

Teil 4: Internationales Enteignungs- und Investitionsrecht

§ 12 Internationales Investitionsrecht und Internationales Investitionsschutzrecht

I. Einführung

II. Auslandsinvestitionen im Völkerrecht

1. Völkergewohnheitsrecht und Investor-Staat Verträge
2. Völkervertragsrechtliche Absicherung von Auslandsinvestitionen
 - a) Bilaterale Investitionsschutzabkommen (BITs)
 - b) Multilaterale Abkommen im internationalen Investitionsschutzrecht

III. Streitbeilegung und Investitionsgarantien

1. ICSID
2. MIGA und Hermes

IV. Streitbeilegung durch Investor-Staat Schiedsverfahren

1. Die Bedeutung von Investor-Staat-Verfahren
2. Die Zulässigkeit eines Verfahrens nach den Regeln der ICSID Konvention
 - a) Übersicht über die Zulässigkeit eines Verfahrens vor einem ICSID-Schiedsgericht
 - b) Die Zuständigkeit eines ICSID Tribunals im Einzelnen
 - c) Das anwendbare Recht in einem ICSID-Schiedsverfahren
 - d) Umfang und Rechtsfolgen eines ICSID Schiedsspruches
 - e) Sonderproblem: Die rechtliche Überprüfung von ICSID Entscheidungen

V. Kurzfall zu ICSID

1. Sachverhalt
2. Kurzlösung
 - a) Aufgabe 1
 - b) Aufgabe 2

I. Einführung

Das internationale Investitionsrecht bildet neben dem Welthandelsrecht einen zentralen Teil des Wirtschaftsvölkerrechts. Es umfasst das Recht der Förderung und des Schutzes von

internationalen Investitionen¹. Auslandsinvestitionen werden in unterschiedlichen Formen vorgenommen: Einerseits besteht für den Investor die Möglichkeit, eine ausländische Direktinvestition vorzunehmen. Dies geschieht vor allem dann, wenn der Investor plant, sich zumindest für einen bestimmten Zeitraum in dem Gaststaat wirtschaftlich zu betätigen. Das Gegenstück zur ausländischen Direktinvestition ist die Portfolioinvestition, bei der sich der Investor an ausländischen Unternehmen in Form von Aktien oder anderen Wertpapieren beteiligt².

Das Rechtsgebiet hat, wie auch das Recht des Welthandels, in den vergangenen zwei Jahrzehnten eine erhebliche Juridifizierung erfahren; dieser Umstand gründet sowohl auf der wachsenden Anzahl völkerrechtlicher Verträge zur Sicherung international getätigter Investitionen als auch auf dem sprunghaften Anstieg von Verfahren und Entscheidungen von Streitbeilegungsinstrumenten, die zur Präzisierung dieses Rechtsgebietes führen. Besonders die wachsende Anzahl bilateraler Investitionsschutzabkommen hat seit Mitte der 1990er Jahre stetig zugenommen und deckt mit einer Anzahl von etwa 3000 Verträgen eine Vielzahl der getätigten zwischenstaatlichen Investitionen umfassend ab³. Zu beachten ist dabei allerdings, dass das internationale Investitionsschutzrecht keine in sich geschlossene Rechtsmaterie ist, die unter dem Dach einer internationalen Organisation steht. Vielmehr besteht das internationale Investitionsrecht aus einer Vielzahl von völkerrechtlichen Quellen, die sowohl vertragsrechtlicher als auch gewohnheitsrechtlicher Natur sind⁴. Die Regelungsdichte auf multilateraler Ebene ist zudem äußerst gering.

Im Zentrum des internationalen Investitionsrechts steht die Frage der rechtlichen Absicherung des Investors vor Enteignungen und die Regelungen für eine Entschädigungspflicht; das internationale Investitionsrecht ist daher geprägt von einem Spannungsverhältnis zwischen der staatlichen Souveränität auf der einen Seite und dem wirtschaftsvölkerrechtlichen Individualschutz auf der anderen Seite, zu dem aber auch die sich deckenden Interessen von Gaststaat und Investor hinzukommen und auf die positiven makroökonomischen Folgen von

¹ Eine Auslandsinvestition ist eine Anlage von Kapital in ausländische Produktionsmittel durch einen Investor, wobei dieser eine Privatperson oder ein Unternehmen sein kann.

² Abgegrenzt werden diese beiden Investitionsformen regelmäßig durch den Umfang der Beteiligung durch den ausländischen Investor: Wenn der Grad der Beteiligung einen Umfang von mehr als 20% am Unternehmen beträgt, so ist von einer Direktinvestition auszugehen.

³ Das Volumen ausländischer Direktinvestitionen ist seit den 1990er Jahren stark angestiegen und umfasste im Jahre 2000 bereits ein Investitionsvolumen von mehr als 1,4 Bio. US-\$ und lag damit bei 20% des Weltsozialprodukts.

⁴ Die völkergewohnheitsrechtlichen Regelungen des internationalen Investitionsschutzrechts beziehen sich in erster Linie auf die Frage der Zulässigkeit von Enteignungen und Verstaatlichungen von privatem Vermögen. Durch die Standards des Fremdenrechts wurde der staatlichen Souveränität bei der Vornahme von Enteignungen von Ausländern Grenzen gesetzt bzw. die rechtliche Zulässigkeit derartiger Enteignungen an bestimmte Voraussetzungen geknüpft.

Auslandsinvestitionen beziehen. Grundsätzlich werden die wirtschaftlichen Folgen von ausländischen Investitionen für den Gaststaat als vorteilhaft eingeschätzt; dies ist zumindest dann der Fall, wenn im Gastland ein System der Regulierung von wirtschaftlichen Aktivitäten vorhanden ist, das die positiven Auswirkungen von Auslandsinvestitionen durch entsprechende makroökonomische als auch in rechtliche Gesamtbedingungen fördert.

