

**Tübinger Schriften
zum internationalen und europäischen Recht**

Band 102

**Der Ausgleich
zwischen Investorenschutz- und
Regulierungsinteressen in internationalen
Investitionsschutzabkommen**

Von

Christian Zielonka



Duncker & Humblot · Berlin

CHRISTIAN ZIELONKA

Der Ausgleich zwischen
Investorenschutz- und Regulierungsinteressen
in internationalen Investitionsschutzabkommen

Tübinger Schriften
zum internationalen und europäischen Recht

Herausgegeben von

Martin Nettessheim

in Gemeinschaft mit

Heinz-Dieter Assmann, Jochen von Bernstorff

Jörg Eisele, Martin Gebauer, Kristian Kühl

Hans von Mangoldt, Wernhard Möschel

Thomas Oppermann, Stefan Thomas

Wolfgang Graf Vitzthum

sämtlich in Tübingen

Band 102

Der Ausgleich
zwischen Investorenschutz- und
Regulierungsinteressen in internationalen
Investitionsschutzabkommen

Von

Christian Zielonka



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät
der Eberhard Karls Universität Tübingen
hat diese Arbeit im Jahre 2016
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

D 21

Alle Rechte vorbehalten
© 2017 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: buchbücher.de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0720-7654
ISBN 978-3-428-15218-6 (Print)
ISBN 978-3-428-55218-4 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85218-5 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Diese Arbeit entstand in den Jahren 2012 bis 2017 in Stuttgart und am Lauterpacht Centre for International Law, University of Cambridge, UK.

In dieser Zeit rückte die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit wohl mehr als je zuvor in den Fokus des Interesses. Dies verdeutlichte sich etwa auch dann, wenn ich nach dem Thema meiner Arbeit gefragt wurde. Benötigte ich zu Beginn meist noch einige Sätze, um zunächst in Kürze die Grundzüge des Investitionsrechts zu erläutern, genügten mit der Zeit immer häufiger wenige Stichwörter. Infolge des Protests gegen Investitionsschutzabkommen der EU, wie TTIP und CETA, und die nahezu tägliche Berichterstattung über das zähe Ringen um diese Abkommen, hatten die meisten bereits von Investitionsschutzverträgen und Investor-Staat-Verfahren vor privaten Schiedsgerichten erfahren und sich häufig auch bereits eine Meinung hierzu gebildet.

Während die öffentliche Debatte andauert, stellte die Zustimmung des Europäischen Parlaments zu CETA im Februar 2017 eine Zäsur da, indem sie in Zeiten der Spekulation und Unsicherheit hinsichtlich der weiteren Entwicklungen und die Kursrichtung für zukünftige Abkommen – die eine besondere Herausforderung für diese Arbeit darstellten – Fakten schuf. Diese Arbeit berücksichtigt die Entwicklungen bis zu diesem Zeitpunkt.

Bedanken möchte ich mich bei allen, die mich bei dieser Arbeit unterstützt haben. Sei es durch ihr Fachwissen und ihre praktischen Erfahrungen, ihre Anregungen und Kritik, ihr Interesse an meiner Arbeit oder durch jede sonstige Unterstützung, die zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen hat.

Hervorheben möchte ich insbesondere meinen Doktorvater Prof. Dr. Martin Nettesheim, der mich in der Wahl meines Themas bestärkt hat, mir mit wertvollen Anregungen zur Seite stand und mich auch bei der Bewerbung für Cambridge unterstützt hat. Ebenso gilt mein Dank Prof. Dr. Jochen von Bernstorff für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Die schönste Zeit während dieser Arbeit verbrachte ich ohne Zweifel am Lauterpacht Centre, wo ich unzählige wertvolle Hinweise und Anregungen erhielt und eine unvergessliche Zeit mit tollen und beeindruckenden Menschen verbringen durfte. Mein Dank gilt hier insbesondere Prof. David Gantz, Dr. Stefan Kröll, Dr. Michael Waibel, Dr. Barnali Choudhury, Dr. Jed Odermatt, Tara Paul, Dr. Yanying Li und Emilija Marcinkeviciute.

