

---

# SchiedsVZ

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

in Zusammenarbeit mit der  
Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS)

SchiedsVZ · 5/2011 · 9. Jahrgang

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

---

### Inhalt

Aufsätze	<i>Hanns Prütting</i> , Die rechtliche Stellung des Schiedsrichters	233
	<i>Jörg Risse/Jan Frohloff</i> , Schadensersatzansprüche nach einstweiligen Verfügungen in Schiedsverfahren	239
	<i>Martin Illmer</i> , Der Kommissionsvorschlag zur Reform der Schnittstelle der EuGVO mit der Schiedsgerichtsbarkeit	248
	<i>Mary-Rose McGuire</i> , Grenzen der Rechtswahlfreiheit im Schiedsverfahrensrecht? Über das Verhältnis zwischen der Rom-I-VO und § 1051 ZPO	257
	<i>Nils Schmidt-Abrendts/Philipp Höttler</i> , Anwendbares Recht bei Schiedsverfahren mit Sitz in Deutschland	267
Veranstaltungsberichte	DIS Conference „The Independence and Impartiality of Arbitrators“ ( <i>Philipp Schuett</i> )	276
	O Futuro da Arbitragem – 10 anos da CAE – Câmara de Arbitragem das Eurocâmaras ( <i>Josef Fröhlingsdorf</i> )	277
	Gesprächskreis „Investitionsrecht und -schiedsgerichtsbarkeit“ – Jahrestreffen 2010 ( <i>Daniel Philipp Berrsche</i> )	278
Entscheidungen	Keine Bindung des Insolvenzverwalters an eine Schiedsvereinbarung soweit es um dessen auf der Insolvenzordnung beruhende Rechte geht ( <i>BGH, Beschluss vom 30. Juni 2011 – III ZB 59/10</i> )	281
	Zur „Undurchführbarkeit“ einer Schiedsabrede bei irrtümlicher Vereinbarung eines nicht existierenden Schiedsgerichts ( <i>BGH, Beschluss vom 14. Juli 2011 – III ZB 70/10</i> )	284
	Zulässigkeit der Aufrechnung im Verfahren der Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Schiedsspruchs ( <i>KG, Beschluss vom 20. Januar 2011 – 20 Sch 09/09</i> ), mit Anmerkung von <i>Sophie Spetzler</i>	285
Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e. V.		VII
News		X

tigsten Länder bei internationalen Schiedsverfahren, etwa bei der ICC.

Im Jahre 2001 gründeten die Eurocâmaras, ein Zusammenschluss der Handelskammern der Mitgliedsländer der Europäischen Union in Brasilien (mit Ausnahme Portugals) die Câmara de Mediação e Arbitragem das Eurocâmaras (CAE), einen eigenen Schiedsgerichtshof. Anlässlich des 10-jährigen Bestehens veranstaltete die CAE, zusammen mit der Deutsch-brasilianischen Handelskammer und der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) am 1. 4. 2011 in São Paulo ein Seminar zum Thema „Die Zukunft der Schiedsgerichtsbarkeit – 10 Jahre CAE.“

In seiner Begrüßung unterstrich der Geschäftsführer der deutsch-brasilianischen Handelskammer Sao Paulo, dem größten deutschen Industriestandort, Herr Timm, das Interesse auch der deutschen Unternehmen an effizienten Streitbeilegungsmechanismen, wie von der CAE angeboten.

Herr Renato Pacheco Neto, Rechtsanwalt und Präsident der CAE, stellte in einem Rückblick die Geschichte und Entwicklung des CAE vor und verwies auf die praktische Bedeutung des CAE, unterstützt durch ein relativ modernes Gesetz zur Schiedsgerichtsbarkeit und eine schiedsgerichtsfreundliche Rechtsprechung in Brasilien.

Herr Josef Fröhlingdorf, Rechtsanwalt in Madrid, stellte die Schiedsgerichtsbarkeit in Lateinamerika aus deutscher Sicht dar. Lateinamerika galt lange als ein der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit eher ablehnend gegenüber stehender Kontinent, unter anderem durch die so genannte Calvo Doktrin, die dazu zwang, Rechtsstreitigkeiten ausländischer Parteien mit lateinamerikanischen Parteien notwendigerweise vor den lokalen lateinamerikanischen Gerichten zu führen.

Heute haben jedoch die meisten Länder Lateinamerikas eine moderne Gesetzgebung zur Schiedsgerichtsbarkeit, die häufig dem UNCITRAL Modellgesetz folgt, wenn auch nicht einheitlich, wie zum Beispiel in Brasilien. In der Praxis ist gerade in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit ein international üblicher Standard zu verzeichnen, wobei aber Überraschungen in Einzelfällen nicht ausgeschlossen sind, wie z. B. die Aussprache von anti arbitration injunctions etc.

