

Univ.-Prof. (SFU) Dr. Konrad Lachmayer

RECHTSVERGLEICHENDE ANALYSE DES SCHUTZES VON EIGENTUM ZWISCHEN MENSCHENRECHTSSCHUTZ UND INVESTITIONSSCHUTZRECHT

Rechtswissenschaftliches Fachgutachten

Mai 2018



GERECHTIGKEIT MUSS SEIN

■ Univ.-Prof. (SFU) Dr. Konrad Lachmayer



Dr. Konrad Lachmayer ist Universitätsprofessor für Öffentliches Recht, Europarecht und Grundlagen des Rechts an der Sigmund Freud Privatuniversität, Visiting Fellow an der Durham Law School und ist selbstständiger Wissenschaftler in Wien. Forschungsschwerpunkte bestehen im Europäischen Verwaltungsverbund, im Internationalen und Vergleichenden Verfassungsrecht sowie im Datenschutz- und Verkehrsrecht.

Prof. Lachmayer studierte Rechtswissenschaft an der Universität Wien und verbrachte Forschungsaufenthalte an der University of Cambridge, dem Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg und an der Central European University in Budapest. Im Jahr 2010 wurde Konrad Lachmayer die Venia aus Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht und Europarecht verliehen. Von 2013/14 bis 2016 war er als Akademischer Rat am Institut für Rechtswissenschaften der ungarischen Akademie der Wissenschaften und als Research Fellow an der Durham Law School in England tätig.

Kontakt: konrad@lachmayer.eu; www.lachmayer.eu

■ Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----------|
| I. Rechtliche Fragestellungen | 4 |
| II. Rechtsgrundlagen..... | 5 |
| A. Verfassungsrechtliche Rechtsgrundlagen | 5 |
| B. Menschenrechtliche Rechtsgrundlagen | 5 |
| C. Investitionsschutzrecht – CETA..... | 6 |
| III. Rechtswissenschaftliche Analyse | 10 |
| A. Ausgangssituation und Methodik | 10 |
| B. Elemente des Vergleichs | 13 |
| C. Einsatz des internationalen Investitionsschutzrechts im Zusammenhang mit CETA | 57 |
| IV. Zusammenfassung..... | 65 |

I. Rechtliche Fragestellungen

Das rechtswissenschaftliche Fachgutachten nimmt einen Vergleich zwischen den menschenrechtlichen Eigentumsschutz auf der einen Seite und den investitionsschutzrechtlichen Bestimmungen auf der anderen Seite vor. Es werden dabei folgende Fragestellungen näher analysiert, insbesondere

- ob und inwieweit der in bilateralen oder internationalen Investitionsschutzabkommen gewährte materiell rechtliche Eigentumsschutz umfassender ist als jener im nationalen Recht (dargestellt insb. am Abkommen CETA, Eigentumsschutz im österreichischen Recht, EMRK);
- ob und inwieweit die materiellrechtlichen Investitionsschutzbestimmungen sowie die Regulierungsklausel in CETA die staatliche Regulierung tangieren;
- ob und inwieweit der mit Investitionsschutzabkommen gewährleistete Vertrauensschutz eine Entsprechung im nationalem Recht aufweist sowie
- ob und inwieweit die Entschädigungsansprüche aus Investitionsschutzabkommen jene bei Enteignung nach nationalem Recht übersteigen, sowohl in Hinblick auf die anrechenbaren Schadensarten (zB entgangene zukünftige Gewinne) als auch die Höhe des Schadens.

II. Rechtsgrundlagen

A. Verfassungsrechtliche Rechtsgrundlagen

Artikel 5 Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger

Das Eigentum ist unverletzlich. Eine Enteignung gegen den Willen des Eigenthümers kann nur in den Fällen und in der Art eintreten, welche das Gesetz bestimmt.

B. Menschenrechtliche Rechtsgrundlagen

Artikel 1 1. Zusatzprotokoll zur EMRK – Schutz des Eigentums

Jede natürliche oder juristische Person hat ein Recht auf Achtung ihres Eigentums. Niemandem darf sein Eigentum entzogen werden, es sei denn, daß das öffentliche Interesse es verlangt, und nur unter den durch Gesetz und durch die allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts vorgesehenen Bedingungen.

Die vorstehenden Bestimmungen beeinträchtigen jedoch in keiner Weise das Recht des Staates, diejenigen Gesetze anzuwenden, die er für die Regelung der Benutzung des Eigentums in Übereinstimmung mit dem Allgemeininteresse oder zur Sicherung der Zahlung der Steuern, sonstiger Abgaben oder von Geldstrafen für erforderlich hält.

Article 1 of Protocol 1 to the ECHR – Protection of property

Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.

C. Investitionsschutzrecht – CETA

Article 8.1 – Definitions

[...]

covered investment means, with respect to a Party, an investment:

- (a) in its territory;
- (b) made in accordance with the applicable law at the time the investment is made;
- (c) directly or indirectly owned or controlled by an investor of the other Party; and
- (d) existing on the date of entry into force of this Agreement, or made or acquired thereafter;

[...]

investment means every kind of asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, which includes a certain duration and other characteristics such as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. Forms that an investment may take include:

- (a) an enterprise;
- (b) shares, stocks and other forms of equity participation in an enterprise;
- (c) bonds, debentures and other debt instruments of an enterprise;
- (d) a loan to an enterprise;
- (e) any other kind of interest in an enterprise;
- (f) an interest arising from:
 - (i) a concession conferred pursuant to the law of a Party or under a contract, including to search for, cultivate, extract or exploit natural resources,
 - (ii) a turnkey, construction, production or revenue-sharing contract; or
 - (iii) other similar contracts;
- (g) intellectual property rights;
- (h) other moveable property, tangible or intangible, or immovable property and related rights;

(i) claims to money or claims to performance under a contract.

For greater certainty, **claims to money** does not include:

(a) claims to money that arise solely from commercial contracts for the sale of goods or services by a natural person or enterprise in the territory of a Party to a natural person or enterprise in the territory of the other Party.

(b) the domestic financing of such contracts; or

(c) any order, judgment, or arbitral award related to sub-subparagraph (a) or (b).

Returns that are invested shall be treated as investments. Any alteration of the form in which assets are invested or reinvested does not affect their qualification as investment;

investor means a Party, a natural person or an enterprise of a Party, other than a branch or a representative office, that seeks to make, is making or has made an investment in the territory of the other Party;

[...]

ARTICLE 8.12 – Expropriation

1. A Party shall not nationalise or expropriate a covered investment either directly, or indirectly through measures having an effect equivalent to nationalisation or expropriation ("expropriation"), except:

(a) for a public purpose;

(b) under due process of law;

(c) in a non-discriminatory manner; and

(d) on payment of prompt, adequate and effective compensation.

For greater certainty, this paragraph shall be interpreted in accordance with Annex 8-A.

2. The compensation referred to in paragraph 1 shall amount to the fair market value of the investment at the time immediately before the expropriation or the impending expropriation became known, whichever is earlier. Valuation criteria shall include going concern value, asset value including the declared tax value of tangible property, and other criteria, as appropriate, to determine fair market value.

3. The compensation shall also include interest at a normal commercial rate from the date of expropriation until the date of payment and shall, in order to be effective for the investor, be paid and made transferable, without delay, to the country designated by the investor and in the currency of the

country of which the investor is a national or in any freely convertible currency accepted by the investor.

4. The affected investor shall have the right, under the law of the expropriating Party, to a prompt review of its claim and of the valuation of its investment, by a judicial or other independent authority of that Party, in accordance with the principles set out in this Article.

5. This Article does not apply to the issuance of compulsory licences granted in relation to intellectual property rights, to the extent that such issuance is consistent with the TRIPS Agreement.

6. For greater certainty, the revocation, limitation or creation of intellectual property rights, to the extent that these measures are consistent with the TRIPS Agreement and Chapter Twenty (Intellectual Property), do not constitute expropriation. Moreover, a determination that these measures are inconsistent with the TRIPS Agreement or Chapter Twenty (Intellectual Property) does not establish an expropriation.

Annex 8-A CETA– Expropriation

The Parties confirm their shared understanding that:

1. Expropriation may be direct or indirect:

- a. direct expropriation occurs when an investment is nationalised or otherwise directly expropriated through formal transfer of title or outright seizure; and
- b. indirect expropriation occurs if a measure or series of measures of a Party has an effect equivalent to direct expropriation, in that it substantially deprives the investor of the fundamental attributes of property in its investment, including the right to use, enjoy and dispose of its investment, without formal transfer of title or outright seizure.

2. The determination of whether a measure or series of measures of a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation requires a case-by-case, fact-based inquiry that takes into consideration, among other factors:

- a. the economic impact of the measure or series of measures, although the sole fact that a measure or series of measures of a Party has an adverse effect on the economic value of an investment does not establish that an indirect expropriation has occurred;
- b. the duration of the measure or series of measures of a Party;
- c. the extent to which the measure or series of measures interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and
- d. the character of the measure or series of measures, notably their object, context and intent.

3. For greater certainty, except in the rare circumstance when the impact of a measure or series of measures is so severe in light of its purpose that it appears manifestly excessive, non-discriminatory measures of a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriations.

III. Rechtswissenschaftliche Analyse

A. Ausgangssituation und Methodik

1. Ausgangssituation

Das internationale Investitionsrecht setzt sich aus einer Vielzahl von unterschiedlichen Rechtsquellen zusammen. Während historisch die völkergewohnheitsrechtlichen Regelungen des Fremdenrechts ausländischen Investoren gewissen Schutz boten,¹ begannen Investoren in weiterer Folge bilaterale (Einzel-)Verträge mit Staaten abzuschließen (sog. Investor-State Verträge).² Denn obwohl sich das Verbot der entschädigungslosen Enteignung von Ausländern in seinen rudimentären Umrissen und Ansätzen bereits aus dem Völkergewohnheitsrecht ergab („general principles of international law“),³ war vor allem die Frage der Höhe der Entschädigung im völkerrechtlichen Kontext strittig. *Kriebaum* führt aus, dass „aufgrund der unklaren völkergewohnheitsrechtlichen Situation in diesem Bereich [...] den Investitionsschutzverträgen in diesem Punkt eine besondere Bedeutung zu[kommt]“.⁴

Durch das Aufkommen der bi- und multilateralen, zwischenstaatlichen Investitionsschutzverträge (BITs, MIAs) und der Aufnahme von investitionsschutzrechtlichen Regelungen in Freihandelsabkommen (FTA)⁵ seit den 1980er Jahren⁶ sowie der Bedeutung

¹ *Schreuer*, Das Internationale Investitionsrecht, in: Reinisch (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts Band I (2013) Rz 2340ff.

² Vgl *Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht (2008) 37 die darauf hinweist, dass diese Vorgangsweise noch in der Zeit vor dem Zweiten Weltkrieg üblich gewesen sei.; siehe auch *Klein*, Human Rights and International Investment Law: Investment Protection as Human Right?, GoJIL 2012, 202: „Second, claims of investors against States can be grounded on individual Investor – State contracts or concessions. These contracts may provide advantages to a private investor vis á vis the host State. To do so, however, they require considerable bargaining power on account of the private party. As a consequence, small investors often lack the means to acquire protection through individual Investor- State contracts.“.

³ Siehe zur gewohnheitsrechtlichen „Compensation Rule“ *Brownlie*, Principles of Public International Law⁷ (2008) 533ff und *Benedek*, Fremdenrecht, Asyl und Einwanderung, in: Reinisch (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts Band I (2013) Rz 1320.

⁴ *Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht (2008) 526.

⁵ So enthält bspw auch das *North American Free Trade Agreement* (NAFTA) investitionsschutzrechtliche Regelungen.

⁶ *Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht (2008) 37.

des internationalen Investitionsschutzes⁷ sind ob der Größe bzw Unterschiedlichkeit des vorhandenen Rechtsstoffes generelle Aussagen nur begrenzt möglich.⁸

Die nachfolgende Analyse fokussiert in diesem Sinne auf das *Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part* (kurz: CETA) und auf die in Österreich in Geltung stehenden verfassungs- und menschenrechtlichen Regelungen (StGG, EMRK).

2. Methodik der rechtswissenschaftlichen Analyse

Die Reichweite und Intensität des Eigentumsschutzes ist in Hinblick auf verschiedenen Stufen der Prüfung von eigentumsrechtlichen Beschränkungen zu differenzieren. Um zu aussagekräftigen Ergebnissen zu gelangen, ist eine schrittweise Vorgangsweise geboten:

- In einem ersten Schritt gilt es, die **Schutzbereiche** der verschiedenen, eigentumsschützenden Systeme zu ermitteln. So können von den Eigentumsdefinitionen der einzelnen Schutzregime – nationaler, menschenrechtlicher oder investitionsrechtlicher Eigentumsschutz – durchaus unterschiedliche Wirtschaftsgüter erfasst sein.⁹
- Auf der Abgrenzung der Schutzbereiche aufbauend ist in einem zweiten Schritt zu untersuchen, inwieweit die einzelnen Schutzregime **Eingriffe** in die abgesteckten Schutzbereiche zulassen. Denn auch ein breit gezogener Schutzbereich gewährt keinen umfassenden Schutz, wenn das einzelne Schutzregime weitreichende Eingriffe in den Schutzbereich ermöglicht. Ausführung über die Schutzintensität eines eigentumsrechtlichen Schutzregimes sind daher nur insoweit aussagekräftig, als sie auf einer Zusammenschau von Schutzbereich und Eingriffsbefugnissen beruhen.
- In einem dritten Schritt sind die verfassungs-, menschen- und investitionsrechtlichen Regelungen zu untersuchen, die für den Fall eines Eingriffs dem Rechteinhaber Ausgleichszahlungen und **Entschädigungen** gewähren. Denn durch die

⁷ Kriebaum, Eigentumsschutz im Völkerrecht (2008) 51.

⁸ Grundlegend zum Thema Kriebaum, Eigentumsschutz im Völkerrecht (2008).

⁹ Zu diesem Ergebnis gelangend Hoffmann, Universalismus oder Vollstreckung partikularer Interessen? Eigentum zwischen Menschenrecht, Investitionsschutz und demokratischem Eigentumskompromiss, Juridikum 2013, 363.

Verpflichtung des Staates, bei Eingriffen Entschädigungen zu leisten, können selbst weitreichende Eingriffsbefugnisse iS des Schutzes der Rechteinhaber abgedeckt werden.¹⁰

Ausgeklammert werden Fragen der Rechtsdurchsetzung. In diesem Zusammenhang kann festgehalten werden, dass die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit eine im Vergleich zum menschen- und verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz effektivere Durchsetzungsstruktur aufweist,¹¹ aber die rechtsstaatliche Ausgestaltung im Detail fragwürdig sein kann.¹²

¹⁰ Siehe bspw. *Griller*, Three Salient Issues of the New Comprehensive Free Trade Agreements, in: *Griller/Obwexer/Vranes* (Hrsg.), *Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA* (2017) 301, der zutreffend darauf hinweist, dass staatliche Eingriffsbefugnisse durch weitreichende Entschädigungspflichten gewissermaßen „entwertet“ werden.

¹¹ So etwa *Hoffmann*, *juridikum* 2013, 365 FN 14 „Während das Fremdenrecht auf eine Ausübung des diplomatischen Schutzes angewiesen ist, weisen Investitionsschutzabkommen aufgrund von Investor-Staat-Schiedsklauseln die effektivste Rechtsdurchsetzung und Vollstreckung auf. Im Gegensatz zu menschenrechtlichen Streitigkeiten müssen Investoren nicht vor Klageerhebung den nationalen Rechtsweg durchlaufen und Schiedssprüche können aufgrund der ICSID-Konvention und der New York Konvention weltweit vollstreckt werden.“; *Schreuer*, *Das Internationale Investitionsrecht*, in: *Reinisch* (Hrsg.), *Österreichisches Handbuch des Völkerrechts Band I* (2013) Rz 2394.

¹² Siehe *Lachmayer*, *Verfassungsrechtliche Probleme von Investor-State Dispute Settlements (ISDS)*, verfügbar unter https://media.arbeiterkammer.at/wien/PDF/studien/verfassungsrechtl_probleme_lachmayer_Juni_2015.pdf.

B. Elemente des Vergleichs

1. Schutzbereiche – Erfasstes Eigentum

Zu Beginn der Analyse der Schutzbereiche der unterschiedlichen Eigentumsschutzsysteme sind Überlegungen zu den begrifflichen und konzeptionellen Unterschieden zwischen dem menschenrechtlichen Eigentumsschutz auf der einen Seite und dem investitionsrechtlichen Eigentumsschutz auf der anderen Seite anzustellen. Während der menschen- und verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz durchgängig von den „possessions“ (Art 1 1. ZP EMRK) bzw dem „Eigentum“ (Art 5 StGG) spricht, ist der im internationalen Investitionsrecht maßgebliche Begriff der der „Investition/investment“.¹³

Article 8.2 des *Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part* (iWF CETA) grenzt den Anwendungsbereich von Chapter 8 (Investment) bspw wie folgt ab:

„This Chapter applies to a measure adopted or maintained by a Party in its territory relating to:

- (a) an investor of the other Party;
- (b) a covered investment; and
- (c) with respect to Article 8.5, any investments in its territory.“

Diese unterschiedlichen Begrifflichkeiten sind nicht bloß semantischer Natur, sondern drücken die unterschiedlichen Zielsetzungen der verschiedenen Schutzinstrumentarien aus. So stellt etwa *Kriebaum* fest, dass „[i]m Menschenrechtsschutz [...] der Schutz grundlegender Rechte eines Individuums im Vordergrund [steht], [...] demgegenüber [...] der Investitionsschutz vor allem dem Schutz wirtschaftlicher Interessen [dient].“¹⁴

„Zwischen menschenrechtlichem- und investitionsrechtlichem Eigentumsschutz bestehen wesentliche Unterschiede. Nicht nur der Schutzbereich in den beiden untersuchten Rechtsgebieten unterscheidet sich. Auch die Methoden, mit denen festgestellt wird, ob ein entschädigungspflichtiger Eigentumseingriff vorliegt, weichen erheblich voneinander ab.“¹⁵

Während also dem Menschenrechtsschutz der Schutz der elementarsten Freiheiten des Menschen inhärent ist, bezweckt das internationale Investitionsrecht primär durch die

¹³ *Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht (2008) 44ff.

¹⁴ Ebenda 174f.

¹⁵ Ebenda, 39.

Garantie von rechtlichen Standards und Garantien für ausländische Investoren weitere ausländische Investitionen anzuziehen.¹⁶ Letztlich stehen aber auch dem Investor die menschenrechtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten offen,¹⁷ während sich demgegenüber inländische Investoren und „einfache“ BürgerInnen nicht auf die investitionsschutzrechtlichen Garantien berufen können.¹⁸ Es sind daher die Unterschiede zwischen den Rechtssystemen auch daraufhin zu überprüfen, ob die mit dem Investitionsschutzrecht einhergehenden Privilegierungen in Hinblick auf den Zweck des Investitionsschutzrechts gerechtfertigt werden können.

a. Menschenrechtlicher Eigentumsschutz

- Plurales System des österreichischen Menschenrechtsschutzes

Der grund- und menschenrechtliche Eigentumsschutz in Österreich gründet sich auf eine Vielfalt rechtlicher Grundlagen. Neben den originär nationalen Grundrechten des B-VG, des StGG¹⁹ und der im Verfassungsrang stehenden sonstigen Gesetzesbestimmungen, wie etwa des § 1 DSG, stehen natürlichen wie juristischen Personen zur Absicherung ihrer Freiheitssphären auch die innerstaatlich in Verfassungsrang stehende EMRK²⁰, ihre Zusatzprotokolle sowie weitere Verbürgungen völkerrechtlicher Menschenrechtspakte zur Verfügung.²¹ Da diese völkerrechtlichen Rechtsakte innerstaatlich im Verfassungsrang stehen, kann gegen die Beeinträchtigung sowohl der „genuin“ österreichischen als auch etwa der in der EMRK und ihren Zusatzprotokollen normierten Grund- und Menschenrechten der

¹⁶ Vgl. *Schreuer*, Das Internationale Investitionsrecht, in: Reinisch (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts Band I (2013) Rz 2338f; vgl jedoch zur Problematik, ob Investitionsschutzverträge tatsächlich empirisch nachweisbare, positive Auswirkungen auf ausländische Investitionstätigkeit haben *Van Harten*, A Critique of Investment Treaties and Investor-State Arbitration, *juridikum* 2013, 340f, der dies bezweifelt, sowie ebenfalls zweifelnd *Tobin/Rose-Ackerman*, Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: The Impact of Bilateral Investment Treaties, Yale Law & Economics Research Paper No 293, 31.

¹⁷ *Rainey/Wicks/Ovey*, The European Convention on Human Rights⁷ (2017) 547 führen in Bezug auf Art 1 1. ZP-EMRK aus: „The beneficiaries of the guarantees in the Article are both individuals and business entities, including corporations. The Article has, consequently, taken on a commercial character and been used extensively by business in the advancement of its interests.“.

¹⁸ Zur damit zusammenhängenden Diskriminierungsproblematik siehe unten (B.5.c.).

¹⁹ Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger RGBl 1867/142.

²⁰ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten BGBl 1958/210.

²¹ Vgl. *Berka*, Verfassungsrecht⁶ (2016) Rz 1173.

Verfassungsgerichtshof (VfGH) angerufen werden.²² Insoweit eine Verletzung von EMRK-Rechten geltend gemacht wird, kann nach Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtszuges (Art 35 Abs 1 EMRK „exhaustion of domestic remedies“)²³ eine Beschwerde an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) erfolgen.