Weiter möchte ich die wertvolle Unterstützung von Dr. Julian Scheu, Prof. Dr. Stefan Hobe, Patrick Wais und Lucie Chatelain hervorheben. Ebenso danke ich Dr. Thomas Meyding, der mich stets mit viel Wohlwollen, Entgegenkommen und Flexibilität unterstützt hat.

Neben meinen treuen und lieben Freunden gilt mein allergrößter Dank, schlicht für Alles, meiner Familie.

Stuttgart, im Juni 2017

Christian Zielonka

Inhaltsübersicht

Einleitung	17
I. Die gegenwärtige Ausgangslage der Betrachtung	19
II. Untersuchungsinteresse und These	29
III. Gang der Darstellung	33
A. Vertragsgestaltung vor den Herausforderungen eines gewandelten Investitionsumfelds, eines Krisengefühls und unter dem Eindruck der Akteure des Investitionsrechts	35
I. Vertragsgestaltung angesichts eines gewandelten Investitionsumfelds	36
II. Vertragsgestaltung als Reaktion auf eine Krise des Investitionsrechts	42
III. Das Interesse an vertraglicher Präzisierung und seine Grenzen	49
IV. Vertragsgestaltung unter dem Eindruck der Akteure des Investitionsrechts	56
V. Schlussfolgerungen aus dem ersten Teil	84
B. Die Entwicklung der Schiedspraxis zum Schutz vor indirekter Enteignung und zu Fair and Equitable Treatment als Ausdruck eines wirksamen Widerspruchs	87
I. Der Schutz vor indirekter Enteignung als Hemmnis für die Verfolgung legitimer Regulierungsinteressen?	88
II. FET als Hemmnis für die Verfolgung legitimer Regulierungsinteressen?	141
C. Konsequenzen für die vertragliche Verankerung eines Ausgleichs	256
I. Die beobachtete Entwicklung als Ausdruck eines wirksamen Widerspruchs	256
II. Konsequenzen und Handlungsbedarf angesichts befürchteter Nachteile der vertraglichen Rekalibrierung?	259
III. Warum ein Untätigbleiben keine Option ist	262
D. Gestaltungsoptionen vor dem Hintergrund eines wirksamen Widerspruchs und der beobachteten Fortentwicklung der Schiedspraxis	267
I. Optionen zur stärkeren Berücksichtigung des Regulierungsinteresses bei der Auslegung	267
II. Mehr <i>Rule</i> – Die Präzisierung der unbestimmten Standards	277
III. <i>General Exceptions</i> nach Vorbild von Art. XX GATT	296
Schlussbetrachtung und Ausblick	314
Literaturverzeichnis	323
Sachverzeichnis	338

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	17
I. Die gegenwärtige Ausgangslage der Betrachtung	19
1. Das neue Ausmaß alter Kritik und der Schiedsrichter als Sündenbock	19
2. Zwischen Reflexion, Rückzug und Rekalibrierung – Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit am Scheideweg	23
3. Der Trend zur vertraglichen Rekalibrierung als mildere Reaktion gegenüber dem radikaleren Rückzug	28
II. Untersuchungsinteresse und These	29
III. Gang der Darstellung	33
A. Vertragsgestaltung vor den Herausforderungen eines gewandelten Investitionsumfelds, eines Krisengefühls und unter dem Eindruck der Akteure des Investitionsrechts	35
I. Vertragsgestaltung angesichts eines gewandelten Investitionsumfelds	36
1. Die Interessenslage in den Anfängen des vertraglichen Investitionsschutzes	36
2. Die vertragliche Reziprozität wird aktuell – Rückzugstendenzen im Bewusstsein einer neuen Doppelrolle	39
3. Fazit	41
II. Vertragsgestaltung als Reaktion auf eine Krise des Investitionsrechts	42
1. Krisengefühle in Zeiten des Booms – Investor-Staat-Verfahren als wahrgenommene Bedrohung für legitime Gemeinwohlinteressen ..	42
2. Präzisere Vertragsgestaltung als Antwort auf eine Fehlentwicklung und vertrauensstiftendes Signal	47
3. Fazit	49
III. Das Interesse an vertraglicher Präzisierung und seine Grenzen	49
1. Der Wunsch nach mehr <i>Rule</i> – Der Verlust vertraglicher Unbestimmtheit	50
2. Die heutige Möglichkeit der Präzisierung – ein Verdienst auch der Schiedspraxis	53
3. Fazit	55
IV. Vertragsgestaltung unter dem Eindruck der Akteure des Investitionsrechts	56
1. Die heutige Interessenslage der Investoren	57
2. Die heutige Interessenslage der Schiedsrichter – steht ihr Eigeninteresse der angemessenen Berücksichtigung von Regulierungsinteressen entgegen?	63

