



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT  
HEIDELBERG  
ZUKUNFT  
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

## **„Der vorläufige Rechtsschutz in Schiedsverfahren nach der ICSID-Konvention“**

Dissertation vorgelegt von Ina Gättschmann

Erstgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. Rüdiger Wolfrum

Zweitgutachter: Prof. Dr. Burkard Hess

Juristische Fakultät

Die Dissertation beschäftigt sich mit dem Rechtsinstitut des vorläufigen Rechtsschutzes und der Analyse, inwieweit die Anordnung vorläufiger Maßnahmen zur erfolgreichen Beilegung internationaler Streitigkeiten beitragen kann. Damit soll die Arbeit einen Beitrag zur Beantwortung der Frage leisten, wie sich der Erfolg internationaler Streitbeilegung erklären lässt und wie erfolgreiche Streitbeilegung zu organisieren ist.

Der Fokus liegt dabei auf dem internationalen Investitionsschutzrecht, insbesondere Art. 47 der ICSID-Konvention (ICSID)<sup>1</sup>. Nach Art. 47 ICSID kann – soweit die Parteien nicht etwas anderes vereinbart haben – ein Schiedsgericht vorläufige Maßnahmen zur Sicherung der Rechte beider Parteien anordnen, wenn dies die Umstände seiner Ansicht nach erfordern.

Mit Übertragung eines Streits an ein internationales Schiedsgericht treten die Streitparteien in ein dreiseitiges Prozessrechtsverhältnis ein, welches gegenseitige Rechte und Pflichten zwischen ihnen und dem Schiedsgericht begründet. Eine aus diesem Rechtsverhältnis erwachsende Verpflichtung stellt die Pflicht zum “hands off” dar, nach welcher die Parteien nach Initiierung eines Verfahrens von Handlungen absehen müssen, die zur Eskalation der Streitigkeit beitragen, die Grundlage der Entscheidungsfindung des Schiedsgerichts verändern oder die Wirksamkeit der Entscheidung beeinträchtigen könnten. *Hans Niemeyer* charakterisiert diese Pflicht als “jeder Rechtsordnung logisch eigen” und beschreibt sie dahingehend, dass die streitenden Parteien eine entscheidungserwartende Haltung einzunehmen haben. Sie müssen m.a.W. davon absehen, die Faktenlage und damit die Entscheidungsgrundlage des Schiedsgerichts durch einseitige Selbsthilfe zu verändern. In diesem Zusammenhang stellen Anordnungen nach Art. 47 ICSID das praktische Werkzeug dar, um einen sinnstiftenden, durchsetzbaren Schiedsspruch erlassen zu können.

Vorläufige Maßnahmen werden oftmals in einem sehr frühen Verfahrensstadium beantragt, in dem die Tatsachen- und Rechtslage noch unklar ist und die Entscheidungsreife der Sache fehlt. Gerade wenn die Anträge zu Beginn des Schiedsverfahrens gestellt werden, ist sicher, dass die Parteien weitere, ausführlichere Vorträge in der Sache einreichen und zusätzliche Beweise erbringen werden. Unter gewöhnlichen Umständen würde die Entscheidung über die Zuständigkeit des Schiedsgerichts und die inhaltliche Substantiiertheit des klägerischen Begehrens eine gründliche Prüfung der Tatsachen- und Rechtslage erfordern und damit Zeit in Anspruch nehmen. Jedoch muss im vorläufigen Rechtsschutzverfahren wegen der Dringlichkeit der Lage eine zügige Entscheidung über den Schutz der Parteirechte ergehen. Ein Schiedsgericht steht in dieser Situation unter außergewöhnlichem Zeitdruck, sodass sich die Entscheidungsfindung lediglich auf eine Risikoabwägung beschränkt. Die Dringlichkeit der Entscheidungsfindung bringt jedoch gleichzeitig ein erhöhtes Fehlentscheidungsrisiko mit sich, da das Schiedsgericht im vorläufigen Rechtsschutzverfahren letztlich eine Risikoprognose über den Eintritt zukünftiger Ereignisse anstellen muss. Während das Schiedsgericht im Hauptsacheverfahren eine rechtliche *ex post*-Beurteilung auf Grundlage eines gesicherten Sachverhalts erlässt, muss es im vorläufigen Rechtsschutzverfahren eine *ex ante*-Betrachtung vornehmen. Situationen, die vorläufigen Rechtsschutz erfordern, unterscheiden sich zum Hauptsacheverfahren folglich nicht nur durch einen außergewöhnlichen Zeitdruck, sondern auch durch eine Ungewissheit über die bestehende Faktenlage. Der Antragsgegner – in internationalen Investitionsschutzverfahren in der Regel ein souveräner Staat – sieht sich damit der erhöhten Gefahr einer vorschnellen

