

Internationales Investitionsschutzrecht – Völkerrecht in der Großkanzlei

Andrea Ernst, Frankfurt am Main*

Mit der Antwort „internationales Investitionsschutzrecht“ auf die beiläufige Frage, womit man sich tagsüber beschäftigen um sein Leben zu bestreiten, lanciert man sich immer noch recht sicher in die Erklärungsdefensive. Die sich daran häufig anschließende Frage nach der Examensrelevanz dieses Themas muss dann auch noch verneint werden. Ungleich spannender versteckt sich dahinter jedoch ein stetig wachsender Praxisbereich, der eine Vielzahl von Tätigkeitsfeldern für Juristen bietet, die sich gerne mit komplexen Fragestellungen aus der Schnittstelle zwischen Recht, Wirtschaft und Politik beschäftigen. Damit haben ein österreichischer Wurstproduzent in Kroatien und britische Rinderfarmen in Venezuela weit mehr gemeinsam als man gemeinhin annimmt.

Was ist Investitionsschutzrecht?

Eine der wichtigsten Rechtsquellen im Investitionsschutzrecht sind meist bilaterale, zwischenstaatliche Verträge, die Staaten miteinander schließen, um den Schutz ihrer Investoren in dem jeweils anderen Land durch völkerrechtliche Garantien abzusichern. Es gibt ca. 2.800 dieser Investitionsschutzabkommen, so auch zwischen dem Vereinigten Königreich und Venezuela oder zwischen Österreich und Kroatien. Die staatliche Gerichtsbarkeit, die einem ausländischen Investor zur rechtlichen Überprüfung einer staatlichen Maßnahme offen steht, kann aus verschiedenen Gründen nicht das Forum sein, in dem der Investor klagen möchte: so mag die Unabhängigkeit der Gerichte nicht über alle Zweifel erhaben sein, die Gerichtssprache es dem Investor erschweren, dem Verfahren zu folgen, oder auch das Öffentlichkeitsprinzip dem Interesse des Investors zuwiderlaufen, den Streit in einem vertraulichen Forum, abgeschirmt von der Beobachtung durch die (z.B. NGO-) Öffentlichkeit beizulegen.

Die Streitbeilegungsklausel des völkerrechtlichen Abkommens zwischen dem Heimat- und Gaststaat des Investors bietet ihm die Möglichkeit, ein schiedsgerichtliches Verfahren gegen den Gaststaat anzustrengen. Dabei hat er in der Regel die Wahl zwischen einem institutionell administrierten Verfahren – z.B. an dem der Weltbank angegliederten Schiedszentrum International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) – und einem ad hoc Verfahren z.B. nach den UNCITRAL International Arbitration

Rules. Soweit Einigkeit zwischen den Parteien besteht haben der Investor und der beklagte Gaststaat große prozessrechtliche Freiheiten, die ihnen erlauben, das Verfahren zu weiten Teilen nach ihren Wünschen zu gestalten. Der prozessrechtliche Rahmen des Investitionsschiedsrechts lehnt sich stark an die Handelsschiedsgerichtsbarkeit an.

Materiell-rechtlich macht der Investor die Verletzung von ihm schützenden Garantien geltend, die ebenfalls in dem zwischenstaatlichen Investitionsschutzabkommen vereinbart worden sind. Damit wirkt dieses Abkommen wie ein Vertrag zugunsten Dritter. Eine solche Berechtigung Privater aus einem völkerrechtlichen Vertrag ist aus dem Menschenrechtsschutz bekannt, doch grundsätzlich eine ungewöhnliche Konstruktion. Gekoppelt mit der Möglichkeit zur Durchsetzung dieser Garantien selbständig, d.h. ohne ein Zustimmungserfordernis etwa seines Heimatlandes, ein Verfahren gegen den Gaststaat anzustrengen, wird dem Investor durch die Abkommen besonderer Schutz für seine Investition geboten. So kann z.B. ein österreichischer Investor gegen Kroatien ein Schiedsverfahren einleiten, wenn er eine staatliche Maßnahme für eine Verletzung des Investitionsschutzabkommens zwischen Österreich und Kroatien hält.

Die in Investitionsschutzabkommen typischerweise vereinbarten Behandlungsstandards umfassen unter anderem den Schutz vor Diskriminierung des ausländischen Investors gegenüber inländischen und anderen ausländischen Investoren, ungerechtfertigter Enteignung sowie die Garantie der gerechten und billigen Behandlung. Diese Garantien können unter Umständen einen über den nationalen Rechtsschutz hinausgehenden Schutzstandard bieten. Sie bieten dem Investor dann einen rechtsstaatlichen Mindeststandard, den staatliche Maßnahmen in dem Gaststaat nicht unterschreiten dürfen.

