

Investitionsschiedsverfahren in der Anwaltspraxis

Investitionsschiedsverfahren stellen für völkerrechtlich und auf Schiedsverfahren spezialisierte Anwälte eine spannende Herausforderung dar: Oft werden komplexe Rechtsstreitigkeiten zwischen Unternehmen und Staaten mit mehrwöchigen mündlichen Verhandlungen auf höchstem Niveau vor prominenten Schiedsrichtern bei der Weltbank in Washington D. C. verhandelt. Was aber sind Investitionsschiedsverfahren genau? Wann spielen sie eine Rolle? Wie wird man zum Rechtsberater in diesem Bereich? Und wie sieht diese anwaltliche Streitbeilegungspraxis aus?

Diese und weitere Fragen haben wir Rechtsanwalt **Dr. Bajar Scharaw, LL. M. (UQ)** gestellt. Herr Scharaw ist Counsel bei Herbert Smith Freehills LLP in Frankfurt a. M. und seit über zehn Jahren praktisch und wissenschaftlich im Bereich des internationalen Investitionsschutzrechts und der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit tätig. Er organisiert komplexe Schiedsverfahren, erstellt umfangreiche Schriftsätze, arbeitet mit Schadens- und technischen Sachverständigen und führt mündliche Verhandlungen im Ausland. Er ist zudem Lehrbeauftragter für internationales Investitionsschutzrecht an der **Universität Mannheim**. Im Interview erläutert er seine anwaltliche Tätigkeit sowie Besonderheiten von Investitionsschiedsverfahren.

„Investitionsschiedsverfahren“ – was genau verbirgt sich hinter diesem Begriff? Und wo finden sich die Rechtsgrundlagen für diese spezielle Art von Schiedsverfahren?

Scharaw: Bei Investitionsschiedsverfahren handelt es sich primär um *völkerrechtliche* Schiedsverfahren zwischen Auslandsinvestoren als Klägern und Gaststaaten als Beklagten. Deswegen nennt man sie auch „Investor-Staat-Schiedsverfahren“. Staaten haben bilateral weltweit über 2800 internationale Abkommen zum Schutz von Auslandsinvestitionen abgeschlossen. China verfügt mit 123 über die größte Anzahl von Investitionsschutzabkommen, knapp gefolgt von Deutschland auf Platz zwei mit 120. Die Abkommen beinhalten materielle Schutzstandards,

zB: Schutz von Auslandsinvestitionen gegen rechtswidrige Enteignungen, Diskriminierungs- und Willkürverbote, Gebot der „billigen und gerechten Behandlung“. In prozessualer Hinsicht enthalten Investitionsschutzabkom-



Dr. Bajar Scharaw, LL. M.

men eine Schiedsklausel, die es einem privaten Investor von einer Staatenpartei des Abkommens erlaubt, ein völkerrechtliches Schiedsverfahren gegen die andere Partei des Abkommens – also gegen den Gaststaat der Investition – einzuleiten. Investoren bevorzugen Schiedsverfahren in englischer Sprache nach internationalem Recht gegenüber Gerichtsverfahren vor nationalen Gerichten in einer fremden Sprache und einem unbekanntem Rechtssystem. Anders als bei Gericht können die Parteien zudem ein Mitglied des Schiedsgerichts benennen. Erlangte Schiedssprüche sind zudem weltweit gegen kommerzielle Vermögenswerte des Gaststaats vollstreckbar.

Eine Besonderheit sind die hohen Schadensersatzansprüche (in der Zeit von Juni 2017 bis Mai 2020 durchschnittlich 315 Mio. US-Dollar), die Investoren in der Form von entgangenem Gewinn einklagen können. Das gibt es so bei keinem anderen völkerrechtlichen Streitbeilegungssystem und unterscheidet Investitionsschiedsverfahren auch von vielen konventionellen, zwischen Privatparteien geführten, Handelsschiedsverfahren. Empirische Analysen zu 890 abgeschlossenen abkommen-basierten Investitionsschiedsverfahren zeigen, dass ca. 37% der Verfahren zugunsten von Staaten, 28% zugunsten von Investoren und 2% ohne Anerkennung von Schadensersatz entschieden, 19% verglichen und 14% eingestellt wurden.

Investor-Staat-Schiedsverfahren können auch auf Grundlage von *direkten Vertragsbeziehungen* zwischen den Streitparteien stattfinden. So verhielt es sich zB im Schiedsverfahren zwischen Deutschland und Unternehmen zur gescheiterten Pkw-Maut, das basierend auf einer vertraglichen Schiedsklausel eingeleitet wurde.

In welchen Wirtschaftsbereichen spielen Investitionsschiedsverfahren eine Rolle? Können Sie Beispiele zur Veranschaulichung nennen?

