

# Zur Kritik der Medien und Öffentlichkeit an der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit

Klaus Sachs\*

## I. Zur Kritik an der Schiedsgerichtsbarkeit im Allgemeinen

Seit einigen Monaten ist in den Medien eine heftige Debatte um Investitionsschutzabkommen entbrannt, angefangen insbesondere durch die TTIP-Verhandlungen.<sup>1</sup> Zusätzlich befeuert wird die Debatte durch die im Jahr 2012 vom schwedischen Energiekonzern Vattenfall gegen die Bundesrepublik Deutschland eingereichte Schiedsklage<sup>2</sup> vor dem *International Centre for Settlement of Investment Disputes* – kurz ICSID – in Washington. Die Kritik der Medien zielt in erster Linie auf Investor-Staat-Schiedsverfahren, aber auch die Handelsschiedsgerichtsbarkeit bekommt ihre Treffer ab.

Letzteres ist bedauerlich, da die Handelsschiedsgerichtsbarkeit sich im internationalen Wirtschaftsverkehr einer großen Akzeptanz erfreut. Auch der deutsche Gesetzgeber hat vor noch nicht allzu langer Zeit durch Gesetzesinitiativen die Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit gezielt unterstützt. So wurde im Jahre 1998 das von der Kommission der Vereinten Nationen für Internationales Handelsrecht (UNCITRAL) ausgearbeitete und von der Vollversammlung der Vereinten Nationen im Jahre 1985 den Mitgliedsstaaten zur Annahme empfohlene UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit ins deutsche Recht übernommen, und zwar für alle, also auch für nationale Schiedsverfahren.

Angesichts der zunehmenden Kritik an der Schiedsgerichtsbarkeit sei aus der damaligen Begründung des Regierungsentwurfs zitiert: In der Zielsetzung heißt es, dass „[e]in zeitgemäßes und den internationalen Rahmenbedingungen angepasstes Recht [...] das Ansehen der Bundesrepublik Deutschland als Austragungsort internationaler Schiedsstreitigkeiten fördern [solle]“. Die Übernahme eines weltweit bewährten und vertrauten Normengefüges (des UNCITRAL-Modellgesetzes) könne insbesondere dazu führen, dass „internationale Schiedsverfahren häufiger als bisher in der Bundesrepublik Deutschland ausgetragen werden“. Darüber hinaus solle das gerichtliche Verfahren, insbesondere

das Verfahren betreffend die Aufhebung und die Vollstreckbarerklärung von Schiedssprüchen gegenüber dem geltenden Recht wesentlich vereinfacht werden. Beides bewirke, so die Begründung des Regierungsentwurfs, „eine zügige, die staatliche Justiz entlastende Durchführung von Schiedsverfahren und trage dazu bei, das Ansehen der Schiedsgerichtsbarkeit als Alternative zur staatlichen Justiz zu stärken“.<sup>3</sup>

Rund 15 Jahre nach Inkrafttreten des neuen Schiedsverfahrensrechts lässt sich ohne Einschränkung feststellen, dass die Zielsetzung des Gesetzgebers erreicht wurde. Deutschland wird heute im Ausland als schiedsfreundliches Land wahrgenommen. Auch wenn Deutschland noch nicht die Bedeutung der historisch etablierten Schiedsplätze wie Paris, London, Zürich, Genf, Wien oder Stockholm – oder der kräftig zulegenden jüngeren asiatischen Schiedsplätze wie Hong Kong und Singapur – erreicht hat, belegen die einschlägigen Zahlen doch eine deutliche Zunahme der Anzahl internationaler Verfahren, die in Deutschland stattfinden, und ganz allgemein die stetig wachsende Anzahl von internationalen Schiedsverfahren, an denen deutsche Parteien beteiligt sind. So lässt sich dem Statistischen Bericht des ICC-Schiedsgerichtshofs aus dem Jahre 2013 entnehmen, dass der Schiedsplatz Deutschland in ICC-Verfahren inzwischen an 8. Stelle in der Statistik erscheint. Deutsche Schiedsrichter stehen auf Rang vier der Nationalitätenliste und weltweit sind deutsche Unternehmen am zweithäufigsten an ICC-Schiedsverfahren als Parteien beteiligt: Allein im Jahr 2013 waren dies 140, und damit liegt Deutschland nur knapp hinter den USA mit 174 Parteien.

