

Simon Fischer

Vergabeverfahren im Investitionsschutzrecht

Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Standards des
Investitionsschutz- und Vergaberechts



Nomos

Studien zum Internationalen Wirtschaftsrecht/
Studies on International Economic Law

Herausgegeben von

Prof. Dr. Marc Bungenberg, LL.M., Universität des Saarlandes

Prof. Dr. Christoph Herrmann, LL.M., Universität Passau

Prof. Dr. Markus Krajewski, Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen-Nürnberg

Prof. Dr. Carsten Nowak, Europa Universität Viadrina,
Frankfurt/Oder

Prof. Dr. Jörg Philipp Terhechte,
Leuphana Universität Lüneburg

Prof. Dr. Wolfgang Weiß, Deutsche Universität
für Verwaltungswissenschaften, Speyer

Band 20

Simon Fischer

Vergabeverfahren im Investitionsschutzrecht

Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Standards des
Investitionsschutz- und Vergaberechts



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Erlangen-Nürnberg, Univ., Diss., 2018

ISBN 978-3-8487-5027-6 (Print)

ISBN 978-3-8452-9199-4 (ePDF)

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Für meine Eltern

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	13
Einleitung	17
I. Einführende Überlegungen	17
II. Aufbau der Arbeit	21
III. Ein Wort zur Methode	22
Erstes Kapitel: Bestehende Systeme im Investitionsschutz und Vergaberecht	27
A. Systematik des internationalen Investitionsschutzes und des Vergaberechts	27
I. Entwicklung des internationalen Investitionsschutzrechts	30
II. Entwicklung des internationalen Vergaberechts	35
B. Gemeinsamkeiten von Investitionsschutz und Vergaberecht	39
I. Verhältnis von Handels-, Investitionsschutz-, und Vergaberecht	39
1. Konzeption von Handels- und Investitionsschutzabkommen	39
2. Annäherung von Handels- und Investitionsschutzabkommen	42
3. Das Vergaberecht auf verschiedenen Rechtsebenen	46
II. Verhältnis von Investitionsschutz- und Vergaberecht	48
1. Begriffsbestimmung	49
2. Gemeinsamer Anwendungsbereich für Investitionsschutz- und Vergaberecht	50
Zweites Kapitel: Der Investitionsbegriff und Vergabeverfahren	55
A. Der Begriff »Investition« und die Teilnahme an Vergabeverfahren	55
B. Der Begriff der Investition in Investitionsschutzverträgen	57
I. Der Investitionsbegriff in BITs	57
II. Der Investitionsbegriff in multilateralen Abkommen	61
1. Bedeutung von Investition in der ICSID-Konvention	62

a)	Investitionsbegriff des Artikel 25 ICSID-Konvention	64
b)	Der Salini-Test	68
2.	Bedeutung von Investition in NAFTA	78
3.	Bedeutung von Investition in den Entwürfen zum MAI	82
4.	Bedeutung von Investition im Vertrag über die Energiecharta	84
5.	Ein gemeinsames Verständnis von Investition in BITs und multilateralen Abkommen	87
III.	Der offene Investitionsbegriff	92
C.	Vergabeverfahren als Bestandteil der Investition	94
I.	Die Pre-Investment-Phase im Investitionsschutzrecht	95
1.	Der Beginn einer Investition, frühzeitiger Zugang zu Schiedsgerichten und Pre-Establishment Expenditures	95
2.	Der Beginn einer Investition und Pre-Establishment Expenditures in Schiedsgerichtsentscheidungen	98
a)	Mihaly v. Sri Lanka	98
b)	Zhinvali v. Georgia	100
c)	PSEG v. Turkey	102
3.	Pre-Investment Expenditures als Teil der Investition	104
II.	Teilnahme am Vergabeverfahren aus Sicht des Investitionsschutzrechts	108
1.	Teilnahme am Vergabeverfahren als Investition	108
2.	Investitionsschutzrechtlicher Rechtsschutz für unterlegene Bieter	114
III.	Teilnahme am Vergabeverfahren über inländische Niederlassungen	117
1.	Erweiterter Zugang zu Schiedsgerichten für vergaberechtliche Sachverhalte	118
2.	Erweiterter materieller Schutz für Bieter in vergaberechtlichen Sachverhalten	122
a)	Schutz für beeinträchtigte Anteilseigner-Rechte von unterlegenen Bietern	122
b)	Ersatzfähige Beeinträchtigungen	127
IV.	Fazit	131
Drittes Kapitel: Investitionsschutzrechtliche Schutzstandards für Vergabeverfahren		135
A.	Regeln für die Pre-Establishment-Phase	135

I.	Marktzugangsregeln in BITs und multilateralen Abkommen	135
II.	Investitionsschutzrechtliche Standards für den Marktzugang und die <i>Pre-Establishment</i> -Phase	137
III.	Konsequenzen für Vergabeverfahren im Vorfeld der Investition	141
B.	Gewohnheitsrechtliche Schutzstandards für Vergabeverfahren	141
I.	Die Rolle des Völkergewohnheitsrechts im Investitionsschutzrecht	143
1.	Kodifikation des Wirtschaftsvölkerrechts	144
2.	Ein Netzwerk aus BITs	147
II.	Gewohnheitsrechtlichen Elemente von investitionsschutzrechtlichen Standards	162
1.	Enteignungsschutz und Entschädigungserfordernis	163
2.	Fair and Equitable Treatment	168
a)	Autonomer vertraglicher Standard, gewohnheitsrechtliche Geltung oder Transformation des gewohnheitsrechtlichen Mindeststandards	168
b)	Elemente des Fair and Equitable Treatment-Standards und deren gewohnheitsrechtliche Geltung	172
aa)	Schutzpflichten, Willkür- und Diskriminierungsverbot, Verbot der Rechtsverweigerung	173
bb)	Berechtigte Erwartungen, Stabilität und Transparenz als neue Elemente von Fair and Equitable Treatment	175
cc)	Entwicklung von Fair and Equitable Treatment im Gewohnheitsrecht	187
3.	Meistbegünstigung und Inländergleichbehandlung	188
III.	Gewohnheitsrechtlicher Schutz für Vergabeverfahren in der <i>Pre-Establishment</i> -Phase einer Investition	189
C.	Fazit	192
Viertes Kapitel: Investitionsschutzrechtliche Standards im Vergleich mit Standards des Vergaberecht		195
A:	Voller Investitionsschutz für die Teilnahme an Vergabeverfahren über nationale Investitionsvehikel	195
B.	Rechtsvergleichende Herangehensweise an Investitionsschutz- und Vergaberecht	197

