

## Vortrag: Rechtsstaatlichkeit von internationaler Handelsschiedsgerichtsbarkeit?

Dr. Kiyomi v. Frankenberg

Mein Ziel ist es, zu erklären, was Investor-Staats-Klagen (ISDS, investor state dispute settlement) sind und wie sie die Souveränität von Staaten untergraben können. Zur Vorbereitung der Diskussion behandle ich die Frage, ob es Möglichkeiten gibt, in solchen Schiedsverfahren rechtsstaatliche Grundsätze zu berücksichtigen.

Zunächst erläutere ich Rechtsgrundlage und Verfahren von ISDS und lege einen Schwerpunkt auf Unabhängigkeit und Kontrolle von Schiedsgerichten. Dabei gehe ich auf den derzeitigen Eindruck von ISDS ein, wonach bei solchen Verfahren Unternehmensinteressen derartig über Gemeinwohlinteressen gestellt werden können, dass sie Demokratie und Rechtsstaatlichkeit auszuhöhlen drohen.

### 1. Was sind Investor-Schiedsklagen?

#### a) Geschichtlicher Hintergrund

Früher kämpften Staaten um ihre wirtschaftliche Vormachtstellung in der Welt. Heute übernehmen Unternehmen diese Aufgabe zunehmend selbst, auch, weil sie sich aufgrund ihrer Größe nicht mehr an einen Staat gebunden fühlen. Natürlich greifen sie dabei nicht zu den Waffen, wenn sie sich gegenüber einem Staat durchsetzen wollen. Stattdessen nutzen sie die Möglichkeit, Staaten zu verklagen. Sie klagen, wenn die Gesetze eines Staates ihre Gewinninteressen gefährden.

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

Es geht allerdings schon lange nicht mehr um die klassische Enteignung, sondern um die Frage, ob der Investor im Gaststaat „billig und gerecht“ behandelt worden ist. Dieser Formulierung ist dabei so dehnbar, dass alle möglichen Interessen darunter fallen können.<sup>1</sup>

Bei aktuellen Handelsabkommen wie CETA und TTIP geht es zudem darum, solche Klagen zwischen Staaten zuzulassen, die über voll funktionsfähige Justizsysteme von hoher Qualität und Rechtssicherheit verfügen. Damit erscheinen Investor-Staats-Klagen in einem anderen Licht: Ausländische Unternehmen können jedes staatliche Handeln (der Erlass von neuen Gesetzen oder die Anwendung bestehender Vorschriften) unabhängig von der staatlichen Justiz durch private Schiedsleute überprüfen lassen und dafür Schadensersatz in Milliardenhöhe fordern, und zwar in einem Verfahren, das weit hinter den rechtsstaatlichen Standards der beteiligten Staaten zurückbleibt.

#### b) Rechtsgrundlage

---

<sup>1</sup> *Karl, Joachim*: Investor-Gaststaat-Streitschlichtung - ein Auslaufmodell? RIW 2015 S. 41 - 46, S. 42.

Staaten können untereinander Verträge abschließen. Ein Typus solcher völkerrechtlichen Verträge sind Handelsabkommen. Auf ihrer Grundlage können Investitionsabkommen geschlossen werden. Sie regeln, wie die Unternehmen eines Staates in einem anderen Staat behandelt werden sollen. Oft sehen Investitionsabkommen sog. Investor-Staats-Klagen vor.

Normalerweise haben natürliche und juristische Personen, also auch Unternehmen im Völkerrecht kaum eine Möglichkeit, eine Verletzung eigener Rechte geltend zu machen. Unternehmen sind keine Subjekte des Völkerrechts. Stattdessen sind sie darauf angewiesen, dass ihr Heimatstaat seine eigenen Rechte geltend macht ihnen damit indirekt hilft.<sup>2</sup>

Mit Investor-Staats-Klagen werden Unternehmen aber gleichwohl per Vertrag teilweise zu Subjekten des Völkerrechts aufgewertet<sup>3</sup> und erhalten eine den aufnehmenden Staaten gleichberechtigte Rechtsstellung.<sup>4</sup>

### c) Verfahren von ISDS

Wie laufen Investor-Staats-Klagen konkret ab? Ein Schiedsgericht ist in der Regel mit drei Schiedsrichtern besetzt. Die Schiedsrichter stammen oft aus internationalen Großkanzleien oder aus Aufsichtsräten großer Unternehmen.<sup>5</sup> Sie werden von den Parteien ausgewählt: Der Staat und das Unternehmen bestellen je einen der Richter, der dritte wird von beiden Parteien gemeinsam bestimmt. Aufgabe dieser Schiedsrichter ist die Entscheidung darüber, ob die Profitinteressen des klagenden Unternehmens die öffentlichen Interessen etwa an Umweltschutzregelungen überwiegen.

