

Ruff, Darius

Research Report

Entschädigungslose Enteignungen im internationalen Investitionsschutzrecht im Interesse des Klimaschutzes? Hintergrund, Stand der Diskussion, aktuelle Entwicklungen

Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, No. 180

Provided in Cooperation with:

Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht, Institut für Wirtschaftsrecht, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

Suggested Citation: Ruff, Darius (2022) : Entschädigungslose Enteignungen im internationalen Investitionsschutzrecht im Interesse des Klimaschutzes? Hintergrund, Stand der Diskussion, aktuelle Entwicklungen, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, No. 180, ISBN 978-3-96670-144-0, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Institut für Wirtschaftsrecht, Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht, Halle (Saale), <https://doi.org/10.25673/85951>

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/299809>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.



<https://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/de/>

Darius Ruff

Entschädigungslose
Enteignungen im internationalen
Investitionsschutzrecht im
Interesse des Klimaschutzes?
Hintergrund, Stand der
Diskussion, aktuelle
Entwicklungen

Heft 180

Mai 2022

Entschädigungslose Enteignungen im internationalen Investitionsschutzrecht im Interesse des Klimaschutzes?

Hintergrund, Stand der Diskussion, aktuelle Entwicklungen

Von

Darius Ruff

Institut für Wirtschaftsrecht
Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht
Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät
der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

Dipl.-Jur. Darius Ruff ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Wirtschaftsrecht und der Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht (TELC) im Juristischen Bereich der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

Christian Tietje/Gerhard Kraft/Anne-Christin Mittwoch (Hrsg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 180

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet unter <https://www.deutsche-digitale-bibliothek.de/> abrufbar.

ISSN 1612-1368 (print)
ISSN 1868-1778 (elektr.)



ISBN 978-3-96670-143-3 (print)
ISBN 978-3-96670-144-0 (elektr.)

Schutzgebühr Euro 5

Die Hefte der Schriftenreihe „Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht“ finden sich zum Download auf der Website des Instituts bzw. der Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht unter den Adressen:

<https://institut.wirtschaftsrecht.uni-halle.de>
<https://telc.jura.uni-halle.de>

Institut für Wirtschaftsrecht
Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht
Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg
Universitätsplatz 5
D-06099 Halle (Saale)
Tel.: 0345-55-23149 / -55-23180
Fax: 0345-55-27201
E-Mail: ecohal@jura.uni-halle.de

Zusammenfassung

Auslandsinvestitionen unterliegen heutzutage vielfach dem Schutz eines internationalen Investitionsschutzabkommens. Der in diesen Abkommen regelmäßig verankerte Schutz von Investitionen vor entschädigungsloser Enteignung kann mit staatlichen Maßnahmen zum Zwecke des Klimaschutzes in Konflikt geraten, z.B. im Rahmen einer staatlichen Energiewende oder der Bepreisung von Emissionen. Dies stellt für Staaten einen möglichen Hinderungsgrund für Klimaschutz dar („regulatory chill“). Ob und inwieweit staatliche Regulierung im öffentlichen Interesse eine entschädigungspflichtige oder entschädigungslose Enteignung darstellt, wird im internationalen Investitionsschutzrecht seit langem intensiv diskutiert.

Die weit überwiegende Mehrheit der vor und um die Jahrtausendwende abgeschlossenen Investitionsschutzabkommen lässt offen, ob und unter welchen Voraussetzungen Staaten entschädigungslos regulativ tätig werden können. Dies spiegelt sich auch in der Schiedsgerichtsrechtsprechung wieder, die die Abgrenzung von entschädigungslosen regulativen Maßnahmen und entschädigungspflichtigen Enteignungen sehr unterschiedlich vornimmt und auf verschiedene Bewertungsansätze zurückgreift. Häufig ist zur Abgrenzung die Wirkung des Eingriffs in das Eigentumsrecht herangezogen worden. Weitere Ansätze sind Verhältnismäßigkeitsprüfungen und die „Police Powers“-Doktrin, die Staaten bestimmte Regulierungsrechte zugesteht.

Die Erfahrungen mit den weiten und unklaren Enteignungsklauseln in den Investitionsschutzabkommen und der daraus entstehenden, häufig inkonsistenten Schiedsgerichtspraxis führte in den letzten zwei Jahrzehnten zu umfangreichen Reformdiskussionen und -implementierungen. Die Entwicklung der letzten Jahre zeigt einen klaren Trend, dass Umweltbelange und das staatliche Regulierungsrecht (*right to regulate*) in Form verschiedener Klauseln verstärkt in Investitionsschutzabkommen verankert wurden, auch wenn diese (noch) zum Klimaschutz schweigen. Zu den neu eingeführten Regelungen gehören u.a. interpretative Klauseln, Definitionen einer indirekten Enteignung und Ausnahmenvorschriften. Daneben werden weitere Ansätze u.a. auf Grundlage der Wiener Vertragsrechtskonvention diskutiert, wie Konflikte zwischen Investoren und staatlichem Klimaschutz aufgelöst werden können. Die reformierten Investitionsschutzabkommen und die globalen Diskussionen zum Klimaschutz haben in den vergangenen Jahren auch zu einem veränderten Umgang von Schiedsgerichten mit Umweltschutz und staatlicher Umweltregulierung geführt.

In Zukunft wird eine steigende Anzahl von Schiedsstreitigkeiten auftreten, die staatliche Maßnahmen zum Klimaschutz betreffen. Schiedsgerichte werden deshalb bei der Beurteilung von indirekten Enteignungen verstärkt Klimaschutzbelange berücksichtigen, insbesondere, wenn das dem Streit zugrundeliegende Investitionsschutzabkommen an zentralen Stellen auf den Umwelt- bzw. Klimaschutz verweist. Die zügige Reform der Abkommen ist deshalb ein wichtiges Ziel, um die Entschädigungspflicht für Klimaschutzmaßnahmen für Staaten und Investoren im Einzelfall kalkulierbarer zu machen. Vor diesem Hintergrund wird die Reform der Investitionsschutzabkommen weiter voranschreiten. Schließlich werden aufgrund der Dauer dieses Reformprozesses in vielen Schiedsstreitigkeiten noch ältere Investitionsschutzabkommen eine Rolle spielen, sodass den Schiedsgerichten beim Umgang mit solchen Fällen eine große Bedeutung zukommen wird.

Abstract

Nowadays, foreign investments are often subject to the protection under an international investment protection treaty. The protection of investments against expropriation without compensation, which is typically established in these treaties, can come into conflict with state measures for the purpose of climate protection, e.g. in the context of a state energy transition or the pricing of emissions. This represents a possible obstacle to climate protection of states ("regulatory chill"). Whether and to what extent state regulation in the public interest constitutes compensable or non-compensable expropriation has long been the subject of intense debate in international investment protection law.

The vast majority of investment protection treaties concluded before and around the turn of the millennium leave open whether and under what conditions states can regulate without being obliged to pay compensation. This is also reflected in arbitral jurisprudence, which differs widely in its approach to the distinction between compensable and non-compensable regulatory measures, and uses various criteria for this purpose. One evaluation approach that has often been used is the effect of the interference with property rights. Other approaches include proportionality tests and the "police powers" doctrine, which grants states certain regulatory rights.

Experience with the broad and ambiguous expropriation clauses in investment protection treaties and the often inconsistent arbitration practice has led to extensive reform discussions and implementations over the past two decades. Developments in recent years show a clear trend that environmental concerns and the states' right to regulate are increasingly incorporated into investment protection treaties in the form of various clauses, even if these are (still) silent on climate protection. The newly introduced provisions include interpretative clauses, definitions of indirect expropriation and exemption provisions. In addition, other approaches based on the Vienna Convention on the Law of Treaties, among others, are discussed as to how conflicts between investors and state climate protection can be resolved. The reformed investment protection treaties and the global discussions on climate protection have also led to a change in the way arbitral tribunals deal with environmental protection and state environmental regulation in recent years.

In the future, there will be an increasing number of arbitration disputes involving state measures to protect the climate. Arbitral tribunals will therefore increasingly take climate protection concerns into account when assessing indirect expropriations, especially if the investment protection treaty underlying the dispute refers to environmental or climate protection at key points. The swift reform of the treaties is therefore an important goal in order to make the duty to compensate for climate protection measures more predictable for states and investors in individual cases. Against this background, the reform of investment protection treaties will continue to make progress. This trend is also reflected in the negotiations currently underway to reform the Energy Charter Treaty and the EU-China Investment Agreement. Finally, due to the duration of this reform process, older investment protection treaties will still play a role in many arbitral disputes, so that the arbitral tribunals will be of great importance in dealing with such cases.

INHALTSVERZEICHNIS

A. Einleitung	5
B. Hintergrund.....	6
I. Entschädigungslose Enteignung: Zwischen Enteignung und legitimer staatlicher Regulierung.....	7
II. Entschädigungslose Enteignung in der Praxis	9
1. Investitionsschutzabkommen	10
2. Schiedsgerichtspraxis	12
a) „Sole effects“-Test.....	13
b) „Proportionality“-Test.....	13
c) „Police Powers“-Doktrin	14
III. Fazit.....	15
C. Klimaschutz und Enteignung.....	16
I. Klimaschutzmaßnahmen und Konfliktpotenziale mit dem Enteignungsschutz.....	18
1. International	18
2. National	19
II. Klimaschutz und Umweltschutz	21
D. Klimaschutz im heutigen Investitionsschutzrecht.....	22
I. Aktuelle Investitionsschutzabkommen.....	23
1. Interpretation.....	24
2. Definitionen.....	27
3. Ausnahmen	27
4. Fazit	30
II. Aktuelle Schiedsgerichtspraxis.....	32
1. Police Powers in der aktuellen Schiedsrechtsprechung	32
2. Umweltschutz in der aktuellen Schiedsrechtsprechung.....	33
III. Weitere Lösungsansätze	38
1. Interpretation von Investitionsschutzabkommen	38
2. Staatsnotstand und „essential security interests“	40
IV. Fazit.....	42
E. Aktuelle Entwicklungen und Ausblick	43
F. Dogmatischer Exkurs.....	47
Schriftum	49

A. Einleitung*

Zwei weitreichende Gerichtsentscheidungen in Deutschland und den Niederlanden im Jahr 2021 stehen symbolisch für eine Zeitenwende.¹ Klimaschutz ist nicht mehr nur Gegenstand breiter gesellschaftlicher und politischer Diskurse, sondern wird in Zukunft immer öfter Rechtsprechungsorgane weltweit beschäftigen. Dies wird dazu führen, dass viele Staaten und Unternehmen nicht nur politischen und gesellschaftlichen Druck verspüren, sondern auch rechtlich noch stärker in die Pflicht genommen werden, im Interesse des Klimaschutzes tätig zu werden.

Der Klimaschutz durch Staaten wird auch ausländische Investitionen immer stärker betreffen und ist dabei Chance und Risiko zugleich. So bietet die Förderung von ausländischen Investitionen einerseits die Chance, wirtschaftliche Aktivitäten durch den Einsatz von klimafreundlichen Technologien zügig zu transformieren. Auf der anderen Seite besteht das Risiko, dass bestehende und zukünftige ausländische Investitionen mit staatlichen Klimaschutzmaßnahmen in Konflikt geraten, z.B. wenn ihre wirtschaftliche Tätigkeit reguliert und untersagt wird. Ein Großteil ausländischer Investitionen fällt heutzutage unter eines von zahlreichen internationalen Investitionsschutzabkommen, die Investoren in einem ausländischen Gaststaat gewisse Behandlungsstandards garantieren und ihn vor (politischen) Risiken schützen. Die meisten Abkommen schützen Investoren auch vor entschädigungsloser Enteignung durch den Gaststaat. Ergreift ein Staat Maßnahmen zum Klimaschutz, besteht für ihn das Risiko, dass diese von einem Investor als Enteignung angegriffen werden und er in der Folge entschädigungspflichtig wird. Dies stellt für den Staat einen möglichen Hinderungsgrund für Klimaschutz dar. Ob und inwieweit staatliche Regulierung im öffentlichen Interesse unter Investitionsschutzabkommen eine entschädigungspflichtige oder entschädigungslose Enteignung darstellt, ist ein seit langem intensiv diskutiertes Themenfeld im internationalen Investitionsschutzrecht. Im Kern geht es um das Dilemma, dass Investoren für ihre Investitionen auf ein sicheres Regelungsumfeld angewiesen sind und für Staaten ein Zielkonflikt zwischen einerseits der Förderung und dem Schutz von Investitionen und andererseits ihrer Flexibilität besteht, das Investitionsumfeld nachträglich durch bestimmte Regelungen zu verändern. Entschädigungslose Enteignungen wurden in den letzten Jahren häufig in Bezug auf Umweltschutz diskutiert – in Anbetracht der sich verschärfenden Herausforderungen im globalen Klimaschutz stellt sich jedoch besonders dringlich die Frage nach *entschädigungslosen Enteignungen im internationalen Investitionsschutzrecht im Interesse des Klimaschutzes*. Dazu wird in dieser Arbeit auf den *Hintergrund*, den *Stand der Diskussion* und *aktuelle Entwicklungen* dieser Frage eingegangen.

* Grundlage dieses Beitrags ist eine wissenschaftliche Themenarbeit, die der Autor im Jahr 2021 verfasste. Für diese Veröffentlichung wurde der Text an relevanten Stellen aktualisiert, dem Beitragsformat angepasst und um den Abschnitt „Dogmatischer Exkurs“ ergänzt.

¹ Vgl. BVerfG, NJW 2021, 1723 (1723ff.); Rechtbank Den Haag, Urteil vom 26.05.2021, Rs. C/09/571932 / HA ZA 19-379, ECLI:NL:RBDHA:2021:5339.

Hierzu werden in einem ersten Schritt zunächst die Hintergründe der aktuellen Diskussionen über entschädigungslose Enteignungen im internationalen Investitionsschutzrecht nachgezeichnet und erläutert (B.). In einem zweiten Schritt wird die Wechselbeziehung zwischen Klimaschutz, Investitionen und Enteignungen sowie die sich daraus ergebenden Folgen für die Fragestellung erörtert (C.). Schließlich werden der gegenwärtige Stand der Diskussion zu entschädigungslosen Enteignungen im Interesse des Klimaschutzes und aktuelle Entwicklungen dargestellt und bewertet (D. und E.).

B. Hintergrund

Der Schutz von ausländischem Eigentum vor entschädigungsloser Enteignung wird im heutigen internationalen Investitionsschutzrecht durch eine Vielzahl von internationalen Investitionsschutzabkommen (*International Investment Agreement*, IIA) gewährleistet, die ab den 1960er Jahren die Ära des modernen Investitionsschutzes einleiteten.² Bis heute sind weltweit rund 2.900 bilaterale Investitionsschutzabkommen (*Bilateral Investment Treaty*, BIT) und über 400 Abkommen mit Investitionsschutzkapiteln abgeschlossen worden.³ Des Weiteren sind Investitionsschutzkapitel in regionalen Freihandelsabkommen (z.B. NAFTA, CETA, USMCA)⁴ und sektorbezogene Verträge wie der *Energy Charter Treaty* (ECT)⁵ von 1994 zu nennen. Diese prägen heute das internationale Investitionsschutzrecht und stellen, neben dem Völkerrecht und nationalen Regeln zu Investitionen, seine vorrangigen Rechtsquellen dar.⁶

² Zur Geschichte des modernen Investitionsschutzrechts s. *Dolzer/Schreuer*, Investment Law, 1ff.; *Kläger*, Beiträge zum Europa- und Völkerrecht 6 (2011), erhältlich im Internet: <<http://dx.doi.org/10.25673/68995>> (besucht am 20. März 2022), 5ff.; UNCTAD, World Investment Report 2015, erhältlich im Internet: <https://unctad.org/system/files/official-document/wir2015_en.pdf> (besucht am 20. März 2022), 121ff.; Der erste BIT war der Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Pakistan zur Förderung und zum Schutz von Kapitalanlagen, BGBl. 1961 II, 793 (794f.), der 1962 in Kraft trat.

³ Von diesen ca. 3.300 Investitionsschutzabkommen sind aktuell rund 2.650 in Kraft, vgl. UNCTAD, World Investment Report 2021, erhältlich im Internet: <https://unctad.org/system/files/official-document/wir2021_en.pdf> (besucht am 20. März 2022), 122f.

⁴ North American Free Trade Agreement, 17. Dezember 1992, United States of America, Mexiko und Kanada, ILM 32 (1993), 612 (639ff.); Umfassendes Wirtschafts- und Handelsabkommen (CETA) zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits, 30. Oktober 2016, Kanada und die Europäische Union, ABl. EU L 11 vom 14. Januar 2017, 23 (57ff.); United States-Mexico-Canada Agreement, 30. November 2018, United States of America, Mexiko und Kanada, Kapitel 14.

⁵ The Energy Charter Treaty vom 17.12.1994, ILM 34 (1995), 373 (381).

⁶ *Dolzer/Schreuer*, Investment Law, 12f.; *Krajewski*, Völkerrecht, § 13 Rn. 69ff.

I. Entschädigungslose Enteignung: Zwischen Enteignung und legitimer staatlicher Regulierung

Der Schutz vor entschädigungslosen Enteignungen und enteignungsgleichen Maßnahmen findet sich heute in fast allen Investitionsschutzabkommen wieder.⁷ Die Enteignungsklauseln sind i.d.R. ähnlich formuliert und sehen wie z.B. Art. 1110 Abs. 1 NAFTA vor:

„No Party may **directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation** of such an investment (“expropriation”), **except: (a) for a public purpose; (b) on a non-discriminatory basis; (c) in accordance with due process of law [...]; and (d) on payment of compensation**“⁸ (Hervorh. d. Verf.)

Der Wortlaut zeigt, dass Investoren nicht prinzipiell vor Enteignungen durch den Gaststaat geschützt sind, sondern dass diese unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sind.⁹ Neben der Frage, welche Investitionen vom Schutzbereich des jeweiligen Abkommens umfasst sind,¹⁰ wird regelmäßig zwischen „Enteignungen“ bzw. „Verstaatlichungen“ sowie „Maßnahmen gleicher Wirkung“ unterschieden, wobei erstere auch als direkte und letztere als indirekte Enteignungen bezeichnet werden.¹¹ Bei direkten Enteignungen handelt es sich um einen offenen und formalen Entzug der Eigentumsposition des Investors, z.B. bei der staatlichen Übernahme ganzer Industriezweige.¹² Heutzutage spielen direkte Enteignungen kaum noch eine Rolle, die Gel-

⁷ Von 2.575 systematisch erfassten Investitionsschutzabkommen enthalten nur acht keine Enteignungsklausel, vgl. UNCTAD, International Investment Agreements Navigator, erhältlich im Internet: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>> (besucht am 20. März 2022); Cox, Expropriation, Rn. 4.02f.; Krajewski, Völkerrecht, § 13 Rn. 75ff.; UNCTAD, Expropriation: A sequel, 2012, erhältlich im Internet: <https://unctad.org/system/files/official-document/unctaddiaeia2011d7_en.pdf> (besucht am 20. März 2022), 8.

⁸ Art. 1110 Abs. 1, North American Free Trade Agreement (Fn. 4); zu verschiedenen Formulierungen der Enteignungsklauseln: Nikiema, Best Practices Indirect Expropriation, International Institute for Sustainable Development, März 2012, 5f.; UNCTAD, Expropriation: A sequel, 2012, 10.

⁹ Vgl. auch Dolzer/Schreuer, Investment Law, 98; Krajewski, Völkerrecht, § 13 Rn. 76; Reinisch/Schreuer, Protection of Investments, § 1 Rn. 2.

¹⁰ Zu einem „grünen“ Investitionsbegriff: Boute, Fordham International Law Journal 35 (Nr. 3, 2012), 613 (625ff.); Henin et al., Journal of International Arbitration 36 (Nr. 1, 2019), 37 (46ff.).

¹¹ Die Bezeichnung unterscheidet sich im Detail je nach BIT und Definition, vgl. dazu nur Cox, Expropriation, Rn. 4.02f.; McLachlan et al., Investment Arbitration, Rn. 8.67; Reinisch/Schreuer, Protection of Investments, § 1 Rn. 59ff., 144f.

¹² Krajewski, Völkerrecht, § 13 Rn. 76; Reinisch/Schreuer, Protection of Investments, § 1 Rn. 156; Reinisch, in: Tietje/Nowrot (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, § 9 Rn. 60; UNCTAD, Expropriation: A sequel, 2012, 6.

tendmachung von indirekten Enteignungen dominiert die Schiedsgerichtsverfahren.¹³ Bei indirekten (auch *de-facto* oder schleichende) Enteignungen bleibt die formale Eigentumsposition zwar unangetastet, die wirtschaftliche Nutzung, Ausübung oder Kontrolle des Eigentumsrechts wird jedoch eingeschränkt.¹⁴ In beiden Fällen wird der Staat gegenüber dem Investor entschädigungspflichtig, sobald der Eingriff in das Eigentum eines ausländischen Investors die Schwelle einer Enteignung überschreitet.¹⁵

Die Enteignungsvorschriften in IIAs schließen ihrem Wortlaut nach auch regulative staatliche Maßnahmen ein, die z.B. im öffentlichen Interesse zum Schutz von Gesundheit, Umwelt oder Klima ergriffen werden, so dass ein Staat für solche entschädigungspflichtig werden könnte.¹⁶ Auch wenn regulatorische Maßnahmen im Einzelfall signifikante wirtschaftliche Auswirkungen auf Investitionen haben können, stellt sich die Frage, ob solche Maßnahmen von Staaten im öffentlichen Interesse stets eine Entschädigungspflicht des Staates auslösen oder unter bestimmten Umständen vom Investor entschädigungslos hingenommen werden müssen. So besitzen Staaten völkerrechtlich im Rahmen ihrer souveränen Regelungsfreiheit (sog. *right to regulate*) bzw. „Polizeigewalt“ (*police powers*) das Recht, (gutgläubig) regulative Maßnahmen im öffentlichen Interesse zu ergreifen, ohne dafür entschädigungspflichtig zu sein.¹⁷ Über die Existenz eines staatlichen *right-to-regulate* herrscht weitestgehend Einigkeit, vielmehr ist die Frage nach der Abgrenzung problematisch, also ab wann regulative Maßnahmen eine entschädigungspflichtige regulative Enteignung (*regulatory taking*) darstellen bzw. unter welchen Voraussetzungen diese als legitime regulative Maßnahmen entschädigungslos bleiben (*regulatory measures*).¹⁸ Die genaue dogmatische Einordnung von legitimer staatlicher Regulierung ist bis heute nicht abschließend geklärt

¹³ *Salacuse*, Law of Investment Treaties, 325; *Reinisch*, in: Tietje/Nowrot (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, § 9 Rn. 76; UNCTAD, Expropriation: A sequel, 2012, 7.

¹⁴ *Dolzer/Schreuer*, Investment Law, 101; *OECD*, „Indirect Expropriation“ and the „Right to Regulate“ in International Investment Law, erhältlich im Internet: <https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_4.pdf> (besucht am 20. März 2022), 3f.; *Reinisch*, in: Tietje/Nowrot (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, § 9 Rn. 76.

¹⁵ Der Entschädigungsumfang hängt dabei insb. von der Rechtmäßigkeit der Enteignung und den eingesetzten Berechnungsmethoden ab. Bei rechtswidrigen Enteignungen ist zusätzlich zum investierten Kapital (*damnum emergens*) auch der entgangene Gewinn (*lucrum cessans*) zu ersetzen und teilweise auch von Reparationen die Rede. Siehe dazu *Reinisch*, in: Tietje/Nowrot (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, § 9 Rn. 73ff. m.w.N.; UNCTAD, Expropriation: A sequel, 2012, 40, 111ff.

¹⁶ *Pope & Talbot v. Government of Canada*, NAFTA Interim Award vom 26.06.2000, Rn. 99; *Reinisch/Schreuer*, Protection of Investments, § 1 Rn. 389; vgl. auch *McLachlan et al.*, Investment Arbitration, Rn. 8.139.

¹⁷ *Brownlie*, Public International Law, 532; *Dolzer/Schreuer*, Investment Law, 120; *Mouyal*, Right to Regulate, 31f.; *Titi*, Right to Regulate in International Investment Law, 32 m.w.N.; UNCTAD, Expropriation: A sequel, 2012, 78ff., 85f.; im Detail: *Rajput*, Regulatory Freedom, 19ff., der die Begriffe „right to regulate“ und „Police Powers“ als Synonyme verwendet.

¹⁸ *Mouyal*, Right to Regulate, 177f.; *Rajput*, Regulatory Freedom, 27f.; *Reinisch/Schreuer*, Protection of Investments, § 1 Rn. 389ff.; *Salacuse*, Law of Investment Treaties, 326.

und es koexistieren verschiedene Einordnungen.¹⁹ Je nach Einordnung kann daher von entschädigungslosen regulativen *Maßnahmen* oder entschädigungslosen regulativen *Enteignungen* gesprochen werden.

