

Grenzen des arabischen Wandels aufgrund von Investitionsschutzrecht?

Betrachtungen anhand der Situation in Ägypten und Libyen

*Matthäus Fink**

I.	Einleitung	485
II.	Auslandsinvestitionen in Ägypten und Libyen	492
III.	Vorrevolutionäre Investitionen als geschützte Investitionen?	494
	1. Rechtliche Konsequenzen bei Korruptionsumständen	494
	2. <i>Estoppel</i> – Können sich Ägypten und Libyen auf Rechtsverstoß berufen?	497
	3. Korruptionshandlungen: Zurechnung zum Staat?	501
	4. Zwischenfazit	506
IV.	“Regulatory Chill” des Wandels durch Investitionsschutzrecht?	507
	1. Der Grundsatz der fairen und gerechten Behandlung	508
	a) Rechtliche Verankerung und Reichweite	508
	b) Potentielle Konflikte	509
	c) Berücksichtigung des demokratischen Wandels: Legitime Erwartungen des Investors?	510
	2. Der Grundsatz “Keine Enteignung ohne Entschädigung”	512
	3. Schirmklauseln und demokratischer Wandel	515
	4. Zwischenfazit	517
V.	Berücksichtigung auf Ebene der Höhe der Kompensation?	517
VI.	Ausblick und Fazit	519

Abstract

Ägypten und Libyen haben eine Vielzahl an Investitionsschutzverträgen (ISV) abgeschlossen. Ausländische Unternehmen könnten Reformvorhaben im Nachgang des arabischen Wandels vor Schiedsgerichten angreifen. Gegen Ägypten läuft bereits ein Verfahren eines Investors, in dem er gegen die Verurteilung wegen Korruption aufgrund eines Landkaufes vorgeht. Auch

* Dipl. *iur.*, MLE, Doktorand Georg-August-Universität Göttingen. Für Hinweise und Anregungen bedanke ich mich bei den Teilnehmern der Konferenz “Demokratie – Wandel – Sicherheit: Das Völkerrecht ein Jahr nach dem Umbruch in der arabischen Welt” am 22.-23.3.2012 und insbesondere bei *Prof. Alexander Lorz* und *Christian Djeffal*. Weiterhin danke ich für kritische Fragen und Hinweise *Prof. Andreas Paulus*, *Matthias Lippold*, *Mindia Vashakmadze*, *Nicolas Klein*, *Philipp Socha*, *Hauke Delfs*, *Sönke Sievers*, *Jürgen Bering* und *Lars Schönewald*. Die Verantwortung für den Beitrag liegt allein beim Autor.

in Libyen drohen etwa bei der Neuordnung des Ölsektors Konflikte. Besteht die Gefahr, dass Ägypten und Libyen aus Angst vor solchen Klagen von Reformvorhaben Abstand nehmen? Anders gefragt: Hält das Investitionsschutzrecht Möglichkeiten zur Berücksichtigung des arabischen Wandels bereit? Der Beitrag analysiert vor diesem Hintergrund, welche völkerrechtlichen Auswirkungen sich in diesen Kontext stellen, insbesondere ob und inwieweit Reforminitiativen in der arabischen Welt Bestimmungen des internationalen Investitionsschutzrechts verletzen. Anhand von libyschen und ägyptischen ISV wird herausgearbeitet, welche völkerrechtlichen Grenzen und Handlungsspielräume für Reformbemühungen bestehen.

Zunächst stellt sich die Frage, ob vor den Umbrüchen getätigte Investitionen möglicherweise – etwa wegen Korruption – nicht vom Schutzbereich der ISV umfasst sein können. Anschließend werden drei einschlägige materielle Schutzstandards aus den ISV in den Blick genommen und unter Berücksichtigung der Spruchpraxis daraus resultierende Begrenzungen für Reformen in Libyen und Ägypten untersucht: Erstens schützt der Grundsatz der fairen und gerechten Behandlung zwar legitime Erwartungen des Investors, gewährleistet jedoch keine statische Rechtsordnung. Der Beitrag diskutiert, ob den Investoren entgegengehalten werden kann, sie hätten mit den gesellschaftlichen Entwicklungen rechnen müssen. Zweitens, stellt sich in Bezug auf den Grundsatz “Keine Enteignung, ohne Entschädigung” im Einzelfall die Frage, wann eine Enteignung vorliegt. Spruchpraxis und Literatur setzen dabei unterschiedliche Akzente, die für die vorliegende Situation einbezogen werden. Drittens werden sogenannte Schirmklauseln und ihre Auswirkungen im vorliegenden Kontext erörtert.

Der Beitrag verdeutlicht einerseits, wo völkerrechtliche Grenzen und Handlungsspielräume für Libyen und Ägypten aufgrund von ISV bestehen. Andererseits zeigt er aber auch auf, dass nicht jede Beschränkung von ausländischen Investoren zu einer Verletzung von ISV führt. Insgesamt kommt der Beitrag zu dem Ergebnis, dass das Investitionsschutzrecht Berücksichtigungsmöglichkeiten für Reformen im Zuge des arabischen Wandels bereit hält und die Furcht vor einem “regulatory chill” der Revolution unbegründet ist.

I. Einleitung

Nach dem Umbruch in der arabischen Welt werden Reformen¹ in vielerlei Hinsicht angestrebt, die sich auch auf den wirtschaftlichen Bereich erstrecken.² Welche Restriktionen bringt dabei aber die Beachtung des internationalen Investitionsschutzrechts mit sich? Sowohl Ägypten als auch Libyen haben eine Vielzahl von Investitionsschutzverträgen (ISV) abgeschlossen,³ unter anderem auch mit der Bundesrepublik Deutschland.⁴ Diese ISV bezwecken den Schutz ausländischer Investoren und wollen Rechtssicherheit gewährleisten. Viele ausländische Unternehmen haben in beiden Ländern investiert. Diese Unternehmen könnten nun die in den ISV angelegte Schiedsgerichtsbarkeit aktivieren und Reformvorhaben in Ägypten und Libyen angreifen. Die zugrunde liegende Problemkonstellation soll anhand von zwei Beispielen verdeutlicht werden.

Das italienische Ölunternehmen ENI fördert seit 1959 Öl in Libyen. Unter der Herrschaft *Gaddafis* wurden langjährige Verträge abgeschlossen. Während des Ausbruchs des Konfliktes hatte ENI die Produktion größten-

¹ Der Begriff "Reform" wird im Beitrag weit verstanden. Damit werden Maßnahmen der Legislative, Exekutive und Judikative erfasst. Inkorporiert wird insbesondere auch die wirtschaftliche und strafrechtliche Aufarbeitung von Maßnahmen und Verträgen der alten Regimes.

² Siehe in Bezug auf Ägypten *M. Arafa*, Towards a Culture for Accountability: A New Dawn for Egypt, *Phoenix Law Review* 5 (2011), 1 (25 f.); *M. Marks*, Wirtschaftstrends Ägypten – Jahresmitte 2011, *Germany Trade & Invest*, 12.7.2011, 1(4), abrufbar unter <<http://www.gtai.de>>. Unternehmen fürchten die Einführung einer sozialen Marktwirtschaft und die Beseitigung von Subventionen und Privilegien, die ihnen unter dem Regime von *Mubarak* gewährt wurden. Siehe dazu *Deutsch-Arabische Industrie- und Handelskammer/Germany Trade & Invest*, Ägypten nach der Revolution – Politik und Wirtschaft, Newsletter 06/2011, April 2011, 1 (3), abrufbar unter <<http://www.ahkmena.com>>. Auch *H. El-Kady* geht davon aus, dass es in Ägypten zur Neuausrichtung der Politik in Bezug auf Auslandsinvestitionen kommt: *H. El-Kady*, Egypt's Bilateral Investment Treaties: A Straitjacket in a New Era of Foreign Investment Re-regulations?, *Transnational Dispute Management* 9/3 (2012), 1 (6).

³ Ägypten hat zum 1.6.2011 insgesamt 101 bilaterale ISV abgeschlossen, von denen allerdings 17 noch nicht in Kraft getreten sind. Siehe UNCTAD, Investments Instruments Online, Country List Egypt, abrufbar unter <http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch_779.aspx>. Libyen hat zum 1.6.2011 insgesamt 32 bilaterale ISV abgeschlossen, von denen allerdings ebenfalls 17 noch nicht in Kraft getreten sind. Siehe UNCTAD, Investments Instruments Online, Country List Libya, *ibid*.

⁴ Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Arabischen Republik Ägypten über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen (unterzeichnet 16.6.2005, in Kraft getreten 22.11.2009), BGBl. 2007 II, 94 (nachfolgend BIT-Germany-Egypt); Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Sozialistischen Libysch-Arabischen Volks-Dschamahirija über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen (unterzeichnet 15.10.2004, in Kraft getreten 14.7.2010), BGBl. 2009 II, 461 (nachfolgend BIT-Germany-Libya).

teils eingestellt.⁵ Der Übergangsrat stellte sodann in Aussicht, Investoren aus China oder Russland mit der Wiederaufnahme der Arbeiten zu beauftragen.⁶ ENI drohte für den Fall der Nichteinhaltung der Verträge mit dem Einleiten eines Schiedsverfahrens gegen Libyen.⁷ Obschon dieser Streit zwischen ENI und dem Übergangsrat inzwischen beigelegt wurde,⁸ zeigt er doch auf, wo rechtliche Spannungen mit dem Investitionsschutzrecht entstehen können. Die Nichteinhaltung der Verträge hätte auch zu einer Verletzung des italienisch-libyschen ISV⁹ führen können.¹⁰ Gerade in Bezug auf Libyen besteht die Befürchtung, dass eine neue Regierung Ölkonzessionen neu verteilen könnte.¹¹ Zudem bestehen weiterhin Überlegungen, langfristige Verträge zu ändern oder zu kündigen.¹²

In Ägypten haben seit den Unruhen im Frühjahr 2011 verschiedene ausländische Investoren Verfahren im Rahmen von ICSID angestrengt.¹³ Beispielfähig soll hier der Fall *Sajwani / Damac et al. v. Egypt* dargestellt werden. Die aus den Vereinigten Arabischen Emiraten stammende Firma *Damac* kaufte unter Leitung des Geschäftsführers *Sajwani* 2006 große Land-

⁵ ENI, *Eni's Activities in Libya*, Pressemitteilung ENI, 21.2.2011, abrufbar unter <<http://www.eni.com>>.

⁶ Reuters, *Libya Says It Eyes New Investors for ENI Projects*, 7.7.2011, abrufbar unter <<http://www.reuters.com>>.

⁷ “[I]f the [contracts] should be violated the result would be an international dispute that would be particularly serious for a country like Libya that has a lot of money abroad.”, Reuters (Anm. 6).

⁸ ENI, *Eni Signs Memorandum with the Libyan NTC*, Pressemitteilung ENI, 29.8.2011, abrufbar unter <<http://www.eni.com>>. Inzwischen hat ENI auch teilweise ihre Produktion wieder aufgenommen. Siehe: ENI, *Eni Restarts Production in Libya at the Abu-Attifel Field*, Pressemitteilung ENI, 26.9.2011, abrufbar unter <<http://www.eni.com>>.

⁹ *Accordo tra la Repubblica italiana e la Grande Jamahiriya araba libica popolare socialista sulla promozione e protezione degli investimenti* (unterzeichnet 13.12.2000, in Kraft getreten 20.10.2004) (nachfolgend BIT-Italy-Libya).

¹⁰ Siehe hierzu IV. 3. Schirmklauseln und demokratischer Wandel, S. 515.

¹¹ V. Noury, *North African Revolution: Counting the Cost*, *African Business*, April 2011, Issue 374, 46 (48 f.).

¹² Siehe dazu etwa J. *Deshmukh*, *Libya to Review Contracts with Italian Oil Major ENI*, 29.12.2011, abrufbar unter <<http://www.middle-east-online.com>>; D. K. *Yousef*, *UEA Construction Firms Look Before Leaping into Libya*, *Gulf News*, 12.2.2012, abrufbar unter <<http://www.gulf-news.com>>.

¹³ Siehe *Bawabet Al Kuwait Holding Company v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/11/6, registriert am 18.3.2011; *National Gas S.A.E. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/11/7, registriert am 22.3.2011; *Hussain Sajwani, Damac Park Avenue for Real Estate Development S.A.E., and Damac Gamsba Bay for Development S.A.E. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/11/16, registriert am 20.6.2011; *Indorama International Finance Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/11/32, registriert am 2.12.2011; *Ampal-American Israel Corporation and others v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/12/11, registriert am 23.5.2012. Verfügbare Informationen zu den Verfahren abrufbar unter <<http://www.icsid.worldbank.org>>.

gebiete am Roten Meer auf ägyptischem Gebiet.¹⁴ Die Grundstücke wurden wohl unter Korruptionsumständen – in die der damalige Tourismusminister involviert war – und weit unter Wert erworben.¹⁵ Nach der Revolution wurde *Sajawani* von einem ägyptischen Gericht aufgrund von Korruption im Zusammenhang mit diesem Geschäft zu Geldstrafen und zur Rückgabe der Grundstücke verurteilt.¹⁶ *Sajawani* und *Damac* rügen nun die Verurteilung als Verletzung der Schutzstandards aus dem ISV, den die Vereinigten Arabischen Emirate und Ägypten geschlossen haben.¹⁷

Diese Beispiele zeigen, dass postrevolutionäre Maßnahmen in Konflikt mit Verpflichtungen aus ISV geraten können. In Ägypten hat man dies inzwischen erkannt und ein Komitee aus Regierungsmitgliedern und Rechtsexperten gebildet, das im Dialog mit (ausländischen) Investoren, solche Streitigkeiten auf Verhandlungsbasis lösen soll.¹⁸ Ob dies gelingt, bleibt abzuwarten. In jedem Fall schließt dieser präventive Versuch konsensueller Lösungen nicht die Möglichkeit ausländischer Investoren aus, auf Grundlage der ISV gegen Ägypten vorzugehen.

Der Beitrag wird vor diesem Hintergrund analysieren, ob und inwieweit Reforminitiativen in der arabischen Welt Bestimmungen des internationalen Investitionsschutzrechts verletzen können und ob hierdurch ein sogenannter “regulatory chill” für den demokratischen Wandel entstehen könnte. Als “regulatory chill” wird der Effekt beschrieben, dass Staaten aufgrund der Befürchtung einer Verpflichtung zur Zahlung hoher Schadensersatzsummen an ausländische Investoren von neuen regulierenden Maßnahmen Abstand nehmen.¹⁹ Ob ein solcher Effekt tatsächlich existiert, lässt sich empirisch

¹⁴ E. Broomhall, *Damac to Fight Corruption Conviction in Cairo*, *Arabian Business*, 12.5.2011, abrufbar unter <<http://www.arabianbusiness.com>>; S. Mishkin, *Egypt: the Costs of Cleaning Up*, *Financial Times*, 19.5.2011, abrufbar unter <<http://www.blogs.ft.com>>.

¹⁵ E. Broomhall (Anm. 14); S. Mishkin (Anm. 14). Weiterhin stellt H. El-Kady für die Gesamtsituation in Ägypten fest: “Government officials regularly undervalued state-owned assets and then sold the assets to foreign investors for a fraction of their market values. Examples include allowing foreign investors to illegally acquire state land, selling public department stores, companies and factories at prices below market rates to foreign investors.”, H. El-Kady (Anm. 2), 1.

¹⁶ E. Broomhall (Anm. 14); S. Mishkin (Anm. 14). Siehe hierzu auch H. El-Kady (Anm. 2), 1 (9 f.).

¹⁷ Der ISV wurde 1997 geschlossen und ist 1999 in Kraft getreten, siehe UNCTAD, *Investments Instruments Online, Country List Egypt* (Anm. 3). Der Vertragstext selbst ist nicht öffentlich zugänglich.

¹⁸ N. Wahish, *Better Shake on It*, *Al-Ahram Weekly*, Issue No. 1049, 26.5.-1.6.2011, abrufbar unter <<http://www.ahram.org>>; DAIHK-GTAI Newsletter (Anm. 2), 1 (8 f.); Reuters, *Egypt Vows to Settle Land Disputes with Foreign Firms*, 2.9.2011, abrufbar unter <<http://www.arabianbusiness.com>>.

