

2 Rechtsgrundlagen des internationalen Investitionsschutzrechts

Das EU-Investitionsschutzrecht ist keine in sich geschlossene Rechtsmaterie. Es ergibt sich vielmehr aus einer Vielzahl unterschiedlicher rechtlicher Instrumente, die einem oftmals verwirrenden Geflecht verschiedener Rechtsquellen entspringen. Die investitionsrechtlichen Schutzstandards, die Investoren innerhalb der EU heute genießen, sind Ausfluss internationaler bzw globaler Entwicklungen. Insbesondere auch die in diesem Werk behandelten, auf den unionsrechtlichen Investitionsschutz bezogenen Vorgänge, lassen sich nur in einem weltweiten Kontext verstehen.

Für eine umfassende Darstellung ist es deshalb notwendig und sinnvoll, zunächst allgemein auf die Rechtsquellen des internationalen Investitionsschutzrechts einzugehen und damit einen kurzen Überblick über seinen Ursprung und die darauffolgenden bedeutsamsten historischen Ereignisse zu geben. Die bestehenden unionsrechtlichen Besonderheiten sollen sodann in Teil 3 behandelt werden.

An geeigneter Stelle folgt zudem eine Erläuterung der zentralen und deshalb für das Verständnis der vorliegenden Materie notwendigen Begriffe. In diesem Zusammenhang sollen auch die in heutigen Investitionsschutzabkommen typischerweise verankerten Investitionsschutzstandards dargestellt werden.

Das internationale Investitionsschutzrecht ist ein zentraler Bereich des Wirtschaftsvölkerrechts, in dessen Mittelpunkt die Behandlung ausländischer Investitionen bzw Investoren durch das jeweilige Ziel-land der Investition (im Folgenden: „Gaststaat“) steht. Charakteristisch für dieses Rechtsgebiet ist das Dreiecksverhältnis bestehend aus den folgenden Beteiligten: Investor, Gaststaat und Heimatstaat des Investors. Aufgrund der teils parallelen, teils kollidierenden Interessen dieser drei Akteure ergibt sich oftmals ein gewisses Spannungs-

verhältnis. Während der (ausländische) Investor seine Investition gegen jegliche Art von Enteignung oder Entwertung schützen und möglichst günstige Bedingungen im Zielland genießen möchte, will der Gaststaat Investoren dazu motivieren, auf seinem Territorium Investitionen zu tätigen, ohne seine Souveränität dabei zu weit einschränken zu müssen.¹⁵ Der Heimatstaat des Investors wiederum verfolgt das Ziel, seinen staatsangehörigen (natürliche Personen) bzw staatszugehörigen (juristische Personen) Investoren bestmöglichen Schutz im Ausland zu garantieren.¹⁶

Das internationale Investitionsschutzrecht setzt sich aus einer Vielzahl an völkerrechtlichen Quellen zusammen. Es wird auch als typisches Beispiel des modernen transnationalen Rechts, bestehend aus Elementen des klassischen Völkerrechts, des innerstaatlichen Rechts sowie allgemeiner Handelsprinzipien, bezeichnet.¹⁷ Gegenwärtig gründet sich der Investitionsschutz in erster Linie auf Völkervertragsrecht, insbesondere auf bilaterale und regionale Vereinbarungen. Ein Großteil der in völkerrechtlichen Verträgen verankerten Bestimmungen zum Schutz von Investitionen beruht allerdings auf Regeln des Völkergewohnheitsrechts.¹⁸

Aus diesem Grund soll zunächst auf das relevante Gewohnheitsrecht eingegangen werden.

2.1 Völkergewohnheitsrecht

Investitionen werden im internationalen Recht neben Investitionsschutzabkommen und allenfalls zwischen dem Investor und dem Gaststaat getroffenen Vereinbarungen (Investor-Staat-Verträge¹⁹) durch das völkergewohnheitsrechtliche Fremdenrecht geschützt. Völkergewohnheitsrecht entsteht durch stetige, allgemeine und gleichmäßige Übung (*consuetudo*), die von den Beteiligten als rechts-

15 v. Arnould, Völkerrecht⁴ (2019) Rz 989.

16 Krajewski, Wirtschaftsvölkerrecht⁵, Rz 549 f.

17 Reimisch, Internationales Investitionsschutzrecht, in Tietje/Nowrot (Hrsg), Internationales Wirtschaftsrecht³ (2021) 454 (Rz 8).

18 Görs, Internationales Investitionsrecht (2005) 19 ff.

19 Anmerkung: Siehe Unterkapitel 2.4.

verbindlich angesehen wird (*opinio iuris*).²⁰ Das Fremdenrecht regelt, wie der Gaststaat „Fremde“, dh ausländische Staatsangehörige und ausländische juristische Personen, zu behandeln hat und gewährt diesen einen gewissen Mindestschutz.²¹

In erster Linie beziehen sich diese gewohnheitsrechtlichen Regelungen auf Enteignungen bzw Verstaatlichungen ausländischen Vermögens. Grundsätzlich ist ein Staat zwar aufgrund der in seiner staatlichen Souveränität wurzelnden Gebietshoheit und der Freiheit zur Gestaltung seiner Wirtschaftsordnung dazu berechtigt, Enteignungen und Verstaatlichungen auf seinem Territorium vorzunehmen. Gegenüber Ausländern gilt dies aufgrund des gewohnheitsrechtlichen Fremdenrechts allerdings nur begrenzt. Unterschiedliche Ansichten werden bezüglich der Frage vertreten, wie die Behandlung von Fremden, die sich legal in einem Staat aufhalten und wirtschaftlich tätig sind, konkret auszusehen hat. Nach dem Prinzip der Inländerbehandlung (*Calvo-Doktrin*²²) sollen Fremde die gleichen Rechte und Pflichten wie Inländer haben. Sollten Inländer also entschädigungslos enteignet werden können, so gilt das demzufolge auch für Ausländer.²³

Eine andere Ansicht, welche sich gegen Ende des 20. Jahrhunderts in der Staatengemeinschaft weitgehend durchgesetzt hat, verlangt bei der Behandlung von Ausländern die Einhaltung eines bestimmten Mindeststandards. Hierdurch kann es unter Umständen zu einer Privilegierung von Fremden gegenüber Inländern kommen.²⁴

Zu diesem Mindeststandard gehören im Wesentlichen:

- das Recht auf Rechtsfähigkeit,
- das Recht auf Leben, körperliche Unversehrtheit und Schutz der Person,

20 Rauber, Strukturwandel als Prinzipienwandel – Theoretische, dogmatische und methodische Bausteine eines Prinzipienmodells des Völkerrechts und seiner Dynamik (2018) 94.

21 Griebel, Internationales Investitionsrecht (2008) 14.

22 Schöbener/Herbst/Perkams, Internationales Wirtschaftsrecht (2010) § 15 Rz 30.

23 Oeter, Internationaler Investitionsschutz, in Ipsen (Hrsg), Völkerrecht⁷ (2018) 1017 (Rz 8).

24 Krajewski, Wirtschaftsvölkerrecht⁵, Rz 553.

- das Recht auf Gleichheit vor dem Gesetz und vor Gericht, einschließlich eines geordneten Verfahrens und rechtlichen Gehörs und
- das Recht, nicht enteignet zu werden, sofern nicht besondere Voraussetzungen vorliegen.²⁵

Demnach ist eine Enteignung völkerrechtlich nur dann zulässig, wenn sie einem öffentlichen Zweck dient, keinen diskriminierenden Charakter aufweist und eine Entschädigung geleistet wird.²⁶ In einigen Investitionsschutzabkommen wird zusätzlich verlangt, dass die Enteignung in einem rechtsstaatlichen Verfahren erfolgen und gerichtlich überprüfbar sein muss.²⁷ Hinsichtlich der Höhe der Entschädigung gilt weitgehend die nach dem US-amerikanischen Außenminister Cordell Hull benannte *Hull-Formel*. Nach diesem Schema muss die Entschädigung in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Enteignungsmaßnahme geleistet werden, sie muss dem tatsächlichen Marktwert des enteigneten Eigentums einschließlich der Renditeperspektiven entsprechen und die Zahlung hat in einer konvertierbaren Währung zu erfolgen (*prompt, full and effective*).²⁸ Unsicher bleibt allerdings, ob hinsichtlich der Höhe der zu leistenden Entschädigung das Vorliegen einer dauerhaften und einheitlichen Praxis, die von einer entsprechenden Rechtsüberzeugung getragen wird, bejaht werden kann.²⁹

Obwohl das Fremdenrecht also grundsätzlich Schutztatbestände zugunsten von Investoren bereithält, so werden deren Rechtspositionen dadurch tatsächlich nur sehr beschränkt geschützt. Möchte sich der Investor nämlich gegen eine Maßnahme des Gaststaats zur Wehr setzen, so hat er grundsätzlich zuerst vor dessen Gerichten zu klagen. Hier wird der Investor mit dem Nachteil konfrontiert, dass in erster Linie das nationale Recht des Gaststaats zur Anwendung gelangt und zudem in vielen Staaten nach wie vor keine ordnungsgemäße und unabhängige Gerichtsbarkeit besteht. Nach innerstaatlicher Rechts-

25 Griebel, Investitionsrecht, 15.

26 Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht¹² (2020) 340.