Die meisten Klagen werden vor der UN-Handelskommission entschieden.<sup>6</sup> Ihre Schiedsgerichtsordnung<sup>7</sup> ist ebenso wie die Vorgaben der anderen internationalen Streitschlichtungs-Institutionen<sup>8</sup> allgemein gehalten und lässt oft weite Interpretationsspielräume zu.

---

<sup>2</sup> Hofmann, Rainer in Kadelbach, Stephan: Recht ohne Staat? S. 123, 133. Griebel, Jörn: Internationales Investitionsrecht, München 2008, S. 93.

<sup>3</sup> Braun, Tillmann: TranState Working Papers No. 89: Investitionsschutz durch internationale Schiedsgerichte, S. 13 m.w.N.

<sup>4</sup> Hofmann, Rainer: Modernes Investitionsschutzrecht - Ein Beispiel für die entstaatlichte Setzung und Durchsetzung von Recht, in: Kadelbach, Stephan: Recht ohne Staat? S. 134.

<sup>5</sup> Eberhard, Pia / Fuchs, Peter: Die Akteure hinter dem TTIP und ihre Gegner, in: Klimenta, Harald / Fisahn, Andreas et al.: Die Freihandelsfälle. Transatlantische Industriepolitik ohne Bürgerbeteiligung – das TTIP. Hamburg 2014, S. 98-102, S. 100.

<sup>6</sup> (UNCITRAL, *United Nations Commission on International Trade Law*). Im Jahr 2012 waren es 61 % aller Klagen. United Nations Conference on Trade and Development: Recent Developments in Investor-State-Dispute Settlement, [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d3\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d3_en.pdf), abgerufen am 8. 5. 2014, S. 4.

<sup>7</sup> (UNCITRAL *Arbitration Rules*) <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf>, abgerufen am 13.5.2014.

Diese Regeln werden u. a. am *Permanent Court of Arbitration* in Den Haag angewendet: [http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag\\_id=1061](http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1061), abgerufen am 19.5.2014.

<sup>8</sup> U.a. Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States (ICSID-Regeln), International Chamber of Commerce (ICC), Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e. V. (DIS) oder Vienna International Arbitral Centre (VIC).

Es ist auch nicht vorgegeben, welche materiellen Rechtsvorschriften anzuwenden sind. Ihre Auswahl ist den Parteien und den Schiedsrichtern weitgehend selbst überlassen; vorgegeben ist lediglich, dass die Schiedsrichter die einschlägigen Handelsbräuche berücksichtigen - das nationale Recht des verklagten Staates müssen sie nicht einmal kennen.

Verhindern kann ein Staat die Vollstreckung eines Schiedsspruchs nur in den seltensten Fällen.<sup>9</sup>

#### aa) Keine Unabhängigkeit der Schiedsrichter

Die Unabhängigkeit der Richter ist eine zentrale Voraussetzung für rechtsstaatliche Justizsysteme. Auch Schiedsrichter müssen zumindest dem deutschen Recht nach unparteiisch sein (§ 1036 ZPO, § 14 PartG). Ob die - von den Parteien ausgewählten - Schiedsrichter bei Investor-Staats-Klagen unabhängig sein können, ist zweifelhaft: Ein Richter, der sein Honorar (!) nur dann erhält, wenn er überhaupt ausgewählt wird, könnte ein Interesse daran haben, so zu entscheiden, dass er auch in weiteren Verfahren ausgewählt wird. Er könnte also besonderes Gewicht auf das Interesse einer Partei (seines Auftraggebers) legen, anstatt unabhängig zu urteilen. Tatsächlich heißen die von den Parteien ausgewählten Schiedsrichter im Englischen auch „non-neutral arbitrators“.<sup>10</sup> Würde oft zugunsten des Staates entschieden, hätten Unternehmen kein Interesse an solchen Klagen, sodass ein lukrativer Geschäftszweig großer Kanzleien wegfallen würde.

#### bb) Keine Kontrolle durch Öffentlichkeit und Rechtsmittel

Auch so grundlegende rechtsstaatliche Verfahrensprinzipien wie Öffentlichkeit und Kontrolle gehen internationalen Schiedsverfahren ab. Die Verhandlungen laufen unter Ausschluss der Öffentlichkeit ab. Niemand hört zu außer den Beteiligten selbst. Auch das Ergebnis, der Schiedsspruch wird nicht immer veröffentlicht. Lediglich bei Zustimmung beider Parteien soll der Schiedsspruch öffentlich bekannt gemacht werden.