---

<sup>1</sup> Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (zur Signatur ausgelegt am 18. März 1965, in Kraft getreten am 14. Oktober 1966) 575 UNTS 159.

Einschränkung seiner Rechte ausgesetzt. Da jede Beschränkung der Handlungsfreiheit eines Staates einen Eingriff in souveräne Rechte darstellt, bedarf es einer Legitimation des Eingriffs. Die außerprozessuale Handlungsfreiheit des Antragsgegners kann vor Erlass eines Schiedsspruches beschränkt werden, wenn dem ersten Anschein nach die imminente Gefahr besteht, dass der Streitgegenstand faktisch untergeht und das Hauptsacheverfahren damit sinnlos wird. Außerdem lässt sich die Einschränkung souveräner Rechte nur damit rechtfertigen, dass die schiedsgerichtliche Entscheidung vorläufigen Charakter besitzt, sodass im späteren Hauptsacheverfahren alle notwendigen Prozesshandlungen nachgeholt werden können. Insbesondere muss die getroffene Anordnung ohne größere Schwierigkeiten revidiert werden können, wenn sich die Risikoprognose als unrichtig herausstellt. Anordnungen nach Art. 47 ICSID bewegen sich damit letztlich stets in einem immanenten Spannungsfeld zwischen Verfahrenseffektivität einerseits und Wahrung staatlicher Souveränität andererseits.

Seit Mitte der 1990er Jahre wird in der schiedsgerichtlichen Praxis zunehmend auf Art. 47 ICSID zurückgegriffen. Wurden im Zeitraum zwischen 1966 und 1995 lediglich sechs Anträge auf Anordnung vorläufiger Maßnahmen gestellt, stieg diese Zahl zwischen 1996 und 2005 auf 15 und gipfelte in den Jahren zwischen 2006 und 2013 in 36 Anträgen. Die Zahl der unveröffentlichten Anträge ist gewiss deutlich höher, weshalb die stetig wachsende Bedeutung des vorläufigen Rechtsschutzes in internationalen Investitionsschiedsverfahren außer Frage steht. Mit der steigenden Zahl der Anträge stieg naturgemäß auch die Zahl der Streitigkeiten darüber, wie der von Art. 47 ICSID eröffnete, denkbar weite Beurteilungs- und Ermessensspielraum auszufüllen ist.

Auf Tatbestandseite stellten sich beispielsweise Fragen danach, wann eine Anordnung erforderlich und dringlich i.S.d. Vorschrift ist und ob es für die Bejahung der Erforderlichkeit der Gefahr eines irreparablen oder (lediglich) signifikanten Schadens für die Rechte einer Partei bedarf. Die Arbeit hat daher den Anspruch, einheitliche Maßstäbe zur Ausfüllung des Art. 47 ICSID zu definieren. Dazu analysiert sie anhand der öffentlich zugänglichen Fallrechtsprechung immer wiederkehrende, grundlegende Voraussetzungen zur Anordnung vorläufiger Maßnahmen, wie die *prima facie*-Zuständigkeit, die imminente Gefahr eines irreparablen Schadens sowie die *prima facie*-Begründetheit der Hauptsache. Da Schiedsgerichte diese Kriterien für ihren Einzelfall selbst definieren können, die verschiedenen Ansätzen in einem weiteren Schritt miteinander verglichen und im speziellen Kontext des internationalen Investitionsschutzrechts bewertet.

