

Das Ordnungspotenzial der *Chorzów*-Grundsätze für das Investitionsschutzrecht

Christoph Krönke*

Abstract	97
I. Einführung	98
II. Terminologische Vorfragen	101
III. Gehalt und Ordnungspotenzial der <i>Chorzów</i> -Grundsätze	102
1. Kontext und Inhalt der <i>Chorzów</i> -Entscheidung	103
2. Entwicklung der <i>Chorzów</i> -Grundsätze	106
a) Kategoriale Unterscheidung von “Entschädigung” und “Wiedergutmachung”	106
b) Folgen von Verstößen gegen Enteignungsbestimmungen für die Wiedergutmachung, insbesondere für den maßgeblichen Bewertungszeitpunkt	112
c) Vorrang der Naturalrestitution	116
3. Zwischenergebnis	117
IV. Die <i>Chorzów</i> -Grundsätze in der Rechtsprechung der Investitionsschiedsgerichte	118
1. Kategoriale Unterscheidung von “Entschädigung” und “Wiedergutmachung”	118
a) “Entschädigung” bei allen Enteignungsformen – <i>Servier v. Poland u. a.</i>	119
b) “Wiedergutmachung” bei rechtswidriger Enteignung – <i>Vivendi v. Argentina II u. a.</i>	121
c) Bewertung	122
2. Folgen von Verstößen gegen Enteignungsbestimmungen für die Wiedergutmachung, insbesondere für den maßgeblichen Bewertungszeitpunkt	124
a) Fehlen eines legitimen Enteignungsgrundes – <i>ADC v. Hungary</i>	124
b) “Gestreckte” Enteignung ohne Entschädigung – <i>Ungran v. Costa Rica</i>	126
c) Keine Festlegung auf eine bestimmte Rechtsverletzung – <i>Yukos v. Russia u. a.</i>	128
d) Bewertung	132
3. Vorrang der Naturalrestitution	135
a) Überschaubare Spruchpraxis	135
b) Bewertung	139
V. Ergebnisse	140

Abstract

Der Artikel untersucht, inwiefern sich die *Chorzów*-Grundsätze als leitend für das gegenwärtige Investitionsschutzrecht erweisen und dadurch Einheit in einem fragmentierten Teilgebiet des Völkerrechts stiften können. Die damit angesprochenen Fragen aus dem Entschädigungs- und Schadens-

* Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Habilitand am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Umwelt- und Sozialrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München (Professor Dr. *Martin Burgi*); Dr. *iur.* (Ludwig-Maximilians-Universität München, 2013).

recht in Enteignungsfällen bilden ein Kernthema des Investitionsschutzrechts und sind von überragender praktischer Relevanz. Die *Chorzów*-Judikatur veranschaulicht plastisch, dass das Völkerrecht durchaus geeignet ist, wesentliche Leitlinien für das Investitionsschutzrecht vorzugeben, ohne diesem Rechtsgebiet die nötige Flexibilität zu nehmen. Das Ordnungspotenzial der *Chorzów*-Grundsätze wird dabei von einigen, wenn auch nicht allen Investitionsschiedsgerichten nutzbar gemacht.

I. Einführung

Das internationale Investitionsschutzrecht ist ins Gerede gekommen. Nicht erst mit der Diskussion über die transatlantischen Freihandelsabkommen in der deutschen Öffentlichkeit¹ erfuhr die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit – noch immer eines der am schnellsten wachsenden Teilgebiete des Völkerrechts² – einen “*Backlash*”.³ Schon seit einiger Zeit werden neben wichtigen formalen Elementen wie der demokratischen Legitimation der Schiedsgerichte, dem institutionellen und personellen Setting und dem verfahrensrechtlichen Design insbesondere auch die Inhalte des praktizierten Investitionsschutzrechts ganz grundsätzlich hinterfragt. Angesprochen sind damit nicht zuletzt die teils gravierenden Disparitäten in der Spruchpraxis der Schiedsgerichte, die ohne hierarchische Ordnung und Instanzenzug berufen sind, auf der Grundlage von deutlich über 3.000 verschiedenen, über-

¹ Vgl. aus der Diskussion in der juristischen Fachöffentlichkeit, die hier nicht im Einzelnen nachgezeichnet werden kann, etwa die sehr kritischen Beiträge von *K. von Frankenberg*, Marktfähige Gerichtsbarkeit, KJ 47 (2014), 316 ff.; *K. von Frankenberg*, Rechtsstaaten vor privatem Schiedsgericht?, DRiZ 92 (2014), 238 ff.; *S. Broß*, Freihandelsabkommen, einige Anmerkungen zur Problematik der privaten Schiedsgerichte, in: Hans Böckler Stiftung (Hrsg.), Mitbestimmungsförderung, Report Nr. 4/2015, 4 ff. (verfügbar unter <<http://www.boeckler.de>>; zur Verteidigung des Modells der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit *M. Bungenberg*, Auf dem Weg zu einem Investitionsschutz 2.0?, GewArch 60 (2014), 382 ff.; *S. Schill*, Verstoßen die TTIP-Schiedsgerichte gegen das GG?, RUP 51 (2015), 11 ff.; *C. Ohler*, Die Vereinbarkeit von Investor-Staat-Schiedsverfahren mit deutschem und europäischem Verfassungsrecht, JZ 70 (2015), 337 ff.

² *S. Schill*, Internationales Investitionsschutzrecht und Vergleichendes Öffentliches Recht: Grundlagen und Methode eines öffentlich-rechtlichen Leitbildes für die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, ZaöRV 71 (2011), 247 (248).

³ Vgl. statt vieler den Überblick bei *M. Waibel/A. Kaushal/K.-H. Chung/C. Balchin*, The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality, in: *M. Waibel/A. Kaushal/K.-H. Chung/C. Balchin* (Hrsg.), The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality, 2010, XXXVII ff., sowie die dort zusammengetragenen Beiträge.

wiegend bilateralen völkerrechtlichen Verträgen mit erheblichem Auslegung- und Rechtsfortbildungspotenzial zu judizieren.⁴

Diese substanziellen Zerfaserungen des Investitionsschutzrechts begründen Zweifel, ob ein derart fragmentiertes und höchst spezifisches Rechtsgebiet überhaupt noch von allgemeinen Prinzipien und Rechtsfiguren des Völkerrechts durchzogen ist, indem es seine rechtsquellentheoretischen Wurzeln schlägt. Mit einem pauschalen Verweis auf die in der Schiedsgerichtspraxis verbreiteten Rückgriffe auf allgemeine Lehren des Völkerrechts, einschließlich der Judikatur des Internationalen Gerichtshofs (IGH),⁵ lassen sich diese Zweifel gewiss nicht ausräumen. Gefragt sind vielmehr eingehende Analysen und Bewertungen jener Bezugnahmen im Einzelnen, insbesondere im Hinblick auf für das internationale Investitionsschutzrecht besonders wichtige und kritische Themen.

Als ein solches Kernthema des Investitionsschutzrechts erweisen sich die in der *Chorzów*-Entscheidung des Ständigen Internationalen Gerichtshofs (StIGH) niedergelegten Grundsätze der Entschädigung und Wiedergutmachung in Enteignungsfällen. Da das Investitionsschutzrecht selbst nicht über ein umfassendes Reservoir an Sekundärnormen für den Fall eines Verstoßes gegen die (primären) Enteignungsschutzbestimmungen verfügt, auf die ein Investitionsschiedsgericht beim Fehlen entsprechender Regeln im einschlägigen Investitionsschutzabkommen zurückgreifen könnte,⁶ zählen die (sekundären) *Chorzów*-Grundsätze schon in *quantitativer* Hinsicht zu den in der Spruchpraxis internationaler Investitionsschiedsgerichte mit Abstand am häufigsten zitierten völkerrechtlichen Judikaten.⁷ Aber auch *quali-*

⁴ Vgl. zum Fehlen einer solchen Ordnung der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit und dem daraus resultierenden Risiko sich widersprechender Entscheidungen *S. Schill*, *The Multilateralization of International Investment Law*, 2009, 285 ff., 339 ff.

⁵ Vgl. zum Überblick *A. Pellet*, *The Case Law of the ICJ in Investment Arbitration*, *ICSID Rev. – Foreign Invest. L.J.* 28 (2013), 223 (insbesondere 232 f.), mit einer beeindruckenden Fülle von Nachweisen, dass sich internationale Schiedsgerichte in nahezu allen zentralen rechtlichen Fragen – von der Vertragsauslegung über die Völkerrechtsquellenlehre, verschiedenste Zuständigkeits- und Zulässigkeitsfragen, Probleme des einstweiligen Rechtsschutzes und Beweislastverteilungsfragen bis hin zu wichtigen materiell-rechtlichen Themen wie die rechtliche Stellung von Anteilseignern juristischer Personen, die Staatenverantwortlichkeit sowie die Entschädigungs- und Schadensberechnung – regelmäßig auf Leitentscheidungen des IGH und des StIGH, berufen.

⁶ Vgl. zur Unterscheidung von Primärnormen (*“primary rules”*) und Sekundärnormen (*“secondary rules”*) sowie zum Mangel an Sekundärnormen im Investitionsschutzrecht allgemein *B. Simma/D. Pulkowski*, *Two Worlds, but Not Apart: International Investment Law and General International Law*, in: M. Bungenberg/J. Griebel/S. Hobe/A. Reinisch (Hrsg.), *International Investment Law*, 2015, 361 (363), mit Verweis auf *Asian Agricultural Products Ltd v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Award, 27.6.1990, 4 ICSID Rep. 245, Rn. 21.

⁷ Vgl. *A. Pellet* (Anm. 5), 232 f. m. w. N.

tativ lässt sich die Relevanz des Themas “Entschädigung und Wiedergutmachung” kaum überschätzen. Gewiss muten die damit verbundenen Fragen etwa bezüglich der Methode zur Berechnung der Entschädigung bzw. Wiedergutmachung oder des für die Bewertung enteigneter Investitionen maßgeblichen Zeitpunkts zunächst sehr ökonomisch-technisch an. Gleichwohl dürfen sie nicht mit einem lapidaren *index non calculat* voreilig beiseite gewischt werden.⁸ Zum einen reflektiert der Inhalt der ggf. zuzusprechenden Entschädigung bzw. Wiedergutmachung wesentliche Züge des materiell-rechtlichen Investitionsschutzes – etwa mit Blick auf das (vermeintliche) Wahlrecht zwischen der Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands *in natura* und einem Schadensersatzanspruch in Geld. Zum anderen bieten die hier diskutierten Streitfragen Raum für sehr unterschiedliche Entscheidungsergebnisse und stellen die primärrechtlichen Fragen bisweilen gänzlich in den Schatten. So hing beispielsweise die Höhe der einstweilen zugesprochenen Schadenssumme in den spektakulären Verfahren in Sachen *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation* und *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*, ganz entscheidend von der Bestimmung des richtigen Bewertungszeitpunkts ab: Während die Beklagtenseite meinte, dass auf den Zeitpunkt der Enteignung im Dezember 2007 abzustellen sei – den Wert der Vermögensgüter bezifferte das Schiedsgericht insofern auf knapp 22 Milliarden US-Dollar –, folgte das Schiedsgericht im Ergebnis der klägerischen Position und legte als Zeitpunkt für die Bewertungen den 30.6.2014 zugrunde – was zu einer Schadenssumme von über 66 Milliarden US-Dollar führte, abzüglich einer 25-prozentigen Kürzung wegen Mitverschuldens.⁹

In Anbetracht der überragenden Bedeutung der *Chorzów*-Grundsätze für die schiedsgerichtliche Praxis soll im Folgenden untersucht werden, inwiefern sich diese Grundsätze als leitend für das gegenwärtige Investitionsschutzrecht erweisen und dadurch Einheit in einem fragmentierten Teilgebiet des Völkerrechts stiften können. Dazu sind zunächst, nach kurzen Vorüberlegungen zur Terminologie (II.), die wesentlichen Elemente der *Chorzów*-Entscheidung darzulegen; dabei kann sogleich das Ordnungspos-

⁸ So zu Recht auch *I. Marboe*, Die Berechnung von Entschädigung und Schadensersatz in der internationalen Rechtsprechung, 2009, 1; *I. Marboe*, Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law, 2009, 1.