Wie auch die Struktur des internationalen Handels ist die regionale Verteilung ausländischer Direktinvestitionen sehr unregelmäßig, da ca. 80% der weltweit getätigten Investitionen zwischen Europa, Japan, den USA und Kanada stattfinden. Auch in den südamerikanischen und asiatischen Schwellenländern finden verstärkt ausländische Investitionen statt⁵; in Afrika ist die Zahl der Investitionsvorhaben im Vergleich allerdings verschwindend gering⁶.

II. Auslandsinvestitionen im Völkerrecht

1. Völkergewohnheitsrecht und Investor-Staat Verträge

Die Enteignung von Ausländern unterwirft das Völkergewohnheitsrecht bestimmten Voraussetzungen im Sinne eines fremdenrechtlichen Mindeststandards. Die Rechtfertigung hierfür liegt darin, dass ausländische Investoren anders als die Staatsangehörigen des enteignenden Staates von der politischen Willensbildung ausgeschlossen und auch nicht in die staatliche Solidargemeinschaft eingebunden sind. Daher ist die Enteignung von Ausländern nur dann zulässig, wenn sie einem öffentlichen Zweck dient, keinen diskriminierenden Charakter hat und mit einer Entschädigung verbunden ist. Da die Regeln des völkergewohnheitsrechtlichen Enteignungsschutzes nur einen eingeschränkten Schutz gegen (vertragswidrige) Handlungen bis hin zu eigentlichen Enteignungen gewähren und vor allem solche Zusicherungen bei grundlegenden politischen Veränderungen häufig nicht mehr eingehalten wurden (und oft aufgrund vorgenommener Gesetzes- bzw. Verfassungsänderungen nach dem Recht des Investitionsstaates auch nicht mehr eingehalten werden mussten), haben sich private Investoren zunehmend bemüht, ihre Rechtsposition zu stärken. Teils wurde der Weg eines Verweises auf transnationales Recht gewählt, teils (in jüngerer Zeit vermehrt) wurden Stabilisierungs- und Internationalisierungsklauseln in die Verträge aufgenommen.

Transnationales Recht (als eine eigenständige Rechtsquelle zwischen Völkerrecht und nationalem Recht) konnte sich letztlich nicht durchsetzen, da nach überwiegender Auffassung dessen Verletzung kein völkerrechtliches Delikt darstellt. Stabilisierungsklauseln verbieten

⁵ Hier sind vor allem die BRIC-Staaten zu nennen; allein auf China und Singapur entfallen ca. 14% des globalen Investitionsvolumens.

⁶ Lediglich 3% des weltweiten Investitionsvolumens entfällt auf afrikanische Staaten.

dem Gaststaat einseitige Änderungen des Vertrages zu Lasten des ausländischen Investors; um solche Bestimmungen völkerrechtlich zu sichern, werden sie oft von einer Internationalisierungsklausel ergänzt, die die Beziehungen zwischen Staat und Investor „internationalisiert“, d. h. aus Sicht des Investors dem Völkerrecht unterwerfen soll. Offenkundig problematisch ist hieran, dass (transnationalen) Unternehmen eine (auch nur eingeschränkte) Völkerrechtssubjektivität verweigert und damit die Fähigkeit abgesprochen wurde, solche völkerrechtlichen Verträge zu schließen.

Besonders aufschlussreich sind in diesem Zusammenhang die im libyschen Erdölstreit (als Folge der Verstaatlichung der libyschen Erdölindustrie verloren ausländische Unternehmen entschädigungslos ihre Konzessionen) gefällten Schiedssprüche⁷. Hier ging es um Streitigkeiten aus Verträgen über Erdölkonzessionen, die Libyen mit verschiedenen westlichen Ölgesellschaften abgeschlossen hatte. In den 70er Jahren verstaatlichte Libyen seine Erdölindustrie und entzog dabei die den ausländischen Ölgesellschaften in den Konzessionsverträgen eingeräumten Nutzungsrechte. Vor allem der TOPCO/CALASIATIC-Fall⁸ wird allgemein als Durchbruch der Ansicht gesehen, der zufolge ein Staat mit einem ausländischen Unternehmen einen völkerrechtlichen Vertrag schließen und dieses so (beschränkte) Völkerrechtssubjektivität erlangen könne; allgemein anerkannt ist inzwischen, dass jedenfalls ausdrücklich dem Völkerrecht unterstellte Schiedsvereinbarungen eines solchen Vertrages nicht einseitig gekündigt werden können. Dennoch: Die immer noch effektivste Sicherung der Stellung eines ausländischen Investors geschieht durch entsprechende Investitionsschutzverträge zwischen Heimat- und Gaststaat. Diese Feststellung gilt insbesondere für die große Mehrheit im Ausland investierender Unternehmen die nicht über die finanzielle und politische Macht der wenigen transnationalen Unternehmen verfügen.

2. Völkervertragsrechtliche Absicherung von Auslandsinvestitionen

Die zentralen Regelungen für den Schutz ausländischer Investitionen finden sich im Völkervertragsrecht; eine Vielzahl der Vorschriften ergeben sich dabei aus bilateralen und regionalen Abkommen; auf multilateraler Ebene sind lediglich vereinzelt Elemente des Investitionsschutzes zu finden. Im Bereich des internationalen Investitionsrechts ist zu unterscheiden zwischen Verträgen, die zwischen Staaten und ausländischem Investor, und Verträgen, die zwischen Staaten geschlossen werden. Die Zahl beider Gruppen von Verträgen ist in den letzten 30 Jahren deutlich gestiegen. Gegenstand der ersten Gruppe, in denen ein Staat und ein ausländisches Privatunternehmen Vertragspartner sind (gemischte Verträge),

⁷ TOPCP, ILM 1978, 1; BP, ILR 1979, 297; LIAMCO, ILM 1981, 1.