¹⁹ Siehe etwa P. Sands, *A Lawless World – Making and Breaking Global Rules*, 2005, 122, 141 f.; UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking*,

kaum nachweisen.²⁰ Gleichwohl zeigt der konsensuale Präventionsversuch Ägyptens, dass ein entsprechender Respekt vor schiedsgerichtlichen Streitverfahren in der Realität besteht. Dieser Respekt mag darin begründet liegen, dass Schiedsgerichte aufgrund einer investor-freundlichen Spruchpraxis und eines intransparenten Verfahrens regelmäßig in der Kritik stehen.²¹ Diese Aspekte bilden den Hintergrund für das Spannungsfeld zwischen Rechtssicherheit für ausländische Investoren durch ISV und Reformen nach den Umbrüchen in der arabischen Region.

Series on International Investment Policies for Development, 2007, UNCTAD/ITE/IIA/2007/3, 75. In Bezug auf Umweltschutzmaßnahmen *M. Sornarajah*, The International Law on Foreign Investment, 3. Aufl., 2010, 77 f.; *K. Miles*, International Investment Law and Climate Change: Issues in the Transition to a Low Carbon World, Online Proceedings Working Paper No. 27/08, published by the Society of International Economic Law, 2.7.2008, 22 ff., abrufbar unter <<http://www.ssrn.com>>; *F. Baetens*, The Kyoto Protocol in Investor-State Arbitration: Reconciling Climate Change and Investment Protection Objectives, in: M.-C. Cordonier Segger/M. Gehring/A. Newcombe (Hrsg.), Sustainable Development in World Investment Law, 2010, 683 (696 ff.). Siehe für eine Analyse der Verwendung des Begriffs *regulatory chill* aus politikwissenschaftlicher Perspektive *K. Tienhaara*, Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science, in: C. Brown/K. Miles (Hrsg.), Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration, 2011, 606 ff.

²⁰ Das Bestehen von einem *regulatory chill* durch Investitionsschutzrecht ablehnend *C. Schreuer*, Why Still ICSID?, Transnational Dispute Management 9/3 (2012), 1 (2 f.). Ähnlich ablehnend in Bezug auf klimaschützende Maßnahmen *S. Schill*, Do Investment Treaties Chill Unilateral State Regulation to Mitigate Climate Change?, Journal of International Arbitration 24 (2007), 469. *Tienhaara* weist daraufhin, dass zu dieser Frage keine verlässlichen Daten und Statistiken bestehen. Siehe *K. Tienhaara* (Anm. 19), 606 (627). Für den vorliegenden Beitrag soll der Begriff *regulatory chill* die Problemkonstellation verdeutlichen und als einleitende Fragestellung dienen.

²¹ Siehe etwa *G. van Harten*, *D. Schneiderman*, *M. Sornarajah*, *P. Muchlinski*, Public Statement on the International Investment Regime, 31.8.2010, abrufbar unter <http://www.osgoode.yorku.ca/public_statement>. Siehe für eine Kritik seitens NGO's etwa Seattle to Brussels Network & Network for Justice in Global Investment, Call for an Alternative Investment Model, 6.11.2011, abrufbar unter <<http://www.s2bnetwork.org/>>. Jüngst eine Kritik in Bezug auf geplante Investitionsschutzklauseln im Trans-Pacific Partnership Abkommen *E. Evatt et al.*, An Open Letter from Lawyers to the Negotiators of the Trans-Pacific Partnership Urging the Rejection of Investor-State Dispute Settlement, 8.5.2012, abrufbar unter <<http://canadians.org/trade/documents/TPP-Jurists-letter-0512.pdf>>. Siehe kritisch ebenfalls *M. Sornarajah*, Mutations of Neo-Liberalism in International Investment Law, Trade Law and Development 3 (2011), 203.

Anhand libyscher und ägyptischer ISV²² analysiert der Beitrag, welche völkerrechtlichen Grenzen und Handlungsspielräume für Reformbemühungen bestehen. Als Grundlage dienen die folgenden bilateralen ISV zwischen Ägypten und Argentinien²³ sowie Australien,²⁴ Kanada,²⁵ China,²⁶ Frankreich,²⁷ Indien,²⁸ Italien,²⁹ Russland³⁰ und den USA.³¹ Mit Blick auf Libyen wird auf die folgenden bilateralen ISV zwischen Libyen und Öster-

²² Es soll eine repräsentative Darstellung der ISV von Ägypten und Libyen ermöglicht werden. Es sind ISV mit wichtigen Industrienationen sowie selektiv mit Ländern aus allen Kontinenten ausgewählt worden. Eine Einbeziehung aller Verträge Ägyptens scheidet aus Platzgründen aus. Die Auswahlmöglichkeiten im Hinblick auf Libyen sind angesichts der geringen Anzahl an ISV begrenzt. Mit den USA hat Libyen nur ein Rahmenabkommen abgeschlossen: Trade and Investment Framework Agreement between the Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya and the Government of the United States of America (unterzeichnet am 20.5.2010, noch nicht in Kraft getreten) abrufbar unter <http://www.ustr.gov/webfm_send/1938>. Wenn nicht anders vermerkt, sind alle verwendeten ISV abrufbar unter <http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch_779.aspx>.

²³ Acuerdo entre el Gobierno de la Republica Argentina y el Gobierno de la Republica Arabe de Egipto para la Promoción y Protección Reciproca de Inversiones (unterzeichnet 11.5.1992, in Kraft getreten 3.12.1993) (nachfolgend BIT-Argentinien-Ägypten).

²⁴ Agreement between the Government of Australia and the Government of the Arab Republic of Egypt on the Promotion and Protection of Investments (unterzeichnet 3.5.2001, in Kraft getreten 5.9.2002) (nachfolgend BIT-Australien-Ägypten).

²⁵ Agreement between the Government of Canada and the Government of the Arab Republic of Egypt on the Promotion and Protection of Investments (unterzeichnet 13.11.1996, in Kraft getreten 3.11.1997) (nachfolgend BIT-Canada-Ägypten).

²⁶ Agreement between the Government of the Arab Republic of Egypt and the Government of the People's Republic of China concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments (unterzeichnet 21.4.1994, in Kraft getreten 1.4.1996) (nachfolgend BIT-China-Ägypten).

²⁷ Convention entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République arabe d'Égypte sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements (unterzeichnet 22.12.1974, in Kraft getreten 1.10.1975) (nachfolgend BIT-Frankreich-Ägypten).

²⁸ Agreement between the Government of the Arab Republic of Egypt and the Government of the Republic of India for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (unterzeichnet 9.4.1997, in Kraft getreten 22.11.2000) (nachfolgend BIT-Indien-Ägypten).

²⁹ Agreement for the Promotion and Protection of Investments between the Republic of Italy and the Arab Republic of Egypt (unterzeichnet 2.3.1989, in Kraft getreten 1.5.1994) (nachfolgend BIT-Italien-Ägypten).

³⁰ Agreement between the Government of the Russian Federation and the Government of the Arab Republic of Egypt on the Encouragement and Mutual Protection of Capital Investments (unterzeichnet 23.9.1997, in Kraft getreten 12.6.2000) (nachfolgend BIT-Russland-Ägypten).

³¹ Treaty between the United States of America and the Arab Republic of Egypt concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments (unterzeichnet 11.3.1986, in Kraft getreten 27.6.1992) (nachfolgend BIT-USA-Ägypten). Siehe zur ökonomischen Partnerschaft zwischen USA und Ägypten nach der Revolution *H. El-Kady* (Anm. 2), 1 ff.

reich³² sowie Belgien-Luxemburg,³³ Kroatien,³⁴ Italien,³⁵ und Schweiz³⁶ Bezug genommen.

Alle hier in Betracht gezogenen ISV enthalten Verweise zu einem Streitbeilegungsverfahren für Streitigkeiten zwischen ausländischem Investor und Gaststaat.³⁷ Damit kann ein ausländischer Investor eine staatliche Maßnahme als Verletzung des ISV vor einem Schiedsgericht rügen. Die Umbrüche führen nicht zu einer Lösung der Bindung an die ISV, da sie völkerrechtlich auch für die "neuen" Staaten weiter gelten. Zum Teil enthalten die ISV Kündigungsregeln. Die überwiegende Anzahl der ISV ist zunächst auf zehn Jahre Laufzeit begrenzt und verlängert sich dann um weitere fünf oder zehn Jahre, wenn eine der Vertragsparteien nicht die Beendigung des ISV geltend macht.³⁸ Eine unilaterale Beendigung nach allgemeinem Völkervertragsrecht – wie etwa die *clausula rebus* nach Art. 62 WVRK – scheint daneben nicht einzugreifen.³⁹ Die Revolution in den jeweiligen Ländern wird man nicht

³² Agreement between the Republic of Austria and the Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya for the Promotion and Protection of Investments (unterzeichnet 18.6.2002, in Kraft getreten 1.1.2004) (nachfolgend BIT-Austria-Libya).

³³ Agreement between the Belgo-Luxembourg Economic Union and the Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (unterzeichnet 15.2.2004, in Kraft getreten 23.2.2007) (nachfolgend BIT-Belgium-Luxembourg-Libya).

³⁴ Agreement between the Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya and the Republic of Croatia on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (unterzeichnet 20.12.2002, noch nicht in Kraft getreten) (nachfolgend BIT-Croatia-Libya).

³⁵ Siehe Anm. 9.

³⁶ Accord entre la Confédération suisse et la Grande Jamahiriya arabe libyenne populaire socialiste concernant la promotion et la protection réciproque des investissements (unterzeichnet 8.12.2003, in Kraft getreten 28.4.2004) (nachfolgend BIT-Schweiz-Libya).

³⁷ Siehe die folgenden ägyptischen ISV: Art. 9 BIT-Germany-Egypt; Art. X BIT-Argentina-Egypt; Art. 13 BIT-Australia-Egypt; Art. XIII BIT-Canada-Egypt; Art. 9 III 1 BIT-China-Egypt (allerdings ist dies nach Art. 9 III 2 ausgeschlossen, wenn der Investor schon vor nationalen Gerichten geklagt hat); Art. 8 III BIT-India-Egypt; Art. 9 II (b) BIT-Italy-Egypt; Art. 10 II BIT-Russia-Egypt; Art. 7 III BIT-USA-Egypt. Siehe die folgenden libyschen ISV: Art. 11 II BIT-Germany-Libya; Art. 10 und Art. 11 BIT-Austria-Libya; Art. 12 BIT-Belgium-Luxembourg-Libya; Art. 9 BIT-Croatia-Libya; Art. 9 BIT-Italy-Libya; Art. 8 BIT-Schweiz-Libya. Die meisten der ISV enthalten Verweise zu verschiedenen Schiedsinstitutionen: ICSID, Permanent Court of Arbitration oder International Chamber of Commerce. Libysche ISV enthalten allerdings keine Verweise zu ICSID, da Libyen nicht Vertragspartei von ICSID ist.

³⁸ Siehe etwa Art. 11 II BIT-Germany-Egypt; Art. 13 II BIT-Germany-Libya; Art. 25 II BIT-Austria-Libya; Art. 15 BIT-Belgium-Luxembourg-Libya; Art. 12 II BIT-Italy-Libya; Art. 11 II BIT-Argentina-Egypt; Art. 15 I BIT-Australia-Egypt; Art. 12 BIT-China-Egypt; Art. 13 II BIT-Russia-Egypt; Art. 13 II, III BIT-USA-Egypt.

³⁹ Siehe zur restriktiven Handhabung von Art. 62 WVRK *M. Villiger, Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2009, 770, Rn. 8; *A. Aust, Modern Treaty Law and Practice*, 2. Aufl., 2009, 297; *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project*

als grundlegende Änderung der Umstände im Sinne von Art. 62 WVRK hinsichtlich der ISV erachten können.⁴⁰ Denn die Umbrüche haben keine Auswirkungen auf den Umfang der Verpflichtungen der ISV. Allein die mögliche Neuausrichtung in wirtschaftspolitischen Fragen ist nicht ausreichend für eine Aktivierung von Art. 62 WVRK. Selbst wenn im Nachgang der Revolution nun ISV gekündigt werden sollten, würden die Verpflichtungen gegenüber bereits getätigten Investitionen bestehen bleiben.⁴¹

In diesem Beitrag geht es folglich nicht um Haftungsfragen für kriegs- oder revolutionsbedingte Schäden ausländischer Investoren. Während der Umbrüche ist auch Eigentum von Ausländern beschädigt worden.⁴² Aus ISV ergibt sich insoweit eine Schutzpflicht dahingehend, "full protection and security" für ausländische Investoren zu gewährleisten.⁴³ Zudem enthalten manche ISV die Verpflichtung, ausländische Investoren bei der Regulierung von Schäden infolge von Krieg oder bewaffneten Auseinandersetzungen nicht schlechter als nationale Investoren zu behandeln.⁴⁴ Diese Pflichten könnten gegebenenfalls verletzt worden sein und ebenfalls Investitionsstreitverfahren nach sich ziehen. Dieser Fragenkomplex wird hier jedoch nicht weiter vertieft, da er insofern keine potentiellen künftigen Gren-

(*Hungary v. Slovakia*), Judgment on the Merits, ICJ Reports 1997, 7, 64, para. 104. Zur geschichtlichen Entwicklung zu Art. 62 WVRK und der *clausula rebus* siehe G. Haraszti, Treaties and the Fundamental Change of Circumstances, *Recueil des Cours* 146 (1977) 7 (10 ff.), sowie A. Vamvoukos, Termination of Treaties in International Law – The Doctrines of Rebus Sic Stantibus and Desuetude, 1985, 3 ff.

⁴⁰ Zudem kann sich ein Staat nicht auf sein eigenes Verhalten berufen. Siehe A. Aust (Anm. 39), 298, und I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2. Aufl., 1984, 194. Dieser Gedanke drückt sich auch in Art. 46 WVRK aus, wonach ein Staat sich zur Lösung der Bindung eines Vertrages grundsätzlich nicht auf die Verletzung innerstaatlichen Rechts berufen kann. Auch wird allein ein Regierungswechsel nicht Art. 62 WVRK auslösen können. Siehe hierzu T. Griegerich, Art. 62, in: O. Dörr/K. Schmalenbach (Hrsg.), *Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary*, 2012, 1082, Rn. 41.

⁴¹ Sogenannte *sunset*-Klauseln: Art. 13 III BIT-Germany-Libya; Art. 11 III BIT-Germany-Egypt. Siehe hierzu auch H. El-Kady (Anm. 2), 1 (8).

⁴² Siehe dazu V. Noury (Anm. 11), 46 ff. Siehe zu Schäden an der Gasleitung nach Jordanien und Israel und dem Begehren eines ausländischen Investors deswegen ein Schiedsgericht anzurufen M. Marks, Ägyptens Gas- und Ölsektor in Bewegung, *Germany Trade & Invest*, 20.10.2011, 1 (2), abrufbar unter <<http://www.gtai.de>>.

⁴³ Siehe Art. 2 III BIT-Italy-Libya; Art. 2 II BIT-Germany-Libya. Siehe zu dieser Pflicht jüngst C. Schreuer, Full Protection and Security, *Journal of International Dispute Settlement* 1 (2010), 353. Speziell zur Situation während eines Konfliktes C. Schreuer, The Protection of Investments in Armed Conflicts, abrufbar unter <<http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress>>.

⁴⁴ Siehe Art. 4 BIT-Italy-Libya; Art. 4 III BIT-Germany-Libya; Art. 4 BIT-USA-Egypt. Siehe zu dieser Verpflichtung H. van Houtte/B. Delmartino/I. Yi, Post-War Restoration of Property Rights under International Law, Vol. I: Institutional Features and Substantive Law 2008, 52 f.

zen des arabischen Wandels markiert, sondern abgeschlossene Sachverhalte betrifft.

Im ersten Abschnitt werden zunächst einige wirtschaftliche Grunddaten in Bezug auf Auslandsinvestitionen in Ägypten und Libyen dargestellt (II.). Sodann wird der Frage nachgegangen, unter welchen Umständen vorrevolutionäre Investitionen vom Schutzbereich der ISV erfasst werden (III.). Anschließend wird anhand der ägyptischen und libyschen ISV untersucht, inwieweit Reformvorhaben gegen die darin enthaltenen Schutzstandards verstoßen könnten (IV.). Weiterhin wird die Ebene der Kompensationshöhe als Berücksichtigungsmöglichkeit für die Situation in Ägypten und Libyen behandelt (V.). Der Beitrag schließt mit einem Fazit (VI.).

