

Herausgegeben von der Europa-Union Deutschland e.V.

Streit um die Streitbeilegung – TTIP und die Schiedsgerichtsbarkeit

Inhalt

Von Dr. Claudia Conen

Ausgangspunkt Freihandelsabkommen: Eine Bestandsaufnahme	2
Rechtsschutz durch Schiedsgerichte: In Deutschland staatlichen Gerichten gleichwertig	4
Überblick und Systematik der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit	6
Bewertung der internationalen Schieds- gerichtsbarkeit	9
Schiedsgerichtsbarkeit in Freihandels- abkommen	10
Lösungsansätze zum internationalen Investorenschutz	14
Abschließende Anmerkungen	16
Quellenangaben	18
Die Autorin	19
Impressum	20

Die öffentliche Debatte über das Freihandelsabkommen TTIP ist in Deutschland ungebrochen. Die Quantität der Beiträge korrespondiert dabei nicht unbedingt mit ihrer Qualität. Der Abschluss dieses völkerrechtlichen Vertrages wird (leider) oftmals mit Befürchtungen über seine Ausgestaltung gleichgesetzt und damit die Frage des »Ob« mit der Frage des »Wie« erschlagen. So spaltet sich die Gesellschaft (scheinbar) in Befürworter und Gegner des Abkommens.

Gegenstand der Bedenken gegen TTIP ist zum einen die drohende Absenkung von Umwelt-, Verbraucherschutz- und Sozialstandards unter das gegenwärtige (wohl europäische bzw. deutsche) Niveau durch amerikanische Produkte bzw. Unternehmen. Zum anderen wird (zu Recht) auch über die etwaige Benachteiligung potenzieller (dritter) Handelspartner im Bereich der Entwicklungspolitik durch Europa bzw. Deutschland nachgedacht. Unerwartet heftig wird die Frage diskutiert, ob Konflikte im Zusammenhang mit Auslands-»Investments« zwischen privaten Unternehmen und Staaten(gemeinschaften) der Schiedsgerichtsbarkeit zugänglich

gemacht werden sollen. Dabei sind Schiedsgerichte im internationalen grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr weder unüblich noch neu.

Aufgrund der anhaltenden Kritik in den fortdauernden TTIP-Verhandlungen ist zu erwarten, dass die »Tradition« der schiedsrichterlichen Streitbeilegung zwar nicht aufgegeben, aber doch modifiziert werden wird. Um sinnvolle Modifizierungen zu erreichen, ist (erneut) zwischen dem »Ob« und dem »Wie« in der Sache zu differenzieren. Der vorliegende Beitrag gibt dazu einen Einblick in Systematik, Verfahren und Maßstab internationaler Schiedsgerichtsbarkeit. Es wird der Frage nachgegangen, wann (bzw. warum) dieses Instrument eine sinnvolle Ergänzung der staatlichen und internationalen Gerichtsbarkeit darstellt. Dabei geht es nicht nur um unterschiedliche Argumente und Interessenvielfalt. Um Alternativen zum bisherigen Streitbeilegungsmechanismus zu finden, bedarf es der Versachlichung der Thematik; und um die Wahrnehmung von Staaten als Vertragspartner zu erhalten, muss sich die Art der Debattenführung in Deutschland ändern. ♦

1.

Ausgangspunkt Freihandelsabkommen: Eine Bestandsaufnahme

Weltweit gibt es zahlreiche und teilweise sehr unterschiedlich ausgestaltete Freihandelsabkommen (sog. FTAs – *Free Trade Agreements*), bilaterale und multilaterale (sog. BITs bzw. MITs – *Bilateral* bzw. *Multilateral Investment Treaties*) sowie Abkommen zwischen EU-Staaten, zwischen nicht EU-Staaten, zwischen europäischen und nicht-europäischen Staaten sowie zwischen der EU als Staatenbund und nicht EU-Staaten. Neben den (teilweise vorläufig) in Kraft getretenen FTAs, z. B. zwischen der EU und Kolumbien, Peru, Mexiko, Südafrika, Südkorea oder der Türkei (BMWi 2014) stehen weitere völkerrechtliche Abkommen kurz vor ihrer Ratifizierung wie das FTA mit Kanada (CETA – *Comprehensive Economic and Trade Agreement*); andere FTAs befinden sich im Verhandlungsstatus, z. B. Abkommen zwischen der EU und den Golfstaaten, mit Indien, mit Malaysia, mit Japan oder mit Singapur. Zur Gruppe der europäischen FTAs im Verhandlungsstatus gehört auch die

TTIP – *Transatlantic Trade and Investment Partnership*.

Ziel der FTAs sind der Abbau bzw. die Reduzierung von Handelshemmnissen, d. h. von Hemmnissen, die den grenzüberschreitenden Austausch von Waren und Dienstleistungen behindern. Handelshemmnisse können tarifär sein wie Import- bzw. Export-Zölle. Nicht tarifäre Handelshemmnisse dagegen beziehen sich auf technische und rechtliche Vorschriften, Umwelt-, Sozial- und Qualitätsstandards, Verpackungs- und Bezeichnungsvorschriften oder Herkunftsangaben.

Mit den Nachteilen von Handelshemmnissen kennen wir Europäer uns aus und haben (u. a.) deshalb den Europäischen Binnenmarkt mit Wirkung zum 1. Januar 1993 geschaffen. Insoweit erinnern wir uns auch an Bedenken, die im Vorfeld damals gegen Lockerungen im Handelsverkehr geäußert wurden. Derartige Bedenken haben (auch) damit zu



tun, dass uns ausländische Produkte (einschließlich ihrer Herstellungsabläufe) bzw. Dienstleistungen aus anderen Ländern nicht oder zumindest weniger bekannt sind. Sie sind uns jedenfalls nicht vertraut. Und was fremd ist, schafft Unsicherheit, und Unsicherheit schafft Ablehnung, die wiederum der Gefahr ausgesetzt ist, mit Mythen genährt und mit Emotionen mobilisiert zu werden (vgl. Piper, Süddeutsche 2014). Das betrifft nicht nur Chlorhühnchen aus den USA, sondern (umgekehrt) auch Herstellungsweisen und Vertriebsformen europäischer Produkte wie Antibiotika enthaltendes Schweinefleisch.