⁸ Texas, Overseas Petroleum Co.&California Asiatic Oil Co. V. Libyan Arab Republic, ILM 17 1978, S. 1.

waren ursprünglich vor allem die Konzessionsverträge, in denen ein Staat einem ausländischen Investor den (alleinigen) Abbau von Rohstoffen oder ein Monopol in Bereichen wie Transport u. ä. gegen die Verpflichtung zur Erbringung von Investitionen im öffentlichen Interesse (Verbesserung der Infrastruktur, Arbeitsplätze) zusicherte. Dabei wurden die ausländischen Investitionen durch den oben beschriebenen völkergewohnheitsrechtlichen Enteignungsschutz (*aliens law*) gesichert.

a) Bilaterale Investitionsschutzabkommen (BITs)

Wie bereits oben angedeutet, sind die bilateralen Investitionsabkommen (*BITs*) für den Schutz und die Absicherung von ausländischen Direktinvestitionen von ganz erheblicher Bedeutung; diese werden von einigen multilateralen Verträgen sowie nationalen Versicherungssystemen ergänzt. Vorläufer dieser Abkommen waren die ebenfalls auf bilateraler Ebene abgeschlossenen Verträge über Freundschaft, Handel und Schifffahrt (*Friendship, Commerce and Navigation*). Diese Verträge wurden ab der Mitte des 20. Jahrhunderts von bilateralen Verträgen zur Förderung und zum Schutz von Auslandsinvestitionen abgelöst⁹; dies geschah vor allem, um dem wachsenden Bedürfnis nach differenzierter und präziser Absicherung Rechnung zu tragen. Vor allem Deutschland war ein Vorreiter dieser Entwicklung¹⁰: Aufgrund eines Mustervertrages wurde ein weites Netz solcher Investitionsschutzabkommen mit Entwicklungsländern und anderen Staaten geschaffen. Grundlage für die deutschen Abkommen stellt der „Mustervertrag“ dar¹¹, der ebenso wie die meisten bilateralen Abkommen folgende Elemente enthält:

- Definition von Kapitalanlage und Investor
- Festlegung allgemeiner Verhaltenspflichten, vor allem der Grundsatz des „fair and equitable treatment“
- Diskriminierungsverbote
- Voraussetzungen für die rechtliche Zulässigkeit von Enteignungen
- Garantie des Transfers von Zahlungen
- Regelungen zur Streitschlichtung.

Neben einem allgemeinen Wohlwollensgebot und einem Diskriminierungsverbot gegenüber Inländern verbunden mit einer Meistbegünstigungsklausel enthalten sie Bestimmungen zur

⁹ Die genannten Verträge haben in ihrer Bedeutung die klassischen Freundschafts-, Schifffahrts- und Handelsverträge abgelöst, die zumeist auch Klauseln über den Schutz von Investitionen enthalten; von gewisser Bedeutung sind sie noch für die USA (vgl. hierzu zahlreiche Urteile des Iran-US.Claims Tribunal und das Urteil des IGH im ELSI-FALL (ICJ Rep. 1989, 15).

¹⁰ Das erste bilaterale Abkommen dieser Art wurde im Jahre 1959 zwischen Deutschland und Pakistan abgeschlossen.

¹¹ Dieser ist abrufbar unter <http://www.textbuch-deutsches-rfecht.de/data/resources/aba2b369e78.pdf>.

Zulässigkeit von Enteignungen (nur zum allgemeinen Wohl und gegen Entschädigung; diese muss dem Wert der enteigneten Kapitalanlage entsprechen (*adequate*); tatsächlich verwertbar und frei transferierbar (*effective*) sein sowie unverzüglich geleistet (*prompt*) werden; schließlich muss die Rechtmäßigkeit der Enteignung und die Höhe der Entschädigung in einem ordentlichen Gerichtsverfahren überprüft werden können). Wichtig ist auch die Weite des Vermögensbegriffs, der nicht nur bewegliches und unbewegliches sowie geistiges Eigentum erfasst, sondern auch Anteile an Gesellschaften, Ansprüche mit wirtschaftlichem Wert, Verfahren und Konzessionen.

b) Multilaterale Abkommen im internationalen Investitionsschutzrecht

Auf multilateraler Ebene existiert kein Abkommen, das die materiellen Aspekte des internationalen Investitionsschutzes umfassend regelt. Insofern ergänzen die auf multilateraler Ebene bestehenden Vorschriften zum Schutz von Auslandsinvestitionen die bilateralen und regionalen Abkommen durch einzelne Elemente.

In der WTO sind vor allem das TRIMs-Abkommen (*Agreement on Trade-related Investment Measures*), einzelne Vorschriften des GATS und das TRIPS von Bedeutung. Das TRIMs enthält die Vorgabe, dass die Pflichten zur Inländerbehandlung und das Verbot der mengenmäßigen Beschränkung auch auf investitionsbezogene Maßnahmen anwendbar sind. Das GATS erfasst durch die Einbeziehung der kommerziellen Präsenz bei Erbringung einer Dienstleistung auch ausländische Direktinvestitionen, die sich auf Dienstleistungen beziehen. Für das TRIPS gilt, dass einzelne der Schutzvorschriften in einem gewissen Umfang den Schutz ausländischer Investitionen herbeiführen können¹².

III. Streitbeilegung und Investitionsgarantien

1. ICSID

Ziel des durch einen Vertrag aus dem Jahre 1965¹³ errichteten *International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID)* ist es, einen völkerrechtlichen Rahmen für die Durchführung von Schiedsverfahren zwischen Staaten und ausländischen Investoren bereit zu stellen. Das ICSID ist eine autonome Internationale Organisation, die aber über starke Verbindungen zur Weltbank verfügt, denn alle Mitglieder des ICSID sind auch Mitglieder der Weltbank. Zudem werden die Ausgaben des Sekretariats des ICSID durch ein Budget der

¹² Hier sind vor allem die Standards über die gewerblichen Schutzrechte zu nennen.

¹³ BGBl. 1969 II 369.

Weltbank finanziert. Die Kosten der jeweiligen Verfahren sind jedoch von den Streitparteien selbst zu tragen.

