

# Investitionsschutz in der Bauwirtschaft

## Anspruchsdurchsetzung vor internationalen Schiedsgerichten

Georg Adler, London/*Anne-Karin Grill*, Wien<sup>1)</sup>

### Übersicht:

- I. Volkswirtschaftliche Bedeutung
- II. Rechtsschutzmechanismen
  - A. Grenzen rein nationalen Rechtsschutzes
  - B. Relevanz internationalen Investitionsschutzes
- III. Investitionsschutz-Schiedsverfahren
  - A. Voraussetzungen
  - B. Investor
  - C. Investition
  - D. Schutzgarantien
  - E. Zurechenbarkeit
- IV. Schlussbemerkung

### I. Volkswirtschaftliche Bedeutung

Investitionen im Bereich der Bauwirtschaft sind für Volkswirtschaften von besonderem Interesse.<sup>2)</sup> Sie sind jedoch auch anfällig für Einflussnahmen durch willkürliche Gesetzgebungs- und Vollziehungsmaßnahmen – sei es aufgrund staatlichen Handelns oder staatlichen Unterlassens. Dies gilt vornehmlich im Zusammenhang mit Bauprojekten in Entwicklungs-, Schwellen- und Transformationsländern.

Investitionen im Ausland sind insbesondere auch für Bauunternehmer aus Österreich von großer Bedeutung: Der Bestand an internationalen Projekten in der Bauwirtschaft belief sich per Jahresende 2015 auf mehr als 3 Mrd EUR.<sup>3)</sup> Da-

- 
- 1) Die Autoren danken *Dr. Helmut Ortner, LL.M.* (Yale) für seine wertvollen Hinweise.
  - 2) Siehe insb zur Korrelation zwischen volkswirtschaftlicher Entwicklung und dem Wohnungsmarkt *Jordà/Schularick/Taylor*, The great mortgaging: housing finance, crises and business cycles, *Economic Policy* 2016, 107 ff; *Monnet/Wolf*, Demographic cycles, migration and housing investment, *Journal of Housing Economics* 2017, 38 ff.
  - 3) Diese Zahl stellt die zu Jahresende 2015 von in Österreich ansässigen Investoren gehaltenen Direktinvestitionen im Ausland nach der wirtschaftlichen Aktivität der ausländischen Tochter dar. Dieser aktive Direktbestand beinhaltet Eigenkapital und „sonstiges Kapital“ (dabei handelt es sich vorwiegend um konzerninterne Kredite). Der österreichische Besitz von Liegenschaften im Ausland und die Beteiligungen von „*Special Purpose Entities*“ sind in dieser Zahl nicht enthalten; siehe [www.oenb.at](http://www.oenb.at) (aufgerufen am 7. März 2018).

von entfiel mit rund 750 Mio EUR ein Viertel auf Osteuropa und mit zirka 500 Mio EUR ein Sechstel auf Amerika, Asien und Afrika.<sup>4)</sup> Mit der steigenden wirtschaftlichen Relevanz von Auslandsinvestitionen besteht zugleich auch ein erhöhtes Investoreninteresse an effizienten Rechtsschutzmechanismen für den Fall von unzulässigen Beeinträchtigungen durch den Staat, in dem die Investition getätigt wurde („Gastgeberstaat“).

## II. Rechtsschutzmechanismen

### A. Grenzen rein nationalen Rechtsschutzes

In jedem Rechtssystem hängt der tatsächliche Wert der dem Einzelnen gewährten materiellen Rechte von deren Durchsetzbarkeit in einem fairen Verfahren ab. Für einen Investor ist daher von wesentlicher Bedeutung, das geeignetste Forum zur Beilegung von rechtlichen Auseinandersetzungen mit dem Gastgeberstaat zu identifizieren. Für die Durchsetzung von Ansprüchen steht theoretisch ein breites Spektrum an Instrumenten zur Verfügung – die Bandbreite reicht von der Anrufung der nationalen Gerichte des Gastgeberstaates über die Streitbeilegung vor internationalen Schiedsgerichten bis hin zur Berufung auf zwischenstaatlichen diplomatischen Schutz unter Nutzung der Vorlagemöglichkeit an den Internationalen Gerichtshof.<sup>5)</sup>

In den Industriestaaten Europas gewähren die jeweils geltenden nationalen Normen einen zumeist funktionierenden Rechtsschutz gegen staatliche Eingriffe. Die Haftung des Staates für Schäden, die durch rechtswidriges Handeln seiner Organe verursacht wurden, ist entweder verfassungsgesetzlich klar verankert oder zumindest im Grundsatz unbestritten.<sup>6)</sup> Die staatliche Unrechtshaftung ist somit – bei allen Unterschieden im Detail<sup>7)</sup> – ein fester Bestandteil euro-

4) Die Berechnung beruht auf Angaben der Österreichischen Nationalbank vom 13. November 2017; siehe [www.oenb.at](http://www.oenb.at) (aufgerufen am 7. März 2018).

5) *Reinisch*, in UNCTAD (Hrsg.), *Dispute Settlement (selecting the appropriate forum)* (2003) 5. Vgl. zur Vorlagemöglichkeit zum Internationalen Gerichtshof *Lörcher*, *ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit*, *SchiedsVZ* 2005, 11 (20).

6) Siehe beispielsweise Art 34 GG Deutschland; Art 23 Abs 1 B-VG Österreich und Art 146 Bundesverfassung Schweiz.