II. Entschädigungslose Enteignung in der Praxis

Die Frage, wie der Schutz von Investoren vor indirekten Enteignungen sichergestellt werden kann, ohne gleichzeitig die Regelungsfreiheit von Staaten zu beeinträchtigen, wurde besonders ab dem Ende der 1990er Jahre virulent. Diese waren durch den Abschluss einer Vielzahl von Investitionsschutzabkommen und einer Zunahme von Investor-Staat-Streitbeilegungsverfahren vor internationalen Schiedsgerichten gekennzeichnet.²⁰ Die Zunahme von Schiedsverfahren wurde dadurch beflügelt, dass die IIAs der „dritten Generation“ (ab ca. 1990) ggü. denen der ersten und zweiten mit umfassenden Investor-Staat-Schiedsklauseln und einem verstärkten Investorenschutz ausgestattet waren.²¹ Diese Schiedsklagen, häufig auf Grundlage des Enteignungsschutzes, betrafen auch regulative Maßnahmen im Interesse des Umwelt- und Gesundheitsschutzes.²² Während in der Frühphase des modernen Investitionsschutzrechts vor allem wirtschaftlich schwache Länder das Ziel von Investitionen aus industrialisierten Ländern waren, die ihre Unternehmen bei ihren Auslandsaktivitäten bestmöglich schützen wollten, wurden im Laufe der Zeit auch entwickelte Staaten häufiger in Investitionsschutzverfahren verklagt.²³ Diese Entwicklungen wurden von Staaten, aber auch von anderen politischen Akteuren, als problematische Beeinträchtigung

¹⁹ Teilweise werden regulative Maßnahmen von vornherein vom Anwendungsbereich der Enteignungsklauseln ausgenommen: so wohl *Viñuales*, *Foreign Investment and the Environment*, 306f.; für andere handelt es sich um eine Ausnahme von der Entschädigungspflicht: *Brownlie*, *Public International Law*, 536; *Rajput*, *Regulatory Freedom*, 23 m.w.N.; es handelt sich wohl um eine rein akademische Frage, so jedenfalls *Mostafa*, *Australian International Law Journal* 15 (Nr. 1, 2008), 267 (272f.); *Zamir*, *Manchester Journal of International Economic Law* 14 (Nr. 3, 2017), 318 (318), Fn. 1.

²⁰ *Dolzer/Schreuer*, *Investment Law*, 11; *Nowrot*, *Journal of World Investment & Trade*, 15 (Nr. 3-4, 2014), 612 (620ff.); *UNCTAD*, *World Investment Report 2015*, 121, 123f.; dazu auch *Tietje*, *Internationales Investitionsschutzrecht im Spannungsverhältnis von staatlicher Regelungsfreiheit und Schutz wirtschaftlicher Individualinteressen*, *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* 93 (2010), erhältlich im Internet: <<http://dx.doi.org/10.25673/76585>> (besucht am 20. März 2022), 8.

²¹ *Tietje*, *ibid.*, 8; *UNCTAD*, *World Investment Report 2015*, 121ff.; *Nowrot*, *Journal of World Investment & Trade* 15 (Nr. 3-4, 2014), 612 (620, 624) fasst die „erste“ und „zweite“ Generation zusammen und spricht daher mit Blick auf die um die Jahrtausendwende geschlossenen BITs von der „zweiten Generation“.

²² *Mouyal*, *Right to Regulate*, 69ff.; *Soloway*, *Canadian Business Law Journal* 33 (Nr. 1, 2000), 92 (95f.); *Viñuales*, *Foreign Investment and the Environment*, 17f., 23.

²³ *Geiger*, in: *Alvarez/Sauvant* (Hrsg.), *The Evolving International Investment Regime*, 153 (155); *Newcombe*, *The Journal of World Investment & Trade* 8 (2007), 357 (362ff.); dazu allgemein *Tietje*, *Right to Regulate in International Investment Law*, 20f.

der staatlichen Souveränität empfunden.²⁴ Betroffene Staaten beriefen sich im Regelfall darauf, dass legitime regulative Maßnahmen keine entschädigungspflichtige (indirekte) Enteignung darstellten, waren damit aber nur teilweise erfolgreich. Deshalb wurde in diesem Zusammenhang auch immer wieder die Gefahr eines sog. *regulatory chill* vorgebracht, d.h. dass Staaten aus Sorge vor langwierigen Schiedsverfahren und möglichen Entschädigungspflichten staatliche Regulierung meiden würden.²⁵

In dieser Phase ab den 1990er bis Mitte der 2000er Jahre sind die bestehenden Kontroversen um regulative bzw. entschädigungslose Enteignungen zu verorten.²⁶ In diesem zeitlichen Kontext wird der Hintergrund der aktuellen Debatten um entschädigungslose Enteignungen anhand der frühen Entwicklungen in Investitionsschutzabkommen (1.) und Schiedsgerichtspraxis (2.) dargestellt.

1. Investitionsschutzabkommen

Erste Anstrengungen, die Entschädigungslosigkeit von regulatorischen Maßnahmen des Gaststaates rechtlich zu verankern, finden sich insb. auf multilateraler Ebene mit der *OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property* von 1967²⁷ oder den Verhandlungen zum *OECD Multilateral Agreement on Investment* (MAI) ab 1995, die 1998 scheiterten.²⁸ So enthielt der MAI-Entwurf u.a. einen interpretatorischen Hinweis, dass staatliche Regulierung unter gewissen Voraussetzungen entschädigungs-

²⁴ *Firger/Gerrard*, in: Sauvart (Hrsg.), *Yearbook on International Investment Law & Policy* 2010-11, 25; *Mouyal*, *Right to Regulate*, 69; *Reinisch*, in: Tietje/Nowrot (Hrsg.), *Internationales Wirtschaftsrecht*, § 9 Rn. 81, § 21 Rn. 3; *Soloway*, *Canadian Business Law Journal* 33 (Nr. 1, 2000), 92 (95, 97f.); vgl. auch *Geiger*, in: Alvarez/Sauvant (Hrsg.), *The Evolving International Investment Regime*, 153 (155).

²⁵ Dazu *Miles*, *Origins of Investment Law*, 181f.; *Mouyal*, *Right to Regulate*, 67f.

²⁶ Der Zeitraum zwischen 1990-2007 ist die "Era of Proliferation", so UNCTAD, *World Investment Report* 2015, 121, 123f.; zu den Diskussionen vgl. nur: *Cox*, *Expropriation*, Rn. 7.01ff.; umfassend: *Mouyal*, *Right to Regulate*; *Titi*, *Right to Regulate in International Investment Law*.

²⁷ Diese erkannte das staatliche Regulierungsrecht ausdrücklich an, trat aber nie in Kraft, vgl. *Notes and Comments to Article 3, OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property* vom 12.10.1967, C(67)102, erhältlich im Internet: <<https://www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/39286571.pdf>> (besucht am 20. März 2022), 18: "Article 3 acknowledges, by implication, the sovereign right of a State, under international law, to deprive owners, including aliens, of property which is within its territory in the pursuit of its political, social or economic ends. To deny such a right would be attempt to interfere with its powers to regulate [...] its political and social existence."; dazu *Mouyal*, *Right to Regulate*, 74.

²⁸ *Mouyal*, *Right to Regulate*, 74; im Detail: *Geiger*, in: Alvarez/Sauvant (Hrsg.), *The Evolving International Investment Regime*, 153 (157ff.); UNCTAD, *Lessons from the MAI, UNCTAD/ITE/IIT/MISC.22* (1999), erhältlich im Internet: <<https://unctad.org/system/files/official-document/psiteiitm22.en.pdf>> (besucht am 20. März 2022).

los sei.²⁹ Weiterhin befassten sich auch Wissenschaft und nationale Gesetze mit dem Verhältnis von indirekten Enteignungen und legitimer staatlicher Regulierung. Hierzu gehört einerseits die sog. *Harvard Draft Convention* von 1961,³⁰ die entschädigungslose Enteignungen für regulative Maßnahmen im öffentlichen Interesse ausdrücklich anerkannte und andererseits der häufig vorgebrachte US-amerikanische § 712 (g) *Restatement of the Law (Third) of the Foreign Relations of the United States* von 1986.³¹ Beide Instrumente waren zwar auf transnationaler Ebene nie verbindlich, beeinflussten jedoch die (akademische) Diskussion und Schiedsgerichtsrechtsprechung erheblich.³² Diesen verschiedenen Rechtstexten lässt sich entnehmen, dass regulative Maßnahmen als nicht enteignend angesehen werden, wenn sie gutgläubig zu einem öffentlichen Zweck und weder diskriminierend noch missbräuchlich erfolgen.

Ungeachtet dieser wiederholten Versuche, das *right-to-regulate* und regulative Enteignungen zu kodifizieren, enthalten die bis Mitte der 2000er Jahre geschlossenen IIAs i.d.R. nur kurze und allgemein formulierte Enteignungsklauseln und adressieren nicht die Frage, wie entschädigungspflichtige und entschädigungslose regulative Maßnahmen voneinander abgegrenzt werden können.³³ Ebenso wenige kodifizieren das staatliche *right-to-regulate*.³⁴ Erst ab Mitte der 2000er Jahre kamen vermehrt BITs auf, die indirekte Enteignungen und dafür heranzuziehende Kriterien definierten und

²⁹ Art. 3, Annex 3, OECD Multilateral Agreement on Investment, Konsolidierter Entwurfstext vom 22.04.1998, DAF/MAI(98)7/REV1, erhältlich im Internet: <<https://www.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf>> (besucht am 20. März 2022), 143: „A Contracting Party may adopt, maintain or enforce any measure that it considers appropriate to ensure that investment activity is undertaken in a manner sensitive to health, safety or environmental concerns, provided such measures are consistent with this agreement.“; Interpretative Note zu Artikel 5, *ibid.*, 143: „The reference [...] to expropriation or nationalisation and ‘measures tantamount to expropriation or nationalisation’ [...] does not establish a new requirement that Parties pay compensation for losses which an investor or investment may incur through regulation, revenue raising and other normal activity in the public interest undertaken by governments.“

³⁰ *Sohn/Baxter*, *American Journal of International Law* 55 (Nr. 3, 1961), 548 (554): „An uncompensated taking of a property of an alien or a deprivation of the use or enjoyment of property of an alien which results from the execution of tax laws; from a general change in the value of currency; from the action of the competent authorities of the State in the maintenance of public order, health, or morality; or from the valid exercise of belligerent rights or otherwise incidental to the normal operation of the laws of the State shall not be considered wrongful, provided [...]“, dazu *Cox*, *Expropriation*, Rn. 7.03.

³¹ „A state is not responsible for loss of property of for other economic disadvantage resulting from bona fide general taxation, regulation, forfeiture for crime, or other actions of the kind that is commonly accepted as within the police powers of states, if it is not discriminatory [...] and is not designed to cause the alien to abandon his property to the state or sell it at a distress price.“, zitiert nach *Cox*, *Expropriation*, Rn. 7.04.

³² Vgl. nur *Dolzer/Schreuer*, *Investment Law*, 103; *McLachlan et al.*, *Investment Arbitration*, Rn. 8.60; *Pope & Talbot v. Government of Canada*, NAFTA Interim Award vom 26.06.2000, Rn. 99-102; *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, PCA Case No. 2001-04, Partial Award vom 17.03.2006, Rn. 256, 260.

³³ *Kriebaum*, *Journal of World Investment & Trade* 8 (Nr. 5, 2007), 717 (722); *Mouyal*, *Right to Regulate*, 169; *OECD*, „Indirect Expropriation“ and the „Right to Regulate“ in *International Investment Law*, 6; *Salacuse*, *Law of Investment Treaties*, 335.

³⁴ *Mouyal*, *Right to Regulate*, 169; *Rajput*, *Regulatory Freedom*, 55.

eine Ausnahme für regulative staatliche Maßnahmen enthielten.³⁵ Solche Vorreiter waren z.B. der *US Model BIT 2004* sowie der *Canada Model BIT 2004*. Dies blieb zunächst jedoch ein Randphänomen: laut einer Untersuchung der *United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD) enthielten von den zwischen 1959-2010 geschlossenen BITs nur 5 % eine Klarstellung bzgl. indirekter Enteignungen und 7 % eine Ausnahme für Regulierung im öffentlichen Interesse.³⁶

Mithin adressiert die weit überwiegende Mehrheit der in der Vergangenheit abgeschlossenen IIAs nicht die Frage von entschädigungslosen Enteignungen, sondern lässt offen, ob und unter welchen Voraussetzungen Staaten entschädigungslos regulativ tätig werden können. Auch entsprechende multilaterale Anstrengungen blieben erfolglos. Wie sich diese Regelungssituation auf die Schiedsgerichtspraxis auswirkte, wird nachfolgend betrachtet.

2. Schiedsgerichtspraxis

In der Vergangenheit gab es einige Fälle, in denen sich Schiedsgerichte mit regulativen Maßnahmen im Interesse des Umweltschutzes – nicht Klimaschutz – auseinandersetzen mussten und dabei durchaus das inhärente Recht von Staaten anerkannten, im öffentlichen Interesse regulatorisch tätig zu werden.³⁷ Welcher Schluss daraus für die Entschädigungspflicht von Staaten gezogen wurde bzw. anhand welcher Kriterien die Abgrenzung von legitimen regulativen Maßnahmen eines Gaststaats und entschädigungspflichtigen indirekten Enteignungen erfolgte, war teilweise sehr unterschiedlich.³⁸ Da die Investitionsschutzabkommen zu Beginn keine genauen Vorschriften zu indirekten Enteignungen und entschädigungsloser Regulierung enthielten, war es den

³⁵ *Titi*, Right to Regulate in International Investment Law, 58f.; UNCTAD, World Investment Report 2015, 124; UNCTAD, World Investment Report 2010, erhältlich im Internet: <https://unctad.org/system/files/official-document/wir2010_en.pdf> (besucht am 20. März 2022), 85ff.

³⁶ UNCTAD, World Investment Report 2017, erhältlich im Internet <https://unctad.org/system/files/official-document/wir2017_en.pdf> (besucht am 20. März 2022), 122.

³⁷ *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, NAFTA Partial Award vom 13.11.2000, Rn. 281: “The general body of precedent usually does not treat regulatory action as amounting to expropriation.”; *Técnicas Medioambientales Tecmed v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award vom 29.05.2003, Rn. 119: “The principle that the State’s exercise of its sovereign powers within the framework of its police power may cause economic damage to those subject to its powers as administrator without entitling them to any compensation whatsoever is undisputable.”; *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, PCA Case No. 2001-04, Partial Award vom 17.03.2006, Rn. 255: “It is now established in international law that States are not liable to pay compensation to a foreign investor when, in the normal exercise of their regulatory powers, they adopt in a non-discriminatory manner bona fide regulations that are aimed at the general welfare.”; Auflistung mit umweltbezogenen Fällen seit 1972 s. *Viñuales*, in: Miles (Hrsg.), Research Handbook on Environment and Investment Law, 12 (21ff.); *Viñuales*, Foreign Investment and the Environment, 305f.; *Miles*, Origins of Investment Law, 154ff.

³⁸ *Miles*, Origins of Investment Law, 156; *Viñuales*, Foreign Investment and the Environment, 305f.

Schiedsgerichten überlassen, geeignete Kriterien zu ihrer Abgrenzung zu definieren.³⁹ Auch wenn den einzelnen Schiedssprüchen jeweils unterschiedliche staatliche Handlungen und Enteignungsklauseln zugrunde lagen, lassen sich gleichwohl in ihrer zeitlichen Genese drei Hauptlinien identifizieren:

a) „Sole effects“-Test

Eine Vielzahl von Schiedsgerichten zog für die Abgrenzung zwischen entschädigungspflichtiger Enteignung und entschädigungsloser Regulierung ausschließlich die Wirkung (= Effekt) einer staatlichen Maßnahme auf das Investment heran.⁴⁰ Entscheidend waren somit die Schwere und Dauer der Eigentumsbeeinträchtigung, unabhängig vom (legitimen) Zweck, den der Gaststaat mit der Maßnahme verfolgte.⁴¹ So untersuchte z.B. das Schiedsgericht in *Metalclad* den wirtschaftlichen Effekt der staatlichen Maßnahme auf die Nutzung des Investments bzw. auf den vernünftigerweise zu erwartenden wirtschaftlichen Nutzen des Eigentums und hielt die Motivation des Staats für unerheblich.⁴² Die Entscheidung *Santa Elena v. Costa Rica* betraf zwar eine direkte Enteignung, aber mit Blick auf staatliche Umweltmaßnahmen stellte das Schiedsgericht fest, dass diese den Staat nicht von seiner Entschädigungspflicht befreien:

*„Expropriatory environmental measures—no matter how laudable and beneficial to society as a whole—are, in this respect, similar to any other expropriatory measures that a state may take in order to implement its policies: where property is expropriated, even for environmental purposes, whether domestic or international, the state’s obligation to pay compensation remains.“*⁴³

b) „Proportionality“-Test

Es folgten Entscheidungen, die ein Verhältnismäßigkeitserfordernis implementierten und prüften, ob die Auswirkungen der Maßnahme auf die Investition in Hinblick auf die mit der regulativen Maßnahme verfolgten öffentlichen Interessen verhältnismäßig sind. Allen voran ist die Entscheidung in *Tecmed v. Mexico* zu nennen, in der

³⁹ Cox, Expropriation, Rn. 7.47; Dolzer/Schreuer, Investment Law, 101f.; Reinisch/Schreuer, Protection of Investments, § 1 Rn. 454ff.

⁴⁰ Kriebaum, Journal of World Investment & Trade 8 (Nr. 5, 2007), 717 (724) m.w.N.; Martini, International Lawyer 50 (Nr. 3, 2017), 529 (547f.); Mouyal, Right to Regulate, 187ff.; Rajput, Regulatory Freedom, 59ff.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award vom 30.08.2000, Rn. 103: „Thus, expropriation under NAFTA includes [...] covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State.“; *ibid.*, Rn. 111: “The Tribunal need not decide or consider the motivation or intent of the adoption of the Ecological Decree.”

⁴³ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award vom 17.02.2000, Rn. 72; dazu Reinisch/Schreuer, Protection of Investments, § 1 Rn. 458.

das Schiedsgericht den enteignenden Charakter der streitgegenständlichen Maßnahme zwar primär anhand ihres Effekts auf das Investment bestimmte und ausführte, dass der von der Regierung verfolgte Zweck dahinter eine geringere Rolle spiele.⁴⁴ In einem zweiten Schritt prüfte es aber, ob die Auswirkungen der staatlichen Handlung auf das Investment mit Blick auf die verfolgten öffentlichen Interessen (u.a. Umweltschutz) verhältnismäßig waren und stellte klar:

*“There must be a reasonable relationship of proportionality between the charge or weight imposed to the foreign investor and the aim sought to be realized by any expropriatory measure.”*⁴⁵

Auf dieses Verhältnismäßigkeitserfordernis wurde auch in den Entscheidungen *Azurix v. Argentinien* und *Fireman’s Fund v. Mexiko* im Jahr 2006 als Teil der Argumentation Bezug genommen.⁴⁶

c) „Police Powers“-Doktrin

Ein Wendepunkt waren Schiedsgerichte, die anhand einer Reihe expliziter Voraussetzungen die staatliche Maßnahme dahingehend überprüften, ob es sich um eine legitime Ausübung der staatlichen *Police Powers* handelte.⁴⁷ Die häufig zitierte Leitentscheidung hierfür ist *Methanex v. USA* aus dem Jahr 2005. Auslöser dieses Streits war ein Verbot eines Kraftstoff-Additivs durch Kalifornien aus Gründen des Gesundheits- und Umweltschutzes.⁴⁸ Das Schiedsgericht prüfte, ob eine enteignungsgleiche Maßnahme vorlag und stellte fest:

⁴⁴ *Técnicas Medioambientales Tecmed v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award vom 29.05.2003, Rn. 116: *“The government’s intention is less important than the effects of the measures on the owner of the assets or on the benefits arising from such assets affected by the measures;”*; dazu *Cox*, Expropriation, Rn. 7.109ff.; *Martini*, International Lawyer 50 (Nr. 3, 2017), 529 (548f.).

⁴⁵ *Técnicas Medioambientales Tecmed v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award vom 29.05.2003, Rn. 122. Im Ergebnis befand das Schiedsgericht, dass etwaige umwelt- oder gesundheitsbezogene Auswirkungen des Investments nicht der entscheidende Grund für die Nichterneuerung der Genehmigung war, vgl. auch *Viñuales*, Foreign Investment and the Environment, 300f.

⁴⁶ *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award vom 14.07.2006, Rn. 310ff.; *Fireman’s Fund Insurance Company v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/02/1, Award vom 17.07.2006, Rn. 176: *“(j) To distinguish between a compensable expropriation and a non-compensable regulation by a host State, the following factors [...] may be taken into account: whether the measure is within the recognized police powers of the host State; the (public) purpose and effect of the measure; whether the measure is discriminatory; the proportionality between the means employed and the aim sought to be realized; and the bona fide nature of the measure.”*

⁴⁷ *Kriebaum*, Journal of World Investment & Trade 8 (Nr. 5, 2007), 717 (725f.); *Brown/Cucinotta*, in: Miles (Hrsg.), Environment and Investment Law, 175 (197ff.); *Reinisch/Schreuer*, Protection of Investments, § 1 Rn. 470ff.

⁴⁸ *Methanex Corporation v. United States of America*, NAFTA Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits vom 03.08.2005, Part I, Preface, Rn. 1; Part II, Chapter D, Rn. 8f.

„But as a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable unless specific commitments had been given by the regulating government to the then putative foreign investor contemplating investment that the government would refrain from such regulation.“⁴⁹

Dieser Argumentation folgten weitere Schiedsgerichte, so z.B. in *Saluka v. Tschechien* im Jahr 2006, welches entschied, dass die staatliche Maßnahme trotz der starken Auswirkungen auf das Investment als legitime staatliche Regulierung nicht enteignend war.⁵⁰ Ungeachtet der Zustimmung für den *Methanex*-Ansatz wurde in dieser Entscheidung betont, dass noch nicht endgültig entschieden sei, welche Regulierungen als „zulässig“ gelten.⁵¹ Daher müsse noch eine „klare und einfach unterscheidbare Linie“ zwischen entschädigungslosen Regulierungen einerseits und entschädigungspflichtigen Enteignungen andererseits definiert werden.⁵² Beide Entscheidungen grenzen entschädigungslose Regulierung von indirekten Enteignungen anhand der klassischen Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit einer Enteignung ab und dies (mit Blick auf *Saluka* wohl weitestgehend) unabhängig von ihren wirtschaftlichen Folgen.⁵³

III. Fazit

Die sich um die Jahrtausendwende entwickelnde Schiedsgerichtsrechtsprechung zeigt, dass die Frage nach der Abgrenzung von entschädigungslosen regulativen Maßnahmen und entschädigungspflichtigen Enteignungen sehr unterschiedlich beantwortet wurde. Hierfür wurden verschiedene Kriterien herangezogen, die in eine auf den Einzelfall bezogene Entscheidungsmatrix eingebettet wurden.⁵⁴ Grundsätzlich lässt

⁴⁹ *Methanex Corporation v. United States of America*, NAFTA Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits vom 03.08.2005, Part IV, Chapter D, Rn. 7.

⁵⁰ *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, PCA Case No. 2001-04, Partial Award vom 17.03.2006, Rn. 276: *“In summary, the Tribunal finds [...] that [...] the Czech Republic adopted a measure which was valid and permissible as within its regulatory powers, notwithstanding that the measure had the effect of eviscerating Saluka’s investment in IPB.”*; dazu *Reinisch/Schreuer*, Protection of Investments, § 1 Rn. 476.

⁵¹ *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, PCA Case No. 2001-04, Partial Award vom 17.03.2006, Rn. 263: *“That being said, international law has yet to identify in a comprehensive and definitive fashion precisely what regulations are considered “permissible” and “commonly accepted” as falling within the police or regulatory power of States and, thus, non-compensable. In other words, it has yet to draw a bright and easily distinguishable line between non-compensable regulations on the one hand and, on the other, measures that have the effect of depriving foreign investors of their investment and are thus unlawful and compensable in international law.”*

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Kriebaum*, Journal of World Investment & Trade 8 (Nr. 5, 2007), 717 (726f.) spricht von einer „radikalen“ Police Powers-Interpretation; *Mostafa*, Australian International Law Journal 15 (Nr. 1, 2008), 267 (273f.); *Mouyal*, Right to Regulate, 190f.; zur Rezeption s. auch *Reinisch/Schreuer*, Protection of Investments, § 1 Rn. 477ff.

⁵⁴ Vgl. *Cox*, Expropriation, Rn. 7.05, 7.47, 7.50; *Mouyal*, Right to Regulate, 176.

sich festhalten, dass die Intensität und Dauer des Eingriffs in das Eigentumsrecht sowie die beim Investor verbleibende Kontrolle als Zentralelemente eine wichtige Rolle spielten.⁵⁵ Daneben waren weitere Abgrenzungskriterien von Bedeutung, wie z.B. mögliche legitime Erwartungen des Investors, der öffentliche Zweck und Kontext der Maßnahme, die Verhältnismäßigkeit der Regulierung oder ob diese nichtdiskriminierend und in einem rechtsstaatlichen Verfahren angenommen wurde.⁵⁶ Auch wenn sich von der Vielzahl einzelner Kriterien abgesehen, gewisse Rechtsprechungslinien herauskristallisiert haben, handelt es sich um nur bedingt stete Entwicklungen wie z.B. die ausschließliche Fokussierung auf den Effekt einer staatlichen Maßnahme, die Durchführung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung oder die kategorische Ausnahme bestimmter staatlicher Maßnahmen aus dem Enteignungsschutz. Trotz dieser Entwicklungen und zunehmender konzeptioneller Verfestigung ist die ältere Schiedsgerichtspraxis mit einer Reihe von Unsicherheiten für Staaten verknüpft, welche staatliche Handlungen als enteignend und damit entschädigungspflichtig angesehen werden.⁵⁷

Mit Blick auf ältere Investitionsschutzabkommen zeigt sich ein ebenso unklares Bild. So enthält der größte Teil von ihnen keine Hinweise darauf, wie legitime regulative Maßnahmen von Enteignungen abgegrenzt werden können und auch keinen Verweis auf das staatliche *right-to-regulate*. Dies ist besonders unglücklich, da das dem Streit zugrundeliegende IIA die zentrale Rechtsquelle für Schiedsgerichte ist, um staatliches Handeln zu beurteilen.