⁹ Vgl. zur Berechnung der Entschädigung im Einzelnen *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*, PCA Case No. AA 226, Final Award, 18.7.2014; *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, PCA Case No. AA 227, Final Award, 18.7.2014; *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*, PCA Case No. AA 228, Final Award, 18.7.2014; jeweils Rn. 1813 ff.

tenzial für das internationale Investitionsschutzrecht im Einzelnen entfaltet werden (III.). Vor diesem Hintergrund soll die Spruchpraxis internationaler Investitionsschiedsgerichte gesichtet und eingehend gewürdigt (IV.) werden.

II. Terminologische Vorfragen

Die *Chorzów*-Entscheidung betraf die grundsätzlichen völkerrechtlichen Fragen, die sich im Zusammenhang mit "Entschädigung und Wiedergutmachung" in Enteignungsfällen stellen. Bevor diese Fragen im Einzelnen dargestellt werden können, bedarf es einiger klärender Vorbemerkungen zur Terminologie. Im Begriffsschatz des allgemeinen Völkerrechts wie auch des Investitionsschutzrechts finden sich verschiedene Bezeichnungen für die Anspruchsziele, die in Betracht kommen können, wenn staatliches Handeln zu Einbußen an Rechten oder rechtlich geschützten Gütern bzw. Belangen führt. Es lassen sich insbesondere Entschädigung ("*compensation*"), Wiedergutmachung ("*reparation*"), Naturalrestitution ("*restitution in kind*") und Schadensersatz ("*damages*") unterscheiden. Im internationalen Recht herrscht hier allerdings, anders als im deutschen Recht, keine hinreichende terminologische Klarheit, gerade etwa bezüglich der Unterscheidung von Entschädigung einerseits sowie Wiedergutmachung und Schadensersatz andererseits. Auch die unten dargestellten Entscheidungen changieren in begrifflicher Hinsicht ganz erheblich.

Bereits an dieser Stelle soll die nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis vorzugswürdige Terminologie eingeführt werden,¹⁰ auch wenn sich die Gründe für die gewählten Differenzierungen erst nach und nach im Rahmen der Entwicklung der *Chorzów*-Grundsätze erschließen und verfestigen. Der Begriff der Entschädigung ("*compensation*") wird im Folgenden lediglich für den Ersatz des Wertes der Investitionen verwendet, der nach den einschlägigen Investitionsschutzbestimmungen für eine im Übrigen zulässige und insgesamt rechtmäßige Enteignung vorgesehen ist.¹¹ Wieder-

¹⁰ Vgl. zur folgenden Differenzierung *I. Marboe*, Die Berechnung ... (Anm. 8), 29 ff.; *I. Marboe*, Calculation ... (Anm. 8), 8 ff. mit Verweisen auf die ähnlich differenzierte Terminologie etwa bei *C. F. Amerasinghe*, Issues of Compensation for the Taking of Alien Property in the Light of Recent Cases and Practice, ICLQ 41 (1992), 22 (37 f.), sowie in verschiedenen Schiedssprüchen, u. a. in der auch hier behandelten Sache *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16, Final Award, 2.10.2006, Rn. 481; im Ansatz auch *LG & E Energy Corp. et al. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Final Award, 25.7.2007, Rn. 38.

¹¹ Irreführend ist insoweit (leider) die Terminologie in der englischen Fassung der *Draft Articles* der ILC zur Staatenverantwortlichkeit, die in Art. 34 als Formen der Wiedergutmachung

gutmachung oder Schadensersatz (*“reparation”*) sind dagegen als (synonyme) Oberbegriffe für die Rechtsfolgen einer Verletzung völkerrechtlicher Normen zu verstehen, also etwa einer rechtswidrigen, weil gegen die einschlägigen Bestimmungen eines Investitionsschutzabkommens verstößenden, Enteignung. Dabei kommen als Formen der Wiedergutmachung vor allem *Naturalrestitution* (*“restitution in kind”*) und Schadensersatz in Geld (*“damages”*) in Betracht.

III. Gehalt und Ordnungspotenzial der *Chorzów*-Grundsätze

Die Regeln über die Entschädigung und Wiedergutmachung im Falle von Enteignungen, wie sie im internationalen Investitionsschutzrecht vielfach zur Anwendung kommen, stehen im langen Schatten der *Chorzów*-Entscheidung des StIGH aus dem Jahre 1928. Die Formulierungen, mit denen der StIGH damals die Grundsätze der *reparation* festlegte, haben nicht nur die entsprechenden Bestimmungen in den Artikeln 35 und 36 der *Draft Articles* der International Law Commission (ILC) entscheidend geprägt,¹² sondern werden auch in unzähligen Schiedssprüchen internationaler Investitionsschiedsgerichte geradezu formelhaft wiedergegeben. Dass der StIGH mit seinen Feststellungen zur Entschädigung und Wiedergutmachung in Fällen von Enteignungen das insoweit (wohl auch heute noch) geltende Völkergewohnheitsrecht eingefangen hatte, darf somit als allgemein anerkannt bezeichnet werden.

chung (*“reparation”*) *restitution*, *compensation* (in der deutschen Fassung dagegen zutreffend als “Schadensersatz” bezeichnet) und *satisfaction* aufzählen. Vgl. dazu kritisch auch *I. Marboe*, Die Berechnung ... (Anm. 8), 31; *I. Marboe*, Calculation ... (Anm. 8), 9.

¹² Vgl. die zahlreichen Verweise auf die *Chorzów*-Entscheidung in den einschlägigen Kommentierungen und Handbüchern zu Art. 35 (*“Restitution”*) und 36 (*“Compensation”*) der *Draft Articles*, etwa bei *J. Crawford*, State Responsibility – The General Part, 2013, 480 ff. (zum Grundsatz der *Full Reparation*), 510 ff. (zur *“Restitution”* nach Art. 35) und 516 ff. (zur *Compensation* nach Art. 36); *C. Gray*, in: *J. Crawford/A. Pellet/S. Olleson* (Hrsg.), The Law of International Responsibility, 2010, 589 ff. (zur *“Restitution”*); *J. Barker*, in: *J. Crawford/A. Pellet/S. Olleson* (Anm. 12), 2010, 599 ff. (zum Grundsatz der *Full Reparation* und zur *Compensation*); *International Law Commission*, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, in: Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, Part Two, 2001, 31 (96 ff.).

ZaöRV 76 (2016)

1. Kontext und Inhalt der *Chorzów*-Entscheidung

Die Entscheidung des StIGH in der Sache *Chorzów* bedarf zunächst einer sorgfältigen Einordnung in ihren tatsächlichen und rechtlichen Kontext. Anlass der zugrunde liegenden Streitigkeit zwischen dem Deutschen Reich und der Republik Polen war eine im oberschlesischen Chorzów, dem damals noch deutschen Königshütte, belegene Nitratfabrik, die zunächst auf dem Grundstück der deutschen Oberschlesischen Stickstoffwerke A.-G. durch die ebenfalls deutsche Bayerische Stickstoffwerke A.-G. betrieben worden war.¹³ Nachdem jene Gebiete im Zuge der komplexen territorialen Neuordnung nach dem Ersten Weltkrieg 1922 polnisch geworden waren, wurde die Fabrik samt Zubehörs durch ein polnisches Gericht auf der Grundlage des Polnischen Gesetzes vom 14.7.1920 (*“law concerning the transfer of the rights of the German Treasury and of members of reigning German Houses to the Treasury of the State of Poland”*)¹⁴ dem polnischen Fiskus zugesprochen und durch einen Abgesandten der polnischen Regierung in Besitz genommen und fortan von diesem betrieben. Dieses (und anderes) Vorgehen gab Anlass zu mehreren Verfahren vor dem StIGH.

Im Jahr 1926 entschied der Gerichtshof zunächst in seinem unter *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* firmierenden Urteil, dass das genannte Gesetz sowie das Verhalten Polens eine Verletzung des insoweit maßstäblichen deutsch-polnischen Abkommens über Oberschlesien¹⁵ darstellte, welches am 15.5.1922 in Genf geschlossen worden war. Unter dem Titel III (*“Enteignung”*) war in Art. 6 des Abkommens bestimmt:

“Polen ist berechtigt, in Polnisch-Oberschlesien Unternehmungen der Großindustrie einschließlich Lagerstätten und ländlichen Großgrundbesitz nach Maßgabe der Vorschriften der Artikel 7 bis 23 zu enteignen. Im übrigen können Güter, Rechte und Interessen deutscher Reichsangehöriger oder von deutschen Reichsangehörigen kontrollierter Gesellschaften in Polnisch-Oberschlesien nicht liquidiert werden.”

Art. 7 des Abkommens sah speziell mit Blick auf Unternehmungen der Großindustrie vor:

¹³ Vgl. dazu und zum Folgenden ausführlich *Case Concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germany v. Republic of Poland)*, Preliminary Objections, Judgment, P.C.I.J. Series A No. 6, 1925, 8 ff.

¹⁴ *Case Concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germany v. Republic of Poland)*, Merits, Judgment, P.C.I.J. Series A No. 7, 1926, 23.

¹⁵ Siehe dazu das Gesetz über das am 15.5.1922 in Genf geschlossene deutsch-polnische Abkommen über Oberschlesien vom 11.6.1922, RGBl. 1922, Teil II, 237 ff.

“Während eines Zeitraums von fünfzehn Jahren nach dem Übergange der Staatshoheit hat Polen das Recht, nach Maßgabe der Artikel 92 und 297 des Friedensvertrags von Versailles Unternehmungen der Großindustrie, die am 15. Juli 1922 deutschen Reichsangehörigen oder von deutschen Reichsangehörigen kontrollierten Gesellschaften gehören, zu enteignen, falls diese Maßnahme auf Antrag der polnischen Regierung von der Gemischten Kommission als für die Aufrechterhaltung des Betriebs unerlässlich anerkannt worden ist.”

Sinn und Zweck dieses in Abweichung von den Regeln des Versailler Vertrags festgesetzten prinzipiellen Enteignungsverbots war es, den Fortbestand und die Kontinuität des Wirtschaftslebens in der ethnisch tief gespaltenen Region Oberschlesiens zu gewährleisten.¹⁶ Vor diesem Hintergrund befand der StIGH in seinem Urteil vom 25.5.1926, dass die Bestimmungen des Polnischen Gesetzes vom 17.7.1920 und dementsprechend auch die Haltung Polens gegenüber dem Deutschen Reich nicht mit den Vorgaben der Art. 6 bis 23 des deutsch-polnischen Abkommens vereinbar waren, zumal das Gesetz vorsah, dass die von dem Abkommen erfassten Eigentumsrechte ohne Weiteres dem polnischen Fiskus zufallen sollten.¹⁷

Zur Frage der *reparation* äußerte sich der StIGH schließlich in der Entscheidung *Case Concerning The Factory At Chorzów* vom 13.9.1928. Der Gerichtshof betonte dabei, dass die von Polen getroffenen Maßnahmen in Bezug auf die streitgegenständliche Fabrik keine gewöhnliche “Enteignung” im Sinne der Regelungen der Art. 6 bis 23 des deutsch-polnischen Abkommens darstellten, zumal diese Vorschriften ein gegenüber allgemeinen fremdenrechtlichen Grundsätzen des Völkergewohnheitsrechts spezielleres und strengeres Regime errichteten.¹⁸ Kurzum: Es handelte sich nicht um eine Enteignung *im Sinne*, sondern *entgegen* der Bestimmungen des Abkommens. Der Gerichtshof führte sodann aus, dass die geschuldete Entschädigung deswegen nicht auf den Wert der Unternehmung zum Zeitpunkt der Entziehung zuzüglich seither angefallener Zinsen beschränkt sei.¹⁹ Eine solche Beschränkung wäre, so der StIGH, nur zulässig gewesen, wenn der Republik Polen (nach Maßgabe des Abkommens) das Recht zur Enteignung zugestanden hätte und sich die Rechtsverletzung (“*wrongful act*”/“*tort*”) darin erschöpft hätte, dass keine angemessene Entschädigung geleistet wur-

¹⁶ Vgl. *Case Concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia* (Anm. 13), 17; *Case Concerning The Factory At Chorzów (Germany v. Republic of Poland)*, Claim for Indemnity, Merits, Judgment, P.C.I.J. Series A No. 17, 1928, 47.