- Art 1 1.ZP-EMRK

Die für den Eigentumsschutz maßgebliche Bestimmung der EMRK findet sich nicht in dieser selbst, sondern in Art 1 1.ZP-EMRK.²⁴ Die völkerrechtlich authentische englische Sprachfassung²⁵ lautet wie folgt:

„Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.“

Der Eigentumsbegriff („possessions“) der EMRK ist ein autonomer, der nach der Rsp des EGMR weit auszulegen ist.²⁶ Aus seiner Autonomie folgt die Unabhängigkeit von

²² Siehe zB *Berka*, StGG Vorbem, in: Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar 1.Lfg (2001) Rz 19: „Für den Grundrechtsschutz des B-VG ist allerdings noch ein weiterer Begriff maßgeblich, nämlich der formale Begriff des ‚verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts‘ [...]; mit der Behauptung in einem solchen Recht verletzt zu sein, wird die Zuständigkeit des VfGH begründet [...]. Dazu gehören die im StGG gewährleisteten Freiheitsrechte, ferner zB die Grundfreiheiten und Menschenrechte der MRK [...].“

²³ Vgl ua *Harvey*, Admissibility of Applications, in: Harris/O’Boyle/Bates/Buckley (Hrsg), Law of the European Convention on Human Rights³ (2014) 47ff.

²⁴ Die Gründe für dies sind historischer Natur *Harris/O’Boyle/Bates/Buckley*, Article 1, First Protocol: the Right to Property, in: dieselben (Hrsg), Law of the European Convention on Human Rights³ (2014) 862f; *Rainey/Wicks/Ovey*, The European Convention on Human Rights⁷ (2017) 547; *Allen*, Compensation for Property Under the European Convention on Human Rights, Michigan Journal of International Law 2007, 291f.

²⁵ Die EMRK ist authentisch in englischer und französischer Sprache; die deutsche Fassung ist nicht authentisch. *Rainey/Wicks/Ovey*, The European Convention on Human Rights⁷ (2017) 67f.

²⁶ EGMR 23.02.1995, 15375/89, *Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH/Niederlande*; EGMR 30.11.2004, 48939/99, *Öneryıldız/Türkei*; *Peukert*, Artikel 1 des 1.ZP (Schutz des Eigentums), in: Frowein/derselbe, EMRK-Kommentar³ (2009) Rz 2; *Rainey/Wicks/Ovey*, The European Convention on Human Rights⁷ (2017) 551; *Harris/O’Boyle/Bates/Buckley*, Article 1, First Protocol: the Right to Property, in: dieselben (Hrsg), Law of the European Convention on Human Rights³ (2014) 863 führen aus, dass “any suggestion that it [‘possessions’] should be read narrowly is refuted by the word ‘biens’ in the French text which indicates that a wide range of proprietary interests were intended to be protected.“

innerstaatlichen Eigentumsdefinitionen. Die fehlende Anerkennung als Eigentum nach nationalem Recht hindert eine Qualifikation als „possession“ gem Art 1 1.ZP-EMRK nicht.²⁷

Im Gegensatz zu den völkerrechtlichen Investitionsschutzverträgen, die – wie auch CETA (B.1.c.) – in der Regel detaillierte (Definitions-)Kataloge über die geschützten Investitionen enthalten, ist die Eigentumsdefinition in der EMRK nicht im Vertrag selbst grundgelegt. Dieser spricht lediglich pauschal von den „possessions“; die genauen Grenzen hinsichtlich der unter den Begriff Eigentum („possessions“) subsumierbaren Güter wurden daher in der Judikatur des EGMR abgesteckt.²⁸

Dieser von der Judikatur des EGMR abgesteckte Eigentumsbegriff des Art 1 1.ZP-EMRK umfasst – da er im völkerrechtlichen Sinn als weit zu verstehen ist – sowohl körperliche als auch unkörperliche, bewegliche wie unbewegliche Vermögenswerte.²⁹ In der Diktion des EGMR erfasst Art 1 1.ZP-EMRK zB „title to a substantive interest“³⁰ oder „interests of a proprietary nature“³¹, womit im Wesentlichen alle im Interesse des Einzelnen liegenden, erworbenen wirtschaftlichen Werte erfasst sind.³²

Der Eigentumsbegriff des Art 1 1. ZP-EMRK ist damit ein denkbar weit gezogener, der an seinen Grenzen lediglich vage umrissen ist. Er umfasst Mobilien, Immobilien, vertragliche Rechte, Immaterialgüterrechte, Unternehmensbeteiligungen, Aktien, urteilsmäßig zuerkannte Forderungsrechte (Judikatsschulden), steuerliche Rückzahlungsansprüche, aber auch gewissermaßen faktische Interessen, wie das durch staatlich geduldetes Bewohnen einer Mülldeponie in einem illegal errichteten Bauwerk geschaffene „proprietary interest“^{33, 34}

²⁷ *Harris/O'Boyle/Bates/Buckley*, Article 1, First Protocol: the Right to Property, in: dieselben (Hrsg), *Law of the European Convention on Human Rights*³ (2014) 865.

²⁸ *Kriebaum*, *Eigentumsschutz im Völkerrecht* (2008) 172f.

²⁹ *Harris/O'Boyle/Bates/Buckley*, Article 1, First Protocol: the Right to Property, in: dieselben (Hrsg), *Law of the European Convention on Human Rights*³ (2014) 863; *Peukert*, Artikel 1 des 1.ZP (Schutz des Eigentums), in: Frowein/derselbe, *EMRK-Kommentar*³ (2009) Rz 2.

³⁰ EGMR 11.01.2007, 73049/01, *Anheuser-Busch/Portugal*, EGMR 23.11.2000, 25701/94, *Former King of Greece/Griechenland*.

³¹ EGMR 11.01.2007, 73049/01, *Anheuser-Busch/Portugal*.

³² *Harris/O'Boyle/Bates/Buckley*, Article 1, First Protocol: the Right to Property, in: dieselben (Hrsg), *Law of the European Convention on Human Rights*³ (2014) 863; vgl in diesem Zusammenhang auch *Grabenwarter/Pabel*, *Europäische Menschenrechtskonvention*⁶ (2016) 598f: „Geschützt sind damit jedenfalls privatrechtliche Vermögenspositionen. Dazu gehören erstens bestehende Eigentumsrechte nach nationalem Recht und zweitens – über den nationalen Eigentumsbegriff hinausgehend – unbedingt entstandene Ansprüche auf vermögenswerte Leistungen bzw. Forderungen, sofern diese durchsetzbar sind („sufficiently established to be enforceable“). Entscheidend ist, ob in einer Gesamtbetrachtung der Umstände eines Falls davon gesprochen werden kann, dass dem Einzelnen ein vermögenswertes Interesse zukommt.“

³³ EGMR 30.11.2004, 48939/99, *Öneryildiz/Türkei*.

³⁴ *Peukert*, Artikel 1 des 1.ZP (Schutz des Eigentums), in: Frowein/derselbe, *EMRK-Kommentar*³ (2009) Rz 2ff; *Harris/O'Boyle/Bates/Buckley*, Article 1, First Protocol: the Right to Property, in:

Rainey/Wicks/Ovey fassen diese den Anwendungsbereich des Art 1 1.ZP-EMRK eröffnende Ausgangslage trefflich zusammen:

„It is for the Strasbourg organs to determine what falls within the concept of possessions in the Article having regard to the classification of the matter under national law. Clearly both real and personal property are within the notion of possessions, but the concept extends far beyond to a non-exhaustive list of things which have an economic value.“³⁵

Ausgehend von dieser „non-exhaustive list of things which have an economic value“ kann daher grundsätzlich festgehalten werden, dass der Eigentumsbegriff von Art 1 1.ZP-EMRK auch Vermögenswerte umfasst, die an den Grenzen der „interests of a proprietary nature“ angesiedelt sind. So ist von Art 1 1.ZP-EMRK bspw auch der „Goodwill“ eines Unternehmens erfasst,³⁶ wie der EGMR in *van Marle ua/Niederlande* bezüglich des Kundenstammes eines Wirtschaftsprüfers festgestellt hat:

„[B]y dint of their own work, the applicants had built up a clientèle; this had in many respects the nature of a private right and constituted an asset and, hence, a possession within the meaning of the first sentence of Article 1. This provision was accordingly applicable in the present case.“³⁷

Bei *Kriebaum*³⁸ findet sich eine Auflistung von wirtschaftlichen Werten, die der EGMR als vom Schutzbereich des Art 1 1.ZP-EMRK erfasst qualifiziert hat. So ist bspw der Kundenstamm eines Freiluftkinos, der Klientenstamm eines Rechtsanwalts sowie der eines Steuerberaters von Art 1 1. ZP-EMRK erfasst. Kriebaum weist jedoch darauf hin, dass Goodwill nicht unter allen Umständen in den Schutzbereich der Konvention fällt und insbesondere eine strenge Unterscheidung zwischen Goodwill und zukünftigem Einkommen („future income“) getroffen wird: „Während Goodwill grundsätzlich geschützt ist, ist zukünftiges Einkommen nur dann geschützt, wenn es bereits verdient wurde oder ein diesbezüglicher durchsetzbarer Anspruch besteht.“³⁹ Die bloße Aussicht auf künftige Gewinne ist von Art 1 1.ZP-EMRK nicht

dieselben (Hrsg), *Law of the European Convention on Human Rights*³ (2014) 863ff; *Rainey/Wicks/Ovey*, *The European Convention on Human Rights*⁷ (2017) 551.

³⁵ *Rainey/Wicks/Ovey*, *The European Convention on Human Rights*⁷ (2017) 551.

³⁶ *Kriebaum*, *Eigentumsschutz im Völkerrecht* (2008) 152; *Peukert*, Artikel 1 des 1.ZP (Schutz des Eigentums), in: Frowein/derselbe, *EMRK-Kommentar*³ (2009) Rz 6.

³⁷ EGMR 26.06.1986, 8543/79, 8674/79, 8675/79, 8685/79, *van Marle ua/Niederlande*.

³⁸ *Kriebaum*, *Eigentumsschutz im Völkerrecht* (2008) 152f.

³⁹ *Kriebaum*, *Eigentumsschutz im Völkerrecht* (2008) 154; vgl in diesem Zusammenhang auch *Grabenwarter/Pabel*, *Europäische Menschenrechtskonvention*⁶ (2016) 601, die unter Berufung auf EGMR 26.06.1986, 8543/79, 8674/79, 8675/79, 8685/79, *van Marle ua/Niederlande* und EGMR 13.03.2012, 23780/08, *Malik/Großbritannien* ausführen, dass zwar der Kundenstamm eines Unternehmens als Goodwill unter den Eigentumsbegriff des Art 1 1.ZP-EMRK falle, nicht jedoch die zukünftigen Einkünfte aus diesem Kundenstamm.

geschützt;⁴⁰ künftige Erwerbchancen sind kein Eigentum iS des Art 1 1.ZP-EMRK.⁴¹ Behördliche bzw hoheitliche Genehmigungen, die Grundlage für eine wirtschaftliche Tätigkeit sind, sind ebenfalls vom Schutzzumfang des Art 1 1.ZP-EMRK erfasst.⁴²

Diese Differenzierung zwischen Goodwill und „future income“⁴³ ist kongruent mit der Judikatur, dass der Schutz des Art 1 1.ZP-EMRK nur bereits bestehendem Eigentum zukommt und nicht auch den Erwerb von Eigentum umfasst.⁴⁴

„Article 1 of Protocol No. 1 applies only to a person’s existing possessions. Thus, future income cannot be considered to constitute “possessions” unless it has already been earned or is definitely payable.“⁴⁵

Kriebaum weist jedoch darauf hin, dass auch der EGMR und die Europäische Menschenrechtskommission⁴⁶ in ihrer Judikatur oftmals keine klare Abgrenzung von Goodwill und „future income“ vornehmen können.⁴⁷ In diesem Zusammenhang könnte sich der Menschenrechtsschutz vom Investitionsschutz in CETA unterscheiden, da je nach Auslegung durch die Schiedsgerichte „future income“ durch die Investment-Definition in CETA abgedeckt sein könnte (siehe dazu sogleich).

b. Innerstaatlicher Eigentumsschutz

Der österreichische, innerstaatliche Eigentumsschutz findet seine Grundlage in Art 5 StGG⁴⁸ und schützt nach der Judikatur und herrschenden Lehre alle vermögenswerten Privatrechte.⁴⁹ *Hengstschläger/Leeb* zählen bspw folgende Vermögensgüter als durch Art 5 StGG geschützt auf: Eigentum an körperlichen Sachen, Jagd- und Fischereirechte, Miet-

⁴⁰ *Peukert*, Artikel 1 des 1.ZP (Schutz des Eigentums), in: Frowein/derselbe, EMRK-Kommentar³ (2009) Rz 6.

⁴¹ *Schilling*, Internationaler Menschenrechtsschutz² (2010) Rz 425.

⁴² *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁶ (2016) 601.

⁴³ Zur Abgrenzung von Goodwill und „future income“ siehe *Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht (2008) 154ff.

⁴⁴ EGMR 13.06.1979, 6833/74, *Marckx/Belgien*; *Peukert*, Artikel 1 des 1.ZP (Schutz des Eigentums), in: Frowein/derselbe, EMRK-Kommentar³ (2009) Rz 3.

⁴⁵ EGMR 11.01.2007, 73049/01, *Anheuser-Busch/Portugal*.

⁴⁶ Die Europäische Menschenrechtskommission wurde durch das 11.ZP 1998 aufgelöst. Siehe dazu *Nowak*, Der Internationale Menschenrechtsschutz, in: Reinisch (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts Band I (2013) Rz 1424ff.

⁴⁷ *Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht (2008) 156f.

⁴⁸ Zur „Unverletzlichkeit des Eigentums“ gem Art 5 StGG siehe bspw *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte (2012) 123ff.

⁴⁹ *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte (2012) 124; siehe auch *Korinek*, Wirtschaftliche Freiheiten, in: Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer (Hrsg), Handbuch der Grundrechte Band VII/1 Grundrechte in Österreich² (2014) Rz 22ff.

und Pachtrechte, Rechte aus einem Kaufvertrag, Aktionärsrechte, Immaterialgüterrechte, Markenrechte etc.⁵⁰

Der Verfassungsgerichtshof orientierte sich in seiner jüngeren Rechtsprechung zu Art 5 StGG an der Judikatur des EGMR zu Art 1 1.ZP-EMRK und erstreckt den konventionsrechtlichen Eigentumsbegriff auf alle erworbenen Rechte mit Vermögenswert.⁵¹ Wenngleich daher geringfügige Unterschiede hinsichtlich des Schutzzumfanges zwischen Art 5 StGG und Art 1 1.ZP-EMRK nicht kategorisch ausgeschlossen werden können, dürften sich im Zusammenhang mit dem Schutzniveau daraus keine Konsequenzen ergeben.⁵²

Nicht vom Schutzbereich des Art 5 StGG erfasst sind nach der Rsp jedoch wirtschaftliche Interessen, sofern sie sich noch nicht in Rechtspositionen konkretisiert haben.⁵³ Auch eine Vermögenswertgarantie kann aus Art 5 StGG nicht abgeleitet werden.⁵⁴ So stellte der Verfassungsgerichtshof bspw in VfSlg 12.485/1990 fest:

„Die behauptete Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Eigentumsrechtes liegt sohin nicht vor, zumal bloß wirtschaftliche Chancen, deren Entzug die Beschwerdeführer rügen, als solche vom verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz nicht umfaßt sind.“⁵⁵

Auch in diesem Punkt geht die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs mit der Judikatur des EGMR kongruent, da auch der EGMR zukünftiges Einkommen („future income“) nur insoweit schützt, als es bereits verdient wurde oder ein durchsetzbarer Anspruch besteht (siehe dazu bereits B.1.a.), wie er in der Entscheidung *Anheuser-Busch/Portugal* feststellte: „Thus, future income cannot be considered to constitute “possessions” unless it has already been earned or is definitely payable.“⁵⁶

⁵⁰ *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte (2012) 124f.

⁵¹ *Korinek*, Wirtschaftliche Freiheiten, in: Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer (Hrsg), Handbuch der Grundrechte Band VII/1 Grundrechte in Österreich² (2014) Rz 23.

⁵² Vgl. *Öhlinger*, Entscheidungsbesprechung, VfGH 11. 3. 1998, G 363/97, JBI 1998, 438.

⁵³ *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte (2012) 125.

⁵⁴ VfSlg 5333/1966: „Der Verfassungsgerichtshof hält auch im Beschwerdefall an dieser Rechtsprechung fest und lehnt eine Auslegung des Art 5 StGG im Sinne einer Vermögensgarantie weiterhin ab.“

⁵⁵ VfSlg 12.485/1990 VfSlg 12.485/1990.

⁵⁶ EGMR 11.01.2007, 73049/01, *Anheuser-Busch/Portugal*.

c. Investitionsrechtlicher Eigentumsschutz – CETA

- Investitionen – sachlicher Anwendungsbereich von CETA

Als völkerrechtliches Vertragswerk mit investitionsschutzrechtlichen Bestimmungen legt CETA zu Beginn des Kapitel 8 („Investment“) in Section A („Definitions and scope“) Article 8.1 CETA die vom Schutzbereich der Investitionsschutzbestimmungen erfassten Investitionen äußerst detailliert fest.⁵⁷ Gem Article 8.1 sind folgende Vermögenswerte als eine von CETA erfasste Investition anzusehen:

“investment means every kind of asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, which includes a certain duration and other characteristics such as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. Forms that an investment may take include:

- (a) an enterprise;
- (b) shares, stocks and other forms of equity participation in an enterprise;
- (c) bonds, debentures and other debt instruments of an enterprise;
- (d) a loan to an enterprise;
- (e) any other kind of interest in an enterprise;
- (f) an interest arising from:
 - (i) a concession conferred pursuant to the law of a Party or under a contract, including to search for, cultivate, extract or exploit natural resources,
 - (ii) a turnkey, construction, production or revenue-sharing contract; or
 - (iii) other similar contracts;
- (g) intellectual property rights;
- (h) other moveable property, tangible or intangible, or immovable property and related rights;
- (i) claims to money or claims to performance under a contract.

For greater certainty, claims to money does not include:

⁵⁷ Vgl. *Kriebaum/Schreuer*, The Concept of Property in Human Rights Law and International Investment Law, in: Breitenmoser ua (Hrsg), *Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Human Rights Democracy and the Rule of Law (2007) 744: „Most BITs contain broad definitions of ‚investment‘.“

(a) claims to money that arise solely from commercial contracts for the sale of goods or services by a natural person or enterprise in the territory of a Party to a natural person or enterprise in the territory of the other Party.

(b) the domestic financing of such contracts; or

(c) any order, judgment, or arbitral award related to sub-subparagraph (a) or (b).

Returns that are invested shall be treated as investments. Any alteration of the form in which assets are invested or reinvested does not affect their qualification as investment;”

Bereits bei Betrachtung des Definitionskataloges ist ersichtlich, dass CETA von einem überaus weit gezogenen Investitionsbegriff ausgeht,⁵⁸ wie es für Investitionsschutzverträge der letzten Jahrzehnte typisch ist.⁵⁹

So stellt CETA einleitend in einer Generalklausel klar, dass unter „investment“ jegliche Art von Kapital („every kind of asset“) zu verstehen ist, die entweder direkt oder indirekt von einem Investor kontrolliert werden oder diesem gehören („that an investor owns or controls, directly or indirectly“), insoweit das Kapital bestimmte Eigenschaften aufweist. Zu diesen Eigenschaften gehören die bestimmte Dauer („certain duration“), der Einsatz von Kapital oder anderen Ressourcen („commitment of capital or other resources“), die Profiterwartung („expectation of gain or profit“) sowie die Inkaufnahme eines Investitionsrisikos („assumption of risk“). Im Unterschied zum Menschenrechtsschutz ist aufgrund des Erfordernisses einer gewissen Dauer („certain duration“) ganz kurzfristiges Kapital vom Investitionsschutz in CETA nicht erfasst. Für den Menschenrechtsschutz spielt dieses Kriterium hingegen keine Rolle.

Auf diese Generalklausel folgend listet CETA verschiedene Vermögenswerte auf, die eine Investition darstellen können („forms that an investment may take include“). Von CETA erfasste Investitionen sind – unter den oben genannten Voraussetzungen – folgende Vermögenswerte:

(a) Unternehmen („an enterprise“)

⁵⁸ Vgl. zum weiten sachlichen Anwendungsbereich von CETA *Lentner*, Investitionsschutz im Freihandelsabkommen CETA – Die künftige Ausgestaltung von Investitionsschutzabkommen der EU, *ecolex* 2016, 1027f; *Mayr*, Same same but different? Öffentliche Dienstleistungen und das neue Investment Court System der EU, *juridikum* 2016, 233; *Madner*, TTIP, CETA & Co: EU-Handelsabkommen einer neuen Generation und ihre Auswirkungen auf öffentliche Dienstleistungen, *juridikum* 2016, 230.

⁵⁹ *Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht (2008) 52f.

- (b) Anteile, Aktien und andere Formen von Eigenkapitalbeteiligungen an einem Unternehmen („shares, stocks and other forms of equity participation in an enterprise“)
- (c) Anleihen, Schuldverschreibungen und andere Formen von Fremdkapitalbeteiligungen an einem Unternehmen („bonds, debentures and other debt instruments of an enterprise“)
- (d) Kredite an ein Unternehmen („loan to an enterprise“)
- (e) Jegliche andere Art von Interesse an einem Unternehmen („any other kind of interest in an enterprise“)
- (f) Interessen, die ihre Ursache haben in („an interest arising from“)
 - i. Konzessionen bzw Abbauberechtigungen („a concession conferred pursuant to the law of a Party or under a contract, including to search for, cultivate, extract or exploit natural resources“)
 - ii. Turnkey-Verträge, Bauführungs-, Produktions- oder Gewinnbeteiligungsverträge („a turnkey, construction, production or revenue-sharing contract“)
 - iii. andere ähnliche Verträge („other similar contracts“)
- (g) Rechte aus geistigem Eigentum („intellectual property rights“)
- (h) anderes bewegliches Eigentum, körperlich oder unkörperlich, oder unbewegliches Eigentum und verbundene Rechte („other moveable property, tangible or intangible, or immovable property and related rights“)
- (i) Ansprüche auf Geldleistung oder Ansprüche auf sonstige Leistungen aus Verträgen („claims to money or claims to performance under a contract“)

Wie oben (B.1.a., B.1.b.) ausgeführt, sind Unternehmen, Eigen- und Fremdkapital an Unternehmen, behördliche Konzessionen und Genehmigungen, vertragliche Ansprüche, geistiges Eigentum, bewegliches wie unbewegliches Vermögen sowie körperliche und unkörperliche Vermögenswerte auch von den Schutzbereichen des Art 1 1.ZP-EMRK und Art 5 StGG erfasst und ergeben sich diesbezüglich keine grundsätzlichen Unterschiede.

