

# Keine Schattenjustiz!

Transparenz und Vertraulichkeit in Investitionsschiedsverfahren: Der Fall Vattenfall

Thomas Kienle/Michael Münzner

## I. Einleitung

Die Schiedsgerichtsbarkeit, insbesondere die des Investitionsschutzes, ist dieser Tage teils erheblicher Kritik ausgesetzt. Der Schiedsgerichtsbarkeit wurde dabei vorgeworfen, eine „Schattenjustiz“ zu sein, bei der sich „Justitia ins Hinterzimmer verziehe“.<sup>1</sup> Gegenstimmen blieben jedoch, mit wenigen Ausnahmen<sup>2</sup>, weitgehend aus. Dies mag verwundern, führt man sich vor Augen, dass die Entwicklung sog. Schiedsklauseln in bilateralen Investitionsschutzabkommen gerade in Deutschland ihren Anfang nahm.<sup>3</sup> Zudem haben deutsche Konzerne Gaststaaten in der Vergangenheit überwiegend erfolgreich verklagt.<sup>4</sup>

Dabei ist hier vieles in Bewegung, getrieben von einem stetigen Anstieg an Investitionsschiedsverfahren über die letzten zehn Jahre.<sup>5</sup> So sind beim *International Center for Settlement of Investment Disputes* (ICSID) derzeit 497 laufende Verfahren registriert,<sup>6</sup> darunter auch das ICSID-Verfahren *Vattenfall* gegen Deutschland.<sup>7</sup> Parallel dazu geht *Vattenfall*, neben anderen deutschen Energiekonzernen, auch vor dem Bundesverfassungsgericht gegen die Rückgängigmachung der Laufzeitverlängerung für Kernkraftwerke vor.<sup>8</sup> Dieses „zweigleisige“ Vorgehen erscheint proble-

matisch und soll künftig nicht mehr möglich sein.<sup>9</sup>

Es bleibt abzuwarten, wie diese Verfahren ausgehen. Hinsichtlich des ICSID-Verfahrens ist jedoch fraglich, inwieweit die Öffentlichkeit hieran beteiligt, der Vorwurf mangelnder Transparenz mithin berechtigt ist. Die Bundesregierung jedenfalls sieht sich „nach den international vereinbarten Regeln für Schiedsverfahren des ICSID zur Vertraulichkeit verpflichtet“.<sup>10</sup> Stehen wir also, frei nach *Bertolt Brecht*, davor „und sehn betroffen, den Vorhang zu und alle Fragen offen“?

## II. Transparenz gegen Vertraulichkeit

Schiedsverfahren bewegen sich im Spannungsfeld von Transparenz und Vertraulichkeit. Mit dem Informationsanspruch der Öffentlichkeit und dem Vertraulichkeitsinteresse der Parteien liegen widerstreitende Interessen vor, die in Einklang zu bringen sind.<sup>11</sup> Hierbei ist wie folgt zu differenzieren.

### 1. Allgemeine Interessenkollision

Stellt man im Ausgangspunkt die Frage, wem denn der Konflikt gehört, so muss die Antwort lauten: den Streitparteien. Folgerichtig können sie auch das Ob und Wie der Streitbeilegung grundsätzlich frei bestimmen.<sup>12</sup> Denn schiedsgerichtliche Verfahren beruhen weithin auf einem privaten Vertrag der Parteien, dem das Wesen der Vertraulichkeit anhaftet. Mit der Wahl des Schiedsverfahrens privatisieren die Parteien ihre Streitigkeit<sup>13</sup> – grundrechtlich abgedeckt durch die Privatautonomie.<sup>14</sup> Daraus leiten sich weitere Gründe für eine Vertraulichkeit ab: Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse werden geschützt, ein Vergleichsschluss regelmäßig erleichtert sowie Verfahren versachlicht und entpolitisiert.<sup>15</sup> Folglich wird man, nicht zuletzt aus wettbewerblichen Gründen, ein berechtigtes Interesse der Parteien anerkennen müssen, einen Streit nicht in der Öffentlichkeit auszutragen.

Demgegenüber wurde die aus der Vertraulichkeit folgende Rechtsunsicherheit wiederholt problematisiert. Der Einwand, es könne sich keine Rechtsprechung (*case law*)

1 Vgl. in der *Zeit* unter <http://www.zeit.de/2014/10/investitionsschutz-schiedsgericht-icsid-schattenjustiz>; in der *Wirtschaftswoche* wurden Schiedsgerichte als „Schiedszirkel“ regelrecht dämonisiert, siehe <http://www.wiwo.de/unternehmen/industrie/schiedsgerichte-kritik-am-prinzip-schiedsgericht/8126350-2.html> (Stand: 15.03.2015).

2 Vgl. *Risse*, SchiedsVZ 2014, 265, der titelt: „Wehrt Euch endlich! Wider das Arbitration-Bashing“; *Duvel/Wimalasena*, AnwBl 2014, 511; diff. in diesem Heft auch *Sachs*, rescriptum 2015, 7 (8 f.).

3 Vgl. nur *Classen*, EuZW 2014, 611 (612) m.w.N.; allg. zur Entwicklung der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit bereits *Lueg*, rescriptum 2013, 124 (124 f.).

4 *Sachs*, rescriptum 2015, 7 (8); s. auch das neue, am 23.12.2014 registrierte Verfahren *RWE v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/34.