Im Bereich der Investmentstreitigkeiten ist gegenwärtig eher eine gewisse Zurückhaltung einiger südamerikanischer Länder festzustellen, wie etwa in Argentinien, Bolivien, Venezuela oder Ecuador, Länder die, wie insbesondere Argentinien, eine Vielzahl von Investitionsschutzabkommen abgeschlossen haben, ganz anders Brasilien, das überhaupt keinen IPT hat.

Abschließend stellte Herr Fröhlingdorf die DIS, die Entstehungsgeschichte, ihre Organisation und deren Dienstleistungsangebot vor, das in Kürze auch in spanisch und portugiesisch verfügbar sein soll. Als Teil der DIS soll sich die Untergruppe DIS Iberoamericana verstärkt den besonderen Interessen in Lateinamerika zuwenden.

Herr Rechtsanwalt Roberto Fornes Mateucci, Vorsitzender des Disziplinargerichtes des brasilianischen Anwaltsverbandes, kommentierte praktische Fragen der Schiedsgerichtsbarkeit. Er unterstrich die Bedeutung der Bestätigung der Verfassungsmäßigkeit des Schiedsgerichtsgesetzes aus dem Jahre 1996, was zu einer Konsolidierung und schnellen Entwicklung in der Praxis führte. Dabei kommt der korrekten Abfassung der Schiedsklausel eine entscheidende Bedeutung zu, insbesondere unter Berücksichtigung der auch heute immer noch festzustellenden Intervention der staatlichen Gerichte. Ebenso ist die Wahl einer geeigneten Institution mit einer effektiven Struktur wichtig die in der Lage ist, schnell und effizient zu einer Streitbeilegung beizutragen. Daneben ist auf eine Harmonisierung der prozessualen Regeln mit dem anwendbaren materiellen Recht zu achten oder den Schiedsort nach den Bedürfnissen des Mandanten und dem Ort der Vollstreckung auszuwählen. Miteinander verbundene Verträge sollten uniforme Schiedsklauseln haben.

Herr Prof. João Dácio Rolim, Professor für Steuerrecht an der Universität Fundação Getúlio Vargas (FGV) erläuterte die gegenwärtige Diskussion in Brasilien zum Thema Schiedsgerichtsbarkeit im Steuerrecht. Angesichts der Tatsache, dass der größte Teil der anhängigen brasilianischen Gerichtsverfahren überwiegend aus dem Bereich Verwaltungsrecht und insbesondere Steuerrecht kommt und ein Steuerverfahren zwischen Verwaltungsverfahren und anschließendem Gerichtsverfahren bis zu 20 Jahre in Anspruch nehmen kann, bietet sich als Alternative ein schiedsgerichtliches Verfahren an. Die Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des brasilianischen Schiedsgesetzes bietet hierzu erste Ansatzpunkte.

Seitens der Vertreter des Fiskus wird zwar oft auf die nicht gegebene Disponibilität einer Steuerforderung hingewiesen, doch handelt es sich dabei eigentlich nicht um eine Frage der anwendbaren Gerichtsbarkeit. Solange ein ordentliches Verfahren gewährleistet ist, was bei einem Schiedsverfahren durchaus der Fall ist, kann auch ein verfassungsgerichtlich anerkanntes Schiedsverfahren eine geeignete Lösung sein, um Steuerstreitigkeiten zu lösen, insbesondere wenn dies in einem gegenüber der ordentlichen Gerichtsbarkeit zeitlich angemesseneren Rahmen erfolgt.

Das brasilianische Parlament diskutiert zur Zeit einen entsprechenden Gesetzentwurf, der vielleicht im Jahre 2012 verabschiedet wird, womit Brasilien dem Weg Portugals folgt, das bereits im Januar 2011 das Gesetz decreto-lei 10/2011 vom 20. 1. 2011 verabschiedet hat, mit dem auch steuerrechtliche Streitigkeiten durch ein Schiedsverfahren gelöst werden kann.

In einer anschließenden angeregten Diskussion wurden die sich aus den Beiträgen ergebenden Fragen vertieft und das Interesse an dem Dienstleistungsangebot der DIS deutlich.

