Privaten und Hoheitsträgern über die Zulässigkeit regulatorischer Maßnahmen der souveränen Gesetzgebung und Verwaltung zu entscheiden.⁵¹ Wo das staatliche Handeln im öffentlichen Interesse auf dem Prüfstein steht und massive monetäre Konsequenzen zulasten der Steuerzahler drohen, ist anders als bei Handelsschiedsverfahren kein Raum für eine streng vertrauliche Verhandlung zwischen den Parteien oder auch nur den Zweifel an der Unvoreingenommenheit und Unabhängigkeit des Schiedsrichters.⁵² Den Vorwurf mangelnder Transparenz und ungenügender demokratischer Legitimierung müssen sich nationale Gerichte hingegen nicht machen lassen. Mit Verweis auf die Unvereinbarkeit von Investitionsschutzabkommen mit der Verfassung könnten nationale Gerichte nationales Recht auf Konflikte zwischen Gaststaaten und Investoren anwenden und anders als die tendenziell investorenfreundlichen Schiedsgerichte das öffentliche Interesse als Begründung für Einschnitte in Rechte der Investoren heranziehen. Mit anderen Worten: Nachdem das Gleichgewicht zwischen Staaten und Investoren unter Investitionsschutzabkommen zugunsten der Investoren verschoben war, würde es wieder wie zu Zeiten der Calvo-Doktrin zugunsten der Staaten zurückbewegt.⁵³ Damit würden alle Vorteile der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit den Forderungen nach mehr Transparenz und der

Beachtung öffentlicher Interessen geopfert.⁵⁴ Schlussendlich würde also die zu Beginn dargestellte strukturelle Begünstigung der Staaten vor nationalen Gerichten die investorenfreundliche Haltung der Schiedsgerichte ablösen, eine ausgeglichene Konfliktlösung durch eine gänzlich unbefangene Instanz kann so jedoch nicht erreicht werden.

VI. Ein neues Gleichgewicht

Anstelle dieser Extremlösung deutet sich aktuell eher eine Entwicklung an, die weder den Staaten umfassende Entscheidungsgewalt zuerkennen und ausländische Investoren ohne internationalen Schutz lassen will, noch Investoren umfassende Rechte auf Kosten staatlicher Gestaltungsmacht zugesteht, sondern auf einen Interessenausgleich gerichtet ist.⁵⁵

1. Anstöße für eine neue Generation von Investitionsschutzabkommen

Als Vorreiter einer neuen Generation von Verträgen wurde das U.S. Modell-Investitionsschutzabkommen überarbeitet und dabei explizit festgelegt, dass nicht-diskriminierende Maßnahmen eines Vertragsstaates zum Schutz legitimer öffentlicher Zwecke wie öffentliche Sicherheit, Gesundheit und Umwelt trotz etwaiger Auswirkungen auf Investitionen keine indirekten Enteignungen darstellen.⁵⁶ Kanada, Norwegen und Südafrika sind diesem Beispiel gefolgt und haben ebenfalls neue Modellverträge formuliert, die eine ausgeglichene Gewichtung der Rechte von Investoren und Staaten in den Blick nehmen und Ausnahmeregelungen zugunsten politischer Maßnahmen der Staaten im öffentlichen Interesse vorsehen.⁵⁷

Während alte Vertragstexte ausschließlich den Investitionsschutz als Ziel hervorheben, wird in den Präambeln und den Erwägungsgründen von neuen Investitionsschutzabkommen zunehmend klargestellt, dass die Vertragsparteien Investitionsschutz im Einklang mit einem nachhaltigem Wirtschaftswachstum und einer ausgewogenen Umwelt- und Gesundheitspolitik als Ziel verfolgen. So hofft man, zu verhindern, dass weiterhin Schiedsgerichte bei Unklarheiten im Zweifel zugunsten der Investoren entscheiden und Ausnahmeregelungen im öffentlichen Interesse der Staaten sehr restriktiv auslegen.⁵⁸ Auch eine klare Definition der im Vertrag verwendeten Begriffe soll einer ausufernden Auslegung entgegenstehen.⁵⁹

Das bisherige Ungleichgewicht zwischen Rechten der Investoren und Gestaltungsspielraum der Gaststaaten ist letztlich also nicht darauf zurückzuführen, dass prinzipiell öffentliche Interessen in Schiedsverfahren nicht berücksichtigt werden können oder Schiedsrichter keine Rücksicht nehmen wollen, sondern beruht auf den unausgebalancierten Verträgen selbst, die von den Schiedsgerichten ausgelegt wer-

50 Abschnitt G, 23, 24, 31 in European Parliament Resolution of 6 April 2011 on the future European international investment policy, einsehbar unter: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P7-TA-2011-0141+0+DOC+PDF+V0//EN> (21.08.13).