5 *Brown/Miles*, in: *Brown/Miles* (Hrsg.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, 2011, 1.

6 Vgl. *The ICSID Caseload – Statistics* (Issue 2015-1), abrufbar unter <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Pages/ICSID-Caseload-Statistics.aspx> (Stand: 15.03.2015).

7 *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12, registriert am 31.05.2012; s. unten IV.

8 Die Verfassungsbeschwerden sind beim BVerfG anhängig unter Az. 1 BvR 1456/12 (*Vattenfall*), 1 BvR 2821/11 (*E.ON*), 1 BvR 321/12 (*RWE*), s. auch BT-Drs. 17/12398; vgl. zum verfassungsrechtlichen Investitionsschutz beim Atomausstieg *M. Schröder*, NVwZ 2013, 105.

9 So *Sachs*, rescriptum 2015, 7 (9), der eine sog. *fork-in-the-road*-Klausel vorschlägt.

10 So die Antwort der Bundesregierung vom 22.08.2012 auf die Kleine Anfrage der Fraktion *Bündnis 90/Die Grünen*, BT-Drs. 17/10584, S. 1.

11 Vgl. dazu ausf. *Buntenbroich/Kaul*, SchiedsVZ 2014, 1 (5 ff.).

12 *Risse*, SchiedsVZ 2014, 265 (271).

13 *Norris/Metzidakis*, Harv. Negot. L. Rev. 2010, 31 (49); *Schreuer et al.*, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2. Aufl. 2009, Art. 48 Rn. 107.

14 *Classen*, EuZW 2014, 611 (612) m.w.N.

15 *Buntenbroich/Kaul*, SchiedsVZ 2014, 1 (5); nach *Classen*, EuZW 2014, 611 (613) sind die staatlichen Gerichte als Teil einer Prozesspartei „institutionell befangen“.

herausbilden,<sup>16</sup> ist indes nur teilweise berechtigt. Denn zunehmend setzen sich Schiedsgerichte mit früheren Entscheidungen auseinander, da diese durch das Sekretariat des ICSID zumindest auszugsweise veröffentlicht werden.<sup>17</sup> Im Ergebnis entsteht eine Art Rechtsprechung, die man als *investment treaty jurisprudence*<sup>18</sup> beschreiben könnte. Letztlich vermag ein Mangel an Transparenz die (demokratische) Legitimation der Schiedsinstitution selbst infrage zu stellen.<sup>19</sup>

## 2. Besonderheiten bei Investitionsschiedsverfahren

Greift man obige Frage auf, dann „gehören“ Investitionsstreitigkeiten, in denen ein Staat beteiligt ist, nicht allein den Streitparteien, sondern auch der Öffentlichkeit. Letztere hat ein legitimes Anrecht auf Information,<sup>20</sup> da Investitionsschiedsverfahren in der Regel hoheitliches Handeln und politische Entscheidungen des Gaststaates behandeln.<sup>21</sup> Der Staat aber muss sein Handeln auf das Volk zurückführen lassen.<sup>22</sup> Es besteht somit die Gefahr, dass der Investitionsschutz demokratisch getroffene Entscheidungen unterläuft,<sup>23</sup> oder, die politische Entscheidungsfindung gar selbst beeinflusst (sog. *chilling effect*).<sup>24</sup> Ein weiterer Unterschied zu privaten Handelsschiedsverfahren kommt hinzu: Investitionsschiedsverfahren basieren für gewöhnlich auf bilateralen Investitionsschutzabkommen und damit auf völkerrechtlichen Verträgen; sie können sich mithin über das Verhältnis der Streitparteien hinaus auswirken.<sup>25</sup> All dies mag dazu führen, dass der Anspruch der Öffentlichkeit auf Information das Interesse der Parteien nach Vertraulichkeit überwiegt<sup>26</sup> – zur Stärkung des Vertrauens der Allgemeinheit in die Schiedsgerichte.

## III. Aktuelle Rechtslage im internationalen Investitionsschiedsrecht

In welchem Umfang die streitenden Schiedsparteien zu Vertraulichkeit oder Transparenz verpflichtet und berechtigt sind, ergibt sich vorrangig aus der Vereinbarung der Schiedsparteien, weiterhin aus dem anwendbaren Schiedsrecht, insbesondere der jeweiligen Schiedsordnung, und aus den Entscheidungen des jeweiligen Schiedsgerichts.

### 1. Vertraulichkeitsvereinbarung der Schiedsparteien

Die Schiedsparteien können schon in der Schiedsabre-

de vereinbaren, die Öffentlichkeit zu beteiligen.<sup>27</sup> Auch die Vereinbarung von Vertraulichkeit liegt grundsätzlich in der Hand der streitenden Parteien.<sup>28</sup> Diese Vereinbarungsfreiheit für die Schiedsparteien ergibt sich sowohl aus der Anwendung des internationalen Schiedsrechts, wie den ICSID Arbitration Rules<sup>29</sup>, wie auch des nationalen Schiedsrechts der §§ 1025 ff. ZPO<sup>30</sup>, und entspricht gerade dem Charakter des Schiedsverfahrens, das auf einvernehmlicher Festlegung des Weges zur Streitbeilegung beruht. Ohne die seltene, gegenläufige Vereinbarung steht es aber jeder Partei frei, Informationen über das Verfahren an die Öffentlichkeit weiterzugeben, was faktisch jedoch selten passiert, da beiden Streitparteien an einer vertraulichen Handhabung des Streits gelegen ist.<sup>31</sup> Ob und inwieweit eine solche Vertraulichkeitsvereinbarung im Fall *Vattenfall* getroffen wurde, ist allerdings nicht bekannt.<sup>32</sup>