27 Krajewski, Wirtschaftsvölkerrecht⁵, Rz 615.

28 Griebel, Investitionsrecht, 77; Herdegen, Wirtschaftsrecht¹², 344; Herdegen, Völkerrecht²¹ (2022) Rz 3.

29 Krajewski, Wirtschaftsvölkerrecht⁵, Rz 555.

wegerschöpfung bleibt dem Investor, außerhalb von bestehenden Vertragswerken, nur noch die Möglichkeit, seinen Heimatstaat um Ausübung diplomatischen Schutzes zu bitten. Denn selbst im Falle einer offensichtlichen Verletzung des völkergewohnheitsrechtlichen Mindeststandards durch den Gaststaat kann sich der Investor auf internationaler Ebene mangels Völkerrechtssubjektivität nicht im eigenen Namen gegen diesen zur Wehr setzen.³⁰

Das diplomatische Schutzrecht ist das Recht des Heimatstaates, die Interessen seiner Staatsangehörigen gegenüber anderen Staaten wahrzunehmen. Eine Verletzung des Fremdenrechts durch den Gaststaat kann der Heimatstaat des Investors entweder auf diplomatischem Wege oder, falls eine entsprechende Vereinbarung mit dem Gaststaat besteht, gerichtlich geltend machen. Für den Investor ist jedoch auch diese Möglichkeit wenig aussichtsreich. Zunächst hat er völkerrechtlich keinen Anspruch darauf, dass sein Heimatstaat diplomatischen Schutz ausübt und auch die meisten nationalen Rechtsordnungen sehen typischerweise keinen solchen vor. Selbst wenn es zu einer Ausübung kommt, so hat der Investor nach klassischem Verständnis keinen Anspruch auf allfällige Entschädigungsleistungen, die dem Heimatstaat aufgrund der Verletzung zugesprochen werden.³¹

Zudem ist für Staaten die Frage, ob sie von ihrem Schutzrecht Gebrauch machen, eine politische und gilt oftmals als Belastung der zwischenstaatlichen Beziehungen.³² Darüber hinaus kann sich bei juristischen Personen ein Problem bei der Staatszugehörigkeit (als Voraussetzung für die Ausübung diplomatischen Schutzes) ergeben: Ist der Investor ein Unternehmen, das nach dem Recht des Gaststaates gegründet wurde und in ebendiesem auch seinen Sitz hat, ist rechtlich betrachtet der Gaststaat selbst der Heimatstaat des Unternehmens. Mangels Vereinbarung der Kontrolltheorie³³ in einem mit dem Gaststaat geschlossenen Vertrag, kann im Ergebnis somit kein diplomatischer Schutz durch einen anderen Staat gewährt werden.³⁴

30 Griebel, Investitionsrecht, 19.

31 Griebel, Investitionsrecht, 20 f.

32 Reinisch in Tietje/Nowrot, Wirtschaftsrecht, 1089 (Rz 11).

33 Anmerkung: Siehe Unterkapitel 2.2.1.1.

34 v. Arnould, Völkerrecht⁴, Rz 992.

2.2 Völkervertragsrecht

2.2.1 Bilaterale Investitionsschutzabkommen

Wie zu Beginn bereits angemerkt, stellt das Völkervertragsrecht heute in der Praxis die mit Abstand wichtigste Quelle investitionsschutzrechtlicher Regelungen dar. Obwohl mittlerweile einige regionale Vertragswerke Bestimmungen über den Schutz von Auslandsinvestitionen enthalten und in multilateralen Übereinkommen zumindest Elemente des Investitionsschutzes zu finden sind, kommt den bilateralen Abkommen dennoch die größte Bedeutung zu.³⁵

Der sog *Jay Treaty* von 1794, welcher zwischen den USA und dem Vereinigten Königreich abgeschlossen wurde, diente als Vorbild für spätere Investitionsschutzabkommen. An ihm und an einem bereits 1778 zwischen den USA und Frankreich geschlossenen Handelsvertrag orientierten sich die im Laufe des 19. Jahrhunderts abgeschlossenen bilateralen Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsabkommen (*Friendship, Commerce and Navigation Treaties*, im Folgenden: „*FCN treaties*“).³⁶ Ab Mitte des 20. Jahrhunderts wurden die *FCN treaties* zunehmend von bilateralen Abkommen zur Förderung und zum Schutz von Investitionen (*Bilateral Investment Treaties*, im Folgenden: „*BITs*“) abgelöst.³⁷ Diese Entwicklung lag darin begründet, dass in den *FCN treaties* der Schutz ausländischen Vermögens lediglich einen Teilaspekt darstellte und sie dem wachsenden Bedürfnis nach differenzierten und spezifischen Investitionsschutzregeln nicht mehr entsprochen haben.³⁸

Die BIT-Ära wurde im Jahr 1959 durch das zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Pakistan geschlossene Investitionsschutzabkommen eingeläutet.³⁹ Erstmals bestand der Zweck eines Vertrags

35 v. Pestalozza, Potentielle alternative Schutzinstrumente zu intra-EU bilateralen Investitionsschutzabkommen, StudZR Wissenschaft Online 2018/1, 82 (85).

36 Kriebaum/Reinisch, Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, in Czernich/Deixler-Hübner/Schauer (Hrsg), Handbuch Schiedsrecht (2018) Rz 36.1 (36.16).

37 Oeter in Ipsen, Völkerrecht⁷, 1017 (Rz 10).

38 Krajewski, Wirtschaftsvölkerrecht⁵, Rz 559.

39 Reinisch in Tietje/Nowrot, Wirtschaftsrecht, 454 (Rz 13); v. Arnould, Völkerrecht⁴, Rz 995.

ausschließlich im Schutz ausländischer Investitionen.⁴⁰ Klassischerweise wurden BITs primär zwischen Industriestaaten (als Heimatstaaten der Investoren) einerseits und Entwicklungsländern, später auch sozialistischen Staaten und danach Transformationsländern⁴¹ (als Gaststaaten) andererseits, geschlossen.⁴² Seit einigen Jahren werden derartige Abkommen zunehmend auch von Schwellen- und Entwicklungsländern untereinander geschlossen, während dies zwischen entwickelten Industriestaaten eher selten passiert.⁴³ Mittlerweile besteht mit über 2.800⁴⁴ Abkommen ein weltweit verzweigtes Netz an BITs, wobei, insbesondere auch aufgrund der in diesem Werk thematisierten Entwicklungen innerhalb der EU, seit 2020 ein deutlicher Rückgang zu beobachten ist.⁴⁵

Wie bereits angedeutet, geht der Schutzzumfang von BITs weit über die klassischen gewohnheitsrechtlichen Standards des Fremdenrechts hinaus und bietet Investoren somit eine ganze Reihe von Vorteilen. Investoren profitieren unter anderem dadurch, dass im Gegensatz zum Gewohnheitsrecht neben Direktinvestitionen regelmäßig auch Portfolioinvestitionen geschützt werden, zumindest in BITs von Industriestaaten eine Enteignungsentschädigung im Sinne der *Hull-Formel* festgelegt ist und auch mittelbare und schleichende Enteignungen bzw Entwertungen ausdrücklich erfasst sein können.⁴⁶

40 Görs, Investitionsrecht, 171.

41 Anmerkung: „Als Transformationsländer werden Staaten bezeichnet, die sich in einem Übergangsstadium von einer auf zentraler Planung beruhenden Wirtschaftsform in eine marktwirtschaftlich organisierte Gesellschaftsordnung befinden. Hierzu gehören die mittel- und osteuropäischen Länder, die Gruppe der neuen unabhängigen Staaten auf dem Gebiet der ehemaligen Sowjetunion sowie die südostasiatischen Länder Vietnam, Laos und Kambodscha.“ *Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung*, Transformationsland <bmz.de/de/service/lexikon/transmutationsland-14862> (29.06.2023).

42 *Kriebaum/Reinisch* in Czernich/Deixler-Hübner/Schauer, Schiedsrecht, Rz 36.1 (36.16); *Schöbener/Herbst/Perkams*, Wirtschaftsrecht, Rz 104.

43 *Oeter* in Ipsen, Völkerrecht⁷, 1017 (Rz 10).

44 UNCTAD, International Investment Agreements <investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements> (29.06.2023).

45 *Krajewski*, Wirtschaftsvölkerrecht⁵, Rz 560; UNCTAD, World Investment Report 2022, xiii <unctad.org/system/files/official-document/wir2022_en.pdf> (29.06.2023).

46 v. *Arnauld*, Völkerrecht⁴, Rz 996.

Überdies gewähren BITs mit eigenen Schiedsklauseln, den ISDS-Klauseln, dem Investor regelmäßig Zugang zu einem Investor-Staat-Schiedsverfahren, um sich gegen Maßnahmen des Gaststaates wehren zu können. Dadurch erhält der Investor, anders als im Fremdenrecht, die Möglichkeit, seine vertraglichen Ansprüche unmittelbar gegenüber dem Gaststaat im eigenen Namen und ohne Vermittlung seines Heimatstaates durchzusetzen.⁴⁷

Die verschiedenen Investitionsschutzabkommen weisen, ungeachtet der konkret beteiligten Vertragsparteien, wichtige Parallelen bis hin zu wörtlichen Übereinstimmungen auf.⁴⁸ Das ist darauf zurückzuführen, dass die einzelnen Staaten den Vertragsverhandlungen ihrer BITs Musterverträge zugrunde legen und sich diese Muster ihrerseits wiederum an den ersten Vertragsentwürfen aus der Mitte des 20. Jahrhunderts orientieren.⁴⁹ So ist Grundlage für die meisten deutschen Übereinkommen der sog. „Mustervertrag“, welcher vom Bundeswirtschaftsministerium erarbeitet wurde.⁵⁰ Auch Österreich bedient sich seit 2008 eines solchen Mustertextes (im Folgenden: „MT“), auf dessen Basis Verhandlungen österreichischer BITs mit Drittstaaten geführt werden (welcher allerdings aufgrund des in diesem Werk geschilderten EU-Reformprozesses überarbeitet werden soll).⁵¹

Die weitgehend standardisierten Elemente von BITs finden sich auch im MT wieder:

- Die Festlegung des persönlichen und des sachlichen Anwendungsbereichs, insbesondere durch die Definition der Begriffe „Investor einer Vertragspartei“ und „Investitionen eines Investors einer Vertragspartei“ (Art 1 MT)

47 Oeter in Ipsen, *Völkerrecht*⁷, 1017 (Rz 9).

48 *Schöbener/Herbst/Perkams*, *Wirtschaftsrecht*, § 17 Rz 105.