Aus ökonomischer Perspektive ist festzustellen, dass nicht jeder Abbau von Handelshemmnissen die Effizienz des internationalen Handels steigert. Neben den genannten »gefühlten« Aspekten gibt es auch Bedenken von Ökonomen, die (ebenfalls zu Recht) insbesondere vor Protektionismus warnen. Protektionismus hat neben handelsschaffenden Effekten (*trade creation effects*) und damit der Stärkung der (Binnen-)Märkte inner-

halb der Zollunion auch handelsablenkende Effekte (*trade diversion effects*) und damit die Schließung von Märkten außerhalb der Zollunion durch erhöhte »Zollmauern« zur Folge. Die zwei Seiten einer Medaille. Die drohende nationale Abschottung ist allgemein eine Schwierigkeit im Zusammenhang mit dem Abschluss von FTAs. Sie ist aber keine Eigenschaft speziell von TTIP.

Die WTO hat sich zum Ziel gesetzt, den Handel global zu liberalisieren, um allen Nationen zu mehr Wohlstand zu verhelfen. Infolgedessen müsste es Ziel der EU sein, mit dem Abschluss von FTAs (einschl. TTIP) handelsablenkende Effekte nicht aufkommen zu lassen bzw. soweit möglich zu reduzieren. Umgekehrt wäre eine nationale oder regionale Abschottung nicht-deutscher bzw. nicht-europäischer Märkte eine große Gefahr für Deutschland bzw. Europa: Nach China und den USA war Deutschland erneut »Exportweltmeister« (Statista 2013). Gleichzeitig stellt Europa nur einen Anteil von rund sieben Prozent der Weltbevölkerung (Eurostat 2014). Die erwarteten demographischen

Entwicklungen in Europa (verglichen zur »Rest-Welt«) lassen keine Änderung diesbezüglich erwarten (im Gegenteil). Wo liegen künftig unsere Absatzmärkte ohne globalen Handel? Wer bezieht künftig (außerhalb Europas) europäische Produkte und Dienstleistungen?

Natürlich kann über im Zusammenhang mit TTIP unterschiedlich zusammengetragenes Zahlen- und Datenmaterial gestritten werden. Fakt ist, dass

Deutschland bzw. Europa nur solange wirtschaftlichen Wohlstand erhalten können, solange das Nicht-EU-Ausland und insbesondere die weltweit bevölkerungsreichsten Länder USA, China und Indien deutsche bzw. europäische Produkte und Dienstleistungen nachfragen. Vor diesem Hintergrund ist der Abschluss von FTAs grundsätzlich positiv zu bewerten. Davon zu unterscheiden ist die Frage nach ihrer verantwortungsvollen Ausgestaltung im Detail.

2.

Rechtsschutz durch Schiedsgerichte: In Deutschland staatlichen Gerichten gleichwertig

In den ca. 3000 existierenden FTAs (UNCTAD-Statistik) sind nicht nur Vereinbarungen zu Wettbewerbsfragen, Investitionen und Zöllen enthalten, sondern auch Regelungen zur Konfliktbeilegung. Der von den Vertragsparteien vereinbarte Streitbeilegungsmechanismus sieht dazu die Schiedsgerichtsbarkeit vor. Was verbirgt sich dahinter?

Nach deutschem Recht findet ein Schiedsgerichtsverfahren au-

ßerhalb der staatlichen Gerichte statt, d.h. unter Verzicht auf den verfassungsrechtlich garantierten Richter. Die Parteien verfügen bei der Verfahrensgestaltung über die gleichen Rechte (und Pflichten) und können – im Wege ihrer Privatautonomie – gemeinsam über Verfahrensort und -sprache, wesentliche Punkte im Verfahrensablauf, Aspekte der Beweiserhebung, eine etwaige Protokollierung oder die Vertraulichkeit entscheiden. Auch bei Auswahl (und Anzahl) der



Schiedsrichter besteht zwischen den Parteien Waffengleichheit: Keiner Partei darf ein Übergewicht bei der Besetzung der Richter zukommen. Die Schiedsrichter sind neutral und unabhängig und müssen die Parteien zwingend gleich behandeln, andernfalls kann ein Schiedsrichter durch eine Streitpartei abgelehnt werden. Mit diesen Rahmenbedingungen bestätigte das Bundesministerium für Justiz 1996, dass Schiedsgerichte den Anforderungen von Unabhängigkeit und Überparteilichkeit in der Praxis gerecht werden (BMJ 1996).

Schiedsrichter haben die Streitigkeit in Übereinstimmung mit dem Recht zu entscheiden, das von den Parteien als anwendbar bestimmt wurde. Die Entscheidung hat die gleiche Wirkung wie ein Gerichtsurteil, kann aber nur in engen Grenzen durch staatliche Gerichte nachgeprüft bzw. aufgehoben werden. Ein Instanzenzug ist nicht vorgesehen. Ist die Schiedsgerichtsbarkeit vertraglich vereinbart, ist die gleichzeitige Anrufung eines staatlichen Gerichts unzulässig (sog. Schiedseinrede). Damit kann ein »Rosenpicken« der Urteile durch die

Parteien vermieden werden. Insofern ist das Schiedsgerichtsverfahren am Recht ausgerichtet, fair und v. a. freiwillig, weshalb der Bundestag 1996 befand, dass die »*Schiedsgerichtsbarkeit einen der staatlichen Gerichtsbarkeit grundsätzlich gleichwertigen Rechtsschutz bietet*« (Bundesregierung 1996).

