

### 3. Kapitel

#### Das internationale Investitionsrecht

*Christoph Schreuer*

**Literatur:** *Shihata*, Promotion of Foreign Direct Investment—A General Account, with Particular Reference to the Role of the World Bank Group, ICSID Review—Foreign Investment Law Journal 6 (1991) 484; *Dolzer/Stevens*, Bilateral Investment Treaties (1995); *Pritchard* (Hrsg), Economic Development, Foreign Investment and the Law (1996); *Comeaux/Kinsella*, Protecting Foreign Investment Under International Law (1997); *Parra*, Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment, ICSID Review—Foreign Investment Law Journal 12 (1997) 287; *Sacerdoti*, Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection, RdC 269 (1997) 251; *Rindler*, Der Schutz von Auslandsinvestitionen durch die MIGA (1999); *Zagel*, Auslandsinvestitionen in Lateinamerika (1999); *Weil*, The State, the Foreign Investor, and International Law: The No Longer Stormy Relationship of a Ménage À Trois, ICSID Review—Foreign Investment Law Journal 15 (2000) 401; *Schreuer*, The ICSID Convention: A Commentary (2001); *Schreuer*, Paradigmenwechsel im internationalen Investitionsrecht, in: *Hummer* (Hrsg) Paradigmenwechsel im Völkerrecht zur Jahrtausendwende 237 (2002).

#### A. Grundlagen und Entwicklung

Das internationale Investitionsrecht wurde in den letzten Jahrzehnten tiefgreifend verändert. Noch in den *70er Jahren* des 20. Jhdts herrschte in den meisten Entwicklungsländern eine *skeptische bis feindselige Einstellung* gegenüber ausländischen Investitionen vor. Vielfach wurden ausländische Investitionen als eine neue Form des Kolonialismus gesehen. Als Reaktion wurden Verstaatlichungen, strenge Reglementierung und bloß beschränkter Marktzugang für ausländische Investitionen propagiert. Für Garantien für ausländische Investoren sollten empfindlich eingeschränkt werden. Ausschlaggebend sollte das Recht des Gastgeberstaates sein. Charakteristisch für diese Einstellung waren die Forderungen nach einer **NIWO**, die *va in Res* der GV der VN artikuliert wurden (Rz 1).

Nach dem Scheitern des Konzepts der NIWO hat sich in den 80er und 90er Jahren in den meisten Entwicklungsländern eine *neue Einstellung* zu ausländischen Privatinvestitionen durchgesetzt. Sie gelten heute als das wichtigste **Instrument der wirtschaftlichen Entwicklung**. Dies hat zu einer Marktöffnung für, ja sogar zu einem Wettbewerb um ausländische Investitionen geführt. Der Sieg marktwirtschaftlicher Ideen und die Privatisierung vormals staatlich geführter Unternehmen haben diese Tendenz noch verstärkt. Tatsächlich hat diese neue Strömung auch zu einem dramatischen Anstieg privater ausländischer Investitionen in Entwicklungsländern, aber auch in Industrieländern geführt.

Man unterscheidet zwischen ausländischen **Direktinvestitionen** (foreign direct investment – FDI) und **Portfolioinvestitionen**. Bei ersteren übt der ausländische Investor selbst die Kontrolle über die Investition aus. Dies ist oft mit seiner physischen Präsenz verbunden und führt zu einer höheren Stabilität der Investition. Bei letzteren liegt lediglich eine Kapitalbeteiligung, etwa durch Aktienbesitz oder ein Darlehen, vor. Dies geschieht ohne physische Präsenz und kann leichter zum Abziehen der Investition führen.

Die veränderte Haltung zu ausländischen Investitionen hat zu wesentlich *verbesserten rechtlichen Rahmenbedingungen* geführt. Durch ein günstiges rechtliches Umfeld, welches von Stabilität, Transparenz und verlässlichen Streitbeilegungsmethoden gekennzeichnet ist, sollen weitere Investitionen angezogen werden.

Bei Investitionen im Ausland ist das *Risiko* für den Investor meist wesentlich größer als beim bloßen Gütertausch. Während beim Handel das Risiko auf einzelne Transaktionen beschränkt ist, muss der Investor meist umfangreiche Kapitalausgaben tätigen, bevor er mit Gewinnen rechnen kann. Er macht sich solcherart abhängig und hat eine viel intensivere und dauerhaftere Beziehung zum Gastgeberstaat. Daher ist ein günstiger rechtlicher Rahmen, welcher den Investor vor negativen Veränderungen schützt, ein maßgeblicher Faktor einer Investitionsentscheidung.

## B. Die Quellen des internationalen Investitionsrechts

Die Quellen des internationalen Investitionsrechts sind vielfältig. Neben dem traditionellen *VGR* finden sich bilaterale und multilaterale *Verträge*. Dazu kommen nicht verbindliche *Richtlinien* und *Verhaltenskodizes* von IO. Schließlich haben viele Staaten eigene Investitionskodizes, das sind *staatliche Gesetze*, erlassen.

