

Alexandra Schuppli

Staatliches Regulierungsinteresse im Investitionsschutzrecht

Unter besonderer Berücksichtigung des Schutzes
vor indirekten Enteignungen



Nomos

facultas



DIKE



Studien zum Internationalen Investitionsrecht

herausgegeben von

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

Prof. Dr. Dr. h.c. Stephan Hobe, LL.M., Universität zu Köln

Prof. Dr. August Reinisch, LL.M., Universität Wien

Prof. Dr. Andreas R. Ziegler, LL.M., Universität Lausanne

Band 32

Alexandra Schuppli

Staatliches Regulierungsinteresse im Investitionsschutzrecht

Unter besonderer Berücksichtigung des Schutzes
vor indirekten Enteignungen



Nomos

facultas



DIKE 

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

Zugl.: Freiburg, Univ., Diss., 2018

u.d.T.: Regulierungsinteresse der Staaten im Investitionsschutzrecht

ISBN 978-3-8487-5948-4 (Nomos Verlag, Baden-Baden, Print)

ISBN 978-3-7489-0078-8 (Nomos Verlag, Baden-Baden, ePDF)

ISBN 978-3-7089-1909-6 (facultas Verlag, Wien)

ISBN 978-3-03891-135-7 (Dike Verlag, Zürich/St. Gallen)

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Mit der Annahme der vorliegenden Arbeit als Promotion findet mein akademischer Weg an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Wintersemester 2018 seinen Abschluss. Angefangen hatte er mit meinem Studienbeginn im Wintersemester 2006. Schon während des Studiums arbeitete ich als studentische Hilfskraft am Lehrstuhl meiner späteren Doktormutter Frau Prof. Dr. Yuanshi Bu, LL.M. Dabei hat Frau Prof. Bu in mir das Interesse an der Erforschung fremder Rechtsordnungen und internationalen Rechts geweckt. Deshalb habe ich mich entschlossen, nach Abschluss meines Referendariats im Jahr 2014 an die Universität zurückzukehren und unter ihrer Betreuung ein Promotionsstudium aufzunehmen. Für die Ermutigung zur Erstellung dieser Arbeit sowie für alle Ratschläge, die sie mir in den unterschiedlichsten Lebenssituationen gegeben hat, werde ich meiner Doktormutter immer dankbar sein. Für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens bedanke ich mich bei Herrn Prof. Dr. Hanno Merkt, LL.M. Für die Aufnahme in die Schriftenreihe „Studien zum Internationalen Investitionsrecht“ danke ich dem Verlag Nomos sowie den Herren Prof. Dr. Marc Bungenberg, LL.M., Prof. Dr. Dr. h.c. Stephan Hobe, LL.M., Prof. MMag. Dr. August Reinisch, LL.M., sowie Prof. Dr. Andreas R. Ziegler, LL.M., als Leitern der Schriftenreihe recht herzlich.

Vor allem aber ist den Menschen zu danken, ohne deren Hilfe diese Arbeit nicht entstanden wäre. So bedanke ich mich für die unerschöpfliche Geduld meiner gesamten Familie, die mich stets begleitet und mir den Mut gegeben hat, nicht aufzugeben. Mein Schwager und meine Schwägerin hatten jederzeit ein offenes Ohr für mich, meiner Schwiegermutter ist darüberhinaus für das Korrekturlesen zu danken. Wie unermesslich wichtig die Unterstützung meiner Schwester und meiner Eltern für die Erstellung dieser Arbeit war, wurde Tag für Tag unter Beweis gestellt.