*Von Dipl.-Jur. Daniel Philipp Berrsche, Frankfurt am Main\**

### Gesprächskreis „Investitionsrecht und -schiedsgerichtsbarkeit“ – Jahrestreffen 2010

Am 18. 11. 2010 fand in den Räumlichkeiten der IHK Frankfurt/Main das 6. Jahrestreffen des „Gesprächskreises Investitionsrecht und -schiedsgerichtsbarkeit“ statt<sup>1</sup>. Die Veranstaltung stand unter dem Titel: „Aktuelle Entwicklungen und Herausforderungen im internationalen Investitionsschutzrecht“. Wie auch schon bei den vorangegangenen Jahrestreffen fanden sich erneut mehr als 40 Wissenschaftler und Praktiker aus dem In- und dem Ausland zu einem informellen Gedanken- und Erfahrungsaustausch bei diesem deutschsprachigen Forum ein. Das Format orientierte sich an dem vorangegangenen Jahre. Die Veranstaltung war in zwei Abschnitte unterteilt. Dazwischen bot eine kurze Pause die Möglichkeit neue Kollegen im Gesprächskreis zu begrüßen und aufgeworfenen Fragen weiter nachzugehen. Der erste Abschnitt galt dem Thema: „Investitionsstreitigkeiten und Rechtsunsicherheiten als Folge der weltweiten Finanzkrise und der Vergleich als Instrument zur Beilegung von Streitigkeiten“. Im zweiten Abschnitt ging man der Frage nach: „Europäisches Investitionsschutzrecht nach Lissabon – Stillstand, Krise oder Durchbruch?“. In beiden Abschnitten bildeten jeweils zwei Impulsreferate den Anstoß zu einer regen Diskussion.

\* LL.M. (Eur), Wissenschaftlicher Mitarbeiter in der Kanzlei Escher Rechtsanwälte und Doktorand zu einem investitionsrechtlichen Thema bei Herrn Professor Dr. Dr. Rainer Hofmann, Lehrstuhl für Öffentliches Recht mit Schwerpunkt im Völkerrecht an der Goethe-Universität Frankfurt am Main.

1) Die Veranstaltungsberichte zu den vorangegangenen Treffen finden sich bei Escher/Schäfer, *SchiedsVZ* 2006, 95 ff.; Reichert, *SchiedsVZ* 2007, 213 ff.; Schonard, *SchiedsVZ* 2008, 189 ff.; Perkams, *SchiedsVZ* 2009, 230 ff. und Markert, *SchiedsVZ* 2010, 222 ff.

Nach einer kurzen Begrüßung durch Herrn Jan K. Schäfer, LL.M., Allen & Overy LLP, Frankfurt, und Herrn Hans-Reinhard Grünbaum, IHK Frankfurt, eröffnete Frau Professorin Anne van Aaken von der Universität St. Gallen den ersten thematischen Abschnitt der Veranstaltung mit einem Vortrag zum Thema: „Gesetze zur Bewältigung der Finanzkrise als Herausforderung für das Investitionsschutzrecht“. Vorab wies Frau Professorin von Aaken darauf hin, dass potentielle Verletzungen von Wirtschaftsvölkerrecht, und damit auch von Investitionsschutzrecht, durch Maßnahmen von Staaten im Rahmen dieser Finanzkrise bisher noch nicht Gegenstand einer umfassenden juristischen Aufarbeitung waren. In der Krise bildeten in der Regel Parlamentsgesetze die Rechtsgrundlage für staatliche Maßnahmen. Eine Untersuchung dieser Parlamentsgesetze zeige, dass sie den Exekutiven einen weiten Ermessensspielraum einräumten. Gegenwärtig sei noch nicht mit Sicherheit zu sagen, ob diese Maßnahmen lediglich temporär zur Bekämpfung der Krise eingesetzt würden oder auch als Entschuldigung für einen verdeckten Protektionismus missbraucht würden.

In ihrem Vortrag unterschied Frau Professorin von Aaken fünf Kategorien staatlicher Maßnahmen. Die erste Kategorie umfasste Maßnahmen für die Finanzindustrie. Diese Maßnahmen dienten in erster Linie der Liquiditätsunterstützung, der Rekapitalisierung, dem Ankauf von Vermögen (insbesondere sogenannter „giftiger“ Anlagen) und der Interbankenkreditgewährung. In die erste Kategorie fielen ferner Bürgschaften und Garantien für Anlagensicherungssysteme. Anders als Tochterunternehmen, wurden ausländische Filialen in den Gaststaaten von diesen Maßnahmen nicht erfasst. Die zweite Kategorie von Maßnahmen umfasste die Bereitstellung von Krediten an nationale kleinere und mittlere Unternehmen (KMUs). Die dritte Kategorie bildeten Maßnahmen bezüglich strategischer Sektoren und Konjunkturpakete. Als praktische Beispiele, die mit dem geltenden Recht vereinbar seien, wurden die Verschrottungsprämien für alte Autos in Deutschland und den USA genannt. Eine weitere Maßnahme, die in diese Kategorie falle, sei der American Recovery and Reinvestment Act 2009 (ARRA). Dieser sah ein Verbot vor, ausländischen Stahl, Eisen und Güter in öffentlichen Bauvorhaben zu verwenden. Die vierte Kategorie der Maßnahmen betraf die Aktionäre und Anleihegläubiger. Eine fünfte Kategorie sah kompetitive Währungsabwertungen vor.