Deshalb ist der rechtssetzende und schiedsgerichtliche Hintergrund der Vergangenheit inkonsistent und fragmentiert und damit für die Klärung der aktuellen Debatten unbefriedigend.

C. Klimaschutz und Enteignung

Der Schutz des weltweiten Klimas ist seit längerem Gegenstand verschiedener nationaler und internationaler Bemühungen. Hintergrund sind Veränderungen des Weltklimas, die seit Mitte der 1970er Jahre in Teilen der Wissenschaft diskutiert und ab Ende der 1980er Jahre zum Gegenstand internationaler Politik wurden. So wurde 1988 das *Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC) gegründet und nachfol-

⁵⁵ Vgl. *Cox*, Expropriation, Rn. 7.05, 7.47, 7.50; *Dolzer/Schreuer*, Investment Law, 104, 112ff.; *McLachlan et al.*, Investment Arbitration, Rn. 8.94ff.; *Mouyal*, Right to Regulate, 178f.; *Salacuse*, Law of Investment Treaties, 335.

⁵⁶ Vgl. *Cox*, Expropriation, Rn. 7.50ff.; *Mouyal*, Right to Regulate, 176ff., 186, 190f.; *OECD*, "Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law, 10ff.; UNCTAD, Expropriation: A sequel, 2012, 73ff.; *Salacuse*, Law of Investment Treaties, 335.

⁵⁷ *Khachvani*, ICSID Review 35 (Nr. 1-2, 2020), 154 (155, 172); *Marshall/Aaron/Murphy*, Climate Change and IIAs, International Institute for Sustainable Development, März 2010, 48; *Mostafa*, Australian International Law Journal 15 (Nr. 1, 2008), 267 (268, 294).

gend 1992 die Klimarahmenkonvention der Vereinten Nationen verabschiedet.⁵⁸ Das IPCC hat das Ziel, die wissenschaftliche Forschung zum Klimawandel für politische Entscheidungsträger aufzubereiten und veröffentlichte zu diesem Zweck bislang fünf Sachstandsberichte sowie weitere Sonderberichte.⁵⁹ Aktuell läuft die Erarbeitung des sechsten Sachstandsberichts, der aus mehreren Einzelberichten besteht, die 2022 schrittweise veröffentlicht werden.⁶⁰

Die Untersuchungen des IPCC zeigen, dass die aktuelle atmosphärische Konzentration von Treibhausgasen (THG) auf Rekordniveau in 800.000 Jahren Erdgeschichte ist.⁶¹ Hauptgrund für den Anstieg von THG-Emissionen ist die Verbrennung fossiler Brennstoffe und der damit verbundene Kohlenstoffdioxidausstoß aufgrund des globalen Bevölkerungs- und Wirtschaftswachstums.⁶² Die Zunahme von Treibhausgasen in der Atmosphäre führt zusammen mit dem natürlichen Treibhauseffekt zu einem Anstieg der globalen Luft- und Wassertemperaturen und damit zu einer Erderwärmung.⁶³ Diese ist ihrerseits mit zahlreichen, weitreichenden Folgen verbunden: So verändern sich durch erhöhte Luft- und Wassertemperaturen globale Luft- und Wasserströmungen, welche Auswirkungen auf das Mikro- und Makroklima haben und zur Schmelze großer polarer Eismassen führen, verbunden mit einem Anstieg des Meeresspiegels.⁶⁴ Diese Veränderungen von Klima und Umwelt haben gravierende soziale und wirtschaftliche Folgen – insb. im Hinblick auf die Bewohnbarkeit bestimmter Gebiete, die landwirtschaftliche Produktion unter veränderten Klima- und

⁵⁸ Das IPCC wurde 1988 vom Umweltprogramm der Vereinten Nationen (UNEP) und der Weltorganisation für Meteorologie (WMO) gegründet, vgl. History of the IPCC, im Internet: <<https://www.ipcc.ch/about/history/>> (besucht am 20. März 2022); United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) vom 09.05.1992, in: BGBl. 1993 II, 1783; ILM 31 (1992), 849.

⁵⁹ History of the IPCC, im Internet: <<https://www.ipcc.ch/about/history/>> (besucht am 20. März 2022); Kappas, *Klimatologie*, 4.

⁶⁰ Sixth Assessment Report, im Internet: <<https://www.ipcc.ch/assessment-report/ar6/>> (besucht am 20. März 2022).

⁶¹ IPCC, *Climate Change 2021 – The Physical Science Basis, Summary for Policymakers*, erhältlich im Internet: <https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/downloads/report/IPCC_AR6_WGI_SPM_final.pdf> (besucht am 20. März 2022), 8.

⁶² IPCC, *Climate Change 2014, Synthesis Report*, erhältlich im Internet: <https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/02/SYR_AR5_FINAL_full.pdf> (besucht am 20. März 2022), 46.

⁶³ IPCC, *Climate Change 2021 – The Physical Science Basis, Summary for Policymakers*, 4f.; Kappas, *Klimatologie*, 153f.

⁶⁴ IPCC, *Climate Change 2021 – The Physical Science Basis, Summary for Policymakers*, 14ff.; zu einzelnen Auswirkungen im Detail: IPCC, *Global Warming of 1.5°C*, erhältlich im Internet: <https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2019/06/SR15_Full_Report_High_Res.pdf> (besucht am 20. März 2022), 177ff.; Kappas, *Klimatologie*, 185ff.

Bodenbedingungen, die globale Verteilung von Wasserressourcen und damit einhergehende Migrations- und Wanderbewegungen.⁶⁵

Der folgende Abschnitt beleuchtet, welche Klimaschutzmaßnahmen Staaten ergreifen, wie diese mit dem investitionsschutzrechtlichen Enteignungsschutz in Konflikt geraten können (I.) und in welchem Zusammenhang Klimaschutz und Umweltschutz zueinanderstehen (II.).

I. Klimaschutzmaßnahmen und Konfliktpotenziale mit dem Enteignungsschutz

Der Klimaschutz wird sowohl auf nationaler als auch internationaler Ebene durch verschiedene Maßnahmen adressiert.

1. *International*

Auf internationaler Ebene ist die bereits genannte Klimarahmenkonvention der Vereinten Nationen aus dem Jahr 1992⁶⁶ von großer Bedeutung, auf die als zentrale Bausteine u.a. das Kyoto-Protokoll von 1997⁶⁷ und das Pariser Klimaübereinkommen von 2015 aufbauen.⁶⁸ Im Rahmen des Kyoto-Protokolls verpflichteten sich die Industriestaaten erstmals völkerrechtlich verbindlich zur Minderung von THG-Emissionen.⁶⁹ Daneben ist das Pariser Übereinkommen von 2015 von Bedeutung, in dem u.a. das Ziel verankert ist, die globale Erderwärmung auf deutlich unter zwei Grad Celsius zum vorindustriellen Niveau zu begrenzen (Art. 2). Die Emissionsreduktionsziele und die zu ihrem Erreichen erforderlichen Maßnahmen werden von den Staaten selbst definiert und kommuniziert als sog. *nationally determined contributions* (Art. 4 Abs. 2). Mangels konkreter Durchsetzungs- und Sanktionierungsmechanismen sind diese internationalen Klimaschutzverpflichtungen jedoch vor allem politischer und symbolischer Natur.⁷⁰ Da die internationalen Klimaschutzinstrumente grundsätzlich nur Staaten als solche binden und die sich daraus ergebenden Verpflichtungen durch die einzelnen Mitgliedsstaaten umgesetzt werden müssen, können nur diese

⁶⁵ Siehe dazu IPCC, *Climate Change 2022 – Impacts, Adaption and Vulnerability, Summary for Policymakers*, erhältlich im Internet: <https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg2/downloads/report/IPCC_AR6_WGII_SummaryForPolicymakers.pdf> (besucht am 20. März 2022), 11ff.; *Kappas*, *Klimatologie*, 187ff. (Wasserressourcen), 193ff. (Landwirtschaft), 196ff. (Desertifikation), 200ff. (Wetteranomalien), 270ff. (Umweltbedingte Migration), 153f., 297 (Folgen des Anstiegs des Meeresspiegels).

⁶⁶ United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) vom 09.05.1992, in: BGBl. 1993 II, 1783; ILM 31 (1992), 849.

⁶⁷ Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change vom 11.12.1997; in: BGBl. 2002 II, 967; ILM 37 (1998), 22.

⁶⁸ Paris Agreement vom 12.12.2015, in: BGBl. 2016 II, 1240; ILM 55 (2016), 743; dazu und zu weiteren klimabezogenen Abkommen *Kappas*, *Klimatologie*, 278; *Krajewski*, *Völkerrecht*, § 15 Rn. 47ff.

⁶⁹ *Kappas*, *Klimatologie*, 280; *Krajewski*, *Völkerrecht*, § 15 Rn. 47ff.

⁷⁰ So auch *Böhringer*, *ZaöRV* 2016, 753 (793f.); im Einzelnen *Nückel*, *ZUR* 2017, 525 (531); *Volland/Engel*, *NVwZ* 2019, 1785 (1789).

mittelbaren Umsetzungsakte als mögliche Enteignung relevant werden. Es wird zu erörtern sein, ob und wie internationale Klimaschutzabkommen ggf. als Rechtfertigung für nationale Klimaschutzaktionen dienen können.

2. *National*

Auf nationaler Ebene konzentrieren sich Bemühungen zur Verringerung von THG-Emissionen zum einen auf staatliche Subventionen und Förderung von Investitionen in „grüne“ Technologien, wie z.B. den Ausbau erneuerbarer Energien.⁷¹ Zum anderen sind regulative Eingriffe durch Staaten zu beobachten wie z.B. die Bepreisung von Emissionen durch Steuern oder Emissionshandel, durch technische Vorschriften für den Betrieb von Anlagen und dem gezielten Ausstieg aus konventionellen Energieerzeugungstechnologien.⁷² So wurden bis heute 25 nationale und regionale Emissionshandelssysteme installiert, weitere 22 sind in Entwicklung oder stehen zur Diskussion.⁷³ Mehrere G20-Mitglieder haben aktuell konkrete Pläne für einen Ausstieg aus der Kohleverstromung.⁷⁴ Aufgrund des hohen Anteils des Strom- und Wärmeerzeugungssektors an den weltweiten THG-Emissionen (rund 35 Prozent)⁷⁵ konzentrieren sich viele Klimaschutzmaßnahmen auf den Bereich der Energieerzeugung. Deshalb sind investitionsschutzrechtlich der ECT und das ECOWAS Energy Protocol als auf den Energiesektor zugeschnittene IIAs von erheblichem Interesse.⁷⁶ Der investitionsrechtliche Enteignungsschutz kann dabei auf verschiedene Weise mit nationalen Klimaschutzmaßnahmen in Konflikt geraten.

⁷¹ IPCC, Climate Change 2022 – Mitigation of Climate Change, Summary for Policy makers, erhältlich im Internet: <https://report.ipcc.ch/ar6wg3/pdf/IPCC_AR6_WGIII_SummaryForPolicy_makers.pdf> (besucht am 10. April 2022), 59f.; *Marshall/Aaron/Murphy*, Climate Change and IIAs, International Institute for Sustainable Development, März 2010, 32f.; *Viñuales*, Foreign Investment and the Environment, 257f.

⁷² *Climate Transparency*, Climate Transparency Report 2021, erhältlich im Internet: <<https://www.climate-transparency.org/wp-content/uploads/2021/10/CT2021-Highlights-Report.pdf>> (besucht am 20. März 2022), 7ff., 12f.; IPCC, Climate Change 2022 – Mitigation of Climate Change, 59f.; *Viñuales*, Foreign Investment and the Environment, 255ff.

⁷³ *ICAP*, Emissions Trading Worldwide: Status Report 2022, erhältlich im Internet: <https://icapcarbonaction.com/system/files/document/220408_icap_report_rz_web.pdf> (besucht am 20. März 2022), 8, 35; das chinesische Emissionshandelssystem ist seit 2021 in Bezug auf die erfassten Emissionen das weltweit größte Handelssystem für Emissionszertifikate, vgl. *ibid.*, 8, 150.

⁷⁴ *Climate Transparency*, Climate Transparency Report 2021, 8f.

⁷⁵ IPCC, Climate Change 2022 – Mitigation of Climate Change, 7.

⁷⁶ *Marshall/Aaron/Murphy*, Climate Change and IIAs, International Institute for Sustainable Development, März 2010, 22; so sind international allein 51 Kohlekraftwerke vom Energiechartavertrag geschützt und unterliegen einem stranded assets-Risiko, vgl. *Tienhaara/Cotula*, Raising the cost of climate action, International Institute for Environment and Development, 2020, erhältlich im Internet: <<https://pubs.iied.org/sites/default/files/pdfs/migrate/17660IIED.pdf>> (besucht am 20. März 2022), 32.

Einerseits kann die Rücknahme von staatlichen Förderungen für klimafreundliche Investitionen eine mögliche Enteignung darstellen.⁷⁷ Solche Schiedsverfahren wurden im Bereich von erneuerbaren Energien in den letzten Jahren in größerer Anzahl unter dem ECT gegen Spanien anhängig gemacht.⁷⁸ Da die Rücknahme solcher Unterstützungen nicht *im Interesse* des Klimaschutzes, sondern i.d.R. aus fiskalischen Gründen erfolgt,⁷⁹ wird dieses hier nicht weiter vertieft.

Andererseits können Investitionen mit regulatorischen Eingriffen zum Zwecke des Klimaschutzes konfliktieren, wenn diese (nachträglich) nicht mehr mit (neuen) staatlichen Klimaschutzziele und -strategien vereinbar sind. Hierbei sind insb. die o.g. Regulierungsmaßnahmen geeignet, die wirtschaftliche Profitabilität und Nutzbarkeit eines Investments zu beeinträchtigen, weshalb es wahrscheinlich ist, dass sie von Investoren als Enteignungen vor Schiedsgerichten angefochten werden.⁸⁰ Aufgrund des 2019 in den Niederlanden beschlossenen Kohleausstieg bis 2030 wurden z.B. im Frühjahr 2021 von RWE und Uniper, beides Betreiber von Kohlekraftwerken in den Niederlanden, Schiedsklagen unter dem ECT initiiert.⁸¹ Ein ähnliches Verfahren war bis vor kurzem in Kanada anhängig, wurde aber mangels Zuständigkeit abgewiesen.⁸² Sofern eine substantielle Beeinträchtigung des Eigentums bzw. der wirtschaftlichen Nutzbarkeit des Investments vorliegt, hängt der Erfolg der Enteignungsklage maßgeblich davon ab, ob die Schiedsrichter dem „*Sole effects*“- , „*Proportionality*“- oder „*Police Powers*“-Ansatz folgen.⁸³

⁷⁷ *Baetens*, in: Miles (Hrsg.), *Environment and Investment Law*, 107 (121); *Viñuales*, *Foreign Investment and the Environment*, 258; zurückhaltend noch: *Boute*, *Fordham International Law Journal* (35) (Nr. 3, 2012), 613 (631ff., 635).

⁷⁸ Vgl. *Baetens*, in: Miles (Hrsg.), *Research Handbook on Environment and Investment Law*, 107 (121); Liste mit aktuellen ECT-Fällen erhältlich im Internet: <<https://www.energychartertreaty.org/cases/list-of-cases/>> (besucht am 20. März 2022); Liste mit Fällen (auch Nicht-ECT): *Viñuales*, in: Miles (Hrsg.), *Research Handbook on Environment and Investment Law*, 12 (24f.).

⁷⁹ *Baetens*, in: Miles (Hrsg.), *Research Handbook on Environment and Investment Law*, 107 (120f.).

⁸⁰ *Marshall/Aaron/Murphy*, *Climate Change and IIAs*, *International Institute for Sustainable Development*, März 2010, 44; *Johnson*, *Environmental Law Reporter News & Analysis* 39 (Nr. 12, 2009), 11147 (11149f.); *Miles*, *Origins of Investment Law*, 187, 198; *Schill*, *Journal of International Arbitration* 24 (Nr. 5, 2007), 469 (470f.).

⁸¹ *Uniper SE, Uniper Benelux Holding B.V. and Uniper Benelux N.V. v. Kingdom of the Netherlands*, ICSID Case No. ARB/21/22; *RWE AG and RWE Eemshaven Holding II BV v. Kingdom of the Netherlands*, ICSID Case No. ARB/21/4; dazu *Tienhaara/Cotula*, *Raising the cost of climate action*, *International Institute for Environment and Development*, 2020, 24 m.w.N.

⁸² *Westmoreland Coal Company v. Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/20/3, Notice of Arbitration and Statement of Claim vom 19.11.2018, Rn. 3ff. und Final Award vom 31.01.2022, Rn. 252; dazu *Tienhaara/Cotula*, *Raising the cost of climate action*, *International Institute for Environment and Development*, 2020, 23f.

⁸³ *Marshall/Aaron/Murphy*, *Climate Change and IIAs*, *International Institute for Sustainable Development*, März 2010, 49; *Miles*, *Origins of Investment Law*, 191; auch *Vadi*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 48 (Nr. 5, 2015), 1285 (1351).

II. Klimaschutz und Umweltschutz

Die Wechselwirkung zwischen Umwelt- und Investitionsschutz ist vielfach Gegenstand investitionsschutzrechtlicher Literatur.⁸⁴ Zudem finden sich die Begriffe „Umwelt“ und „Umweltschutz“ vermehrt in aktuellen Investitionsschutzabkommen.⁸⁵ Daher stellt sich die Frage, in welcher Beziehung diese Begriffe zum „Klimaschutz“ stehen, insb. inwieweit diese deckungsgleich sind oder Unterschiedliches bezeichnen.

Unter **Umweltschutz** versteht man „alle Maßnahmen zur Vermeidung zukünftiger von Menschen verursachter und zur Verminderung oder Beseitigung bestehender Umweltgefahren und -schäden“,⁸⁶ um „die natürlichen Lebensgrundlagen des Menschen zu sichern, [und] den Naturhaushalt [...] zu schützen“.⁸⁷ Der **Klimaschutz** zielt darauf, die anthropogenen Einflüsse auf das Weltklima und die damit einhergehenden Umweltauswirkungen abzumildern (*mitigation*) bzw. sich an irreversible Folgen anzupassen (*adaptation*) und ist folglich ein Bestandteil des Umweltschutzes.⁸⁸ In logischer Konsequenz sind Klimaschutzmaßnahmen auch Umweltschutzmaßnahmen und insofern vom normativen Begriff „Umweltschutz“ in investitionsschutzrechtlichen Regeln mitumfasst.

Gleichwohl gibt es Unterschiede: Der Klimawandel ist ein globales Phänomen, das grundsätzlich *alle* Staaten (ggf. unterschiedlich schwer) betrifft und globale Gegenmaßnahmen erfordert.⁸⁹ Umweltbelastungen sind dagegen häufig örtlich und zeitlich begrenzt (z.B. Luft-, Gewässer- oder Bodenverschmutzung) und entsprechend auch die zum Schutz der Umwelt erforderlichen und eingesetzten Maßnahmen. Dies zeigt sich auch in der bisherigen Schiedsgerichtsrechtsprechung mit Umweltbezug,⁹⁰ in der die Fälle regelmäßig (Import-)Verbote für umweltgefährliche Stoffe,⁹¹ die Rücknahme oder Nichterteilung von Lizenzen und Genehmigungen für umweltsen-

⁸⁴ Vgl. nur *Miles*, *Origins of Investment Law*, 154ff. *Viñuales*, in: Miles (Hrsg.), *Research Handbook on Environment and Investment Law*, 12 (12ff.); *Viñuales*, *Foreign Investment and the Environment*, 9ff.

⁸⁵ *Gordon/Pohl*, *Environmental Concerns in International Investment Agreements*, OECD Working Papers on International Investment, Nr. 1 2011, erhältlich im Internet: <<https://doi.org/10.1787/5kg9mq7scrjh-en>> (besucht am 20. März 2022), 8ff.; *Viñuales*, in: Miles (Hrsg.), *Research Handbook on Environment and Investment Law*, 12 (17).

⁸⁶ *Hakenberg*, in: Weber, *Rechtswörterbuch*, „Umweltschutz“.

⁸⁷ Brockhaus Enzyklopädie Online, „Umweltschutz“, erhältlich im Internet: <<https://brockhaus.de/ecs/permalink/1A219CC6F55537DFBCFDEA9002401509.pdf>> (besucht am 20. März 2022).

⁸⁸ *Hakenberg*, in: Weber, *Rechtswörterbuch*, „Klimaschutz“; *Kappas*, *Klimatologie*, 277f.

⁸⁹ Vgl. nur *Kappas*, *Klimatologie*, 278; *Vadi*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 48 (Nr. 5, 2015), 1285 (1311).

⁹⁰ Siehe dazu eine Definition und Liste mit umweltbezogenen Schiedsentscheidungen bei *Viñuales*, in: Miles (Hrsg.), *Research Handbook on Environment and Investment Law*, 12 (20ff.).

⁹¹ Vgl. *Ethyl Corporation v. The Government of Canada*, NAFTA Award on Jurisdiction vom 24.06.1998; *Methanex Corporation v. United States of America*, NAFTA Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits vom 03.08.2005; *Crompton (Chemtura) Corp. v. Government of Canada*, NAFTA Award vom 02.08.2010; *Dow AgroSciences LLC v. Government of Canada*, NAFTA, Notice of Arbitration vom 31.03.2009 (Erledigt mit Settlement Agreement vom 25.05.2011).

sible Unternehmungen wie z.B. Abfallentsorgung,⁹² Wassernutzung⁹³ oder Bergbau⁹⁴ betrafen. Bei diesen Fällen handelte es sich also nicht um globale Umweltphänomene, sondern um örtlich eingrenzbar Schutzmaßnahmen. Davon unterscheiden sich Fallkonstellationen hinsichtlich der Reduzierung von Treibhausgasen, weil diese erstens globale Klima- und Umweltveränderungen betreffen und zweitens neben weiterentwickelten nationalen Regulierungen in die bereits erörterten völkerrechtlichen Konstrukte eingebunden sind. Drittens handelt es sich bei den genannten umweltbezogenen Fallkonstellationen zwar teilweise um ähnliche und wiederkehrende Sachverhalte, die jedoch vom Grundsatz her Einzelfallcharakter haben. Im Kontext von verstärkten staatlichen Klimaschutzanstrengungen werden indes an vielen Orten gleichförmige Schiedsfälle und -streitigkeiten auftreten, die bspw. die Entschädigungspflicht bei Eigentumseingriffen betreffen.

Folglich ist für Staaten die genaue Ausgestaltung von Enteignungsklauseln in Investitionsschutzabkommen für zukünftige Streitverfahren essentiell und bedarf ggf. entsprechender Weichenstellungen, die der besonderen Problematik und Rechtslage beim Klimaschutz Rechnung tragen. Zusätzlich werden die Schiedsgerichte bei solchen Fällen gefordert sein, die Klauseln in Investitionsschutzabkommen konsistent auszulegen, um der bereits angesprochenen und immer wieder geäußerten Kritik an divergenten Schiedssprüchen entgegenzutreten zu können.

D. Klimaschutz im heutigen Investitionsschutzrecht

Die Erfahrungen mit den weiten und unklaren Enteignungsklauseln in den Investitionsschutzabkommen der ersten bis dritten Generation und der daraus entstehenden, häufig inkonsistenten Schiedsgerichtspraxis führte in den letzten zwei Jahrzehnten zu umfangreichen Reformdiskussionen und -implementierungen. Hierzu begannen Regierungen beim Abschluss von neuen oder bei der Überarbeitung von alten IIAs Umweltbelange mit einzubeziehen und das Spannungsverhältnis zwischen dem Schutz der wirtschaftlichen Interessen von Investoren und ihrer eigenen Regulierungs-

⁹² Vgl. *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award vom 30.08.2000; *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, NAFTA Partial Award vom 13.11.2000; *Técnicas Medioambientales Tecmed v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award vom 29.05.2003; *Waste Management v. United Mexican States (II)*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award vom 30.04.2004; *Abengoa, S.A. y COFIDES, S.A. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/09/2, Award vom 18.04.2013.

⁹³ Vgl. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/17, Decision on Liability vom 30.07.2010; *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republic of Germany (I)*, ICSID Case No. ARB/09/6, Settlement Agreement vom 11.03.2011.

⁹⁴ Vgl. *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1, Award vom 22.09.2014; *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman*, ICSID Case No. ARB/11/33, Award vom 03.11.2015; *Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Award vom 14.10.2016; *Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador (Petroecuador)*, ICSID Case No. ARB/08/6, Award vom 27.09.2019.

freiheit neu auszubalancieren.⁹⁵ Parallel dazu kamen Vorschläge von nichtstaatlichen Organisationen und zwischenstaatlichen Einrichtungen: so schlug die UNCTAD im Jahr 2012 ein *Investment Policy Framework for Sustainable Development* vor, welches 2015 umfassend aktualisiert wurde.⁹⁶ Inhaltlich zielt es darauf, investitionsrechtliche Schutzinstrumente weiterzuentwickeln und wirtschaftliche Zielsetzungen mit dem Schutz von Mensch und Umwelt in Einklang zu bringen.⁹⁷ Daneben gab es auch von nichtstaatlicher Seite Vorschläge für „grüne“ bzw. klimafreundliche Investitionsschutzabkommen.⁹⁸

In diesem Kapitel wird der aktuelle Stand der Diskussion um entschädigungslose Enteignungen im internationalen Investitionsschutzrecht im Interesse des Klimaschutzes untersucht. Hierzu werden zunächst neuere Investitionsschutzabkommen (I.) in den Blick genommen. Zudem lässt die jüngere Schiedsgerichtsrechtsprechung Tendenzen erkennen, dass staatlichen Umweltschutzbelangen eine stärkere Bedeutung beigemessen wird (II.). Schließlich werden weitere Ansätze vorgestellt, mit denen Schiedsgerichte Klimaschutzinteressen von Staaten in ihren Entscheidungen berücksichtigen können (III.).