Scharaw: Die Praxis zeigt, dass alle Sektoren relevant sind. Investitionsschiedsverfahren betreffen oft Wirtschaftsbereiche, die kapitalintensive Investitionen erfordern, zB Öl- und Gasprojekte, die Gewinnung von Bodenschätzen, wie Gold und Kupfer. Daneben gibt es Verfahren zu Infrastruktur, Produktion, Telekommunikation, im Banken- und Finanzsektor, in der Landwirtschaft, zu Immobilien oder im Tourismus.

In den letzten Jahren weisen immer mehr Investitionsschiedsverfahren einen Umweltschwerpunkt auf. Dies liegt daran, dass sich Regierungen weltweit zunehmend den globalen Zielen des Umwelt- und Klimaschutzes sowie der Nachhaltigkeit verschreiben, woraus sich aus Investorensicht Fragen zur Durchführbarkeit von Projekten ergeben können.

Beispiele: - So hat sich Kolumbien dazu entschieden, einem kanadischen Investor ein Verbot für die Betreuung einer Goldmine zu erteilen, da sich das Projekt in einem wichtigen Wasserökosystem befand. Der Investor erhob Schiedsklage wegen der Frustrierung bereits getätigter Investitionen.

- Wegen der Energiewende betreffen derzeit zudem viele Verfahren politische Entscheidungen zur konventionellen Energieerzeugung oder zu erneuerbaren Energien. Dies umfasst zB Entscheidungen der deutschen Regierung zum Kohle- und Atomenergieausstieg, wie im Verfahren des schwedischen Unternehmens Vattenfall gegen Deutschland. Gegen Spanien werden derzeit dutzende Verfahren über Solarenergieprojekte geführt. Spanien sicherte Unternehmen per Dekret umfangreiche Stromtarifanreize für die Produktion von Solarenergie zu, die nach Tötigung vieler Investitionen in industrielle Solaranlagen aufgehoben wurden. Dies führte zu einer Schiedsklagewelle europäischer Investoren gegen Spanien.

- Aktuell relevant ist zudem der völkerrechtswidrige Angriffskrieg gegen die Ukraine. Enteignete oder kriegsgeschädigte Unternehmen haben oft nur durch Investitionsschiedsverfahren die Möglichkeit, zu Schadensersatz zu kommen.

Spielen Investitionsschiedsverfahren nur für den Schutz von Auslandsinvestitionen von großen multinationalen Unternehmen eine Rolle oder auch für kleine und mittlere Unternehmen?

Scharaw: Oft betreffen Investitionsschiedsverfahren kapitalintensive Projekte, die von großen Unternehmen getätigt werden. Aber auch kleinere Investoren (kleine und mittlere Unternehmen sowie Privatpersonen) nehmen die Verfahren zunehmend gegen Staaten in Anspruch. Ob ein solches Verfahren durchgeführt werden kann, hängt oft von den Verfahrens- und Rechtsverfolgungskosten ab. Verglichen mit staatlichen Gerichtsverfahren bedürfen Investitionsschiedsverfahren höherer Kostenvorschüsse für Schiedsrichter und -institutionen, die den Fall verwalten. Die Verfahren sind rechtlich und prozessual zudem sehr komplex (umfangreiche Schriftsatzrunden, ausführliche Kreuzverhöre von gegnerischen Zeugen) und finden nicht im Gaststaat statt, sondern an Schiedsorten wie Washington D. C., Den Haag, Paris oder London.

Immer mehr Investoren kümmern sich daher um Prozesskostenfinanzierung (sog. *Third-Party-Funding*). Es gibt darauf spezialisierte Unternehmen, die im Gegenzug zur Finanzierung des Prozesses für den Investor monetär am Schiedsspruch beteiligt werden. Ursprünglich wurde diese Finanzierungsart für Gerichtsverfahren in Australien und den USA genutzt; inzwischen beschäftigt sich auch die EU mit diesem Thema (s. die Empfehlung des EU-Parlaments v. 13.9.2022 zur verantwortungsbewussten Prozesskostenfinanzierung) und hebt etwa hervor, dass Prozesskostenfinanzierung bei angemessener Regulierung als wirksames Instrument zur Sicherstellung des effektiven Zugangs zur Justiz eingesetzt werden kann.

Was unterscheidet Investitionsschiedsverfahren von konventionellen Handelsschiedsverfahren?