Meinem Ehemann schließlich widme ich diese Arbeit in größter Dankbarkeit und Liebe.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	13
Kapitel 1: Einleitung	19
I. Einführung in die Thematik	19
II. Zielsetzung und Begriffsbestimmung	21
III. Forschungsstand	23
IV. Methodik	25
V. Gang der Untersuchung	30
Kapitel 2: Ansätze zum a priori Interessenvorrang als Hindernis für den Interessenausgleich	32
I. Abstrakte Bevorzugung der staatlichen Interessen über die in- dubio-pro-mitius-Maxime	32
1. Souveränitätsprinzip im Investitionsschutzrecht	33
2. Die restriktive Auslegung im allgemeinen Völkerrecht zugunsten der Souveränität	37
3. Zur Anwendung einer restriktiven Auslegung im Investitionsschutzrecht	40
4. Zusammenfassung	43
II. Abstrakter Vorrang der Interessen der Investoren?	43
1. Auslegung der Investitionsschutzabkommen	44
1.1. Wortlautbezogene Auslegung	44
1.2. Teleologische Auslegung	46
1.3. Effektivitätsprinzip	49
2. Kritische Auseinandersetzung mit diesen Ansätzen	49
2.1. Unbestimmtheit der Investitionsschutzabkommen	49
2.2. Mehrschichtiger Zweck der Investitionsschutzabkommen	52
3. Zusammenfassung	55

III. Die Paradigmenlehre als Begründungsansatz eines Vorrangs der Interessen des Investors	55
1. Entpolitisierung des schiedsrichterlichen Investitionsschutzes	57
2. Charakterisierung der Investitionsschutzabkommen als privatrechtliche Verträge	60
3. Zusammenfassung	65
IV. Zusammenfassung	66
Kapitel 3: Interessenausgleich durch Einräumung von Entscheidungsfreiräumen für den Staat	68
I. Notwendigkeit der Einräumung von Entscheidungsfreiräumen für den Staat	68
II. Entscheidungsfreiräume nach dem Vorbild der Margin of Appreciation	70
1. Die Grundlagen der Margin of Appreciation in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)	70
1.1. Ursprung der Margin of Appreciation-Doktrin	71
1.2. Struktur der Konventionsrechte	73
1.3. Souveränität als Legitimationsbasis für die Margin of Appreciation	74
1.4. Subsidiarität als Legitimationsbasis für die Margin of Appreciation	75
1.5. Demokratiebezogene Rechtfertigungsgründe für die Margin of Appreciation	78
1.5.1. Die Konsensmethode des EGMR	79
1.5.2. Margin of Appreciation im Rahmen von Abwägungsentscheidungen	81
1.6. Zusammenfassung	84
2. Die Übertragung der Margin of Appreciation in das Investitionsschutzrecht	85
2.1. Entscheidungen zur „Argentinien-Krise“ als Ausgangspunkt	85
2.1.1. Zugrundeliegende Sachverhalte	85
2.1.2. Entscheidungspraxis der Schiedsgerichte	88
2.2. Rezeption in der Literatur	93

3.	Kritische Würdigung der Übertragung der Margin of Appreciation in das Investitionsschutzrecht	95
3.1.	Entscheidungen zur „Argentinien-Krise“ keine hinreichende Grundlage	95
3.2.	Normative Unterschiede zwischen der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und dem Investitionsschutzrecht	98
3.2.1.	Keine Subsidiarität im Investitionsschutzrecht	99
3.2.2.	Unterschiede zwischen Menschenrechten und Investitionsschutz	100
3.2.3.	Demokratie und Investitionsschutz	103
4.	Zusammenfassung	105
III.	Ansatz von der Einräumung empirischer und normativer Entscheidungsfreiräume	106
1.	Ansatz von Schill	106
2.	Ansatz von Henckels	107
2.1.	Darstellung des Ansatzes	107
2.2.	Rekonstruktion der dogmatischen Grundlage des Ansatzes	109
3.	Kritische Würdigung	111
IV.	Zusammenfassung	113
Kapitel 4:	Interessenausgleich unter völkerrechtlichem Paradigma im Rahmen des Schutzes vor indirekter Enteignung	116
I.	Einführung	116
1.	Interessenausgleich im Wege der Auslegung und Anwendung von Investitionsschutznormen unter dem völkerrechtlichen Paradigma	116
2.	Indirekte Enteignungen als Referenzgebiet	116
2.1.	Direkte und indirekte Enteignung	117
2.2.	Indirekte Enteignung und staatliches Regulierungsinteresse - Erfordernis eines Interessenausgleichs	118
2.3.	Ansätze zur Abgrenzung zwischen indirekter Enteignung und bloßer Regulierungsmaßnahme	118
2.3.1.	Äquivalenzsatz	119
2.3.2.	Erfordernis einer Bereicherung	120
2.3.3.	Enteignungsabsicht	121