Das für diesen Rechtsbereich relevante **VGR** stammt überwiegend aus dem völkerrechtlichen Fremdenrecht. Es regelt vor allem den internationalen Eigentumsschutz (Rz 1239-1274). Viele der ehemals vgr Regelungen sind allerdings in neuerer Zeit in vtr Verträge aufgenommen worden. Eine Reihe von Sekundärnormen aus den Bereichen Staatenverantwortlichkeit, friedliche Streitbeilegung, diplomatischer Schutz und Staatenimmunität, ist auch für das internationale Investitionsrecht wichtig.

Die heute wichtigste Quelle des internationalen Investitionsrechts sind bilaterale Investitionsschutzabkommen (*bilateral investment treaty – BIT*). Sie gelten für die Investoren aus den betreffenden zwei Staaten gegenüber dem jeweils anderen Staat. Es gibt heute etwa 2000 derartige Verträge. Ursprünglich handelte es sich dabei typischerweise um Verträge zwischen einem Industrieland und einem Entwicklungsland. Mittlerweile bestehen aber viele BITs sowohl zwischen Entwicklungsländern als auch zwischen Industrieländern. Auch die ehemals sowie die verbleibenden sozialistischen Staaten schließen BITs ab. Eine Sammlung vieler BITs findet sich in der Loseblattsammlung "Investment Treaties" (Hrsg ICSID/Oceana)

Ein BIT verbessert die Position des Investors wesentlich. Durch die weitgehende Vermeidung von Streitigkeiten über den Inhalt von VGR wird Rechtssicherheit geschaffen. Streitbeilegungsklauseln, die dem Investor direkten Zugang zu internationalen Schiedsgerichten gewähren (Rz ), verbessern auch die prozessuale Stellung des Investors.

Die BITs sind zwar nicht identisch, folgen aber bestimmten typischen Mustern. Zahlreiche Industriestaaten, darunter auch Österreich, haben *Modellabkommen* entwickelt, welche den Vertragsverhandlungen zugrunde gelegt werden (D ???). Die BITs sind heute fast immer auf der Grundlage der Reziprozität gestaltet.

Die typischen Regelungsbereiche in BITs sind:

- Zulassung von Investitionen;
- Behandlung und Schutz von Investitionen;
- Geldtransfers in den und aus dem Gastgeberstaat;
- Enteignung und Entschädigung;
- Streitbeilegung zwischen Investor und Gastgeberstaat und
- Streitbeilegung zwischen den Vertragsstaaten.

1995-1998 wurde im Rahmen der OECD versucht, einen umfassenden multilateralen Vertrag mit etwa denselben Regelungsbereichen wie der BITs auszuarbeiten. Dieses *Multilateral Agreement on Investment (MAI)* scheiterte vor allem am Widerstand von NGOs. Sie fürchteten eine Bevorzugung großer Industrieunternehmen zu Lasten der Gastgeberstaaten und negative Auswirkungen im Umweltbereich.

In einzelnen Teilgebieten des Investitionsrechts existieren aber multilaterale Abkommen. Zu diesen gehört das Übereinkommen über handelsbezogene Investitionsmaßnahmen (*trade-related investment measures – TRIMS*) 1994 im Rahmen der WTO (BGBl 1995 III, S. 1022ff.). Es soll handelsverzerrende Investitionsmaßnahmen (Rz ) vermeiden und beseitigen.

Ein weiteres multilaterales Abkommen ist das Übereinkommen zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten (*Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States – ICSID Convention*) 1965 (D ). Dieses im Rahmen der Weltbank abgeschlossene Übereinkommen schafft ein effektives Streitbeilegungssystem zwischen dem Investor und dem Gastgeberstaat (Rz ).

Die Konvention über die Errichtung der Internationalen Investitionsagentur (*Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency – MIGA*) 1985 (ILM 24 [1985] 1605) errichtet ein multilaterales Versicherungssystem für Investitionen im Rahmen der Weltbank (Rz ).

Daneben gibt es noch mehrere regionale multilaterale Abkommen über den Schutz von Auslandsinvestitionen. Zu diesen gehört der Energiechartavertrag (**Energy Charter Treaty**) 1994 (ILM 33 [1994] 360). Er dient der Förderung und dem Schutz von Investitionen im Bereich der Energie. Parteien sind europäische Staaten und nichteuropäische Nachfolgestaaten der Sowjetunion.

Das **NAFTA** 1992 (Rz 2316) enthält in seinem Kap XI detaillierte Bestimmungen über den Schutz ausländischer Investitionen zwischen Kanada, Mexiko und den USA.

Die **Richtlinien** und **Verhaltenskodizes** verschiedener IO (Rz ) sind zwar nicht verbindlich, stellen aber dennoch wichtige Standards für das Verhalten von Investoren und Gastgeberstaaten dar. Zu ihnen gehören die Richtlinien der *Weltbank* über die Behandlung direkter Auslandsinvestitionen (*Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investments*) 1992 (ILM 31 [1992] 1363). Die Arbeiten im Rahmen der VN zur Ausarbeitung eines Verhaltenskodex für Transnationale Unternehmen (*Code of Conduct for Transnational Corporations*) wurden aufgegeben.

Die insbes in den 70er Jahren des 20. Jhdts angenommenen *Resolutionen der GV der VN* (Rz 474-481) waren Ausdruck der damaligen Vorstellungen von einer **NIWO** (Rz , D ). Diese Resolutionen spielen heute nur mehr eine untergeordnete Rolle.