Vorteil dieses gemischten Schiedsverfahrens (hierbei wird einerseits eine Beteiligung der privaten Streitparteien vorausgesetzt und andererseits beruht das schiedsgerichtliche System auf einem völkerrechtlichen Vertrag) ist, dass sich beide Parteien, also auch der Gaststaat, dem Verfahren vor dem ICSID unterwerfen und vor allem die Verbindlichkeit seiner Schiedssprüche anzuerkennen hat (vgl. Art. 53). Darüber hinaus hat jeder Vertragsstaat einen Spruch im Hinblick auf finanzielle Leistungsverpflichtungen innerstaatlich nach seinem Recht zu vollstrecken (Art. 54); jedoch kann sich ein verurteilter Staat auf seine Vollstreckungsimmunität berufen (Art. 55). Falls die Parteien keine Rechtswahl getroffen haben, wendet das ICSID die *applicable rules of International Law* an und hat insofern auch zur Setzung internationalen Wirtschaftsrechts beigetragen

2. MIGA und Hermes

Zur Versicherung „nichtkommerzieller“ Investitionsrisiken (z. B. Beschränkungen des Transfers von Devisen, Enteignung – nicht aber diskriminierungsfreie Eigentumsbeschränkungen wie Steuer- und Umweltrecht, Vertragsbruch durch den Gaststaat ohne angemessenen Rechtsschutz) und damit auch zur Förderung des Kapitaltransfers in Entwicklungsländer wurde die MIGA (*Multilateral Investment Guarantee Agency; MIGA*)¹⁴ geschaffen. Ihre Bedeutung liegt vor allem im Bereich „schleichender“ Enteignungen und Beschränkungen des Devisentransfers. Außerhalb des versicherbaren Enteignungsrisikos stehen diskriminierungsfreie Eigentumsbeschränkungen, wie sie in der Staatenpraxis zur Neuregelung der Wirtschaftsordnung üblich sind. Zugang zum Versicherungssystem der MIGA haben Angehörige von Vertragsstaaten sowie Gesellschaften, die nach dem Recht eines Vertragsstaates gegründet sind und dort ihren Hauptverwaltungssitz haben oder deren Kapitalmehrheit von Angehörigen der Vertragsstaaten gehalten wird. Die MIGA Garantien ergänzen die nationalen Investitions Garantien¹⁵ und spielen mit diesen zusammen eine erhebliche Rolle für die Investitionspraxis.

Die meisten Industriestaaten haben staatliche Investitionssicherungsprogramme geschaffen, die neben dem Schutz des Investors letztlich auch der Entwicklungshilfe dienen, indem sie einen Schutz vor politisch motivierten Eingriffen und vor allem auch Zahlungsunfähigkeit bieten. In Deutschland ist diese Aufgabe der *Hermes Kreditsicherungsanstalt* und der *Treuarbeit Aktiengesellschaft* übertragen. Mit der Schadensliquidation erwirbt der Bund die

¹⁴ BGBl. 1987 II 454.

¹⁵ Z. B. <http://www.bmwi.de/BMWi/Navigation/service/bestellservice,did=72146.html>.

Ansprüche des Investors gegen den Gaststaat. Schließlich sei noch die Möglichkeit privater Versicherungen (z. B. durch Lloyds) erwähnt; ihre Bedeutung liegt vor allem in der Möglichkeit, bereits bestehende Kapitalanlagen zu versichern.

IV. Streitbeilegung durch Investor-Staat Schiedsverfahren

1. Die Bedeutung von Investor-Staat-Verfahren

Im internationalen Investitionsrecht kommt den Verfahren, die zwischen den Investoren und den Gaststaaten durchgeführt werden, eine erheblich größere Bedeutung zu als den zwischenstaatlich ausgestalteten Verfahren. In den Verfahren, in denen der Investor als Verfahrenspartei auftreten kann, verfügt dieser naturgemäß erheblich höhere Einwirkungsmöglichkeiten auf den Verfahrensablauf als in einem rein zwischenstaatlich ausgestalteten Verfahren, in dem der Heimatstaat des Investors diplomatischen Schutz ausüben muss. Als Streitpartei ist es dem Investor möglich, seine Rechte effektiv und unmittelbar durchzusetzen; das politische Ermessen, das seinem Heimatstaat bei der Ausübung von diplomatischem Schutz zukommt, ist dabei nicht relevant. Hinzu kommt, dass bei einem Investor-Staat Verfahren allein die Parteien am Verfahren beteiligt sind, die auch tatsächlich und unmittelbar von dem Rechtsstreit betroffen sind und die naturgemäß ein eigenes Interesse an diesem haben.

In fast allen bilateralen Investitionsschutzverträgen (BITs) sind Klauseln über die Durchführung von Investor-Staat Streitbeilegungsverfahren vorhanden¹⁶. Zudem ist die Möglichkeit der Staat-Investor-Streitbeilegung auch in verschiedenen regionalen Abkommen niedergelegt¹⁷.

Die Streitbeilegung bei investitionsrechtlichen Streitigkeiten wird durch Verhandlungen vor einem Schiedsgericht durchgeführt. Dazu sind grundsätzlich verschiedene Möglichkeiten vorgesehen. Zum einen besteht die Möglichkeit, ein Schiedsverfahren auf der Grundlage der UNCITRAL-Regeln durchzuführen. Dabei wird das Schiedsgericht unter der Vorgabe dieser Regeln gebildet. Zudem stellt die Internationale Handelskammer (ICC) Regeln für die Bildung von ad-hoc Schiedsgerichten bereit.

Die in der investitionsrechtlichen Praxis relevanteste Methode zur Beilegung von Streitigkeiten auf der Investor-Staat-Ebene stellt das „Internationale Zentrum zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten“ (ICSID) dar. Auf eine Streitbeilegung nach den Regeln der

¹⁶ Siehe z.B. Art. 11 des MV (Deutscher Mustervertrag).

¹⁷ Vgl. hierzu Art. 1115 ff. NAFTA, Art. 26 Energie-Charta-Vertrag.