49 *Griebel*, *Investitionsrecht*, 61; Oeter in Ipsen, *Völkerrecht*⁷, 1017 (Rz 11).

50 *Krajewski*, *Wirtschaftsvölkerrecht*⁵, Rz 561.

51 *Bundesministerium für Arbeit und Wirtschaft*, *Bilaterale Investitionsschutzabkommen einschließlich Intra-EU-BITs* <bmaw.gv.at/Themen/International/Handels-und-Investitionspolitik/Investitionspolitik/BilateraleInvestitionsschutzabkommen.html> (29.06.2023); Anmerkung: Mustertext aufrufbar unter angegebene Link.

- Allgemeine Verhaltenspflichten, speziell die Förderung und Zulassung von Investitionen durch Investoren der anderen Vertragspartei (Art 2 MT)
- Die Grundsätze der gerechten und billigen Behandlung (*fair and equitable treatment*, kurz FET), des vollen Schutzes und Sicherheit (*full protection and security*) und der Nichtdiskriminierung in Form der Inländerbehandlung (*national treatment*) und des Meistbegünstigungsprinzips (*most favoured nation treatment*) (Art 3 MT)
- Das Verbot von Enteignungen, die nicht bestimmte Voraussetzungen erfüllen, samt Enteignungsentschädigung im Sinne der *Hull*-Formel und Verfahrensgarantien (Art 7 MT)
- Die Garantie des Transfers von Zahlungen (Art 9 MT)
- Regelungen hinsichtlich der Beilegung von Streitigkeiten zwischen den Vertragspartei einerseits und zwischen dem Investor und einer Vertragspartei andererseits (Kapitel 2 MT)
- Eine typische ISDS-Klausel ermöglicht dem Investor die Anrufung eines Schiedsgerichts (Art 14 MT)

Anhand der Struktur und des Inhalts des MT sollen diese Elemente bzw Begriffe nun näher erläutert werden. Diese werden besonders in späteren Kapiteln des vorliegenden Werks von Bedeutung sein.

2.2.1.1 Investor

Entscheidend für die Frage, welche Personen als Investoren einer Vertragspartei gelten und somit von den Regelungen des Investitionsschutzabkommens profitieren, ist die Festlegung seines persönlichen Anwendungsbereichs. Zentrales Anknüpfungskriterium hierfür ist bei natürlichen Personen regelmäßig die Staatsangehörigkeit, bei juristischen Personen die Staatszugehörigkeit. Hinsichtlich der Bestimmung der Staatszugehörigkeit von juristischen Personen wird in Investitionsschutzabkommen auf unterschiedliche Anknüpfungspunkte abgestellt.⁵² Unterschieden werden Sitztheorie, Gründungs-

⁵² Oeter in Ipsen, *Völkerrecht*⁷, 1017 (Rz 27).

theorie und Kontrolltheorie.⁵³ Erstere stellt auf den formellen Sitz der juristischen Person ab, Zweitere auf das Recht, nach dem diese gegründet wurde und Letztere auf die Staatsangehörigkeit der die juristische Person beherrschenden Anteilseigner.⁵⁴

Nach dem MT (Art 1 Abs 1 lit b) zählt eine juristische Person dann als „Investor einer Vertragspartei“, wenn sie nach dem geltenden Recht einer Vertragspartei gegründet oder organisiert ist und im Gebiet der jeweils anderen Vertragspartei eine Investition tätigt oder getätigt hat (Gründungstheorie).

2.2.1.2 Investition

Der sachliche Anwendungsbereich von Investitionsschutzabkommen ergibt sich aus der Definition des Begriffs „Investition“ bzw „Kapitalanlage“. In der modernen Vertragspraxis wird ein sehr weiter Investitionsbegriff verwendet, weshalb der Schutzbereich ein breiter, unterschiedlichste Rechtspositionen erfassender, ist.⁵⁵ Wie typischerweise auch andere moderne BITs und multilaterale Abkommen, versteht der MT „Vermögenswerte jeder Art“ als Investition des Investors einer Vertragspartei. Neben klassischen Eigentumsrechten an beweglichen und unbeweglichen Sachen und sonstigen dinglichen Rechten werden beispielsweise auch alle Formen der Kapitalbeteiligung an Unternehmen, jegliche vertraglich oder gesetzlich festgelegte Rechte und Ansprüche auf Geld oder Leistungen und auch geistige Eigentumsrechte geschützt (Art 1 Abs 2 MT).

Generell wird bei internationalen Investitionen zwischen ausländischen Direktinvestitionen (*Foreign Direct Investments*, im Folgenden: „FDI“) und Portfolioinvestitionen unterschieden. Der Unterschied dieser beiden Investitionsformen liegt in erster Linie in ihrer Funktion und daraus folgend dem Ziel, das der Investor damit erreichen möchte. Direktinvestitionen sind langfristige Finanzanlagen, mithilfe derer der Investor einen bestimmenden Einfluss auf eine Unterneh-

53 Griebel, Investitionsrecht, 61; Schöbener/Herbst/Perkams, Wirtschaftsrecht, § 18 Rz 135.

54 Krajewski, Wirtschaftsvölkerrecht⁵, Rz 598 f.

55 Kriebaum/Reinisch in Czernich/Deixler-Hübner/Schauer, Schiedsrecht, Rz 36.1 (36.48).

mung im Ausland erlangen will.⁵⁶ Bei Portfolioinvestitionen hingegen steht für den Investor nicht der kontrollierende Aspekt, sondern der durch die kurzfristige Beteiligung an ausländischen Unternehmen in Form von Aktien oder anderen Wertpapieren zu erzielende Gewinn im Vordergrund.⁵⁷

Während sich Investitionsschutzabkommen ursprünglich primär oder sogar ausschließlich auf FDI bezogen, gilt heute regelmäßig ein weiterer, beide Formen umfassender Investitionsbegriff (vgl Art 1 Abs 2 MT).⁵⁸ Allgemein wird eine Beteiligung ab einer Höhe von 10% bzw 20% am ausländischen Unternehmen als FDI angesehen.⁵⁹

Die meisten Verträge, wie auch der MT, verfolgen bei der Definition des Investitionsbegriffs einen sog *asset-based approach*.⁶⁰ Dabei wird auf die Aufzählung der jeweiligen geschützten Rechtspositionen und Vermögenswerte abgestellt.⁶¹

In Literatur und Rechtsprechung wird der Investitionsbegriff teilweise unter dem Schlagwort „*Salini-Test*“ auch inhaltlich definiert. In diesem Sinne ist eine Investition durch gewisse Merkmale gekennzeichnet: Die Investition muss einen geldwerten Beitrag des Investors zu einem Projekt darstellen, es muss eine gewisse Dauer der dadurch begründeten wirtschaftlichen Beziehung vorliegen, der Investor muss dabei mit Gewinnerzielungsabsicht handeln, ein wirtschaftliches Risiko übernehmen und dadurch einen Beitrag zur Entwicklung des Gaststaates leisten.⁶²

Darüber hinaus werden regelmäßig auch sog indirekte Investitionen geschützt. Dabei handelt es sich um wirtschaftliche Aktivitäten inländischer juristischer Personen, die von ausländischen Investoren

56 OECD, Benchmark Definition of Foreign Direct Investment: Fourth Edition 2008, 17 <[oecd.org/daf/inv/investmentstatisticsandanalysis/40193734.pdf](https://doi.org/10.1787/9783828850750-11)> (29.06.2023); UNCTAD, World Investment Report 2003, 100 <unctad.org/system/files/official-document/wir2003_en.pdf> (29.06.2023).

57 Herdegen, Wirtschaftsrecht¹², 353.

58 Görs, Investitionsrecht, 192; Oeter in Ipsen, Völkerrecht⁷, 1017 (Rz 28).

59 Schöbener/Herbst/Perkams, Wirtschaftsrecht, § 18 Rz 149.

60 Oeter in Ipsen, Völkerrecht⁷, 1017 (Rz 26).

61 Krajewski, Wirtschaftsvölkerrecht⁵, Rz 596.

62 Schill, Investitionsschutzrecht als Entwicklungsvölkerrecht, ZaöRv 2012, 261 (285); Schreuer, The ICSID Convention: A Commentary², Art 25 Rz 153 (2009).

kontrolliert werden, da sie beispielsweise mehrheitlich in deren Eigentum stehen.⁶³

2.2.1.3 Gerechte und billige Behandlung

Das Gebot der gerechten und billigen Behandlung (*fair and equitable treatment*) stammt aus dem Völkergewohnheitsrecht, es ist Bestandteil des fremdenrechtlichen Mindeststandards.⁶⁴ Dieser Grundsatz ist in fast allen bi- und multilateralen Investitionsschutzverträgen enthalten und stellt somit den wohl wichtigsten investitionsrechtlichen Schutzstandard dar.⁶⁵ Der Anwendungsbereich dieses eher vage formulierten Gebotes ist breit. So umfasst er ein Verbot willkürlicher Verweigerung von Rechtsschutz und ein Mindestmaß an Rechtssicherheit und Vertrauensschutz.⁶⁶ Darüber hinaus wird dem Standard ein grundlegendes Transparenzgebot entnommen, wonach nationale Rechtsvorschriften so klar und deutlich formuliert sein müssen, dass ihre Anwendung objektiv erkennbar und vorhersehbar ist.⁶⁷

2.2.1.4 Voller Schutz und Sicherheit

Ebenfalls Bestandteil zahlreicher Investitionsschutzabkommen und mit dem *fair and equitable treatment* – Gebot eng verwandt ist der Grundsatz *full protection and security*. Dieser verpflichtet den Gaststaat dazu, in Gefahrensituationen aktiv gewisse Maßnahmen zu ergreifen, um Eingriffe Dritter abzuwehren und zu verhindern, die den Investor in seiner unternehmerischen Tätigkeit beeinträchtigen.⁶⁸ Diese Verhinderungspflicht gilt nicht absolut, sondern vielmehr als Art „*due-diligence*-Pflicht“.⁶⁹ Sie wird verletzt, wenn von staatlichen

63 *Krajewski*, Wirtschaftsvölkerrecht⁵, Rz 600.