7) Der Anerkennung staatlicher Unrechtshaftung dem Grunde nach stehen in etlichen nationalen Haftungsordnungen teils gravierender Einschränkungen gegenüber. Manche europäischen Rechtsordnungen limitieren eine generelle Haftungsbeschränkung der öffentlichen Hand auf krasse Rechtsverstöße. In Frankreich findet sich eine solche generelle Limitierung in der richterrechtlichen Staatshaftungsordnung im Rahmen der Rechtsfigur der *faute lourde*, die eine öffentlich-rechtliche Haftung der staatlichen Gewalt von vornherein auf schwerwiegende Rechtsverstöße beschränkt: Die besondere Erheblichkeit des Rechtsfehlers, seine Offensichtlichkeit, aber auch das Ausmaß des verursachten Schadens dienen insoweit als Kriterien; siehe dazu *Marsch*, *Frankreich*, in *Dörr* (Hrsg.), *Staatshaftung in Europa* (2013) 195 ff. Manche Staaten wiederum normieren bedeutende Restriktionen im Bereich des legislativen oder judikativen Unrechts. Kategorisch abgelehnt wird eine Staatshaftung für legislative Rechtsverstöße bislang beispielsweise in Italien, Österreich und Ungarn. Diese Einschränkung wird im Anwendungsbereich des Unionsrechts aufgelockert; siehe unten FN 8. Richterliches Handeln ist in Bezug auf die staatliche Haftung in praktisch allen europäischen Staaten privilegiert. In Österreich haftet der Staat zwar für jedes richterliche Handeln, nicht aber für jenes der Höchstgerichte.

päischer Rechtsstaatlichkeit.<sup>8)</sup> Über die durch das Rechtsstaatsprinzip gebotene Unrechtshaftung hinaus kennen die meisten europäischen Rechtsordnungen Normen über staatliche Haftung gegenüber Privaten, die nicht an ein rechtswidriges Verhalten staatlicher Amtsträger anknüpft.<sup>9)</sup>

In Entwicklungs-, Schwellen- und Transformationsländern erweist sich die Lage für ausländische Investoren häufig als schwieriger. Problematisch ist die Rechtsdurchsetzung insbesondere in Staaten, in denen die Unabhängigkeit von Behörden und Gerichten nicht sichergestellt ist. Dort erscheint die Geltendmachung von Rechtsbehelfen, sofern überhaupt vorhanden, in vielen Fällen als aussichtslos. Überdies verfügen oftmals unzureichend ausgebildete Richter nicht über die erforderliche Qualifikation, um hochspezialisierte technische Fragen oder komplexe rechtliche Fragen des relevanten internationalen oder eventuell anwendbaren ausländischen materiellen Rechts sachgerecht lösen zu können.<sup>10)</sup> Schließlich sind ordentliche Gerichte regelmäßig zur Anwendung des örtlichen Rechts verpflichtet, auch wenn dieses völkerrechtlichen Verpflichtungen gegenüber dem ausländischen Investor widerspricht.<sup>11)</sup> Für den internationalen Investor würde sich daher als unzureichend erweisen, das Vertrauen ausschließlich nationalen Rechtsbehelfen zu schenken.

#### B. Relevanz internationalen Investitionsschutzes

Es kann dahingestellt bleiben, ob fehlender innerstaatlicher Rechtsschutz für ausländische Investoren auf die mangelnde Reichweite oder die Ineffizienz

- 
- 8) Den meisten europäischen Rechtsordnungen ist gemeinsam, dass zunächst der Schutzzweck der verletzten Rechtsnorm als Vorrage einer potenziellen Haftung zu prüfen ist. Haftungsauslösend wirkt dann nur die Verletzung einer Rechtspflicht, die wenigstens auch gegenüber dem Geschädigten bestand bzw. seine Interessen schützen sollte; siehe dazu *Dörr*, Staatshaftung in Europa: Vergleichende Bestandsaufnahme, in *Dörr* (Hrsg), Staatshaftung in Europa (2013) 7. Auf nationaler Ebene spielt ferner der unter dem Namen *Francoovich* in die Rechtsprechungslinie des EuGH aufgenommene unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch eine Rolle, wonach die nationalen Organe die Bestimmungen des Unionsrechts anzuwenden haben sowie dessen volle Wirkung gewährleisten und schützen müssen. Mit der Sicherstellung der vollen Wirksamkeit der unionsrechtlichen Bestimmungen ist auch eine Haftung der Mitgliedstaaten bei Verstößen gegen das Unionsrecht verbunden. Dies gilt für die Einhaltung des primären und des sekundären EU-Rechts sowie für alle drei Gewaltbereiche; siehe für Legislative: EuGH C-6/90 u. a., Slg. 1991, I-5357, Rz 44 mit Rz 4 – *Francoovich*; C-46/93 u. a., Slg. 1996, I-1029, Rz 7 f., 37 ff. und 50 f. – *Brasserie du pêcheur*; siehe für Exekutive: EuGH C-5/94, Slg. 1996, I-2553, Rz 6 f., 24 f. – *Hedley Lomas*; C-470/03, Slg. 2007, I-2749, Rz 75 ff. – *AGM-COS.MET*; siehe für Judikative: EuGH C-224/01, Slg. 2003, I-10239, Rz 32 ff. – *Köbler*; C-173/03, Slg. 2006, I-5177, Rz 24 ff. – *Traghetti del Mediterraneo*.
  - 9) Eine allgemeine Haftung ohne Normverstoß (Aufopferungshaftung), welche ungleiche Belastungen entschädigt, die sozialadäquate Risiken übersteigen und nur einer begrenzten Personenanzahl im Allgemeininteresse auferlegt werden (sogenannte „Sonderopfer“), ist dem Grunde nach anerkannt, beispielsweise in Belgien, Dänemark, Deutschland und Slowenien. Eine staatliche Haftung ohne Rechtsverstoß ist ansonsten nur für bestimmte Fälle in speziellen gesetzlichen Entschädigungsregelungen vorgesehen. Solche Regelungen finden sich regelmäßig für Enteignungen und planerische Eingriffe in die Nutzung des Grundeigentums; siehe *Dörr*, in *Dörr*, Staatshaftung in Europa, 18 f.
  - 10) *Schreuer*, Streitbeilegung im Rahmen des ICSID, in *Kronke/Melis/Schnyder* (Hrsg), Handbuch des Internationalen Wirtschaftsrechts (2005), Rz 855.
  - 11) *Schreuer*, in *Kronke/Melis/Schnyder*, Handbuch des Internationalen Wirtschaftsrechts, Rz 855.