Eine erhebliche Ausweitung erfährt der Investitionsbegriff in CETA allerdings durch das in lit e als mögliche Form eines Investments genannte „jegliche andere Art von Interesse an einem Unternehmen („any other kind of interest in an enterprise“)“.

Denn wie unter B.1.a. und B.1.b. ausgeführt wird ein wirtschaftliches Interesse nur insoweit unter die Eigentumsbegriffe von Art 1 1.ZP-EMRK und Art 5 StGG subsumiert, als es in der

Nähe einer bereits erworbenen Rechtsposition angesiedelt ist oder sich im Zusammenhang mit zukünftigem Einkommen („future income“) bereits in einem eingetretenen Verdienst oder eine durchsetzbare Anspruch manifestiert. Die bloße Aussicht auf künftige Gewinne ist von Art 1 1.ZP-EMRK eben nicht geschützt,⁶⁰ wie auch nach der Rsp des VfGH vom Schutzbereich des Art 5 StGG keine wirtschaftlichen Interessen erfasst sind, die sich noch nicht in Rechtspositionen konkretisiert haben.⁶¹

Die demonstrative Nennung der „jeglichen anderen Art von Interesse an einem Unternehmen („any other kind of interest in an enterprise)“ im Definitionskatalog von CETA lässt darauf schließen, dass der CETA zugrundeliegende Investitionsbegriff ein sehr weiter ist und damit den sachlichen Anwendungsbereich des Investitionsschutzkapitels Chapter 8 sehr weit zieht.

Angesichts der erhöhten Auslegungsbedürftigkeit des „any other kind of interest in an enterprise“ ist eine abschließende Grenzziehung jedoch nicht möglich und bleibt der schiedsgerichtlichen Spruchpraxis vorbehalten. Aufgrund der Unbestimmtheit der genannten Investitionsdefinition könnte – je nach schiedsgerichtlicher Auslegung – das „jegliche andere Art von Interesse an einem Unternehmen“ zu einer erheblichen Ausweitung des Investitionsbegriffs führen. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass auch die Investitionsdefinitionen des NAFTA⁶² und des österreichischen Modell-BITs⁶³ keine derart weite „Auffangklausel“ enthalten.

⁶⁰ Peukert, Artikel 1 des 1.ZP (Schutz des Eigentums), in: Frowein/derselbe, EMRK-Kommentar³ (2009) Rz 6.

⁶¹ Hengstschläger/Leeb, Grundrechte (2012) 125.

⁶² Article 1139 NAFTA: Definitions
investment means:

- (a) an enterprise;
- (b) an equity security of an enterprise;
- (c) a debt security of an enterprise
 - (i) where the enterprise is an affiliate of the investor, or
 - (ii) where the original maturity of the debt security is at least three years, but does not include a debt security, regardless of original maturity, of a state enterprise;
- (d) a loan to an enterprise
 - (i) where the enterprise is an affiliate of the investor, or
 - (ii) where the original maturity of the loan is at least three years, but does not include a loan, regardless of original maturity, to a state enterprise;
- (e) an interest in an enterprise that entitles the owner to share in income or profits of the enterprise;
- (f) an interest in an enterprise that entitles the owner to share in the assets of that enterprise on dissolution, other than a debt security or a loan excluded from subparagraph (c) or (d);
- (g) real estate or other property, tangible or intangible, acquired in the expectation or used for the purpose of economic benefit or other business purposes; and

- Persönlicher Anwendungsbereich von CETA

Ein weiterer Unterschied zwischen dem Menschenrechtsschutz und dem Investitionsschutz im Allgemeinen bzw. CETA im Besonderen besteht hinsichtlich des persönlichen Anwendungsbereichs. Während im Menschenrechtsschutz Personen grundsätzlich unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit geschützt werden,⁶⁴ sind im internationalen Investitionsschutz nur ausländische Investoren geschützt,⁶⁵ wobei es auf die Staatsangehörigkeit eines der jeweils beteiligten Staaten – ausgenommen des Gaststaates⁶⁶ – ankommt.⁶⁷

(h) interests arising from the commitment of capital or other resources in the territory of a Party to economic activity in such territory, such as under

(i) contracts involving the presence of an investor's property in the territory of the Party, including turnkey or construction contracts, or concessions, or

(ii) contracts where remuneration depends substantially on the production, revenues or profits of an enterprise;

⁶³ Article 1 Österreichisches Muster-BIT

(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.

⁶⁴ Siehe *Frowein*, Artikel 1 (Verpflichtung zur Achtung der Menschenrechte), in: derselbe/Peukert, EMRK-Kommentar³ (2009) Rz 3: „Die EMRK gilt für alle der Herrschaft (jurisdiction) eines Staates unterstehende Personen. Dabei ist es gleichgültig, welche Staatsangehörigkeit diese Personen haben.“; und auch bei der nationalen Eigentumsgarantie des Art 5 StGG handelt es sich um ein Jedermannsrecht, das allen Personen unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit zukommt. *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte (2012) 126; *Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht (2008) 31.

⁶⁵ *Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht (2008) 31.

⁶⁶ Staatsangehörigen des Gaststaates kommt in diesem kein Investitionsschutz zu, da dieser nur ausländischen Investoren gewährt wird (keine Klagemöglichkeit gegen den eigenen Staat).

⁶⁷ *Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht (2008) 179f; siehe zu Umgehungsmöglichkeiten und der Problematik des „Forum-Shopping“ allerdings *Van Harten*, A Critique of Investment Treaties and Investor-State Arbitration, *juridikum* 2013, 339; vgl. aber zu CETA auch *Lentner*, Investitionsschutz im Freihandelsabkommen CETA – Die künftige Ausgestaltung von Investitionsschutzabkommen der EU,

Dieser Systematik folgend legt CETA im Definitionskatalog des Article 8.1 Chapter 8 CETA fest, dass erfasste Investitionen („covered investment“) nur solche sind, die – direkt oder indirekt – von einem Investor des anderen Staates kontrolliert werden oder in dessen Eigentums stehen („directly or indirectly owned or controlled by an investor of the other Party“). Damit einhergehend sieht auch die Definition des Investors („investor“) in CETA vor, dass als Investor nur anzusehen ist, wer eine Investition im Territorium des anderen Vertragsstaates beabsichtigt, vornimmt oder vorgenommen hat („that seeks to make, is making or has made an investment in the territory of the other Party“).

Dieser Unterschied wirkt sich bspw im Zusammenhang mit dem Schutz von Unternehmensbeteiligungen aus. So besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen dem menschenrechtlichen Eigentumsschutz und dem investitionsrechtlichen Schutzregime bei Unternehmensbeteiligungen. *Kriebaum* führt aus, dass zwar sowohl im Menschenrechtsschutz als auch im Investitionsschutz Aktien und sonstige Unternehmensbeteiligungen grundsätzlich geschützt seien, der Umfang des Schutzes aber sehr stark divergiere.⁶⁸

Die Unterschiede beziehen sich dabei vor allem auf Aktionäre, die Eingriffe, die nicht ihre Aktionärsrechte als solche, sondern das Unternehmen betreffen, unabhängig vom Unternehmen geltend machen wollen.⁶⁹ Die Aktionäre verfolgen in diesem Zusammenhang keine Beeinträchtigung ihrer Rechte, sondern eine aus der Beeinträchtigung des Unternehmens folgende Wertminderung ihrer Beteiligung. Der EGMR gewährt Aktionären in diesem Zusammenhang nur unter äußerst engen Voraussetzungen Schutz. So ist es auch für den Schutz von Mehrheitsaktionären erforderlich, dass diese durch das Unternehmen ihre Geschäftstätigkeit ausüben. Minderheitsaktionären wird hingegen grundsätzlich kein Schutz gewährt.⁷⁰

Das Investitionsschutzrecht gewährt hingegen auch Minderheitsaktionären umfassenden Schutz. Dies dürfte nicht zuletzt dem Umstand geschuldet sein, dass – anders als im

ecolex 2016, 1028: „Mit einem zusätzlichen Kriterium der nennenswerten Geschäftstätigkeit stellt der CETA – Text sicher, dass Briefkastenfirmen nicht vom Schutzbereich des Vertrags erfasst werden, wodurch auch forum shopping verhindert werden soll.“

⁶⁸ *Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht (2008) 108.

⁶⁹ *Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht (2008) 179f.

⁷⁰ *Kriebaum/Schreuer*, The Concept of Property in Human Rights Law and International Investment Law, in: Breitenmoser ua (Hrsg), Liber Amicorum Luzius Wildhaber, Human Rights Democracy and the Rule of Law (2007) 752ff.

Menschenrechtsschutz – im Investitionsschutz die geschädigten Unternehmen selbst oft keine Möglichkeit haben Klage zu erheben, da sie etwa die Nationalität des Gaststaates haben. Die Klagemöglichkeit des Aktionärs für indirekte Schäden sichert hier die Rechtsverfolgung. Im Menschenrechtsschutz bedarf es dieser nicht, da hier ohnedies das geschädigte Unternehmen selbst – gegen seinen „Heimatstaat“ – Klage erheben kann.⁷¹

Auch CETA nennt in Art 8.1 CETA „shares, stocks and other forms of equity participation in an enterprise“ als geschützte Investitionen und gewährt damit Minderheitsaktionären Schutz.⁷² Würde daher beispielsweise ein österreichisches, börsennotiertes Unternehmen durch staatliche Maßnahmen beeinträchtigt, könnten kanadische (Minderheits)Aktionäre dieses Unternehmens ein schiedsgerichtliches Verfahren unter CETA anstrengen, österreichische (Minderheits)Aktionäre jedoch nicht, da sie von CETA mangels Status als „ausländische Investoren“ nicht erfasst sind. Da der EGMR in stRsp einen Schutz für Minderheitsaktionäre verneint, käme ihnen darüber hinaus auch kein Schutz gem Art 1 1.ZP-EMRK zu.

- Fair and equitable treatment (FET) – Vertrauensschutz

Der Grundsatz des „fair and equitable treatment“ (FET) ist in der investitionsrechtlichen Praxis von erheblicher Bedeutung; er hat sich in der Praxis als wichtigster Schutz für Investoren erwiesen und weist die höchsten Erfolgsaussichten in schiedsgerichtlichen Verfahren auf.⁷³ Er beinhaltet das Gebot der fairen und billigen Behandlung von Investoren durch den Gaststaat.⁷⁴ Als Ausprägungen sind insbesondere die Stabilität und Transparenz der rechtlichen Rahmenbedingungen, der Schutz von legitimen Erwartungen von Investoren, die Gewährung von rechtsstaatlichen Verfahren, der Schutz vor Zwang und Repression sowie

⁷¹ *Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht (2008) 179f.

⁷² Siehe generell zu diesem Themenkreis *Kriebaum/Schreuer*, The Concept of Property in Human Rights Law and International Investment Law, in: Breitenmoser ua (Hrsg), Liber Amicorum Luzius Wildhaber, Human Rights Democracy and the Rule of Law (2007) 757: "This shareholder protection extends not only to ownership in the shares but also to the assets of the company. Adverse action by the host State in violation of treaty guarantees affecting the company's economic position gives rise to rights by the shareholders."

⁷³ *Schreuer*, Das Internationale Investitionsrecht, in: Reinisch (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts Band I (2013) Rz 2367ff.

⁷⁴ Zum Grundsatz des „fair and equitable treatment“ in CETA vgl Lentner, Investitionsschutz im Freihandelsabkommen CETA – Die künftige Ausgestaltung von Investitionsschutzabkommen der EU, *ecolex* 2016, 1028.

das gutgläubige Verhalten der Behörden zu nennen.⁷⁵ In der schiedsgerichtlichen Praxis werden die Stabilität und Transparenz der rechtlichen Rahmenbedingungen zunehmend gegen öffentliche Interessen des Staates an einer Änderung der Rechtsordnung abgewogen.⁷⁶

Der Grundsatz des „fair and equitable treatment“ kann von Investoren in Fällen, in denen eine Enteignung nicht vorliegt, herangezogen werden um eine staatliche Entschädigungspflicht zu begründen.⁷⁷ Der Grundsatz des FET ist dabei jedoch nicht als „Auffangtatbestand“ zur Enteignung, sondern als eigenständiger Schutzstandard mit eigenen Anspruchsvoraussetzungen zu verstehen, der rechtsstaatliche Garantien beinhaltet.⁷⁸

Der Grundsatz der fairen und billigen Behandlung findet seine Verankerung in Article 8.10 CETA und enthält Konkretisierungen dahingehend, welche staatlichen Maßnahmen eine Verletzung des FET darstellen:

„1. Each Party shall accord in its territory to covered investments of the other Party and to investors with respect to their covered investments fair and equitable treatment and full protection and security in accordance with paragraphs 2 through 7.

2. A Party breaches the obligation of fair and equitable treatment referenced in paragraph 1 if a measure or series of measures constitutes:

- (a) denial of justice in criminal, civil or administrative proceedings;
- (b) fundamental breach of due process, including a fundamental breach of transparency, in judicial and administrative proceedings;
- (c) manifest arbitrariness;

⁷⁵ *Schreuer*, Das Internationale Investitionsrecht, in: Reinisch (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts Band I (2013) Rz 2368.

⁷⁶ *Kriebaum*, Die Rolle des öffentlichen Interesses im Investitionsschutz, in: Vienna Law Inauguration Lectures – Antrittsvorlesungen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien Band 3 (2014) 57; *Schreuer*, Das Internationale Investitionsrecht, in: Reinisch (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts Band I (2013) Rz 2368.

⁷⁷ CETA enthält – ebenso wie andere Investitionsschutzabkommen – keinen spezifischen Tatbestand der Entschädigung für die Verletzung der FET-Klausel. Diese wird in der Praxis aber als eigenständiger Schutzstandard verstanden. *Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht (2008) 214. Die Entschädigung in Form einer *full compensation (fair market value)* orientiert sich dabei analog am Entschädigungsstandard der (in)direkten Enteignung; siehe dazu etwa *Curtin*, The Compensation Standard for FET Breaches: The Far Limits of Legal Analogy, Kluwer Arbitration Blog 2015, verfügbar unter <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/01/30/the-compensation-standard-for-fet-breaches-the-far-limits-of-legal-analogy/>; siehe auch *Tschanz/Vinuales*, Compensation for Non-Expropriatory Breaches of International Investment Law, Journal of International Arbitration 2009, 729 (735).

⁷⁸ *Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht (2008) 214.

- (d) targeted discrimination on manifestly wrongful grounds, such as gender, race or religious belief;
- (e) abusive treatment of investors, such as coercion, duress and harassment; or
- (f) a breach of any further elements of the fair and equitable treatment obligation adopted by the Parties in accordance with paragraph 3 of this Article."

An der Konkretisierung des oftmals vage gehaltenen Grundsatz des „fair and equitable treatment“⁷⁹ ist zu erkennen, dass CETA als Abkommen der jüngeren Generation versucht, Problemstellungen zu adressieren und Kritikpunkte zu berücksichtigen. Durch die Klarstellung soll eine zu unbestimmte Formulierung vermieden werden, da eine Unbestimmtheit und damit Auslegungsbedürftigkeit die schiedsgerichtlichen Entscheidungsspielräume vergrößert und deren Entscheidungen dadurch unvorhersehbar werden.

Als Abschwächung einer überschießenden Handhabung des Grundsatzes des FET dürfte dabei insbesondere Art 8.9.2 CETA fungieren, wonach eine bloße Änderung der Rechtslage keine Verletzung der Investitionsschutzbestimmungen darstellt.⁸⁰ Gewissermaßen als „Kehrseite“ dieser Abschwächung kann jedoch Art 8.10.4 CETA⁸¹ angesehen werden, wonach bei Anwendung des Grundsatzes des FET zu berücksichtigen ist, ob durch staatliches Verhalten in Hinblick auf die jeweilige Investition „legitimate expectations“ des Investors verursacht wurden. Im Zusammenhang mit dem Grundsatz des „fair and equitable treatment“ in CETA ergeben sich daher vielfältige Rechtsfragen,⁸² deren Lösung der schiedsgerichtlichen Entscheidungspraxis vorbehalten bleibt.

Wenngleich diese Konkretisierungen daher durchaus positiv beurteilt werden können, verbleiben dennoch große schiedsgerichtliche Entscheidungsspielräume und kann keine Abschätzung erfolgen, wie diese ausgeübt werden. *Mayr* führt im Zusammenhang mit der öffentlichen Daseinsvorsorge aus:

⁷⁹ Siehe Lentner, Investitionsschutz im Freihandelsabkommen CETA – Die künftige Ausgestaltung von Investitionsschutzabkommen der EU, *ecolex* 2016, 1029, der die Präzisierung als grundsätzlich positiv bewertet, allerdings darauf hinweist, dass dadurch auch neue Unsicherheiten geschaffen werden.

⁸⁰ *Mayr*, Same same but different? Öffentliche Dienstleistungen und das neue Investment Court System der EU, *juridikum* 2016, 239.

⁸¹ "When applying the above fair and equitable treatment obligation, the Tribunal may take into account whether a Party made a specific representation to an investor to induce a covered investment, that created a legitimate expectation, and upon which the investor relied in deciding to make or maintain the covered investment, but that the Party subsequently frustrated."

⁸² Vgl bspw *Griller*, Three Salient Issues of the New Comprehensive Free Trade Agreements, in: *Griller/Obwexer/Vranes* (Hrsg), *Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TISA* (2017) 300 zum Verhältnis des FET zum "right to regulate"; Lentner, Investitionsschutz im Freihandelsabkommen CETA – Die künftige Ausgestaltung von Investitionsschutzabkommen der EU, *ecolex* 2016, 1029.

„Die Beurteilungsspielräume, die ein Tribunal dem betroffenen Staat belässt, variieren. Letztlich nimmt jedes Tribunal eine wertende Entscheidung im Einzelfall dahingehend vor, ob Investitionsschutzstandards - zB fair and equitable treatment, indirect expropriation - verletzt wurden.“⁸³

d. Abschließender Überblick

- Gemeinsamkeiten

Im Kernbereich des Schutzbereichs der Eigentumsfreiheit kann festgestellt werden, dass bezüglich des Schutzbereiches bzw den von den Begriffen „Eigentum“ bzw „Investment“ erfassten Vermögenswerten keine gravierenden Unterschiede zwischen den menschenrechtlichen und den investitionsrechtlichen Schutzregimen bestehen.

So sind bspw bewegliche wie unbewegliche körperliche Sachen sowohl im Menschenrechts- als auch im Investitionsschutz geschützt,⁸⁴ wie auch schuldrechtliche Ansprüche bzw Ansprüche aus Vertrag, behördliche Genehmigungen und Bewilligungen sowie die diversen Formen von Unternehmensbeteiligungen.

- Vertrauensschutz („legitimate expectations“)

Auszumachen ist jedoch die Tendenz im grund- und menschenrechtlichen Eigentumsschutz, wirtschaftliche Interessen nur insoweit zu schützen, als sie sich bereits in einer Rechtsposition oder einem durchsetzbaren Anspruch manifestieren. Nur in diesen Fällen besteht ein menschenrechtlicher Schutz von „legitimate expectations“ (Vertrauensschutz), während ein solcher ausscheidet, wenn es nach nationalem Recht unsicher erscheint, ob der in Frage stehende Anspruch überhaupt besteht.⁸⁵ Der EGMR geht somit nur in jenen Fällen

⁸³ *Mayr*, Same same but different? Öffentliche Dienstleistungen und das neue Investment Court System der EU, *juridikum* 2016, 233.

⁸⁴ *Kriebaum/Schreuer*, The Concept of Property in Human Rights Law and International Investment Law, in: Breitenmoser ua (Hrsg), *Liber Amicorum Luzius Wildhaber, Human Rights Democracy and the Rule of Law* (2007) 747.

⁸⁵ Siehe zB EGMR 10.07.2002, 39794/98, *Gratzinger und Gratzinger/Tschechien*: „The Court considers that there is a difference between a mere hope of restitution, however understandable that hope may be, and a legitimate expectation, which must be of a nature more concrete than a mere hope and be based on a legal provision or a legal act such as a judicial decision.“.

vom Bestehen einer „legitimate expectation“ aus, in denen der Kläger nach der bestehenden Rechtslage vertretbarer Weise annehmen konnte, dass ihm das jeweilige Recht zustehe.^{86,87}

In CETA könnten solche „legitimate expectations“ hingegen in einem weiteren Umfang geschützt werden, da im Zusammenhang mit dem Grundsatz des „fair and equitable treatment“ Art 8.10.4 CETA eine Berücksichtigung von staatlich verursachten „legitimate expectations“ bei der Feststellung, ob der Grundsatz des FET verletzt wurde, anordnet.

Eine Verletzung des Vertrauensschutzes kann eine Ursache für eine Verletzung des Grundsatzes des FET darstellen, wenn besondere Zusicherungen gegeben wurden, denen in weitere Folge nicht entsprochen wird.⁸⁸ Erst aus den Schiedssprüchen könne jedoch geschlossen werden, welcher Art die berechtigten Erwartungen („legitimate expectations“) seien müssten, um zu ihrer Berücksichtigungswürdigkeit zu führen.⁸⁹

Für CETA ist aber zumindest davon auszugehen, dass ein bloßes Vertrauen auf die Beibehaltung der Rechtslage keine „legitimate expectations“ auszulösen vermag, ordnet doch Art 8.9.2 an, dass aus der bloße Änderung der Rechtslage keine Verletzung von Verpflichtungen aus CETA folgen könne.⁹⁰ Im Ergebnis ist hier jedoch vieles unklar.