Viele Staaten verfügen über eine detaillierte Gesetzgebung zu ausländischen Investitionen. Oft ist diese Gesetzgebung in sog **Investitionskodizes** zusammengefasst. Eine Sammlung dieser Investitionskodizes findet sich in der Loseblattsammlung "Investment Laws of the World" (Hrsg ICSID/Oceana). Diese *staatlichen Gesetze* regeln die einschlägigen Fragen oft viel detaillierter als die BITs. Bei ihrer Erlassung ist der staatliche Gesetzgeber an die vrr Verpflichtungen, insbes aus BITs, gebunden. Oft gehen die den ausländischen Investoren in solchen Gesetzen gebotenen Vergünstigungen über die vrr Pflichten hinaus. Allerdings sollte bei der Beurteilung staatlicher Investitionsgesetze berücksichtigt werden, dass sie, im Rahmen der vrr Verpflichtungen, auch abgeändert oder aufgehoben werden können.

Eine wichtige Quelle des internationalen Investitionsrechts sind auch direkte Verträge zwischen den Investoren und den Gastgeberstaaten. Sie werden oft als **Konzessionsverträge** (*concession contracts*) bezeichnet. Der Charakter dieser Verträge hat sich im Laufe der Geschichte wesentlich geändert. Früher boten sie ausländischen Investoren oft einseitige Vergünstigungen, welche bis zur weitreichenden Übertragung von Hoheitsrechten gingen. Heute sind diese Verträge viel ausgewogener. Häufig werden sie als *joint ventures* (Gemeinschaftsunternehmen), als *service contracts* (Dienstleistungsverträge), als *turnkey contracts* (Anlagenlieferungsverträge) oder als sog *BOT-Verträge* (*build, operate and transfer*, dh Bau, zeitlich begrenzter Betrieb und dann Übergabe an den Auftraggeber) abgeschlossen (D321).

Das Vertragsverhältnis zwischen einem Staat und einem ausländischen Investor birgt eigene Probleme. Der Staat kann durch hoheitliche Maßnahmen versuchen, in die Rechte des Investors einzugreifen. Dies kann etwa durch die Änderung der staatlichen Rechtsordnung oder durch die einseitige Beendigung des Vertrags geschehen. Zudem haben ausländische Investoren oft kein Vertrauen in die Objektivität der Gerichte des Gastgeberstaates. Zur Lösung dieser Probleme werden oft Klauseln aufgenommen, welche zu einer *Internationalisierung* dieser Verträge führen: **Rechtswahlklauseln** in diesen Verträgen verweisen oft zusätzlich zum Recht des Gastgeberstaates auf das VR oder auf ARG (Rz 1246). Die Wahl einer anderen staatlichen Rechtsordnung als der des Gastgeberstaates ist dagegen sehr selten. Auch **Stabilisierungsklauseln** (Rz 1245) können dem Investor eine gewisse Sicherheit geben. Durch diese werden Investoren von künftigen

Änderungen in der Rechtsordnung des Gastgeberstaates ausgenommen, sofern diese Änderungen die Rechtsstellung der Investoren verschlechtern würden. Durch **Schiedsklauseln** können allfällige Streitigkeiten vor ein internationales Entscheidungsorgan gebracht werden (Rz ) (D 164) .

### C. Die Zulassung ausländischer Investitionen

Nach traditionellem VR liegen die Zulassung und Modalitäten ausländischer Investitionen im **Ermessen des Gastgeberstaates**. Auch heute enthalten die meisten einschlägigen vr Quellen keine Verpflichtung zur Zulassung ausländischer Investitionen. Insbes die BITs enthalten meistens nur Absichtserklärungen zur Förderung von Investitionen aus dem jeweiligen anderen Staat in Übereinstimmung mit innerstaatlichem Recht (D , Art. 2). Lediglich die *BITs der USA* verpflichten zur Zulassung, indem sie die Inländergleichbehandlung und die Meistbegünstigung nicht nur auf erfolgte Investitionen, sondern auch auf die Zulassung anwenden. Viele Vertragspartner der USA haben sich allerdings in Annexen zu den BITs zahlreiche Ausnahmen ausbedungen. Das *NAFTA* gewährt einen ähnlich formulierten Anspruch auf Zulassung von Investitionen zwischen den drei Mitgliedern (Art 1102-1104). Auch hier gibt es aber wesentliche Ausnahmen. Innerhalb der *EG* öffnen die Art. 43-48 (ex 52-58) EGV einen fast vollständig freien Zugang von Investitionen im Rahmen der *Niederlassungsfreiheit*.

Die Zulassung ausländischer Investitionen ist in den Gesetzen der Gastgeberstaaten oft detailliert geregelt. Bestimmte Bereiche der Wirtschaft können aus Gründen der nationalen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung oder aus entwicklungspolitischen Gründen ausländischen Investoren verschlossen sein. Manche Staaten stellen für die Zulassung von Auslandsinvestitionen **performance requirements** auf. Diese wirtschaftlichen Bedingungen sollen einen unmittelbaren Nutzen für den Gastgeberstaat sicherstellen. Zu ihnen gehören *export requirements*, also der Export eines gewissen Anteils der Produktion, *local contents requirements*, dh die Produktion eines bestimmten Anteils aus örtlicher Zulieferung, *local employment requirements*, dh die Verpflichtung zur Anstellung örtlicher Arbeitnehmer, und *capitalisation requirements*, dh die Beschaffung einer gewissen Kapitalmenge aus dem Ausland. Manchmal sind diese *performance requirements* allerdings keine Verpflichtung, sondern lediglich Voraussetzung für die Gewährung gewisser Vergünstigungen wie Steuervorteilen.