I. Aktuelle Investitionsschutzabkommen

In aktuelleren Investitionsschutzabkommen finden sich zunehmend Regelungen zur Umwelt und ihrem Schutz, dem *right-to-regulate* sowie Ausnahmen von indirekten Enteignungen bzw. zur Entschädigungspflicht bei indirekten Enteignungen.⁹⁹ Diese Regelungen beeinflussen den regulativen Spielraum von Staaten für Maßnahmen im öffentlichen Interesse und damit die Frage, ab wann staatliche Regulierung, z.B. im Interesse des Umwelt- und Klimaschutzes, als entschädigungspflichtig angesehen wird. Die Art der implementierten Regelungen unterscheidet sich dabei ebenso wie ihre rechtliche Wirkung auf die Frage, ob diese zukünftig bei der Beurteilung von staatlichen Maßnahmen im Interesse des Klimaschutzes einen Einfluss auf die Ent-

⁹⁵ *Viñuales*, Foreign Investment and the Environment, 14ff.; *Nowrot*, Journal of World Investment & Trade 15 (Nr. 3-4, 2014), 612 (613f., 624).

⁹⁶ UNCTAD, Investment Policy Framework for Sustainable Development 2015, erhältlich im Internet: <https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcb2015d5_en.pdf> (besucht am 20. März 2022), 10; UNCTAD, Investment Policy Framework for Sustainable Development 2012, erhältlich im Internet: <https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcb2012d5_en.pdf> (besucht am 20. März 2022), 8.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ So z.B. den Treaty on Sustainable Investment for Climate Change Mitigation and Adaptation, The Creative Disrupters, Stockholm Treaty Lab, erhältlich im Internet: <<https://stockholmtreatylab.org/wp-content/uploads/2018/07/Treaty-on-Sustainable-Investment-for-Climate-Change-Mitigation-and-Adaptation-1.pdf>> (besucht am 20. März 2022); *Chennoufi* et al., Journal of International Arbitration 36 (Nr. 1, 2019), 95 (97ff.); *Henin* et al., Journal of International Arbitration 36 (Nr. 1, 2019), 37 (56).

⁹⁹ *Gordon/Pohl*, Environmental Concerns in International Investment Agreements, OECD Working Papers on International Investment, Nr. 1 2011, 8ff. und mit verschiedenen statistischen Auswertungen zu Umweltbelangen in IIAs; *Viñuales*, in: Miles (Hrsg.), Research Handbook on Environment and Investment Law, 12 (17).

schädigungspflicht bei indirekten Enteignungen haben werden. Aufgrund der Vielzahl von Formulierungen und umfangreichen Diskussionen um Einzelheiten, kann hier nur ein grober Überblick über diese Klauseln mit Blick auf die Fragestellung gegeben werden.

1. Interpretation

Im Hinblick auf die Verankerung von Umwelt- und Klimaschutzbelangen in Präambeln war der Energiechartavertrag von 1994 ein erster Pionier, dessen Präambel sowohl auf die Klimarahmenkonvention der Vereinten Nationen hinweist als auch den „*increasingly urgent need for measures to protect the environment*“ anerkennt. Eine zunehmende Anzahl von Investitionsschutzabkommen mit Präambeln, die das staatliche *right-to-regulate* sowie Umwelt- und Klimaschutzbelange aufgreifen, lässt sich ab den 2000er Jahren feststellen.¹⁰⁰ In der Präambel des USA-Ruanda BIT von 2008 heißt es z.B. „*Desiring to achieve these objectives in a manner consistent with the protection of health, safety, and the environment, [...]*“.¹⁰¹ Die Anzahl von Präambeln mit solchen und ähnlichen Verweisen auf Umweltbelange stieg von unter einem Prozent im Jahr 1994 auf rund fünf Prozent aller Investitionsschutzabkommen im Jahr 2010.¹⁰² Die seit 2010 abgeschlossenen IIAs verweisen in rund jeder dritter Präambel auf Umweltaspekte, in knapp jeder sechster auf das *right-to-regulate*.¹⁰³ In der Präambel des aktuellen Canada Model BIT von 2021 wird sowohl Umweltschutz, nachhaltige Entwicklung als auch das *right-to-regulate* aufgegriffen:

„*Reaffirming the importance of promoting [...] environmental protection and conservation, [...], sustainable development and traditional knowledge, as well as the importance of preserving the Party's right to regulate in the public interest;*“¹⁰⁴ (Hervorh. d. Verf.)

¹⁰⁰ *Gordon/Pohl*, Environmental Concerns in International Investment Agreements, OECD Working Papers on International Investment, Nr. 1 2011, 12; UNCTAD, World Investment Report 2017, 122, 128.

¹⁰¹ Präambel des Rwanda - United States of America BIT, 19. Februar 2008, Ruanda und die Vereinigten Staaten von Amerika.

¹⁰² *Gordon/Pohl*, Environmental Concerns in International Investment Agreements, 12; Laut dem UNCTAD, World Investment Report 2017, 122 enthielten von den zwischen 1959-2010 geschlossenen BITs acht Prozent einen Verweis auf „*protection of health and safety, labour rights, environment or sustainable development*“ in ihrer Präambel, von den zwischen 2011-2016 geschlossenen BITs bereits 56 Prozent.

¹⁰³ Vgl. UNCTAD, International Investment Agreements Navigator: 181 von 2.575 systematisch erfassten IIAs wurden nach 2010 geschlossen. Von diesen 181 IIAs enthalten 64 Verweise auf Umweltaspekte und 27 eine Referenz zum *right-to-regulate*.

¹⁰⁴ Art. 3 des Canada 2021 Foreign Investment Promotion and Protection Agreement (FIPA) Model, erhältlich im Internet: <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/2021_model_fipa-2021_modele_apie.aspx?lang=eng #article-9> (besucht am 20. März 2022).

Nach Art. 31 Abs. 1 der Wiener Vertragsrechtskonvention¹⁰⁵ (WVK) sind völkerrechtliche Verträge „nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen.“ Zur Bestimmung des „Zusammenhangs“ ist auch die Präambel des Vertrags heranzuziehen (Art. 31 Abs. 2 WVK). Somit begründen Präambeln zwar keine materiellen Verpflichtungen, ihnen kommt aber bei der Auslegung einzelner Vertragsbestandteile eine wichtige Rolle zu,¹⁰⁶ wenn z.B. Interpretationskonflikte beim Schutz vor entschädigungslosen indirekten Enteignungen bei staatlichen Handlungen zum Klimaschutz aufzulösen sind. Spricht eine BIT-Präambel ausschließlich von wirtschaftlichen Zielsetzungen wie „dem Bestreben, günstige Bedingungen für Investitionen“¹⁰⁷ zu schaffen, wird ein Schiedsgericht eher geneigt sein, eine staatliche Klimaschutzmaßnahme als entschädigungspflichtig anzusehen, als wenn in der Präambel unmittelbar das *right-to-regulate* für Umweltbelange determiniert ist.¹⁰⁸ Sofern wirtschaftliche und umweltbezogene Anliegen gleichermaßen in der Präambel verankert sind, ist dies einer klaren Zielsetzung des BITs abträglich, wie die *Metalclad*-Entscheidung exemplarisch zeigt. Dort bezog sich das Schiedsgericht nur auf die Präambel-Phrasen, die von einem „vorhersehbaren wirtschaftlichen Rahmen“ sprachen und lies Phrasen mit Bezug auf Umwelt und staatliche Regelungsflexibilität außer Acht.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23.05.1969 (WVK), in: BGBl. 1985 II, 926; UNTS Bd. 1155, 331.

¹⁰⁶ *Société Générale in respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A. v. The Dominican Republic*, LCIA Case No. UN 7927, Award on Preliminary Objections to Jurisdiction vom 19.09.2008, Rn. 32; *Schreuer*, in: Fitzmaurice/Elias/Merkouris (Hrsg.), *Treaty Interpretation and the VCLT*, 129 (131f.); *Gazzini*, *Interpretation of International Investment Treaties*, 157f.

¹⁰⁷ Vgl. dazu China - Malta BIT, 22. Februar 2009, China und Malta; Mexico - United Kingdom BIT, 12. Mai 2006, Mexiko und das Vereinigte Königreich; Ethiopia - Germany BIT, 19. Januar 2004, Äthiopien und Deutschland; Japan - Pakistan BIT, 10. März 1998, Japan und Pakistan; Brazil - Germany BIT, 21. September 1995, Brasilien und Deutschland.

¹⁰⁸ *Firger/Gerrard*, in: Sauvant (Hrsg.), *Yearbook on International Investment Law & Policy* 2010-11, 23f.; *Sabanogullari*, *General Exception Clauses in International Investment Law*, 191ff., *Schreuer*, in: Fitzmaurice/Elias/Merkouris (Hrsg.), *Treaty Interpretation and the VCLT*, 129 (131f.); *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction vom 03.08.2004, Rn. 81: “The Tribunal considers that the Treaty has to be interpreted neither liberally nor restrictively, as neither of these adverbs is part of Article 31(1) of the Vienna Convention. The Tribunal shall be guided by the purpose of the Treaty as expressed in its title and preamble. It is a treaty “to protect” and “to promote” investments. [...] The intention of the parties is clear. It is to create favorable conditions for investments and to stimulate private initiative.”

¹⁰⁹ *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award vom 30.08.2000, Rn. 71; Die NAFTA-Präambel spricht u.a. von „ENSURE a predictable commercial framework for business planning and investment; [...] UNDERTAKE each of the preceding in a manner consistent with environmental protection and conservation; PRESERVE their flexibility to safeguard the public welfare; PROMOTE sustainable development; STRENGTHEN the development and enforcement of environmental laws and regulations“; anders dagegen: *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, NAFTA Partial Award vom 13.11.2000, Rn. 196, 220.

Ebenfalls werden Bestimmungen in IIAs aufgenommen, die das staatliche *right-to-regulate* zur Regelung bestimmter öffentlicher Interessen, allen voran der Umwelt, festschreiben.¹¹⁰ So heißt es z.B. im USA – Uruguay BIT von 2005:

*“Nothing in this Treaty shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining, or enforcing any measure otherwise consistent with this Treaty that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns.”*¹¹¹

Je nach exaktem Wortlaut der Klausel ist ihre praktische Bedeutung jedoch gering, da diese häufig einen semantischen Widerspruch enthalten, der dazu führt, dass die in Rede stehende Maßnahme, die von den BIT-Standards exkludiert werden soll, gleichzeitig mit diesem in Einklang stehen muss.¹¹² Dies führt dazu, dass diese unbrauchbar werden und allenfalls interpretatorisch die Legitimität von (entschädigungsloser) Umweltschutzregulierung bekräftigen.¹¹³

Mithin wird in Schiedsverfahren die interpretatorische Wirkung von Präambeln und *right-to-regulate*-Klauseln mit Bezug auf Umweltbelange bei der Auslegung und Anwendung einzelner Schutzstandards eine gesteigerte Rolle spielen. Mit Blick auf indirekte Enteignungen könnte z.B. die *Police Powers*-Ausnahme weiter ausgelegt werden. Dahingehend wäre es mit Blick auf staatliche Klimaschutzmaßnahmen von Vorteil, wenn der Klimaschutz entschiedener verankert wird, wie dies teilweise in nichtstaatlichen BIT-Entwürfen erfolgt.¹¹⁴

¹¹⁰ *Mouyal*, Right to Regulate, 170ff.; *Titi*, Right to Regulate and International Investment Law, 111f.

¹¹¹ Art. 12, Art. 12 des United States of America - Uruguay BIT, 04. November 2005, Vereinigten Staaten von Amerika und Uruguay; weitere BITs mit gleichem oder ähnlichem Wortlaut s. *Nikièma*, Best Practices Indirect Expropriation, International Institute for Sustainable Development, März 2012, 8.

¹¹² *Nikièma*, Best Practices Indirect Expropriation, International Institute for Sustainable Development, März 2012, 8f.; *Tienhaara*, Transnational Environmental Law, 7 (Nr. 2, 2018), 229 (242).

¹¹³ *Newcombe*, The Journal of World Investment & Trade 8 (2007), 357 (400); *Nowrot*, Journal of World Investment & Trade 15 (Nr. 3-4, 2014), 612 (632); *Titi*, Right to Regulate in International Investment Law, 112; zu dem fast wortgleichen Art. 1114 NAFTA siehe *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, Separate Opinion by Dr. Bryan Schwartz (on the Partial Award) vom 12.11.2000, Rn. 117f.: *“I do not think that Article 1114 must be viewed as empty rhetoric. [...] I view Article 1114 as acknowledging and reminding interpreters of Chapter 11 (Investment) that the parties take both the environment and open trade very seriously and that means should be found to reconcile these two objectives and, if possible, to make them mutually supportive.”*

¹¹⁴ *Treaty on Sustainable Investment for Climate Change Mitigation and Adaptation*, The Creative Disrupters, Stockholm Treaty Lab (Fn. 98): *„Recalling their commitments to climate change mitigation and adaptation under the United Nations Framework Convention on Climate Change and the Paris Agreement [...] Reaffirming the necessity and the right of the Parties to regulate under their domestic laws to achieve their climate change mitigation and adaptation commitments and objectives“.*

2. Definitionen

Weiterhin enthalten aktuelle IIAs häufig eine Definition von indirekten Enteignungen.¹¹⁵ Diese Definitionen sehen i.d.R. einen Kriterienkatalog vor, anhand dessen eine indirekte Enteignung zu bestimmen ist.¹¹⁶ Die Kriterien entsprechen meist denen, die auch Schiedsgerichte vielfach herangezogen haben (vgl. oben), wie z.B. die wirtschaftlichen Auswirkungen, die legitimen Erwartungen des Investors und den Charakter der Maßnahme. Meist wird der „*sole effects*“-Test abgelehnt und die Berücksichtigung weiterer Kriterien ermöglicht. Ein entscheidender Unterschied besteht zwischen Definitionen, die nicht nur die für die Bestimmung von Enteignungen relevanten Kriterien nennen, sondern auch die Intensität, mit der einzelne Kriterien betroffen sein müssen.¹¹⁷ Insgesamt sind solche Definitionen ein Fortschritt ggü. den divergenten Herangehensweisen der Schiedsgerichte, um indirekte Enteignung von (entschädigungsloser) Regulierung unterhalb der Enteignungsschwelle abzugrenzen. Sie dienen Schiedsgerichten damit als Orientierungshilfe, um Klimaschutzmaßnahmen i.R.d. investitionsschutzrechtlichen Enteignungsschutzes bewerten zu können.

3. Ausnahmen

Schließlich werden Ausnahmeregelungen in Investitionsschutzabkommen implementiert.¹¹⁸ Hervorzuheben sind Klauseln, die bestimmte staatliche Maßnahmen von vornherein vom Anwendungsbereich des Schutzes vor indirekten Enteignungen ausnehmen und anordnen, dass

“except in the rare circumstance when the impact of a measure or series of measures is so severe in light of its purpose that it appears manifestly excessive, non-discriminatory measures of a Party that are designed and applied to protect legiti-

¹¹⁵ So enthielten von den vor 2010 geschlossenen BITs fünf Prozent und von den zwischen 2011-2016 geschlossenen BITs 42 Prozent bereits eine solche Klausel, s. *UNCTAD*, World Investment Report 2017, 122; diese Definitionen befinden sich im Enteignungsartikel: Art. 8 Abs. 8 des Rwanda - United Arab Emirates BIT, 01. November 2017, Ruanda und die Vereinigten Arabischen Emirate; Art. 6 Abs. 2 des China - Uzbekistan BIT, 19. April 2011, China und Uzbekistan; oder im Annex: Annex 12-B des China - Republic of Korea FTA, 01. Juni 2015, China und die Republik Korea; Annex B.10 des Canada - Serbia BIT, 01. September 2014, Kanada und Serbien; Annex des India - Lithuania BIT, 31. März 2011, Indien und Litauen.

¹¹⁶ Vgl. die BITs *ibid.*

¹¹⁷ Vergleiche dazu z.B. die Definition in Art. 4 lit. b, Annex B des U.S. Model BIT (2012) mit Abs. 3, Annex 2, ASEAN Comprehensive Investment Agreement vom 26. Februar 2009; letzterer qualifiziert die Voraussetzungen, z.B. muss es sich um „*prior binding written commitment to the investor*“ handeln oder die staatliche Handlung „*disproportionate*“ sein; dazu allgemein auch *Zhu*, Harvard International Law Journal 60 (Nr. 2, 2019), 377 (406ff.).

¹¹⁸ *UNCTAD*, World Investment Report 2017, 122; vgl. Annex 9-A des Annex 1 des Israel – Republic of Korea FTA, 12. Mai 2021, Israel und Republik Korea; Nigeria - Singapore BIT, 04. November 2016, Nigeria und Singapur; Annex 12-B des China – Republic of Korea FTA, 01. Juni 2015, China und Republik Korea; Annex B.10 des Canada - Serbia BIT, 01. September 2014, Kanada und Serbien; Art. 7 Abs. 4 des Austria - Tadjikistan BIT, 15. Dezember 2010, Österreich und Tadschikistan.

*mate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriations.*¹¹⁹

Die Formulierung „*außer in dem seltenen Umstand*“ (*except in the rare circumstance*) wird so interpretiert, dass es sich bloß um eine Vermutung zugunsten staatlicher Regulierung handelt.¹²⁰ Im Übrigen ähneln die Voraussetzungen der *Police Powers*-Doktrin, dass verhältnismäßige, nicht diskriminierende Maßnahmen zum Schutz legitimer öffentlicher Interessen keine indirekte Enteignung darstellen. Somit kann ein Staat unter diesen Voraussetzungen einfacher im Interesse des Klimaschutzes tätig werden, ohne dass eine Entschädigungspflicht i.R.d. des Enteignungsschutzes ausgelöst wird.

Zudem werden sog. allgemeine Ausnahmen (*general exceptions*) implementiert, für die Art. XX GATT 1947/1994 als Vorbild dient.¹²¹ Seit 2011 sind solche allgemeinen Ausnahmen in rund jedem zweiten abgeschlossenen BIT enthalten,¹²² jedoch in der IIA-Landschaft insgesamt noch selten.¹²³ Diese erlauben Staaten bestimmte Maßnahmen für ein von der Klausel erfasstes Gemeinwohl zu ergreifen und rechtfertigen nachträglich einen vorher festgestellten Verstoß gegen einen Schutzstandard.¹²⁴

¹¹⁹ Annex 8-A des Canada - EU CETA, 30. Oktober 2016, Kanada und die EU (Fn. 4); zu verschiedenen Varianten bereits UNCTAD, *Expropriation: A sequel*, 2012, 129f.

¹²⁰ *Mouyal*, *Right to Regulate*, 172f.; *Nikièma*, *Best Practices Indirect Expropriation*, International Institute for Sustainable Development, März 2012, 11; anders *Titi*, *Right to Regulate in International Investment Law*, 44; ähnlich *Zhu*, *Harvard International Law Journal* 60 (Nr. 2, 2019), 377 (409f.); *Spence International Investments et al. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. UNCT/13/2, Interim Award vom 30.05.2017, Rn. 157: “*strong presumption*”; *ibid.*, Rn. 161: “*not an exception but is rather intended to provide tribunals with additional guidance in determining whether an indirect expropriation has occurred*”.

¹²¹ Als Beispiel Art. 17 des Canada - Hong Kong, China SAR BIT, 10. Februar 2016, Kanada, Hong Kong, China SAR: “*Provided that such measures are not applied in an arbitrary or un-justifiable manner, or do not constitute a disguised restriction on international trade or investment, nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting or maintaining measures, including environmental measures: [...] (b) necessary to protect human, animal or plant life or health; or (c) relating to the conservation of living or non-living exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption.*”

¹²² Allgemeine Ausnahme-Klauseln sind in 43 Prozent der zwischen 2011-2016 geschlossenen BITs enthalten, vgl. UNCTAD, *World Investment Report 2017*, 122. Zwischen 2011 und 2021 wurden 150 IIAs abgeschlossen, davon enthielten 80 allgemeine Ausnahme für öffentliche Gesundheit und Umwelt, vgl. UNCTAD, *International Investment Agreements Navigator*, erhältlich im Internet: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iia-mapping> (besucht am 20. März 2022); zur vermehrten Implementierung *Sabanogullari*, *General Exception Clauses in International Investment Law*, 64ff.

¹²³ Die Zahl im Einzelnen ist abhängig von der Quelle: *Sabanogullari* zählt 178 IIAs mit allgemeinen Ausnahmen von insgesamt 3.324 bis Ende 2016 abgeschlossenen IIAs, das entspricht rund 5,4 Prozent, vgl. *Sabanogullari*, *General Exception Clauses in International Investment Law*, 54f. Laut UNCTAD, *International Investment Agreements Navigator* (Fn. 122) haben 241 von 2.575 systematisch erfassten IIAs eine allgemeine Ausnahme für öffentliche Gesundheit und Umwelt, das entspricht rund 9,4 Prozent (Stand: 20. März 2022).

¹²⁴ Vgl. UNCTAD, *Expropriation: A sequel*, 2012, 132; *Sabanogullari*, *General Exception Clauses in International Investment Law*, 21, 40; *Viñuales*, in: Bartels/Paddeu (Hrsg.), *Exceptions in International Law*, 65 (73) spricht von “*exception strictu sensu*”.

Aufgrund der Regelungskomplexität dieser Ausnahmeklauseln würden Einzelheiten zu den Voraussetzungen den Rahmen dieser Arbeit sprengen,¹²⁵ weshalb auf drei zentrale Probleme aufmerksam gemacht werden soll: Zum einen wird Klimaschutz bislang nicht explizit als Gemeinwohlziel aufgeführt, selbiges gilt in der Regel auch für Umweltregulierung.¹²⁶ Als Folge dessen werden Maßnahmen zum Schutz der Umwelt und des Klimas unter die gebräuchlichen Gemeinwohlziele „*Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen*“ bzw. „*Erhaltung lebender oder nichtlebender erschöpflicher Naturressourcen*“ subsumiert werden müssen, wie dies im Bereich der WTO-Streitbeilegung für den Umweltschutz bereits erfolgte.¹²⁷ Vorzugswürdig wäre es dennoch, den Klima- und Umweltschutz in neue Investitionsschutzabkommen ausdrücklich als Gemeinwohlziele aufzunehmen, um einerseits sicherzustellen, dass solche Maßnahmen unzweifelhaft vom Tatbestand erfasst sind und um andererseits einen zu engen Anwendungsbereich zu vermeiden, indem z.B. der Klima- und Umweltschutz (unmittelbar) dem Schutz von Leben oder der Gesundheit von Menschen dienen muss.¹²⁸

Weiterhin bestimmen die Nexusbegriffe wie z.B. „notwendig“ (*necessary*) und „betreffen“ bzw. „in Zusammenhang stehen“ (*relating*), wie eng und strikt die Beziehung zwischen der ergriffenen Maßnahme und dem verfolgten Gemeinwohlziel sein muss, wobei der erstere der engste Nexusbegriff ist.¹²⁹ Da einzelne Klimaschutzmaßnahmen mit Blick auf den globalen Charakter des Klimawandels und im Lichte der gesamten nationalen oder weltweiten Treibhausgasemissionen i.d.R. nur einen geringfügigen Beitrag zu deren Reduzierung leisten (können), wird sich bei der Bewertung von Klimaschutzmaßnahmen unter allgemeinen Ausnahmen die Frage stellen, ob die einzelne Maßnahme wirklich notwendig und zweckmäßig ist. Auch die auf lokaler/nationaler Ebene schwer zu belegenden Wirkungszusammenhänge könnten zu Problemen in der Anwendung führen. Daher werden der Maßstab und die Voraussetzungen, die Schiedsgerichte dem Notwendigkeitskriterium zugrunde legen, entscheidend bestimmen, ob allgemeine Ausnahmen von Staaten in Bezug auf Klimaschutzmaßnahmen erfolgreich geltend gemacht werden können oder nicht.¹³⁰ Schließlich gibt es zur gene-

¹²⁵ Zu Einzelheiten von „General exceptions“-Klauseln im Investitionsschutzrecht siehe: *Brew*, *Canterbury Law Review* (Nr. 25, 2019), 205 (217ff.); *Sabanogullari*, *General Exception Clauses in International Investment Law*, 21ff.; *Titi*, *The Right to Regulate in International Investment Law*, 169ff.

¹²⁶ *Sabanogullari*, *General Exception Clauses in International Investment Law*, 102f., 263; vgl. aber Vorschlag im UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development 2015*, 103.

¹²⁷ *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, Report of the Appellate Body vom 12.10.1998, WT/DS58/AB/R, para. 129f.; *Brew*, *Canterbury Law Review* 25 (2019), 205 (220); *Sabanogullari*, *General Exception Clauses in International Investment Law*, 102f., 257f., 262f.