II. Die Sole-Effect-Doktrin und der Interessenausgleich	122
1. Grundlagen der Sole-Effect-Doktrin aus der Rechtsprechung	122
1.1. Leitentscheidungen des Iran-U.S. Claims Tribunal	122
1.1.1. Zum Hintergrund: Das Iran-U.S. Claims Tribunal	122
1.1.2. Die Leitentscheidungslinie ITT – Starrett – Tippetts –Phelps Dodge	123
1.2. Metalclad v. Mexico	126
1.2.1. Zugrundeliegender Sachverhalt	126
1.2.2. Entscheidung des Investitionsschiedsgerichts	127
1.3. Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador	129
2. Rezeption der Sole-Effect-Doktrin im Schrifttum	131
2.1. Zustimmung	131
2.2. Kritik	132
3. Zusammenfassung und kritische Würdigung der Sole- Effect-Doktrin	135
III. Police Powers und Interessenausgleich	136
1. Grundlagen der Police Powers	136
1.1. Begriff der Police Powers	137
1.2. Police Powers als Ergebnis einer evolutiven Entwicklung durch die Investitionsschiedsgerichte	138
1.3. Police Powers und der Wortlaut der Enteignungsschutzklauseln	141
1.4. Vermutung einer bona fide Ausübung der Police Powers als Operationalisierung der Police-Powers- Doktrin	143
1.5. Zusammenfassung	145
2. Fallstudie zur bona fide Ausübung der Police Powers	147
2.1. Rekonstruktion der Entscheidungspraxis des Iran-U.S. Claims Tribunal	148
2.2. Rekonstruktion von Metalclad v. Mexico	151
2.3. Tecmed v. Mexico	153
2.4. Methanex v. USA	157
2.5. EnCana v. Ecuador	160
2.6. Saluka v. Czech Republic	161
2.7. Azurix v. Argentina	164
2.8. Chemtura v. Canada	165
2.9. Sergei Paushok v. Mongolia	166
2.10. Occidental v. Ecuador	170

2.11. Yukos Universal Ltd und andere v. Russian Federation	175
2.12. Philip Morris v. Uruguay	180
2.13. Zusammenfassung	184
IV. Interessenausgleich im Rahmen der Bemessung der Ersatzleistungen	186
1. Ausgangspunkt: Billigkeitsgrundsatz	187
2. Santa Elena v. Costa Rica	190
3. Siemens v. Argentina	191
4. CME v. Czech Republic	193
5. Azurix v. Argentina	194
6. Zusammenfassung	197
V. Zusammenfassung	198
Kapitel 5: Ausblick und Zusammenfassung	200
I. Ausblick - insbesondere zur Gestaltung künftiger Investitionsschutzabkommen	200
1. Tendenzen in der Entwicklung der Investitionsschutzabkommen	200
2. Einordnung der Tendenzen	201
3. Allgemeine Ausnahmeklauseln und qualifizierte Enteignungsschutzklauseln	202
3.1. Allgemeine Ausnahmeklauseln	203
3.1.1. Gestaltung und Motivation	203
3.1.2. Kritische Würdigung	204
3.1.3. Möglichkeit der Anpassung der allgemeinen Ausnahmeklauseln an das Investitionsschutzrecht	208
3.2. Qualifizierte Enteignungsschutzklauseln	209
3.2.1. Gestaltung	209
3.2.2. Kritische Würdigung	212
II. Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesenform	214
Literaturverzeichnis	217
Entscheidungsverzeichnis	239
I. Zitierte Entscheidungen aus dem Investitionsschutzrecht	239
II. Zitierte Entscheidungen zum allgemeinen Völkerrecht	242