Auf Rechtsfolgenrechte diskutiert die Arbeit die Frage nach der Rechtsverbindlichkeit vorläufiger Maßnahmen. Da Art. 47 ICSID lediglich von “recommend” (empfehlen) spricht, könnte man meinen, Schiedsgerichte dürften gegenüber den Parteien nur unverbindliche Empfehlungen und gerade keine völkerrechtlich verbindlichen Verpflichtungen aussprechen. Diese Sichtweise geht jedoch fehl. Auch wenn der Wortlaut des Art. 47 ICSID auf den ersten Blick eine Unverbindlichkeit der Anordnungen indiziert, darf sich eine Interpretation nie allein auf den Wortlaut der auszulegenden Bestimmung beschränken. Vielmehr muss der völkerrechtliche Rechtssatz nach Art. 31 der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) in seinem Zusammenhang sowie im Lichte seines Sinns und Zwecks betrachtet werden. Art. 47 ICSID soll die Effektivität der Mechanismen absichern, die dem ausländischen Investor durch die ICSID-Konvention an die Hand gegeben wurden. Der Investor erlangt ein individuelles Klagerecht, welches nicht bloß eine inhaltsleere Hülle, sondern ein wirkungsvolles Rechtsmittel darstellen soll. Neben dem

Klagerecht erlangt er nach Art. 53(1) ICSID das Recht auf eine bindende Entscheidung in der Hauptsache. Es würde insofern keinen Sinn ergeben, dem Schiedsspruch bindende Wirkung zu verleihen, wenn eine der Parteien diese Entscheidung im Voraus durch eigenmächtiges Verhalten zur Wertlosigkeit degradieren könnte. Die Durchschlagskraft des Klagerechts hängt folglich mit der Möglichkeit seiner effektiven Geltendmachung zusammen. Wenn ein Schiedsgericht das Mandat besitzt, eine bindende Endentscheidung zu treffen, so muss jeder Schritt, der auf dem Weg dahin zwingend erforderlich ist – wie das Abhalten einer der Streitparteien von der Unterwanderung des Mandates – bindend sein.

Die Bedeutung des Begriffs “recommend” erfährt somit im ICSID-Kontext eine spezielle Auslegung, die von der gewöhnlichen Wortbedeutung abweichen mag und dennoch aus Effektivitätsgründen gerechtfertigt ist. Sie wird sowohl durch die Hinzuziehung ergänzender Auslegungsmittel nach Art. 32 WVK als auch durch dynamisch-teleologische Erwägungen gestützt. Insofern ist ein wichtiger Intensionswandel der ICSID-Mitgliedsstaaten zu beobachten: Während die Bestrebungen Mitte des 20. Jahrhunderts dahin gingen, die ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit als Streitbeilegungssystem überhaupt erst zu etablieren, besteht heutzutage der Wille der Mitgliedsstaaten, die Effektivität des Streitbeilegungssystems zu optimieren. Der beschriebene Intensionswandel äußert sich zum Einen im fehlenden Widerstand gegen die Schiedsrechtssprechung, welche sich zunehmend positiv hinsichtlich der Rechtsverbindlichkeit der Anordnungen nach Art. 47 ICSID positioniert. Zum Anderen spiegelt der Wandel auch einen generellen Trend zur Weiterentwicklung vorläufiger Maßnahmen auf völkerrechtlicher, handelsrechtlicher und investitionsrechtlicher Ebene wieder. So bestätigten der Internationale Gerichtshof in *La Grand (Germany v. USA)*, der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in *Mamatkulov v. Turkey* sowie das Iran-US Claims Tribunal in *Rockwell v. Iran* unisono, dass die Anordnung vorläufiger Maßnahmen eine völkerrechtlich verbindliche Verpflichtung der Streitparteien darstellt. Damit kann die augenscheinliche Diskrepanz zum Wortlaut des Art. 47 ICSID (“recommend”) durch eine dynamisch-teleologische Auslegung aufgelöst werden.