¹²⁸ Vgl. auch *Brew*, *Canterbury Law Review* 25 (2019), 205 (220f.); *Sabanogullari*, *General Exception Clauses in International Investment Law*, 263.

¹²⁹ UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development 2015*, 103f.; UNCTAD, *International Investment Agreements Reform Accelerator 2020*, erhältlich im Internet: <https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2020d8_en.pdf> (besucht am 20. März 2022), 26; *Brew*, *Canterbury Law Review* (Nr. 25, 2019), 205 (221f.); *Sabanogullari*, *General Exception Clauses in International Investment Law*, 103f., 263ff.

¹³⁰ Dazu im Einzelnen: *Brew*, *Canterbury Law Review* (Nr. 25, 2019), 205 (221ff., 227f.); *Sabanogullari*, *General Exception Clauses in International Investment Law*, 263ff.; vielversprechend im

rellen Interpretation und Reichweite von allgemeinen Ausnahmen in IIAs divergierende Positionen: So wird teilweise vertreten, dass allgemeinen Ausnahmen keine über das den Investitionsschutzabkommen inhärente *right-to-regulate* hinausreichende Bedeutung zukäme.¹³¹ Andere sind der Auffassung, dass allgemeine Ausnahmen die durch Schiedsgerichte zuerkannte Regelungsflexibilität von Staaten eher limitieren als erweitern und wurden durch den Schiedsspruch in *Bear Creek v. Peru* im Jahr 2017 bestätigt, in welchem das Schiedsgericht befand, dass allgemeine Ausnahmen in einem Investitionsschutzabkommen einen staatlichen Rückgriff auf die Police Powers verhinderten und die Ausnahmen insofern abschließend seien.¹³² Deshalb schlägt die UNCTAD vor, eine klarstellende Fußnote in die Ausnahmeregelung aufzunehmen.¹³³

Folglich können staatliche Maßnahmen im Interesse des Klimaschutzes unter Investitionsschutzabkommen mit Ausnahmevorschriften sowohl von vornherein vom Anwendungsbereich indirekter Enteignungen ausgenommen sein als auch nachträglich gerechtfertigt werden. Für die Abgrenzung zwischen entschädigungsloser Regulierung und entschädigungsloser Enteignung sind unter den meisten neueren IIAs der öffentliche Zweck bzw. das Gemeinwohlziel und die Art und Weise, wie die Maßnahme ergriffen wird (nicht diskriminierend, nicht rechtsmissbräuchlich, verhältnismäßig), relevant. Allgemeine Ausnahmevorschriften in neueren Investitionsschutzabkommen nach GATT-Vorbild werden bei der Beurteilung der Entschädigungspflicht von Klimaschutzmaßnahmen ebenfalls von Bedeutung sein, auch wenn ihre Anwendung im Kontext des Klimaschutzes weiterer Untersuchung bedarf.

4. Fazit

Die Entwicklung der letzten Jahre zeigt einen klaren Trend, dass Umweltbelange und das staatliche *right-to-regulate* in Form verschiedener Klauseln ihren Weg in IIAs finden. Indes schweigen die IIAs (noch) zum Klimaschutz.¹³⁴ Für Staaten bedeutet dies, dass ihr Spielraum regulativ im Interesse des Klimaschutzes tätig zu werden, ohne für etwaige Eigentumsbeeinträchtigungen entschädigungspflichtig zu werden, aus der Regelungsperspektive prinzipiell weiter und berechenbarer wird. Insofern wird

WTO-Recht: *Brazil - Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, Report of the Appellate Body vom 03.12.2007, WT/DS332/AB/R, para. 151: „Moreover, the results obtained from certain actions—for instance, measures adopted in order to attenuate global warming and climate change [...]—can only be evaluated with the benefit of time. In order to justify an import ban under Article XX(b), a panel must be satisfied that it brings about a material contribution to the achievement of its objective.“; zur Anwendung von WTO-Recht im Investitionsschutzrecht: *Sabanogullari*, *ibid.*, 223ff.

¹³¹ *Newcombe*, *Journal of World Investment & Trade* 8 (Nr. 3, 2007), 357 (401); dazu auch *Brew*, *Canterbury Law Review* (Nr. 25, 2019), 205 (236f.) *Sabanogullari*, *General Exception Clauses in International Investment Law*, 177f. jeweils m.w.N.

¹³² *Legum/Petculescu*, in: Echandi/Sauvé (Hrsg.), *Prospects of International Investment Law and Policy*, 340 (362); *Lévesque*, in: Echandi/Sauvé (Hrsg.), *Prospects of International Investment Law and Policy*, 363 (364ff.); *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/14/21, Award vom 30.11.2017, Rn. 473f.; vgl. *Sabanogullari*, *General Exception Clauses in International Investment Law*, 180f.

¹³³ UNCTAD, *International Investment Agreements Reform Accelerator 2020*, 26.

¹³⁴ So auch *Chennoufi et al.*, *Journal of International Arbitration* 36 (Nr. 1, 2019), 95 (96).

auch von Investitionsschutzabkommen der „vierten Generation“¹³⁵ gesprochen, welche ausdrücklich Umweltbelange und die staatliche Regulierungsfreiheit anerkennen und absichern. Wie wirkungsvoll und weitreichend dieser Schutz ist, wird maßgeblich die Schiedsgerichtspraxis bestimmen, wenn sie diese Klauseln im Einzelfall interpretiert und anwendet. Einer breiten Schiedsgerichtsrechtsprechung zu diesen Klauseln in der nahen Zukunft steht jedoch entgegen, dass der Anteil der überarbeiteten bzw. neu geschlossenen IIAs an der Gesamtanzahl aller IIAs gering ist, so dass längst nicht alle aktuellen und zukünftigen Schiedsstreitigkeiten unter ein „modernes“ Abkommen fallen.¹³⁶ Die zügige Reform der IIA-Landschaft ist deshalb ein wichtiges Ziel, um die Entschädigungspflicht für (enteignende) Klimaschutzmaßnahmen für Staaten und Investoren im Einzelfall kalkulierbarer zu machen. Weiterhin kommt den Schiedsgerichten eine wichtige Bedeutung zu, die Frage nach entschädigungslosen Enteignungen im Interesse des Klimaschutzes ggf. auch ohne entsprechende IIA-Klauseln möglichst einheitlich und unter angemessener Berücksichtigung von Klimaschutzinteressen eines Staates zu beantworten.

¹³⁵ *UNCTAD*, World Investment Report 2015, 121, 124.

¹³⁶ Rund 70 Prozent der 2019 initiierten Schiedsverfahren lag ein Investitionsschutzabkommen aus den 1990er Jahren oder älter zugrunde, keines davon war nach 2011 geschlossen worden, vgl. *UNCTAD*, World Investment Report 2020, erhältlich im Internet: <https://unctad.org/system/files/official-document/wir2020_en.pdf> (besucht am 20. März 2022), 111; nur ein Prozent aller bekannten Schiedsverfahren liegt ein IIA von 2012 oder jünger zugrunde, vgl. *UNCTAD*, International Investment Agreements Reform Accelerator 2020, erhältlich im Internet: <https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2020d8_en.pdf> (besucht am 20. März 2022), 2.

II. Aktuelle Schiedsgerichtspraxis

In der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit ist bislang keine Entscheidung bekannt, die unmittelbar mit regulativen Maßnahmen *im Interesse des Klimaschutzes* zusammenhängt.¹³⁷ Schiedsstreitigkeiten, die bis heute mit einem Bezug zum Klimaschutz anhängig gemacht wurden, sind vor allem die bereits genannten Verfahren in Bezug auf die Rücknahme von Förderungen für Investitionen in erneuerbare Energien und zum staatlich beschlossenen Ausstieg aus der Kohleverstromung.¹³⁸ Im Folgenden werden daher die Entwicklung der Schiedsrechtsprechung zu entschädigungslosen Enteignungen im Nachgang der *Methanex*-Entscheidung und Trends in aktuellen umweltbezogenen Schiedssprüchen untersucht.

1. *Police Powers in der aktuellen Schiedsrechtsprechung*

Die umfassende Bestätigung der *Police Powers*-Doktrin durch die *Methanex*- und *Saluka*-Entscheidungen führte im Nachgang zu intensiven Debatten.¹³⁹ Gleichwohl wurde in vielen nachfolgenden Schiedssprüchen entweder explizit auf *Methanex* und *Saluka* verwiesen oder zumindest allgemein auf die *Police Powers*-Doktrin zurückgegriffen.¹⁴⁰

So betraf der Schiedsfall *Chemtura* ein Verbot der Agrochemikalie Lindan durch kanadische Behörden.¹⁴¹ Das Schiedsgericht bestimmte die Enteignung anhand des „substantiellen Entzugs“ des Investments, kam aber zum Ergebnis, dass keine Enteig-

¹³⁷ Vgl. UNCTAD, Investment Dispute Settlement Navigator, erhältlich im Internet: <<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>> (besucht am 20. März 2022); unter dem Vorbehalt möglicher nichtöffentlicher Schiedsverfahren und der Veröffentlichung genauerer Fallinformationen in aktuellen Verfahren; so auch: *Tienhaara*, Transnational Environmental Law 7 (Nr. 2, 2018), 229 (231); *Viñuales*, Foreign Investment and the Environment, 17.

¹³⁸ *Uniper SE, Uniper Benelux Holding B.V. and Uniper Benelux N.V. v. Kingdom of the Netherlands*, ICSID Case No. ARB/21/22; *RWE AG and RWE Eemshaven Holding II BV v. Kingdom of the Netherlands*, ICSID Case No. ARB/21/4; *Westmoreland Mining Holdings LLC v. Canada (II)*, ICSID Case No. UNCT/20/3, hier lehnte das Schiedsgericht mit Final Award vom 31.01.2022 seine Zuständigkeit ab; vgl. auch *Viñuales*, in: Miles (Hrsg.), Research Handbook on Environment and Investment Law, 12 (20ff.).

¹³⁹ So z.B. dass es sich bloß um eine Bestätigung der ohnehin bestehenden *Police Powers* handle, damit jeglicher Enteignungsschutz von Investoren ausgehöhlt werde und ob die Kriterien, die zur Bestimmung der Rechtmäßigkeit einer Enteignung dienen, gleichzeitig über die indirekte Enteignung als solche entscheiden könnten, vgl. *Reinisch/Schreuer*, Protection of Investments, § 1 Rn. 477 m.w.N.

¹⁴⁰ Vgl. nur *Quiborax S.A., Non-Metallic Minerals S.A. v. Plurinational State of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/06/2, Award vom 16.09.2015, Rn. 202; *Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award vom 08.07.2016, Rn. 295ff., 305; zur Schiedsrechtsprechung nach *Methanex* und *Saluka* ausführlich *Reinisch/Schreuer*, Protection of Investments, § 1 Rn. 477ff. m.w.N.

¹⁴¹ *Crompton (Chemtura) Corp. v. Government of Canada*, NAFTA Award vom 02.08.2010, Rn. 6ff.

nung vorlag.¹⁴² Mit Verweis auf die *Saluka*-Entscheidung hielt es das Verbot der kanadischen Behörden für eine legitime Ausübung der Police Powers, da es sich um eine nicht diskriminierende Maßnahme i.R.d. Zuständigkeit der kanadischen Behörde handelte, die aufgrund des gestiegenen Bewusstseins der Gefahren von Lindan für die menschliche Gesundheit und Umwelt ergriffen wurde.¹⁴³ Ebenfalls berücksichtigten z.B. die Schiedsgerichte in *Quiborax v. Bolivien*¹⁴⁴ oder *Philip Morris v. Uruguay*¹⁴⁵ die *Police Powers*-Ausnahme.

Die *Police Powers*-Ausnahme hat in der aktuelleren Schiedsgerichtsrechtsprechung einen festen Platz gefunden und wird vermehrt und hinsichtlich der Voraussetzungen durchaus konsistent angewendet. Zudem wird Umweltschutz als legitimes öffentliches Interesse anerkannt, sodass dies auf den Klimaschutz als Teilgebiet des Umweltschutzes ebenfalls zutreffen dürfte. Ob die *Police Powers*-Ausnahme anerkannt wird, hängt nach wie vor stark von den gesamten Umständen des Einzelfalls ab, sodass die Entschädigungspflicht für eine konkrete Klimaschutzmaßnahme insb. davon abhängt, wie stark die wirtschaftlichen Auswirkungen auf das Investment sind, ob die Maßnahme gutgläubig oder rechtsmissbräuchlich ist und ob diese in einem rechtsstaatlichen Verfahren angenommen wurde bzw. diskriminierend ist.

2. Umweltschutz in der aktuellen Schiedsrechtsprechung

In den letzten zwei Dekaden lässt sich insgesamt ein Anstieg von umweltbezogenen Schiedssprüchen feststellen.¹⁴⁶ Einige Fälle davon zeigen einen veränderten Umgang von Schiedsgerichten mit Umweltschutz und Umweltregulierung, die für die Bewertung der Entschädigungspflicht bei Enteignungen im Interesse des Klimaschutzes in zukünftigen Fällen von Interesse sind.

Die Schiedsstreitigkeit in *Al Tamimi v. Oman* betraf eine Investition im Bergbau-sektor und den Entzug der dafür notwendigen Genehmigung, u.a. wegen Verstößen

¹⁴² *Crompton (Chemtura) Corp. v. Government of Canada*, NAFTA Award vom 02.08.2010, Rn. 249, 259, 265.

¹⁴³ *Ibid.*, Rn. 266.

¹⁴⁴ Die Streitigkeit betraf den Entzug von Bergbaukonzessionen. Das Schiedsgericht stellte einen substantiellen Entzug des Investments fest, der nicht durch die *Police Powers* gerechtfertigt war, weil Bolivien die Konzessionen nicht in einem rechtsstaatlichen Verfahren und nicht aufgrund tatsächlicher Verstöße gegen bolivianische (Umwelt-)Gesetze entzog, vgl. *Quiborax S.A., Non-Metallic Minerals S.A. v. Plurinational State of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/06/2, Award vom 16.09.2015, Rn. 202f., 227, 238f.

¹⁴⁵ Die Streitigkeit betraf Regulierungen der Tabakindustrie zum Schutz der öffentlichen Gesundheit. Unter Verweis auf *Methanex*, *Saluka* und *Chemtura* bestätigte das Schiedsgericht, dass staatliche Regulierung in Ausübung der *Police Powers* auch bei Vorliegen eines wirtschaftlichen Schadens beim Investor entschädigungslos ist, wenn sie gutgläubig für einen öffentlichen Zweck ergriffen wird und nicht diskriminierend sowie verhältnismäßig ist, vgl. *Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award vom 08.07.2016, Rn. 9ff., 295ff., 305.

¹⁴⁶ Dazu und zur Bestimmung von Umwelt- oder umweltbezogenen Investitionsstreitigkeiten s. *Viñuales*, in: Miles (Hrsg.), *Research Handbook on Environment and Investment Law*, 12 (20, 26); *Viñuales*, *Foreign Investment and the Environment in International Law*, 17f.

gegen Umweltgesetze.¹⁴⁷ Das Schiedsgericht traf seine Entscheidung im Jahr 2015 auf Grundlage des Investitionsschutzkapitels im Oman-USA-Freihandelsabkommen. Dieses enthält eine Ausnahme für Umweltmaßnahmen und verankert die Umwelt in einem Artikel zum *right-to-regulate* und der Präambel.¹⁴⁸ In seinen Ausführungen zum internationalen Mindeststandard stellte das Schiedsgericht fest, dass „*the US–Oman FTA places a high premium on environmental protection*“¹⁴⁹ und “[i]t is clear that the State Parties intended to reserve a significant margin of discretion to themselves in the application and enforcement of their respective environmental laws”.¹⁵⁰ In der Folge ließ es sich bei der Interpretation des internationalen Mindeststandards von der „*forceful defence of environmental regulation and protection provided in the express language of the Treaty*“ leiten, welches wohl im Ergebnis dazu führte, dass ein Verstoß gegen den Mindeststandard abgelehnt wurde.¹⁵¹ Die vom Investor behaupteten Enteignungen lehnte das Schiedsgericht im Ergebnis u.a. mangels *ratione temporis* ab, hielt aber fest, dass sich diese an der Ausnahme für indirekte Enteignungen im Annex des Abkommens messen lassen müssten, dass nicht diskriminierende regulatorische Maßnahmen zum Schutz der Umwelt keine indirekte Enteignung darstellen.¹⁵² Diese Entscheidung zeigt, dass Bestimmungen zum *right-to-regulate* und zur Umwelt sowie Schutzbereichsausnahmen für indirekte Enteignungen in aktuelleren Investitionsschutzabkommen die Interpretation und Auslegung einzelner Schutzstandards beeinflusst. Mit Blick auf enteignende (regulative) Maßnahmen im Interesse des Klimaschutzes, die unter neueren Investitionsschutzabkommen verhandelt werden, könnte dies abhängig vom Einzelfall heißen, dass der Enteignungsschutz eher zugunsten des Staates interpretiert wird und dass die Entschädigungslosigkeit von Klimaschutzmaßnahmen bis zu einem gewissen Grad vermutet wird.

In den Schiedssprüchen *Perenco v. Ecuador* und *Burlington v. Ecuador* ging es um Widerklagen Ecuadors gegen den Investor aufgrund mutmaßlicher Umweltschäden

¹⁴⁷ *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman*, ICSID Case No. ARB/11/33, Award vom 03.11.2015, Rn. 49ff.; 75ff.

¹⁴⁸ Präambel, Art. 10.10 (Investment and Environment), Annex 10-B (Expropriation) des Free Trade Agreement between the United States and Oman, 19. Januar 2006, Vereinigte Staaten von Amerika und Oman.

¹⁴⁹ *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman*, ICSID Case No. ARB/11/33, Award vom 03.11.2015, Rn. 387.

¹⁵⁰ *Ibid.*, Rn. 389.

¹⁵¹ *Ibid.*, Rn. 389f.; so *Brown/Cucinotta*, in: Miles (Hrsg.), *Research Handbook on Environment and Investment Law*, 175 (205); *Viñuales*, in: Miles (Hrsg.), *Research Handbook on Environment and Investment Law*, 12 (34).

¹⁵² *Ibid.*, Rn. 368: “*Any claim for indirect expropriation based on the Respondent’s actions after 17 February 2009 would also have to confront the express stipulation in Annex 10-B.4(b) of the US–Oman FTA that non-discriminatory regulatory actions by a State designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, including protection of the environment [...] do not constitute indirect expropriations.*”

durch das Investment.¹⁵³ In beiden Entscheidungen befassten sich die Schiedsgerichte umfassend mit den geltend gemachten Umweltschäden und berücksichtigten Umweltschutz nicht nur als einen externen Faktor, sondern betrachteten ihn als Bedingung für Investitionen im Rohstoffsektor.¹⁵⁴ Das Schiedsgericht in *Perenco* eröffnete die Prüfung der Widerklage mit dem Hinweis, dass „[p]roper environmental stewardship has assumed great importance in today’s world“ und erkannte einen weiten Spielraum der Staaten an, Umweltgesetzgebung zu implementieren und zu ändern.¹⁵⁵

In *Aven v. Costa Rica* befand das Schiedsgericht in Bezug auf eine Widerklage, dass die Durchsetzung des Umweltrechts zwar grundsätzlich den Staaten obliege, aber auch die ausländischen Investoren völkerrechtlichen Verpflichtungen in diesem Bereich unterliegen können.¹⁵⁶ So sei es besonders im Bereich des Umweltschutzes, welcher Rechte und Pflichten aller Staaten betreffe, geboten, ausländische Investoren in diese Verpflichtungen miteinzubeziehen.¹⁵⁷ Diese Auslegung stützte das Schiedsgericht insbesondere auf das Umweltschutzkapitel und einzelne Umweltklauseln im Investitionskapitel des DR-CAFTA Freihandelsabkommens.¹⁵⁸ In *Allard v. Barbados* lehnte das Schiedsgericht eine Enteignung mangels eines wirtschaftlichen Entzugs des Investments ab. Das Schiedsgericht befand mit Blick auf internationale Umweltabkommen, in denen Barbados Mitglied war, dass diese die Schutzstandards des BITs nicht verändern könnten, aber dass die „consideration of a host State’s international obligations may well be relevant in the application of the standard to particular circumstances“.¹⁵⁹ Eine solche Schiedsrechtsprechung könnte in zukünftigen Fällen dazu führen, dass die Entschädigungspflicht bei indirekten Enteignungen auch unter dem Ge-

¹⁵³ *Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, ICSID Case No. ARB/08/6, Interim Decision On The Environmental Counterclaim vom 11.08.2015, Rn. 5; *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Counterclaims vom 07.02.2017; dazu *Viñuales*, in: Miles (Hrsg.), *Research Handbook on Environment and Investment Law*, 12 (35).

¹⁵⁴ So *Viñuales*, in: Miles (Hrsg.), *Research Handbook on Environment and Investment Law*, 12 (35).

¹⁵⁵ *Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, ICSID Case No. ARB/08/6, Interim Decision On The Environmental Counterclaim vom 11.08.2015, Rn. 34, 35: „The Tribunal further recognises that a State has wide latitude under international law to prescribe and adjust its environmental laws, standards and policies in response to changing views and a deeper understanding of the risks posed by various activities, including those of extractive industries such as oilfields.“

¹⁵⁶ *David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. UNCT/15/3, Final Award vom 18.09.2018, Rn. 737: „It is true that the enforcement of environmental law is primarily to the States, but it cannot be admitted that that a foreign investor could not be subject to international law obligations in this field, particularly in the light of Articles 10.9.3, 10.11 and 17 of DR-CAFTA.“

¹⁵⁷ *Ibid.*, Rn. 738: „This Tribunal shares the views of Urbaser Tribunal that it can no longer be admitted that investors operating internationally are immune from becoming subjects of international law. It is particularly convincing when it comes to rights and obligations that are the concern of all States, as it happens in the protection of the environment.“

¹⁵⁸ *Ibid.*; vgl. Kapitel 10, Artikel 10.9.3, 10.11 und Kapitel 17 des Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement, 5. August 2004.

¹⁵⁹ *Peter A. Allard v. The Government of Barbados*, PCA Case No. 2012-06, Award vom 27.06.2016, Rn. 244.

sichtspunkt der völkerrechtlichen Verpflichtungen von Staaten unter den internationalen Klimaschutzabkommen beurteilt wird. Diese Entscheidungen werden daher zu Recht als Zeichen für ein Umdenken von Schiedsgerichten gesehen, dass diese Umweltbelangen eine größere Bedeutung beimessen.¹⁶⁰

Eine sehr junge Schiedsentscheidung mit beachtenswerten Ausführungen zum Umweltschutz ist *Eco Oro Minerals v. Kolumbien* aus dem Jahr 2021. Dieser Entscheidung lag das Investitionsschutzkapitel des kanadisch-kolumbianischen Freihandelsabkommen von 2008 zugrunde, das sowohl eine Definition von (indirekten) Enteignungen als auch eine Schutzbereichsausnahme (vgl. oben) enthält.¹⁶¹

In seiner Entscheidung befand das Schiedsgericht im Hinblick auf die Bergbaurechte des kanadischen Investors eine „*substantial deprivation, such as to amount to an indirect expropriation*“ durch verschiedene Maßnahmen des kolumbianischen Staates.¹⁶² Die Bergbaukonzession war dem Investor teilweise entzogen worden, weil sich das Bergbauareal mit einem kolumbianischen Umweltschutzgebiet überschneidet. Nach eingehender Prüfung der Ausnahmeklausel kam das Schiedsgericht zum Ergebnis, dass der Entzug der Konzession gegenüber dem Investor eine legitime Ausübung der *Police Powers* des kolumbianischen Staates im Interesse des Umweltschutzes und folglich keine indirekte Enteignung sei.¹⁶³ Im Anschluss stellte das Schiedsgericht indes mehrheitlich eine Verletzung des *Minimum Standard of Treatment* zugunsten des Investors fest.¹⁶⁴ Mit Blick auf das Thema dieser Arbeit sind eine Textpassage aus der Schiedsentscheidung sowie das abweichende Votum des Schiedsrichters Philippe Sands besonders interessant:

So hob einerseits das Schiedsgericht die übergeordnete Bedeutung der sog. Páramos-Landschaften im kolumbianischen Umweltschutzgebiet auch für übergeordnete Umweltkreisläufe hervor (z.B. mit Blick auf die Einlagerung von atmosphärischen Kohlenstoffen) und merkte bei der Prüfung des legitimen öffentlichen Interesses an, dass die Páramos-Landschaften „*under threat from both human intervention and climate change*“ seien.¹⁶⁵ Andererseits äußerte der Schiedsrichter Philippe Sands in seinem abweichenden Votum, dass er sich den Schlussfolgerungen des Schiedsgerichts zur Verletzung des *Minimum Standard of Treatment* nicht anschließen, weil diese nicht dem Vertragstext des Freihandelsabkommens entsprächen und den Schutz der Umwelt

¹⁶⁰ *Viñuales*, in: Miles (Hrsg.), *Research Handbook on Environment and Investment Law*, 12 (35ff.); so wohl auch *Brown/Cucinotta*, in: Miles (Hrsg.), *Research Handbook on Environment and Investment Law*, 175 (208).

¹⁶¹ Ausnahmeklausel in Annex 811 Abs. 2 lit. b des Canada - Colombia FTA, 21. November 2008, Kanada und Kolumbien: „*Except in rare circumstances, such as when a measure or series of measures is so severe in the light of its purpose that it cannot be reasonably viewed as having been adopted in good faith, non-discriminatory measures by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, for example health, safety and the protection of the environment, do not constitute indirect expropriation.*“

¹⁶² *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum vom 09.09.2021, Rn. 634.