Inhaltsverzeichnis

III. Zitierte Entscheidungen zur EMRK	243
IV. Zitierte Entscheidungen nationaler Gerichte	243

Abkürzungsverzeichnis

a.	auch
Aufl.	Auflage
A. A.	Anderer Auffassung
Abs.	Absatz
A.G.	Aktiengesellschaft
allgem.	allgemein
Art.	Artikel
ASEAN	Association of South East Asian Nations
B.V.	Besloten Vennootchap met beperkte aansprakelijkheid
Bd.	Band
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BIT	Bilateral Investment Treaty
bzgl.	bezüglich
CETA	Comprehensive Economic and Trade Agreement
Corp.	Corporation
d.	der des durch
d.h.	das heißt
ders.	derselbe
dies.	dieselben
Doc.	Document
Dok.	Dokument
Dpa	Deutsche Presseagentur
DSU	Vereinbarung über die Regeln und Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten im Rahmen der WTO
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt

Abkürzungsverzeichnis

ECHR	European Court of Human Rights (s. a. EGMR)
ECT	Energy Charter Treaty
Ed.	Edition
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
EMRK	Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten
Ents.	Entscheidung
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f.	folgende (Einzahl)
ff.	folgende (Mehrzahl)
F.I.	Fondo de inversión
FET	Fair and equitable treatment
Fn.	Fußnote
G20	Gruppe der Zwanzig
GATS	General Agreement on Trade in Services
GATT	Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen (General Agreement on Tariffs and Trade)
gg.	gegen
GG	Grundgesetz
Hervorh.	Hervorhebung
Hrsg.	Herausgeber
I.C.J.	International Court of Justice
i. e.	ita est
i. E.	im Ergebnis
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
IGH	Internationaler Gerichtshof

IGH-Statut	Statut des internationalen Gerichtshofs
IIA	International investment agreement
ILC	Völkerrechtskommission (International law commission)
ILM	International Legal Materials
ILR	International Law Reports
Inc.	Incorporated
insb.	insbesondere
IUSCT	Iran-U.S. Claims Tribunal
L.P.	Limited Partnership
LCIA	London Court of International Arbitration
LDC	Least developed countries
lit.	Buchstabe (litera)
Ltd.	Limited
Mio.	Million
mwN	mit weiteren Nachweisen
NAFTA	North American Free Trade Agreement North American Free Trade Association
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
No.	Nummer
NPM	Non-precluded measure
Nr.	Nummer
NWVBl	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development
PCA	Permanent Court of Arbitration
P.C.I.J.	Permanent Court of International Justice
Rdn.	Randnummer

Abkürzungsverzeichnis

Rspr.	Rechtsprechung
Rz.	Randziffer
S.	Seite
s.	siehe
S.à r.l.	Société à responsabilité limitée
S.A.	Sociedad Anónima
	Société Anonyme
SAR	Special Administrative Region
SCC	Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce
ser.	Serie
sog.	sogenannt
SPR	Single Presentation Requirement
TTIP	Transatlantisches Freihandelsabkommen (Transatlantic Trade and Investment Partnership)
u. a.	und andere
	unter anderem
U.C.	University of California
U.S.	Vereinigte Staaten (United States)
UK	Vereinigtes Königreich (United Kingdom)
UN	Vereinte Nationen (United Nations)
UN-Charta	Charta der Vereinten Nationen
UNCITRAL	United Nations Commission for International Trade Law
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
UNGA	Generalversammlung der Vereinten Nationen (United Nations General Assembly)
USA	Vereinigte Staaten von Amerika (United States of America)
Urt.	Urteil
v.	versus
Verf.	Verfasser

vgl.	vergleiche
WHO	World Health Organization
WTO	World Trade Organization
WVK	Wiener Vertragsrechtskonvention
z. B.	zum Beispiel
ZP	Zusatzprotokoll

Kapitel 1: Einleitung

1. Einführung in die Thematik

Das Investitionsschutzrecht steht in den letzten Jahren auch in Deutschland verstärkt im Fokus des öffentlichen Interesses.

