



AK



WIEN

Nathalie Bernasconi-Osterwalder und Lise Johnson

KRITISCHE BEWERTUNG DES ÖSTERREICHISCHEN MUSTERTEXTES FÜR BILATERALE INVESTITIONSSCHUTZABKOMMEN

Studie im Auftrag der AK Wien, November 2011

iisd International Institute for Sustainable Development
Institut international du développement durable



GERECHTIGKEIT MUSS SEIN

ISBN 978-3-7063-0423-8

November 2011

Im Auftrag der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien

Impressum:

Medieninhaberin, Herausgeberin: © Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien

Prinz-Eugen-Straße 20-22

1040 Wien

Druck: Eigenvervielfältigung

Verlags- und Herstellort: Wien

Übersetzung aus dem Englischen

**KRITISCHE BEWERTUNG des österreichischen MUSTERTEXTS für
bilaterale INVESTITIONSSCHUTZABKOMMEN**

Nathalie Bernasconi-Osterwalder und Lise Johnson

Im Auftrag der
Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien

November 2011

Aus dem Englischen übersetzt von Gudrun Hackenberg

Soweit nicht anderweitig angegeben, handelt es sich bei sämtlichen Übersetzungen von Zitaten um freie Übersetzungen.

Redaktionell überarbeitet von Elisabeth Beer

Inhaltsangabe

1. Einführung und Hintergrund	1
Geschichte	1
Reformansätze in Reaktion auf Klagen gegen zwei traditionelle BITs-Befürworter - die Vereinigten Staaten von Amerika und Kanada	2
Entwicklungen in Europa	3
Die Situation in Österreich	4
2. Investitionsschutzabkommen, ihre Auslegung und der österreichische Mustervertrag im Vergleich	6
Das österreichische Muster-BIT	6
Anwendungsbereich	8
<i>Definition „Investition“</i>	<i>8</i>
<i>Die Definition des Begriffs „Investitionen“ im österreichischen Muster-BIT</i>	<i>10</i>
<i>Die Definition „Investor“</i>	<i>11</i>
<i>Abschirmungsklauseln und weit gefasste Streitschlichtungsverfahren</i>	<i>14</i>
Verpflichtungen der Gaststaaten	17
<i>Nichtdiskriminierung: Meistbegünstigung und Inländergleichbehandlung</i>	<i>17</i>
<i>Marktzugang</i>	<i>22</i>
<i>Enteignung</i>	<i>23</i>
<i>Gerechte und billige Behandlung</i>	<i>25</i>
<i>Freier Kapitaltransfer</i>	<i>26</i>
Spezifische Bestimmungen zu Umwelt, Soziales und nachhaltige Entwicklung	28
<i>Vorkehrungen in der Präambel</i>	<i>28</i>
<i>Vermeidung eines Wettlaufs um niedrigere Standards</i>	<i>28</i>
<i>Ausnahmeregelungen</i>	<i>29</i>
<i>Das österreichische Muster-BIT: nachhaltige Entwicklung und andere politische Ziele</i>	<i>31</i>
Investor–Staat-Streitbeilegungen	33
<i>Ausschöpfung von Rechtsmitteln, Sperrfristen, Gabelungsklauseln und Verjährungsfristen</i>	<i>34</i>
<i>Mögliche Abhilfemaßnahmen</i>	<i>36</i>
<i>Transparenz der Schiedsverfahren und Interessenskonflikte der Schiedsrichter</i>	<i>37</i>
Verpflichtungen des Heimatstaats und des Investors	38
3. Schlussfolgerungen	41
4. Literatur	42
Anhang 1: Österreichischer Mustertext für bilaterale Investitionsabkommen	53

1. Einführung und Hintergrund

Geschichte

Mit dem Ziel Auslandsinvestitionen zu schützen und zu fördern, haben Staaten in den letzten 50 Jahren bilaterale Abkommen abgeschlossen. Den ersten Investitionsschutzvertrag unterzeichneten Deutschland und Pakistan im Jahr 1959. Heute existieren nahezu 3.000 dieser Abkommen, wobei der Großteil mehr oder weniger in den letzten 15 Jahren abgeschlossen wurde. Die geläufigste Form eines Investitionsvertrags ist das bilaterale Investitionsschutzabkommen (BIT). Inzwischen nehmen aber immer mehr Staaten ihre Investitionsschutzregelungen in Freihandelsverträge (FTAs) auf und verhandeln solche im Rahmen von regionalen Wirtschaftsintegrationen. Verhandlungen auf multilateraler Ebene, wie sie zuerst unter der Schirmherrschaft der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) und später der Welthandelsorganisation (WTO) angestrebt wurden, sind allerdings gescheitert.

Historisch betrachtet war das Hauptmotiv für den Abschluss von Investitionsschutzabkommen der Wunsch der kapitalexportierenden Industriestaaten, ihren Staatsangehörigen und Unternehmen finanziellen und rechtlichen Schutz für ihre Investitionen in kapitalimportierende Entwicklungsländer zu verschaffen. In diesem Sinne bestehen die meisten Investitionsschutzabkommen zwischen Industriestaaten und Entwicklung- oder Transformationsländern.

Auch wenn sich die einzelnen Investitionsschutzabkommen voneinander unterscheiden, so gibt es doch eine ganze Reihe typischer Bestandteile, die sie miteinander gemein haben. Hierbei handelt es sich um:

1. Präambeln, in denen die Zielsetzungen der Abkommen angeführt werden, wobei häufig der Schutz und die Förderung der Auslandsinvestitionen sowie die erweiterte wirtschaftliche Zusammenarbeit zwischen den Staaten im Mittelpunkt stehen;
2. weit gefasste Definitionen der „Investoren“ und „Investitionen“, womit der Anwendungsbereich der Abkommen dementsprechend breit angelegt wird;
3. Bestimmungen, die den Gaststaaten von Auslandsinvestitionen beträchtliche Verpflichtungen auferlegen, nach denen sie (a) ausländischen Investoren keine nachteiligeren Behandlungen als inländischen („Inländergleichbehandlung“) oder anderen ausländischen Investoren („Meistbegünstigungsklausel“) zukommen lassen dürfen; (b) Enteignungen eines ausländischen Investors nur gegen Entschädigungszahlungen durchführen dürfen; (c) ausländische Investoren „gerecht und billig“ zu behandeln haben und (d) ausländischen Investoren einen freien Kapitaltransfer in und aus dem Gastland gestatten müssen. Rund 40 Prozent der Verträge enthalten außerdem so genannte „Abschirmungsklauseln“, die die Gaststaaten an die Einhaltung anderweitiger rechtlicher Verpflichtungen gegenüber ausländischen Investoren, die über den betreffenden völkerrechtlichen Vertrag hinausgehen, binden;
4. Bestimmungen, die es den Investoren ermöglichen, ihre Ansprüche im Wege internationaler Schiedsgerichtsverfahren unmittelbar und direkt gegen die Gaststaaten geltend zu machen; und
5. das Fehlen von Bestimmungen, die den Investoren oder deren Heimatstaaten jegliche Verpflichtungen auferlegen.

Einige BITs, insbesondere die von den Vereinigten Staaten und Kanada unterzeichneten Abkommen, enthalten darüber hinaus Liberalisierungsklauseln, die den Investoren Marktzugangsrechte („*pre-establishment*“-rights) verschaffen sollen. Die europäischen Investitionsschutzverträge haben in der

Regel einen engeren Anwendungsbereich und gewähren ihren Investoren erst nachdem diese sich im Gaststaat etabliert haben Schutz („*post-establishment*“-rights). Investitionsschutz gemeinsam mit Marktzugangsrechten sind in europäischen Verträgen relativ selten zu finden.

Bis Ende der 1990er Jahre wurde außerhalb diplomatischer Kreise praktisch keine Notiz von Investitionsschutzabkommen genommen. Die vertragschließenden Staaten betrachteten den Abschluss eines BITs meist als Gelegenheit, die Staatsdelegationen beim feierlichen Akt der Unterzeichnung zu fotografieren, hatte er doch eher symbolische als rechtliche Funktion. Bis 1990 - für einen Zeitraum von 30 Jahren nach dem ersten Abschluss eines solchen Abkommens zwischen Deutschland und Pakistan - traten auch keine Streitfälle auf. Erst später, als im Rahmen des 1994 abgeschlossenen North American Free Trade Agreement (NAFTA) zwischen Kanada, den Vereinigten Staaten und Mexiko - einem Freihandelsabkommen mit einem Kapitel über Investitionsschutz - die ersten Fälle anhängig gemacht wurden, realisierten Regierungen, Investoren und die breitere Öffentlichkeit nach und nach, dass es sich bei diesen Abkommen nicht nur um Instrumente mit freundlich-diplomatischem Inhalt, sondern vielmehr um einseitig einklagbare Investitionsverträge handelte, die den Gaststaaten im Falle von Vertragsverletzungen gegenüber den Investoren ganz erhebliche Haftbarkeiten aufbürdeten.

Als die Zahl der BITs gegen Ende der 1990er Jahre zunahm und darüber hinaus Rechtsanwaltskanzleien allmählich erkannten, welches Werkzeug ihnen hier zur Verfügung steht, um Entschädigungsforderungen für vermeintliche Verluste, die ihre im Ausland tätigen Mandanten erfahren haben, einzufordern, ist die Anzahl der Streitigkeiten entsprechend angestiegen. Verglichen mit gerade mal 6 bekannten Fällen an Investor-Staat-Streitigkeiten im Jahre 1995 waren 10 Jahre später bereits 226 Fälle publik geworden. Diese Steigerung hielt an und verstärkte sich sogar: bis Ende 2010 ist die Anzahl der bekannten Streitfälle aus Investitionsschutzabkommen auf insgesamt 390 gestiegen (wobei die genaue Anzahl unbekannt ist, da viele Fälle nicht öffentlich bekannt gemacht werden). Dieser Trend spiegelt sich auch darin wider, dass juristische Fakultäten und Masterstudiengänge mittlerweile Studienkurse über die Schiedsgerichtsbarkeit in Investitionsfällen anbieten, in denen unter anderem besprochen wird, wie Investitionen zu strukturieren sind, um Vorteile aus den Investor-Staat-Streitschlichtungen ziehen zu können. Hiermit wiederum dürfte die aufgezeigte Tendenz noch weiter genährt werden. Vor etwa einem Jahrzehnt waren derartige Studienangebote im akademischen Bereich mehr oder weniger unbekannt.

Reformansätze in Reaktion auf Klagen gegen zwei traditionelle BITs-Befürworter - die Vereinigten Staaten von Amerika und Kanada

Als ausländische Investoren die Vereinigten Staaten und Kanada und damit Länder, die sich selbst vorrangig als kapitalexportierende Staaten betrachteten, im Rahmen der von ihnen verhandelten Investitionsschutzabkommen verklagten, wurde den Staaten klar, dass die BITs-Bestimmungen Auslegungen ermöglichen, die den eigenen politischen Handlungsspielraum ganz gravierend einengen. Sie stellten fest, dass sie ihre Regulierungsrechte schützen und sichern mussten, und berichtigten ihre neuen Investitionsschutzabkommen und Musterverträge in diesem Sinne. So nahmen sie beispielsweise für die weit auslegbaren Bestimmungen zur Enteignung und zur gerechten und billigen Behandlung Präzisierungen und Erläuterungen in die Verträge auf, die dem Schutz ihrer Umwelt- und Sozialpolitik dienen sollten. Darüber hinaus integrierten sie Bestimmungen, nach denen die im Vertrag verfolgte Zielsetzung die Förderung einer nachhaltigen Entwicklung ist und der Schutz von Investitionen nicht auf Kosten von Umweltschutz und Arbeitsrecht gehen darf. Darüber hinaus verabschiedeten die Vereinigten Staaten und Kanada neue Regelungen, die ein transparenteres Schiedsgerichtsverfahren sicherstellen sollen, nämlich bei der sämtliche nicht vertraulichen

Unterlagen und Anhörungen der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden und Nichtvertragsparteien die Möglichkeit von Eingaben erhalten.

Bis Juni 2011 waren die Vereinigten Staaten und Kanada mit 16 bzw. 14 Verfahren konfrontiert, die ausländische Investoren gegen sie anhängig gemacht hatten.¹ Fast alle Fälle wurden von kanadischen und amerikanischen Investoren angestrengt. Die Investoren können wohl schwer argumentieren, sich mangels gut funktionierender Justizsysteme auf die BITs-Bestimmungen berufen zu müssen, sondern nutzen die zusätzliche Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten, die über das nationale Recht hinausgehen. Die Vereinigten Staaten und Kanada haben Konsequenzen aus diesen Forderungen gezogen und ihre Abkommen durch Auslegungserklärungen, die Erarbeitung neuer Musterabkommen und Änderungen der vertraglichen Praxis enger und präziser abgefasst. Diese Maßnahmen scheinen relativ effektiv zu sein, ausländische Investoren daran zu hindern, mit Hilfe von Investitionsabkommen-Bestimmungen legitime innerstaatliche Rechts- und Regulierungsansätzen den Kampf anzusagen. Bis dato haben die Vereinigten Staaten noch kein Investor-Staat-Schiedsverfahren verloren; Kanada hat nur in zwei Verfahren verloren, wobei zu bedenken ist, dass diverse Verfahren durch Vergleiche beigelegt wurden und die klagenden Investoren somit mindestens einige ihrer Forderungen durchsetzen konnten.²

Entwicklungen in Europa

Im Gegensatz zu den Vereinigten Staaten und Kanada verwenden die meisten europäischen Staaten weiterhin BITs mit vagen Formulierungen; sie ermöglichen einen potentiell weitgehenden Investorenschutz und legen somit dem Gaststaat von Auslandsinvestitionen folgenschwere Verpflichtungen auf. Die europäischen Musterabkommen enthalten meist keine Hinweise auf nachhaltige Entwicklung. Vielmehr konzentrieren sie sich ausschließlich auf den Schutz des Investors. Obwohl EU-Mitgliedstaaten auf der Grundlage von Investitionsabkommen inzwischen mindestens 54 Mal verklagt worden sind, scheinen sie sich weiterhin als gemeinhin immun gegenüber den Angriffen der Investoren zu betrachten.

Doch angesichts der steigenden Zahl von Investitionsabkommen und der zunehmenden Bestände ausländischer Investitionen in Europa haben wohl auch die europäischen Staaten mit mehr Investor-Staat-Klagen zu rechnen. Dies wird auch deswegen wahrscheinlicher, als Investoren und Anwaltskanzleien sich immer mehr der strategischen und geschäftlichen Möglichkeiten bewusst werden, die US-Firmen angesichts des NAFTA-Abkommens für sich entdeckt haben. Einen ersten Eindruck der neuen Situation gewinnen wir durch die Klage des schwedischen Investors Vattenfall gegen Deutschland. In diesem Streitfall forderte der Investor 1,4 Milliarden Euro zuzüglich Zinsen und Verfahrenskosten als Entschädigung für Ertragseinbußen ein, die ihm durch Umweltauflagen der Verwaltungsbehörden für das geplante Kohlekraftwerk in der Stadt Hamburg angeblich entstanden sind. Der Investor hat seine Forderung nach den Investitionsschutzbestimmungen der Energiecharta eingereicht. Dieser Schachzug zeigt auf, dass Investoren für Streitigkeiten aus Investitionsabkommen die internationale Schiedsgerichtsbarkeit anstelle - oder zusätzlich zu - gut funktionierenden europäischen Rechtssystemen in Anspruch nehmen, da ihnen die Verträge hier Verfahrens- und materielle Rechte und Garantien einräumen, die über die auf nationaler Ebene verfügbaren Rechte hinausgehen.

Deutschland hat den Vergleich gesucht, anstatt dem Schiedsverfahren seinen Lauf zu lassen. Die Verkündung über die Beilegung der Streitigkeiten wurde auf einer privaten Website veröffentlicht (Deutschland hat das Urteil nicht öffentlich bekannt gemacht). Die genauen Bedingungen des Vergleichs sind unbekannt, obwohl es ein großes öffentliches Interesse am Ausgang des Streitfalls gibt. Es gibt Hinweise darauf, dass die deutsche Regierung sich zwecks Beilegung der Forderung mit

der Lockerung von Umweltnormen einverstanden erklärt und Vattenfall von der Verpflichtung befreit hat, einen Kühlturm zu errichten.

Die Vattenfall-Klage gegen Deutschland illustriert, dass es sich bei Investitionsschutzabkommen nicht einfach nur um wohlmeinende Verpflichtungen handelt, die investierende Unternehmen vor ungerechtfertigten Maßnahmen in Staaten mit schwachen oder fehlenden Rechtssystemen schützen sollen. Auch zeigt der Fall, dass die Welt heute nicht mehr simpel in kapitalexportierende Staaten, die einen starken Schutz ihrer Investoren wünschen, und kapitalimportierende Staaten, die, um Investitionen in ihr Land zu holen, Investitionsschutz bieten müssen, aufgeteilt werden kann. Die Industriestaaten werden zunehmend Empfänger von Investitionen aus anderen Industrieländern aber auch aus Entwicklungsländern, da beispielsweise Investitionen aus Indien und China in Europa keine Seltenheit mehr sind. Diese Umstände veranlassen zumindest einige europäische Staaten, ihre herkömmliche Investitionsschutzpolitik zu überdenken, doch halten die Diskussionen um BITS-Reformen mit den Gegebenheiten nicht Schritt, sondern kommen zu langsam voran.

Die Situation in Österreich

Österreich ist sowohl ein bedeutender Kapitalimporteureur als auch ein Kapitalexporteureur. Damit ist es wichtig, dass die österreichische Investitionsschutzpolitik der Förderung der nachhaltigen Entwicklung des Landes dient, da es sowohl als Gaststaat als auch als Heimatstaat fungiert.³

Österreich schloss sein erstes BIT mit Ungarn im Jahr 1976 ab; seitdem hat der Staat weitere 67 Abkommen unterzeichnet. Nur 8 dieser Verträge wurden in den Jahrzehnten vor 1990 unterfertigt; 26 wurden in den 1990er Jahren unterzeichnet. Die restlichen 34 Staatsverträge wurden ab dem Jahr 2000 (6 in 2000; 16 in 2001; 3 in 2002; 3 in 2003; 2 in 2004; 1 in 2006, und 3 in 2010) abgeschlossen.⁴ Derzeit sind 59 dieser Abkommen in Kraft.⁵

Der Großteil der BITs folgt dem traditionellen europäischen Muster: sie enthalten vage ausformulierte Bestimmungen über einen potentiell starken Schutz für Investoren, die in den Gaststaat investieren, während die möglichen Auswirkungen auf die Rechte der Gaststaaten, die Verpflichtungen der Investoren oder das Zusammenspiel von Investitionen und nachhaltiger Entwicklung kaum berücksichtigt werden. Dieser Ansatz entspricht weitgehend der Vorstellung, dass BITs den legitimen politischen Handlungsspielraum der Staaten nicht berühren, sondern lediglich diskriminierende Politiken gegenüber Investoren verhindern und entsprechende Rechtsmittel für solche Situationen zur Verfügung stellen sollen. Man könnte auch argumentieren, dass die BITs als von ausländischen Investoren einsetzbares Verteidigungsmittel gedacht waren, aber nicht als Instrument für ein offensives Vorgehen. Da aber in den letzten 20 Jahren in Streitschlichtungsfällen der Investorenschutz auf Kosten anderer politischer Ziele ausgelegt wurde sind die Staaten herausgefordert, Maßnahmen zur Wiederherstellung des Gleichgewichts zu setzen.

Wie weiter oben ausgeführt, sind die Vereinigten Staaten und Kanada beispielgebend vorangegangen und haben ihre Investitionsschutzbestimmungen derart entschärft, dass sie nicht mehr als offensive Waffen, wie einige Tribunale sie ausgelegt haben, gegen staatliche Regulierungen eingesetzt werden können. Andere Staaten, so auch Österreich, haben ebenfalls begonnen, ihre Investitionsschutzpolitik umzugestalten und ihre BITs im Verlauf der Zeit weiterzuentwickeln.

Einige der im letzten Jahrzehnt abgeschlossenen österreichischen BITs enthalten Bestimmungen, die hinsichtlich Schutzes und Förderung ausländischer Investitionen, auf geäußerte Kritikpunkte der Verträge alten Stils eingehen. Einige Verbesserungen wurden vorgenommen, etwa im Anwendungsbereich, indem der Kreis der durch die Abkommen gedeckten Investoren und

Investitionen enger gezogen sowie Ausnahmen hinsichtlich des freien Kapitaltransfers aufgenommen wurden. Auch sind die Vertragsziele in der Präambel ausgeweitet und ein Verweis auf das nationale Arbeitsrecht aufgenommen worden.

Im Jahr 2008 nahm Österreich einen Mustertext für bilaterale Investitionsschutzabkommen („Muster-BIT“) an, in dem neben den oben erwähnten Verbesserungen noch weitere Neuerungen festgehalten und weiter ausgeführt worden sind. In gewisser Weise wurden die Verpflichtungen der unterzeichnenden Gaststaaten im Muster-BIT besser abgeklärt, womit der politische Spielraum für nationale Regulierungsmaßnahmen einen wichtigen Schutz erfährt. Bestimmte Änderungen dürften dazu dienen, dass die Nachteile der Gaststaaten für Investitionsabkommen nicht erheblich über den Vorteilen liegen. Wie in dieser Abhandlung noch genauer ausgeführt wird, werden aber etliche Probleme im Muster-BIT nicht gelöst, sondern haften ihm nach wie vor an oder werden gar u.U. verschärft.

Die Erarbeitung und Verabschiedung des Muster-BITs sind für die Investitionspolitik von praktischer Bedeutung. Österreich hatte 2010 zwei BITs abgeschlossen: ein Abkommen mit dem Kosovo und eines mit Tadschikistan, deren Wortlaute eng an den Mustertext angelehnt waren. Nichtsdestotrotz kann auch von dem Muster-BIT abgewichen werden, was auch schon geschehen ist. Das von Österreich im Jahr 2010 mit Kasachstan abgeschlossene BIT enthält nur einige der Regelungen des Muster-BITs, wobei diese signifikante Abweichungen aufzeigen.

2. Investitionsschutzabkommen, ihre Auslegung und der österreichische Mustervertrag im Vergleich

Das österreichische Muster-BIT

Das österreichische Muster-BIT unterscheidet sich nicht grundsätzlich von den „traditionellen“ europäischen Investitionsschutzabkommen alten Stils. Es enthält allerdings eine ganze Reihe von Neuerungen, mit denen sichergestellt werden soll, dass der Gaststaat einen gewissen regulatorischen Handlungsspielraum für sich bewahrt, der in den früheren von Österreich unterzeichneten BITs enger gestaltet war.

Das Muster-BIT ist nach wie vor kurz, womit es auch wenig Auslegungsanleitung und Orientierung für das Schiedsgericht, das den Vertrag interpretieren wird, gibt. Im Vergleich dazu haben die Texte der US-amerikanischen und kanadischen Musterabkommen jeweils nahezu die dreifache Länge des österreichischen Muster-BITs und es sind darüber hinaus noch Anhänge und Erläuterungen vorgesehen, um die jeweiligen Staatsverträge spezifisch anpassen zu können (die Anhänge betreffen meistens Marktzugangsbestimmungen - ein Bereich, den das österreichische Muster-BIT nicht abdeckt, dieses beziehen sich nur auf die Phase nach der Unternehmensgründung).⁶

Struktur und Inhalt des Muster-BITs entsprechen mehr oder weniger den obigen Ausführungen. Es enthält die nach der Etablierung im Gastland für die Investitionen geltenden Standardverpflichtungen der Gaststaaten wie (a) Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung; (b) Enteignung; (c) gerechte und billige Behandlung; (d) freien Kapitaltransfer und (e) eine Abschirmungsklausel. Es gewährt den Investoren das Recht Investor-Staat-Schiedsgerichtsverfahren anzurufen, ohne das die Öffentlichkeit vom Ausgang und Entwicklung des Verfahrens informiert werden muss. Hinsichtlich Investorenpflichten und die seines Heimatstaats verhält sich das Muster-BIT recht verhalten.

Im Rahmen dieser traditionellen Bestandteile sowie auch zusätzlich zu diesen weist das Muster-BIT allerdings auch etliche neuere Bestimmungen auf. Hier sind insbesondere Folgende zu nennen:

1. Die Präambel stellt voraus, dass der Zweck des Abkommen über den reinen Schutz und Förderung von ausländischen Investitionen hinausgehen soll. Hiermit wird signalisiert, dass Investitionsförderung und -schutz als Instrument einer nachhaltigen wirtschaftlichen Entwicklung gesehen werden, die mit Umweltschutz, Arbeitsrecht, sozialer Verantwortung von Unternehmen und weiteren bedeutsamen politischen Zielen einhergehen und diese darüber hinaus auch unterstützen soll.
2. Obwohl die im Musterabkommen enthaltenen Definitionen von „Investoren“ und „Investitionen“ jeweils weit gefasst sind, enthält der Text Erklärungen durch die die Begriffe wiederum teilweise eingegrenzt werden. In den von Österreich früher abgeschlossenen BITs waren diese Einschränkungen gegenüber den Formulierungen im jetzigen Musterabkommen (z.B. die Klausel über die „Nichtgewährung von Vorteilen“ und der Wortlaut, nach dem Investitionen „in Übereinstimmung mit den Rechtsvorschriften“ vorzunehmen sind) recht allgemein gehalten; der jetzige Wortlaut definiert den Anwendungsbereich der geschützten „Investitionen“ präziser und schränkt sie ein, womit dieser als wichtige Erneuerung anzuerkennen ist.
3. Der im Muster-BIT enthaltene Artikel über Enteignungen schließt Maßnahmen, die dem legitimen Schutz des Gemeinwohls, also der Gesundheit, Sicherheit und Umwelt dienen, vom Enteignungsbegriff aus. Selbst wenn dies nicht vorbehaltlos geschieht, handelt es sich um eine sinnvolle Absicherung für Gesundheits- und Umweltmaßnahmen, die (zu einem großen

Teil) Situationen zu vermeiden vermag, in denen der Staat „für seine regulativen Anordnungen zur Kasse gebeten wird“.

4. In Bezug auf die freie Kapitaltransfer-Verpflichtung werden für gewisse rechtliche und politische Zwecke Ausnahmen vorgesehen. Wie an späterer Stelle in dieser Abhandlung genauer ausgeführt, ist es ungewiss, ob diese Ausnahmen weit genug gehen, um die legitimen Interessen der Gaststaaten auch dann angemessen zu schützen, wenn eine Kapitaltransferregulierung angesichts wirtschaftlicher Krisen und ernster Zahlungsbilanzschwierigkeiten zu ergreifen ist.
5. Auch die im Muster-BIT enthaltenen Regelungen zu den Themen Soziales und Umwelt stellen Innovationen dar. Ob diese Bestimmungen, wenn überhaupt, rechtlich relevant sein können, wird an späterer Stelle noch ausführlicher beleuchtet. In jedem Fall bezeugen diese Artikel ein vorhandenes Bewusstsein über die Auswirkungen von Investitionsförderung und -schutz auf diese Bereiche. Regelungen dieser Art können für die Auslegung von Investitionsabkommen relevant werden, wenn beispielsweise Konflikte zwischen einem hohen Investorenschutz und den umweltpolitischen Maßnahmen eines Staats auftreten.

Was die anderen Bestimmungen betrifft, unterscheidet sich das Musterabkommen kaum von den früheren Fassungen. Im Hinblick auf die materiell-rechtlichen Verpflichtungen des Gaststaats ist die vage formulierte Klausel über „gerechte und billige Behandlung“ beibehalten worden, anstatt ihren Anwendungsbereich ausdrücklich auf den laut Völkergewohnheitsrecht anerkannten Mindeststandard zu beschränken, wie es in vielen früheren Abkommen, einschließlich der US-amerikanischen und kanadischen Investitionsabkommen, der Fall ist.

Die Meistbegünstigungsklausel im Muster-BIT ist ebenfalls weit gefasst, ohne ihren Geltungsbereich einzuengen, was den Investoren die Einbringung materieller Rechte und Verfahrensrechte aus anderen - günstigeren - BITs ermöglicht.

Bemerkenswerterweise enthält das Muster-BIT eine Abschirmungsklausel und scheint die durch die Klausel auferlegten Verpflichtungen gegenüber den in früheren österreichischen BITs vorgesehenen Regelungen sogar noch auszuweiten.

Die Muster-BITs-Bestimmungen zu Investor-Staat-Streitschlichtungen weisen keinerlei Neuerungen auf, die sich dem anwendbaren Schiedswesen innewohnenden Problemen widmen würden: die Frage der Transparenz bleibt offen; es wird nicht versucht, die Interessenskonflikte von Schiedsrichtern und Rechtsberatern anzugehen, und es werden auch keine Mechanismen erwogen, um einen höheren Grad an Einheitlichkeit bei schiedsrichterlichen Entscheidungen sicherzustellen, wie beispielsweise durch ein Berufungsverfahren.