- Unterschiede

Nach Darlegung der Gemeinsamkeiten ist zu betonen, dass trotz der teilweise vertretenen Auffassung, dass die unterschiedlichen Schutzziele keinerlei Auswirkungen auf die materiell gewährten Rechte hätten, nicht gefolgt werden kann.⁹¹ Diese Auffassung übersieht, dass sich

⁸⁶ EGMR 28.09.2004, 44912/98, *Kopecký/Tschechien*: „An applicant can allege a violation of Article 1 of Protocol No. 1 only in so far as the impugned decisions related to his ‘possessions’ within the meaning of this provision. ‘Possessions’ can be either ‘existing possessions’ or assets, including claims, in respect of which the applicant can argue that he or she has at least a ‘legitimate expectation’ of obtaining effective enjoyment of a property right. By way of contrast, the hope of recognition of a property right which it has been impossible to exercise effectively cannot be considered a ‘possession’ within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1, nor can a conditional claim which lapses as a result of the non-fulfilment of the condition.“

⁸⁷ *Harris/O’Boyle/Bates/Buckley*, Article 1, First Protocol: the Right to Property, in: dieselben (Hrsg), *Law of the European Convention on Human Rights*³ (2014) 864; *Rainey/Wicks/Ovey*, *The European Convention on Human Rights*⁷ (2017) 556ff.

⁸⁸ *Kriebaum*, *Eigentumsschutz im Völkerrecht* (2008) 364.

⁸⁹ *Kriebaum*, *Eigentumsschutz im Völkerrecht* (2008) 377.

⁹⁰ „For greater certainty, the mere fact that a Party regulates, including through a modification to its laws, in a manner which negatively affects an investment or interferes with an investor’s expectations, including its expectations of profits, does not amount to a breach of an obligation under this Section.“

⁹¹ In diese Richtungweisend *Klein*, *GoJIL* 2012, 208 der ausführt: „According to many academics and practitioners, however, these are not the only differences. It is often times stated that while IHRL is

die Schutzbereiche des menschenrechtlichen Eigentumsbegriffs und des investitionsschutzrechtlichen Investitionsbegriffs an ihren Rändern unterscheiden, was nicht zuletzt Folge der unterschiedlichen Zielsetzungen ist.

Neben den Gemeinsamkeiten bestehen daher auf der Ebene der Schutzbereiche durchaus tiefgreifendere Unterschiede. Ähnliche Sachverhalte werden in den jeweiligen Schutzregimen sehr unterschiedlich behandelt. Die im Investitionsschutzrecht aufgeworfenen Fragestellungen divergieren erheblich von jenen im Menschenrechtsschutz, da Schutzziele der beiden Regime auch sehr unterschiedlich sind. Dies drückt sich überdies in sprachlich anders konzipierten und formulierten Vertragstexten aus...⁹²

- „Fair and equitable treatment“ Klausel

Über den eigentumsrechtlichen Schutzstandard hinaus sieht das CETA-Abkommen – wie auch viele andere Investitionsschutzabkommen – einen Schutzstandard für ein „fair and equitable treatment“ (gerechte und billige Behandlung) vor. Damit schafft das Abkommen aber einen eigenständigen Schutzstandard, der es ermöglicht wegen verfahrensrechtlicher Verletzungen ebenso eine Entschädigung zu erhalten. Während grundrechtliche Verfahrensgarantien und die Konkretisierungen des FET ähnlich konzipiert sind, bestehen aber insoweit Unterschiede, als die Entschädigung sich wiederum auf das Investment (sowie die damit verbundenen Entschädigungsansprüche) und nicht bloß auf die Verfahrensverletzung bezieht.

2. Eingriffsmöglichkeiten

Nachdem die Reichweiten der Schutzbereiche im Investitions- und Menschenrechtsschutz abgesteckt wurden, sind im nächsten Schritt die Eingriffstatbestände der jeweiligen Schutzregime zu erörtern. Dabei interessiert vorrangig unter welchen Voraussetzungen ein Eingriff zulässig ist.

fundamental to protect human dignity, IIL is instrumental to stimulating foreign investment and thereby economic growth. This contention has widely been uncontested. It is the author's submission, however, that the differing motivation of concluding human rights and investment treaties is in its structure a different question, and thus of no relevance to the material rights contained in the respective documents".

⁹² *Kriebaum/Schreuer*, The Concept of Property in Human Rights Law and International Investment Law, in: Breitenmoser ua (Hrsg), *Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Human Rights Democracy and the Rule of Law (2007) 761f.

a. Menschenrechtlicher Eigentumsschutz

Im Zusammenhang mit Art 1 1 ZP-EMRK werden drei unterschiedliche Eingriffstatbestände⁹³ unterschieden.⁹⁴ Diese sind

- die Eigentumsentziehung („deprivation“) gem Art 1 Abs 1 2.Satz 1.ZP-EMRK,
- die Nutzungsregelung („control of use“) gem Art 1 Abs 2 1.ZP-EMRK und
- die sonstige Beeinträchtigung („other interference“) gem Art 1 Abs 1 1.Satz 1.ZP-EMRK.

Während die genaue Definition des Eingriffstatbestandes in der Vergangenheit noch zur abschließenden Beurteilung des Sachverhaltes notwendig war, erübrigt sich eine präzise Klassifizierung von staatlichen Maßnahmen zunehmend, da der EGMR in seiner jüngeren Rsp ein einheitliches Prüfungsschema für alle drei Arten von Eigentumseingriffen zur Anwendung bringt.⁹⁵ Aufgrund dieses einheitlichen Prüfungsschemas werden zuerst nur die Eingriffstatbestände einzeln dargestellt; die Erläuterung der Eingriffsvoraussetzungen erfolgt für alle drei Eingriffstatbestände gemeinsam.

- Eigentumsentziehung („deprivation“)

Unter die Fallgruppe der Eigentumsentziehung fallen sowohl formelle als auch *de facto*-Enteignungen:⁹⁶

Formelle Enteignungen sind durch eine Übertragung des Rechtstitels dahingehend gekennzeichnet, dass dem zu enteignenden Rechteinhaber das formelle Recht entzogen und auf den Erwerber übertragen wird.⁹⁷

⁹³ Im Allgemeinen wird im Zusammenhang mit Art 1 1.ZP-EMRK von den „drei Regeln/Three Rules“ gesprochen, wobei die erste Regel das Prinzip der „Achtung des Eigentums“, die zweite Regel die „Bedingungen der Enteignung“ und die dritte Regel „die Zulässigkeit von Nutzungsregelungen“ festlegt. Im gegebenen Zusammenhang sind nur die drei Eingriffstatbestände maßgeblich, zu denen neben der Enteignung und der Nutzungsregelung auch die „sonstige Beeinträchtigung“ zählt. Vgl zu den „drei Regeln“ Peukert, Artikel 1 des 1.ZP (Schutz des Eigentums), in: Frowein/derselbe, EMRK-Kommentar³ (2009) Rz 19ff; Schilling, Internationaler Menschenrechtsschutz² (2010) Rz 427.

⁹⁴ Siehe dazu Peukert, Artikel 1 des 1.ZP (Schutz des Eigentums), in: Frowein/derselbe, EMRK-Kommentar³ (2009) Rz 19ff; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, Article 1, First Protocol: the Right to Property, in: dieselben (Hrsg), Law of the European Convention on Human Rights³ (2014) 872ff; Schilling, Internationaler Menschenrechtsschutz² (2010) Rz 429; Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁶ (2016) 603ff.

⁹⁵ So Rainey/Wicks/Ovey, The European Convention on Human Rights⁷ (2017) 577, die darauf hinweisen, dass der EGMR seine eigentumsrechtliche Rechtsprechung zunehmend an die Rsp zu den Art 8 bis 11 EMRK angleicht.

⁹⁶ Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁶ (2016) 603ff; Peukert, Artikel 1 des 1.ZP (Schutz des Eigentums), in: Frowein/derselbe, EMRK-Kommentar³ (2009) Rz 21ff.

De facto-Enteignungen sind nicht durch einen formellen Entzug des Titels gekennzeichnet, sondern erfassen staatliche Maßnahmen, die zwar keinen Titelentzug bewirken, aber in ihren Auswirkungen einer formellen Enteignung gleichkommen.⁹⁸ *Harris/O'Boyle/Bates/Buckley* führen aus, dass bei Fehlen eines formellen Entzuges des Eigentumstitels der EGMR staatliche Maßnahmen nur sehr zurückhaltend als „deprivations“ qualifiziert, dh für das Vorliegen einer *de facto* Enteignung schwerwiegende Gründe vorliegen müssen.⁹⁹

So verneinte der EGMR in der Rechtssache *Sporrong und Lönnroth/Schweden*¹⁰⁰ das Vorliegen einer *de facto* Enteignung trotz Vorliegen von Enteignungsbewilligungen für die Grundstücke der Kläger (obgleich die Enteignungen nicht vollzogen wurden) und Bauverbote, wobei die Bauverbote 25 bzw 12 Jahre in Kraft waren. Stattdessen subsumierte der EGMR den Sachverhalt unter den Tatbestand der „sonstigen Beeinträchtigung“,¹⁰¹ da trotz negativer Auswirkungen auf das Eigentum dieses nicht gänzlich beseitigt wurde.¹⁰²

An den Randbereichen der Eingriffstatbestände ist die Vornahme einer Abgrenzung daher oft schwierig. *Rainey/Wicks/Ovey* führen aus, dass die Übergänge zwischen einer „deprivation“ und einer „interference“ oft schleichend seien.¹⁰³ Aufgrund der strukturellen Parallelität der Eingriffstatbestände kommt der genauen Abgrenzung allerdings ohnedies keine besondere Bedeutung zu.

- Nutzungsregelung („control of use“)

Nutzungsregelungen sind alle hoheitlichen Maßnahmen, die den Eigentümer in seiner Eigentumsnutzung beschränken, ohne ihm die Nutzungsmöglichkeit – formal oder faktisch –

⁹⁷ *Peukert*, Artikel 1 des 1.ZP (Schutz des Eigentums), in: Frowein/derselbe, EMRK-Kommentar³ (2009) Rz 21; *Rainey/Wicks/Ovey*, *The European Convention on Human Rights*⁷ (2017) 560; *Harris/O'Boyle/Bates/Buckley*, Article 1, First Protocol: the Right to Property, in: dieselben (Hrsg), *Law of the European Convention on Human Rights*³ (2014) 885ff.

⁹⁸ *Grabenwarter/Pabel*, *Europäische Menschenrechtskonvention*⁶ (2016) 603ff; *Peukert*, Artikel 1 des 1.ZP (Schutz des Eigentums), in: Frowein/derselbe, EMRK-Kommentar³ (2009) Rz 22.

⁹⁹ *Harris/O'Boyle/Bates/Buckley*, Article 1, First Protocol: the Right to Property, in: dieselben (Hrsg), *Law of the European Convention on Human Rights*³ (2014) 885ff.

¹⁰⁰ EGMR 23.09.1982, 7151/75, 7152/75, *Sporrong and Lönnroth/Schweden*.

¹⁰¹ Siehe bspw *Peukert*, Artikel 1 des 1.ZP (Schutz des Eigentums), in: Frowein/derselbe, EMRK-Kommentar³ (2009) Rz 30.

¹⁰² *Rainey/Wicks/Ovey*, *The European Convention on Human Rights*⁷ (2017) 560.

¹⁰³ *Rainey/Wicks/Ovey*, *The European Convention on Human Rights*⁷ (2017) 561.

gänzlich zu entziehen.¹⁰⁴ *Grabenwarter/Pabel* führen als Beispiele für Nutzungsregelungen Bauverbote, planungsrechtliche Beschränkungen, behördliche Genehmigungspflichten für die Ausübung wirtschaftlicher Tätigkeit, wohn- und mietrechtliche Beschränkungen usw an.¹⁰⁵

Die Beschlagnahmung bzw Konfiskation von Gegenständen, die im Zusammenhang mit rechtswidrigen Handlungen stehen, fällt nach der Rsp des EGMR ebenfalls unter den Tatbestand der Nutzungsregelung, obwohl damit häufig ein dauerhafter und vollumfänglicher Verlust des Eigentums verbunden ist.¹⁰⁶ Auch steuerliche Maßnahmen fallen unter diesen Tatbestand („secure the payment of taxes“).

- Sonstige Beeinträchtigung („other interference“)

Der Eingriffstatbestand der sonstigen Beeinträchtigung, der vom EGRM in der Rechtsache *Sporrong und Lönnroth/Schweden*¹⁰⁷ erstmals judiziert wurde, erfasst Maßnahmen, die weder als Eigentumsentziehung noch als Nutzungsregelung zu werten sind, aber dennoch das Eigentum beeinträchtigen.¹⁰⁸

Die sonstige Beeinträchtigung („other interference“) kommt in der Rsp des EGMR immer dann zur Anwendung, wenn eine genaue Einordnung der staatlichen Maßnahme als Entziehung oder Benutzungsregelung nicht möglich ist.¹⁰⁹ Sie hat den Charakter eines Auffangtatbestandes.¹¹⁰

- Gemeinsame Merkmale und Vereinheitlichung der drei Eingriffstatbestände

Wie bereits eingangs erwähnt, kommt der genauen Abgrenzung der drei Eingriffstatbestände keine signifikante besondere Bedeutung zu, da der EGMR in seiner Rsp für sämtliche Eingriffe ein einheitliches Prüfungsschema entwickelt hat. Im Mittelpunkt dieses Prüfungsschemas steht die Durchführung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung („fair balance“),

¹⁰⁴ *Schilling*, Internationaler Menschenrechtsschutz² (2010) Rz 432ff; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁶ (2016) 605f; vgl zur „control of use“ auch *Harris/O'Boyle/Bates/Buckley*, Article 1, First Protocol: the Right to Property, in: dieselben (Hrsg), Law of the European Convention on Human Rights³ (2014) 895ff.

¹⁰⁵ *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁶ (2016) 605f.

¹⁰⁶ *Rainey/Wicks/Ovey*, The European Convention on Human Rights⁷ (2017) 571f.

¹⁰⁷ EGMR 23.09.1982, 7151/75, 7152/75, *Sporrong and Lönnroth/Schweden*.

¹⁰⁸ *Peukert*, Artikel 1 des 1.ZP (Schutz des Eigentums), in: Frowein/derselbe, EMRK-Kommentar³ (2009) Rz 30.

¹⁰⁹ *Schilling*, Internationaler Menschenrechtsschutz² (2010) Rz 435; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁶ (2016) 607.

¹¹⁰ *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁶ (2016) 607.

die wie *Harris/O'Boyle/Bates/Buckley* darlegen, die Ermittlung des jeweiligen Eingriffstatbestandes weitestgehend erübrigt:

„In terms of the structure of Article 1, what is important to note is that the Court has since applied its 'fair balance' test – which was devised particularly to provide a criterion by which to assess compliance with Article 1/1/1 ['sonstige Beeinträchtigung'] – when deciding cases under Articles 1/1/2 ['Eigentumsentziehung'] and 1/2 ['Nutzungsregelungen'] also. Indeed, although cases may still be dealt with by reference to Article 1/1/2 or Article 1/2 separately, and may focus upon the particular language of these sentences when this is done, there is a tendency for the Court to divide cases simply by reference to its 'fair balance' test whatever sentence, if any, it identifies as being the one within which the case might technically fall.“¹¹¹

Die einheitliche Anwendung der Verhältnismäßigkeitsprüfung auf alle Eigentumseingriffe durch den EGMR ist als positiv zu bewerten. Sie ermöglicht es dem Gerichtshof – unabhängig von einem starren Konzept – sachgerechte Lösungen zu erzielen, indem auf die jeweilige Schwere des Eingriffes Bezug genommen wird. Auf diese Weise kann auch in Grenzfällen eine interessengerechte Lösung erzielt werden, wozu insbesondere auch die (im nächsten Punkt behandelte) Möglichkeit zur Festsetzung abgestufter Entschädigungen beiträgt. In diesem Sinne umfassen auch die von *Kriebaum* für die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit vorgeschlagenen Schritte, die eine sachgerechtere Berücksichtigung öffentlicher Interessen ermöglichen sollen, wesentliche Elemente der in der Rsp des EGMR ausdifferenzierten Verhältnismäßigkeitsprüfung:

„Eine Abhilfe, bei der sowohl das staatliche Interesse am Eingriff als auch das Schutzinteresse des Investors berücksichtigt werden können, kann eine Interessenabwägung in Form einer Verhältnismäßigkeitsprüfung bieten. [...] Eine derartige Interessenabwägung ist aber nicht völlig diskretionär, sondern bedarf eines objektiven Rahmens. Bestimmte Elemente können Schiedsgerichte schon bei der derzeitigen Rechtslage heranziehen. Etwa, ob der Eingriff notwendig ist, um das öffentliche Interesse zu schützen, ob er geeignet ist, das öffentliche Interesse zu fördern, und ob er das gelindeste Mittel dazu ist. Eine weitere Möglichkeit eines Interessenausgleichs ist eine ökonomische Lastenverteilung. Also etwa eine reduzierte Entschädigung.“¹¹²

¹¹¹ *Harris/O'Boyle/Bates/Buckley*, Article 1, First Protocol: the Right to Property, in: dieselben (Hrsg), *Law of the European Convention on Human Rights*³ (2014) 873f.

¹¹² *Kriebaum*, Die Rolle des öffentlichen Interesses im Investitionsschutz, in: *Vienna Law Inauguration Lectures – Antrittsvorlesungen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien Band 3* (2014) 57f.

- Eingriffsvoraussetzungen

Allen drei Eingriffstatbeständen des Art 1 1.ZP-EMRK ist gemein, dass ein Eingriff nur insoweit zulässig ist, als er gesetzmäßig ist, dh auf einer innerstaatlichen Rechtsbestimmung beruht, der eine gewisse Qualität hinsichtlich Vorhersehbarkeit, Bestimmtheit und Zugänglichkeit zukommt.¹¹³ Ein „gesetzloser“ Eingriff ist daher per se rechtswidrig.

- Öffentliches Interesse („legitimate aim“)

Eine weitere Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit des Eigentumseingriffs ist das Vorliegen eines öffentlichen Interesses, das der Staat durch die zu beurteilende Maßnahme verfolgt.¹¹⁴ Die Anforderungen, die an das jeweilige öffentliche Interesse gestellt werden, sind umso strenger, je gravierender der Eigentumseingriff ist.¹¹⁵

Hinsichtlich des für jeglichen Eigentumseingriff erforderlichen öffentlichen Interesses ist auszuführen, dass der Gerichtshof den Staaten einen großen Spielraum bei der Identifikation der jeweils zu verfolgenden Interessen zugesteht.¹¹⁶ Insbesondere im Rahmen der Umsetzung der Sozial- und Wirtschaftspolitik ist der staatliche Beurteilungsspielraum sehr groß.¹¹⁷ Wie *Harris/O'Boyle/Bates/Buckley* ausführen, ist dieser Spielraum umso größer, je weniger gravierend der staatliche Eigentumseingriff ist:

„When applying the ‘fair balance’ test, the Court generally leaves it to the state to identify the community interest: claims made by the state will seldom be reviewed. The balancing process thereafter may be complex and involve acts of judgment of a political (or policy) kind. It is hardly surprising that the Court has conceded a wide margin of appreciation to a state in reaching its decision that the community interests outweighs the individual’s claim. [...] The language of Article 1/2 has also afforded states particularly wide latitude in respect of interferences that amount to a control of the use of property. [...] While the state’s conclusions are not the last word, since the European Court claims the ultimate power of

¹¹³ Siehe bspw *Schilling*, Internationaler Menschenrechtsschutz² (2010) Rz 436f; .

¹¹⁴ *Harris/O'Boyle/Bates/Buckley*, Article 1, First Protocol: the Right to Property, in: dieselben (Hrsg), Law of the European Convention on Human Rights³ (2014) 876ff; *Peukert*, Artikel 1 des 1.ZP (Schutz des Eigentums), in: Frowein/derselbe, EMRK-Kommentar³ (2009) Rz 38ff.

¹¹⁵ *Schilling*, Internationaler Menschenrechtsschutz² (2010) Rz 439.

¹¹⁶ So etwa *Schilling*, Internationaler Menschenrechtsschutz² (2010) Rz 438, der ausführt, den Vertragsstaaten käme wegen ihrer besseren Sachkenntnis insbesondere auf dem Gebiet der Wirtschafts- und Sozialpolitik ein weiter Ermessensspielraum zu.

¹¹⁷ *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁶ (2016) 610.

review, they nonetheless carry great weight because the language of Article 1 suggests a wide measure of discretion for the state [...].¹¹⁸

Zusammenfassend zeigt sich auch hier, dass im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung die Möglichkeit besteht, auf unterschiedliche Eigentumseingriffe mit unterschiedlichen Anforderungen an die Rechtfertigung zu reagieren.

- Verhältnismäßigkeitsprüfung

Wie bereits oben ausgeführt, muss für die Rechtmäßigkeit von Maßnahmen im Rahmen aller drei Eingriffstatbestände der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit („fair balance“) gewahrt sein. Dies erfordert eine Abwägung zwischen den eingesetzten Mitteln und den verfolgten Zielen, wobei der Eigentumseingriff zur Erreichung des Zieles geeignet sein muss. Erforderlich ist es, einen gerechten Ausgleich zwischen den kollidierenden Interessen zu schaffen¹¹⁹

Die Frage der Enteignungsentschädigung ist nach der Rsp des EGMR ebenfalls Teil der Verhältnismäßigkeitsprüfung (dazu sogleich). Dies hat zur Folge, dass der EGMR mit abgestuften Entschädigungen auf unterschiedliche Schweregrade der Eingriffe reagieren kann.

b. Innerstaatlicher Eigentumsschutz

Obwohl Art 5 StGG nur einen formellen Gesetzesvorbehalt enthält, der nach seinem Wortlaut jeglichen Eingriff zulassen würde, sofern er nur in Gesetzesform erfolgt, werden auch diese formellen Gesetzesvorbehalte in der Rsp des VfGH und der herrschenden Lehre unzweifelhaft materiell verstanden. Dies hat zur Folge, dass auch Eingriffe in Grundrechte mit formellem Gesetzesvorbehalt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen müssen.¹²⁰

Im Ergebnis verläuft die Eingriffsprüfung im Bereich des Art 5 StGG in ähnlicher Weise, wie sie der EGMR für Art 1 1.ZP-EMRK judiziert. Es ist auch für den innerstaatlichen Bereich davon auszugehen, dass Eigentumsbeschränkungen, als weniger intensive Eingriffe im

¹¹⁸ *Harris/O'Boyle/Bates/Buckley*, Article 1, First Protocol: the Right to Property, in: dieselben (Hrsg), *Law of the European Convention on Human Rights* 3 (2014) 874.