I.	Besonderheiten bei der rechtsvergleichenden Betrachtung von BITs	198
II.	Besonderheiten bei der regimeübergreifenden Betrachtung von Abkommen im Wirtschaftsvölkerrecht	199
III.	Ziele des rechtsvergleichenden Herangehens an Investitionsschutz- und Vergaberecht	201
C.	Vergleich von Investitionsschutzstandards mit inhaltlich und funktional ähnlichen Standards im Government Procurement Agreement, der EU-Vergaberichtlinie, Kapitel 10 NAFTA und dem UNCITRAL Model Law on Public Procurement	202
I.	Welche Standards werden verglichen?	202
II.	Ausländerschutz vor Enteignung und enteignungsgleichen Eingriffen	205
III.	Fairness und Fair and Equitable Treatment	208
1.	Das Fairnessgebot im Investitionsschutz und Vergaberecht	209
2.	Das Fairnessgebot im Investitionsschutz und Vergaberecht im Vergleich	211
3.	Konsequenzen für die Anwendung von Fair and Equitable Treatment auf Vergabeverfahren	215
IV.	Diskriminierungsverbot	222
1.	Das Diskriminierungsverbot im Investitionsschutz und Vergaberecht	223
a)	Diskriminierungsverbote im Investitionsschutzrecht	223
b)	Diskriminierungsverbote im GPA	224
c)	Diskriminierungsverbote in der EU-Vergaberechtsrichtlinie	226
d)	Diskriminierungsverbote in Kapitel 10 NAFTA	227
e)	Empfohlene Diskriminierungsverbote im UNCITRAL Model Law on Public Procurement	228
2.	Die Diskriminierungsverbote im Investitionsschutz- und Vergaberecht im Vergleich	229
a)	Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung in vergaberechtlichen Sachverhalten	230
aa)	Unterschiede bei den relativen Diskriminierungsverboten beider Regime	231
bb)	Konsequenzen für die Anwendung von Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung auf Vergabeverfahren	235
b)	Diskriminierungsverbote aus Fair and Equitable Treatment in vergaberechtlichen Sachverhalten	237

aa)	Unterschiede bei den grundlegenden Diskriminierungsverboten beider Regime	238
bb)	Konsequenzen für die Anwendung der Diskriminierungsverbote in Fair and Equitable Treatment auf Vergabeverfahren	242
c)	Fazit für die Anwendung investitionsschutzrechtlicher Diskriminierungsverbote auf vergaberechtliche Sachverhalte	254
V.	Das Transparenzgebot	257
1.	Das Transparenzgebot im Investitionsschutz und Vergaberecht	258
a)	Das Transparenzgebot im Investitionsschutzrecht	258
b)	Das Transparenzgebot im Vergaberecht	259
2.	Das Transparenzgebot im Investitionsschutz- und Vergaberecht im Vergleich	261
a)	Veröffentlichung von Gesetzen, Vorschriften, Gerichts- und administrativen Entscheidungen	262
b)	Materielle Transparenzanforderungen für den Umgang mit ausländischen Bietern	266
aa)	Auslegung unter Heranziehung eines vergaberechtlichen Konzepts von Transparenz	270
bb)	Auslegung unter Berücksichtigung investitionsschutzrechtlicher Kriterien	273
3.	Fazit für das investitionsschutzrechtliche Transparenzgebot in Vergabeverfahren	277
VI.	Folgerungen aus dem Vergleich einzelner Standards	278
D.	Erhalt des regulatorischen Handlungs- und Ermessensspielraums in Vergabeverfahren	283
I.	Regulatorischer Handlungsspielraum im internationalen Vergabe- und Investitionsschutzrecht	284
II.	Konflikte zwischen speziellen regulatorischen Zielen des Vergaberechts und Gewährleistungen regulatorischer Freiheit im Investitionsschutzrecht	287
III.	Folge für die Wahrung des Handlungsspielraums in vergaberechtlichen Sachverhalten durch Auslegung investitionsschutzrechtlicher Standards	293
E.	Fazit	295

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung	297
I. Vergabe im Investitionsschutzrecht	298
II. Investitionsschutzrechtliche Standards für Vergabeverfahren	301
Literaturverzeichnis	305

Abkürzungsverzeichnis

ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
AdV	Archiv des Völkerrechts
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AJIL	American Journal of International Law
ALI	American Law Institute
ArbIntl	Arbitration International
ASIL	American Society of International Law
AUILR	American University International Law Review
BB	Der Betriebsberater
BCICLR	Boston College International and Comparative Law Review
BCSC	Supreme Court of British Columbia
BerkeleyJIL	Berkeley Journal of International Law
BGBI	Bundesgesetzblatt
BIT	Bilateral Investment Treaty
BOT	Build-Operate and Transfer-Contract
BYIL	British Yearbook of International Law
CETA	Comprehensive Economic and Trade Agreement
ChicagoJIL	Chicago Journal of International Law
CJTL	Columbia Journal of Transnational Law
Columbia JWB	Columbia Journal of World Business
COMI	Center of Main Interest
CUFTA	Canada-U.S. Free Trade Agreement
Davis JILP	U.C.-Davis Journal of International Law & Policy
ECHR	European Court of Human Rights
EC-Reports	
ECT	Energy Charter Treaty
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EHRH	European Human Rights Reports
EJLS	European Journal of Legal Studies
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EPIL	Encyclopedia of Public International Law
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof

Abkürzungsverzeichnis

EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EYIEL	European Yearbook of International Economic Law
FCN	Friendship, Commerce and Navigation Treaty
FDI	Foreign Direct Investments
FET	Fair and Equitable Treatment
Fordham Int'lJ	Fordham International Law Journal
FS	Festschrift
FTA	Free Trade Agreement
GA	General Assembly of the United Nations
GA JInt'l&CompL	Georgia Journal of International & Comparative Law
GATS	General Agreement on Trade in Services
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GöttingenJIL	Göttingen Journal of International Law
GPA	Government Procurement Agreement
GWashILR	George Washington International Law Review
GYIL	German Yearbook of International Law
HILJ	Heidelberg Journal of International Law
ICESCR	International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights
ICJ	International Court of Justice
ICLQ	The International and Comparative Law Quarterly
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
IGH	Internationaler Gerichtshof
IIA	International Investment Agreement
IILJ	International Institute for Law and Justice
ILC	International Law Commission
ILM	International Legal Materials
ILT	International Legal Theory
IMF	International Monetary Fonds
IntlLaw&Politics	International Law and Politics
IPR	Intellectual Property Rights
ISDS	Investor-State Dispute Settlement
ITO	International Trade Organization
IWF	Internationaler Währungsfonds
JEH	Journal of Economic History
JE&NatRL	Journal of Energy & Natural Resources Law

JIA	Journal of International Arbitration
JIEL	Journal of International Economic Law
JIndCompT	Journal of Industry, Competition and Trade
JWIT	Journal of World Investment & Trade
JWT	Journal of World Trade
LCIA	London Court of International Arbitration
LoA	Letter of Agreement
LoI	Letter of Interest
LPIB	Law & Policy in International Business
MAI	Multilateral Agreement on Investment
Max Planck UNYB	Max Planck Yearbook of United Nations Law
Melbourne JIL	Melbourne Journal of International Law
MFI	Multilateral Framework on Investment
MFN	Most Favoured Nation
MichJIL	Michigan Journal of International Law
Mich StateJIL	Michigan State Journal of International Law
MIGA	Multilateral Investment Guarantee Agency
MMR	MultiMedia und Recht
MonashULR	Monash University Law Review
MPEPIL	Max Planck Encyclopedia of Public International Law
NAFTA	North American Free Trade Agreement
Netherlands YIL	Netherlands Yearbook of International Law
NGO	Non-governmental organization
NIEO	New International Economic Order
Northwestern JIL&B	Northwestern Journal of International Law & Business
NT	National Treatment
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
OAS	Organization of American States
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
OPIC	Overseas Private Investment Corporation
PCA	Permanent Court of Arbitration
PCIJ	Permanent Court of International Justice
Penn State ILR	Penn State International Law Review
PPLR	Public Procurement Law Review
RIAA	Reports of International Arbitral Awards
RTA	Regional Trade Agreement
Santa ClaraJIL	Santa Clara Journal of International Law

Abkürzungsverzeichnis

STE	State Trading Enterprise
SZR	Sonderziehungsrechte
TRIMs	Trade-Related Investment Measures
TRIPS	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
TTIP	Transatlantic Trade and Investment Partnership
UCLA JIL&FA	UCLA Journal of International Law & Foreign Affairs
ÜLG	Überseeische Länder und Gebiete
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
UPaJIL	University of Pennsylvania Journal of International Law
VaJIL	Virginia Journal of International Law
VandJTransnat'IL	Vanderbilt Journal of Transnational Law
VergabeR	Vergaberecht
WorldEconomy	The World Economy
WPB	Wirtschaftspolitische Blätter
WTAM	World Trade and Arbitration Materials
WTO	World Trade Organization
WVK	Wiener Vertragsrechtskonvention
YIEL	Yearbook of International Economic Law
YIL	Yearbook of International Law
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht

Einleitung

Das Investitionsschutzrecht – dominiert von bilateralen Investitionsschutzverträgen (BITs) – gewährleistet nahezu weltweit ein diskriminierungsfreies und faires Investitionsumfeld für ausländische Investoren. Es greift meist jedoch erst dann, wenn eine Investition im Gaststaat etabliert ist. Damit wird die Frühphase im wirtschaftlichen Lebenszyklus einer Investition, in der Planung, Entwicklung, Finanzierung und Errichtung der Investition bereits hohe Kosten verursachen, zumindest nach »klassischem« Verständnis nicht durch Investitionsschutzabkommen erfasst. Vergabeverfahren sind eine besondere Ausgestaltung dieser Frühphase: Denn mit der Wahl eines Vergabeverfahrens bindet sich der Gaststaat frühzeitig an Marktzugangskriterien, nach denen allerdings letztlich nur der siegreiche Bieter die Möglichkeit erhält, sein im Angebot beschriebenes Projekt umzusetzen, als Investition zu etablieren und letztlich vom klassischen Investitionsschutz zu profitieren.

I. Einführende Überlegungen

Diese Arbeit geht von der Frage aus, wie die Teilnahme an einem Vergabeverfahren investitionsschutzrechtlich zu bewerten ist. Ist bereits die Abgabe eines Angebots in einem Vergabeverfahren Bestandteil der Investition, wie im ICSID-Schiedsverfahren *Jan de Nul v. Egypt* argumentiert wurde?¹ Oder macht es die Abhängigkeit von einer staatlichen Auswahl- und Ermessensentscheidung bei der Erteilung des Zuschlags unmöglich, einen Bieter bereits im Vergabeverfahren als Investor zu qualifizieren?

Wesentliches Kriterium für die Verortung eines Vergabeverfahrens im Investitionsschutzrecht ist der Investitionsbegriff. Allerdings fehlt dem Investitionsbegriff trotz Verwendung in über 3.000 Investitionsschutzabkommen und eines in weiten Teilen übereinstimmenden Verständnisses

1 ICSID, *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Jurisdiction, 16. Juni 2006, Para. 94, S. 29 f.

bisweilen Randschärfe. Dies ist auch Folge der unterschiedlichen Herangehensweisen, Definitionen und Einschränkungen in der Vertragspraxis, die damit nicht zuletzt politischen Interessen der Gaststaaten gerecht zu werden versuchen.² Signifikant ist die fehlende Randschärfe bei der Abgrenzung von Frühphase und etablierter Investition.