Frau Professorin von Aaken kam zu dem Ergebnis, dass diese Maßnahmen – abhängig von ihrer konkreten Umsetzung – dazu geeignet sind, gegen Wirtschaftsvölkerrecht zu verstoßen. Sie könnten daher Gegenstand von Klagen werden. Vor allem Amerika sei dieser Umstand bei der Gesetzgebung durchaus bewusst gewesen. In Europa, speziell in Deutschland und der Schweiz, sei ihr ein solches Bewusstsein des Gesetzgebers nicht aufgefallen. Grundsätzlich beobachte sie bei Staaten eine Haltung, wonach man schlicht nicht mit einer Klage rechne. Diese Haltung sei aber keinesfalls rechtlich motiviert. Im Notfall, so ihr Eindruck, glaubten die betroffenen Staaten, sich darauf berufen zu können, dass sie unter enormem zeitlichen Druck handeln mussten.

Die größten Erfolgsaussichten räumte Frau Professorin von Aaken Klagen wegen des Verstoßes gegen das Investitionsschutzrecht ein. Ansatzpunkt für diese Klagen böte insbesondere der Grundsatz des „National Treatment“ (NT) in bilateralen Investitionsschutzverträgen. Bekanntlich verbietet dieser Grundsatz eine weniger günstige Behandlung des Auslandsinvestors, der in den gleichen Umständen oder in der gleichen Situation ist wie ein Inländer. In diesem Zusammenhang wurde jedoch auch darauf hingewiesen, dass die Rechtsprechung hinsichtlich der Voraussetzungen für einen Verstoß gegen den NT-Grundsatz keinesfalls einheitlich ist. Während manche Schiedsgerichte in der Vergangenheit eine Diskriminierungsintention forderten, genügte anderen Schiedsgerichten bereits ein diskriminierender Effekt. Eine Klage wegen

des Verstoßes gegen den „Fair and Equitable Treatment Standard“ bewertete Frau Professorin von Aaken zwar als zulässig aber voraussichtlich unbegründet. Klagen wegen einer Enteignung räumte sie ebenfalls nur geringe Erfolgsaussichten ein. Zwar sei eine Enteignung gegeben, jedoch stelle sich das Problem der Höhe des Schadensersatzes. In ihrem Fazit kam Frau Professorin von Aaken zu dem Ergebnis, dass das Investitionsrecht in Krisenzeiten sehr viel strikter gegen Protektionismus wirke als das Handelsrecht. Dies sei bemerkenswert, da das Handelsrecht ursprünglich u. a. dafür geschaffen wurde, um Protektionismus zu verhindern. Angesichts dessen stelle sich die Frage, ob das Handelsrecht diese Schutzfunktion überhaupt noch erfülle und inwieweit das Investitionsschutzrecht diese Schutzfunktion bereits erfülle. Dahinter stehe letztlich die grundsätzliche Frage, wie strikt und verbindlich Völkerrecht in Krisenzeiten sein solle. Zum Abschluss des Vortrags wendete sich Frau Professorin von Aaken mit dem Problem an die Zuhörer, ob es einen Unterschied mache, wenn ein Industriestaat in Krisenzeiten diskriminiere oder ein Entwicklungs- oder Schwellenland dies tue.

Herr Jan K. Schäfer, LL.M., leitete die sich dieser Frage anschließende rege Diskussion. Während die Meinung vertreten wurde, bei Schwellen- und insbesondere Entwicklungsländern sei ein weniger strenger Maßstab im Hinblick auf Protektionismus anzulegen, sprach sich die Mehrheit der Diskussionsbeiträge für einen einheitlichen Schutzstandard aus.

Das zweite Impulsreferat hielt Herr Dr. Richard Happ, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft, Hamburg, mit dem Thema: „Der Vergleich als Instrument zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten“. Damit konnten die Koordinatoren des Gesprächskreises, Herr Dr. Alfred Escher, LL.M., Escher Rechtsanwälte Frankfurt und Herr Jan K. Schäfer, LL.M., einen für diese Frage ausgewiesenen Experten als Referenten gewinnen.

Zu Beginn seines Vortrags hob Herr Dr. Happ hervor, dass seiner Erfahrung nach von zehn möglichen Fällen nur ein Fall in ein ICSID-Verfahren münde. Ungefähr die Hälfte aller Fälle werde verglichen, die Übrigen scheiterten an ihrer Finanzierung. Ein Überblick über bisher getroffene Vergleiche zeige, dass diese grundsätzlich Bestand hätten<sup>2</sup>. Aus diesen Gründen könne ein Vergleich eine sinnvolle Alternative zu einem ICSID-Verfahren darstellen – ein Allheilmittel zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten sei er jedoch nicht.