¹⁷ Vgl. *Case Concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia* (Anm. 14), 24.

¹⁸ *Case Concerning The Factory At Chorzów* (Anm. 16), 46, mit Verweis auf die Ausführungen in *Case Concerning The Factory At Chorzów (Germany v. Republic of Poland)*, Claim for Indemnity, Jurisdiction, Judgment, P.C.I.J. Series A No. 9, 1927, 27.

¹⁹ *Case Concerning The Factory At Chorzów* (Anm. 16), 47.

de.²⁰ Andernfalls werde der Telos des Art. 6 des deutsch-polnischen Abkommens, nämlich das prinzipielle Verbot von Enteignungen und die damit bezweckte Sicherung wirtschaftlicher Kontinuität in Oberschlesien, konterkariert und die Unterschiede zwischen *rechtmäßiger*, im Einklang mit dem Abkommen vorgenommener Liquidierung und *rechtswidriger* Entziehung im Ergebnis verwischt.²¹

Auf der Grundlage dieser Erwägungen formulierte der StIGH die folgenden vielzitierten Grundsätze:²²

“[R]eparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed. Restitution in kind, or, if this is not possible, payment of a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear; the award, if need be, of damages for loss sustained which would not be covered by restitution in kind or payment in place of it [...]”

Die Wiedergutmachung der Rechtsverletzung bestehe demnach in der vollständigen Auslöschung (“*wipe out*”/“*effacer*”) des rechtswidrigen Aktes (“*illegal act*”/“*acte illicite*”), also in einer Totalreparation im weiteren Sinne. Geboten ist somit, ganz im Sinne der im deutschen Schadensrecht bekannten Differenzhypothese,²³ ein Vergleich der tatsächlichen Lage mit der hypothetischen Lage ohne schädigendes Ereignis.

Auf den Fall der Nitratfabrik in Chorzów bezogen befand der Gerichtshof, dass der Sinn und Zweck des im deutsch-polnischen Abkommen niedergelegten prinzipiellen Enteignungsverbots es gebot, die enteignete Unternehmung zurück zu gewähren oder, falls dies nicht möglich sei, stattdessen den Wert der Unternehmung im Zeitpunkt der an die Stelle der Rückgewähr tretenden Ersatzleistungspflicht zu ersetzen.²⁴ Zum Ausspruch einer der Höhe nach bestimmten Zahlungsverpflichtung durch den StIGH kam es in der Folgezeit freilich nicht mehr, da sich die Parteien im November 1928 auf eine gütliche Streitbeilegung einigten.²⁵

²⁰ *Case Concerning The Factory At Chorzów* (Anm. 16), 47.

²¹ *Case Concerning The Factory At Chorzów* (Anm. 16), 47.

²² *Case Concerning The Factory At Chorzów* (Anm. 16), 47.

²³ Vgl. zur Schadensermittlung nach der “Differenzmethode” klassisch *F. Mommsen*, Zur Lehre von dem Interesse, 1855, 3, mit der Definition des zu ersetzenden Schadens als “die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens einer Person, wie derselbe in einem gegebenen Zeitpunkte ist, und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten beschädigenden Ereignisses in dem zur Frage stehenden Zeitpunkt haben würde”.

²⁴ *F. Mommsen* (Anm. 23), 48.

²⁵ Vgl. dazu den Beschluss des Gerichtshofs *Case Concerning The Factory At Chorzów (Germany v. Republic of Poland)*, Claim for Indemnity, Order, P.C.I.J. Series A No. 19, 1929.

2. Entwicklung der *Chorzów*-Grundsätze

Die Begründung des *Chorzów*-Urteils birgt eine Reihe von Leitgedanken, die auch für das internationale Investitionsschutzrecht eine prägende Funktion einnehmen können. Aus den Entscheidungsgründen lassen sich im Wesentlichen drei *Chorzów*-Grundsätze entwickeln, die im Folgenden jeweils im Lichte des modernen Investitionsschutzrechts reflektiert werden sollen:

a) Kategoriale Unterscheidung von “Entschädigung” und “Wiedergutmachung”

Einen zentralen Gesichtspunkt des *Chorzów*-Urteils bildet zunächst die kategoriale Unterscheidung von “Entschädigung” einerseits und “Wiedergutmachung” bzw. “Schadensersatz” andererseits. Der Gerichtshof differenzierte sehr sorgfältig zwischen einer Enteignung (“*expropriation*”) und entsprechender Entschädigung (“*fair compensation*”), die nach Maßgabe der Bestimmungen des deutsch-polnischen Abkommens zu gewähren war, sowie einer unzulässigen Eigentumsentziehung (“*seizure of property*”) und der aus dem damit verbundenen Verstoß gegen jene Bestimmungen folgenden Wiedergutmachung (“*reparation*”), welche sich nach allgemeinen völkerrechtlichen Grundsätzen richtete:²⁶

“The action of Poland which the Court has judged to be contrary to the Geneva Convention is not an expropriation – to render which lawful only the payment of fair compensation would have been wanting; it is a seizure of property, rights and interests which could not be expropriated even against compensation, save under the exceptional conditions fixed by Article 7 of the said Convention. As the Court has expressly declared in Judgment No. 8, reparation is in this case the consequence not of the application of Articles 6 to 22 of the Geneva Convention, but of acts contrary to those articles.”²⁷

Bevor die Unterschiede zwischen Entschädigung und Wiedergutmachung im Einzelnen herausgearbeitet werden können, muss allerdings hinterfragt werden, ob sich die beschriebenen Differenzierungen überhaupt auf das Investitionsschutzrecht übertragen lassen. Einer solchen Übertragung könnten nämlich von vornherein die besonderen rechtlichen Gegebenheiten der *Chorzów*-Entscheidung entgegenstehen. Der StIGH hatte die Unterschei-

²⁶ Dieser Differenzierung entspricht die oben (II.) dargelegte Terminologie.

²⁷ *Case Concerning The Factory At Chorzów* (Anm. 16), 46.

dung von Entschädigung und Wiedergutmachung im Fall *Chorzów* – insbesondere die für den Fall der Wiedergutmachung sehr großzügig in Aussicht gestellte Totalreparation – auf der Grundlage der Erwägung entwickelt, dass das maßgebliche deutsch-polnische Abkommen den Fortbestand des wirtschaftlichen Lebens in Oberschlesien bezweckte, die Entziehung von Eigentum daher prinzipiell untersagte und eine Enteignung nur unter bestimmten strengen Voraussetzungen gestattete. Man könnte nun argumentieren, dass sich dieser auf die damaligen Bedingungen zugeschnittene spezielle Schutzzweck nicht ohne jede nähere Überlegung auf die Investitionsschutzverträge jüngeren Datums übertragen lasse und die mit *Chorzów* eingeführte Differenzierung zwischen Entschädigung (nach Maßgabe der Enteignungsvorschriften des Investitionsschutzvertrags im Falle rechtmäßiger Enteignungen) und Wiedergutmachung (nach Maßgabe des allgemeinen Völkerrechts im Falle rechtswidriger Eigentumsentziehungen) daher überholt sei.²⁸ Dafür spricht vor allem, dass das deutsch-polnische Abkommen besonders strikte Anforderungen an die Zulässigkeit von Enteignungen knüpfte, während die enteignungsrechtlichen Bestimmungen in modernen Investitionsschutzinstrumenten deutlich “enteignungsfreundlicher” ausgestaltet sind. Dass eine Wiedergutmachung nach *Chorzów* und die damit verbundene Gewährung umfassender Totalreparation auch im Falle eines Verstoßes gegen Investitionsschutzverträge angemessen ist, erscheint daher zumindest nicht selbstverständlich.

Die sicherlich speziellen rechtlichen Bedingungen des *Chorzów*-Urteils verbieten es indes nicht, die darin entwickelten Grundsätze bezüglich der Abgrenzung rechtmäßiger, von Entschädigung begleiteter Enteignungen von rechtswidrigen, eine Wiedergutmachung mit umfassender Totalreparation nach sich ziehenden Eigentumsentziehungen auf das Investitionsschutzrecht zu übertragen. Vielmehr liegt das in der *Chorzów*-Entscheidung betonte prinzipielle Verbot von Enteignungen und die damit korrespondierende Pflicht zur Rechtfertigung von Enteignungen auch den modernen Investitionsschutzverträgen zugrunde, so dass die hieran anknüpfende kategoriale Unterscheidung von Entschädigung für vertragskonforme Enteignungen und Wiedergutmachung für rechtswidrige Eigentumsent-

²⁸ Vgl. zu dieser Sichtweise insbesondere *D. M. Ziyeva*, *Arbitral Tribunals Tend to Pay Lip Service to the Chorzów Factory Full Reparation Principle, Disregarding the Context and Full Implication of the Dictum*, *Journal of Damages in International Arbitration* 2 (2015), 121 ff., die in Teil III. ausführt, dass eine “rechtswidrige” Enteignung unter einem modernen Investitionsschutzvertrag etwas völlig anderes sei als eine “rechtswidrige” Enteignung unter dem deutsch-polnischen Abkommen. Daher sei es ein heikler Sprung (“*tenuous leap*”), wenn Schiedsgerichte den *Chorzów*-Maßstab für die Wiedergutmachung rechtswidriger Eigentumsentziehung auf Investitionsschutzverträge übertragen.

ziehungen grundsätzlich auch im Investitionsschutzrecht Geltung beansprucht. Dazu muss man die in den modernen Investitionsschutzverträgen niedergeschriebenen Gewährleistungen nicht zwingend grundrechtlich konstruieren. Schon aus dem Zweck investitionsschutzrechtlicher Verträge, der wirtschaftlichen Tätigkeit ausländischer Investoren eine gewisse Sicherheit und Stabilität zu verleihen, sowie den entsprechend negativen Formulierungen in sämtlichen völkervertraglichen Schutzbestimmungen, wie sie etwa den im Rahmen dieses Beitrags dargelegten Entscheidungen zugrunde liegen, folgt ein Regel-Ausnahme-Verhältnis, das dem enteignenden Staat eine Rechtfertigungslast aufbürdet. In Art. 13 Abs. 1 des Energiecharta-Vertrags (ECV) heißt es beispielsweise:

“Investitionen von Investoren einer Vertragspartei im Gebiet einer anderen Vertragspartei dürfen nicht verstaatlicht oder einer Maßnahme gleicher Wirkung wie Verstaatlichung oder Enteignung (im folgenden als ‘Enteignung’ bezeichnet) unterworfen werden; davon ausgenommen sind Enteignungen, die

- a) im öffentlichen Interesse liegen,
- b) nicht diskriminierend sind,
- c) nach den rechtsstaatlichen Grundsätzen erfolgen und
- d) mit einer umgehenden, wertentsprechenden und tatsächlich verwertbaren Entschädigung einhergehen.

Die Höhe der Entschädigung muß dem angemessenen Marktwert der enteigneten Investition entsprechen, den sie unmittelbar vor dem sich auf den Wert der Investition auswirkenden Bekanntwerden der Enteignung oder bevorstehenden Enteignung hatte (im folgenden als ‘Bewertungszeitpunkt’ bezeichnet).