Insbesondere die Stellung eines Vergabeverfahrens im Investitionsschutzregime ist ungeklärt. Aus investitionsschutzrechtlicher Perspektive steht das Vergabeverfahren zwischen der weitgehenden Freiheit jedes Staates bei der Regulierung des Marktzugangs und den Liberalisierungs- und Marktöffnungszielen des Investitionsschutzrechts. Auch aus der Sicht eines Investors kann die Teilnahme an einem Vergabeverfahren differenziert betrachtet werden: So soll er einerseits darauf vertrauen dürfen, dass im Vergabeverfahren die zugesagten Vergabekriterien und Verfahrensschritte beachtet werden. Ein Vertrauensschutz, der dem des Investitionsschutzrechts entspricht, denn verlässliche Rahmenbedingungen und Entscheidungsgrundlagen sind ein wesentlicher Faktor für ein günstiges Investitionsklima, auf dessen Förderung das Investitionsschutzrecht zielt. Andererseits kann sich ein Bieter aufgrund der Konkurrenz im Vergabeverfahren nicht sicher sein, tatsächlich den Zuschlag zu erhalten, denn der Gaststaat hat nicht nur bei der Festlegung von Kriterien, sondern auch bei der Vergabeentscheidung selbst einen gewissen Handlungs- und Ermessensspielraum.

Die bislang nicht immer präzise vorgenommene Abgrenzung zwischen Frühphase und etablierter Investition spiegelt diesen Konflikt aus maximaler Handlungsfreiheit des Gaststaates (in der *Pre-Establishment-Phase*) und vollem Schutz des Vertrauens von Investoren (in der *Post-Establishment-Phase*). Wird im Vorfeld einer Investition ein Vergabeverfahren durchgeführt, müssen beide Seiten von ihren – zumindest im klassischen Investitionsschutzrecht bestehenden – Positionen weichen: Der Gaststaat ist bereits an seine selbst definierten Vergabekriterien gebunden, kann also nicht mehr völlig frei über den Zugang von Investoren entscheiden. Der Investor erhält dagegen keinen vollen Vertrauensschutz. Er darf zwar erwarten, dass die Vergabekriterien eingehalten werden, kann sich aber des Zuschlags nicht sicher sein. Das im Investitionsschutzrecht prä-

2 Dazu UNCTAD, *Series on Issues in International Investment Agreements, Scope and Definition*, 2. Auflage 2011, UNCTAD/DIAE/E/IA/2010/2.

gende Spannungsverhältnis zwischen wirtschaftsvölkerrechtlichem Individualrechtsschutz und der nationalen Souveränität³, zeigt sich also auch bei investitionsbezogenen Vergabeverfahren, wenn auch mit verschobenen Maßstäben. Ein vorgeschaltetes Vergabeverfahren wäre nach den hier angestellten Ausgangsüberlegungen also eine besondere Form des Übergangs zwischen *Pre-* und *Post-Establishment*-Phase einer Investition. Inwieweit es bereits der späteren Investition zugeordnet werden kann und wie die aktuelle Schiedspraxis vergabebezogene Sachverhalte behandelt, werden Fragen dieser Arbeit sein.

An die Definition des Schutzbereichs von Investitionsschutzabkommen auf Grundlage des Investitionsbegriffs schließt sich die Überlegung an, welche investitionsschutzrechtlichen Standards in einem Vergabeverfahren gewährleistet werden können und sollten. Wie angedeutet bietet die überwiegende Zahl der Investitionsschutzabkommen keine oder nur sehr eingeschränkte Regeln für Marktzugang bzw. die Frühphase von Investitionen.⁴ Einige materielle Gewährleistungen typischer Investitionsschutzabkommen fußen jedoch nicht nur im Vertragsrecht, sondern existieren gleichermaßen im völkerrechtlichen Gewohnheitsrecht oder sind als grundlegende Prinzipien des internationalen Rechts anerkannt.

Soweit sich die Beteiligung eines Investors an Vergabeverfahren nicht unter den direkten Schutz eines Investitionsschutzabkommen fassen lässt, lohnt sich daher ein Blick über den investitionsschutzrechtlichen Tellerand. Auch im »*Customary International Economic Law*«⁵, und in allgemeinen Rechtsprinzipien finden sich Anhaltspunkte für den Umgang mit ausländischen Marktteilnehmern. Das gilt insbesondere für den gewohnheitsrechtlichen Mindeststandard (*Minimum Standard of Treatment*), der sich durch investitionsschutzrechtliche Einflüsse stark weiterentwickelt hat.⁶ So entwickelte Prinzipien dürften unabhängig von den Restriktionen des Investitionsschutzrechts auch für investitionsbezogene Vergabeverfahren gelten, jedenfalls aber – wenn dies nicht sogar der gewichtigeren As-

3 Krajewski, *Wirtschaftsvölkerrecht*, S. 163.

4 Überblick bei Joubin-Bret, *Admission and Establishment in the Context of Investment Protection*, in Reinisch, *Standards of Investment Protection*, S. 9 ff.

5 Zum Begriff Zamora, *Is there Customary International Economic Law?*, 32 *GYIL* 1990, S. 9 ff.

6 Dickerson, *Minimum Standards*, in Wolfrum, *MPEPIL*, S. 235, 238.

pekt ist – die Auslegung von investitionsschutzrechtlichen Standards beeinflussen, wenn es sich um einen vergabebezogenen Sachverhalt handelt.

Eine an vergaberechtlichen Besonderheiten orientierte Auslegung dürfte in Zukunft sogar eine zunehmende Bedeutung zukommen. Denn erste Schiedsentscheidungen zeigen, dass ein Streit über die Verletzung vergaberechtlicher Kriterien oder Verfahrensstandards ins Zentrum einer investitionsschutzrechtlichen Auseinandersetzung rücken kann.⁷ Anlass, eine investitionsschutzrechtliche Überprüfung vorzuziehen, haben Investoren allemal. Denn während das internationale Vergaberecht nicht flächendeckend anwendbar ist und nur eingeschränkten Rechtsschutz bietet⁸, hat sich im Investitionsschutzrecht ein weltweites Regime entwickelt, das Investoren individuelle Klagemöglichkeiten und fast weltweite Vollstreckung von Schadensersatzforderungen ermöglicht.