Herr Dr. Happ erläuterte, dass ein Vergleich im Rahmen eines investitionsrechtlichen Schiedsverfahrens grundsätzlich den gleichen Gesetzmäßigkeiten folge, wie ein Vergleich vor einem staatlichen Gericht. Eine Besonderheit ergebe sich jedoch aus dem Umstand, dass die investitionsrechtlichen Schiedsverfahren zumindest teilweise öffentlich einsehbar seien. Zumindest die Existenz eines Streits sei damit immer bekannt. Wenn die Regierung eines Staates am Ende eines Verfahrens im Rahmen eines Schiedsspruchs zur Zahlung von Geld verpflichtet werde, erfolge diese Zahlung keinesfalls freiwillig. Es entstehe damit für die Regierung kein Rechtfertigungsdruck. Ganz anders stelle sich die Situation für Außenstehende beim Abschluss eines Vergleichs dar, im Rahmen dessen sich die Regierung eines Staates zu einer Zahlung verpflichte. Ohne einen Schiedsspruch – und damit für Außenstehende ohne Zwang – machte die Regierung freiwillig Zugeständnisse. Dadurch setzte sie sich gegenüber der eigenen politischen Gruppierung und der Bevölkerung unter einen Rechtfertigungsdruck. Dieser zu erwartende Rechtfertigungsdruck mache das Erzielen eines Vergleichs ungleich schwieriger. Ein vergleichbarer Rechtfertigungsdruck könne sich für eine Regierung nach Ansicht von

2) Ausnahmen, wie der Fall *Lemire v. Ukraine* (ICSID Case No. ARB(AF)/98/1), abrufbar unter [http://icsid.worldbank.org/ICSID/Servlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC569\\_En&caseId=C165](http://icsid.worldbank.org/ICSID/Servlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC569_En&caseId=C165) (Stand: 24. 6. 2011), bestätigen die Regel.

Dr. Happ auch aus dem Renommee eines Staates ergeben, wie der Fall *Sedelmayer v. Russland*<sup>3</sup> zeige.

Herr Dr. Happ betonte, dass bei einem guten Vergleich mindestens eine Partei erreiche, was sie eigentlich wolle, und die andere Partei ihre Risiken minimiere. Um dieses Ziel erreichen zu können, seien aus anwaltlicher Sicht insbesondere die Kenntnis des Investors, die Kenntnis des Staates und die Wahl des richtigen Zeitpunktes, zu dem man in Vergleichsverhandlungen trete, unerlässlich. Man könne dies mit einem Krieg vergleichen, bei dem man nicht nur den Feind, sondern auch sich selbst kennen sollte.

Als Anwalt müsse man sich zunächst verdeutlichen, welches Ziel der Investor eigentlich verfolge. Das Völkerrecht biete nur bestimmte formelle Klageziele an. Mitunter verfolge ein Investor jedoch ein anderes materielles Klageziel. Der Antrag in einer Klageschrift spiegle daher möglicherweise nicht immer wieder, was der Investor eigentlich wolle. Dieses eigentliche Klageziel gelte es zu identifizieren. Dabei stehe man dann auch vor der Frage, wer letztlich darüber entscheide, was der Investor eigentlich wolle. So können die Zentrale und die Tochtergesellschaft vor Ort unterschiedliche Ziele verfolgen wollen.

Die Zentralregierung ist grundsätzlich formelle Verhandlungspartei bei Vergleichsverhandlungen. Daher müsse zunächst geklärt werden, welche materiellen Kompetenzen für Verhandlungen die Zentralregierung hat. Insbesondere wenn die schädigende Handlung durch eine sub-state entity vorgenommen wurde, bewege man sich oft in Rechtsgebieten, in denen der Zentralregierung Kompetenzen fehlten. In diesem Fall seien andere Strategien und Taktiken anzuwenden, als wenn die Zentralregierung über entsprechende Kompetenzen verfüge. Herr Dr. Happ wies im Folgenden auch darauf hin, dass zu jedem Zeitpunkt der Vergleichsverhandlungen mit der Einflussnahme politischer Fraktionen innerhalb der Regierung und innerhalb des Staates zu rechnen sei. Ferner müsse berücksichtigt werden, dass sich im Laufe von Vergleichsverhandlungen die politischen Verhältnisse im Staat ändern könnten. Auch ein lediglich möglicherweise zu erwartender Regierungs- oder Politikwechsel könne bereits Einfluss haben.