bestehender nationaler Schutzinstrumente oder gar auf deren generelles Nichtbestehen zurückzuführen ist. In allen diesen Fällen würde die staatliche Souveränität ein kaum überwindbares Hindernis für die Durchsetzung von Ansprüchen bewirken, hätten Staaten nicht eine Reihe von bi- bzw multilateralen Abkommen zur Sicherstellung des internationalen Investitionsschutzes abgeschlossen.<sup>12)</sup>

Im Jahr 2011 waren weltweit ca 3000 bilaterale Investitionsschutzabkommen in Kraft.<sup>13)</sup> Allein Österreich unterhält derartige Abkommen (*Bilateral Investment Treaties* – BITs) mit 60 Ländern<sup>14)</sup> und zusätzlich zahlreiche multilaterale Investitionsschutzabkommen (*International Investment Agreements* – IIAs).<sup>15)</sup>

Die in den BITs/IIAs verbrieften Schutzgarantien<sup>16)</sup> verhelfen regelmäßig auch Investoren im Bereich der internationalen Bauwirtschaft zur Geltendmachung (und ggf Durchsetzung) ihrer Ansprüche gegen einen Gastgeberstaat. Die nach der ICSID-Verfahrensordnung für Schiedsverfahren eingeleiteten Verfahren erregen immer wieder internationales Aufsehen:

- So riefen die Maßnahmen Argentinien im Rahmen der Wirtschaftskrise von 1998 – 2002 Widerstand seitens Investoren hervor. Argentinien hatte in den 1990er-Jahren besonders vorteilhafte Regelungen geschaffen, um ausländische Investitionen anzuziehen. Infolge der Rezession 1998/99 und des Zusammenbruchs des Finanzsystems im Jahr 2001 wurden einige dieser Regelungen zurückgenommen. Investitionen in zahlreiche Bauprojekte wurden innerhalb kurzer Zeit wertlos, und Argentinien sah sich mit auf BITs gestützten Schadenersatzklagen konfrontiert.<sup>17)</sup>
- Auch in der unmittelbaren Nachbarschaft zu Österreich wurden in den letzten Jahren Verfahren vor dem Hintergrund behaupteter Verletzungen

12) Neben den Investitionsschutzabkommen finden sich völkerrechtliche Investitionsschutzvorschriften auch in einer Reihe regionaler Wirtschaftsabkommen (zB NAFTA, MERCOSUR) sowie in internationalen Übereinkommen, etwa im Rahmen der WTO (TRIPS-Abkommen, GATS-Abkommen, TRIMs-Abkommen).

13) Griebel, Lehren aus der Erfolgsgeschichte des Internationalen Investitionsrechts, Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht (2011) 99.

14) Siehe <https://www.bmwf.gv.at/Aussenwirtschaft/investitionspolitik/Seiten/BilateraleInvestitionsschutzabkommen-Laender.aspx> (aufgerufen am 2. November 2017). Die Bundesrepublik Deutschland hält bilaterale Investitionsschutzabkommen mit rund 130 Staaten, siehe [http://www.bmwi.de/SiteGlobals/BMWI/Forms/Listen/\\_Investitionsschutzvertraege/Investitionsschutzvertraege\\_Formular.html?resourceId=290120&input=290110&pageLocale=de&templateQueryString=&cl2Categories\\_Status\\_sort=in-kraftvertrag&cl2Categories\\_Status\\_sort.GROUP=1&selectSort=&selectSort.GROUP=1](http://www.bmwi.de/SiteGlobals/BMWI/Forms/Listen/_Investitionsschutzvertraege/Investitionsschutzvertraege_Formular.html?resourceId=290120&input=290110&pageLocale=de&templateQueryString=&cl2Categories_Status_sort=in-kraftvertrag&cl2Categories_Status_sort.GROUP=1&selectSort=&selectSort.GROUP=1) (aufgerufen am 2. November 2017).

15) Siehe <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA> (aufgerufen am 2. November 2017).

16) Zusätzlich zur Frage getätigter Investitionen beziehen neuere Verträge zunehmend auch die vorgeschaltete Frage des Marktzugangs, i.e. ob Ausländer bestimmte Investitionen vornehmen dürfen, in ihren Anwendungsbereich ein. Besonders weitgehend ist dies bei den durch die USA abgeschlossenen Investitionsschutzabkommen der Fall; siehe *Krajewski*, Wirtschaftsvölkerrecht (2017) Rz 644 ff.

