

SchiedsVZ

Zeitschrift für Schiedsverfahren
German Arbitration Journal

in Zusammenarbeit mit der DIS
Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit

Herausgeber:

Schriftleitung:
Jörg Risse
Günter Pickrahn
Jens Bredow

Klaus Peter Berger
Karl-Heinz Böckstiegel
Rudolf K. Fiebinger
Paul Hobeck
Hilmar Raeschke-Kessler
Klaus Sachs
Fabian von Schlabrendorff
Rolf A. Schütze
Rolf Trittmann
Klaus Weber
Harm Peter Westermann
Markus Wirth

Aufsätze:

Jan Kraayvoanger/Malte Richter/Jan Wendler
US-Beweishilfe in Schiedsverfahren – ein Anschlag auf die internationale Schiedsgerichtsbarkeit? 161

Christian Rumpf
Schiedsverfahren mit staatlicher Beteiligung – Beispiel Türkei 165

Franz J. Heidinger/Julia Hof
Pleading and Proving Foreign Law – From a European Perspective 174

Anke Meier
The Production of Electronically Stored Information in International Commercial Arbitration 179

Entscheidungen:

BGH
Zur Berücksichtigung der Aufhebung des Schiedsspruchs im Ursprungsland im Anerkennungsverfahren 195

BGH
Einwand der unzulässigen Rechtsausübung im Vollstreckbarerklärungsverfahren 196

OLG Frankfurt am Main
Zur Ablehnung eines Schiedsrichters wegen persönlich vertrauten Verhältnisses zu einem Parteivertreter 199

KG Berlin
Zu den Voraussetzungen für die gerichtliche Benennung eines Schiedsrichters 200

DIS-Schiedsverfahren
Berichtigung und Auslegung eines Schiedsspruchs nach der DIS-SchO 207



6. Jahrgang · Heft 4 · Juli/August 2008

Verlag C. H. Beck · München · Frankfurt am Main
Helbing Lichtenhahn Verlag · Basel



SchiedsVZ

Zeitschrift für Schiedsverfahren German Arbitration Journal (German Arb. J.)

in Zusammenarbeit mit der
Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS)

SchiedsVZ · 4/2008 · 6. Jahrgang

Schriftleitung: Rechtsanwalt Dr. Jörg Risse, Frankfurt/Main; Rechtsanwalt Dr. Günter Pickrahn, Frankfurt/Main;
Rechtsanwalt Jens Bredow, Köln

Inhalt

Aufsätze	<i>Jan Kraayvanger/Malte Richter/Jan Wendler</i> , US-Beweishilfe in Schiedsverfahren – ein Anschlag auf die internationale Schiedsgerichtsbarkeit? 161
	<i>Christian Rumpf</i> , Schiedsverfahren mit staatlicher Beteiligung – Beispiel Türkei 165
	<i>Franz J. Heidinger/Julia Hof</i> , Pleading and Proving Foreign Law – From a European Perspective 174
	<i>Anke Meier</i> , The Production of Electronically Stored Information in International Commercial Arbitration 179
Veranstaltungsberichte	Gesprächskreis „Investitionsrecht und -schiedsgerichtsbarkeit“ – Jahrestreffen 2007 (<i>Pascal Schonard</i>) 189
	Generations in Arbitration V – Art of Advocacy (<i>Friederike Stumpe</i>) 192
Buchbesprechungen	<i>McLachlan/Shore/Weiniger</i> , International Investment Arbitration: Substantive Principles (<i>Richard Happ</i>) 193
	<i>Wegen/Esin/Shore</i> , Materials on International Arbitration (<i>Jörg Risse</i>) 194
Entscheidungen	Zur Berücksichtigung der Aufhebung des Schiedsspruchs im Ursprungsland im Anerkennungsverfahren (<i>BGH, Beschluss vom 21. Mai 2008 – III ZB 14/07</i>) 195
	Einwand der unzulässigen Rechtsausübung im Vollstreckbarerklärungsverfahren (<i>BGH, Beschluss vom 17. April 2008 – III ZB 97/06</i>) 196
	Zur Ablehnung eines Schiedsrichters wegen persönlich vertrauten Verhältnisses zu einem Parteivertreter (<i>OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 10. Januar 2008 – 26 Sch 21/07</i>) 199
	Zu den Voraussetzungen für die gerichtliche Benennung eines Schiedsrichters (<i>KG Berlin, Beschluss vom 7. Juni 2007 – 20 SchH 03/07</i>) 200
	Zum Umfang der Überprüfung von schiedsgerichtlichen Entscheidungen durch das Schweizer Bundesgericht (<i>Bundesgericht – Urteile vom 22. Januar 2008 – 4A_244/2007 und 4A_468/2007</i>) 202
	Berichtigung und Auslegung eines Schiedsspruchs nach der DIS-SchO (<i>DIS-Schiedsverfahren Nr. SV-B-652/06 – Berichtigungsschiedsspruch nach § 37.4 DIS-SchO</i>) 207
Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V.	V
News	VII

parties and their counsel should address the issue of electronically stored documents as early as possible in the arbitration process. As early as possible, the parties and the arbitrator should establish basic consensus regarding the scope, form and costs of document production. At the same time, the arbitrator should strive to protect the efficiency of the arbitration process by strictly applying limitations on document production as they are set out in the IBA rules. Document requests whose actual value cannot be foreseen should be addressed by ordering only a limited production as a first step in order to sample and test the costs, time requirements and relevance of certain electronic data. Overall arbitrators need to deal with electronic documents in a very thoughtful manner in order to further the reputation and acceptance of arbitration.

