

EU-Recht bricht Völkerrecht? Der Trugschluss der europäischen Calvo-Doktrin

Christian Tietje

2023-06-16T16:22:12

Am 27. Juli 2023 wird der BGH drei Urteile in Rechtssachen verkünden, die alle um eine Frage kreisen: geht EU-Recht in internationalen Schiedsgerichtsverfahren zwischen EU-Investoren und EU-Mitgliedstaaten immer vor, selbst wenn dadurch ein multilateraler völkerrechtlicher Vertrag, der immer und auf alle Vertragsparteien bezogen Rechte begründet, berührt wird? Diese scheinbar rein rechtsdogmatische Frage hat völkerrechtshistorisch, wirtschaftspolitisch und rechtspolitisch weitreichende Folgen. Es geht um nicht weniger als um die Frage, ob die Bundesrepublik Deutschland sowie die EU und alle ihre Mitgliedstaaten weiterhin bereit sind das Völkerrecht zu achten, und zwar gerade in einer Zeit, in der die Notwendigkeit der Wirksamkeit völkerrechtlicher Rechtsbindungen nicht hoch genug gewertet werden kann.

Die Rückkehr der Calvo-Doktrin?

Im Jahre 1868 veröffentlichte der argentinische Diplomat und Jurist Carlos Calvo ein grundlegendes Lehrbuch zum Völkerrecht. Aus der Perspektive der nach Unabhängigkeit und Stärkung ihrer gerade erlangten Souveränität strebenden lateinamerikanischen Staaten formulierte Calvo u.a. rechtliche Aussagen zum Schutz ausländischer Investoren, die später als Calvo-Doktrin bekannt wurden. Hiernach sollte sich der Schutz von Ausländern ausschließlich auf die Rechtsgarantien beschränken, die auch Inländern zugutekommen. Nur vor innerstaatlichen Gerichten sollte dieser Rechtsschutz durchsetzbar sein. Damit wurde internationalen Rechtsschutzstandards für ausländische Investoren sowie Rechtsschutzmöglichkeiten außerhalb der innerstaatlichen Rechtsordnung eine Absage erteilt.

Bis heute ist die Calvo-Doktrin Gegenstand der Vorlesungen zum Völkerrecht und zum internationalen Wirtschaftsrecht an Juristischen Fakultäten weltweit. In der Staatenpraxis konnte sich die Rechtsauffassung von Calvo allerdings nie durchsetzen. Insbesondere die kapitalexportierenden Staaten haben die Doktrin kontinuierlich über Jahrhunderte hinweg abgelehnt. Durch eine weitreichende internationale Vertragspraxis, die diametral der Calvo-Doktrin entgegenstand, konnten globale Wirtschaftsbeziehungen im Investitionsbereich aufgebaut werden, die für kapitalimportierende und -exportierende Staaten gleichermaßen zu weitreichenden Wohlfahrtsgewinnen führten.

150 Jahre nach Calvo sind deutsche Gerichte, inspiriert vom Europäischen Gerichtshof, auf bestem Wege, die Calvo-Doktrin mit all ihren Konsequenzen

für die Völkerrechtsordnung insgesamt doch noch zur Anwendung zu bringen. Die Vorrangigkeit innerstaatlicher Rechtsüberzeugung und eine damit einhergehende Absage an völkerrechtliche Bindungen des Staates erscheint als Selbstverständlichkeit. Das zumindest ist der Eindruck, den die ausführliche Presseberichterstattung (zB [hier](#) und [hier](#)) über eine mündliche Verhandlung beim Bundesgerichtshof (BGH) am 17. Mai 2023 sowie die hiermit im Zusammenhang stehende Entscheidungspraxis insbesondere des [OLG Köln](#) sowie [des EuGH](#) vermitteln. In der Sache scheinen die Verfahren, über die der BGH zu entscheiden hat, eher technisch und juristisch wenig spektakulär. Unabhängig von Details geht es im Kern um die Frage, ob ein deutsches Gericht die Unzulässigkeit eines schiedsgerichtlichen Verfahrens nach § 1032 Abs. 2 ZPO feststellen darf, wenn es sich um ein Schiedsverfahren nach den Regeln der Konvention über das Internationale Zentrum für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID) aus dem Jahr 1965 handelt.