II. Auslandsinvestitionen in Ägypten und Libyen

In Ägypten wurde unter dem Präsidenten *Anwar as-Sadat* (1970-81) das Wirtschaftssystem liberalisiert. Im Zuge dessen hat auch die Bedeutung ausländischer Investitionen zugenommen. Ein Zuwachs von arabischen Investoren – etwa aus Saudi Arabien und den Vereinigten Arabischen Emiraten – war insbesondere nach den Anschlägen vom 11. September 2001 zu verzeichnen, was auf erhöhte Sicherheitsbestimmungen in den USA zurückgeführt wird.⁴⁵ Im Jahr 2008 war zwar ein leichter Rückgang an ausländischen Investitionen zu verzeichnen, doch Ägypten blieb der größte Aufnahmestaat in der Region.⁴⁶ So hat im Jahr 2008 das französische Unternehmen *Lafarge SA* die ägyptische *OCI Cement Group* für 15 Mrd. € aufgekauft.⁴⁷ In demselben Jahr wurde zudem erstmals auf dem Gassektor einem ausländischen Unternehmen, der italienischen Firma *Edison International*, eine Konzession erteilt.⁴⁸ Im Bereich der Lebensmittelindustrie ist mit 10 % der gesamten Auslandsinvestitionen ein weiteres Betätigungsfeld für ausländi-

⁴⁵ A. Zorob, Gut eingebunden – Ägypten und die wirtschaftliche Vernetzung der Region, IP Länderporträt Ägypten (März/April 2012), 38 (41); M. Loewe, Großes Potenzial, schlechte Umstetzung, IP Länderporträt Ägypten (März/April 2012), 4 (5). Siehe hinsichtlich Saudi-Arabien J. Völkel, Freunde, Konkurrenten, Handelspartner, IP Länderporträt Ägypten (März/April 2012), 48 (51).

⁴⁶ UNCTAD, World Investment Report 2009, UN Doc. UNCTAD/WIR/2009, 43, abrufbar unter <<http://www.unctad.org/WIR>>. Siehe auch A. Zorob (Anm. 45), 38 (41).

⁴⁷ UNCTAD, World Investment Report 2009 (Anm. 46), 13, 43.

⁴⁸ UNCTAD, World Investment Report 2009 (Anm. 46), 13, 43. Schon 2003 hat ein malaysischer Investor Anteile eines ägyptischen Gasunternehmens erworben. Siehe dazu UNCTAD, World Investment Report 2010, UN Doc. UNCTAD/WIR/2010, 35, abrufbar unter <<http://www.unctad.org/WIR>>.

sche Investoren entstanden.⁴⁹ Im Bankensektor und Agrarsektor ist es zu finanzintensiven Engagements ausländischer Investoren gekommen.⁵⁰ Auch chinesische Investoren haben Ägypten als Fertigungsstandort entdeckt.⁵¹ Im Jahr 2010 lag Ägypten mit 3,5 Mrd. \$ Zufluss ausländischen Kapitals in der Spitzengruppe Afrikas.⁵² Seit der Revolution im Januar 2011 sind ausländische Direktinvestitionen massiv zurückgegangen.⁵³ Dies ist auch bedingt durch die Ungewissheit über die politische und rechtliche Zukunft in Ägypten.

In Libyen sind ausländische Unternehmen vor allem auf dem Ölsektor aktiv. Schon seit den 1950er Jahren ist beispielsweise der italienische Konzern *ENI* in Libyen aktiv.⁵⁴ Mit dem russischen Unternehmen *Gazprom* wurden jüngst Explorations- und Ausschöpfungsabkommen abgeschlossen.⁵⁵ Auch chinesische Unternehmen haben sich Standorte gesichert.⁵⁶ Im Hinblick auf weitere Wirtschaftssektoren war Libyen demgegenüber lange Zeit wirtschaftlich isoliert und ließ kaum ausländische Investoren in das Land. Erst nachdem die UN Sanktionen aufhob, die aufgrund des Lockerbie-Attentats gegen das Regime verhängt wurden, öffnete sich das Land ausländischen Investoren. 2005 wurde ausländischen Banken erstmals erlaubt, Filialen in Libyen zu errichten.⁵⁷ 2010 wurde zudem noch unter *Gaddafi* ein Gesetz zur Förderung von nationalen wie ausländischen Investitionen verabschiedet.⁵⁸ 2010 ist der Zufluss an ausländischen Investitionen im Vergleich zum Vorjahr um 40 % gestiegen.⁵⁹ Obwohl seit Beginn der Unruhen dieser Kapitalzufluss abgenommen hat, wird damit deutlich, dass

⁴⁹ UNCTAD, World Investment Report 2009 (Anm. 46), 112. 2008 hat sich etwa das französische Unternehmen *Danone* zur Produktion von Joghurt in Ägypten angesiedelt. Siehe DAIHK-GTAI Newsletter (Anm.2), 12.

⁵⁰ UNCTAD, World Investment Report 2010 (Anm. 48), 35. Siehe auch *A. Zorob* (Anm. 45), 38 (41).

⁵¹ Siehe *J. Völkel* (Anm. 45), 48 (53).

⁵² UNCTAD, World Investment Report 2011, UN Doc. UNCTAD/WIR/2011, 40, abrufbar unter <<http://www.unctad.org/WIR>>.

⁵³ Siehe dazu *M. Marks* (Anm. 2), 4; *A. Zorob* (Anm. 45), 38 (41); *M. Loewe* (Anm. 45), 4 (6). Siehe auch *P. A. Barbour/P. Economou/N. Jensen/D. Villar*, The Arab Spring: How Soon Will Foreign Investors Return?, Columbia FDI Perspectives No. 67, 7.5.2012, abrufbar unter <<http://www.vcc.columbia.edu/content/fdi-perspectives>>.

⁵⁴ Siehe Informationen auf der Homepage von ENI <<http://www.eni.org>>.

⁵⁵ UNCTAD, World Investment Report 2011 (Anm. 52), 67.

⁵⁶ UNCTAD, World Investment Report 2011 (Anm. 52), 49.

⁵⁷ UNCTAD, World Investment Report 2006, UN Doc. UNCTAD/WIR/2006, 24, abrufbar unter <<http://www.unctad.org/WIR>>.

⁵⁸ Gesetz Nr. 9 2010. Siehe hierzu UNCTAD, World Investment Report 2010 (Anm. 48), 78.

⁵⁹ UNCTAD, World Investment Report 2011 (Anm. 52), 41.

in Libyen vor dem Konflikt zahlreiche ausländische Investoren wirtschaftlich aktiv geworden sind.

Insgesamt lässt sich somit eine facettenreiche Betätigung ausländischer Investoren in beiden Ländern ausmachen. Diese sind in verschiedenen Sektoren aktiv: Ölindustrie, Lebensmittelbranche, Immobilien, Infrastrukturmaßnahmen, Energiesektor und Finanzsektor. Wenn Ägypten und Libyen in diesen Bereichen Reformen anstreben, könnten ausländische Investoren diese vor Schiedsgerichten angreifen.

III. Vorrevolutionäre Investitionen als geschützte Investitionen?

1. Rechtliche Konsequenzen bei Korruptionsumständen

Ausländische Investitionen können vom Schutzbereich des ISV ausgeschlossen sein, wenn sie gegen nationales Recht verstoßen.⁶⁰ Sogenannte “in accordance with national law”-Klauseln, wonach die Investitionen dem nationalen Recht entsprechen müssen, sind in ISV beider Länder enthalten.⁶¹

⁶⁰ Siehe dazu insgesamt *R. Moloo/A. Khachatryan*, The Compliance with the Law Requirement in International Investment Law, *Fordham Int'l L. J.* 34 (2011), 1473. Zu verschiedenen Klauseln in ISV *C. Knabr*, Investitionen “in Übereinstimmung mit nationalen Rechtsvorschriften”, in: A. Reinisch/C. Knahr (Hrsg.), Aktuelle Probleme und Entwicklungen im internationalen Investitionsrecht, 2008, 125; *S. Schill*, Illegal Investments in Investment Treaty Arbitration, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 11 (2012), im Erscheinen.

⁶¹ Siehe etwa Art. 1 I BIT-Germany-Egypt; Art. 2 I BIT-Germany-Libya; Art. 13 I BIT-India-Egypt; Art. 1 I, 2 I BIT-Austria-Libya; Art. 1 BIT-Croatia-Libya; Art. 1 I BIT-Argentina-Egypt; Art. 1 I (a) BIT-Australia-Egypt; Art. 1 I BIT-China-Egypt; Art. 1 BIT-France-Egypt; Art. 1 I und Art. 2 I BIT-Russia-Egypt. Der ISV zwischen USA und Ägypten hingegen enthält keine solche Klausel. In der Schiedspraxis wurden Investitionen unter Verletzung des nationalen Rechts der Schutz durch ISV verweigert, selbst wenn keine *in accordance with host State law*-Klausel vorlag. Begründet wurde dies damit, dass eine gegen das nationale Recht verstößende Investition zugleich auch gegen das im allgemeinen Völkerrecht verankerte Prinzip “Treu und Glauben” verstoße und daher keinen Schutz unter dem ISV zugesprochen werden könne. Siehe hierzu *Plama Consortium Limited v. Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27.8.2008, paras. 138 ff.; *Phoenix Action v. Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15.4.2009, para. 101 (bei diesem Tribunal liegt ein *obiter dictum* vor, da in dem konkreten ISV eine entsprechende Klausel bestand, para. 101 am Ende); *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18.6.2010, paras. 123 f. Siehe hierzu auch: *R. Moloo/A. Khachatryan* (Anm. 60), 1473 (1482 ff.).

So bestimmt der deutsch-ägyptische ISV:

“Für die Zwecke dieses Abkommens [...] bezeichnet der Begriff “Kapitalanlagen” Vermögenswerte jeder Art, die ein Investor des einen Vertragsstaates im Hoheitsgebiet des anderen Vertragsstaates in Übereinstimmung mit dessen Gesetzen und sonstigen Rechtsvorschriften schafft oder erwirbt [...].”⁶²

Insbesondere in Ägypten wird versucht, Vereinbarungen mit ausländischen Investoren, die unter dem Regime *Mubaraks* geschlossen wurden, mit dem Hinweis darauf rückgängig zu machen, dass sie unter dem Einfluss von Korruption⁶³ geschlossen wurden.⁶⁴ Sowohl in Ägypten als auch in Libyen ist Korruption strafbar.⁶⁵ Leichtere Verstöße gegen nationales Recht werden jedoch nicht für ausreichend erachtet.⁶⁶ Zudem gibt es Ansätze in der

⁶² Art. 1 I BIT-Germany-Egypt.

⁶³ Unter dem Begriff der Korruption werden im vorliegenden Kontext solche Konstellationen verstanden, in denen eine Person ihre staatliche Position ausnutzt, um sich einen persönlichen Vorteil zu verschaffen. Es geht also um solche Situationen, in denen ein staatlicher Vertreter involviert ist. Siehe für andere Korruptionsformen *D. Monsau*, Vereinte Nationen und Korruptionsbekämpfung, 2009, 7 ff.

⁶⁴ Siehe oben das Eingangsbeispiel *Sajwani / Damac et al. v. Egypt* (Anm. 13-17). Siehe bezüglich eines ägyptischen Industriellen *H. Saleh*, Egyptian Steel Magnate Jailed for Corruption, *Financial Times*, 15.9.2011, abrufbar unter <<http://www.ft.com>>.

⁶⁵ Ausführliche Nachweise auf die Rechtslage in Ägypten bei *M. Fadel*, Public Corruption and the Egyptian Revolution of January 25: Can Emerging International Anti-Corruption Norms Assist Egypt Recover Misappropriated Public Funds, *Harv. Int'l L. J. Online* 52 (2011), 292 (293, insbesondere Anm. 1), abrufbar unter <<http://www.harvardilj.org>>. Weiterhin *M. Arafa* (Anm. 2), 1, (13 f., Anm. 62). Siehe auch die Studie von Transparency International aus dem Jahr 2009 *Transparency International*, National System Integrity Study Egypt 2009, abrufbar unter <<http://www.transparency.org>>. Im libyschen Strafrecht besteht eine Verjährungsfrist von 10 Jahren für Verbrechen. Siehe hierzu UN Human Rights Council, Report of the International Commission of Inquiry on Libya, UN Doc A/HRC/19/68, 2.3.2012, 191, para. 772. Dies ist allerdings kein Ausschlussgrund für Libyen sich auf die Verletzung zu berufen, da im Schiedsverfahren keine Strafbarkeit des Investors oder des staatlichen Akteurs behandelt wird. Siehe hierzu *World Duty Free v. Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, Award, 4.10.2006, para. 3; *H. Raeschke-Kessler*, Corrupt Practices in the Foreign Investment Context: Contractual and Procedural Aspects, in: N. Horn (Hrsg.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, 2004, 471 (493).

⁶⁶ *Tokios Tokeles v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29.4.2004, para. 86; *Metalpar v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/5, Decision on Jurisdiction, 27.4.2006, para. 84; *Mytilineos v. State of Union of Serbia and Montenegro and Republic of Serbia*, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction, 8.9.2006, paras. 151 ff.; *Alpha Projekeholding GmbH v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/07/16, Award, 8.11.2010, para. 297; *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GMBH and Others v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/8, Decision on Jurisdiction, 8.3.2010, para. 145. Siehe hierzu *S. Schill* (Anm. 60). Siehe auch anschaulich die abweichende Meinung des Schiedsrichters *Cremades* in *Fraport AG Frankfurt Airport Service Worldwide v. Republic of the Philippines*, Case No. ARB/03/25, 16.8.2007, Dissenting Opinion, para. 36. Im Fall *Fraport v. Philippines* hat das Tribunal zudem überprüft, ob der Rechtsverstoß maßgebliche Auswirkungen auf den wirtschaftlichen Erfolg

Schiedspraxis, die eine Verletzung des nationalen Rechts bei Gutgläubigkeit des Investors ausschließen wollen.⁶⁷ Eine solche Gutgläubigkeit des Investors kann bei korrupten Geschäften jedoch nicht angenommen werden, da von der Kenntnis der Unrechtmäßigkeit des Investors ausgegangen werden kann.

Libyen und Ägypten könnten also argumentieren, dass es bei Abschluss von vorrevolutionären Investitionen mit den ehemaligen Regimes zu Korruption gekommen ist. Die rechtlichen Konsequenzen von Verstößen gegen das nationale Recht werden im Hinblick auf das Schiedsverfahren unterschiedlich eingeordnet.⁶⁸ Insbesondere hinsichtlich der rechtlichen Auswirkungen von Korruptionsumständen lassen sich verschiedene Ansätze ausmachen. Zum Teil wird dies generell unter einem Verstoß gegen *international public policy*⁶⁹ diskutiert, aufgrund dessen das Schiedstribunal die Forderungen des Investors zurückzuweisen habe. Andere hingegen lehnen die *admissibility* der Ansprüche ab.⁷⁰ Bei Vorliegen der genannten "accordance

der Investition hatte, *Fraport AG Frankfurt Airport Service Worldwide v. Republic of the Philippines*, Case No. ARB/03/25, 16.8.2007, paras. 396 ff. Wenn der Investor ohne Umstände den Rechtsverstoß hätte beseitigen können, kann dies als "leichter Verstoß" gewertet werden, *Desert Line Projects v. Republic of Yemen*, ICSID Case No. ARB/05/17, Award, 6.2.2008, para. 117.

⁶⁷ *Fraport AG Frankfurt Airport Service Worldwide v. Republic of the Philippines* (Anm. 66), paras. 355, 396 f.; *Desert Line Projects v. Republic of Yemen* (Anm. 66), paras. 116 f. Siehe hierzu auch *R. Moloo/A. Khachaturian* (Anm. 60), 1473 (1494 ff.).