Veranstaltungsbericht

Von Pascal Schonard, M. A. P. (ÉNA) / maître en droit (Paris 1), Rosenheim*

Gesprächskreis „Investitionsrecht und -schiedsgerichtsbarkeit“ – Jahrestreffen 2007

Das nunmehr bereits zur Tradition gewordene Frankfurter Jahrestreffen des vor drei Jahren auf Initiative von Rechtsanwalt Dr. Alfred Escher und Rechtsanwalt Jan K. Schäfer gegründeten Gesprächskreises „Investitionsrecht und -schiedsgerichtsbarkeit“¹ fand am 14. 11. 2007 in Zusammenarbeit mit der Industrie- und Handelskammer (IHK) Frankfurt am Main² und der Gesellschaft zur Förderung von Auslandsinvestitionen (GFA)³ statt. Bei dem Jahrestreffen zeigte sich der Gesprächskreis thematisch frisch und bot wiederum Gelegenheit zur angeregten Diskussion. Dazu trugen auch die rund 65 geladenen Teilnehmer bei, die nicht nur aus den, wie Herr Schäfer in seiner Begrüßung formulierte, „usual suspects“ aus Anwaltschaft, Verwaltung und Wissenschaft bestanden, sondern zu denen auch und gerade Vertreter von Rechtsabteilungen großer auslandsaktiver deutscher Unternehmen zählten. Neben dieser Besonderheit ist der Gesprächskreis das einzige informelle Gesprächsforum im deutschsprachigen Raum zu diesem praxisrelevanten Rechtsgebiet, das an der Schnittstelle von Wirtschaftsvölkerrecht, internationalem Prozess- und Zivilrecht liegt.

Die Veranstaltung unterteilte sich in zwei Themenblöcke, von denen schon der erste, von Herrn Schäfer moderierte Teil angesichts der Kreditkrise aktueller kaum sein konnte: Rechtsfragen der Finanzierung von Auslandsinvestitionen. Nach den Begrüßungsworten von Frau Tontsch im Namen des Gastgebers IHK sowie von Herrn Dr. Heiko Willems im Namen der vom Bundesverband der Deutschen Industrie geförderten GFA unterstrich Herr Schäfer in seinen Einführungsworten, dass eine Einbeziehung von Banken in investitionsschutzrechtliche Überlegungen bisher unzureichend erfolgt sei. Die drei Impulsreferate hierzu kamen von Vertretern eines Entwicklungsfinanzierers, der Anwaltschaft und eines Energieunternehmens.

Erster Referent zu dem Themenkomplex „Finanzierung“ war Herr Ulrich W. Klemm, Chefsyndikus der Deutschen Investitions- und Entwicklungsgesellschaft mbH, Köln (DEG). Sein Impulsreferat trug den Titel „Die rechtliche Struktur-