a)	Vertragsgestaltung als Austarieren der Rolle der Schiedsrichter bei der Erzielung eines Ausgleichs	63
b)	Vertragsgestaltung als Teil eines Dialogs mit den Schiedsgerichten	65
c)	<i>Hirschmans</i> Abwanderung und Widerspruch	68
d)	Vertragsgestaltung als Widerspruch bei bestehender Abwanderungsoption	71
e)	Mehr <i>Voice</i> durch eine glaubwürdige <i>Exit</i> -Drohung?	73
f)	Erste Hinweise auf eine erhöhte Sensibilität und Korrekturbereitschaft der Schiedsgerichte	79
V.	Schlussfolgerungen aus dem ersten Teil	84
B.	Die Entwicklung der Schiedspraxis zum Schutz vor indirekter Enteignung und zu Fair and Equitable Treatment als Ausdruck eines wirkamen Widerspruchs	87
I.	Der Schutz vor indirekter Enteignung als Hemmnis für die Verfolgung legitimer Regulierungsinteressen?	88
1.	Einführung	88
2.	Die Fortentwicklung der Kriterien zur Abgrenzung zwischen Regulierung und indirekter Enteignung in der Schiedspraxis	93
a)	Die Eingriffsintensität als notwendiges Kriterium einer potentiellen Enteignung	95
aa)	Die hohe Hürde des Kontroll- oder nahezu vollständigen Wertverlusts	96
bb)	Und immer wieder <i>Metalclad</i>	105
cc)	Fazit	113
b)	Korrektur einer potentiellen Enteignung durch die Berücksichtigung des Gemeinwohlziels?	114
aa)	<i>Sole effects doctrine</i>	116
bb)	<i>Police powers doctrine</i>	121
cc)	Der Trend zur Abkehr von Extremen – Die „gemäßigte“ <i>Police Powers Doctrine</i> und ihre Fortentwicklung zu einer Verhältnismäßigkeitsprüfung	125
c)	Indirekte Enteignung und der Schutz legitimer Erwartungen ...	130
3.	Schlussfolgerungen aus der Fortentwicklung der Schiedspraxis zum Schutz vor indirekter Enteignung	134
4.	Zunehmende Verlagerung zum FET-Standard	138
II.	FET als Hemmnis für die Verfolgung legitimer Regulierungsinteressen?	141
1.	Einführung	141
2.	Zwischen Hindernis und Gestaltungsoption – die unterschiedlichen Ausprägungen des FET-Standards und ihre Berücksichtigung in der Schiedspraxis	146
a)	Unqualifizierte FET-Klauseln	146
b)	FET <i>in accordance with/no treatment less than required by international law</i>	150

