

Friedrich Graf von Westphalen

Handelsschiedsgerichtsbarkeit – wohin des Weges?

Editorial



In den Annalen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit wird das Datum des 27. Juli 2023 sicherlich bereits in sehr naher Zukunft mit einem Ausrufezeichen versehen werden. An diesem Tag hat der BGH in drei wegweisenden Urteilen – I ZB 75/22; I ZB 43/22 und I ZB 74/22 – den wohl als zwingend anzusehenden unionsrechtlichen Vorgaben folgend die

Investitions-Schiedsvereinbarungen nach den Vorgaben der ISCID-Regeln für mit dem Unionsrecht unvereinbar und damit für unwirksam erklärt. Alle diese Urteile sind zum Nachteil der Investoren und des von ihnen (berechtigterweise) erwarteten Schutzes ausgegangen. In den Schiedsverfahren machten sie geltend – auch in Verfahren, in denen die Bundesrepublik als Beklagte auftrat – sie seien durch regulatorische Maßnahmen des Gesetzgebers, welche dieser aber erst nach Vornahme der jeweiligen Investitionen erlassen hatte (etwa Ausstieg aus der Kohleverstromung), in ihren berechtigten Amortisationserwartungen frustriert worden und hätten deswegen prospektiv hohe Verluste erlitten. Entschädigung war das Codewort.

Es sind nicht wenige, die in diesen BGH-Urteilen einen erheblichen Standortnachteil für die deutsche Wirtschaft sehen. Denn – so der Argumentationsstrang – wenn ein ausländischer Investor nicht mehr darauf vertrauen kann, dass die von ihm in die hiesige (oder auch EU) Wirtschaft vorgenommenen, gesetzlich abgestützten Investitionen sich auch auf Sicht rentieren und nicht durch spätere gegenläufige gesetzgeberische oder auch verwaltungsrechtliche Maßnahmen auf Eis gelegt werden können, dann liegt es nahe: Diese Investoren – gleichgültig, woher sie kommen – werden wohl künftig um den Standort Deutschland einen riesengroßen Bogen machen, ihn meiden. Fazit: Die nationale Wirtschaft soll sich mit sich selbst befassen.

Es gibt auch Zahlen, die einen Rückgang der Direktinvestitionen belegen. Doch wenn man diese ansieht, dann wird deutlich: Es

handelt sich hier keineswegs um ein rein deutsches Problem, sondern „Verursacher“ dieser ganzen Entwicklung ist der EuGH. Und die nunmehr geschaffenen Probleme sind sehr grundsätzlicher Art. Als erstes wird man sagen müssen: Dass Parteien auf Schiedsgerichte ausweichen und diese, wie man oft sagen hört, für die Wirtschaft im Fall von Streitigkeiten eine unverzichtbare Plattform sind, liegt daran, dass der Staat kein „adäquates“ justizielles Gegenangebot bereitstellt, keine Instanz, welche über eine hinreichende Sachkompetenz verfügt. Katharina Pistor von der New Yorker Columbia University hat ein grandioses Buch „Der Code des Kapitals“ geschrieben: Die international tätigen Anwälte sind hier die Lordsiegelbewahrer des „Codes“, einer weithin geheimen Schablone für die Mehrung durch höchst ausgeklügelte Vertragsklauseln des Kapitals und die Erzeugung von Ungleichheiten, die der Staat nicht mehr ausgleichen kann. Sie sagt mit vollem Recht: „Wenn Streitigkeiten nicht mehr unter den Augen der Öffentlichkeit verhandelt werden, dann wird das Recht schal und die Richter büßen an Expertise ein, was den Anwälten und ihren Mandanten wiederum noch mehr Gründe dafür an die Hand gibt, sie zu meiden“ (S. 284f.). Genau dieser Trend ist wohl nunmehr gestoppt. Doch wo genau dieses Stoppschild mit Blick auf die Zukunft der Handelsschiedsgerichtsbarkeit liegt, ist noch nicht ausgemacht.