In diesen Verfahren gibt es auch keine Möglichkeit, Rechtsmittel zur Kontrolle des Schiedsspruchs einzulegen. Die Parteien können lediglich eine „Auslegung“ des Schiedsspruchs und eine Korrektur von Tippfehlern einfordern. (klingt absurd, ist aber so) Die Entscheidung der Schiedsrichter wirkt also wie ein letztinstanzliches Urteil. Der verurteilte Staat muss entweder die in Rede stehende gesetzliche Regelung zurücknehmen oder unverzüglich eine erhebliche Entschädigung zahlen.

---

<sup>9</sup> Nämlich wenn das Schiedsgericht seine Kompetenz überschritten hat (z.B. wenn es ohne Ermächtigung nach Billigkeit oder nach einer anderen Rechtsordnung als vereinbart entscheidet) oder gegen den (restriktiv ausgelegten Renner, Moritz: Zwingendes transnationales Recht, Baden-Baden 2011 (Diss.) S. 84.) ordre public verstößt, wenn also der Schiedsspruch mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts unvereinbar ist (z.B. wenn sich die Parteilichkeit eines Schiedsrichters auf das Verfahren auswirkte oder wenn die Grundanforderungen des fairen Verfahrens verletzt wurden), Art. V 2 UNÜ-Abkommen zur Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, über UNCITRAL, New York Convention on the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards vom 10.6.1958. § 1061 ZPO Anhang 1 UNÜ, MüKo-Adolphsen Rn. 70, 75

<sup>10</sup> Parise Kuhnle, Federico: TranState Working Papers No. 182: Die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit aus Sicht kleiner und mittlerer Unternehmen, S. 19.

Die fehlende Kontrolle ist auch im Hinblick auf die Rechtssicherheit problematisch. Denn ohne höhere Instanz und ohne Veröffentlichung aller Schiedssprüche kann sich keine einheitliche Auslegung der oft vieldeutigen Begriffe des internationalen Handelsrechts herausbilden.<sup>11</sup>

### Zwischenfazit

Sollten Investor-Staats-Klagen vermehrt im Wirtschaftsraum EU - USA zugelassen werden, erfolgt dies nicht mit der ursprünglichen Zielsetzung, lückenhafte oder nicht existente Rechtsordnungen zum Schutze unternehmerischer Interessen zu überbrücken. Im Gegenteil: Die rechtsstaatlichen Standards sind auf beiden Seiten des Atlantiks hoch – während die bisherige Ausgestaltung der Schiedsverfahren wie gezeigt erschreckend rechtsstaatsfern aussieht.

Wenn man - wie es ja aktuell der Fall ist - trotzdem über die Zulassung solcher Klagen nachdenkt, müssen daher zwei Fragen beantwortet werden. Zum einen: Ist es gerechtfertigt, über die bestehende Handelsgerichtsbarkeit hinaus Sonderklagemöglichkeiten eigens nur für multinationale Unternehmen zu schaffen?

Zum anderen: Wie müssen dann Schiedsverfahren ausgestaltet werden, damit sie rechtsstaatlichen Grundsätzen genügen und in Einklang mit einer demokratischen Rechtsordnung gebracht werden können?

### 2. Voraussetzungen für Sonderklagemöglichkeiten multinationaler Unternehmen

Zur ersten Frage nach der grundsätzlichen Legitimation von Investor-Staats-Klagen in stark ausgeprägten Rechtsstaaten: Sie könnte sich allenfalls dann ergeben, wenn bei der Behandlung multinationaler handelsrechtlicher Fragen vor nationalen Gerichten Probleme entstehen wie z.B. überlange Verfahrensdauer oder fehlendes Fachwissen der Richter - und dadurch nicht hinnehmbare Nachteile für die Unternehmen entstünden.

Für die Beantwortung der zweiten Frage, welche verfahrensrechtliche Standards Schiedsverfahren erfüllen müssten, ist in Erinnerung zu rufen: Rechtsprechung ist grundsätzlich Aufgabe des Staates. Die Staatlichkeit der Rechtsprechung schützt vor ihrer Abhängigkeit von Partikularinteressen.<sup>12</sup> Nur der neutrale Staat kann Rechtsschutz unparteiisch gewähren.<sup>13</sup>

Gleichwohl kann die staatliche Rechtsprechungsgewalt auf nicht-staatliche Gerichte übertragen werden (BVerfGE 10, 200). Das Parlament kann Sondergerichte schaffen. So gibt es z.B. Schiedsgerichte für Sport, Parteien oder Betriebe. Die freien Berufe (z.B. Anwälte, Wirtschaftsprüfer, Apotheker) verfügen über eine eigene, private Gerichtsbarkeit für Verstöße gegen ihr Berufsrecht .