Scharaw: Die wichtigsten Unterschiede betreffen die Parteien und den Streitgegenstand. Während an Handelsschiedsverfahren private Parteien beteiligt sind und sich in der Regel über vertragliche Pflichten streiten, stehen sich bei

Investitionsschiedsverfahren ein privater Investor und ein souveräner Staat gegenüber. Der Grund für eine Investitionsschiedsklage ist immer die Betroffenheit durch eine hoheitliche Maßnahme (also zB einen Verwaltungsakt, eine Verordnung oder ein Gesetz), die aus der Sicht des Investors nicht mit den Mindestschutzstandards des internationalen Investitionsschutzrechts vereinbar ist. Dies bedeutet allgemein, dass Schriftsätze und Fristen substanzieller und länger sind als bei den meisten Handelsschiedsverfahren. Da es um Vorwürfe völkerrechtswidrigen Handelns eines Staates sowie um Fragen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung geht, verlangen Investitionsschiedsverfahren ein Maß an Sachverhalts- und Rechtsklärung, welches es bei den meisten kommerziellen Streitigkeiten so nicht gibt. Die Komplexität und der hohe Reputationseinsatz auf Seiten des Staates führen dazu, dass Schriftsätze regelmäßig mehrere hunderte Seiten umfassen.

Das Risiko für einen Staat ist auch dadurch erhöht, dass Investitionsschiedsverfahren in der Regel öffentlich bekannt, also – anders als Handelsschiedsverfahren – nicht „geheim“ sind. Investitionsschiedsverfahren werden oft vom „International Centre for Settlement of Investment Disputes“ (ICSID) bei der Weltbank verwaltet. Dies ist eine auf Investitionsschiedsverfahren spezialisierte Institution. Das Zentrum veröffentlicht nicht nur, welche Investoren Schiedsklage gegen welchen Staat erheben, sondern auch erlassene Schiedssprüche. Dies wiederum führt zu einer Transparenz, die es bei geheimen Handelsschiedsverfahren nicht gibt und erlaubt zudem die Entwicklung transparenter Rechtsprechungslinien – untechnisch auch „Case Law“ genannt. Schiedssprüche wirken nur *inter partes*. Bei nunmehr über 1250 bekannten Investitionsschiedsverfahren dienen sie jedoch als wichtige Auslegungs- und Argumentationshilfen für Parteien und Schiedsgerichte.

Schließlich unterliegen Handelsschiedsverfahren dem materiellen Recht eines Staates. Dies ist bei Investitionsschiedsverfahren anders. Anwendbares Recht ist hier Völkervertrags- und Völkergewohnheitsrecht. Da es um hoheitliche Maßnahmen eines Gaststaats geht, spielt nationales Recht natürlich auch eine Rolle. Nationales Recht wird in völkerrechtlichen Verfahren

allerdings nur als Teil des Sachverhalts gewürdigt, während der Prüfungsmaßstab für eine staatliche Maßnahme stets völkerrechtliche Schutzstandards sind.

Wie verhalten sich Investitionsschiedsverfahren zum „normalen“ nationalen Rechtsschutz in dem betroffenen Gaststaat?

Scharaw: Die Unterwerfung des Gaststaats unter die Gerichtbarkeit eines Investitionsschiedsgerichts folgt einer völkervertragsrechtlichen Pflicht. Gibt es kein anwendbares Investitionsschutzabkommen, bliebe Investoren für eine Klage gegen den Gaststaat nur der Weg zu nationalen Gerichten (von möglichen Verfahren vor dem EGMR abgesehen). Investoren versuchen, das zu vermeiden. Ein Vorteil aus Sicht des Investors besteht darin, dass ein Investitionsschiedsverfahren in nur einer Rechtsinstanz zu einem vollstreckbaren Titel führt. Bei einigen Gaststaaten wird zudem die staatliche Unabhängigkeit der Gerichte in Zweifel gezogen.

Die Beziehung zum nationalen Rechtsschutz kann vielfältig sein. Zum Beispiel stellen manche Investitionsschutzabkommen Investoren vor die Wahl, Ansprüche gegen den Gaststaat im Wege der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit oder vor staatlichen Gerichten geltend zu machen. Wurde ein Gericht angerufen, ist ein Investitionsschiedsverfahren nicht mehr möglich („Fork-in-the-Road-Prinzip“). Einige Abkommen haben zudem die prozessuale Bedingung, vor Investitionsschiedsverfahren eine bestimmte Zeit um nationalen Rechtsschutz ersucht zu haben. Argentinien hat zB Abkommen, die eine Frist von 18 Monaten vorsehen. Nationale Gerichtsverfahren können zudem für materielle Investitionsschutzstandards eine Rolle spielen: zB wird vertreten, dass ein völkerrechtlicher Anspruch auf Schadensersatz wegen behaupteter Rechtsverweigerung (*Denial of Justice*) nur dann möglich ist, wenn der Investor den gerichtlichen Instanzenzug im Gaststaat erschöpft hat.

Welche Rolle spielen Investitionsschutzabkommen mit der EU und die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit in der EU?

Scharaw: Das ist ein komplexes Thema. Seit dem Lissaboner Vertrag hat die EU die Kompetenz für ausländische Direktinvestitionen (Art.