Derartige *performance requirements* haben sich als *problematisch* erwiesen. Sie führen leicht zu Konflikten, va wenn ihre Nichteinhaltung zum Anlass für die Beendigung der Investitionsbewilligung genommen wird. Sie sind auch schwierig zu kontrollieren und oft Anlass für Korruption. Aus diesem Grunde hat sich die Weltbank in ihren *Guidelines* (Rz ) gegen derartige *performance requirements* ausgesprochen. Die im Rahmen der WTO vereinbarten TRIMS (Rz ) sollen sie weitgehend zurückdrängen. Die BITs der USA und das NAFTA (Rz , Art. 1106) verbieten eine Reihe von *performance requirements*.

Das **Verfahren** der Zulassung ausländischer Investitionen ist sehr unterschiedlich geregelt. Während sich in manchen Staaten Investoren einer Vielzahl von Behörden und Bewilligungsverfahren gegenübersehen, vereinfachen andere Staaten das Verfahren durch einen *"one stop shop"*. Nach diesem Modell laufen alle Informationen und Bewilligungen über eine einzige Stelle.

Bei der **Gesellschaftsform** ausländischer Investitionen verlangen viele Gastgeberstaaten eine *joint venture*, also ein Gemeinschaftsunternehmen. Dies bedeutet die Errichtung einer inländischen Gesellschaft mit ausländischer und inländischer Beteiligung. Oft wird eine inländische Beteiligung von 50% oder mehr verlangt. Dadurch soll eine bessere Kontrolle des Gastgeberstaates über die Investition erreicht werden. Die Steuervermeidung durch den Investor wird dadurch schwieriger; die Möglichkeiten für die Ausbildung inländischen Personals steigen. Die inländische Gesellschaft gilt als Staatsangehörige des Gastgeberstaates und verliere damit den Vorteil des Schutzes ausländischer Investoren. Allerdings sehen die meisten BITs vor, dass schon die Beteiligung des ausländischen Investors an der inländischen Gesellschaft als Investition gilt (D , Art. 1(1)b)). Der ausländische Investor kann sich daher trotz der Errichtung einer inländischen Gesellschaft auf die vr Garantien, insbes aus den BITs, berufen.

#### D. Die Behandlung ausländischer Investitionen

Zum Unterschied von der Zulassung ist die Behandlung zugelassener ausländischer Investitionen meist relativ *detailliert geregelt*. Der Grund dafür ist die Tatsache, dass der Investor nach erfolgter Investition sich meist nicht mehr ohne größere Verluste zurückziehen kann und solcherart vom Gastgeberstaat abhängig ist. Das traditionelle VGR gewährt zwar einen *international minimum standard* (Rz ). Dieser reicht jedoch für den Schutz ausländischer Investitionen nicht aus.

Die einschlägigen Verträge und sonstigen Dokumente (Rz ), va die BITs (D ???, Art. 3), sehen meist folgende *Standards* vor:

- gerechte und billige Behandlung;
- voller und dauerhafter Schutz und Sicherheit;
- Schutz vor unangemessenen und diskriminierenden Maßnahmen;
- Inländergleichbehandlung;
- Meistbegünstigung.

Der Standard der gerechten und billigen Behandlung (*fair and equitable treatment*) erscheint zwar vage, lässt sich aber angesichts der Vielzahl der staatlichen Eingriffsmöglichkeiten kaum präziser formulieren. In der Praxis hat sich dieser Standard durchaus bewährt.

Der Standard des vollen und dauerhaften Schutzes und der Sicherheit (*full and constant protection and security*) schützt den Investor vor physischen, insbes gewaltsamen Eingriffen. Dazu gehört auch der Schutz vor privater Gewaltanwendung im Rahmen der vr *due diligence* (Rz 2442).

Der Schutz vor unangemessenen und diskriminierenden Maßnahmen (*unreasonable and discriminatory measures*) soll den Investor vor schädlichen

diskriminatorischen Eingriffen in Betrieb und Management der Investition bewahren.

Die Inländergleichbehandlung (*national treatment*) garantiert dem Investor eine Behandlung, welche nicht schlechter als die der Staatsbürgern des Gastgeberstaates ist. Manche BITs schließen allerdings bestimmte Wirtschaftsektoren (zB öffentliche Versorgungseinrichtungen, Bankwesen, Energie) von der Inländergleichbehandlung aus.

Durch die Meistbegünstigung (*most-favoured-nation treatment*) wird dem Investor die beste Behandlung zuteil, welche auch den Angehörigen irgend eines Drittstaates eingeräumt wird. Dies gilt auch für erst nach Abschluss des Vertrages den Angehörigen eines Drittstaates gewährte Vergünstigungen. Allerdings sind Vergünstigungen, aufgrund einer Freihandelszone, einer Zollunion, einem gemeinsamen Markt, einer Wirtschaftsgemeinschaft oder einem multilateralen Investitionsabkommen, von der Meistbegünstigung regelmäßig ausgenommen. So wird die die gem EGV bestehende Niederlassungsfreiheit nicht über die Meistbegünstigungsklausel auf Angehörige von Drittstaaten ausgedehnt.