Anerkannt ist die Schiedsgerichtsbarkeit im deutschen Zivilrecht seit über 100 Jahren. Seit 1998 ist sie fester Bestandteil der Zivilprozessordnung und orientierte sich an dem von der Kommission für internationales Handelsrecht der Vereinten Nationen (UNCITRAL - *United Nations Commission on International Trade Law*) entworfenen Modellgesetz.

Trotz ganz unterschiedlicher Rechtstraditionen weltweit sind vergleichbare Schiedsgerichtssysteme in zahlreichen nicht-deutschen Rechtsordnungen verankert, etwa in den USA, China, England, Österreich oder der Schweiz. Der Bekanntheitsgrad bzw. die Verbreitung der Schiedsgerichte könnte ein Grund für ihre Aufnahme in FTAs sein. Immerhin enthalten von den 129 geltenden

BITs Deutschlands 86 Verträge Schiedsgerichtsbestimmungen (BMWI 2015). Das sind fast 70 Prozent der deutschen FTAs. Nach der Generaldirektion Handel der EU-Kommission (EU-Kommission, GD Handel 2014) gibt es innerhalb Europas sogar mehr als 4000 bilaterale Verträge (nicht nur FTAs) mit Schiedsgerichtsklauseln.

Wenn die Schiedsgerichtsbarkeit in Deutschland aber nun dem »*Rechtsschutz deutscher bar*« ist und dieses Verfahren weltweit bekannt und verbreitet ist, warum wird es dann im Zuge von TTIP so kritisch gesehen? Ein Blick in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit.

3.

Überblick und Systematik der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit

Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit ist gekennzeichnet durch institutionelle (private) Schiedsgerichtsinstitutionen mit i. d. R. eigenen Regelwerken. Renommierte deutsche Schiedsgerichtsinstitution ist die *Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit* (DIS) in Köln. Nach ihrem Regelwerk werden die Schiedsrichter von der DIS vorgeschlagen oder von den Parteien gewählt. Die deutschrechtliche Prägung der Institution hat u. a. eine höhere Bereitschaft für Vergleiche zur Folge. Das Schiedsgericht bzw. Regelwerk der *International Chamber of Commerce* (ICC) in

Paris zeigt dagegen eine starke Stellung des ICC-Schiedsgerichtshofes, z. B. in *Prima-Facie*-Prüfungen oder der Endkontrolle des Urteils. Die Verfahren sind geprägt durch umfangreiche Plädoyers, Kreuzverhöre, schriftliche Zeugenerklärungen oder Dokumentenherausgaben. Auch beim *The London Court of International Arbitration* (LCIA) als britischem Pendant werden die Schiedsrichter durch den LCIA ernannt bzw. abgelehnt. Die Organe übernehmen die operative Fallbetreuung und die Kostenkontrolle, überprüfen den Schiedsspruch aber nicht.



Bei Streitigkeiten von politischer Brisanz können Streitparteien die *Swiss Chambers' Arbitration Institution* der neutralen Schweiz wählen. Auch die *Stockholmer Handelskammer* (SCC) wird aufgrund der Neutralität Schwedens v.a. bei der Lösung von Ost-West-Konflikten und anderen politischen Konflikten hinzugezogen. Die SCC wird auch für Konflikte im Zusammenhang mit FTAs angerufen, da neben Verfahren gemäß eigenem Regelwerk auch UNCITRAL-Verfahren betreut werden.

Die Schiedsordnung der führenden Schiedsgerichtsinstitution im asiatischen und indischen Raum, das *Singapore International Arbitration Centre*, ist an das der ICC angelehnt. Daneben wird das *Hong Kong International Arbitration Centre* (HKIAC) mit seiner Schiedsordnung bemüht. Die Organe bzw. Institutionen der HKIAC nehmen aber eine zurückhaltende Rolle ein, was den Streitparteien mehr Spielraum bei der Verfahrensgestaltung gibt. Besondere Rechts Traditionen werden auch durch die Schiedsinstitutionen in Dubai berücksichtigt.

Die Regelwerke dieser (nicht abschließend) aufgeführten privaten Schiedsinstitutionen sind transparent und öffentlich zugänglich. Der Einfluss der institutionellen Organe ist unterschiedlich stark ausgeprägt und reicht von der Auswahl der Richter, über die Überwachung des Verfahrens bis zur Überprüfbarkeit der Urteile. Die Richter sind i. d. R. Juristen und Professoren mit umfassenden Kenntnissen im internationalen Handels- und Völkerrecht. Trotz unterschiedlicher rechtshistorischer, kultureller und sprachlicher Gepflogenheiten nähern sich die Verfahren zunehmend an.

Darüber hinaus gibt es Regelwerke ohne institutionellen Unterbau sowie Institutionen ohne eigenes Regelwerk. Neben der gemeinsamen Mitwirkung der Streitparteien am jeweiligen Verfahren bzw. seiner konkreten Ausgestaltung ist jeweils erforderlich, dass sich die Parteien der Institution und/oder dem Verfahren freiwillig unterwerfen. Es besteht kein Abschlusszwang.

Im Zusammenhang mit der in TTIP vorgesehenen Schiedsgerichtsbarkeit wird häufig das *International Centre for Settlement*

of Investment Disputes (ICSID) in Washington genannt. Als Teil der Weltbank ist das ICSID keine privatrechtliche Schiedsinstitution, sondern basiert auf dem *Übereinkommen zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten* von 1965 (ICSID-Konvention), dem sich bereits 150 Staaten unterworfen haben. Das ICSID unterstützt bei der Streitbeilegung, insbesondere bei Investitionsstreitigkeiten, indem es Verfahrensregeln, Räumlichkeiten, Sekretariat und administrative Unterstützung für Schiedsverfahren bietet. Das ICSID selbst nimmt aber keine Rechtssprechungsaufgaben wahr.