⁶⁸ Siehe hierzu *C. Knahr* (Anm. 60). *Moloo/Khachaturian* sagen, dass bei ISV mit solchen Klauseln die Zuständigkeit der Tribunale fehle, *R. Moloo/A. Khachaturian* (Anm. 60), 1473 (1482). *Yackee* weist darauf hin, dass sich derartigen Klauseln in ISV meist keine exakte Aussage über die Rechtsfolgen der Verletzung des nationalen Rechts entnehmen lassen, *J. Yackee*, *Investment Treaties and Investor Corruption: An Emerging Defense for Host States?*, *Va. J. Int'l L.* 52 (2012), 723 (741).

⁶⁹ Siehe dazu *World Duty Free v. Kenya* (Anm. 65), paras. 138 ff.; *Inceysa v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, 2.8.2006, paras. 245 ff. Nichtzuständigkeit bei Verstoß gegen *international public policy* stammt aus der privaten Schiedspraxis. Der Referenzfall mit Bezug zur Korruption ist *Lagergrens Award* aus dem Jahr 1963, abgedruckt bei *J. Gillis Wetter*, *Issues of Corruption before International Arbitral Tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunar Lagergren's 1963 Award in ICC Case No. 1110*, *Arbitration International* 10 (1994), 277. Siehe zu Unterschieden zwischen der privaten und Staat/Investor Schiedspraxis *B. Cremades*, *Corruption and Investment Arbitration*, in: G. Aksen/K. H. Böckstiegel/M. Mustill/P. M. Patocchi/A. M. Whitesell (Hrsg.), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, 2005, 203 (210 ff.).

⁷⁰ So etwa *A. Newcombe*, *Investor Misconduct: Jurisdiction, Admissibility or Merits?*, in: C. Brown/K. Miles (Hrsg.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, 2011, 187 (198 f.). Den Begriff *admissibility* mit Zulässigkeit zu übersetzen, trifft es nicht ganz. Bei der Frage der *jurisdiction* geht es darum, ob ein Tribunal überhaupt die Kompetenz hat, über den Streit zu entscheiden. Bei der Frage der *admissibility* soll dagegen geprüft werden, ob die Ansprüche des klagenden Investors zulässig sind. Siehe zu dieser Abgrenzung *J. Paulsson*, *Juris-*

with national law”-Klauseln, kann das Tribunal schon seine Zuständigkeit verneinen.⁷¹ Denn mit der Rechtsverletzung ist die Bedingung der Staaten zur Zustimmung zum Schiedsverfahren nicht erfüllt. Eine weitere Ansicht will die Korruptionsumstände erst bei der Begründetheit einbeziehen, um das Fehlverhalten von Investor und Staat angemessen abwägen zu können.⁷² Auf welcher Ebene letztlich angeknüpft wird, hängt von den Tatsachen und dem Wortlaut des ISV im Einzelfall ab. In allen Konstellationen stellt sich jedoch die gleiche Frage: Kann sich ein Staat auf das Korruptionsverhalten des Investors berufen, da notwendigerweise ein staatlicher Akteur – der korrumpiert wurde – mitgewirkt hat.

2. Estoppel – Können sich Ägypten und Libyen auf Rechtsverstoß berufen?

In der Schiedspraxis hat sich hinsichtlich der Verletzung von nationalem Recht durch den Investor ein Ansatz herausgebildet, nach dem sich Staaten nicht auf eine solche Rechtsverletzung berufen können:

“There is [...] the question of estoppel. Principles of fairness should require a tribunal to hold a government estopped from arising violations of its own law as a jurisdictional defense when it knowingly overlooked them and endorsed an investment which was not in compliance with its laws.”⁷³

diction and Admissibility, in: G. Aksen/K. H. Böckstiegel/P. M. Patocchi/A. M. Whitesell (Hrsg.), (Anm. 69), 601 ff.; Z. Douglas, The International Law of Investment Claims, 2009, 134 ff. Aus der Schiedspraxis *Plama Consortium Limited v. Bulgaria* (Anm. 61), para. 229. In die Richtung *admissibility* geht auch das Verständnis, dass sich aufgrund der *clean-hands* Doktrin der korrupte Investor nicht auf die Schutzstandards des ISV berufen dürfe *B. Cremades* (Anm. 69), 203 (214 f.). Siehe dazu auch *R. Mollo*, A Comment on the Clean Hands Doctrine in International Law, *Transnational Dispute Management* 8/1 (2011), 1.

⁷¹ Siehe *F. Haugeneder*, Corruption in Investor-State Arbitration, *The Journal of World Investment & Trade* 10 (2009), 323 (330).

⁷² So *A. Kulick/C. Wendler*, A Corrupt Way to Handle Corruption? Thoughts on the Recent ICSID Case Law on Corruption, *Legal Issues of Economic Integration* 6 (2010), 61 (76 ff.). In diese Richtung auch die abweichende Meinung von Arbitrator *Cremades* in *Fraport AG Frankfurt Airport Service Worldwide v. Republic of the Philippines* (Anm. 66). Auch *C. Tietje*, Grundstrukturen, Rechtsstand und aktuelle Herausforderungen des internationalen Investitionsschutzrechts, in: T. Giegerich (Hrsg.), Internationales Wirtschafts- und Finanzrecht in der Krise, 2011, 11 (26). Ebenso *U. Kriebaum*, Illegal Investments, *Austrian Yearbook International Arbitration* (2010), 307 (319, 323 f.).

⁷³ *Fraport AG Frankfurt Airport Service Worldwide v. Republic of the Philippines* (Anm. 66), para. 346. In diesem Fall hat das Tribunal allerdings entschieden, dass der beklagte Staat keine Kenntnis von den Rechtsverletzungen von Fraport hatte, *ibid.*, para. 401.

ZaöRV 72 (2012)

Ähnlich auch das Tribunal in *Kardassopoulos v. Georgia*:

“[States control over foreign investments] does not allow a State to preclude an investor from seeking protection under the BIT on the ground that its own actions are illegal under its own laws. [...] Accordingly, [the ‘accordance with national law-clause’] cannot be invoked by Respondent [...]”⁷⁴

In der Literatur wird dies grundsätzlich anerkannt.⁷⁵ In einigen Fällen wurde es Staaten mithin verwehrt, sich auf die Verletzung des nationalen Rechts durch den Investor zu berufen, da die Staaten von der Rechtsverletzung Kenntnis hatten und über einen längeren Zeitraum nichts dagegen unternommen hatten.⁷⁶ Im Fall *Wena Hotels v. Arab Republic of Egypt* etwa hat das Tribunal Argumente Ägyptens hinsichtlich von Korruptionsumständen abgelehnt, da Ägypten trotz Kenntnis nichts dagegen unternommen hatte.⁷⁷

Der Grundsatz des *estoppel* wird als allgemeines Prinzip des Völkerrechts verstanden,⁷⁸ nachdem ein Staat an eine Erklärung gegenüber einem anderen

⁷⁴ *Kardassopoulos v. Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction, 6.7.2007, paras. 182, 184.

⁷⁵ Z. Douglas (Anm. 70), 54; R. Moloo/A. Khachaturian (Anm. 60), 1473 (1497 f.); M. Herdegen, Der Beitrag des Internationalen Wirtschaftsrechts zu Good Governance und Rationalität des Staatshandelns, in: T. Giegerich (Hrsg.), (Anm. 72), 229 (235).

⁷⁶ *Tecmed v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Final Award, 29.5.2003, paras. 149 ff.; *SwemBalt v. Latvia*, UNCITRAL, Award, 23.10.2003, paras. 34 f.; *Kardassopoulos v. Georgia* (Anm. 74), paras. 185 ff.; *Desert Line Projects v. Republic of Yemen* (Anm. 66), paras. 117 f. Ebenso mit expliziter Bezugnahme auf die *Fraport Entscheidung Railroad Development Corporation v. Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/07/23, Second Decision on Objections to Jurisdiction, 18.5.2010, paras. 146 f.

⁷⁷ *Wena Hotel Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Award, 8.10.2000, ILM 41 (2002), 896 (917, para. 116). *Cremades* hebt hervor, dass die rechtliche Einordnung der Argumentation des Tribunals nicht eindeutig sei *B. Cremades* (Anm. 69), 203 (218).

⁷⁸ *Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, Judgment on the Merits, ICJ Reports 1962, 6 (39); *Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, Judgment on the Merits, Dissenting Opinion of Judge Sir Percy Spender, ICJ Reports 1962, 101 (141 ff.); *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company (Belgium v. Spain)*, Preliminary Objections, ICJ Reports 1964, 6 (24); *North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, Judgment, ICJ Reports 1969, 3 (26); *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland)*, Judgment on the Merits, ICJ Reports 1974, 24 (28); *Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States of America)*, Judgment, ICJ Reports 1984, 246 (305, para. 130). Aus dem Investitionsrecht *Duke Energy International Peru Investments No. 1, Ltd. v. Peru*, ICSID Case No. ARB/03/28, Award, 18.8.2008, para. 231. Aus dem Schrifttum W. Friede, Das Estoppel-Prinzip im Völkerrecht, ZaöRV 5 (1935), 517 (545); T. Cottier/J. P. Müller, Estoppel, in: R. Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL, 2007, online edition, Rn. 9 f., abrufbar unter <http://

Staat gebunden ist, wenn dieser darauf tatsächlich vertraut hat und ihm ansonsten ein Schaden entstehen würde.⁷⁹ Die Rechtswirkung von *estoppel* beläuft sich darauf, dass eine Behauptung einer Partei dann nicht gehört werden kann, wenn sie im Widerspruch zum vormaligen Verhalten steht.⁸⁰ Schon 1862 entschied ein Gericht in England: “[A] man shall not be allowed to blow hot and cold – to affirm at one time and deny at another [...]”⁸¹ Nach *Fitzmaurice* kommt es auf Folgendes an: “[T]he essential question is [...] whether the statements or conduct of the party impugned produced a change in relative positions, to its advantage or the other’s detriment.”⁸² *Cheng* hebt hervor, dass der staatliche Vertreter im Rahmen seiner offiziellen Kompetenz und ohne unzulässige Beeinflussung gehandelt haben muss.⁸³

Problematisch ist im vorliegenden Kontext, wenn staatliche Organe Ägyptens oder Libyens bei Korruption mitgewirkt oder bei Kenntnis nichts dagegen unternommen haben. Nach dem völkerrechtlichen Grundsatz der Kontinuität müssen sich die “neuen” Regierungen das Handeln der alten Regimes zurechnen lassen. Die Frage ist aber: Hat der korrumpierende Staatsvertreter tatsächlich für den Staat gesprochen? Hierbei kommt es nun

www.mpepil.com>; A. Verdross/B. Simma, *Universelles Völkerrecht – Theorie und Praxis*, 3. Aufl., 1984, para. 615; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 7. Aufl., 2008, 644.

⁷⁹ Anschaulich und weiterhin Referenzpunkt *Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)* (Anm. 78), 101 (143 f.). Siehe auch A. Verdross/B. Simma (Anm. 78), para. 615. Zum Teil wird in der Literatur ein weites Verständnis von *estoppel* befürwortet, nach dem ein Schaden nicht verlangt wird. Siehe hierzu und m.w.N. T. Cottier/J. P. Müller (Anm. 78), Rn. 2 f. Kritische Analyse bei M. Koskeniemi, *From Apology to Utopia – Reissue with New Epilogue*, 2005, 355 ff., 379 ff. Zur restriktiven Anwendung von *estoppel* im WTO Recht Panel Report, *Guatemala – Definitive Anti-Dumping Measures on Grey Portland Cement from Mexico*, WT/DS156/R, 24.10.2000, paras. 8.23 f.; Panel Report, *Argentina – Definitive Anti-Dumping Duties on Poultry from Brazil*, WT/DS241/R, 22.4.2003, paras. 7.37 ff.; Appellate Body Report, *European Communities – Export Subsidies on Sugar*, WT/DS265/AB/R, WT/DS266/AB/R, WT/DS283/AB/R, 28.4.2005, paras. 301 ff.; Appellate Body Report, *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/AB/RW/USA, WT/DS27/AB/RW2/ECU, 26.11.2008, paras. 227 f.; Panel Report, *European Communities and Certain Member States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft*, WT/DS316/R, 30.6.2010, para. 7.104. Siehe hierzu auch H. Zeitler, “Good Faith” in the WTO Jurisprudence – Necessary Balance Element or an Open Door to Judicial Activism?, *JIEL* 8 (2005), 721(733 ff.).

⁸⁰ J. Müller, *Vertrauensschutz im Völkerrecht*, 1971, 11 f.

⁸¹ English Court of Exchequer, *Cave v. Mills*, Hurlstone & Norman 7 (1862), 913 (927). Siehe hierzu mit Bezug zum völkerrechtlichen Prinzip von Treu und Glauben und *estoppel* B. Cheng, *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, 1953, 141 ff.; J. F. Conner, *Good Faith in International Law*, 1991, 39.

⁸² *Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, Judgment on the Merits, Dissenting Opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice, *ICJ Reports* 1962, 52 (64).

⁸³ B. Cheng (Anm. 81), 148.

auf Fragen der Zurechnung an.⁸⁴ Etwas anderes würde nämlich gelten, wenn schon das damalige Fehlverhalten staatlicher Organe nicht dem Staat zugerechnet werden würde. Dann würde die erste Voraussetzung für das Eingreifen von *estoppel* nicht vorliegen.⁸⁵ Ägypten und Libyen könnten sich dann weiterhin auf die Verletzung nationalen Rechts durch den ausländischen Investor berufen.

Hinsichtlich der Berücksichtigung von Korruptionsumständen machte das Tribunal im Fall *World Duty Free v. Kenya* deutlich, dass Korruption gegen “international public policy” verstoße.⁸⁶ Dem Fall lag der Sachverhalt zugrunde, dass ein Exklusivnutzungsvertrag für “Duty Free”-Läden in Flughäfen von Kenia auch durch eine Zahlung an den damaligen Präsidenten erreicht wurde.⁸⁷ Dies stufte das Tribunal als Korruption ein und lehnte daher die Ansprüche des klagenden Investors ab.⁸⁸ Das Tribunal äußerte sich zu der hier relevanten Fragestellung der Zurechnung im Kontext von Korruption folgendermaßen:

“[T]here can be no affirmation or waiver in this case based on the knowledge of the Kenyan President attributable to Kenya. The President was here acting corruptly, to the detriment of Kenya and in violation of Kenyan law (including the 1956 Act). There is no warrant at English or Kenyan law for attributing knowledge to the state (as the otherwise innocent principal) of a state officer engaged as its agent in bribery.”⁸⁹

⁸⁴ Die Frage der Zurechnung im Kontext von *estoppel* wurde im Investitionsschutzrecht im Fall *Golshani v. Iran* des Iran-U.S. Claims Tribunals explizit behandelt, *Golshani v. Iran*, Case No. 812, 2.3.1993, Iran-US CTR 29 (1993), 78, paras. 27, 43. *Bowett* – auch Berater von Iran im eben genannten Fall *Golshani v. Iran* – spricht davon, dass die Erklärungen oder Handlungen mit der Autorität des Staates vollgezogen werden müssen *J. D. Bowett*, *Estoppel before International Tribunals and Its Relation to Acquiescence*, BYIL 33 (1957), 176 (192). Die Berücksichtigung der Zurechnungsregeln im Kontext von *estoppel* ablehnend *Duke Energy International Peru Investments No. 1, Ltd. v. Peru* (Anm. 78), paras. 245 ff.

⁸⁵ Die anderen beiden Voraussetzungen – Vertrauen des Investors und Nachteil beim Investor oder Vorteil beim Staat – würden im Kontext von Korruption vermutlich vorliegen. Zum einem wird der ausländische Investor darauf vertraut haben, dass das Geschäft mit dem bestochenen Staatsvertreter Bestand hat, zum anderen würde er jetzt einen Schaden erleiden, wenn der Staat sich nun auf die Rechtsverletzung beruft.

⁸⁶ *World Duty Free v. Kenya* (Anm. 65), para. 157.

⁸⁷ *World Duty Free v. Kenya* (Anm. 65), para. 130. Ausführliche Analyse des Awards unter besonderer Berücksichtigung der Umstände in Kenya siehe *I. Odumosu*, *International Investment Arbitration and Corruption Claims: An Analysis of World Duty Free v. Kenya*, *The Law and Development Review* 4 (2011), 88.

⁸⁸ *World Duty Free v. Kenya* (Anm. 65), paras. 136, 192.

⁸⁹ *World Duty Free v. Kenya* (Anm. 65), para. 185.