Dieser angemessene Marktwert wird auf Antrag des Investors in einer frei konvertierbaren Währung auf der Grundlage des zum Bewertungszeitpunkt am Markt geltenden Wechselkurses der betreffenden Währung angegeben. Die Entschädigung umfaßt auch Zinsen zu einem marktgerechten, handelsüblichen Zinssatz für die Zeit vom Tag der Enteignung bis zum Tag der Zahlung.”²⁹

Mögen die Voraussetzungen einer zulässigen Enteignung dort auch weniger engmaschig gestrickt sein als die Anforderungen aus den Art. 7 bis 23 des deutsch-polnischen Abkommens, mit deren Verletzung der StIGH im *Chorzów*-Fall konfrontiert war – auch im internationalen Investitionsschutzrecht sind Enteignungen nicht schrankenlos zulässig. Nur unter Einhaltung bestimmter formeller und materieller Vorgaben – insbesondere der Verfolgung eines legitimen öffentlichen Interesses, der Nichtdiskriminierung, der Durchführung eines ordentlichen Verfahrens sowie der unverzüglichen Festsetzung und Leistung einer Entschädigung – ist eine Enteignung

²⁹ Vertrag über die Energiecharta vom 17.12.1994, BGBl. vom 13.2.1997, Teil II, Nr. 5.

ausnahmsweise gerechtfertigt und – in den Worten des StIGH – keine “*unlawful dispossession*”, sondern “*lawful liquidation*”.

Wenn Enteignungen somit auch im Geltungsbereich moderner Investitionsschutzverträge grundsätzlich unzulässig sind, stellt sich nun allerdings die Frage, wie die in den Investitionsschutzabkommen niedergelegte Entschädigungspflicht funktionell einzuordnen und von Wiedergutmachung bzw. Schadensersatz abzugrenzen ist.

Funktion des Schadensersatzes ist zweifelsohne der umfassende Ausgleich und die Wiedergutmachung eingetretener Vermögenseinbußen (*Wiedergutmachungsfunktion des Schadensersatzes*). Der Geschädigte soll – ganz im Sinne der berühmten Formulierungen aus *Chorzów* – so gestellt werden, als sei das schädigende Ereignis nicht eingetreten; die Ermittlung des Inhalts des Schadensersatzes erfolgt daher im Wege der bekannten Differenzrechnung durch Gegenüberstellung dieser hypothetischen Lage mit der tatsächlichen Situation.

Für die Enteignungsentschädigung, wie sie in den Investitionsschutzverträgen regelmäßig vorgesehen ist, sind dagegen zwei Funktionen denkbar:³⁰

Auch die Entschädigungspflicht könnte zunächst *Wiedergutmachungsfunktion* haben. Der von der Enteignung Betroffene wäre dann – wie im Rahmen eines Schadensersatzes – in die Lage zu versetzen, die bestünde, wenn die Enteignung nicht vorgenommen worden wäre. Letztlich führte dies dazu, dass die Enteignung – obwohl im Übrigen rechtmäßig – wie ein Rechtsbruch behandelt würde, der schadensersatzpflichtig macht.

Zum anderen aber lässt sich die Entschädigung auch als *reiner Wertersatz* betrachten. Inhalt der Entschädigung ist auf der Grundlage dieser Betrachtungsweise nur der, wie etwa Art. 13 Abs. 2 ECV zeigt, meist nach Maßgabe des angemessenen Marktpreises ermittelte Wert des dem Vermögen des Enteigneten entnommenen Gegenstandes selbst.³¹ Sonstige nachteilige Folgen

³⁰ Vgl. *I. Marboe*, Die Berechnung ... (Anm. 8), 43 ff.; *I. Marboe*, Calculation ... (Anm. 8), 17 ff.

³¹ Bei der Ermittlung des Marktwertes bietet der investitionsschutzrechtliche Rahmen der Praxis sicherlich einen gewissen Spielraum bei der Wahl des anzuwendenden ökonomischen Modells, dessen Wahrnehmung sich nur eingeschränkt auf Rechtsfehler hin überprüfen lässt. Als eine verbreitete Methode, die allerdings nur zur Berechnung des Marktwertes eines *laufenden* Unternehmens (“*going concerns*”) geeignet ist, wird regelmäßig die Analyse des *Discounted Cash-Flow* (DCF) herangezogen. Dabei wird der zukünftige periodische Cash-Flow geschätzt und abgezinst, um dessen gegenwärtigen Wert zu bestimmen. Alternative Berechnungsmethoden orientieren sich dagegen an anderen Größen, etwa dem *Buchwert* der Investitionen (“*book value*”), dem tatsächlichen Investitionsaufwand (“*investment value*”) oder dem zur Ersetzung der Investitionen erforderlichen (hypothetischen) Aufwand (“*replacement value*”). Vgl. aus der schiedsgerichtlichen Praxis anschaulich etwa *Compañía de Aguas del Aconquija and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Final

der Enteignung für das Vermögen des Enteigneten – insbesondere etwa entgangene Gewinne und ähnliche Folgeschäden – bleiben im Rahmen dieser Entschädigungsfunktion außer Betracht.

Auch wenn die funktionale Zuordnung von Enteignungsentschädigungen in einzelnen nationalen Rechtsordnungen durchaus variiert³² – die Gehalte der ganz überwiegenden Zahl der Investitionsschutzverträge sprechen klar für die letztgenannte Funktion als reiner Wertersatz.³³ Schon die einschlägigen Bestimmungen in den Verfahren, die im Rahmen dieses Beitrags näher untersucht werden, zeichnen ein einheitliches, deutliches Bild:

Der bereits erwähnte Art. 13 ECV verlangt nach einer “umgehenden, wertentsprechenden und tatsächlich verwertbaren Entschädigung”, entsprechend “dem angemessenen Marktwert der enteigneten Investition [...], den sie unmittelbar vor dem sich auf den Wert der Investition auswirkenden Bekanntwerden der Enteignung oder bevorstehenden Enteignung hatte”. In *Servier v. Poland* forderte Art. 5 Abs. 2 des französisch-polnischen Investitionsschutzabkommens (FPI) “*paiement d’une indemnité prompte et adéquate dont le montant devra correspondre à la valeur réelle des investissements concernés à la veille du jour où les mesures sont prises ou connues dans le public*”,³⁴ und auch der ähnliche Art. 5 Abs. 1 des französisch-argentinischen Investitionsschutzabkommens (FAI) in *Vivendi v. Argentina II* sah vor, dass “*une indemnité prompte et adéquate*” zu zahlen sei, deren Betrag auf der Grundlage von “*la valeur réelle des investissements concernés*” zu berechnen und “*par rapport à une situation économique normale et antérieure à toute menace de dépossession*” zu bewerten sei.³⁵ Für den Inhalt

Award, 20.8.2007, Rn. 8.3.1 ff.; aus dem Schrifttum eingehend *M. Ball*, Assessing Damages in Claims By Investors Against States, ICSID Rev. – Foreign Invest. L.J. 16 (2001), 408 ff.

³² Vgl. die eingehende rechtsvergleichende Untersuchung bei *R. Dolzer*, Eigentum, Enteignung und Entschädigung im geltenden Völkerrecht, 1985, 216 ff.

³³ Vgl. dazu und zur folgenden Argumentation *I. Marboe*, Die Berechnung ... (Anm. 8), 48; *I. Marboe*, Calculation ... (Anm. 8), 21 f., die außerdem die (richtigerweise verneinte) Frage aufwirft, ob die zur Bestimmung des Entschädigungsinhalts vielfach herangezogene *Hull*-Formel (“*full compensation*”) als Hinweis auf eine Wiedergutmachungsfunktion zu interpretieren sein könnte. Zutreffend wird dann allerdings darauf hingewiesen, dass auch in der jener Formel zugrunde liegenden Note des US-Außenministers *Cordell Hull* von “*adequate, effective and prompt compensation*” die Rede sei (46 bzw. 20).

³⁴ Décret n° 90-301 du 30.3.1990 portant publication de l’accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République populaire de Pologne sur l’encouragement et la protection réciproques des investissements, Journal officiel du 5.4.1990, 4182.

³⁵ Décret n° 93-834 du 28.5.1993 portant publication de l’accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République Argentine sur l’encouragement et la protection réciproques des investissements, Journal officiel du 5.6.1993, 8164.

der zu leistenden Entschädigung war somit nicht die tatsächliche Vermögenseinbuße seitens des Betroffenen maßgeblich, einschließlich etwaiger Folgeschäden wie entgangener Gewinne, sondern lediglich der Wert des entzogenen Vermögensgegenstandes an sich. Ähnlich lautet auch der in *ADC v. Hungary* relevante Art. 4 des zypriotisch-ungarischen Investitionsschutzabkommens (ZUI), der nach “*payment of just compensation*” verlangte, zu berechnen nach dem “*market value of the expropriated investments at the moment of the expropriation*”.³⁶ Der in *Unglaube v. Costa Rica* maßstäbliche Art. 4 Abs. 2 des deutsch-costa-ricanischen Investitionsschutzabkommens (DCI) sah schließlich vor, dass die Entschädigung dem “*Wert der Kapitalanlage unmittelbar vor dem Zeitpunkt entsprechen [muss], in dem die tatsächliche oder drohende Enteignung, Verstaatlichung oder vergleichbare Maßnahme öffentlich bekannt wurde*”.³⁷ Selbst der aus dem Jahr 2012 stammende jüngste Model Bilateral Investment Treaty (BIT) der Vereinigten Staaten – also des Staates, der mehr noch als alle anderen westlichen Industrienationen den Anspruch auf größtmöglichen Investitionsschutz verkörpern dürfte – fordert “*payment of prompt, adequate, and effective compensation*”, die – ganz im Sinne der Wertersatzfunktion – “*equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriation took place*” sein soll.³⁸

Bei allen Unterschieden im Hinblick auf die konkrete Berechnung des Wertersatzes³⁹ – im Allgemeinen hat die in den Investitionsschutzabkommen vorgesehene Entschädigungspflicht somit reine Wertersatzfunktion. Sie erweist sich daher nicht etwa als *sekundäre* Wiedergutmachungspflicht – das heißt: als Rechtsfolge eines Völkervertragsbruchs –, sondern als *primäre* völker(vertrags)rechtliche Pflicht, die eine grundsätzlich unzulässige Enteignung ausnahmsweise zu rechtfertigen vermag.⁴⁰

³⁶ Verfügbar unter <<http://www.investmentpolicyhub.unctad.org>>.

³⁷ BGBl. vom 25.11.1997, Teil II, Nr. 45, 1830.

³⁸ Verfügbar unter <<http://www.state.gov>>. Vgl. ebenso *I. Marboe*, Die Berechnung ... (Anm. 8), 48; *I. Marboe*, Calculation ... (Anm. 8), 21 f.

³⁹ Dazu Anm. 31.