¹¹⁹ *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁶ (2016) 610f; Peukert, Artikel 1 des 1.ZP (Schutz des Eigentums), in: Frowein/derselbe, *EMRK-Kommentar* 3 (2009) Rz 52ff.

¹²⁰ *Kucsko-Stadlmayer*, Allgemeine Strukturen der Grundrechte, in: Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer (Hrsg), *Handbuch der Grundrechte Band VII/1 Grundrechte in Österreich*² (2014) Rz 74.

Vergleich zu Enteignungen, einfacher im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung rechtfertigbar sind.¹²¹ Ungeachtet dessen spielt die Differenzierung zwischen Enteignungen einerseits und Eigentumsbeschränkungen andererseits in der Rechtsprechung des VfGH – wie auch in der Rsp des EGMR (siehe bereits oben) – nur eine untergeordnete Rolle.¹²²

c. Investitionsrechtlicher Eigentumsschutz – CETA

Der Themenkomplex der staatlichen Eingriffe in von Investitionsschutzbestimmungen geschützte Investitionen wird zumeist unter dem Schlagwort des staatlichen „Recht auf Regulierung“ („right to regulate“) diskutiert.¹²³ Unter dem „Recht auf Regulierung“ ist das dem Gaststaat in Investitionsschutzbestimmungen eingeräumte „Recht“ zu verstehen, in Verfolgung öffentlicher Interessen – ohne entschädigungspflichtig zu werden¹²⁴ – gesetzliche Regelungen zu erlassen, auch wenn diese in von den Investitionsschutzbestimmungen erfasste Investitionen eingreifen.

Da bilaterale Investitionsschutzverträge in der Vergangenheit oftmals staatliche Regulierungsmöglichkeiten weit beschränkten – wofür vor allem eine sehr weite Interpretation des Tatbestands der „indirekten Enteignung“ ursächlich war – geriet der internationale Investitionsschutz als solcher immer mehr in Kritik.¹²⁵ Auch wenn nicht jede Enteignung [im Investitionsschutz] völkerrechtswidrig ist, kann aber doch jede Enteignung kompensationspflichtig werden.¹²⁶ Da formelle Enteignungen ob ihrer abschreckenden Wirkung auf Investoren zur Verfolgung von öffentlichen Interessen zunehmend ungeeigneter

¹²¹ *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte (2012) 127.

¹²² *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ (2016) Rz 870.

¹²³ Siehe zum „right to regulate“ im Zusammenhang mit CETA bspw. *Tietje/Crow*, The Reform of Investment Protection Rules in CETA, TTIP, and Other Recent EU FTAs: Convincing?, in: *Griller/Obwexer/Vranes* (Hrsg), Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA (2017) 95-97; *Bartels*, Human Rights, Labour Standards, and Environmental Standards in CETA, in: *Griller/Obwexer/Vranes* (Hrsg), Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA (2017) 214-215; *Griller*, Three Salient Issues of the New Comprehensive Free Trade Agreements, in: *Griller/Obwexer/Vranes* (Hrsg), Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA (2017) 299-302.

¹²⁴ *Griller*, Three Salient Issues of the New Comprehensive Free Trade Agreements, in: *Griller/Obwexer/Vranes* (Hrsg), Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA (2017) 301, führt zutreffend aus, dass im Falle einer Entschädigungspflicht bei Regulierung wohl nicht von einem „right to regulate“ gesprochen werden könne; siehe auch *Mayr*, Same same but different? Öffentliche Dienstleistungen und das neue Investment Court System der EU, *juridikum* 2016, 238, der zutreffend feststellt, dass im Investitionsschutz nicht unmittelbar, sondern mittelbar – durch Verpflichtung zur Leistung von Entschädigungen – in die staatliche Regulierungshoheit eingegriffen werde.

¹²⁵ Siehe bspw. die Kritik bei *Hoffmann*, *juridikum* 2013, 361 und *Eberhardt/Fuchs*, Thema: Internationales Investitionsrecht Staat – Macht – Konzerne, *juridikum* 2013, 330.

¹²⁶ *Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht (2008) 422.

erscheinen und im Investitionsschutz heutzutage eher selten geworden sind,¹²⁷ kommt der Frage, wann staatliche Regulierungsmaßnahmen eine „indirekte Enteignung“ bewirken, eine ungemein größere Bedeutung zu.¹²⁸

- Formelle Enteignung

Formelle Enteignungen, also der Entzug des Eigentumstitels des Investors durch Gesetz oder Verwaltungsakt, sind auch im Anwendungsbereich von CETA grundsätzlich verboten, wie Art 8.12 CETA in seinem Einleitungssatz klarstellt:

„A Party shall not nationalise or expropriate a covered investment [...] directly [...]“

Der nächste Halbsatz des Art 8.12 CETA gestattet dann zwar Enteignungen unter der Voraussetzung, dass sie in Verfolgung eines öffentlichen Interesses stattfinden („[...] shall not [...] except for a public purpose [...]“), jedoch nur, insofern der Staat den zu enteignenden Investor durch Zahlung einer angemessenen Zahlung entschädigt („on payment of prompt, adequate and effective compensation“). Zusätzlich verlangt Art 8.12 CETA, dass die Enteignung in nichtdiskriminierender Weise („in a non-discriminatory manner“) in einem rechtsstaatlichen Verfahren („under due process of law“) stattfindet.

Den Staaten steht es im Anwendungsbereich von CETA demnach zwar zu, auch formelle („direct“) Enteignungen vorzunehmen, jedoch nur bei Leistung einer entsprechenden Entschädigung.¹²⁹

- Indirekte Enteignung

Von wesentlich größerer Bedeutung als die Frage der Zulässigkeit von direkten Enteignungen, ist auch für CETA der Themenkreis der indirekten Enteignungen. Denn sind

¹²⁷ Vgl bspw *Kriebaum/Schreuer*, The Concept of Property in Human Rights Law and International Investment Law, in: Breitenmoser ua (Hrsg), *Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Human Rights Democracy and the Rule of Law (2007) 748: „However, direct expropriation of immovable and other tangible property has become exceptional. Most of the more recent cases concern indirect expropriations which typically affect incorporeal and intangible property.“

¹²⁸ *Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht (2008) 253ff.

¹²⁹ Vgl hierzu bspw auch *Kriebaum*, Die Rolle des öffentlichen Interesses im Investitionsschutz, in: Vienna Law Inauguration Lectures – Antrittsvorlesungen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien Band 3 (2014) 53: „Enteignungen sind im Völkerrecht an sich rechtmäßig, aber entschädigungspflichtig. In den BITs ist praktisch einheitlich ausdrücklich festgehalten, dass Enteignungen nur dann rechtmäßig sind, wenn vier Voraussetzungen eingehalten sind: (1) öffentliches Interesse, (2) Nichtdiskriminierung, (3) faires Verfahren und (4) Entschädigung.“

diese zwar unter denselben Voraussetzungen wie formelle Enteignungen zulässig (dh insbesondere nur bei Zahlung einer angemessenen Entschädigung), jedoch sieht der Annex 8-A zu CETA über die Enteignung („Expropriation“) unter anderem vor:

„For greater certainty, except in the rare circumstance when the impact of a measure or series of measures is so severe in light of its purpose that it appears manifestly excessive, non-discriminatory measures of a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriations.“

Ziffer 3 Annex 8-A zu CETA spricht damit das staatliche „Recht auf Regulierung“ („right to regulate“) an, dass aus den oben genannten Gründen im Investitionsschutzrecht zunehmend an Bedeutung gewinnt und in den Investitionsschutzverträgen der jüngeren Generation berücksichtigt wird.¹³⁰

Eine staatliche Maßnahme stellt gem Ziffer 3 Annex 8-A zu CETA – ausgenommen unter außergewöhnlichen Umständen („except in the rare circumstance“) – daher dann keine zu entschädigende indirekte Enteignung dar, wenn sie in nichtdiskriminierender und nicht exzessiver Weise legitime, öffentliche Interessen verfolgt, wobei die genannten Interessen lediglich als demonstrative Aufzählung („such as“) zu verstehen sind.

Umgekehrt definiert Ziffer 1 des Annex 8-A zu CETA die zu entschädigende indirekte Enteignung dahingehend, dass von ihrem Vorliegen dann auszugehen ist, wenn

„a measure or series of measures of a Party has an effect equivalent to direct expropriation, in that it substantially deprives the investor of the fundamental attributes of property in its investment, including the right to use, enjoy and dispose of its investment, without formal transfer of title or outright seizure.“

Ziffer 2 des Annex 8-A zu CETA führt die Kriterien, die bei der Beurteilung heranzuziehen sind, ob eine staatliche Maßnahme als indirekte Enteignung anzusehen ist, näher aus:¹³¹

¹³⁰ Siehe in diesem Zusammenhang bspw *Madner*, A New Generation of Trade Agreements: An Opportunity Not to Be Missed?, in: Griller/Obwexer/Vranes (Hrsg), *Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TISA* (2017) 311, die jedoch berechtigte Zweifel dahingehend aufzeigt, inwieweit das „Recht auf Regulierung“ – angesichts der Kasuistik und Vagheit der Bestimmungen – tatsächlich ausreichend Berücksichtigung finden wird.

¹³¹ Vgl Lentner, *Investitionsschutz im Freihandelsabkommen CETA – Die künftige Ausgestaltung von Investitionsschutzabkommen der EU*, *ecolex* 2016, 1028, der ausführt, dass „Anhang 8.12 des CETA -

„The determination of whether a measure or series of measures of a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation requires a case-by-case, fact-based inquiry that takes into consideration, among other factors:

- a. the economic impact of the measure or series of measures, although the sole fact that a measure or series of measures of a Party has an adverse effect on the economic value of an investment does not establish that an indirect expropriation has occurred;
- b. the duration of the measure or series of measures of a Party;
- c. the extent to which the measure or series of measures interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and
- d. the character of the measure or series of measures, notably their object, context and intent.“

Das Investitionsschutzkapitel in CETA folgt dem Regelungsmodell des Investitionsschutzes der jüngeren Generation, das insb von den Modell-BITs der USA und Kanadas begründet wurde:

„2004 kam es in den Modell-BITs der USA und Kanadas zu einer entscheidenden Änderung der Enteignungsbestimmungen. Wie bisher muss es zu einer völligen Vernichtung des wirtschaftlichen Werts der Investition kommen. Jedoch ist nicht jede vollständige wirtschaftliche Vernichtung einer Investition eine Enteignung. Wenn an einem regulativen Eingriff ein öffentliches Interesse besteht und die Maßnahme nicht diskriminierend ist und in einem rechtsstaatlichen Verfahren durchgeführt wurde, liegt keine Enteignung vor. Es sei denn, es liegen außergewöhnliche Umstände vor.“¹³²

In diesem Sinne wird der regulatorische Spielraum positiv hervorgehoben :

„[...] CETA [ist] durchdrungen vom Bemühen, die staatliche Regelungszuständigkeit gegenüber den Interessen global agierender Unternehmen zu wahren und eine angemessene Berücksichtigung öffentlicher Ziele sicherzustellen. Bestes Beispiel ist die in der öffentlichen Meinung zu Unrecht (ohne Ansehung von Details) gescholtene Regelung zum Investitionsschutz und zur Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, die der mitunter beobachteten

Texts“ (gemeint ist wohl Annex 8-A zu CETA) dem kanadischen bzw US Modell-BIT nachempfunden ist.

¹³² *Kriebaum*, Die Rolle des öffentlichen Interesses im Investitionsschutz, in: Vienna Law Inauguration Lectures – Antrittsvorlesungen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien Band 3 (2014) 56.

Willkür und Missbrauchsanfälligkeit des Instruments durch klagende Unternehmen wirksam entgegentreten würde.¹³³

Wenngleich die investitionsschutzrechtlichen Bestimmungen in CETA im Vergleich zum älteren Investitionsschutzrecht der staatlichen Regulierung daher größere Spielräume zugestehen scheinen und in diesem Zusammenhang zu begrüßen sind, darf ihre Tragweite nicht überschätzt werden. Die genannten Bestimmungen bleiben weiterhin durch unbestimmte Rechtsbegriffe geprägt, deren Auslegung der schiedsgerichtlichen Entscheidungspraxis vorbehalten bleibt.¹³⁴ *Mayr* kritisiert in diesem Sinne, dass das „Right to Regulate“ lediglich als „Kehrseite der materiellen Investitionsschutzstandards“ ausgestaltet sei und führt aus, dass an der Effektivität des Versuchs, die Standards des „Right to Regulate“ in CETA zu etablieren erhebliche Zweifel bestünden.¹³⁵

Das „Right to Regulate“ als allgemeine Vorgabe in CETA gilt auch für die „fair and equitable treatment“ Klausel, es findet seine Grenze aber in Maßnahmen, die als diskriminierend zu qualifizieren sind oder als offensichtlich überzogen (*manifestly excessive*) verstanden werden.¹³⁶

Tietje/Crow bezweifeln in grundsätzlicher Weise, dass eine zufriedenstellende Umsetzung des staatlichen „Recht auf Regulierung“ im Umfeld des herrschenden Systems des Investitionsschutzes erfolgen könne. Denn in der asymmetrischen Systemlogik des internationalen Investitionsschutzes seien Rechte von Staaten nicht vorgesehen. Das internationale Investitionsschutzrecht sei ein Rechtsbereich, der Rechte ausschließlich an Investoren und Pflichten lediglich für Staaten vorsehe. Ohne Systemwechsel im internationalen Investitionsschutzrecht könne eine zufriedenstellende Verankerung eines staatlichen „right to regulate“ nicht erfolgen.¹³⁷

¹³³ *Jaeger*, CETA Faktencheck, *ecolex* 2016, 935; aA *Mayr*, Same same but different? Öffentliche Dienstleistungen und das neue Investment Court System der EU, *juridikum* 2016, 239, der ausführt, dass der eigenständige normative Gehalt des „Right to Regulate“ weitgehend unklar bliebe und „[e]ine wirksame Einschränkung der Entscheidungsspielräume der Tribunale im Bereich öffentlicher Dienstleistungen [...] durch Bestimmungen zu Investment and regulatory measures/objectives nicht gewährleistet“ sei.

¹³⁴ *Mayr*, Same same but different? Öffentliche Dienstleistungen und das neue Investment Court System der EU, *juridikum* 2016, 238.

¹³⁵ *Ebenda* 240.

¹³⁶ Siehe Annex 8-A CETA.

¹³⁷ *Tietje/Crow*, The Reform of Investment Protection Rules in CETA, TTIP, and Other Recent EU FTAs: Convincing?, in: Griller/Obwexer/Vranes (Hrsg), *Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA* (2017) 110.

Denn es ist nicht generell der Investitionsschutz ungeeignet, staatliche Regulierungsinteressen angemessen zu berücksichtigen, sondern die konkrete Ausgestaltung des jeweiligen investitionsschutzrechtlichen Regelungswerks. Dies wird ersichtlich, wenn man das „Right to Regulate“ in CETA mit den Eingriffstatbeständen der EMRK vergleicht.

Der EGMR hat die Eingriffstatbestände zu Art 1 1.ZP-EMRK in seiner Rechtsprechung zu einem flexiblen und zielgenauen Instrumentarium geformt, das unterschiedliche Intensitäten an Eingriffen kennt und auf diese unterschiedlich reagieren kann. Im Anwendungsbereich von CETA ist eine staatliche Maßnahme hingegen vom „Right to Regulate“ gedeckt und somit kein relevanter Eingriff, oder sie ist von diesem nicht gedeckt und damit ein Eingriff, der jedenfalls voll zu entschädigen ist. Im Zusammenhang mit der Unbestimmtheit der Rechtsbegriffe ergeben sich hier zahlreiche Rechtsfragen, deren Lösung wiederum den Schiedsgerichten übertragen ist.

Insgesamt kann daher festgehalten werden, dass die investitionsschutzrechtlichen Bestimmungen in CETA zwar neue Wege gehen und versuchen, das staatliche „Recht auf Regulierung“ angemessen zu berücksichtigen. Dennoch ist darauf hinzuweisen, dass die genannten Bestimmungen in hohem Maße unbestimmt und auslegungsbedürftig sind, sodass die Frage, ob legitime staatliche Regulierungsspielräume gewahrt werden, letztendlich von der Auslegung der Bestimmungen durch die schiedsgerichtliche Rechtsprechungstätigkeit abhängt. CETA schafft durch die Auslegungsbedürftigkeit der investitionsschutzrechtlichen Bestimmungen signifikante Risiken, deren Inkaufnahme sachlich gerechtfertigt werden muss (siehe dazu unten B.5.c.).

d. Zwischenergebnis – Eingriffsbefugnisse im Menschenrechtsschutz und CETA

- Sachliche Einschränkungen von Investitionsschutzbestimmungen möglich

Investitionsschutzrechtliche Regelungen wie in CETA sehen keine ausreichenden Eingriffstatbestände vor. Die Eingriffstatbestände sind vielmehr von den zuständigen Entscheidungsinstanzen abhängig, wobei diese bisher regelmäßig im Sinne eines weitgehenden Schutzes von Investitionen gegen staatliche Regulierung interpretiert werden. Damit ist aber auch klar, dass eine Debatte über die Risiken von Investitionsschutzbestimmungen auf der Ebene ihrer inhaltlichen Ausgestaltung sowie an der konkreten Vollziehung durch Schiedsgerichte erfolgen muss.

- Staatliche Eingriffsmöglichkeiten sowohl im Menschenrechtsschutz als auch in CETA

Sowohl im Menschenrechtsschutz als auch im Investitionsschutz bestehen Eingriffsmöglichkeiten für Staaten, die sich im Ergebnis aber erheblich unterscheiden. Während der Menschenrechtsschutz ein ausdifferenziertes Instrumentarium an Eingriffstatbeständen kennt, die durch das Erfordernis der Verhältnismäßigkeitsprüfung weiter „verfeinert“ werden können, gibt es im Recht des internationalen Investitionsschutzes lediglich den Eingriffstatbestand der Enteignung. Dieser Eingriffstatbestand ist entscheidend für die Frage, ob dem Investor eine Entschädigung gebührt oder nicht. Dieses „Alles-oder-Nichts-Prinzips“ der schiedsgerichtliche Judikatur führt sowohl konzeptionell als auch faktisch zu unbefriedigenden Ergebnissen. Eine Abhilfe kann nur eine Interessenabwägung in Form einer Verhältnismäßigkeitsprüfung bieten.¹³⁸ Es zeigt sich hinsichtlich des Punktes der staatlichen Eingriffsmöglichkeiten daher, dass das – bereits bestehende – abgestufte System der EMRK mit seinem Verhältnismäßigkeitsprinzip im Vergleich zum investitionsschutzrechtlichen „Right to Regulate“ über erhebliche Vorteile verfügt, weshalb auch diesbezüglich die sachliche Rechtfertigung der investitionsschutzrechtlichen Regelungen in CETA zu problematisieren ist.

Abschließend bleibt zu betonen, dass die konkrete Verankerung des „Right to Regulate“ in CETA zahlreiche zu klärende Rechtsfragen aufwirft,¹³⁹ deren abschließende Beurteilung der schiedsgerichtlichen Entscheidungspraxis zukommt. *Griller* unterstreicht die auftretenden Auslegungsschwierigkeiten zutreffend, indem er darauf hinweist, dass bspw das „Recht auf Regulierung“ vom Grundsatz des „fair and equitable treatment“ getrennt normiert ist. Selbst wenn daher eine staatliche Maßnahme unter dem Aspekt des „right to regulate“ keine Verletzung der Investitionsschutzbestimmungen darstellen würde, könnte der Grundsatz des FET verletzt sein.¹⁴⁰

¹³⁸ *Kriebaum*, Die Rolle des öffentlichen Interesses im Investitionsschutz, in: Vienna Law Inauguration Lectures – Antrittsvorlesungen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien Band 3 (2014) 57.

¹³⁹ *Mayr*, Same same but different? Öffentliche Dienstleistungen und das neue Investment Court System der EU, *juridikum* 2016, 239f.

¹⁴⁰ *Griller*, Three Salient Issues of the New Comprehensive Free Trade Agreements, in: *Griller/Obwexer/Vranes* (Hrsg), *Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA* (2017) 300f.

3. Entschädigung

Eine grundsätzliche Kritik, die bei Gegenüberstellung von internationalem Investitionsrecht und menschenrechtlichem Eigentumsschutz oftmals geäußert wird, gilt den durch das internationale Investitionsrecht teils vorgesehenen weitreichenden Entschädigungspflichten bei Enteignung.¹⁴¹ Insbesondere die im internationalen Investitionsrecht üblichen Entschädigungspflichten bei indirekten Enteignungen sind Gegenstand von Kontroversen, da sie als zu weitreichend angesehen werden.¹⁴²

Dabei ist zu beachten, dass eine Analyse der Problematik der indirekten Enteignungen im Investitionsschutzrecht in einem ersten Schritt eine Berücksichtigung der verschiedenen Eingriffstatbestände bedarf, die sich im menschenrechtlichen bzw. investitionsrechtlichen Regime stark unterscheiden. Während die EMRK ein abgestuftes System an Eingriffstatbeständen (siehe B.2.a.) enthält, das an seinem untersten Ende mit der sonstigen Beeinträchtigung („other interference“) eine „catch-all“-Klausel enthält, operiert das Investitionsschutzrecht lediglich mit dem alleinigen Eingriffstatbestand der Enteignung.¹⁴³

Da das Investitionsschutzrecht nur mit dem einen Eingriffstatbestand der – direkten oder indirekten – Enteignung operiert, der entweder erfüllt ist oder nicht, wird schon auf der Eingriffsebene der Grundstein für ein „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ gelegt, das sich sodann auf der Ebene der Entschädigungspflicht fortsetzt. Denn nach dem investitionsschutzrechtlichen „Alles-oder-Nichts“-Prinzip ist im Fall einer – direkten oder indirekten – Enteignung voll zu

¹⁴¹ „Und während der Schutz vor ‚indirekter Enteignung‘ in den meisten nationalen Verfassungen so nicht zu finden ist, garantiert dieses Recht, in Investitionsabkommen verankert, ausländischen Investoren Entschädigung, wenn ihr Eigentum durch Regulierungen an Wert verliert. So lässt sich ein Fracking-Moratorium ebenso angreifen wie der Atomausstieg.“ *Eberhardt/Fuchs*, Thema: Internationales Investitionsrecht Staat – Macht – Konzerne Vorwort, juridikum 2013, 334.