Im Folgenden soll untersucht werden, wie die Regelungen der fünf zentralen Themen, (1) Anwendungsbereich, (2) Verpflichtungen der Gaststaaten, (3) Regelungen zu Soziales, Umwelt und nachhaltige Entwicklung, (4) Investor-Staat-Streitbeilegungsverfahren und (5) Verpflichtungen des Heimatstaats und des Investors in anderen bestehenden Investitionsschutzabkommen ausgestaltet sind. Wir werden uns damit beschäftigen, wie die Schiedsgerichte die jeweiligen Bestimmungen bei ihrer Beilegung von Investor-Staat-Streitigkeiten ausgelegt haben und welche Folgen Investitionsabkommen für Gaststaaten nach sich ziehen können. Weiterhin wird beleuchtet, wie das österreichische Muster-BIT sich im Verhältnis zu bestehenden Abkommenspraktiken verhält. Darüber hinaus analysieren wir in welchen Bereichen das Muster-BIT die Probleme, die im Zusammenhang mit BITs aufgetreten sind, anerkennt und zu beheben versucht und heben aber auch hervor, wo Bedenken weiterhin bestehen.

Anwendungsbereich

Der in einem Investitionsabkommen festgelegte Anwendungsbereich regelt, welche Investoren und Investitionen vertraglich geschützt werden sollen und wem gegenüber die Gaststaaten für welchen Zeitraum verpflichtet sind. Wie noch näher erörtert wird, wird der Anwendungsbereich einer Investition durch folgende Schlüsselfaktoren mitbestimmt: die Definition der Begriffe „Investition“ und „Investor“ sowie die Frage, ob im Investitionsabkommen nicht enthaltene Verpflichtungen gegenüber einer Investition durch so genannte „Abschirmungsklauseln“ („*umbrella-clauses*“) dennoch zu vertraglichen Verpflichtungen werden. Die Analyse des österreichischen Muster-BITs ergibt einen sehr weit gefassten Anwendungsbereich und daraus hervorgehend Haftbarkeiten der Gaststaaten, die sich nicht merklich von den älteren österreichischen BITs unterscheiden.

Definition „Investition“

Bei der Definition des Begriffs „Investition“ in Investitionsabkommen ist es üblich, eine umfassende, sachwertbasierte Formulierung zu wählen, die „Vermögenswerte jeder Art“, die „direkt oder indirekt“ „im Eigentum oder unter der Kontrolle“ eines ausländischen Investors stehen, einbezieht. Dieser Definition folgt in der Regel eine nicht erschöpfende Auflistung der Formen, die diese Vermögenswerte annehmen können. Für gewöhnlich ist hier eine breite Palette an Vermögenswerten und dinglichen Eigentumsrechten aufgeführt, wie bewegliches und unbewegliches Vermögen, Aktien, Anteilsrechte oder Obligationen einer Gesellschaft, Termingeschäfte, Optionen, Derivate, Vertragsrechte, Goodwill und geistige Eigentumsrechte, einschließlich Markenrechten und Urheberrechten. Außerdem gibt es auch Definitionen des Begriffs „Investition“, die gewinnorientierte oder gemeinnützige Unternehmen im Eigentum oder unter der Kontrolle von staatlichen oder privaten Rechtspersonlichkeiten mit einschließen.

Ein Problem bei dieser Herangehensweise besteht darin, dass die Formulierung „Vermögenswerte jeder Art“ eben auch diese allumfassende Bedeutung hat und von den Tribunalen entsprechend ausgelegt wurde. D.h. alle Arten von Vermögenswerten - von Geldern auf Bankkonten über Ferienhäuser bis hin zum „Goodwill“ eines Unternehmens - werden als Investitionen anerkannt. Selbst Verträge über den Verkauf von Waren, die der Investor in seinem Heimatland hergestellt hat, oder über die Erbringung von Dienstleistungen, die der Investor in seinem Heimatstaat erbringt und dann an Verbraucher im Gaststaat verkauft, können sich potentiell als Investition qualifizieren.⁷ Selbst wenn diese Arten von Vermögenswerten nur einen geringfügigen oder gar keinen Beitrag zur Wirtschaft des Gaststaats oder zu einer (nachhaltigen) Entwicklung leisten, können sie in den Genuss der im Investitionsabkommen vorgesehenen erweiterten Rechte und Schutzmaßnahmen kommen.

Ein weiteres mit der weiten Definition von „Investitionen“ verbundenes Problem besteht darin, dass Investitionen im Privatbesitz - ob beabsichtigt oder nicht - die gleichen Rechte und Möglichkeiten zu Teil werden können wie Unternehmen, die im Staatseigentum stehen oder von Staaten betrieben werden. Schließt die Definition „Investitionen“ in einem Abkommen Gesellschaften oder sonstige Körperschaften, die im Eigentum des Staats stehen oder von ihm betrieben werden, mit ein, und verpflichtet das Abkommen dann die Gaststaaten, ausländische „Investitionen“ genauso günstig zu behandeln wie inländische „Investitionen“, können die Gaststaaten daran gehindert werden, ihre nationalen, in staatlichem Eigentum oder unter staatlicher Kontrolle stehenden Körperschaften durch Subventionen, Gewährung von Monopolrechten oder sonstige Formen der staatlichen Unterstützung zu begünstigen. Selbst wenn das staatliche Unternehmen mit dem Ziel der zuverlässigen und preiswerten Erbringung von öffentlichen Diensten und eben nicht mit dem Ziel der Gewinnerwirtschaftung gegründet wurde, wird seiner öffentlichen Dienstleistung/Gemeinnützigkeit im

Rahmen des Investitionsabkommens nicht notwendigerweise ein besonderer oder geschützter Status zugeschrieben (siehe Kasten 1).

Kasten 1: Staatliche Unternehmen als Investitionen

Die Frage des Einbezugs staatlicher Unternehmen in die Definition „Investition“ trat im Kontext des Falles *UPS ./. Canada* aus dem NAFTA-Abkommen auf. Der US-Investor und Kläger argumentierte, dass Kanada gegen das NAFTA-Abkommen verstoßen habe, indem das Land sein in Staatseigentum und unter staatlicher Kontrolle stehendes Postbearbeitungs- und zustellungsunternehmen, die Canada Post, günstiger behandelt habe als den privaten US-Investor und somit die Verpflichtung zur Inländergleichbehandlung verletzt habe. Um seiner Forderung Halt zu verleihen, musste der US-Kläger den Beweis antreten, dass es sich bei der Canada Post - einem staatlichen Unternehmen, das die wichtige öffentliche Aufgabe erfüllen sollte, den Kanadiern landesweit zuverlässige und erschwingliche Postdienstleistungen zukommen zu lassen - um eine „Investition“ handelte und dass Kanada ihre nationale „Investition“ auf unlautere Weise und zu Ungunsten der US-Investition bevorzuge.

Das Tribunal befand ohne weitere Probleme, dass die Canada Post eine „Investition“ eines nationalen Investors (Kanada) sei und eine nicht gebotene Diskriminierung ausländischer Investitionen zugunsten der Canada Post das NAFTA-Abkommen verletzen würde. Die Mehrheit des Schiedsgerichts lehnte die Forderungen des Klägers allerdings aus verschiedenen Gründen ab, unter anderem mit der Begründung, dass das vermeintliche diskriminierende Vorgehen Kanadas zugunsten der Canada Post unter die Ausnahmen fielen, die im NAFTA-Abkommen hinsichtlich des öffentlichen Beschaffungswesens und des Schutzes „kultureller Gewerbe“ vorgesehen waren. (Einer der Schiedsrichter schrieb eine separate Stellungnahme, in der er seine Meinung darlegte, dass diese Ausnahmen nicht zuträfen.) Viele BITs enthalten aber solche Ausnahmeregelungen nicht.

UPS of America ./. Canada, Award vom 24. Mai 2007, paras. 45-72.

In Ermangelung präziser Definitionen des Begriffs „Investitionen“ legen die Schiedsgerichte diesen Begriff fallweise sehr weit aus. Geht es um die Entscheidung, ob eine „Investition“ vorliegt (und folglich, ob den Schiedsgerichten die Zuständigkeit für die Streitfälle obliegt), tendieren sie dazu, sich ganz eng an den Vertragstext zu halten und jegliche Argumente der Staaten abzuweisen, nach denen im Sinne einer Einschränkung des Kreises geschützter „Investitionen“ gewisse Grenzen in den Staatsvertrag hineingelesen werden sollten.

Dieser Sachverhalt wird durch eine Reihe von Fällen gegen Argentinien aufgrund von regulativer Maßnahmen, die der Staat während und in Reaktion auf seine Finanzkrise ergriff, veranschaulicht. Die Fragestellung, ob Minderheitsgesellschafter und/oder indirekte Anteilseigner Rechte aus einem Investitionsabkommen geltend machen und Entschädigungen für Verluste fordern konnten, die sie infolge von Beeinträchtigungen der *Gesellschaft* davongetragen hatten, an der sie beteiligt waren (im Gegensatz zu Beeinträchtigungen ihrer Rechte als Anteilseigner wie im Falle einer Enteignung oder Rücknahme der Anteile selbst) waren relevant für etliche Streitschlichtungsverfahren. In diesen Fällen, zu denen *CMS ./. Argentina*,⁸ *Azurix ./. Argentina*,⁹ *Enron ./. Argentina*,¹⁰ und *Siemens ./. Argentina*¹¹ gehörten, brachte Argentinien vor, dass Gaststaaten einer Unmenge von Klagen verschiedenster Anteilseigner sowie Klagen der Gesellschaften standhalten müssten, wenn die Schiedsgerichte es zuließen, dass Minderheitsgesellschafter und/oder indirekte Anteilseigner wegen Beeinträchtigungen des Unternehmens Ansprüche geltend machen könnten. Argentinien argumentierte, dass eine derartige Entscheidung absurd und unzumutbar sei und zudem der allgemeinen Regel des Völkerrechts entgegenstünde, die derartig weitgehende Rechte von Anteilseignern nicht anerkennen würde. Die Schiedsgerichte hingegen wiesen diese Argumente zugunsten einer weit gefassten

Definition von „Investitionen“ zurück. Bei ihrer Entscheidung beriefen sie sich auf die Feststellung, dass der im anwendbaren BIT enthaltene Wortlaut eine derartige Einschränkung nicht vorsähe.

Die zahlreichen Schiedssprüche der Tribunale, die den Anwendungsbereich der „Investitionen“ auslegen, sowie die Unklarheiten, die den in der Regel in Investitionsabkommen verwendeten weiten Bestimmungen innewohnen, haben einige Staaten veranlasst, entweder Alternativen zu der weit gefassten, an Vermögenswerten orientierte Formulierung zu schaffen oder aber durch Präzisierungen die Definition einzugrenzen. Im Ergebnis ergaben sich unter anderem folgende Vorkehrungen:

- die Anforderung, dass Investitionen dauerhafte oder bedeutende Eigentumsrechte an einem ausländischen Unternehmen darstellen oder zwecks Erzielung eines wirtschaftlichen Vorteils getätigt worden sein müssen;¹²
- die Anforderung, dass ausländische Investitionen in Übereinstimmung mit den Rechtsvorschriften des Gaststaats vorgenommen werden müssen;¹³
- der Hinweis darauf, dass die Liste der Vermögenswerte, die „Investitionen“ darstellen, als eingrenzende, erschöpfende und nicht als veranschaulichende Aufstellung gilt;¹⁴ und
- das Ausschließen gewisser Arten von Vermögenswerten, wie bestimmter geistiger Eigentumsrechte,¹⁵ Rechte aus Gerichtsurteilen¹⁶ und Rechte auf Gelder, die mit dem grenzüberschreitenden Handel von Waren und Dienstleistungen zusammenhängen.¹⁷

Derartige Klarstellungen haben in der Tat dazu geführt, dass Investorenklagen, abgewährt werden konnten. Das für den Fall *Inceysa ./. El Salvador*¹⁸ anwendbare BIT enthielt beispielsweise Regelungen, dass Investitionen gemäß den nationalen Rechtsvorschriften vorgenommen sein mussten, um sich für einen Schutz zu qualifizieren. El Salvador brachte vor, dass (1) der den Forderungen des Investors zugrunde liegende Vermögenswert durch Betrug gesichert wurde und (2) aus diesem Grunde keine unter das Abkommen fallende rechtmäßig vorgenommene Investition sei. Das Schiedsgericht teilte diese Ansicht und wies die Zuständigkeit für die Klage des Investors zurück.¹⁹

Im Fall *Grand River Enterprises ./. United States* hob das Schiedsgericht bei ihrer Abweisung der Zuständigkeit für eine ganze Reihe von Forderungen seitens des Klägers hervor, dass das anwendbare Investitionsabkommen, das NAFTA-Abkommen, eine „relativ restriktive“, erschöpfende Definition des Begriffs „Investition“ enthielte. Das Tribunal war der Meinung, dass die Geschäftsaufwendungen und -tätigkeiten des Klägers sich nicht in die aufgezählten Kategorien der durch das Abkommen geschützten Vermögenswerte einreihen.²⁰

Die Definition des Begriffs „Investitionen“ im österreichischen Muster-BIT

Die im österreichischen Muster-BIT enthaltene Definition des Begriffs „Investition“ ist recht weit und sachwertorientiert. Sie enthält eine exemplarische, und keine erschöpfende Liste der geschützten Vermögenswerte. Ausdrücklich heißt es, dass Investitionen „die sich direkt oder indirekt im Eigentum oder unter der Kontrolle“ ausländischer Investoren (Art. (1)(2)) befinden, geschützt seien. Ergänzend wird festgestellt, dass die Definition „Investitionen“ auch alle Unternehmen erfasse, und zwar „unabhängig davon, ob sie gewinnorientiert sind oder nicht oder in privatem oder staatlichem Eigentum stehen“. (Art. 1(3)). Diese Formulierung im Muster-BIT bietet unbestritten einen weitergehenden Schutz als den, der in bestehenden österreichischen BITs vorgesehen ist. Denn etliche der von Österreich vor 2008 abgeschlossenen BITs bezieht indirekte Investitionen, Körperschaften in staatlichem Eigentum oder unter staatlicher Kontrolle oder nicht gewinnorientierte Unternehmen nicht ausdrücklich mit ein.²¹

Der Vertragstext setzt dem Anwendungsbereich des Begriffs „Investitionen“ auch wieder gewisse Grenzen. So enthält das Muster-BIT unter anderem einen Artikel mit der Überschrift „Geltungs- und Anwendungsbereich des Abkommens“, in dem klargestellt wird, dass das Abkommen auf „Investitionen“ Anwendung findet, „die im Hoheitsgebiet eines Vertragspartners gemäß ihren Rechtsvorschriften getätigt werden.“ (Art. 27(1)).

Auch heißt es im österreichischen Muster-BIT, dass „Investitionen dann als solche anerkannt werden, wenn sie spezifische Charakteristika wie den Einsatz von Kapital oder anderen Ressourcen oder die Erwartung von Gewinnen oder Profit oder die Übernahme von Risiken aufweisen.“ (Art. 1(2)). Durch diese Festlegung könnte der Investitionsbegriff auf den besonderen Schutz „bedeutsamer“ Investitionen unter Ausschluss jener Investitionen eingeschränkt sein, die keine wesentliche Präsenz sind oder keinen wirtschaftlichen Beitrag im Gaststaat liefern. Dennoch bleibt die praktische Auswirkung der Regelung durch die Formulierung, dass „*Investitionen so verstanden, dass sie spezifische Charakteristika aufweisen wie den Einsatz von Kapital oder anderen Ressourcen oder die Erwartung von Gewinn oder Profit oder die Übernahme von Risiken*“, in gewisser Weise unklar. Bedeutet dies, dass sämtliche aufgeführte Vermögenswerte diese Eigenschaften unterstellt werden, oder bedeutet es, dass jeder aufgeführte Vermögenswert zusätzlich eines jener Merkmale aufweisen muss?

Letztendlich kann das Muster-BIT als ein Abkommen betrachtet werden, das den Schutz von Unternehmen ohne substanzielle geschäftliche Präsenz im Gaststaat verhindert, weil es in seinem Artikel „Definitionen“ darauf hinweist, dass „Unternehmen“ eine Form geschützter Investitionen darstellen, und dann präzisiert, dass „Unternehmen“ juristische Personen oder sonstige Rechtssubjekte sind, die „nach dem anwendbaren Recht einer Vertragspartei gegründet wurden oder organisiert sind und dort substanzielle Geschäftstätigkeiten durchführen.“ Diese Regelungen zusammen scheinen Gesellschaften mit nur geringfügigen Tätigkeiten im Gaststaat in der Tat vom Begriff „Investitionen“ auszuschließen, aber es bleibt unklar, in welcher Weise sie sich auf die Begriffsbestimmung „Investition“ beziehen. Denn diese Begriffsbestimmung dient der Veranschaulichung und ist nicht erschöpfend: so können alle Formen von Vermögenswerten unter den Begriff „Investition“ fallen, ohne gleichzeitig die Voraussetzungen für die Definition eines „Unternehmens“ und seiner „substanziellen Geschäftstätigkeiten“ zu erfüllen (Art. 1(1)(2)).

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die im Muster-BIT enthaltenen Formulierungen, nach denen geschützte „Investitionen“ nach Maßgabe des geltenden Rechts des Gaststaats getätigt worden sein müssen, den Anwendungsbereich des Abkommens nicht mehr einschränken als es durch die Vorkehrungen in früher abgeschlossenen BITs schon der Fall war. Die von Österreich ab den 1980er Jahren unterzeichneten Abkommen enthielten häufig einen dementsprechenden Wortlaut.

Die Vorkehrungen im Muster-BIT, die darauf hinweisen, dass Investitionen sich auf irgendeine Art von tatsächlichen Beiträgen zu dem Gaststaat oder auf dort tatsächlich durchgeführte Geschäftstätigkeiten beziehen müssen, stellen allerdings eine Innovation gegenüber den früheren österreichischen BITs dar: derartige Einschränkungen gab es in den österreichischen BITs, einschließlich der jüngeren, nur selten, wenn überhaupt.²²

Die Definition „Investor“

Ähnlich wie bei der Bestimmung von „Investitionen“ sind die Definitionen des Begriffs „Investoren“ häufig weit gefasst, indem es heißt, dass ein „Investor“ ein Staatsangehöriger oder ein Unternehmen einer Vertragspartei ist, der/das Investitionen in einem anderen Vertragsstaat plant, gerade vornimmt oder bereits getätigt hat.²³

Derartige allgemein gehaltene Definitionen können den Anwendungsbereich des BITs in einer Weise vergrößern, der möglicherweise von den Vertragsparteien nicht gewünscht oder beabsichtigt sind. So geben weite Definitionen den Investoren die Möglichkeit, ihre Staatszugehörigkeiten entsprechend der gewährten Rechte und Schutz bestimmter Investitionsabkommen zu gestalten.²⁴

Einige Tribunale, wie in den Fällen *Phoenix ./. Czech Republic*²⁵ und *Cementownia ./. Turkey*²⁶, waren in diesem Zusammenhang nicht bereit, dem Investor das Schutzprivileg aus einem BIT zuzusprechen, da es offensichtlich war, dass der Investor im Heimatstaat nur deshalb einen rechtsgültigen Sitz geschaffen hatte, um den erweiterten Schutz aus BITs für sich in Anspruch nehmen zu können.

Die Staaten sind daher auch dazu übergegangen, sorgfältiger zu formulieren, wer sich als geschützter „Investor“ qualifiziert; so wird beispielsweise den so genannten „Briefkastenfirmen“ (das sind Firmen, die im Heimatstaat eine nur geringfügige Präsenz errichten, etwa ein Postfach) der Schutz aus Investitionsabkommen verwehrt.²⁷ Dafür kann gesorgt werden, indem dieser Ausschluss ausdrücklich in der Definition der geschützten „Investoren“ aufgeführt wird.²⁸ (siehe Kasten 2).

Kasten 2: AFT ./. Slovak Republic: Abweisung des Schutzes für „Briefkastenfirmen“

Eine relativ enge Definition von geschützten „Investoren“ in einem BIT stand kürzlich bei den Investitionsstreitigkeiten *AFT./. Slowakische Republik* zur Debatte und veranlasste das Schiedsgericht, seine Zuständigkeit für die Beschwerde der Klägerin abzulehnen. Bei dem BIT handelte es sich um ein 1990 zwischen der Schweiz und der Slowakischen Republik unterzeichnetes Abkommen, in dem „Investoren“ als „juristische Personen...., die nach dem Recht jener Vertragspartei gegründet wurden oder organisiert sind und ihren Sitz, begleitet von tatsächlich durchgeführten wirtschaftlichen Tätigkeiten, im Hoheitsgebiet derselben Vertragspartei haben“ (Art. 1(1)(b)) definiert sind. Das Schiedsgericht beschrieb diese Bestimmung als eine „besondere (und eher unübliche) Klausel, durch die die beiden Vertragsparteien Briefkasten-, oder ‚Papier‘-Firmen aus dem vertraglich vorgesehenen Schutz ausschließen wollten“ (para 224).

Das Schiedsgericht befand bei der Ablehnung der Klage, dass ein Unternehmenssitz eine „effektive Verwaltungseinheit für geschäftliche Tätigkeiten“ sei und dass die Klägerin, die in der Schweiz keine Telefonnummer, keinen Mietvertrag für gewerbliche Räumlichkeiten und kein Bankkonto nachweisen konnte, nicht den Beweis erbracht habe, in der Schweiz, dem vermeintlichen Heimatstaat, einen derartigen Sitz zu unterhalten (paras 217-218). Das Schiedsgericht erklärte außerdem, dass die Klägerin keine „tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeiten“ in der Schweiz habe nachweisen können, da sie „nicht in der Lage“ gewesen sei, „[die] Anzahl und Art ihrer Kunden, die Art ihrer Tätigkeiten, die Art der von ihr abgeschlossenen Verträge, die Anzahl und Positionen von Mitarbeitern und die Zusammensetzung ihrer Verwaltungsorgane zu benennen. Sie habe sogar eingeräumt, keine Mitarbeiter zu beschäftigen“ (para 219).

Alps Finance and Trade AG v. Slovak Republic, Award vom 5. März 2011.

In einigen BITs sind zusätzlich oder stattdessen so genannte Klauseln über die „Nichtgewährung von Vorteilen“ („*denial of benefits-provision*“) enthalten, die in der Regel besagen, dass eine Vertragspartei die Vorteile aus dem Vertrag jenen Investoren, die keine hinreichenden Geschäftstätigkeiten im Heimatstaat durchführen, verweigern kann.²⁹ Allerdings ist nicht klar, ob und wenn ja wann Staaten vorab die Investoren darauf hinweisen müssen, wenn sie sich auf die Klausel „über die Nichtgewährung von Vorteilen“ berufen und den Investoren den BIT-Schutz verweigern wollen. Diese Streitfrage ist zurzeit Gegenstand in mindestens einem Verfahren: *Pacific Rim ./. El Salvador*.³⁰ Wenn die Schiedsgerichte die Klauseln „über die Nichtgewährung von Vorteilen“ bei ihrer Auslegung mit der

Notwendigkeit einer Vorankündigung an die Investoren verbinden, ist deren praktischer Wert für Staaten, die die begünstigten „Investoren“ einschränken wollen, wiederum sehr reduziert.

Weitere Bedenken hinsichtlich weiter Definitionen von „Investoren“ sind - zumindest für einige Gaststaaten - mit dem Thema der Wettbewerbsfähigkeit verbunden. Unklare Definitionen des „Investoren“-Begriffs können ausdrücklich oder implizit Körperschaften mit einschließen, die im Eigentum oder unter der Kontrolle des Heimatstaats stehen. Jene Gesellschaften erhalten wiederum möglicherweise Subventionen oder sonstige Unterstützungen, die sie vor ausländischer Konkurrenz abschirmen. Fordert ein BIT gleiche Behandlung für inländische und ausländische Investoren, kann dies zur Folge haben, dass private, nicht subventionierte inländische Unternehmen in Wettbewerb zu stark subventionierten ausländischen staatlichen Unternehmen geraten.

Die Definition „Investoren“ im österreichischen Muster-BIT

Das österreichische Muster-BIT enthält eine weit gefasste Definition von „Investoren“. Es bezieht natürliche und juristische Personen ein, wobei die aufgezählten Unternehmensformen vielfältig sind. Laut Artikel 1(1) des Muster-BITs umfasst der Begriff „Investor“:

- a) eine natürliche Person, welche die dominante und effektive Staatszugehörigkeit einer Vertragspartei in Übereinstimmung mit deren anwendbaren Rechtsvorschriften besitzt, oder
- b) ein Unternehmen, das gemäß den anwendbaren Rechtsvorschriften einer Vertragspartei gegründet wurde oder organisiert ist

und im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei eine Investition tätigt oder getätigt hat.

Sodann definiert das Muster-BIT in seinem Artikel 1(3) den Begriff „Unternehmen“ als eine juristische Person bzw. Rechtssubjekt, das „nach dem geltenden Recht einer Vertragspartei gegründet wurde oder organisiert ist und in Privat- oder Staatseigentum oder unter privater oder staatlicher Kontrolle steht und im Hoheitsgebiet jener Vertragspartei substantielle Geschäftstätigkeiten durchführt“.

Durch den Wortlaut „eine Investition tätigt“ bezieht das Abkommen wohl auch die Investoren ein, die ihre Investition im Gaststaat noch nicht durchgeführt, wohl aber geplant haben. Darüber hinaus sind auch ausdrücklich Körperschaften in Privat- oder Staatseigentum oder unter privater oder staatlicher Kontrolle inbegriffen. Genau diese Aspekte der Definition von „Investoren“ scheinen ein weit gefasstes Verständnis des Begriffs zu unterstützen, da Einzelpersonen und Körperschaften, die ansonsten nicht unbedingt inbegriffen wären, ausdrücklich einbezogen werden.

Auch wenn das Muster-BIT in dieser Hinsicht weit angelegt ist, stellen die Anforderungen, nach denen natürliche Personen eine „dominante und effektive Staatszugehörigkeit“ zu einem Heimatland aufweisen und Unternehmen dort „substantielle Geschäftstätigkeiten“ durchführen müssen, wichtige Auflagen dar, durch die „Briefkastenfirmen“ und Investoren, die ihre Staatszugehörigkeit oder ihren Geschäftssitz manipuliert haben, um sich Vorteile aus dem BIT zunutze zu machen, ausgeschlossen sein dürften.

Außerdem enthält das österreichische Muster-BIT im Artikel 10 eine Klausel über die „Nichtgewährung von Vorteilen“, die es den Vertragsparteien erlaubt, den Investoren, (1) die im Eigentum oder unter der Kontrolle von Staatsangehörigen eines Staats stehen, der nicht Partei des Abkommen ist, und (2) die im Hoheitsgebiet der Partei, in dem sie gegründet wurden, keine nennenswerten Geschäftstätigkeiten durchführen, den Schutz des Abkommens vorzuenthalten.³¹ Die Notwendigkeit einer Vorabbenachrichtigung an den Investor, um sich auf diese Klausel berufen zu können, ist nicht ausdrücklich genannt.

Diese Bestimmungen im österreichischen Muster-BIT verhindern, dass Privatpersonen und juristische Personen ein so genanntes „BIT-Shopping“ betreiben, d.h. ihren Wohnsitz, ihre Staatszugehörigkeit oder ihren Gesellschaftssitz dahingehend ändern, dass sie die Vorteile eines bestimmten BITs für sich in Anspruch nehmen können. Der Muster-BIT ermöglicht, einen Missbrauch von Investor-Staat-Schiedsverfahren zu verhindern, wie ihn bereits diverse Investoren versucht haben. Somit stellt diese Klausel eine wünschenswerte Ergänzung dar, die aber vor dem Hintergrund der bisherigen österreichischen Praxis nicht neu ist. Die von Österreich in den vergangenen paar Jahrzehnten unterzeichneten Abkommen enthielten immer Formulierungen, durch die die Definition „Investoren“ in ähnlicher Weise eingegrenzt wurde.³² Bereits im Jahr 2000 sind von Österreich Abkommen abgeschlossen worden, die Klauseln über die „Nichtgewährung von Vorteilen“ enthielten.³³

Abschirmungsklauseln und weit gefasste Streitschlichtungsverfahren

Ein drittes Element, das den Anwendungsbereich von Investitionsschutzabkommen maßgeblich bestimmt, ist die Aufnahme der oder der Verzicht auf die sogenannte „Abschirmungsklauseln“. Durch diese Klauseln werden die vertraglichen und sonstigen Verpflichtungen der Gaststaaten gegenüber den ausländischen Investoren zu Verpflichtungen aus dem BIT.

Eine im Jahr 2004 durchgeführte Studie ergab, dass von den rund 2500 damals bestehenden BITs ungefähr 40 Prozent derartige Klauseln enthielten, die allerdings jeweils unterschiedlich formuliert waren.³⁴ Die entsprechenden Regelungen lassen sich in zwei große Kategorien unterteilen.