ring der Finanzierung einer Auslandsinvestition – Nutzen bi- und multilaterale Investitionsförderungsabkommen dem Investor bei der Kreditvergabe?“. Herr Klemm berichtete zunächst über die Projektstrukturierung bei den von seinem Institut in nicht-OECD Staaten geförderten Privatinvestitionen. Oftmals würden Auslandsinvestitionen über lokale Kapitalgesellschaften getätigt, an denen in vielen Fällen lokale Gesellschafter beteiligt seien („joint-ventures“). Es sei jedoch eine gewisse Skepsis und Abkehr von diesem Beteiligungsmodell zu erkennen, so dass etwa in China immer öfter Projektgesellschaften gegründet würden, die vollständig in ausländischer Hand seien. Herr Klemm beleuchtete ferner die vertraglichen Aspekte derartiger Finanzierungen. Das größte praktische Verhandlungsproblem zwischen Investitionsfinanzierern und Investoren sah er in den Auszahlungsvoraussetzungen, die insbesondere die vorherige Bestellung der Sicherheiten voraussetzten. Als Sicherheit käme allerdings oftmals lediglich eine Grundpfandabsicherung im Investitionszielland in Betracht, obwohl das dortige Sachenrecht nicht immer dogmatisch so ausgefeilt sei wie das deutsche. Als weiteren wichtigen Aspekt nannte Herr Klemm die Kündigungsgründe für Finanzierungsverträge, deren Verschärfung zu Gunsten des Gläubigers aufgrund des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes schwieriger geworden sei. Schließlich wurde noch auf die Rechtswahl- und Gerichtsstandsklauseln hingewiesen, im Rahmen derer sein Institut deutschem Recht und Gerichten den Vorzug zu geben sucht, es sei denn, es fehle im Einzelfall an einem unkomplizierten *exequatur*-Verfahren. Unter Umständen sei unter Berücksichtigung des New Yorker Übereinkommens⁴ auch die Vereinbarung einer Schiedsklausel möglich. Hinsichtlich der Finanzierungsformen kämen mezzanine Fazilitäten (eine Form der Risikobeteiligung) sowie subordinierte Darlehen und Anleihen in Betracht. Ferner seien auch Lokalwährungsdarlehen denkbar, die aber voraussetzten, dass die Währung vor Ort absicherbar sei. Investitionsförderungs- und -schutzverträge (*Bilateral Investment Treaties* – BITs) seien vor diesem Hintergrund keine *condicio sine qua non* für eine Darlehensvergabe. Im Fall Brasiliens etwa habe man sich beispielsweise nicht daran gestört, dass das deutsch-brasilianische Investitionsförderungs- und -schutzabkommen noch nicht in Kraft getreten sei. Wenn jedoch BITs vorlägen, sei die Kreditvergabe einfacher. Zudem lege man jedenfalls bei Investitionen in Staaten, die sich nach einem Bürgerkrieg noch in der Phase der Stabilisierung befänden, Wert auf das Vorliegen eines BIT. Interessanterweise sah Herr Klemm den Nutzen des BIT insoweit vor allem in der Absicherung der Eigenbeteiligung des Investitionsfinanzierers an der Projektgesellschaft, welche als eigenständige Kapitalanlage im Sinne der BITs zu werten sei.

Das nächste Impulsreferat mit dem Thema „Der völkerrechtliche Schutz einer Projektfinanzierung“ hielt Frau

* Pascal Schonard ist Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft Traunstein – Zweigstelle Rosenheim. Mit vorliegendem Veranstaltungsbericht, den er im Rahmen seiner privaten wissenschaftlichen Betätigung verfasst hat, erhebt er in keiner Weise den Anspruch, die Auffassung seiner Behörde wiederzugeben.

1) Herr Dr. Escher ist Partner der Sozietät Escher Rechtsanwälte, Frankfurt am Main, Herr Schäfer ist im Bereich Schiedsgerichtsbarkeit bei Allen & Overy LLP, Frankfurt am Main, tätig. Veranstaltungsberichte zu den beiden vorherigen Treffen finden sich bei Escher/Schäfer, *SchiedsVZ* 2006, 95 ff., sowie Reichert, *SchiedsVZ* 2007, 213 ff.

2) Vgl. <http://www.ihk-frankfurt.de>; speziell zu dem Abkommen zwischen der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) und der IHK Frankfurt am Main, das es ermöglicht, bei dem in der IHK angesiedelten *Frankfurt International Arbitration Center* (FIAC) ein IC-SID-Schiedsverfahren durchzuführen siehe <http://www.ihk-frankfurt.de/recht/streitbeilegung/schiedsgericht/icsid>.

3) Vgl. <http://www.investitionsschutz.de>.

4) Übereinkommen vom 10. 6. 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, in Kraft seit 7. 6. 1959, für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten am 30. 6. 1961, BGBl 1961 II S. 122; vgl. auch § 1061 ZPO.