⁴⁰ Klar herausgearbeitet hat dies *I. Marboe*, Die Berechnung ... (Anm. 8), insbesondere 110; *I. Marboe*, Calculation ... (Anm. 8), 75.

b) Folgen von Verstößen gegen Enteignungsbestimmungen für die Wiedergutmachung, insbesondere für den maßgeblichen Bewertungszeitpunkt

Vor diesem Hintergrund können nun, im zweiten Schritt, die mit der *Chorzów*-Entscheidung vorgegebenen Rechtsfolgen einer rechtswidrigen Eigentumsentziehung im Rahmen einer Wiedergutmachung in den Blick genommen werden. Im Mittelpunkt stehen dabei die Durchführung der Differenzmethode und die Wahl des richtigen hypothetischen Szenarios. Praktisch zunehmend bedeutsam ist vor allem die Frage nach dem richtigen Zeitpunkt für die Bewertung der Investitionen. Insbesondere wird deren Marktwert entscheidend durch die Informationen beeinflusst, die am Bewertungsstichtag bekannt sind, und werden nach dem Stichtag eingetretene Änderungen nicht berücksichtigt.⁴¹

Die *Chorzów*-Entscheidung folgt hier einer klaren Linie. Wenn Wiedergutmachung bedeutet, dass die Rechtsverletzung, einschließlich all ihrer Konsequenzen, aus der Welt geschafft werden muss, und die zu beurteilende Enteignung überhaupt nicht hätte durchgeführt werden dürfen, weil die in dem deutsch-polnischen Abkommen geregelten Bedingungen dafür nicht vorlagen, so mussten die Betroffenen in die Lage versetzt werden, die bestanden hätte, wenn nicht enteignet worden wäre. Als Tenor kam folglich nur die Verurteilung zur Rückgewähr der streitgegenständlichen Güter, zuzüglich des entgangenen Gewinns, bzw. – da die Rückgewähr im Fall *Chorzów* nicht mehr möglich war – zur Zahlung des Wertersatzes nach Maßgabe des Zeitpunktes der *Verurteilung* (und nicht: der Enteignung) in Betracht, einschließlich des entgangenen Gewinns. Zu beachten ist dabei der Gleichlauf von Naturalrestitution und Schadensersatz in Geld.⁴² Von dem im Rahmen der Differenzmethode gewählten Szenario, das den Inhalt der Naturalrestitution bestimmt, hängt auch ab, welcher Zeitpunkt für die Bewertung der enteigneten Investitionen bei der Ermittlung des Schadensersatzes in Geld anzusetzen ist. Da das Szenario in *Chorzów* in der Rückabwicklung der Enteignung bestand und daher mit Erlass des Urteils an sich die Verpflichtung Polens zur Rückgewähr der Fabrik auszusprechen war,

⁴¹ Vgl. zur Relevanz des Bewertungsdatums, zumal mit Blick auf die jeweils verfügbaren Informationen, eingehend und mit Nachweisen aus der schiedsgerichtlichen Rechtsprechung S. *Ripinsky/K. Williams*, *Damages in International Investment Law*, 2008, 243 und 250 ff.; speziell mit Blick auf die *Chorzów*-Entscheidung M. A. *Abdala/P. T. Spiller*, *Chorzów's Standard Rejuvenated: Assessing Damages in Investment Treaty Arbitrations*, J. Int. Arb. 25 (2008), 103 (109 ff.).

⁴² Vgl. zum Rangverhältnis zwischen Naturalrestitution und Schadensersatz in Geld so gleich unten c).

bemaß sich auch der Schadensersatz nach dem Zeitpunkt der Verurteilung. Dies hatte zur Folge, dass Umstände, die nach dem Zeitpunkt der Enteignung eintraten und zu einer Wertsteigerung der enteigneten Vermögensgüter führten, bei der Ermittlung der Entschädigung zu Gunsten des Deutschen Reichs zu berücksichtigen waren. Nur so konnte dem Umstand Rechnung getragen werden, dass im Falle *Chorzów* überhaupt nicht hätte enteignet werden dürfen.

Diese Erwägungen aus der *Chorzów*-Entscheidung lassen sich allerdings nicht unesehen auf die Verletzung jeglicher Art von rechtlichen Anforderungen übertragen, die an eine rechtmäßige Enteignung zumal im modernen Investitionsschutzrecht gestellt werden. Bei der Verletzung von Schutznormen, die das *Ob* der Enteignung betreffen – in Investitionsschutzabkommen insbesondere etwa das Erfordernis, dass die Enteignung nur aus Gründen des allgemeinen Wohls (“*public purpose*”, “*public interest*” etc.) erfolgen darf, sowie das Verbot der Diskriminierung (“*non-discriminatory*”) –, mag die Anwendung der aus dem Grundsatz der Totalreparation folgenden Differenzhypothese regelmäßig⁴³ die Rückgängigmachung der Enteignung und ihrer Konsequenzen einfordern, so dass der Schadensersatz nach Maßgabe des Verurteilungszeitpunkts zu bemessen ist – sofern sich der Wert der Investitionen hinreichend robust ermitteln lässt. Werden dagegen Schutznormen verletzt, die lediglich das *Wie* der Enteignung betreffen, ist dies zumindest nicht mehr selbstverständlich.

Gerade den praktisch wohl am häufigsten auftretenden⁴⁴ Verstoß gegen die Pflicht zur Festsetzung und/oder Leistung einer angemessenen Entschädigung wird man von Situationen abgrenzen müssen, in denen eine Enteignung überhaupt nicht zulässig war. Fragt man in einem solchen Fall, ganz im Sinne der Differenzhypothese, danach, auf welche Weise die konkrete Rechtsverletzung aus der Welt geschafft werden kann, gelangt man nicht zwingend zur Rückgängigmachung der Enteignung. Sofern die übrigen rechtlichen Bedingungen für eine Eigentumsentziehung vorlagen, insbesondere also ein hinreichend legitimer öffentlicher Zweck verfolgt wurde und die Maßnahme nicht diskriminierend wirkte, wäre die Enteignung auch bei Hinwegdenken der Rechtsverletzung – also der unterbliebenen Festsetzung und/oder Leistung einer angemessenen Entschädigung – durchgeführt worden, nur eben unter *sofortiger* und *angemessener* Entschädigungsfestsetzung

⁴³ Etwas anderes gilt etwa, wenn feststeht, dass die fraglichen Investitionen ohnehin zwischenzeitlich veräußert worden wären, vgl. dazu etwa *Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v. The Republic of Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18 and ARB/07/15, Final Award, 3.3.2010, Rn. 514 ff.

⁴⁴ So auch die Einschätzung von *U. Kriebaum*, Expropriation, in: M. Bungenberg/J. Griebel/S. Hobe/A. Reinisch (Anm. 6), 959 (1029).

bzw. -zahlung, unter Berücksichtigung des Wertes der Eigentumsgegenstände zum Zeitpunkt der *Enteignung*. In einem solchen Fall würde der Betroffene bereichert (und der Staat gleichsam bestraft), wenn die gesamte Enteignung nach Erlass der Entscheidung rückabgewickelt werden müsste bzw., falls die Rückabwicklung, wie so oft, unmöglich ist, Ersatzzahlung in Höhe des Wertes der Investitionen zur Zeit der Verurteilung zu leisten wäre und der Betroffene mithin in den Genuss etwaiger hypothetischer Wertsteigerungen der Investitionen nach dem Zeitpunkt der Enteignung käme. Richtigerweise muss die Verurteilung daher auf Zahlung einer angemessenen Entschädigung nach Maßgabe des Investitionswertes zur Zeit der Enteignung gerichtet sein. Die eingetretene Verzögerung der (vollen) Entschädigungsleistung lässt sich – wie jeder Fall des Zahlungsverzugs – über eine entsprechende Verzinsung sachgerecht kompensieren.

Eine solche differenzierte Sichtweise offenbarte im Übrigen auch der StIGH im Falle *Chorzów* – selbst wenn er *in concreto* anders entscheiden musste. Bei der Entfaltung des Entschädigungsmaßstabs zog der Gerichtshof auch einen abweichenden Standard in Betracht, der zulässig sei, wenn die Rechtsverletzung allein im Unterbleiben einer angemessenen Entschädigungsleistung bestehe:

“It follows that the compensation due to the German Government is not necessarily limited to the value of the undertaking at the moment of dispossession, plus interest to the day of payment. This limitation would only be admissible if the Polish Government had had the right to expropriate, and if its wrongful act consisted merely in not having paid to the two Companies the just price of what was expropriated; [...]”⁴⁵

Problematisch dürfte die Anwendung der Differenzhypothese somit allenfalls in dem praktisch eher seltenen Fall⁴⁶ sein, wenn allein eine Verletzung der Pflicht zur Durchführung eines rechtsstaatlich geordneten Verfahrens (“*due process of law*”) in Rede steht. Wenngleich hier zumindest auf den ersten Blick das *Wie* der Enteignung, nämlich das *Enteignungsverfahren*, betroffen ist, lässt sich kaum pauschal sagen, dass auch unter Beachtung rechtsstaatlicher Verfahrensgrundsätze in jedem Fall enteignet worden wäre und somit eine Rückgängigmachung der Entziehung beziehungsweise Wertersatz nach Maßgabe des Zeitpunktes der Verurteilung von vornherein ausscheidet. Andererseits müssen auch gewichtige Verfahrensfehler nicht unbedingt zur realen oder über einen Schadensersatz fingierten Rückabwicklung der gesamten Enteignung führen. Eine pauschale normativ wertende

⁴⁵ *Case Concerning The Factory At Chorzów* (Anm. 16), 47.

⁴⁶ Vgl. zu dieser Einschätzung wiederum *U. Kriebaum* (Anm. 44), 959 (1029).

Korrektur der Differenzhypothese ist nicht allein deswegen geboten, weil andernfalls die Gefahr bestünde, dass Verfahrensverstöße sanktionslos blieben. Zum einen kann dem Betroffenen wegen eines Verfahrensfehlers durchaus ein ersatzfähiger Schaden entstanden sein, etwa im Falle einer unterbliebenen rechtzeitigen Ankündigung der Enteignung.⁴⁷ Außerdem bleibt dem Betroffenen regelmäßig die Möglichkeit, neben Verletzungen der Enteignungsvorschriften auch einen Verstoß gegen andere Investitionsschutzbestimmungen geltend zu machen, insbesondere Verletzungen des *Fair and Equitable Treatment* (FET)-Standards. Dieser erfasst nach wohl allgemeiner Ansicht auch die Garantie von *due process* in Verwaltungs- und Rechtsschutzverfahren⁴⁸ und löst im Falle eines Verstoßes einen eigenen Schadenersatzanspruch aus.⁴⁹ Für die Frage, wann eine Rückabwicklung der Enteignung zum Inhalt der Wiedergutmachung von Verstößen gegen *due process of law* gemacht werden sollte, dürfte vielmehr entscheidend sein, ob sich der Fehler im Ergebnis (offenkundig) auf die Entscheidung über das *Ob* der Enteignung ausgewirkt hat – wie dies etwa im deutschen Verwaltungsverfahrenrecht in § 46 VwVfG niedergelegt ist.

Abschließend ist zu bemerken, dass die bisweilen geführte Diskussion um die Rechtswidrigkeit von Enteignungen und deren Konsequenzen⁵⁰ in Anbetracht dieser differenzierten Rechtsfolgen von Verstößen gegen enteignungsbezogene investitionsschutzrechtliche Vorgaben als begrifflich verwirrt erscheint. Richtigerweise führt, erstens, jeder Rechtsverstoß – auch

⁴⁷ So berücksichtigte beispielsweise das Tribunal in *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/99/6, Final Award, 12.4.2002, Rn. 147, den Umstand, dass die zwangsweise Versteigerung des streitgegenständlichen Schiffs nicht rechtzeitig öffentlich bekanntgemacht worden war, bei der nach Maßgabe der Vertragsbestimmungen vorgenommenen Ermittlung der geschuldeten Entschädigung zugunsten der Betroffenen.

⁴⁸ Vgl. etwa C. McLachlan/L. Shore/M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, 2007, 227.

⁴⁹ Vgl. dazu etwa I. Marboe, *Valuation in Cases of Breaches of International Law Unrelated to Expropriation*, in: M. Bungenberg/J. Griebel/S. Hobe/A. Reinisch (Anm. 6), 1082 ff.

