

Katharina Gatzsche

# Aufhebungen und Abänderungen von Investitionsschutzabkommen

Eine Untersuchung zur Reichweite von  
Survival Clauses in BITs



Nomos

facultas



DIKE 

**Studien zum Internationalen Investitionsrecht**

herausgegeben von

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

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

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

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

In Kooperation mit dem

International Investment Law Centre Cologne (IILCC)

Prof. Dr. Dr. h.c. Stephan Hobe, LL.M.

Prof. Dr. Bernhard Kempen

Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel

Prof. Dr. Burkhard Schöbener

Band 31

zugleich Band 15 der Schriftenreihe des

International Investment Law Centre Cologne (IILCC)

Katharina Gatzsche

# Aufhebungen und Abänderungen von Investitionsschutzabkommen

Eine Untersuchung zur Reichweite von  
Survival Clauses in BITs



**Nomos**

facultas



**DIKE** 

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

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2017

u.d.T.: Einvernehmliche Aufhebungen und Abänderungen bilateraler Investitionsschutzabkommen

ISBN 978-3-8487-5709-1 (Nomos Verlag, Baden-Baden, Print)

ISBN 978-3-8452-9841-2 (Nomos Verlag, Baden-Baden, ePDF)

ISBN 978-3-7089-1907-2 (facultas Verlag, Wien)

ISBN 978-3-03891-132-6 (Dike Verlag, Zürich/St. Gallen)

1. Auflage 2019

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

*Meiner Großmutter Maria. In Dankbarkeit.*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln im Sommersemester 2017 als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde im Wesentlichen im Juni 2017 abgeschlossen.

Mein ganzer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Heinz-Peter Mansel, der mein Forschungsvorhaben während des gesamten Entstehungsprozesses inhaltlich und organisatorisch in vorbildlicher Weise betreut hat. Die Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin an seinem Institut war für mich fachlich und persönlich sehr prägend. Frau Professor Dr. Caroline von Gall danke ich herzlich für die Übernahme und rasche Erstellung des Zweitgutachtens und die wertvollen Anregungen und Denkanstöße zu meinem Forschungsthema.

Ich danke außerdem meinen Kolleginnen und Kollegen am Institut für ausländisches und internationales Privatrecht der Universität zu Köln für die kollegiale und freundschaftliche Zusammenarbeit. Entscheidend zur Entstehung dieser Arbeit hat ein von der Westhaus-Stiftung finanzierter Aufenthalt an der Universität Aix-Marseille beigetragen. Bei den dort gefundenen Freunden möchte ich mich für ihre sehr freundliche Aufnahme in Aix-en-Provence bedanken. Besonderer Dank gilt außerdem Herrn Professor Dr. Jörn Griebel und seinem unermüdlichen Engagement bei der Durchführung von Doktorandenseminaren zum Investitionsschutzrecht sowie seiner steten Diskussionsbereitschaft.

Am Ende dieses Vorwortes hat meine Familie zu stehen: Herzlich danken möchte ich Dr. Roland Stangl. Es ist mir ein großes Glück, ihn an meiner Seite zu wissen. Mein herzlicher Dank gilt zuletzt meinen Eltern, Ilona Gatzsche und Dr. Matthias Gatzsche, die die undankbare Aufgabe des Korrekturlesens mit großem Einsatz erfüllt haben. Sie haben mir außerdem während meiner gesamten Ausbildung und in allen Lebenslagen stets Rückhalt geboten und mich in vielerlei Hinsicht unterstützt. Ihnen und meiner Großmutter, Maria Gatzsche, sei diese Arbeit gewidmet.