Zunächst heißt es in etlichen Abkommen, dass der Gaststaat jede von ihm im Hinblick auf die geschützten Investitionen übernommene Verpflichtung einzuhalten hat. Dies bedeutet, dass die Gaststaaten sowohl (1) die im BIT ausdrücklich vereinbarten Verpflichtungen, wie die Pflicht zur Nichtdiskriminierung ausländischer Investoren (die in dieser Abhandlung an späterer Stelle noch besprochen wird), als auch (2) jegliche weiteren Verpflichtungen wie z.B. Zusagen, die die Vertragsparteien den Investoren in spezifischen Verträgen gegeben, sowie Pflichten, die den Gaststaaten aus dem nationalen Recht erwachsen, einzuhalten haben. Demzufolge stellen diese Klauseln andere vertragliche und sonstige nach nationalem Recht bestehende Pflichten der Gaststaaten unter den „Schirm“ des Investitionsschutzes. Forderungen aus sonstigen Verträgen oder auf der Grundlage des nationalen Rechts werden somit de facto auf die Ebene von Forderungen aus BITs gehoben. Dies wiederum kann zur Folge haben, dass Ansprüche, die ansonsten vor nationalen Gerichten oder anderer vorher festgelegter Weise beizulegen wären, nunmehr direkt bei internationalen Schiedsgerichten eingereicht werden können.

Darüber hinaus können auch weit gefasste Streitschlichtungsregelungen als Abschirmungsklauseln dienen. So heißt es beispielsweise in verschiedenen BITs, dass die in den betreffenden Abkommen enthaltenen Streitschlichtungsverfahren auf *jede* Streitigkeit Anwendung finden, die aus oder im Zusammenhang mit den geschützten Investitionen auftritt. Somit können nicht nur Streitigkeiten über Verpflichtungen aus dem Vertrag, sondern jegliche Streitigkeiten im Zusammenhang mit den Investitionen direkt bei internationalen Tribunalen anhängig gemacht werden.

Die Schiedsgerichte haben die Abschirmungsklauseln bislang nicht nur sehr unterschiedlich, sondern mitunter sogar widersprüchlich ausgelegt. Einige Tribunale wie die in den Fällen *SGS ./. Pakistan*³⁵ und *Siemens ./. Argentina*³⁶ haben weite Auslegungen dieser Klauseln zurückgewiesen. Im Fall *SGS ./. Pakistan* war das Schiedsgericht nicht bereit, Abschirmungsklauseln dahingehend auszulegen, dass sie „derartig weitreichend [sind], . . . automatisch und uneingeschränkt und ausladend zur Anwendung kommen [und] und hinsichtlich ihrer potentiellen Auswirkung“ auf eine Vertragspartei derartig „belastend“ sind, dass sie jegliche Vertragsverletzungen oder unterlassenen Pflichterfüllungen

nach dem nationalen Recht des Gaststaats auf die Ebene der Staatsvertragsverletzung heben können.³⁷

Im Fall *Siemens ./. Argentina* wich das Schiedsgericht vom im Fall *SGS ./. Pakistan* getroffenen Schiedsspruch ab und befand, dass die Abschirmungsklausel wörtlich bedeute, was sie aussagt, nämlich dass die Nichterfüllung einer Verpflichtung gegenüber dem Investor einer Verletzung des BITs gleichkäme.³⁸ Nichtsdestotrotz wies das Schiedsgericht die auf die Abschirmungsklausel gegründete Forderung der Klägerin mit der Begründung zurück, dass diese nicht Unterzeichnerin des Vertrags gewesen sei, dessen vermeintliche Verletzung laut Vorbringen der Schiedsklägerin als Verletzung der Abschirmungsklausel zu behandeln wäre. Nach Ansicht dieses Tribunals bestand die Notwendigkeit, dass ein Kläger, der eine Investor-Staat-Streitigkeit wegen Vertragsbruch unter Einbringung der Abschirmungsklausel geltend machen wolle, auch tatsächlich Partei des betreffenden Vertrags sein müsse.

Einige Schiedsgerichte haben den potentiellen Auswirkungen der Abschirmungsklauseln insofern Grenzen gesetzt, als sie die Auffassung vertreten haben, dass rein kommerzielle Vertragsstreitigkeiten zwischen dem Staat oder der staatlichen Körperschaft und dem Investor nicht einer Verletzung der Abschirmungsklausel gleichzusetzen seien. Diese Tribunale, zu denen auch die in den Fällen *Pan American Energy ./. Argentina*³⁹ und *Joy Mining Machinery Ltd. ./. Egypt*⁴⁰ angerufenen Schiedsgerichte gehören, befanden, dass Streitigkeiten oder Vertragsverletzungen infolge der Ausübung hoheitlicher staatlicher Maßnahmen aufgetreten sein müssen, um Forderungen aus Vertragsbrüchen unter Berufung auf die Abschirmungsklausel geltend machen zu können.

Allerdings gibt es auch Entscheidungen wie in den Fällen *SGS ./. Philippines*⁴¹, *Eureko ./. Poland*⁴² und *Enron ./. Argentina*⁴³, bei denen die Tribunale genau den anderen Weg beschritten und die Abschirmungsklauseln sehr weitreichend ausgelegt haben. Angesichts dessen sind die Auswirkungen dieser Klauseln überwiegend unvorhersehbar. Es besteht keine Gewissheit, herauszufinden, wie ein bestimmtes Schiedsgericht sie auslegen wird.

Der einzig sichere Weg, vorzusorgen, dass der Anwendungsbereich der BITs nicht durch die Auslegungen der Schiedsgerichte über die Erwartungen der Vertragsparteien hinausgeht, besteht in der Nichtaufnahme der Abschirmungsklauseln und einer engen Abfassung der Streitschlichtungsbestimmungen. In vielen Investitionsschutzabkommen sind keine Abschirmungsklauseln enthalten, und aufgrund der Entwicklung des Fallrechts sowie der Klausel inhärenten Ungewissheit ist in BITs mit Abschirmungsklauseln deren Geltungsbereich ausdrücklich eingeschränkt worden.⁴⁴

Das österreichische Muster-BIT und die Abschirmungsklausel

Das österreichische Muster-BIT enthält eine weit formulierte Abschirmungsklausel, die folgendes besagt:

Jede Vertragspartei hält jegliche Verpflichtung, die sie hinsichtlich bestimmter Investitionen von Investoren der anderen Vertragspartei eingegangen ist, ein.

Dies bedeutet unter anderem, dass die Verletzung eines Vertrags zwischen dem Investor und dem Gaststaat oder einer seiner Entitäten eine Verletzung dieses Abkommens darstellt (Art. 11(1)).

Der erste Satz ist insofern weit gefasst, als er *jede* Verpflichtung in Bezug auf eine Investition einbezieht. Damit würde jede vertragliche Pflicht des Gaststaats unter den Schutz des BITs fallen.

Auch Verpflichtungen nach internationalem oder nationalem Recht können einbezogen sein, wengleich dies weniger klar ist. Einerseits lässt sich argumentieren, dass die Formulierung in Bezug auf Verpflichtungen, die der Gaststaat „hinsichtlich Investitionen durch Investoren ... eingegangen ist“ jegliche Verpflichtungen aus allgemein anwendbaren Rechtsvorschriften und Verträgen ausschließt. Andererseits scheint der Einschub „unter anderem“ im darauf folgenden Satz, in dem Vertragsverletzungen als gerade mal eine Möglichkeit aufgeführt werden, durch die die Abschirmungsklausel ebenfalls verletzt wird, anzudeuten, dass rechtliche Anforderungen ebenfalls Gegenstand dieser Bestimmung ein sollen.

Es sei darauf hingewiesen, dass der zweite Satz der Abschirmungsklausel die Verpflichtung über den bereits großen Geltungsbereich hinaus ausweitet. Zum einen wird hier *jeder* Vertragsbruch (und damit nicht nur wesentliche, schwerwiegende oder „nicht-kommerzielle“ Vertragsverletzungen) einer BITs-Verletzung gleichgestellt. Darüber hinaus ist der Satz dem Anschein nach insofern sehr weitreichend abgefasst, als er den Gaststaat verpflichtet, für jede vorgebrachte Vertragsverletzung (oder einer anderen Verpflichtung) jeder *staatlichen Körperschaft* eintreten und möglicherweise Schadenersatz leisten zu müssen. Es gibt vielfältige und zahlreiche Arten von Körperschaften, die diese potentielle Haftbarkeit des Gaststaats auslösen könnten. So zum Beispiel eine Körperschaft auf subnationaler Ebene wie eine Stadtverwaltung, die mit dem Investor einen Vertrag über die Erbringung bestimmter öffentlicher Dienstleistungen abgeschlossen hat; ebenfalls können Verwaltungsbehörden gemeint sein, die sich mit der Regulierung von arbeits-, umwelt- oder finanzpolitischen oder anderen politischen Bereichen befassen; das Gleiche gilt für quasi-kommerzielle Unternehmen oder staatlich finanzierte Institutionen wie Krankenhäuser oder Unternehmen, die Postdienste erbringen.

Die Formulierung, dass der Staat für Vertragsverletzungen seiner „Entitäten“ in die Haftung genommen werden kann, ist neu im Muster-BIT und eine Ausweitung gegenüber der bisher abgeschlossenen österreichischen Investitionsschutzabkommen. (Die BITs von 2010 mit dem Kosovo und Tadschikistan sind bereits von dieser Entwicklung gezeichnet, das BIT mit Kasachstan wiederum nicht).

Mit dem Muster-BIT dürfte die Entscheidung zugunsten einer weit gefassten und gewichtigen Abschirmungsklausel gefallen sein. Dieser Ansatz spiegelt sich auch im Verhältnis zwischen der Abschirmungsklausel und der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit (an späterer Stelle in dieser Abhandlung diskutiert) wider. Kurz gesagt, haben die Vertragsparteien in mindestens einem von Österreich abgeschlossenen BIT die Abschirmungsklausel aufgenommen, aber festgelegt, dass Investoren im Falle von Investor-Staat-Streitigkeiten nur dann den Schiedsgerichtsweg gehen können, um Forderungen aus einer Verletzung anderer Verträge als des BITs, die mit der Abschirmungsklausel geschützt sind, geltend zu machen, wenn „übliche, lokale, gerichtliche Rechtsmittel nicht zur Verfügung stehen.“⁴⁵ In dem Muster-BIT ist diese Auflage nicht enthalten. Somit können bei Verletzungen aus anderen Verträgen als dem BIT die Schiedsgerichte direkt angerufen werden.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die im österreichischen Muster-BIT aufgenommene Abschirmungsklausel besonders weit gefasst ist und signifikante Auswirkungen für die Gaststaaten mit sich bringen kann, da sie potentiell für eine umfassende Palette an Handlungen oder Unterlassungen nationaler oder subnationaler Behörden und Körperschaften in staatlichem Eigentum oder unter staatlicher Kontrolle in die Haftung genommen werden können.

Verpflichtungen der Gaststaaten

In Investitionsschutzabkommen vereinbaren die Vertragsparteien, ausländischen Investoren diverse Rechte zu gewähren und ihren dementsprechenden Verpflichtungen nachzukommen. So enthalten die meisten BITs Bestimmungen, durch die ausländische Investoren vor Diskriminierungen zugunsten Staatsangehöriger des Gastlands (Inländergleichbehandlung) oder Staatsangehöriger von Drittländern (Meistbegünstigungsklausel) geschützt werden. Weitere typische Bestandteile sind (1) Enteignungsklauseln, durch die Gaststaaten im Falle von Enteignungen von Vermögenswerten Entschädigungen zu leisten haben; (2) Klauseln, die die Gaststaaten zur gerechten und billigen Behandlung von Investoren verpflichten; und (3) Klauseln, die ausländischen Investoren und Investitionen das Recht zum freien Kapitaltransfer aus dem und in das Gastland gewährleisten.

Wie an früherer Stelle bereits erwähnt, haben Investoren in den 1990er Jahren begonnen, Schiedsgerichtsverfahren anhängig zu machen, weil sie der Ansicht waren, dass Gaststaaten (sowohl Entwicklungs- als auch Industriestaaten) ihren Pflichten gegenüber ausländischen Investoren aus den anwendbaren Investitionsschutzabkommen nicht gerecht geworden waren. Unter anderem brachten die Investoren dabei vor, dass die Gaststaaten ihre Pflichten verletzt hätten, weil sie diverse regulatorische, verwaltungstechnische und sonstige Maßnahmen ergriffen hätten. In einem Beispiel haben Investoren geklagt wegen Veröffentlichung einer staatlichen Erklärung, in der der Gaststaat Bergbauunternehmen auffordert, ihren öffentlichen Aufgaben der Umweltsanierung nachzukommen. In einem anderen Fall, weil Investitionen mit der Begründung abgelehnt wurden, dass diese negative Auswirkungen auf den Erhalt und den Charakter einer historischen alten Stadt nach sich ziehen würden. Durch derartige Schiedsklagen ist das Ausmaß der potentiellen Haftung der Regierungen gegenüber den Investoren im Falle weit gefasster BITs-Bestimmungen augenfällig geworden. Außerdem hat dieses Vorgehen der Investoren die Sorge verstärkt, dass BITs in sehr unerwünschter Weise die staatliche Regulierung zur Umsetzung legitimer politischer Ziele in Sachen Umwelt, Soziales und anderen Bereichen einschränken können. Einige Kernprobleme, die die BITs-Verpflichtungen nach sich ziehen, sowie die von den Staaten in Reaktion darauf vorgenommenen Änderungen werden nachfolgend näher beleuchtet.

Nichtdiskriminierung: Meistbegünstigung und Inländergleichbehandlung

Die überwiegende Mehrzahl der Investitionsschutzabkommen enthält Verpflichtungen, nach denen ausländischen Investoren das Meistbegünstigungsprinzip und die Inländergleichbehandlung gewährt wird. Das Meistbegünstigungsprinzip besagt, dass der Gaststaat den Investoren des Heimatstaats keine unvorteilhaftere Behandlung zukommen lassen darf als den Investoren anderer Vertragsländer. Nach dem Grundsatz der Inländergleichbehandlung muss der Gaststaat den ausländischen Investor des Heimatstaats genauso behandeln wie seine inländischen Investoren. Diese Gleichbehandlungspflichten werfen allerdings zwei zentrale Probleme auf.

Zunächst können sowohl das Meistbegünstigungsprinzip als auch die Inländergleichbehandlung die Handlungsspielraum der Gaststaaten potentiell einschränken, wichtige Unterscheidungen zwischen unterschiedlichen Investoren oder Investitionen zu treffen, selbst wenn derartige Differenzierungen nicht auf der Nationalität der Investoren oder Investitionen beruhen. Die Forderungen, die Renco Group, Inc. („Renco“), ein U.S.-Investor, im Fall gegen Peru vorgebracht hat, seien an dieser Stelle zur Verdeutlichung angeführt.⁴⁶ Renco behauptet hier, die Regierung habe das Unternehmen in nicht gebotener Weise benachteiligt, indem sie ihm bzw. den Firmen des Konzerns Verpflichtungen zur Beseitigung von Umweltbelastungen auferlegt habe, die angeblich strenger seien als die Pflichten, die andere Unternehmen zu erfüllen hätten. Im Grunde argumentiert Renco, dass eine ungleiche Behandlung verschiedener Rechtssubjekte nach dem BIT eine regelwidrige Benachteiligung darstelle.

Nun können Regierungen aber eine ganze Reihe legitimer Gründe dafür haben, wenn sie Privatpersonen oder juristische Personen unterschiedlich behandeln. Bei der Umsetzung von Rechtsvorschriften und politischen Maßnahmen können beispielsweise beschränkte Ressourcen Klagen gegen sämtliche Rechtsverletzer verhindern, auch der Wunsch, „ein Exempel zu statuieren“ oder den ärgsten Rechtsverletzer ins Visier zu nehmen können legitim sein, um notwendige Änderungen herbeizuführen. Es kann unterschiedlichste Gründe dafür geben, warum eine Regierungsbehörde zunächst Forderungen gegen ein Unternehmen durchsetzen will, bevor (oder ohne dass) dementsprechende Schritte gegen andere eingeleitet werden. Wenn diese selektive Maßnahme eine regelwidrige Benachteiligung darstellt, wie Renco argumentiert, dann dürften das Meistbegünstigungsprinzip und die Inländergleichbehandlungsklausel den Regierungen doch zu sehr die Hände binden.

Bemerkenswerterweise sind einige Schiedsgerichte zu dem Ergebnis gekommen, dass ein Investor-Kläger nicht beweisen muss, dass die Regierung *die Absicht hegte*, ihn *wegen seiner Nationalität* zu benachteiligen, um die Behauptung einer Ungleichbehandlung zu substantizieren.⁴⁷ Im Fall *Renco ./. Peru* würde dies beispielsweise bedeuten, dass die Regierung selbst dann, wenn ihre Umweltsanierungsmaßnahmen auf das Verhalten des Investors und das Ausmaß der Umweltverschmutzung zurückzuführen sind und daher nicht die Nationalität des Investors zum Tragen kommt, nicht notwendigerweise entlastet wird.

Darüber hinaus können die Verpflichtungen aus den Meistbegünstigungs- und Inländergleichbehandlungsklauseln auch insofern problematisch sein, als Regierungen unter bestimmten Umständen ja durchaus legitime Gründe dafür haben können, Investoren und Investitionen eben genau wegen ihrer Nationalität unterschiedlich zu behandeln. So kann es beispielsweise sein, dass Länder den Investoren/Investitionen eines Staats eine günstigere Behandlung zukommen lassen wollen als den Investoren/Investitionen eines anderen Staats (z.B. Mitglieder der EU vorteilhafter behandeln wollen als Nicht-Mitglieder, oder weniger entwickelten Ländern eine besondere Behandlung zukommen lassen möchten). Derartige Maßnahmen werden aber durch das Meistbegünstigungsprinzip verhindert, wenn es nicht durch Ausnahmeregelungen und Vorbehalte näher definiert ist. Ebenso können Staaten wichtige politische Gründe dafür haben, nationalen Investoren vorteilhafter zu begegnen als ausländischen Investoren. Vieles ist hier denkbar und wünschenswert; so sollen zum Beispiel mitunter traditionell benachteiligten Gruppen oder Minderheiten besondere Vorteile oder Unterstützungen zu Teil werden oder junge Industrien sollen unterstützt werden, um die nationale Industriepolitik zu fördern, oder die Kontrolle über die nationale Sicherheit und andere strategische Interessen soll sichergestellt werden.

Die Staaten haben zahlreiche Schritte unternommen, womit den diesbezüglichen Auswirkungen der Meistbegünstigungsklausel und der Verpflichtungen zur Inländergleichbehandlung Grenzen gesetzt wurden. Um ihre Rechte zur unterschiedlichen Behandlung von Investoren/Investitionen im Rahmen legitimer politischer Erwägungen zu schützen, die nichts mit den Nationalitäten der Investoren/Investitionen zu tun haben, haben einige Staaten den Begriff „vergleichbare Umstände“ eingeführt. Diese Formulierung soll klarstellen, dass Benachteiligungen nur dann untersagt sind, wenn sie zwischen miteinander „vergleichbaren“ Investitionen/Investoren auftreten. Auf diese Weise wird festgelegt, dass es legitim ist, wenn Länder Investoren oder Investitionen, für die unterschiedliche Umstände gelten, auch unterschiedliche Behandlungen zu Teil werden lassen. Wenngleich der Ansatz der „Vergleichbarkeit“ schwer zu definieren ist und oft zu Rechtsstreitigkeiten führt⁴⁸, so zeigen Schiedssprüche wie im Fall *Parkerings ./. Lithuania*, dass er von zentraler Bedeutung sein kann, um sicherzustellen, dass Regierungen in angemessenen Situationen Maßnahmen umsetzen können, bei denen Unterschiede zwischen Investoren/Investitionen getroffen werden, wenn beispielsweise unterschiedliche Investitionsprojekte unterschiedliche Bedrohungen für den Umweltschutz mit sich bringen.⁴⁹ Es gibt durchaus Schiedssprüche, nach denen dieses Prinzip auch dann in das BIT

hineininterpretiert werden kann, wenn der Begriff der „vergleichbaren Umstände“ nicht ausdrücklich im Text enthalten ist.⁵⁰ Nichtsdestotrotz sind Staaten in vielen Investitionsabkommen lieber umsichtig vorgegangen und haben Formulierungen aufgenommen, die es klarstellen, dass Benachteiligungen nur im Kreise von Investoren oder Investitionen untersagt sind, für die „vergleichbare“ oder „ähnliche“ „Umstände oder „Situationen“ gelten.⁵¹ Darüber hinaus enthalten einige BITs auch Erläuterungen für die Schiedsgerichte, in denen festgelegt wird, wann Situationen oder Umstände als „vergleichbar“ zu betrachten sind.⁵²

Etlche Staaten haben auch ausdrückliche Vorbehalte und Einschränkungen in ihre BITs aufgenommen, um ihre Regulierungsrechte zu schützen, bei denen ausländische Investoren/ Investitionen beabsichtigter- oder vorhersehbarerweise benachteiligt werden. In Anerkennung der potentiellen Auswirkungen der Inländergleichbehandlungsklausel auf die nationalen politischen Ziele haben einige Staaten beispielsweise Ausnahmen zur Inländergleichbehandlung aufgenommen. Hierdurch können bestimmte Ziele und Vorgaben (z.B. Ausnahmefälle, in denen indigene oder andere Minderheitsgruppen bevorzugt behandelt werden dürfen), Sektoren oder Untersektoren (z.B. Erbringung von Sicherheitsdiensten) und/oder bestimmte Maßnahmen (z.B. Ausnahmen für „nicht-konforme Maßnahmen“, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Abkommens bestehen) geschützt werden. Auch können sie so abgefasst werden, dass den tatsächlichen Gegebenheiten genüge getan wird, wie beispielsweise der Problematik bei der Sicherstellung dessen, dass subnationale politische Körperschaften im Einklang mit dem Abkommen handeln. So können lokalpolitische Maßnahmen von der Pflicht zur Inländergleichbehandlung befreit werden.

Auch was das Recht zur unterschiedlichen Behandlung ausländischer Investoren/Investitionen aus verschiedenen Staaten anbetrifft, haben Staaten Auflagen und Einschränkungen vorgenommen. So enthalten die BITs in der Regel die Erklärung, dass ausländische Investoren durch die Meistbegünstigungsklausel nicht berechtigt werden, in den Nutzen einer Vorzugsbehandlung zu kommen, die Investoren aus Drittstaaten nach Maßgabe wirtschaftlicher Integrationsverträge wie Freihandelszonen, Zollunionen, gemeinsamen Märkten oder Wirtschaftsgemeinschaften zu Teil werden.⁵³

Und schlussendlich können Staaten auf die hier besprochene Problematik auch so reagieren, dass sie die Pflichten gemäß den Meistbegünstigungs- und Inländergleichbehandlungsklauseln vollständig aus ihren Staatsverträgen herausnehmen. In den Investitionskapiteln im Comprehensive Economic Partnership Agreement zwischen Indien und Korea (CEPA)⁵⁴ sowie im CEPA zwischen Indien und Singapur⁵⁵ ist die Meistbegünstigungsklausel beispielsweise vollständig weggelassen worden.

Spezifische Aspekte des Meistbegünstigungsprinzips

Abgesehen von der bereits diskutierten Problematik, die die Meistbegünstigungs- bzw. Inländergleichbehandlungsklauseln miteinander gemeinsam haben, weisen diese beiden Bestimmungen aber auch noch jeweils spezifische Sachverhalte auf. Eine ganze Reihe von Problemen, die die Verpflichtung zur Inländergleichbehandlung mit sich bringt, betrifft den Marktzugang und das Ausmaß, in dem Investoren Rechte vor dem Markteintritt gewährt werden. Dieses Thema wird an späterer Stelle angesprochen. Die durch die Meistbegünstigungsklausel eigenständig aufgeworfenen Probleme entstehen durch die Ausweitung des BITs-Anwendungsbereichs, in dem diese Klausel den Investoren ermöglicht, Verpflichtungen aus anderen Verträgen, bei denen der Gaststaat Vertragspartei ist, sozusagen zu „importieren“.⁵⁶ Praktisch bedeutet dies, dass eine hart erkämpfte Aushandlung eines BITs oder eine Änderung der Abkommenspraxis und -politik weitgehend irrelevant werden könnte, da ein Investor sich auf günstigere Regelungen in einem anderen Vertrag berufen und so die Bestimmungen des

anwendbaren BITs umgehen könnte. Laut Fallrecht und bestimmten Akademikern könnten so nicht nur materiell-rechtliche Gewährleistungen, sondern auch Verfahrensfragen wie die Klauseln über die Beilegung von Investor-Staat-Streitigkeiten importiert werden.⁵⁷

Ganz konkret regen einige der getroffenen Schiedssprüche dazu an, dass ein Investor, dessen Rechte gegenüber dem Gaststaat in einem BIT mit einer Meistbegünstigungsklausel (das „grundlegende BIT“) geregelt sind, die Gesamtheit der von dem Gaststaat abgeschlossenen BITs (oder potentiell auch andere Abkommen) auf dort eventuell enthaltene günstigere Klauseln und Schutzvorkehrungen hin untersuchen und dann unter Berufung auf die Meistbegünstigungsklausel die durch das grundlegende BIT gebotenen Schutzvorkehrungen durch diese ersetzen bzw. ergänzen kann. Beim „Import“ weitergehender Rechte kann sich der Investor der ursprünglich vorgesehenen Auflagen und Ausnahmen entledigen, was sehr beunruhigend ist. Auf diese Weise wird es Investoren tatsächlich ermöglicht, ein „Superabkommen“ mit bemerkenswerten Schutzvorkehrungen zu kreieren, das kein Staat abzuschließen gewillt gewesen wäre, von Investoren aber geschaffen werden kann, indem sie die günstigsten Regelungen aus den bestehenden Verträgen sozusagen herauspicken und zu einem Patchwork zusammenstellen.

Dieser selektive „Import“ stellt nicht nur für das von den Staaten bei der Aushandlung ihrer BITs angestrebte Gleichgewicht eine Gefahr dar, sondern kann Staaten auch daran hindern, ihre Abkommenspraktiken zu reformieren bzw. zu überarbeiten. Hat ein Staat beispielsweise im Jahr 2010 beschlossen, die Abschirmungsklausel in seinen zukünftigen BITs einzugrenzen oder vollständig auszunehmen, könnten Investoren, für die eigentlich das nach 2010 abgeschlossene BIT gilt, die Meistbegünstigungsklauseln verwenden, um die Schutzvorkehrungen wieder zur Anwendung zu bringen, die in den vor 2010 abgeschlossenen BITs durch die Abschirmungsklauseln enthalten waren.

Wie bereits erwähnt, lassen derartige Verwendungen des Meistbegünstigungsprinzips sich zum einen vermeiden, indem diese Vorkehrungen erst gar nicht in ein BIT aufgenommen werden. Eine weitere strategische Möglichkeit besteht darin, die Regelung zwar aufzunehmen, sie dann aber mit spezifischen sachdienlichen Ausnahmen und Auflagen zu versehen. Um eine nicht beabsichtigte „Verschärfung“ der Abkommen zu verhindern, ist die Meistbegünstigungsklausel in einigen bestehenden Abkommen beispielsweise mit der Einschränkung versehen worden, dass sie nicht (a) zum Zwecke des Imports günstigerer Bestimmungen zu gewissen Rechten und Verpflichtungen wie den Streitbeilegungsverfahren⁵⁸, (b) für den Import von Rechten aus spezifischen Verträgen⁵⁹ oder (c) für den Import von Schutzvorkehrungen aus Abkommen, die vor einem gegebenen Datum abgeschlossen wurden⁶⁰, verwendet werden darf.

Das Meistbegünstigungsprinzip und die Inländergleichbehandlung im österreichischen Muster-BIT

Das österreichische Muster-BIT enthält eine Regelung, die den Investoren/Investitionen nach ihrer Etablierung im Gaststaat sowohl den Meistbegünstigungs- als auch den Inländergleichbehandlungsschutz bietet. Im Artikel 3(3) heißt es:

Jede Vertragspartei gewährt den Investoren der anderen Vertragspartei und deren Investitionen oder Erträgen hinsichtlich der Verwaltung, des Betrieb, der Instandhaltung, der Nutzung, des Genusses, der Veräußerung und der Liquidation ebenso wie der Streitbeilegung von Investitionen oder Erträgen, eine nicht weniger günstige Behandlung als ihren eigenen Investoren und deren Investitionen oder Erträgen oder Investoren dritter Staaten und deren Investitionen oder Erträgen.

Was die Differenzierung zwischen Investoren/Investitionen aus *anderen* Gründen als der Staatszugehörigkeit anbetrifft, ist der Einschub „vergleichbare Umstände“ nicht enthalten. Wie oben bereits erwähnt, geht aus den bis heute verkündeten Schiedssprüchen hervor, dass das Fehlen dieses Einschubs für die Vertragsparteien nicht notwendigerweise fatal ist, wenn sie aus legitimen politischen Gründen Unterscheidungen zwischen Investoren und Investitionen treffen. Nichtsdestotrotz ist festzustellen, dass die immerhin bestehende Möglichkeit der Klarstellung in dem Musterabkommen nicht wahrgenommen wurde.