¹⁶³ *Ibid.*, Rn. 635ff., 699.

¹⁶⁴ *Ibid.*, Rn. 821.

¹⁶⁵ *Ibid.*, Rn. 636f.

unterminieren könnten.¹⁶⁶ Im Zuge seiner Ausführungen zur Willkürlichkeit (*arbitrariness*) der kolumbianischen Maßnahmen äußerte Sands, dass Schiedsgerichte die verschiedenen Interessen, die ein Staat bei seiner Entscheidungsfindung zu berücksichtigen hat, mit Umsicht erwägen müsse.¹⁶⁷ So stünden sich häufig differente und konfliktierende Zielsetzungen gegenüber, insbesondere wenn es um den Schutz der Umwelt gehe bzw. die „*current challenges faced by so many governments around the world as they confront the emerging reality of global warming/climate change and biodiversity losses and their consequences*“.¹⁶⁸ Die Gesellschaft befinde sich “[i]n the age of climate change and significant loss of biological diversity [...] in a state of transition. The law – including international law – must take account of that state of transition”.¹⁶⁹ Vor diesem Hintergrund müsse Staaten ein weiter Entscheidungs- und Handlungsspielraum zukommen, der es auch umfasse, über einen längeren Zeitraum eine Mehrzahl einzelner Maßnahmen zum Schutz der Umwelt zu ergreifen, die unter Umständen auf den ersten Blick auch in scheinbar entgegengesetzte Richtungen gingen.¹⁷⁰

In der Entscheidung *Eco Oro Minerals v. Kolumbien* hat sich das Schiedsgericht differenziert mit den von Kolumbien geltend gemachten Maßnahmen im Interesse des Umweltschutzes und der Schutzwürdigkeit des Umweltschutzgebiets befasst. Es sticht heraus, dass der Schutz der lokalen Páramo-Landschaften auch in den Kontext des Weltklimas gesetzt wurde und (zumindest) ein Schiedsrichter auf die besonderen Herausforderungen des Klimaschutzes im Rahmen von schiedsgerichtlichen Verfahren einging. Ausschlaggebend dafür, dass das Schiedsgericht keine Enteignung des Investors feststellte, war auch hier die Ausnahme in der zugrundeliegenden Enteignungsklausel des Investitionsschutzkapitels.

In zukünftigen Schiedsstreitigkeiten, die staatliche Maßnahmen im Interesse des Klimaschutzes betreffen, werden die Schiedsgerichte also mit großer Wahrscheinlichkeit verstärkt Klimaschutzbelange und dazugehörige internationale Abkommen bei der Beurteilung von indirekten Enteignungen berücksichtigen. Dies wird sich auch in der Abgrenzung niederschlagen, wann eine regulative Maßnahme des Staates entschädigungslos hinzunehmen ist. Dabei werden Schiedsgerichte eher geneigt sein, eine staatliche Maßnahme im Interesse des Klimaschutzes für entschädigungslos zu halten, wenn das dem Streit zugrundeliegende Investitionsschutzabkommen an zentralen Stellen auf Umwelt- bzw. Klimaschutz verweist.

¹⁶⁶ *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Partial Dissent of Professor Philippe Sands QC vom 09.09.2021, Rn. 4.

¹⁶⁷ *Ibid.*, Rn. 28ff.

¹⁶⁸ *Ibid.*, Rn. 28.

¹⁶⁹ *Ibid.*, Rn. 33.

¹⁷⁰ *Ibid.*, Rn. 32.

III. Weitere Lösungsansätze

Über die Fortentwicklung von Investitionsschutzabkommen hinaus werden in der Literatur weitere Instrumente diskutiert, die die Entschädigungspflicht für eigentumsbeeinträchtigende Maßnahmen im Interesse des Klimaschutzes betreffen.

1. Interpretation von Investitionsschutzabkommen

Im Hinblick auf die divergierenden internationalen Rechtsregime zum Klima- und Investitionsschutz werden die interpretatorischen Regeln aus Art. 30 Abs. 1 und Art. 31 Abs. 3 lit. c WVK vorgebracht, um z.B. Konflikte zwischen dem Enteignungs- und Entschädigungsstandard in Investitionsschutzabkommen zugunsten staatlicher Verpflichtungen aus internationalen Klimaschutzabkommen aufzulösen.¹⁷¹

Artikel 30 WVK ist gemäß Abs. 1 auf „*aufeinanderfolgende[r] Verträge über denselben Gegenstand*“ anwendbar. Zwar folgt das Pariser Übereinkommen zeitlich vielen vor 2015 abgeschlossenen Investitionsschutzabkommen nach. Problematisch ist jedoch, ob diese denselben Gegenstand betreffen, da es *prima facie* naheliegend erscheint, dass erstere den Klimaschutz und letztere den Investitionsschutz und damit unterschiedliche Gegenstände betreffen.¹⁷² Dem wird teilweise entgegnet, dass sich in einzelnen Rechtsregimen auch Querbeziehungen zueinander finden, wie z.B. wirtschaftliche Perspektiven im Pariser Übereinkommen oder Verweise auf die Umwelt in Investitionsschutzabkommen.¹⁷³ Der Wortlaut der authentischen englischen Fassung der WVK spricht von „*relating to the same subject matter*“ (Hervorh. d. Verf.), welches sich mit einer „Beziehung“ oder „einen Zusammenhang zueinander haben“ übersetzen lässt. Bei aktuelleren Investitionsschutzabkommen könnte ein solcher Zusammenhang mit Blick auf Regelungen zum Umweltschutz (vgl. oben) mitunter bejaht werden und dies für eine weite Interpretation sprechen. Im Ergebnis ist es aber kritisch zu sehen, wenn aus einzelnen Regelungsgütern, die zwei Verträge miteinander teilen, heraus der übergeordnete Regelungsgegenstand und -zweck eines Vertrags (Klimaschutz bzw. Investitionsschutz) aus dem Auge verloren wird. Hierfür spricht auch der Wortlaut „denselben Gegenstand“ (*same subject matter*), der im Singular von einem (Kern-)Gegenstand des Vertrags ausgeht und nicht mehreren Vertragsgegenständen. Mithin ist bereits die Anwendbarkeit dieser interpretatorischen Regel umstritten und fraglich. Deshalb ist diese wenig geeignet, mögliche Konflikte zwischen internationalen Klima-

¹⁷¹ Baetens, in: Miles (Hrsg.), *Research Handbook on Environment and Investment Law*, 107 (126f.); Brown/Cucinotta, in: Miles (Hrsg.), *Research Handbook on Environment and Investment Law*, 175 (190ff.); Nowrot, *Journal of World Investment & Trade* 15 (Nr. 3-4, 2014), 612 (625ff.).

¹⁷² Problematisierend *International Law Commission*, *Fragmentation of International Law*, Report vom 13.04.2006, UN Doc. A/CN.4/L.682, erhältlich im Internet: <https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf> (besucht am 20. März 2022), Rn. 253; kritisch auch Borgen, *George Washington International Law Review* 37 (Nr. 3, 2005), 573 (603f.); Brown/Cucinotta, in: Miles (Hrsg.), *Research Handbook on Environment and Investment Law*, 175 (191).

¹⁷³ *International Law Commission*, *Fragmentation of International Law*, Report vom 13.04.2006, UN Doc. A/CN.4/L.682, Rn. 253f.

abkommen und IIAs mit Blick auf die Interpretation der Enteignungsstandards zu lösen.

Nach Art. 31 Abs. 3 lit. c WVK ist bei der Auslegung von völkerrechtlichen Verträgen „*jeder in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien anwendbare einschlägige Völkerrechtssatz*“ in gleicher Weise zu berücksichtigen. Die internationalen Klimaschutzabkommen sind demzufolge in nahezu allen IIA-Vertragsbeziehungen als Völkerrechtssätze bei der Auslegung zu berücksichtigen.¹⁷⁴ Auf dieser Grundlage können und müssen Schiedsgerichte, die potentiell enteignende Klimaschutzmaßnahmen beurteilen, für die Auslegung des Enteignungsschutzes und etwaiger Ausnahmen die zwischen den IIA-Vertragsparteien anwendbaren Klimaschutzabkommen berücksichtigen. Diese Auslegungsregel ist Ausdruck des Prinzips einer „*systematischen Integration*“ verschiedener internationaler Rechtsregeln und wurde bereits durch Schiedsgerichte bei Enteignungsfällen bzgl. der *Police Powers*-Doktrin fruchtbar gemacht.¹⁷⁵

Als mögliche Hindernisse für eine breite Anwendung dieser Auslegungsregel im Klimaschutzkontext sind folgende Problemfelder zu nennen: Erstens sind viele Klimaschutzinstrumente, die eine entschädigungspflichtige Enteignung darstellen können (z.B. die Bepreisung von Treibhausgas-Emissionen, Emissionsstandards oder der Ausstieg aus kohlenstoffintensiven Wirtschaftssektoren) nicht in den internationalen Klimaschutzabkommen geregelt, sondern werden auf regionaler oder nationaler Ebene ergriffen und entziehen sich daher der völkervertraglichen Auslegung unter der WVK.¹⁷⁶ Daher können bei der integrativen Auslegung unter der WVK allenfalls die übergeordneten Klimaschutzziele auf internationaler Ebene berücksichtigt werden. Zweitens handelt es sich bei dieser Auslegungsregel um eine unter mehreren Auslegungsregeln in der WVK. Wie bereits thematisiert, ergibt sich aus der Auslegung vieler älterer Investitionsschutzabkommen, insb. aus ihrer Präambel, dass ihr Zweck und Ziel zuvorderst (und alleinig) der Schutz und die Förderung von Investitionen ist. In der Folge konfliktieren die Auslegungsmethoden unter Abs. 2 und unter Abs. 3 von

¹⁷⁴ So wurden diese von (fast) allen Staaten weltweit ratifiziert: Aktuell hat die Klimarahmenkonvention der Vereinten Nationen 197 Vertragsparteien, vgl. <<https://unfccc.int/process-and-meetings/the-convention/status-of-ratification/status-of-ratification-of-the-convention>> (besucht am 20. März 2022); das Kyoto-Protokoll wurde von 192 Vertragsparteien, das Pariser Klimaschutzabkommen von 193 Vertragsparteien ratifiziert, siehe <<https://unfccc.int/process/the-kyoto-protocol/status-of-ratification>> und <<https://unfccc.int/process/the-paris-agreement/status-of-ratification>> (besucht am 20. März 2022).

¹⁷⁵ *International Law Commission*, Fragmentation of International Law, Report vom 13.04.2006, UN Doc. A/CN.4/L.682, Rn. 413; *Brown/Cucinotta*, in: Miles (Hrsg.), *Research Handbook on Environment and Investment Law*, 175 (193); *Schreuer*, in: Fitzmaurice/Elias/Merkouris (Hrsg.), *Treaty Interpretation and the VCLT*, 129 (212f.); *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, PCA Case No. 2001-04, Partial Award vom 17.03.2006, Rn. 254; *Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award vom 08.07.2016, Rn. 290.

¹⁷⁶ *Baetens*, in: Miles (Hrsg.), *Research Handbook on Environment and Investment Law*, 107 (127), Fn. 96; *Firger/Gerrard*, in: Sauvants (Hrsg.), *Yearbook on International Investment Law & Policy* 2010-11, 52.

Art. 31 WVK.¹⁷⁷ Mithin ist dieses interpretatorische Instrument nicht frei von Problemen, könnte aber die Grenze von Entschädigungen bei Klimaschutzmaßnahmen u.U. zugunsten des Staates verschieben, weil dieser durch internationale Abkommen zum Klimaschutz verpflichtet ist.

2. Staatsnotstand und „essential security interests“

Im Zusammenhang mit dem Klimaschutz riefen eine steigende Anzahl von Staaten in den letzten Jahren einen „Klimanotstand“ aus. In der investitionsschutzrechtlichen Literatur wird parallel dazu diskutiert, ob sich enteignende Klimaschutzmaßnahmen im Rahmen des völkerrechtlichen Staatsnotstands oder durch Ausnahmen für essentielle staatliche Sicherheitsinteressen in IIAs rechtfertigen lassen und dadurch die Entschädigungspflicht des Staates entfällt.¹⁷⁸

Der völkergewohnheitsrechtliche Rechtfertigungsgrund des Staatsnotstands ist in Art. 25 der ILC-Artikel über die Staatenverantwortlichkeit kodifiziert.¹⁷⁹ Zunächst sprechen die o.g. ökologischen, sozialen und wirtschaftlichen Folgen des Klimawandels dafür, dass ein schutzwürdiges „essentiell^es Interesse“ von Staaten betroffen ist.¹⁸⁰ Zudem sprechen auch die bereits eintretenden und absehbaren Klimafolgen dafür, dass es sich beim Klimawandel um eine „ernste und bevorstehende Gefahr“ handelt, auch wenn seine Auswirkungen über eine längere zeitliche Dauer eintreten und sich ihre Intensität graduell verstärkt.¹⁸¹ Problematisch ist, ob eine bestimmte Klimaschutzmaßnahme „der einzige Weg für den Staat“ ist, diese Gefahr abzuwenden. Staa-

¹⁷⁷ Dazu Baetens, in: Miles (Hrsg.), Research Handbook on Environment and Investment Law, 107 (127); zur fehlenden Hierarchie der Auslegungsmethoden: Sorell/Boré Eveno, in: Corten/Klein (Hrsg.), The Vienna Conventions on the Law of Treaties, Art. 31 VCLT (1969) Rn. 8, 58.

¹⁷⁸ Johnson, Environmental Law Reporter News & Analysis 39 (Nr. 12, 2009), 11147 (11154ff.); Marshall/Aaron/Murphy, Climate Change and IIAs, International Institute for Sustainable Development, März 2010, 52ff.; Vadi, Vanderbilt Journal of Transnational Law 48 (Nr. 5, 2015), 1285 (1346); allgemein zum völkerrechtlichen Staatsnotstand im Investitionsschutzrecht: Reinisch, in: Tietje/Nowrot (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, § 9 Rn. 86ff.

¹⁷⁹ International Law Commission, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, in: Yearbook of the International Law Commission, 2011, Vol. II, 80: „1. Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act: (a) is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and (b) does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole. 2. In any case, necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness if: (a) the international obligation in question excludes the possibility of invoking necessity; or (b) the State has contributed to the situation of necessity.“

¹⁸⁰ So auch Johnson, Environmental Law Reporter News & Analysis 39 (Nr. 12, 2009), 11147 (11154ff.).

¹⁸¹ So auch Johnson, Environmental Law Reporter News & Analysis 39 (Nr. 12, 2009), 11147 (11158f.) mit Verweisen auf Entscheidungen des US Supreme Courts; Vadi, Vanderbilt Journal of Transnational Law 48 (Nr. 5, 2015), 1285 (1346f.); hierfür spricht auch die Rechtsprechung in IGH, *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hungary v. Slovakia), ICJ Reports 1997, 7 (42): „That does not exclude, in the view of the Court, that a "peril" appearing in the long term might be held to be "imminent" as soon as it is established, at the relevant point in time, that the realization of that peril, however far off it might be, is not thereby any less certain and inevitable.“

ten stehen vielfältige und verschieden invasive Instrumente zur Verfügung, um ihre THG-Emissionen zu reduzieren (s.o.). Verfügt der Staat über Handlungsalternativen, auch wenn diese kostenintensiver oder weniger zweckmäßiger sind, so ist der Staatsnotstand ausgeschlossen.¹⁸² Die Rechtfertigung einer einzelnen Klimaschutzmaßnahme, die ein ausländisches Investment tangiert, durch den Staatsnotstand scheint daher aufgrund seines engen Anwendungsbereichs wenig erfolgversprechend.

Neben dem völkerrechtlichen Notstand wird zudem diskutiert, ob auch „*Essential security interest*“-Klauseln in Investitionsschutzabkommen in ähnlicher Weise von Staaten geltend gemacht werden können.¹⁸³ Eine solche Klausel lautet z.B. im Argentinien - Qatar BIT von 2016:

„*Nothing in this Treaty shall be construed [...] to preclude a Contracting Party from applying measures that it considers necessary for the protection of its essential security interests, including measures adopted: i. in times of war, armed conflict, or other types of emergencies [...]; ii. for the implementation of national policies or in compliance with international agreements regarding the non-proliferation of weapons.*”¹⁸⁴

Aufgrund der umfangreichen Schiedsrechtsprechung und Ausgestaltung der einzelnen Klauseln kann in der vorliegenden Arbeit nicht auf Einzelheiten eingegangen werden.¹⁸⁵ Die Anwendbarkeit dieser Klauseln durch Staaten, um sich bei enteignenden Klimaschutzmaßnahmen von der Entschädigungspflicht zu befreien, wird maßgeblich davon abhängen, ob den Staaten ein Beurteilungsspielraum mit Blick auf die Notwendigkeit der in Rede stehenden Maßnahme zukommt oder nicht.¹⁸⁶ Anderenfalls findet nach bisheriger Schiedsrechtsprechung wohl grundsätzlich der Standard

¹⁸² *International Law Commission*, Fragmentation of International Law, Report vom 13.04.2006, UN Doc. A/CN.4/L.682, 83; *Titi*, Right to Regulate in International Investment Law, 243.

¹⁸³ *Johnson*, Environmental Law Reporter News & Analysis 39 (Nr. 12, 2009), 11147 (11154f.); *Vadi*, Vanderbilt Journal of Transnational Law 48 (Nr. 5, 2015), 1285 (1346); die „*Essential security interest*“-Klausel in Art. 13 Abs. 1, Argentinien - Qatar BIT, 06. November 2016, Argentinien und Katar, lautet z.B.: „*Nothing in this Treaty shall be construed [...] to preclude a Contracting Party from applying measures that it considers necessary for the protection of its essential security interests, including measures adopted: i. in times of war, armed conflict, or other types of emergencies [...]; ii. for the implementation of national policies or in compliance with international agreements regarding the non-proliferation of weapons.*”

¹⁸⁴ Art. 13 Abs. 1, Argentinien - Qatar BIT, 6. November 2016, Argentinien und Katar.

¹⁸⁵ *Reinisch*, in: Tietje/Nowrot (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, § 9 Rn. 86ff.; *Tams*, in: Tietje et al. (Hrsg.), General Public International Law and International Investment Law, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht 105 (2011), erhältlich im Internet: <<http://dx.doi.org/10.25673/76735>> (besucht am 20. März 2022), 60.

¹⁸⁶ Dies ist der Fall, wenn der Staat die Maßnahme nach dem Wortlaut „für notwendig erachten“ (*consider necessary*) muss, vgl. *Sabanogullari*, General Exception Clauses in International Investment Law, 43; *Johnson*, Environmental Law Reporter News & Analysis 39 (Nr. 12, 2009), 11147 (11157); *Marshall/Aaron/Murphy*, Climate Change and IIAs, International Institute for Sustainable Development, März 2010, 59f.

aus dem völkerrechtlichen Staatsnotstand Anwendung (s.o.).¹⁸⁷ Zudem enthalten viele Klauseln eine (abschließende) Liste mit Sicherheitsinteressen, die betroffen sein müssen und i.d.R. Krieg oder internationale Waffensperrverträge betreffen.¹⁸⁸ Damit dürfen die Folgen des Klimawandels nicht dem Zweck und Inhalt solcher Klausel entsprechen und ihnen deshalb geringe Bedeutung bei der Rechtfertigung von Klimaschutzmaßnahmen zukommen.

IV. Fazit

Die Untersuchung der aufgeführten Lösungsansätze zeigt, dass das Thema Klimaschutz in Investitionsschutzabkommen und der Schiedsgerichtsrechtsprechung aktuell noch jung ist und praktisch keine ausdrückliche Erwähnung findet. So müssen Klimabelange sowohl in Investitionsschutzabkommen wie auch bei Schiedsentscheidungen (fast) ausschließlich unter den Oberbegriff „Umwelt“ bzw. „Umweltschutz“ subsumiert werden.

Die investitionsschutzrechtliche Literatur ist dahingehend weiter und diskutiert bereits seit längerem umfangreich die Auswirkungen und Rolle des Klimawandels für das Investitionsschutzrecht und die Entschädigungslosigkeit von Enteignungen im Interesse des Klimaschutzes. Dazu hat sie neben Reformvorschlägen für IIAs auch ergänzende, insb. interpretatorische Lösungswege vorgeschlagen.

Die Frage nach entschädigungslosen Enteignungen im Interesse des Klimaschutzes wird derzeit vor allem unter den gewachsenen rechtsdogmatischen Figuren des Investitionsschutzrechts beantwortet, durch neue Klauseln in IIAs und die Einsicht, dass legitime staatliche Regulierungsinteressen (zum Schutz der Umwelt) verstärkt berücksichtigt werden müssen, erweitert. In der vielfältigen Literatur zum Thema entschädigungslose Enteignung im Interesse des Klima- oder Umweltschutzes zeigt sich der immer wiederkehrende Versuch und Wunsch, eine scharfe und eindeutige Abgrenzung zwischen entschädigungslosen Regulierungen und entschädigungspflichtigen Enteignung zu definieren. Daher ist die Reform und Präzisierung der Schutzstandards in IIAs ein geeigneter und wichtiger Schritt, um bestenfalls das Klagerisiko vor Ergreifen staatlicher Klimaschutzmaßnahmen bzw. Schiedsentscheidungen in Streitfällen berechenbarer zu machen. Jedoch handelt es sich bei den Regelungen in Investitionsschutzabkommen um abstrakt-generelle Regelungen, die naturgemäß einen Interpretationsspielraum besitzen sowie eine nahezu unbegrenzte Vielfalt an möglichen Fallkonstellationen, sodass es keine „one size fits all“-Lösung mit Blick auf entschädigungslose Enteignungen im Interesse des Klimaschutzes gibt, sondern auf die o.g. Kriterien und Regelungsansätze zurückgegriffen werden muss.

¹⁸⁷ In diesem Sinne wohl *Johnson*, Environmental Law Reporter News & Analysis 39 (Nr. 12, 2009), 11147 (11157); *Tams*, in: Tietje et al. (Hrsg.), General Public International Law and International Investment Law, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht 105 (2011), 66f., 69f.

¹⁸⁸ Hierzu *Vadi*, Vanderbilt Journal of Transnational Law 48 (Nr. 5, 2015), 1285 (1346).

E. Aktuelle Entwicklungen und Ausblick

Mit Blick auf die Verknüpfung von Klimaschutz und dem investitionsschutzrechtlichen Enteignungsstandard sind die Verhandlungen zum *EU-China Comprehensive Agreement on Investment* (EU-CAI) und zur Modernisierung des Energiechartavertrags (ECT) von besonderem Interesse. Ersterer adressiert im Entwurf des Vertragstexts explizit den Klimawandel und Klimaschutz und geht damit einen Schritt über aktuelle BITs hinaus, die in aller Regel von Umweltschutz sprechen. So heißt es in der Präambel und Art. 1 des EU-CAI-Entwurfs:

„*DETERMINED [...] to promote investment in a manner supporting high levels of environmental [...] protection, including fighting against climate change [...], taking into account the relevant international standards and agreements;*“¹⁸⁹ (Hervorh. d. Verf.)

„*The Parties reaffirm the right to regulate [...] to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of [...] the environment, including the fight against climate change [...].*“¹⁹⁰ (Hervorh. d. Verf.)

Darüber hinaus ist ein eigener Artikel mit dem Titel „Investition und Klimawandel“ vorgesehen, der die Wichtigkeit der in der Klimarahmenkonvention und dem Pariser Übereinkommen enthaltenen Ziele bekräftigt und die EU und China u.a. zur effektiven Implementierung dieser Instrumente verpflichtet.¹⁹¹ Neben diesem noch nicht einsatzbereiten Investitionsschutzinstrument findet sich im jüngsten *Canada Model FIPA* von 2021 eine ähnliche Klausel, die das *right-to-regulate* der Staaten für Maßnahmen zur Bekämpfung des Klimawandels bekräftigt:

„*The Parties reaffirm the right of each Party to regulate within its territory to achieve legitimate policy objectives, such as with respect to the protection of the environment and addressing climate change;*“¹⁹² (Hervorh. d. Verf.)

Auch die aktuellen Verhandlungen zur Modernisierung des ECT offenbaren Ambitionen, verstärkt klimabezogene Pflichten in die Neufassung des Vertrags aufzunehmen. Vor dem Hintergrund der besonderen Bedeutung des Energiesektors für die globalen THG-Emissionen (s.o.) und der 54 Mitgliedsstaaten des ECT könnte diese Reform Einfluss auf zukünftige Schiedsstreitigkeiten haben, die enteignende Maßnahmen im Interesse des Klimaschutzes betreffen. Mehrere der verhandelnden Staaten brachten den Klimaschutz als möglichen Regelungsgegenstand vor, so z.B. Aserbaidschan

¹⁸⁹ Präambel des EU-China Comprehensive Agreement on Investment, Agreement in principle vom 22. Januar 2021, erhältlich im Internet: <https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/january/tradoc_159341.pdf> (besucht am 20. März 2022).

¹⁹⁰ *Ibid.*, Art. 1 Abs. 2, Section I.

¹⁹¹ *Ibid.*, Art. 6, Sub-Section 2, Section IV; dazu *Cotula*, Business and Human Rights Journal 6 (Nr. 2, 2021), 360 (364f.).