Gegen Investitionsschutzabkommen und das Investitionsschutzrecht werden regelrechte Kampagnen geführt. Diese mitunter wenig mit sachlichen Argumenten geführte und emotional aufgeladene Diskussion führt in der Bevölkerung zu einem erheblichen Misstrauen gegenüber der gesamten Thematik und ihren Akteuren, Schlagworte wie das „Chlorhähnchen“ bestimmten mitunter die Diskussion.¹ Prominentes Beispiel dieser Entwicklung ist das TTIP-Projekt, das unter anderem an der von politischen Akteuren geäußerten und von Teilen der Bevölkerung aufgegriffenen Kritik an intransparenten Verhandlungen und Strukturen gescheitert sein dürfte.² Auch die insofern weiter geäußerten Befürchtungen sind primär politischer Natur: „Klage- und gebührenwütige Anwälte“ aus den USA drohen Deutschland zu überfallen, indem sie im Auftrag amerikanischer Bildungsanbieter „deutsche Kommunen wegen ihrer Subventionen“ vor Schiedsgerichte zerren; das Abkommen sei ein „Geschäft der Großunternehmer“ und werde zu einem massiven Arbeitsplatzverlust der Bevölkerung führen.³ In diesem Zusammenhang werden auch Verfahren wie jenes aufmerksam registriert, das der schwedische Energieversorger Vattenfall derzeit wegen des Atomausstiegs gegen die Bundesrepublik Deutschland führt; der vor dem Schiedsgericht aufgrund einer Verletzung des Energy Charter Treaty klageweise geltend gemachte Ersatzanspruch beträgt immerhin 4,7 Milliarden Euro.⁴ Im Vergleich hierzu erscheint der von Investoren gegenüber Spanien wegen einer Kappung der Einspeisevergütung für So-

1 Weingartner, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 21. März 2015, 24.

2 Chmielewski, JUVÉ 19 (2016), 72 (73); Reuters/dpa, Gabriel: TTIP de facto gescheitert.

3 Leibfried, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 13. Juli 2015, 6.

4 Chmielewski, JUVÉ 19 (2016), 32 (36); Budras, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 28. Januar 2018, 25; das Verfahren wird derzeit nicht öffentlich geführt, *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany (II)*, ICSID Case No. ARB/12/12, Decision on the Respondent's preliminary objections pursuant to ICSID Arbitration Rule 41(5), 2 July 2013.

larennergie erstrittene Betrag von 128 Millionen Euro geradezu überschaubar.⁵

Selbst sachliche Stimmen wie der ehemalige Präsident des Bundesverfassungsgerichts und Staatsrechtslehrer, Hans-Jürgen Papier, lassen sich nachdenklich vernehmen:

„Man kann nicht übersehen, in welchem Ausmaß ein Abkommen der angestrebten Art die bisherige nationale und europäische Rechtsordnung grundlegend verändern wird, ohne dass der demokratische Souverän und seine parlamentarische Vertretung darauf wirklich Einfluss nehmen können.“⁶

Festzuhalten ist, dass sich die an Investitionsschutzabkommen beteiligten Staaten einer regelrechten Klageflut ausgesetzt sehen.⁷ Unter der Formel „*regulatory chill*“ fassen kritische Stimmen die Befürchtung zusammen, dass die Perspektive schiedsgerichtlicher und damit finanzieller Konsequenzen zu einer freiwilligen Preisgabe staatlicher Regulierung führe.⁸ Vor diesem Hintergrund lässt sich feststellen, dass sich das Investitionsschutzrecht in einer Legitimitätskrise befindet.⁹ So lassen sich berechnete Fragen stellen: Begeben sich die Staaten durch den Abschluss von Investitionsschutzabkommen ihrer ureigenen Rechte? Verlieren sie die Möglichkeit zur Gestaltung ihrer Gesellschaften? Wo endet die Kontrollmacht der Schiedsgerichte und wo beginnt der der Kontrolle der Schiedsgerichte entzogene Souveränitätsbereich des Staates?

5 *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36, Final Award, 4 May 2017, das Schiedsgericht nahm eine Verletzung des FET-Standards an; *Rößler*, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 16. Mai 2017, 21.

6 *Anger/Heide/Hoppe u. a.*, *Handelsblatt*, 15./16./17. Juli 2016, 8 (8).

7 *Chmielewski*, *JUVE* 19 (2016), 32 (35): 1993 gab es nur eine neue Investitionsschutzklage, im Jahr 2015 wurde ein Rekord von 77 Investitionsschutzklagen verzeichnet. 2016 wurden 69 neue Schiedsverfahren eingeleitet, wobei circa zwei Drittel der Kläger aus entwickelten Staaten kamen, s. dazu *UNCTAD*, IIA Issues Note No. 3. Special Update on Investor-State Dispute Settlement. Facts and Figures.