Nach der ICSID-Konvention werden die Schiedsrichter zeitlich befristet durch die Vertragsstaaten ernannt und auf einer Liste (Panel) geführt. Das konkrete Gericht besteht aus einer ungeraden Anzahl von Richtern, die (sofern die Streitparteien nichts anderes vereinbaren) anderen Staaten als die Streitparteien angehören. Das konkrete Verfahren erfolgt nach der Schiedsordnung mit Beweiserbringung, mündlicher Verhandlung etc. Anhängige

Verfahren und Urteile werden mit Zustimmung der Parteien in einer Datenbank des ICSID veröffentlicht. Die ICSID-Konvention selbst sieht auch Rechtsbehelfe vor.

Das UNCITRAL-Verfahren wurde vom Ausschuss der *United Nations Commission on International Trade Law* zur Förderung der Vereinheitlichung des internationalen Handelsrechts erarbeitet. Das Regelwerk, die UNCITRAL-Rules, erfährt keine institutionelle Betreuung durch die UN. Die Bestellung der Schiedsrichter erfolgt durch die Streitparteien oder durch eine von ihnen bestimmte Stelle, z. B. dem Generalsekretariat des Ständigen Schiedsgerichtshofs in Den Haag (*Permanent Court of Arbitration – PCA*). Mündliche Anhörungen oder das Vorbringen von Beweismitteln sind ebenso vorgesehen wie Regelungen zur Kostentragung durch die Parteien. Mit den Transparenzregeln 2013/14 sind die zentralen Schriftsätze und die mündliche Verhandlung öffentlich zugänglich. Der PCA selbst ist kein internationales Gericht, sondern (nur) eine administrative Einrichtung ohne unmittelbare Entscheidungsbefugnis. Er ba-



siert auf den *Haager Abkommen zur friedlichen Erledigung internationaler Streitfälle* von 1899 und 1907. Gegründet wurde er um »die unmittelbare Anrufung der Schiedssprechung für die internationalen Streitfragen zu erleichtern, die nicht auf diplomatischem Wege haben erledigt werden können«. Wie das ICSID bietet seine Schiedsinstanz den Streitparteien Strukturen zur Beilegung ihrer Streitigkeiten vor einem Schiedsgericht. Das Internationale Büro des PCA führt dazu

eine Liste mit 285 Schiedsrichtern. Diese werden von den 116 Vertragsstaaten auf Zeit ernannt und müssen zwingend Kenntnisse im Völkerrecht aufweisen. Die Streitparteien wählen 2/3 der Schiedsrichter aus dieser Liste, das verbleibende 1/3 wird wiederum durch die gewählten Schiedsrichter selbst gewählt. Den PCA können nur Vertragsstaaten anrufen, insoweit ist er für Streitigkeiten zwischen Staaten und privaten Unternehmen nicht geeignet.

4.

Bewertung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit

Sowohl private als auch zwischenstaatliche Schiedsgerichtsbarkeit sind institutionell und prozedural gut aufgestellt und erfahren internationale Anerkennung, die in einzelnen Aspekten einen Minimalkonsens erkennen lässt, z. B. bei der Richterbestellung. Pauschale Kritik an Schiedsgerichten kann daher nur eingeschränkt gelten und muss i.Ü. beim konkreten Verfahren bzw. der konkreten Institution ansetzen.

Dass Schiedsgerichte vertraulich arbeiten, hat sie jüngst in der Öffentlichkeit dem Verdacht ausgesetzt, als »Geheimgerichte« (Basedow FAZ 2014) etwas Unrechtes zu tun. Dabei müssen sich die privaten Schiedsrichter ebenfalls am Maßstab des Völker(vertrags)-rechts und ggf. weiterer zwischen den Parteien vereinbarter Rechtsgrundsätze messen lassen. Dies ist für alle Beteiligten interessengerecht, denn neben der Abwesenheit ei-

nes »Welthandelsgerichts« gibt es auch kein »Welthandelsrecht«.

Der Vorwurf, Schiedsgerichte unterlägen nicht genügend Transparenz gegenüber der Kontrolle durch die Öffentlichkeit, muss zumindest relativiert werden, da die Veröffentlichung von Entscheidungen z. T. bereits erfolgt und zudem die Öffentlichkeitsferne (wie in demokratischen Rechtsstaaten auch) zum Schutz der Streitparteien (von Investoren wie auch staatlichen Akteuren) möglich ist.

In politischer Hinsicht kann die »Privatisierung« der Verfahren zudem der »Entpolitisierung« von Konflikten dienen. »Schattenrecht« entsteht durch die Schiedsgerichte formal nicht, da dessen Entscheidung unmittelbare Bindung nur für Vertragsparteien

hat. Umgekehrt birgt dagegen die Veröffentlichung von Entscheidungen die Gefahr der faktischen Wirkung und einer Bezugnahme in späteren Entscheidungen.

Schiedsgerichten wird zudem unterstellt, sie seien im Vergleich zu staatlichen Gerichten (Unternehmen gegenüber) parteiisch. Nach *Transparency International* (Korruptionsindex TI) kann nicht bestätigt werden, dass staatliche (auch europäische) Gerichte, wie z. B. Rumäniens oder Bulgariens, unparteiischer entscheiden. Schiedsrichter der zwischenstaatlichen Schiedsgerichte werden (meist) staatlich ernannt, Schiedsrichter der privaten Schiedsgerichte i. d. R. durch die Streitparteien. Eine Parteilichkeit der Schiedsrichter ist daher eher nicht anzunehmen.