64 *Oeter* in Ipsen, Völkerrecht⁷, 1017 (Rz 39).

65 *Griebel*, Investitionsrecht, 69; *Kriebaum/Reinisch* in Czernich/Deixler-Hübner/Schauer, Schiedsrecht, Rz 36.1 (36.48).

66 *Krajewski*, Wirtschaftsvölkerrecht⁵, Rz 639.

67 *Oeter* in Ipsen, Völkerrecht⁷, 1017 (Rz 40).

68 *Griebel*, Investitionsrecht, 75.

69 *Reinisch* in Tietje/Nowrot, Wirtschaftsrecht, 454 (Rz 56); *Schöbener/Herbst/Perkams*, Wirtschaftsrecht, § 18 Rz 228.

Organen bei einer angezeigten physischen Bedrohung des Investors keine geeigneten und zumutbaren Maßnahmen ergriffen werden.⁷⁰

2.2.1.5 Inländerbehandlung und Meistbegünstigung

Zu den am weitesten verbreiteten investitionsschutzrechtlichen Standards gehören auch die Nichtdiskriminierungsgrundsätze der Inländerbehandlung und der allgemeinen Meistbegünstigung. Während dem Völkergewohnheitsrecht ein allgemeines Diskriminierungsverbot unbekannt ist, wurden über den internationalen Mindeststandard hinausgehende Nicht-Diskriminierungspflichten bereits in *FCN treaties* verankert.⁷¹ Die Inländerbehandlung verlangt, dass ausländische Investoren nicht schlechter behandelt werden dürfen als inländische. Meistbegünstigungsklauseln verpflichten demgegenüber dazu, den ausländischen Investoren die beste, den Angehörigen eines Drittstaats zuteilwerdende, Behandlung zukommen zu lassen. Unter der Voraussetzung, dass eine vergleichbare Situation vorliegt, kann sich somit ein Investor auf das jeweils günstigere Investitionsschutzrecht berufen.⁷²

Beide Nichtdiskriminierungsgrundsätze gelten in vielen Investitionsschutzabkommen nicht nur für die Investoren, sondern werden darüber hinaus auch auf ihre Investitionen für anwendbar erklärt.⁷³ Durch sie soll es zu einer Vereinheitlichung der Wettbewerbsbedingungen für in- und ausländische Unternehmen kommen.⁷⁴ Allerdings gelten auch diese zwei Grundsätze nicht schrankenlos. Die Inländerbehandlung ist im Bereich des Enteignungsschutzes beispielsweise von geringerer Bedeutung. Während das Völkerrecht es nämlich, wie bereits ausgeführt, Staaten erlaubt, ihre eigenen Staatsangehörigen auch entschädigungslos zu enteignen, muss bei Ausländern der entschädigungsrechtliche Mindeststandard eingehalten werden,

⁷⁰ Herdegen, Wirtschaftsrecht¹², 379.

⁷¹ Kriebaum/Reinisch in Czernich/Deixler-Hübner/Schauer, Schiedsrecht, Rz 36.1 (36.71).

⁷² Krajewski, Wirtschaftsvölkerrecht⁵, Rz 636.

⁷³ Oeter in Ipsen, Völkerrecht⁷, 1017 (Rz 36).

⁷⁴ Krajewski, Wirtschaftsvölkerrecht⁵, Rz 636; Schöbener/Herbst/Perkams, Wirtschaftsrecht, § 18 Rz 232.

wodurch es zu einer Besserstellung letzterer kommen kann.⁷⁵ Die Meistbegünstigung ist dadurch beschränkt, dass sie regelmäßig nicht für Vergünstigungen gilt, die Drittstaatsangehörigen aufgrund regionaler Integrationsabkommen, wie zB Freihandelszonen, Zollunionen und Wirtschaftsgemeinschaften gewährt werden.⁷⁶

Ob Meistbegünstigungsklauseln nur materielle Behandlungsstandards erfassen oder auch auf Aspekte der Streitbeilegung Anwendung finden, ist in der Schiedspraxis umstritten. Hier ist anzumerken, dass beispielsweise die EU in ihrem Freihandelsabkommen mit Kanada (CETA) ausdrücklich sowohl die Berufung auf günstigere materielle Standards als auch auf günstigere Streitbeilegungsnormen ausschließt.⁷⁷

2.2.1.6 Enteignung

Wie bereits an mehreren Stellen erwähnt, ist der Schutz vor Enteignungen und Verstaatlichungen das Kernelement des internationalen Investitionsschutzrechts und deshalb auch das Herzstück der in Investitionsschutzabkommen vereinbarten Schutzstandards. Grundsätzlich wird der Investor vor entschädigungslosen Enteignungen oder enteignungsgleichen Maßnahmen geschützt. Hinsichtlich der Definition einer solchen Enteignung und ihrer Voraussetzungen und Rechtsfolgen werden allerdings bis heute in Praxis und Wissenschaft kontroverse Diskussionen geführt.⁷⁸

Im Grunde wird zwischen direkten und indirekten Enteignungen bzw Verstaatlichungen unterschieden. Im Mittelpunkt des klassischen Fremdenrechts stand der Schutz vor direkten Enteignungen. Darunter versteht man den formalen Entzug der Verfügungsgewalt einer Person über ihr Eigentum durch einen staatlichen Hoheitsakt. Demgegenüber wird von einer indirekten Enteignung gesprochen,

75 *Reinisch* in Tietje/Nowrot, *Wirtschaftsrecht*, 454 (Rz 45).

76 *Herdegen*, *Wirtschaftsrecht*¹², 377 f; *Kriebaum/Reinisch* in Czernich/Deixler-Hübner/Schauer, *Schiedsrecht*, Rz 36.1 (36.74 f).

77 *Kriebaum/Reinisch* in Czernich/Deixler-Hübner/Schauer, *Schiedsrecht*, Rz 36.1 (36.75 f).

78 *Schöbener/Herbst/Perkams*, *Wirtschaftsrecht*, § 18 Rz 267; *Krajewski*, *Wirtschaftsvölkerrecht*³, Rz 602.

wenn die Eigentümerposition mit anderen Mitteln als durch einen staatlichen Enteignungsakt entzogen wird. Ein klassisches Beispiel für eine solche indirekte Enteignung findet sich in einer Entscheidung des Schiedsgerichts zu den Enteignungen US-amerikanischen Eigentums nach der Revolution im Iran 1979 (*Iran-US-Claims-Tribunal*). Das *Iran-US-Claims-Tribunal* wertete die faktische Verdrängung des Investors aus der Eigentümerposition durch Einsetzung eines staatlichen Verwalters als indirekte Enteignung, weil dadurch die Dispositionsbefugnis des Eigentümers unter Beibehaltung der formalrechtlichen Eigentümerposition derart eingeschränkt wurde, dass schlussendlich nur mehr eine eigentumsrechtliche „Hülse“ verblieb.

Der Schutzbereich moderner, bilateraler und regionaler Investitionsschutzabkommen umfasst meist sowohl direkte als auch indirekte Enteignungen. Eine Verstaatlichung liegt dann vor, wenn in einem bestimmten Wirtschaftszweig alle Produktionsmittel enteignet und dem Staat übertragen werden, damit dieser selbst die Produktion durchführt.⁷⁹

Während dem Tatbestand der direkten Enteignung gegenwärtig kaum noch praktische Bedeutung zukommt, sind die vielfältigen Formen indirekter Enteignung ins Zentrum investitionsschutzrechtlicher Vereinbarungen gerückt.⁸⁰ So wird nämlich regelmäßig über förmliche (direkte) und indirekte Enteignungen hinaus auch Schutz vor Maßnahmen, die einer Enteignung oder Verstaatlichung gleichkommen, (*measures tantamount to a nationalization or expropriation*) gewährt.⁸¹ Es ist umstritten, ob diese enteignungsgleichen Maßnahmen, auch „*de-facto*-Enteignungen“ genannt, eine selbständige Enteignungsform neben indirekten Enteignungen darstellen, oder ob es sich bloß um Synonyme handelt.⁸² Erfolgt eine Enteignung schrittweise, so wird auch von schleichender Enteignung (*creeping expropriation*) gesprochen.⁸³ Gemeinsam ist diesen Begriffen jedenfalls, dass sie,

79 *Krajewski*, Wirtschaftsvölkerrecht⁵, Rz 603 ff.

80 *Kriebaum/Reinisch* in Czernich/Deixler-Hübner/Schauer, Schiedsrecht, Rz 36.1 (36.86); *Oeter* in Ipsen, Völkerrecht⁷, 1017 (Rz 31); *Schöbener/Herbst/Perkams*, Wirtschaftsrecht, § 18 Rz 272.

81 *Herdegen*, Wirtschaftsrecht¹², 392.

82 *Schöbener/Herbst/Perkams*, Wirtschaftsrecht, § 18 Rz 269.