ICSID-Konvention verweisen z. B. Art. 11 Abs. 2 MV, Art. 1120 Abs. 1 NAFTA und Art. 26 Abs. 4 Energiecharta-Vertrag.

2. Die Zulässigkeit eines Verfahrens nach den Regeln der ICSID Konvention

a) Übersicht über die Zulässigkeit eines Verfahrens vor einem ICSID-Schiedsgericht

- Zuständigkeit des Schiedsgerichts nach Art. 25 ICSID Übereinkommen
 - Heimatstaat und Investor sind Vertragsparteien des ICSID Übereinkommens
 - Investor ist ein Angehöriger des Heimatstaates
 - bei natürlichen Personen: Staatsangehörigkeit
 - bei juristischen Personen: Staatszugehörigkeit des Heimatstaates; nach dem Gesellschaftsstatut (Sitz- oder Gründung) oder Kontrolle durch Staatsangehörige des Heimatstaates nach entsprechender Vereinbarung
 - Streitigkeit über eine Investition; dabei ist der Investitionsbegriff aus dem jeweiligen Investitionsvertrag zugrunde zu legen
 - Zustimmung der Streitparteien zur Durchführung des Verfahrens
 - Gaststaat: ist regelmäßig durch den Investitionsvertrag gegeben
 - Investor: ist regelmäßig durch die Beschwerde gegeben

- Zulässigkeitsvoraussetzungen nach Investitionsvertrag
 - Investitionsschutzvertrag anwendbar
 - Zeitlich: Investition im Gültigkeitsbereich des Vertrages getätigt (evt. Rückwirkungsbestimmungen)
 - Personell: Investor fällt unter die Definition des Investors im Investitionsschutzvertrag
 - Materiell: Kapitalanlage fällt unter die Definition des Investitionsschutzvertrages
 - Vertragsspezifische zusätzliche Voraussetzungen
 - Wartefrist
 - Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs
 - Gabelungsklauseln

b) Die Zuständigkeit eines ICSID Tribunals im Einzelnen

ICSID ist nach Art. 25 Abs. 1 der ICSID Konvention zuständig für:

- (1) Streitigkeiten zwischen einem Vertragsstaat des ICSID Übereinkommens und einem Angehörigen eines anderen Vertragsstaates (ausländischer Investor);
- (2) Die unmittelbar mit einer Investition zusammenhängen und
- (3) Wenn beide Parteien schriftlich in die Zuständigkeit von ICSID eingewilligt haben.

Im Einzelnen bedeutet dies: Die Streitigkeit muss zwischen einem Staat und einem Investor entstanden sein, der die Staatsangehörigkeit eines anderen Staates besitzt. Dies gilt dabei sowohl für natürliche als auch für juristische Personen. Für juristische Personen sind dabei die allgemein anerkannten Regeln anwendbar. Zudem ist es für die Streitparteien möglich, eine JP dann als Angehörige eines anderen Staates anzusehen, wenn diese zwar die Staatszugehörigkeit des Gaststaates innehat, aber ausländischer Kontrolle unterliegt.

Weiterhin ist für die Zuständigkeit eines Tribunals nach der ICSID Konvention erforderlich, dass die in Frage stehende Streitigkeit in unmittelbarem Zusammenhang mit einer Investition steht. Dabei ist der Begriff der Investition nicht definiert. Maßgeblich ist daher der in dem jeweiligen Investitionsabkommen zugrunde gelegte Investitionsbegriff. Daneben ist höchst umstritten, ob Artikel 25 ICSID eine eigenständige, dem Sinn und Zweck von ICSID, der Förderung von *Auslandsinvestitionen*, entsprechende Interpretation des Begriffes „Investment“ zulässt.

Es ist außerdem erforderlich, dass von den Streitparteien eine explizite Zustimmung zur Durchführung eines Verfahrens nach der Konvention erklärt wurde. Meist wird die Zustimmung bereits in einschlägigen bilateralen Abkommen vereinbart.

Die einmal erteilte Zustimmung zu einem Streitschlichtungsverfahren nach den Regeln der ICSID Konvention ist nicht widerruflich. Zudem beinhaltet sie nach Art. 26 Abs. 1 ICSID Übereinkommen einen Verzicht auf andere Rechtsbehelfe. Vor allem ist die Gewährung diplomatischen Schutzes durch den Heimatstaat des Investors dann ausgeschlossen. Diese Regelungen dienen vor allem dazu, die Effektivität und Exklusivität der Verfahren nach der Konvention ebenso zu steigern wie zu sichern.

Neben den allgemeinen Zuständigkeitsvoraussetzungen, die sich direkt aus der ICSID Konvention ergeben, besteht die Möglichkeit, weitere Zulässigkeitsanforderungen im Rahmen der jeweilig einschlägigen Investitionsabkommen festzulegen. Dabei werden vor allem Regelungen zum Fristablauf vereinbart. Wichtig ist dabei die Vereinbarung einer sogenannten „cooling off“ Periode. In diesem Zeitraum sind die Streitparteien angehalten, die Streitigkeit im Rahmen von Verhandlungen beizulegen.

Das im Völkerrecht für die Ausübung diplomatischen Schutzes durch den Heimatstaat bestehende Erfordernis der Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs kann im internationalen Investitionsschutzrecht in bilateralen Abkommen explizit vereinbart werden. Dies gibt auch Art. 26 Abs. 2 des ICSID-Übereinkommens vor. Nach der Einleitung eines ICSID-Verfahrens ist der innerstaatliche Rechtsweg allerdings gesperrt.

In bilateralen Abkommen sind zudem sogenannte Gabelungsklauseln (*fork in the road provision*) zu finden. Diese Klauseln sehen vor, dass der Investor entweder den innerstaatlichen Rechtsweg durch die Inanspruchnahme eines innerstaatlichen Rechtsbehelfs beschreiten kann oder die Streitschlichtung durch ein schiedsrechtliches Tribunal durchführt. Mit der Gabelungsklausel wird also im Kern ausgeschlossen, dass sich der Investor vor verschiedenen Organen auf eine Verletzung des Investitionsvertrages beruft. Eine Verletzung der zwischen dem Investor und dem Gastland bestehenden vertraglichen Beziehung kann aber weiterhin vor den innerstaatlichen Gerichten gerügt werden.