Das Muster-BIT legt drei Ausnahmen zu den Verpflichtungen aus dem Meistbegünstigungsprinzip und der Inländergleichbehandlung (sowie auch zu anderen vertraglichen Regelungen) fest. Diesen Ausnahmen zufolge dürfen die bestehenden Verpflichtungen nicht so ausgelegt werden,

- (a) dass eine Vertragspartei daran gehindert werden kann, Maßnahmen in Verfolgung ihrer Verpflichtungen aus der UN-Charta für den Erhalt des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit zu ergreifen; oder
- (b) dass eine Vertragspartei daran gehindert werden kann, ihren Verpflichtungen als Mitglied eines Abkommens zur wirtschaftlichen Integration wie einer Freihandelszone, einer Zollunion, einem gemeinsamen Markt, einer Wirtschaftsgemeinschaft, Währungsgemeinschaft, z.B. der Europäischen Union, nachzukommen, oder dass eine Vertragspartei verpflichtet werden kann, den Investoren der anderen Vertragspartei oder deren Investitionen oder Erträgen den derzeitigen oder zukünftigen Nutzen aus Behandlungen, Präferenzen oder Privilegien aufgrund ihrer Mitgliedschaft in einem solchen Vertrag oder multilateralen Vertrag über Investitionen zu Teil werden zu lassen; oder
- (c) dass eine Vertragspartei verpflichtet werden kann, den Investoren der anderen Vertragspartei und deren Investitionen oder Erträgen die gegenwärtigen oder zukünftigen Vorteile, die aus jeglicher Behandlung, Präferenz oder Bevorzugung aus den Verpflichtungen einer Vertragspartei nach einem völkerrechtlichen Vertrag, zwischenstaatlichen Übereinkommen oder nationaler Gesetzgebung betreffend Steuern resultiert, zu gewähren.

In diesem Sinne wird die Regierung eines Gaststaats unter gewissen Umständen in die Lage versetzt, durchaus Unterschiede zwischen ausländischen Investoren/Investitionen zu treffen. Die Umstände könnten drei Arten von Maßnahmen oder Handlungen des Gaststaats umfassen: zunächst Handlungen zur Erfüllung seiner Verpflichtungen aus der UN-Charta: damit könnte sichergestellt sein, dass staatliche Maßnahmen zum Schutz von Gemeinschaften, die von Investorenhandlungen betroffen sind, nicht als Verletzung des Investitionsabkommens ausgelegt werden können - und dies selbst dann nicht, wenn Investoren unterschiedlich behandelt worden sind.

Zweitens sieht das österreichische Muster-BIT eine Ausnahme im Hinblick auf bestimmte Verpflichtungen aus Wirtschaftsabkommen, einschließlich der Europäischen Union vor. Drittens existiert eine Ausnahmeregelung hinsichtlich der Präferenzen, die aufgrund der „Mitgliedschaft in Abkommen über wirtschaftliche Integration oder multilateralen Verträgen über Investitionen“ gewährt werden. Diese Ausnahme besagt, dass aus anderen BITs hervorgehende Privilegien im Falle von Streitigkeiten importiert werden dürfen. Ist das Investitionsabkommen in ein Freihandelsabkommen integriert, mag dies anders gesehen werden, da eine Bezugnahme auf „Abkommen über wirtschaftliche Integration wie Freihandelszonen“ enthalten ist. Viertens sieht das Muster-BIT eine Ausnahme für Privilegien vor, die auf der Grundlage internationaler Steuerabkommen und nationaler Steuergesetze gewährt werden.

Marktzugang

Immer mehr BITs gewähren ausländischen Investoren/Investitionen Marktzugangsrechte. Dies erfolgt meist durch die Verpflichtung zur Inländergleichbehandlung und der Meistbegünstigung. So sieht das US-amerikanische Muster-BIT beispielsweise folgendes vor:

Jede Vertragspartei ist verpflichtet, den Investoren der anderen Vertragspartei im Hinblick auf die *Etablierung, den Erwerb, die Expansion*, das Management, die Führung, den Betrieb und den Verkauf oder die anderweitige Veräußerung von Investitionen in ihrem Hoheitsgebiet eine Behandlung zukommen zu lassen, die nicht weniger günstig sein darf als die Behandlung, die sie - unter vergleichbaren Umständen - ihren eigenen Investoren zukommen lässt.

Diese Bestimmungen bedeuten, dass dann und in dem Ausmaß, in dem ein Sektor nationalen Investoren oder Investoren aus einem dritten Land offen steht, er auch ausländischen Investoren des Vertragsstaates offen stehen muss. Diese Klauseln schränken die Hoheitsrechte von Gaststaaten ein, nach denen sie den Eintritt ausländischer Investoren/Investitionen beschränken können. Selbst wenn ein Land für ausländische Investitionen geöffnet ist, können die Bestimmungen das Gastland an der Anwendung von Auswahlmechanismen hindern, nach denen sie selbst bestimmen können, wann und unter welchen Umständen ausländische Investoren das Land betreten und dort investieren dürfen.

Allerdings können Staaten vielfältige Gründe für den Wunsch haben, die Kontrolle über den Eintritt und die Etablierung ausländischer Investoren/Investitionen zu wahren. Folglich haben Staaten, die die Inländergleichbehandlungs- und die Meistbegünstigungsklauseln auf die Marktzugangphase ausgeweitet haben, für gewisse Auflagen gesorgt, indem sie beispielsweise eine Liste der geschützten oder ausgeschlossenen Sektoren als Vertragsbestandteil aufgenommen haben.

Marktzutritt und das österreichische Muster-BIT

Typischerweise finden die Bestimmungen zur Inländergleichbehandlung oder Meistbegünstigung in den europäischen Investitionsschutzabkommen, wie auch im österreichischen Muster-BIT, keine Anwendung auf die Marktzugangphase. Dies ist vor allem deshalb der Fall, weil die Markteintrittsthemen bis heute auf der Ebene der Gemeinschaft und nicht auf staatlicher Ebene behandelt werden. Daher und im Gegensatz zu dem bereits zitierten US-amerikanischen Muster-BIT gewährt das österreichische Muster-BIT Nichtdiskriminierungsprinzipien nur für die Phase nach Marktzugang und damit nur für das Management und den Betrieb der Investition (Art. 3(3)).

Allerdings kann es nicht ganz von der Hand gewiesen werden, dass das österreichische Muster-BIT einen gewissen Grad an Marktzugangsrechten einräumt. In diesem Zusammenhang ist auf drei Formulierungen hinzuweisen: zunächst auf den Artikel „Definitionen“ des Muster-BITs, in dem es heißt, dass natürliche Personen oder juristische Personen nicht bereits eine Investition im Gastland getätigt haben müssen, um sich als „Investor“ zu qualifizieren (Art. 1); zweitens heißt es im Artikel 2(1) des Textes, dass „[j]ede Vertragspartei [...] die Investitionen der Investoren der anderen Vertragspartei bei Beachtung ihrer gesetzlichen Vorschriften und Regelungen fördern und zulassen [muss]“. Und drittens wird im Artikel 13 über Streitbeilegungen erläutert, dass das Abkommen „für Streitigkeiten zwischen einer Vertragspartei und einem Investor der anderen Vertragspartei über eine angebliche Verletzung einer Verpflichtung der erstgenannten Partei aus diesem Abkommen gilt, wodurch für den Investor oder seine Investition Verlust oder Schaden entsteht.“

Betrachtet man diese drei Formulierungen gemeinsam, gilt für den Fall, dass ein Staat die Anstrengungen eines ausländischen Investors zur Etablierung einer Investition im Gaststaat ablehnen wollte, der zurückgewiesene Investor Investor-Staat-Streitigkeiten mit der Begründung anhängig

machen könnte, dass der betreffende Staat gegen den Artikel 2(1) des Abkommens verstoße, indem er seine Investition nicht nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften und Regelungen zulasse und er infolgedessen einen Schaden in Form entgangener Einkünfte oder eingebüßter Gelegenheiten davontrüge. Der Investor könnte somit die Entscheidung des Gaststaats unter Inanspruchnahme der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit angreifen, anstatt an die nationalen Gerichte des Gaststaats heranzutreten, wenngleich ihm diese letzte Möglichkeit zusätzlich auch noch zustünde.

Insgesamt ist festzuhalten, dass die in dem österreichischen Muster-BIT enthaltenen Regelungen es einem Investor ermöglichen, die Einhaltung bestehender Rechtsvorschriften des Gaststaats aufgrund der Vereinbarung über die Zulassung von Investitionen zu einem „justiziablen“ Gegenstand zu machen, ihm aber nicht das Recht auf Marktzugang im Gaststaat gewähren. Man könnte sagen, dass dieses Vorgehen eine Kompromissposition zwischen Staaten, die durch ihre Investitionsabkommen nach Liberalisierung streben, und Staaten, die die Kontrolle über den Marktzugang ausländischer Investitionen wahren wollen, darstellt. Die Flexibilität des Staats bleibt erhalten und der Raum für künftige politische Maßnahmen wird nicht notwendigerweise eingeengt, da den Regierungen der Gaststaaten weiterhin Regulierungsfreiheit zufällt. Gleichzeitig erteilt dieses Vorgehen den potentiellen Investoren eine Art Gewährleistung, nach rechtsstaatlichen Grundsätzen behandelt zu werden.

Enteignung

Die Enteignung einer Investition ist nach den meisten Investitionsschutzabkommen nur unter ganz bestimmten Umständen und nur gegen Zahlung einer Entschädigung möglich. Im Allgemeinen sehen die einschlägigen Bestimmungen vor, dass Gaststaaten Investitionen nur dann enteignen dürfen, wenn eine derartige Enteignung (1) einem öffentlichen Zweck dient; (2) in nicht-diskriminierender Weise vollzogen wird und (3) im Wege rechtsstaatlicher Verfahren erfolgt und (4) gegen umgehende Zahlung einer angemessenen und prompten Entschädigung stattfindet. Der Großteil der Abkommen sieht außerdem vor, dass jene Regelungen sowohl für direkte Enteignungen (z.B. eine gänzliche Beschlagnahmung von Vermögenswerten) als auch für indirekte Enteignungen (z.B. regulatorische Maßnahmen, die die Investition in einem solchen Grad beeinträchtigen, dass das Eigentum des Investors im Grunde beschlagnahmt wird, wenngleich es technisch gesehen im Besitz des Investors bleibt) gelten.

In Investor-Staat-Streitigkeiten haben Investoren eine breite Palette staatlicher Handlungen und Maßnahmen - von Steuerregeln bis hin zu Umweltvorschriften - zum Gegenstand ihrer Beschwerden gemacht und vorgebracht, dass regulatorische Maßnahmen einer indirekten Enteignung gleichkämen und sie deshalb Anspruch auf Entschädigungen hätten. Die Schiedssprüche der Tribunale zur Problematik der indirekten Enteignung fallen recht unterschiedlich aus. So hat das Schiedsgericht im Fall *Santa Elena ./. Costa Rica*⁶¹ zum Beispiel die so genannte „sole-effects“-Prüfung vorgenommen. Bei dieser Prüfung berücksichtigen die Schiedsgerichte lediglich die Auswirkungen der Maßnahme auf die Investition und lassen die politischen Motive der Gaststaaten außer Acht. Andere Schiedsgerichte, u.a. das Tribunal im Fall *Methanex ./. United States*, haben sowohl die Regierungspolitik als auch die Beschaffenheit der beklagten Maßnahmen in ihre Erwägungen einbezogen. Dabei erläuterten sie, dass nicht-diskriminierende Maßnahmen, die im Rahmen eines rechtsstaatlichen Verfahrens und zum Zwecke der Förderung öffentlicher Zielsetzungen (z.B. Schutz der Umwelt und der menschlichen Gesundheit) umgesetzt würden, nicht in erster Linie enteignende Maßnahmen seien und die Regierung daher nicht verpflichtet, Entschädigungen für Verluste zu zahlen, die der Investor in Folge davontragen mochte.⁶² Wiederum andere Tribunale haben, wie beispielsweise im Fall *Tecmed ./. Mexico*⁶³ befunden, dass Bedeutung und Rechtmäßigkeit der regulatorischen Maßnahme gegenüber den Auswirkungen auf die Investition abzuwägen seien.

Aufgrund dieser voneinander abweichenden Schiedssprüche ist es für Gaststaaten und Investoren äußerst schwierig, genau vorherzusagen, ob ein bestimmtes BIT zu Entschädigungen von ausländischen Investoren bei regulatorischen Maßnahmen verpflichtet. Diese rechtliche Ungewissheit, die drohenden Folgen sowie die Einschränkung des Handlungsspielraums der Gaststaatsregierungen, Rechtsvorschriften und -regelungen zu den Politiken Umwelt, Soziales oder anderen wichtigen Bereichen zu verordnen, ohne „Ablösesummen“ an ausländische Investoren zahlen zu müssen, hat einige Länder wie auch die Vereinigten Staaten von Amerika veranlasst, im guten Glauben ergriffene regulatorische Maßnahmen (z.B. Maßnahmen, die legitimen öffentlichen Interessen dienen und keine verschleierte Versuche darstellen, den Investor/die Investition zu benachteiligen) in der Definition von „Enteignungen“ ausdrücklich auszunehmen.⁶⁴ Ebenso ist im Comprehensive Investment Agreement von 2009 mit der ASEAN-Region die „sole-effect doctrine“ ausdrücklich ausgegliedert. In diesem Abkommen wird festgeschrieben, dass „die Tatsache, dass eine Handlung ... nachteilige Auswirkungen auf den wirtschaftlichen Wert einer Investition als solche hat, nicht den Sachverhalt der Enteignung begründet“; weiter heißt es:

Nicht-diskriminatorische Maßnahmen eines Mitgliedstaats, die auf den Schutz legitimer Interessen des Gemeinwohl wie die öffentliche Gesundheit, die Sicherheit, die Umwelt ausgerichtet sind und für diesen Zweck zur Anwendung kommen, stellen keine Enteignungen dar.⁶⁵

Derartige Ausnahmen und Präzisierungen geben den Gaststaaten und den Investoren Gewissheit über die regulatorischen Rechte der Staaten.

Enteignungs-Bestimmung im österreichischen Muster-BIT

Das österreichische Muster-BIT enthält eine Enteignungsklausel nebst Formulierungen zur Präzisierung und Eingrenzung der Bedeutung der entsprechenden Verpflichtungen. Die Regelung besagt:

Mit Ausnahme von seltenen Umständen, wie etwa im Falle einer Maßnahme oder einer Folge von Maßnahmen, die im Lichte ihres Zwecks derart schwerwiegend sind, dass sie vernünftigerweise nicht mehr als im Guten Glauben angenommen und angewendet angesehen werden können, stellen nicht-diskriminatorische Maßnahmen einer Vertragspartei, die darauf ausgerichtet und angewendet sind, legitime öffentliche Wohlfahrtsziele wie Gesundheit, Sicherheit und die Umwelt zu schützen, keine indirekte Enteignungen dar (Art. 7(4)).

Es handelt sich hier um den gleichen Wortlaut wie im kanadischen FIPA. Der Einschub „außer in seltenen Fällen“ wirft eine gewisse Unsicherheit auf, die dann im Gegenzug durch das hinzugefügte Beispiel wieder etwas eingeschränkt wird, wenn es heißt, dass es sich um Maßnahmen handeln soll, die bei vernünftiger Erwägung nicht als im Guten Glauben angenommene und angewendete Maßnahmen betrachtet werden können.

Mit diesem zusätzlichen Text im österreichischen Muster-BIT weicht das Abkommen wesentlich von früheren Wortlauten ab, war er doch in vor dem mit dem Kosovo und Tadschikistan abgeschlossenen BIT nicht enthalten. Das BIT mit Kasachstan enthält diese zusätzliche Formulierung allerdings nicht. Genau dieser Sachverhalt birgt ein gewisses Risiko, könnte ein Schiedsgericht dies doch als bewusste Ablehnung einer Auslegung im Sinne des Musterabkommens und anderer jüngerer Investitionsschutzabkommen betrachten.

Gerechte und billige Behandlung

Viele Investitionsabkommen verpflichten die Gaststaaten zur gerechten und billigen Behandlung der Investoren. Diese Verpflichtung hat sich im Rahmen der Investorenklagen gegen Gaststaaten zu einem besonderen Bestandteil entwickelt und den Investoren zu Erfolg verholfen, wenn ihre auf Enteignung, Nicht-Diskriminierung oder sonstige Klauseln gegründeten Klagen fehlschlagen. Im Grunde genommen ist diese Klausel zu einer Art „Auffangklausel“ geworden. So wurden Gaststaaten beispielsweise zu deren Nichterfüllung verurteilt, weil sie im Zusammenhang mit Verwaltungsentscheidungen nicht transparent gehandelt hatten. Andere Verstöße waren etwa inkonsequente Handlungen der Gaststaatsbehörden gegenüber Investoren wie die Ermutigung und Genehmigung der Investition seitens einer Behörde und der Ablehnung des erforderlichen Flächenwidmungsplans seitens einer anderen Stelle.

Wenngleich derartige Handlungen nicht wünschenswert sind, so handelt es sich doch häufig um Streitpunkte, die durch nationale Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren gelöst werden können und wo Wege für gerichtliche Überprüfungen und Berufungen angeboten werden. Wie aber in dem Abschnitt über die Beilegung von Investor-Staat-Streitigkeiten ausgeführt wird, ist es den Investoren durch die vertraglich vorgesehene Zuständigkeit von Schiedsgerichten für Investor-Staat-Streitigkeiten möglich geworden, derartige staatliche Maßnahmen direkt einer Investor-Staat-Klage zu unterwerfen, wo die genaue Untersuchung des staatlichen Vorgehens nicht endgültig sein muss, die Prüfung des beklagten Verhaltens häufig sehr streng abläuft und die Möglichkeiten der gerichtlichen Überprüfung und der Berufung gegen die Schiedssprüche ganz erheblich eingeschränkt, wenn nicht sogar ganz ausgeschlossen sind. Für Staaten ist es zum Teil eine große Herausforderung, sich in der Klage wegen vermeintlicher Verletzung ihrer Pflicht zur gerechten und billigen Behandlung zu verteidigen und sie müssen oft Schadenersatz zahlen, der sich nicht selten auf Hunderte Millionen von Dollar beläuft.

In der Beurteilung, ob die Verpflichtung zur gerechten und billigen Behandlung eingehalten worden sind oder nicht, ist für die Schiedsgerichte die Fragestellung der „legitimen Erwartungen des Investors“ ein wichtiger Bezugspunkt. Wie vom Schiedsgericht im Fall *Tecmed ./. Mexico*⁶⁶ weiter ausgeführt, verpflichtet dieser Standard den Gaststaat, dem Investor „eine Behandlung, die die vom ausländischen Investor bei der Investitionsentscheidung gehegten grundlegenden Erwartungen nicht beeinträchtigt, zukommen zu lassen“.⁶⁷ Das Gericht fuhr fort:

“Der ausländische Investor erwartet vom Gaststaat ein widerspruchsfreies Vorgehen ohne jegliche Mehrdeutigkeiten und bei vollständig transparent gestalteten Beziehungen zu dem ausländischen Investor, damit dieser im Voraus sämtliche für seine Investition geltenden Regeln und Vorschriften sowie die Ziele und Zwecke der sachdienlichen politischen und administrativen Praktiken oder Richtlinien in Erfahrung bringen und in Folge seine Investition bei Einhaltung dieser Vorschriften planen kann.“⁶⁸

Diese Auslegung legt den Gaststaaten hinsichtlich ihrer Behandlung ausländischer Investoren/Investitionen eine sehr schwere Bürde auf. Hinzu kommt, dass dies keine Ausnahme ist. Ähnliche hohe Verhaltensstandards sind auch anderen Schiedssprüchen zugrunde gelegt worden. Im Fall *CMS ./. Argentina* erklärte das Schiedsgericht beispielsweise, dass die Verpflichtung zur gerechten und billigen Behandlung die Gaststaaten daran binde, ausländischen Investoren eine stabile rechtliche und geschäftliche Umgebung zu verschaffen.⁶⁹ In ähnlicher Weise legte das Tribunal im Fall *Vivendi ./. Argentina* die Verpflichtung zur gerechten und billigen Behandlung so aus, dass die Regierung „eine ordnungsgemäß erteilte Erlaubnis nicht schmälern [oder] untergraben“ dürfe und bezeichnete diese Verpflichtung als einen „Standard der ‚Nichtschädigung‘“.⁷⁰

Um nachteilige Urteile von Schiedsgerichten, die derart unvorhersehbare und allzu strenge Standards anwenden, zu vermeiden, ergreifen die Staaten zunehmend Vorsichtsmaßnahmen. Eine Möglichkeit ist die Nichtaufnahme des Standards ins BIT. Das Investitionskapitel im Handelsabkommen zwischen Singapur und Indien (2005) enthält die Klausel über gerechte und billige Behandlung beispielsweise nicht.

Ein andere Möglichkeit, die einige Staaten für ihre BITs bzw. die Investitionskapitel in ihren Freihandelsabkommen gewählt haben, besteht in der genauen Ausformulierung des Standards für gerechte und billige Behandlung oder der Eingliederung einer Auslegungserklärung, die darauf hinweist, dass die Anforderungen zur gerechten und billigen Behandlung dem Mindestbehandlungsstandard des Völkergewohnheitsrechts entsprechen sollen.⁷¹ Der Mindestbehandlungsstandard legt eine allgemein beschriebene untere Grenze fest, die von den Staaten nicht unterschritten werden darf. Selbst wenn ein Land seine eigenen Staatsbürger schlechter behandelt, als es nach dem Mindeststandard zulässig ist, entschuldigt dies nicht eine gleichwertige Behandlung von Ausländern. Die Staaten sind verpflichtet, Ausländer genauso oder besser zu behandeln, als es nach jenem Mindeststandard gefordert wird.

Was der Mindestbehandlungsstandard tatsächlich für die Praxis bedeutet, ist unklar. Nach Ansicht einiger Tribunale verbietet er schädliches und unerhörtes Verhalten.⁷² Andere wiederum kamen zu dem Schluss, dass wohl präziser definierte Verfehlungen vorliegen müssten. In jedem Fall streben die Staaten die Schaffung von Mindestwartungen an, wenn sie die Pflicht zur gerechten und billigen Behandlung dem Mindestbehandlungsstandard für Ausländer nach dem Völkergewohnheitsrecht gleichsetzen. Nur dass der Standard eben leider auch so ausgelegt werden kann - und schon so ausgelegt worden ist - dass Staaten bei ihrer Behandlung ausländischer Investoren/Investitionen einer höher angesetzten und strengeren Verhaltensnorm gerecht werden müssen, solange er nicht klar definiert ist.

Der Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung im österreichischen Muster-BIT

Das österreichische Muster-BIT enthält eine Bestimmung zur gerechten und billigen Behandlung, aber keine Bezugnahme auf den Mindestbehandlungsstandard nach dem Völkergewohnheitsrecht. Dieser Ansatz entspricht dem in den früheren BITs praktizierten Vorgehen und wurde auch für die drei 2010 abgeschlossenen Abkommen mit dem Kosovo, Tadschikistan und Kasachstan gewählt.

Wie bereits erwähnt, neigen die Schiedsgerichte dazu, die Bestimmungen zur gerechten und billigen Behandlung je nachdem, ob sie mit dem Mindestbehandlungsstandard gekoppelt worden sind oder nicht, unterschiedlich auszulegen. Somit könnte die formale Aufnahme einer „allein stehenden“ Verpflichtung von den Tribunalen als bewusste Entscheidung zugunsten jenes höheren Standards ausgelegt werden. Potentiell könnten die Vertragsstaaten bei Handlungen oder Untätigkeit ihrer nationalen politischen, verwalterischen und rechtlichen Institutionen und Systeme ganz erheblich in die Haftung genommen werden.

Freier Kapitaltransfer

Nahezu alle Investitionsschutzabkommen haben die Regelungen über den freien Kapitaltransfer im Zusammenhang mit Investitionen als zentralen Schutz der ausländischen Investoren miteinander gemein.

Während frühere Formulierungen der Kapitalverkehrsbestimmungen die Gewährleistung eines freien Devisentransfers ohne Verzögerung in ihren und aus ihrem Hoheitsgebiet mit nur wenigen oder gar

keinen Ausnahmen vom Gaststaat fordern, sind die Transferbestimmungen in jüngeren Abkommen präziser ausgestaltet. Auf diese Weise sollen Auslegungen verhindert werden, die die Staaten daran hindern, legitime nationale oder internationale gesetzliche Vorschriften und Politiken umzusetzen bzw. ihnen gerecht zu werden. Einige BITs enthalten Ausnahmen, dass Gaststaaten den Transfer beispielsweise gemäß den Insolvenzvorschriften einschränken können, um die Zahlung zivil- oder strafrechtlicher Ordnungsstrafen sicherzustellen oder die Stabilität der nationalen Währung zu schützen. Die Bedeutung derartiger Ausnahmeregelungen wird angesichts der derzeitigen globalen Finanzkrise besonders deutlich, da die in den BITs für Investoren/Investitionen gewährleisteten Transferrechte etwaige staatliche Politiken zur Verhinderung oder Linderung bzw. zur Bewältigung derartiger schwerwiegender Zusammenbrüche ungebührlich einschränken könnten (oder Regierungen für die Durchführung entsprechender Maßnahmen haftbar gemacht werden könnten).⁷³

Die Anzahl der europäischen Staaten, die BITs mit der Gewährung des freien Transfers ohne Ausnahmeregelungen abgeschlossen haben, ist hoch. Der Europäische Gerichtshof hat allerdings beschlossen, dass hier Änderungen vorzunehmen sind. Im Jahr 2009 hat er Urteile gegen Schweden, Österreich und Finnland erlassen, weil sie den freien Kapitaltransfer in ihren BITs gewährleistet hatten und diese Regelungen nicht mit dem Europäischen Recht vereinbar seien.⁷⁴ Insbesondere befand der Gerichtshof, dass die BIT-Regelungen über einen uneingeschränkten Kapitaltransfer diversen Artikeln im EG-Vertrag zuwider laufen, in denen dem Rat die Möglichkeit zugesprochen wird, Kapitaltransfers zwischen EU-Mitgliedstaaten und Drittländern unter bestimmten Umständen einzuschränken, um beispielsweise Schutzmaßnahmen bezüglich gravierender wirtschaftlicher Probleme ergreifen zu können oder einer Auslands- oder Sicherheitspolitik gerecht zu werden. Der Gerichtshof schlussfolgerte, dass die betreffenden Länder diese BITs neu auszuhandeln haben, damit sie dem EG-Recht entsprechen. Dieses Urteil bedeutet im Grunde, dass sämtliche EU-Mitgliedstaaten ihre BITs ebenfalls neu aushandeln müssen, soweit sie dementsprechende Regelungen getroffen haben.

Die Kapitaltransfer-Klausel im österreichischen Muster-BIT

Im österreichischen Muster-BIT ist der weit verbreitete, formale Ansatz des freien Kapitaltransfers enthalten. Es wurde aber auch ein Artikel über den ungehinderten Zahlungstransfer aufgenommen, der jüngeren Ansätzen entspricht und einige wichtige flexiblere Regelungen enthält (Art. 9). So wird es den Vertragsparteien ermöglicht, den Transfer in Übereinstimmung mit Insolvenzgesetzen und -vorschriften einzuschränken, Gläubigerrechte zu schützen, Ausgabe von und Handel mit Wertpapieren, Termingeschäfte, Optionen und Derivate zu regulieren, Unterlagen oder Berichte über Transfers anzufordern, Geldwäsche und die Finanzierung terroristischer Handlungen zu bekämpfen und zivil- und strafrechtlichen Verfahren und Urteilen gerecht zu werden (Art. 9(4)). Eine ausdrückliche Flexibilität bei der Einschränkung von Transfers aus Zahlungsbilanzgründen oder infolge anderer wirtschaftlicher Krisen ist allerdings nicht vorgesehen.

Der Artikel über den freien Kapitaltransfer besagt außerdem, dass die etwaige Anwendung einer Ausnahmeregelung aus zulässigen Gründen in „billiger, nicht diskriminierender Weise und im Guten Glauben“ von statten gehen muss (Art. 9(4)). Mit dieser Bestimmung scheint ein Schutz vor einer vorgeschobenen, unfairen oder missbräuchlichen Anwendung der Ausnahmeregelung gegeben zu sein. Aber dann heißt es in dem Artikel weiter, dass Maßnahmen zur Einschränkung des Kapitaltransfers „nicht als Mittel zur Umgehung der Zusagen und Verpflichtungen einer Vertragspartei des Vertrags verwendet werden dürfen“ (Art. 9(4)). Es ist nicht geklärt, ob diese zweite Regelung wirklich einen Schutz vor einer ungebührlichen Anwendung der Ausnahmeregelungen bietet, der nicht bereits durch die Pflicht der Durchführung der Maßnahmen in „gerechter, nicht diskriminierender Weise und im Guten Glauben“ gegeben wäre. Es stellt sich die Frage, ob den Ausnahmen durch diese zweite Einschränkung nicht ihr Nutzen wieder entzogen wird.