Rechtsanwältin Dr. Anke Sessler, Partnerin bei Clifford Chance LLP, Frankfurt am Main. Sie vertrat die These, dass völkerrechtlicher Investitionsschutz bei Banken bislang keine große Rolle gespielt habe und dies möglicherweise auf ein Beratungsdefizit zurückzuführen sei. Im Folgenden untersuchte Frau Dr. Sessler, ob Banken, die einen Darlehensvertrag mit einem *Special Purpose Vehicle* (SPV), also einer Projektgesellschaft im Investitionszielland, geschlossen haben, selbst den Schutz der BITs beanspruchen können. Als Fallbeispiel schilderte sie dabei die Situation eines Widerrufs der Baugenehmigung während der Bauphase eines Investitionsprojekts in China. Eine deutsche darlehensgebende Bank sei in einem solchen Fall aufgrund ihres deutschen Sitzes unproblematisch als Investorin im Sinne von Artikel 1 Ziff. 2 lit. a des deutsch-chinesischen BITs⁵ zu betrachten. Langfristige Darlehen seien zudem Kapitalanlagen im Sinne von Artikel 1 Ziff. 1 lit. c dieses Vertrages. Problematisch sei allenfalls, ob im Beispielfall eine Verletzung materieller Schutzbestimmungen des BIT gegenüber der Bank als bloßer Darlehensgeberin in Betracht käme. Frau Dr. Sessler unterstrich bei der Beantwortung dieser Frage, dass vorrangiges Schutzobjekt des BITs das SPV sei. Ein Schutz des Darlehens als solchem sei dennoch nicht ausgeschlossen, insbesondere sei eine analoge Heranziehung der Rechtsprechung zu indirekten Eingriffen in Rechte von Anteilseignern denkbar. Auch eine „*pacta sunt servanda*-Klausel“ des BIT (häufig auch *umbrella clause* genannt) könne als Anknüpfungspunkt für den Schutz des Darlehens dienen. Die Referentin verwies insoweit auf den Schiedsspruch im Fall *CMS J. Argentinien*.⁶ Im Ergebnis sei folglich auch das Darlehen durch den deutsch-chinesischen BIT geschützt. Auf Nachfrage wies die Referentin darauf hin, dass ein an der Kapitalanlage verursachter Schaden nur einmal vom Gaststaat verlangt werden könne, die Bank erleide als Darlehensgeberin aber einen anderen Schaden als der Gesellschafter des SPV. Frau Dr. Sessler riet unabhängig von diesem ermutigenden Ergebnis auch eine bessere „BIT-Planung“ an, im Rahmen derer die Banken ihre Darlehensrisiken mittels geeigneter BITs verringern könnten. Ein solches Vorgehen setze zunächst voraus, dass für das betreffende Projekt überhaupt ein BIT vorhanden sei. Die Qualität des BIT müsse dann daraufhin geprüft werden, ob die für die Begleichung der Darlehenszinsen und -tilgungszahlungen unverzichtbare Transferfreiheit gewährleistet, ob eine *umbrella clause* im Vertrag enthalten und schließlich, ob eine Investor-Staat-Schiedsklausel vorhanden sei. Auch solle eine vergleichende Risikoanalyse unter Berücksichtigung verschiedener BITs mit dem Investitionszielland durchgeführt werden. Durch die zweckmäßige Gestaltung zwischengeschalteter (Holding-)Projektgesellschaften könne der Schutz durch den geeigneten BIT eröffnet werden. Zu beachten sei dabei, dass die zwischengeschaltete (Holding-)Gesellschaft nicht lediglich Finanzmittel weiterleiten dürfe, sondern selbst als Vertragspartnerin auftreten müsse, um in den Schutzbereich des betreffenden BIT zu gelangen.

Herr Binding, Syndikusanwalt der Dekabank, Frankfurt am Main, merkte dazu an, dass aus seiner Sicht den BITs seitens der Banken bislang kein größerer Sicherungswert zugeschrieben werde. Im Übrigen wolle man im Schadensfall das Verfahrensende eines etwaigen Investor-Staat-Schiedsverfahrens nicht abwarten, zumal alternativ ein Forderungsverkauf in Betracht komme. Herr Rechtsanwalt beim BGH Professor Raeschke-Kessler fügte hinzu, dass es ab Schiedsverfahrenseinleitung regelmäßig drei Jahren dauere, bis ein Schiedsspruch rechtskräftig für vollstreckbar erklärt sei.

Bei der anschließenden Diskussion meldete sich Herr Regierungsdirektor Tillmann Rudolf Braun, M. P. A., stellvertretender Leiter des Referats „Auslandsinvestitionen, Umschuldungen, Weltbank, Regionale Entwicklungsbanken“ im Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie zu Wort,

um eine Lanze für die deutschen BITs und deren Praxisrelevanz zu brechen. Wenn das Kind erst einmal in den Brunnen gefallen sei, so argumentierte er, sei der Investor trotz aller Schwächen der BITs mit großer Wahrscheinlichkeit froh um den völkerrechtlich verbürgten und von der Gerichtsbarkeit des Gaststaats unabhängigen Schutz seiner Kapitalanlage. Hinsichtlich der Diskussion um das BIT-Shopping mittels Holdinggesellschaften hob Herr Braun die Unterscheidung zwischen indirekten Investitionen ohne Drittlandsbezug und solchen mit Drittlandsbezug hervor. Bei letzteren Konstruktionen, also indirekten Investitionen über Drittstaaten, müsse man die Eröffnung des Schutzbereichs eines BITs jeweils sehr genau prüfen und die Praxis des Investitionsziellandes berücksichtigen.