Während die Bindungswirkung der Anordnung im wissenschaftlichen Diskurs die noch umstrittenste Frage darstellt, so ist für den praktischen Anwender von größerer Relevanz, ob (und gegebenenfalls wie) eine Anordnung nach Art. 47 ICSID zwangsweise durchsetzbar ist. Die Rechtslage unter der ICSID-Konvention ist insofern eindeutig: Eine Anordnung vorläufiger Maßnahmen nach Art. 47 ICSID ist mangels *res judicata*-Wirkung nicht als Schiedsspruch i.S.v. Art. 54 ICSID zu qualifizieren und damit weder anerkennungs- noch durchsetzungsfähig. Zwar wird vereinzelt vertreten, der New York Konvention komme eine Rückfallfunktion zu, mit der zumindest eine freiwillige Anerkennungsmöglichkeit nationaler Gerichte einhergehe. Jedoch ist dieser Ansatz sowohl wegen den durch ihn erzeugten Unterschieden von Jurisdiktion zu Jurisdiktion als auch wegen weiterer Folgeprobleme abzulehnen.

Trotz der letztendlichen Undurchsetzbarkeit vorläufiger Maßnahmen wäre die Schlussfolgerung verfehlt, Anordnung nach Art. 47 ICSID seien nichts anderes als juristische Glasperlenspiele. Denn in Schiedsverfahren, an denen ein Staat als Streitpartei beteiligt ist, spielen eine Vielzahl von “weichen” Faktoren eine nicht zu unterschätzende Rolle, die dazu führen, dass Staaten nicht nur nachteilige Schiedssprüche ohne Weiteres befolgen, sondern gleichermaßen die Anordnung vorläufiger Maßnahmen. Zu diesen weichen Faktoren zählen neben politischen vor allem wirtschaftliche und prozesstaktische Erwägungen. Außerdem haben Schiedsgerichte prozessuale Mechanismen entwickelt, um

die freiwillige Befolgung der Anordnung voranzutreiben. Hierzu gehören sog. reporting obligations, die Umkehr von Beweislastregeln oder die Einbeziehung desjenigen Schadens in den Schiedsspruch, der durch die Nichtbefolgung der Anordnung entsteht. Die Besonderheit derartiger Mechanismen ist, dass sie noch während des laufenden Hauptsacheverfahrens spürbare Konsequenzen nach sich ziehen und somit letztendlich eine zwangweise Durchsetzung entbehrlich machen. Auch andere internationale Gerichte könnten genau diese prozessualen Möglichkeiten fruchtbar machen, um das Thema der Durchsetzung im allgemeinen Völkerrecht fortzuentwickeln.