Manchmal sind gewisse Bereiche von diesen Standards ausgenommen. Zu ihnen gehören Steuerfragen, welche meist in *Doppelbesteuerungsabkommen* gesondert geregelt sind.

Nach den einschlägigen Verträgen (Rz ), insbes den BITs, werden meistens Verluste des Investors aus **Kriegen, Bürgerkriegen** und sonstigen gewaltsamen Handlungen bei Entschädigungen gem den Grundsätzen der *Inländergleichbehandlung* und der *Meistbegünstigung* abgegolten (D , Art. 6).

**Umbrella clauses** stellen Rechte aus Verträgen zwischen dem Investor und dem Gastgeberstaat oft eigens unter den Schutz des vr Vertrags (D , Art. 9).

## E. Geldtransfers

Die Bestimmungen über Geldtransfers sind für Investoren von großer Wichtigkeit. Gastgeberstaaten verhängen oft einschneidende **Transferbeschränkungen**, um ihre *Devisenbestände* zu schützen und Schwierigkeiten in der *Zahlungsbilanz* abzuwehren. Die Investoren müssen aber Geld in den und va aus dem Gastgeberstaat transferieren können, um ihre laufenden Beschaffungen zu finanzieren und allfällige Erträge zu repatriieren.

Die einschlägigen Verträge und sonstigen Dokumente (Rz ), va die BITs, garantieren Zahlungen für bestimmte Zwecke, im Zusammenhang mit der Investition (D , Art. 7). Dazu gehört der Transfer des Investitionskapitals, von Erträgen, von Darlehensrückzahlungen, von Lizenzgebühren, von Erlösen aus der Liquidation der Investition, von Entschädigungen für Eingriffe in die Investition und von persönlichem Einkommen von Beschäftigten aus dem Ausland, welche sich im Zusammenhang mit der Investition im Gastgeberstaat aufhalten.

Die BITs garantieren regelmäßig den Transfer in einer frei konvertierbaren Währung, zum am Markt geltenden Wechselkurs und ohne Verzögerung. Für größere Zahlungen sind manchmal Wartezeiten vorgesehen.

## F. Die Enteignung

Die Enteignung ausländischer Investoren gehört traditionellerweise zu den umstrittensten Fragen des internationalen Investitionsrechts. Nach der Dekolonisation, also dem Erreichen der *politischen Unabhängigkeit*, wollten viele neue Staaten durch Enteignungen ausländischer Unternehmen auch die *wirtschaftliche Unabhängigkeit* erreichen. Diese Maßnahmen wirkten sich aber meist ungünstig auf die betreffenden Staaten aus. So sind etwa Produktionsanlagen relativ leicht zu enteignen. Ihr Betrieb erfordert aber in der Regel viel technisches Know-how und Erfahrung. Überdies bedarf die Verwertung der Produkte meist weltweiter Netzwerke für die Weiterverarbeitung, den Transport und den Vertrieb. Willkürliche und entschädigungslose Enteignungen **zerstören das Investitionsklima** in den betreffenden Staaten und schrecken vor Neuinvestitionen ab.

Die grundsätzliche Zulässigkeit von Enteignungen auch ausländischen Vermögens wurde nie bestritten (Rz 1239, 1251). Traditionell wird diese Zulässigkeit aber von drei Bedingungen abhängig gemacht (D 166, 167):

- Die Enteignung muss dem **öffentlichen Wohl** dienen;
- Die Enteignung darf **nicht diskriminatorisch** sein;
- Die Enteignung muss von einer **Entschädigung** begleitet sein.

In neuerer Zeit wird als vierte Voraussetzung oft auch ein nach rechtsstaatlichen Gesichtspunkten geführtes Verfahren verlangt (D BIT, Art. 5(1)).

Va die Frage der Entschädigung hat immer wieder zu Meinungsverschiedenheiten geführt. In diesem Zusammenhang wird meist die Formel der "*prompt, adequate and effectice compensation*" gebraucht (D BIT, Art 5(2)). "*Prompt*" bedeutet ohne Verzögerung. "*Adequate*" wird meist im Sinne eines vollen Gegenwertes verstanden. "*Effective*" bedeutet Zahlung in einer konvertierbaren Währung.

Bei der **Höhe der Entschädigung** war die Bedeutung des Wortes „*adequate*“ häufig umstritten (Rz 1259-1263). Wichtiger als die eher theoretische Debatte ob die Entschädigung voll sein muss oder auf einen Teil des Wertes beschränkt sein darf, ist die *Methode der Berechnung des Wertes* des enteigneten Vermögens. Die Entschädigung für eine Investition, welche jahrelang nachweisbar Gewinne abgeworfen hat, kann durchaus unter Berücksichtigung erwarteter aber nunmehr *entgangener Gewinne* bemessen werden. Lassen sich keine Gewinne nachweisen, kann die Entschädigung nach dem *Marktwert*, dem *Wiederbeschaffungswert* oder der Höhe der *tatsächlich getätigten Auslagen* berechnet werden.