17) So klagten beispielsweise Investoren eines Konsortiums zur Errichtung einer Mautstraße und zahlreicher Brücken zwischen Rosario and Victoria, welche über den Paraná-Fluss im Norden Argentinien führen sollten; siehe *Hochtief Aktiengesellschaft v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/07/31), Decision on Liability, 29. Dezember 2014. Zwei weitere Verfahren betrafen dasselbe Bauprojekt: *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic* (II) (ICSID Case No. ARB/08/14), der mittlerweile verglichen wurde, sowie *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/15/39), der weiterhin anhängig ist.

von Investitionsschutzabkommen angestrengt. So ist beispielsweise seit Mai 2017 die Klage eines Schweizer Unternehmens gegen die Tschechische Republik anhängig. Gegenstand ist eine zunächst zugunsten des klageführenden Bauunternehmens vorgenommene Baulandwidmung, welche kurze Zeit später rückgängig gemacht wurde.<sup>18)</sup>

Diese und weitere<sup>19)</sup> Beispiele zeigen, dass Staaten von Investoren auf Grundlage der von ihnen in BITs/IAs zugesicherten Schutzstandards für ihr rechtswidriges Verhalten zur Rechenschaft gezogen werden können und dass Investoren von dieser Möglichkeit regelmäßig Gebrauch machen.<sup>20)</sup> BITs/IAs erfüllen damit auch general- und spezialpräventive Zwecke, halten sie doch Staaten vor dem Hintergrund möglicher negativer rechtlicher Konsequenzen *a priori* davon ab, unzulässige Verhaltensweisen gegenüber Investoren an den Tag zu legen.

Das im Jahr 1965 durch die Konvention von Washington geschaffene Internationale Zentrum zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (*International Centre for the Settlement of Investment Disputes* – ICSID) hat den Zweck, die Streitbeilegung nach den zahlreichen bi- bzw multilateralen Investitionsschutzabkommen zu erleichtern. Die ICSID Konvention sieht Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten aus Investitionen zwischen Staaten und ausländischen Investoren vor.<sup>21)</sup> Das ICSID dient als ständige Einrichtung zur Verwaltung und Unterstützung derartiger Verfahren. Aktuell sind rund 150 Staaten der ICSID-Konvention beigetreten.<sup>22)</sup> Die dem ICSID zugrunde liegende Idee ist die Investitionsförderung. Denn neben wirtschaftlichen und politischen Faktoren spielt,

18) Die Pawlowski AG wollte Wohnsiedlungen in einem Vorort von Prag errichten und hatte bereits eine Änderung des Bebauungsplanes durch die Prager Regionalregierung erreicht. Der tschechische Verfassungsgerichtshof entschied jedoch, dass die Änderung des Bebauungsplanes durch die Regionalregierung rechtswidrig gewesen war. Eine Rückwidmung des Baugebiets war die Folge und die Investitionen des Schweizer Unternehmens wurden wertlos; siehe *Pawlowski AG and Project Sever s.r.o. v. Czech Republic* (ICSID Case No. ARB/17/11).

19) 2012 klagte ein venezolanischer Investor Spanien wegen der Nichteinhaltung angebotlicher Zusagen zur Umwidmung von Landparzellen in Bauland. Der Kläger hatte diese erworben, um Wohnungsprojekte in Las Rozas, einem Vorort von Madrid, zu verwirklichen. Aufgrund einer Vereinbarung hatte der Kläger der Gemeinde Teile am Eigentum der Landparzellen abgetreten, damit die öffentliche Hand eine öffentliche Straße errichtet. Letztendlich kam es zu keiner Umwidmung, weswegen der Unternehmer aufgrund des Spanien-Venezuela BIT klagte; siehe *Inversión y Gestión de Bienes, IGB, S.L. and IGB18 Las Rozas, S.L. v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/12/17).

20) Einer der geläufigsten Investitionsschiedsgerichtsbarkeitssfälle schlechthin, *Salini v. Morocco*, hatte ein Bauprojekt (Errichtung einer Autobahn) zum Gegenstand; siehe *Salini Costuttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco* (ICSID Case No. ARB/00/4).

21) Im Jahr 1987 wurde im Rahmen des ICSID als Ergänzung zur Konvention die *Additional Facility* geschaffen. Hauptsächlich dient sie als Streitbeilegungsforum, wenn entweder der Gastgeberstaat oder der Heimatstaat des Investors nicht Partei der ICSID-Konvention ist. Dies hat sich vor allem im Rahmen der NAFTA, aber auch des Energiecharta-Vertrages als nützlich erwiesen. Außerdem kann die *Additional Facility* für Tatsachenermittlungen genutzt oder zur Beilegung von Streitigkeiten herangezogen werden, die nicht unmittelbar mit einer Investition zusammenhängen. Die *Additional Facility* unterliegt eigenen Regeln. Auf Verfahren nach der *Additional Facility* findet die ICSID-Konvention keine Anwendung.

22) Siehe <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/ICSID-Convention.aspx> (aufgerufen am 7. März 2018).

wie oben ausgeführt, auch der rechtliche Rahmen für ausländische Investitionen eine wichtige Rolle.

Das ICSID bietet auf dieser Ebene sowohl für den Investor als auch für den Gastgeberstaat Vorteile. Der Vorteil für den Investor ist der direkte Zugang zu einer wirksamen und unparteiischen Form der Streitbeilegung (Schiedsverfahren). Der Vorteil für den Gastgeberstaat ist zweifach: Durch die Unterwerfung unter die in der Konvention vorgesehene Form der Streitbeilegung verbessert er das Investitionsklima und erhöht damit die Chance auf neue Investitionen; zudem schützt sich der Gastgeberstaat vor dem Einschreiten des Heimatstaates des Investors (diplomatischer Schutz) sowie vor anderen Formen der Rechtsverfolgung.<sup>23)</sup>

Das ICSID ist mit Abstand das am öftesten beanspruchte Forum für die Durchführung von Investitionsschutz-Schiedsverfahren. Andere Foren sind die Schiedsinstitution der Stockholmer Handelskammer (Stockholm Chamber of Commerce – SCC) und die Schiedsinstitution der Internationalen Handelskammer (International Chamber of Commerce – ICC). Regelmäßig werden Verfahren aber auch nach den Schiedsverfahrensregeln der UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*) durchgeführt.<sup>24)</sup>