8 *Brower, II*, in: *Sauvant* (Hrsg.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2008-2009*, 2009, S. 347 ff.: „For instance, one tribunal rendered an award against the Czech Republic in an amount roughly equivalent to the nation’s annual budget for health-care.“

9 *Brower/Schill*, *Chicago Journal of International Law* 9 (2009), 471 (473).

II. Zielsetzung und Begriffsbestimmung

Mit dieser Arbeit soll untersucht werden, wie staatliche Regulierungsinteressen im Investitionsschutzrecht berücksichtigt werden.

Im Zentrum der Arbeit steht die Frage, ob eine ausdrückliche Aufnahme des Schutzes von Regulierungsinteressen der Gastgeberstaaten durch die Einführung von neuen Ansätzen ins Investitionsschutzrecht tatsächlich erforderlich ist, oder ob nicht dieser Schutz durch Auslegung der Investitionsschutzklauseln, insbesondere des Enteignungsschutzes, schon praktiziert wird. Die Arbeit untersucht dabei unterschiedliche Aspekte und Ansätze sowohl aus der schiedsgerichtlichen Spruchpraxis als auch aus der einschlägigen Literatur und unternimmt eine bewertende Gegenüberstellung dieser Ansätze. Dabei wird besonderes Augenmerk auf die Fragen gelegt, wessen Interessen Investitionsschutzabkommen eigentlich schützen, was die Grundlagen des Regulierungsinteresses sind, aber auch, wie neue oder gegebenenfalls „systemfremde“ Ansätze ins Investitionsschutzrecht Eingang finden.

Im Lichte der gefundenen Ergebnisse unternimmt diese Arbeit das Ziel, aktuelle Modernisierungsvorschläge in den neueren Investitionsschutzabkommen bezüglich des Enteignungsschutzes zu bewerten.

Der vorliegenden Arbeit liegt ein weiter Investitionsbegriff zugrunde, den *Kriebaum* pointiert wie folgt zusammengefasst hat:

- „(1) traditionelle Eigentumsrechte,
- (2) Anteilsrechte an Unternehmen,
- (3) Ansprüche auf Geld oder Ansprüche auf eine Leistung etwa aus einem Vertrag, die einen wirtschaftlichen Wert haben,
- (4) geistige und gewerbliche Schutzrechte,
- (5) industrielle Eigentumsrechte und Konzessionen sowie ähnliche Rechte.“¹⁰

Bei der Investition handelt es sich somit um die Interessenposition des Investors.¹¹

¹⁰ *Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht, 2008, S. 53.

¹¹ Eine vertiefte Darstellung des Investitionsbegriffs wird an dieser Stelle nicht erfolgen, diesbzgl. wird verwiesen auf: *Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht, 2008; *Meifort*, Der Begriff der Enteignung nach der Rechtsprechung der internationalen Schiedsgerichte zum internationalen Investitionsschutzrecht, 2010; *Perkams*, Internationale Investitionsschutzabkommen im Spannungsfeld zwischen effektivem Investitionsschutz und staatlichem Gemeinwohl, 2011.

Der Schutz der Investitionen kann sich dabei aus bilateralen völkerrechtlichen Investitionsschutzabkommen (BITs), aus multilateralen oder regionalen Investitionsschutzabkommen (zusammen mit den BITs verallgemeinernd als Investitionsschutzabkommen bezeichnet), aus Völkergewohnheitsrecht oder aber aus Investitionsverträgen zwischen Investoren und Gastgeberstaaten ergeben.¹²

In dieser Arbeit wird von der Prämisse ausgegangen, dass die meisten Investitionsschutzabkommen einen ähnlichen Wortlaut in Bezug auf Klauseln wie der Schutz vor indirekter Enteignung haben, sodass keine weitergehende Differenzierung (wenn nicht erforderlich) vorgenommen wird.¹³ In der Bearbeitung wird auf die sogenannten „klassischen“ Investitionsschutzabkommen Bezug genommen, die nicht ausdrücklich das Regulierungsinteresse normieren. Im letzten Kapitel der Arbeit wird dann auf die Investitionsschutzabkommen der „neuen Generation“¹⁴ Bezug genommen, die demgegenüber entsprechende Regelungen enthalten.