Die Entscheidung des Schiedsgerichts bei der Bewertung der Verletzung einer investitionsschiedsrechtlichen Garantie dreht sich häufig um eine Abwägung öffentlicher Regulierungs- und Regierungsinteressen mit privaten Wirtschaftsinteressen. Inwieweit ist der Gaststaat durch den Abschluss des Investitionsschutzabkommens Verpflichtungen eingegangen, die ihn in seiner Regulierungsfreiheit in für das Gemeinwohl wichtigen Bereichen wie dem Umwelt- und Gesundheitsschutz beschränken? Inwieweit kann der private Investor Schadensersatz für Vertragsver-

* Die Autorin ist Rechtsanwältin in Frankfurt am Main und unterrichtet in dem FFA-Programm der Universität Bonn „Core Subjects of Common Law“.

letzungen geltend machen, weil seine berechtigten Erwartungen im Hinblick auf die rechtlichen Rahmenbedingungen in dem Staat enttäuscht wurden?

Häufig wird auch ein entwicklungsökonomischer Blick auf das Investitionsschutzrecht geworfen. Auslandsinvestitionen können ihre positiven Wirkungen nur dann entfalten, wenn der Investor vor willkürlichen Maßnahmen des Gaststaates geschützt ist. Durch den von der nationalen Gerichtsbarkeit losgelösten Streitbeilegungsmechanismus und die in den Investitionsschutzabkommen verankerten selbständigen Garantien soll dem Investor eine Sorge genommen werden, die ihn bei der Investitionsentscheidung beeinflussen könnte. Fließen schließlich mehr internationale Investitionen in Entwicklungsländer könnte dies ein erster wichtiger Schritt für ihren nachhaltigen wirtschaftlichen Aufschwung sein.

Wie sieht die anwaltliche Tätigkeit im Investitionsschutzrecht aus?

Juristen sind vor allem als anwaltliche Berater bei der Beilegung investitionsschiedsrechtlicher Streitigkeiten beteiligt. Aber auch als Schiedsrichter (die wiederum nicht notwendigerweise über eine juristische Ausbildung verfügen müssen), Sachverständige, Assistenten des Schiedsgerichts, Berater in Schiedsinstitutionen, Ministerialbeamte typischerweise im Justiz- oder Wirtschaftsministerium der beteiligten Heimat- und Gaststaaten und als die Schiedsrechtsprechung inspirierende Professoren wirken sie daran mit.

Anwaltliche Parteivertreter in einem Investitionsschiedsverfahren nehmen sowohl die Interessen des klagenden Investors als auch die Verteidigung des beklagten Investitionsgaststaats wahr. Nur wenige Gaststaaten verlassen sich ausschließlich auf ihre „internen“ Juristen, sondern arbeiten meist mit einer externen Kanzlei zusammen. In größeren Kanzleien ist die investitionsschiedsrechtliche Beratung meist in der Praxisgruppe Konfliktlösung, die sowohl Prozessführung als auch Schiedsgerichtsbarkeit umfasst, zu finden.

Einige Kanzleien haben sich zur Vermeidung von Interessenskonflikten mit der Mandatierung in anderen Fällen grundsätzlich strategisch festgelegt und vertreten entweder allein ausländische Investoren oder Gaststaaten. Derartige Interessens- oder Befangenheitskonflikte sind auch zunehmend der Grund dafür, dass erfahrene Partner größere, international aufgestellte Kanzleien verlassen und sich mit einer kleinen spezialisierten Boutique selbständig machen. So vermeiden sie, eine angebotene Mandatierung als Schiedsrichter ablehnen zu müssen, weil durch dieselbe Kanzlei die Partei der Gegenseite schon in einem anderen Verfahren beraten wird.

Die wohl schwierigste und unjuristischste Aufgabe steht meist am Anfang der Fallbearbeitung: das Sammeln und

Aufbereiten der Fakten. Es nimmt in der Regel sehr viel Zeit in Anspruch, sämtliche möglicherweise relevante Sachverhaltselemente zusammenzutragen, und dieser Teil ist bis zur Beendigung des Verfahrens nicht abgeschlossen. Dabei sollen nicht nur die bestehenden Tatsachen erforscht und bestätigt werden, sondern ebenso wichtig ist die Versicherung über das Nichtbestehen anderer Umstände.