c)	FET begrenzt auf den <i>International Minimum Standard of Treatment</i>	153
d)	FET konkretisiert durch die Benennung von Einzelverpflichtungen	154
e)	Fazit	154
3.	Der FET-Standard und sein Verhältnis zum <i>Minimum Standard</i> – Fortbestehende Gestaltungsalternative oder Unterscheidung ohne Relevanz?	156
a)	Das Verhältnis des FET zum MST – zu Recht weiterhin im Fokus?	156
b)	Die Konvergenz von MST und FET – Wegfall einer Gestaltungsoption?	159
aa)	Die Annahme einer Evolution des Gewohnheitsrechts innerhalb des NAFTA – Ausdruck des vorsätzlichen Übergehens restriktiver Gestaltungsbemühungen?	161
(1)	Die Begrenzung auf den <i>Minimum Standard</i> als Katalysator des Konvergenztrends	161
(2)	Die Entscheidungen <i>Glamis Gold</i> und <i>Cargill</i> – Hinweise auf fortbestehende Gestaltungsalternativen?	167
(3)	Die Fortsetzung des Konvergenztrends in nachfolgenden Entscheidungen	174
bb)	Zur Relevanz einer Unterscheidung außerhalb des NAFTA	177
c)	Rückschlüsse und Konsequenzen für die zukünftige Vertragsgestaltung	185
4.	Die Entwicklung der unter FET gefassten Einzelverpflichtungen im Fokus der Gemeinwohlregulierung – offene Fragen und Haftungsrisiken	191
a)	Fokussierung auf die Einzelverpflichtungen im Mittelpunkt der Regulierungsfälle	191
b)	Der Schutz vor willkürlicher Behandlung	194
aa)	Zum Inhalt und den Befürchtungen	194
bb)	Einschätzung des Haftungsrisikos anhand der jüngeren Schiedspraxis	197
c)	Geht die Zurückhaltung mitunter zu weit – Prüfung unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit und Angemessenheit zur Aufdeckung von Missbrauch?	202
c)	Der Schutz legitimer Investorenerwartungen und die Pflicht zur Gewährleistung stabiler und vorhersehbarer Investitionsbedingungen	209
aa)	Zum Inhalt und den Befürchtungen	209
bb)	Das Vertrauen des Investors auf die Fortgeltung der bestehenden Rechtslage	214
cc)	Anlass zur Befürchtung – <i>Tecmed vs. Mexico</i> und die Annahme einer Verpflichtung zur Gewährleistung stabiler und vorhersehbarer Rahmenbedingungen	215

d)	Der Trend zur Einschränkung von Investorenerwartungen – ausreichende Reaktion auf den Widerspruch?	218
aa)	Ausreichende Beschränkung auf Fälle spezifischer Zusicherungen?	218
(1)	Zum Erfordernis einer individuellen Zusicherung	221
(2)	Legitime Erwartungen aufgrund der generellen innerstaatlichen Rechtslage?	224
bb)	Die kontinuierliche Relativierung einer Verpflichtung zur Stabilität im Zuge der Fortentwicklung der Schiedspraxis	231
cc)	Die Anerkennung eines Schutzes vor diskriminierenden und unverhältnismäßigen Änderungen im Rahmen eines Abwägungsvorgangs	237
dd)	Zwischenfazit	241
ee)	Die weitere Einschränkung legitimer Erwartungen durch die Berücksichtigung des Investorenverhaltens in Anbetracht der jeweiligen Umstände im Gaststaat	244
5.	Schlussfolgerungen aus der Fortentwicklung der Schiedspraxis zu FET	251
C.	Konsequenzen für die vertragliche Verankerung eines Ausgleichs	255
I.	Die beobachtete Entwicklung als Ausdruck eines wirksamen Widerspruchs	255
II.	Konsequenzen und Handlungsbedarf angesichts befürchteter Nachteile der vertraglichen Rekalibrierung?	258
III.	Warum ein Untätigbleiben keine Option ist	261
D.	Gestaltungsoptionen vor dem Hintergrund eines wirksamen Widerspruchs und der beobachteten Fortentwicklung der Schiedspraxis	266
I.	Optionen zur stärkeren Berücksichtigung des Regulierungsinteresses bei der Auslegung	266
1.	Die Betonung des Regulierungsinteresses in den Abkommenspräambeln	266
2.	Normierung staatlicher Regulierungsinteressen in speziellen Regulierungsklauseln	271
II.	Mehr <i>Rule</i> – Die Präzisierung der unbestimmten Standards	276
1.	Zu den Präzisierungsoptionen und gegen die Kritik an einer vertraglichen Verankerung der Schiedspraxis	276
2.	Optionen zur Präzisierung des Schutzes vor indirekter Enteignung	278
a)	Stärkung der Regulierungsinteressen durch die „positive“ Präzisierung des Schutzzumfangs	278
b)	Ansatzpunkte zur Beseitigung identifizierter Auslegungsunsicherheiten	280
aa)	Präzisierung der erforderlichen Eingriffsintensität	280
bb)	Beseitigung fortbestehender Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Berücksichtigung des verfolgten Zwecks der Maßnahme	281