Dieser Arbeit liegt dabei der Begriff des Regulierungsinteresses zugrunde. Regulierungsinteresse meint – der Systematisierung von *Markert* folgend:

„Staatsnotstand, Maßnahmen zugunsten der nationalen Sicherheit und öffentlichen Ordnung, Umweltschutz, Schutz der Gesundheit, Kulturgüterschutz, Sozialpolitik und Arbeitsstandards, Menschenrechte und die Regulierung der Wirtschaft im Zeichen der Finanzkrise“.¹⁵

Zum Regulierungsinteresse gehört darüberhinaus auch das Gemeinwohlinteresse, das im Unterschied zu Notstands- oder Krisensituationen nicht von einem dringenden Handlungsbedarf geprägt sind.¹⁶ Der Begriff des Interessenausgleichs, der in dieser Arbeit verwendet wird, meint daher die Berücksichtigung der Regulierungsinteressen des Staates im Rahmen des Investitionsschutzes.

12 *Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht, 2008, S. 51.

13 Zum ähnlichen Wortlaut der Klauseln statt Vieler *Kläger*, Die Entwicklung des allgemeinen völkerrechtlichen Fremdenrechts, 2011, S. 18; *Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht, 2008, S. 43.

14 Der Ausdruck „new generation of BITs“ führt *Spears*, Journal of International Economic Law 13 (2010), 1037 ein.

15 *Markert*, in: *Bungenberg/Griebel/Hindelang* (Hrsg.), Internationaler Investitionsschutz und Europarecht, 2010, S. 243 (245 f.).

16 *Markert*, in: *Bungenberg/Griebel/Hindelang* (Hrsg.), Internationaler Investitionsschutz und Europarecht, 2010, S. 243 (248).

III. Forschungsstand

Der Fragestellung, wie staatliche Regulierungsinteressen im Rahmen des Investitionsschutzes zu berücksichtigen sind, kann man sich aus verschiedenen Perspektiven nähern. Dementsprechend umfangreich ist der Stand der Forschung. Nachfolgend können daher nur zu bestimmten Aspekten und Ansätzen einzelne Werke aus der Forschung herausgehoben werden.

Namentlich *Markert* und *Titi* haben sich um eine Systematisierung der Berücksichtigung des Regulierungsinteresses in den Klauseln unterschiedlicher Investitionsschutzabkommen und Modell-BITs bemüht.¹⁷ Dabei haben sie den Wortlaut der Klauseln genauer dargelegt, das Zusammenspiel mit dem Völkergewohnheitsrecht aufgezeigt und eine „neue Generation“ von Investitionsschutzabkommen dargestellt, in denen das „*Right to Regulate*“ ausdrücklich normiert ist. *Titi* kommt dabei zum Ergebnis, dass in Anbetracht der uneinheitlichen Spruchpraxis eine Normierung des Regulierungsinteresses unentbehrlich sei.¹⁸

Aus einer anderen Perspektive beleuchtet *Viñuales* die Frage des Regulierungsinteresses. Ausgehend vom Prinzip der Souveränität und dessen völkergewohnheitsrechtlicher Ausprägung sieht er eine Verpflichtung zur Berücksichtigung des Regulierungsinteresses bei der Auslegung von Investitionsschutzklauseln.¹⁹

Wiederum andere Autoren wie *Burke-White* und *von Staden*,²⁰ *Schill*²¹ oder *Henckels*²² versuchen, aufbauend auf Funktionsunterschieden zwischen Staat und Schiedsgericht, neue Ansätze für eine Abgrenzung der Kompetenzen zwischen Schiedsgericht und Staat zu entwickeln.

Bücheler wiederum erforscht die Rolle des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Investitionsschutzrecht.²³ Zu diesem Zweck vergleicht *Bücheler* die Anwendung dieses Prinzips im Verfassungsrecht von Deutschland, Kanada,

17 *Markert*, in: *Bungenberg/Griebel/Hindelang* (Hrsg.), *Internationaler Investitionsschutz und Europarecht*, 2010, S. 243; *Titi*, *The Right to Regulate in International Investment Law*, 2014.