Die Exklusivität von ICSID Investitionsschutzverfahren

Die Bundesrepublik Deutschland ist seit [1969 Vertragspartei](#) dieser Konvention und seither hieran völkerrechtlich gebunden. Das Besondere an Investitionsschutzverfahren, die nach ICSID stattfinden, ist deren Ausschließlichkeit. Hierunter ist zu verstehen, dass anders als in sonstigen Schiedsverfahren innerstaatliche Gerichte keine ergänzende Zuständigkeit auf einzelne Verfahrensabschnitte bezogen haben. Technisch ausgedrückt gibt es in ICSID-Verfahren keine staatliche *lex arbitri*; es handelt sich um ausschließlich völkerrechtliche Verfahren. Nach der ICSID-Konvention entscheidet nur das hiernach eingesetzte Schiedsgericht über seine Zuständigkeit (Art. 41 ICSID). Ein ICSID-Schiedsspruch „ist für die Partei bindend und unterliegt keiner Berufung und auch keinen anderen Rechtsmitteln als denen, die in diesem Übereinkommen vorgesehen sind“ (Art. 53 Abs. 1 ICSID); er ist unmittelbar vollstreckbar, da er so zu behandeln ist, „als handle es sich um ein rechtskräftiges Urteil eines ... innerstaatlichen Gericht[s]“ (Art. 54 Abs. 1 ICSID). Die Exklusivität von ICSID-Verfahren ist in der Konvention unmissverständlich geregelt. Sie soll sicherstellen, dass Investitionsschutzstreitigkeiten, die sich per se nur auf politische Risiken, die mit einer Auslandsinvestition verbunden sind, beziehen – das wirtschaftliche Risiko einer Auslandsinvestition wird durch das internationale Investitionsschutzrecht nicht geschützt –, objektiv und neutral verhandelt und entschieden werden.

Nur vereinzelt wurde bislang in der Geschichte versucht, den grundlegenden Konsens der Vorrangigkeit des politisch neutralen Völkerrechts, der in der ICSID-Konvention zum Ausdruck kommt, aufzubrechen. In Erinnerung ist hier insbesondere wiederum Argentinien, das in den Jahren 2001/2002 von einer schweren Finanz- und Wirtschaftskrise getroffen wurde. In der Nachfolge kam es zu einer größeren Anzahl von Investitionsschutzverfahren ausländischer Investoren gegen Argentinien. In der Mehrzahl der Verfahren wurde Argentinien zu Schadensersatz verurteilt. Argentinien versuchte sich vehement gegen die entsprechenden ICSID-Schiedsverfahren zu wehren. Der ehemalige argentinische Justizminister Horacio

Rosatti formulierte im Jahr 2005 unmissverständlich, dass ICSID-Schiedsgerichte nicht über öffentliche Interessen seines Landes entscheiden können. Auf der Grundlage dieser [Rosatti-Doktrin](#) wurde vertreten, dass normhierarchisch betrachtet ICSID-Urteile sich immer der argentinischen Verfassung unterzuordnen hätten.

Weite Teile der internationalen Gemeinschaft haben diese Sichtweise nie akzeptiert. Unter anderem wurden internationale Finanzhilfen und Maßnahmen zur Unterstützung der Umschuldung Argentiniens davon abhängig gemacht, dass Schiedsverfahren von dem Land akzeptiert werden. In letzter Konsequenz hat auch Argentinien mit den Klägern in den maßgeblichen Schiedsverfahren Einigungen erzielen können. Dazu trug sicherlich auch bei, dass nach der ICSID-Konvention alle gegenwärtig 158 Staaten, die die Konvention ratifiziert haben, verpflichtet sind jeden Schiedsspruch gleich gegen welchen Staat unmittelbar zu vollstrecken. Dort, wo ein Staat weltweit Vermögen hat, kann in dieses also auch jederzeit vollstreckt werden.