¹⁹² Art. 3 des Canada 2021 Foreign Investment Promotion and Protection Agreement (FIPA) Model, erhältlich im Internet: <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/2021_model_fipa-2021_modele_apie.aspx?lang=eng#article-9> (besucht am 20. März 2022).

schan und die EU.¹⁹³ Die EU schlug im Mai 2020 vor, einen neuen Artikel zu regulativen Maßnahmen aufzunehmen und darin das *right-to-regulate* der Staaten auch für Maßnahmen zur Bekämpfung des Klimawandels zu bekräftigen.¹⁹⁴ Letzteres soll auch als legitimes Gemeinwohlziel in eine neue Ausnahmeklausel für indirekte Enteignungen im Annex des ECT aufgenommen werden.¹⁹⁵ Auf Vorschlag Luxemburgs solle noch einen Schritt weiter gegangen werden: der Artikel zum *right-to-regulate* solle speziell auf die Energiewende und die Umsetzung der Verpflichtungen aus dem Pariser Übereinkommen eingehen.¹⁹⁶ Dies ist ein weitreichender Vorschlag, der es Staaten ggü. ausländischen Investoren im Energiesektor ermöglichen würde, entschädigungslose Enteignungen im Interesse des Klimaschutzes zu treffen, sofern diese nicht missbräuchlich angewendet und von Schiedsgerichten in dieser Weite akzeptiert würden.

In den insgesamt fünf Verhandlungsrunden im Jahr 2021 wurden diese Vorschläge teilweise aufgegriffen: so wurde z.B. zur Definition von indirekten Enteignungen und der Aufnahme einer Klausel zum *right-to-regulate* in den Vertragstext verhandelt.¹⁹⁷ Ebenfalls wurde die Einführung eines Artikels, welcher auf den Klimawandel und der dazu notwendigen Energiewende, sowie auf das Pariser Übereinkommen verweist, diskutiert.¹⁹⁸ Schließlich wurde auch die Einschränkung des Investitionsbegriffs überlegt, um den Klimazielen der Vertragsparteien besser Rechnung tragen zu können.¹⁹⁹ Es ist zunächst explizit zu begrüßen, dass in den Reformverhandlungen zum Energiechartavertrag die Implementierung von Regelungen zum Schutz des staatlichen *right-to-regulate* und zum Schutz des Klimas diskutiert und erwogen werden.

¹⁹³ Decision of the Energy Charter Conference vom 06. Oktober 2019, Policy Options for Modernisation of the ECT, General Comments, Dok.-Nr. CCDEC 2019 08 STR, erhältlich im Internet: <<https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2019/CCDEC201908.pdf>> (besucht am 20. März 2022), 2, 8f., 16, 38f.

¹⁹⁴ EU text proposal for the modernisation of the Energy Charter Treaty (ECT), erhältlich im Internet: <https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/may/tradoc_158754.pdf> (besucht am 20. März 2022), 4: “*The Contracting Parties reaffirm the right to regulate within their territories to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of the environment, including combatting climate change, [...]*”

¹⁹⁵ *Ibid.*, 8: “*For greater certainty, except in the rare circumstance when the impact of a measure or series of measures is so severe in light of its purpose that it appears manifestly excessive, non-discriminatory measures by a Party that are designed and applied to protect legitimate policy objectives, such as the protection of the environment, including combatting climate change, [...] do not constitute indirect expropriations.*”

¹⁹⁶ Decision of the Energy Charter Conference vom 06. Oktober 2019, 16.

¹⁹⁷ Decision of the Energy Charter Conference vom 14. Dezember 2021, Progress Report of the Modernisation Group 2021, Dok.-Nr. CCDEC 2021 21, erhältlich im Internet: <https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/CCDEC202121_-_NOT_-_Progress_Report_of_the_Modernisation_Group_2021.pdf> (besucht am 20. März 2022), 4.

¹⁹⁸ *Ibid.*, 5.

¹⁹⁹ *Ibid.*, 4; als Anknüpfungspunkt wurde Art. 1 Abs. 5 ECT diskutiert, der die „Wirtschaftstätigkeit im Energiebereich“ definiert, die für eine unter dem Vertrag geschützte Investition erforderlich ist (Art. 1 Abs. 7 ECT).

Auffällig ist jedoch, dass einzelne Regelungsinstrumente wiederholt Gegenstand von Verhandlungsrunden waren, in denen offenbar aufgrund von divergierenden Interessen oder weiterem Klärungsbedarf kein oder nur geringer Verhandlungsfortschritt erreicht werden konnte.²⁰⁰ Vor dem Hintergrund der großen Anzahl von ECT-Vertragsstaaten und den aktuellen geopolitischen Verwerfungen der westlichen Staaten mit Russland in Folge des russischen Angriffskriegs gegen die Ukraine, erscheint eine Einigung zum gegenwärtigen Zeitpunkt leider kaum greifbar. Für den Abschluss des EU-CAI konnte bis heute ebenfalls keine finale Einigung erzielt werden – ob diese kurz- oder mittelfristig erreicht werden kann, ist fraglich.²⁰¹

Auch wenn sich die endgültigen Vertragsfassungen nach den Verhandlungen und dem Abschluss dieser Verträge nicht voraussehen lassen, ist doch ein Trend zu erkennen, dass die Themen Klimaschutz und Klimawandel ausdrücklich in Investitionsschutzabkommen inkorporiert werden (sollen). Dies betrifft auch Klauseln, die unmittelbar die Frage nach Enteignung und Entschädigung bei möglichen staatlichen Klimaschutzmaßnahmen betreffen wie z.B. die Präambel als interpretatorisches Werkzeug, Ausnahmen vom Schutz vor indirekten Enteignungen sowie Regelungen zum *right-to-regulate*. Die Entwicklung dieses Trends wird zeigen, ob zukünftig von Investitionsschutzabkommen der „fünften Generation“ gesprochen werden kann, die über die Umwelt hinaus den Klimaschutz ausdrücklich adressieren. Wenngleich sich die Frage stellt, ob die explizite Benennung des Klimaschutzes, der wie festgestellt eine Facette des Umweltschutzes ist, einen über dieses bereits in vielen IIAs enthaltene Gemeinwohlziel hinausgehenden Bedeutungsgehalt hat, so lässt sich schon jetzt festhalten, dass es sich dabei jedenfalls um ein deutliches interpretatives Signal an die Schiedsgerichte und Investoren handelt.

Vor diesem Hintergrund werden als Ausblick drei Thesen formuliert, wie sich das Thema entschädigungslose Enteignungen im Interesse des Klimaschutzes in Zukunft weiterentwickeln könnte:

1. In Zukunft wird eine steigende Anzahl von Schiedsstreitigkeiten auftreten, die staatliche Maßnahmen zum Klimaschutz betreffen, die Staaten z.B. zur Erfüllung ihrer internationalen Verpflichtungen oder in der Folge von (inter)nationalen Klimaschutz-Klagen ergreifen. In solchen Investor-Staat-Schiedsverfahren werden Investoren ihre Klage auf den Schutz vor indirekten Enteignungen, ggf. auf weitere Schutzstandards, stützen und vom Gaststaat eine Entschädigung für den teilweisen oder ganzen Entzug der wirtschaftlichen Nutz- und Verwertbarkeit ihrer In-

²⁰⁰ *Ibid.*, 3f.

²⁰¹ Vgl. den letzten Verhandlungsstand aus dem Januar 2021: EU-China Comprehensive Agreement on Investment, Agreement in principle vom 22. Januar 2021, erhältlich im Internet: <https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/january/tradoc_159341.pdf> (besucht am 20. März 2022); vgl. *Yee*, Is the EU-China Investment Agreement Dead?, *The Diplomat* vom 26. März 2022, erhältlich im Internet: <<https://thediplomat.com/2022/03/is-the-eu-china-investment-agreement-dead/>> (besucht am 31. März 2022); *Global Times*, China stands ready to work with the EU to push for the implementation of the CAI: official, *Global Times* vom 24. März 2022, erhältlich im Internet: <<https://www.globaltimes.cn/page/202203/1256703.shtml>> (besucht am 31. März 2022).

vestition fordern. Nahe liegt, dass sich der Staat auf sein *right-to-regulate* beruft und das Schiedsgericht auf Grundlage des jeweiligen IIAs und den o.g. rechtlichen Kriterien entscheiden muss.

2. Die Reform der Investitionsschutzabkommen wird voranschreiten, u.U. beschleunigt durch den prognostizierten Anstieg von klimabezogenen Schiedsverfahren. Hierbei werden mit zunehmender Tendenz auch Klimabelange ausdrücklich in Investitionsschutzabkommen kodifiziert werden, um den staatlichen Spielraum für entschädigungslose Regulierung bzw. Enteignung im Interesse des Klimaschutzes abzusichern und klarer abzugrenzen.
3. Aufgrund der Dauer dieses Reformprozesses werden in vielen Schiedsstreitigkeiten noch ältere Investitionsschutzabkommen eine Rolle spielen, sodass den Schiedsgerichten beim Umgang mit solchen Fällen eine große Bedeutung zukommen wird. Im Grundsatz wird Staaten dabei wohl ein größerer Spielraum für entschädigungslose Klima- und Umweltregulierung zugestanden werden. Dennoch ist zu erwarten, dass die dem Streit zugrundeliegenden expliziten IIA-Regelungen zum Umwelt- und Klimaschutz eine wichtige Rolle spielen werden, wie weit dieser Spielraum ausgelegt wird, sodass weiter mit einer Fragmentierung der Schiedsrechtsprechung zu rechnen ist.

Für die rechtswissenschaftliche Forschung ergeben sich vielfältige weiterführende Fragestellungen. Zwei zentrale Fragestellungen sind dabei:

1. Wie können staatliche Klimaschutzmaßnahmen gestaltet werden, so dass sie im hier erörterten Regelungsrahmen für den Staat mit einem geringen Entschädigungsrisiko verbunden sind?
2. Wäre es sinnvoll, für klimabezogene Schiedsstreitigkeiten eigene Schiedsregeln oder -foren zu entwickeln und wie könnten diese aussehen?

F. Dogmatischer Exkurs

Neben den bereits erörterten Fragen wird teilweise auch eine Neuordnung der Dogmatik – sofern aktuell überhaupt von einer gefestigten Rechtsdogmatik im klassischen Sinne gesprochen werden kann – zur Abgrenzung von entschädigungslosen regulativen Maßnahmen und entschädigungspflichtigen Enteignungen diskutiert.

Hierzu soll ein Vorschlag von David Khachvani aufgegriffen werden, der vorschlägt, Inhalt und Abgrenzung von entschädigungsloser Regulierung (*non-compensable regulation*) und regulativer Enteignung (*regulatory expropriation*) neu zu definieren.²⁰² Hierzu bezieht sich Khachvani auf Grundüberlegungen zum Schutz von Eigentum und auf die inhärenten Grenzen von Eigentumsrechten (insb. Rechte Dritter), die den ausländischen Investitionen gegenüberstehen.

Khachvani's zentraler Vorschlag ist ein sog. „*Changed Circumstances*“-Test.²⁰³ Dieser unterscheidet auf Grundlage des aktuellen Wissens- und Forschungsstandes danach, ob eine staatliche Maßnahme der Verbesserung des Gemeinwohls dient oder das bestehende Gemeinwohl mit Blick auf veränderte tatsächliche Gegebenheiten (*factual circumstances*) bzw. eines erhöhten Bewusstseins für diese Gegebenheiten erhalten möchte. Erstere Maßnahmen, die der Verbesserung des Gemeinwohls eines Staates dienen, seien entschädigungspflichtig, da „*die Gesellschaft nicht den Anspruch erheben darf, ihren Lebensstandard auf Kosten einiger weniger Individuen zu verbessern. Vielmehr sollte die Gesellschaft als Ganzes die Last der Verbesserung ihrer Wohlfahrt tragen.*“²⁰⁴ Dienten staatliche Maßnahmen jedoch zur Erhaltung des Gemeinwohls, weil zwischen dem Erwerb der Eigentumsposition und dem Ergreifen der Maßnahme neue wissenschaftliche Erkenntnisse bekannt wurden, die ein Eingreifen im gesellschaftlichen Interesse notwendig erscheinen lassen, seien die Maßnahmen entschädigungslos.²⁰⁵ Zum Geschäftsrisiko des Investors gehöre nämlich auch, dass sich die Bewertung bestimmter Wirtschafts- und Industriezweige im Lichte neuer Umstände und neu verfügbarer wissenschaftlicher Erkenntnisse ändere.²⁰⁶ Diese Bewertung habe Einfluss darauf, wo die Grenzen des schutzwürdigen Eigentums verliefen.

Übertragen auf die vorliegende Betrachtung hieße das: Aufgrund der veränderten Umstände und wissenschaftlichen Erkenntnisse mit Blick auf den Klimawandel und seine Folgen lägen „*changed circumstances*“ vor, die es mit Blick auf umwelt- und klimakritische Investitionen erforderlich machen, dass Staaten zum Erhalt des gesellschaftlichen Lebensstandards gewisse Maßnahmen ergreifen. Im Falle von gutgläubiger staatlicher Regulierung im Interesse des Klimaschutzes stelle diese nach *Khachvani*

²⁰² Zum Beitrag: *Khachvani*, ICSID Review 35 (Nr. 1-2, 2020), 154-173.

²⁰³ *Ibid.*, 161ff.

²⁰⁴ *Khachvani*, ICSID Review 35 (Nr. 1-2, 2020), 165.

²⁰⁵ *Ibid.*, 165; hier verweist *Khachvani* exemplarisch auf staatliche Verbote von Asbest ab den 1970er Jahren aufgrund neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse über die Schädlichkeit für den Menschen. Mit den Asbest-Verboten hätten Staaten nicht versucht, den Lebensstandard einer Gesellschaft zu verbessern, sondern den bestehenden Lebensstandard im Lichte der neuen Erkenntnisse zu erhalten.

²⁰⁶ *Ibid.*, 166f.

keinen Eingriff in das Eigentum des Investors dar und sei daher keine entschädigungspflichtige Enteignung.

Die Frage der Legitimation, des Umfangs und des Inhalts von Eigentumsschutz ist eng mit heutigen Diskussionen zum Umwelt- und Klimaschutz verwoben – wer darf die Umwelt und ihre Ressourcen wie, in welcher Weise und für welchen Zeitraum nutzen? In diesem Kontext stellt der Vorschlag von Khachvani einen begrüßenswerten Beitrag zur Dogmatik der Abgrenzung von entschädigungslosen regulativen Maßnahmen und entschädigungspflichtigen Enteignungen dar. Hierbei ist es sicherlich sinnvoll, die grundlegenden Fragen zum Eigentum und seinem Schutz im investitionsschutzrechtlichen Diskurs (wieder) verstärkt zu stellen und zu erörtern. Positiv hervorzuheben ist auch, dass die Anknüpfung an veränderte wissenschaftliche Erkenntnisse, also „changed circumstances“, und eine darauf reagierende staatliche Handlung den Kern vieler Investitionsstreitigkeiten widerspiegelt²⁰⁷ und damit den Fokus richtig legt. Dies sollte gleichzeitig nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch ein „Changed Circumstances“-Test keine Patentlösung für die in diesem Beitrag skizzierten Abgrenzungsschwierigkeiten von entschädigungslosen regulativen Maßnahmen und entschädigungspflichtigen Enteignungen bietet. So stellen sich wiederum dogmatische und praktische Probleme: fraglich ist zunächst, ab welchem Zeitpunkt eine Gesellschaft „Kenntnis“ von veränderten wissenschaftlichen Erkenntnissen hat. Wirft man beispielsweise einen Blick auf die wissenschaftliche Erforschung des Klimawandels, zeigt sich, dass erste Erkenntnisse zu anthropogenen Klimaveränderungen bereits in den 1970er Jahren aufkamen. Spätestens Ende der 1980er wurden diese Gegenstand der internationalen Politik (vgl. oben) und auch gesellschaftlich breit diskutiert. Freilich hat die wissenschaftliche Forschung zum Klimawandel sowohl in Tiefe als auch Breite ihrer Erkenntnisse und Prognosen in den letzten Jahrzehnten große Fortschritte gemacht. An dieser beispielhaften Skizzierung zeigt sich, dass die wissenschaftliche Genese in bestimmten Bereichen mitunter über einen sehr langen Zeitraum stattfindet und folglich „changed circumstances“ i.S.v. Khachvani’s Vorschlag zeitlich und qualitativ nur schwer bestimmbar sind.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass *David Khachvani* mit seinem „*Changed Circumstances*“-Test den Diskurs um die Dogmatik der Abgrenzung von entschädigungslosen regulativen Maßnahmen und entschädigungspflichtigen Enteignungen um einen spannenden wie fruchtbaren Vorschlag erweitert hat. Freilich bedarf die Ausgestaltung noch tieferer dogmatischer Prägnanz, um für den rechtspraktischen Einsatz handhabbar zu sein und um überzeugende sowie gerechte Ergebnisse liefern zu können.

²⁰⁷ Zur Illustration sei auf folgende Schiedsverfahren verwiesen: *Methanex Corporation v. United States of America*, in der es um ein kalifornisches Verbot für das Kraftstoff-Additiv MTBE ging, das aufgrund wissenschaftlicher Erkenntnisse zu Gesundheits- und Umweltschäden durch diesen Stoff verhängt wurde. *Philip Morris v. Uruguay*, in der die uruguayische Regierung Verpackungsvorschriften für Tabakprodukte erlies, um den Konsum von gesundheitsschädlichen Tabakwaren zu reduzieren.

SCHRIFTUM

- Baetens*, Freja, Combatting climate change through the promotion of green investment: from Kyoto to Paris without regime-specific dispute settlement, in: Miles, Kate (Hrsg.), *Research Handbook on Environment and Investment Law*, Cheltenham 2019, 107-130.
- Böhringer*, Ayşe-Martina, Das neue Pariser Klimaübereinkommen, Eine Kompromisslösung mit Symbolkraft und Verhaltenssteuerungspotential, *ZaöRV* 76 (2016), 753-795.
- Boute*, Anatole, Combating Climate Change through Investment Arbitration, *Fordham International Law Journal* 35 (Nr. 3, 2012), 613-664.
- Brew*, Robert, Exception Clauses in International Investment Agreements as a Tool for Appropriately Balancing the Right to Regulate with Investment Protection, *Canterbury Law Review* (Nr. 25, 2019), 205-242.
- Borgen*, Christopher J., Resolving Treaty Conflicts, *George Washington International Law Review* 37 (Nr. 3, 2005), 573-648.
- Brown*, Chester/*Cucinotta*, Domenico, Treatment standards in environment-related investor-state disputes, in: Miles, Kate (Hrsg.), *Research Handbook on Environment and Investment Law*, Cheltenham 2019, 175-208.
- Brownlie*, Ian, *Principles of Public International Law*, 7. Auflage, Oxford 2008.
- Chennoufi*, Leila/*Cowling*, Krycia/*Drimmer*, Jonathan/*Figueroa*, Grace Menck/*Giorgetti*, Chiara/*Lee*, Young Hee/*Di Leva*, Charles/*Low*, Jan/*Magraw*, Kendra/*McCaffrey*, Steve/*Puig*, Sergio/*Rosemberg*, Anabella, Model Green Investment Treaty: International Investment and Climate Change, *Journal of International Arbitration* 36 (Nr. 1, 2019), 95-134.
- Climate Transparency* (Hrsg.), *Climate Transparency Report 2021, Comparing G20 Climate Action Towards Net Zero*, Berlin 2020, erhältlich im Internet: <<https://www.climate-transparency.org/wp-content/uploads/2021/10/CT2021-Highlights-Report.pdf>> (besucht am 20. März 2022).
- Cotula*, Lorenzo, EU–China Comprehensive Agreement on Investment: An Appraisal of its Sustainable Development Section, *Business and Human Rights Journal* 6 (Nr. 2, 2021), 360-367, erhältlich im Internet: <<https://doi.org/10.1017/bhj.2021.16>> (besucht am 20. März 2022).
- Corten*, Olivier/*Klein*, Pierre (Hrsg.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties, A Commentary, Volume I*, Oxford 2011.
- Cox*, Johanne M., *Expropriation in Investment Treaty Arbitration*, Oxford 2019.
- Dolzer*, Rudolf/*Schreuer*, Christoph, *Principles of International Investment Law*, 2. Auflage, Oxford 2012.

- Echandi, Roberto/Sauvé, Pierre*, Prospects in International Investment Law and Policy, Cambridge 2013.
- Firger, Daniel M./Gerrard, Michael*, Harmonizing Climate Change Policy and International Investment Law: Threats, Challenges and Opportunities, in: Sauvant, Karl P. (Hrsg.), Yearbook on International Investment Law & Policy 2010-11, Oxford 2011.
- Gazzini, Tarcisio*, Interpretation of International Investment Treaties, Oxford 2016.
- Geiger, Rainer*, Multilateral Approaches to Investment: The Way Forward, in: Alvarez, Jose E./Sauvant, Karl P. (Hrsg.), The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options, Oxford 2011, 153-172.
- Gordon, Kathryn/Pohl, Joachim*, Environmental Concerns in International Investment Agreements: A Survey, OECD Working Papers on International Investment Nr. 1, 2011), erhältlich im Internet: <<https://doi.org/10.1787/5kg9mq7scrjhen>> (besucht am 20. März 2022).
- Henin, Paula/Howley, Jessica/Keene, Amelia/Peart, Nicola*, Innovating International Investment Agreements: A Proposed Green Investment Protocol for Climate Change Mitigation and Adaptation, Journal of International Arbitration 36 (Nr. 1, 2019), 37–70.
- International Carbon Action Partnership (ICAP)*, Emissions Trading Worldwide: Status Report 2022, International Carbon Action Partnership, Berlin 2021, erhältlich im Internet: <https://icapcarbonaction.com/system/files/document/220408_icap_report_rz_web.pdf> (besucht am 20. März 2022).
- Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC)*, Climate Change 2022, Mitigation of Climate Change, Summary for Policymakers, Working Group III contribution to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Skea, Jim/Shukla, Priyadarshi/Reisinger, Andy/*et. al.* (Hrsg.)], IPCC, Genf 2022, erhältlich im Internet: <https://report.ipcc.ch/ar6wg3/pdf/IPCC_AR6_WGIII_SummaryForPolicymakers.pdf> (besucht am 10. April 2022).
- Climate Change 2022, Impacts, Adaptation and Vulnerability, Summary for Policymakers, Working Group II contribution to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Pörtner, Hans-Otto/Roberts, Debra C./Tignor, Melinda M.B./*et. al.* (Hrsg.)], IPCC, Genf 2022, erhältlich im Internet: <https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg2/downloads/report/IPCC_AR6_WGII_SummaryForPolicymakers.pdf> (besucht am 20. März 2022).
- Climate Change 2021, The Physical Science Basis, Summary for Policymakers, Working Group I Contribution to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Masson-Delmotte, Valérie/Zhai, Panmao/Pirani, Anna/*et. al.* (Hrsg.)], IPCC, Genf 2021, erhältlich im Internet:

- <https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/downloads/report/IPCC_AR6_WGI_SPM_final.pdf> (besucht am 20. März 2022).
- Climate Change 2014: Synthesis Report, Contribution of Working Groups I, II and III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Pachauri, Rajendra K./Allen, Myles R./Barros, Vicente R./*et. al.* (Hrsg.)], IPCC, Genf 2014, erhältlich Internet: <https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/02/SYR_AR5_FINAL_full.pdf> (besucht am 20. März 2022).
- Global Warming of 1.5°C, An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty [Masson-Delmotte, Valérie/Zhai, Panmao/Pörtner, Hans-Otto/*et. al.* (Hrsg.)], IPCC, Genf 2019, erhältlich im Internet: <https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2019/06/SR15_Full_Report_High_Res.pdf> (besucht am 13. Juni 2021).
- Johnson*, Lise, International Investment Agreements and Climate Change: The Potential for Investor-State Conflicts and Possible Strategies for Minimizing It, Environmental Law Reporter News & Analysis 39 (Nr. 12, Dezember 2009), 11147-11160.
- Kappas*, Martin, Klimatologie, Klimaforschung im 21. Jahrhundert – Herausforderungen für Natur- und Sozialwissenschaften, Heidelberg 2009.
- Khachvani*, David, Non-Compensable Regulation versus Regulatory Expropriation: Are Climate Change Regulations Compensable?, ICSID Review 35 (Nr. 1-2, 2020), 154-173.
- Kläger*, Roland, Die Entwicklung des allgemeinen völkerrechtlichen Fremdenrechts – unter besonderer Berücksichtigung seiner Wechselwirkungen mit dem internationalen Investitionsschutzrecht –, Beiträge zum Europa- und Völkerrecht 6 (2011), erhältlich im Internet: <<http://dx.doi.org/10.25673/68995>> (besucht am 20. März 2022).
- Krajewski*, Markus, Völkerrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2019.
- Kriebaum*, Ursula, Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State, Journal of World Investment & Trade 8 (Nr. 5, 2007), 717-744.
- Marshall*, Fiona/Aaron, Cosbey/Murphy, Deborah, Climate Change and International Investment Agreements: Obstacles or opportunities?, International Institute for Sustainable Development (IISD), Winnipeg 2010, erhältlich im Internet: <https://www.iisd.org/system/files/publications/bali_2_copenhagen_ias.pdf> (besucht am 20. März 2022).
- Martini*, Camille, Balancing Investors' Rights with Environmental Protection in International Investment Arbitration: An Assessment of Recent Trends in Investment Treaty Drafting, International Lawyer 50 (Nr. 3, 2017), 529-584.
- McLachlan*, Campbell/Shore, Laurence/Weiniger, Matthew, International Investment Arbitration: Substantive Principles, 2. Auflage, Oxford 2017.