5.

Schiedsgerichtsbarkeit in Freihandelsabkommen

Die öffentliche Meinung zu Schiedsgerichten ist nach einer Online-Konsultation der EU-Kommission sehr negativ (EU On-

line-Konsultation 2015). Die wenig hilfreichen, z. T. polemischen Berichte über »Geheimgerichte« sind dem Image der Schiedsge-



richtsbarkeit speziell und außergerichtlicher Streitbeilegung allgemein nicht zuträglich; und dass, obwohl die EU die staatlichen Gerichte entlasten und die außergerichtlicher Streitbeilegung fördern will (s. z. B. EU-Mediations-Richtlinie, EU-ODR-Verordnung, EU-ADR-Richtlinie).

In gewisser Weise brauchen Freihandelsabkommen Schiedsgerichtsbarkeit sogar. Hintergrund ist das Dreiecksverhältnis zwischen Investor, Heimatstaat und Gaststaat bei Investitionsstreitigkeiten:

Im Verhältnis Investor – Heimatstaat ist nationales Recht bzw. nationaler Rechtsschutz zu Grunde zu legen. In Deutschland (und ähnlich auf EU-Ebene durch die EU-Grundrechtecharta) werden die Eigentumsfreiheit und das Gleichberechtigungsgebot bzw. Diskriminierungsverbot sowie (ggf. subsidiär) die Privatautonomie für Unternehmen als (inländische juristische) Grundrechtsträger (soweit dem Wesen nach anwendbar) verfassungsrechtlich gewährleistet. Deutsche Unternehmen können als Investoren gegen Maßnahmen der öffentlichen

(deutschen) Gewalt vorgehen und staatliche (deutsche) Gerichte anrufen. Bedarf für Schiedsgerichte ergibt sich nicht.

Das Verhältnis Heimatstaat – Gaststaat ist durch Völkergewohnheitsrecht konkretisiert. Die meist bilateralen völkerrechtlichen Übereinkommen enthalten eine Staat-Staat-Streitbeilegungsregel (sog. *Government-Government Dispute Settlement* – GGDS). Durch diese Vereinbarung akzeptiert der jeweilige Gaststaat bestimmte Einschränkungen seiner Regelungsmacht. Der Verstoß des Heimat- bzw. Gaststaates gegen den völkerrechtlichen Vertrag zwischen Heimat- und Gaststaat hat klassische (lückenhafte) völkerrechtliche Haftungs-/Sanktionsfragen und die damit verbundenen Unsicherheiten von Rechtsfragen zur Folge, z. B. im Hinblick auf die Zuständigkeit von internationalen Gerichten, die Durchsetzbarkeit etwaiger Ansprüche oder die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe in unterschiedlichen Rechtsordnungen, -traditionen und -kulturen.

Das Verhältnis Investor – Gaststaat ist primär gaststaatliches

(öffentliches) Recht, das an völkervertraglich eingegangenen Verpflichtungen zu messen ist. Dem in den Vertrag einbezogenen Investor werden rechtliche Standards für seine Kapitalanlage garantiert, für die er – sollten diese Garantien verletzt werden – Entschädigung/Schadensersatz vor einem internationalen Schiedsgericht gegen den Gaststaat verlangen kann (sog. *Investor-State Dispute Settlement* – ISDS). Ausländische Unternehmen können nicht die Rechte gegenüber dem Gaststaat geltend machen wie ihrem Heimatstaat gegenüber: Auch in Deutschland ist ein amerikanisches Unternehmen nicht grundrechtsfähig und damit nicht verfassungsbeschwerdefähig (so auch Classen 2014). Die konkrete Schiedsgerichtsinstitution und/oder ein Regelwerk können im FTA vereinbart sein. Daher unterscheiden auch die am 7.1.2015 veröffentlichten Entwurfstexte zu TTIP zwischen ISDS und GGDS (EU negotiating texts in TTIP 2015).

Bei der Frage des »Ob« einer Schiedsgerichtsbarkeit muss folglich berücksichtigt werden, dass auf internationaler Ebene gericht-

liche Streitbeilegung nur partiell existiert und nur mit Zustimmung aller Parteien möglich ist. Auf nationaler (deutscher) Ebene ist die gerichtliche Streitbeilegung Ausfluss des Rechtsstaates und damit verbunden mit dem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz bei Grundrechtseingriffen.

Wesentlicher Unterschied im Hinblick auf die am Streit (direkt) Beteiligten ist, dass Individuen und Unternehmen vor internationalen Gerichten nur selten klagebefugt sind. Insoweit kann die Schiedsgerichtsbarkeit auch bei funktionierenden (nationalen) Rechtssystemen eine durchaus sinnvolle Ergänzung der staatlichen wie der internationalen Gerichtsbarkeit sein. Inwieweit eine Schiedsvereinbarung in FTAs der Mitwirkung der nationalen Parlamente bzw. des EU-Parlaments (demokratische Legitimation) bedarf, ist wiederum eine andere Frage.

Das Klagerecht für Investoren im Wege der ISDS dient zumindest auch dem Vertrauensschutz. Es bezieht sich u. a. auf den Bestand bestimmter gültiger Regelungen des Gastlandes und schützt vor der



(willkürlichen) Änderung der dort vorgefundenen Gesetzes- und Rechtslage. Auch in demokratischen Staaten wird von Investoren Stabilität gesucht, da die (demokratisch) legitimierte Macht der Staatsorgane zeitlich begrenzt ist und diese Zeit ggf. wesentlich kürzer ist als die für internationale Projekte für nötig erachtete Beständigkeit und Investitionssicherheit. Für den EU- bzw. US-Investor ist die Vereinbarung einer Schiedsgerichtsbarkeit im TTIP-Abkommen eine ihn begünstigende Regelung, die den jeweiligen Gaststaat zur Wahrung privater wirtschaftlicher Grundrechte der ausländischen Unternehmen (und bewusst nicht nur Inländern gegenüber) verpflichtet.