### III. Investitionsschutz-Schiedsverfahren

#### A. Voraussetzungen

Zur Feststellung, ob im Zusammenhang mit internationalen Bauvorhaben gegen einen Gastgeberstaat Ansprüche aufgrund der Verletzung von in BITs/IAs verbrieften Schutzgarantien zustehen, bedarf es der Prüfung folgender Fragen:

- Ist der Projektbeteiligte, der den Anspruch erhebt, als „Investor“ zu qualifizieren?
- Ist das Projekt, um das es sich handelt, als „Investition“ zu beurteilen?
- Leiten sich allfällige Ansprüche aus der (privatrechtlichen) Vertragsbeziehung der Projektbeteiligten oder aus einem (nach Völkerrecht zu beurteilenden) BIT/IIA ab?
- Ging die Verletzung der im BIT/IIA verbrieften Schutzgarantie(n) vom Gastgeberstaat aus?

Im Folgenden wird überblicksweise dargestellt, welche Überlegungen im Zusammenhang mit der allfälligen Geltendmachung von BIT/IIA-Ansprüchen im Zusammenhang mit internationalen Bauvorhaben anzustellen sind und welche Maßstäbe internationale Schiedsgerichte in der Vergangenheit bei der Beurteilung der oben angeführten Fragen herausgearbeitet haben.

#### B. Investor

Ob ein Projektbeteiligter BIT/IIA-Schutz für sich beanspruchen kann, hängt zunächst davon ab, ob er als „Investor“ im Sinne des dem Anspruch zugrunde liegenden (bi- bzw multilateralen) Investitionsschutzabkommens zu

23) Schreuer, in *Kronke/Melis/Schnyder*, Handbuch des Internationalen Wirtschaftsrechts, Rz 863 f.

24) UNCTAD IIA Issue Note No. 1 (February 2007), 7, siehe [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf) (aufgerufen am 7. März 2018).

qualifizieren ist. Wird der Anspruch vor dem ICSID geltend gemacht, müssen parallel zum Investorenbegriff nach dem jeweiligen BIT/IIA die Qualifikationsmerkmale nach Artikel 25 der ICSID-Konvention erfüllt sein.

Im Hinblick auf natürliche Personen sehen die einschlägigen Bestimmungen in BITs/IIAs überwiegend vor, dass grundsätzlich auch Individuen, welche die Staatsbürgerschaft des Gastgeberstaates besitzen, in den Schutzzadius des Investitionsschutzabkommens fallen. Manche BITs schließen jedoch natürliche Personen, welche die Staatsbürgerschaft beider Vertragsstaaten besitzen, ausdrücklich davon aus. Ein Beispiel hierfür ist etwa das bilaterale Investitionsschutzabkommen zwischen Rumänien und Kanada, das in Bezug auf Rumänien sämtliche natürlichen Personen vom Schutzzadius ausschließt, die sowohl die rumänische als auch die kanadische Staatsbürgerschaft besitzen.<sup>25)</sup>

Andere BITs/IIAs sehen in einer sonstigen besonderen Bindung an beide Vertragsstaaten einen Grund, natürlichen Personen die Geltendmachung von Ansprüchen zu versagen. So definiert etwa Artikel 1 (2) (a) des Österreich-Argentinien BIT als „Investor“ jede natürliche Person, welche die Staatsangehörigkeit einer Vertragspartei gemäß deren die Staatsangehörigkeit regelnden Gesetzen besitzt und im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei eine Investition tätigt. Das Österreich-Argentinien BIT findet nach dieser Bestimmung jedoch ausdrücklich keine Anwendung auf Investitionen natürlicher Personen, die Staatsangehörige einer Vertragspartei sind und im Zeitpunkt der Investitionen seit mehr als zwei Jahren ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei haben, es sei denn, die Investition erfolgt aus dem Ausland.<sup>26)</sup>

Im Hinblick auf juristische Personen gilt, dass sie dann als „Investor“ zu qualifizieren sind, wenn sie nach den Bestimmungen ihres Heimatstaates inkorporiert sind. Manche BITs/IIAs erfordern zudem, dass die juristische Person tatsächlich kommerzielle Aktivitäten im Heimatstaat entfaltet bzw dass ihr Hauptgeschäftssitz in einem Vertragsstaat (der nicht zugleich der Gastgeberstaat ist) liegt.<sup>27)</sup> Zuweilen werden auch juristische Personen, die nach den Bestimmungen des Gastgeberstaates inkorporiert wurden, jedoch direkt oder indirekt von Angehörigen des Heimatstaates des Investors kontrolliert werden, als „Investor“ qualifiziert.<sup>28)</sup> Der Grund für diese Regelung besteht darin, dass manche Staaten von ausländischen Investoren verlangen, dass sie sich im Gastgeberstaat in der Form einer inländischen Gesellschaft organisieren. Vor diesem Hinter-

25) Rumänien-Kanada BIT (2009), Artikel I (h): *„investor‘ means in the case of Romania: (i) any natural person who, according to the Romanian law, is considered to be its citizen and who does not possess the citizenship of Canada [...]“*

26) Abkommen zwischen der Republik Österreich und der Argentinischen Republik über die Förderung und den Schutz von Investitionen (NR: RV 683 B1gNR 18. GP VV, 91), BGBl 1994/893 St0277.