Die oben genannten Voraussetzungen stellen die allgemeinen Zuständigkeitsvoraussetzungen für die Einrichtung eines Schiedstribunals nach den Regeln der ICSID Konvention dar. Weitere, spezifische Voraussetzungen können in den einzelnen Investitionsverträgen enthalten sein. Diese sind dann zusätzlich zu erfüllen, es sei denn, dass ein inhaltlicher Widerspruch zu den Regeln der ICSID Konvention besteht.

c) Das anwendbare Recht in einem ICSID-Schiedsverfahren

In der Regel ergibt sich das anzuwendende Recht in einem ICSID Schiedsverfahren aus dem einschlägigen bilateralen Abkommen, in dem eine Rechtswahl getroffen wurde. Fehlt es an einer solchen Rechtswahl, legt das ICSID Schiedsgericht das Recht des Gaststaates zusammen mit den jeweils einschlägigen Regeln des Völkerrechts zugrunde. Damit erhält ein Tribunal nach Art. 42 der ICSID Konvention das Recht, nationales Recht einschließlich des nationalen Verwaltungs- und Verfassungsrechts anzuwenden.

Wird durch ein Schiedsgericht ein völkerrechtlicher Vertrag angewendet und ausgelegt, sind hierfür die Regeln der Wiener Vertragsrechtskonvention maßgeblich. Die Förderung und der Schutz der Investition stehen aber immer im Mittelpunkt der Auslegung.

d) Umfang und Rechtsfolgen eines ICSID Schiedsspruches

Aus Art. 48 Abs. 3 der ICSID Konvention ergibt sich, dass ein Schiedsspruch alle aufgeworfenen Rechtsfragen beantworten soll. Wichtig ist vor allem, dass über den

Schiedsspruch Schadensersatz gewährt werden kann, die Entschädigung muss dann jeweils auf der Grundlage der einschlägigen Vorschrift über die tatbestandlichen Voraussetzungen und die Rechtsfolgen einer Enteignung erfolgen. Im Übrigen ist nach den Grundsätzen der allgemeinen völkerrechtlichen Verantwortlichkeit Schadensersatz zu leisten. Dies ist jedoch nur dann der Fall, wenn die Rechtsverletzung zu einem Schaden geführt hat. Hinzu kommt, dass das Tribunal die Kosten des Verfahrens festsetzt und deren Verteilung bestimmt, siehe Art. 61 ICSID Konvention.

Bedeutsam für die Parteien ist vor allem, dass der Schiedsspruch eine bindende Wirkung hat und nach den Regeln des nationalen Prozessrechts als Titel vollstreckbar ist, Art. 54 ICSID Übereinkommen. Daher kann er weder vor einem innerstaatlichen oder internationalen Gericht angegriffen oder überprüft werden. Die oben genannten Regeln ergeben sich teilweise auch aus den zugrunde gelegten bilateralen Abkommen, siehe hierzu z. B. Art. 11 Abs. 3 MV.

Im deutschen Recht folgt die Vollstreckbarkeit von ICSID Schiedssprüchen aus dem Zustimmungsgesetz zur ICSID Konvention, Art. 2 Abs. 1¹⁸. Aus der Vorschrift des § 1061 ZPO ergibt sich die Vollstreckbarkeit anderer internationaler Schiedsgerichtsentscheidungen. Die einschlägige Vorschrift der deutschen Zivilprozessordnung setzt dabei die entsprechende Vorschrift des New Yorker Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche um.

e) Sonderproblem: Die rechtliche Überprüfung von ICSID Entscheidungen

Eine in der vergangenen Zeit heftig diskutierte Frage ist die rechtliche Überprüfbarkeit von ICSID Entscheidungen. Nach Art. 51 und Art. 52 der Konvention ist die Überprüfbarkeit von Schiedssprüchen nur in sehr wenigen Fällen möglich. Nach Art. 52 ICSID Konvention ist ein Aufhebungsverfahren vorgesehen. Für die Durchführung eines entsprechenden Verfahrens muss eine Streitpartei einen der enumerativ aufgezählten Aufhebungsgründe vorbringen können. Zu diesen zählen die offensichtliche Überschreitung der Befugnisse durch das Schiedsgericht, die Bestechung eines Schiedsrichters, die fehlerhafte Bildung und Zusammensetzung eines Schiedsgerichts, das Vorliegen schwerwiegender Verfahrensfehler sowie das Fehlen einer Begründung für den Schiedsspruch. Die Durchführung eines Aufhebungsverfahrens kann dazu führen, dass der angegriffene Schiedsspruch aufgehoben wird und die Parteien daraufhin ein neues Schiedsverfahren beginnen können. Eine inhaltliche Überprüfung der Schiedsentscheidung erfolgt aber nicht.

¹⁸ BGBl. 1969 II, S. 369, geändert durch Gesetz vom 22.12.1997, BGBl. 1997 I, S. 34224.

Dies ist darauf zurückzuführen, dass im System der ICSID Schiedsgerichtsbarkeit keine reguläre Rechtsmittelinstanz vorgesehen ist. Die Schaffung einer entsprechenden Instanz würde vor allem zu einer Vereinheitlichung der schiedsrechtlichen Spruchpraxis führen. Problematisch hierbei bleibt aber, dass die Schiedssprüche auf zwar ähnlich, aber keinesfalls identisch formulierten Verträgen beruhen. Zudem sehen erst die neu in Kraft getretenen Abkommen die Überprüfbarkeit der Schiedssprüche durch eine Rechtsmittelinstanz vertraglich vor. Auch wäre die Rechtsmittelinstanz allein den Verfahren vorbehalten, die nach den Regeln der ICSID Konvention durchgeführt werden.