51 Stephan W. Schill (Fn. 10), S. 260, 263; Gus van Harten (Fn. 24), S. 4-6, 48-50, 58.

52 Stephan Wittich, The Limits of Party Autonomy in Investment Arbitration, in: Christina Knahr/Christian Koller/Walter Rechberger/August Reinisch (Hrsg.), Investment and Commercial Arbitration – Similarities and Divergences, 2010, S. 63-67; Noah Rubins/Bernhard Lauterburg, ebd., S. 171f.

53 Wenhua Shan (Fn. 36), S. 655.

54 Stephan W. Schill (Fn. 10), S. 256f.

55 Wenhua Shan (Fn. 5), S. 68.

56 Wenhua Shan (Fn. 36), S. 651.

57 Suzanne A. Spears (Fn. 3), S. 274, 297.

58 Suzanne A. Spears (Fn. 3), S. 291-295.

59 Europäisches Parlament (Fn. 50), Abschnitt H.

den. Wenn diese mehr Freiraum für politische Handlungen vorsehen und Schiedsverfahren, die weitreichende Folgen für die Allgemeinheit haben können, zudem transparenter gestaltet werden,⁶⁰ können die Vorteile der schiedsgerichtlichen Verfahren mit der besonderen gemischt privat-öffentlichen Dimension von Investitionsschutzabkommen in Einklang gebracht werden. Eine solche Entwicklung kann dann auch zu der notwendigen Akzeptanz der Verfahren in der Zivilgesellschaft führen.⁶¹

2. Die Investitionsschutzpolitik der EU

Mit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon umfasst die gemeinsame Handelspolitik der Europäischen Union gemäß Art. 207 I AEUV auch ausländische Direktinvestitionen, für die somit eine ausschließliche Unionskompetenz besteht, vgl. Art. 3 I lit. e AEUV. Wenngleich zahlreiche Einzelfragen zu der Reichweite der Kompetenz, den Übergangsregelungen zwischen existierenden und zukünftigen Investitionsschutzabkommen der Mitgliedstaaten der EU oder der finanziellen Verantwortlichkeit der EU in internationalen Schiedsverfahren bestehen,⁶² so ist eines sicher: Die EU wird die zukünftige internationale Investitionsschutzpolitik aktiv mitgestalten. Die Kommission, der Rat und das Europäische Parlament haben zu den Zielen und Herausforderungen einer europäischen Investitionsschutzpolitik bereits öffentlich Stellung genommen⁶³ und die Kommission hat dargelegt, dass in naher Zukunft im Rahmen der Verhandlungen über Handelsabkommen mit Kanada, Indien, Singapur und dem Mercosur die Möglichkeit zu europäischen Vereinbarungen über den Investitionsschutz besteht.⁶⁴ Dabei stellt sich die Frage, ob die EU in ihrer Investitionsschutzpolitik dem Trend zur Betonung des Interessenausgleichs zwischen Investoren und Gaststaaten folgt.

a) Ziele der Kommission, des Rates und des Europäischen Parlaments

Die Kommission hebt in ihrer Stellungnahme zur europäischen Investitionsschutzpolitik hervor, dass man den Bedürfnissen von Investoren durch eine Verbindung von

Liberalisierung und Schutz ausländischer Investitionen besser gerecht werden muss⁶⁵ und erwägt als Standard in Abkommen neben Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung eine Regelung, durch die ein Verstoß gegen den Vertrag zwischen Staat und Investor zugleich einen Verstoß gegen das Investitionsschutzabkommen darstellt (sog. „umbrella clause“).⁶⁶ Um die Attraktivität der EU für Investoren nicht zu mindern, plädiert sie zudem für die Beibehaltung der etablierten Streitbeilegung vor internationalen Schiedsgerichten, weist aber darauf hin, dass die Verfahren an Transparenz und die Schiedssprüche an Kohärenz, etwa durch eine Berufungsinstanz, gewinnen müssen.⁶⁷ Schließlich stellt sie allgemein fest, dass der Investitionsschutz im Einklang mit sonstigen regulatorischen Zielen wie dem Schutz von Umwelt, Gesundheit und Verbrauchern stehen muss.⁶⁸ Der Rat schließt sich diesen Aussagen im Wesentlichen an und betont, dass der Investitionsschutzstandard durch EU-Abkommen im Vergleich zu den bestehenden Abkommen der Mitgliedstaaten keinesfalls verringert werden sollte.⁶⁹