---

<sup>11</sup> *Hofmann, Rainer*: Modernes Investitionsschutzrecht - Ein Beispiel für die entstaatlichte Setzung und Durchsetzung von Recht, in: Kadelbach, Stephan: Recht ohne Staat? S. 135.

Vgl. auch *Renner, Moritz*: Zwingendes transnationales Recht, Baden-Baden 2011, S. 124.

<sup>12</sup> *Dreier*, GG, Art. 92 Rn. 49.

<sup>13</sup> *Häberle, Peter*: Berufsgerichte als „staatliche“ Gerichte, DÖV 1965, S. 369 - 373, S. 373.

Das ist aber nur unter Beachtung des Rechtsstaatsprinzips, nämlich unter folgenden Voraussetzungen möglich: Schiedsgerichte sind zulässig, wenn sie von beiden Parteien freiwillig in Anspruch genommen werden, staatliche Gerichte die Verfahrensstandards überprüfen können (vgl. § 1059 II Nr. 2 b ZPO) und ein faires Verfahren mit neutralen, unabhängigen Richter und rechtlichem Gehör gewährleistet wird.<sup>14</sup>

Das sind Voraussetzungen, die für Schiedsgerichte unter Privatpersonen gelten. Für internationale Schiedsgerichte, die auch über das öffentliche Interesse entscheiden, müssen strengere Regeln gelten, die sicherstellen, dass nicht einfach das Recht des Stärkeren gilt.

Zuerst ist zu überlegen, ob man als Zulässigkeitsvoraussetzung für internationale Schiedsgerichte fordert, dass der staatliche Rechtsweg erschöpft sein muss, wie Markus Krajewski es tut,<sup>15</sup> oder ob man in Anlehnung an den Komplementaritätsgrundsatz des ICC verlangt, dass internationale Schiedsgerichte erst dann tätig werden dürfen, wenn sich die staatliche Gerichtsbarkeit des Falles nicht annimmt.<sup>16</sup>

Um die Unabhängigkeit der Schiedsrichter zu ermöglichen, sollten sie nicht gewählt werden, sondern nach einem Geschäftsverteilungsplan zugewiesen werden und Nebentätigkeiten nur in begrenztem Umfang wahrnehmen dürfen.

Die Verhandlungen und die Urteile sind öffentlich zugänglich zu machen.

Rechtsmittel müssen möglich gemacht werden. Da ISDS oft auch öffentliche Interessen stark tangieren, ist zu überlegen, ob die zweite Instanz nicht durch ein weiteres Schiedsverfahren, sondern durch ein staatliches Gericht gewährt werden sollte. Jedenfalls solange es keine Oberschiedsgerichte gibt, müssen die staatlichen Gerichte die verfassungsrechtlich gebotene zweite Instanz für Schiedssprüche bilden.<sup>17</sup>

Über diese m.E. nach zwingenden Voraussetzungen hinaus ist zu überlegen, ob in Schiedsvereinbarungen festgelegt werden sollte, dass sich die Schadensersatzforderung lediglich auf bereits getätigte Investitionen beziehen darf, sodass zukünftige Gewinnerwartungen nicht einklagbar wären.

Außerdem ist zu überlegen, ob die Anwalts- und Schiedsrichterhonorare erheblich gedeckelt werden sollten. Das würde eine besonders kritisch zu bewertende Begleiterscheinung von Investor-Staats-Klagen, nämlich Prozessfinanzierer eindämmen. Es gibt es börsennotierte Unternehmen wie

---

<sup>14</sup> Dreier, GG, Art. 97 Rn. 44

<sup>15</sup> Krajewski, Markus: [http://www.fes-europe.eu/attachments/486\\_FES%20Study%20ISDS%20in%20TTIP%202014.pdf](http://www.fes-europe.eu/attachments/486_FES%20Study%20ISDS%20in%20TTIP%202014.pdf), abgerufen am 26.11.2014, S. 18.

<sup>16</sup> Griebel, Jörn: Internationales Investitionsrecht, München 2008, S. 94: Das Erfordernis der Rechtsweg-Erschöpfung ist typisch für Investor-Staats-Streitbeilegungsregeln, hier wird zumindest die Beschreitung des nationalen Rechtswegs für 3 Monate bis 2 Jahre gefordert.