Klar ist und steht damit auch für den deutschen Rechtskreis uneinholbar fest: Bei den nach den Regeln der ISCID gebildeten Schiedsgerichten besteht, so der BGH, eine Anomalie: Bei den von diesen Schiedsgerichten erlassenen Schiedssprüchen handelt es sich „weder um inländische noch um ausländische Schiedssprüche im Sinne der §§ 1060f. ZPO, sondern um Schiedssprüche sui generis“. Mehr noch: „Entgegen dem in der Handelsschiedsgerichtsbarkeit geltenden Grundsatz, dass es keine von jeder nationalen Rechtsordnung losgelösten privaten Schiedsverfahren gibt, kommt es in einer Investitionsstreitigkeit vor dem (ISCID)-Zentrum ausnahmsweise zu einem anationalen Schiedsverfahren“. Mehr noch und dies im Kontrast zur internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit: Bei dieser haben die nationalen Gerichte – ihre Zuständigkeit vorausgesetzt – Kontrollmöglichkeiten, welche von der „präarbitralen“ bis zur

„postarbitralen“ Phase reichen. Folglich können – so der BGH – die staatlichen Gerichte zur Kontrolle und auch zur Unterstützung des Schiedsverfahrens angerufen werden. Von diesem Grundsatz aber weicht das ICSID-Übereinkommen im Blick auf eine solche Einbindung der staatlichen Gerichte „bewusst ab“. Und auch noch dies: Ein nach den Regeln der ICSID gebildetes Schiedsgericht besitzt die Kompetenz-Kompetenz und darf aus eigenem Recht auch über seine Zuständigkeit entscheiden. Abseits jeglicher staatlicher Kompetenzzuweisung an staatliche Gerichte bleibt dem Betrachter da nur der laute Hilfeschrei: „arbitration is power!“ (Kronstein). Staatliche Rettung vor so viel Freiheit und auch im Extremfall nicht zu bändigender Willkür ist der einzige Ausweg.

Und es gibt Hilfe. Ausgangspunkt ist für den BGH die ihn bindende unionsrechtliche Judikatur, genauer das Urteil des EuGH in Sachen *Achmea* (IWRZ 2018, 126 mit Anm. von Wilske/Bräuninger). Es ging hier allerdings nicht um eine ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit, sondern um eine Investitionsstreitigkeit im Rahmen eines bilateralen Abkommens. Die errichtete Barriere des Gerichtshofs, unübersteigbar hoch: Schiedsgerichte sind nicht an die sich aus Art. 267 AEUV ergebende europarechtlich verankerte Pflicht gebunden, bei Streitigkeiten über die zutreffende Auslegung des Unionsrechts die betreffende Frage dem Gerichtshof vorlegen zu müssen. Schon dieses Urteil löste „Schockwellen“ aus (Wilske/ Bräuninger IWRZ 2018, 126, 128); doch über andere Schiedsgerichtsvereinbarungen und deren Konformität zum EU-Recht war noch nichts Abschließendes gesagt. Die nächste Stellschraube drehte der EuGH dann im Urteil *Komstroy* (IWRZ 2021, 279 mit Anm. von Wilske/Ebert). Kritisch angemahnt wurde, dass sich der EuGH als „neuer Weltgerichtshof“ sieht und dass er den Vertrag über die Energiecharta – immerhin ein völkerrechtlich bindender Vertrag mit Geltung auch innerhalb der EU – als dem Unionsrecht unterworfen qualifiziert und sich eine Auslegungskompetenz ausbedingt.

Dem unterwirft sich jetzt der BGH mit Haut und Haaren: „Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union entspringt das Unionsrecht einer autonomen Quelle, den Verträgen, und hat Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten. Die Autonomie der Unionsrechtsordnung besteht sowohl gegenüber dem Recht der Mitgliedstaaten als auch gegenüber dem Völkerrecht“. Und dann schnappt die Falle zu: „Ein ICSID-Schiedsspruch ist als mit dem Unionsrecht, insbesondere mit Art. 267 und 344 AEUV, unvereinbar anzusehen, wenn die dem Schiedsverfahren zugrundeliegende Schiedsklausel die durch das Vorabentscheidungsverfahren gewährleistete Wahrung der Eigenart des Unionsrechts unter Verstoß gegen die Grundsätze der loyalen Zusammenarbeit und der Autonomie des Unionsrechts in Frage stellt“. Folglich: Für das wirksame Zustandekommen fehlt es – so der BGH in seinem vierten Leitsatz – „an einer wirksamen Einwilligung“. Denn es ist eben nicht gewährleistet, dass das berufene ICSID-Schiedsgericht über eine Investitions-

streitigkeit in einer Weise entscheidet, „die die volle Wirksamkeit des Unionsrechts gewährleistet“.