Das Europäische Parlament nimmt die Wahrung eines regulatorischen Gestaltungsspielraums von EU und Mitgliedstaaten sehr viel stärker in den Fokus und weist die Kommission ausdrücklich auf die Überbetonung der Investoreninteressen in ihrer Stellungnahme hin.⁷⁰ Es spricht die Modifikation der Modellabkommen von USA und Kanada als Reaktion auf die bisherige Rechtsprechung der Schiedsgerichte an und fordert klare Definitionen der Investorenrechte in den Abkommen sowie Ausnahmeklauseln für gesetzgeberische Maßnahmen im Bereich nationaler Sicherheit, Umweltschutz und Gesundheitsschutz.⁷¹ Schließlich spricht es sich mit Blick auf Schiedsverfahren für mehr Transparenz, eine Berufungsinstanz und das vorrangige Ausschöpfen nationalen Rechtsschutzes aus.⁷²

Damit bleibt festzuhalten, dass Kommission und Rat den Investitionsschutz in den Vordergrund rücken und insbesondere durch die ins Auge gefasste „umbrella clause“ Investoren eine potentiell „schwere Waffe“⁷³ zur Durchsetzung ihrer Interessen vor internationalen Schiedsgerichten an die Hand geben wollen, während das Europäische Parlament die problematische Rolle der Schiedsgerichte im Spannungsfeld zwischen staatlicher Regulierung und Investitionsschutz unterstreicht und mit seinen Forderungen dem Trend zur Betonung eines Interessenausgleichs folgt.

60 Zu den Modalitäten einer gesteigerten Transparenz: Noah Rubins, *Opening the Investment Arbitration Process: At What Cost, for What Benefit?*, in: Rainer Hofmann/Christian J. Tams (Hrsg.), *The International Convention on the Settlement of Investment Disputes*, 2007, S. 213 ff.

61 Bernardo M. Cremades (Fn. 9), S. 72; Wenhua Shan (Fn. 36), S. 664.

62 Colin Brown/Ilmars Naglis, *Dispute Settlements in Future EU Investment Agreements*, in: Marc Bungenberg/August Reinisch/Christian Tietje (Hrsg.), *EU and Investment Agreements*, 2013, S. 21, 23.

63 Europäische Kommission: *Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Towards a comprehensive European international investment policy*, COM (2010) 343 final, 7.7.2010, einsehbar unter: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/may/tradoc_147884.pdf (21.8.2013); Europäischer Rat: *Conclusions on a comprehensive European international investment policy* (24.10.2010), einsehbar unter: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/foraff/117328.pdf (21.8.13); Europäisches Parlament (Fn. 50).

64 Europäische Kommission (Fn. 63), S. 7.

65 Europäische Kommission (Fn. 63), S. 5.

66 Europäische Kommission (Fn. 63), S. 8.

67 Europäische Kommission (Fn. 63), S. 10.

68 Europäische Kommission (Fn. 63), S. 9.

69 Europäischer Rat (Fn.63), Abschnitt 9.

70 Europäisches Parlament (Fn. 50), Abschnitt 6.

71 Europäisches Parlament (Fn. 50), Abschnitt G, H, 23-25.

72 Europäisches Parlament (Fn. 50), Abschnitt 31.

73 Frank Hoffmeister/Güneş Ünüvar, *From BITS and Pieces towards European Investment Agreements*, in: Marc Bungenberg/August Reinisch/Christian Tietje (Hrsg.), *EU and Investment Agreements*, 2013, S. 72.

b) Die Gestaltung im Handelsabkommen zwischen EU und Kanada

Anhand der Entwürfe zum Handelsabkommen zwischen EU und Kanada („Comprehensive Economic and Trade Agreement“, „CETA“), das erstmals aus europäischer Sicht ein umfassendes Kapitel zum Investitionsschutz enthalten wird,⁷⁴ lässt sich überblicksartig untersuchen, ob der konkrete Vertragstext einen Ausgleich regulatorischer und schutzbezogener Interessen anstrebt.