- Miles*, Kate, *The Origins of International Investment Law – Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*, Cambridge 2013.
- Mostafa*, Ben, *The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law*, *Australian International Law Journal* 15 (Nr. 1, 2008), 267-296.
- Mouyal*, Lone Wandahl, *International Investment Law and the Right to Regulate, A Human Rights Perspective*, New York 2016.
- Newcombe*, Andrew, *Sustainable Development and Investment Treaty Law*, *The Journal of World Investment & Trade* 8 (2007), 357-408.
- Nikiema*, Suzy H., *Best Practices Indirect Expropriation*, International Institute for Sustainable Development (IISD), März 2012, erhältlich im Internet: <https://www.iisd.org/system/files/publications/best_practice_indirect_expropriation.pdf> (besucht am 20. März 2022).
- Nowrot*, Karsten, *How to Include Environmental Protection, Human Rights and Sustainability in International Investment Law*, *Journal of World Investment & Trade* 15 (Nr. 3-4, 2014), 612-644.
- Nückel*, David, *Rechtlicher Charakter des Pariser Übereinkommens – hard law oder soft law?*, *ZUR* 2017, 525-532.
- OECD*, “Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate” in International Investment Law, *OECD Working Papers on International Investment* Nr. 4 (2004), erhältlich im Internet: <<https://doi.org/10.1787/780155872321>> (besucht am 20. März 2022).
- Rajput*, Aniruddha, *Regulatory Freedom and Indirect Expropriation in Investment Treaty Arbitration*, Singapur 2015, erhältlich im Internet: <<https://scholarbank.nus.edu.sg/handle/10635/143307>> (besucht am 20. März 2022).
- Reinisch*, August, *Internationales Investitionsschutzrecht*, in: Tietje, Christian/Nowrot, Karsten (Hrsg.), *Internationales Wirtschaftsrecht*, 3. Auflage, Berlin 2022, 454-494.
- Die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten, in: Tietje, Christian/Nowrot, Karsten (Hrsg.), *Internationales Wirtschaftsrecht*, 3. Auflage, Berlin 2022, 1089-1112.
- /Schreuer, Christoph, *International Protection of Investments, The Substantive Standards*, Cambridge 2020.
- Sabanogullari*, Levent, *General Exception Clauses in International Investment Law, The Recalibration of Investment Agreements via WTO-Based Flexibilities*, Baden-Baden 2018.
- Salacuse*, Jeswald W., *The Law of Investment Treaties*, 2. Auflage, Oxford 2015.
- Schill*, Stephan W., *Do Investment Treaties Chill Unilateral State Regulation to Mitigate Climate Change?*, *Journal of International Arbitration* 24 (Nr. 5, 2007), 469-477.
- Schreuer*, Christoph, *Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration*, in: Fitzmaurice, Malgosia/Elias, Olufemi/Merkouris,

- Panos (Hrsg.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years On*, Leiden/ Boston 2010, 129.
- Sohn*, Louis B./*Baxter*, R.R., Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens: II. Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens, *American Journal of International Law* 55 (Nr. 3, 1961), 548-584.
- Soloway*, Julie A., Environmental Regulation as Expropriation: The Case of NAFTA's Chapter 11, *Canadian Business Law Journal* 33 (Nr. 1, 2000), 92-127.
- Tams*, Christian J., The Defence of Necessity – as Reflected in Recent Investment Arbitrations, in: Tietje, Christian et al. (Hrsg.), *General Public International Law and International Investment Law – A Research Sketch on Selected Issues –*, *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* 105 (2011), erhältlich im Internet: <<http://dx.doi.org/10.25673/76735>> (besucht am 20. März 2021).
- Tienhaara*, Kyla, Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement, *Transnational Environmental Law* 7 (Nr. 2, 2018), 229–250.
- /*Cotula*, Lorenzo, Raising the cost of climate action? Investor-state dispute settlement and compensation for stranded fossil fuel assets, *International Institute for Environment and Development*, 2020, erhältlich im Internet: <<https://pubs.iied.org/sites/default/files/pdfs/migrate/17660IIED.pdf>> (besucht am 20. März 2022).
- Tietje*, Christian, Internationales Investitionsschutzrecht im Spannungsverhältnis von staatlicher Regelungsfreiheit und Schutz wirtschaftlicher Individualinteressen, *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* 93 (2010), erhältlich im Internet: <<http://dx.doi.org/10.25673/76585>> (besucht am 20. März 2022).
- Titi*, Aikaterini, *The Right to Regulate in International Investment Law*, Baden-Baden 2014.
- United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD), *Expropriation, A sequel*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, New York und Genf 2012, erhältlich im Internet: <https://unctad.org/system/files/official-document/unctaddiaeia2011d7_en.pdf> (besucht am 20. März 2022).
- World Investment Report 2021*, *Investing in Sustainable Recovery*, Genf 2021, erhältlich im Internet: <https://unctad.org/system/files/official-document/wir2021_en.pdf> (besucht am 20. März 2022).
- International Investment Agreements Reform Accelerator 2020*, Genf 2020, erhältlich im Internet: <https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2020d8_en.pdf> (besucht am 20. März 2022).
- World Investment Report 2020*, *International Production Beyond the Pandemic*, Genf 2020, erhältlich im Internet: <https://unctad.org/system/files/official-document/wir2020_en.pdf> (besucht am 20. März 2022).

- World Investment Report 2017, Investment and the Digital Economy, Genf 2017, erhältlich im Internet: <https://unctad.org/system/files/official-document/wir2017_en.pdf> (besucht am 20. März 2022).
- Investment Policy Framework for Sustainable Development 2015, Genf 2015, erhältlich im Internet: <https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcb2015d5_en.pdf> (besucht am 20. März 2022).
- World Investment Report 2015, Reforming International Investment Governance, Genf 2015, erhältlich im Internet: <https://unctad.org/system/files/official-document/wir2015_en.pdf> (besucht am 20. März 2022).
- Investment Policy Framework for Sustainable Development 2012, Genf 2012, erhältlich im Internet: <https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcb2012d5_en.pdf> (besucht am 20. März 2022).
- World Investment Report 2010, Investing in a Low-Carbon Economy, Genf 2010, erhältlich im Internet: <https://unctad.org/system/files/official-document/wir2010_en.pdf> (besucht am 20. März 2022).
- Vadi*, Valentina, Beyond Known Worlds: Climate Change Governance by Arbitral Tribunals, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 48 (Nr. 5, 2015), 1285-1352.
- Viñuales*, Jorge E., Seven Ways of Escaping a Rule, Of Exceptions and Their Avatars in International Law, in: Bartels, Lorand/Paddeu, Federica (Hrsg.), *Exceptions in International Law*, Oxford 2020, 65-87.
- Foreign investment and the environment in international law: current trends, in: Miles, Kate (Hrsg.), *Research Handbook on Environment and Investment Law*, Cheltenham 2019, 12-37.
- Foreign Investment and the Environment in International Law, Cambridge 2012.
- Voland*, Thomas/*Engel*, Stefan, Regeln für das Weltklima, Inhalt und Rechtsnatur von Pariser Übereinkommen und „Regelbuch“, *NVwZ* 2019, 1785-1790.
- Weber*, Klaus (Hrsg.), *Rechtswörterbuch*, 27. Edition (Stand 01.10.2021), München 2021.
- Zamir*, Noam, The Police Powers Doctrine in International Investment Law, *Manchester Journal of International Economic Law* 14 (Nr. 3, 2017), 318-337.
- Zhu*, Ying, Do Clarified Indirect Expropriation Clauses in International Investment Treaties Preserve Environmental Regulatory Space?, *Harvard International Law Journal* 60 (Nr. 2, Sommer 2019), 377-416.

Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht

(bis Heft 13 erschienen unter dem Titel: Arbeitspapiere aus dem
Institut für Wirtschaftsrecht – ISSN 1619-5388)

ISSN 1612-1368 (print)
ISSN 1868-1778 (elektr.)

Bislang erschienene Hefte

- Heft 100 Ernst-Joachim Mestmäcker, Die Wirtschaftsverfassung der EU im globalen Systemwettbewerb, März 2011, ISBN 978-3-86829-346-3
- Heft 101 Daniel Scharf, Das Komitologieverfahren nach dem Vertrag von Lissabon – Neuerungen und Auswirkungen auf die Gemeinsame Handelspolitik, Dezember 2010, ISBN 978-3-86829-308-1
- Heft 102 Matthias Böttcher, „Clearstream“ – Die Fortschreibung der Essential Facilities-Doktrin im Europäischen Wettbewerbsrecht, Januar 2011, ISBN 978-3-86829-318-0
- Heft 103 Dana Ruddigkeit, Die kartellrechtliche Beurteilung der Kopplungsgeschäfte von *eBay* und *PayPal*, Januar 2011, ISBN 978-3-86829-316-6
- Heft 104 Christian Tietje, Bilaterale Investitionsschutzverträge zwischen EU-Mitgliedstaaten (Intra-EU-BITs) als Herausforderung im Mehrebenen-system des Rechts, Januar 2011, ISBN 978-3-86829-320-3
- Heft 105 Jürgen Bering/Tillmann Rudolf Braun/Ralph Alexander Lorz/Stephan W. Schill/Christian J. Tams/Christian Tietje, General Public International Law and International Investment Law – A Research Sketch on Selected Issues –, März 2011, ISBN 978-3-86829-324-1
- Heft 106 Christoph Benedict/Patrick Fiedler/Richard Happ/Stephan Hobe/Robert Hunter/Lutz Kniprath/Ulrich Klemm/Sabine Konrad/Patricia Nacimiento/Hartmut Paulsen/Markus Perkams/Marie Louise Seelig/Anke Sessler, The Determination of the Nationality of Investors under Investment Protection Treaties, März 2011, ISBN 978-3-86829-341-8
- Heft 107 Christian Tietje, Global Information Law – Some Systemic Thoughts, April 2011, ISBN 978-3-86829-354-8
- Heft 108 Claudia Koch, Incentives to Innovate in the Conflicting Area between EU Competition Law and Intellectual Property Protection – Investigation on the Microsoft Case, April 2011, ISBN 978-3-86829-356-2
- Heft 109 Christian Tietje, Architektur der Weltfinanzordnung, Mai 2011, ISBN 978-3-86829-358-6
- Heft 110 Kai Hennig, Der Schutz geistiger Eigentumsrechte durch internationales Investitionsschutzrecht, Mai 2011, ISBN 978-3-86829-362-3
- Heft 111 Dana Ruddigkeit, Das Financial Stability Board in der internationalen Finanzarchitektur, Juni 2011, ISBN 978-3-86829-369-2

- Heft 112 Beatriz Huarte Melgar/Karsten Nowrot/Wang Yuan, The 2011 Update of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Balanced Outcome or an Opportunity Missed?, Juni 2011, ISBN 978-3-86829-380-7
- Heft 113 Matthias Müller, Die Besteuerung von Stiftungen im nationalen und grenzüberschreitenden Sachverhalt, Juli 2011, ISBN 978-3-86829-385-2
- Heft 114 Martina Franke, WTO, China – Raw Materials: Ein Beitrag zu fairem Rohstoffhandel?, November 2011, ISBN 978-3-86829-419-4
- Heft 115 Tilman Michael Dralle, Der Fair and Equitable Treatment-Standard im Investitionsschutzrecht am Beispiel des Schiedsspruchs *Glamis Gold v. United States*, Dezember 2011, ISBN 978-3-86829-433-0
- Heft 116 Steffen Herz, Emissionshandel im Luftverkehr: Zwischen EuGH-Entscheidung und völkerrechtlichen Gegenmaßnahmen?, Januar 2012, ISBN 978-3-86829-447-7
- Heft 117 Maria Joswig, Die Geschichte der Kapitalverkehrskontrollen im IWF-Übereinkommen, Februar 2012, ISBN 978-3-86829-451-4
- Heft 118 Christian Pitschas/Hannes Schloemann, WTO Compatibility of the EU Seal Regime: Why Public Morality is Enough (but May not Be Necessary) – The WTO Dispute Settlement Case “European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products”, Mai 2012, ISBN 978-3-86829-484-2
- Heft 119 Karl M. Meessen, Auf der Suche nach einem der Wirtschaft gemäßen Wirtschaftsrecht, Mai 2012, ISBN 978-3-86829-488-0
- Heft 120 Christian Tietje, Individualrechte im Menschenrechts- und Investitionsschutzbereich – Kohärenz von Staaten- und Unternehmensverantwortung?, Juni 2012, ISBN 978-3-86829-495-8
- Heft 121 Susen Bielesch, Problemschwerpunkte des Internationalen Insolvenzrechts unter besonderer Berücksichtigung der Durchsetzung eines transnationalen Eigentumsvorbehalts in der Insolvenz des Käufers, Juli 2012, ISBN 978-3-86829-500-9
- Heft 122 Karsten Nowrot, Ein notwendiger „Blick über den Tellerrand“: Zur Ausstrahlungswirkung der Menschenrechte im internationalen Investitionsrecht, August 2012, ISBN 978-3-86829-520-7
- Heft 123 Henrike Landgraf, Das neue Komitologieverfahren der EU: Auswirkungen im EU-Antidumpingrecht, September 2012, ISBN 978-3-86829-518-4
- Heft 124 Constantin Fabricius, Der Technische Regulierungsstandard für Finanzdienstleistungen – Eine kritische Würdigung unter besonderer Berücksichtigung des Art. 290 AEUV, Februar 2013, ISBN 978-3-86829-576-4
- Heft 125 Johannes Rehahn, Regulierung von „Schattenbanken“: Notwendigkeit und Inhalt, April 2013, ISBN 978-3-86829-587-0
- Heft 126 Yuan Wang, Introduction and Comparison of Chinese Arbitration Institutions, Mai 2013, ISBN 978-3-86829-589-4

- Heft 127 Eva Seydewitz, Die Betriebsaufspaltung im nationalen und internationalen Kontext – kritische Würdigung und Gestaltungsüberlegungen, August 2013, ISBN 978-3-86829-616-7
- Heft 128 Karsten Nowrot, Bilaterale Rohstoffpartnerschaften: Betrachtungen zu einem neuen Steuerungsinstrument aus der Perspektive des Europa- und Völkerrechts, September 2013, ISBN 978-3-86829-626-6
- Heft 129 Christian Tietje, Jürgen Bering, Tobias Zuber, Völker- und europarechtliche Zulässigkeit extraterritorialer Anknüpfung einer Finanztransaktionssteuer, März 2014, ISBN 978-3-86829-671-6
- Heft 130 Stephan Madaus, Help for Europe's Zombie Banks? – Open Questions Regarding the Designated Use of the European Bank Resolution Regime, Juli 2014, ISBN 978-3-86829-700-3
- Heft 131 Frank Zeugner, Das WTO Trade Facilitation-Übereinkommen vom 7. Dezember 2013: Hintergrund, Analyse und Einordnung in den Gesamtkontext der Trade Facilitation im internationalen Wirtschaftsrecht, Oktober 2014, ISBN 978-3-86829-735-5
- Heft 132 Joachim Renzikowski, Strafvorschriften gegen Menschenhandel und Zwangsprostitution de lege lata und de lege ferenda, November 2014, ISBN 978-3-86829-739-3
- Heft 133 Konrad Richter, Die Novellierung des InvStG unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zum Außensteuergesetz, März 2015, ISBN 978-3-86829-744-7
- Heft 134 Simon René Barth, Regulierung des Derivatehandels nach MiFID II und MiFIR, April 2015, ISBN 978-3-86829-752-2
- Heft 135 Johannes Ungerer, Das europäische IPR auf dem Weg zum Einheitsrecht Ausgewählte Fragen und Probleme, Mai 2015, ISBN 978-3-86829-754-6
- Heft 136 Lina Lorenzoni Escobar, Sustainable Development and International Investment: A legal analysis of the EU's policy from FTAs to CETA, Juni 2015, ISBN 978-3-86829-762-1
- Heft 137 Jona-Marie Winkler, Denial of Justice im internationalen Investitionsschutzrecht: Grundlagen und aktuelle Entwicklungen, September 2015, ISBN 978-3-86829-778-2
- Heft 138 Andrej Lang, Der Europäische Gerichtshof und die Investor-Staat-Streitbeilegung in TTIP und CETA: Zwischen Konfrontation, Konstitutionalisierung und Zurückhaltung, Oktober 2015, ISBN 978-3-86829-790-4
- Heft 139 Vinzenz Sacher, Freihandelsabkommen und WTO-Recht Der Peru-Agricultural Products Fall, Dezember 2015, ISBN 978-3-86829-814-7
- Heft 140 Clemens Wackernagel, The Twilight of the BITs? EU Judicial Proceedings, the Consensual Termination of Intra-EU BITs and Why that Matters for International Law, Januar 2016, ISBN 978-3-86829-820-8
- Heft 141 Christian Tietje/Andrej Lang, Community Interests in World Trade Law, Dezember 2016, ISBN 978-3-86829-874-1

- Heft 142 Michelle Poller, Neuer Sanktionsrahmen bei Kapitalmarktdelikten nach dem aktuellen europäischen Marktmissbrauchsrecht - Europarechtskonformität des 1. Finanzmarktmissbrauchsrichtlinien-Gesetzes, Januar 2017, ISBN 978-3-86829-876-5
- Heft 143 Katja Gehne/Romulo Brillo, Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment, März 2017, ISBN 978-3-86829-885-7
- Heft 144 Kevin Crow/Lina Lorenzoni Escobar, International Corporate Obligations, Human Rights, and the Urbaser Standard: Breaking New Ground?, ISBN 978-3-86829-899-4
- Heft 145 Philipp Stegmann, The Application of the Financial Responsibility Regulation in the Context of the Energy Charter Treaty – Case for Convergence or “Square Peg, Round Hole”?, September 2017, ISBN 978-3-86829-913-7
- Heft 146 Vinzenz Sacher, Neuer Kurs im Umgang mit China? Die Reformvorschläge zum EU-Antidumpingrecht und ihre Vereinbarkeit mit WTO-Recht, Oktober 2017, ISBN 978-3-86829-918-2
- Heft 147 Maike Schäfer, Die Rechtsstellung des Vereinigten Königreiches nach dem Brexit in der WTO: Verfahren, Rechtslage, Herausforderungen, November 2017, ISBN 978-3-86829-924-3
- Heft 148 Miriam Elsholz, Die EU-Verordnung zu Konfliktmineralien Hat die EU die richtigen Schlüsse aus bestehenden Regulierungsansätzen gezogen?, Dezember 2017, ISBN 978-3-86829-926-7
- Heft 149 Andreas Kastl, Brexit - Auswirkungen auf den Europäischen Pass für Banken, April 2018, ISBN 978-3-86829-936-6
- Heft 150 Jona Marie Winkler, Das Verhältnis zwischen Investitionsschiedsgerichten und nationalen Gerichten: Vorläufiger Rechtsschutz und Emergency Arbitrator, April 2018, ISBN 978-3-86829-946-5
- Heft 151 Hrabrin Bachev, Yixian Chen, Jasmin Hansohm, Farhat Jahan, Lina Lorenzoni Escobar, Andrii Mykhailov, Olga Yekimovskaya, Legal and Economic Challenges for Sustainable Food Security in the 21st Century, DAAD and IAMO Summer School, April 2018, ISBN (elektr.) 978-3-86829-948-9
- Heft 152 Robin Misterek, Insiderrechtliche Fragen bei Unternehmensübernahmen Transaktionsbezogene Nutzung und Offenlegung von Insiderinformationen unter der Marktmissbrauchsverordnung, April 2018, ISBN 978-3-86829-949-6
- Heft 153 Christian Tietje, Vinzenz Sacher, The New Anti-Dumping Methodology of the European Union – A Breach of WTO-Law?. Mai 2018, ISBN 978-3-86829-954-0
- Heft 154 Aline Schäfer, Der Report of the Human Rights Council Advisory Committee on the activities of vulture funds and the impact on human rights (A/HRC/33/54): Hintergrund, Entwicklung, Rechtsrahmen sowie kritische völkerrechtliche Analyse, Juni 2018, ISBN 978-3-86829-957-1
- Heft 155 Sabrina Birkner, Der Einwirkungserfolg bei der Marktmanipulation im Kontext nationalen und europäischen Rechts, Juli 2018, ISBN 978-3-86829-960-1

- Heft 156 Andrej Lang, Die Autonomie des Unionsrechts und die Zukunft der Investor-Staat-Streitbeilegung in Europa nach Achmea, Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Art. 351 AEUV, Juli 2018, ISBN 978-3-86829-962-5
- Heft 157 Valentin Günther, Der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Europäischen Union – Investitionskontrolle in der Union vor dem Hintergrund kompetenzrechtlicher Fragen, August 2018, ISBN 978-3-86829-965-6
- Heft 158 Philipp Tamblé, Les dispositions sur le droit de la concurrence dans les accords d'intégration régionale, August 2018, ISBN 978-3-86829-967-0
- Heft 159 Georgios Psaroudakis, Proportionality in the BRRD: Planning, Resolvability, Early Intervention, August 2018, ISBN 978-3-86829-969-4
- Heft 160 Friedrich G. Biermann, Wissenszurechnung im Fall der Ad-hoc-Publizität nach Art. 17 MAR, März 2019, ISBN 978-3-86829-987-8
- Heft 161 Leah Wetenkamp, IPR und Digitalisierung. Braucht das internationale Privatrecht ein Update?, April 2019, ISBN 978-3-86829-987-8
- Heft 162 Johannes Scholz, Kryptowährungen – Zahlungsmittel, Spekulationsobjekt oder Nullum? Zivilrechtliche und aufsichtsrechtliche Einordnung sowie Bedürfnis und mögliche Ausgestaltung einer Regulierung, Mai 2019, ISBN 978-3-86829-996-0
- Heft 163 Nicolaus Emmanuel Schubert, Aufschub von Ad-hoc-publizitätspflichtigen Informationen – Notwendigkeit, Probleme und Risiken, Mai 2019, ISBN 978-3-86829-998-4
- Heft 164 Markus Heinemann, Mehr(Un)Sicherheit? Datenschutz im transatlantischen Verhältnis – Untersuchung des rechtlichen Status-quo, dessen praktische Implikationen und Probleme sowie möglicher Alternativen für den transatlantischen Datenaustausch, Juni 2019, ISBN 978-3-96670-001-6
- Heft 165 Marc Loesewitz, Das WTO Dispute Settlement System in der Krise, Juni 2019, ISBN 978-3-96670-003-0
- Heft 166 Nicolaus Emmanuel Schubert, Digital Corporate Governance - Möglichkeiten für den Einsatz neuer Technologien im Gesellschaftsrecht, September 2019, ISBN 978-3-96670-010-8
- Heft 167 Felix Schleife, Ökonomisches Potential und wettbewerbsrechtliche Grenzen des Influencer-Marketings in sozialen Medien, Oktober 2019, ISBN 978-3-96670-013-9
- Heft 168 Eva Volk, Compliance-Management-Systeme als Wettbewerbsvorteil?, Oktober 2019, ISBN 978-3-96670-015-3
- Heft 169 Rebecca Liebig, Künstliche Intelligenz im Rahmen von Art. 8 EGBGB – Rechtliche Beurteilung des Einsatzes von KI als Stellvertreter im Lichte des Internationalen Privatrechts, Januar 2020, ISBN 978-3-96670-026-9
- Heft 170 Jannis Bertling, Die geplante Überarbeitung der ICSID Arbitration Rules, Juni 2020, ISBN 978-3-96670-043-6

- Heft 171 Franziska Kümpel, Asset Backed Securities in Deutschland und Luxemburg, Januar 2021, ISBN 978-3-96670-061-0
- Heft 172 Felix Klindworth, Exportbeschränkung von persönlicher Schutzausrüstung im Pandemiefall – Rechtliche Einordnung im Mehrebenensystem und ökonomische Perspektive, Februar 2021, ISBN 978-3-96670-064-1
- Heft 173 Christian Tietje/Andrej Lang, The (Non-)Applicability of the Monetary Gold Principle in ICSID Arbitration Concerning Matters of EU Law, Juli 2021, ISBN 978-3-96670-083-2
- Heft 174 Christian Plewnia, The UNCITRAL Investor-State Dispute Settlement Reform: Implications for Transition Economies in Central Asia, Januar 2022, ISBN 978-3-96670-093-1
- Heft 175 Mathea Schmitt, Reaktionen der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit auf die Achmea-Entscheidung des EuGH vom 6. März 2018, ISBN 978-3-96670-095-5
- Heft 176 Philipp Reinhold, Neue Wege der Nachhaltigkeit - Völkerrechtliche Probleme und europarechtliche Perspektiven einer wertebasierten Handelspolitik der Europäischen Union, ISBN 978-3-96670-097-9
- Heft 177 Christian Tietje/ Darius Ruff/ Mathea Schmitt, Final Countdown im EU-Investitionsschutzrecht: Gilt das Komstroy-Urteil des EuGH auch in intra-EU-ICSID-Verfahren?, ISBN 978-3-96670-104-4
- Heft 178 Christian Tietje/ Darius Ruff/ Mathea Schmitt, Final Countdown in EU Investment Protection Law: Does the ECJ's Komstroy Ruling also Apply in intra-EU ICSID Proceedings?, ISBN 978-3-96670-108-2
- Heft 179 Sophie-Katharina Perl, The Protection of National Security in International Economic Law – US policy on Steel and Aluminium in the Light of WTO Law, ISBN 978-3-96670-136-5

Die Hefte erhalten Sie als kostenlosen Download unter:

<http://telc.jura.uni-halle.de/de/forschungen-und-publikationen/beitr%C3%A4ge-transnationalen-wirtschaftsrecht>