cc) Präzisierung der Rolle und Voraussetzungen legitimer Erwartungen	281
c) Stärkung der Regulierungsinteressen durch „negative“ Präzisierung	282
3. Optionen zur Präzisierung des <i>Fair and Equitable Treatment Standard</i>	287
a) Beschränkung auf den <i>Minimum Standard</i>	288
b) Präzisierung der Einzelverpflichtungen unter dem FET-Standard	290
III. <i>General Exceptions</i> nach Vorbild von Art. XX GATT	295
1. Vorteile und Ausgleichspotential von <i>General Exceptions</i>	297
a) Ausgleichspotential durch ein beschränktes und bedingtes <i>right to regulate</i>	297
b) Profitieren von der WTO-Rechtsprechung?	299
2. Bedenken gegen <i>General Exceptions</i>	301
a) Zweifel an der Geeignetheit für den Enteignungs- und den FET-Standard	302
b) Bedenken aufgrund der Auslegungsunsicherheit	304
3. Bewertung und Prognose im Lichte eines wirksamen Widerspruchs	307
Schlussbetrachtung und Ausblick	312
Literaturverzeichnis	321
Sachverzeichnis	336

Abkürzungsverzeichnis

Am. J. Int. Law	The American Journal of International Law
Arb. Int.	Arbitration International
BDI	Bundesverbands der Deutschen Industrie e.V.
BIT, BITs	Bilateral Investment Treaty, Bilateral Investment Treaties
Br. Yearb. Int. Law	British Yearbook of International Law
CEO	Corporate Europe Observatory
CETA	Comprehensive Economic and Trade Agreement
ChAFTA	China-Australia Free Trade Agreement
Eur. J. Int. Law	European Journal of International Law
FET	Fair and Equitable Treatment
Fla. J. Int. Law	Florida Journal of International Law
Fordham Int. Law J.	Fordham International Law Journal
GATS	General Agreement on Trade in Services
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
ICISD Rev.	ICSID Review
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
IIA	International Investment Agreement
IIIL	International Investment Law
Int. Comp. Law Q.	International and Comparative Law Quarterly
ISDS	Investor-State Dispute Settlement
IUSCT	Iran-United States Claims Tribunal
J. Int. Arbitr.	Journal of International Arbitration
J. Int. Econ. Law	Journal of International Economic Law
J. World Invest. Trade	Journal of World Investment and Trade
KAFTA	Korea-Australia Free Trade Agreement
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht
Law Pract. Int. Court. Trib.	The Law and Practice of International Courts and Tribunals
MAI	Multilateral Agreement for Investment
MST	International Minimum Standard of Treatment
NAFTA	North American Free Trade Agreement
NAM	National Association of Manufacturers

Nw. J. Int. Law Bus.	Northwestern Journal of International Law & Business
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Santa Clara J. Int. Law	Santa Clara Journal of International Law
Sw. J. Int. Law	Southwestern Journal of International Law
TTIP	Transatlantic Trade and Investment Partnership
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
VA. J. Int. Law	Virginia Journal of International Law
WIR	World Investment Report
WTO	World Trade Organisation
WVRK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969

Einleitung

Die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit hat heute viel, jedoch wenig gute Presse. Vor allem im Zuge der Debatten und Verhandlungen über die Freihandels- und Investitionsschutzabkommen der Europäischen Union wird heute regelmäßig über sie berichtet. So erfährt man, wie internationale Konzerne gegen Gesetze klagen können, „wenn ihnen Umwelt- oder Sozialstandards die Bilanz verhageln“¹ und sie „Staaten vor sich hertreiben“² können, indem ihnen durch Investitionsschutzabkommen, die den Investor „vor veränderten rechtlichen Rahmenbedingungen, die den Wert seiner Anlage mindern“ schützen³, „Sonderklagerechte jenseits des Rechtsstaats“⁴ und „eine Art Freifahrtschein jenseits geltender Gesetze im Land“ gewährt werden.⁵ Gar vor einem der „der gefährlichsten Angriffe auf die demokratischen Rechts- und Sozialstaaten, die es je gegeben hat“ wird gewarnt, indem Großinvestoren ein „internationales Supergrundrecht“ auf ungestörte Investitionsausübung gewährt werde, durch welches Parlamente gefesselt und Staaten beim Erlass neuer Gesetze künftig fürchten müssten, wegen enttäuschter Gewinnerwartungen auf Schadensersatz in Milliardenhöhe verklagt zu werden.⁶

¹ Wille, „Schiedsgerichte: Sinnvoller Investitionsschutz oder Paralleljustiz“, WDR-Fernsehbeitrag vom 17.05.2016, abrufbar unter: <http://www1.wdr.de/fernsehen/quarks/ttip-schiedsgerichte-100.html>.