Die Frage, zu welchem Zeitpunkt man Vergleichsverhandlungen anstreben sollte, ist aus Sicht von Herrn Dr. Happ eine Frage des Einzelfalls. Es böten sich grundsätzlich nur drei Zeitpunkte an: Vor dem Notice of Dispute, nach dem Notice of Dispute und nach Klageerhebung. Insbesondere Vergleichsverhandlungen nach Klageerhebung beurteilte Herr Dr. Happ grundsätzlich als schwierig, auch wenn aus der Vergangenheit erfolgreiche Beispiele dafür vorlägen<sup>4</sup>. Grundsätzlich solle man ein Verfahren aber nicht einleiten, wenn man lediglich auf einen Vergleich hoffe. Es gelte der Grundsatz „Qui desiderat pacem, praeparat bellum.“

In der sich anschließenden Diskussion wurde insbesondere auf die Frage eingegangen, ob ein Schiedsgericht Dokumente verwerten dürfe, die bei vorangegangenen, erfolglosen Vergleichsverhandlungen entstanden, aber irrtümlich nicht explizit als „vertraulich“ gekennzeichnet wurden. Es bildeten sich zwei Standpunkte heraus. Einerseits wurde das Prinzip des juristischen Gehörs betont. Daher solle das Schiedsgericht diese Dokumente verwerten dürfen. Andererseits wurde darauf hingewiesen, dass ein Nachgeben der Natur von Vergleichsverhandlungen entspreche. Insofern bestehe während der Verhandlungen ein Vertrauensschutz dafür, dass Dokumente, die in dieser Zeit entstanden, bei einem Scheitern der Verhandlungen nicht verwendet werden dürfen. Dieser Vertrauensschutz umfasse alle Dokumente, unabhängig davon, ob sie als „vertraulich“ gekennzeichnet seien oder nicht. Die Klassifizierung „vertraulich“ sei lediglich deklaratorisch und nicht konstitutiv. Eine klare Mehrheit bildete sich für keine der Positionen heraus.

Nach einer Kaffeepause widmete sich der Gesprächskreis dem Thema „Europäisches Investitionsrecht nach Lissabon – Stillstand, Krise oder Durchbruch?“ Die Diskussionsleitung

oblag Herrn Dr. Alfred Escher, LL. M. Zunächst führte Herr Jan Jost, Referent beim Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI), Berlin, in das Thema ein durch ein Impulsreferat mit dem Titel „Europäisches Investitionsrecht nach Lissabon: Die Sicht des BDI“ in das Thema ein. Zu Beginn seines Vortrags stellte Herr Jost die Bedeutung von Investitionsförderungsverträgen (BIT) für die Wirtschaft heraus. Durch Auslandsinvestitionen deutscher Unternehmen seien in der Vergangenheit über vier Millionen Arbeitsplätze im Ausland und eine weitere Million Arbeitsplätze in Deutschland entstanden. In Entwicklungs- und Schwellenländern stelle das Engagement deutscher Unternehmen nachweislich einen Entwicklungsbeitrag dar. Ferner habe die Bundesrepublik Deutschland mit gegenwärtig 127 BITs, die in Kraft seien, die meisten Verträge dieser Art weltweit abgeschlossen.

Herr Jost wies darauf hin, dass mit dem Vertrag von Lissabon die Kompetenz zum Abschluss von BITs auf die Europäische Union (EU) übergegangen sei. Als Stimme der deutschen Industrie sähe es der BDI als seine vorrangige Aufgabe dafür einzutreten, schnellstmöglich Rechtssicherheit für zukünftige Auslandsinvestitionen zu schaffen. Auch bei zukünftigen BITs müsse das gegenwärtige Schutzniveau beibehalten werden. Dazu gehöre insbesondere, dass BITs auch künftig eine „Most favoured Nation Clause“ (MFN) und eine „Investor-Staats-Schiedsklausel“ beinhalten. Ferner sei es aus Sicht des BDI unerlässlich, dass Portfolioinvestitionen vom Schutzbereich zukünftiger Verträge erfasst seien. Eine Überprüfung der bestehenden Verträge dürfe nicht anhand des Kriteriums erfolgen, dass die bestehenden Verträge mit der Investitionsstrategie der EU übereinstimmen müssten. Diese Strategie liege noch nicht vor, folglich sei eine solche Prüfung willkürlich.

Ein besonderes Augenmerk legte Herr Jost darauf, dass BITs auch zukünftig eigenständig verhandelt werden sollten. Insbesondere eine Verknüpfung mit Freihandelsverträgen werde abgelehnt. Hinter dieser Forderung steht die Befürchtung, der Investitionsschutz könne andernfalls zu einer Verhandlungsmasse verkommen und dadurch aufgeweicht werden. Frau Professorin von Aaken teilte diese Befürchtung des BDI nicht. Nach ihrer Beobachtung würden Staaten, mit denen die Bundesrepublik Deutschland einen Freihandelsvertrag abschließt, in Deutschland insbesondere einen Marktzugang anstreben. Damit bestehe eine ausreichend starke Verhandlungsposition Deutschlands. Zugeständnisse beim Investitionsschutz seien daher nicht notwendig.