⁵⁰ Vgl. zur Frage der Rechtswidrigkeit der Enteignung und den rechtlichen Konsequenzen, insbesondere für die Ermittlung des Wertes der Investition, J. A. Kämmerer, *Der Schutz des Eigentums im Völkerrecht*, in: Stiftung Gesellschaft für Rechtspolitik et al. (Hrsg.), *Eigentum – Ordnungsidee, Zustand und Entwicklungen*, 42. Bitburger Gespräche, 2004, 143 (161 f.); A. Sheppard, *The Distinction between Lawful and Unlawful Expropriation*, in: C. Ribeiro (Hrsg.), *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, 2006, 169 ff.; T. W. Walde/B. Sabahi, *Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law*, 4/6 *Transnational Dispute Management*, 2007, 1 (37 ff.); S. Ripinsky/K. Williams (Anm. 41), 65 ff. (insbesondere 67 ff.); A. Reinisch, *Legality of Expropriations*, in: A. Reinisch (Hrsg.), *Standards of Investment Protection*, 2008, 171 ff.; I. Marboe, *Calculation ...* (Anm. 8), 2 ff.; I. Marboe, *Restitution, Damages and Compensation*, in: M. Bungenberg/J. Griebel/S. Hobe/A. Reinisch (Anm. 6), 1057 (1060 ff.).

das Versäumnis, die volle, angemessene oder überhaupt eine Entschädigung zu leisten – zur Rechtswidrigkeit der Enteignung und löst eine sekundäre Pflicht zur Wiedergutmachung der Rechtsverletzung aus. Diese besteht indes, zweitens, nicht zwingend in der Rückabwicklung der Enteignung bzw. einem danach ausgerichteten Schadensersatz in Geld, sondern ist differenziert nach der Art der Rechtsverletzung zu bestimmen.

c) Vorrang der Naturalrestitution

Es bleibt zu erwägen, in welchem Rangverhältnis Naturalrestitution und Schadensersatz in Geld zueinander stehen. Die *Chorzów*-Entscheidung gibt auch auf diese Frage eine eindeutige Antwort: Zu leisten sei “*restitution in kind*” oder, falls dies nicht möglich sei, “*payment of a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear*”.⁵¹ Damit legte sich der StIGH nach wohl allgemeiner Auffassung auf einen Vorrang der Naturalrestitution fest.⁵² Zwar werden gelegentlich noch Zweifel geäußert, ob dies dem völkergewohnheitsrechtlichen Standard entspricht.⁵³ In der Völkerrechtsprechung, insbesondere nachfolgenden Entscheidungen des IGH, hat der Vorrang der Naturalrestitution aber – gelegentlich kategorisiert nach rechtlicher (“*legal*” oder “*juridical*”) und realer (“*material*”) Restitution⁵⁴ – mittlerweile Bestätigung gefunden;⁵⁵ auch Art. 35 der *ILC Draft Articles*

⁵¹ *Case Concerning The Factory At Chorzów* (Anm. 16), 47.

⁵² Vgl. statt vieler *B. Sabahi*, *Compensation and Restitution in Investor-State-Arbitration*, 2011, 51.

⁵³ Vgl. etwa *C. F. Amerasinghe*, *Jurisdiction of International Tribunals*, 2003, 411, (414 f.), mit Verweis auf einige (ältere) Entscheidungen aus der Völkerschiedsgerichtsbarkeit; *C. F. Amerasinghe*, *International Arbitral Jurisdiction*, 2011, 151 ff., wobei jeweils nicht ganz deutlich wird, ob damit lediglich die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit angesprochen ist.

⁵⁴ Vgl. *B. Sabahi* (Anm. 52), 61.

⁵⁵ Vgl. insbesondere *Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1962, 5 (37: “*Thailand is under an obligation to withdraw any military or police forces*”); *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, 136 (“*Israel is accordingly under an obligation to return the land, orchards, olive groves and other immovable property seized from any natural or legal person for purposes of construction of the wall in the Occupied Palestinian Territory.*”); vgl. auch aus der frühen Völkerschiedsgerichtsbarkeit etwa *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne c. Royaume-Uni)*, (1.5.1925) 2 RIAA 615 (726: “*En conclusion, le Rapporteur déclare qu’à son avis le Gouvernement britannique a le droit d’obtenir de l’État protecteur ou par son intermédiaire: a) l’usufruit d’une résidence consulaire, à Tetuan ou dans le voisinage immédiat de cette ville [...]*”); *Affaire Martini (Italie c. Venezuela)*, (3.5.1930) 2 RIAA 975 (1002: “*Ces obligations doivent être annulées, à titre de réparation.*”); *Affaire de la Société Radio-Orient (États du Levant sous mandat français c. Égypte)*, (2.4.1940) 3 RIAA 1871 (1881: “*Le Tribunal Arbitral [...] 2° Ordonne [...]*”)

zur Staatenverantwortlichkeit hat die *“primacy of restitution”* aufgenommen – mit der Begründung, dass die Wiederherstellung in Natur dem Gebot, die Konsequenzen des rechtswidrigen Aktes zu eliminieren (*“to wipe out the legal and material consequences of its wrongful act”*), am nächsten komme.⁵⁶

Einer Übertragung dieses Vorrangs der Naturalrestitution auf die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit stehen keine grundsätzlichen Hindernisse entgegen – solange sich nicht aus dem jeweils einschlägigen Investitionsschutzinstrument etwas anderes ergibt.⁵⁷ Gewiss stellt der Ausspruch von *“restitution in kind”* als besondere Form der *“specific performance”* aus der Sicht der *Common Law*-Systeme eine Ausnahme dar.⁵⁸ Wesensmäßig unvereinbar ist ein solcher Ausspruch mit jenen Systemen allerdings keineswegs.

Erwähnung verdient freilich, dass die Vollstreckbarkeit von Schiedssprüchen, die durch International Center for the Settlement of Investment Disputes (ICSID)-Schiedsgerichte erlassen worden sind, begrenzt ist. Art. 54 Abs. 1 der ICSID-Konvention sieht eine Beschränkung der Vollstreckung von ICSID-Schiedssprüchen auf die *“darin auferlegten finanziellen Verpflichtungen”* vor. Allerdings hindert die Vorschrift nach einhelliger Meinung Schiedsgerichte nicht daran, nicht-finanzielle Verpflichtungen zu tenorieren. Aus den *travaux préparatoires* der Konvention ergibt sich eindeutig, dass die Vollstreckbarkeitsbeschränkung nichts an der Bindungswirkung gemäß Art. 53 der ICSID-Konvention von nicht-finanziellen Verpflichtungen ändern soll, die mit einem Schiedsspruch angeordnet werden können.⁵⁹

3. Zwischenergebnis

Bei reflektierter Betrachtung lassen sich aus der *Chorzów*-Rechtsprechung einige zentrale Leitlinien für die Ermittlung von Entschädigung und Wiedergutmachung in investitionsschutzrechtlichen Enteig-

la révocation de l'instruction par laquelle l'Administration des Télégraphes égyptienne a [...] interdit aux bureaux télégraphiques égyptiens d'accepter des télégrammes à acheminer par les routes de la Société 'Radio-Orient'”).

⁵⁶ So die Kommentierung von International Law Commission, Draft Articles on Responsibility of States (Anm. 12), 31 (96 f.).

⁵⁷ Eine Besonderheit sieht insbesondere etwa Art. 1135 Abs. 1 des Nordamerikanischen Freihandelsabkommens (NAFTA) vor, der den Inhalt der auf jener Grundlage erlassenen Schiedssprüche auf *“monetary damages”* (a) und/oder *“restitution of property”* (b) begrenzt (*“only”*). Vgl. mit weiteren Beispielen S. Ripinsky/K. Williams (Anm. 41), 52 f.

⁵⁸ Vgl. C. F. Amerasinghe, International ... (Anm. 53), 154.

⁵⁹ Vgl. eingehend C. Schreuer, Non-Pecuniary Remedies in ICSID-Arbitration, Arbitration International 20 (2004), 325 f.; B. Sabahi (Anm. 52), 64, jeweils m. w. N.

nungsfällen ableiten. Auch wenn dieser Rahmen einigen Spielraum für weitere Ausdifferenzierungen belässt – etwa im Hinblick auf die Berechnung des Marktwerts der enteigneten Investitionen⁶⁰ –, verfügt er über ein erhebliches Potenzial zur Herstellung und Wahrung einer kohärenten und inhaltlich überzeugenden Spruchpraxis.

IV. Die *Chorzów*-Grundsätze in der Rechtsprechung der Investitionsschiedsgerichte

Vor diesem Hintergrund können nun einige Beispiele aus der Spruchpraxis der Investitionsschiedsgerichte analysiert und bewertet werden. Die Verweise auf die *Chorzów*-Grundsätze in der Praxis der Schiedsgerichte sind abundant, teils auch nur von relativ marginaler Bedeutung und können im Folgenden deswegen nur exemplarisch aufgegriffen werden.

Nicht einheitlich gehandhabt wurde in der Spruchpraxis zunächst der erstgenannte *Chorzów*-Grundsatz, wonach “Entschädigung” nach Maßgabe des einschlägigen Investitionsschutzvertrags und “Wiedergutmachung” bzw. “Schadensersatz” nach Maßgabe des Völkergewohnheitsrechts streng zu unterscheiden sind (1.). Ganz erhebliche Unterschiede bestehen ferner im Hinblick auf den zweiten *Chorzów*-Grundsatz, also die differenzierten Rechtsfolgen von Verstößen gegen Enteignungsschutzbestimmungen, insbesondere bezüglich des richtigen Zeitpunkts für die Bewertung rechtswidrig enteigneter Investitionen (2.). Äußerst zurückhaltend sind die Investitionsschiedsgerichte schließlich beim Ausspruch einer Verpflichtung zur Naturalrestitution, die nach dem dritten *Chorzów*-Grundsatz als vorrangig zu erachten wäre (3.).

1. Kategoriale Unterscheidung von “Entschädigung” und “Wiedergutmachung”

Ob ein Schiedsgericht hinreichend zwischen einer “Entschädigung” nach Maßgabe des einschlägigen Investitionsschutzvertrags und einer “Wiedergutmachung” nach Maßgabe des Völkergewohnheitsrechts unterscheidet, zeigt sich in den Entscheidungsgründen im Rahmen der Prüfung des geschuldeten Quantum. Dort wird vorab regelmäßig der rechtliche Maßstab für die Berechnung des Quantum festgesetzt und über die (nicht immer

⁶⁰ Dazu oben Anm. 31.

ausdrücklich diskutierte) Frage entschieden, ob die völkergewohnheitsrechtlichen Regelungen – also insbesondere die *Chorzów*-Grundsätze – überhaupt zur Anwendung kommen und die streitgegenständlichen staatlichen Handlungen somit nach einer “Wiedergutmachung” verlangen, oder ob das einschlägige Investitionsschutzregelwerk nicht vielmehr eine speziellere Regelung diesbezüglich enthält und der Sachverhalt daher im Ergebnis wie eine “Entschädigung” behandelt wird. Eine einheitliche Linie herrscht hier nicht vor.⁶¹

a) “Entschädigung” bei allen Enteignungsformen – *Servier v. Poland u. a.*

In der Sache *Servier v. Poland* befand das angerufene Schiedsgericht im Jahr 2012, dass die von Polen getroffenen Maßnahmen, die zur Nichtzulassung bestimmter Arzneimittelprodukte der Klägerinnen führten, unverhältnismäßig und daher nicht zur Erreichung eines legitimen öffentlichen Zwecks erforderlich im Sinne des einschlägigen Investitionsschutzabkommens gewesen seien (“*disproportionate in nature and thus not a matter of public necessity*”).⁶² Für die darin liegenden “indirekten” Enteignungen wurde den Klägerinnen eine Entschädigung nach Maßgabe des Art. 5 Abs. 2 des FPI zugesprochen, der im französischen Original wie folgt lautet:

“Les Parties contractantes ne prennent pas de mesures d’expropriation ou de nationalisation ou toutes autres mesures dont l’effet est de déposséder, directement ou indirectement, les investisseurs de l’autre Partie, des investissements leur appartenant, sur son territoire ou dans ses zones maritimes, si ce n’est pour cause d’utilité publique et à condition que ces mesures ne soient ni discriminatoires, ni contraires à un engagement particulier.