27) Siehe etwa Schweiz-Kuwait BIT (2000), Artikel 1(3): *„The term ‚investor‘ refers with regard to Switzerland to: [...] (b) legal entities, including companies, corporations, business associations and other organizations, which are constituted or otherwise duly organized under Swiss law and have their seat, together with real economic activity, in the territory of Switzerland.“*

28) Niederlande-Kuwait BIT (2002), Artikel 1(2): *„The term ‚investors‘ shall comprise with regard to a Contracting Party: [...] (d) legal persons not constituted under the law of either Contracting Party but owned or controlled, directly or indirectly, by natural or legal persons referred to in (a), (b) or (c) above.“*; siehe in diesem Zusammenhang auch *Central European Aluminium Company (CEAC) v. Montenegro* (ICSID Case No. ARB/14/8), Award, 26 July 2016, Rz 146–148.

grund würden sie ohne Sonderregelung ihre Ausländereigenschaft und damit den Investitionsschutz verlieren. Für den Bereich der Bauwirtschaft bedeutet das, dass ausländische Projektbeteiligte meist in den Schutzzradius eines Investitionsschutzabkommens fallen, während dies auf lokale Partner nicht zutrifft.<sup>29)</sup> Nicht inkorporierte *Joint Ventures* sind typischerweise auch nicht als „Investor“ im Sinne von BITs/IIAs zu qualifizieren. Um abschließend zu klären, ob ein Projektbeteiligter als „Investor“ zu qualifizieren ist, ist als Grundlage für die allfällige Klageführung das infrage kommende BIT/IIA zu prüfen.

Soll ein ICSID-Schiedsverfahren geführt werden, muss sichergestellt sein, dass die Qualifikation „Angehöriger eines anderen Vertragsstaates“ (*National of another Contracting State*) nach Artikel 25 der ICSID-Konvention auf den Investor zutrifft. Die ICSID-Konvention sieht als personelles Zuständigkeitserfordernis vor, dass der Rechtsstreit zwischen einem Vertragsstaat und Angehörigen eines anderen Vertragsstaates besteht. ICSID-Schiedsverfahren betreffen daher grundsätzlich immer einen Staat und einen ausländischen Investor. Streitigkeiten zwischen Vertragsstaaten oder zwischen privaten Investoren sind von der Zuständigkeit des ICSID ausgenommen. Vor diesem Hintergrund haben internationale Schiedsgerichte allerdings klargestellt, dass nicht nur im Privateigentum stehende Unternehmen als Angehörige eines anderen Vertragsstaates im Sinne der ICSID-Konvention zu qualifizieren sind. Demnach scheidet die Qualifizierung nach Artikel 25 nicht automatisch, wenn ein Unternehmen teilweise oder sogar vollständig vom Staat kontrolliert wird.<sup>30)</sup> Bei der Beurteilung der Frage der Staatsangehörigkeit im vorliegenden Kontext kommt es vielmehr darauf an, ob die als Investor auftretende juristische Person als Bevollmächtigte des Staates handelt (*acting as an agent of the government*) oder im Wesentlichen staatliche Funktionen ausübt (*discharging an essentially governmental function*).<sup>31)</sup>

Artikel 25 der ICSID-Konvention enthält keine Definition des Begriffs „Staatsangehörigkeit“ (*nationality*) in Bezug auf natürliche Personen. Allerdings verneint die genannte Bestimmung ausdrücklich die Zuständigkeit von ICSID-Schiedsgerichten für natürliche Personen, die ebenfalls als Angehörige des Gast-

29) Siehe etwa *Tulip Real Estate and Development Netherlands (BV) v. Republic of Turkey* (ICSID Case No. ARB/11/28), Award, 10 March 2014. Der niederländische Kläger war ein *Joint Venture* mit drei lokalen Partnern in der Türkei eingegangen.

30) *Schreuer/Malintoppi/Reinisch/Sinclair*, *The ICSID Convention: A Commentary*<sup>2</sup> (2009) 160 ff; siehe etwa *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic* (ICSID Case No. ARB/97/4), Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 24 May 1999, Rz 16, 17; *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan* (ICSID Case No. ARB/05/16), Award, 29 July 2008, Rz 197.

31) Dieser Prüfungsmaßstab ist als „Broches Test“ bekannt. Er geht auf Aaron Broches, den ersten Generalsekretär des ICSID zurück, der diesen im Jahr 1972 erstmals formulierte; siehe *Schreuer/Malintoppi/Reinisch/Sinclair*, *The ICSID Convention: A Commentary*<sup>2</sup> 161: „[I]n today's world the classical distinction between private and public investment, based on the source of the capital, is no longer meaningful, if not outdated. There are many companies which combine capital from private and governmental sources and corporation all of whose shares are owned by the government, but who are practically indistinguishable from the completely privately-owned enterprise both in their legal characteristics and in their activities. It would seem, therefore, that for purposes of the Convention a mixed economy company or government-owned corporation should not be disqualified as a 'National of another Contracting State' unless it is acting as an agent for the government or is discharging an essentially governmental function.“



geberstaates zu qualifizieren sind (Artikel 25 (2) (a) ICSID-Konvention). Die ICSID-Konvention sieht bei natürlichen Personen kumulativ zwei Stichtage für die Staatsangehörigkeit des Investors vor: einerseits den Tag der Unterwerfung unter die Zuständigkeit des ICSID und andererseits den Tag der Einleitung des Verfahrens.<sup>32)</sup> Maßgeblich für die Klärung der Frage der Staatsangehörigkeit ist das Recht des Staates, dessen Staatsangehörigkeit beansprucht wird. Der Stichtag für die Staatsangehörigkeit bei juristischen Personen weicht davon ab. Hier kommt es lediglich auf den Tag der Unterwerfung unter die Zuständigkeit des ICSID an. Ausgangspunkt für die Bestimmung der Staatsangehörigkeit ist das Gründungsstatut oder der Sitz des Unternehmens. Nur eine juristische Person, die dieses Erfordernis in Bezug auf den jeweils relevanten Staat erfüllt, hat Zugang zu ICSID.