Die Entscheidung enthält keine Ausführungen zu völkerrechtlichen Zurechnungsregeln, da anwendbares Recht nur nationales Recht war.⁹⁰ Daher werden nachfolgend die allgemeinen völkerrechtlichen Zurechnungsregeln für den vorliegenden Kontext in den Blick genommen.

3. Korruptionshandlungen: Zurechnung zum Staat?

Völkerrechtlicher Ausgangspunkt sind die Regeln der Zurechnung im Recht der Staatenverantwortlichkeit.⁹¹ Diese Regeln sind zwar nach ihrer Konzeption auf das Verhältnis Staat-Staat ausgerichtet, können aber grundsätzlich auch im Bereich des Investitionsschutzrechts angewendet werden.⁹²

⁹⁰ *World Duty Free v. Kenya* (Anm. 65), paras. 106, 158. In der privaten Schiedspraxis ist das Völkerrecht regelmäßig nicht anwendbares Recht. *Cremades* sieht darin einen sehr bedeutenden Unterschied zum Staat-Investor Schiedsverfahren, *B. Cremades* (Anm. 69), 203 (211). Siehe zum anwendbaren Recht in diesem Fall *S. Schill* (Anm. 60). *Subedi* unterstützt die Entscheidung des Tribunals mit einer Analogie zu Art. 49 und 50 WVRK, *S. Subedi*, *International Investment Law – Reconciling Policy and Principle*, 2008, 184. Allerdings ist die WVRK nach Art. 2 (1) (a) WVRK nur für Verträge zwischen Staaten anwendbar. Siehe hierzu auch *Anglo-Iranian Oil Company (United Kingdom v. Iran)*, Preliminary Objections, ICJ Reports 1952, 89 (112). Das Recht von Verträgen zwischen Staat und Investoren bestimmt sich nach dem jeweiligen Vertrag oder im Zweifel durch die Regeln des Internationalen Privatrechts. Ein Vertrag der unter Korruption oder Betrug zustande gekommen ist, wird gemeinhin als nichtig erachtet. Siehe hierzu *H. Raeschke-Kessler* (Anm. 65), 471 (477 ff.). Hinsichtlich der deutschen Rechtsordnung, § 134 BGB i. V. m. §§ 331 ff. StGB. Siehe hierzu *J. Ellenberger*, § 134, in: O. Palandt (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2012, Rn. 24; *M. Seibl*, § 134, in: J. von Staudinger (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch – Allgemeiner Teil* 4a, 2011, Rn. 78, 295.

⁹¹ Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (nachfolgend: ASR): ILC, Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, angenommen in 53. Sitzung (2001) durch die Generalversammlung, GA Res. 56/83 (12.12.2001). Zum gewohnheitsrechtlichen Status der Zurechnungsregeln siehe ILC, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries, UN Doc. A/56/10, 38 ff.

⁹² So *J. Griebel*, *Internationales Investitionsschutzrecht*, 2008, 50; *S. Schill* (Anm. 60); *C. McLachlan*, *Investment Treaties and General International Law*, ICLQ 57 (2008), 361 (373 f.); *L. Schicho*, *Attribution and State Entities: Diverging Approaches in Investment Arbitration*, *The Journal of World Investment & Trade* 12 (2011), 283; *G. Petrochilos*, *Attribution*, in: K. Yannaca-Small (Hrsg.), *Arbitration under International Investment Agreements*, 2010, 287 (288 f.). Allgemein zur Anwendbarkeit von Teil I der ASR, zu dem auch die Zurechnungsregeln gehören ILC (Anm. 91), 87 f. Ausschlussgrund für die Anwendbarkeit wären nach Art. 55 spezielle Zurechnungsregeln, die Vorrang vor den Regeln der ASR haben. So etwa im Kontext von NAFTA *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Award on the Merits, 11.6.2007, paras. 50 ff. Zustimmung *J. Crawford*, *Investment Arbitration and the ILC Article on State Responsibility*, ICSID Rev. – FILJ 25 (2010), 127 (131). Kritisch hingegen *J. Kurtz*, *The Paradoxical Treatment of the ILC Articles on State Responsibility in Investor-State Arbitration*, ICSID Rev. – FILJ 25 (2010), 200 (208 ff.).

Einige Tribunale haben die entsprechenden Regeln nach Art. 4 ff. ASR auch genutzt, um Fragen der Zurechnung in Investitionsstreitigkeiten zu beantworten.⁹³ Allerdings geht es dabei meist um Zurechnungsfragen zur Bestimmung der Haftung des Staates⁹⁴ und nicht – wie hier – um Zurechnungsfragen hinsichtlich der Verhinderung der Berufung auf die Verletzung des nationalen Rechts durch den Investor wegen *estoppel*.

Nach Art. 4 ASR ist ein Handeln eines staatlichen Organs als Handeln des Staates zu erachten. Art. 7 ASR besagt weiterhin, dass auch *ultra vires*-Handlungen als solche des Staates gelten.⁹⁵ Wenn also – wie in dem eingangs beschriebenen Fall des Landkaufs – ein Minister bestochen wurde, so müsste dies auf den ersten Blick dem Staat Ägypten zuzurechnen sein. Dies hätte zur Folge, dass sich Ägypten nicht auf einen Verstoß gegen nationales Recht berufen kann. *Kulick/Wendler* meinen in Bezug auf den erwähnten Fall *World Duty Free v. Kenya*, dass ein Tribunal bei Berücksichtigung der ASR die Korruptionshandlung des staatlichen Vertreters eindeutig dem Staat zurechnen müsste.⁹⁶

Im Rahmen von Art. 4 und Art. 7 ASR stellt sich die Frage, ob staatliches oder vielleicht doch privates Handeln vorliegt.⁹⁷ Nach der Kommentierung der ILC kommt es darauf an “[...] whether they were acting with apparent authority.”⁹⁸ *Griebel* betont, dass es entweder auf den Anschein oder die Nutzung staatlicher Mittel ankomme.⁹⁹ *Sturma* stellt auf die Unterschei-

⁹³ Siehe etwa *CMS Gas v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12.5.2005, para. 108; *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Decision on Jurisdiction, 5.1.2001, para. 70. Jüngst *Gustav F W Hamster GmbH & Co KG v. Republic of Ghana* (Anm. 61), paras. 171 ff. Weitere Nachweise zur Schiedspraxis bei C. *Knahr*, International Investment Law and State Responsibility: Conditions of Responsibility, in: R. Hofmann/C. Tams (Hrsg.), International Investment Law and General International Law, 2011, 95 (99 ff.).

⁹⁴ Siehe dazu C. *Knahr* (Anm. 93), 95 f., 110; R. *Dolzer/C. Schreuer*, Principles of International Investment Law, 2008, 195 ff.

⁹⁵ Das Tribunal in *Kardassopoulos v. Georgia* hat hinsichtlich der Zurechnung auf Art. 7 ASR Bezug genommen, *Kardassopoulos v. Georgia* (Anm. 74), para. 190. Auch das Tribunal in *Southern Pacific Properties v. Arab Republic of Egypt* geht davon aus, dass “unauthorized or ultra vires” Handlungen als solche des Staates einzustufen sind, *Southern Pacific Properties v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Award on the Merits, 20.5.1992, ICSID Rev. – FILJ 8 (1993), 328 (351 ff., paras. 81 ff.).

⁹⁶ A. *Kulick/C. Wendler* (Anm. 72), 61 (67). Allerdings übersehen sie, dass im Fall *World Duty Free v. Kenya* Völkerrecht und damit auch das Gewohnheitsrecht der Zurechnungsregeln nicht zum anwendbaren Recht gehörten.

⁹⁷ Zu Art. 4 ASR ILC (Anm. 91), 42, para. 13. Zu Art. 7 ASR ILC (Anm. 91), 46, para. 8. So auch G. *Petrochilos* (Anm. 92), 287 (289, Anm. 12).

⁹⁸ ILC (Anm. 91), 46, para. 8.

⁹⁹ J. *Griebel* (Anm. 92), 53.

derung zwischen *actae iure gestionis* und *actae iure imperii* ab.¹⁰⁰ Diese Abgrenzung entstammt dem Recht der Immunitäten¹⁰¹ und ihre Nutzung zur Bestimmung der Zurechnung erscheint äußerst fraglich.¹⁰² Allein die Rechtswidrigkeit einer Maßnahme zumindest führt in keinem Fall zu *actae iure gestionis*.¹⁰³

In Konstellationen von Korruption treten die staatlichen Akteure jedenfalls nicht mit Hoheitsgewalt auf. Anders würde es sich darstellen, wenn der Investor zahlt, weil er denkt, er sei hierzu rechtlich vom Gastgeberstaat verpflichtet. Das Rechtsgeschäft wird zwar letztlich zwischen Staat und Investor geschlossen. Gerade das will der Investor mit der Korruption erreichen. Hier geht es aber um die Verletzung des nationalen Rechts: Korruptionsstrafbarkeit. Der dies begründende Akt der Entgegennahme des Geldes dient allein privaten Vorteilen. Dem Staat wird sogar Schaden zugefügt. Bei derartigem Handeln agiert das vermeintlich staatliche Organ nicht mit "apparent authority".

Zudem ist die oben angesprochene Anwendbarkeit der Zurechnungsregeln auf das Verhältnis Staat-Investor für die vorliegende Konstellation kritisch zu hinterfragen. Im Verhältnis Staat-Staat haben sie den Zweck, das Vertrauen des Partnerstaates in staatliche Handlungsformen zu schützen. Ein Staat braucht nicht das innerstaatliche Recht des anderen Staates zu kennen. Ein Staat kann sich grundsätzlich im Verhältnis Staat-Staat nicht auf die Verletzung des nationalen Rechts berufen.¹⁰⁴ Ausnahmsweise kann dies nach dem Gedanken aus Art. 46 WVRK geschehen, wenn der Verstoß offensichtlich und von grundlegender Bedeutung ist. Im Verhältnis Staat-Investor muss der Investor aber die Rechtsordnung kennen.¹⁰⁵ In Fällen von

¹⁰⁰ P. Sturma, International Investment Law and State Responsibility – Comments, in: R. Hofmann/C. Tams (Anm. 93.), 111 (115 f.). Ebenso in Bezug auf den funktionalen Test im Sinne von Art. 5 ASR *Maffezini v. Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Award on Jurisdiction, 25.1.2000, para. 52.

¹⁰¹ Siehe jüngst *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, Judgment on the Merits, ICJ General List No. 143, Urteil vom 3.2.2012, para. 60, abrufbar unter <<http://www.icj-cij.org>>.

¹⁰² Ablehnend *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12.10.2005, para. 82; ILC (Anm. 91), 40 f., para. 6; GA Sixth Committee, Topical Summary of the Discussion Held in the Sixth Committee of the General Assembly During Its Fifty-Third Session Prepared by the Secretariat, UN Doc A/CN.4/496, 16.2.1999, para. 117.

¹⁰³ *Jurisdictional Immunities of the State* (Anm. 101), para. 60.

¹⁰⁴ Insgesamt hierzu in Bezug auf Zurechnung ILC (Anm. 91), 39, paras. 6 f. Dieser Gedanke spiegelt sich auch in Art. 7 ASR wieder.

¹⁰⁵ Siehe jüngst: "[P]rudent investment practice requires that any investor exercise due diligence before committing funds to any particular investment proposal. An important element of such due diligence is for investors to assure themselves that their investments comply with the law. Such due diligence obligation is neither overly onerous nor unreasonable."

Korruption wirkt er zudem bei der Rechtsverletzung mit. Daraus folgt, dass der beschriebene Schutzzweck der Zurechnungsregeln im Verhältnis Staat-Investor nicht greift. Weiterhin sind nach der Kommentierung der ILC die Zurechnungsregeln für Haftungsfragen des Staates konzipiert und nicht für andere Zwecke zur Bestimmung der Handlungen des Staates.¹⁰⁶ In der vorliegenden Konstellation geht es aber nicht um die Haftung des Staates, sondern um die Berufung des Staates auf Verletzungen des nationalen Rechts durch Korruption.¹⁰⁷ Mithin sind die strikten Zurechnungsregeln nach den ASR hier nicht eins zu eins auf das Verhältnis Staat-Investor zu übertragen.

Schließlich kann der Gedanke von Art. 50 WVRK herangezogen werden.¹⁰⁸ Danach kann ein Staat die Ungültigkeit eines Vertrages geltend machen, wenn der verantwortliche staatliche Verhandlungsvertreter bestochen wurde.¹⁰⁹ Dies zeigt, dass im Völkerrecht eine Handlung bei Korruption nicht als solche des Staates angesehen werden kann. *Villiger* folgert, dass ein solcher Verhandlungsvertreter “[...] negotiates as a private individual rather than as an organ of State”.¹¹⁰ Der korrumpierte staatliche Vertreter hat sich auf die andere Seite geschlagen. Er bringt damit nicht mehr den Willen seines Staates zum Ausdruck. Daher kann sich der Staat völkerrechtlich von diesen Handlungen lösen. Der Rechtsgedanke aus Art. 50 WVRK unter-

Alasdair Ross Anderson and Others v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB(AF)/07/3, Award, 19.5.2010, para. 58.

¹⁰⁶ ILC (Anm. 91), 39, para. 5.

¹⁰⁷ In der vorliegenden Ebene geht es aber darum, ob eine Investition vom Schutzbereich des ISV erfasst wird. Ob der Staat sich auf das Vorliegen einer Verletzung des nationalen Rechts berufen kann, ist hier durch mögliches eigenes Mitwirken fraglich. Damit wird aber noch nicht die Haftung des Staates beantwortet. Für die Haftung des Staates kommt es auf zeitlich spätere Maßnahmen an.

¹⁰⁸ Zu einem ähnlichen Gedanken *S. Subedi* (Anm. 90), 184; *G. Sacerdoti*, Corruption in Investment Transactions: Policy Initiatives, Legal Principles and Arbitral Practice, ICSID Rev. – FILJ 24 (2009), 565 (586). Siehe auch *Southern Pacific Properties v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Award on the Merits, 20.5.1992, Dissenting Opinion *M.A. El Mabdi*, ICSID Rev. – FILJ 8 (1993), 328 (462). Zu Art. 50 WVRK gibt es kaum Praxis *A. Aust* (Anm. 39), 317. Dennoch wird Art. 50 WVRK gewohnheitsrechtlicher Status beigemessen. Siehe hierzu *M. Villiger* (Anm. 39), 628, Rn. 10.

¹⁰⁹ Siehe hierzu *M. Villiger* (Anm. 39), 623 ff. *Sinclair* weist daraufhin, dass Staaten kaum die Korruption der eigenen Leute eingestehen werden, *I. Sinclair* (Anm. 40), 175. Aber er hebt hervor, dass “(...) a revolutionary regime (...) would be under no such inhibitions (...)”, *ibid.* Eine Bestätigung dessen lässt sich im Fall *World Duty Free v. Kenya* ausmachen, indem Kenya den Korruptionssachverhalt des eigenen Präsidenten *Moi* erst nach dessen Abwahl geltend machte, *World Duty Free v. Kenya* (Anm. 65), paras. 105 ff. In Ägypten zeigt sich dies in Korruptionsverfahren gegen ehemalige Mitglieder des Regimes *Mubarak*.

¹¹⁰ *M. Villiger* (Anm. 39), 626, Rn. 6. Wenn allerdings der Staat von dem Sachverhalt der Korruption Kenntnis erlangt, kann er sich gemäß Art. 45 WVRK nicht auf Art. 50 WVRK berufen, wenn er ausdrücklich oder stillschweigend zustimmt. Dies ist im Einzelfall zu klären.

stützt mithin die Einstufung von Korruptionshandlungen als nicht dem Staat zurechenbar.