Abgesehen von diesen für die Transfer-Klausel spezifischen Ausnahmen schränkt das österreichische Muster-BIT den Kapitalverkehr durch drei allgemeine Ausnahmeklauseln ein, die für das BIT insgesamt gelten. (Diese Ausnahmen wurden im Rahmen der Abhandlung über die Pflicht der Nicht-Diskriminierung bereits angesprochen und werden auch an späterer Stelle nochmals zum Gegenstand gemacht.) Eine dieser drei Ausnahmen, nämlich die generelle Ausnahme, die die Rechte der unterzeichnenden Staaten zur Erfüllung ihrer „Verpflichtungen als Mitglieder von Abkommen über wirtschaftliche Integration wie ... der Europäischen Union“ schützt, scheint den vom Europäischen Gerichtshof festgestellten Konflikt zwischen den BITs und dem EG-Vertrag lösen zu wollen. Durch diese Regelung mag es *europäischen* Mitgliedstaaten wie Österreich zwar ermöglicht werden, Transfers unter den im EG-Recht vorgesehenen Umständen (z.B. zur Sicherung von Maßnahmen gegen gravierende wirtschaftliche Probleme) einzuschränken, aber den Vertragsparteien, die nicht EU-Mitglieder sind, wird nicht die gleiche Flexibilität zur Einschränkung von Transfers aus Zahlungsbilanzgründen oder infolge anderer wirtschaftlicher Krisen eingeräumt.

Spezifische Bestimmungen zu Umwelt, Soziales und nachhaltige Entwicklung

Immer mehr BITs nehmen auf das allgemeine Prinzip, dass ausländische Investitionen eine nachhaltige Entwicklung fördern sollen, Bezug. Im Einzelnen wird darauf verwiesen, dass die Regierungen nicht Umwelt- oder soziale Maßnahmen vernachlässigen bzw. herabsetzen dürfen, um ausländische Investitionen anzulocken; darüber hinaus wird bestätigt, dass Staaten das Recht zusteht, Gesetze und Vorschriften zum Umwelt- und Arbeitsschutz umzusetzen. Es wird klargestellt, dass das BIT nicht von der Erfüllung bereits bestehender internationaler Verpflichtungen zum Schutz von Umwelt- und Arbeitsrechten befreit, und die Vertragsparteien verpflichten sich, in ihren Bemühungen zur Umsetzung dieser Politiken zu kooperieren. Derartige Bestimmungen sind im Text der Präambeln, in separaten „Nebenvereinbarungen“ und/oder im Hauptvertragstext enthalten.

Vorkehrungen in der Präambel

In der Präambel des von den Vereinigten Staaten und Kolumbien im Jahr 2006 unterzeichneten Freihandelsabkommens (2006) heißt es, dass die Vertragsparteien den „Vertrag in einer Weise“ umsetzen sollen, „durch die eine nachhaltige Entwicklung gefördert wird.“⁷⁵ Selbst wenn ein derartiger Wortlaut in der Präambel den Vertragsparteien im Allgemeinen keine direkten Verpflichtungen auferlegt und auch keine Ausnahmeregelung für andere Verpflichtungen sein kann, hat es sich herausgestellt, dass er bei der Auslegung des Vertragstextes eine wichtige Rolle spielen kann. Die Tribunale haben sich in Investor-Staats-Schiedsgerichtsverfahren durchaus auf in der Präambel von BITs enthaltene Zielsetzungen gestützt, wenn sie den praktischen Stellenwert der spezifischen Verpflichtungen der Staaten aus Abkommen ausgelegt haben. In einer ganzen Reihe von Fällen haben die Tribunale die Präambel hinzugezogen, um die Auswirkungen des BITs zugunsten der ausländischen Investoren auszulegen, wobei sie deren Rechte und den entsprechenden Verpflichtungen der Staaten eine weitreichende Bedeutung einräumten.⁷⁶ Wird in der Präambel hervorgehoben, dass Investitionen als Instrument für nachhaltige Entwicklung dienen sollten, ist verstärkt dafür gesorgt, dass die Tribunale die BITs im Sinne des Erhalts eines Gleichgewichts zwischen Nutzen und Kosten der Investitionsabkommen für die Gaststaaten auslegen.

Vermeidung eines Wettlaufs um niedrigere Standards

Heute haben immer mehr BITs Bestimmungen zu den Politiken Umwelt und/oder Soziales. Eine häufig gewählte Klausel zielt auf die Vermeidung eines „Abwärts-Wettlaufs“ ab, die in der Regel den

folgenden oder einen ähnlichen Wortlaut hat: „Ermutigungen zur Vornahme von Investitionen durch Schwächung von nationalem Gesundheits-, Sicherheits- oder Umweltrecht sind nicht statthaft. Dementsprechend sollte eine Vertragspartei nicht auf derartige Maßnahmen verzichten oder anderweitig von ihnen abweichen oder einen Verzicht oder eine Abweichung anbieten, um die Gründung, den Erwerb, die Ausweitung oder den Erhalt einer Investition eines Investors in ihrem Hoheitsgebiet fördern zu wollen.“⁷⁷ Zusätzlich zu den Bestimmungen, die die Staaten davon abhalten sollen, ihre Umwelt- und Arbeitsstandards zwecks Anlockung von Investitionen auf ein niedrigeres Niveau zu setzen, enthalten derartige Artikel oder Nebenvereinbarungen mitunter auch Regelungen, die (1) die Kooperation der Vertragsparteien bei der Förderung und dem Schutz von Umwelt und Arbeitsrechten stärken und/oder (2) Nicht-Regierungsorganisationen und anderen Interessenten gestatten, Verletzungen von Umweltverpflichtungen und arbeitsrechtlichen Vorschriften zu melden.⁷⁸ Das BIT zwischen Belgien-Luxemburg und Äthiopien (2006) liefert ein Beispiel für erstere Art der Bestimmungen. Hier heißt es: „Die Vertragsparteien erkennen an, dass sie die Möglichkeiten für eine Verbesserung von Umweltschutzstandards durch ihre gegenseitige Kooperation erhöhen können. Jede Vertragspartei wird auf Wunsch der anderen Vertragspartei Sachverständige in jeglichen Angelegenheiten konsultieren, die unter die Zwecke dieses Artikels fallen.“⁷⁹ Ein Beispiel für die zweite Variante liefert das Freihandelsabkommen zwischen Kolumbien und den Vereinigten Staaten, welches ein Investitionskapitel enthält. Dort werden diverse Verfahren festgelegt, durch die Personen/Organisationen schriftliche Eingaben einreichen können, in denen sie Fragen zur Umsetzung von Umweltverpflichtungen der Vertragsparteien ansprechen und Antworten auf die Eingaben fordern können.⁸⁰

In Investor-Staat-Streitigkeiten haben diese Bestimmungen als Streitpunkt bis heute kaum eine Rolle gespielt. Aufgrund der mangelnden Erfahrungen gibt es auch kaum Nachweise zur Effektivität der Bestimmungen, nach denen Konsultationen zwischen den jeweiligen Staaten stattfinden sollen, um vermeintliche „Abwärts-Wettläufe“ anzusprechen.⁸¹ Darüber hinaus ist ungewiss, welche Bedeutung es hat, dass die Öffentlichkeit Beschwerden vorbringen oder Eingaben machen kann. Da diese Bestimmungen allesamt zu den relativ modernen Entwicklungen in der BITs-Praxis gehören, wird wohl noch einige Zeit vergehen müssen, bis sie von Staaten, Investoren und anderen Interessensvertretern realisiert und angewendet werden.

Ausnahmeregelungen

Als alternative oder ergänzende Strategie zu den beiden vorgenannten Ansätzen (d.h. (1) Eingliederung eines entsprechenden Wortlauts in die Präambel und (2) spezifische Artikel oder Nebenvereinbarungen zu den Politiken Soziales und Umwelt) können umwelt- und sozialpolitische Ausnahmeregelungen in die Investitionsabkommen aufgenommen werden.

Allgemeine Ausnahmeregelungen zu den Bereichen Umwelt, Soziales und anderen politischen Sektoren sind in der Regel in Verträgen über den Handel mit Waren und Dienstleistungen enthalten, und umso erstaunlicher ist es, dass die Behandlung dieser Themen in den meisten Investitionsabkommen fehlt. In BITs sind größtenteils nur allgemeine Ausnahmen vorgesehen, die die Rechte der Regierungen zur Ergreifung von Maßnahmen aus Gründen der nationalen Sicherheit oder „wesentlicher Interessen“ schützen. Diese Ausnahmen zur nationalen Sicherheit oder zu „wesentlichen Interessen“ sind allerdings in zahlreichen Investor-Staat-Streitigkeiten von großer Bedeutung gewesen, und in etlichen Fällen wurden die Gaststaaten von ihrer Haftung für die Regulierungsmaßnahmen erfolgreich freigesprochen.⁸²

Da sich die BITs weiterentwickeln und präziser formuliert werden (wahrscheinlich in Reaktion auf Schiedssprüche und die daraus entstandenen Sorgen der Staaten im Hinblick auf ihre potentiellen

Haftungen aus den Abkommen), finden immer häufiger umfangreichere Ausnahmeregelungen oder Klauseln über Regulierungsrechte Eingang in die Abkommen.⁸³ Eine allgemeine Ausnahmeklausel in einigen BITs basiert auf dem GATT, Art. XX oder dem GATS, Art. XIV.⁸⁴ Was ihre Ausformulierungen anbetrifft, existieren allerdings erhebliche Unterschiede zwischen den einzelnen Abkommen. Mitunter behalten die Gaststaaten sich „Regulierungsrechte“ vor, andere Abkommen enthalten Klauseln mit der Überschrift „Ausnahmeregelungen“, inhaltlich jedoch stimmen sie im Wesentlichen überein.

Ein Beispiel liefert Art. 10 des kanadischen Muster-FIPA:

Allgemeine Ausnahmen

1. Unter dem Vorbehalt, dass derartige Maßnahmen nicht in einer Weise angewendet werden dürfen, die eine willkürliche oder ungerechtfertigte Diskriminierung zwischen Investitionen oder zwischen Investoren oder eine verschleierte Restriktion im internationalen Handel darstellen würde, enthält dieses Abkommen keinerlei Bestimmungen, die eine Vertragspartei daran hindern könnten, Maßnahmen anzunehmen oder umzusetzen, die notwendig sind:

(a) für den Schutz des Lebens und der Gesundheit von Mensch, Tier und Pflanze;

(b) um die Einhaltung von Gesetzen und Vorschriften sicherzustellen, die den Bestimmungen dieses Abkommens nicht zuwiderlaufen; oder

(c) für den Erhalt lebender oder nicht-lebender natürlicher Ressourcen, bei denen die Gefahr der Erschöpfung besteht.

Übertragungen des Wortlauts aus dem Handelsrecht in das Investitionsrecht scheinen allerdings nicht immer logisch oder effektiv zu sein, um Zielkonflikte zwischen dem Investitionsschutz und anderer legitimer politischer Ziele zu lösen. Diese Schwierigkeit wird durch eine Reihe von Problemen und Einschränkungen bei dem oben auszugsweise wiedergegebenen kanadischen Wortlaut veranschaulicht. Zum einen ist nicht klar, ob die Ausnahmeregelungen einem Staat im Falle einer Enteignungsbeschwerde einen praktischen Nutzen bieten würden. Das liegt daran, dass Staaten durch die Enteignungsregelungen im Allgemeinen nicht daran gehindert werden, Maßnahmen anzunehmen oder durchzusetzen, durch die Investorenvermögen per se enteignet werden. Diese Regelungen besagen vielmehr, dass derartige Enteignungen in rechtmäßiger Weise durchgeführt werden müssen; und um rechtmäßig zu sein, muss die Enteignung (unter anderem) mit prompter Entschädigungszahlung einhergehen. Somit dürften Staaten durch Bestimmungen, die nur besagen, dass Umweltmaßnahmen und andere Handlungen von öffentlichem Interesse angenommen und durchgesetzt werden dürfen, wohl kaum vor Entschädigungsforderungen geschützt sein. Möchten die Staaten sicherstellen, dass gewisse Regulierungsmaßnahmen keine Enteignungen darstellen und deshalb auch nicht entschädigungspflichtig sind, müssen sie dies ganz ausdrücklich in den Enteignungsartikeln festhalten, wie es im österreichischen Muster-BIT der Fall ist.

Die kanadischen Ausnahmeregelungen sehen darüber hinaus vor, dass sämtliche Ausnahmen der so genannten „Notwendigkeitsprüfung“ standhalten müssen. Art. XX im GATT sieht eine Ausnahme für Maßnahmen *zum* Schutz erschöpfbarer natürlicher Ressourcen (in Umweltschutzfällen am häufigsten verwendet) anstelle von Maßnahmen vor, die für den Erhalt erschöpfbarer natürlicher Ressourcen *notwendig* sind. In der Tat handelt es sich bei der Wortwahl „notwendig“ um eine strengere Regelung für die Regierung, wenn sie sich auf umweltbezogene Ausnahmen berufen will. In einigen BITs ist dieser Punkt umgangen worden, indem Begriffe wie „zum“, „im Hinblick auf“ oder „notwendig“ gar keinen Eingang in die Ausnahmeregelungen gefunden haben. Ist in BITs beispielsweise die Rede von

Maßnahmen, die auf umweltbezogene oder andere benannte politische Ziele „ausgerichtet und anwendbar“ sind, werden so bedeutungsschwangere Begriffe wie im GATT vermieden.⁸⁵

Bis heute sind keine Fälle öffentlich bekannt, bei denen Ausnahmeregelungen zu Umwelt- bzw. Sozialklauseln Gegenstand der Streitigkeit waren. Länder, die diese Klauseln in ihre Abkommen aufnehmen, versuchen zweifelsohne, ein Defizit im aktuellen Musterinvestitionsvertrag zu beheben. Es bleibt allerdings unklar, in welchem Ausmaß diese Bestimmungen legitime Maßnahmen im Bereich Umwelt oder anderen politischen Bereichen wirklich effektiv sicherstellen. Obwohl schwer abschätzbar, dürften derartige Klauseln für die Gaststaaten dennoch aussagekräftiger sein als vergleichbare Bestimmungen, die den Staaten zwar die Ergreifung von Umweltregulierungen gestatten, die aber „*im Einklang mit dem Abkommen*“ stehen sollen, womit dieser Zusatz den durch die Ausnahmeregelung vorgesehenen Schutz praktisch aufhebt.

Das österreichische Muster-BIT: nachhaltige Entwicklung und andere politische Ziele

Das österreichische Muster-BIT enthält Bestimmungen zur nachhaltigen Entwicklung sowie zu den Belangen Umwelt, Menschenrechte und Soziales. Somit reiht es sich in den bei Investitionsabkommen derzeit bestehenden Trend ein, etwaige Zielkonflikte zwischen der Förderung und dem Schutz von Investitionen einerseits und der Förderung fundamentaler politischer Ziele andererseits abzumildern. Dennoch könnten die Vorkehrungen nicht ausreichen, um die Gaststaaten hinreichend davor zu bewahren, dass ihre etwaigen Maßnahmen für nachhaltige Entwicklung keine Forderungen und/oder Haftbarkeiten aus dem BIT auslösen.

Im Einzelnen enthält das Muster-BIT eine Reihe von Bestimmungen in der Präambel, die das Abkommen mit der Vorstellung verbinden, dass er eine nachhaltige Entwicklung fördern und mit ihr einher gehen und auch dem Schutz der Menschenrechte und der Umwelt gerecht werden soll. Das österreichische Muster-BIT enthält außerdem zwei Artikel, die sich spezifisch mit den Themen Soziales und Umwelt befassen. Artikel 4 („Investitionen und Umwelt“) besagt:

Die Vertragsparteien anerkennen, dass es nicht statthaft ist, eine Investition durch Schwächung nationalen Umweltrechts anzuregen. Wenn eine Vertragspartei der Ansicht ist, dass die andere Vertragspartei einen derartigen Anreiz gegeben hat, kann sie Beratungen mit dieser anderen Vertragspartei fordern; die beiden Vertragsparteien werden sich sodann im Hinblick auf die Vermeidung derartiger Anwerbemaßnahmen beraten.

In diesem Sinne sieht Artikel 5 („Investitionen und Arbeit“) vor:

Die Vertragsparteien anerkennen, dass es nicht statthaft ist, eine Investition durch Schwärung des nationalen Arbeitnehmerschutzrechts anzuregen.⁸⁶

Im Weiteren wird der Begriff „Arbeitnehmerschutzrecht“ im Artikel 5 definiert als:

Gesetze oder Rechtsvorschriften, die sich direkt auf die nachstehenden international anerkannten Arbeitsnormen beziehen:

- (a) Recht des Zusammenschlusses;
- (b) Recht Gewerkschaften zu bilden und Kollektivverträge zu verhandeln ;
- (c) Verbot jeglicher Form von Zwangs- oder Fronarbeit;

- (d) Arbeitsschutz für Kinder und junge Menschen, einschließlich eines Mindestalters für die Beschäftigung von Kindern und das Verbot und die Beseitigung der schwersten Formen der Kinderarbeit;
- (e) annehmbare Arbeitsbedingungen im Hinblick auf Mindestlöhne, Arbeitszeit sowie Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz;
- (f) Eliminierung der Diskriminierung bei Anstellung und Beschäftigung.⁸⁷

Diese Bestimmungen bekräftigen den wichtigen und wenig kontroversen Ansatz, dass Länder um Investitionen anzulocken keinen „Abwärts-Wettlauf“ durchführen sollten, indem sie ihre Arbeitsstandards lockern, außerdem sehen sie vor, dass eine Vertragspartei Beratungen initiieren kann, wenn sie der Ansicht ist, dass eine andere Vertragspartei dieses Prinzip verletzt.

Diese Bestimmungen stellen zweifelsohne einen Fortschritt dar, doch gibt es noch einige problematische Aspekte. Wenngleich der Umweltartikel zum einen vor dem Unterlaufen von Gesetzen schützt, sieht er keinen Schutz gegenüber der Lockerung von Umweltstandards vor, die in einer oft weniger augenfälligen oder transparenten Weise vor sich gehen kann, wie beispielsweise durch die schwache Durchsetzung von Gesetzen und anderen nicht-legislativen Handlungen wie die Umsetzung von Verwaltungsvorschriften oder politischen Entscheidungen. Desgleichen richtet sich der Artikel zum Thema Soziales gegen eine Lockerung der „Gesetze oder Rechtsvorschriften“, spricht aber keine anderen Maßnahmen an, durch die Standards verwässert oder annulliert werden können.

Zweitens bezeugen die beiden Artikel zwar die Ablehnung einer *Lockerung* von Standards zwecks Anreiz von Investitionen, liefern aber keinen Beitrag zu dem entscheidenden Ziel, die Anstrengungen der Staaten zugunsten einer *Verbesserung* ihrer Umwelt- und Arbeitsstandards auch dann zu schützen, wenn ausländische Investoren/Investitionen dadurch negativ beeinträchtigt werden.

Ein drittes Problem besteht darin, dass das BIT keine Mechanismen vorsieht, durch die Stakeholder wie z.B. Gewerkschaften, betroffene ArbeitnehmerInnen oder BürgerInnen etwaige Verletzungen oder Missbräuche seitens ausländischer Investoren/Investitionen zur Kenntnis der Vertragsparteien bringen können.

Und schließlich fehlen im österreichischen Muster-BIT jegliche allgemeine Ausnahmeregelungen, die die Möglichkeit der Gaststaaten, Maßnahmen zur Förderung politischer Ziele wie den Schutz von Umwelt und/oder Arbeitsrechten zu treffen, bestätigt und schützt. Der Artikel über Enteignungen enthält zwar eine Vorkehrung, die Klarheit darüber schafft, dass „[a]ußer in seltenen Fällen ... nicht-diskriminierende Maßnahmen einer Vertragspartei, die darauf ausgerichtet und angewendet sind legitimer öffentlicher Wohlfahrtsziele wie Gesundheit, Sicherheit und Umwelt ausgerichtet und anwendbar sind, keine indirekte Enteignung darstellen“ (Art. 7(4)). Dennoch bewahrt dieser Zusatz im Enteignungsartikel ein Land nicht vor Entschädigungsforderungen aus anderen Klauseln, die ohne Abgrenzungen oder Ausnahmen abgefasst wurden. In Ermangelung allgemeiner Ausnahmeregelungen für Umwelt-, Soziale- und Gemeinwohlmaßnahmen im österreichischen Muster-BIT könnten die Maßnahmen der Gaststaaten in diesen Bereichen in unnötiger und nicht wünschenswerter Weise weiterhin Entschädigungsklagen ausgeliefert bleiben, insbesondere im Zusammenhang mit dem Meistbegünstigungsprinzip und der Inländergleichbehandlung. Ohne eine Ausnahmeklausel müsste die Flexibilität im Kontext der Meistbegünstigungs- und Inländergleichbehandlungsklauseln selbst angesprochen werden: diese müssten der Regierung dann hinreichenden Handlungsspielraum gewährleisten bzw. ermöglichen, um zwischen verschiedenen Situationen zu unterscheiden (siehe Abhandlung über die Nicht-Diskriminierungsstandards und das Konzept der „vergleichbaren Umstände“).

Investor–Staat-Streitbeilegungen

Die meisten Investitionsschutzabkommen enthalten heute Bestimmungen über Streitbeilegungsverfahren zwischen Investoren und Gaststaaten. Dieses gewährt dem Investor das Recht, den Gaststaat vor internationalen Schiedsgerichten zu verklagen. Das Streitbeilegungsverfahren ist das wirklich besondere Privileg in den Investitionsabkommen, denn diese Bestimmungen markieren den Unterschied zu anderen wirtschaftlichen Abkommen. Während die WTO es beispielsweise einem vertragsschließenden Staat erlaubt, einen anderen Staat wegen Verletzung eines WTO-Abkommens zu verklagen, räumt sie betroffenen Exporteuren oder anderen privaten Parteien keine Möglichkeit ein, Klagen direkt beim Streitbeilegungsausschuss der WTO einzubringen. BITs machen dies hingegen möglich: Investoren wird das Recht eingeräumt, Gaststaaten direkt vor internationalen Schiedsgerichten zu verklagen. Ganz im Gegensatz zu den Menschenrechtsabkommen, die Klagen gegen Regierungen seitens privater Parteien ebenfalls ermöglichen, müssen aber ausländische Investoren, die sich auf BITs berufen, vorher nicht die lokalen Rechtsmittel ausgeschöpft haben. Somit kann ein Investor die nationalen Gerichte vollständig umgehen und seine Forderungen gegen die Gastregierung direkt bei einem internationalen Schiedsgericht anhängig machen.

Als Antwort auf die stark steigende Anzahl von Investor-Staat-Fällen im letzten Jahrzehnt befassen sich die Länder mit neuen Ansätzen zur Ausgestaltung der Streitbeilegungsbestimmungen in BITs. Auch ist diese Entwicklung auf das inzwischen gewonnene bessere Verständnis des Investor-Staat-Verfahrens zurückzuführen. So schließen einige Staaten Streitigkeiten über bestimmte Rechte und Pflichten des Gaststaats aus den möglichen Investor-Staat-Streitbeilegungen aus.⁸⁸ Andere legen in ihren Abkommen fest, dass den Vertragsstaaten und nicht den Tribunalen das ausschließliche oder erste Recht auf Beilegung bestimmter Aspekte von Streitigkeiten zwischen Investoren und Staaten zusteht.⁸⁹ Wiederum andere wenden sich ganz von der Schiedsgerichtsbarkeit von Investitionen ab. So sieht das zwischen Australien und den U.S.A. abgeschlossene BIT dieses Rechtsmittel beispielsweise gar nicht vor. Auch hat Australien kürzlich beschlossen, diese Rechtsmittel in die künftigen Investitionsabkommen mit anderen Staaten nicht mehr aufzunehmen. Im April 2011 gab die Regierung Gillard eine Erklärung zur Handelspolitik heraus, in der es heißt:

In der Vergangenheit haben die australischen Regierungen den Einbezug von Investor-Staat-Streitbeilegungsverfahren in die Handelsabkommen mit Entwicklungsländern auf Geheiß der australischen Geschäftswelt angestrebt. Die Regierung Gillard wird dieser Praxis ein Ende setzen. Wenn australische Geschäftsleute sich Sorgen um das politische Risiko in den Ländern der australischen Handelspartner machen, werden sie in Zukunft ihre eigenen Bewertung vornehmen müssen, um zu entscheiden, ob sie sich zu Investitionen in jenen Ländern verpflichten wollen oder nicht.⁹⁰

Mehrere Länder setzen sich außerdem mit Verfahrensproblemen wie Mangel an Transparenz und Interessenskonflikten der Schiedsrichter auseinander.

Das österreichische Muster-BIT befasst sich mit diesen von anderen Ländern aufgegriffenen Problemen nicht. In den folgenden Abschnitten dieser Abhandlung werden einige Ansätze und Erneuerungen besprochen, die von Staaten zur Abfassung und Verbesserung der Streitbeilegungsproblematik eingeführt wurden; sodann folgen einige Anmerkungen zu den jeweiligen Herangehensweisen im österreichischen Muster-BIT.

Ausschöpfung von Rechtsmitteln, Sperrfristen, Gabelungsklauseln und Verjährungsfristen

Ausschöpfung nationaler Rechtsmittel

Wie es auch im Völkerrecht, beispielsweise in den Menschenrechtsabkommen, üblich ist, verpflichten einige Investitionsschutzabkommen wie das Protocol on Finance and Investment (FIP) der Südafrikanischen Entwicklungsgemeinschaft (SADC) die Investoren ausdrücklich, ihre nationalen Rechtsmittel auszuschöpfen, bevor sie Investor-Staat-Schiedsverfahren anhängig machen können.⁹¹ Einige andere BITs fordern zwar nicht die Ausschöpfung sämtlicher lokaler Rechtsbehelfe, aber zumindest die Ausschöpfung aller verwaltungsrechtlichen Wege.⁹² Indem die Ausschöpfung der Rechtsmittel Voraussetzung für die Einreichung einer Klage bei einem Tribunal wird, fördern die Länder die Inanspruchnahme von und das Vertrauen in die nationalen Gerichte und Verwaltungsbehörden, was wiederum der Entwicklung einer starken nationalen Rechtsstaatlichkeit dient. Indem sichergestellt wird, dass Klagen zunächst den gerichtlichen und verwaltungsbehördlichen Weg durchlaufen, werden die Investor-Staat-Streitfälle auf jene begrenzt, die im Inland ausjudiziert sind (im Gegensatz zu reinen politischen Erklärungen und vorläufigen Entscheidungen).

Waren Investoren nach den für sie anwendbaren BITs nicht zur Ausschöpfung nationaler Rechtsmittel verpflichtet, haben die Tribunale in der Regel befunden, dass die Investoren in Ermangelung dieser Verpflichtung das Recht hatten, die üblichen verwaltungsbehördlichen oder gerichtlichen Ermittlungen zu umgehen, wenn sie das Verhalten einer Regierung anfechten wollten.⁹³

Das österreichische Muster-BIT verzichtet ausdrücklich auf die Anforderung, dass der Investor die internen verwaltungsbehördlichen oder gerichtlichen Wege auszuschöpfen hat, bevor er eine Schiedsklage einreichen kann (Art. 15(2)).

Sperrfristen und obligatorische Verhandlungen

Einige BITs sehen statt oder zusätzlich zu der Klausel über die Ausschöpfung von Rechtsmitteln obligatorische Sperrfristen, Konsultationen und/oder Verhandlungen vor. Dadurch kann die Anzahl der gegen Gaststaaten eingereichten Klagen begrenzt und die informelle Beilegung von Streitigkeiten erleichtert werden. BITs, die diese Klauseln beinhalten, wie beispielsweise jenes zwischen China und der Schweiz (2009) und jenes zwischen Kanada und Kroatien (2001), verpflichten die Investoren zur Einhaltung einer Sperrfrist von sechs Monaten, bevor eine Schiedsklage eingereicht werden kann, womit für eine Art „Beruhigungsfrist“ gesorgt ist, in der die Parteien versuchen können, ihre Streitigkeiten beizulegen.

Trotz Aufnahme derartiger Bestimmungen in die Abkommen haben etliche Schiedsgerichte diese Vorkehrungen so ausgelegt, dass ihre Auswirkungen entweder abgemildert oder effektiv eliminiert wurden. So haben einige Tribunale wie auch die Schiedsgerichte in den Fällen *Biwater ./. Tanzania*,⁹⁴ *SGS ./. Pakistan*⁹⁵ und *Occidental ./. Ecuador*⁹⁶ den Investoren die Geltendmachung von Forderungen gestattet, obwohl die jeweiligen Regierungen einwandten, dass die obligatorische Sperrfrist noch nicht abgelaufen sei. Um sicherzustellen, dass die „Beruhigungsfristen“ auch wirklich durchgesetzt werden, sollten die Staaten in ihren Investitionsabkommen präzise festhalten, dass die Einhaltung der festgelegten Sperrfrist notwendige Voraussetzung für die Übernahme der Zuständigkeit für die betreffenden Streitigkeiten seitens der Schiedsgerichte ist.