Die Analyse der ICSID-Rechtsprechung offenbart neben bestehenden Inkonsistenzen auf Tatbestands- und Rechtsfolgenebene des Art. 47 ICSID ein weiteres Problem im praktischen Umgang mit Anordnungen vorläufiger Maßnahmen: Ihre Wirkungen werden gemeinhin unterschätzt. Insbesondere Staaten scheinen davon auszugehen, dass Anordnungen nur diejenigen nationalen Verfahren einschränken können, die aus der Investition erwachsen und nach Art. 25 ICSID in die ausschließliche Zuständigkeit des Centres fallen. Anordnungen vorläufiger Maßnahmen können jedoch nahezu alle hoheitlichen Akte zeitweise einschränken, die den Status des ausländischen Investors oder seiner Vermögenswerte betreffen. Sie erstrecken sich auch auf nationale Zivil-, Verwaltungs- oder Strafverfahren, die mit der Investition nur indirekt in Verbindung stehen. Vorläufige Maßnahmen können Sektoren wie Öl-, Gas- und Bergbauindustrie, Energie, Bauwesen, Transport und Informations- und Kommunikationswesen betreffen, die wegen ihrer Sensibilität nicht selten im Fokus besonderen öffentlichen Interesses stehen. Die Crux der Anordnung nach Art. 47 ICSID besteht nun gerade darin, dass diese öffentlichen Interessen auf Grund einer nur summarischen Prüfung der Tatsachen- und Rechtslage durch das Schiedsgericht erfolgt. Da die Situation eine zügige Entscheidung erfordert, müssen Schiedsgerichte die schwierige Balance zwischen dem Schutz souveräner Rechte vor vorschneller Einschränkung einerseits und der Sicherung der Verfahrenseffektivität andererseits herstellen. Die wichtigste Erkenntnis im Rahmen dieser Abwägungssystematik ist, dass Schiedsgerichte vorläufige Maßnahmen anordnen und später feststellen können, dass ihre Zuständigkeit in der Hauptsache nicht gegeben ist. Das Verfahren *Vacuum Salt v. Ghana* zeigt, dass Art. 47 ICSID auch dann eine vollumfänglich wirksame Verpflichtung begründet, wenn sich in der Retrospektive herausstellt, dass das Schiedsgericht nicht in der Hauptsache zuständig ist.

Auch in der Rechtsmittelphase sind vorläufige Maßnahmen relevant, namentlich im Annullierungsverfahren nach Art. 52 ICSID, im Interpretationsverfahren nach Art. 50 ICSID und im Wiederaufnahmeverfahren nach Art. 51 ICSID. Auch nach Erlass des Schiedsspruches kann die im Hauptsacheverfahren unterlegene Partei ein berechtigtes Interesse daran haben, dass die Gegenpartei eine entscheidungserwartende Haltung einnimmt und insbesondere, dass die Vollstreckung des Schiedsspruches bis zur Entscheidung über das jeweilige Rechtsmittel ausgesetzt wird. In der Rechtsmittelphase ist der Anwendungsbereich des Art. 47 ICSID jedoch nicht mehr eröffnet, da die Norm lediglich darauf gerichtet ist, den Erlass eines effektiven Schiedsspruches zu sichern. Die ICSID-Konvention hält daher die speziellen Vorschriften der Art. 52(5), Art. 51(4) und Art. 52(5) ICSID für die sog. Vollstreckungsverhinderungen (“stay of enforcement”) bereit.

Schließlich beschäftigt sich die Arbeit mit dem besonders dringenden, aber aktuell noch nicht gelösten Problem der Rechtzeitigkeit des vorläufigen Rechtsschutzes im ICSID-System. Der temporale Anwendungsbereich des Art. 47 ICSID wird erst mit Konstituierung des Schiedsgerichts eröffnet, sodass der Antragsteller im Zeitraum zwischen Antragstellung

beim Centre und Konstituierung des Schiedsgerichts praktisch schutzlos gestellt ist. Dieser Zeitraum dauert im Durchschnitt vier bis fünf Monate an. Der Rückgriff auf nationale Gerichte steht dem Antragsteller nach Schiedsregel 39(6) der Arbitration Rules (AR) jedoch nur dann offen, wenn im Schiedsabkommen eine explizite, schriftliche Einigung enthalten ist. Praktisch ist eine solche schriftliche Einigung aber der Ausnahmefall. Das Centre hat daher im Jahre 2006 versucht, dem Problem durch die Einführung der Schiedsregel 39(5) AR entgegenzuwirken. Der ICSID-Generalsekretär ist nach der neu eingefügten Bestimmung befugt, sich bereits während der Konstituierungsphase mit rein formalen Aspekten des Antrages zu befassen und damit die Entscheidung durch das Schiedsgericht zu beschleunigen. Ihm wird beispielsweise die Befugnis eingeräumt, Fristen für die Einreichung der gegenseitigen Stellungnahmen zu setzen. Da die Letztentscheidung über den Antrag in jedem Fall dem Schiedsgericht vorbehalten bleibt, hat die Reform der Schiedsregeln im Ergebnis nichts an dem latenten Bedürfnis nach der sofortigen *inhaltlichen* Begutachtung des Antrags ändern können.