### C. Investition

Ähnlich wie beim Begriff des Investors knüpft auch der Schutz einer Investition an die Definition im jeweils zugrunde liegenden (bi- bzw multilateralen) Abkommen an. Wird der Anspruch vor dem ICSID geltend gemacht, müssen parallel zum Investitionsbegriff nach dem jeweiligen BIT/IIA die Qualifikationsmerkmale nach Artikel 25 der ICSID-Konvention erfüllt sein.

Die meisten BITs/IIAs definieren den Begriff „Investition“ sehr weit, sei es als jede Art von Vermögen (*every kind of asset*)<sup>33)</sup> oder etwa als jedwede Art von Vermögen und direkter oder indirekter Beitrag in Form von Kapital-, Sach- oder Dienstleistungen, die in jedwedem Sektor wirtschaftlicher Aktivität investiert oder reinvestiert werden (*tous les avoirs de toute nature, tels que les biens, droits et revenus, détenus ou contrôlés par un investisseur*)<sup>34)</sup>, oftmals begleitet durch beispielhafte, nicht taxative Aufzählungen einzelner Investitionsarten.<sup>35)</sup> Sofern BITs/IIAs abschließende Listen von geschützten Investitionen enthalten, sind diese Listen sehr umfassend ausgestaltet, sodass sie tatsächlich jede erdenkliche Art von Investition umfassen. Bei der Prüfung der Frage, ob eine geschützte Investition vorliegt, ist daher wieder direkt vom Wortlaut des relevanten BIT/IIA auszugehen.

Soll der Anspruch in einem Verfahren nach der ICSID Konvention geltend gemacht werden, sind wiederum die Voraussetzungen nach Artikel 25 der ICSID-Konvention maßgeblich. Genau wie für den Terminus „Investor“ findet sich auch für den Begriff „Investition“ keine Definition in der ICSID-Konvention. ICSID-Schiedsgerichte vertreten daher den Standpunkt, dass eine Investition im Sinne der ICSID-Konvention vorliegt, wenn die infrage stehende Transaktion als Investition im Sinne jenes Vertragsinstruments zu qualifizieren

32) ICSID-Konvention, Artikel 25 (2) (a).

33) Vereinigtes Königreich-Libanon BIT (1999), Artikel 1(2): „*The term 'investment' means every kind of asset and in particular, though not exclusively, includes [...]*“; China-BiH BIT (2005), Artikel 1(1): „*The term 'investment' means every kind of asset invested by an investor of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party in accordance with the laws and regulations of the latter and in particular, though not exclusively, shall include: [...]*“

34) Frankreich-Saudi-Arabien BIT (2004), Artikel 1 (1).

35) BLEU-Weißrussland BIT (2002), Artikel 1 (2).

ist, mit dem es zur Unterwerfung unter die Zuständigkeit des ICSID kam (etwa ein BIT/IIA).<sup>36)</sup> Ob *ratione materiae* die Zuständigkeit des ICSID gegeben ist, hängt somit stark von der jeweiligen Ausgestaltung des relevanten BIT/IIA ab.

Das *Annulment Committee*<sup>37)</sup> im ICSID-Schiedsverfahren *MHS v. Malaysia* vertrat etwa die Auffassung, dass die Nichtberücksichtigung beziehungsweise die Nichtanwendung des Investitionsbegriffs nach dem zugrunde liegenden BIT/IIA einen schweren Fehler (*gross error*) bedeute, der einer offenkundigen Nichtausübung der Zuständigkeit des Schiedsgerichts (*manifest failure to exercise jurisdiction*) gleichkomme.<sup>38)</sup> Das Schiedsgericht im ICSID-Schiedsverfahren *Garanti Koza v. Turkmenistan* hielt im selben Zusammenhang ausdrücklich fest, dass es der Klägerin gelungen sei zu beweisen, dass die den Gegenstand des Schiedsverfahrens bildende Investition den Investitionsbegriff im Sinne sowohl der ICSID-Konvention als auch des zugrunde liegenden BIT erfülle, da die Definition laut BIT nicht darüber hinausgehe, was nach der ICSID-Konvention zulässig sei, und auch nicht ihrem Zweck widerspreche.<sup>39)</sup>

Des Weiteren haben sich ICSID-Schiedsgerichte wiederholt mit der Frage befasst, ob für die Qualifikation als Investition auch besondere objektive – nicht

36) Siehe etwa *Philippe Gruslin v. Malaysia* (ICSID Case No. ARB/99/03), Award, 27 November 2000, Rz 13.6; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan* (ICSID Case No. ARB/01/13), Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 6 August 2003, Rz 133; *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. The Government of Malaysia* (ICSID Case No. ARB/05/10), Decision on the Application for Annulment, 16 April 2009, Rz 73, 74, 78; *Poštová banka, a.s. and ISTROKAPITAL SE v. Hellenic Republic* (ICSID Case No. ARB/13/8), Award, 9 April 2015, Rz 357; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Paraguay* (ICSID Case No. ARB/07/29), Decision on Jurisdiction, 12 February 2010, Rz 93.

37) Als außerordentlicher Rechtsbehelf aufgrund schwerer Verfahrensmängel steht unter dem ICSID-Regime die sogenannte Annullierung (*Annulment*) nach Artikel 52 der ICSID-Konvention bzw Artikel 50 sowie Artikel 52-55 der ICSID-Schiedsverfahrensordnung offen. Jede Partei kann die vollständige bzw teilweise Annullierung des Schiedsspruches wegen Vorliegens eines der folgenden fünf Gründe begehren: (i) mangelhafte Konstituierung des Schiedsgerichts (*the Tribunal was not properly constituted*); (ii) *ultra petita* Entscheidung des Schiedsgerichts (*the Tribunal has manifestly exceeded its powers*); (iii) Korruptionsvorwürfe gegen ein Mitglied des Schiedsgerichts (*corruption on the part of a member of the Tribunal*); (iv) schwerwiegendes Abgehen von wesentlichen prozessrechtlichen Bestimmungen (*serious departure from a fundamental rule of procedure*); oder (v) Nichtbegründung des Schiedsspruches (*failure to state the reasons on which the award is based*). Die Entscheidung erfolgt durch im Anlassfall berufene Annullierungsausschüsse (*Annulment Committees*).