Der Versuch einer De-Internationalisierung der Entschädigungsfrage im Rahmen der NIWO (D 316) gelang nicht. Die mit dieser Frage betrauten *Schiedsgerichte* zogen klar **vr Standards** vor (D 164 ). Die neuere *Vertragspraxis* folgt ebenfalls den traditionellen vr Standards. Insbesondere die meisten modernen BITs schreiben die prompte, volle und effektive Entschädigung vor (D BIT, Art. 5). Bei der Bewertung wird oft auf den Marktwert des enteigneten Vermögens vor Bekanntwerden der Enteignung verwiesen.

Direkte Enteignungen sind heute sehr selten. Die damit verbundene dramatische Verschlechterung des Investitionsklimas schreckt die Staaten in aller Regel vor derartigen drastischen Maßnahmen ab. Allerdings kommt es nach wie vor zu **indirekten Enteignungen** (*creeping, de facto, indirect expropriation*). Derartige Maßnahmen hindern den Investor ohne förmlichen Eigentumsentzug daran, seine Tätigkeit fortzusetzen. So macht eine exorbitante Besteuerung eine wirtschaftliche Fortführung der Investition unmöglich. Andere Methoden der indirekten Enteignung bestehen im Abschneiden der Zufuhr von Energie oder Rohstoffen, dem Bruch von Abnahmeverträgen oder der zwangsweise Einsetzung eines Geschäftsführers. Die meisten modernen Verträge schützen den Investor auch vor indirekten Enteignungen ("*measures having equivalent effect*") (D BIT, Art 5(1)).

Die **Verzinsung** von Entschädigungsschulden ist in den meisten einschlägigen Verträgen nur sehr allgemein (D BIT, Art. 5(2)(d)) oder gar nicht geregelt, ist aber von enormer praktischer Bedeutung. Bei der Zahlung von Zinseszinsen übersteigt der Zinsbetrag bei längeren Streitigkeiten oft die Hauptsumme.

## F. Investitionsversicherung

Viele Industriestaaten bieten ihren Staatsangehörigen, welche im Ausland investieren wollen, eine Investitionsversicherung an. Derartige Investitionsversicherungen werden meist von einer staatlich kontrollierten Einrichtung angeboten. In Österreich wird ein derartiges Programm von der Österreichischen Kontrollbank auf der Grundlage des Ausfuhrförderungsgesetzes (BGBl 1981/215 idF ???/???) betreut. Das versicherte **Risiko** ist dabei nicht kommerziell sondern **politisch**. Im wesentlichen handelt es sich um Risiken aus *Enteignung* (auch indirekt), mangelnder *Konvertibilität* der Währung des Gastgeberstaates (nicht jedoch Abwertung) und *bewaffneten Konflikten*. Die Motive für die staatliche Investitionsversicherung reichen von Entwicklungshilfe über Exportförderung bis zur Rohstoffversorgung.

Für den Abschluss einer Investitionsversicherung werden in der Regel gewisse rechtliche Garantien im Gastgeberstaat der Investition verlangt. Entscheidend ist dabei meist ein **BIT** zwischen dem Gastgeberstaat und dem versichernden Staat. Auch die Art der Investition ist oft in den Versicherungsbedingungen umschrieben.

Im Falle einer Versicherungsleistung geht die Forderung des entschädigten Investors auf den Versicherer, dh den versichernden Staat, über. Dies ist ein allgemeiner Grundsatz des Versicherungsrechts. Viele BITs sehen dieses Eintrittsrecht (*subrogation*) des versichernden Staates ausdrücklich vor (D BIT, Art. 8). Die Versicherungsbedingungen verpflichten den Versicherten aber meist dazu, seine Forderungen gegen den Gastgeberstaat selbst dann zu verfolgen, wenn er/sie bereits eine Entschädigung aus der Versicherung erhalten hat. Dies ist besonders wichtig, wenn der Versicherte, wie beim ICSID (Rz ), Zugang zu Verfahren hat, welche dem Heimatstaat nicht offen stehen. Die meisten BITs bestimmen auch

ausdrücklich, dass der schädigende Staat nicht einwenden kann, der Investor sei durch eine Versicherung entschädigt worden (D BIT, Art. 15).

Seit 1988 existiert im Rahmen der Weltbank die **MIGA** (Rz ) aufgrund eines eigenen völkerrechtlichen Vertrags (BGBl III 1997/181). Sie soll den Schutz der *nationalen Programme ergänzen*. Die MIGA schließt gewisse Lücken in den staatlichen Versicherungsprogrammen und bietet Rückversicherungen für diese. Es gibt auch kombinierte Versicherungen aus staatlichen Programmen und MIGA. Die versicherten Risiken sind im Wesentlichen dieselben wie bei den staatlichen Versicherungen (Rz ). Überdies bietet die MIGA einen Versicherungsschutz für *Vertragsbruch* durch den Gastgeberstaat. Versichert werden Investitionen aus einem Mitgliedstaat der MIGA, welche wirtschaftlich sinnvoll sind und den gesetzlichen Bestimmungen und Entwicklungszielen des Gastgeberstaates entsprechen.