V. Kurzfall zu ICSID

1. Sachverhalt

Ein international tätiges Automobilunternehmen (A) mit Sitz in D plant, einen Teil seiner Produktion ins Ausland zu verlagern, da sowohl Produktionskosten als auch Lohnkosten dort wesentlich geringer sind als in D. Das Zielland für die neue Produktionsstätte von A ist das Land I. I ist ein Schwellenland und zwischen I und D besteht ein bilaterales Investitionsabkommen (MV), welches die Grundsätze der Nichtdiskriminierung, der Entschädigung bei Enteignungen und schließlich den Zugang für den Investor zu einem Streitschlichtungsverfahren vorsieht, in welchem dem Investor Parteistatus zugewiesen ist.

A fühlt sich aufgrund des bestehenden bilateralen Abkommens ausreichend abgesichert und erwirbt ein Grundstück in I, auf dem die Produktionsstätte errichtet werden soll. Das Grundstück war seit mehr als zehn Jahren als Produktionsstätte für Industrieanlagen verwendet worden. Bei der Errichtung der Produktionsstätte von A, die im Wesentlichen eine Umgestaltung der bereits bestehenden Anlagen beinhaltet, wurde von den Behörden von I eine Genehmigung mit einer einjährigen Laufzeit erteilt, die sich sowohl auf die Umgestaltung der Anlagen als auch auf die Inbetriebnahme bezog. Zudem versichern die Behörden von I, dass eine Erteilung der Nutzungsgenehmigung auch in Zukunft „auf jeden Fall und ohne Probleme“ erfolgen werde.

Da aus der Anlage selbst Immissionen austreten, die sich unter Umständen gesundheitsgefährdend auswirken, verlangen die Anwohner die Schließung der Produktionsstätte. Eine Verminderung des Immissionsausstoßes nach der Umgestaltung und Übernahme der Produktionsstätte durch A erfolgt nicht.

Nach Ablauf der Laufzeit der Genehmigung beantragt A eine neue Genehmigung für den Zeitraum von fünf Jahren.

Die Behörden in I erteilen die Genehmigung jedoch nicht und machen als Begründung geltend, dass A die ihr obliegende Pflicht zur Dokumentation nicht beachtet habe; zudem gehen gesundheitsgefährdende Immissionen von der Produktionsstätte aus. Dieser Vortrag von I entspricht der Wahrheit, A macht aber geltend, dass die in Frage stehenden Dokumente nachgereicht werden können. Einen Grund zur Nichterteilung der Genehmigung sieht A hierin aber nicht.

I weigert sich jedoch weiterhin, die beantragte Genehmigung zu erteilen und lehnt die Zahlung einer Entschädigung strikt ab.

Daraufhin behauptet A, dass das Vorgehen von I den bilateralen Vertrag zwischen D und I verletze und erhebt Beschwerde nach der ICSID Konvention.

Aufgabe 1: Stellt das Verhalten von I eine Verletzung des bilateralen Abkommens dar?

Aufgabe 2: Kann A eine Beschwerde nach der ICSID Konvention erheben? Ist ein entsprechendes Tribunal zuständig?

Bearbeitervermerk:

I und D sind beide Vertragsparteien des ICSID-Übereinkommens. Zwischen den beiden Staaten besteht ein bilaterales Investitionsabkommen, das dem deutschen MV entspricht. Das Investitionsabkommen enthält eine Streitschlichtungsklausel, die auf ICSID verweist.

Mustervertrag:

Art. 4 Abs. 2 MV

Kapitalanlagen von Investoren eines Vertragsstaates dürfen im Hoheitsgebiet des anderen Vertragsstaates nur zum allgemeinen Wohl und gegen Entschädigung direkt oder indirekt enteignet, verstaatlicht oder anderen Maßnahmen unterworfen werden, die in ihren Auswirkungen einer Enteignung oder Verstaatlichung gleichkommen. Die Entschädigung muss dem Wert der enteigneten Kapitalanlage unmittelbar vor dem Zeitpunkt entsprechen, in dem die tatsächliche oder drohende Enteignung, Verstaatlichung oder vergleichbare Maßnahme öffentlich bekannt wurde. Die Entschädigung muss unverzüglich geleistet werden und ist bis zum Zeitpunkt der Zahlung mit dem üblichen bankmäßigen Zinssatz zu verzinsen; sie muss tatsächlich verwertbar und frei transferierbar sein. Spätestens im Zeitpunkt der Enteignung, Verstaatlichung oder vergleichbaren Maßnahme muss in geeigneter Weise für die Festsetzung und Leistung der Entschädigung Vorsorge getroffen worden sein. Die Rechtmäßigkeit der Enteignung, Verstaatlichung oder vergleichbaren Maßnahme und die Höhe der Entschädigung müssen in einem ordentlichen Rechtsverfahren nachgeprüft werden können.

Art. 8 Abs. 2 MV

Jeder Vertragsstaat wird jede andere Verpflichtung einhalten, die er in Bezug auf

Kapitalanlagen von Investoren des anderen Vertragsstaates in seinem Hoheitsgebiet übernommen hat.

Art. 10 MV

Meinungsverschiedenheiten zwischen den Vertragsstaaten über die Auslegung oder Anwendung dieses Vertrages sollen, soweit möglich, durch die Regierungen der beiden Vertragsstaaten beigelegt werden.

Kann eine Meinungsverschiedenheit auf diese Weise nicht beigelegt werden, so ist sie auf Verlangen des Investors des anderen Vertragsstaates einem Schiedsverfahren nach der ICSID Konvention unterworfen, sofern die Streitparteien keine abweichende Regelung vereinbaren.

2. Kurzlösung

a) Aufgabe 1

Die Nichterteilung der Nutzungsgenehmigung für A bezüglich der Nutzung der Produktionsstätte in I könnte eine Verletzung des bilateralen Abkommens für Investitionen zwischen I und D darstellen.

I. Anwendbarkeit des bilateralen Investitionsabkommens

Dann müsste das bilaterale Abkommen zunächst anwendbar sein.