Les mesures de dépossession qui pourraient être prises doivent donner lieu au paiement d’une indemnité prompte et adéquate dont le montant devra correspondre à la valeur réelle des investissements concernés à la veille du jour où les mesures sont prises ou connues dans le public.

Cette indemnité, son montant et ses modalités de versements sont fixés au plus tard à la date de la dépossession. Cette indemnité est effectivement réalisable, versée sans retard et librement transférable. Elle produit, jusqu’à la date de verse-

⁶¹ So auch die Einschätzung des immerhin mit dem früheren IGH-Richter *Gilbert Guillaume* als Präsidenten besetzten Tribunals in *Bernardus Henricus Funnekotter et al. v. Republic of Zimbabwe*, ICSID Case No. ARB/05/6, Final Award, 22.4.2009, Rn. 110.

⁶² *Les Laboratoires Servier, S.A.S. et al. v. Republic of Poland*, UNCITRAL, Final Award, 14.2.2012, Rn. 575.

ment, des intérêts calculés au taux d'intérêt approprié en vigueur à la date de la dépossession."⁶³

Das Schiedsgericht griff die von den Parteien aufgeworfene Frage auf, ob die in Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 FPI niedergelegten Entschädigungsregelungen die völkergewohnheitsrechtlichen Grundsätze verdrängen.⁶⁴ Unter Verweis auf die in der englischen Übersetzung vorgefundene Formulierung in UAbs. 2 ("‘any’ divestment") führte das Schiedsgericht aus, dass sich der in Art. 5 Abs. 2 niedergelegte Standard auf jedwede Enteignung beziehe, unabhängig davon, ob sie – wie in dem zu entscheidenden Fall – rechtswidrige Handlungen ("illicit actions") umfasse oder nach Maßgabe der Vorschriften des UAbs. 1 ausnahmsweise gestattet ("‘permitted’ expropriation") sei.⁶⁵ Die Regelungen in Art. 5 Abs. 2 FPI seien daher *leges speciales* gegenüber den *Chorzów*-Grundsätzen, ein Rückgriff auf diese sei unzulässig. Im Ergebnis führte die Anwendung von Art. 5 Abs. 2 FPI dazu, dass als Inhalt der "Entschädigung" der reale Wert der enteigneten Investitionen am Tag vor der *Enteignung* angesetzt wurde.⁶⁶

Die Entscheidung im Falle *Servier v. Poland* ist nicht singulär. Auch in anderen Fällen wandten Schiedsgerichte – wenn auch meist ohne nähere Begründung – nicht die *Chorzów*-Grundsätze, sondern die Entschädigungsbestimmungen der einschlägigen Investitionsschutzabkommen an.⁶⁷ Gleichwohl geht die Mehrzahl der Schiedsgerichte zumindest seit einigen Jahren einen anderen Weg:

⁶³ Décret n° 90-301 du 30.3.1990 (Anm. 34), 4182. Das Schiedsgericht stützte sich in erster Linie auf die von der Beklagten vorgelegte englische Übersetzung des Abkommens.

⁶⁴ Vgl. zu dieser Position das Vorbringen Polens, wiedergegeben bei *Les Laboratoires Servier, S.A.S. et al. v. Republic of Poland* (Anm. 62), Rn. 432.

⁶⁵ *Les Laboratoires Servier, S.A.S. et al. v. Republic of Poland* (Anm. 62), Rn. 569 ff. und 642 ff.

⁶⁶ *Les Laboratoires Servier, S.A.S. et al. v. Republic of Poland* (Anm. 62), Rn. 643.

⁶⁷ Vgl. bereits *Iran-US Claims Tribunal, Phillips Petroleum Co. Iran v. Iran et al.*, 21 IRAN-U.S. C.T.R., Rn. 103 ff.; *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Final Award, 30.8.2000, Rn. 113 ff. (allerdings mit dem Hinweis, dass die Entschädigungsregeln des NAFTA-Übereinkommens im Einklang mit den *Chorzów*-Grundsätzen stehen); *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Final Award, 8.12.2000, Rn. 118; *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt* (Anm. 47), Rn. 143 ff.; *CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Final Award, 14.3.2003, Rn. 496 ff.; *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Final Award, 29.5.2003, Rn. 187 ff.

b) “Wiedergutmachung” bei rechtswidriger Enteignung – *Vivendi v. Argentina II u. a.*

In der Sache *Vivendi v. Argentina II* etwa kam das Schiedsgericht zum entgegengesetzten Ergebnis, obwohl die maßstäblichen Bestimmungen des Art. 5 Abs. 1 des FAI den Regeln des Art. 5 Abs. 2 FPI sehr ähnlich sind:

“Les Parties contractantes ne prennent pas, directement ou indirectement, de mesures d'expropriation ou de nationalisation, ni toute autre mesure équivalente ayant un effet similaire de dépossession, si ce n'est pour cause d'utilité publique et à condition que ces mesures ne soient ni discriminatoires, ni contraires à un engagement particulier.

Les mesures visées ci-dessus qui pourraient être prises doivent donner lieu au paiement d'une indemnité prompte et adéquate dont le montant, calculé sur la valeur réelle des investissements concernés, doit être évalué par rapport à une situation économique normale et antérieure à toute menace de dépossession.

Cette indemnité, son montant et ses modalités de versement sont fixés au plus tard à la date de la dépossession. Cette indemnité est effectivement réalisable, versée sans têtard et librement transférable. Elle produit, jusqu'à la date de versement, des intérêts calculés au taux d'intérêt approprié.”⁶⁸

Gegenstand des Verfahrens war eine Konzessionsvereinbarung zwischen der Schiedsklägerin und der argentinischen Provinz Tucumán, mit der die Wasserversorgung und Abwasserentsorgung privatisiert werden sollte. Die Provinz ergriff nach Abschluss der Vereinbarung einseitige Maßnahmen, die letztlich dazu führten, dass die Konzession wirtschaftlich wertlos wurde.⁶⁹ Im Hinblick auf die daraus abgeleitete Entschädigungspflicht nahm das Schiedsgericht zunächst zur Kenntnis, dass Art. 5 Abs. 2 FAI ausdrücklich Regeln über die Entschädigung enthielt. Allerdings befand das Schiedsgericht, dass diese Regeln des FAI nur für *rechtmäßige* Enteignungen gelten, nicht dagegen für *rechtswidrige* Enteignungen, und griff dementsprechend auf die völkergewohnheitsrechtlich anerkannten *Chorzów*-Grundsätze zurück.⁷⁰ Mit Blick auf die materiellen Unterschiede merkte das Schiedsgericht an, dass die nach *Chorzów* zuzusprechenden Erstattungen – zu ermitteln nach den Umständen zur Zeit der *Entscheidung* – deutlich umfangrei-

⁶⁸ Décret n° 93-834 du 28.5.1993 (Anm. 35), 8164.

⁶⁹ Vgl. *Compañía de Aguas del Aconquija and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic* (Anm. 31), Rn. 7.5.22 ff.

⁷⁰ *Compañía de Aguas del Aconquija and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic* (Anm. 31), Rn. 8.2.3 f.

cher seien als die in Art. 5 Abs. 2 FAI vorgesehene Entschädigung nach Maßgabe des Enteignungsdatums.⁷¹

Auch die *Vivendi II*-Entscheidung stellt keinen Einzelfall dar. Vor allem seit der Entscheidung in Sachen *ADC v. Hungary* im Jahr 2006 sind einige andere Tribunale mit entsprechender Argumentation ebenso verfahren und haben nicht auf den Entschädigungsstandard des anwendbaren Investitionsschutzabkommens abgestellt, sondern die offenbar mit großzügigeren Entschädigungen verbundenen *Chorzów*-Grundsätze angewandt.⁷²

c) Bewertung

Es stellt sich daher die Frage, wie diese offenkundigen Disparitäten trotz nahezu identischer rechtlicher Grundlagen zu erklären sind, und welche Vorgehensweise überzeugender ist. Angesichts der angesprochenen Unterschiede bezüglich des Umfangs der zu leistenden Wiedergutmachung drängt sich auf den ersten Blick gar der Verdacht auf, dass für die Anwendung bzw. Nichtanwendung der *Chorzów*-Grundsätze gelegentlich auch der Wunsch nach einem bestimmten Ergebnis eine maßgebliche Rolle spielte.

Mit der oben (III. 2. a)) entwickelten kategorialen Unterscheidung von Entschädigung für rechtmäßige Enteignungen, die sich nach dem individuellen Investitionsschutzstandard bemisst, und Wiedergutmachung für Rechtsverletzungen, die sich grundsätzlich nach den *Chorzów*-Regeln richtet, waren die Entscheidungen in *Servier v. Poland* und älteren Verfahren offenkundig nicht vereinbar.⁷³ Rechtsfolge der in *Servier v. Poland* festge-

⁷¹ *Compañía de Aguas del Aconquija and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic* (Anm. 31), Rn. 8.2.4.

⁷² Vgl. *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary* (Anm. 10), Rn. 481 ff.; *Siemens A.G. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Final Award, 6.2.2007, Rn. 349; *Waguib Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/15, 1.6.2009, Rn. 539 f.; *SAIPEM S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/7, Final Award, 30.6.2009, Rn. 201; *Marion and Reinhard Unglaube v. Republic of Costa Rica*, ICSID Cases No. ARB/08/1 and ARB/09/20, Final Award, 16.5.2012, Rn. 306 (mit ausdrücklichem Hinweis darauf, dass die Rechtsprechung insoweit nicht eindeutig sei); *ConocoPhillips Petrozuata et al. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/30, Decision on Jurisdiction and Merits, 3.9.2013, Rn. 342; vgl. auch *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation* (Anm. 9); *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation* (Anm. 9); *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation* (Anm. 9); jeweils Rn. 1765.

⁷³ Am Rande sei auf die terminologischen Unschärfen in sämtlichen Entscheidungen hingewiesen. Während der wiedergegebene Abschnitt der Entscheidungsgründe aus *Servier v. Poland* mit "Damages" überschrieben ist, wird im Text von "compensation" gesprochen. Aber

stellten Verletzung von Art. 5 Abs. 2 UAbs. 1 FPI wäre nach den oben entwickelten Grundsätzen an sich eine Wiedergutmachung gemäß den *Chorzów*-Regeln gewesen. Stattdessen wandte das Schiedsgericht Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 FPI an, der nur die Entschädigung für (rechtmäßige) Enteignungen, nicht aber die Wiedergutmachung von (rechtswidrigen) Eigentumsverletzungen regelte. Diesen Bruch vermochten auch die vom Tribunal angeführten individuellen Umstände nicht zu rechtfertigen: Gestützt auf den Wortlaut der englischen Übersetzung des UAbs. 2 (“*Any divestment measures*”), die wesentlich vom französischen Original (“*Les mesures de dépossession*”) abwich, meinte das Tribunal, dass dieser Begriff sämtliche Eigentumsbeeinträchtigungen erfasste – und nicht nur die nach Maßgabe des vorangehenden UAbs. 1 rechtmäßigen Enteignungen. Damit setzte sich das Schiedsgericht nicht nur ohne zureichenden Anhaltspunkt im Wortlaut der Originalnorm über die gebotene Unterscheidung von Enteignungsschädigung und Wiedergutmachung hinweg, sondern entwertete zudem die investitionsschutzrechtlichen Enteignungsschranken. Wenn nämlich rechtmäßige Enteignungen und rechtswidrige Eigentumsverletzungen die gleichen Rechtsfolgen zeitigen, so behandelt man die übrigen (wichtigen) rechtlichen Anforderungen an eine rechtmäßige Enteignung, wie sie in jenem Falle in Art. 5 Abs. 2 UAbs. 1 FPI niedergelegt waren, als seien sie in den Wind geschrieben.