Investitionsschutzverfahren in der EU: (K)Eine Ausnahme?

Schiedsverfahren zwischen EU-Investoren und EU-Mitgliedstaaten selbst sollen nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs nicht zulässig sein. Der europäische Gerichtshof begründet dies damit, dass die Autonomie der Unionrechtsordnung durch solche Schiedsverfahren gefährdet sei. Denn internationale Schiedsgerichte könnten Unionrecht anwenden, was das Auslegungsmonopol des EuGH gefährden könnte. Konkret auf den Energiecharta-Vertrag bezogen, der auf die ICSID-Konvention verweist und jetzt auch Gegenstand der Verfahren vor dem BGH ist, argumentiert der EuGH damit, dass dieser internationale Vertrag, der Investitionen im Energiesektor schützt und von 52 Staaten sowie der Europäischen Union ratifiziert wurde, Bestandteil des Unionsrechts sei. Dass dies keine Besonderheit des Energiecharta-Vertrages ist, sondern seit Jahrzehnten gefestigter Rechtsprechung des EuGH für jeden völkerrechtlichen Vertrag gilt, den die EU selbst ratifiziert hat, wird aber nicht weiter thematisiert. In letzter Konsequenz müsste nach dieser Rechtsprechung jede internationale Streitbeilegung, die in einem völkerrechtlichen Vertrag, dessen Vertragspartei auch die EU ist, mit der Autonomie der Unionrechtsordnung unvereinbar sein.

Der BGH scheint, soweit es der Berichterstattung aus der mündlichen Verhandlung zu entnehmen ist, dem EuGH folgen und die genannte EuGH-Rechtsprechung auch auf ICSID-Verfahren anwenden zu wollen, da – so wohl das Argument – die „Brücke“ des Energiecharta-Vertrags zu ICSID nunmehr fehle. Das hätte im Ergebnis zur Folge, dass ein ICSID-Verfahren aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts stets von zuständigen deutschen Gerichten als unzulässig erklärt werden müsste. Allerdings hat sich der EuGH bislang nicht explizit mit den Besonderheiten von ICSID auseinandergesetzt. Es gibt bislang nur zwei Verfahren aus dem Beihilferecht, in denen es um die Zahlung von Schadensersatzansprüchen aus Investitionsschutzverfahren ging, die auf ICSID beruhten ([C#638/19 P](#) und [C-333/19](#)). Eine Diskussion der ICSID-Konvention durch den Gerichtshof fand allerdings nicht statt.

Ebenfalls übersehen wird, dass die EU selbst nicht Vertragspartei von ICSID ist. Nur Staaten können der Konvention beitreten. Bis auf Polen sind alle EU-Mitgliedstaaten Vertragsparteien. Die völkerrechtliche Haftung im Hinblick auf die Achtung der Konvention liegt damit weiterhin ausschließlich bei den EU-Mitgliedstaaten. Daraus folgt völkerrechtlich zugleich, dass neben der ausschließlichen Kompetenz eines eingesetzten Schiedsgerichts, über seine Kompetenz zu entscheiden (Art. 41 ICSID), über Streitigkeiten zur Anwendung der Konvention innerhalb der EU der Internationale Gerichtshof (IGH) zu entscheiden hat. Das ergibt sich unmittelbar aus Art. 64 ICSID, der „jede zwischen Vertragsstaaten entstehende Streitigkeit über die Auslegung oder Anwendung dieses Übereinkommens“ der Zuständigkeit des IGH zuweist.