83 *Oeter* in Ipsen, Völkerrecht⁷, 1017 (Rz 31).

ohne dem Investoren seine Eigentümerposition formell zu entziehen, die wirtschaftliche Grundlage seiner Investition zunichtemachen.⁸⁴

Gegenstand aktueller, kontroverser Diskussionen ist die Abgrenzung zwischen enteignungsähnlichen und somit entschädigungspflichtigen regulativen Maßnahmen (*regulatory takings*) und legitimen, entschädigungslos zulässigen regulativen Maßnahmen (*regulatory measures*).⁸⁵ Grund dafür ist, dass sich in der Praxis bisher keine einheitliche Definition des Begriffs der indirekten Enteignung herausgebildet hat.⁸⁶ Durch eine weite Auslegung des indirekten Enteignungsbegriffs regt sich in letzter Zeit zunehmend auch bei westlichen Industriestaaten Unmut, da sie fürchten, in ihrer souveränen Politikgestaltung bzw ihrem Regulierungsrecht eingeschränkt zu werden.⁸⁷

Wie bereits erläutert⁸⁸, gestattet es das Völkerrecht den Staaten, bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen, ausländisches Vermögen auf ihrem Staatsgebiet zu enteignen. Die Enteignung muss jedenfalls einem öffentlichen Interesse bzw dem Gemeinwohl dienen und hat in nichtdiskriminierender Weise, gegen Leistung einer Entschädigung, zu erfolgen. In zahlreichen Investitionsschutzabkommen ist zudem das Erfordernis festgeschrieben, dass die Enteignung im Rahmen eines ordnungsgemäßen Verfahrens durchzuführen ist und gerichtlich überprüfbar sein muss.⁸⁹ Dies bestimmt auch ausdrücklich der MT in Art 7 Abs 1 lit c bzw Art 7 Abs 3. Die Maßstäbe für die Bewertung, ob eine Enteignung im öffentlichen Interesse gelegen ist, sind einzelfallbezogen zu bestimmen. Ob tatsächlich ein öffentlicher Enteignungszweck vorliegt, wird in der schiedsgerichtlichen Praxis selten hinterfragt.⁹⁰ Es bleibt grundsätzlich den nationalen Stellen vorbehalten, zu bestimmen, wann ein öffentliches Interesse gegeben

84 *Kriebaum/Reinisch* in Czernich/Deixler-Hübner/Schauer, Schiedsrecht, Rz 36.1 (36.86 ff).

85 *Reinisch* in Tietje/Nowrot, Wirtschaftsrecht, 454 (Rz 81).

86 *Krajewski*, Wirtschaftsölkerrecht⁵, Rz 612.

87 *Herdegen*, Wirtschaftsrecht¹², 398 f; *Reinisch* in Tietje/Nowrot, Wirtschaftsrecht, 454 (Rz 81); Anmerkung: Siehe Unterkapitel 3.2.1.

88 Anmerkung: Siehe Unterkapitel 2.1.

89 *Kriebaum/Reinisch* in Czernich/Deixler-Hübner/Schauer, Schiedsrecht, Rz 36.1 (36.83); *Oeter* in Ipsen, Völkerrecht⁷, 1017 (Rz 32).

90 *Reinisch* in Tietje/Nowrot, Wirtschaftsrecht, 454 (Rz 63).

ist.⁹¹ Die Enteignung erfolgt in nichtdiskriminierender Weise, wenn nicht gegen den Meistbegünstigungsgrundsatz und das Inländerbehandlungsprinzip verstoßen wird.⁹²

Die meisten Investitionsschutzabkommen legen eine prompte, effektive und angemessene und somit der *Hull*-Formel entsprechende Enteignungsentschädigung fest.⁹³ Prompt bedeutet, dass die Entschädigungsleistung ohne Verzögerung bzw gegebenenfalls mit Verzugszinsen zu erbringen ist. Sie ist effektiv, wenn sie in einer frei konvertierbaren Währung bzw in einer anderen wirtschaftlich unmittelbar verwertbaren Form erfolgt. Unter Angemessenheit ist eine Entschädigung im Sinne eines vollen Wertausgleichs (Marktwert einschließlich Renditeperspektiven) zu verstehen.⁹⁴

2.2.1.7 Transferfreiheit

Grundlegende Voraussetzung für den wirtschaftlichen Erfolg einer Investition im Ausland ist die Möglichkeit eines freien Kapital- und Zahlungstransfers in den und aus dem Gaststaat. Darunter fällt insbesondere das Recht, Gewinne, die über die ausländische Investition erwirtschaftet wurden, zurück in das Heimatland zu übertragen.⁹⁵ Kapitalausfuhr und -einfuhrbeschränkungen, zu denen Staaten aufgrund ihrer währungspolitischen Souveränität grundsätzlich berechtigt sind, können solche Geldtransfers behindern oder diese sogar ausschließen.⁹⁶ In Investitionsschutzabkommen wird dieser Gefahr deshalb mit einer Standardklausel begegnet, die dem Investor das Recht auf Kapital- und Gewinntransfer einräumt.⁹⁷

91 *Griebel*, Investitionsrecht, 18; *Krajewski*, Wirtschaftsvölkerrecht⁵, Rz 614.

92 *Krajewski*, Wirtschaftsvölkerrecht⁵, Rz 614 f.

93 *Görs*, Investitionsrecht, 211; *Reinisch* in *Tietje/Nowrot*, Wirtschaftsrecht, 454 (Rz 71); *Schöbener/Herbst/Perkams*, Wirtschaftsrecht, § 18 Rz 301.

94 *Herdegen*, Völkerrecht²¹ Rz 3.

95 *Krajewski*, Wirtschaftsvölkerrecht⁵, Rz 642.

96 *Schöbener/Herbst/Perkams*, Wirtschaftsrecht, § 18 Rz 306.

97 *Griebel*, Investitionsrecht, 91.

2.2.1.8 Streitbeilegung

In modernen Investitionsschutzabkommen, wie auch in Kapitel 2 des MT, sind im Grunde zwei unterschiedliche Typen der Streitbeilegung geregelt. Auf der einen Seite steht der Typus, der bestimmt, wie ein investitionsrechtlicher Streit zwischen dem Heimatstaat des Investors und dem Gaststaat beizulegen ist. Zwar mag in den meisten Fällen der Grund für eine solche Auseinandersetzung eine Beschwerde des Investors gegenüber seinem Heimatstaat sein oder sich aus der Ausübung diplomatischen Schutzes zugunsten des Investors ergeben, dennoch handelt es sich in diesem Fall um eine rein zwischenstaatliche und somit klassisch völkerrechtliche Konstellation.⁹⁸

Auf der anderen Seite regelt üblicherweise ein zweiter Typus die Beilegung von Streitigkeiten zwischen dem Gaststaat und dem Investor selbst, im Rahmen sog Investor-Staat-Verfahren.⁹⁹

Beide Streitbeilegungstypen enthalten eine bestimmte, an einigen Stellen übereinstimmende, Grundstruktur. Regelmäßig wird festgelegt, dass im Falle einer Streitigkeit zuerst deren Beilegung durch Verhandlungen zu versuchen ist.¹⁰⁰ Misslingt dies, ist die Streitigkeit einem Schiedsgericht vorzulegen. Die meisten Abkommen bieten hier verschiedene Möglichkeiten an. Einerseits können die Parteien eigene Schiedsverfahrensregeln festlegen oder durch das Schiedsgericht festlegen lassen, andererseits können sie sich auch einer bereits existierenden Verfahrensordnung unterwerfen, wovon sie aus Effizienzgründen meist Gebrauch machen.¹⁰¹ Die mit Abstand am öftesten gewählte Option und somit in der Praxis von größter Bedeutung ist die Beilegung der Investitionsstreitigkeit im Rahmen eines nach den Regeln des Internationalen Zentrums zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (*International Centre for Settlement of*

98 *Krajewski*, Wirtschaftsvölkerrecht⁵, Rz 650 f.

99 Anmerkung: Hierbei handelt es sich um die bereits mehrfach erwähnten ISDS-Klauseln.

100 Art 14.D.2 Agreement between the United States, Mexico, and Canada (USMCA); Art 26 Abs 1 Vertrag über die Energiecharta, BGBl III 81/1998 idF I 2/2008.

101 *Kriebaum/Reinisch* in *Czernich/Deixler-Hübner/Schauer*, Schiedsrecht, Rz 36.1 (36.112).

Investment Disputes, im Folgenden: „ICSID“) durchgeführten Schiedsverfahrens. Darüber hinaus ist beispielsweise die Befassung eines auf der Grundlage der Schiedsordnung der Kommission der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht (*United Nations Commission on International Trade Law*, im Folgenden: „UNCITRAL“) oder nach den Regeln der Internationalen Handelskammer (*International Chamber of Commerce*, im Folgenden: „ICC“) *ad hoc* gebildeten Schiedsgerichts möglich. Auch findet sich in Verträgen regelmäßig die Option der Durchführung eines Schiedsverfahrens im Rahmen der Stockholmer Handelskammer (*Stockholm Chamber of Commerce*, im Folgenden: „SCC“). Eine weitere Möglichkeit besteht darin, die Streitigkeit einem von der UNCITRAL oder der ICC ernannten Einzelschiedsrichter vorzulegen (vgl. Art 14 MT).¹⁰²

2.2.1.8.1 Zwischenstaatliche Verfahren

Die traditionelle zwischenstaatliche Streitbeilegung ist heute, aufgrund der in den meisten Investitionsschutzabkommen dem Investor eingeräumten Möglichkeit, selbst gegen den Gaststaat vorzugehen, von geringer praktischer Relevanz.¹⁰³ Dies liegt nicht zuletzt daran, dass sich Staaten generell eher davor scheuen, wegen meist privater Belange eines einzelnen Investors die Beziehung zu einem anderen Staat zu belasten.¹⁰⁴

Für die Klärung zwischenstaatlicher Auseinandersetzungen auf Basis des gewohnheitsrechtlichen oder vertraglichen Investitionsrechts stehen grundsätzlich alle im Völkerrecht bekannten Mittel der friedlichen Streitbeilegung zur Verfügung.¹⁰⁵ Neben der Möglichkeit bilateraler Verhandlungen ist in Abkommen, regelmäßig nach dem gescheiterten Versuch einer gütlichen Beilegung, die schiedsgericht-

102 *Krajewski*, Wirtschaftsvölkerrecht³, Rz 657 f.

103 *Görs*, Investitionsrecht, 215; *Schöbener/Herbst/Perkams*, Wirtschaftsrecht, § 18 Rz 346.

104 *Oeter* in *Ipsen*, Völkerrecht⁷, 1017 (Rz 46).