² Siehe den Zeit-Artikel von Endres und Koschnitzke vom 27. März 2014, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/wirtschaft/2014-03/investitionsschutz-klauseln-beispiele>.

³ Zielcke, „Sieg über das Gesetz“, Süddeutsche Zeitung vom 4. Mai 2014, abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/politik/transatlantisches-freihandelsabkommen-ttip-sieg-ueber-das-gesetz-1.1948221>.

⁴ Haufler, „Rechtsstaat gegen Kapital“, Frankfurter Rundschau vom 5. Mai 2014, abrufbar unter: <http://www.fr-online.de/meinung/ttip-freihandelsabkommen-rechtsstaat-gegen-kapital,1472602,27028978.html>.

⁵ Schiessl, „Der Freifahrtschein“, Spiegel, Ausgabe 4/2014, S. 61, zu ISDS in TTIP.

⁶ Prantl, „Ein heimlicher Staatsstreich“, Süddeutsche Zeitung vom 10. Mai 2014, siehe ders. „Weiße Pfote von TTIP“ vom 19. April 2015, abrufbar unter: <http://sz.de/1.2442014>; siehe auch den Beitrag der Direktorin der weltweit größten Verbraucherschutzorganisation Public Citizen, Wallach, „Le traité transatlantique, un typhon qui menace les Européens“, abrufbar unter: <http://www.monde-diplomatique.fr/2013/11/WALLACH/49803>; Kieser, „Wie TTIP nationale Standards aushebeln kann“, Deutschlandfunk Hintergrundbeitrag vom 11. Juli 2014, abrufbar

„*Nicht nachlassen!*“ im Protest gegen den Investorenschutz, werden die Leser daher aufgefordert.⁷

In Beiträgen wie diesen manifestiert sich eine intensive Debatte über die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit und die massive Kritik und Ablehnung, die ihr heute entgegenschlägt. In deren Mittelpunkt steht die Sorge um das Recht der Staaten, zur Verfolgung legitimer Gemeinwohlinteressen, wie etwa dem Schutz der Allgemeinheit vor gesundheitlichen Gefahren oder zum Schutz der Umwelt, entschädigungslos regulierend tätig werden zu dürfen.⁸ Beispielsweise durch die Verhängung von Auflagen, deren negative Kostenfolgen die Gewinnerwartungen des Investors beeinträchtigen und mitunter die gesamte Fortführung des Investitionsvorhabens in Frage stellen können, wie es erst recht bei der Versagung oder Entziehung von Genehmigungen zur Errichtung und Durchführung von Großprojekten, wie etwa Abbauvorhaben in landschaftlich und kulturell sensiblen Gebieten, der Fall ist.⁹ Dieses staatliche *right to regulate*, so die Befürchtungen, werde unangemessen eingeschränkt, indem zwar inländische wie ausländische Unternehmen dem Risiko der wirtschaftlich nachteiligen Folgen staatlicher Gemeinwohlregulierung ausgesetzt sind, Letzteren jedoch durch Internationale Investitionsschutzabkommen¹⁰ die Möglichkeit eröffnet wird, sich in Investor-Staat-Schiedsverfahren auf zu weitreichende Schutzstandards zu berufen und Entschädigungen geltend zu machen. Sofern ein Sonderklagerecht ausländischer Investoren nicht überhaupt kategorisch abgelehnt wird, wird beklagt, dass in der Investitionsstreitbeilegung der angemessene Ausgleich zwischen dem Interesse des ausländischen Investors an einem effektiven Schutz seiner kostenintensiven und langfristigen Direktinvestition in einer

unter: http://www.deutschlandfunk.de/freihandelsabkommen-wie-ttip-nationale-standards-aushebeln.724.de.html?dram:article_id=291542.

⁷ Endres, „*Nicht Nachlassen!*“, Zeit-Online vom 14. Januar 2015, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/wirtschaft/2015-01/ttip-investorenschutz-konsultation-malmstroem>.