Hält sich umgekehrt der ausländische Investor nicht an das für das Investitionsvorhaben mit dem Gaststaat Vereinbarte, kann dieser auf seinem Staatsgebiet mit hoheitlichen Mitteln »Zwang« gegen den Investor ausüben, z.B. durch die Schaffung neuer oder Änderung bestehender Gesetze, die Erteilung oder Durchsetzung von Auflagen oder die Aufhebung bzw. Versagung von erforderlichen Genehmigungen.

Durchgesetzt werden kann dieser »Zwang« nicht zuletzt mittels nationalstaatlicher Gerichte des Gaststaates. Die Frage des Rechtsschutzes des Investors im Hinblick auf die Art, wie und nach welchen Maßstäben ihm hiergegen Rechtsschutz gewährt wird und ob und unter welchen Bedingungen seine Rechte ggf. durchgesetzt werden können, obliegt in ihren Modalitäten ebenfalls der letztlich politischen Festlegung des Gaststaates. Umgekehrt fehlt es i. d. R. schon am Bedürfnis des Gaststaates, bei Streitigkeiten mit einem ausländischen Investor Schiedsgerichte anzurufen, da dessen Organe das eigene Recht (um-)setzen können.

Insoweit ist es irreführend, von Klage-»Privilegien« für Investoren (BT-Drs. 18/3747 v. 14.01.2015) zu sprechen und die Schiedsgerichtsbarkeit in Investor-Staat-Konstellationen pauschal als »Investorenschutzgerichtsbarkeit« zu disqualifizieren. Dies belegt auch die Praxis mit Datenmaterial der UNCTAD, wonach eher Staaten (42 Prozent bis Ende 2012) als Unternehmen Schiedsgerichtsprozesse gewinnen (31 Prozent bis Ende 2012).

Internationale Schiedsgerichte können zudem helfen, politischen Druck auf Staaten mit »unsicheren« bzw. intransparenten Rechtssystemen auszuüben und dort »Mindeststandards« anzuregen. Ohne Schiedsgerichtsbarkeit würden über den Rechtsstreit zwischen Investoren und Staaten die staatlichen Gerichte entscheiden. Diese sind zwar unabhängig und damit entpolitisiert. Trotzdem sind sie Teil einer Prozesspartei (da Streitpartei gleichzeitig interner Gesetzgeber) und damit »institutionell befangen« (Schill 2010). Nach englischem Recht ist dabei nicht entscheidend, ob sie tatsächlich befangen sind oder ob es den Anschein hat. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hatte diese Regel sogar

im Zusammenhang mit Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) mehrfach anerkannt (FHOeffR 35 und 36). Das zwischen den Parteien vereinbarte Schiedsgericht ist dagegen institutionell keiner der Parteien stärker als der anderen verbunden.

Eine Sonderfrage – und damit hiervon wiederum zu unterscheiden – ist, ob Staaten, die selbst als Auslandsinvestor auftreten, wie z. B. die schwedische Vattenfall, wie ein privater Investor im Schiedsverfahren behandelt werden sollen. Vor dem Hintergrund der Interessenlage und des »Kräfteverhältnisses« der Staaten in Bezug auf die Schaffung und Modifikation nationalen Rechts bestehen hieran durchaus Zweifel.

6.

Lösungsansätze zum internationalen Investorenschutz

Etwaige Defizite in der internationalen Streitbeilegung dürfen nicht über »Sein oder Nichtsein« von FTAs entscheiden. Vielmehr muss die Frage des »Wie« partnerschaftlich ausgestaltet sein.

Das Ziel der internationalen Verhandlungspartner könnte die Schaffung von allgemeinen, gemeinsamen Verfahrens-(Mindest-)Standards sein, die den Schutz von Rechten durch faire Verfahren sicherstellen



und Öffentlichkeit bzw. Transparenz hierüber gewährleisten. Gleichzeitig müssen demokratische Instrumente wie angemessene Vorkehrungen zur Wahrung von Vertraulichkeit, Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen für die Vertragsparteien gewährleistet werden.

Unabhängig von der Existenz und Ausgestaltung von Schiedsgerichten mit oder ohne Regelwerk wird der Bedarf eines zuständigen supranationalen Welthandelsgerichts in der Öffentlichkeit »gefühlte«. Die Schaffung eines internationalen Handelsgerichts mit »neuem Schiedsmechanismus« wie von Bundeswirtschaftsminister Gabriel im Zuge von CETA vorgeschlagen (Euractiv v. 23.02.2015), ist daher zwar nachvollziehbar, dessen Umsetzung aufgrund der unterschiedlichen Rechtstraditionen und -systeme derzeit aber wenig aussichtsreich. Zudem zeigt die TTIP-Diskussion, dass es am Vertrauen zwischen den Staaten in eine gemeinsame Streitbeilegung mangelt.