## Inhaltsverzeichnis

Einleitung	17
A. Untersuchungsinteresse	17
I. Der Hintergrund von BIT-Kündigungen	17
II. Ablauf von Festlaufzeiten	20
III. Modernisierung	22
IV. Regionalisierung	22
B. Problemstellung	23
I. BIT-Erneuerung als Normalität im Investitionsrecht	23
II. Neuabschlüsse zum Zweck der Absenkung von Schutzstandards	24
III. Eigene Investorenrechte	24
IV. Investitionsrecht und allgemeines Völkerrecht	27
C. Gang der Untersuchung	27
Kapitel 1 Anwendungsfälle für einvernehmliche Aufhebungen von BITs	30
A. Modernisierung des Investitionsschutzes	30
I. Frühere BIT-Erneuerungen	31
II. Reformbedarf zugunsten staatlicher Regulierung	32
1. Regelungsziel: „Kluge“ Flexibilisierungsklauseln	34
2. Typologie der Flexibilisierungsklauseln	34
a. Implizite und explizite Flexibilität	34
b. Verschiedene Typen expliziter Flexibilisierungsklauseln	36
III. Frühe Beispiele flexibler BITs	38
1. Nordamerikanische Musterverträge als Vorreiter der Flexibilisierung	38
2. Ausweitung der Flexibilisierung	40
IV. Moderne Vertragsgestaltung am Beispiel des norwegischen Mustervertrags (2015)	42
1. Präambel	42
2. Einschränkung des personellen Anwendungsbereichs	44

*Inhaltsverzeichnis*

3. Carve-outs als Einschränkungen des sachlichen Anwendungsbereichs, Art. 27 und 28	45
4. Diskriminierungsverbote, Art. 3 und 4	46
5. Keine Anwendung des Meistbegünstigungsgrundsatzes auf die Frage des Zugangs zu Investor-Staat-Schiedsgerichten	47
6. Minimum Treatment, Art. 5	48
7. Enteignungsbegriff, Art. 6	50
8. Right to regulate, Art. 12	50
9. Ausnahmeregeln, Art. 24-28	51
10. Vorsichtsmaßnahmen zum Schutze des Finanzsystems, Art. 25	52
V. Zusammenfassung: Möglichkeiten und Realitäten innovativer BIT-Gestaltung	53
B. Regionalisierung, insbesondere Europäisierung	54
I. Europarecht und Investitionsschutz	55
1. Das Problem der Intra-EU-BITs	56
a. Hintergrund	56
b. Europarechtliche Verfahren	57
c. Das Schiedsverfahren Eastern Sugar gegen Tschechien	58
(1) Sachverhalt	58
(2) Haltung der Tschechischen Republik	59
(3) Haltung der EU-Kommission	60
(4) Die Entscheidung des Schiedsgerichts	61
(5) Zusammenfassung	62
d. Das Schiedsverfahren Micula gegen Rumänien	63
(1) Sachverhalt	63
(2) Besonderheit: Klage auf Naturalrestitution	64
(3) Zusammenfassung	65
e. Das Schiedsverfahren Eureko gegen Slowakei	66
(1) Sachverhalt	66
(2) Inhalt des Schiedsspruchs	66
(3) Zusammenfassung	67
f. Zusammenfassung: Intra-EU-BITs als Anwendungsfall einvernehmlicher BIT-Aufhebungen	67
2. Europarechtswidrige Drittstaaten-BITs	72
a. Hintergrund	72
(1) Transferklauseln und Kapitalverkehrsfreiheit	73
(2) Prä-europäische Verträge und EU-Beitritt	73

b. Die Verfahren vor dem EuGH	73
(1) Die Schlussanträge des Generalanwalts	73
(2) Die Entscheidung des EuGH	74
c. Zwischenergebnis	75
d. Anerkennung gefestigter Investorenrechte durch den EuGH	76
3. Drittstaaten-BITs und der Vertrag von Lissabon	78
a. Hintergrund	78
b. Die Verordnung Nr. 1219/2012	79
(1) Grundsätzliche Regelungen zu bestehenden Drittstaaten-BITs	79
(2) Zusammenfassung	79
4. Zwischenergebnis	79
II. Erste Schritte einer europäischen Investitionsschutzpolitik	80
1. Europäische Investitionspolitik vor dem Vertrag von Lissabon	80
2. Nach dem Vertrag von Lissabon: CETA	81
III. TPP und Investitionsschutzabkommen	82
C. Zusammenfassung	83
Kapitel 2 Schiedspraxis zur einvernehmlichen Aufhebung von BITs	88
A. Walter Bau AG gegen Thailand	88
I. Sachverhalt	89
II. Entscheidungen des Schiedsgerichts	89
III. Konsequenzen des Schiedsspruchs	91
B. Jan de Nul gegen Ägypten	92
I. Sachverhalt	92
II. Entscheidungen des Schiedsgerichts	92
III. Konsequenzen des Schiedsspruchs	93
C. Eastern Sugar gegen Tschechien	94
I. Hintergrund	94
II. Sachverhalt	95
III. Einwände der Tschechischen Republik und der Kommission gegen die Zuständigkeit des Schiedsgerichts	95
IV. Entscheidung des Schiedsgerichts	97
V. Konsequenzen des Schiedsspruchs	98
VI. Die Entwicklungen im Anschluss an den Schiedsspruch	99
D. Zusammenfassung	101