Dieser Zustand ist schon deshalb unbefriedigend, weil jeglicher Zeitverlust die Effektivität des vorläufigen Rechtsschutzverfahrens *per definitionem* beeinträchtigt. Daher wird die Einführung eines sog. Notfallschiedsrichters (“emergency arbitrator”) nach dem Vorbild der International Chamber of Commerce bzw. der Stockholm Chamber of Commerce in das ICSID-System vorgeschlagen. Die Einführung kann sowohl auf der Reforminitiative des Centres als auch der Mitgliedsstaaten selbst beruhen. Während erstere den Vorteil größerer Multilateralisierungseffekte mit sich bringt, verspricht letztere eine höhere praktische Realisierbarkeit. Insofern diskutiert die Arbeit die Möglichkeit, ein Notfallschiedsverfahren einzuführen (i) durch ein formelles Vertragsänderungsverfahren nach Art. 65 ICSID, (ii) durch eine Änderung der Schiedsregeln, (iii) durch die Verabschiedung eines Protokolls zur ICSID-Konvention i.S.v. Art. 41(1)(b) WVK sowie (iv) durch die individuelle Schiedsvereinbarungen der Parteien.

Obwohl gute Argumente dafür sprechen, die Einführung eines Notfallschiedsverfahrens per Modifizierung der Schiedsregeln zu realisieren, ist die praktische Akzeptanz des Ansatzes zum aktuellen Zeitpunkt noch ungewiss. Die Gründe hierfür sind eher rechtspolitischer als rechtsdogmatischer Natur, insbesondere beruht der Ansatz auf der Gefahr, zum Einfallstor für weitgehende Verfahrensmodifikationen zu werden, die im formellen Vertragsänderungsverfahren nach Art. 65 ICSID nicht die erforderliche Einstimmigkeit erreichen könnten. Die Souveränität der Mitgliedsstaaten würde mit diesen “Umweg” überstrapaziert. Im Fall des Notfallschiedsverfahrens widerlegen jedoch zwei Argumente diese Bedenken: Erstens, steht die Einführung eines Notfallschiedsverfahrens in die Schiedsregeln im Einklang mit Wort und Geist der ICSID-Konvention und, zweitens, wären in die Schiedsregeln Mechanismen eingebettet, um staatliche Souveränität effektiv zu schützen.

Abschließend zeigt die Arbeit, dass vorläufige Maßnahmen als Vehikel genutzt werden können, um das Streitpotential aus der jeweiligen Situation zu nehmen und die einvernehmliche Streitbeilegung durch die Parteien zu erleichtern. Ausgehend von der Erkenntnis, dass aktuell die Mehrheit der erlassenen Anordnungen nach Art. 47 ICSID in Form von Unterlassungsverfügungen ergeht, können Schiedsgerichte diesen Anordnungen zukünftig ein “Mehr” hinzufügen, indem sie Streitbeilegungselemente wie Kooperations-, Informations- oder Rücksichtnahmepflichten integrieren. Die Parteien würden dadurch nicht nur zu einem passiven Unterlassen, sondern zu einem aktiven Tun verpflichtet werden und

könnten den Konflikt selbst, zügig und nachhaltig beilegen. In diesem Sinne wird der Bogen zur Ausgangsfrage, wie erfolgreiche Streitbeilegung zu organisieren ist, gespannt. Diese wird umso besser gelingen, je weniger sie fremd- und je mehr sie selbstbestimmt geschieht