Die Schaffung eines speziellen internationalen Gerichts (nur für Investitionsstreitigkeiten er-

scheint in der Sache schon aussichtsreicher. Die Schaffung eines solchen Internationalen Investitionsgerichts – IIG (Quick 2015) – wird sich aber an der bisherigen Ausgestaltung der internationalen privaten und zwischenstaatlichen Schiedsgerichtsbarkeit orientieren. Anerkannte Handels- und Rechtsexperten könnten in transparenten Verfahren über die Einhaltung der Investitionsschutzregeln wachen. Die Unparteilichkeit der Richter könnte durch die Auswahl und (zeitlich befristete) Ernennung jeweils durch die Vertragsstaaten des FTA erfolgen. Die Kritik, hierdurch würden mittelbar die Interessen der Streitparteien einfließen (z.B. Zielcke Süddeutsche 2014), würde allerdings damit nicht entkräftet. Dass Parteianwälte aber eine andere Funktion ausüben als Richter, macht sie nicht unfähig, entsprechend ihrer Funktion zu agieren. Schließlich erhalten Richter und Anwälte (in Deutschland) die gleiche Ausbildung. Es ist auch nicht unüblich, dass Anwälte in das Richteramt berufen werden oder es (umgekehrt) zu Gunsten einer anwaltlichen Tätigkeit wieder verlassen. Mit der Übernahme (einzelner) ICSID-/UNCITRAL-Kriterien

in den IIG würden immerhin Mindeststandards übernommen, auf die sich bislang 150 bzw. 116 Staaten geeinigt haben. Freilich müsste die Finanzierung eines solchen Gerichts noch diskutiert werden.

Bei bereits abgeschlossenen FTAs könnte die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit modifiziert und verschärften Transparenzregeln unterworfen werden. Die bestehenden FTAs könnten nach- oder auch neu verhandelt werden, z. B. im Hinblick auf die öffentliche Registrierung von Verfahren, die Veröffentlichung von Schriftsätzen, öffentliche Verhandlungen oder die Veröffentlichung von Urteilen. Die Verfahren würden dann sogar transparenter als Verfahren vor deutschen Ver-

waltungsgerichten. Einen ersten Schritt in die Richtung hat das Bundeskabinett in seiner Sitzung am 25.2.2015 gemacht: Es stimmte der Unterzeichnung der sog. Mauritius-Konvention (*Übereinkommen über Transparenz in Investor-Staat-Schiedsverfahren auf der Grundlage von Verträgen*) zu, die für März 2015 geplant ist. Mit ihr können die UNCITRAL-Transparenzregeln von 2013/14 auf bereits bestehende Investitionsschutzverträge erstreckt werden. Voraussetzung ist allerdings, dass der beklagte Staat die Mauritius-Konvention ratifiziert hat und der Investor einem Staat angehört, der ebenfalls an die Mauritius-Konvention gebunden ist. Es bleibt abzuwarten, ob die Mauritius-Konvention ein »zahnloser Tiger« ist.

7.

Abschließende Anmerkungen

Bereits vor mehr als 50 Jahren wurden Schiedsgerichtsklauseln in BITs vereinbart. Einige (vgl. Piper, Süddeutsche 2014) meinen daher, Investitionsschutzabkom-

men seien eine »deutsche Erfindung«. Mag sein. Die Generaldirektion Handel der EU-Kommission charakterisiert (speziell) die Schiedsgerichtsbarkeit als Pro-



dukt der Deutschen (EU-Kommission, GD Handel 2014). Eher nicht. Zumindest aber sind Investorenschutzbestimmungen mit Schiedsgerichtsklauseln zurückverfolgbar bis zum BIT zwischen Deutschland und Pakistan vom 25.11.1959 (BGBl. II 1961, 793). Seit dem Bestehen dieser Klauseln haben sich an der »Tradition« des Investorenschutzsystems bislang nur wenige gestört, auch Angehörige und Vertreter von (demokratischen) Staaten nicht. Selbst die öffentliche Diskussion um CETA ist zwischenzeitlich abgeebbt. Abkommen mit Marokko und Singapur stehen vor ihrem Abschluss, inklusive Schiedsgerichtsklausel. Was hindert an einer Einigung zu TTIP?

Denkbar ist, dass sich hinter der Kritik an der Schiedsgerichtsbarkeit weitere (nicht offen zu Tage tretende) Gründe verbergen, die einem FTA mit den USA entgegenstehen. Derartige Gründe zu identifizieren und zu bearbeiten vermag jedoch kein Freihandelsabkommen zu leisten. Insoweit bleibt es Aufgabe der EU, der EU-

Mitgliedstaaten sowie der USA, TTIP verantwortungsvoll in den Bereichen Umwelt-, Verbraucherschutz- und Sozialstandards zu gestalten (und innerhalb ihrer jeweiligen Staaten(gemeinschaft) dafür zu werben). Dass Schiedsgerichte jedenfalls *per se* keine »Investorenschutzgerichte« sind und diese auch keine »dubiose Schattenjustiz« darstellen, wurde hinreichend erläutert.

Sinnvolle und nachhaltige Lösungen für möglichst viele Interessengruppen auszuloten erfordert die Auseinandersetzung in der Sache, einschließlich der Frage nach der (Eigen-)Verantwortung der (wohl informierten) Verbraucher sowie der gesellschaftlichen Verantwortung der Wirtschaft in Sachen Nachhaltigkeit und ethnischem Handeln. Schwarz-Weiß-Polemik ist wenig wertschätzend und kann internationale (Handels-)Partnerschaften gefährden. Nicht nur die direkten Verhandlungsakteure, sondern auch die jeweiligen Interessengruppen sollten wie Vertragspartner und nicht wie Gegner agieren.

8.

Quellenangaben

Basedow FAZ 2014, Robert Basedow, Das Problem mit den Geheimgerichten, FAZ v. 27.9.2014; <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/streit-um-ttip-und-freihandel/freihandelsabkommen-das-problem-mit-den-geheimgerichten-13173663.html>

BMJ 1996, RPS 1. HJ 1996, S.2, BB 1996 Beilage zu Heft 12

BMWi 2014, Freihandelsabkommen der EU per 22.10.2014, <http://www.bmwi.de/DE/Themen/aussenwirtschaft,did=666642.html>

BMWi 2015, Pressemitteilung BMWi v. 25.2.2015

Bundesregierung 1996, Begründung der Bundesregierung zum SchiedsVfG, BT-Drs. 13/5274 v. 12.7.1996, S. 34.