Bei der Beurteilung vergaberechtlicher Sachverhalte nach investitionsschutzrechtlichen Standards gilt es jedoch, die vergaberechtlichen Besonderheiten nicht außer Acht zu lassen. Das gilt insbesondere für die bereits angesprochenen Verschiebungen beim Handlungsspielraum und Vertrauensschutz aufgrund der besonderen Stellung eines Vergabeverfahrens im Lebenszyklus einer Investition. Die Arbeit wird an dieser Stelle Prinzipien wie Fairness, Nichtdiskriminierung und Transparenz gegenüberstellen und deren Umsetzung disziplinübergreifend betrachten. Sie wird zeigen, wie diese Prinzipien im Investitionsschutzrecht bzw. Vergaberecht verstanden und ausgelegt werden. So sollen Anhaltspunkte herausgearbeitet werden, wie vergaberechtliche Sachverhalte im Investitionsschutzrecht unter Berücksichtigung der Besonderheiten eines Vergabeverfahrens beurteilt werden können.

7 ICSID, *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13 (2008); ICSID, *Joseph Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18 (2011); ICSID, *Emmis International Holding B.V. v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/12/2 (2014).

8 Vgl. Art. 1017 (1) (k) NAFTA und Art. 64 ff. UNCITRAL Model Law on Public Procurement, die in der Regel nur eine Neubewertung der Angebote vorsehen.

II. Aufbau der Arbeit

Im *ersten Kapitel* soll die Genese des internationalen Investitionsschutz- und Vergaberechts und das Verhältnis dieser beiden Regime zum internationalen Handelsrecht sowie zueinander beschrieben werden. Denn die systematischen und vergleichenden Erwägungen dieser Arbeit fußen auch auf den politischen und rechtlichen Hintergründen, die zur heutigen Fragmentierung des internationalen Wirtschaftsrechts geführt haben.

Das *zweite Kapitel* konzentriert sich zuerst auf das einheitliche Verständnis des offenen Investitionsbegriffs. Läge den über 3.000 weltweit abgeschlossenen Investitionsschutzabkommen kein einheitlicher Investitionsbegriff zugrunde, ließen sich für die weitere Darstellung kaum allgemeingültige Feststellungen treffen.⁹ Auf das allgemeine Verständnis bauen Überlegungen auf, wie die Frühphase der Investition (*Pre-Establishment-Phase*) von der etablierten Investition (*Post-Establishment-Phase*) abgegrenzt werden kann und, schließlich, wie die Teilnahme an Vergabeverfahren in das Vorfeld der Investition einzuordnen ist.

Ab dem *dritten Kapitel* wendet sich die Arbeit dem materiellen Schutzniveau für die Teilnahme am Vergabeverfahren zu. Nach einem Umriss der vertraglichen, investitionsschutzrechtlichen Gewährleistungen für den Marktzugang und die *Pre-Establishment-Phase* zeigt das dritte Kapitel investitionsschutzrechtliche Standards, die auch im Gewohnheitsrecht auszumachen sind, und deren Geltung für Vergabeverfahren. Dieses Kapitel zeigt also, an welchen investitionsschutzrechtlichen Standards ein Vergabeverfahren bei systematisch korrekter Betrachtung gemessen werden könnte.

Das *vierte Kapitel* stellt schließlich die ermittelten Standards im Investitionsschutzrecht mit denen verschiedener Vergaberechtsabkommen gegenüber. Durch einen Vergleich soll herausgearbeitet werden, wie die grundlegenden Prinzipien Fairness, Nichtdiskriminierung und Transparenz in beiden Regimen verstanden werden. Gemeinsamkeiten wie Unterschiede können bei der Auslegung investitionsschutzrechtlicher Standards beitragen, vergaberechtliche Besonderheiten besser zu verstehen und in Entscheidungen sachgerecht zu berücksichtigen. Abschließend werden die Auswirkungen der gewonnenen Erkenntnisse über gemeinsame Prinzipien

9 Vgl. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, S. 11 ff.

auf das Wechselspiel von investitionsschutzrechtlichen Standards und erforderlichem Handlungs- und Ermessensspielraum in Vergabeverfahren betrachtet.

III. Ein Wort zur Methode

Viele Begriffe des Investitionsschutzrechts sind unbestimmt und können nur durch Auslegung konkretisiert werden. Das gilt für den Investitionsbegriff selbst, genau wie für die meisten materiellen Schutzstandards.

Für diese Arbeit ist die Auslegung dieser Begriffe ein wesentliches Element. Im Völkerrecht kann man dazu auf die Auslegungsvorschriften in Artikel 31 ff. der Wiener Vertragsrechtskonvention zurückgreifen¹⁰, die bereits gewohnheitsrechtlich anerkannt waren und heute auch in ihrer kodifizierten Form nahezu unbestritten angewandt werden.¹¹ Artikel 31 WVK regelt dabei die Ermittlung der gewöhnlichen Bedeutung durch Betrachtung des Wortlauts, seines systematischen Zusammenhangs und seiner Stellung im internationalen Rechtssystem.¹² Artikel 32 WVK erlaubt die Heranziehung ergänzender Auslegungsmittel, von denen die Umstände des Vertragsschlusses und die vorbereitenden Arbeiten (*travaux préparatoires*) sicherlich am bedeutsamsten sind.¹³

10 Dazu Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, S. 301 ff.

11 Vgl. IGH, *Libya-Chad Boundary Dispute*, Judgement, 3. Februar 1994, ICJ-Reports 1994, S. 6, 21; IGH, *Kasikili/Sedudu Island (Botswana v. Namibia)*, Judgement, 13. Dezember 1999, ICJ-Reports 1999, Para. 18, S. 1045; IGH, *La Grand (Germany v. United States)*, Judgement, 27. Juni 2001, ICJ-Reports 2001, Para. 99, S. 466; IGH, *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipidan (Indonesia v. Malaysia)*, Judgement, 17. Dezember 2002, ICJ-Reports 2002, Para. 37, S. 625.