206 und 207 AEUV). Die EU statt der Mitgliedstaaten reguliert seither den Investitionsschutz mit Drittstaaten. Dies findet durch umfangreiche Freihandelsabkommen statt, die Investitionskapitel mit den typischen Schutzregeln enthalten (zB CETA). Zudem integriert die EU (wie viele andere Drittstaaten) Vorschriften zur Rechtfertigung staatlicher Maßnahmen zum Umwelt- und Gesundheitsschutz. Diese Kodifizierung völkergewohnheitsrechtlicher Prinzipien erhöht die Rechtssicherheit. Das CETA-Abkommen zwischen der EU und Kanada sieht zudem die Schaffung eines permanenten Investitionsgerichts mit gerichtstypischen Merkmalen vor.

Dagegen wird von der EU für Auslandsinvestitionen von EU-Investoren innerhalb der Union die Beendigung von „Intra-EU-Investitionsschutzabkommen“ (Abkommen zwischen EU-Staaten) forciert und der Rechtsschutz EU-Recht überlassen, das jedoch nicht die prozessualen Möglichkeiten des internationalen Investitionsschutzrechts bietet (s. das Übereinkommen zur Beendigung bilateraler Investitionsschutzverträge zwischen den Mitgliedstaaten der EU v. 29.5.2020). Einige Mitgliedsstaaten beteiligen sich nicht an diesem Kurs. Dem vorangegangen ist eine Entscheidung des EuGH zu einem Intra-EU-Investitionsschiedsverfahren (C-284/16 EuZW 2018, 239 mAnm Scholtka = JuS 2018, 725 (Ruffert) – Slowakische Republik ./ Achmea). Nach Ansicht des EuGH widerspricht das streitgegenständliche Schiedsverfahren zwischen einem EU-Investor und einem Mitgliedstaat Art. 267 AEUV. Die rechtlichen Diskussionen hierzu sind vielschichtig und werden aus verschiedenen Blickwinkeln (Völkerrecht und EU-Recht) geführt. Die Praxis zeigt, dass Schiedsgerichte ihre Gerichtsbarkeit weiterhin aufgrund gültiger Intra-EU-Investitionsschutzabkommen bestätigen. Die Thematik setzt sich auf Ebene der Vollstreckung von Schiedssprüchen vor Gerichten in EU-Staaten fort. Dies führt zur Einleitung von Vollstreckungsverfahren außerhalb der EU, zB gegen Spanien vor Gerichten in Australien.

Wie wird man zum Rechtsberater in Investitionsschiedsverfahren?

Scharaw: Trotz der großen praktischen and wirtschaftlichen Relevanz des internationalen

Investitionsschutzrechts und der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit wird der Rechtsbereich an den meisten deutschen Universitäten, anders als im Ausland, kaum gelehrt. Als deutscher Jurist nähert man sich dem Thema oft indirekt über das EU-Außenwirtschaftsrecht sowie über im Schwerpunktfach angebotene Vorlesungen zum allgemeinen Völker- und Wirtschaftsvölkerrecht an. Über eine Promotion, oft flankiert von einer Anwaltsstation bei Kanzleien mit Schwerpunkttätigkeit Investitionsschiedsverfahren, können Spezialisierungsschritte unternommen werden. Spezielle LL. M.-Programme bieten eine weitere Möglichkeit. Ein guter und frühzeitiger Einstieg in das Thema ist zudem über einen studentischen „Moot Court“ möglich. Neben dem „Jessup“ gibt es einige investitionsschutzrechtliche Moot Courts. Die Studierenden kommen hier durch „Probepleadings“ häufig zum ersten Mal in Kontakt mit völkerrechtlich spezialisierten Anwälten und Kanzleien.

Das Interview haben wir am 11.12.2023 geführt.

www.JuS.de

► **Zur Vertiefung:** Scharaw/Lui Third-Party Funding in Investment Arbitration: Emerging Regulatory Framework and Tribunal Approaches to Disclosure and Requests for Security for Costs, SchiedsVZ 2023, 65; Nacimiento/Scharaw Was bringen Moot Courts? NJW-aktuell 44/2019, 42; Askin/Scharaw Business and Human Rights: Verantwortung für Menschenrechte und Umweltschutz bei grenzüberschreitenden Wirtschaftsaktivitäten, JuS 2023, 21; Schäfer Einführung in das internationale Investitionsschutzrecht, JuS 2016, 795; Kriebaum/Schreuer/Dolzer Principles of International Investment Law, 2022; Ruffert Investitionsschiedsgerichte innerhalb der EU, Anm. zu EuGH Urt. 6.3.2018 – C-284/16, JuS 2018, 725; Ruffert Zulässigkeit der CETA-Investitionsstreitbeilegung, Anm. zu EuGH Gutachten v. 30.4.2019 – Gutachten 1/17, JuS 2019, 598.