Gleichzeitig sind mit neuen Fakten einhergehende Fristen im Auge zu behalten. Unter den als erstes zu beachtenden Fristen sind die für eventuelle Vorverfahren und Bemühungen um eine einvernehmliche gütliche Einigung. Häufig können Investitionsschiedsstreitigkeiten erst angestrengt werden, wenn die Parteien sich innerhalb einer „cool-off period“ nach der der Anzeige des Disputes durch den Investor gegenüber dem Gaststaat erfolglos bemüht haben, den Streit beizulegen.

Nach Ablauf dieser Frist trägt der Investor dem Schiedsgericht den Sachverhalt vor und fordert in der Regel Schadensersatz für die Verletzung der Investitions Garantien aus dem zwischenstaatlichen Abkommen. Er hat dazu meist zwei Gelegenheiten: in einem ersten Antrag auf Einleitung eines Schiedsverfahrens und in der späteren Klagschrift. Neben dem Verfassen der Schriftsätze sind die Anwälte in diesem Verfahrens Stadium auch mit der Auswahl eines geeigneten Schiedsrichters beschäftigt. Typischerweise besteht ein Tribunal aus drei Schiedsrichtern, doch gibt es auch Fälle, in denen ein Einzelschiedsrichter entscheidet. Neben juristischer Fachkompetenz und Expertise in der jeweiligen Branche werden verfügbare, ältere Entscheidungen des jeweiligen Kandidaten analysiert, um Tendenzen für die Entscheidungsfindung im anhängigen Fall daraus abzulesen.

Je nach gewählter Schiedsordnung und Parteivereinbarung hat der Gaststaat die Gelegenheit, auf das Klägervorbringen jeweils oder nur einmal, mit einer Klageerwiderung zu antworten. Wenn es Zweifel an der Zuständigkeit des Schiedsgerichts oder der Zulässigkeit des Klagebegehrens gibt, kann der beklagte Staat einen Antrag auf Abtrennung dieser Verfahrensfragen vom übrigen Verfahren stellen und im Erfolgsfall damit das Verfahren schneller und kostengünstiger beenden.

Zeugenaussagen und Sachverständigengutachten werden schon als Beweisstücke zusammen mit dem schriftlichen Vortrag dem Schiedsgericht vorgelegt. Die spätere Befragung im Rahmen der mündlichen Verhandlung wird dadurch stark abgekürzt und auf Nachfragen zu spezifischen Punkten beschränkt. Durch den Anwalt werden die Zeugen und Sachverständigen bei der Anfertigung der schriftlichen Stellungnahmen unterstützt und auch auf die Befragungssituation vorbereitet.

In der mündlichen Verhandlung gilt es, das Schiedsgericht durch ein Eröffnungsplädoyer, gezielte Fragen an die Zeugen und Sachverständigen und gegebenenfalls Schlussplädoyers von der vertretenen Argumentation zu überzeugen.

Je nach Umfang des Falls kann sich die Verhandlung auf allein einen Tag oder über eine Woche hinaus erstrecken.

Die tägliche Arbeit im Investitionsschiedsrecht ist im Vergleich zu anderen Praxisbereichen relativ gut planbar und vorhersehbar. Während z.B. eine gesellschaftsrechtliche Transaktion sehr kurzfristig angekündigt werden kann, steht im Schiedsverfahrensrecht der prozedurale Fahrplan meist nach einer ersten Absprache der Parteien mit dem Schiedstribunal fest, so dass Abgabe- und Verhandlungstermine frühzeitig absehbar sind.

Da eine investitionsschiedsrechtliche Fallkonstellation notwendigerweise eine grenzüberschreitende Investition mit sich bringt, ist die Arbeit von einem internationalen Umfeld geprägt. Während die Interpretation und Anwendung der zwischenstaatlichen Investitionsschutzabkommen in die Welt des Völkerrechts führt, lenken diverse Anknüpfungspunkte an nationale Rechtsinstitute die Arbeit in ganz unterschiedliche Rechtsordnungen und -gebiete. So können plötzlich Fragen zu entlegenen venezolanischen oder kroatischen Rechtsgebieten z.B. darüber entscheiden, ob eine rechtmäßige Investition getätigt wurde und der Anwendungsbereich des völkerrechtlichen Abkommens eröffnet ist.

Wie und wo kann man (mehr über) Investitionsschutzrecht lernen?