### 2. Regelungen des Investitionsschiedsrechts

Haben die Schiedsparteien keine Vertraulichkeitsvereinbarung getroffen, ergibt sich der Umfang der Vertraulichkeit aus den konkreten Regelungen des Schiedsrechts, dem sich die Parteien unterworfen haben, z.B. im Fall *Vattenfall* den Regelwerken des ICSID, also der ICSID Convention und den ICSID Arbitration Rules. Auch der als materielle Rechtsgrundlage zugrunde gelegte völkerrechtliche Vertrag kann bereits Regelungen für die Transparenz im nachfolgenden Schiedsverfahren enthalten.<sup>33</sup> Im Folgenden ist differenziert zu untersuchen, wie Transparenz und Vertraulichkeit im Schiedsrecht gegenwärtig normativ ausgestaltet und ausgewogen sind.

#### a) Gewährleistung von Transparenz und Öffentlichkeit

Schiedsverfahren werden jedenfalls von dem vor staatlichen Gerichten geltenden, in § 169 GVG und Art. 6 Abs. 1 EMRK geregelten Grundsatz der Öffentlichkeit des Verfahrens nicht erfasst.<sup>34</sup>

16 Vgl. die Nachweise bei *Buntenbroich/Kaul*, SchiedsVZ 2014, 1 (5 f.).

17 *Schreuer et al.* (Fn. 13), Art. 48 Rn. 110, der zudem feststellt: „The majority of awards are published by the parties in other fora“.

18 *Brown/Miles* (Fn. 5), 1.

19 *Classen*, EuZW 2014, 611 (615 f.); ausf. *Norris/Metzidakis*, Harv. Negot. L. Rev. 2010, 31 (62 ff.).

20 Dies muss auch *Böckstiegel*, SchiedsVZ 2012, 113 (118) anerkennen.

21 *Sachs*, rescriptum 2015, 7 (8).

22 *Classen*, EuZW 2014, 611 (612).

23 *Buntenbroich/Kaul*, SchiedsVZ 2014, 1 (6).

24 Vgl. *Leick*, rescriptum 2015, 18 (21).

25 *Buntenbroich/Kaul*, SchiedsVZ 2014, 1 (6) m.w.N.

26 So i.E. *Buntenbroich/Kaul*, SchiedsVZ 2014, 1 (7).

27 *Hammacher*, NZBau 2014, 607 (607).

28 Einigen sich die Parteien nicht auf den Umfang der Vertraulichkeit oder Transparenz, können sie, vorbehaltlich der Schiedsregeln, das Schiedsgericht veranlassen, die Angelegenheit zu entscheiden, z.B. auf Grundlage von Art. 44, 47 ICSID Convention, Art. 19, 39 ICSID Arbitration Rules.

29 *Buntenbroich/Kaul*, SchiedsVZ 2014, 1 (5); das Schiedsgericht führte dazu im Fall *Biwater Gauff v. Tanzania* aus: „Parties are free, of course, to conclude any agreements they choose concerning confidentiality“, *Biwater Gauff v. Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Procedural Order No. 3, Rn. 115.

30 Die Parteien sind auch nach § 1042 Abs. 3 ZPO grundsätzlich berechtigt, das Schiedsverfahren selbst zu regeln.

31 *Risse*, SchiedsVZ 2014, 265 (271).

32 Vgl. dazu unten IV.

33 Ein positives Beispiel ist Art. 10.21 des *Central America Free Trade Agreement* (CAFTA), der eine umfassende Informierung der Öffentlichkeit vorsieht. Der *Energy Charter Treaty*, auf den *Vattenfall* seine Klage stützt, enthält eine besondere Regelung zur Vertraulichkeit hingegen nicht.

34 *Buntenbroich/Kaul*, SchiedsVZ 2014, 1 (3); vereinzelt wird eine entsprechende Anwendung des § 169 GVG gefordert, so *Aden*, DZWIR 2012, 360 ff.