Das Unionsrecht erkennt auch eine Vorrangigkeit völkerrechtlicher Verpflichtungen der Mitgliedstaaten vor gegebenenfalls kollidierendem Unionsrecht an. Einschlägige Norm ist Art. 351 AEUV. Dieser betrifft explizit zwar nur Altverträge vor Inkrafttreten der römischen Verträge bzw. vor einem Beitritt eines Staates zur Gemeinschaft/ Union. Wie allerdings auch das Bundesverfassungsgericht im Lissabon-Urteil ([BVerfG, Urt. v. 30.06.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 380](#)) feststellte, bleibt eine bestehende völkerrechtliche Rechtslage auch dann vom Unionsrecht unberührt, wenn in einem späteren Zeitpunkt eine Kompetenzübertragung an die EU in dem einschlägigen Sachgebiet erfolgt. Das gilt für die ICSID-Konvention, da diese Investitionsschutzbeziehung auch zu Drittstaaten regelt und eine entsprechende Kompetenz der EU erst mit dem Vertrag von Lissabon im Jahr 2009 begründet wurde.

Die Achtung des Völkerrechts als ein zentrales Verfassungsprinzip der Union

Dabei kann auch nicht argumentiert werden, dass es bei den Fällen, über die der BGH zu entscheiden hat, ausschließlich um Streitverfahren im Binnenmarktverhältnis geht. Die ICSID-Konvention begründet Rechte und Pflichten im integralen Verhältnis aller Vertragsparteien. Die dargestellte Exklusivität von ICSID führt völkerrechtlich dazu, dass jeder der 158 Vertragsstaaten nicht nur ein Interesse, sondern einen Rechtsanspruch auf Achtung der Konvention durch jeden anderen Vertragsstaat hat. Eine Missachtung von Rechten und Pflichten aus der ICSID-Konvention innerhalb des EU-Binnenmarktes würde also immer zu einer Rechtsverletzung gegenüber jedem Drittstaat weltweit führen. Der UK Supreme Court hat das so bereits explizit festgestellt: „The Convention scheme is one of mutual trust and confidence which depends on the participation and compliance of every Contracting State“ ([Urt. v. 19.2.2020, Rn. 104](#)).

Das Recht der EU verlangt nicht, dass die EU-Mitgliedstaaten gegenüber Drittstaaten Völkerrecht verletzen. Die Achtung des Völkerrechts ist vielmehr ein zentrales Verfassungsprinzip der Unionrechtsordnung. Seit dem Vertrag von Lissabon ergibt sich dies ausdrücklich aus Art. 21 Abs. 2 EUV. Hierbei sollte es sich um eine rechtspolitische Selbstverständlichkeit handeln. Auch in Deutschland wird im Zusammenhang zahlreicher globaler Krisen wie Klimawandel, Migration und

Ukraine-Krieg immer wieder auf die Achtung des Völkerrechts und die Stabilität der internationalen Ordnung verwiesen.

Die Glaubwürdigkeit des Verweises auf internationale Rechtsverpflichtungen, deren Achtung für die Integrität des internationalen Systems unumgänglich ist, wird nachdrücklich infrage gestellt, wenn nationale und europäische Gerichte, wie möglicherweise der BGH und der EuGH, ohne größeres Problembewusstsein die Bedeutung des Völkerrechts im Verhältnis zum Unionsrecht marginalisieren. Internationale Beziehungen beruhen auf Reziprozität. Wer das Völkerrecht verletzt, kann selbst nicht mehr die Achtung des Völkerrechts einfordern. Integrale Völkerrechtsregime wie ICSID, die von den Staaten bewusst konzipiert wurden, um hohe Wirksamkeit zu entfalten, brechen zusammen, wenn aus Gründen der Gegenseitigkeit jeder Staat weltweit Gründe für eine Nichtachtung der Konvention anführen darf. Die deutsche Rechtsordnung und das Unionsrecht haben über viele Jahrzehnte ihre jeweilige Völkerrechtsfreundlichkeit betont. Im Interesse globaler Rechtsstabilität, die zugleich auch politische Stabilität ist, bleibt zu hoffen, dass es hierbei gerade in der Zeitenwende, die hierauf wie schon lange nicht mehr angewiesen ist, bleibt.