Das Investitionsschutzrecht hat lange Zeit nicht viel Beachtung gefunden, obgleich die rechtlichen Grundlagen zum Teil schon vor mehreren Jahrzehnten geschaffen wurden, so dass sie lange ungenutzt auf ihre praktische Anwendung warteten. Sowohl mit der in den letzten Jahren stark angestiegenen Zahl an Investitionsschiedsverfahren und der Entwicklung der Schiedsrechtsprechung, die die Literatur dogmatisch aufbereitete, als auch durch den gewachsenen Bedarf an rechtlicher Beratung in Schiedsverfahren, wurden vermehrt Vorlesungen und Seminare an deutschen Universitäten angeboten. Bei aller Faszination für dieses Spezialgebiet darf dabei nicht aus den Augen verloren werden, dass es auf den beiden Standbeinen des allgemeinen Völkerrechts und der Handelsschiedsgerichtsbarkeit gebaut ist. Vorlesungen in diesen grundlegenden Bereichen sind auf jeden Fall zu empfehlen bevor eine Spezialisierung im Bereich Investitionsschutzrecht gewählt wird.

Eine Vertiefung im Rahmen eines Masterstudiengangs bieten mittlerweile mehrere LL.M.-Programme. Eine Eigenheit der auf (Investitions-)Schiedsrecht spezialisierten Programme, die sowohl als ein besonderes Qualitätsmerkmal gepriesen als auch als Nachteil moniert wird, ist der häufig hohe Anteil an Praktikern, die als Dozenten die Vorlesungen mitgestalten. Es gibt kein LL.M.-Programm mit einer Spezialisierung in diesem Bereich, das ausschließlich von in Vollzeit unterrichtenden und forschenden Professoren unterrichtet wird. Gerade in Metropolen, die häufig als Schiedsorte gewählt werden, bieten die ansässig prak-

tizierenden Anwälte als „adjunct faculty“ der örtlichen Universitäten einschlägige Kurse an. Andere Universitäten bedienen sich einer „flying faculty“ und lassen renommierte Anwälte und Schiedsrichter für ein Kursmodul förmlich einfliegen. Eine kleine Auswahl der stetig zunehmenden Programme in diesem Bereich sind der Master in Dispute Settlement (MIDS) am Graduate Institute der Universität Genf und die LL.M.-Programme an der American University in Washington, DC und der University of Miami. Die Queen Mary University of London, an der in den 80er Jahren eine der ersten rein schiedsrechtlichen Vorlesungen überhaupt angeboten worden, hat ihr traditionelles LL.M.-Programm in London nun sogar weiter nach Paris ausgeweitet.

Auch mehrere internationale Moot Courts werden angeboten. Nicht nur der klassische handelsschiedsrechtliche Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot im UN-Kaufrecht ist eine Gelegenheit, Zugang zu schiedsrechtlichen Themen zu bekommen, sondern es gibt mittlerweile auch spezielle investitionsschiedsrechtliche Moot Courts, wie z.B. den Frankfurt Investment Arbitration Moot Court oder den Foreign Direct Investment International Arbitration Moot.

Für viele im Bereich Prozessführung und Schiedsgerichtsbarkeit tätige Anwälte war ein Moot Court eine prägende Erfahrung, über die sie Zugang zu dem Rechtsgebiet gefunden haben. Ein Moot Court bringt nicht nur eine besonders intensive Befassung mit einem Fall und die damit verbundene Durchdringung eines Rechtsgebiets mit sich. Er vermittelt über die unmittelbare Moot Court Zeit hinaus wertvolle Erfahrung durch die Arbeit in einem Team, mit dem man durch die Höhen und Tiefen der Vorbereitungsphase geht, und zugleich selbständiges wissenschaftliches Arbeiten. Er trainiert rhetorische Fähigkeiten, genaues juristisches Argumentieren in einer Fremdsprache im Kreuzfeuer der Fragen des Tribunals, und nicht zuletzt Durchhaltevermögen, um schließlich in der Endrunde an einem internationalen Austragungsort gegenüber einem Team, das sich von einem anderen Ort der Welt aus in den Fall eingelebt hat, die Interessen seines imaginären Mandanten wahrzunehmen. Trotz der fiktiven Einkleidung hat die Moot Court-Erfahrung mit der anwaltlichen Arbeitswirklichkeit viel gemein und ist eine sich später vielfach auszahlende Investition von Zeit und Neugier.

Wer an einem Praxisbereich Interesse hat, der derzeit stark wächst und dadurch Raum bietet für neue Ideen und Argumentationsstrategien, der es ermöglicht, durch vom Parteilconsens getragene Prozessregeln auf die speziellen Bedürfnisse des Mandanten maßgeschneiderte Lösungen zu entwickeln und der sich mit sowohl klassisch völkerrechtlichen als auch abwechslungsreichen, fremden Rechtsordnungen und -gebieten beschäftigt, der sollte einen Blick in das internationale Investitionsschutzrecht riskieren und kann danach vielleicht auch in zwei kurzen Sätzen auf die beiläufige Frage nach seiner täglichen Arbeit antworten.