*Inhaltsverzeichnis*

Kapitel 3 Rechtliche Grundlagen für einvernehmliche Aufhebung von BITs	102
A. Das Phänomen Fortgeltungsklausel	103
I. Verbreitung von Fortgeltungsklauseln	104
II. Erscheinungsformen	105
1. Der Ausnahmefall: Differenzierte Fortgeltungsklauseln	105
2. Der Regelfall: Undifferenzierte Fortgeltungsklauseln	107
III. Wirkungsweise von Fortgeltungsklauseln	108
B. Fortgeltungsklauseln und einvernehmliche Aufhebungen	109
I. Ausgangspunkt: Der offene Wortlaut undifferenzierter Fortgeltungsklauseln	109
II. Allgemeine Auslegungsregeln der Wiener Vertragsrechtskonvention	111
III. Anwendbarkeit der Wiener Vertragsrechtskonvention auf BITs	112
1. Investoren als Inhaber von Rechten	112
a. Die Ausgangslage: Völkergewohnheitsrechtlicher Fremdenschutz als rein zwischenstaatliches Phänomen	113
b. Evolution des internationalen Investitionsrechts: Die Einführung des Investors als dem wesentlichen Verfahrensbeteiligten	114
c. Investorenrechte als eigene Rechte von Investoren	115
d. Systematische Parallelen zwischen Menschenrechtskonventionen und BITs als individualberechtigenden völkerrechtlichen Verträgen	117
e. Zwischenergebnis	121
2. Eignung der Auslegungsregeln der Wiener Vertragsrechtskonvention für die Anwendung auf BITs	121
a. Die Ausgangslage: Zwischenstaatlich wirkende Verträge als originärer Anwendungsfall der WVK	121
b. Art. 31 WVK als kodifizierter Minimalkonsens	122
c. Effet utile statt in dubio mitius	123
d. Berücksichtigung externer Auslegungshilfen gemäß Art. 31 (3) WVK	126
e. Zusammenfassung	128

IV. Auslegung von Fortgeltungsklauseln nach Art. 31 WVK	128
1. Die gewöhnliche Bedeutung als Ausgangspunkt der Auslegung, Art. 31 (1) WVK	129
a. „Termination“ als Oberbegriff für alle Beendigungstatbestände	130
b. Zwischenergebnis	131
2. Systematische Auslegung nach Art. 31 (1) WVK	132
a. Einheitliche Regelung der Rechtsfolgen aller Beendigungsfälle	132
b. Selbstbindung der Heimatstaaten durch Investor-Staat-Schiedsklausel	136
c. Zwischenergebnis	137
3. Ziel und Zweck: Teleologische Auslegung nach Art. 31 (1) WVK	138
a. Ausgangspunkt: Fortgeltungsklausel als Verlängerung des Investorenschutzes	138
b. Evolution der Präambeln	138
c. Fortgeltungsklauseln und einvernehmliche Aufhebungen: Schutz des Investors vor seinem Heimatstaat	140
d. Zwischenergebnis	141
4. Berücksichtigung des weiteren Zusammenhangs, Art. 31 (2) und (3) WVK	142
a. Beschränkte Autorität nachträglicher Auslegungshilfen für BITs	143
b. Spätere Übung der Vertragsstaaten: Ablöseklauseln	144
c. Zwischenergebnis	147
5. Berücksichtigung von Vorbereitungsarbeiten (travaux préparatoires)	147
6. Zwischenergebnis	148
V. Einvernehmliche Aufhebung als Lücke des BIT	149
1. Feststellung von Lücken im Völkerrecht	149
2. Regelung der einvernehmlichen Aufhebung als Lücke im BIT	150
3. Externe Lückenfüllung durch allgemeines Völkerrecht und die Wiener Vertragsrechtskonvention	153
C. Fortgeltungsklauseln und allgemeines Völkervertragsrecht	155
I. Ausgangspunkt: Freiheit einvernehmlicher Vertragsaufhebung, Art. 54 (b) WVK	156