¹⁴² Ebenda; *Hoffmann*, juridikum 2013, 364f; siehe auch *Tietje/Crow*, The Reform of Investment Protection Rules in CETA, TTIP, and Other Recent EU FTAs: Convincing?, in: Griller/Obwexer/Vranes (Hrsg), Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TISA (2017) 97: “Provisions regarding indirect or creeping expropriation are responsible for some of the most publicly controversial awards issued in international economic law.”.

¹⁴³ *Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht (2008) 422.

entschädigen,¹⁴⁴ für den Fall aber, dass die „Intensitätsschwelle“ der Enteignung nicht erreicht wird, keinerlei Entschädigung zu leisten.¹⁴⁵

Im Gegensatz zu den Investitionsschiedsgerichten, die nur die volle Entschädigung (in CETA: „fair market value“) zusprechen können, verfügt der EGMR nicht nur über einen mehrschichtigen Katalog von Eingriffstatbeständen, die es ihm ermöglichen, verschiedenste Fallkonstellationen auf ihre Vereinbarkeit mit Art 1 1. ZP-EMRK zu überprüfen, sondern behandelt er die Entschädigungsfrage als Teil der Verhältnismäßigkeitsprüfung („fair balance“) und ist ihm damit ein überaus flexibles Vorgehen möglich.¹⁴⁶

Somit kann der EGMR, auch im Zusammenhang mit Maßnahmen, die keine Enteignungen darstellen, mangels Möglichkeit einer staatlichen Entschädigung eine Verletzung des Art 1 1. ZP-EMRK feststellen,¹⁴⁷ oder aber auch in außergewöhnlichen Fällen von Enteignungen eine Entschädigungspflicht verneinen.¹⁴⁸ Im Übrigen ist – wie gezeigt wurde – auch der EMRK das Konzept der indirekten bzw. de facto Enteignungen keineswegs fremd.¹⁴⁹

¹⁴⁴ Vgl Art 8.12.2 CETA: „The compensation referred to in paragraph 1 shall amount to the fair market value of the investment at the time immediately before the expropriation or the impending expropriation became known, whichever is earlier. Valuation criteria shall include going concern value, asset value including the declared tax value of tangible property, and other criteria, as appropriate, to determine fair market value.“

¹⁴⁵ Ebenda, 426f.

¹⁴⁶ Vgl zur Entschädigung als Bestandteil der Verhältnismäßigkeit *Allen*, Compensation for Property Under the European Convention on Human Rights, Michigan Journal of International Law 2007, 298ff; *Peukert*, Artikel 1 des 1.ZP (Schutz des Eigentums), in: Frowein/derselbe, EMRK-Kommentar³ (2009) Rz 68.

¹⁴⁷ EGMR 23.09.1982, 7151/75, 7152/75, *Sporrong and Lönnroth/Schweden*: „Being combined in this way, the two series of measures created a situation which upset the fair balance which should be struck between the protection of the right of property and the requirements of the general interest: the Sporrong Estate and Mrs. Lönnroth bore an individual and excessive burden which could have been rendered legitimate only if they had had the possibility of seeking a reduction of the time-limits or of claiming compensation. Yet at the relevant time Swedish law excluded these possibilities and it still excludes the second of them.“; vgl auch EGMR 28.07.1999, 22774/93, *Immobiliare Saffi/Italien*.

¹⁴⁸ EGMR 30.06.2005, 46720/99, 72203/01, 72552/01, *Jahn and others/Deutschland*: „Having regard to all the foregoing considerations and taking account, in particular, of the uncertainty of the legal position of heirs and the grounds of social justice relied on by the German authorities, the Court concludes that in the unique context of German reunification, the lack of any compensation does not upset the ‘fair balance’ that has to be struck between the protection of property and the requirements of the general interest.“

¹⁴⁹ *Peukert*, Artikel 1 des 1.ZP (Schutz des Eigentums), in: Frowein/derselbe, EMRK-Kommentar³ (2009) Rz 22f.

a. Menschenrechtlicher Eigentumsschutz¹⁵⁰

Der EGMR hat sich in seiner Rsp vielfach mit Fragen der Entschädigung bei Eigentumsbeeinträchtigungen beschäftigt. Grundlegende Aussagen traf er ua in der Entscheidung *Holy Monasteries/Griechenland*, wobei der EGMR die Entschädigungsproblematik als der Verhältnismäßigkeitsprüfung („fair balance“) inhärent ansieht¹⁵¹:

„Compensation terms under the relevant legislation are material to the assessment whether the contested measure respects the requisite fair balance and, notably, whether it does not impose a disproportionate burden on the applicants. In this connection, the taking of property without payment of an amount reasonably related to its value will normally constitute a disproportionate interference and a total lack of compensation can be considered justifiable under Article 1 only in exceptional circumstances. Article 1 does not, however, guarantee a right to full compensation in all circumstances, since legitimate objectives of "public interest" may call for less than reimbursement of the full market value.“¹⁵²

Die Frage, ob eine Entschädigung zu leisten ist, und bejahendenfalls, in welcher Höhe geht damit in der allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprüfung auf,¹⁵³ wobei insgesamt festgestellt werden kann, dass Enteignungen im Bereich von Art 1 1.ZP-EMRK ohne angemessene Entschädigung in der Regel unverhältnismäßig sind.¹⁵⁴

Da die Entschädigung aber nur ein zu wertendes Element unter mehreren ist, kann bei – im Vergleich zur Enteignung – weniger intensiven Eingriffen, wie bei Eigentumsbeschränkungen und Nutzungsregelungen eine Entschädigung regelmäßig unterbleiben.¹⁵⁵ Wie die

¹⁵⁰ Umfassend zur Entschädigungsproblematik im Bereich der EMRK *Allen*, Compensation for Property Under the European Convention on Human Rights, Michigan Journal of International Law 2007, 287.

¹⁵¹ Siehe zB *Peukert*, Artikel 1 des 1.ZP (Schutz des Eigentums), in: Frowein/derselbe, EMRK-Kommentar³ (2009) Rz 68; vgl auch *Allen*, Compensation for Property Under the European Convention on Human Rights, Michigan Journal of International Law 2007, 305 der ausführt, dass die Verhältnismäßigkeit bei Fehlen einer Entschädigung nur durch ein öffentliches Interesse gewahrt werden kann, das so triftig ist, dass es selbst den „severe impact“ einer entschädigungslosen Enteignung zu rechtfertigen vermag; vgl auch *Korinek*, Wirtschaftliche Freiheiten, in: Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer (Hrsg), Handbuch der Grundrechte Band VII/1 Grundrechte in Österreich² (2014) Rz 40: „Anders begründen die Straßburger Konventionsorgane den Entschädigungsanspruch bei Enteignungen: Sie sehen die Frage der Entschädigung als Bestandteil der Verhältnismäßigkeitsprüfung.“; siehe weiters *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ (2016) Rz 880a.

¹⁵² EGMR 09.12.1994, 13092/87, 13984/88, *Holy Monasteries/Griechenland*.

¹⁵³ *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁶ (2016) 598.

¹⁵⁴ *Korinek*, Wirtschaftliche Freiheiten, in: Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer (Hrsg), Handbuch der Grundrechte Band VII/1 Grundrechte in Österreich² (2014) Rz 40.

¹⁵⁵ *Schilling*, Internationaler Menschenrechtsschutz² (2010) Rz 445.

Entscheidung *Sporrong und Lönnroth/Schweden*¹⁵⁶ zeigt, kann aber umgekehrt auch im Falle von „sonstigen Beeinträchtigungen“ bei entsprechender Eingriffsintensität eine Entschädigung erforderlich sein.¹⁵⁷

Weiters kommt Staaten bei Enteignungen im Zusammenhang mit umfangreichen Eingriffsmaßnahmen, die aus sozialpolitischen oder wirtschaftspolitischen Gründen erfolgen, ein weiter Ermessensspielraum hinsichtlich der Höhe der Entschädigung zu; insbesondere folgt aus Art 1 1.ZP-EMRK kein Recht auf volle Entschädigung.¹⁵⁸

So ist zu beobachten, dass der EGMR ua im Zusammenhang mit umfassenden Eingriffsmaßnahmen, die im Zuge der Transformation der ehemaligen kommunistischen Staaten Osteuropas nach der Wende gesetzt wurden, teilweise erhebliche Beschränkungen der zu leistenden Entschädigungen akzeptierte.¹⁵⁹ In *Broniowski/Polen*¹⁶⁰ verletzte eine staatliche Maßnahme Polens erst deshalb Art 1 1.ZP-EMRK, weil sie das Recht auf Entschädigung in einer Weise beschränkte, die das Recht zu einer bloßen „Illusion werden ließ und die Essenz des Rechts zerstörte“.¹⁶¹ Obiter dicta hielt er in derselben Entscheidung fest, dass „[...] the radical reform of the country's political and economic system, as well as the state of the country's finances, may justify stringent limitations on compensation [...]“. Auch im Zusammenhang mit „windfall gains“ (Zufallsgewinne) – wenn die beeinträchtigten Rechteinhaber das betreffende Vermögen gewissermaßen „zufällig“ erwarben – sind nach der Rechtsprechung des EGMR Einschränkungen bei der Entschädigung – bis hin zum völligen Entfall – zulässig.¹⁶² So führte der EGMR in der Rechtssache *Jahn ua/Deutschland* aus:

„Given the 'windfall' from which the applicants undeniably benefited as a result of the Modrow Law under the rules applicable in the GDR to the heirs to land acquired under the land reform,

¹⁵⁶ EGMR 23.09.1982, 7151/75, 7152/75, *Sporrong und Lönnroth/Schweden*.

¹⁵⁷ *Harris/O'Boyle/Bates/Buckley*, Article 1, First Protocol: the Right to Property, in: dieselben (Hrsg), *Law of the European Convention on Human Rights*³ (2014) 881.

¹⁵⁸ *Peukert*, Artikel 1 des 1.ZP (Schutz des Eigentums), in: Frowein/derselbe, *EMRK-Kommentar*³ (2009) Rz 70ff; *Grabenwarter/Pabel*, *Europäische Menschenrechtskonvention*⁶ (2016) 613f.

¹⁵⁹ *Rainey/Wicks/Ovey* behandeln die in diesem Zusammenhang existierende Rechtsprechung des EGMR unter dem eigenständigen Überbegriff der „Restitution Cases“ *Rainey/Wicks/Ovey The European Convention on Human Rights*⁷ (2017) 565ff.

¹⁶⁰ EGMR 22.06.2004, 31443/96, *Broniowski/Polen*.

¹⁶¹ „In the present case, as ascertained by the Polish courts and confirmed by the Court's analysis of the respondent State's conduct, the authorities, by imposing successive limitations on the exercise of the applicant's right to credit, and by applying the practices that made it unenforceable and unusable in practice, rendered that right illusory and destroyed its very essence.“

¹⁶² Siehe zur Thematik der „windfall gains“ *Harris/O'Boyle/Bates/Buckley*, Article 1, First Protocol: the Right to Property, in: dieselben (Hrsg), *Law of the European Convention on Human Rights*³ (2014) 892f; *Rainey/Wicks/Ovey*, *The European Convention on Human Rights*⁷ (2017) 568f.

the fact that this correction was made without paying any compensation was not disproportionate."¹⁶³

Wie bereits im Zusammenhang mit den Eingriffstatbeständen zeigt sich auch hier das ausdifferenzierte Entscheidungsinstrumentarium, auf das der EGMR im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zurückgreifen kann. So hat er die Möglichkeit bei einer unter der Enteignungsschwelle bleibenden, erheblichen Beeinträchtigung wie in der Rs *Sporrong und Lönnroth/Schweden*¹⁶⁴ eine Entschädigung zuzusprechen, obwohl eine Enteignung nicht vorliegt, oder aber – wie in der Rs *Jahn ua/Deutschland* – aus Gründen eines schwerwiegenden staatlichen Interesses und mangelnder Schutzwürdigkeit der KlägerInnen („windfall gains“) eine Entschädigung trotz Vorliegens einer Enteignung zu verweigern.

Im Zusammenhang mit der Rs *Sporrong und Lönnroth/Schweden* ist weiters beachtlich, dass nach dem EGMR die Verhältnismäßigkeit trotz Verweigerung einer Entschädigung dann gewahrt gewesen wäre, wenn für die Kläger eine Rechtsschutzmöglichkeit zur Verringerung der zeitlichen Dauer der staatlichen Maßnahmen bestanden hätte („could have been rendered legitimate only if they had had the possibility of seeking a reduction of the time-limits or of claiming compensation“). Auch hier zeigt sich wiederum deutlich das Zusammenspiel der verschiedenen Interessenslagen und ihre Auswirkung auf die Entschädigung. Die fehlende staatliche Rechtsschutzmöglichkeit wirkte sich zulasten der Interessen des Staates und zugunsten der Interessen der KlägerInnen aus. Umgekehrt wäre trotz fehlender Rechtsschutzmöglichkeit die Verhältnismäßigkeit bei Vorsehung einer entsprechenden Entschädigung gewahrt gewesen, weil insoweit der Rechtseingriff und damit die Interessen der KlägerInnen weniger schwer gewogen hätten.

Der menschenrechtliche Eigentumsschutz ist daher sowohl hinsichtlich der Eingriffstatbestände als auch der etwaig erforderlichen Entschädigung durch ein fein abgestimmtes System gekennzeichnet. Dieses ermöglicht es einerseits in Ausnahmefällen, auch Enteignungen entschädigungslos durchzuführen, und andererseits selbst bei bloßen Benutzungsregelungen oder sonstigen Beeinträchtigungen im Einzelfall entsprechende Entschädigungen zu gewähren.

¹⁶³ EGMR 30.06.2005, 46720/99, 72203/01, 72552/01, *Jahn ua/Deutschland*.

¹⁶⁴ EGMR 23.09.1982, 7151/75, 7152/75, *Sporrong und Lönnroth/Schweden*.

b. Innerstaatlicher Eigentumsschutz

Die Frage der Entschädigung bei Eigentumseingriffen ist innerstaatlich nicht gänzlich geklärt.¹⁶⁵ Während die herrschende Lehre bei Enteignungen¹⁶⁶ von einer aus Art 5 StGG folgenden Verpflichtung zur Entschädigung ausgeht,¹⁶⁷ vertritt der Verfassungsgerichtshof konträr zu dieser in seiner (älteren) Judikatur, dass selbst im Falle einer Enteignung, eine Entschädigungspflicht – mangels entsprechender Anordnung in Art 5 StGG – verfassungsrechtlich nicht geboten sei.¹⁶⁸ In seiner jüngeren Rechtsprechung begründete der Verfassungsgerichtshof eine Entschädigungspflicht bei Eigentumseingriffen aus dem verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz des Art 7 B-VG.¹⁶⁹ Diese als Sonderopfertheorie bezeichnete Entschädigungsthese wurde in der Literatur zwar kritisiert, ist aber mittlerweile in ständiger Rechtsprechung etabliert,¹⁷⁰ und wurde in weiterer Folge auch auf Eigentumsbeschränkungen ausgedehnt.¹⁷¹

Obwohl für Enteignungen somit von einer Entschädigungspflicht auch im Rahmen der österreichischen Verfassungsordnung auszugehen ist, müssen die vielzähligen Eigentumsbeschränkungen- und belastungen, die in ihrer Intensität nicht an Enteignungen heranreichen, von den EigentümerInnen idR entschädigungslos hingenommen werden.¹⁷² Insoweit Eigentumsbeschränkungen eine Intensität erlangen, die an die Schwere einer

¹⁶⁵ *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte (2012) 132ff; Korinek, Wirtschaftliche Freiheiten, in: Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer (Hrsg), Handbuch der Grundrechte Band VII/1 Grundrechte in Österreich² (2014) Rz 35.

¹⁶⁶ Für bloße Eigentumsbeschränkungen und -belastungen besteht eine Entschädigungspflicht auch nach der herrschenden Lehre nicht. Siehe dazu *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte (2012) 127.

¹⁶⁷ Siehe auch *Korinek*, Wirtschaftliche Freiheiten, in: Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer (Hrsg), Handbuch der Grundrechte Band VII/1 Grundrechte in Österreich² (2014) Rz 35; der ebenfalls davon ausgeht, dass dogmatische Grundlage für die Entschädigungspflicht bei Enteignungen Art 5 StGG selbst ist.

¹⁶⁸ *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte (2012) 132ff; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ (2016) Rz 879; VfSlg 9911/1983.

¹⁶⁹ Zur Entwicklung der gleichheitsrechtlichen Entschädigungspflicht in der Judikatur des VfGH bspw *Korinek*, Art 5 StGG, in: Korinek/Holoubek (Hrsg), Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht (5. Lfg 2002) Rz 44ff; siehe auch *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte (2012) 133.

¹⁷⁰ *Korinek*, Art 5 StGG, in: Korinek/Holoubek (Hrsg), Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht (5. Lfg 2002) Rz 44ff.

¹⁷¹ *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte (2012) 133; so zB VfSlg 16.455/2002.

¹⁷² *Korinek*, Wirtschaftliche Freiheiten, in: Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer (Hrsg), Handbuch der Grundrechte Band VII/1 Grundrechte in Österreich² (2014) Rz 41.

Enteignung heranreicht,¹⁷³ sind auch diese zu entschädigen,¹⁷⁴ wobei die genaue Grenze zwischen enteignungsgleich wirkenden bzw entschädigungslos hinzunehmenden Eigentumsbeschränkungen nicht abschließend geklärt ist.¹⁷⁵ Die dogmatische Debatte, ob diese Entschädigungspflicht aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der jeder Eigentumsbeschränkung inhärent ist, folgt oder im Gleichheitsgrundsatz grundgelegt ist (Sonderopfertheorie),¹⁷⁶ kann in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben. *Öhlinger/Eberhard* führen diesbezüglich aus:

„Eine Entschädigung ist demnach dann geboten, wenn dem Eigentümer ein besonders gravierendes Opfer zugunsten der Allgemeinheit abverlangt wird, er also unter gleichen Voraussetzungen in unverhältnismäßiger Weise stärker belastet wird als andere Personen. Dies wurde später auch auf Eigentumsbeschränkungen ausgedehnt (VfSlg 13.006/1992, 16.636/2002).“¹⁷⁷

Auch hinsichtlich der Entschädigungsthematik ist eine gewisse Parallelität zwischen der Rechtsprechung des VfGH und des EGMR zu erkennen. Denn obwohl der Verfassungsgerichtshof in seiner eigentumsrechtlichen Judikatur grundsätzlich vorrangig Art 5 StGG heranzieht, greift er im Zusammenhang mit Entschädigungsverpflichtungen teils auf Art 1 1.ZP-EMRK zurück.¹⁷⁸ *Hengstschläger/Leeb* führen diesbezüglich aus, es scheine, als ob die Judikatur des EGMR, die die Entschädigungspflicht als einen Bestandteil des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sieht, in die Rechtsprechung des VfGH Eingang fände.¹⁷⁹

Im Gegensatz zum Anspruch als solchem ergibt sich die konkrete Höhe der zu leistenden Entschädigung hingegen nicht aus der Verfassung. *Korinek* betont in diesem Zusammenhang, dass zwar das „Ob“ der Entschädigung feststehe, das konkrete Ausmaß der angemessenen Entschädigung aber innerhalb der verfassungsrechtlichen Grenzen Aufgabe des einfachen Gesetzes sei.¹⁸⁰ Dies deckt sich wiederum mit Art 1 1.ZP-EMRK, denn auch

¹⁷³ Zur Abgrenzung zwischen entschädigungspflichtung und entschädigungslos hinzunehmenden Eigentumsbeschränkungen siehe auch *Korinek*, Art 5 StGG, in: *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht (5. Lfg 2002) Rz 51f.

¹⁷⁴ Siehe hierzu *Korinek*, Wirtschaftliche Freiheiten, in: *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte Band VII/1 Grundrechte in Österreich² (2014) Rz 42, demzufolge der Grund für die Entschädigungspflicht im Erfordernis der Verhältnismäßigkeit jeder Eigentumsbeschränkung gelegen ist.

¹⁷⁵ *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ (2016) Rz 879.

¹⁷⁶ Vgl VfSlg 6884/1972, 7234/1973, 10.841/1986.

¹⁷⁷ *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ (2016) Rz 880.

¹⁷⁸ *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte (2012) 123.

¹⁷⁹ *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte (2012) 134.

¹⁸⁰ *Korinek*, Wirtschaftliche Freiheiten, in: *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte Band VII/1 Grundrechte in Österreich² (2014) Rz 39.

Art 1 1.ZP-EMRK überlässt die Festlegung der Höhe der Entschädigung primär den einzelnen Staaten.

Zusammenfassend kann daher festgestellt werden, dass sich hinsichtlich des Themenkreises der Entschädigung keine gravierenden Unterschiede zwischen dem Eigentumsschutz nach Art 1 1.ZP-EMRK und Art 5 StGG ergeben, wenngleich die dogmatische Begründung des Anspruchs verschieden ist.¹⁸¹

c. Investitionsrechtlicher Eigentumsschutz – CETA

Das Verbot der entschädigungslosen Enteignung von Ausländern ergibt sich grundsätzlich bereits aus dem Völkergewohnheitsrecht („general principles of international law“), jedoch nur in seinen rudimentären Umrissen und Ansätzen.¹⁸² Lange Zeit war vor allem die Frage der Höhe der Entschädigung im völkerrechtlichen Kontext strittig. Aufgrund dieser völkergewohnheitsrechtlichen Unsicherheiten hinsichtlich der Frage der zu leistenden Entschädigung kommt den Investitionsschutzverträgen in diesem Punkt eine besondere Bedeutung zu.¹⁸³

Die bei Enteignungen im Anwendungsbereich von CETA zu leistende Entschädigung findet sich in Art 8.12 CETA. Art 8.12.1 lit d CETA normiert, dass – direkte wie indirekte – Enteignungen nur bei Zahlung einer prompten, adäquaten und effektiven Entschädigung erfolgen dürfen („on payment of prompt, adequate and effective compensation“). Dieser als Hull-Formel bezeichnete Entschädigungsstandard („prompt, adequate and effective“) stellt den klassischen völkerrechtlichen Entschädigungsstandard dar, der im Gegensatz zu einer angemessenen Entschädigung („appropriate compensation“) steht.¹⁸⁴ Die Theorien unterscheiden sich vor allem hinsichtlich der Höhe der Entschädigung.