Die Versicherung durch den Heimatstaat oder eine der Weltbank nahestehende Organisation hat eine zweifache Wirkung: Einerseits wird dem Investor ein Versicherungsschutz für ein oft hohes politisches Risiko geboten. Andererseits verringert sich auch eben dieses Risiko durch die Versicherung. Denn der Gastgeberstaat sieht sich im Versicherungsfall dem Heimatstaat des Investors oder der MIGA gegenüber, welche in die Forderung des Investors eintreten. Dies kann den Gastgeberstaat davon abhalten, in die Rechte des Investors einzugreifen.

## G. Streitbeilegung

Im Falle eines Konflikts zwischen dem Gastgeberstaat und dem Investor stehen letzterem mehrere Möglichkeiten offen. Der Investor kann sich an die **Gerichte des Gastgeberstaates** wenden. Nach traditionellem VR muss er sogar vor Ergreifung internationaler Streitbeilegungsmittel zunächst den *innerstaatlichen Instanzenzug ausschöpfen* (*exhaustion of local remedies* – Rz 709, 2434-2435). Allerdings haben Investoren oft wenig Vertrauen in die Objektivität der Gerichte des Gastgeberstaates. Überdies sind diese an die Gesetze ihres Staates gebunden. Wenn also der Gastgeberstaat Gesetze erlässt, welche für die Investition schädlich sind, kann bei den örtlichen Gerichten kaum Hilfe erwartet werden.

Der Zugang zu den **Gerichten anderer Staaten** ist beschränkt. Zunächst werden sich oft Probleme der örtlichen *Zuständigkeit* ergeben. Dazu kommt die *Immunität ausländischer Staaten*. Eingriffe des Gastgeberstaates in ausländische Investitionen auf seinem Territorium sind meist als Hoheitsakte (*acta iure imperii*) zu klassifizieren, so dass Staatenimmunität Platz greift (Rz 832-844). Allerdings enthält das Recht der USA eine Ausnahme von der Staatenimmunität bei völkerrechtswidrigen Enteignungen. Auch die *Act-of-State-Doktrin* (Rz 850-852) kann ein Hindernis für die Verfolgung eines Anspruchs aus einer Investition vor dem Gericht eines anderen Staates sein.

Die klassische Methode besteht im **diplomatischen Schutz** des Investors durch seinen Heimatstaat (Rz 701-715). Dieser Weg hat für den Investor aber schwere Nachteile. Zunächst muss der innerstaatliche Instanzenzug ausgeschöpft

werden (Rz 709). Dies ist meist langwierig und kostspielig. Überdies liegt die Gewährung des diplomatischen Schutzes im *Ermessen des Heimatstaates* (Rz 706, 708, 2522-2524). Der Investor hat also kein Recht auf diplomatischen Schutz und verliert, selbst wenn er gewährt wird, die Kontrolle über das Verfahren. Auch aus der Perspektive der beteiligten Staaten hat der diplomatische Schutz Nachteile, da er die gegenseitigen Beziehungen belastet und zu zwischenstaatlichen Streitigkeiten führen kann. Die *BITs* enthalten für solche Fälle regelmäßig *Streitbeilegungsklauseln* für Verfahren *zwischen den beiden Staaten*, welche meist ein Schiedsgericht vorsehen (D BIT, Art. 18-24).

Die für alle Beteiligten meist *günstigste Form* der Beilegung von Investitionsstreitigkeiten ist die Vereinbarung der **internationalen Schiedsgerichtsbarkeit** zwischen dem *Investor und dem Gastgeberstaat*. Diese Form der Streitbeilegung ist meist *weniger kostspielig* als andere Formen der Streitbeilegung. Der Investor behält die *Kontrolle über die Verfahrensführung*. Das Ergebnis ist ein *bindender Schiedsspruch*. Bei der Auswahl der Schiedsrichter können Personen herangezogen werden, welche im internationalen Investitionsrecht versiert sind.

Die Schiedsgerichtsbarkeit beruht stets auf einer **Vereinbarung der Parteien**. Die klassische Form der Schiedsvereinbarung ist ein *unmittelbarer Vertrag* zwischen dem Investor und dem Gastgeberstaat. Oft enthalten ein Konzessionsvertrag oder eine andere Vereinbarung über die Investition eine Schiedsklausel (Rz 1806) (D 164, 321). In neuerer Zeit bieten Gastgeberstaaten häufig ausländischen Investoren allgemein die schiedsgerichtliche Beilegung von Investitionsstreitigkeiten an. Ein solches Angebot kann in einem staatlichen *Investitionsgesetz* oder einem Vertrag mit dem Heimatstaat des Investors enthalten sein. Fast alle neueren *BITs* enthalten derartige Angebote an die Investoren aus dem jeweiligen Vertragspartner (D BIT, Art. 12,13). Die Schiedsvereinbarung kommt durch die Annahme des Angebots durch den Investor, meist einfach durch Klageeinbringung, zustande.

Eine einmal abgeschlossene Schiedsvereinbarung ist bindend und grundsätzlich unwiderruflich. Sie gilt selbst dann weiter, wenn der Vertrag, in welchem sie enthalten ist, vom Gastgeberstaat für beendet oder ungültig erklärt wird. Die internationale Schiedspraxis hat die Doktrin von der Abtrennbarkeit (**severability**) von Schiedsklauseln entwickelt: Diese gelten unabhängig von der Gültigkeit des sie enthaltenden Vertrags und können daher auch für Streitigkeiten über die Gültigkeit eben dieses Vertrages eingesetzt werden.