Ähnlich eindrückliche Zahlen kann die Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit vorweisen. Rund ein Drittel der dort administrierten Verfahren mit Sitz in Deutschland sind inzwischen internationale Schiedsverfahren, Tendenz steigend.

Diese Zahlen lassen auch keinen Zweifel daran, dass die Hauptvorteile der Handelsschiedsgerichtsbarkeit gegenüber der staatlichen Gerichtsbarkeit, insbesondere im internationalen Wirtschaftsverkehr, in der Praxis zunehmend wahrgenommen werden:

- die Vertraulichkeit des Verfahrens,<sup>4</sup>
- die freie Auswahl von fachkundigen Schiedsrichtern,<sup>5</sup>
- die Flexibilität der Verfahrensgestaltung, einschließlich der Wahl der Verfahrenssprache,
- die Erlangung schneller Rechtssicherheit durch ein zügiges Verfahren ohne weitere Instanzen, sowie

\* Prof. Dr. Klaus Sachs ist Rechtsanwalt und Partner bei CMS Hasche Sigle sowie Honorarprofessor für Schiedsgerichtsbarkeit an der LMU München. Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser bei der 9. Berliner Rechtspolitischen Konferenz der Konrad-Adenauer-Stiftung am 07.11.2014 gehalten hat.

1 Vgl. zur Diskussion um TTIP und Investitionsschiedsgerichte Leick, rescriptum 2015, 18.

2 Vgl. hierzu Kienle/Münzner, rescriptum 2015, 24.

3 Allgemeine Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 13/5274 vom 12.07.1996, S. 1 ff.

4 Vgl. zur Vertraulichkeit in Investitionsschiedsverfahren Kienle/Münzner, rescriptum 2015, 24 (26 f.).

5 Vgl. zur Auswahl und den Pflichten von Schiedsrichtern Jaschinski/Kuchernig, rescriptum 2015, 30.

schließlich

- die kraft des New Yorker Übereinkommens vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche nahezu weltweit sichergestellte Anerkennung und Vollstreckbarkeit von Schiedssprüchen.

## II. Zur Kritik an der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit

Doch zurück zur Investitionsschiedsgerichtsbarkeit. Paradoxerweise werden viele der eben erwähnten Vorteile der privaten Schiedsgerichtsbarkeit von den Kritikern der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit dort gerade als Nachteile gewertet, insbesondere die Vertraulichkeit des Verfahrens, die freie Auswahl der Schiedsrichter sowie die fehlende Berufungsinstanz. Diese Kritik beruht auf den Besonderheiten der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit.

### 1. Die Besonderheit der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit

In der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit geht es um das internationale Investitionsschutzrecht. Dieses umfasst die völkerrechtlichen Regeln, die dem Schutz ausländischer Investitionen und Investoren dienen. Ihre Rechtsquelle sind bilaterale Investitionsschutzabkommen (sog. BITs) sowie Handelsabkommen, die Vorschriften zum Investitionsschutz enthalten, wie z.B. das NAFTA-Abkommen – das nordamerikanische Freihandelsabkommen zwischen den USA, Kanada und Mexiko – oder der Energy-Charta-Vertrag, auf den Vattenfall sich beruft und der auch *sedes materiae* des aufsehenerregenden *Yukos*-Verfahrens war.

BITs sind gewissermaßen eine deutsche Erfindung. Sie gehen auf eine Initiative des legendären Frankfurter Bankiers *Hermann Joseph Abs* aus den 50er Jahren zurück. Deutschland war das erste Land weltweit, das ein solches BIT abschloss, 1959 mit Pakistan. Viele andere Staaten folgten dem deutschen Beispiel. Wiederholt wurde in den Folgejahren der Versuch unternommen, sich auf ein multilaterales Investitionsschutzabkommen zu einigen. All diese Versuche sind gescheitert. Infolgedessen gibt es heute weltweit mehr als 3000 bilaterale Investitionsschutzverträge und Dutzende von bilateralen und regionalen Handelsabkommen mit Investitionsschutzkapiteln. Die EU-Mitgliedsstaaten zusammen unterhalten insgesamt rund 1400 Investitionsschutzabkommen mit Drittländern. Deutschland ist auch hier wieder Weltmeister mit 131 ratifizierten bilateralen Investitionsschutzabkommen.