In den Arbitration Rules des ICSID, auch in ihrer n.F. seit 2006, existiert eine allgemeine Vorschrift zur Vertraulichkeit oder Transparenz des Verfahrens für die Parteien selbst zwar nicht, dafür aber Regelungen zur Gewährleistung gewisser Transparenz, die sich an das Schiedsgericht, die Schiedsrichter oder das ICSID richten:<sup>35</sup> So werden etwa, gestützt auf Art. 22 (Abs. 2) ICSID Regulatory and Financial Regulations,<sup>36</sup> auf der Homepage des ICSID (icsid.worldbank.org) die Registrierung des Schiedsverfahrens, die Zusammensetzung des Schiedsgerichts, die Namen der Verfahrensbevollmächtigten, wichtige Verfahrensschritte und schließlich auch der Abschluss des Schiedsverfahrens veröffentlicht. Die Parteien können auch erlauben, dass die Öffentlichkeit über Internet- oder Videoübertragung zu den Verhandlungen Zugang erhält, Regel 32 Abs. 2 ICSID Arbitration Rules. Die Schiedssprüche werden vom ICSID nur veröffentlicht, wenn die Parteien einverstanden sind, Art. 48 Abs. 5 ICSID Convention, Regel 48 Abs. 4 S. 1 ICSID Arbitration Rules, Art. 22 Abs. 2 Regulatory and Financial Regulations. Sind sie nicht einverstanden, werden zumindest Auszüge deren rechtlicher Begründung der Öffentlichkeit zugänglich gemacht, sobald der Schiedsspruch ergangen ist, Art. 48 Abs. 4 S. 2 ICSID Arbitration Rules. Das Verbot der Veröffentlichung ohne Einverständnis der Parteien bezieht sich jedoch nur auf eine Veröffentlichung durch den ICSID selbst.<sup>37</sup> Einer Veröffentlichung durch eine der Parteien steht Art. 48 Abs. 5 ICSID Convention gerade nicht im Wege.<sup>38</sup> Diese sind nach der ICSID Convention nicht an eine vertrauliche Behandlung des Schiedsspruches gebunden.<sup>39</sup>

Weitergehende Regelungen treffen die am 1. April 2014 in Kraft getretenen Rules on Transparency für völkervertraglich begründete Investor-Staat-Schiedsverfahren der *United Nations Commission on International Trade Law* (im Folgenden: UNCITRAL Transparency Rules). Die praktische Wirksamkeit der UNCITRAL Transparency Rules wird etwa dadurch gewährleistet, dass sie gemäß Art. 1 Abs. 7 S. 2 UNCITRAL Transparency Rules einer abweichenden Regelung in der auf das jeweilige Verfahren anwendbaren Schiedsordnung vorgehen, und bei Anwendung aufgrund eines Investitionsschutzabkommens zwingendes Recht für die Parteien werden, Art. 1 Abs. 3 lit. a UNCITRAL Transparency Rules. Sie sind überdies auch in einem Investitionsschiedsverfahren, das nicht in den UNCITRAL Arbitration Rules aufgeführt ist, anwendbar, Art. 1 Abs. 9 UNCITRAL Transparency Rules. Die Transparenzregeln sind aber auch nur auf solche Verfahren anwendbar, die auf Investitionsschutzverträgen beruhen, die nach dem 1. April 2014 abgeschlossen worden sind. Der Vertrag über

die Energie-Charta (*Energy Charter Treaty, ECT*)<sup>40</sup>, auf den *Vattenfall* seine Klage stützt, ist jedoch schon im April 1998 in Kraft getreten ist, sodass die Transparency Rules ohne zusätzliche Geltungsvereinbarung (sog. *opt-in*) der Parteien im Fall *Vattenfall* nicht anwendbar sind.<sup>41</sup>

Nach den UNCITRAL Transparency Rules sind die Namen der streitenden Schiedsparteien, der wirtschaftliche Sektor, auf dem der Streit ausgetragen wird, sowie der Vertrag, auf den die Klage gestützt wird, der Öffentlichkeit zugänglich zu machen, Art. 2 UNCITRAL Transparency Rules. Gemäß Art. 3 erfolgt, vorbehaltlich Art. 7, auch die Veröffentlichung der Verfahrensdokumente, grundsätzlich aller Schriftsätze, Protokolle der Verhandlungen, Verfügungen des Schiedsgerichts und auch der Schiedssprüche. Darüber hinaus besteht nach Art. 4, 5 UNCITRAL Transparency Rules<sup>42</sup> die Möglichkeit, einen nicht am Rechtsstreit beteiligten Dritten (*amicus curiae*) zuzulassen. Art. 6 UNCITRAL Transparency Rules schließlich regelt, dass auch die mündliche Verhandlung grundsätzlich öffentlich ist, vorbehaltlich des Bedürfnisses nach dem Schutz vertraulicher Informationen und der Integrität des Schiedsverfahrens (Abs. 2) und Gründe der Logistik (Abs. 3). Nach Art. 28 Abs. 3 S. 1 UNCITRAL Arbitration Rules sollen die Verhandlungen auch auf Video aufgezeichnet werden.

#### b) Schutz der Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens

Die Schiedsverhandlung findet nach den Schiedsregeln des ICSID nur privat und im Geheimen statt, Regel 15 Abs. 1 ICSID Arbitration Rules. Zugelassen sind auch grundsätzlich nur Schiedsverfahrensbeteiligte, außer das Schiedsgericht entscheidet anders (Abs. 2). Insoweit ist der öffentliche Vorwurf der Verschlossenheit durchaus berechtigt. Im Vergleich zu den Schiedsregeln des ICSID regeln die UNCITRAL Transparency Rules, die dem Ruf nach mehr Transparenz Rechnung tragen, in Ansehung der Öffentlichkeit der Verhandlung hingegen diametrale Gegensätze.