12 Ausführlich Dörr, in Dörr/Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary*, Art. 31 Para. 1 ff., S. 521 ff.; Gardiner, *Treaty Interpretation*, S. 161 ff.

13 Zu den Anforderungen an *travaux préparatoires* Dörr, in Dörr/Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary*, Art. 32 Para. 9, S. 574 f.; Waldock, *Third Report on the Law of Treaties*, Yearbook of the ILC 1964, Vol. II, Para. 20, S. 6, 59. Die Rangfolge bei der Heranziehung von *travaux préparatoires* zeigt sich beispielsweise in IGH, *Application of CERD (Georgia v. Russian Federation)*, Judgement, 1. April 2011, ICJ-Report 2011, Para. 142, S. 70, 128.

Bei der Auslegung von Investitionsschutzabkommen gilt es auch deren Entwicklung im Lauf der Zeit zu berücksichtigen. Eine rein statische Herangehensweise nach dem bereits von *Fitzmaurice* beschriebenen *Principle of Contemporaneity*¹⁴ würde der Entwicklung neuer Investitionsformen und Schutzbedürfnissen von Investoren, aber auch den sich wandelnden Interessen der Gaststaaten, etwa bei Menschenrechten¹⁵ oder beim Umweltschutz¹⁶, nicht gerecht werden. Daher gelten für die Auslegung von Investitionsschutzabkommen die Grundsätze der evolutiven Vertragsauslegung, die der IGH beispielsweise im *Dispute regarding Navigational Rights* zwischen Costa Rica und Nicaragua formuliert hat.¹⁷

Ausgangspunkt für den Rückschluss auf die Absicht der Parteien sind zwei objektive Kriterien: Die Verwendung eines »generic terms« und eine sehr lange oder unbestimmte Vertragslaufzeit. *Higgins* beschreibt *generic term* in ihrer Erklärung zu *Kasikili/Sedudu Island* als einen bekannten Rechtsbegriff, dessen Weiterentwicklung von den Parteien erwartet wird.¹⁸ Solche Begriffe sind im Investitionsschutzrecht die Investitionsdefinition selbst, aber auch »fair trial« oder »fair and equitable treatment«.¹⁹ Öffnen die Parteien ihre Verträge der Wertung des Anwenders, kann ohne weiteres angenommen werden, dass sie eine evolutive Vertragsauslegung beabsichtigten. Von Bedeutung ist dabei jedoch, dass auch die evolutive Auslegung nicht geeignet ist, etwas Neues in Verträgen zu finden. Die Ergebnisse der evolutiven Auslegung müssen von den Parteien zumindest als Konzept im Vertrag angelegt sein. Damit ist die evolutive Auslegung auch nicht dem Willen der Parteien entzogen. Sie öffnen durch die Verwendung von dynamisch auslegbaren Begriffen die Möglichkeit der entsprechenden

14 Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-54: General Principles and Sources of Law*, 30 BYIL 1953, S. 5-8; vgl. auch Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, S. 125.

15 Vgl. Bernhardt, *Evolutionary Treaty Interpretation, Especially of the European Convention on Human Rights*, 42 GYIL 1999, S. 11, 20 mit Beispielen aus der Rechtsprechung des EGMR.

16 Vgl. IGH, *Gabcikovo-Nagymaros (Hungary v. Slovakia)*, Judgement, 25. September 1997, ICJ-Reports 1997, Para. 112, S. 7, 64 f.

17 IGH, *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgement, 13. Juli 2009, ICJ-Reports 2009, Para. 66, S. 213, 243.

18 IGH, *Kasikili/Sedudu Island (Botswana v. Namibia)*, Declaration Judge Higgins, ICJ-Reports 1999, Para. 2, S. 1045.

19 Vgl. Helmersen, *Evolutionary Treaty Interpretation: Legality, Semantics and Distinctions*, 6 EJLS 2013, S. 127, 139.

Auslegung. Ihre Konzeptionierung bildet aber zeitgleich die Grenze der möglichen Auslegungsergebnisse. Entsprechend rät *Fitzmaurice* zum vorsichtigen Umgang. Die Vertragsauslegung muss auch bei dynamischer Auslegung am auszulegenden Text orientiert sein.²⁰

Für die Auslegung der Begriffe Investition, Nichtdiskriminierung, Transparenz oder *Fair and Equitable Treatment* kann diese Arbeit auf umfangreiche Vorarbeiten in Rechtsprechung und Literatur zurückgreifen, die es übernommen haben, das allgemeine Verständnis dieser Begriffe in den über 3.000 Investitionsschutzabkommen systematisch zu erfassen. Nach einer Darstellung des status quo setzt diese Arbeit jeweils an, das Verständnis dieser Begriffe in der Frühphase einer Investition und die Auswirkungen auf ein Vergabeverfahren näher zu betrachten.

Über die gängige Betrachtung des Investitionsschutzrechts geht diese Arbeit dort hinaus, wo Vergleiche mit transnationalen Vergabeordnungen angestellt werden. Dazu werden typische Schutzstandards des Investitionsschutzrechts mit zuvor identifizierten Standards ausgewählter Vergabeordnungen, die im Vergabeverfahren eine ähnliche Funktion erfüllen, rechtsvergleichend betrachtet. Denn der Vergleich funktionell ähnlicher Standards ist typischerweise der Ausgangspunkt der Rechtsvergleichung.²¹ In einem zweiten Schritt werden dann Gemeinsamkeiten und Unterschiede im Wortlaut, in Herkunft und Entwicklung und in der systematischen Stellung im jeweiligen System herausgearbeitet und erklärt.

Grundsätzlich ist ein rechtsvergleichendes Vorgehen im Investitionsschutzrecht eine gängige Methode. Nur so können Gemeinsamkeiten bei der Vielzahl von Investitionsschutzabkommen festgestellt werden.²² Bereits seit längerem wird bei der Betrachtung des Investitionsschutzrechts das WTO-Handelsrecht vergleichend herangezogen.²³ Einige Autoren, da-

20 Vgl. *Fitzmaurice, Dynamic (Evolutionary) Interpretation of Treaties and the European Court of Human Rights*, in Orakhelashvili/Williams, *40 Years of the Vienna Convention on the Law of Treaties*, S. 55, 65.