Doch wie kann diese Grundaussage – das ist wohl ein Dilemma – im Rahmen der privaten Handelsschiedsgerichtsbarkeit gewährleistet werden? Denn der Ankerpunkt ist auch hier: Kein von den Parteien errichtetes Schiedsgericht ist ein „Gericht“ im Sinn der unionsrechtlichen Vorlagepflicht nach Art. 267 AEUV. In dem Verfahren *Mostaza Claro* (EuZW 2006, 734) hat der Gerichtshof bereits bei einem Schiedsverfahren, welches die zwingenden Regeln der Verbraucherschützenden Klausel-RL nicht beachtet hatte, die Nichtigkeit des Schiedsspruchs festgestellt. Nimmt man dies als (möglichen) Maßstab, dann wird man auch sogleich anmerken müssen: Es wird wohl nicht mehr allzu viele Schiedsverfahren geben, in denen Berücksichtigung und Anwendung des Unionsrechts überhaupt keine Rolle mehr spielen, sei es auch nur im Rahmen der Umsetzung von Richtlinienrecht. Und die Voraussetzung, dass eine Vorlage an den Gerichtshof nur dann entfällt, wenn es sich um einen „act claire“ handelt, erfordert, dass die Auslegungsfrage sich keinem „vernünftigen Zweifel“ mehr öffnet. Wie soll – das ist die spannende Frage – ein Schiedsgericht damit umgehen, weil es ja auch für die von ihm geschuldete Rechtsanwendung darum geht, die „Autonomie des Unionsrechts“ unbedingt und ohne Einschränkung zu wahren?

Die Frage könnte auf die Spitze getrieben werden, wenn man weiter bedenkt, dass die Vollstreckung eines Schiedsspruchs nach § 1055 ZPO ein gerichtliches Urteil darstellt. Bei ausländischen Schiedssprüchen bestimmt § 1061 Abs.1 ZPO, dass die Norm des Art. 5 UNÜ im Rahmen der Vollstreckung herrscht: Die dort angegebenen „Versagungsgründe“ für die Anerkennung des Urteils erfassen aber keine materiell-rechtlichen Tatbestände, welche sich auf den Inhalt des Urteilspruchs beziehen. Genau das aber ist mit dem Gebot der unbedingt geltenden „Autonomie des Unionsrechts“ und der (gerichtlichen) Vorlageverpflichtung nach Art. 267 AEUV nicht recht in Einklang zu bringen. Im *Achmea*-Urteil räumt der EuGH sich selbst für Schiedssprüche in der Handelsschiedsbarkeit ein „beschränktes“ Überprüfungsrecht zu (Rn. 54).

Doch was heißt dies konkret? Vermutlich wäre ein „Notausgang“ wohl der: Im Aufhebungsverfahren kann (und muss) dann geltend gemacht werden, dass bereits im Sinn des Aufhebungsgrundes nach § 1061 Abs.1 lit. d ZPO „die Bildung des Schiedsgerichts“ nicht dem „Recht des Landes“ – und damit dem Unionsrecht – entsprochen hat, in dem das schiedsgerichtliche Verfahren stattgefunden hat (solange es sich um ein EU-Land handelt). Bei Bildung des Schiedsgerichts kann dies dann auch über den Antrag nach § 1032 Abs. 2 ZPO rechtzeitig (was sich empfehlen dürfte) abgestützt werden, weil es bereits unionsrechtlich „unzulässig“ sein dürfte, ein privates Schiedsgericht zur Streitentscheidung zu bilden.