Gemäß Regel 6 Abs. 2 ICSID Arbitration Rules sind nur die Schiedsrichter des ICSID verpflichtet, Informationen über das Verfahren vertraulich zu behandeln. Daraus, dass die Vorschriften der ICSID Arbitration Rules eine derartige Pflicht den Schiedsparteien nicht ebenfalls ausdrücklich auferlegt, wird überwiegend die Folgerung gezogen, dass ihnen eine Veröffentlichung von Informationen über abgeschlossene oder laufende Verfahren grundsätzlich erlaubt ist, soweit eine solche dem Fortschritt des Verfahrens nicht zuwiderläuft.<sup>43</sup> Nach Ansicht des ICSID-Schieds-

35 *Buntenbroich/Kaul*, SchiedsVZ 2014, 1 (4); vgl. *Feliciano*, in: Nakagawa, *Transparency in International Trade and Investment Dispute Settlement*, 2013, 15 (18).

36 Vgl. *Buntenbroich/Kaul*, SchiedsVZ 2014, 1 (4), Fn. 17.

37 *Schreuer et al.* (Fn. 13), Art. 48 Rn. 14.

38 *Biwater Gauff v. Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Procedural Order No. 3, Rn. 123; *Schreuer*, a.a.O.

39 Vgl. *Sackmann*, *Transparenz im völkerrechtlichen Investitionsschiedsverfahren*, 2012, 60.

40 Gesetz zu dem Vertragswerk vom 17. Dezember 1994 über die Energiecharta vom 20. Dezember 1996, BGBl. II 1997, S. 4 ff.

41 Vgl. zur Anwendbarkeit *Sachs*, rescriptum 2015, 7 (9); *Wilske/Markert/Bräuninger*, SchiedsVZ 2014, 49 (61 f.).

42 Eine vergleichbare Regelung trifft Art. 37 Abs. 2 ICSID Arbitration Rules.

43 *Petrochilos/Noury/Kalderimis*, in: Mistelis (Hrsg.), *Concise International Arbitration*, 2010, ICSID Convention, Art. 48 Anm. 7; *Schreuer*, in: *Kronke/Melys/Schnyder* (Hrsg.), *Handbuch Internatio-*

gerichts im Fall *Biwater Gauff v. Tanzania* enthalten die ICSID-Schiedsregeln weder eine generelle Pflicht zur Vertraulichkeit, noch ein generelles Bekenntnis zur Transparenz, vielmehr entscheidet über das Maß der Vertraulichkeit das Schiedsgericht im Einzelfall.<sup>44</sup> Grundsätzlich sei keine Partei daran gehindert, mit dem jeweiligen Schiedsfall und der eigenen Sichtweise dazu an die Öffentlichkeit zu gehen, insbesondere gemäß der Pflicht des Staates, die Öffentlichkeit mit Informationen zu versorgen, die öffentliche Angelegenheiten oder solche der Regierung betreffen.<sup>45</sup> Diese Auffassung wird vom Schiedsgericht im Fall *Beccara (Abaclat) and others v. Argentina* geteilt.<sup>46</sup> Die Regelwerke des ICSID decken die Frage nach Vertraulichkeit und Transparenz nicht ab, vielmehr soll das Schiedsgericht im jeweiligen Einzelfall versuchen, eine Lösung zu erreichen, die das „allgemeine Interesse an Transparenz“ mit den „besonderen Interessen nach Vertraulichkeit“ ausbalanciert. Das Schiedsgericht führte aus, dass Transparenz in Investitionsschiedsverfahren gerade als Möglichkeit gefördert werden sollte, gute Staatsführung voranzubringen.<sup>47</sup>

Die UNCITRAL Transparency Rules sehen einige Ausnahmen von der Transparenz im Schiedsverfahren vor, die sich aus Art. 7 UNCITRAL Transparency Rules ergeben: So sind nach Art. 7 Abs. 1 vertrauliche oder geschützte Informationen der Parteien nicht zu veröffentlichen, also etwa gesetzlich oder völkervertraglich geschützte Informationen (Abs. 2 lit. b, c), oder vertrauliche *business information* (Abs. 2 lit. a). An diesem sehr allgemein gehaltenen Wortlaut wird schon deutlich, dass es sich bei Art. 7 UNCITRAL Transparency Rules um eine sehr weite Ausnahmenvorschrift handelt. Das Gleiche trifft auf Art. 7 Abs. 5 zu, wonach ein verklagter Staat nicht zu einer Veröffentlichung von Informationen verpflichtet ist, die in Widerspruch zu seinen *essential security interests* steht. Was vertrauliche oder geschützte Informationen sind, entscheidet das Schiedsgericht nach Beratung mit den Parteien, Art. 7 Abs. 3 a.E. Daher liegt es nicht gerade nahe, dass der Kreis vertraulicher Informationen zugunsten des öffentlichen Informationsinteresses möglichst eng gefasst wird. Eine Ausnahme besteht auch für die Veröffentlichung von Informationen, die die Integrität des Schiedsverfahrens gefährden würden (Art. 7 Abs. 6, 7).<sup>48</sup>

Trotz dieser weiten Ausnahmen sind die UNCITRAL Transparency Rules gerade deshalb als erheblicher Fortschritt auf dem Weg zu mehr Transparenz in internationalen Investitionsschiedsverfahren zu würdigen,<sup>49</sup> weil durch sie, aus dem Umkehrschluss zu Art. 7 UNCITRAL Transparency Rules ersichtlich, die Transparenz zum Grundsatz erhoben worden ist.