Grundsätzlich müsste eine Schiedsklausel eine Vielzahl von technischen Details regeln: die genaue Umschreibung der Zuständigkeit, die Zusammensetzung des Schiedsgerichts, verschiedene Verfahrensfragen, die Kosten des Verfahrens, die Vollstreckung des Schiedsspruchs. Zur Vereinfachung existieren **vorgefertigte Verfahrensregeln**. Sie regeln alle diese Fragen und können von den Parteien einfach in ihre Schiedsvereinbarung übernommen werden. Das bekannteste Beispiel sind die *UNCITRAL Arbitration Rules* aus dem Jahre 1976 (ILM 15 [1976] 701).

Für die **Vollstreckung** von Schiedssprüchen ist vor allem die *New Yorker Konvention über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche 1958* relevant (BGBl 200/1961). Sie verpflichtet die Vertragsparteien zur

Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche. Von dieser Verpflichtung gibt es nur ganz bestimmte, eng umschriebene Ausnahmen.

Seit 1966 existiert im Rahmen der Weltbank eine eigene Einrichtung zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten: das *Internationale Zentrum zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten*, **ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States)**. Dieses beruht auf einem vtr Vertrag (Rz ,BGBI 1971/357, D 170 alt). ICSID ist nicht selbst ein Schiedsgericht, bietet aber ein *detailliertes Verfahrensrecht* und *institutionelle Unterstützung* für die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit an. Diese institutionelle Unterstützung besteht ua in der Führung von Schiedsrichterlisten, der Beratung, Vorprüfung und Registrierung von Klagen, der Unterstützung bei der Zusammensetzung von Schiedsgerichten, der administrativen Abwicklung und Kostenberechnung. ICSID fördert die Rechtssicherheit zugunsten der Investoren und dient damit der Verbesserung des Investitionsklimas in Staaten, welche sich dem Streitbeilegungsverfahren unterwerfen. Dies fördert die Privatinvestitionen, die wiederum die wirtschaftliche Entwicklung dieser Staaten begünstigen.

Die **Zuständigkeit von ICSID** erstreckt sich auf unmittelbar mit einer *Investition* zusammenhängende *Rechtsstreitigkeiten* zwischen einem *Vertragsstaat* und einem *Angehörigen eines anderen Vertragsstaates*. Seit 1978 gibt es zusätzlich die *Additional Facility* im Rahmen von ICSID. Sie ermöglicht ua die Schiedsgerichtsbarkeit auch dann, wenn nur einer der beiden betroffenen Staaten, der Gastgeberstaat oder der Heimatstaat des Investors, Partei der ICSID-Konvention ist.

Die Streitparteien, dh der Gastgeberstaat und der Investor, müssen ihre **Unterwerfung unter die Jurisdiktion von ICSID** schriftlich erklären. (D 170 alt, Art. 25). Zahlreiche Verträge zwischen Gastgeberstaaten und Investoren (D 321), staatliche Investitionsgesetze sowie die meisten neueren BITs enthalten die Unterwerfung unter ICSID (D BIT, Art. 12, 13). Die Unterwerfung unter die Jurisdiktion von ICSID gilt als *Verzicht auf andere Methoden der Streitbeilegung*, einschließlich der staatlichen Gerichte. Die *Ausschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges* (Rz 709, 2434-2435) vor Inanspruchnahme von ICSID ist *nicht erforderlich* (D 170 alt, Art. 26). Nach der Unterwerfung unter ICSID darf der Heimatstaat des Investors *nicht mehr diplomatischen Schutz* ausüben. Das Recht auf diplomatischen Schutz lebt erst wieder auf, falls der Gastgeberstaat einen Schiedsspruch nicht befolgt (D 170 alt, Art. 27).

Die ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit funktioniert unabhängig von der **Kooperationsbereitschaft** der Parteien während des Verfahrens. Falls eine Partei nicht bei der *Zusammensetzung des Schiedsgerichts* mitarbeitet, kommt es zu einer Ersatzvornahme. Wenn eine Parte nicht am Verfahren teilnimmt, kann in ihrer *Abwesenheit verhandelt und entschieden* werden (D 170alt, Art. 45). Ein *Schiedsspruch* ist *bindend* und kann in allen Vertragsstaaten der ICSID-Konvention wie ein rechtskräftiges innerstaatliches Urteil *vollstreckt* werden. (D 170 alt, Art. 53, 54). Das Wissen um die Effektivität dieses Verfahrens genügt meist, um einen allenfalls widerstrebenden Gastgeberstaat zur Kooperation zu bewegen.

Neben der Schiedsgerichtsbarkeit bietet ICSID auch ein **Vergleichsverfahren** (*conciliation*) an. Dieses führt zu keiner verbindlichen Entscheidung, sondern soll eine Einigung der Parteien erleichtern (Rz 1799-1800). Das Vergleichsverfahren wird in der Praxis kaum in Anspruch genommen.

Die Schiedsgerichtsbarkeit im Rahmen von ICSID ist sehr erfolgreich und wird insbes seit den 90er Jahren häufig in Anspruch genommen. In vielen Fällen kommt es im Zuge des Schiedsverfahrens zu einer gütlichen Einigung und der Beendigung des Verfahrens.