Die erste thematische Runde des Jahrestreffens wurde – nach den Vorträgen aus Sicht von Darlehensgeber und Anwaltschaft – durch das Referat von Herrn Markus Kaune, Senior Vice-President E.ON Bulgaria EAD, abgerundet. Sein Unternehmen sei im Zuge einer Privatisierung nach Bulgarien gekommen. *Greenfield*-Investitionen seien in der Energiebranche ohnehin extrem selten. Der bulgarische Staat halte nach wie vor ein Drittel an der Gesellschaft, in der auch die Europäische Bank für Wiederaufbau und Entwicklung (*European Bank for Reconstruction and Development* – EBRD) mit 8% engagiert sei. Der Referent unterstrich, dass die Rolle der EBRD neutral sei, weil sie die operativen Entscheidungen weitestgehend dem Privatinvestor überlasse. Sie erleichtere aber durch ihre Reputation die Beziehungen zum Gaststaat. Die EBRD mildere auf diese Weise vor allem das politische und regulatorische Risiko im Gaststaat, was in dem stark durch EG-Recht geprägten, regulierten Netzmarkt und angesichts des Transformationsprozesses in Bulgarien von besonderer Relevanz sei. Die Projektstrukturierung ermögliche es dem Privatinvestor nach Ende der Vertragslaufzeit die von der EBRD gehaltenen Anteile zurück zu erwerben, sofern bis dahin nicht erhebliche Eingriffe in die Kapitalanlage stattgefunden haben sollten. Falls das Unternehmensrating in der Zwischenzeit unter einen bestimmten Wert falle – und in einigen anderen Extremfällen – könne die EBRD eine *put option* ausüben, die ihr einen frühzeitigen Ausstieg ermögliche.

In der nachfolgenden regen Diskussion bemerkte Herr Professor Dr. Behrens, Europa-Kolleg Hamburg, dass vor dem Hintergrund dieser wichtigen Verhandlungsunterstützung durch die EBRD BITs offensichtlich nicht als Präventionsinstrument ausreichen. Dem hielt Herr Braun vom Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie entgegen, dass anderweitige Vorsorge immer zu empfehlen sei, die BITs aber auch und gerade präventiv wirken könnten, indem sie dem Unternehmen schon im Vorfeld eines etwaigen Investor-Staat-Schiedsverfahrens eine größere Verhandlungsmacht gegenüber dem Gaststaat gäben und damit die Effektivität seiner ihm völkervertraglich gewährten Rechte stärkten. Die Bundesregierung unterstütze solche Gespräche regelmäßig informell. Herr Rechtsanwalt beim BGH Professor Raeschke-Kessler wies hingegen auf die Schwächen der BITs auf Vollstreckungsebene hin, zudem habe die Bundesregierung vor Kurzem einen deutschen Investor „im Regen“ stehen lassen, nachdem dieser sie um Unterstützung bei der Vollstreckung eines von ihm erstrittenen Investor-Staat-Schiedspruchs gebeten hatte.

Der zweite, von Herrn Dr. Escher moderierte Teil der Veranstaltung war aktuellen Entwicklungen im Investitionsschutzrecht gewidmet und umfasste Impulsreferate von Frau

⁵ Vgl. zu diesem Vertrag ausführlich *Braun/Schonard*, RIW 2007, 561 ff.

⁶ ICSID Fall Nr. ARB/01/8, Entscheidung vom 12. 5. 2005, Rz. 299 ff.; vgl. allerdings auch die Entscheidung des *ad-hoc* Ausschusses vom 25. 9. 2007 zum Annulierungsantrag Argentinien, dort Rz. 89 ff., die den Schiedsspruch insoweit wegen unzureichender Begründung aufhob.

Professor Dr. Sabine Schlemmer-Schulte, University of the Pacific, Sacramento, sowie Herrn Carlos Gimeno Verdejo von der Generaldirektion Handel der Europäischen Kommission, die mit ihren völkerrechtlichen bzw. europarechtlichen Vorträgen zwar sehr unterschiedliche Aspekte, aber letztlich doch beide die strategische Entwicklung des Investitionsschutzrechts beleuchteten.

Das Referat von Frau Professor Schlemmer-Schulte trug den Titel „Darf ein Staat die Erfüllung von Verpflichtungen gegenüber ausländischen Investoren und Anleihegläubigern unter Berufung auf einen Staatsnotstand verweigern?“. Vor dem Hintergrund zahlreicher, dogmatisch aber noch nicht aufgearbeiteter Schiedssprüche sowie einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG)⁷ zu dieser Frage traf Frau Professor Schlemmer-Schulte mit ihrem Vortrag auf großes Interesse. Dreh- und Angelpunkt des Referats war denn auch die Frage der Ansprüche von Gläubigern argentinischer Staatsanleihen. Zunächst resümierte sie die Rechtsprechung von U.S.-Gerichten und des BVerfG. Sie erläuterte dabei, dass in den Vereinigten Staaten die *Act of State doctrine* bereits die Gerichtsbarkeit ausländischer Staaten begrenze. Dies gelte aber nicht bei Staatsanleihen, die über ausländische Börsenplätze ausgegeben würden. Zudem greife bei Staatsanleihen die Staatenimmunität nicht, weil es sich um eine kommerzielle Maßnahme handle. Einen völkergewohnheitsrechtlichen Rechtfertigungsbestand in Gestalt des Staatsnotstandes schließlich habe das BVerfG bei Klagen von Privatpersonen gegen den Ausgabestaat nicht erkennen können. Frau Professor Schlemmer-Schulte kritisierte, dass die Senatsmehrheit zu Unrecht keine völkergewohnheitsrechtliche Regel des Staatsnotstandes zu Lasten von privaten Gläubigern erkannt habe und schloss sich insoweit der abweichenden Meinung der Richterin Professor Dr. Lübbecke an. Die Referentin vertrat im Übrigen die Ansicht, dass angesichts des globalisierten Wirtschaftslebens die künstliche Trennung zwischen völkerrechtlichen und privatrechtlichen Ansprüchen aufgegeben werden müsse. Eine rein formale Betrachtungsweise greife insbesondere dann zu kurz, wenn durch einen etwaigen Schadensersatzanspruch eines Privatinvestors gegen einen Gaststaat der Lebensstandard der Bevölkerung des betreffenden Staates und damit deren Menschenrechte beeinträchtigt würden. Es seien auch bereits Ansätze eines Völkergewohnheitsrechts erkennbar, das die Linearität des internationalen Rechts überwinde und nach der notwendigen materiellen Normenhierarchie strebe. Die entsprechende Staatenpraxis zeige sich etwa in den gängigen zwischenstaatlichen Umschuldungsvereinbarungen. Die Referentin fügte die provokante These hinzu, dass nach allgemeinen Grundsätzen der Stellvertretung („*principles of agency*“) der Internationale Währungsfonds (IWF) für sämtliche Verletzungen des Völkerrechts durch Staaten haften müsse, die auf seine Politikvorgaben zurückzuführen seien. Aus ökonomischer Sicht ergänzte Frau Professor Schlemmer-Schulte noch, dass der IWF als Geldgeber für Schwellenländer ohnehin zunehmend entbehrlich werde, weil mit China ein neuer strategischer Darlehensgeber verfügbar geworden sei.