105 *Krajewski*, Wirtschaftsvölkerrecht³, Rz 651.

liche Streitbeilegung durch ein meist *ad hoc* zu bildendes Schiedsgericht vorgesehen (vgl Art 20 und 22 MT).¹⁰⁶

2.2.1.8.2 Investor-Staat-Verfahren

Während auch noch in der ersten Generation bilateraler Investitionsschutzverträge zunächst bloß Formen zwischenstaatlicher Streitbeilegung geregelt wurden, liegt der Schwerpunkt der Streitschlichtung im internationalen Investitionsschutzrecht mittlerweile auf den Investor-Staat-Verfahren.¹⁰⁷ Grund dafür ist, dass Investoren in diesen, auch als gemischte Schiedsgerichtsbarkeit bezeichneten, Verfahren ihre Rechte wesentlich effektiver durchsetzen können. Sie erhalten die Möglichkeit, im Wege der Individualklage ihre Interessen unmittelbar gegenüber dem Gaststaat geltend zu machen, ohne vom politischen Ermessen ihres Heimatstaats über die Ausübung diplomatischen Schutzes abhängig zu sein. Durch die Ausklammerung des Heimatstaats wird eine Entpolitisierung der Streitigkeit erreicht. Zudem kann der Investor dem Gaststaat auf diese Weise völkerrechtlich auf Augenhöhe gegenüberreten.¹⁰⁸ Dieser Investor-Staat-Streitbeilegungsmechanismus (*Investor State Dispute Settlement*, im Folgenden: „ISDS“) findet sich in der überwiegenden Mehrheit bilateraler und regionaler Investitionsschutzabkommen und ist deren prozentuell wichtigster Bestandteil.¹⁰⁹

2.2.2 Regionale Abkommen

2.2.2.1 Einzelne prominente Beispiele

Neben bilateralen Investitionsschutzabkommen mehren sich in den letzten Jahren Investitionsschutzkapitel in bilateralen und regionalen

106 Görs, Investitionsrecht, 215; *Krajewski*, Wirtschaftsvölkerrecht⁵, Rz 653.

107 *Oeter* in Ipsen, Völkerrecht⁷, 1017 (Rz 46); *Schöbener/Herbst/Perkams*, Wirtschaftsrecht, § 18 Rz 350.

108 *Herdegen*, Wirtschaftsrecht¹², 340.

109 Annex 14-D USMCA; Art 26 Abs 1 ECT; *Kriebaum/Reinisch* in Czernich/Deixler-Hübner/Schauer, Schiedsrecht, Rz 36.1 (36.111).

Handelsabkommen.¹¹⁰ In diesen gewähren die Vertragsparteien eines regionalen Integrationsabkommens den Investoren der jeweils anderen Partei Schutzrechte. Auf diese Weise ist es möglich, die, aufgrund der hohen Anzahl an bestehenden BITs zunächst fragmentierten Rahmenbedingungen für Investitionen auf den Märkten einer Region zu vereinheitlichen.¹¹¹ Das prominenteste regionale Abkommen mit Investitionsschutzregeln war das von 1994 bis 2019 in Geltung stehende Nordamerikanische Freihandelsabkommen (*North American Free Trade Agreement*, im Folgenden: „NAFTA“). In dem zwischen Kanada, den USA und Mexiko geschlossenen Wirtschaftsabkommen wurde mit der Festlegung von Nichtdiskriminierungsbeständen, der verpflichtenden Einhaltung bestimmter Mindeststandards, einem umfassenden Enteignungsschutz und einem komplexen Streitbeilegungssystem ein besonders ausgeprägtes Investitionsschutzregime geschaffen.¹¹² Es war das erste mehrseitige Abkommen, das Investoren eine Individualklage gewährte.¹¹³ Der durch das NAFTA gewährte Investitionsschutz kann (nur noch) bis 2023 genutzt werden. Am 1. Juli 2020 ist mit dem US-Mexiko-Kanada-Freihandelsabkommen (*United States-Mexico-Canada-Agreement*, kurz USMCA) ein Abkommen mit einem ähnlich umfangreichen Investitionsschutzkapitel als NAFTA-Nachfolgeabkommen in Kraft getreten. Der Investitionsschutz gilt nunmehr allerdings lediglich zwischen den USA und Mexiko.¹¹⁴

Ein mit dem NAFTA vergleichbares Investitionsschutzregime enthält Kapitel 10 des Zentralamerikanischen Freihandelsabkommens (*Dominican Republic-Central America FTA*, kurz CAFTA-DR). Zu dem zwischen Argentinien, Paraguay, Uruguay und Brasilien geltenden Integrationsabkommen *Mercosur* (im Folgenden: „*Mercosur*“) besteht ein Zusatzprotokoll über den Schutz von Investitionen (Protokoll von Colonia 1994) mit ähnlichen Schutzrechten.¹¹⁵ In diesem Zu-

110 UNCTAD, xiii <unctad.org/system/files/official-document/wir2022_en.pdf> (29.06.2023).

111 Oeter in Ipsen, *Völkerrecht*⁷, 1017 (Rz 12).

112 Görs, *Investitionsrecht*, 215.

113 Görs, *Investitionsrecht*, 157.

114 *Krajewski*, *Wirtschaftsvölkerrecht*⁵, Rz 564 f.

115 *v. Arnould*, *Völkerrecht*⁴, Rz 994.

sammenhang ist auch das ASEAN-Rahmenabkommen (*Association of Southeast Asian Nations*) über Investitionen von 1998 zu nennen, welches zur Meistbegünstigung und Inländerbehandlung verpflichtet.¹¹⁶

2.2.2.2 Energiecharta-Vertrag (ECT)

Mit Blick auf die EU bzw Europa ist besonders der Energiecharta-Vertrag¹¹⁷ (*Energy Charter Treaty*, im Folgenden: „ECT“) von praktischer Bedeutung. Der ECT ist ein sektoral beschränktes Abkommen, sein materieller Geltungsbereich bezieht sich auf Investitionen im Energiesektor. Innerhalb der EU selbst besteht kein spezifisches Investitionsschutzregime und allgemein gibt es innerhalb von Europa nur eine vergleichsweise überschaubare Anzahl an Investitionsschutzabkommen.¹¹⁸ Umso größer ist die Bedeutung des ECT für diese Region.

Da dieses Abkommen für die Darstellung des EU-Investitionsschutzrechts und somit für das vorliegende Werk von großer Relevanz¹¹⁹ ist, soll im Folgenden etwas genauer darauf eingegangen werden.

Unter den derzeit 52¹²⁰ Vertragsparteien des 1994 unterzeichneten und seit April 1998 in Kraft stehenden Vertrags befinden sich mit den MS und den Staaten Südost- und Osteuropas beinahe sämtliche Staaten Europas. Mitglieder sind darüber hinaus die Nachfolgestaaten der Sowjetunion sowie Japan, die europäische Atomgemeinschaft (im Folgenden: „Euratom“) und die EU selbst. Es handelt sich dabei um ein EU-Abkommen gem Art 216 Abs 2 AEUV. Die Russische Föderation hat, nach Unterzeichnung und vorläufiger Anwendung des ECT, das Energie-Charta Sekretariat im August 2009 offiziell

116 *Krajewski*, Wirtschaftsvölkerrecht⁵, Rz 566.

117 Vertrag über die Energiecharta, BGBl III 81/1998 idF I 2/2008.

118 *Oeter* in Ipsen, Völkerrecht⁷, 1017 (Rz 15).

119 Anmerkung: Siehe insbesondere Kapitel 6 und Unterkapitel 4.2. und 5.3.

120 UNCTAD, International Investment Agreements Navigator – Energy Charter Treaty members <investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/groupings/8/energy-charter-treaty-members> (29.06.2023); Anmerkung: Die Anzahl der Vertragsparteien ändert sich seit Oktober 2022 regelmäßig, da immer mehr MS ihren Austritt aus dem ECT erklären – siehe Unterkapitel 5.3.

davon in Kenntnis gesetzt, eine Ratifikation nicht mehr anzustreben, wodurch auch die vorläufige Anwendung endete.¹²¹

Die USA und Kanada beteiligten sich zwar zunächst an den Verhandlungen, haben von einer Unterzeichnung jedoch abgesehen.¹²²

Italien ist 2016 ausgetreten, wobei Investoren die Verletzung ihrer Rechte aus dem Vertrag durch Italien bis zum Jahr 2036 vor Schiedsgerichten geltend machen können. Geschützt sind allerdings nur Investitionen, die getätigt wurden, bevor die Kündigung Italiens wirksam wurde. Grund dafür ist eine, für Investitionsschutzabkommen typische, in Art 47 Abs 3 ECT enthaltene, Nachwirkungsklausel.¹²³

Mit diesem Abkommen sollte einerseits dem Bedürfnis der westeuropäischen Staaten entsprochen werden, ihre Energieversorgung langfristig zu sichern.¹²⁴ Andererseits wurde das Ziel verfolgt, Investitionen westlicher Unternehmen im ost- und mittelosteuropäischen Energiesektor zu schützen.¹²⁵ Gleichzeitig wollten die ehemaligen Ostblockstaaten und früheren Sowjetrepubliken ausländisches Kapital anziehen, um ihre Wirtschaftssysteme modernisieren zu können.¹²⁶ Das Ergebnis sollte demnach, besonders im Hinblick auf die russischen und asiatischen Öl- und Gasvorräte, die Festlegung von Rahmenbedingungen für Investitionen und Handel auf dem Energiesektor sein.¹²⁷

Der ECT enthält ein ausgeprägtes Investitionsschutzregime. Festgelegt sind die Verpflichtung zur gerechten und billigen Behandlung (Art 10 Abs 1 ECT), die Nichtdiskriminierungsgrundsätze der Meistbegünstigung und Inländerbehandlung (Art 10 Abs 3 ECT) und die üblichen Zulässigkeitsvoraussetzungen für Enteignungen und deren

121 *Krajewski*, Wirtschaftsvölkerrecht³, Rz 567.