Rechtspolitisch wird gegen eine derartige Lösung vorgebracht, dass “[...] it actually encourages corrupt officials, which [...] do not have to fear any consequences at all from their illicit conduct”.¹¹¹ Hierzu ist anzumerken, dass es im Schiedsverfahren nicht um eine Strafbarkeit der staatlichen Akteure geht.¹¹² Eine Sanktion aus diesem Verfahren haben die “corrupt officials” nicht zu befürchten. Vielmehr können sie straf- oder auch disziplinarrechtliche Sanktionen nach dem nationalen Recht treffen. Rechtspolitisch erscheint es vielmehr überzeugender, korrupten Investitionen den Schutz der ISV zu versagen.¹¹³

Konsequenz dieser Lösung ist, dass der ausländische Investor unter dem Schiedsgericht des ISV keinerlei Entschädigung erhält. Er kann nicht einmal Restitution verlangen.¹¹⁴ Mögen dies manche als unausgewogen im Verhältnis zwischen Staat und Investor verstehen,¹¹⁵ ist darauf hinzuweisen, dass dem Investor immer noch der nationale Rechtsweg zur Verfügung steht. Zudem ist der Investor selbst das Risiko der Investition unter Korruption eingegangen.¹¹⁶ Schließlich kann sich nach der hier vertretenen Ansicht ein Staat dann nicht auf Rechtsverletzung (Korruptionsstrafbarkeit) berufen, wenn staatliche Stellen Kenntnis davon haben und dieses Verhalten akzep-

¹¹¹ A. Kulick/C. Wendler (Anm. 72), 61, 68. Sie beziehen sich auf den Fall *World Duty Free v. Kenya*.

¹¹² Siehe hierzu *World Duty Free v. Kenya* (Anm. 65), para. 3; H. Raeschke-Kessler (Anm. 65), 471 (493).

¹¹³ Siehe zum internationalen Konsens der Ächtung von Korruption *World Duty Free v. Kenya* (Anm. 65), paras. 142 ff.; *Plama Consortium Limited v. Bulgaria* (Anm. 61), paras. 138 ff. Siehe hierzu auch: G. Sacerdoti (Anm. 108), 565 (566 ff.); M. Fadel (Anm. 65), 292 (295 f.); K. Beale/P. Esposito, *Emergent International Attitudes Towards Bribery, Corruption and Money Laundering, Arbitration* 75 (2009), 360 (369 f.). Ausführlich zu Ursachen und Wirkungen von Korruption D. Monsau (Anm. 63), 14 ff.; S. Rose-Ackerman, *Corruption and Government – Causes, Consequences and Reform*, 1999, 1 ff.; J. Summerfield, *The Corruption Defense in Investment Disputes: A Discussion of the Imbalance between International Discourse and Arbitral Decisions*, *Transnational Dispute Management* 6/1 (2009), 1 (2 ff.).

¹¹⁴ Siehe F. Haugeneder (Anm. 71), 323 (330).

¹¹⁵ So F. Haugeneder (Anm. 71), 323 (330). Ähnlich A. Kulick/C. Wendler (Anm. 72), 61 (62, 67 f., 73 ff.).

¹¹⁶ Siehe zu diesem Gedanken *World Duty Free v. Kenya* (Anm. 65), para. 178. Dieser Rechtsgedanke findet sich auch im deutschen nationalen Zivilrecht in § 817 S. 2 BGB wieder. Siehe dazu O. Meyer, *Combating Corruption by Means of Private Law – The German Experience*, in: O. Meyer (Hrsg.), *The Civil Law Consequences of Corruption*, 2009, 145 (159 f.); H. Sprau, § 817, in: O. Palandt (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2012, Rn. 11; M. Seibl, § 817, in: J. von Staudinger (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch – Ungerechtfertigte Bereicherung*, 2007, Rn. 10.

tieren.¹¹⁷ Was passiert aber, wenn der ganze Staat korrupt ist bzw. war? Wenn Ägypten Kenntnis von Korruptionshandlungen hatte und unter *Mubarak* nichts dagegen unternommen wurde, wäre Ägypten eigentlich *estopped* sich auf die Rechtsverletzung zu berufen. Dies wird von den Tatsachen im Einzelfall abhängen. Insbesondere in Ägypten wurden nach der Revolution mehrere Korruptionsverfahren auch gegen ehemalige Minister durchgeführt. Damit distanziert sich das neue Ägypten deutlich von diesen Praktiken. Es bleibt abzuwarten, wie dies die Schiedstribunale aufnehmen.

Es lässt sich mit dieser Argumentation also begründen, dass Ägypten und Libyen Korruptionshandlungen nicht zugerechnet werden, da solche Handlungen als private Handlungen gekennzeichnet werden können. Die Staaten sind dann nicht *estopped*, sich auf die Verletzung des nationalen Rechts durch den ausländischen Investor zu berufen.

4. Zwischenfazit

Eine klare dogmatische Linie lässt sich in der Spruchpraxis nicht ausmachen.¹¹⁸ Das mag auch an mangelnden Fällen bezüglich Korruption in Investor-Staat-Verfahren liegen.¹¹⁹ Es haben sich aber verschiedene Ansätze herausgebildet, wie mit derartigen Investitionen umgegangen werden kann.¹²⁰ Prozessual ist anzumerken, dass die Beweisbarkeit von Korrupti-

¹¹⁷ Siehe dazu S. 498 und Anm. 110.

¹¹⁸ Siehe hierzu auch *H. Raeschke-Kessler/D. Gottwald*, Corruption, in: P. Muchlinski/F. Ortino/C. Schreuer (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 2008, 584 (597 f.). Siehe zu Korruption als Verteidigungsargument für Gaststaaten *J. Yackee* (Anm. 68), 723 (745). Er schlägt vor, dass Staaten spezifische Korruptions-Klauseln in ISV aufnehmen sollten. Nach seiner Musterklausel würden durch Korruption erlangte Investitionen nicht vom Schutzbereich des ISV erfasst werden, *J. Yackee* (Anm. 68), 723 (743).

¹¹⁹ Ähnliche Einschätzung *J. Yackee* (Anm. 68), 723 (725). Siehe auch *F. Haugeneder* (Anm. 71), 323 (330). Wie erwähnt passt *World Duty Free v. Kenya* nicht, da kein ISV zu Grunde lag und Völkerrecht nicht zum anwendbaren Recht gehörte. Hinzuweisen ist auf den Fall *Siemens v. Argentina: Siemens* hat 2007 einen Award gegen Argentinien unter dem Deutsch-Argentinischen ISV gewonnen, *Siemens A.G. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 6.2.2007. Im Nachhinein wurde der Korruptionsskandal bei Siemens aufgedeckt, der auch die Investition in Argentinien betraf. Siemens hat daraufhin im von Argentinien eingeleiteten Aufhebungsverfahren auf den Award verzichtet. In dieser Konstellation hätte das damit betraute Schiedsgericht sich zu der hier relevanten Frage äußern können. Siehe hierzu *J. Yackee* (Anm. 68), 723.

¹²⁰ Siehe oben Anm. 68-72 mit Begleittext. Zur Zusammenfassung der Konstellationen *U. Kriebaum* (Anm. 72), 307 (334 f.); *S. Schill* (Anm. 60). Anschaulich auch *A. Newcombe* (Anm. 70), 187. Im Rahmen von ICSID-Verfahren könnten beklagte arabischen Staaten zudem versuchen darzulegen, dass es sich nicht um eine "Investition" im Sinne von Art. 25 ICSID handelt. Ein – umstrittenes – Kriterium ist hierbei ein Beitrag der Investition zur wirtschaftlichen

onsumständen mitunter äußerst problematisch ist.¹²¹ Nach allgemeinen Beweisregeln¹²² trägt der Staat die Beweislast für die Korruption, da er sich auf die Rechtsverletzung zum Ausschluss vom Schutzbereich beruft. Man könnte ein niedrigeres Beweismaß fordern und dies mit der Bedeutung von Korruptionsbekämpfung begründen.¹²³ Dies hat jedoch (noch) keinen Eingang in die Spruchpraxis der Tribunale gefunden.¹²⁴ Insgesamt wurden hier verschiedene Wege deutlich, dass bestimmte vorrevolutionäre Investitionen nicht vom Schutzbereich der ISV erfasst werden. Im Hinblick auf die Aufarbeitung korrupter Geschäfte der alten Regimes ist das Investitionsschutzrecht mithin nicht als Grenze des Wandels zu erachten.

IV. “Regulatory Chill” des Wandels durch Investitionsschutzrecht?

Wie oben dargelegt, ergeben sich aus den ISV verschiedene Verpflichtungen von Ägypten und Libyen hinsichtlich ausländischer Investoren. Ob nun Reformvorhaben gegen solche Verpflichtungen verstoßen könnten, soll im nachfolgenden Abschnitt erörtert werden. Dabei wird der Frage nachgegangen, welche Spielräume politischer Gestaltung bestehen. Damit soll beantwortet werden, unter welchen Umständen Ägypten und Libyen mit

Entwicklung des Gaststaates. Befürwortend *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23.7.2001, para. 52; *Phoenix Action v. Czech Republic* (Anm. 61), para. 114. Ablehnend hingegen *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Republic of Lebanon*, ICSID Case No. ARB/07/12, Decision on Jurisdiction, 11.9.2009, para. 84; *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/07/20, Award, 10.7.2010, paras. 110 ff. Da Libyen zudem nicht Vertragspartei von ICSID ist, wird hier nicht weiter darauf eingegangen.

¹²¹ Siehe hierzu *H. Raeschke-Kessler/D. Gottwald* (Anm. 118), 584 (604 f.). Zum Beweismaß bei Korruption ausführlich *C. Partasides*, Proving Corruption in International Arbitration: A Balanced Standard for the Real World, ICSID Rev. – FILJ 25 (2010), 47; *F. Haugeneder* (Anm. 71), 323 (332 ff.).

¹²² Dies basiert auf dem allgemeinen prozessualen Grundsatz *onus probandi actori incumbit*. Siehe hierzu *M. Benzing*, Das Beweisrecht vor internationalen Gerichten und Schiedsgerichten in zwischenstaatlichen Streitigkeiten, 2010, 668 ff.

¹²³ Siehe dazu *C. Partasides*, World Duty Free v. The Republic of Kenya: A Unique Precedent?, Chatham House International Law Discussion Group, 14, abrufbar unter <<http://www.chathamhouse.org/>>. Siehe auch: *C. Partasides* (Anm. 121), 47.

¹²⁴ Schiedstribunale haben die Kompetenz Entscheidungen hinsichtlich des Beweismaßes und der Beweislast zu treffen. Zudem können Tribunale selbst Untersuchungen hinsichtlich Korruption anstellen. Siehe hierzu *H. Raeschke-Kessler* (Anm. 65), 471 (494 f.). Gerade im Hinblick auf ihre Zuständigkeit haben Tribunale das Recht selbst Untersuchungen anzustellen. Siehe mit Bezug zur Korruption in dem berühmten Award von *Lagergren, J. Gillis Wetter* (Anm. 69), 277 (282, 291).

Schadensersatzansprüchen der ausländischen Investoren rechnen müssen und in welchem Umfang ein “regulatory chill” des demokratischen Wandels zu befürchten ist. Hierfür werden die folgenden Schutzstandards der ISV analysiert: Faire und gerechte Behandlung, “Keine Enteignung, ohne Entschädigung” und Schirmklauseln.¹²⁵ Hierbei wird auch untersucht, inwieweit die Besonderheiten des demokratischen Wandels im Investitionsschutzrecht berücksichtigt werden können.

1. Der Grundsatz der fairen und gerechten Behandlung

a) Rechtliche Verankerung und Reichweite

Der Grundsatz der fairen und gerechten Behandlung (*fair and equitable treatment* [FET]) ist fester Bestandteil von ISV. Sowohl ägyptische¹²⁶ als auch libysche¹²⁷ ISV enthalten FET. Dieser Schutzstandard ist offen formuliert und wird von Schiedsgerichten konkretisiert. Insbesondere werden le-

¹²⁵ Neben diesen Schutzstandards enthalten die ägyptischen und libyschen ISV auch den Grundsatz der Inländergleichbehandlung. Danach müssen Libyen und Ägypten ausländische Unternehmen gleich wie nationale Unternehmen behandeln. Siehe folgende ägyptische ISV: Art. 3 I + II und Art. 2 III BIT-Germany-Egypt; Art. III 2) BIT-Argentina-Egypt; Art. II 3. (a) und Art. IV BIT-Canada-Egypt; Art. 2 II 2 BIT-China-Egypt; Art. 3 II BIT-France-Egypt; Art. 3 I BIT-India-Egypt; Art. 2 II 2 BIT-Italy-Egypt; Art. 3 I BIT-Russia-Egypt; Art. 2 I BIT-USA-Egypt. Aus den libyschen ISV: Art. 2 III BIT-Germany-Libya; Art. 3 II BIT-Austria-Libya; Art. 3 II BIT-Belgium-Luxembourg-Libya i.V.m. Art. 4 II; Art. 2 III 2 BIT-Croatia-Libya; Art. 3 I BIT-Italy-Libya; Art. 4 I 2 BIT-Schweiz-Libya. Wenn zukünftig speziell ausländische Investoren Adressaten von Regelungsmaßnahmen werden, kann dies eine Verletzung des Nichtdiskriminierungsgrundsatzes darstellen. *H. El-Kady* sieht in zukünftigen *performance requirements*, nach denen ausländische Investoren zu Exportbegrenzungen und lokaler Ressourcennutzung verpflichtet werden sollen, einen möglichen Verstoß von ISV. Siehe *H. El-Kady* (Anm. 2), 1 (7). Er bezieht sich auf Art. 2 VI BIT-USA-Egypt: “In the context of its national economic policies and objectives, each Party shall seek to avoid the imposition of performance requirements of the investment of nationals and companies of the other Party.” Die Formulierung “shall seek to avoid” lässt Ägypten aber ausreichend Spielraum für Gestaltung.

¹²⁶ Art. 2 II BIT-Germany-Egypt: “Jeder Vertragsstaat wird in seinem Hoheitsgebiet Kapitalanlagen von Investoren des anderen Vertragsstaates in jedem Fall gerecht und billig behandeln (...).” Sowie folgende Verträge: Art. III 1) BIT-Argentina-Egypt; Art. 3 II BIT-Australia-Egypt; Art. II 2. (a) BIT-Canada-Egypt; Art. 2 II 1 BIT-China-Egypt; Art. 3 I BIT-France-Egypt; Art. 2 II BIT-India-Egypt; Art. 2 II 1 BIT-Italy-Egypt; Art. 3 I BIT-Russia-Egypt (“just and equitable regime”); Art. 2 IV BIT-USA-Egypt (beinhaltet nicht ausdrücklich FET, aber verlangt “treatment (...) shall never be less than that required by international law and national legislation”).

¹²⁷ Art. 2 II BIT-Germany-Libya; Art. 3 I BIT-Austria-Libya; Art. 3 I BIT-Belgium-Luxembourg-Libya; Art. 2 II BIT-Croatia-Libya; Art. 4 I 1 BIT-Schweiz-Libya.

gitime Erwartungen des Investors hiervon erfasst.¹²⁸ Schutzgedanke des FET ist, das von staatlicher Seite geweckte Vertrauen bei ausländischen Investoren zu schützen.¹²⁹ Auch die Einhaltung von Verträgen zwischen Investoren und dem jeweiligen Staat kann hiermit eingefordert werden.¹³⁰ Allerdings können keine normalen Vertragsverletzungen geltend gemacht werden, sondern FET wird nur bei Ausübung von Staatsgewalt relevant.¹³¹ Zudem muss eine gewisse Intensität vorliegen,¹³² damit eine Verletzung von FET in Betracht kommt. Erfasst wird zudem grundsätzlich die Erwartung in die Stabilität der rechtlichen und der ökonomischen Rahmenbedingungen.¹³³

b) Potentielle Konflikte

Ein Konfliktfeld im Rahmen von FET ist die Nichtigerklärung von Eigentumserwerb ausländischer Investoren. Hierzu gehört der schon eingangs erwähnte Fall von *Sajawani*. Auch die Nichtigerklärung des Erwerbs von

¹²⁸ Aus der Schiedspraxis etwa *Saluka v. Czech Republic*, Partial Award, 17.3.2006, para. 302; *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8.10.2009, para. 216. Aus dem Schrifttum dazu *I. Tudor*, The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment, 2008, 163 ff.; *T. Grierson-Weiler/I. Laird*, Standards of Treatment, in: P. Muchlinski/F. Ortino/C. Schreuer (Anm. 118), 259 (275 ff.); *R. Dolzer/C. Schreuer* (Anm. 94), 119, 133 ff.; *S. Schill*, Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law, in: S. Schill (Hrsg.), International Investment Law and Comparative Public Law, 2010, 151 (163 ff.); *C. Tietje* (Anm. 72), 11 (21).