Im Übrigen wurde diesen Klauseln auch keine Beachtung geschenkt, wenn Investoren sich auf das Meistbegünstigungsprinzip beriefen, um geltend zu machen, dass durch andere BITs geschützte Investoren keinen entsprechenden Sperrfristen unterlagen.

Das österreichische Muster-BIT sieht vor, Streitigkeiten „wenn möglich durch Verhandlungen oder Konsultation beizulegen“, wobei der Investor aber lediglich verpflichtet wird, diese Möglichkeiten 60 Tage lang zu nutzen, bevor er ein offizielles Schiedsverfahren gegen den Staat anhängig machen kann. Es ist fraglich, ob dieser kurze Zeitraum ausreicht, um wirklich Lösungen auf den Weg zu bringen.

Gabelungsklausel

Einige Abkommen enthalten Gabelungsklauseln, nach denen Investoren die Wahl haben, ihre Forderungen vor nationalen Gerichten oder vor einem internationalen Schiedsgericht geltend zu machen, aber in keinem Fall beide Wege beschreiten dürfen. Durch diese Gabelungsklauseln können Gaststaaten davor geschützt werden, sich mit ein und demselben Streitgegenstand gleichzeitig an verschiedenen Gerichtsständen befassen zu müssen. Und Investoren werden davon abgehalten, „sich mehrere Rosinen herauszupicken“; zudem wird verhindert, dass zum selben Sachverhalt nicht miteinander vereinbare Urteile ergehen. Die Gabelungsklauseln kann logischerweise nicht mit der Verpflichtung zur Ausschöpfung nationaler Rechtsmittel verknüpft werden.

In breiter Auslegung ihrer Zuständigkeit haben einige Tribunale, wie auch die Schiedsgerichte in den Fällen *CMS ./. Argentina* und *Toto Construzioni Generali ./. Lebanon*⁹⁷ allerdings erklärt, dass die Gabelungsklauseln in den maßgeblichen BITs die Investoren nicht darin hindern könnten, ihre Investor-Staat-Schiedsverfahren aus den Staatsverträgen gleichzeitig mit oder im Anschluss an die Einleitung separater Verfahren gegen die Regierungen an verschiedenen Gerichtsständen zu betreiben. Wenn ein Investor vor nationalen Gerichten geltend mache, dass die Behördentätigkeit einen Vertragsbruch oder sonstigen Klagegrund darstelle, der nicht auf dem BIT basierte, so die Tribunale, dann könne der Investor auch gleichzeitig oder anschließend Klage gegen den Staat auf der Grundlage eines Freihandelsabkommens mit der Begründung anhängig machen, dass die Regierung durch den Vertragsbruch und/oder das fehlerhafte Verhalten das maßgebliche BIT verletzt habe. Auch wenn das angeblich fehlerhafte Verhalten in beiden Verfahren sich auf demselben Sachverhalt oder auf sich überschneidenden Sachverhalten gründete, so hieß es, stünde es dem Investor frei, diese separaten Klagewege zu beschreiten.⁹⁸

Aus diesen Fällen geht hervor, dass die Tribunale die Gabelungsklausel in ihrer praktischen Bedeutung herabsetzen können. Zweifellos kommt es selten vor, dass ein Tribunal eine Forderung wegen der Existenz dieser Klausel abweist. Dennoch kann eine umsichtige Abfassung der Gabelungsbestimmungen einer derart eng gefassten Auslegung ihrer Funktion entgegenwirken.

Das österreichische Muster-BIT sieht vor, dass ein ausländischer Investor kein Investor-Staat-Schiedsverfahren einleiten darf, wenn in dieser Sache „ein Gericht erster Instanz ... über die Streitigkeiten in einer Sache entscheiden hat.“ verkündet hat. (Art. 15(1)). Diese Vorkehrung mag in gewisser Weise als Gabelungsklausel fungieren und die Möglichkeiten von Investoren, Vorteile aus mehreren Rechtswegen zu ziehen, einschränken. Auch wenn dieser Wortlaut die Investoren daran zu hindern scheint, nach Erwirkung eines rechtskräftigen Urteils vor nationalen Gerichten noch den schiedsgerichtlichen Weg zu beschreiten, stellt er aber wohl kein Hindernis für die gleichzeitige Geltendmachung von Forderungen an zwei Gerichtsständen dar, solange das Schiedsverfahren vor Verkündung der abschließenden Entscheidung des nationalen Gerichts anhängig gemacht wird.

Verjährungsfristen

In etlichen Abkommen sind zudem Verjährungsfristen vorgesehen, die die Investoren verpflichten, Klagen innerhalb eines bestimmten Zeitfensters anzustrengen, nachdem sie von dem Verhalten und den Schäden erfahren haben bzw. erfahren haben müssten, die ihre Forderungen begründen. Das für den Fall *Grand River Enterprises ./. United States* zuständige Schiedsgericht erläuterte in diesem Zusammenhang, dass man davon ausgehen könne, dass der ausländische Investor „angemessene Untersuchungen über signifikante rechtliche Anforderungen, die [seine] Tätigkeiten potentiell beeinträchtigen“ angestellt hat und hinsichtlich der Entwicklung und der Führung von Geschäften im Ausland „die Regeln beherrscht“, wenn festzustellen ist, ob und wann ein Investor von dem angeblich fehlerhaften Verhalten „hätte erfahren müssen“.⁹⁹

Indem die Investoren angehalten werden, ihre Forderungen fristgerecht geltend zu machen, können Verjährungsfristen die Unternehmen dazu anhalten, regulatorische Entwicklungen im Gastland zu beobachten. Verjährungsregelungen können den Gaststaaten auch dabei behilflich sein, ihre potentielle Haftbarkeit hinsichtlich Regulierungen abzuschätzen und in Erwägung zu ziehen. Und schlussendlich können Verjährungsfristen, Konsultationsanforderungen, Gabelungsklauseln, Anforderungen zur Ausschöpfung bestimmter Rechtsmittel ebenso wie die Sperrfristen die Gaststaaten bei der Kontrolle der gegen sie eingereichten Forderungen unterstützen.

Das österreichische Muster-BIT sieht eine Verjährungsfrist vor. Nach dieser Bestimmung muss eine Investor-Staat-Schiedsklage innerhalb von fünf Jahren ab dem Datum eingereicht werden, an dem der Investor erstmals Kenntnis von den Vorfällen, die Anlass zu den Streitigkeiten geben, erhalten hat oder hätte erhalten müssen. Anhand dieser Regelung kann vermieden werden, dass die unterzeichnenden Gastregierungen sich plötzlich gegenüber Klagen zu vertreten haben, deren Ursprung weit in der Vergangenheit liegt. Dennoch ist die im österreichischen Muster-BIT vorgesehene Frist von fünf Jahren für ausländische Investoren nachsichtiger angelegt als die in anderen Abkommen festgelegten Fristen von beispielsweise drei Jahren.¹⁰⁰

Mögliche Abhilfemaßnahmen

Zu den von Investoren in Anspruch genommenen Abhilfemaßnahmen zählen finanzielle Entschädigungen; Wiederherstellung oder Rückgabe von Eigentum; Bußzahlungen (d.h. eine Schadensbewertung gegen den Staat, durch die nicht der Investor für die ihm entstandenen Kosten entschädigt wird, sondern das Vergehen des Staats geahndet wird); Feststellungsklagen (d.h. Klagen zur Erwirkung von Feststellungen zu bestimmten strittigen Punkten) und Unterlassungsansprüche (d.h. Anordnungen, mit denen eine Regierung zur Vornahme oder zur Unterlassung bestimmter Handlungen veranlasst wird).

Mit Ausnahme von Bußzahlungen, die in Investor-Staat-Schiedsverfahren nicht oder nur in „außergewöhnlichen Fällen“¹⁰¹ zulässig sind, sind sämtliche Arten der den Investoren zur Verfügung stehenden Abhilfemaßnahmen mit Erfolg in Anspruch genommen worden. Die Verhängung von Schadenersatz ist durchaus üblich, und selbst wenn die in den Schiedssprüchen festgelegten Beträge oft unter den geforderten Summen liegen, so handelt es sich dabei doch häufig um atemberaubende Beträge die in die Hunderte von Millionen Dollar gehen.¹⁰²

Gibt das Schiedsgericht einer Unterlassungsklage statt, so fallen u.U. die finanziellen Folgen für den Gaststaat weg und das Urteil erscheint auf dem ersten Blick vertretbar. Aber der Umstand, dass der Regierung von einem Schiedsgericht vorgeschrieben wird, was sie zu tun oder zu unterlassen hat ist sehr schwerwiegend, weil dieser die nationalstaatliche Souveränität verletzt. Der Trend zur

Inanspruchnahme dieses Schadenersatzes scheint zuzunehmen, denn die Investoren sind auf der Suche nach neuen Wegen, die Investitionsabkommen zu ihrem Vorteil zu nutzen. In dem noch anhängigen Fall *Chevron ./. Ecuador* haben die Kläger beispielsweise eine ganz brisante Klage mit folgenden Anträgen, die nicht finanzieller Art sind, eingereicht:

6. Ecuador ist zu verurteilen, sämtliche erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um zu verhindern, dass Urteile gegen Chevron im Lago Agrio Rechtsstreit rechtskräftig und vollstreckbar werden.
7. Ecuador ist zu verurteilen, sämtliche erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um die Vollstreckung von Urteilen gegen Chevron im Lago Agrio Rechtsstreit zu untersagen, wobei den benannten Klägern auch zu untersagen ist, zur Sache gehörige Beschlagnahmungen oder Beitreibungen zu erwirken oder sonstige Vollstreckungsinstrumente anzuwenden.
8. Ecuador ist zu verurteilen, gegenüber jedem Gericht, vor dem die benannten Kläger versuchen, ein Urteil aus dem Lago Agrio Rechtsstreit durchzusetzen, eine schriftliche Zusicherung abzugeben, nach der das Urteil nicht rechtskräftig und vollstreckbar ist[.]¹⁰³

Bei dem „Lago Agrio Rechtsstreit“ handelt es sich um eine bei den Gerichten von Ecuador anhängige Klage, die von ecuadorianischen Klägern eingereicht wurde, um wegen der Schäden, die das Unternehmen durch seine Öloperationen im ecuadorianischen Amazonasgebiet an Umwelt und menschlicher Gesundheit angerichtet haben soll, Schadenersatz von Chevron zu erhalten.

In einigen Investitionsabkommen wird die Ermessensfreiheit der Schiedsgerichte insofern eingeschränkt, als ihnen nur bestimmte Formen an Rechtsmitteln gestattet werden. So heißt es beispielsweise in BITs, dass die Tribunale mit ihren endgültigen Schiedssprüchen nur finanziellen Schadenersatz oder die Wiederherstellung von Eigentum, aber keine Bußzahlungen verhängen dürfen.¹⁰⁴

Was die Frage der verfügbaren Formen an Rechtsbehelfen anbetrifft, benennt das österreichische Muster-BIT die Abhilfemaßnahmen, die ein Schiedsgericht verhängen darf. Zugelassen sind drei Maßnahmen: (1) eine Erklärung, dass der Gaststaat seinen vertraglichen Verpflichtungen nicht nachgekommen ist; (2) finanzieller Schadenersatz (inklusive Zinsen); und, soweit angemessen, (3) Wiederherstellung. Für den Fall, dass die Streitparteien sich darin einig sind, ist weiterhin vorgesehen, dass das Schiedsgericht auch andere Abhilfemaßnahmen anwenden darf. Allerdings wird in den sachdienlichen Regelungen klargestellt, dass Unterlassungsansprüchen (z.B. ein Schiedsgericht schreibt einem Land die Änderung der nationalen Gesetze vor) und Anträgen auf Bußgelder (d.h. Schadenersatz zwecks Bestrafung des Landes für das vom Tribunal als unrechtmäßig beurteilte Verhalten) nicht stattgegeben werden darf, es sei denn, der beklagte Staat und der klagende Investor sind sich in diesem Punkt einig.

Transparenz der Schiedsverfahren und Interessenskonflikte der Schiedsrichter

Eine Besonderheit von Investor-Staat-Schiedsverfahren ist die sehr undurchsichtige Art und Weise, in der sie abgehalten werden dürfen. Im Gegensatz zu anderen internationalen Gerichtsverfahren wie denen unter der Schirmherrschaft der Welthandelsorganisation oder des Internationalen Gerichtshofs können Investor-Staat-Streitigkeiten der Öffentlichkeit von ihrer Aufnahme bis zu ihrem Abschluss vollständig vorenthalten werden, selbst wenn der Staat zur Zahlung eines immensen Geldbetrags an den Investor verurteilt wird. Dieser Mangel an Transparenz läuft den auf breiter Ebene anerkannten Grundsätzen guter Regierungsführung zuwider und stellt im Hinblick auf die Rechenschaftspflicht von

Regierungen und Unternehmen einen Rückschritt dar. Die Geheimhaltung von Verfahren steht nicht nur dem Bestreben nach öffentlicher Wahrnehmung und einem öffentlichen Verstehen von solchen Streitigkeiten im Wege (oder verhindert dies allemal), sondern erschwert auch enorm die Analyse der Auswirkungen der Entwicklung des internationalen Investitionsrechts, und dies obwohl das internationale Investitionsrecht doch in signifikanter Weise von den Schiedssprüchen geprägt wird.

Der Mangel an Transparenz in Investor-Staat-Streitverfahren ist in erster Linie auf die normalerweise zur Anwendung kommenden Schiedsgerichtsregeln zurückzuführen. Hier handelt es sich in der Regel um das vom Internationalen Zentrum für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (ICSID) der Weltbank oder von der Kommission der Vereinten Nationen für Internationales Handelsrecht (UNCITRAL) abgefasste Regelwerk. Während die ICSID-Regelungen hier für einen höheren Grad an Offenheit als die UNCITRAL-Bestimmungen sorgen (denn nach den ICSID-Regelungen werden sowohl Aufnahme als auch Ergebnis eines Falls registriert und online zur Verfügung gestellt), schweigen sich beide Regelwerke mehr oder weniger darüber aus, ob, wann und wie Informationen über die Verfahren offen gelegt werden sollten. In Anbetracht dieser fehlenden Regelungen zum Thema Transparenz behandeln die Schiedsgerichte die Streitpunkte häufig auf einer ad hoc Basis, von Fall zu Fall. Die Entscheidung im Fall *Biwater ./. Tanzania*¹⁰⁵ veranschaulicht, wie die weitgehende Ermessensfreiheit der Tribunale sich auf die Rechte und Verpflichtungen von Regierungen im Hinblick auf öffentliche Bekanntgaben auswirken kann: in dem genannten Fall verhängte das Schiedsgericht einen „Maulkorberlass“ dem verklagten Staat, der es der Regierung unmöglich machte, Erklärungen oder Informationen bezüglich des Verfahrens abzugeben, obwohl (und vor allem auch weil) das öffentliche Interesse an diesem Fall ganz erheblich war, befasste er sich doch mit der allgemeinen Wasserversorgung.

Angesichts der nach den meisten Schiedsgerichtsregeln fehlenden Transparenz sowie der Tatsache, dass die Auswirkungen der Investitionsstreitigkeiten immer mehr von der Öffentlichkeit wahrgenommen werden, ergreifen die Staaten zunehmend Schritte mehr Transparenz sicherzustellen, indem sie diesbezügliche Regelungen in ihre BITs aufnehmen. Als Beispiele seien hier die Muster-BITs der Vereinigten Staaten und von Kanada, die BITs und Freihandelsabkommen der USA, von Kanada und Australien sowie ein bedeutsames regionales afrikanisches Investitionsabkommen (das COMESA Investitionsabkommen) genannt.

Das österreichische Muster-BIT enthält keinerlei Bestimmungen zur Transparenz von Schiedsverfahren für Investitionsstreitigkeiten. Es stellt nicht sicher, dass Schiedssprüche oder andere wichtige Informationen über die Investor-Staat-Streitigkeiten der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden. Damit unterscheidet sich dieses Muster-BIT von einer signifikanten Anzahl fortschrittlicherer Investitionsschutzabkommen, bei denen Staaten sich dafür entschieden haben, die Transparenzgrundsätze direkt in den Vertragstext aufzunehmen. Darüber hinaus fehlt es dem Muster-BIT auch an anderen Bestandteilen, die aktuellen Problemen in Investor-Staat-Schiedsverfahren entgegenwirken könnten; so sind beispielsweise keine Regelungen über bzw. Verbote von Interessenskonflikten von Schiedsrichtern oder Bestimmungen über einen Berufungsmechanismus aufgenommen, die die Auslegung und Anwendung der BITs-Verpflichtungen standardisieren und verbessern würden.

Verpflichtungen des Heimatstaats und des Investors

Es ist ein ganz typisches Merkmal von Investitionsabkommen, dass sie den Gaststaaten, aber nicht den Heimatstaaten oder dem ausländischen Investor Verpflichtungen auferlegen.¹⁰⁶ Die strategische Forderung von Kommentatoren und Regierungen nach Aufnahme solcher Bestimmungen, um den Beitrag von Investitionsabkommen zur nachhaltigen Entwicklung sicherzustellen, wird immer lauter.¹⁰⁷

Hinsichtlich der Verpflichtungen des Heimatstaats könnten BITs beispielsweise Regelungen aufnehmen, die von industrialisierten Heimatstaaten die Förderung ausländischer Investitionen in weniger entwickelte Gaststaaten sowie eine Kooperation mit Entwicklungsländern zum Zwecke des Technologietransfers und den Aufbau von Kapazitäten fordern, sodass sie aus ausländischen Investitionen einen unmittelbaren *Nutzen* ziehen können.

Hinsichtlich Investorenpflichten könnten in Investitionsabkommen Regelungen getroffen werden, die die Investoren unter anderem ganz konkret verpflichten, die Politik einer guten Unternehmensführung, den Verbraucherschutz, den Umweltschutz und die Menschenrechte zu respektieren und zu fördern. Derartige Bestimmungen fehlen in der Regel in den meisten Investitionsabkommen, aber in einigen BITs gibt es Klauseln, auf die die Schiedsgerichte sich berufen haben, wenn sie sich vergewissern wollten, ob Investoren den Verpflichtungen aus dem nationalen Recht der Heimatstaaten, dem anwendbaren Investitionsabkommen oder dem internationalen Recht nachgekommen waren. So haben Tribunale beispielsweise befunden, dass Investitionsschutzbestimmungen, die „unter Einhaltung der Gesetzgebung [des Gaststaats]“ getätigt werden, bedeute, dass unrechtmäßige Investitionen wie von Bestechung oder Betrug begleitete durch den Vertrag eben nicht geschützt seien.¹⁰⁸ Aber solange diese oder noch spezifischere Bestimmungen fehlen, ist die Bereitschaft der Schiedsgerichte, Investorenpflichten anzuerkennen und durchzusetzen, weder vorhersehbar noch gewiss, was auch heißt, dass die Spruchpraxis widersprüchlich bleibt. Um diese Ungewissheit und Widersprüchlichkeit zu vermeiden und sicherzustellen, dass ausländische Investitionen, die unter Verletzung der einschlägigen Gesetze und politischen Maßnahmen getätigt oder aufrecht erhalten werden, nicht unangemessen durch Investitionsabkommen geschützt sind, sollten die BITs ganz ausdrücklich Pflichten für die Investoren festschreiben.

Das österreichische Muster-BIT befasst sich wie die Mehrzahl der Vertragstexte mit dem Verhalten des Gaststaats, aber legt dem Heimatstaats oder den Investoren keine Pflichten auf. Dies jedoch mit zwei Einschränkungen: (1) durch verschiedene Artikel im Vertragstext werden den ausländischen Investoren einige minimale Anforderungen an die Rechtmäßigkeit ihrer Investitionen auferlegt und (2) in der Präambel wird anerkannt und bekräftigt, dass Investoren- und Heimatstaatsverpflichtungen bei der Auslegung und Anwendung des Abkommens zumindest hinzugezogen werden sollen.

Die Forderungen nach der Rechtmäßigkeit von Investitionen ergeben sich aus verschiedenen, im Text enthaltenen Regelungen: Artikel 2(1) des österreichischen Muster-BITs besagt, dass „[j]ede Vertragspartei in Übereinstimmung mit ihren Gesetzen und Rechtsvorschriften Investitionen von Investoren der anderen Vertragspartei fördern und zulassen [soll]“. Desgleichen sieht Artikel 27(1) vor, dass der Vertrag „für Investitionen“ gilt, „die im Hoheitsgebiet einer der beiden Vertragsparteien gemäß ihren Rechtsvorschriften“ getätigt werden. Wie bereits erwähnt, hat ein ähnlicher Wortlaut im anwendbaren BIT für einen gegen El Salvador angestregten Fall (*Inceysa ./. El Salvador*)¹⁰⁹ zu der Auslegung geführt, dass der im Investitionsabkommen gewährleistete Schutz nur den Investitionen zukomme, die in rechtmäßiger Weise getätigt wurden (d.h. nicht denen, die durch Betrug zustande gekommen sind). Man kann nicht davon ausgehen, dass andere Tribunale dieser Auslegung der Formulierung „gemäß der Rechtsvorschriften einer Vertragspartei“ im Fall *Inceysa* folgen werden, denn in jenem Fall hatten die Vertragsparteien eindeutig ihre Absicht kundgetan, dass das gesamte BIT nur legal erfolgten Investitionen Schutz gewährt. Außerdem ist es auch durchaus üblich, dass verschiedene Schiedsgerichte ähnliche Wortlaute sehr unterschiedlich auslegen. Nichtsdestotrotz ist festzustellen, dass das österreichische Muster-BIT für den Fall, dass das Land mit einer *Inceysa*-ähnlichen Klage konfrontiert wäre, durch die Artikel 2 und 27 den ausländischen Investoren zumindest einige Verpflichtungen hinsichtlich der Errichtung oder Gründung ihrer Investitionen in rechtmäßiger - und nicht betrügerischer - Weise auferlegen würde.

Die Präambel enthält sehr viel weiter gefasste Grundsätze für das Wohlverhalten des Heimatstaats und des Investors. Zu nennen sind hier (1) eine Bezugnahme auf die Ministererklärung des Wirtschafts- und Sozialrates der Vereinten Nationen über produktive Vollbeschäftigung und menschenwürdige Arbeit von 2006, (2) eine Bezugnahme auf internationalen Verpflichtungen und Feststellung betreffen der Achtung der Menschenrechte; (3) das Bekenntnis, die Ziele des Investitionsabkommens „auf eine Art und Weise“ zu erreichen, „die mit dem Schutz von Gesundheit, Sicherheit und Umwelt sowie mit der Förderung der internationalen anerkannten arbeitsrechtlichen Mindeststandards im Einklang stehen“, (4) die Bekräftigung der Bedeutung unternehmerischen Wohlverhaltens, wie es in den OECD-Leitsätzen für multinationale Unternehmen beschrieben ist, (5) die Hervorhebung der „Notwendigkeit der Befolgung“ internationaler Antikorruptionsbemühungen „für alle Regierungen und zivilen Akteure“, und (6) die Bezugnahme auf die Grundsätze des UN Global Compact. Auch wenn diese Absichtserklärungen politischer Zielsetzungen nur in der Präambel stehen und damit kein durchsetzbares Recht der BITs sind, sind diese Referenzen dennoch von Bedeutung, weil sie die Auslegung der materiell-rechtlichen BIT-Bestimmungen mit Investoren- und der Heimat- (bzw. Gast-) Staatenpflichten, internationale Normen und Standards einzuhalten, verbinden.

3. Schlussfolgerungen

Die Regierung Österreichs hat eine anerkennenswerte Leistung erbracht, indem sie ihre Investitionsschutzpolitik überdacht und teilweise reformiert hat. In die Überarbeitung des Mustervertragstextes sind die zuständigen Ministerien sowie die Sozialpartner einbezogen worden. Das Ergebnis dieses Prozesses ist ein alles in allem ausgewogeneres Musterinvestitionsschutzabkommen, wenngleich es auch weiterhin diverse Regelungen enthält, die sich potentiell negativ auf die Handlungsfähigkeit der Regierung auswirken können, mit komplexen und sich dynamisch gestaltenden Investor-Klagen, die an sie herangetragen werden könnten, umzugehen. Zu nennen sind hier Umweltvorschriften, die Gesundheitspolitik, Fragen des Gemeinwohls und der Sicherheit, der Wettbewerbsfähigkeit und die Industriepolitik. Problematisch sind insbesondere der weit gefasste und unberechenbare Standard über gerechte und billige Behandlung, die umfassende Abschirmungsklausel, der Mangel von Transparenz und Revisionsmöglichkeiten bei Investor-Staat-Schiedsverfahren sowie die potentiell nicht vorhandene Unabhängigkeit der Schiedsrichter. Im Sinne eines ausgewogeneren Vertragstextes wurden zwar einige Anstrengungen unternommen (z.B. die präzisere Definition von „Investitionen“), aber es könnte und sollte noch mehr getan werden. Auch ist es bedauernd, dass diese fortschrittlicheren Ansätze nicht in allen Abkommen aufgenommen worden sind, die Österreich nach 2008 verhandelt hat. Sicherlich sind die BITs das Produkt von Verhandlungen, aber es könnte für Österreich notwendig sein, sich eine untere Grenze zu ziehen und einige der im Muster-BIT enthaltenen entscheidenden neuen Elemente sich nicht wegverhandeln zu lassen.

Eine effiziente Investitionsschutzpolitik sollte ihre Arbeit nicht nur auf künftige BITs, sondern auch auf die fast 70 von Österreich bereits unterzeichneten Abkommen ausrichten. Die Korrektur von Problemen in bestehenden Abkommen ist zwar eine komplizierte, aber keine unmögliche Aufgabe, zumal es nach internationalem Recht diverse Optionen für die Staaten gibt, die Wortbedeutung ihrer Abkommen zu klären oder nötigenfalls auch zu ändern. Was die Bestimmungen anbetrifft, die in unangemessener Weise vage abgefasst sind, kann Österreich mit Vertragsparteien daran arbeiten, gemeinsame Erklärungen zur Präzisierung des Verständnisses der betreffenden Klauseln herauszugeben. Auch kann Österreich unilaterale Erklärungen abgeben, in denen das Land seine Auslegung der Abkommensbestimmungen klarstellt. Auch wenn eine unilaterale Erklärung von Österreich nicht die gleiche Rechtskraft hat wie eine gemeinsame Erklärung unter den Vertragsparteien, so kann sie dennoch das Verständnis, das der Staat vom Investitionsschutzabkommen hat, herausarbeiten (insbesondere, wenn diese Erklärung vor und nicht erst im Kontext mit Investor-Staat-Streitigkeiten gegeben wird). Und schließlich kann Österreich auch seine Vertragsparteien davon überzeugen, bestehende Abkommen formal abzuändern. Der Umstand, dass Österreich die Bestimmungen zum freien Kapitaltransfer neu verhandeln muss, könnte eine gute Gelegenheit bieten, auch andere Aspekte im BIT nochmal zu überdenken.

4. Literatur

¹ Quelle der hier angegebenen Fußnoten sind die Informationen auf der Website des U.S. Außenministeriums über Investor-Staat-Schiedsgerichtsverfahren aus dem NAFTA-Abkommen (<http://www.state.gov/s/l/c3439.htm>) und der kanadischen Website über Investor-Staat-Schiedsgerichtsverfahren (<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/gov.aspx?lang=en>).

² Der Klägerin im Fall *S.D. Myers ./. Canada* wurden rund C\$ 6 Millionen (zuzüglich Zinsen und Kosten) (im Vergleich zu der Forderung von C\$ 20 Millionen) zugesprochen; die Klägerin im Fall *Pope & Talbot* erhielt US\$ 407.606 (zuzüglich Zinsen und Kosten) (im Vergleich zu den eingeklagten US\$ 508 Millionen). Außerdem hat Kanada mindestens zwei Fälle durch Vergleich abgeschlossen (*AbitibiBowater ./. Canada*, und *Ethyl Corp. ./. Canada*). Zwecks weiterer Informationen zu diesen Rechtsstreitigkeiten wird auf die Website des kanadischen Amtes für auswärtige Angelegenheiten und internationalen Handel unter (<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/gov.aspx?lang=en>) verwiesen.

³ Diese Information wurde der Website der Nationalbank von Österreich entnommen, einsehbar unter: http://www.oenb.at/de/stat_melders/datenangebot/aussenwirtschaft/direktinvestitionen/direktinvestitionen.jsp

⁴ Diese Information wurde der Website des Internationalen Zentrums zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten - Datenbank für bilaterale Investitionsabkommen - entnommen, einsehbar unter <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>.

⁵ Diese Information wurde der Website des österreichischen Bundesministeriums für Wirtschaft, Familie und Jugend über den Link zum Außenhandel entnommen, einsehbar unter <http://www.en.bmwfj.gv.at/ExternalTrade/InvestmentPolicy/Seiten/Bilateralinvestmentprotectionagreements.aspx>.