#### c) Vergleich zur Transparenz in staatlichen Gerichtsverfahren

Zur Vermeidung einer rein populistischen Kritik an Schiedsgerichten lohnt sich ein vergleichender Blick auf die Transparenz in Verfahren vor staatlichen Gerichten: Gemäß § 169 S. 1 GVG gilt auch für Verfahren vor staatlichen Gerichten (wie bei den UNCITRAL Transparency Rules) der Grundsatz der Öffentlichkeit, allerdings beschränkt durch die §§ 170 ff. GVG. Beispielsweise ist hier ein „wichtiges Geschäftsgeheimnis“ i.S.d. § 172 Nr. 2 GVG ein Grund für den Ausschluss der Öffentlichkeit. Ein Recht auf Akteneinsicht steht auch grundsätzlich nur den Parteien zu, § 299 Abs. 1 ZPO. Dritte haben dieses Recht ohne Einwilligung der Parteien nur, wenn ein rechtliches Interesse glaubhaft gemacht wird (Abs. 3). Die UNCITRAL Transparency Rules hingegen knüpfen die Veröffentlichung nicht an ein konkretes rechtliches Interesse, ihrem Regelungsziel liegt vielmehr ein bloß abstraktes tatsächliches Interesse der Öffentlichkeit zugrunde. Die Feststellung, die Schiedsgerichtsbarkeit nach den Transparenzregeln der UNCITRAL weise mehr Öffentlichkeit auf als ein ordentliches Gerichtsverfahren,<sup>50</sup> verdient also durchaus Zustimmung. Gleichzeitig ist aber nicht zu unterschlagen, dass auch die Entscheidungen staatlicher Gerichte, insbesondere der obersten Bundesgerichte, auf der jeweiligen Homepage (aber nicht namentlich) veröffentlicht werden.<sup>51</sup>

#### IV. Der Fall Vattenfall: Gegenstand und Verfahren

Wie transparent ist nun das eingangs genannte ICSID-Schiedsverfahren, mit dem sich *Vattenfall* gegen das 13. Gesetz zur Änderung des Atomgesetzes vom 31.07.2011<sup>52</sup> wendet und das am 31.05.2012 beim ICSID registriert worden ist?<sup>53</sup> Blicken wir zunächst zurück: Denn beinahe vergessen scheint, dass derselbe Energiekonzern im Jahr 2009 Deutschland schon einmal, durchaus erfolgreich, vor dem

nales Wirtschaftsrecht, 2005, Rn. 941; *Stumpe*, SchiedsVZ 2008, 125 (126 f.), i.E. auch *Buntenbroich/Kaul*, SchiedsVZ 2014, 1 (5 f.).

44 *Biwater Gauff v. Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Procedural Order No. 3, Rn. 121; zustimmend *Reinisch*, in: Tietje, Internationales Wirtschaftsrecht, 2009, § 18 Rn. 43 und *Beccara (Abaclat) and others v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/07/5, Procedural Order No. 3, Rn. 73.

45 *Biwater Gauff v. Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Procedural Order No. 3, Rn. 148 ff.

46 *Beccara (Abaclat) and others v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/07/5, Procedural Order No. 3, Rn. 67 ff.

47 *Beccara (Abaclat) and others v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/07/5, Procedural Order No. 3, Rn. 73.

48 Der in Abs. 6 angeführte Grund der „Einschüchterung von Anwälten oder Schiedsrichtern“ lässt allerdings erheblichen Auslegungsspielraum, gerade vor dem Hintergrund zunehmender öffentlicher Proteste gegen Investorenschutz und Schiedsgerichte.

49 Ebenso *Krajewski*, ZUR 2014, 396 (402): „höchster Standard an Transparenzregeln im internationalen Investitionsschutz“; *Hammacher*, NZBau 2014, 606 (608).

50 *Hammacher*, NZBau 2014, 606 (608).

51 Vgl. z.B. die Entscheidungsdatenbank unter <http://juris.bundesgerichtshof.de>.

52 BGBl. I 2011, S. 1704.

53 *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12; Case Details abrufbar unter <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/12/12> (Stand: 15.03.2015).

ICSID verklagt hatte.<sup>54</sup> Das Schiedsverfahren endete am 11.03.2011 durch Vergleich.<sup>55</sup> Auch damals hatte sich *Vattenfall* auf den Vertrag über die Energiecharta berufen, der in Art. 26 Abs. 4 lit. a i.V.m. Abs. 2 lit. c ausländischen Investoren die Möglichkeit eröffnet, die Streitigkeit mit einer Vertragspartei einem internationalen Schiedsverfahren, unter anderem vor dem ICSID, zu unterwerfen. Droht sich also die Geschichte zu wiederholen?