Herr Jost erläuterte, weitere Forderungen des BDI seien zum einen, dass die EU Verhandlungsrechte für bestimmte Staaten an ihre Mitglieder zurückgebe, wenn sie mit diesen Staaten kein BIT abschließen. Zum anderen dürften auch künftig BITs kein Vehikel für umwelt- oder sozialpolitische Klauseln sein.

Abschließend räumte Herr Jost ein, dass alle Forderungen noch grundsätzlicher Natur seien. Dies sei vor allem der Tatsache geschuldet, dass man sich erst am Anfang eines Prozesses hin zu einer europaweiten gemeinsamen Investitionspolitik befinde.

Dr. Steffen Hindelang, LL. M., Humboldt-Universität zu Berlin, sprach abschließend zu der Thematik: „Voraussetzungen und Perspektiven einer europäischen Investitionsschutzpolitik“<sup>5</sup>. Ein Jahr nach Inkrafttreten des Lissabon-Vertrages seien nunmehr auf europäischer Ebene Entwicklungen zu erkennen, eine einheitliche europäische Investitionspolitik zu formulieren. Herr Dr. Hindelang, LL. M., verwies in diesem

3) Siehe dazu *Sedelmayer v. Russland*, abrufbar unter: [http://www.iisd.org/pdf/2004/investment\\_sedelmayer\\_v\\_ru.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2004/investment_sedelmayer_v_ru.pdf) (Stand: 24. 6. 2011).

4) Siehe dazu *MTN v. Yemen* (ICSID Case No. ARB/09/7) und *Holcim v. Venezuela* (ICSID Case No. ARB/09/3).

5) Siehe dazu auch WHI-Paper 01/11, Dr. Steffen Hindelang, LL. M., Der primärrechtliche Rahmen einer EU Investitionsschutzpolitik: Zulässigkeit und Grenzen von Investor-Staat-Schiedsverfahren aufgrund künftiger EU Abkommen, abrufbar unter: <http://www.whi-berlin.de/documents/whi-paper0111.pdf> (Stand: 27. 6. 2011).

Zusammenhang auf entsprechende Papiere des Europäischen Parlaments<sup>6</sup>, der Europäischen Kommission<sup>7</sup> und des Rates<sup>8</sup>. Das Investor-Staat-Schiedsverfahren soll in einer einheitlichen europäischen Investitionspolitik der Streitlösungsmechanismus sein. Eine Klarstellung wünschte sich Herr Dr. Hindelang noch bezüglich der völker- und EU-primärrechtlichen Grundlagen und Grenzen einer gemeinsamen europäischen Investitionspolitik. Hierzu nähmen nach seiner Auffassung alle drei Papiere nicht ausreichend Stellung. Dabei ergäben sich nach Überzeugung von Herrn Dr. Hindelang jedoch keine Bedenken hinsichtlich der völkerrechtlichen Fähigkeit der EU zur Unterwerfung unter einen Streitbeilegungsmechanismus im Rahmen eines Abkommens. Aus der Völkerrechtsfähigkeit der EU ergäbe sich deren Fähigkeit, Partei in internationalen Schiedsverfahren zu sein. In seiner Rechtsprechung habe der Gerichtshof der europäischen Union (EuGH) in der Vergangenheit bereits die Frage der Prozessfähigkeit mit der Frage nach der Kompetenz, Verträge abzuschließen, verknüpft. So habe der EuGH ausgeführt, dass „[d]ie Zuständigkeit der [Union] im Bereich der internationalen Beziehungen und ihre Fähigkeit zum Abschluss internationaler Abkommen ... notwendig die Fähigkeit [umfasst], sich den Entscheidungen eines durch solche Abkommen geschaffenen oder bestimmten Gerichts zu unterwerfen, was die Auslegung und Anwendung ihrer Bestimmungen angeht“<sup>9</sup>. Die Kompetenz einen Streitbeilegungsmechanismus zu errichten, leite der EuGH dann als eine Art Annex aus der Vertragsschlusskompetenz her. Diese Kompetenz erstreckt sich nach Ansicht von Dr. Hindelang gem. Art. 207 Abs. 2 und 3 AEUV auf alle Streitigkeit, die auf einer Verletzung materieller Schutzstandards beruhen.