⁶ Der Begriff „pre-Establishment“ weist auf die Phase vor der tatsächlichen Gründung oder Errichtung einer Investition im Gastland hin. Belange „nach Markteintritt“ sind jegliche Angelegenheiten, die sich auf die Zeit nach der „Gründung bzw. Errichtung“ beziehen. In einigen Fällen kann es schwierig sein, den genauen Zeitpunkt der „Gründung“ festzustellen, da möglicherweise sämtliche vorbereitenden Aktivitäten (z.B. die Inanspruchnahme von Beratern, Rechtsanwälten, die Erarbeitung von Durchführbarkeitsstudien und die Vornahme von Reisen) stattfinden, bevor wirklich ein Unternehmen geschaffen und betrieben wird. Allerdings kommt es mitunter auch vor, dass das Unternehmen gar nicht einsatzfähig wird.

⁷ Siehe z.B. *SGS Societe Generale de Surveillance ./. Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision on Objection to Jurisdiction vom 6. August 2003; *./. Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision on Objections to Jurisdiction vom 24. Januar 2004. Gegenstand dieser Fälle waren Dienstleistungsverträge, die zu einem großen Teil außerhalb des Territoriums des Gaststaats umgesetzt wurden. Die Gerichte befanden, dass es sich um „Investitionen“ handele, für die sie sich gerichtlich zuständig erklären konnten.

⁸ *CMS Gas Transmission Company ./. Argentine Republic*, ICSID Case

No. ARB/01/8, Decision on Objections to Jurisdiction, & Decision on Annulment vom 25. Sept. 2007.

⁹ *Azurix Corp. ./. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Decision on Jurisdiction vom 8. Dez. 2003, & Decision on Annulment vom 1. Sept. 2009.

¹⁰ *Enron Corp. and Ponderosa Assets, L.P. ./. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3,

Decision on Jurisdiction vom 14. Januar 2004, & Decision on Annulment.

¹¹ ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction vom 3. Aug. 2004.

¹² Artikel 1 des jüngsten von den Vereinigten Staaten abgeschlossenen BITs - das am 4. November 2005 unterzeichnete und am 1. November 2006 in Kraft getretene BIT mit Uruguay sieht beispielsweise vor, dass der betreffende Vermögenswert „die Eigenschaften einer Investition, einschließlich Merkmalen wie die Bindung von Kapital oder anderen Ressourcen, die Erwartung von Gewinnen oder die Übernahme von Risiken“ aufweisen müsse, um unter den Schutz des Abkommens fallen zu können. *Siehe auch* Freihandelsabkommen Australien-Chile, Ch. 10, Art. 10.1(j) (in dem vorgesehen ist, dass „Investitionen“ derartige Eigenschaften aufweisen müssen) (die Verhandlungen wurden 2008 abgeschlossen, das Abkommen ist jedoch noch nicht in Kraft). Im Investitionskapitel des Freihandelsabkommens zwischen Kanada und Peru, in Kraft getreten am 1. August 2009, ist ebenfalls festgelegt worden, dass „Immobilien oder sonstige materielle oder immaterielle Vermögenswerte“ nur als Investitionen anerkannt werden, wenn sie „in der Erwartung oder zwecks Erzielung wirtschaftlicher Nutzen oder sonstiger geschäftlicher Zwecke erworben bzw. verwendet worden sind“. Canada-Peru FTA, Ch. 8, Art. 847. Das Freihandelsabkommen zwischen Kanada und Peru sieht weiterhin vor, dass ein Darlehen und eine Sicherheit für eine Forderung für ein Unternehmen zwar als Investition anerkannt werden könne, dafür aber die ursprüngliche Laufzeit des Darlehens oder der Sicherheit für eine Forderung sich auf mindestens drei Jahre belaufen müsse. Canada-Peru FTA, Ch. 8, Art. 847. Bei einer anderen Herangehensweise müssen Investitionen ein anhaltendes dingliches Eigentumsrecht darstellen und eine gewisse Beteiligungshöhe überschreiten. Dieser Weg wurde für das BIT zwischen der Türkei und dem Libanon gewählt, in dem es heißt, dass der Begriff „Investitionen“ sich auf „direkte Investitionen“ beziehe, was wiederum bedeute „dass der Investor einer Vertragspartei ein anhaltendes dingliches Eigentumsrecht an einem Unternehmen erworben haben muss, das im Vertragsgebiet der anderen Vertragspartei etabliert oder gegründet wurde, indem er einen Eigenkapitalanteil von mindestens 10% der Stammaktien oder Stimmrechte hält“. Turkey-Lebanon BIT, Art. 1 (unterzeichnet am 12. Mai 2004; in Kraft getreten am 4. Juni 2006).

¹³ Ein Beispiel für die früher gewählte Einschränkung findet sich in der Definition des Begriffs „Investition“ in dem BIT zwischen der Republik Korea und El Salvador; dort heißt es in dem sachdienlichen Teil, dass „Investitionen‘ [. . .] alle Arten von Vermögenswerten oder Rechten [umfassen], die Investoren einer Vertragspartei im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei nach Massgabe der gesetzlichen Vorschriften und Bestimmungen der letztgenannten Vertragspartei investieren.“ *Id.*, Art. 1 (unterzeichnet am 6. Juli 1998, in Kraft getreten am 25. Mai 2002). Es sei darauf hingewiesen, dass die Beschränkung des Schutzes auf solche Investitionen, die in Übereinstimmung mit den geltenden Rechtsvorschriften des Gaststaats erfolgt sind (d.h. die Ablehnung eines Schutzes rechtswidrig vorgenommener Investitionen wie beispielsweise Investitionen im Wege der Bestechung oder des Betrugs), auch an anderen Stellen der Investitionsabkommen festgelegt werden kann. Siehe z.B.

Inceysa Vallisoletana S.L. ./ Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, Award vom 2. Aug. 2006).

¹⁴ Siehe z.B. 2003 Canada Model Foreign Investment Protection Agreement (FIPA), Section A, Art. 1.

¹⁵ Das COMESA-Investitionsabkommen schränkt den Schutz geistiger Eigentumsrechte auf „geistige Eigentumsrechte, technische Verfahren, Know-How, Goodwill und sonstige Nutzen oder Vorteile, die mit einem im Hoheitsgebiet der COMESA-Mitgliedstaaten betriebenen Geschäft zusammenhängen, in das die Investition geflossen ist“ ein (Art. I(9)(d)).

¹⁶ Siehe z.B. CAFTA, Art. 10.28, n.11 (hier heißt es, dass der „Begriff ‚Investition‘ [. . .] keine Anordnungen oder Urteile [umfasst], die in einem Gerichts- oder Verwaltungsverfahren erlassen werden“).

¹⁷ Siehe z.B. NAFTA, Art. 1139(i); COMESA, Art. I.

¹⁸ *Inceysa Vallisoletana S.L. / Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, Award vom 2. Aug. 2006

¹⁹ In diesem Fall war der Wortlaut, nach dem Investitionen „nach Maßgabe des“ Rechts des Gaststaats vorzunehmen waren, nicht in der Definition geschützter „Investitionen“ enthalten, sondern in zwei anderen Regelungen: eine Bestimmung bezog sich auf die Zulassung von Investitionen, die andere auf die Reichweite des durch den Staatsvertrag gewährten Schutzes. Diese beiden Klauseln, zusammen mit der Verhandlungsgeschichte, in der die Absicht der Vertragspartner dargelegt war, geschützte „Investitionen“ auf rechtmäßig getätigte zu beschränken, veranlassten das Schiedsgericht, die Zuständigkeit ungeachtet der Tatsache abzulehnen, dass die Einschränkung nicht direkt in der Definition des Begriffs der geschützten „Investitionen“ enthalten war.

²⁰ *Grand River Enterprises v. United States*, Award vom 12. Jan. 2011, para. 122.

²¹ Siehe Österreich-Hongkong BIT (unterzeichnet am 11. Okt. 1996; in Kraft getreten am 1. Okt. 1997); Österreich-Iran BIT (unterzeichnet am 15. Feb. 2001; in Kraft getreten am 11. Juli 2004).

²² Siehe Österreich-Algerien BIT (unterzeichnet am 17. Juni 2003; in Kraft getreten am 1. Jan. 2006); Österreich-Namibia BIT (unterzeichnet am 27. Mai 2003); Österreich-Jemen BIT (unterzeichnet am 30. Mai 2003; in Kraft getreten am 1. Juli 2004); Österreich-Äthiopien BIT (unterzeichnet am 12. Nov. 2004; in Kraft getreten am 1. Nov. 2005).

²³ *Siehe z.B.* Comprehensive Economic Cooperation Agreement zwischen der Republik Indien und der Republik Singapur, Ch. 6, Art. 6.1 (unterzeichnet am 29. Juni 2005, in Kraft getreten am 1. Aug. 2005); U.S.–Uruguay BIT, Art. 1;

²⁴ *Siehe z.B. Phoenix Action Ltd. / Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award vom 9. April 2009. In diesem Fall lehnte das Schiedsgericht die Zuständigkeit deshalb ab, weil der Investor die Investition getätigt hatte, um auf rechtswidrige Weise in den Schutz des Abkommens zu gelangen. Es sei allerdings darauf hingewiesen, dass die Definition des Begriffs „Investition“ und nicht des Begriffs „Investor“ Gegenstand dieses Verfahrens war.

²⁵ ICSID Case No. ARB/06/5, Award vom 15. April 2009.

²⁶ ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Award vom 17. September 2009.

²⁷ Einige Abkommen wie beispielsweise das Investitionsschutzabkommen für den gemeinsamen Investitionsmarkt der COMESA sehen beispielsweise vor, dass eine „juristische Person ordnungsgemäß nach den geltenden gesetzlichen Regelungen und Vorschriften eines Mitgliedstaats gegründet worden oder anderweitig organisiert sein muss . . .“, um als geschützter Investor zu gelten. „[Eine] juristische Person, die sich im Eigentum oder unter der Kontrolle ausländischer Staatsangehöriger befindet, qualifiziert sich nur dann als COMESA-Investor, wenn sie substantielle Geschäftstätigkeiten in dem Mitgliedstaat durchführt, in dem sie ordnungsgemäß gegründet wurde oder organisiert ist.“ Art. 1(4)

²⁸ *Id.*

²⁹ Siehe z.B. CAFTA, Art. 10.12.

³⁰ ICSID Case No. ARB/09/12.

³¹ Im Artikel 12 heißt es:

Eine Vertragspartei kann die Vorteile aus diesem Abkommen einem Investor der anderen Vertragspartei und seinen Investitionen verweigern, wenn dieser Investor im Eigentum oder unter der Kontrolle von Investoren einer nicht vertragschließenden Partei steht und jener

Investor im Hoheitsgebiet der Vertragspartei, nach deren Rechtsvorschriften er gegründet wurde oder organisiert ist, keine substanziellen Geschäftstätigkeiten durchführt.

³² Siehe z.B. Österreich-Malaysia BIT (unterzeichnet am 12. April 1985; in Kraft getreten am 1. Jan. 1987); Österreich-Korea BIT (unterzeichnet am 14. März 1991; in Kraft getreten am 1. Nov. 1991).

³³ Siehe z.B. Österreich–Usbekistan BIT, Art. 10 (unterzeichnet am 2. Juni 2000; in Kraft getreten am 18. Aug. 2001); Österreich–Slowenien BIT, Art. 10 (unterzeichnet am 7. März 2001; in Kraft getreten am 1. Febr. 1, 2002).

³⁴ Gill, Gearing & Birt, *Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties: A Comparative Review of the SGS Cases* (2004) 21:5 J. INT. ARB 397 n. 31.

³⁵ ICSID Case No. ARB/01/13, Decision on Jurisdiction vom 6. Aug. 2003.

³⁶ ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction vom 3. Aug. 2004 & Award vom 6. Febr. 2007.

³⁷ Id., para. 167.

³⁸ Siemens *./.* Argentina, paras. 204-206.

³⁹ *Pan American Energy LLC ./. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/13, Decision on Preliminary Objections vom 27. Juli 2006.

⁴⁰ *Joy Mining Machinery Ltd. ./. Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award vom 6. August 2004.

⁴¹ ICSID Case No. ARB/02/6, Decision on Jurisdiction vom 29. Jan. 2004.

⁴² Partial Award vom 19. Aug. 2005.

⁴³ ICSID Case No. ARB/01/3, Award vom 22. Mai 2007 & Decision on Application for Annulment of the Argentine Republic vom 30. Juli 2010.

⁴⁴ In jüngeren U.S.-BITs und FTAs sind beispielsweise Regelungen getroffen worden, durch die die in „Investitionsverträgen“ gewährten Vertragsrechte geschützt werden, anstatt in weitergehender Weise mit der Abschirmungsklausel zu arbeiten, um „jede Verpflichtung“ gegenüber dem Investor zu schützen. Wie im U.S.-Uruguay BIT erkennbar, wird „Investitionsvertrag“ definiert als ein:

schriftlicher Vertrag zwischen einer nationalen Behörde einer Vertragspartei und einer geschützten Investition oder einem geschützten Investor der anderen Vertragspartei, auf den die geschützte Investition oder der geschützte Investor sich berufen kann, wenn eine andere geschützte Investition als der schriftliche Vertrag selbst geschaffen oder erworben wird, die der geschützten Investition oder dem geschützten Investor Rechte gewährt:

(a) in Bezug auf Naturressourcen, die eine nationale Behörde kontrolliert im Zusammenhang mit deren Ausbeutung, Gewinnung, Raffinierung, Transport, Vertrieb oder Verkauf;

(b) für die Erbringung von Dienstleistungen für die Öffentlichkeit im Namen der Vertragspartei, wie beispielsweise Stromerzeugung oder -vertrieb, Wasserbehandlung oder -vertrieb oder Telekommunikationsleistungen; oder

(c) für die Durchführung von Infrastrukturprojekten wie Straßen-, Brücken-, Kanal-, Damm- oder Pipelinebau, die auf die exklusive oder vorrangige Benutzung oder den exklusiven oder vorrangigen Nutzen des Staats ausgelegt sind (Art. 1).

Der Vertrag enthält eine Erläuterung des Begriffs „schriftlicher Vertrag“, in der es an sachdienlicher Stelle heißt, dass „(a) einseitige Handlungen einer Verwaltungs- oder Rechtsbehörde wie die Ausstellung einer Genehmigung, Lizenz oder Bewilligung durch einen Vertragspartner in dessen

regulierender Tätigkeit, oder einer Verfügung, Anordnung, eines Urteils als solcher; [oder] ein Anerkenntnisurteil von Verwaltungs- oder Justizbehörden“ (n.5. Außerdem ist eine Erläuterung zum Begriff „nationale Behörde“ enthalten. Hier heißt es: „Für die Zwecke dieser Definition ist eine ‚nationale Behörde‘ eine Behörde auf zentraler Verwaltungsebene“ (n.6).

⁴⁵ Austria–India BIT, Art. 8(2) (unterzeichnet am 8. Nov. 1999; in Kraft getreten am 1. März 2001).

⁴⁶ Diese Erklärung über die beabsichtigte Anstrengung eines Schiedsgerichtsverfahrens ist einsehbar unter http://ita.law.uvic.ca/documents/RencoGroupVPeru_NOI.pdf. Bei seiner Diskriminierungsbeschwerde argumentiert der Investor, dass die Regierung ihn zugunsten einer nationalen Körperschaft diskriminiert habe und somit die Verpflichtung der Inländergleichbehandlung nicht erfüllt habe. Diese Forderungen hätten genauso gut im Rahmen der Meistbegünstigungsklausel vorgebracht werden können, wenn es sich bei Körperschaft, der die vermeintliche bessere Behandlung zugekommen war, um einen ausländischen Investor eines Drittstaats gehandelt hätte.

⁴⁷ *Siemens ./. Argentina*, Award vom 6. Febr. 2007, para. 321; *Occidental Exploration and Production Co. ./. Ecuador*, Award vom 1. Juli 2004, para. 177; *S.D. Myers ./. Canada*, Award vom 13. Nov. 2000, paras. 252-54.

⁴⁸ Siehe z.B. die anhängigen Streitigkeiten in den Fällen *Pacific Rim Cayman ./. El Salvador*, ICSID Case. No. ARB/09/12; *Methanex Corp. ./. United States*, Final Award vom 3. August 2005; *S.D. Myers ./. Canada*, Partial Award vom 13. November 2000.

⁴⁹ Siehe z.B. *Parkerings-Compagniet AS ./. Republic of Lithuania*, ICSID Arb. Case No. ARB/05/8, Award vom 11. Sept. 2007, paras. 392-396 (soll festgelegt werden, ob für Investoren „vergleichbare Umstände“ zutrafen, werden hier Umwelt-, Kultur-, Wirtschafts- und Rechtsaspekte der Investitionen in den Mittelpunkt gestellt).

⁵⁰ Id.

⁵¹ Siehe z.B. U.S. Muster-BIT von 2004, Art 4(1) („Jede Vertragspartei wird den Investoren der anderen Vertragspartei im Zusammenhang mit der Etablierung, dem Erwerb, der Ausweitung, dem Management, der Führung, dem Betrieb und dem Verkauf oder der anderweitigen Veräußerung von Investitionen in ihrem Hoheitsgebiet keine nachteiligere Behandlung zukommen lassen als die, die sie bei Vorliegen *vergleichbarer Umstände* den Investoren anderer Parteien, die nicht Vertragspartner sind, gewährt.“) (Hervorhebung hinzugefügt).

⁵² Der Artikel über Inländergleichbehandlung im COMESO-Investitionsabkommen enthält eine sinnvolle Formulierung, die genau abklärt, wann „vergleichbare Umstände“ für Investoren und Investitionen zutreffen. Dazu gehören Umstände, die sich auf (a) Auswirkungen auf Dritte und die lokale Gemeinschaft, (b) Auswirkungen auf die Umwelt, (c) auf den betreffenden Sektor, (d) auf das Ziel der Maßnahme, (e) auf den üblicherweise anwendbaren regulatorischen Prozess und (f) auf andere Faktoren, die für die betreffende Maßnahme und die/den betreffende/n Investition/Investor von direkter Relevanz sind, beziehen. (Art. 17(2)).

⁵³ Siehe z.B. Freihandelsabkommen China-Peru, Art. 131(4).

⁵⁴ Dieses am 1. Januar 2010 in Kraft getretene Abkommen ist einsehbar unter <http://commerce.nic.in/trade/INDIA%20KOREA%20CEPA%202009.pdf>.

⁵⁵ Comprehensive Economic Cooperation Agreement zwischen der Republik Indien und der Republik Singapur, ch. 6, vom 29. Juni 2005 (in Kraft getreten am 1. Aug. 2005). Anstelle einer Meistbegünstigungsklausel heißt es im Art. 6.17(1), „Überprüfung von Verpflichtungen“:

Wenn eine Vertragspartei nach dem Inkrafttreten dieses Abkommens einen Investitionsvertrag mit einer anderen als einer Vertragspartei abschließt, wird sie einer Aufforderung der anderen Vertragspartei, den Grundsatz einer nicht weniger günstigen Behandlung als der nach dem vorerwähnten Vertrag geleisteten in dieses Abkommen einzugliedern, Beachtung schenken.

Im Falle einer etwaigen Eingliederung dieser Art sollte das allgemeine Gleichgewicht den von jeder Vertragspartei übernommenen Verpflichtungen gewahrt werden.

⁵⁶ Siehe z.B. *Maffezini v Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction vom 25. Jan. 2000.

⁵⁷ Siehe z.B. *Maffezini v Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction vom 25. Jan. 2000; *Siemens v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction vom 3. Febr. 2004.

⁵⁸ Siehe z.B. Colombia–Switzerland BIT, Ad Art. 4, para. 2 (unterzeichnet am 17. Mai 2006); Freihandelsabkommen zwischen Neuseeland und China, Ch. 11, Art. 139 (unterzeichnet am 7. April 2008; in Kraft getreten am 1. Okt. 2008).

⁵⁹ Siehe kanadisches Muster-FIPA, Art. 9(3) („Artikel 4 [Meistbegünstigungsprinzip] findet keine Anwendung auf Behandlungen, die einer Vertragspartei aus Verträgen oder in Bezug auf Sektoren zukommen, die in der Anlage des Anhangs III des Vertrags aufgeführt sind.“).

⁶⁰ Siehe id.

⁶¹ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. ./ The Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award vom 17. Febr. 2000.

⁶² Siehe z.B. *Methanex ./ United States*, Award vom 3. Aug. 2005.

⁶³ *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. ./ United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award vom 29. Mai 2003.

⁶⁴ Siehe z.B. U.S.–Uruguay BIT, Art. 6 & Annex B(4)(b) („Außer in seltenen Fällen stellen nicht-diskriminierende regulatorische Handlungen einer Vertragspartei, die auf den Schutz legitimer Interessen des Gemeinwohl wie die öffentliche Gesundheit, die Sicherheit, die Umwelt ausgerichtet sind und für diesen Zweck zur Anwendung kommen, keine indirekten Enteignungen dar.“).

⁶⁵ Annex 2, Article 4, ASEAN Comprehensive Investment Agreement.

⁶⁶ *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. ./ The United Mexican States*, ICSID Arb. Case No. ARB(AF)/00/2.

⁶⁷ *Id.*, para. 154.

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ *CMS Gas Transmission Co. ./ Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award vom 1. Sept. 2006, paras. 266-281.

⁷⁰ *Vivendi ./ Argentina*, Award in Resubmitted Proceeding, ICSID Case No. ARB/97/3, 20. August 2007, para. 7.4.39).

⁷¹ Siehe z.B. CAFTA, Art. 10.5(1); India–Korea FTA, Art. 10.4(1).

⁷² Siehe z.B. *Glamis Gold ./ United States*, Final Award vom 8. Juni 2009.

⁷³ Siehe z.B. Kevin P. Gallagher, Reforming United States Trade and Investment Treaties for Financial Stability: The Case of Capital Controls. *Investment Treaty News*, 5. Apr. 2011, einsehbar unter <http://www.iisd.org/itn/2011/04/05/reforming-united-states-trade-and-investment-treaties-for-financial-stability-the-case-of-capital-controls/>.

⁷⁴ Case C-205/06, *Commission ./. Austria* [2009] ECR I-1301; Case C-249/06, *Commission ./. Sweden* [2009] ECR I-1335; Case C-118/07, *Commission ./. Finland* vom 19. November 2009; einsehbar unter <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=en>.

⁷⁵ U.S.–Colombia FTA (unterzeichnet am 22. Nov. 2006, noch nicht bestandskräftig). *Siehe auch* Canada-Colombia FTA (unterzeichnet am 21. Nov. 2008, noch nicht bestandskräftig) (mit einer Regelung in der Präambel, nach denen die Länder sich der „Förderung nachhaltiger Entwicklung“ verschreiben).

⁷⁶ *Siehe z.B. SGS ./. Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision on Jurisdiction vom 24. Januar 2004; *CMS ./. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award vom 1. Sept. 2006.

⁷⁷ *Siehe auch z.B., Canada–Peru FTA*, Ch. 10, Art. 809 (in Kraft getreten am 1. Aug. 2009); Economic Partnership Agreement between the CARIFORUM States, of the One Part, and the European Community and its Member States, of the Other Part (unterzeichnet am 15. Okt. 2008) (in der Präambel berücksichtigt ist „der Bedarf zur Förderung des wirtschaftlichen und sozialen Fortschritts für die Völker der Staaten in einer Weise, durch die eine nachhaltige Entwicklung und die grundlegenden Arbeitsrechte im Einklang mit den Verpflichtungen, die im Rahmen der Internationalen Arbeitsorganisation übernommen wurden, sowie bei gleichzeitigem Schutz der Umwelt gemäß der Johannesburg Declaration von 2002 unterstützt bzw. respektiert werden“). *Siehe auch z.B. Canada–Colombia FTA*, Ch. 8, Art. 815; NAFTA, Ch. 11, Art. 1114(2); U.S.–Uruguay, arts. 12 & 13 (in Kraft getreten am 1. Nov. 2006); Belgium-Luxembourg Economic Union–Colombia Investment Treaty, arts. 7 & 8 (unterzeichnet am 4. Februar 2009); Belgium-Luxembourg Economic Union-Ethiopia Investment Treaty, arts. 5 & 6 (unterzeichnet am 26. Oktober 2006). Diese Staatsverträge sehen häufig einen Mechanismus für die Herangehensweise und Lösung von Streitfragen vor, wenn ein Staat in ungebührlicher Weise zu einer Investition angeregt haben mag. *Canada–Peru FTA*, Ch. 8, Art. 809. *Siehe auch* NAFTA, Ch. 11, Art. 1114(2); U.S.-Uruguay BIT, Arts. 12(1) & 13(1). Einige von Kanada abgeschlossene Freihandelsabkommen enthalten in ihren Investitionskapiteln außerdem einen Artikel mit der Überschrift „Soziale Verantwortung von Unternehmen“. Diese Artikel enthalten stellenweise Wortlaute wie „die Vertragsparteien erinnern jene Unternehmen“ „die innerhalb [ihrer] Hoheitsgebiete oder nach Maßgabe [ihrer] Rechtssysteme tätig werden“ an „die Bedeutung der Einbindung . . . sozialer Verantwortlichkeitsstandards für Unternehmen“, die sich befassen mit „Themen wie Arbeit, Umwelt, Menschenrechten, Verhältnissen innerhalb der Gemeinschaft und Anti-Korruption“, „in ihre innenpolitischen Maßnahmen.“ *Siehe z.B. Canada-Peru FTA*, Ch. 8, Art. 810.

⁷⁸ Diese Bestimmungen beschränken sich oft nicht auf die Investitionskapitel in den Freihandelsabkommen, sondern gelten sowohl für die Handels- als auch die Investitionsabschnitte der Abkommen und können in Nebenvereinbarungen zu den Hauptvertragstexten niedergelegt werden. *Siehe z.B. U.S.–Peru FTA*, Ch. 18.6 (in Kraft getreten am 1. Febr. 2009); U.S.-Colombia FTA, Art. 18.6; *Canada-Colombia FTA*, Ch. 17, Art. 1703 and Agreement on the Environment between Canada and the Republic of Columbia (unterzeichnet am 21. Nov. 2008, noch nicht bestandskräftig); *New Zealand–China FTA*, Art. 177 (in Kraft getreten am 1. Okt. 2008).

⁷⁹ Art. 5(4).

⁸⁰ U.S.–Colombia FTA, Ch. 18, Arts. 18.7, 18.8 & 18.9.

⁸¹ Ein jüngeres Beispiel ist hier die Lösung des DR-CAFTA Arbeitskampfprozesses, der vom Office of the U.S. Trade Representative mit dem Vorbringen anhängig gemacht wurde, dass Guatemala die guatemalteckischen Arbeitsgesetze über das Versammlungsrecht, das Recht der Arbeiter, sich zu organisieren und Gewerkschaften beizutreten, und die Vorschriften über annehmbare Arbeitsbedingungen nicht effektiv durchgesetzt habe. Es handelt sich hier um den ersten arbeitsrechtlichen Fall, der von den Vereinigten Staaten jemals gegen einen Handelsvertragspartner eingeleitet worden ist. Die Vereinigten Staaten reichten diese Klage ein, nachdem eine Koalition von Gewerkschaftsorganisationen einen Antrag im Rahmen der DR-CAFTA Beschwerdeverfahren eingereicht hatte und die diesbezüglichen Beratungen zwischen den Vereinigten Staaten und Guatemala gescheitert waren. *Siehe:* <http://www.ustr.gov/about-us/press-office/press->

[releases/2011/may/ustr-kirk-seeks-enforcement-labor-laws-guatemala](#) - und an späterer Stelle in diesem Text.

⁸² Siehe z.B. *Continental Casualty Co. ./ Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, Award vom 5. Sept. 2008; siehe auch *Sempre Energy International ./ Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on Annulment vom 29. Juni 2010; *Enron Creditors Recovery Corp. and Ponderosa Assets, L.P. ./ Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Annulment vom 30. Juli 2010.

⁸³ Außer den nachfolgend und in zugehörigen Fußnoten zitierten Auszügen siehe auch z.B. Japan–Peru BIT, Art. 19(1).

⁸⁴ Siehe GATT, Art. XX: Allgemeine Ausnahmen (1994) („Unter dem Vorbehalt, dass die nachstehenden Maßnahmen nicht in einer Weise durchgeführt werden, dass sie ein Mittel zur willkürlichen oder ungerechtfertigten Diskriminierung zwischen den Ländern, bei denen die gleichen Verhältnisse vorliegen, oder eine verschleierte Beschränkung im internationalen Handel darstellen, soll keine Bestimmung des vorliegenden Abkommens so ausgelegt werden, dass sie einen Vertragspartner hindern würde, folgende Maßnahmen zu beschließen oder durchzuführen:

... (b) Maßnahmen, die für den Schutz des Lebens oder der Gesundheit von Personen und Tieren oder die Erhaltung des Pflanzenwuchses erforderlich sind; ... (e) Maßnahmen, die sich auf Waren beziehen, die in Gefängnissen hergestellt werden; ... (f) Maßnahmen zum Schutze nationalen Eigentums von künstlerischem, historischem oder archäologischem Wert; ... (g) Maßnahmen zum Schutz natürlicher Hilfsquellen, bei denen die Gefahr der Erschöpfung besteht;“ [Übersetzung gemäß offiziellem deutschen Text]

Im Gegensatz zum Art. XX im GATT enthält Art. XIV im GATS keine Ausnahmeregelung für Maßnahmen, die sich auf den Erhalt erschöpfbarer natürlicher Hilfsquellen beziehen.