*Inhaltsverzeichnis*

II. Völkerrechtliche Verträge zugunsten Dritter: Art. 37 (2) WVK	159
1. Anwendbarkeit von Art. 37 (2) auf BITs: Investoren als berechtigte „Dritte“	159
a. Ausgangspunkt: Zusammenhang und Verhandlungsgeschichte des Art. 37 (2) WVK	160
b. Das Meinungsspektrum zur Übertragbarkeit des Art. 37 (2) WVK	162
(1) Für eine Übertragung auf nicht-staatliche Berechtigte	162
(2) Gegen eine Übertragung auf nicht-staatliche Berechtigte	163
2. Stellungnahme zur Anwendbarkeit des Art. 37 (2) WVK	164
a. Vertrag zugunsten dritter Individuen kein allgemeiner Völkerrechtsgrundsatz	165
b. Übertragung des Zustimmungserfordernis des Art. 36 (2) WVKIO	165
c. Zustimmung durch Verfahrenseinleitung	167
d. Beweislastverteilung des Art. 37 (2) WVK	167
3. Zwischenergebnis	168
III. Nichtrückwirkung völkerrechtlicher Verträge: Art. 70 (1) (b) WVK	169
IV. Allgemeine völkerrechtliche Rechtsgrundsätze	171
1. Gefestigte Rechte unter Investitionsschutzverträgen	171
a. Schutz gefestigter Rechte als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Völkerrechts	171
b. Zeitpunkt der Festigung von Investorenrechten	172
2. Legitime Erwartungen unter Investitionsschutzverträgen	174
a. Herleitung des Schutzes legitimer Erwartungen im Investitionsrecht	174
b. Zeitpunkt der Entstehung schützenswerten Vertrauens	175
3. Allgemeines völkerrechtliches Rückwirkungsverbot	176
a. Rückwirkungsarten im Völkerrecht	176
b. Übertragung auf Investorenrechte	177
4. Rechtsmissbrauch (estoppel)	177
5. Investitionsrechtseigene Hindernisse:	
Multilateralisierung und Investitionsgewohnheitsrecht	180
a. Multilateralisierung des Investitionsrechts	180

b. Entstehung eines Investitionsschutzgewohnheitsrechts	180
V. Verselbständigung des völkerrechtlichen Individualschutzes	183
VI. Zusammenfassung	186
D. Zusammenfassung	187
Kapitel 4 Alternative Wege zur Ablösung von Investitionsschutzabkommen	189
A. Neuverhandlungen als Umgehungsmöglichkeit	190
I. Nebeneinander von Aufhebung und Änderung im Völkervertragsrecht	191
II. Grenze der Vertragsänderung: Absenkung substantieller Schutzstandards	193
III. Das Problem des Vertrauensschutzes	195
IV. Das Problem der Meistbegünstigungsklauseln	196
V. Schiedspraxis zur Neuverhandlung	198
VI. Zwischenergebnis	199
B. Außerordentliche Kündigungsrechte in Notsituationen	199
I. Grundsätzliche Anwendbarkeit des Art. 62 WVK auf BITs	200
II. Ausnahmecharakter der Norm	203
III. Anwendbarkeit auf moderne BITs mit eigenen Notfallklauseln	204
IV. Zwischenergebnis	205
C. Rechtfertigungsgründe aus dem Recht der Staatenverantwortlichkeit	205
I. Das Recht der Staatenverantwortlichkeit und seine möglichen Auswirkungen auf investitionsrechtliche Pflichten	206
II. Ausgangssituation der Argentinienverfahren	208
III. Die Schiedssprüche	210
IV. Zwischenergebnis	215
D. Zusammenfassung: Möglichkeiten und Grenzen nachträglicher Eingriffe in BITs	216

*Inhaltsverzeichnis*

Resümee	220
Literaturverzeichnis	227
Entscheidungsverzeichnis	235