Die Mehrzahl der heute in Kraft befindlichen BITs sehen Streitbeilegungsverfahren durch Schiedsgerichte vor. Sie räumen Investoren unmittelbare Klagerechte gegen den Gaststaat ein. Meistens wird dem Investor sogar die Wahl zwischen verschiedenen Verfahrensarten eingeräumt, z.B. einem Verfahren vor dem ICSID, nach der Schiedsordnung der bereits erwähnten UNCITRAL – es handelt sich dann um ein sog. ad-hoc-Verfahren, das in der Praxis sehr häufig vom Ständigen Schiedsgerichtshof in Den Haag verwaltet wird – oder einem Verfahren vor der Stockholmer Handelskammer oder vor dem Internationalen Schiedsgerichtshof der Internationalen Handelskammer in Paris.

Die Anzahl solcher von Investoren angestrebten

Schiedsverfahren ist seit Ende der 90er Jahre ganz erheblich gestiegen. Wurden im Jahr 2000 weltweit nur 13 neue Verfahren bekannt, waren es im Jahr 2012 schon 50, davon rund zwei Drittel gegen Entwicklungs- und Transformationsländer und 15 gegen Industrieländer. Weltweit sind bisher insgesamt rund 500 solcher Verfahren anhängig gemacht worden.

Angesichts dieser Zahlen überrascht es, dass die deutschen Medien im Gegensatz zur ausländischen Presse offenbar erst im Zusammenhang mit dem TTIP-Thema und der Vattenfall-Klage von dieser Entwicklung Notiz genommen haben. Wenn man bedenkt, dass in den vergangenen 20 Jahren in über 30 Fällen deutsche Firmen sich den Investitionsschutz zunutze gemacht (darunter Siemens, Deutsche Bank, E.ON, aber auch manche mittelständischen Unternehmen) und Gaststaaten überwiegend erfolgreich verklagt haben, dann mutet der Aufschrei der Empörung über eine nun erstmals gegen Deutschland gerichtete Klage eines Investors – gemeint ist Vattenfall – doch reichlich scheinheilig an.

### 2. Reformüberlegungen zur Investitionsschiedsgerichtsbarkeit

Das heißt nicht, dass die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit nicht reformiert werden muss. Im Gegenteil, hierzu gibt es schon seit längerer Zeit sehr konstruktive Vorschläge, die durch die TTIP-Debatte an Tempo zugenommen haben, was durchaus ein Verdienst dieser Debatte ist. Im Einzelnen:

Kritisiert wird vor allem, dass Investitionsschiedsverfahren vertraulich sind, die Öffentlichkeit also weder über die Einzelheiten des Verfahrens noch dessen Abschluss informiert wird. In der Tat sehen die BITs der älteren Generation in aller Regel keine Transparenzregeln vor.

Die öffentliche Kritik an der mangelnden Transparenz der Verfahren ist berechtigt. Im Gegensatz zur Handelschiedsgerichtsbarkeit geht es bei Investitionsschiedsverfahren regelmäßig um hoheitliches Handeln und politische Entscheidungen des Gaststaates. Sollte ein Gaststaat tatsächlich seine Pflichten aus einem Investitionsschutzvertrag verletzt haben, kann er zu Entschädigung oder Schadenersatz verurteilt werden. Es geht also letztlich um Steuergelder. Solche Verfahren sollten daher in der Tat nicht im Hinterzimmer geführt werden. Genau aus diesem Grund hat ICSID bereits im Jahr 2006 seine Schiedsregeln überarbeitet. Zwar finden die Verfahren nach wie vor grundsätzlich unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt. Jedoch steht es seit 2006 im Ermessen der ICSID-Schiedsgerichte, Dritten die Teilnahme an mündlichen Verhandlungen zu gestatten. Auch können Schriftsätze von Dritten (z.B. Nichtregierungsorganisationen) – sog. *amicus-curiae*-Schriftsätze – angenommen werden. Außerdem sehen die ICSID Arbitration Rules vor, dass Schiedssprüche mit Zustimmung der Parteien veröffentlicht werden können.