⁸ Wenn im Folgenden vom Regulierungsinteresse gesprochen wird, so bezieht sich dies stets allein auf das Interesse des Staats, wirtschaftliche Individualinteressen des Investors und Gemeinwohlinteressen regulierend in Ausgleich zu bringen, welches auch als Regulierungsinteresse *im engeren Sinne* bezeichnet werden kann, siehe Markert, Der Ausgleich zwischen Investoren- und staatlichen Regulierungsinteressen, S. 248. Ausgeklammert bleibt hingegen das Interesse an Regulierung unter Berufung auf Notstandssituationen oder den Fall der Bedrohung der nationalen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung.

⁹ Siehe zur exemplarischen Veranschaulichung eines Falles, in welchem Investoren- und Regulierungsinteressen aufeinanderprallen, etwa den in Fn. 553 beschriebenen Sachverhalt.

¹⁰ Der Begriff der *International Investment Agreements* („*IIA*“) bezeichnet im Folgenden sowohl *Bilateral Investment Agreements* („*BITs*“) als auch internationale Handelsabkommen mit Investitionsschutzkapitel.

fremden Rechtsordnung und dem staatlichen Regulierungsinteresse nicht mehr gewahrt sei.

I. Die gegenwärtige Ausgangslage der Betrachtung

1. Das neue Ausmaß alter Kritik und der Schiedsrichter als Sündenbock

Weder die Problematik eines angemessenen Ausgleichs zwischen Investorenschutz- und Regulierungsinteressen noch die Kritik an einer zu weitgehenden Einschränkung der staatlichen Regulierungsfreiheit sind indes eine neue Erscheinung. Ganz im Gegenteil. Die Problematik eines Ausgleichs zwischen Investitionsschutz und Regulierungsfreiheit zählt seit Beginn des vertraglichen Investitionsrechts zu dessen Kernfragen, denn die Gewährung des Investorenschutzes durch die Einschränkung der staatlich-souveränen Handlungsfreiheit war, ist und bleibt gerade die Intention der Investitionsschutzabkommen und folglich der Konflikt dieser widerstreitenden Interessen Regelungsgegenstand der Abkommen.

Ebenso hat die Kritik an einer unangemessenen Einschränkung der staatlichen Regulierungsfreiheit infolge der Anerkennung zu weitgehender Investorenrechte heute zwar ein bisher unerreichtes Ausmaß erreicht, sie ist jedoch gewiss alles andere als neu. Befeuert wurde sie bereits als sich erstmals große kapitalexportierende Industriestaaten zu ihrer Verwunderung auf der Anklagebank wiederfanden und die Erfahrung machten, wie Investitionsschutzabkommen, die sie doch im Hinblick auf den Schutz ihrer eigenen Investoren abgeschlossen hatten, auch gegen sie gewendet werden können. Insbesondere die ersten Fälle im NAFTA-Kontext schreckten auf. War erwartet worden, Schiedsklagen würden sich zukünftig vor allem gegen Mexiko richten, sahen sich in gleicher Weise auch die USA und Kanada den Klagen ausgesetzt, ihre Regulierungsmaßnahmen stellten eine indirekte Enteignung oder einen Verstoß gegen den Standard des *Fair and Equitable Treatment* („FET“) dar. Durch die ersten Klagen und die Erfahrung, wie aggressiv sich diese zunehmend auch gegen staatliche Gemeinwohlmaßnahmen richteten, wurde die Gefahr real, diese könnten in Zukunft regelmäßiger und leichter als entschädigungspflichtige Verletzung investitionsrechtlicher Verpflichtungen gewertet werden. Dies alarmierte Regierungen und rief Nichtregierungsorganisationen auf den Plan.¹¹ Fortan ging die Angst

¹¹ Zu nennen ist hier etwa einer der ersten NAFTA Fälle *Ethyl Corp. & Ethyl Canada Corp. vs. Government of Canada*, NAFTA/UNCITRAL, Statement of Claim, 2. Oktober 1997 („*Ethyl Corp. vs. Canada*“), Abs. 19 ff., in welchem ein amerikanischer Chemikalienhersteller geltend machte, das zum Schutz vor mög-