Classen 2014, Claus Classen, Die Unterwerfung demokratischer Hoheitsgewalt unter eine Schiedsbarkeit, EuZW 2014, S. 611 ff.

EU-Kommission, GD Handel 2014, Dr. Schmitz van Vorst, TTIP Koordinator, Vermerk Landtag Mecklenburg-Vorpommern ERA v. 10.11.2014

EU Online-Konsultation, SWD(2015) 3 final, Arbeitsdokument v. 13.1.2015

EU negotiating texts in TTIP 2015, Stand 10.2.2015, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1230>

Euractiv v. 23.02.2015, EU-Sozialdemokraten beschließen CETA-Kompromiss, abrufbar unter <http://www.euractiv.de/sections/eu-aussenpolitik/eu-sozialdemokraten-beschliessen-ceta-kompromiss-312327>

Eurostat 2014, Pressemitteilung v. 19.09.2014

FHOeffR 35 und 36, FHOeffR 35 Nr. 928 Rn. 30 und FHOeffR 36 Nr. 942 Rn. 42.

ICSID Entscheidungsdatenbank, sortiert nach anhängigen, neuen und veröffentlichten Fällen, <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/Pages/default.aspx>.

Korruptionsindex TI, Global Corruption Report, Corruption in Judicial Systems, http://www.transparency.org/whatwedo/publication/global_corruption_report_2007_corruption_and_judicial_systems

Piper, Nicolaus, TTIP – Eine Debatte der Furcht, Süddeutsche Zeitung v. 24.5.2014

Quick 2015, Reinhard Quick, Investorenschutz in TTIP: »Vogel-Strauß-Politik bringt nichts«, Euractiv v. 19.2.2015, <http://www.euractiv.de/sections/eu-aussenpolitik/investorenschutz-ttip-vogel-strauss-politik-bringt-nichts-312246>

Schill 2010, Stephan W. Schill, Öffentlich-rechtliche Schiedsverfahren zwischen Risikobewältigung und Rechtsrisiko, DÖV 2010, 1013 ff.



Statista 2013, Die 20 größten Exportländer weltweit im Jahr 2013, <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/37013/umfrage/ranking-der-top-20-exportlaender-weltweit>,

UNCTAD Statistik, United Nations Conference on Trade on Development, <http://unctadstat.unctad.org/wds/ReportFolders/reportFolders.aspx>

Zielcke Süddeutsche 2014, Andreas Zielcke, Süddeutsche Zeitung, Sieg über das Gesetz, v. 2.5.2014, S.11, abrufbar m. D. v. 4.5.2014 unter <http://www.sueddeutsche.de/politik/transatlantisches-freihandelsabkommen-ttip-sieg-ueber-das-gesetz-1.1948221>

Die Autorin

Dr. Claudia Conen

Foto: Europa-Union Deutschland



Claudia Conen ist Präsidiumsmitglied der Europa-Union Deutschland (EUD) und stellvertretende Landesvorsitzende der Europa Union Thüringen. Seit 2010 arbeitet sie in der Rechtsabteilung eines großen (Förder-) Kreditinstituts. Zuvor war sie mehrere Jahre in einer internationalen Wirtschaftskanzlei tätig. Als (Co-)Sprecherin der in 2013 gegründeten EUD-Arbeitsgemeinschaft Europäische Wirtschaftspolitik analysiert Dr. Conen Herausforderungen, denen sich die europäischen Kräfte und politischen Akteure in wirtschaftlicher Hinsicht gegenwärtig und zukünftig stellen müssen.

Seit über 15 Jahren beschäftigt sich Claudia Conen mit Fragen der internationalen und nationalen außergerichtlichen Streitbeilegung. Streitbeilegungsinstrumente und -verfahren wie die Schiedsgerichtsbarkeit sind Gegenstand ihrer Dissertation. Die promovierte Wirtschaftsjuristin spezialisierte sich dabei auf die Wirtschaftsmediation.

Ergänzend zu ihrer praktischen Tätigkeit als Wirtschaftsmediatorin engagiert sich Dr. Conen in Mediationsverbänden und als Dozentin für außergerichtliche Streitbeilegung, Verhandlung und Konfliktmanagement, u. a. an der Goethe Universität Frankfurt sowie dem EC Europa Campus. Claudia Conen hält Vorträge und veröffentlicht regelmäßig in »euractiv.de«, juristischen Fachzeitschriften und Publikationen der EUD.



Die Europa-Union tritt seit 65 Jahren für eine weitreichende europäische Integration ein – überparteilich und unabhängig. Sie ist lokal, regional und national aktiv und vereint 18.000 Mitglieder aus allen Teilen der Gesellschaft.

Als Mittlerin zwischen Bürgerinnen und Bürgern und den Institutionen auf allen Ebenen der europäischen Politik engagiert sie sich für ein »Europa der Bürger«, das von einem möglichst breiten gesellschaftlichen Konsens getragen wird.

mpressum

EUD-konkret: April 2015
ISSN 2194-119X

Herausgeber:

Europa-Union Deutschland e. V.
Sophienstraße 28/29, 10178 Berlin
Tel.: (0 30) 3 03 62 01 30, Fax: (0 30) 3 03 62 01 39
E-Mail: info@europa-union.de, Internet: www.europa-union.de

Mit Unterstützung des
Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung

In EUD-konkret werden aktuelle europapolitische Themen von Verbandsmitgliedern behandelt. Für den Inhalt sind die genannten Autoren verantwortlich. Alle abgedruckten Texte und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt.

Layout:

Pegasos-Publikationen,
Hauptstr. 36, 53567 Buchholz/Ww.
E-Mail: info@pegasos-publikationen.de

© 2015 by Europa-Union Deutschland e. V.
Printed in Germany