Die USA und Kanada verfügen im Übrigen dank des NAFTA-Abkommens bereits über längere Erfahrung mit verstärkten Transparenzvorschriften und sind den Europäern damit in dieser Beziehung um einiges voraus. So besteht in NAFTA-Verfahren die Möglichkeit, mit Zustimmung der Parteien die mündliche Verhandlung öffentlich

durchzuführen. Ferner werden in der Regel Schriftsätze, Verfügungen des Schiedsgerichts und der Schiedsspruch öffentlich zugänglich gemacht, soweit diese Dokumente keine vertraulichen Geschäftsgeheimnisse enthalten.

Richtschnur für mehr Transparenz könnten die von der bereits erwähnten UNCITRAL ausgearbeiteten und seit dem 1. April 2014 geltenden UNCITRAL Transparency Rules sein. Diese sehen eine umfassende Öffnung der Schiedsgerichtsbarkeit vor. Zwar sind diese Transparenz-Regeln zwingend nur auf solche Verfahren anzuwenden, die auf der Basis von Investitionsschutzabkommen eingeleitet wurden, welche ihrerseits nach dem 1. April 2014 abgeschlossen worden sind. Jedoch haben die Parteien eines Verfahrens die Möglichkeit, sich auf die Anwendbarkeit der Transparenz-Regeln ad hoc zu einigen, im Wege eines *opt-in*. Es bleibt abzuwarten, wie häufig dies passieren wird. Interessanterweise sind es in der Praxis bisher sehr viel häufiger die Staaten als die Investoren, die sich gegen eine völlige Transparenz der Verfahren wehren.

Ein weiterer Kritikpunkt betrifft die völkerrechtlichen Schutzstandards der Investitionsschutzabkommen. Es gibt in der Tat gute Gründe, die materiellen Schutzstandards für Investitionen in Zukunft zu präzisieren. Dies gilt insbesondere für den Grundsatz der fairen und gerechten Behandlung (*fair and equitable treatment*, FET). Dieser Standard ist in älteren Vertragstexten nicht weiter konkretisiert. Dementsprechend unsicher war seine konkrete Bedeutung. Manche Schiedssprüche werden zu Recht dafür kritisiert, den FET-Standard zu weit, und damit zu investorenfreundlich, ausgelegt zu haben. Vor diesem Hintergrund schlägt die EU-Kommission im Verhältnis zu den USA vor, die mit dem unbestimmten Rechtsbegriff FET verbundene Rechtsunsicherheit durch einschränkende Fallgruppen auszuschließen, wie *denial of justice*, Verstoß gegen fundamentale, international anerkannte Verfahrensrechte sowie auf der Hand liegende Willkür oder gezielte Diskriminierung. Dies ist der richtige Ansatz, um mehr Rechtssicherheit zu erlangen, wenngleich diese Neuregelung den bisher üblichen Schutzstandard nicht unerheblich einschränken würde. Ob dies im Sinne einer Exportnation wie Deutschland ist, kann man in Frage stellen.

Als letzten Kritikpunkt sei die Forderung nach einer Berufungsinstanz angesprochen. Eine solche gibt es bisher nicht, weder nach den Schiedsklauseln bilateraler Investitionsschutzverträge noch in den existierenden Freihandelsabkommen oder der Energy-Charta. Sie nachträglich zu vereinbaren, wäre vielleicht wünschenswert, aber ziemlich unrealistisch. Im Rahmen des TTIP wäre die Einführung einer Berufungsinstanz denkbar. Aber auch der Vorschlag der EU-Kommission trifft hier noch keine abschließende Aussage, sondern schlägt weitere Konsultationen zu diesem Thema vor. Bei der Frage nach einer zweiten Instanz gibt es Für und Wider. Überlegenswert wäre die Schaffung einer völkerrechtlich fest verankerten ständigen Institution, die eher als Revisionsinstanz denn als zweite Tatsacheninstanz entscheiden würde. Durch eine solche Lösung könnte mehr Kohärenz und folglich mehr Rechtssicherheit in den oft strittigen Grundsatzfragen der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit erreicht werden.