38) *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. The Government of Malaysia* (ICSID Case No. ARB/05/10), Decision on the Application for Annulment, 16 April 2009, Rz 74; in diesem Sinne auch Ho, *The Meaning of „Investment“ in ICSID Arbitrations* (2010), 26 *Arb Int* 633 (639): „Professor Fadlallah [one of the arbitrators on the Salini tribunal] cautioned against the quest for an objective definition of „investment“ in the context of the ICSID Convention, calling such an attempt ‚hasardeuse et, probablement, contraire à l’esprit de la Convention‘ [hazardous and, probably, contrary to the spirit of the Convention].“

39) *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan* (ICSID Case No. ARB/11/20), Award, 19 December 2016, Rz 242: „The Tribunal therefore concludes that the Claimant’s burden of showing that its investment that is the subject of this arbitration falls within the meaning of ‚investment‘ as used in the ICSID Convention as well as in the BIT is satisfied by the Tribunal’s conclusion that the Claimant’s investment comes within the definition of ‚investment‘ in the BIT and that nothing about that definition of the Claimant’s investment itself exceeds what is permissible under the ICSID Convention or is incompatible with its purpose.“

notwendigerweise in aller Strenge anzuwendende – Kriterien nach der ICSID-Konvention erfüllt sein müssen.<sup>40)</sup> Das Schiedsgericht im ICSID-Schiedsverfahren *Salini v. Morocco*, das Streitigkeiten rund um ein Autobahnbauprojekt in Marokko betraf, identifizierte nach den Grundsätzen der ICSID-Konvention folgende Kriterien:

- wesentliche Zusagen oder wesentlicher Beitrag  
(*substantial commitment or contribution*),
- Beteiligung an den Transaktionsrisiken  
(*participation in the risks of the transaction*),
- angemessene Leistungsdauer  
(*reasonable duration of performance*),
- Regelmäßigkeit von Profit und Gewinn  
(*regularity of profit and return*) sowie allenfalls
- Beitrag zur wirtschaftlichen Entwicklung<sup>41)</sup> des Gastgeberstaates  
(*contribution to the economic development of the host state*).

Die oben genannten Kriterien sind gemeinhin als „Salini-Kriterien“<sup>42)</sup> bekannt. ICSID-Schiedsgerichte haben diese ihren Entscheidungen zuletzt eher als allgemeine Parameter denn als strenge Zuständigkeitskriterien zugrunde gelegt.<sup>43)</sup>

In der Vergangenheit bestanden verbreitet Bedenken dahingehend, ob „klassische“ Bauvorhaben, wie etwa die Errichtung von Gebäudestrukturen, dem internationalen Investitionsschutz überhaupt zugänglich seien.<sup>44)</sup> Die Entscheidungen von internationalen Schiedsgerichten in Verfahren, die in jüngster Vergangenheit eingeleitet wurden, haben jedoch deutlich aufgezeigt, dass die

40) *Bivater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania* (ICSID Case No. ARB/05/22), Award, 24 July 2008, Rz 312: „In the Tribunal’s view, there is no basis for a rote, or overly strict, application of the five Salini criteria in every case.“

41) Den Beitrag zur wirtschaftlichen Entwicklung sahen internationale Schiedsgerichte vornehmlich dann als erfüllt an, wenn die zu qualifizierende Investition Aufgaben betraf, die durch den Staat oder durch andere öffentliche Stellen auszuüben waren, oder wenn die Investition öffentlichen Interessen diene. Sie maßen diesem Kriterium also große Bandbreite zu, womit im Grunde wohl die meisten internationalen Bau- und Infrastrukturprojekte als davon erfasst angesehen werden können; siehe *Joy Mining Machinery Limited v. Arabic Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/03/11), Award on Jurisdiction, 6 August 2004, Rz 58–63; *Mr. Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo* (ICSID Case No. ARB/99/7), Decision on the Application for the Annulment of the Award, 1 November 2006, Rz 27–31. Als Investitionen, die auch nach Maßgabe der ICSID-Konvention in den Schutzzadius von BITs/IIAs fallen, kommen im Bereich der internationalen Bauwirtschaft jedenfalls vertraglich erworbene Rechte, Equipment und Materialien infrage, die der betroffene Projektbeteiligte zum Zweck der Leistungserbringung in den Gastgeberstaat importiert hat, aber auch Bankgarantien, die im Zusammenhang mit der Leistungserbringung ausgestellt wurden.

42) *Salini Costuttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco* (ICSID Case No. ARB/00/4), Decision on Jurisdiction, 23 July 2001, Rz 52.

43) Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*<sup>1</sup> (140): „[The Salini criteria] should not necessarily be understood as jurisdiction requirements but merely as typical characteristics of investments under the Convention“; siehe auch *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. The Government of Malaysia* (ICSID Case No. ARB/05/10), Decision on the Application for Annulment, 16 April 2009, Rz 79, 80; *Bivater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania* (ICSID Case No. ARB/05/22), Award, 24 July 2008, Rz 310, 312–318.

44) *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. Senegal* (ICSID Case No. ARB/82/1), Decision on Jurisdiction, 1 August 1984, Rz 47–58, und Award, 25 February 1988, Rz 4.01–4.17.