18 *Titi*, *The Right to Regulate in International Investment Law*, 2014, S. 289 ff.

19 *Viñuales*, in: *Douglas/Pauwelyn/Viñuales* (Hrsg.), *The Foundations of International Investment Law*, 2014, S. 317; *Viñuales*, *Italian Yearbook of International Law* 23 (2013), 23.

20 *Burke-White/Staden*, in: *Schill* (Hrsg.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, 2010, S. 689; *Staden*, in: *Niesen* (Hrsg.), *Transnationale Gerechtigkeit und Demokratie*, 2012, S. 215.

21 *Schill*, *Journal of International Dispute Settlement* 3 (2012), 577.

22 *Henckels*, *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration*, 2015.

23 *Bücheler*, *Proportionality in Investor-State Arbitration*, 2015.

Südafrika, Israel sowie in den USA. Dadurch kommt er zum Ergebnis, dass die Verhältnismäßigkeit ein allgemeiner Rechtsgrundsatz im Sinne von Art. 38 Abs. 1 lit. c) IGH-Statut sei, der auf völkerrechtlicher Ebene zu berücksichtigen sei.²⁴ *Bücheler* führt danach eine ausführliche Analyse durch, ob die Beachtung der Verhältnismäßigkeit im Rahmen der einzelnen Investitionsschutzstandards (indirekte Enteignung, *Fair and Equitable Treatment-Standard* („*FET-Standard*“)) und im Rahmen von Maßnahmen zugunsten der nationalen Sicherheit und öffentlichen Ordnung und des völkergewohnheitsrechtlichen Notstands zu einem besseren Interessenausgleich führen. Dabei wägt *Bücheler* immer die von ihm identifizierten Probleme bei der Anwendung der Verhältnismäßigkeit ab, nämlich „(1) the danger of unwarranted judicial law-making; (2) the rule of law; and (3) the availability of a value system that guides the proportionality analysis and prevents arbitrary outcomes“.²⁵

Weiter sind Bearbeitungen zu nennen, die wie jene von *Kriebaum* und *Perkams* bestimmte Standards des Investitionsschutzrechts (zum Beispiel Enteignungsschutzklauseln) untersuchen und sich dabei beiläufig auch der Problematik des Interessenausgleichs zuwenden. So stellt *Kriebaum* einen Vergleich zwischen menschenrechtlichem und investitionsrechtlichem Enteignungsschutz hinsichtlich des Schutzbereichs und der Festlegung von Entschädigung oder Schadensersatz an. Dabei ist ihr Ergebnis, dass ein Interessenausgleich nicht durchgeführt wird, jedenfalls aber nicht in der dogmatisch richtigen Weise. Weiter schließt sie, dass der menschenrechtliche Enteignungsschutz eine Inspirationsquelle für die Entwicklung von neuen investitionsschutzrechtlichen Ansätzen zum Interessenausgleich bei der Bemessung der Ersatzleistungen sein kann.²⁶ *Perkams* untersucht auch die „Dichotomie“ zwischen nationaler Regulierung und indirekter Enteignung.²⁷ Er betrachtet den völkerrechtlichen Menschenrechtsschutz und nationale Verfassungsordnungen nicht nur als Inspirationsquellen, sondern als Rechtsquellen für die Ermittlung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die über Art. 31 WVK im Investitionsschutzrecht Anwendung finden sollen.²⁸ Daher führt er eine Untersuchung des Enteignungsschutzes nach der amerikanischen Verfassungsordnung, dem deutschen

24 *Bücheler*, Proportionality in Investor-State Arbitration, 2015, S. 61.

25 *Bücheler*, Proportionality in Investor-State Arbitration, 2015, S. 82.

26 *Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht, 2008, S. 39, 549 ff.

27 *Perkams*, Internationale Investitionsschutzabkommen im Spannungsfeld zwischen effektivem Investitionsschutz und staatlichem Gemeinwohl, 2011, S. 135 ff.

28 *Perkams*, Internationale Investitionsschutzabkommen im Spannungsfeld zwischen effektivem Investitionsschutz und staatlichem Gemeinwohl, 2011, S. 155 f.