Etwaige Unklarheiten hinsichtlich der Höhe der im Einzelfall zu leistenden Entschädigung vermeidet CETA durch die Festlegung der Höhe in Art 8.12.2 CETA:

¹⁸¹ *Korinek*, Wirtschaftliche Freiheiten, in: Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer (Hrsg), Handbuch der Grundrechte Band VII/1 Grundrechte in Österreich² (2014) Rz 40.

¹⁸² Siehe zur gewohnheitsrechtlichen „Compensation Rule“ *Brownlie*, Principles of Public International Law⁷ (2008) 533ff und *Benedek*, Fremdenrecht, Asyl und Einwanderung, in: Reinisch (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts Band I (2013) Rz 1320.

¹⁸³ *Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht (2008) 526.

¹⁸⁴ *Benedek*, Fremdenrecht, Asyl und Einwanderung, in: Reinisch (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts Band I (2013) Rz 1318ff; zur Hull-Formel siehe auch *Brownlie*, Principles of Public International Law⁷ (2008) 533ff.

„The compensation referred to in paragraph 1 shall amount to the fair market value of the investment at the time immediately before the expropriation or the impending expropriation became known, whichever is earlier. Valuation criteria shall include going concern value, asset value including the declared tax value of tangible property, and other criteria, as appropriate, to determine fair market value.“

Enteignungsentschädigungen im Anwendungsbereich von CETA haben daher dem Marktwert der Investition („market value“) unmittelbar vor Bekanntwerden der Enteignung zu entsprechen. Möglichkeiten für eine gestaffelte Entschädigung bei Enteignungen sieht Art 8.12 CETA nicht vor.

Das auf der Ebene der Eingriffstatbestände begonnene „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ setzt sich damit auf der Entschädigungsebene fort. Im Gegensatz zur EMRK in ihrer Handhabung durch den EGMR, die abgestufte und situationsadäquate Entschädigungen ermöglicht, gilt im Anwendungsbereich von CETA nur eine binäre Lösung (Entschädigung – keine Entschädigung).

d. Zwischenergebnis – Entschädigungen

Auf Entschädigungsebene zeigen sich daher erhebliche Unterschiede zwischen dem Menschenrechts- und dem Investitionsschutz:

Im Menschenrechtsschutz können – aufgrund der Inkorporation der Entschädigungsfrage in die Verhältnismäßigkeitsprüfung – abgestufte Entschädigungen zugesprochen werden. Im Investitionsschutz, der ein Verhältnismäßigkeitsprinzip iS der differenzierten menschenrechtlichen Verhältnismäßigkeit nicht kennt, kann nur entweder voll oder gar nicht entschädigt werden.

Im Zusammenhang mit den oben dargelegten Unklarheiten hinsichtlich des „right to regulate“ können dadurch durchaus Gefahren für dieses entstehen. Da abgestufte Entschädigungen nicht möglich sind, könnte die schiedsgerichtliche Praxis dazu tendieren, bei Eingriffen, die einen Investor zwar in nicht gerechtfertigter Weise beeinträchtigen, aber unterhalb der Schwelle zur Enteignung anzusiedeln sind, im Zweifel von einer Enteignung auszugehen, um eine – dem Grunde nach gerechtfertigte – Entschädigung zusprechen zu können. Diese Entschädigung muss jedoch sodann in vollem Umfang erfolgen. Das staatliche „Right to Regulate“, das in seinem Wert ganz erheblich von der Frage abhängig ist, ob der Staat im Zusammenhang mit der Regulierung eine Entschädigung zu leisten hat, könnte

dadurch erheblich beeinträchtigt werden. Denn für den Fall, dass sich der Staat aufgrund der Regulierung einer vollumfänglichen Entschädigungspflicht ausgesetzt sieht, weil die entsprechende Maßnahme – obgleich zwar zulässig – als zwingend zu entschädigende indirekte Enteignung zu qualifizieren ist, wäre es – wie *Griller* zutreffend ausführt – nicht nur zynisch, sondern gänzlich verfehlt darauf hinzuweisen, dass das staatliche Regulierungsrecht trotz Entschädigungspflicht intakt bliebe.¹⁸⁵

4. Zusammenfassung der Ergebnisse des Vergleichs

a. Deutliche Unterschiede

Der Vergleich des internationalen Investitionsschutzrechts, wie es sich in CETA manifestiert, und dem internationalen Menschenrechtsschutz, wie er in der EMRK zum Ausdruck kommt, zeigt deutliche Unterschiede. Das Investitionsschutzrecht weist einen höheren und breiteren Schutzbereich auf, ist starrer konzipiert und kann daher nicht im selben Ausmaß auf die konkret vorliegende Situation eingehen. Verbunden mit unbestimmten Rechtsbegriffen entsteht ein „Alles oder Nichts“-Prinzip, womit die Ausübung des Investitionsschutzrechts zentral von der Vollziehung durch die Investitionsschutzgerichte abhängt. Demgegenüber ist der Menschenrechtsschutz konkreter, ausdifferenzierter und folglich in der Lage, sachgerechter auf die konkrete Situation einzugehen. Der Menschenrechtsschutz bietet damit aber oftmals nicht „Alles“ und gesteht dem Staat wesentlich mehr Gestaltungsspielraum zu.

b. Eigentumsbegriff und FET

Bereits der Investitionsbegriff (*investment*) des Investitionsschutzrechts ist offener gestaltet als der menschenrechtliche Eigentumsbegriff. Zwar wird dieser durch CETA in Form einer Aufzählung scheinbar konkretisiert. Die Aufzählung enthält aber durch die Formulierung „any other kind of interest in an enterprise“ eine inhaltliche Öffnungsklausel, die es den Unternehmen ermöglicht, sehr weitgehend finanzielle Chancen unter den Begriff des *investment* zu subsumieren. Die menschenrechtliche Rechtsprechung ist demgegenüber deutlich restriktiver. Somit ist bereits der Schutzbereich wesentlich größer.

¹⁸⁵ *Griller*, Three Salient Issues of the New Comprehensive Free Trade Agreements, in: *Griller/Obwexer/Vranes* (Hrsg), *Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA* (2017) 301.

Mit der sogenannten „fair and equitable treatment“-Klausel (FET) wird über den regulären Schutzbereich der (in)direkten Enteignung hinaus ein prozeduraler Schutz gewährleistet, der – ohne den Tatbestand der Enteignung zu erfüllen – eine Rechtsverletzung bewirken kann. Es handelt sich um rechtsstaatliche Standards in Bezug von auf Verfahrensgarantien. Im Unterschied zu den grundrechtlichen Verfahrensgarantien schützt die FET-Klausel auf Basis einer sehr breiten Formulierung das Investment und ermöglicht eine Entschädigung, die sich am Investitionsentschädigungsstandard des *fair market value* orientiert.

c. Eingriff - Verhältnismäßigkeit

Der Eingriff im Sinne des Investitionsschutzrechts besteht in der Enteignung, insbesondere im Konzept der indirekten Enteignung, womit auch alle Formen der Eigentumsbeschränkung und damit der finanziellen Beeinträchtigung des *investment* verbunden sind. Sobald eine derartige „Enteignung“ im weitesten Sinne vorliegt, besteht eine Verletzung im Sinne des Investitionsschutzrechts. Dieses „Alles oder Nichts“-Prinzip gibt dem Investitionsschutzgericht einen denkbar großen Spielraum und führt typischerweise zu einem sehr geringen Spielraum des Staates, Änderungen vorzusehen.

Im Vergleich dazu lässt der Menschenrechtsschutz ein sehr ausgefeiltes System der Differenzierung in Form der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu. Es wird daher dem Staat ermöglicht, unter den Bedingungen der Verhältnismäßigkeit – in der Bandbreite von Enteignungen bis hin zu sonstigen Eigentumsbeschränkungen – verhältnismäßige Maßnahmen zu setzen, die als indirekte Enteignungen eines *investments* im Investitionsschutzrecht unzulässig sein könnten.

Das Investitionsschutzrecht in CETA versucht durch das „right to regulate“ einen gewissen Ausgleich zu schaffen, wobei dieser Regulierungsfreiraum als Ausnahme vom Konzept der indirekten Enteignung verstanden wird (Annex 8-A Abs 3 CETA). An dem „Alles oder Nichts“-Prinzip ändert sich damit allerdings nichts. Wenn also das „right to regulate“ im konkreten Fall nicht zugestanden wird, so bleibt es bei der Qualifikation einer Maßnahme als indirekte Enteignung. Demgegenüber setzt der Menschenrechtsschutz die öffentlichen Interessen mit dem Eingriff in die menschenrechtlichen Positionen des Einzelnen in eine Beziehung der Verhältnismäßigkeit. Das Investitionsschutzrecht ist demgegenüber starrer und führt eher dazu, dass eine indirekte Enteignung angenommen wird, womit wiederum eine staatliche Entschädigungspflicht ausgelöst wird.

d. Entschädigung

Auf der Ebene der Entschädigungen setzt sich das „Alles oder Nichts-Prinzip im Investitionsschutzrecht fort. Im Gegensatz zum menschenrechtlichen Eigentumsschutz wird die Entschädigung nicht abgestuft gewährt, sondern eine Entschädigung zum vollen Marktwert („fair market value“) vorgenommen. Dabei werden nicht nur bestehende Vermögenswerte (*asset value*) sondern auch erwartete Gewinne entschädigt (*going concern value*). Es fehlt daher auch in diesem Zusammenhang an einem ausgleichenden Mechanismus.

e. Schlussfolgerung

Insgesamt zeigt sich, dass das Investitionsschutzrecht ein radikales „Alles oder Nichts“-Prinzip verfolgt, das einem abwägenden Interessenausgleich entgegensteht, der im Menschenrechtsschutz hingegen vorherrschend ist. Auf Basis eines breiteren Schutzbereichs (*investment*), von Erweiterungen durch breit angelegte Prinzipien (*fair and equitable treatment*), eines allgemeinen Verständnisses der indirekten Enteignung, eines bisher zahnlosen „right to regulate“, eines starren „Alles oder Nichts“-Konzepts und der Verpflichtung zur Zahlung voller Entschädigungen entstehen für ausländische Investoren hohe Chancen in einem raschen Verfahren eine volle Entschädigung zu erhalten. Dies selbst dann, wenn die Eingriffe in die Investitionen aus menschenrechtlicher Sicht entweder gar nicht als Eigentumseingriffe verstanden würden, der Eingriff als verhältnismäßig qualifiziert worden wäre oder ein zwar unrechtmäßiger Eingriff stattgefunden hat, der sodann aber nur zu einer relativ geringen Entschädigung geführt hätte.

Es zeigt sich daher deutlich, dass die Unterschiede zwischen dem internationalen Investitionsschutzrecht einerseits und dem menschenrechtlichen Eigentumsschutz andererseits erheblich sind.

Nun handelt es sich aber auch um zwei unterschiedliche rechtliche Regelungsregime, die auf anderen Regelungsideen basieren und andere Zwecke verfolgen. Es ist daher abschließend der Frage nachzugehen, wie diese – im konkreten Fallbeispiel CETA – miteinander in Beziehung zu setzen sind.

C. Einsatz des internationalen Investitionsschutzrechts im Zusammenhang mit CETA

1. Rechtfertigung des internationalen Investitionsschutzes im Kontext von CETA?

Um zu einer abschließenden Beurteilung des Investitionsschutzes in CETA zu gelangen, ist der Zweck des internationalen Investitionsschutzes in den Vordergrund zu stellen. Der internationale Investitionsschutz dient dem Zweck, ausländischen Investoren effektiven und umfassenden Schutz gegen Beeinträchtigungen im Staat der Investition zu gewähren.¹⁸⁶ Insoweit im Investitionsstaat aber rechtsstaatliche Strukturen in adäquatem Maße etabliert sind, ist ein eigenständiger Schutz für Investoren jedenfalls nicht notwendig, da ohnedies die bestehenden Gerichte ausreichenden Rechtsschutz und damit auch Investitionsschutz gewährleisten.

Da mit dem Abschluss von internationalen Investitionsschutzverträgen negative Folgen verbunden sind – was in weitere Folge zu zeigen sein wird –, ist vor deren Aufnahme in internationale Abkommen die Erforderlichkeit von Investitionsschutzbestimmungen bezüglich der involvierten Staaten streng zu prüfen.¹⁸⁷

Dass CETA als ein Freihandelsabkommen der neueren Art auch im Bereich des Investitionsschutzes versucht, die im Zusammenhang mit klassischen bilateralen Investitionsschutzverträgen entstehenden Probleme zu adressieren und zu beheben,¹⁸⁸

¹⁸⁶ Zu Grundlagen und Entwicklung des internationalen Investitionsrechts vgl. *Schreuer*, Das Internationale Investitionsrecht, in: Reinisch (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts Band I (2013) Rz 2335ff; siehe auch zur Gegenüberstellung der Schutzziele des menschenrechtlichen bzw. investitionsrechtlichen Eigentumsschutzes *Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht (2008) 174ff.

¹⁸⁷ Vgl. *Van Harten*, A Critique of Investment Treaties and Investor-State Arbitration, *juridikum* 2013, 340f, der im Hinblick auf die zweifelhaften Auswirkungen, die Investitionsschutzverträge auf die ausländische Investitionstätigkeit haben, feststellt: „[...] it is clear that in the 1990s - when so many of the treaties were concluded - there was no empirical evidence that the treaties served this stated purpose. Therefore, most states committed themselves to what are arguably the most financially risk-laden international obligations in the world today without any credible empirical basis for the belief that the treaties would achieve their stated purpose.“

¹⁸⁸ Vgl. zur Thematik der „New Generation of Trade Agreements“ *Madner*, A New Generation of Trade Agreements: An Opportunity Not to Be Missed?, in: Griller/Obwexer/Vranes (Hrsg), Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA (2017) 307; ein Überblick über die Investitionsschutzbestimmungen neuer Art im Hinblick auch auf CETA findet sich bei *Tietje/Crow*, The Reform of Investment Protection Rules in CETA, TTIP, and Other Recent EU FTAs: Convincing?, in: Griller/Obwexer/Vranes (Hrsg), Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA (2017) 95ff.

genügt als Begründung für die Aufnahme von Investitionsschutzbestimmungen in CETA nicht. Denn selbst durch Investitionsschutzbestimmungen der neueren Art können jene Probleme nicht beseitigt werden, die dem Investitionsschutzrecht aus Gründen seiner grundsätzlichen Struktur inhärent sind.

2. Auslegungshoheit der Schiedsgerichte

Ein für die vorgenommene Vergleichung maßgeblicher Unterschied zwischen dem verfassungs- und menschenrechtlichen Eigentumsschutz einerseits und CETA andererseits, ist der unterschiedliche Einsatz von unbestimmten Rechtsbegriffen¹⁸⁹ in den Rechtstexten und die unterschiedlichen Vollzugszuständigkeiten.

Denn die Frage der Reichweite des Schutzes und seiner Intensität hängt ganz entscheidend von dem Grad der Bestimmtheit des Rechtstextes und der Handhabung von Entscheidungsspielräumen durch jenes Organ ab, dem die jeweilige Zuständigkeit zur Vollziehung zukommt.¹⁹⁰ Dies ist zwar notwendige Konsequenz des grundsätzlichen Konzeptes von Rechtstexten als abstrakte Regelung,¹⁹¹ bedeutet aber im Rahmen des internationalen Rechts eine noch wesentlich stärkere Abstraktion als dies innerstaatlich üblich ist. Im Gegenzug bedeuten unbestimmte Rechtsbegriffe eine Verlagerung der Interpretationshoheit und Entscheidungsmacht auf die vollziehende Ebene womit der Sicherstellung der Qualität und Integrität der vollziehenden Organe besondere Bedeutung zukommt.

Tietje/Crow führen im Weiteren dann aus, dass wenngleich Investitionsschutzbestimmungen der jüngeren Generation – wie bspw in CETA und TTIP – im Vergleich zu älteren Bestimmungen eine erhöhte Bestimmtheit aufwiesen, die Entscheidungsgewalt der Schiedsgerichte aber nicht wesentlich beschränkt sei. Durch die Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen wie „manifestly arbitrary“, „rare circumstances“, „excessive“ und „necessary“ würde ein unvermeidbarer Grad an schiedsgerichtlicher „subjective evaluation“ bestehen bleiben, den es aber auch bedürfte, um die Funktion des

¹⁸⁹ Siehe dazu *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 595ff.

¹⁹⁰ So zutreffend *Hoffmann*, Juridikum 2013, 363; siehe auch *Lentner*, Investitionsschutz im Freihandelsabkommen CETA – Die künftige Ausgestaltung von Investitionsschutzabkommen der EU, *ecolex* 2016, 1029, der betont, dass abzuwarten sei, wie die investitionsschutzrechtlichen Bestimmungen von CETA in der schiedsgerichtlichen Entscheidungspraxis angewendet würden.

¹⁹¹ Siehe *Tietje/Crow*, The Reform of Investment Protection Rules in CETA, TTIP, and Other Recent EU FTAs: Convincing?, in: Griller/Obwexer/Vranes (Hrsg), *Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA* (2017) 91ff.

Investitionsschutzes zu erfüllen.¹⁹² Die sprachliche Fassung der Investitionsschutzbestimmungen der jüngeren Generation sehen sie kritisch:

„The reform proposals attempt to limit investors’ rights and accord greater protection to states in international investment disputes, but they only do so by codifying existing arbitral practise or by shifting the interpretative power of arbitrators from one flexible wording to another within a given BIT. Attempts to protect the right of states to regulate, then, run counter to the logic of an asymmetric system which, by design, assigns only rights to investors and only obligations to states. Therefore, current reform proposals that remain within an asymmetrical structure fail to convince as they are in contradiction to the system [...].“¹⁹³

Es zeigt sich daher, dass durch den Abschluss von Investitionsschutzverträgen nicht nur Problemstellungen – wie der unzureichende Schutz von Investoren – adressiert, sondern gleichzeitig auch neue – Eingriff in staatliche Regelungsbefugnisse durch Übertragung von Entscheidungsmacht an Schiedsgerichte – geschaffen werden. Diese durch das Investitionsschutzrecht geschaffenen Probleme können jedoch nicht innerhalb der Investitionsschutzverträge adressiert werden, da ihre Ursache in der grundsätzlichen Systematik des internationalen Investitionsschutzrechts liegt.

Investitionsschutzbestimmungen sollten daher nur insofern abgeschlossen werden, als ihre Existenz aus sachlichen Gründen notwendig ist. Nicht die Formulierung oder Ausgestaltung der Investitionsschutzbestimmungen in CETA gilt es daher zu hinterfragen, sondern deren Aufnahme in das Abkommen an sich.

Denn auch wenn die Bestimmungen des Kapitel 8 CETA in verschiedenen Zusammenhängen das staatliche „right to regulate“ betonen und wie bspw Punkt 3 Annex 8-A festhalten, dass außer unter außergewöhnlichen Umständen nicht-diskriminierende Maßnahmen, die einem legitimen öffentlichen Interesse dienen, keine indirekten Enteignungen darstellen,¹⁹⁴ bleiben durch die notwendige Unbestimmtheit der Investitionsschutzbestimmungen dennoch Risiken bestehen, wie etwa *Griller* zutreffend ausführt:

„To cut a long story short: while arguably the cited CETA provisions could be read along these lines, we cannot be sure that CETA Investment Tribunals, which by definition have to apply

¹⁹² Ebenda 92f.

¹⁹³ Ebenda, 110.

¹⁹⁴ Punkt 3 Annex 8-A CETA: „For greater certainty, except in the rare circumstance when the impact of a measure or series of measures is so severe in light of its purpose that it appears manifestly excessive, non-discriminatory measures of a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriations.“

only the CETA, but not the domestic law of the parties, would do so. Quite to the contrary, we have to admit that any prediction of such jurisprudence is, on the grounds of the CETA wording, risky. Furthermore, in the past, the record of investment tribunals in thoroughly balancing investors' rights against non-economic regulatory public interest is mixed, to put it mildly. That might change, and some recent decisions seem to confirm this, but the wording is too vague to be sure. In that sense, it would be exaggerated to conclude that CETA establishes a well-balanced relation between public policy interests to issue legislation which imposes limits to economic activities on the one hand, and investors' interests on the other. All depends on the future jurisprudence of the investment tribunals, while their discretion to favour investment protection remains considerable."¹⁹⁵

Es ist daher abschließend festzustellen, dass durch die Aufnahme von Investitionsschutzbestimmungen in CETA das Problem entsteht, dass durch den Einsatz von unbestimmten Rechtsbegriffen Entscheidungsmacht an Schiedsgerichte übertragen wird und nicht gesichert ist, dass das staatliche „right to regulate“ in den schiedsgerichtlichen Entscheidungen ausreichend berücksichtigt wird.

3. Sachliche Rechtfertigung der Aufnahme von investitionsschutzrechtlichen Bestimmungen in CETA

Da sowohl die Europäische Union als auch Kanada über etablierte rechtsstaatliche Strukturen und eine funktionierende Gerichtsbarkeit verfügen, besteht eine sachliche Rechtfertigung für die Aufnahme von Investitionsschutzregelungen in CETA nicht. Zwischen „entwickelten Industriestaaten, insb etwa zwischen der EU und den USA, Kanada oder Japan, [gibt es aber] kein erkennbares rechtsstaatliches Gefälle, das Misstrauen in die staatliche Gerichtsbarkeit begründen könnte.“¹⁹⁶ Dieser Auffassung ist zuzustimmen.¹⁹⁷ In der Tat

¹⁹⁵ *Griller*, Three Salient Issues of the New Comprehensive Free Trade Agreements, in: Griller/Obwexer/Vranes (Hrsg), *Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA* (2017) 302.