<sup>17</sup> Schütze, Ralf: Die gerichtliche Überprüfung von Entscheidungen des Schiedsgerichts, SchiedsVZ 2009 S. 242.

Burford Capital, die sich auf die Finanzierung solcher Klagen spezialisiert haben. Sie übernehmen die Prozesskosten für Investor-Staats-Klagen ganz oder teilweise (3 - 15 Mio US \$ pro Verfahren).<sup>18</sup> Im Gegenzug erhalten sie einen Anteil (10 - 50 %) der erstrittenen Schadensersatzzahlung. Prozessfinanzierer haben also ein Interesse daran, dass Staaten zu möglichst hohen Schadensersatzsummen verurteilt werden. Dieses Interesse befördern sie, indem sie bestimmte Anwälte und Sachverständige für das Verfahren vorschlagen, eigene Recherchen anbieten<sup>19</sup> und den Streitgegenstand künstlich erweitern.<sup>20</sup>

Im Hinblick auf die vielleicht auch im Handelsrecht mögliche Entwicklung einer internationalen Rechtsstaatlichkeit gewinnen diese Vorschläge – also: komplementäre oder letztinstanzliche Zulassung von ISDS, Kontrolle durch Öffentlichkeit und zweite Instanz, Absenkung der Honorare, Eingrenzung der einklagbaren Schadenssummen – in meinen Augen dann Überzeugungskraft, wenn sie in die Errichtung eines internationalen Wirtschaftsgerichtshofs einfließen. Ein solcher Wirtschaftsgerichtshof soll nach der Idee von Christian Felber aus Wien für alle Betroffenen von grenzüberschreitenden Investitionen zugänglich sein, sodass dort auch Konzerne verklagt werden und Privatpersonen Kläger sein könnten.<sup>21</sup>

### 3. Fazit:

Es mag gerechtfertigt sein, eine eigene Sonderklagemöglichkeit für Unternehmen auch in rechtsstaatlicher Umgebung zuzulassen.

Es gibt jedoch keinen Grund, dabei auf vordemokratischer Stufe anzufangen und auf rechtsstaatliche Errungenschaften wie Rechtssicherheit, Öffentlichkeit, Kontrolle und Unabhängigkeit des Gerichts zu verzichten.

Investor-Staats-Klagen im Zusammenhang mit TTIP bedrohen die demokratische Gesetzgebung und Rechtsprechung in der EU und den USA. Sie reduzieren demokratische Steuerungsmöglichkeiten. Ihr Verfahren, das wie gezeigt nicht einmal rechtsstaatlichen Mindeststandards genügt, führt dazu, dass demokratische Gesetze nicht in Kraft treten oder zurückgenommen werden müssen und anderenfalls mit einer Art Geldstrafe sanktioniert werden. Ein noch direkterer Angriff auf demokratische Rechtsstaatlichkeit ist kaum denkbar, aber bereits in Planung: Im Zuge von TTIP soll auch eine Behörde für regulatorische Kooperation geschaffen werden. Dieser transatlantische Kontrollinstanz sollen in einer Art Vorprozess zur parlamentarischen Gesetzgebung alle staatlichen Regulierungsabsichten vorgelegt werden, damit das jeweilige Vorhaben auf seine Freihandelsverträglichkeit geprüft werden kann. Konkret heißt das, dass andere Staaten und vor allem auch Interessenverbände und Unternehmen Wünsche an das geplante Gesetz äußern können, deren Nichtberücksichtigung begründet werden muss. Die American Chamber of Commerce fordert das Recht, am Gesetzesentwurf mitzuschreiben. Business Europe beabsichtigt wörtlich, „Co-Gesetzgeber“ zu werden.

---

<sup>18</sup> <http://www.burfordcapital.com/how-we-help/faq-2/>, abgerufen am 26.4.2014.

<sup>19</sup> <http://omnibridgeway.com/about-omni-bridgeway/>, abgerufen am 8. 4. 14.

<sup>20</sup> *De Brabandere, Erik / Lepeltak, Julia*: Third Party Funding In International Investment Arbitration, Grotius Centre Working Paper No. 2012/1, S. 8, abgerufen am 13.5.2014 unter [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2078358](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2078358).

<sup>21</sup> *Felber, Christian / Falke, Andreas*: TTIP kontrovers, APuZ 2014, Nr. 50-51, S. 25 - 33, S. 32 (*Felber*).