21 Michaels, *The Functional Method of Comparative Law*, in Reimann/Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, S. 340, 343; Zweigert/Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, S. 33.

22 de Cruz, *Comparative Law, Functions and Methods*, in Wolfrum, MPEPIL, Para. 51 ff.

23 Vgl. Kurtz, *The WTO and International Investment Law: Converging Systems*, S. 28 ff.

runter *Schill*, erweitern den Rahmen des Vergleichs auch auf andere internationale Regime und nationales öffentliches Recht.²⁴ Idealerweise lassen sich aus solchen regimeübergreifenden Betrachtungen Erkenntnisse zur einheitlichen Verwendung bestimmter Begriffe und Standards gewinnen. Mit Blick auf das internationale Vergaberecht also, inwieweit dessen typische Standards auch von investitionsschutzrechtlichen Abkommen gewährleistet werden. Umgekehrt kann die rechtsvergleichende Betrachtung aber auch dazu beitragen, die Auslegung investitionsschutzrechtlicher Standards in vergabebezogenen Sachverhalten den Besonderheiten des Vergaberechts entsprechend zu konkretisieren.

24 Schill, *International Investment Law and Comparative Public Law*, S. 25 ff.

Erstes Kapitel: Bestehende Systeme im Investitionsschutz und Vergaberecht

A. Systematik des internationalen Investitionsschutzes und des Vergaberechts

Das Welthandelsrecht ist dominiert von den multilateralen WTO-Abkommen GATT, GATS und TRIPS einschließlich ihrer zahlreichen Nebenabkommen.²⁵ Die hier thematisierten Teilbereiche des Welthandels, Investitionen und öffentliche Vergabe, sind vom Anwendungsbereich dieser multilateralen Abkommen aber in weiten Teilen ausgenommen und in gesonderten Abkommen geregelt, obwohl beide Bereiche für sich einen nicht unerheblichen Anteil des weltweiten Handelsvolumens ausmachen.

Das GATT enthält keine ausdrücklichen Regeln über Investitionen.²⁶ Als Abkommen über den Warenhandel berührt es zwar zwangsläufig investitionsrelevante Sachverhalte, eine Regelung dieser Sachverhalte ist aber nicht Ziel des GATT.²⁷ Nachdem das *FIRA*-Panel in einem Streit zwischen den USA und Kanada festgestellt hatte, dass bestimmte Anforderungen an ausländische Investoren gleichzeitig Handelsbeschränkungen im Sinne des GATT sein können²⁸, wurden einige Berührungspunkte zwischen Warenhandel und Investitionen (sogenannte handelsbezogene Investitionsmaßnahmen, TRIMs) im *Agreement on Trade-Related Investment Measures* näher geregelt. Auch das TRIPS regelt Investitionen jedoch nicht ausdrücklich.

Im GATS sind Investitionen dagegen ausdrücklich als eine Form der Dienstleistung erfasst. Operiert der Dienstleister durch eine Niederlassung, hat er also eine kommerzielle Präsenz im Gaststaat, sind die Anforderun-

25 Dazu Krajewski, *Wirtschaftsvölkerrecht*, S. 58 ff.

26 Wolf, *Welthandelsrechtliche Rahmenbedingungen für die Liberalisierung ausländischer Direktinvestitionen*, in Tietje/Kraft, *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*, Vol. 61, S. 5, 6.

27 Vgl. Hahn, *WTO Rules and Obligations Related to Investment*, in Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch, *International Investment Law*, S. 653, 655.

28 Vgl. WTO-Panel, *Canada – Administration of the Foreign Investment Review Act*, Report vom 7. Februar 1984, L/5504 – 30S/140.

gen an eine Investition häufig erfüllt. Hinsichtlich der tatsächlich zu gewährleistenden Schutzstandards bietet das GATS den Mitgliedsstaaten jedoch eine Reihe von Ausnahmeoptionen an, die dazu führen, dass gerade die Anwendbarkeit elementarer Regelungen zum Marktzugang und Diskriminierungsverbot bei Investitionen stark beschränkt ist.²⁹ Das genaue Verhältnis von WTO-Regeln und Investitionsschutz ist Gegenstand einer Vielzahl wissenschaftlicher Diskussionen. Auch wenn WTO-Regeln theoretisch auf investitionsbezogene Sachverhalte passen, sind der praktische Anwendungsbereich durch Ausnahmegesetze für Investitionen stark limitiert und Investitionen faktisch in weiten Teilen von den Regeln der WTO ausgenommen.³⁰

Der weitgehende Ausschluss von den multilateralen Abkommen der WTO gilt auch für die öffentliche Vergabe. Artikel III Nr. 8 a) GATT nimmt die öffentliche Vergabe vom Anwendungsbereich des wichtigen Inländergleichbehandlungsgebots in Artikel III GATT aus. Und obwohl sich Artikel III Nr. 8 a) GATT nicht ausdrücklich auf die in Artikel I GATT geregelte Meistbegünstigung bezieht, gilt die Ausnahme nach herrschender Meinung auch dort.³¹ In gleicher Weise nimmt Artikel XIII GATS die öffentliche Vergabe von Inländergleichbehandlung, Meistbegünstigung und den Marktzugangsregeln aus.³² Das hat zur Folge, dass WTO-Mitglieder unter den obligatorischen Abkommen GATT und GATS

29 Neufeld, *Trade and Investment*, in Bethlehem/McRae/Neufeld/Van Damme, *The Oxford Handbook of International Trade Law*, S. 620, 627: „With the important exception of the MFN-principle, GATS protections largely apply only where WTO Members have made specific commitments in their schedules. Market access and national treatment guarantees are conditional upon the commitments found in a Member’s schedule. Commitments may apply generally across all modes of delivery, or they may be limited according to specific modes and sectors. Therefore, a Member may be open to the cross-border supply of services in a certain sector, such as telecommunications services, but not to its supply through a commercial presence. In theory, the GATS applies to all measures affecting trade in services. In fact, its application is largely dictated by each Member’s schedule.“

30 Vgl. Brewer/Young, *Investment Issues at the WTO: The Architecture of Rules and the Settlement of Disputes*, 1 JIEL 1998, S. 457, 458, 468.