Der Vortrag von Frau Professor Schlemmer-Schulte blieb nicht ohne Widerspruch aus dem Auditorium. So hob Rechtsanwalt Dr. Börner, Köln, hervor, dass Argentinien bei einer von der Referentin offenbar befürworteten Enthaltung künftig *de facto* von jeglicher Refinanzierung auf den internationalen Finanzmärkten ausgeschlossen würde. Im Übrigen sei nicht nachzuvollziehen, wie in die Menschenrechte der argentinischen Bürger eingegriffen werde, wenn sich der argentinische Staat freiwillig verschulde. Frau Dr. Sessler merkte an, dass die von der Referentin angemahnte kreative Lösung auf Ebene des Zwangsvollstreckungsrechts schon existiere. So unterscheide das BVerfG in ständiger Rechtsprechung staatliche Vermögensgegenstände, in die vollstreckt werden soll, nach deren hoheitlichem oder kommerziellem

Zweck und gewährt den Zugriff nur in letzterem Fall. Herr Rechtsanwalt beim BGH Professor Raeschke-Kessler machte schließlich auf das Londoner Schuldenabkommen⁸ aufmerksam, das eine Streckung der Tilgung deutscher Auslandsschulden statt einem Erlass beinhaltet habe. Eine solche Lösung sei vorzuzugewärtig, zumal Staaten nicht insolvent gehen könnten. Im Übrigen habe Argentinien schon jetzt neue Geldgeber. Frau Professor Schlemmer-Schulte erwiderte, dass keine völlige Haftungsfreistellung, sondern eine einvernehmlich ausgehandelte Umschuldungsvereinbarung gemeint gewesen sei. Zudem befürworte auch sie eine Streckung der Tilgung.

Mit dem abschließenden Vortrag von Herrn Gimeno Verdejo, Europäische Kommission, wandte sich der Gesprächskreis einer besonders aus Sicht der Bundesrepublik relevanten Fragestellung zu, nämlich der angesichts des EU-Reformvertrages⁹ zu erwartenden neuen Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Union (EU) und Mitgliedstaaten in Fragen des Investitionsschutzrechts. Der Referent schilderte als Grundlage zunächst die geltende Kompetenzordnung nach dem Stand des Vertrages von Nizza und der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH). Danach sei die Gemeinschaft nur in Form gemischter Abkommen, denen auch unmittelbar die Mitgliedstaaten beitreten, in der Lage, investitionsrelevante Regelungen in Verträge mit Drittstaaten zu integrieren und auch dann nur soweit, als ein Bezug zu einem Regelungsbereich des EG-Vertrages verbleibe, in der Regel dem Warenhandel¹⁰. In der Praxis führe dies zu einer Beschränkung dieser gemischten (Freihandels-)Abkommen auf Fragen der Marktöffnung, wohingegen die BITs der Mitgliedstaaten auf Grund ihrer verbleibenden Zuständigkeiten den Schutz bestehender Investitionen in Drittstaaten regelten. Hinsichtlich der zu erwartenden Kompetenzordnung nach Inkrafttreten des Reformvertrages vertrat er die Auffassung, dass die EU¹¹ auf Grund des neuen Artikel 188 c des Vertrages die ausschließliche Zuständigkeit zur Aushandlung und zum Abschluss von BITs mit Drittstaaten haben werde. Wörtlich sprach Herr Gimeno Verdejo von einem „Big Bang“ der investitionsrechtlichen Kompetenzordnung in Europa, zumal keine Übergangsvorschriften im Reformvertrag vorgesehen seien und der EG nach den alten Verträgen noch die Kompetenzen fehlten, eine solche Übergangsregelung im Wege des Sekundärrechts vorwegzunehmen. Die EU habe in Zukunft die Möglichkeit, die gesamte Bandbreite der Investitionsbeziehungen mit Drittstaaten selbstständig und unmittelbar zu regeln, d. h. ohne dass es noch einer Mitzeichnung der Mitgliedstaaten bedürfe. Hinsichtlich der *bestehenden* BITs der Mitgliedstaaten mit Drittstaaten hob Herr Gimeno Verdejo interessanterweise hervor, dass nach seiner Auslegung diese am Tage des Inkrafttretens des Reformvertrages europarechtswidrig würden. Pragmatischerweise müsse man aber deren Fortbestand über einige Jahre in Kauf nehmen, da die EU im Allgemeinen und sein Referat im