122 *Görs*, Investitionsrecht, 161; *Gundel*, Der Energiecharta-Vertrag, in Dausen/Ludwigs (Hrsg), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts (2022) Rz 203.

123 *Müller-Ibold/Herrmann*, Die Entwicklung des Europäischen Außenwirtschaftsrechts (2020–2022) Teil 2, EuZW 2022, 1085 (1093).

124 *Griebel*, Investitionsrecht, 59; *Schöbener/Herbst/Perkams*, Wirtschaftsrecht, § 17 Rz 115.

125 *Görs*, Investitionsrecht, 161.

126 *Griebel*, Investitionsrecht, 59; *Schöbener/Herbst/Perkams*, Wirtschaftsrecht, § 17 Rz 115.

127 *Krajewski*, Wirtschaftsvölkerrecht³, Rz 567.

Entschädigung im Sinne der *Hull*-Formel (Art 13 Abs 1 ECT). Darüber hinaus ermöglicht der Vertrag die Beilegung von Streitigkeiten zwischen einem Investor und einem Vertragsstaat durch ISDS (Art 26 ECT).

Mit über 150¹²⁸ bekannten Schiedsgerichtsfällen ist der ECT das Investitionsschutzabkommen, in dessen Rahmen weltweit am häufigsten verhandelt wurde.¹²⁹ Insbesondere bildet der ECT in der Praxis die am häufigsten von Investoren für Investitionsschiedsklagen innerhalb der EU in Anspruch genommene Rechtsgrundlage.¹³⁰ In diesem Zusammenhang sind speziell die beiden aufsehenerregenden Rechtsstreitigkeiten des schwedischen Energiekonzerns *Vattenfall* gegen die Bundesrepublik Deutschland zu nennen. Grundlage beider Streitfälle war der ECT und in beiden Fällen wurde auch ein Schieds-Tribunal nach den Regeln des ICSID befasst. Es handelt sich hierbei um die ersten investitionsschutzrechtlichen Verfahren überhaupt, die sich gegen Deutschland richteten.¹³¹

Der erste Fall bezog sich auf ein neues Kohlekraftwerk von *Vattenfall* in Hamburg, dessen Errichtung im Jahr 2008 unter Erteilung strenger wasser- und immissionsschutzrechtlicher Auflagen bewilligt wurde. Da diese Auflagen aus Sicht des schwedischen Konzerns gegen den Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung verstießen und eine indirekte Enteignung darstellten, legte er dagegen 2009 Beschwerde gegen Deutschland vor dem ICSID ein. Das Verfahren endete durch eine gütlichen Einigung der beiden Streitparteien im Februar 2011, weshalb das Schiedsgericht keine Entscheidung treffen musste.¹³² Im Ergebnis wurde dem Konzern die begehrte wasser-

128 *Energy Charter Treaty*, Cases-Statistics <energychartertreaty.org/cases/statistics/> (29.06.2023).

129 *European Commission*, Agreement in principle reached on Modernised Energy Charter Treaty <policy.trade.ec.europa.eu/news/agreement-principle-reached-modernised-energy-charter-treaty-2022-06-24_en> (29.06.2023).

130 *Nikolov*, Investor-Staat-Schiedsverfahren gemäß Art. 26 ECT – Anmerkung zum Urteil des EuGH v. 2.9.2021, Rs. C-741/19 (Republik Moldau/ Société Koms-troy), EuR 2022, 496 (503).

131 *Oeter* in Ipsen, *Völkerrecht*⁷, 1017 (Rz 15).

132 *UNCTAD*, *Vattenfall v. Germany (I)* – ICSID Case No. ARB/09/6 <investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/329> (29.06.2023).

rechtliche Genehmigung unter Aufhebung einiger Beschränkungen erteilt.¹³³

Der zweite Fall betraf eine von *Vattenfall* eingereichte Klage gegen die 13. Novelle des deutschen Atomgesetzes, welche 2011 als Reaktion auf die Reaktorkatastrophe von Fukushima beschlossen wurde. Darin wurde nämlich das sofortige Ende der Genehmigung für die ältesten Atomkraftwerke, unter anderem für zwei von *Vattenfall* betriebene, festgelegt. Enthalten war darüber hinaus auch eine Laufzeitbegrenzung für alle übrigen Kernkraftwerke, wobei darunter ein Kraftwerk, an dem der schwedische Konzern beteiligt war, fiel.¹³⁴ Am 01.11.2021 wurde das seit Mai 2012 anhängige Verfahren nach einvernehmlichen Erklärungen beider Seiten abgeschlossen.¹³⁵ Die deutsche Bundesregierung hat sich mit den Betreibern von *Vattenfall* auf eine Entschädigungssumme von 2,43 Milliarden Euro als Ausgleich für die wirtschaftlichen Folgen des vorgezogenen Atomausstiegs geeinigt.¹³⁶

2.2.3 Multilaterale Abkommen

Wiederholt ließ die steigende Anzahl unterschiedlicher Investitionsschutzabkommen, insbesondere solcher bilateraler Natur, und die sich dadurch ergebende unübersichtliche Rechtslage, in der Vergangenheit Forderungen nach einem multilateralen Regelwerk laut werden.¹³⁷ Vor allem kapitalexportierende Staaten verlangten ein weltweit einheitliches Vertragswerk, um den stark fragmentierten

133 *Krajewski*, Umweltschutz und internationales Investitionsschutzrecht am Beispiel der Vattenfall-Klagen und des Transatlantischen Handels- und Investitionsabkommens (TTIP), ZUR 2014, 396 (399).

134 *Berger*, Die Bundesrepublik Deutschland – Internationaler Investitionsschutz und das Vattenfall-Verfahren, EuZW 2020, 229.

135 UNCTAD, Vattenfall v. Germany (II) – ICSID Case No. ARB/12/12 <investment policyhub.unctad.org/ISDS/Details/467> (29.06.2023).

136 *Redaktion beck-aktuell*, Akw-Schiedsverfahren von Vattenfall gegen Deutschland offiziell beendet <beckonline.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Freddo k%2Fbecklink%2F2021371.htm&pos=7&hlwords=on> (29.06.2023).

137 *Görs*, Investitionsrecht, 139.

Rechtsrahmen der Investitionsschutzverträge zu überwinden und die Gewährung einheitlicher Schutzstandards festzuschreiben.¹³⁸

In der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (*Organisation for Economic Cooperation and Development*, im Folgenden: „OECD“) wurde deshalb von 1995 bis 1998 über ein Multilaterales Investitionsabkommen (*Multilateral Agreement on Investment*, im Folgenden: „MAI“) verhandelt. Das MAI sollte neben einer Vereinheitlichung der verschiedenen in BITs enthaltenen Standards zum Teil sogar einen noch weitgehenderen Schutz gewährleisten, insbesondere durch umfassende Liberalisierungsverpflichtungen und Marktzugangsrechte für Investoren.¹³⁹ Trotz weit vorangeschrittener Entwurfsarbeiten wurden die Verhandlungen über das Abkommen 1998 ergebnislos abgebrochen. Einerseits scheiterte das MAI an kaum überbrückbaren Differenzen zwischen den OECD-Staaten, insbesondere hinsichtlich des Umfangs der durch das Abkommen garantierten Marktzugangsrechte für Investoren im kulturellen und audiovisuellen Bereich. Andererseits mehrte sich öffentliche Kritik, insbesondere seitens einflussreicher NGOs (*Non-governmental Organisations*).¹⁴⁰

Trotz intensiver Bemühungen in der OECD bzw der Welthandelsorganisation (*World Trade Organisation*, im Folgenden: „WTO“) gibt es bis heute kein multilaterales, global wirkendes Investitionsschutzabkommen. Bestehende multilaterale Abkommen, die sich auf internationale Investitionen beziehen, enthalten keine umfassenden Regeln zum Investitionsschutz.¹⁴¹ Solche finden sich beispielsweise in einzelnen Übereinkommen im Rahmen der WTO. Primär im Übereinkommen über handelsbezogene Investitionsmaßnahmen (*Agreement on Trade-Related Aspects of Investment Measures*, im Folgenden: „TRIMs“), daneben auch im Allgemeinen Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (*General Agreement on Trade in Services*, im Folgenden: „GATS“) und im Abkommen über handelsbezogene

138 Oeter in Ipsen, *Völkerrecht*⁷, 1017 (Rz 19).

139 Karl, *Das Multilaterale Investitionsabkommen*, RIW 1998, 432.

140 Krajewski, *Wirtschaftsvölkerrecht*⁵, Rz 580 ff; Oeter in Ipsen, *Völkerrecht*⁷, 1017 (Rz 19).

141 Krajewski, *Wirtschaftsvölkerrecht*⁵, Rz 570.

Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (*Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, im Folgenden: „TRIPS“).

Das TRIMs schützt Investitionen dadurch, dass es den Anwendungsbereich der im Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommen (*General Agreement on Tariffs and Trade*, im Folgenden: „GATT“) enthaltenen Pflicht der Inländerbehandlung (Art III GATT) und des Verbots der mengenmäßigen Beschränkung (Art XI GATT) ausdrücklich auch auf investitionsbezogene Maßnahmen erstreckt. Die praktische Bedeutung dieses Abkommens ist allerdings gering, da es im Grunde bloß die bereits unter dem GATT bestehende materielle Rechtslage bestätigt. Der Schutzbereich des GATS erfasst über Dienstleistungen hinaus auch ausländische Direktinvestitionen, die sich auf Dienstleistungen beziehen. Für diese gelten somit die Grundprinzipien des GATS in Form der allgemeinen Meistbegünstigung (Art II GATS), des Marktzugangs (Art XVI GATS) und der Inländerbehandlung (Art XVII GATS). Das als Investition bzw als Teil derselben angesehene gewerbliche Schutzrecht eines Investors wird durch das TRIPS geschützt.¹⁴²

Weitere investitionsschutzrechtliche Elemente finden sich in zwei Sonderabkommen, die von der Weltbank verwaltet werden, nämlich dem Übereinkommen zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten von 1965 (im Folgenden: „ICSID-Übereinkommen“) und dem Übereinkommen zur Errichtung der Multilateralen Investitions-Garantie Agentur (im Folgenden: „MIGA-Übereinkommen“) von 1985.¹⁴³ Das ICSID wurde auf Grundlage des ICSID-Übereinkommens errichtet.¹⁴⁴ Das ICSID und die Multilaterale Investitions-Garantie-Agentur (*Multilateral Investment Guarantee Agency*, im Folgenden: „MIGA“) sind zwei der aus insgesamt fünf Organisationen bestehenden Weltbankgruppe und besitzen jeweils eine eigene Rechtspersönlichkeit. Im Folgenden soll etwas näher auf das ICSID und die MIGA eingegangen werden.