31 Prieß/Berrisch, *WTO-Handbuch*, S. 625 f.; Arrowsmith, *Government Procurement in the WTO*, S. 61 f. m. w. N.

32 Anderson/Arrowsmith, *The WTO regime on government procurement: past, present and future*, in Arrowsmith/Anderson, *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, S. 3, 6.

weitgehend frei sind, die Produkte nationaler Anbieter in Vergabeverfahren zu bevorzugen. Selbst wenn ein Mitgliedsstaat durch ein anderes Abkommen oder nationale Vorschriften an bestimmte Beschaffungsregeln gebunden ist, bewirkt der Ausschluss vom Meistbegünstigungsgrundsatz, dass diese Regeln nicht automatisch für Anbieter aus anderen WTO-Mitgliedsländern gelten.³³ Im Beschaffungswesen kann dies dazu führen, dass ausländische Produkte entweder vom Bieterverfahren in einzelnen Wirtschaftsbereichen ausgeschlossen werden oder höheren Anforderungen genügen müssen, meist um nationalen Anbietern mit Blick auf deren Arbeitsplätze und Abgaben einen Vorteil zu verschaffen. Die Differenzierung kann aber auch auf nicht-wirtschaftlichen Zielsetzungen nationaler Politik beruhen, etwa öffentliche Sicherheit, Abbau bestehender Diskriminierungen oder Umwelt- und Gesundheitsschutz.³⁴

Nachdem Investitionen und öffentliche Vergabe frühzeitig von den multilateralen Abkommen der WTO ausgenommen und mehrere spätere Integrationsversuche auf multilateraler Ebene gescheitert waren, haben sich für diese Wirtschaftsbereiche parallele Regelwerke auf nationaler, bilateraler und plurilateraler Ebene entwickelt. Diese Entwicklung separater Systeme ist bemerkenswert, wenn man bedenkt, dass Investitionen und öffentliche Vergabe ursprünglich als normale Bereiche des Welthandels verstanden wurden, also einen gemeinsamen Ursprung haben. Auch heute wären Sachverhalte denkbar, in denen eine staatliche Maßnahme in einem Vergabeprozess gleichermaßen als Investitionsregulierung oder investitionsbezogene Maßnahme im Sinne von GATT oder GATS verstanden werden könnte. Beispielsweise die Bewerbung eines ausländischen Unternehmens um den Zuschlag für den Bau und Betrieb (BOT) eines Kraftwerks, die an *local content* und *domestic supplier*-Anforderungen scheitert. Oder die Teilnahme einer lokalen Niederlassung eines Investors am Vergabeverfahren über den Betrieb eines Krankenhauses, die wegen *Public Health*-Ausnahmen nicht zum Zuschlag führt. Nach einem kurzen Überblick über die Entwicklung der separaten Regime des internationalen Investitionsschutz- und Vergaberechts gilt es herauszustellen, welche Gemeinsamkeiten diese beiden Teilbereiche des Welthandels mit dem WTO-System und untereinander noch haben.

33 Arrowsmith, *Government Procurement in the WTO*, S. 66.

34 Vgl. Arrowsmith, *Government Procurement in the WTO*, S. 24 ff.

I. Entwicklung des internationalen Investitionsschutzrechts

Das Investitionsschutzrecht entwickelte sich aus dem internationalen Fremdenrecht, das Schutz für Ausländer und deren Eigentum im Gebiet eines fremden Staates gewährleisten sollte. Dieses Fremdenrecht war hauptsächlich Gewohnheitsrecht.³⁵ Daneben gab es einige Abkommen, die primär die Handelsbeziehungen zwischen Staaten regeln sollten. Die ab 1778 geschlossenen U.S.-amerikanischen Verträge über Freundschaft, Handel und Seefahrt (FCN) regelten auf bilateraler Basis Handelsangelegenheiten, darunter Meistbegünstigung und Inländergleichbehandlung.³⁶ Diese Abkommen differenzierten noch nicht zwischen Handelsgeschäften im weitesten Sinne und Investitionen, sondern bezogen sich primär auf fremdes Eigentum. Wobei anzumerken ist, dass der Eigentumsbegriff vom europäischen Rechtsverständnis geprägt war, das schließlich auch die Entwicklung des modernen Investitionsschutzrechts maßgeblich beeinflusst hat.³⁷

Nach dem Ende des zweiten Weltkriegs änderte sich das weltweite Wirtschaftsklima vom starken Protektionismus der 1920er Jahre in einen Konsens zugunsten der Handelsliberalisierung. Ab 1946 begannen Verhandlungen über die Gründung einer Internationalen Welthandelsorganisation (ITO). Das Verhandlungsergebnis, der finale Entwurf der Havanna-Charta³⁸, sah in Artikel 12 Regeln zur Förderung und zum Schutz von Investitionen, aber auch zulässige Beschränkungen im nationalen Interesse vor. Die ITO sollte zudem den Abschluss eines speziellen multilateralen Investitionsschutzabkommens vorantreiben (Artikel 11 II c) Havanna-Charta) und Studien über die Entwicklung internationaler Investitionen durchführen (Artikel 49 Havanna-Charta).³⁹ Ein Grund des letztendlichen Scheiterns der Havanna-Charta wird in der vagen Formulierung des Inves-

35 Vandeveld, *A Brief History of International Investment Agreements*, 12 Davis JILP 2005, S. 157, 158.

36 Dazu Alschner, *Americanization of the BIT Universe: The Influence of Friendship, Commerce and Navigation (FCN) Treaties on Modern Investment Treaty Law*, 5 GöttingenJIL 2013, S. 455, 461 f.

37 Miles, *The Origins of International Investment Law*, S. 22 f.

38 Havana Charter for an International Trade Organization, abgedruckt in *United Nations Conference on Trade and Employment, Final Act and Related Documents*, UN-Doc. E/Conf.2/78.

39 Riesenfeld, *Foreign Investments*, in Bernhardt, EPIL, S. 436.