7) Beschluss vom 8. 5. 2007, 2 BvM 1-5/03, 2 BvM 1-2/06.

8) Abkommen über deutsche Auslandsschulden vom 27. 2. 1953, in Kraft getreten am 24. 8. 1953, BGBl 1953 II S. 331.

9) Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung einer Europäischen Gemeinschaft vom 13. 12. 2007 (bisher noch nicht in Kraft getreten), Text in deutscher Fassung wiedergegeben im Dokument CIG 14/07 der Regierungskonferenz 2007 vom 3. 12. 2007, <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/cg00014.de07.pdf>.

10) Vgl. insoweit den von der EU bei ihren Verhandlungsentwürfen für Freihandelsabkommen mit Drittstaaten zu Grunde gelegte Textbaustein über Investitionen (*Minimum platform on investment for EU Free Trade Agreements – Provisions on establishment in template for a Title on Establishment, trade in services and e-commerce*), http://www.iisd.org/pdf/2006/itm_ecom.pdf.

11) Nach Inkrafttreten des Reformvertrages wird es eine Unterscheidung zwischen Gemeinschafts- und Unionskompetenzen nicht mehr geben. Die Europäischen Gemeinschaften werden in der dann mit Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Union aufgehen.

Speziellen nicht in der Lage seien, sofort für normativen Ersatz zu sorgen.

In der anschließenden kontroversen Diskussion warf zunächst Herr Rechtsanwalt Dr. Happ, Hamburg, die Frage auf, ob und wie die EU sich in das ICSID-Übereinkommen eingliedern solle, da sie kein Staat und damit nach derzeitigem Stand nicht beitragsfähig sei. Weiter fragte er, ob die EU im Gegenzug zur entsprechenden Verpflichtung der Drittstaaten sich selbst der Schiedsgerichtsbarkeit unterwerfen werde. Beide Aspekte hielt Herr Gimeno Verdejo für wenig problematisch: bei ICSID müsse es eine Veränderung der Regeln zur Beitrittsfähigkeit nach der Vorbild der WTO geben, hinsichtlich der Zustimmung zu einer gegenseitigen Schiedsklausel zeige der Energiechartavertrag¹², dass die EU dies tun könne.

Frau Professor Dr. Anne van Aaken, Universität St. Gallen, interessierte sich für das nicht zur Sprache gekommene Schicksal der BITs, die von verschiedenen Mitgliedstaaten der EU untereinander geschlossen worden seien. Diesbezüglich vertrat Herr Gimeno Verdejo die Auffassung, dass diese *intra*-EU BITs schon nach jetziger Rechtslage zu den Binnenmarktregeln im Widerspruch stünden. Auch habe die fehlende Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens durch die Kommission insoweit keine Aussagekraft¹³. Die zuständige Generaldirektion Binnenmarkt würde lediglich eine diplomatische Lösung vorziehen.

Andere Wortbeiträge verdeutlichten, dass einige Anwesende, darunter Herr Dr. Willems vom Bundesverband der Deutschen Industrie, sich mit ihrer Sorge um sinkende Schutzstandards für deutsche Investoren im Ausland nicht ausreichend verstanden fühlten. Die von Herrn Gimeno Verdejo vorgetragene Rechtsauffassung, wonach Altverträge vom Reformvertrag berührt würden, wurde ebenfalls in Frage gestellt. Dies galt auch für seine Erläuterung, wonach die EU nun die ausschließliche Kompetenz für den Abschluss neuer BITs erhalte, weil der Wortlaut von Artikel 188 c nicht eindeutig sei. Herr Robert Hunter, Partner bei Lovells LLP, Frankfurt am Main, war etwa als englischer Muttersprachler der Auffassung, dass die Satzstruktur des künftigen Artikels 188 c Abs. 1¹⁴ auch zur Annahme führen könne, dass nur handelsbezogene Aspekte des Investitionsrechts auf die EU übergehen würden. Zudem lasse die Systematik des gesamten Artikels 188 c auf eine ebensolche Beschränkung schließen. Herr Gimeno Verdejo verwies demgegenüber auf die Kommasetzung und vertrat die Auffassung, dass Investitionsrecht bei richtigem Verständnis ohnehin vollumfänglicher Teil des Handelsrechts sei.