¹²⁹ *Tecmed S.A. v. United Mexican States* (Anm. 76), para. 154. Siehe zu dem Grundgedanken der "legitimen Erwartungen": *International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico*, UNCITRAL, Award, 26.1.2006, Dissenting Opinion by Arbitrator *Thomas Wälde*, paras. 21 ff.

¹³⁰ Aus der Schiedspraxis *Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/5, Award, 6.6.2008, para. 185; *Total S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/01, Decision on Liability, 27.12.2010, para. 117. Aus dem Schrifttum siehe insbesondere *M. Hirsch*, Between Fair and Equitable Treatment and Stabilization Clause: Stable Legal Environment and Regulatory Change in International Investment Law, *The Journal of World Investment & Trade* 12 (2011), 783 (784, 792 ff.); *K. Vandeveld*, A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment, *N. Y. U. J. Int'l L. & Pol.* 43 (2010), 43 (66).

¹³¹ *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil SA v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, 18.8.2008, para. 345.

¹³² *Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11.9.2007, para. 316.

¹³³ *CMS Gas v. The Argentine Republic* (Anm. 93), para. 274; *Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania* (Anm. 132), para. 333; *Saluka v. Czech Republic* (Anm. 128), paras. 303 f.; *LG&E v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3.10.2006, para. 131.

saudischen Investoren des Traditionskaufhauses *Omar Effendi*¹³⁴ könnte mit diesem Schutzstandard in Konflikt geraten. In Ägypten wurden Neuverhandlungen über Gaspreise für Lieferungen nach Israel unternommen, die unter *Mubarak* sehr kostengünstig ausgefallen sind.¹³⁵ Am 22.4.2012 wurde darüber hinaus der Vertrag vom ägyptischen Staatsunternehmen einseitig für beendet erklärt. Ausländische Investoren klagen deswegen gegen Ägypten aufgrund von Verletzungen von ISV.¹³⁶ Dabei berufen sie sich ausdrücklich auf FET.¹³⁷ In Libyen werden ebenfalls Verträge mit ausländischen Investoren, die unter *Gaddafi* abgeschlossen wurden, vom Übergangsrat überprüft.¹³⁸ In derartigen Konstellationen drängen die ausländischen Investoren auf Einhaltung der Verträge, da sie sonst ihre Erwartungen verletzt sehen.

c) Berücksichtigung des demokratischen Wandels: Legitime Erwartungen des Investors?

Insofern stellt sich die Frage, ob und wie der demokratische Wandel im Rahmen von FET berücksichtigt werden kann. Kann es eine Rolle spielen, dass Geschäfte mit Regimes von *Mubarak* oder *Gaddafi* abgeschlossen wurden? Hätten die Investoren mit den Umbrüchen und den damit verbundenen Reformen rechnen müssen? Für die Bestimmung der legitimen Erwartungen hat das Tribunal in *Duke v. Ecuador* auch auf ökonomische und politische Umstände in dem Gaststaat abgestellt:

“The assessment of the reasonableness or legitimacy must take into account all circumstances, including not only the facts surrounding the investment, but also

¹³⁴ Reuters, Egypt Cancels 2006 Omar Effendi Sale to Saudi Firm, Arabian Business, 7.5.2011, abrufbar unter <<http://www.arabianbusiness.com>>; DAIHK-GTAI Newsletter (Anm. 2), 12.

¹³⁵ Siehe *M. Marks* (Anm. 42), 1 (2); *M. Hyde*, Egypt Chooses High-Profile Counsel in Gas Deal Arbitration, Almasry Alyoum, 16.11.2011, abrufbar unter <<http://www.almasyalyoum.com>>; *J. Völkel* (Anm. 45), 48 (49 f.). Der betroffene ausländische Investor, das amerikanisch-israelische Unternehmen Ampal, will hiergegen ein Schiedsgericht anrufen. Siehe Ampal, Ampal-American Israel Corporation and Other EMG International Owners Launch International Arbitration Process against the Government of Egypt, Pressemitteilung, 31.5.2011, abrufbar unter <<http://www.ampal.com>>.

¹³⁶ Ampal, Ampal, Together With Other International Shareholders in EMG, Launches International Arbitrations against the State of Egypt, Pressemitteilung, 3.5.2012, abrufbar unter <<http://www.ampal.com>>; *I. Trilnick*, EMG Shareholders Suing Egypt, 4.5.2012, abrufbar unter <<http://www.haaretz.com>>.

¹³⁷ Ampal (Anm. 136).

¹³⁸ Siehe hierzu die Nachweise in Anm. 12.

the political, socioeconomic, cultural and historical conditions prevailing in the host State. In addition, such expectations must arise from the conditions that the State offered the investor and the latter must have relied upon them when deciding to invest.”¹³⁹

Tietje sieht in der Definition des *Duke* Tribunals keinen Gewinn an Rechtsklarheit, sondern die Wiederholung einer Selbstverständlichkeit.¹⁴⁰ *Kriebaum* hingegen deutet es als Zeichen, dass Tribunale durchaus bereit sind ökonomische, politische und gesellschaftliche Aspekte zu berücksichtigen.¹⁴¹ Auch andere Tribunale haben bei der Bestimmung der legitimen Erwartungen des ausländischen Investors auf die politischen und wirtschaftlichen Umstände in dem Gaststaat abgestellt.¹⁴² In diesen Fällen ging es allerdings um die Umstände zum Zeitpunkt der Investition.¹⁴³ Für die vorliegenden relevanten vorrevolutionären Investitionen scheint dies jedoch nicht zu gelten: Ägypten war stabil und Libyen wurde von vielen Staaten hoffiert.¹⁴⁴ Von einer unsicheren Lage konnte auf den ersten Blick nicht ausgegangen werden.

Auf den zweiten Blick ergibt sich aber doch ein anderes Bild: Ein ausländischer Investor weiß, auf welches System er sich eingelassen hat. Er wird auch um die politischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Probleme wissen. Sind seine Erwartungen hinsichtlich seiner Geschäfte mit den alten Regimes dann noch legitim? Über das Kriterium der legitimen Erwartungen besteht zumindest im Investitionsschutzrecht die Möglichkeit, diese Frage zu behandeln. Zudem nehmen Tribunale vereinzelt bei der Bestimmung der legitimen Erwartungen nicht nur auf die Umstände zum Zeitpunkt des Tä-

¹³⁹ *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil SA v. Republic of Ecuador* (Anm. 131), para. 340.

¹⁴⁰ *C. Tietje* (Anm. 72), 11 (22).

¹⁴¹ *U. Kriebaum*, *The Relevance of Economic and Political Condition for Protection under Investment Treaties*, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 10 (2011), 383 (392 f.).

¹⁴² *Genin v. Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/99/2, Award, 25.6.2001, para. 348; *Generation Ukraine Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, 16.9.2003, para. 20.37; *Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania* (Anm. 132), paras. 306, 335; *Olguin v. Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/98/5, Award, 26.7.2001, para. 75; *Bayindir v. Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27.8.2009, paras. 192 ff.; *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Republic of Lebanon* (Anm. 120), para. 165. Relativierend können die Umstände des Staates auch in Bezug auf die oben ausgeklammerte Gewährung von *full protection and security* wirken, da sie als Maßstab für die Einhaltung von *due-dilligence* berücksichtigt werden. Siehe hierzu *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers v. Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/07/21, Award, 30.7.2009, paras. 76 ff.

¹⁴³ Ausdrücklich und prägnant *Bayindir v. Pakistan* (Anm. 142), para. 197.

¹⁴⁴ Siehe hinsichtlich Libyen etwa *T. B. Jelloun*, *Arabischer Frühling – Vom Wiedererlangen der arabischen Würde*, 2011, 77 f.

tigwerdens der Investition Bezug, sondern berücksichtigen ebenso die Umstände zum Zeitpunkt der angegriffenen staatlichen Handlung.¹⁴⁵ Zwar mögen die Tribunale bisher von solchen Argumenten zurückhaltend Gebrauch gemacht haben,¹⁴⁶ so ist doch eine Bereitschaft zu erkennen, solche Aspekte zu berücksichtigen.

Schließlich haben Tribunale wiederholt festgestellt, dass der Investor auch mit der Änderung der Rechtsordnung rechnen muss.¹⁴⁷ Er kann nicht erwarten, dass das Rechtssystem statisch bleibt.¹⁴⁸ Insbesondere stellen allgemeine und nicht-diskriminierende Änderungen der Gesetzeslage grundsätzlich keine Verletzung von FET dar, selbst wenn der Investor dadurch erhebliche ökonomische Einbußen erleidet.¹⁴⁹ Über den Anknüpfungspunkt der “legitimen Erwartungen” steht somit ein Instrument zur Verfügung, die Besonderheit des arabischen Wandels aufzunehmen. Ob ein solches Vorbringen Erfolg hat, wird von den Tatsachen im Einzelfall abhängen.

2. Der Grundsatz “Keine Enteignung ohne Entschädigung”

ISV enthalten typischerweise eine Klausel, nach der bei einer Enteignung ausländischer Investoren eine Entschädigung zu zahlen ist. Die ägyptischen ISV enthalten diesen Standard.¹⁵⁰ Die ISV erfassen auch sogenannte indirekte

¹⁴⁵ Hinsichtlich der Finanzkrise in Argentinien *LG&E v. Argentine Republic* (Anm. 133), para. 139; *National Grid v. Argentine Republic*, UNCITRAL, Award, 3.11.2008, paras. 179 f. Weiterhin *Bayindir v. Pakistan* (Anm. 143), paras. 195, 198 f.; *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Republic of Lebanon* (Anm. 120), para. 165.

¹⁴⁶ So *U. Kriebaum* (Anm. 141), 383.

¹⁴⁷ *Saluka v. Czech Republic* (Anm. 128), paras. 304 f.; *Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania* (Anm. 132), para. 332; *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, 23.9.2010, para. 9.3.34; *EDF (Services) Limited v. Romania* (Anm. 128), para. 217.

¹⁴⁸ Anders ist dies nur dann, wenn Staat und Investor in ihrem Vertrag eine sogenannte Stabilisierungsklausel eingebaut haben. Darin verspricht der Staat keine Änderungen der Gesetzeslage im Bereich der Investition vorzunehmen. Siehe hierzu *R. Dolzer/C. Schreuer* (Anm. 94), 75 f.

¹⁴⁹ Vgl. *M. Hirsch* (Anm. 130), 783 (792, 801, 804). Jüngst mit Bezug zu Ägypten *H. El-Kady* (Anm. 2), 1, 7.

¹⁵⁰ Art. 4 II BIT-Germany-Egypt: “Kapitalanlagen von Investoren eines Vertragsstaats dürfen im Hoheitsgebiet des anderen Vertragsstaats nur zum allgemeinen Wohl und gegen Entschädigung direkt oder indirekt enteignet, verstaatlicht oder anderen Maßnahmen unterworfen werden, die in ihren Auswirkungen einer Enteignung oder Verstaatlichung gleichkommen.” Ähnlich die folgenden ISV: Art. IV 1) BIT-Argentinien-Egypt; Art. 7 I BIT-Australien-Egypt; Art. VIII 1 BIT-Canada-Egypt; Art. 4 I BIT-China-Egypt; Art. 4 I BIT-France-Egypt; Art. 4 I 1 BIT-India-Egypt; Art. 5 I (ii) BIT-Italy-Egypt; Art. 6 I BIT-Russia-Egypt; Art. 3 I BIT-USA-Egypt.

te Enteignungen.¹⁵¹ Hinsichtlich der zu leistenden Entschädigung nehmen alle ISV die sogenannte *Hull-Formel*¹⁵² auf, wonach eine unverzügliche, tatsächlich verwertbare und frei transferierbare Entschädigung zu leisten ist.¹⁵³ Die libyschen ISV garantieren ebenfalls die Verpflichtung, eine Enteignung nur gegen Entschädigung vorzunehmen.¹⁵⁴ Grundsätzlich haben Ägypten und Libyen das Recht zu enteignen, wenn sie sich an folgende Voraussetzungen halten: 1.) zum Wohl der Allgemeinheit; 2.) keine Diskriminierung; 3.) Einhaltung eines fairen Verfahrens; und 4.) Zahlung einer sofortigen, adäquaten und effektiven Entschädigung.¹⁵⁵ Eine kritische Frage in Investitionsstreitigkeiten ist oftmals, wann eine – indirekte¹⁵⁶ – Enteignung vorliegt. Die *sole effects* Doktrin nimmt ausschließlich die tatsächlichen Effekte der staatlichen Maßnahme auf die Investition als Maßstab.¹⁵⁷ Die *public purpose* Doktrin hingegen misst dem öffentlichen Zweck der staatlichen Maßnahme besondere Bedeutung zu und räumt dem Staat daher weite Regulierungsbefugnisse ein.¹⁵⁸ Dazwischen bewegt sich der Ansatz, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zur Bestimmung hinsichtlich einer Ent-

¹⁵¹ Folgende ISV: Art. 4 II BIT-Germany-Egypt; Art. IV 1) BIT-Argentina-Egypt; Art. 7 BIT-Australia-Egypt; Art. VIII 1 BIT-Canada-Egypt; Art. 4 I BIT-China-Egypt; Art. 4 I BIT-France-Egypt; Art. 4 I 1 BIT-India-Egypt; Art. 5 I (ii) BIT-Italy-Egypt; Art. 6 I BIT-Russia-Egypt; Art. 3 I BIT-USA-Egypt (der ISV enthält aber keine Konkretisierung, wann keine indirekte Enteignung vorliegt, wie es inzwischen bei USA BITs üblich geworden ist).

¹⁵² Siehe zur *Hull-Formel* als Maßstab für Entschädigung *T. Wälde/B. Sabahi*, Compensation, Damages and Valuation, in: P. Muchlinski/F. Ortino/C. Schreuer (Anm. 118), 1049 (1068); *B. Sabahi/N. Birch*, Comparative Compensation for Expropriation, in: S. Schill (Hrsg.), International Investment Law and Comparative Public Law, 2010, 759 ff.

¹⁵³ Siehe folgende Verträge Art. 4 II BIT-Germany-Egypt; Art. IV 1) BIT-Argentina-Egypt; Art. 7 I (c) BIT-Australia-Egypt; Art. VIII 1 BIT-Canada-Egypt; Art. 4 II BIT-China-Egypt; Art. 4 II, III BIT-France-Egypt; Art. 4 I 2 BIT-India-Egypt; Art. 5 I (iii) BIT-Italy-Egypt; Art. 6 I BIT-Russia-Egypt; Art. 3 I BIT-USA-Egypt.

¹⁵⁴ Art. 4 II BIT-Germany-Libya; Art. 4 I BIT-Austria-Libya; Art. 7 I BIT-Belgium-Luxembourg-Libya; Art. 7 I BIT-Croatia-Libya; Art. 6 BIT-Italy-Libya; Art. 6 I BIT-Switzerland-Libya.

¹⁵⁵ Eine Enteignung ist völkerrechtlich nicht verboten, wenn diese Kriterien eingehalten werden. Siehe zum Recht eines Staates zur Enteignung *R. Dolzer/C. Schreuer* (Anm. 94), 89 f.; *I. Brownlie* (Anm. 78), 533.

¹⁵⁶ Der Beitrag verwendet den Begriff der "indirekten Enteignung". Zu anderen Begriffen *A. Reimisch*, Expropriation, in: P. Muchlinski/F. Ortino/C. Schreuer (Anm. 118), 407 (421 f.). Bei "indirekten Enteignungen" geht es um die Frage, ob bestimmte staatliche Maßnahmen unterhalb der Schwelle der formellen Eigentumsentziehung auch als Enteignung eingestuft werden.

¹⁵⁷ Siehe *Metalclad v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30.8.2000, paras. 102 f., 108.