⁸⁵ Siehe z.B. COMESA Investment Agreement, Art. 22(1)(b) & (c) angenommen im Mai 2007 beim Zwölften Gipfeltreffen der COMESA Authority of Heads of State and Government).

⁸⁶ Art. 5(1).

⁸⁷ Art. 5(2)

⁸⁸ Siehe z.B. Canada–Croatia BIT, Annex I(VI)(1) („Entscheidungen einer Vertragspartei über die Erlaubnis oder Zurückweisung der Etablierung eines neuen Geschäftsunternehmens oder des Erwerbs eines bereits bestehenden Geschäftsunternehmens oder eines Anteils an einem solchen Unternehmen durch Investoren oder potentielle Investoren der anderen Vertragspartei können nicht zum Gegenstand von Streitbelegungen gemäß Art. XII dieses Abkommens gemacht werden.“).

⁸⁹ Siehe z.B. Japan–Peru FTA, art. 170; Canada–Croatia BIT, Annex I(VI)(2).

⁹⁰ Gillard Government Trade Policy Statement: Trading Our Way to More Jobs and Prosperity (April 2011), einsehbar unter://www.dfat.gov.au/publications/trade/trading-our-way-to-more-jobs-and-prosperity.html#investor–state .

⁹¹ Art. 28.

⁹² Siehe z.B. China–Switzerland BIT, Protocol, Ad Art. 11, para. 2 („Die Volksrepublik China kann für den Fall, dass sie als Vertragspartei in Streitigkeiten involviert ist, von dem betreffenden Investor fordern, dass er den in den Gesetzen und Vorschriften der Volksrepublik China vorgeschriebenen nationalen verwaltungsrechtlichen Weg ausgeschöpft hat, bevor er Schiedsgerichtsverfahren für Streitigkeiten anhängig macht . . .“).

⁹³ Siehe z.B. *Helnan International Hotels ./ Egypt*, Decision on Annulment, ICSID Case No. ARB/05/19, 14. Juni 2010, paras. 46-57. Einige Entscheidungen, nach denen eine Verpflichtung zur

Ausschöpfung nationaler Rechtsmittel nicht existierte, basierten auf Art. 26 der ICSID-Konvention. In diesem Artikel heißt es: „Soweit keine anderweitigen Vereinbarungen getroffen wurden, gilt eine Zustimmung der Vertragsparteien zur Schiedsgerichtsbarkeit im Rahmen dieser Konvention als Zustimmung zur Durchführung von Schiedsverfahren unter Ausschluss aller anderen Rechtsmittel. Ein Vertragsstaat kann die Ausschöpfung lokaler verwaltungsbehördlicher oder gerichtlicher Wege als Vorbedingung für seine Zustimmung zur Schiedsgerichtsbarkeit im Rahmen dieser Konvention fordern.“ In den Fällen, in denen eine ausdrückliche Verpflichtung dieser Art im einschlägigen Investitionsabkommen fehlte, waren die ICSID-Tribunale im Allgemeinen nicht bereit, das Vorhandensein einer impliziten Verpflichtung zu bestätigen.

⁹⁴ Award, Juli 2008.

⁹⁵ Decision on Jurisdiction, Sept. 2008.

⁹⁶ Decision on Jurisdiction, Sept. 2008.

⁹⁷ ICSID Case No. ARB/07/12, Decision on Jurisdiction vom 11. Sept. 2009.

⁹⁸ Siehe allerdings *Pantechniki ./. Albania*, ICSID Case No. ARB/21, 30. Juli 2009. In diesem Fall wies das Schiedsgericht (das aus dem einzigen Schiedsrichter Jan Paulsson bestand) die Zuständigkeit für einige Forderungen der Schiedsklägerin aufgrund der Anwendbarkeit der Gabelungsklausel zurück. Das Tribunal erläuterte dazu, dass die Schiedsklägerin vertragliche Forderungen nicht zu staatsvertraglichen Verletzungen umgestalten könne. Bei seiner Zusammenfassung der Position der Schiedsklägerin erklärte das Schiedsgericht:

Im Zentrum der Sache steht die Beurteilung, ob derselbe Streit sowohl nationalen als auch internationalen Foren vorgelegt worden ist. Die Schiedsklägerin beruft sich auf viele Präzedenzfälle, hat daraus aber keine signifikanten Grundsätze abgeleitet. Was bleibt, ist die reine Behauptung, dass auf staatsvertraglichen Vorkehrungen basierende Forderungen sich von ihrem Wesen her von denen unterscheiden, die sie als Vertragnehmerin geltend macht. Dieses Argument basiert auf Kennzeichnungen - aber nicht auf Analysen.

⁹⁹ Decision on Jurisdiction, para. 66.

¹⁰⁰ Es sei verwiesen auf die Dreijahresfrist im Korea-Japan BIT von 2002, im Investitionskapitel des Freihandelsabkommens zwischen China und Peru von 2009 und im Investitionskapitel des Nordamerikanischen Freihandelsabkommens von 1992 (NAFTA).

¹⁰¹ Siehe *Lemire ./. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, Award vom 28. März 2011.

¹⁰² Siehe z.B. *CME ./. Czech Republic*, Final Award vom 14. März 2003 (die Schiedsbeklagte wurde zur Zahlung eines Betrags von rund US\$ 270 Millionen als Entschädigung an den Investor, zuzüglich 10 Prozent Zinsen ab dem Datum der Zustellung der Einreichungsanzeige an die Schiedsbeklagte bis zur Zahlung der verhängten Strafe sowie rund US\$ 675.000 an Schiedsrichtergebühren und Kosten verurteilt);

Rumeli Telekom ./. Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16, Decision of Ad Hoc Annulment Committee vom 25. März 2010 (Bestätigung des Schiedsspruchs gegen den Staat der Schiedsbeklagten, der auf US\$ 125 Millionen zuzüglich Zinsen und Kosten lautete).

¹⁰³ Siehe Claimants' Memorial on the Merits vom 6. Sept. 2010, para. 547, eingereicht im Fall *Chevron Corp. & Texaco Petroleum Co. ./. Ecuador*, PCA Case NO. 2009-23.

¹⁰⁴ Siehe z.B. US-CAFTA-DR, Art. 10.26.

¹⁰⁵ ICSID Case No. ARB/05/22, Award vom 24. Juli 2008.

¹⁰⁶ Das jüngste Investitionsabkommen für the COMESA Common Investment Area liefert ein Beispiel für einen möglichen neuen Trend von Staatsverträgen, in denen Investorenpflichten anerkannt werden. Es enthält einen Artikel mit dem Titel „Verpflichtungen des Investors“, in dem es heißt: „COMESA-Investoren und deren Investitionen müssen sämtliche geltenden nationalen Maßnahmen des Mitgliedstaats, in dem sie ihre Investitionen tätigen, einhalten.“ *Id.*, Art. 13; *siehe auch* das Economic Partnership Agreement between the CARIFORUM States, of the One Part, and the European Community and its Member States, of the Other Part, Art. 72 (hier heißt es an gegebener Stelle, dass die Staatsparteien Schritte zu unternehmen haben, um sicherzustellen, dass „Investoren nach Massgabe der zentralen Arbeitsgesetzgebung handeln“ und „ihre Investitionen nicht in einer Weise leiten oder betreiben, durch die internationale Verpflichtungen in den Bereichen Umwelt oder Arbeit umgangen werden ...“).

¹⁰⁷ *Siehe z.B. UNCTAD, World Investment Report 2003: FDI Policies for Development: National and International Perspectives* auf S. 155 (2003) („In Zukunft sollten die Überlegungen in den internationalen Investitionsabkommen sich insbesondere auch auf die Heimatstaaten beziehen . . . um den Fluss ausländischer Direktinvestitionen in Entwicklungsländer anzuregen und deren Nutzen für diese Länder zu erhöhen.“)

¹⁰⁸ *Siehe z.B. Inceysa Vallisoletana S.L. ./ Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, Award vom 2. August 2006.

¹⁰⁹ *Id.*

Anhang 1

Österreichischer Mustertext für bilaterale Investitionsabkommen

**Agreement for
the Promotion and Protection of Investment
between the Republic of Austria
and**

.....

The REPUBLIC OF AUSTRIA and, hereinafter referred to as "Contracting Parties",
RECALLING that foreign direct investments are vital complements to national and international development efforts, as expressed at the United Nations International Conference on the Financing of Development held in Monterrey, Mexico, in March 2002 (the "Monterrey Consensus")

RECOGNISING that agreement upon the treatment to be accorded to investors and their investments will contribute to the efficient utilisation of economic resources, the creation of employment opportunities and the improvement of living standards;

EMPHASISING that fair, transparent and predictable investment regimes based on the rule of law both complement and benefit the world trading system;

DESIRING to strengthen their ties of friendship and to promote greater economic co-operation between them with respect to investment by nationals and enterprises of one Contracting Party in the territory of the other;

REAFFIRMING the commitments under the 2006 Ministerial declaration of the UN Economic and Social Council of Full Employment and Decent Work,

REFERING to the international obligations and commitments concerning respect for human rights.

RECOGNISING that investment, as an engine of economic growth, can play a key role in ensuring that economic growth is sustainable,

COMMITTED to achieving these objectives in a manner consistent with the protection of health, safety, and the environment, and the promotion of internationally recognised labour standards;

EXPRESSING their belief that responsible corporate behaviour, as incorporated in the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, can contribute to mutual confidence between enterprises and host countries;

EMPHASIZING the necessity for all governments and civil actors alike to adhere to UN and OECD anti

corruption efforts, most notably the UN Convention against Corruption (2003)

ACKNOWLEDGING that investment agreements and multilateral agreements on the protection of environment, human rights or labour rights are meant to foster global sustainable development and that any possible inconsistencies there out should be resolved without relaxation of standards of protection.

HAVE AGREED AS FOLLOWS:

CHAPTER ONE: GENERAL PROVISIONS

ARTICLE 1

Definitions

For the purpose of this Agreement

(1) "investor of a Contracting Party" means:

- (a) a natural person having the dominant and effective nationality of a Contracting Party in accordance with its applicable law, or
- (b) an enterprise constituted or organised under the applicable law of a Contracting Party making or having made an investment in the other Contracting Party's territory.

(2) "investment by an investor of a Contracting Party" means every kind of asset in the territory of one Contracting Party, owned or controlled, directly or indirectly, by an investor of the other Contracting Party, Investments are understood to have specific characteristics such as the commitment of capital or other resources, or the expectation of gain or profit, or the assumption of risk, and include:

- (a) an enterprise as defined in paragraph (3);
- (b) shares, stocks and other forms of equity participation in an enterprise as referred to in subparagraph (a), and rights derived there from;
- (c) bonds, debentures, loans and other forms of debt instruments and rights derived there from;
- (d) any right or claim to money or performance whether conferred by law or contract, including turnkey, construction, management or revenue-sharing contracts, and concessions, licences, authorisations or permits to undertake an economic activity;
- (e) intellectual property rights and intangible assets having an economic value, including industrial property rights, copyright, trademarks, trade dresses; patents, geographical indications, industrial designs and technical processes, trade secrets, trade names, know-how and goodwill;
- (f) any other tangible or intangible, movable or immovable property, or any related property rights, such as leases, mortgages, liens, pledges or usufructs.

(3) "enterprise" means a legal person or any entity constituted or organised under the applicable law of

a Contracting Party, whether or not for profit, and whether private or government owned or controlled, including a corporation, partnership, joint venture or any other association, as well as a trust, a sole proprietorship, or a branch located in the territory of a Contracting party and carrying out substantive business there.

(4) "returns" means the amounts yielded by an investment and, in particular, profits, interests, capital gains, dividends, royalties, licence fees, management fees, technical assistance fees and other fees.

(5) „without delay" means such period as is normally required for the completion of necessary formalities for the payments of compensation or for the transfer of payments. This period shall commence for payments of compensation on the day of expropriation and for transfers of payments on the day on which the request for transfer has been submitted. It shall in no case exceed one month.

(6) "territory" means with respect to each Contracting Party the land territory, internal waters, maritime and airspace under its sovereignty, including the exclusive economic zone and the continental shelf where the Contracting Party exercises, in conformity with international law,

(7) "measure" means a regulatory action and includes any law, regulation, procedure, requirement, or practice.

ARTICLE 2

Promotion and Admission of Investments

(1) Each Contracting Party shall, according to its laws and regulations, promote and admit investments by investors of the other Contracting Party.

(2) Any alteration of the form in which assets are invested or reinvested shall not affect their character as an investment provided that such alteration is in accordance with the laws and regulations of the Contracting Party in whose territory the investment was made.

ARTICLE 3

Treatment of Investments

(1) Each Contracting Party shall accord to investments by investors of the other Contracting Party fair and equitable treatment and full and constant protection and security.

(2) A Contracting Party shall not [unduly or discriminatory] impair by the management, operation, maintenance, use, enjoyment, sale and liquidation of an investment by investors of the other Contracting Party.

(3) Each Contracting Party shall accord to investors of the other Contracting Party and to their investments or returns treatment no less favourable than that it accords to its own investors and their

investments or to investors of any third country and their investments or returns with respect to the management, operation, maintenance, use, enjoyment, sale and liquidation as well as dispute settlement of their investments or returns, whichever is more favourable to the investor.

(4) No provision of this Agreement shall be construed

(a) as to prevent a Contracting Party from taking any action in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security; or

(b) as to prevent a Contracting Party from fulfilling its obligations as a member of an economic integration agreement such as a free trade area, customs union, common market, economic community, monetary union, e.g. the European Union, or as to oblige a Contracting Party to extend to the investors of the other Contracting Party and to their investments or returns the present or future benefit of any treatment, preference or privilege by virtue of its membership in such an agreement or any multilateral agreement on investment; or

(c) as to oblige a Contracting Party to extend to the investors of the other Contracting Party and to their investments or returns the present or future benefit of any treatment, preference or privilege resulting from obligations of a Contracting Party under an international agreement, international arrangement or domestic legislation regarding taxation.

ARTICLE 4

Investment and Environment

(1) The Contracting Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by weakening or reducing the protections afforded in domestic environmental laws. Accordingly, each Party shall strive to ensure that it does not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such laws in a manner that weakens or reduces the protections afforded in those laws as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion, or retention of an investment in its territory. If a Party considers that the other Party has offered such an encouragement, it may request consultations with the other Party and the two Parties shall consult with a view to avoiding any such encouragement.

ARTICLE 5

Investment and Labour

(1) The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by weakening or reducing the protections afforded in domestic labour laws. Accordingly, each Party shall strive to ensure that it does not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such laws in a manner that

weakens or reduces adherence to the internationally recognized labour rights referred to in paragraph 2 as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion, or retention of an investment in its territory.

(2) For the purposes of this Article, „labour laws“ means each Party’s statutes or regulations, that are directly related to the following internationally recognized labour rights:

(a) the right of association;

(b) the right to organize and to bargain collectively;

(c) a prohibition on the use of any form of forced or compulsory labour;

(d) labour protections for children and young people, including a minimum age for the employment of children and the prohibition and elimination of the worst forms of child labour, and

(e) acceptable conditions of work with respect to minimum wages, hours of work, and occupational safety and health.

ARTICLE 4

Transparency

(1) Each Contracting Party shall promptly publish, or otherwise make publicly available, its laws, regulations, procedures, as well as international agreements which may affect the operation of the Agreement.

(2) Each Contracting Party shall promptly respond to specific questions and provide, upon request, information to the other Contracting Party on any measures and matters referred to in paragraph (1).

(3) No Contracting Party shall be required to furnish or allow access to information concerning particular investors or investments the disclosure of which would impede law enforcement or would be contrary to its laws and regulations protecting confidentiality.

ARTICLE 5

Expropriation and Compensation

(1) A Contracting Party shall not expropriate or nationalise directly or indirectly an investment of an investor of the other Contracting Party or take any measures having equivalent effect (hereinafter referred to as expropriation) except:

- (a) a purpose which is in the public interest,
 - (b) on a non-discriminatory basis,
 - (c) in accordance with due process of law,
 - (d) accompanied by payment of prompt, adequate and effective compensation in accordance with paragraphs (2) and (3) below.
- (2) Compensation shall:
- (a) be paid without delay. In case of delay any exchange rate loss arising from this delay shall be borne by the host country.
 - (b) be equivalent to the fair market value of the expropriated investment before the expropriation occurred. The fair market value shall not reflect any change in value occurring because the expropriation had become publicly known earlier.
 - (c) be paid and made freely transferable to the country designated by the claimants concerned and in the currency of the country of which the claimants are nationals or in any freely convertible currency accepted by the claimants.
 - (d) include interest at a commercial rate established on a market basis for the currency of payment from the date of expropriation until the date of actual payment.
- (3) An investor of a Contracting Party which claims to be affected by expropriation by the other Contracting Party shall have the right to prompt review of its case, including the valuation of its investment and the payment of compensation in accordance with the provisions of this Article, by a judicial authority or another competent and independent authority of the latter Contracting Party.
- (4) Except in rare circumstances, such as when a measure or series of measures are so severe in the light of their purpose that they cannot be reasonably viewed as having been adopted and applied in good faith, non-discriminatory measures of a Contracting Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriation.

ARTICLE 6

Compensation for Losses

- (1) An investor of a Contracting Party who has suffered a loss relating to its investment in the territory of the other Contracting Party due to war or to other armed conflict, state of emergency, revolution, insurrection, civil disturbance, or any other similar event, or acts of God or force majeure, in the territory of the latter Contracting Party, shall be accorded by the latter Contracting Party, as regards restitution, indemnification, compensation or any other settlement, treatment no less favourable than that which it accords to its own investors or to investors of any third state, whichever is most favourable to the investor.
- (2) An investor of a Contracting Party who in any of the events referred to in paragraph (1) suffers loss resulting from:
- (a) requisitioning of its investment or part thereof by the authorities or forces acting on the territory of the

other Contracting Party, or

(b) destruction of its investment or part thereof by the forces or authorities of the other Contracting Party, which was not required by the necessity of the situation, shall in any case be accorded by the latter Contracting Party restitution or compensation which in either case shall be prompt, adequate and effective and, with respect to compensation, shall be in accordance with Article 5 (2) and (3).

[ARTICLE 7]

Transfers

(1) Each Contracting Party shall guarantee that all payments relating to an investment by an investor of the other Contracting Party may be freely transferred into and out of its territory without delay. Such transfers shall include, in particular:

- (a) the initial capital and additional amounts to maintain or increase an investment;
- (b) returns;
- (c) payments made under a contract including a loan agreement;
- (d) proceeds from the sale or liquidation of all or any part of an investment;
- (e) payments of compensation under Articles 5 and 6;
- (f) payments arising out of the settlement of a dispute;
- (g) earnings and other remuneration of personnel engaged from abroad in connection with an investment.

(2) Each Contracting Party shall further guarantee that such transfers may be made in a freely convertible currency at the market rate of exchange prevailing on the date of transfer in the territory of the Contracting Party from which the transfer is made. The bank charges shall be fair and equitable.

(3) In the absence of a market for foreign exchange, the rate to be used shall be the most recent exchange rate for conversion of currencies into Special Drawing Rights.

(4) Notwithstanding paragraphs (1) to (3) and without prejudice to measures adopted by a Contracting Party in pursuance of its international obligations as mentioned in Article 3(4), a Contracting Party may also prevent a transfer through the equitable, non-discriminatory and good faith application of laws and regulations on bankruptcy, insolvency or the protection of rights of creditors, on the issuing, trading and dealing in securities, futures, options and derivatives, on reports or records of transfer, on the prevention of money laundering or terrorist financing, or in connection with criminal offences and orders or judgements in administrative and adjudicatory proceedings, provided that such measures and their application shall not be used as a means of avoiding the Contracting Party's commitments or obligations under this Agreement.

ARTICLE 8

Subrogation

If a Contracting Party or its designated agency makes a payment under an indemnity, guarantee or contract of insurance given in respect of an investment by an investor in the territory of the other Contracting Party, the latter Contracting Party shall recognise without prejudice to the rights of the investor under Chapter Two Part One the assignment of any right or claim of such investor to the former Contracting Party or its designated agency and the right of the former Contracting Party or its designated agency to exercise by virtue of subrogation any such right and claim to the same extent as its predecessor in title.

ARTICLE 9

Other Obligations

(1) Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to specific investments by investors of the other Contracting Party.

This means, inter alia, that the breach of a contract between the investor and the host State or one of its entities will amount to a violation of this treaty.

(2) If the laws of either Contracting Party or obligations under international law existing at present or established hereafter between the Contracting Parties in addition to the present Agreement contain rules, whether general or specific, entitling investments by nationals or enterprises of the other Contracting Party to a treatment more favourable than is provided for by the present Agreement, such rules shall to the extent that they are more favourable prevail over the present Agreement.

ARTICLE 10

Denial of Benefits

A Contracting Party may deny the benefits of this Agreement to an investor of the other Contracting Party and to its investments, if investors of a Non-Contracting Party own or control the first mentioned investor and that investor has no substantial business activity in the territory of the Contracting Party under whose law it is constituted or organized.

CHAPTER TWO: DISPUTE SETTLEMENT

PART ONE: Settlement of Disputes between an Investor and a Contracting Party

ARTICLE 11

Scope and Standing

This Part applies to disputes between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party concerning an alleged breach of an obligation of the former under this Agreement which causes loss or damage to the investor or his investment.

ARTICLE 12

Means of Settlement, Time Periods

(1) A dispute between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party shall, if possible, be settled by negotiation or consultation. If it is not so settled, the investor may choose to submit it for resolution:

(a) to the competent courts or administrative tribunals of the Contracting Party, party to the dispute;

(b) in accordance with any applicable previously agreed dispute settlement procedure; or

(c) in accordance with this Article to:

(i) the International Centre for Settlement of Investment Disputes ("the Centre"), established pursuant to the Convention of the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, signed in Washington on 18 March 1965 ("the ICSID Convention"), if the Contracting Party of the investor and the Contracting Party, party to the dispute, are both parties to the ICSID Convention;

(ii) the Centre under the rules governing the Additional Facility for the Administration of Proceedings by the Secretariat of the Centre, if the Contracting Party of the investor or the Contracting Party, party to the dispute, but not both, is a party to the ICSID Convention;

(iii) a sole arbitrator or an ad hoc arbitration tribunal established under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law ("UNCITRAL");

(iv) the International Chamber of Commerce, by a sole arbitrator or an ad hoc tribunal under its rules of arbitration.

(2) A dispute may be submitted for resolution pursuant to paragraph 1 (c) of this Article after 60 days from the date notice of intent to do so was provided to the Contracting Party, party to the dispute, but not later than five years from the date the investor first acquired or should have acquired knowledge of the events which gave rise to the dispute.

ARTICLE 13

Contracting Party Consent

(1) Each Contracting Party hereby gives its unconditional consent to the submission of a dispute to international arbitration in accordance with this Part. However, a dispute may not be submitted to international arbitration if a court in the first instance in either Contracting Party has rendered its final decision on the merits.

(2) The consent referred to in paragraph (1) implies the renunciation of the requirement that the internal administrative or juridical remedies should be exhausted.

[ARTICLE 14]

Place of Arbitration

Any arbitration under this Part shall, at the request of any party to the dispute, be held in a state that is party to the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards signed in New York on 10 June 1958. Claims submitted to arbitration under this Part shall be considered to arise out of a commercial relationship or transaction for purposes of Article 1 of the New York Convention.

ARTICLE 15

Indemnification

A Contracting Party shall not assert as a defence, counter-claim, right of set-off or for any other reason, that indemnification or other compensation for all or part of the alleged damages has been received or will be received pursuant to an indemnity, guarantee or insurance contract.

ARTICLE 16

Applicable Law

(1) A tribunal established under this Part shall decide the dispute in accordance with this Agreement and applicable rules and principles of international law.

(2) Issues in dispute under Article 9 shall be decided, absent other agreement, in accordance with the law of the Contracting Party, party to the dispute, the law governing the authorisation or agreement and such rules of international law as may be applicable.

ARTICLE 17

Awards and Enforcement

(1) Arbitration awards, which may include an award of interest, shall be final and binding upon the parties to the dispute and may provide the following forms of relief:

(a) a declaration that the Contracting Party has failed to comply with its obligations under this Agreement;

(b) pecuniary compensation, which shall include interest from the time the loss or damage was incurred until time of payment;

(c) restitution in kind in appropriate cases, provided that the Contracting Party may pay pecuniary compensation in lieu thereof where restitution is not practicable; and

(d) with the agreement of the parties to the dispute, any other form of relief.

(2) Each Contracting Party shall make provision for the effective enforcement of awards made pursuant to this Article and shall carry out without delay any such award issued in a proceeding to which it is party.

PART TWO: Settlement of Disputes between the Contracting Parties

ARTICLE 18

Scope, Consultations, Mediation and Conciliation

Disputes between the Contracting Parties concerning the interpretation or application of this Agreement shall, as far as possible, be settled amicably or through consultations, mediation or conciliation.

ARTICLE 19

Initiation of Proceedings

(1) At the request of either Contracting Party a dispute concerning the interpretation or application of this Agreement may be submitted to an arbitral tribunal for decision not earlier than 60 days after such

request has been notified to the other Contracting Party.

(2) A Contracting Party may not initiate proceedings under this Part for a dispute regarding the infringement of rights of an investor which that investor has submitted to arbitration under Part One of Chapter Two of this Agreement, unless the other Contracting Party has failed to abide by and comply with the award rendered in that dispute or those proceedings have terminated without resolution by an arbitral tribunal of the investor's claim.

ARTICLE 20

Formation of the Tribunal

(1) The arbitral tribunal shall be constituted ad hoc as follows:

Each Contracting Party shall appoint one member and these two members shall agree upon a national of a third state as their chairman. Such members shall be appointed within two (2) months from the date one Contracting Party has informed the other Contracting Party of its intention to submit the dispute to an arbitral tribunal, the chairman of which shall be appointed within two (2) further months.

(2) If the periods specified in paragraph (1) of this Article are not observed, either Contracting Party may, in the absence of any relevant arrangement, invite the President of the International Court of Justice to make the necessary appointments. If the President of the International Court of Justice is a national of either of the Contracting Parties or if he/she is otherwise prevented from discharging the said function, the Vice-President or in case of his/her inability the member of the International Court of Justice next in seniority should be invited under the same conditions to make the necessary appointments.

(3) Members of an arbitral tribunal shall be independent and impartial.

ARTICLE 21

Applicable Law, Default Rules

(1) The arbitral tribunal will decide disputes in accordance with this Agreement and the applicable rules and principles of international law.

(2) Unless the parties to the dispute decide otherwise, the Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Arbitrating Disputes shall apply to matters not governed by other provisions of this Part.

ARTICLE 22

Awards

(1) The tribunal, in its award, shall set out its findings of law and fact, together with the reasons therefore, and may, at the request of a Contracting Party, award the following forms of relief:

(a) a declaration that an action of a Contracting Party is in contravention of its obligations under this Agreement;

(b) a recommendation that a Contracting Party brings its actions into conformity with its obligations under this Agreement;

(c) pecuniary compensation for any loss or damage to the requesting Contracting Party's investor or its investment; or

(d) any other form of relief to which the Contracting Party against whom the award is made consents, including restitution in kind to an investor.

(2) The arbitration award shall be final and binding upon the parties to the dispute.

ARTICLE 23

Costs

Each Contracting Party shall pay the costs of its representation in the proceedings. The costs of the tribunal shall be paid for equally by the Contracting Parties unless the tribunal directs that they be shared differently.

ARTICLE 24

Enforcement

Pecuniary awards which have not been complied with within one year from the date of the award may be enforced in the courts of either Contracting Party with jurisdiction over assets of the defaulting Party.

CHAPTER THREE: FINAL PROVISIONS

ARTICLE 25

Scope and Application of the Agreement

(1) This Agreement shall apply to investments made in the territory of either Contracting Party in accordance with its legislation by investors of the other Contracting Party prior to as well as after the entry into force of this Agreement. [For the purposes of this Agreement and its interpretation, the Annex of this

Agreement, as attached thereto, forms an integral part of this Agreement.]

(2) This Agreement shall not apply to claims which have been settled or procedures in accordance with Article 12 (1) (c) which have been initiated prior to its entry into force.

ARTICLE 26

Consultations

Each Contracting Party may propose to the other Contracting Party consultations on any matter relating to this Agreement. These consultations shall be held at a place and at a time agreed upon through diplomatic channels.

ARTICLE 27

Entry into Force and Duration

- (1) This Agreement is subject to ratification and shall enter into force on the first day of the third month that follows the month during which the instruments of ratification have been exchanged.
- (2) This Agreement shall remain in force for a period of ten years; it shall be extended thereafter for an indefinite period and may be denounced in writing through diplomatic channels by either Contracting Party giving twelve months' notice.
- (3) In respect of investments made prior to the date of termination of the present Agreement the provisions of Articles 1 to 25 of the present Agreement shall continue to be effective for a further period of ten years from the date of termination of the present Agreement.

DONE in duplicate at _____, on _____ in the German, and English languages, all texts being equally authentic. In case of difference of interpretation the English text shall prevail.