Wie in den vergangenen Jahren wurden die Diskussionen in zwangloser Atmosphäre bei einem Abendessen fortgesetzt. Auch für 2008 darf man wieder auf anregende Referate und Gespräche bei dem nunmehr traditionsreichen Jahrestreffen des Gesprächskreises Investitionsrecht und -schiedsgerichtsbarkeit hoffen.¹⁵

12) Vertrag vom 17. 12. 1994, in Kraft getreten am 16. 4. 1998, BGBl 1997 II S. 4.

13) Vgl. zur Frage der Fortgeltung bestehender *intra*-EU BITs, *Eastern Sugar B. V. J. Tschechien*, Fall der Stockholmer Handelskammer Nr. SCC 088/2004, Teil- und Grundentscheidung nach den UNCITRAL-Schiedsregeln vom 27. 3. 2007, Rz. 115 ff., abrufbar unter <http://ita.law.uvic.ca>.

14) In der deutschen Sprachfassung lautet diese Vorschrift wie folgt: „Die gemeinsame Handelspolitik wird nach einheitlichen Grundsätzen gestaltet; dies gilt insbesondere für die Änderung von Zollsätzen, für den Abschluss von Zoll- und Handelsabkommen, die den Handel mit Waren und Dienstleistungen betreffen, und für die Handelsaspekte des geistigen Eigentums, die ausländischen Direktinvestitionen, die Vereinheitlichung der Liberalisierungsmaßnahmen, die Ausfuhrpolitik sowie die handelspolitischen Schutzmaßnahmen, zum Beispiel im Fall von Dumping und Subventionen. Die gemeinsame Handelspolitik wird im Rahmen der Grundsätze und Ziele des auswärtigen Handelns der Union gestaltet.“ (Meine Hervorhebungen).

15) Das nächste Treffen findet am 20. November 2008 in Frankfurt am Main statt.

By Friederike Stumpe, LL. M., Frankfurt/Main*

Generations in Arbitration V – Art of Advocacy

The fifth conference “Generations in Arbitration”, organised by the Alumni Association of the Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot (MAA), took place on 14 March 2008 and was hosted by the Vienna office of Baker & McKenzie – Diwok Hermann Petsche for the third time. The unique concept of “Generations in Arbitration” lets students and practitioners meet in one event. While students participating in the Vis Moot are trained in arbitration advocacy, practitioners focus on specific issues in arbitration and ADR in a parallel workshop. These two groups meet in a concluding joint session. The non-profit event “Generations in Arbitration”, taking place annually one day prior to the beginning of the Vis Moot, is a brilliant way of bridging the gap between students and experienced practitioners within the unique setting in Vienna that has been host of the Vis Moot for 15 years and by now attracts more than 200 participating teams from all over the world. In this year’s “Generations in Arbitration” conference, both students and practitioners focused on the Art of Advocacy.

During the practitioner’s workshop, Dr. Mathias Wittinghofer¹ introduced the panels and moderated the discussions. The workshop covered specific issues regarding the art of advocacy in arbitration during the morning session, in which the panel members Professor Klaus Peter Berger², Doak Bishop³ and Vladimir Khvalei⁴ gave insight into their practical experiences. Already the first issue presented to the round, “pre-hearing briefs”, gave rise to several valuable remarks. But interestingly enough, only after having discussed the – existing or non-existing – benefits of pre-hearing briefs, the discussion went back to the very basic but important question of defining “pre-hearing briefs”. As in relation to so many other procedural aspects, this turned out to be a question answered differently depending on one’s legal background being from a common law or a civil law jurisdiction: pre-hearing briefs” from a common law standpoint are generally nothing more than a disposition of arguments on the relevant issues without any evidence provided at that stage. Full memorials, including all the evidence, are not submitted until after the hearing. A civil lawyer, on the other hand, would be inclined to already submit a full memorial before the hearing and only submit an additional brief after the hearing concerning further issues that were raised during its course. This being said, it of course depends on the approach followed when it comes to the question of whether pre-hearing briefs in addition to full memorials entail the danger of redundancy, thus not being time and cost efficient and violating basic principles of arbitration. It is probably less important to decide which approach is the “better” one – if there is a better one at all –, but to address the issue carefully at the beginning of the proceedings in order to avoid misunderstandings among the tribunal and the parties. The IBA

* Friederike Stumpe, LL. M., is a Lawyer at the Frankfurt office of Manheimer Swartling.

1) Lawyer in the Frankfurt office of Baker & McKenzie.

2) Cologne University, Institute for Banking Law, also founder and director of the Centre for Transnational Law (CENTRAL).

3) Partner in the Houston office of King & Spalding.

4) Partner in the Moscow office of Baker & McKenzie.