1. A als Unternehmen des Staates D?

Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Abkommens ist, dass es sich bei A um ein Unternehmen aus dem Mitgliedstaat D handelt.

A hat seinen Sitz in D und wurde nach dem Statut von D gegründet. Es handelt sich daher um ein Unternehmen aus dem Mitgliedstaat D.

2. I als Vertragspartei des Abkommens?

I ist Vertragspartei des bilateralen Abkommens zwischen I und D.

3. Vorliegen einer Investition im Sinne des MV?

Weiterhin müsste es sich bei der Inbetriebnahme und Nutzung der Produktionsstätte um eine Investition im Sinne des MV handeln.

Streitgegenstand zwischen I und A ist die weitere Nutzung der Produktionsstätte durch A zur Fabrikation von PKW. Es handelt sich daher um eine Investition im Sinne des Abkommens.

II. Verletzung des bilateralen Investitionsvertrages durch eine rechtswidrige Enteignung

Fraglich ist, ob die Nichtgenehmigung der Nutzung eine Verletzung des bilateralen Abkommens begründet.

Dies ist dann der Fall, wenn es sich bei der Nichterteilung der Genehmigung um eine Enteignung handelt.

1. Vorliegen einer Enteignung

Es könnte sich zunächst um eine direkte Enteignung handeln.

Eine **direkte Enteignung** liegt dann vor, wenn dem Eigentümer durch staatlichen Hoheitsakt die Verfügungsgewalt über sein Eigentum formal entzogen wird.

A wird die Verfügungsgewalt über die Produktionsstätte nicht formal entzogen.

Das Vorliegen einer Enteignung scheidet daher aus.

2. Vorliegen einer indirekten Enteignung

Es könnte sich bei der Nichterteilung der Nutzungsgenehmigung aber um eine indirekte Enteignung handeln.

Eine **indirekte Enteignung** liegt dann vor, wenn dem Eigentümer die Eigentümerposition mit anderen Mitteln als durch staatlichen Enteignungsakt entzogen wird. Umfasst sind dabei auch Maßnahmen, die in ihrer Auswirkung einer Enteignung oder Verstaatlichung gleichkommen.

Die Nichterteilung der Nutzungsgenehmigung stellt ein faktisches Verbot der Nutzung der Produktionsstätte dar.

Eine indirekte Enteignung liegt daher vor.

3. Rechtmäßigkeit der Enteignung

Fraglich ist, ob die von I durchgeführte Enteignung rechtmäßig ist. Dies ist dann der Fall, wenn die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind.

Dann müsste die Enteignung einen **öffentlichen Zweck** verfolgen, dürfte sich **nicht diskriminierend** auswirken und müsste durch die Gewährung einer **Entschädigung** einen Ausgleich für den Investor herbeiführen.

Die Nichterteilung der Genehmigung erfolgte durch I, um den Erfordernissen des Gesundheitsschutzes Rechnung zu tragen. Ein öffentlicher Zweck wurde mithin verfolgt.

Weiterhin dürfte sich die Enteignung auch nicht diskriminierend auswirken. Anhaltspunkte hierfür sind nicht ersichtlich.

Schließlich müsste I das Unternehmen A durch die Gewährung einer Zahlung entschädigen.

Diese müsste **angemessen** sein, in einer **konvertiblen Währung** erfolgen und **unverzüglich** erfolgen.

I verweigert die Zahlung jeglicher Ausgleichsleistungen strikt.

Die Enteignung von A ist daher nicht rechtmäßig und stellt eine Verletzung des bilateralen Abkommens zwischen I und D dar.

III. Verletzung des bilateralen Abkommens durch Verstoß gegen den Grundsatz der billigen und gerechten Behandlung

Weiterhin könnte die Nichtgenehmigung einen Verstoß gegen den Grundsatz der billigen und gerechten Behandlung begründen.

Nach dem Grundsatz der „gerechten und billigen Behandlung“ müssen nationale Rechtsvorschriften klar und deutlich formuliert sein. Zudem muss die Anwendung objektiv und vorhersehbar sein. Der Grundsatz statuiert mithin ein Mindestniveau an Rechtssicherheit und Vertrauensschutz.

I machte A gegenüber vor Inbetriebnahme der Produktionsstätte deutlich, dass die Nutzungsgenehmigung auch für die Zukunft erteilt werden würde. A vertraute auf die Versicherung der Regierung des Staates I und ging insoweit vom Vorliegen eines sicheren Geschäftsklimas aus.

Die Nichterteilung begründet damit auch einen Verstoß gegen den Grundsatz der billigen und gerechten Behandlung.

IV. Ergebnis

Die Nichterteilung der Genehmigung stellt einen Verstoß gegen das bilaterale Investitionsabkommen zwischen I und D dar.

b) Aufgabe 2

I. Zuständigkeit eines ICSID Tribunals

Fraglich ist, ob die Zuständigkeit eines Tribunals nach der ICSID Konvention für die Streitschlichtung zwischen I und A gegeben ist.

Für die Streitschlichtung zwischen I und A bezüglich des o.g. Investitionsabkommens wäre nach Art. 25 ICSID Übereinkommen ein Schiedstribunal auf der Grundlage der ICSID Konvention zuständig, wenn die Zuständigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind.

Dann müssten I und D Vertragsparteien der ICSID Konvention sein.

Wie im Sachverhalt angegeben, sind sowohl I als auch D Vertragsparteien der Konvention. A ist dabei ein Investor aus einem anderen Vertragsstaat, da A seinen Sitz in D hat. Zudem bezieht sich der Streit zwischen I und A auch auf eine Investition, siehe oben.

Weiterhin müsste eine Zustimmung zur Durchführung eines Verfahrens nach der Konvention vorliegen.

I hat einem solchen Verfahren in dem bilateralen Abkommen zugestimmt. A erhebt Beschwerde, so dass eine Zustimmung auch von Seiten des Unternehmens A gegeben ist.

II. Ergebnis

Das Tribunal nach der ICSID Konvention ist mithin zuständig.