Es gibt aber auch Gründe, die gegen eine solche zweite Instanz sprechen. Zum einen ist es geradezu Wesensmerkmal der Schiedsgerichtsbarkeit, dass sie keinen Instanzenzug kennt. Zum anderen gibt es bereits sowohl in der Handelsschiedsgerichtsbarkeit als auch der Investitionsschutzgerichtsbarkeit die Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung der Einhaltung von verfahrensrechtlichen Mindeststandards. Diese Rolle obliegt den zuständigen staatlichen Gerichten – in Deutschland den OLGs – oder im Rahmen des ICSID-Abkommens den sogenannten Annulierungskomitees. Schließlich ist zu bedenken, dass eine zweite Instanz die Verfahrensdauer verlängern und die ohnehin sehr erheblichen Verfahrenskosten weiter in die Höhe treiben würde. Wägt man diese Argumente gegeneinander ab, erscheint es im Ergebnis vernünftiger, es bei einer Instanz zu belassen und stattdessen die materiellen Schutzstandards zu präzisieren und damit den Ermessensspielraum der Investitionsschiedsgerichte zu reduzieren.

### III. Schlussbetrachtung

Zusammenfassend lässt sich sagen: Im Gegensatz zur privaten besteht bei der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit in der Tat Reformbedarf, und zwar sowohl in verfahrensrechtlicher als auch in materiell-rechtlicher Hinsicht. Vorbilder und Instrumente dafür gibt es bereits, sie müssen nur genutzt und weiterentwickelt werden. Das ist auch der Ansatz und der Verdienst des Vorschlags der EU-Kommission zum TTIP. Die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit in Bausch und Bogen zu verurteilen – nach dem Motto „Mir passt die ganze Richtung nicht“ – ist sicher keine Lösung. Gerade Deutschland mit seiner starken Exportwirtschaft ist auf den völkerrechtlichen Schutz der von deutschen Unternehmen im Ausland getätigten Investitionen angewiesen. Natürlich denkt man dabei in erster Linie an Investitionen in solchen Gaststaaten, deren Rechtssystem unsicher ist. Aber auch im Verhältnis zu Staaten mit gesicherter Rechtstradition kann es durchaus zu Investitionsstreitigkeiten kommen, das zeigt die Statistik. Die Öffentlichkeit muss jedenfalls zur Kenntnis nehmen, dass Deutschland bereits seit langem und in erheblichem Umfang völkerrechtliche Verpflichtungen eingegangen ist, die nicht einfach beseitigt werden können. Dies kann dann auch mal „nach hinten“ losgehen, wie im Fall Vattenfall. Dass Vattenfall ein Schiedsverfahren vor dem ICSID angestrengt hat, kann bei nüchterner Betrachtung nicht als skandalös betrachtet werden. Es war Vattenfalls „gutes Recht“, völkerrechtlich verbürgt im von Deutschland ratifizierten Energy-Charta-Vertrag. Genauso wie es das „gute Recht“ von E.ON, RWE und anderer Kernkraftbetreiber ist, Verfassungsbeschwerde gegen das Laufzeitverkürzungsgesetz vor dem Bundesverfassungsgericht einzulegen. Wie diese Verfahren ausgehen, wird man sehen. Misslich an dieser Situation ist allerdings, dass Vattenfall zweigleisig vorgeht, also auch in Karlsruhe klagt. Genau dieses zweigleisige Vorgehen sollte in Zukunft generell ausgeschlossen werden, der Investor muss sich also entscheiden – durch eine sog. *fork-in-the-road*-Klausel – ob er vor die Gerichte des Gaststaates zieht oder ein Investitionsschiedsgericht anruft. Genau das schlägt im Übrigen auch die EU-Kommission zu dieser Frage vor.