¹⁴² Görs, *Investitionsrecht*, 95 ff (100).

¹⁴³ *United Nations*, Convention establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency <treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201508/volume-1508-I-26012-English.pdf> (29.06.2023).

¹⁴⁴ *ICSID*, ICSID Convention – Regulations and Rules, Article 1 <icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20English.pdf> (29.06.2023).

2.2.3.1 ICSID

Das Internationale Zentrum zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten besteht seit 1965 und hat seinen Sitz in Washington D.C. Gründungsdokument und Rechtsgrundlage ist das ICSID-Übereinkommen, welches bis heute von 158 Staaten unterzeichnet und ratifiziert wurde.¹⁴⁵

Das ICSID ist selbst kein Schiedsgericht, sondern vielmehr ein Forum, das neben einer vorgegebenen Verfahrensordnung auch institutionelle Unterstützung für Investitionsstreitigkeiten anbietet. Die Schlichtung investitionsbezogener Rechtsstreitigkeiten zwischen einem ICSID-Vertragsstaat einerseits und einem Angehörigen eines anderen Vertragsstaats andererseits soll durch die Bereitstellung eines rechtlichen Rahmens sowie Vergleichs- und Schiedseinrichtungen unterstützt werden.¹⁴⁶ Mit Stand 31. Dezember 2022 wurden insgesamt 910 Streitfälle beim ICSID registriert, womit es die in der Praxis mit Abstand bedeutendste Einrichtung zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten ist.¹⁴⁷

Das ICSID-Übereinkommen regelt neben dem Investitionsschiedsverfahren auch ein Vergleichsverfahren, dessen praktische Bedeutung jedoch gering ist. ICSID-Verfahren sind nur unter den in Art 25 ICSID-Übereinkommen aufgezählten Voraussetzungen zulässig. Demnach muss einerseits eine unmittelbar mit einer Investition zusammenhängende Rechtsstreitigkeit zwischen einem Vertragsstaat und einem Angehörigen eines anderen Vertragsstaats vorliegen und andererseits bedarf es einer schriftlichen Einwilligung der Parteien, den Streit dem internationalen Zentrum zu unterbreiten. Aufgrund dieser relativ engen Zuständigkeitsvoraussetzungen wurden 1978 ergänzend die ICSID *Additional Facility Rules* erlassen. Sie ermöglichen unter anderem auch dann ein Verfahren über Streitigkeiten, wenn

145 ICSID, About ICSID – Database of ICSID Member States <icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states> (29.06.2023); *Arbitration Watch*, January 2023 Issue No. 62, 1.

146 Art 1 Abs 2 und Art 25 Abs 1 ICSID-Übereinkommen.

147 ICSID, The ICSID Caseload – Statistics – Issue 2023–1, 7 <icsid.worldbank.org/sites/default/files/Caseload%20Statistics%20Charts/The_ICSID_Caseload_Statistics.1_Edition_ENG.pdf> (29.06.2023).

nur der Gaststaat der Investition oder der Heimatstaat des Investors ICSID-Vertragsstaat ist.¹⁴⁸

2.2.3.2 MIGA

Die MIGA wurde 1988, nach Erreichung der für die Gründung notwendigen Mitgliederanzahl, errichtet und ist somit das jüngste Mitglied der Weltbankgruppe. Heute hat sie 182 Mitglieder, bestehend aus 154 Entwicklungsländern und 28 Industrieländern, womit sie sogar eine noch größere internationale Akzeptanz als die ICSID genießt.¹⁴⁹ Ihr zentraler Zweck besteht darin, Auslandsinvestitionen in Entwicklungsländer zu fördern, indem sie diese gegen „nichtkommerzielle“ bzw politische Risiken versichert.¹⁵⁰ Gegen Zahlung einer entsprechenden Prämie gewährt die MIGA Garantien gegen Verlust durch beispielsweise Enteignung, Krieg, zivile Unruhen oder auch die Verletzung vertraglich gewährleisteter Investitionsstandards.¹⁵¹

2.3 Soft Law

Der Vollständigkeit halber sind auch einige nicht verbindliche investitionsrelevante Verhaltenskodizes und Richtlinien, welche von internationalen Organisationen wie zB der UNO (*United Nations Organisation*), der Weltbank oder der OECD verabschiedet wurden, zu nennen. Hierunter fallen beispielsweise die Richtlinien der Weltbank über die Behandlung von ausländischen Direktinvestitionen aus 1992, die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen aus 1976, welche zuletzt 2011 aktualisiert wurden, die OECD-Kodizes über die Liberalisierung des Kapitalverkehrs und der laufenden unsichtbaren Operationen oder auch die mittlerweile mehrfach über-

148 Lörcher, ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2005, 11 ff; ICSID, Additional Facility Rules And Regulations, IV <icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID_Additional_Facility.pdf> (29.06.2023).

149 MIGA, Member Countries <miga.org/member-countries> (29.06.2023).

150 Art 2 MIGA-Übereinkommen.

151 Art 11 lit a und Art 26 MIGA-Übereinkommen.

arbeitete ILO (*International Labour Organisation*) – Prinzipienerklärung aus 1977.¹⁵²

2.4 Investor-Staat-Verträge

Ein Investor-Staat-Vertrag ist eine Vereinbarung zwischen einem Auslandsinvestor und einem Staat bzw einer diesem Staat nach dem allgemeinen Völkerrecht zurechenbaren Institution über die Vornahme einer Investition auf dessen Territorium.¹⁵³ Derartige Verträge werden insbesondere dann geschlossen, wenn große Summen investiert werden sollen, da vor allem hier das Interesse des Investors an einem hohen Maß an Rechtssicherheit groß ist. Sie existierten bereits vor bi- und multilateralen Investitionsschutzverträgen und werden regelmäßig auch heute noch zusätzlich zu zwischenstaatlichen Abkommen vereinbart.¹⁵⁴

Typische Investor-Staat-Verträge sind Konzessionen im Energie- und Rohstoffgewinnungsbereich, Vereinbarungen zur Errichtung von Gemeinschaftsunternehmen (*joint ventures*) mit lokalen staatlichen Partnerunternehmen, Verträge zur Lieferung schlüsselfertiger Anlagen (*turnkey contracts*) oder sog *build, operate, transfer*-Verträge, bei denen der Investor eine Anlage im Gaststaat errichtet und zeitlich begrenzt betreibt.¹⁵⁵

Zusätzlich zu der Verpflichtung des Investors, bestimmte Investitionen vorzunehmen, und der Verpflichtung des Gaststaats, dem Investor hierfür die notwendigen Konzessionen und Genehmigungen zu erteilen, können in einem Investor-Staat-Vertrag auch Schutzrechte des Investors gegenüber Enteignungen oder anderen Eingriffen des Gaststaats enthalten sein. Für den Investor problematisch ist die Tatsache, dass der Investor-Staat-Vertrag herkömmlicherweise dem nationalen Recht des Gaststaats unterliegt und diesem somit grund-

152 Görs, Investitionsrecht, 125 f; *Reinisch* in Tietje/Nowrot, Wirtschaftsrecht, 454 (Rz 21).

153 *Schöbener/Herbst/Perkams*, Wirtschaftsrecht, § 16 Rz 81.

154 *Kriebaum/Reinisch* in Czernich/Deixler-Hübner/Schauer, Schiedsrecht, Rz 36.1 (36.33).

155 *Griebel*, Investitionsrecht, 27.

sätzlich trotz des Vertrags die Möglichkeit bleibt, die rechtlichen Rahmenbedingungen zu Ungunsten des Investors zu verändern.¹⁵⁶ Deshalb finden sich in Investor-Staat-Verträgen häufig auch sog. Stabilisierungsklauseln. Hier verpflichtet sich der Gaststaat dazu, sein nationales Recht nicht zu Ungunsten des Investors abzuändern.¹⁵⁷ Zusätzlich werden regelmäßig auch sog. Internationalisierungsklauseln vereinbart. Durch sie wird der Vertrag insofern „internationalisiert“, als dass zusätzlich zum nationalen Recht des Gaststaats das Völkerrecht für anwendbar erklärt wird. Im Falle einer Vertragsverletzung durch den Gaststaat ist der Investor somit nicht mehr allein auf die Abwehrmöglichkeiten, die ihm das nationale Recht des Staates zur Verfügung stellt, beschränkt.¹⁵⁸ In der Praxis hat sich die Bedeutung von Stabilisierungs- und Internationalisierungsklauseln in jüngerer Zeit aufgrund der steigenden Anzahl an BITs, welche ihrerseits dem Investor meist den Zugang zu Investor-Staat-Verfahren ermöglichen, allerdings verringert.¹⁵⁹

156 *Krajewski*, Wirtschaftsvölkerrecht³, Rz 585.

157 *Herdegen*, Wirtschaftsrecht¹², 357.

158 *Griebel*, Investitionsrecht, 31.

159 *Kriebaum/Reinisch* in *Czernich/Deixler-Hübner/Schauer*, Schiedsrecht, Rz 36.1 (36.38).