Herr Dr. Hindelang erläuterte weiter, dass die Unterwerfung der EU unter einen Streitbeilegungsmechanismus gegenwärtig einzig durch das Primärrecht beschränkt werde. Von zentraler Bedeutung sei dabei das vom EuGH entwickelte Konzept der *Autonomie der Unionrechtsordnung*. Dieses Konzept zeige eine ausgeprägte Skepsis des EuGH gegenüber internationalen Gerichten und Schiedsgerichten. Im weiteren Verlauf seines Vortrags zeigte Dr. Hindelang, LL.M. auf, dass Konstellationen theoretisch denkbar seien, in denen der

EuGH sogar Schiedssprüche für nicht anwendbar erklärt, weil die Auslegung des Unionsrechts durch die Schiedsgerichte unzutreffend sei. Herr Dr. Hindelang, LL.M., vertrat daher die Auffassung, dass je nach Verständnis und erwarteter weiterer Entwicklung des Konzepts der Autonomie der Unionrechtsordnung, der EU Grenzen für die Unterwerfung unter einen Investor-Staat-Schiedsverfahren gesetzt werden könnten. Dies würde dazu führen, dass der in BITs gebräuchliche Streitbeilegungsmechanismus in Frage zu stellen sei.

In der sich anschließenden Diskussion wurde insbesondere die Problematik der Vollstreckung von Schiedssprüchen gegen die EU thematisiert. So wies Frau Professorin von Aaken darauf hin, dass potentielle Vermögenswerte der EU Immunität genießen würden. Daraus wurde geschlussfolgert, dass eine Vollstreckung wohl nur in Vermögenswerte eines Mitgliedstaates möglich sei. Keine abschließende Lösung konnte der Gesprächskreis für die Frage finden, worin vollstreckt werden würde, wenn die verletzende Maßnahme durch die EU erfolgte und insofern kein Mitgliedstaat dafür verantwortlich wäre.

Wie auch schon bei den vorangegangenen Veranstaltungen bildeten die Impulsreferate eine anregende Basis für die sich anschließende Diskussion, die auch bei einem gemeinsamen Abendessen noch fortgesetzt wurde. Der Gesprächskreis wird am 16. 11. 2011 zu seinem nächsten Jahrestreffen zusammentreten. Die Initiatoren begrüßen weitere Anregungen für die Fortentwicklung des Gesprächskreises und laden interessierte Kolleginnen und Kollegen zur Kontaktaufnahme ein.

6) Woolcock, The EU approach to international investment policy after the Lisbon Treaty, Europäisches Parlament (Hrsg.), abrufbar unter: <http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/studies/download.do?language=en&file=33275> (Stand: 27. 6. 2011).

7) Zur Kommissionsmitteilung siehe Tietje, Christian: EU-Investitionsschutz und -förderung zwischen Übergangsregelungen und umfassender Auslandsinvestitionspolitik, EuZW 2010, S. 647 ff.

8) Rat, Conclusions on a comprehensive European international investment policy, 3041. Foreign Affairs Council Meeting, 25. 10. 2010.

9) EuGH, Gutachten I/91 (EWR I), Slg. 1991, I-6079, Rn. 40.

## Entscheidungen

### 1. Keine Bindung des Insolvenzverwalters an eine Schiedsvereinbarung soweit es um dessen auf der Insolvenzordnung beruhende Rechte geht

ZPO § 1031 Abs. 2; InsO § 103

BGH, Beschluss v. 30. 6. 2011 – III ZB 59/10

The parties are in dispute regarding the admissibility of arbitral proceedings initiated by the respondent in connection with a “CROSS PATENT LICENSE AGREEMENT“ (CPLA).

The applicant had, in its capacity as liquidator of a public company (“Aktiengesellschaft“, or “AG“), declared vis-à-vis respondent the non-fulfilment of the CPLA pursuant to Section 103 of the Insolvency Code (“Insolvenzordnung“, or “InsO“).

The respondent thereupon filed a statement of claim in arbitral proceedings seeking a determination that its usage rights arising from the CPLA remained intact.

Prior to formation of the arbitral tribunal, the applicant applied to the Superior Court of Justice for a declaration of inadmissibility of the arbitral proceedings or, alternatively, at least to the extent that the respondent sought from the arbitral tribunal a declaration that neither the commencement of insolvency proceedings nor the election of non-fulfilment pursuant to Section 103 of the Insolvency Code had legal implications for its licensing rights.

The Superior Court of Justice declared the applications to be inadmissible because an application pursuant to Section 1032 subsec. 2 of the German Code of Civil Procedure could only be made prior to constitution of the arbitral tribunal. To the extent the term “filing of an application“ (“Antragsstellung“) presupposed a service of process, the applications were late based alone on the wording of Section 1032 subsec. 2 of the German Civil Code since these were made after constitution of the arbitral tribunal. However, to the extent the relevant point in time for the filing of the application was the receipt by the court, the originally admissible applications were subsequently made inadmissible by the con-