### 1. Gegenstand

Zunächst ist fraglich, welche Vorschriften zum Investitionsschutz (Art. 10-17 ECT) *Vattenfall* verletzt sieht. Weder dessen erste Stellungnahme in der Sache vom 27.09.2013 noch die Erwiderung Deutschlands vom 22.08.2014 wurden veröffentlicht. Es ist aber zu vermuten, dass sich *Vattenfall* zum einen auf den Grundsatz der fairen und gerechten Behandlung gemäß Art. 10 Abs. 1 ECT (*fair and equitable treatment*), zum anderen auf die Entschädigungspflicht bei indirekten Enteignungen gemäß Art. 13 Abs. 1 lit. d ECT (*adequate and effective compensation*) berufen wird. Entscheidend dürfte sein, ob und inwieweit *Vattenfall* „darauf vertrauen konnte, dass nach der Laufzeitverlängerung der Atomkraftwerke keine erneute Rechtsänderung zu erwarten war und ob dieses Vertrauen schützenswert ist“.<sup>56</sup> Zudem kommt ein Verstoß gegen das in Art. 10 Abs. 7 ECT<sup>57</sup> geregelte Diskriminierungsverbot in Betracht, das ausländischen Investoren einen Anspruch auf Inländerbehandlung und Meistbegünstigung gewährt.<sup>58</sup> *Vattenfall* müsste somit nachweisen, dass „es im Vergleich zu inländischen Betreibern von Atomkraftwerken weniger günstig behandelt wurde“.<sup>59</sup> In diesem Zusammenhang könnte bedeutsam werden, dass nicht alle Kraftwerksbetreiber in gleicher Weise von der 13. Atomgesetznovelle betroffen sind.<sup>60</sup>

### 2. Stand des Verfahrens

Das zuständige Schiedsgericht konstituierte sich am 14.12.2012.<sup>61</sup> Sodann stellte Deutschland fristgemäß am

10.01.2013 einen Antrag auf Grundlage von Regel 41 Abs. 5 ICSID Arbitration Rules (*preliminary objection*). Diese Regelung ermöglicht es Schiedsgerichten, diejenigen Klagen frühzeitig abzuweisen, die offensichtlich aussichtslos sind (*manifestly without legal merit*).<sup>62</sup> Davon ist zunächst die Frage der Zuständigkeit<sup>63</sup> umfasst, wenngleich der Ausdruck *legal merit* weiter zu verstehen sein wird.<sup>64</sup> Das Verfahrensdokument selbst wurde nicht veröffentlicht. Nach mündlicher Verhandlung erließ das Schiedsgericht am 02.07.2013 eine Entscheidung (*decision*), die ebenfalls nicht einsehbar ist. Da aber das Verfahren weiter anhängig ist, hat das Schiedsgericht die Klage nicht für offensichtlich aussichtslos erachtet,<sup>65</sup> zumal daran hohe Anforderungen zu stellen sind.<sup>66</sup>

Daraufhin scheint Deutschland die Zuständigkeit des Schiedsgerichts infrage zu stellen.<sup>67</sup> Nach Art. 41 Abs. 2 ICSID Convention kann das Schiedsgericht darüber als von der Begründetheit getrennte Vorfrage (*preliminary question*) entscheiden. Dieses Vorgehen mag in vielen Fällen hinsichtlich Zeit und Kosten effizient sein; in der Folge verzögern sich ICSID-Verfahren aber nicht selten um bis zu ein Jahr.<sup>68</sup> Das Schiedsgericht hat, soweit ersichtlich, über den Antrag Deutschlands noch nicht entschieden. Geht das Schiedsgericht von seiner Zuständigkeit aus, erlässt es üblicherweise eine Vorabentscheidung, die in den späteren Schiedsspruch einbezogen wird.<sup>69</sup>

Des Weiteren ergingen zwischen Februar und Mai 2014 vier prozessuale Verfügungen (*procedural orders*), die alleamt die Vertraulichkeit der Dokumente betrafen. Obgleich keine generelle Verpflichtung besteht, Verfahrensdokumente vertraulich zu behandeln,<sup>70</sup> ist festzustellen, dass die Schiedsgerichte eine solche durch die Parteien doch ganz überwiegend anordnen.<sup>71</sup> Denn eine nicht vertrauliche Behandlung von Verfahrensdokumenten würde das Einverständnis beider Parteien voraussetzen.<sup>72</sup> Und wiederum kann nur spekuliert werden, welche Partei sich dessen er-

54 *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/09/6.

55 Vgl. zur „Vattenfall-Saga“ *Krajewski*, ZUR 2014, 396 (398 ff.): Der Vergleich beziehe sich auf einen vor dem OVG Hamburg geschlossenen, nicht veröffentlichten Prozessvergleich. Letzterer bestimme, dass Vattenfall die begehrte wasserrechtliche Genehmigung für das Kohlekraftwerk Hamburg-Moorburg erteilt wird. Die Zahlung von Schadensersatz sei nicht vorgesehen; s. nunmehr OVG Hamburg, BeckRS 2013, 51128; BVerwG, Beschl. v. 16.09.2014, 7 VR 1.14.

56 *Krajewski*, ZUR 2014, 396 (400).

57 *Anders Reinhardt*, KJ 2014, 86 (90), der auf Art. 10 Abs. 1 ECT abstellt.

58 Vgl. *Danner/Theobald*, in: *Danner/Theobald* (Hrsg.), *Energierecht, Annex, Vertrag über die Energiecharta*, 81. EL 2014, Rn. 13.

59 *Krajewski*, ZUR 2014, 396 (400).

60 Die Betriebsgenehmigung der beiden von Vattenfall betriebenen Kernkraftwerke *Krümmel* und *Brunsbüttel* war bereits mit Ablauf des 06.08.2011 erloschen (§ 7 Abs. 1a S. 1 Nr. 1 AtomG), während die letzten Kernkraftwerke *Isar 2* (E.ON), *Emsland* (RWE) und *Neckarwestheim 2* (EnBW) spätestens am 31.12.2022 vom Netz gehen werden (§ 7 Abs. 1a S. 1 Nr. 6 AtomG).