Der Entwurf bemüht sich um Klarheit, indem er festlegt, dass Maßnahmen im öffentlichen Interesse trotz möglicher Auswirkungen auf Investitionen keine indirekten Enteignungen darstellen.⁷⁵ Da auch die Garantie gerechter und billiger Behandlung von Schiedstribunalen oftmals weit zugunsten von Investoren interpretiert wurde, soll CETA eine klärende Liste enthalten, was darunter zu verstehen ist (z.B. offensichtlich willkürliche Behandlung). Allerdings soll durch eine „umbrella clause“ auch der Bruch eines Investitionsvertrags einer unbilligen Behandlung gleichstehen, wodurch erneut das Risiko einer weiten Auslegung des Investitionsschutzes in Schiedsverfahren und damit erhebliche Unsicherheit entsteht.⁷⁶

Darüber hinaus enthält der Entwurf eine Liste von Bereichen in denen bestehende und zukünftige staatliche Maßnahmen trotz Beschränkung der den Investoren grundsätzlich gewährten Garantien zulässig sind. Diese negative Liste ist insofern gefährlich, als es problematisch ist, alle Bereiche zu identifizieren, in denen kein Einfluss des Investitionsschutzes auf die staatliche Regulierung gewünscht ist.⁷⁷

Schließlich ist eine vorbehaltlose Meistbegünstigungsklausel vorgesehen, die Investoren den maximalen Schutz verspricht, den der jeweilige Gaststaat in einem seiner Abkommen den Investoren eines anderen Staates garantiert.⁷⁸ Dadurch können Investoren dem Gaststaat vage oder weite Schutzbestimmungen aus älteren Abkommen der EU bzw. Kanada auch im Rahmen von CETA entgegenhalten, so dass allein deshalb jegliche Klärung der Investorenrechte oder Ausnahmeklauseln in CETA ihren Sinn verliert.⁷⁹

Streitigkeiten in Investitionsfragen sollen von internationalen Schiedsgerichten entschieden werden, obwohl sowohl die EU als auch Kanada über ein äußerst gut funktionieren-

des Gerichtssystem verfügen, dabei sollen Transparenz und Unabhängigkeit der Schiedsrichter durch neue Verfahrensregeln garantiert werden.⁸⁰

Zusammenfassend wird der CETA-Entwurf den Anforderungen des Europäischen Parlaments an eine ausgeglichene und klare Gestaltung von Investitionsschutzabkommen sowie an eine Überarbeitung der Praxis der Schiedsverfahren also nur teilweise gerecht.

3. Ausblick

Mögen bei der Ausgestaltung der Einzelheiten in den Investitionsschutzabkommen auch noch Unsicherheiten bestehen, so hat sich doch die Investitionsschutzpolitik der EU insgesamt einem Ausgleich des Interesses an umfassendem Investitionsschutz einerseits und dem Gestaltungsinteresse von Staaten und Union andererseits sowie der effizienten und transparenten Beilegung von Investitionsstreitigkeiten unter Beteiligung der Öffentlichkeit verschrieben.⁸¹ Durch ihre neugewonnene Kompetenz hat die EU die Möglichkeit, in einer führenden Rolle modernes Investitionsschutzrecht zu gestalten und aus dem fehlerhaften Fokus früherer Investitionsschutzabkommen auf den Schutz von Investoren allein zu lernen.

74 Ein Entwurf des Kapitels zum Investitionsschutz vom 7.2.13 ist einsehbar unter: <http://tradejustice.ca/fr/section/3> (24.8.13); Céline Lévesque, The Challenges of „Marrying“ Investment Liberalisation and Protection in the Canada-EU CETA, in: Marc Bungenberg/August Reinisch/Christian Tietje (Hrsg.), EU and Investment Agreements, 2013, S. 121, Fn. 3, mit weiteren Nachweisen zu den einzelnen veröffentlichten Dokumenten.

75 Nathalie Bernasconi-Osterwalder, The Draft Investment Chapter of the Canada-EU Comprehensive Economic and Trade Agreement: A Step Backwards for the EU and Canada?, Investment Treaty News 4 (2013), Vol. 3, S. 2.

76 Nathalie Bernasconi-Osterwalder (Fn. 75), S. 2.

77 Céline Lévesque (Fn. 74), S. 124.

78 Céline Lévesque (Fn. 74), S. 124.

79 Nathalie Bernasconi-Osterwalder (Fn. 75), S.2f.; Dan Prud'homme, An SIA analysis of the Investment Chapter in the EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement, June 2011, S. 18, einsehbar unter: http://mpira.ub.uni-muenchen.de/44014/1/MPRA_paper_44014.pdf (21.8.13).

80 Nathalie Bernasconi-Osterwalder (Fn. 75), S. 3; Dan Prud'homme (Fn. 79), S. 15.

81 Statement of the European Union and the United States on Shared Principles for International Investment, einsehbar unter: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2012/april/tradoc_149331.pdf (21.8.13).