¹⁹⁶ *Jaeger*, Schluss mit dem Ge-CETA!, *ecolex* 2016, 842f; siehe in diesem Zusammenhang auch *Van Harten*, A Critique of Investment Treaties and Investor-State Arbitration, *juridikum* 2013, 343, der die Etablierung einer Investitionsschiedsgerichtsbarkeit im Umfeld von funktionierenden, qualitativ hochwertigen rechtsstaatlichen Strukturen problematisiert: „Instead, the duty to exhaust local remedies is removed unconditionally, even for countries that have mature and advanced systems of justice; systems that far surpass investment arbitration for their institutionalized fairness, openness, and independence. As well, the treaties remove the duty to exhaust local remedies in the case of developing and transition states that offer high standards of access to justice or that have made major strides in this direction. Thus, the treaties do not leave space for recognition and acknowledgement of variations in the quality of domestic legal systems. At the same time, they do not take affirmative steps to ensure that the domestic legal systems of host states are not undermined by the introduction of investor-state arbitration.“

scheint es mehr als fraglich, welchen rechtstaatlichen Defiziten Investoren in der EU bzw in Kanada ausgesetzt sein.¹⁹⁸

4. Schutz ausländischer Investoren durch die EMRK

Zweifel an der sachlichen Rechtfertigung der Aufnahme von Investitionsschutzbestimmungen in CETA ergeben sich umso mehr, als selbst für den Fall, dass in einem Mitgliedstaat ein rechtstaatliches Gerichtsverfahren nicht mehr garantiert werden kann, Art 1 1.ZP-EMRK eine „deprivation of possessions“ nur insoweit gestattet, als unter anderem die „general principles of international law“ Beachtung finden. Diese allgemeinen Prinzipien des Völkerrechts erlauben – nach der ganz herrschenden Meinung und Rsp – Enteignungen von ausländischen Staatsbürgern nur gegen Entschädigung.¹⁹⁹ Während sich der Grundsatz des Verbots der entschädigungslosen Enteignung von Ausländern zwar auch bereits aus dem Völkergewohnheitsrecht ergeben würde („general principles of international law“),²⁰⁰ hat die Verankerung in Art 1 1.ZP-EMRK den entscheidenden Vorteil, dass die Zuständigkeit des EGMR begründet wird und somit ein ständiger Gerichtshof bei Verletzungen angerufen werden kann.

Obwohl der EGMR sich in seiner Rsp selten auf diesen Aspekt des Art 1 1.ZP-EMRK stützt,²⁰¹ so sind ausländische Staatsbürger durch Art 1 1.ZP-EMRK dennoch grundsätzlich vor

¹⁹⁷ In diesem Sinne auch *Madner*, A New Generation of Trade Agreements: An Opportunity Not to Be Missed?, in: Griller/Obwexer/Vranes (Hrsg), Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TISA (2017) 311.

¹⁹⁸ *Mayr*, Same same but different? Öffentliche Dienstleistungen und das neue Investment Court System der EU, *juridikum* 2016, 236, spricht in diesem Zusammenhang von der „problematischen Prämisse der Unzulänglichkeit des innerstaatlichen Rechtsschutzes“.

¹⁹⁹ „Es stand immer außer Streit, dass ein Staat das Recht hat, Ausländer zu enteignen, und eine Enteignung von Ausländern daher *per se* kein rechtswidriger Akt ist. Jedoch musste nach klassischem Völkerrecht die Enteignung im öffentlichen Interesse sein, durfte nicht diskriminierend sein und durfte nur gegen Entschädigung erfolgen.“ *Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht (2008) 23f; *Peukert*, Artikel 1 des 1.ZP (Schutz des Eigentums), in: Frowein/derselbe, EMRK-Kommentar³ (2009) Rz 50f, 68.

²⁰⁰ Siehe zur gewohnheitsrechtlichen „Compensation Rule“ *Brownlie*, Principles of Public International Law⁷ (2008) 533ff und *Benedek*, Fremdenrecht, Asyl und Einwanderung, in: Reinisch (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts Band I (2013) Rz 1320.

²⁰¹ *Rainey/Wicks/Ovey*, The European Convention on Human Rights⁷ (2017) 563; vgl auch *Harris/O’Boyle/Bates/Buckley*, Article 1, First Protocol: the Right to Property, in: dieselben (Hrsg), Law of the European Convention on Human Rights³ (2014) 888 die – im Ergebnis wohl unrichtig – aus EGMR 23.02.1995, 15375/89, *Gasus Dossier- und Fördertechnik GmbH/Niederlande* ableiten: “Whether reference to ‘general principles of international law’ will ever be given much effect for the compensation of aliens is doubtful if the view of the Commission in the *Gasus* case prevails.”.

entschädigungslosen Enteignungen geschützt.²⁰² Bezüglich der Investitionen von kanadischen Investoren in der EU (Anwendungsbereich der EMRK) sind daher entschädigungslose Enteignungen auch ohne investitionsschutzrechtliche Regelungen in CETA nicht zulässig und kann mit dem EGMR ein Gericht angerufen werden, an dessen Integrität ebenso nicht gezweifelt werden kann.

Durch die Möglichkeit der Anrufung des EGMR wird auch verhindert, dass bei Nichtbestehen von Investitionsschutzregelungen und Investitionsschutzgerichtsbarkeit Primärstreitigkeiten zwischen einem Investor und dem Gaststaat zu einem zwischenstaatlichen Streitfall zwischen dem Gaststaat und dem Heimatstaat des Investors werden.²⁰³ Denn mit der Zuständigkeit des EGMR besteht bereits für die Primärstreitigkeit die Zuständigkeit eines von den Staaten unabhängigen, internationalen Tribunals, sodass es der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit hinsichtlich dieser potentiellen Problemkonstellation nicht mehr bedarf.

5. Schlussfolgerungen

Angesichts des Umstandes, dass sowohl in der Europäischen Union als auch in Kanada adäquate rechtsstaatliche Strukturen etabliert sind und in der Europäischen Union darüber hinaus ein wirksames menschenrechtliches Schutzinstrumentarium besteht, ist daher festzustellen, dass sachliche Gründe für eine Aufnahme von Investitionsschutzregelungen in CETA nicht vorliegen.²⁰⁴ Insbesondere räumen die Investitionsschutzbestimmungen in CETA Investoren einen im Vergleich zum Menschenrechtsschutz effektiveren Rechtsschutz durch Zugang zu Schiedsgerichten ein und weisen die von diesen erlassenen Schiedssprüche einen hohen Grad an Durchsetzbarkeit auf, was zu einer negativen Diskriminierung von UnionsbürgerInnen im Vergleich zu ausländischen Investoren führt.

Wie gezeigt wurde, führt die Schaffung von Investitionsschutzbestimmungen zwangsläufig zu gewissen Problemstellungen hinsichtlich der Entscheidungsmacht von Schiedsgerichten und der staatlichen Regulierungsbefugnis. Der Versuch diesen Problemstellungen durch

²⁰² EGMR 08.07.1986, 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81, *Lithgow und andere/Großbritannien*.

²⁰³ Vgl bspw *Kriebaum*, Die Rolle des öffentlichen Interesses im Investitionsschutz, in: Vienna Law Inauguration Lectures – Antrittsvorlesungen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien Band 3 (2014) 49.

²⁰⁴ Siehe auch *Madner*, TTIP, CETA & Co: EU-Handelsabkommen einer neuen Generation und ihre Auswirkungen auf öffentliche Dienstleistungen, *juridikum* 2016, 230, die ausführt, dass noch nicht überzeugend dargetan sei, dass ein privilegierter Rechtsschutzmechanismus für InvestorInnen ein notwendiges Instrument im demokratischen Rechtssystem darstelle.

einen neuen Stil der Formulierung von Investitionsschutzbestimmungen zu begegnen, ist oftmals nichts als die Verlagerung von Entscheidungsspielräumen von einem alten auf einen neuen unbestimmten Rechtsbegriff.²⁰⁵ Diese durch Investitionsschutzbestimmungen geschaffenen Problemstellungen lassen den Abschluss von Investitionsschutzverträgen zwischen Staaten, die beiderseits über einen funktionierenden Rechtsstaat verfügen, als umso fragwürdiger erscheinen. Insoweit Staaten über adäquate rechtsstaatliche Strukturen und Rechtssicherheit verfügen, ist der „pro forma“-Abschluss von Investitionsschutzverträgen abzulehnen.²⁰⁶

Die Aufnahme von Investitionsschutzbestimmungen in CETA ist aus diesem Grund sachlich nicht gerechtfertigt.²⁰⁷ Sie führt zu den aufgezeigten Problemstellungen, deren Inkaufnahme nicht durch rechtsstaatliche Defizite gerechtfertigt ist. Sowohl in der EU als auch in Kanada sind rechtsstaatliche Strukturen fest etabliert. Im Gegenteil, es wird durch CETA eine Zwei-Klassen-Gesellschaft des Rechtsstaats etabliert. Mit *Madner* kann daher vielmehr die Frage gestellt werden: „[W]hy is there at all a need to grant special rights to foreign investors? All the more so, given the quality of judicial review in both Canada and the EU?“²⁰⁸

Die Einrichtung eines zusätzlichen, parallelen Schutzregimes ist daher nicht nur überflüssig, sondern führt aufgrund der notwendigen Unbestimmtheit von Investitionsschutzbestimmungen im Zusammenhang mit der schiedsgerichtlichen Entscheidungsbefugnis zu vermeidbaren Problemen, deren Inkaufnahme es nicht bedarf.

²⁰⁵ Siehe die Kritik bei *Tietje/Crow*, *The Reform of Investment Protection Rules in CETA, TTIP, and Other Recent EU FTAs: Convincing?*, in: Griller/Obwexer/Vranes (Hrsg), *Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA* (2017) 92f: “[...] even the comparatively specific language in recent draft plurilateral investment treaties such as the TPP, CETA, and TTIP is curbed by the use of evaluative terms such as ‘manifestly arbitrary’, ‘rare circumstances’, ‘excessive’ and ‘necessary’. Such terms call for an inevitable degree of subjective evaluation that tilts interpretative power squarely back towards the arbitral tribunal.”

²⁰⁶ Dahingehend auch *Jaeger*, *Schluss mit dem Ge-CETA!*, *ecolex* 2016, 843: „Die Entscheidung, dass Investitionsschutzregelungen in einem bestimmten Abkommen gerechtfertigt sind, sollte am Vorhandensein eines konkreten institutionellen Rechtsgefälles und greifbarer Stimulationen aufgrund des Investitionsschutzes anknüpfen und nicht, wie derzeit an bloßen Vermutungen oder pauschalen Behauptungen. [...] Die bisherige Praxis, entsprechende Bestimmungen gewissermaßen reflexartig in Handelsabkommen einzufügen, ist abzulehnen.“

²⁰⁷ Siehe in diesem Zusammenhang auch *Jaeger*, *Schluss mit dem Ge-CETA!*, *ecolex* 2016, 843, der ausführt, dass hinsichtlich der Frage der Notwendigkeit der investitionsschutzrechtlichen Bestimmungen die Kritik am Investitionsschutz in Abkommen wie TTIP und CETA in grundsätzlicher Weise berechtigt sei.

²⁰⁸ *Madner*, *A New Generation of Trade Agreements: An Opportunity Not to Be Missed?*, in: Griller/Obwexer/Vranes (Hrsg), *Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA* (2017) 311.

In der Literatur wird teilweise die Einführung eines Verhältnismäßigkeitsprinzips im Rahmen des Investitionsschutzrechts²⁰⁹ (inklusive gerichtlichem Rechtsschutz) vorgeschlagen. Dieses besteht jedoch bereits in Art 11 ZP-EMRK bzw in seiner Handhabung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Zumindest bezüglich kanadischer Investitionen in der EU ist daher eine – sowohl für Investoren als auch Staaten – zufriedenstellende Lösung bereits etabliert. Angesichts der Funktionsfähigkeit der betroffenen rechtsstaatlichen Strukturen bedarf es des Investitionsschutzes, im räumlichen Anwendungsbereich von CETA – der EU und Kanada – nicht.

²⁰⁹ *Tietje/Crow*, The Reform of Investment Protection Rules in CETA, TTIP, and Other Recent EU FTAs: Convincing?, in: Griller/Obwexer/Vranes (Hrsg), *Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA* (2017) 87 (97ff).

IV. Zusammenfassung

Aufgrund der vorgenommenen rechtswissenschaftlichen Analyse lässt sich wie folgt zusammenfassen:

Der Vergleich des internationalen Investitionsschutzrechts, wie es sich in CETA manifestiert, und dem internationalen Menschenrechtsschutz, wie er in der EMRK zum Ausdruck kommt, bringt deutliche Unterschiede zum Ausdruck. Das Investitionsschutzrecht weist einen höheren und breiteren Schutzbereich auf, ist starrer konzipiert und kann daher nicht im selben Ausmaß auf die konkret vorliegende Situation eingehen.

- Während der menschenrechtliche Eigentumsschutz unabhängig von der Staatsangehörigkeit gewährleistet wird, können sich auf den Investitionsschutz nur Unternehmen aus dem anderen Vertragsstaat des Investitionsschutzabkommens berufen. Investitionen inländischer Unternehmen sind auf diese Weise nicht geschützt und ungleich behandelt.
- Der Investitionsbegriff (*investment*) des Investitionsschutzrechts ist offener gestaltet als der menschenrechtliche Eigentumsbegriff. Zwar wird dieser durch CETA in Form einer Aufzählung scheinbar konkretisiert. Die Aufzählung enthält aber durch die Formulierung „any other kind of interest in an enterprise“ eine inhaltliche Öffnungsklausel, die es den Unternehmen ermöglicht, sehr weitgehend finanzielle Chancen unter den Begriff des *investment* zu subsumieren. Die menschenrechtliche Rechtsprechung ist demgegenüber deutlich restriktiver. Somit ist bereits der Schutzbereich wesentlich größer.
- Mit der sogenannten „fair and equitable treatment“-Klausel wird über den regulären Schutzbereich der (in)direkten Enteignung hinaus ein prozeduraler Schutz gewährleistet, der – ohne den Tatbestand der Enteignung zu erfüllen – eine Rechtsverletzung bewirken kann, auf welche Entschädigungsansprüche gestützt werden können. Eine derartige Konzeption kennt der Menschenrechtsschutz nicht.

- Der Eingriff im Sinne des Investitionsschutzrechts besteht in der Enteignung, insbesondere im Konzept der indirekten Enteignung, womit auch alle Formen der Eigentumsbeschränkung und damit der finanziellen Beeinträchtigung des *investment* verbunden sind. Sobald eine derartige „Enteignung“ im weitesten Sinne vorliegt, besteht eine Verletzung im Sinne des Investitionsschutzrechts. Dieses „Alles oder Nichts“-Prinzip gibt dem Investitionsschutzgericht einen denkbar großen Spielraum und führt typischerweise zu einem sehr geringen Spielraum des Staates, Änderungen vorzusehen.
- Das Investitionsschutzrecht in CETA versucht durch das „right to regulate“ einen gewissen Ausgleich zu schaffen, wobei dieser Regulierungsfreiraum als Ausnahme vom Konzept der indirekten Enteignung verstanden wird (Annex 8-A Abs 3 CETA). An dem „Alles oder Nichts“-Prinzip ändert sich damit allerdings nichts. Wenn also das „right to regulate“ im konkreten Fall nicht zugestanden wird, so bleibt es bei der Qualifikation einer Maßnahme als indirekte Enteignung.
- Auf der Ebene der Entschädigungen setzt sich das „Alles oder Nichts“-Prinzip im Investitionsschutzrecht fort. Im Gegensatz zum menschenrechtlichen Eigentumsschutz wird die Entschädigung nicht abgestuft gewährt, sondern eine Entschädigung zum vollen Marktwert („fair market value“) vorgenommen. Es fehlt daher auch in diesem Zusammenhang an einem ausgleichenden Mechanismus.
- Insgesamt zeigt sich, dass das Investitionsschutzrecht ein „Alles oder Nichts“-Prinzip verfolgt, das einem abwägenden Interessenausgleich entgegensteht, der im Menschenrechtsschutz hingegen vorherrschend ist.
- Angesichts des Umstandes, dass sowohl in der Europäischen Union als auch in Kanada adäquate rechtsstaatliche Strukturen etabliert sind und in der Europäischen Union darüber hinaus ein wirksames menschenrechtliches Schutzinstrumentarium besteht, ist daher festzustellen, dass sachliche Gründe für eine Aufnahme von Investitionsschutzregelungen in CETA nicht vorliegen.

■ Bibliografie

Allen, Compensation for Property Under the European Convention on Human Rights, Michigan Journal of International Law 2007, 287

Bartels, Human Rights, Labour Standards, and Environmental Standards in CETA, in: Griller/Obwexer/Vranes (Hrsg), Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA (2017) 202

Benedek, Fremdenrecht, Asyl und Einwanderung, in: Reinisch (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts Band I (2013) 298

Berka, StGG Vorbem, in: Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar 1.Lfg (2001)

Berka, Verfassungsrecht⁶ (2016)

Brownlie, Principles of Public International Law⁷ (2008)

Eberhardt/Fuchs, Thema: Internationales Investitionsrecht Staat – Macht – Konzerne Vorwort, juridikum 2013, 330

Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar³ (2009)

Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁶ (2016)

Griller, Three Salient Issues of the New Comprehensive Free Trade Agreements, in: Griller/Obwexer/Vranes (Hrsg), Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA (2017) 295

Harris/O'Boyle/Bates/Buckley (Hrsg), Law of the European Convention on Human Rights³ (2014)

Hengstschläger/Leeb, Grundrechte (2012)

Hoffmann, Universalismus oder Vollstreckung partikularer Interessen? Eigentum zwischen Menschenrecht, Investitionsschutz und demokratischem Eigentumskompromiss, juridikum 2013, 361

Jaeger, Schluss mit dem Ge-CETA!, ecolex 2016, 840

Jaeger, CETA Faktencheck, *ecolex* 2016, 932

Klein, Human Rights and International Investment Law: Investment Protection as Human Right?, *GoJIL* 2012, 199

Korinek, Wirtschaftliche Freiheiten, in: Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer (Hrsg), *Handbuch der Grundrechte Band VII/1 Grundrechte in Österreich²* (2014) 633

Korinek, Art 5 StGG, in: Korinek/Holoubek (Hrsg), *Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht* (5. Lfg 2002)

Kriebaum, *Eigentumsschutz im Völkerrecht* (2008)

Kriebaum, Die Rolle des öffentlichen Interesses im Investitionsschutz, in: *Vienna Law Inauguration Lectures – Antrittsvorlesungen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien Band 3* (2014) 49

Kriebaum/Schreuer, The Concept of Property in Human Rights Law and International Investment Law, in: Breitenmoser ua (Hrsg), *Liber Amicorum Luzius Wildhaber, Human Rights Democracy and the Rule of Law* (2007) 743

Kucsko-Stadlmayer, Allgemeine Strukturen der Grundrechte, in: Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer (Hrsg), *Handbuch der Grundrechte Band VII/1 Grundrechte in Österreich²* (2014) 77

Lentner, Investitionsschutz im Freihandelsabkommen CETA – Die künftige Ausgestaltung von Investitionsschutzabkommen der EU, *ecolex* 2016, 1027

Madner, TTIP, CETA & Co: EU-Handelsabkommen einer neuen Generation und ihre Auswirkungen auf öffentliche Dienstleistungen, *juridikum* 2016, 221

Madner, A New Generation of Trade Agreements: An Opportunity Not to Be Missed?, in: Griller/Obwexer/Vranes (Hrsg), *Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA* (2017) 307

Madner/Mayr/Vranes, CETA – Das EU-Wirtschaftsabkommen mit Kanada im Überblick, *ÖZW* 2017, 102

Mayr, Same same but different? Öffentliche Dienstleistungen und das neue Investment Court System der EU, *juridikum* 2016, 231

Nowak, Der Internationale Menschenrechtsschutz, in: Reinisch (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts Band I (2013) 313

Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹¹ (2016)

Petersmann, CETA, TTIP, and TiSA New Trends in International Economic Law, in: Griller/Obwexer/Vranes (Hrsg), Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA (2017) 17

Rainey/Wicks/Ovey, The European Convention on Human Rights⁷ (2017)

Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017)

Schill, Authority, Legitimacy, and Fragmentation in the (Envisaged) Dispute Settlement Disciplines in Mega-Regionals, in: Griller/Obwexer/Vranes (Hrsg), Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA (2017) 111

Schilling, Internationaler Menschenrechtsschutz² (2010)

Schreuer, Das Internationale Investitionsrecht, in: Reinisch (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts Band I (2013) 588

Tietje/Crow, The Reform of Investment Protection Rules in CETA, TTIP, and Other Recent EU FTAs: Convincing?, in: Griller/Obwexer/Vranes (Hrsg), Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA (2017) 87

Tobin/Rose-Ackerman, Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: The Impact of Bilateral Investment Treaties, Yale Law & Economics Research Paper No 293

Van Harten, A Critique of Investment Treaties and Investor-State Arbitration, *juridikum* 2013, 338

Impressum

Medieninhaber: Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien,
Prinz-Eugen-Straße 20–22, 1040 Wien, Telefon: (01) 501 65 0
Offenlegung gem. § 25 MedienG: siehe wien.arbeiterkammer.at/impressum
Zulassungsnummer: AK Wien 02/34648 M
ISBN 978-3-7063-0728-4
AuftraggeberInnen: AK Wien, Abteilung Europa & Internationales
Fachliche Betreuung: Elisabeth Beer, Valentin Wedl
Autor: Univ.-Prof. (SFU) Dr. Konrad Lachmayer
Grafik, Umschlag und Druck: AK Wien
Verlags- und Herstellungsort: Wien
© 2018: AK Wien

Stand Mai 2018
Im Auftrag der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien

Gesellschaftskritische Wissenschaft: die Studien der AK Wien

Alle Studien zum Downloaden:

wien.arbeiterkammer.at/service/studien