61 Art. 37 Abs. 2 lit. a ICSID Convention, rekonstituiert am 25.02.2013.

62 Vgl. dazu *Parra*, ICSID Review 2007, 55 (65).

63 Davon scheint *Krajewski*, ZUR 2014, 396 (399 f.) im vorliegenden Fall auszugehen; zweifelhaft angesichts der Procedural Order No. 8.

64 Vgl. etwa *Brandes Investment Partners, LP v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/08/3, Decision on the Respondent's Objection under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules v. 02.02.2009, Rn. 55: "[...] the term *legal merit* covers all objections to the effect that the proceedings should be discontinued at an early stage because, for whatever reason, the claim can manifestly not be granted by the Tribunal".

65 So auch *Krajewski*, ZUR 2014, 396 (400).

66 Vgl. etwa *Trans-Global Petroleum, Inc. v. Jordan*, ICSID Case No. ARB/07/25, Decision on the Respondent's Objection under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules v. 12.05.2008, Rn. 88: „The Standard is [...] set high“.

67 Vgl. Procedural Order No. 8 concerning the Respondent's request to address the objections to jurisdiction as a preliminary question v. 07.09.2014.

68 *Petrochilos/Noury/Kalderimis* (Fn. 43), Art. 41 Anm. 11 f.

69 *Petrochilos/Noury/Kalderimis* (Fn. 43), Art. 41 Anm. 12.

70 Vgl. oben III.2.

71 Vgl. dazu *Sackmann* (Fn. 39), 49 ff.

72 So i.E. *Sackmann* (Fn. 39), 64.

wehrt, oder, ob gar beiden Parteien an einer Vertraulichkeit des Verfahrens gelegen ist. Davon hängt letztlich auch die Frage ab, ob der Schiedsspruch veröffentlicht wird.

## V. Fazit und Ausblick

Obwohl die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit weiterhin im „Geist der Vertraulichkeit“ steht, ist ein Trend hin zu mehr Transparenz feststellbar: Schon im Jahr 2006 wurde mit der neuen Fassung der ICSID Arbitration Rules den zunehmenden Forderungen nach mehr Offenheit in Investitionsschiedsverfahren Rechnung getragen. Die UNCITRAL Transparency Rules aus dem Jahr 2014 sind Folge dieser Entwicklung, wohl aber noch nicht deren Ende.<sup>73</sup> Der Vorwurf, es handle sich bei der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit nur um eine private „Schattenjustiz“, ist jedenfalls zurückzuweisen.

Angesichts der Rechtsprechung des ICSID erweist sich die pauschale Aussage der Bundesregierung im Fall *Vattenfall*, sie sei „nach den international vereinbarten Regeln für Schiedsverfahren des ICSID zur Vertraulichkeit verpflichtet“, als nicht tragfähig.<sup>74</sup> Sofern keine gegenläufige Vereinbarung besteht, ist keine Partei daran gehindert, Verfahrensinformationen, aber auch den Schiedsspruch, ohne das Einverständnis der anderen Partei zu veröffentlichen.

Unabhängig davon, ob die Bundesregierung rechtlich die Pflicht hat, Informationen aus dem Schiedsverfahren mit *Vattenfall* zu veröffentlichen<sup>75</sup> (oder zumindest zu veröffentlichen, ob und inwieweit sie eine Vertraulichkeit vereinbart, sich damit also selbst der Vertraulichkeit unterworfen hat), steht sie jedenfalls politisch in der Pflicht. Da der Atomausstieg eine demokratisch legitimierte Entscheidung ist, sollen auch deren juristische Konsequenzen wieder in den demokratischen Meinungsfindungsprozess einfließen können. Die nur auszugsweise Veröffentlichung des Schiedsspruchs durch das ICSID wird dem Informationsanspruch der Öffentlichkeit indes nicht genügen können.

Warum also weigert sich die Bundesregierung, die Öffentlichkeit, ja selbst den Bundestag<sup>76</sup> über das Schiedsverfahren zu informieren? Will sie nur politisch sensible Informationen schützen oder stehen doch berechnete prozessuale Belange entgegen? Diesen Fragen muss sie sich stellen. Am Ende steht der Appell an die Bundesregierung: Öffne den Vorhang!

73 Vgl. die Reformüberlegungen bei *Sachs*, *rescriptum* 2015, 7 (8 f.), sowie in Bezug auf TTIP *Leick*, *rescriptum* 2015, 18 (21): „[die Kommission] garantiert hohe Transparenzstandards“.

74 So auch *Buntenbroich/Kaul*, *SchiedsVZ* 2014, 1 (7).

75 Diese Frage dürfte sich in erster Linie auf verfassungsrechtlicher Ebene stellen. Teils wird aber sogar aus den Menschenrechten hergeleitet, dass eine Regierung gehalten ist, ein offenes und transparentes Investitionsschiedsverfahren zu führen, und ein intransparentes Schiedsverfahren sogar mit den internationalen Menschenrechten unvereinbar sei, so i.E. *Orellana*, *ICSID Review* 2011, 59 (105 f.).

76 Vgl. BT-Drs. 18/2451 v. 01.09.2014, S. 1: „Die Bundesregierung [...] unterrichtet den Deutschen Bundestag selbst unter Geheimschutzbedingungen nur in äußerst knappem Umfang“.