¹⁵⁸ Siehe *Methanex v. United States of America*, UNCITRAL, Award, 9.8.2005, Part IV, Ch. D, p. 4, paras. 7 f.

eignung zu nutzen.¹⁵⁹ Dieses Konzept kann *effective* und *public purpose* Elemente aufnehmen.¹⁶⁰ Einige Staaten haben inzwischen in ISV Klauseln aufgenommen, die genau definieren sollen, wann eine Enteignung vorliegt.¹⁶¹ In den ägyptischen und libyschen ISV finden sich jedoch keine solchen Klauseln. *Ratner* schließlich betont, dass es nicht möglich sei, abstrakt zu beschreiben, wann eine Enteignung vorliege, sondern von Fall zu Fall entschieden werden müsse.¹⁶²

Sollten also Ägypten oder Libyen ausländische Investoren enteignen, so sind diese entsprechend zu entschädigen. Im Hinblick auf gesetzgeberische Maßnahmen und daraus möglicherweise resultierende indirekte Enteignungen ist hervorzuheben, dass nicht-diskriminierende Regelungen zum Allgemeinwohl regelmäßig keine Enteignung darstellen.¹⁶³ Insbesondere das nun genutzte Instrument der Verhältnismäßigkeit bietet einen angemessenen Rahmen, um Regulierungsinteressen des Staates und Rechte der ausländischen Investoren in Ausgleich zu bringen. Wenn Ägypten und Libyen Reformen vollziehen und im Einzelfall dann Rechte des Investors unverhältnismäßig eingeschränkt werden, dann müssen sie Entschädigungen zahlen. Die bestehende Dogmatik und Schiedspraxis bietet mithin ausreichend rechtliche Wege die Belange von Ägypten und Libyen aufzunehmen.

¹⁵⁹ *Tecmed v. United Mexican States* (Anm. 76), para. 122. Für eine Analyse siehe *X. Han*, The Application of the Principle of Proportionality in *Tecmed v. Mexico*, *Chinese Journal of International Law* 6 (2007), 635; *A. Sweet*, Investor-State Arbitration: Proportionality's New Frontier, *Law & Ethics of Human Rights* 4 (2010), 48; *E. Leonhardsen*, Looking for Legitimacy: Exploring Proportionality Analysis in Investment Treaty Arbitration, *Journal of International Dispute Settlement* 3 (2012), 89 (114 ff.); *C. Henckels*, Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State-Arbitration, *Journal of International Economic Law* 15 (2012), 223 (230 ff.).

¹⁶⁰ Siehe hierzu *B. Kingsbury/S. Schill*, Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest – the Concept of Proportionality, in: *S. Schill* (Anm. 152), 75 (89 ff.); *M. Perkams*, The Concept of Indirect Expropriation in Comparative Public Law – Searching for Light in the Dark, in: *S. Schill* (Anm. 152), 107.

¹⁶¹ So etwa die Musterabkommen von Kanada und den USA. Weitere Nachweise bei *S. Spears*, The Quest for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements, *JIEL* 13 (2010), 1037.

¹⁶² *S. Ratner*, Regulatory Takings in Institutional Context: Beyond the Fear of Fragmented International Law, *AJIL* 102 (2008), 475 (526 ff.).

¹⁶³ So insbesondere *C. Schreuer* (Anm. 20); *S. Schill* (Anm. 20). Jüngst aus der Schiedspraxis: *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31.10.2011, paras. 233 ff.

3. Schirmklauseln und demokratischer Wandel

Schließlich enthalten ägyptische¹⁶⁴ wie libysche¹⁶⁵ ISV teilweise sogenannte “*umbrella*”- Klauseln:

“Jeder Vertragsstaat wird jede andere Verpflichtung einhalten, die er in Bezug auf Kapitalanlagen von Investoren des anderen Vertragsstaates in seinem Hoheitsgebiet übernommen hat.”¹⁶⁶

Nach bisheriger überwiegender Ansicht gelten danach Verletzungen von privaten Staat-Investor Verträgen auch als Verletzungen von ISV.¹⁶⁷ Dies hat zur Folge, dass der ausländische Investor für eine “einfache” Vertragsverletzung auch die Schiedsgerichtsbarkeit des ISV geltend machen kann. Anders hat im Jahr 2003 das Tribunal im Fall *SGS v. Pakistan* entschieden und eine Einbeziehung von vertraglichen Ansprüchen in den ISV abgelehnt.¹⁶⁸ Im Nachgang an diese Entscheidung haben einige Tribunale die Einbeziehung von Vertragsansprüchen über “*umbrella*”-Klauseln ebenfalls verneint.¹⁶⁹ Andere Tribunale hingegen haben weiterhin eine Einbeziehung angenom-

¹⁶⁴ Art. 2 II 3 BIT-China-Egypt. Folgende ISV enthalten keine *umbrella*-Klauseln: BIT-USA-Egypt; BIT-Canada Egypt; BIT-Argentina-Egypt; BIT-Australia-Egypt; BIT-India-Egypt; BIT-Russia-Egypt.

¹⁶⁵ Siehe Art. 8 II BIT-Germany-Libya; Art. 8 I BIT-Austria-Libya; Art. 11 BIT-Belgium-Luxembourg-Libya; Art. 11 BIT-Switzerland-Libya. Keine *umbrella*-Klauseln enthält BIT-Croatia-Libya.

¹⁶⁶ Art. 7 II BIT-Germany-Libya.

¹⁶⁷ R. Dolzer/C. Schreuer (Anm. 94), 153 ff.; K. Yannaca-Small, Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements, OECD Working Papers on International Investment, No. 2006/3 (2006), 3, abrufbar unter <<http://www.oecd.org/investment>>; R. Dolzer, Schirmklauseln in Investitionsschutzverträgen, in: P.-M. Dupuy/B. Fassbender/M.N. Shaw/K.-P. Sommermann (Hrsg), Völkerrecht als Wertordnung – Festschrift für Christian Tomuschat, 2006, 281 (282 ff.). Ausführlich auch J. Griebel (Anm. 92), 83 ff.

¹⁶⁸ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Award on Jurisdiction, 6.8.2003, paras. 167 ff. Der Wortlaut der *umbrella*-Klausel des einschlägigen ISV lautete: “Either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party.” Der Wortlaut ist mit “guarantee the observance” deutlich offener als der gängige Wortlaut.

¹⁶⁹ *Joy Mining Machinery Limited v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 6.8.2004, paras. 79 ff.; *CMS Gas v. The Argentine Republic* (Anm. 93), para. 299; *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, 27.4.2006, paras. 70 ff.; *Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/13, Decision on Preliminary Objections, 27.7.2006, paras. 96 ff. In diesen Entscheidungen wurden grundsätzlich die Einbeziehung von vertraglichen Ansprüchen über *umbrella*-Klauseln abgelehnt.

men.¹⁷⁰ Problematisch bei einem völligen Ausschluss ist, dass dann einer solchen Klausel keine Bedeutung mehr zukommt.¹⁷¹ Zum Teil wird daher darauf abgestellt, dass eine Einbeziehung nur bei hoheitlichen Verträgen oder schwerwiegenden Vertragsbrüchen möglich sei.¹⁷² Allgemeine neue Gesetze werden grundsätzlich nicht als Verletzung eines Vertrages zwischen Staat und Investor und damit auch nicht als Verletzung einer “*umbrella*”-Klausel eingestuft.¹⁷³ Insgesamt ist dieser Bereich umstritten und eine einheitliche Linie ist weder in der Schiedspraxis noch in der Literatur auszumachen.¹⁷⁴

Für Ägypten und Libyen bedeutet dies, dass zumindest solche Verletzungen von Verträgen mit ausländischen Investoren nicht über eine solche “*umbrella*”-Klausel gerügt werden können, die nicht den grundsätzlichen Bestand des Vertrages in Frage stellen.¹⁷⁵ Wenn aber Ölförderungsverträge oder anderweitige Konzessionsverträge mit ausländischen Investoren nach den Umbrüchen außer Kraft gesetzt werden,¹⁷⁶ dann kann dies eine Verletzung einer “*umbrella*”-Klausel darstellen.¹⁷⁷ Über die “*umbrella*”-Klauseln,

¹⁷⁰ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision on Jurisdiction, 29.1.2004, paras. 119 ff.; *Noble Ventures, Inc. v. Romania* (Anm. 102), paras. 50 ff.; *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, Ad Hoc Arbitration, Partial Award, 19.8.2005, paras. 246 ff. Jüngst *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/29, Decision on Jurisdiction, 12.2.2010 (Entscheidung angehängt an Award vom 12.2.2012) paras. 166 ff.

¹⁷¹ Abgestellt wird auf den Auslegungsgrundsatz der Effektivität *Noble Ventures, Inc. v. Romania* (Anm. 102), para. 52; *Eureko B.V. v. Republic of Poland* (Anm. 170), para. 248.

¹⁷² Das Tribunal im Fall *CMS v. Argentine Republic* spricht von “significant interference by governments”, *CMS Gas v. The Argentine Republic* (Anm. 93), para. 299. Siehe hierzu auch *A. von Walter*, Die Reichweite von Schirmklauseln in Investitionsschutzabkommen, RIW 52 (2006), 815 (822). Ebenfalls fordern ein hoheitliches Handeln *Siemens A.G. v. Argentine Republic* (Anm. 119), para. 253; *Waste Management, Inc. v. United Mexican States* (No. 2), ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30.4.2004, para. 115. Das Tribunal in *SGS v. Paraguay* lehnte hingegen die Beschränkung auf hoheitliches Handeln ab, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/29, Award, 12.2.2012, paras. 89 ff.

¹⁷³ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan* (Anm. 168), paras. 166; *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic* (Anm. 169), paras. 76 ff.

¹⁷⁴ Siehe etwa: *R. Dolzer/C. Schreuer* (Anm. 94), 160 ff.; *A. von Walter* (Anm. 172), 815 (822).

¹⁷⁵ Dem ausländischen Investor stehen aber nationale Gerichte oder andere im Vertrag zwischen Staat und Investor vereinbarte Schiedsribunale zur Verfügung.

¹⁷⁶ Ob für solche Verträge Kündigungs- oder Änderungsmöglichkeiten bestehen, bestimmt sich nicht nach Völkerrecht, sondern nach dem im Vertrag für anwendbar erklärten Recht.

¹⁷⁷ In solchen Fällen kann auch der Grundsatz der fairen und gerechten Behandlung einschlägig sein. Siehe oben S. 508 ff.

die allerdings in geringer Zahl in ISV von Ägypten und Libyen wiederzufinden sind, könnten also ausländische Investoren gravierende Verletzungen von Verträgen zwischen Staat und Investor rügen.

4. Zwischenfazit

Reformvorhaben in der arabischen Region können also mit Schutzstandards der ISV in Konflikt geraten. Es bestehen aber verschiedene rechtliche Argumentationslinien die Besonderheiten des arabischen Umbruchs aufzunehmen. Zudem wurde deutlich, dass nicht jede Beschränkung wirtschaftlicher Interessen ausländischer Investoren eine Verletzungen der Verpflichtungen aus den ISV darstellt. Mithin markieren die materiellen Verpflichtungen des Investitionsschutzrechts zwar Grenzen für den Wandel, sind aber dennoch offen für diesen.

V. Berücksichtigung auf Ebene der Höhe der Kompensation?

Sollten nun Reformvorhaben im Nachgang der arabischen Revolution von einem Schiedsgericht als Verletzung von Schutzstandards gegenüber ausländischen Investoren eingestuft werden, könnte noch auf der Ebene der Entschädigung die Besonderheit des arabischen Wandels Berücksichtigung finden. Es stellt sich daher die Frage, inwieweit politische und wirtschaftliche Bedingungen Einfluss auf die Entschädigungshöhe haben können.¹⁷⁸ Im Fall *AMT v. Zaire* hat das Tribunal wegen der Gewalt gegen einen ausländischen Investor eine Verletzung von der zu gewährleistenden "full protection and security"¹⁷⁹ angenommen. Die besondere Lage des Gaststaates hat das Tribunal dann auf der Ebene der Entschädigung berücksichtigt:

"[The investor] has chosen to invest in a country such as Zaire, believing that by so doing the investor is constructing a castle in Spain or a Swiss chalet in Germany without any risk, political or even economic or financial or any risk whatsoever."¹⁸⁰

¹⁷⁸ Siehe hierzu *U. Kriebaum* (Anm. 141), 383 (399 ff.). Siehe zur (Nicht-)Berücksichtigung der finanziellen Situation des Gaststaates *I. Marboe*, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, 2009, 148 ff.

¹⁷⁹ Siehe dazu Anm. 42 und Anm. 43 mit Begleittext.

¹⁸⁰ *American Manufacturing and Trading, Inc. v. Zaire*, ICSID Case No. ARB/93/1, Award, 21.2.1997, para. 7.15.

“The Tribunal proceeds to exercise its discretionary and sovereign power to determine the quantum of compensation that the Republic of Zaire shall pay to AMT, taking into account all the circumstances of the case before it.”¹⁸¹

Auch das Tribunal im Fall *CMS Gas v. Argentina* hat die finanzielle und politische Krise Argentiniens auf der Ebene der Entschädigung berücksichtigt.¹⁸² Beide Tribunale haben also explizit die besondere politische und ökonomische Situation des Landes bei der Höhe der Entschädigung einbezogen. In einem weiteren Fall hat ein Tribunal das Fehlverhalten des ausländischen Investors bei Bestimmung der Höhe der Entschädigung einbezogen.¹⁸³ Was der rechtliche Anknüpfungspunkt war, blieb zunächst unklar, ehe das “annulment”-Tribunal diese Argumentation mit Verweis auf das Institut des Mitverschuldens nach Art. 39 ASR begründete.¹⁸⁴ Damit kann Fehlverhalten des Investors bei der Höhe der Entschädigung einbezogen werden.¹⁸⁵ Es geht dabei aber immer um ein Fehlverhalten in Bezug auf die Verletzung der völkerrechtlichen Pflicht, hier also des ISV. Über eine Verminderung der Höhe könnte ein Ausgleich der Interessen zwischen Staat und Investor gefunden werden. Der Investor, der immerhin von dem jeweiligen Staat zugelassen wurde und entsprechendes Kapital investiert hat, würde nicht den vollständigen Wert wiedererlangen, aber einen partiellen finanziellen Ausgleich erhalten. Eine solche Lösung hat sich in der Schiedspraxis jedoch nicht etabliert. Der Berechnung der Entschädigung wohnt immer auch etwas Ungenaues bei, so dass den Schiedstribunalen ein Ermessen zukommt.¹⁸⁶ Mithin stehen auch auf dieser Ebene rechtliche Instrumente zur Verfügung, die besonderen Umstände des arabischen Wandels aufzunehmen.

¹⁸¹ *American Manufacturing and Trading, Inc. v. Zaire* (Anm. 180), para. 7.20.

¹⁸² *CMS Gas v. The Argentine Republic* (Anm. 93), para. 356.

¹⁸³ *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v. Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Final Award, 25.5.2004, paras. 242 ff. Der Investor ist nach Ansicht des Tribunals ein erhöhtes Risiko bei dem Geschäft eingegangen, weil er ohne rechtlichen Schutz bezahlte und keine Sicherheiten für das Projekt erhielt. Siehe hierzu *I. Marboe* (Anm. 178), 121.

¹⁸⁴ *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v. Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Decision on Annulment, 21.3.2007, para. 99.

¹⁸⁵ Siehe dazu *I. Marboe* (Anm. 178), 120 f.; *T. Wälde/B. Sabahi*, Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law, *Transnational Dispute Management* 4/6 (2007), 1, 37 ff.

¹⁸⁶ *I. Marboe* (Anm. 178), 147.

VI. Ausblick und Fazit

Zum jetzigen Zeitpunkt kann nicht abschließend beantwortet werden, ob das Investitionsschutzrecht eine Grenze des arabischen Wandels markiert. Zum einen befinden sich Reformen noch im Anfangsstadium. Zum anderen ist mit entsprechenden Entscheidungen von Schiedsgerichten erst in Zukunft zu rechnen. Die Relevanz des Investitionsschutzrechts im Kontext des arabischen Wandels ist aber deutlich geworden. Der Beitrag hat gezeigt, dass die Furcht vor einem “regulatory chill” der Revolution unbegründet ist. Das internationale Investitionsschutzrecht markiert zwar Grenzen im Hinblick auf den arabischen Wandel, ist aber durchaus responsiv für diesen. Der Beitrag hat hierfür verschiedene rechtliche Wege im Rahmen des Investitionsschutzrechts aufgezeigt. Diese können Ägypten und Libyen – wie auch andere Staaten – nutzen, falls Reformvorhaben nach den Revolutionen von ausländischen Investoren vor internationalen Schiedsgerichten angegriffen werden.