Aus diesem Grunde ist es zu begrüßen, dass die Investitionsschiedsgerichte, wie bereits angedeutet, vor allem seit der Entscheidung *ADC v. Hungary* aus dem Jahr 2006 verstärkt dazu neigen, im Falle von Verstößen gegen enteignungsbezogene Investitionsschutzbestimmungen auf die *Chorzów*-Grundsätze zurückzugreifen. Ein Rückgriff auf jene Grundsätze vermag zumindest insoweit die Verirrungen der älteren Judikatur – *Borzu Sabahi* spricht hier zutreffend von der “*Pre-2006*”-Spruchpraxis⁷⁴ – zu vermeiden. Es darf daher gehofft werden, dass die Entscheidung *Servier v. Poland* in dieser Hinsicht eine Ausnahmeerscheinung bleiben wird. Nicht gesagt ist damit freilich, ob die “neue” Judikatur die *Chorzów*-Grundsätze im Einzelnen auch korrekt handhabt. Dies soll im Folgenden näher untersucht werden.

auch in *Vivendi v. Argentina II* fallen begriffliche Changierungen auf, die von “*compensation*” über “*damages*” bis hin zu “*recovery*” reichen.

⁷⁴ *B. Sabahi* (Anm. 52), 95 ff.

2. Folgen von Verstößen gegen Enteignungsbestimmungen für die Wiedergutmachung, insbesondere für den maßgeblichen Bewertungszeitpunkt

Einen praktisch mittlerweile sehr bedeutsamen Aspekt der *Chorzów*-Grundsätze bildet der maßgebliche Zeitpunkt für die Bewertung der enteigneten Investitionen. Eine beachtliche, wenn nicht sogar schon die überwiegende Zahl der Schiedsgerichte nimmt die *Chorzów*-Entscheidung beim Wort und setzt als relevanten Bewertungsstichtag den Zeitpunkt der Entscheidung (bzw. der Schließung des Verfahrens) an, der in jener Entscheidung an die Stelle der unmöglich gewordenen Naturalrestitution trat (“*value at the time of the indemnification, which value is designed to take the place of restitution which has become impossible*” / “*la valeur à l’époque de l’indemnisation destinée à remplacer la restitution devenue impossible*”).⁷⁵ Eine Differenzierung im Hinblick auf den konkreten Vorwurf, der dem enteignenden Staat in der Sache zu machen ist – zivilrechtlich formuliert: eine Unterscheidung nach der Art der Pflichtverletzung –, wird dabei allerdings, entgegen der nuancierten Betrachtungsweise in *Chorzów*, nicht vorgenommen. Dies verdeutlichen die folgenden beispielhaften Fallgruppen, die sich nach der Art der jeweiligen Rechtsverletzung unterscheiden lassen:

a) Fehlen eines legitimen Enteignungsgrundes – *ADC v. Hungary*

Gegenstand des Verfahrens *ADC v. Hungary* war ein von Ungarn Ende 2001, im Vorfeld des EU-Beitritts, erlassenes Dekret, wonach der Betrieb des Flughafens Budapest Liszt Ferenc von der zuständigen Luftverkehrs- und Flughafenbehörde nicht an Dritte übertragen werden durfte. Dieses Dekret vereitelte eine zwischen der Behörde und der Projektgesellschaft “Airport Development Corporation” (ADC) nach vorheriger Ausschreibung getroffene Vereinbarung, wonach ADC den Flughafen teilweise renovieren, ausbauen und betreiben sollte. Rechtlicher Maßstab für die Beurteilung des Dekrets durch das Schiedsgericht war Art. 4 des ZUI:

“1. Neither Contracting Party shall take any measures depriving, directly or indirectly, investors of the other Contracting Party of their investments unless the following conditions are complied with:

- (a) The measures are taken in the public interest and under due process of law;
- (b) The measures are not discriminatory;

⁷⁵ *Case Concerning The Factory At Chorzów* (Anm. 16), 48.

(c) The measures are accompanied by provision for the payment of just compensation.

2. The amount of compensation must correspond to the market value of the expropriated investments at the moment of the expropriation. [...]”⁷⁶

Das Schiedsgericht stellte zunächst und in erster Linie fest, dass mit dem Übertragungsverbot an Dritte entgegen Art. 4 Abs. 1 Buchst. a) ZUI jenseits reiner Fiskalinteressen kein hinreichender öffentlicher Zweck verfolgt wurde und insbesondere nicht ersichtlich sei, dass das Verbot zur Angleichung an das Recht der Europäischen Union erforderlich war.⁷⁷ Darüber hinaus habe das Dekret gegen das Gebot des “*due process of law*” (Art. 4 Abs. 1 Buchst. a) ZUI)⁷⁸ und das Diskriminierungsverbot (Art. 4 Abs. 1 Buchst. b) ZUI)⁷⁹ verstoßen und fehle es offenkundig an einer angemessenen Entschädigung (Art. 4 Abs. 1 Buchst. c) ZUI)⁸⁰.

Da der Wert der in Rede stehenden Investitionen der Schiedsklägerinnen seit dem Erlass des Dekrets im Jahr 2001 erheblich gestiegen war, kam es für die Ermittlung der Entschädigung entscheidend auf den richtigen Bewertungszeitpunkt an. Das Schiedsgericht berief sich auf den *Chorzów*-Standard und setzte als maßgeblichen Zeitpunkt den Erlass des Schiedsspruchs – in jenem Fall den 30.9.2006 – an. Zur Begründung führte das Schiedsgericht aus:

“However, in the present, *sui generis*, type of case the application of the Chorzów Factory standard requires that the date of valuation should be the date of the Award and not the date of expropriation, since this is what is necessary to put the Claimants in the same position as if the expropriation had not been committed. This kind of approach is not without support. The PCIJ in the Chorzów Factory case stated that damages are ‘not necessarily limited to the value of the undertaking at the moment of dispossession’ (...).”⁸¹

⁷⁶ Verfügbar unter <<http://www.investmentpolicyhub.unctad.org>>.

⁷⁷ Vgl. *ADC Affiliate and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary* (Anm. 10), Rn. 429 ff.

⁷⁸ *ADC Affiliate and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary* (Anm. 10), Rn. 434 ff.

⁷⁹ *ADC Affiliate and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary* (Anm. 10), Rn. 441 ff.

⁸⁰ *ADC Affiliate and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary* (Anm. 10), Rn. 444.

⁸¹ *ADC Affiliate and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary* (Anm. 10), Rn. 497.

Weitergehende Erläuterungen sind der Entscheidungsbegründung – abgesehen von Verweisen auf andere Entscheidungen⁸² – nicht zu entnehmen.

b) “Gestreckte” Enteignung ohne Entschädigung – *Unglaube v. Costa Rica*

Im Verfahren *Unglaube v. Costa Rica* stand eine andere Rechtsverletzung im Raum. Gegenstand des Verfahrens bildeten verschiedene Maßnahmen Costa Ricas zur Schaffung und Sicherung eines Schutzgebietes für die bedrohte Lederschildkröte am Küstenabschnitt Playa Grande.⁸³ In jenem Gebiet waren auch Grundstücke der deutschen Schiedskläger belegen, die dort ökotouristische Anlagen errichteten. Während erste Pläne für das Schutzgebiet aus den Jahren 1991 und 1995 bereits darauf hindeuteten, dass ein 75 Meter breiter Grundstücksstreifen in das geplante Schutzgebiet fallen und damit einer möglichen Enteignung unterliegen würde, unternahm Costa Rica erst 2003 und 2004 Enteignungsversuche. Nachdem beide Enteignungen von den Schiedsklägern teilweise erfolgreich angefochten worden waren, unterließ die Schiedsbeklagte zunächst weitere Enteignungen. Im Jahr 2005 ordnete die zuständige Behörde allerdings auf Betreiben Privater und Anweisung des Supreme Courts die Aussetzung sämtlicher Gestattungsverfahren im Schutzgebiet an, auch mit Blick auf die Vorhaben der Schiedskläger. Nachdem der Supreme Court im Jahr 2008 feststellte, dass die Schiedsbeklagten unverzüglich die förmliche Enteignung vorzunehmen und die Schiedskläger angemessen zu entschädigen haben, leitete Costa Rica 2009 schließlich erneut ein Enteignungsverfahren ein.

Das angerufene Schiedsgericht stellte fest, dass die von Costa Rica getroffenen Maßnahmen zur Errichtung des Schutzgebietes spätestens ab dem Jahr 2003 dazu führten, dass der Schiedsklägerin, *Marion Unglaube*, ihre Eigentümerposition an einem 75 Meter breiten Grundstücksstreifen effektiv entzogen wurde.⁸⁴ Das DCI sah mit Blick auf derartige Maßnahmen in Art. 4 Abs. 2 vor:

⁸² Vgl. *ADC Affiliate and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary* (Anm. 10), Rn. 497 f., mit Verweisen auf *Amoco International Finance Corporation v. Iran*, 15 IRAN-U.S. C.T.R. (1987), 189 (247); *Papamichalopoulos u. a. gegen Griechenland*, EGMR, Urteil vom 31.10.1995, Rs. 14556/89, Rn. 36 f.; *Texaco Overseas Petroleum Company v. Government of the Libyan Arab Republic*, 53 I.L.R. (1977), 389.

⁸³ Vgl. zur folgenden Zusammenfassung des Sachverhalts ausführlich das Parteivorbringen bei *Marion and Reinhard Unglaube v. Republic of Costa Rica* (Anm. 72), Rn. 43 ff.

⁸⁴ Vgl. *Marion and Reinhard Unglaube v. Republic of Costa Rica* (Anm. 72), Rn. 223.

“Kapitalanlagen von Staatsangehörigen oder Gesellschaften einer Vertragspartei dürfen im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei nur zum allgemeinen Wohl und gegen Entschädigung enteignet, verstaatlicht oder anderen Maßnahmen unterworfen werden, die in ihren Auswirkungen einer Enteignung oder Verstaatlichung gleichkommen. Diese Maßnahmen müssen aufgrund eines Gesetzes erfolgen. Die Entschädigung muß dem Wert der Kapitalanlage unmittelbar vor dem Zeitpunkt entsprechen, in dem die tatsächliche oder drohende Enteignung, Verstaatlichung oder vergleichbare Maßnahme öffentlich bekannt wurde. Die Entschädigung muß unverzüglich geleistet werden und ist bis zum Zeitpunkt der Zahlung mit dem durchschnittlichen Einlagenzinssatz der Banken zu verzinzen; sie muß tatsächlich verwertbar und frei transferierbar sein. Spätestens im Zeitpunkt der Enteignung, Verstaatlichung oder vergleichbaren Maßnahme muß in geeigneter Weise für die Festsetzung und Leistung der Entschädigung Vorsorge getroffen sein. Die Rechtmäßigkeit der Enteignung, Verstaatlichung oder vergleichbaren Maßnahme und die Höhe der Entschädigung müssen in einem ordentlichen Rechtsverfahren geprüft werden können.”⁸⁵

Dass die Maßnahmen “zum allgemeinen Wohl” im Sinne dieser Bestimmungen erfolgten, sah das Schiedsgericht als gegeben an. Allerdings seien die Enteignungen bzw. die “vergleichbaren Maßnahmen” entgegen den Bestimmungen des Art. 4 Abs. 2 DCI ohne Vorsorge für die Festsetzung und Leistung einer angemessenen Entschädigung vorgenommen worden.⁸⁶

Die Ermittlung der geschuldeten *compensation* bereitete dem Schiedsgericht allerdings einige Schwierigkeiten. Die Festlegung des abstrakten Entschädigungsmaßstabs fiel dabei noch vergleichsweise leicht. Das Schiedsgericht stellte, unter flüchtigem Verweis auf die *Chorzów*-Grundsätze, fest, dass die Enteignung mangels Entschädigungsleistung rechtswidrig erfolgt sei und führte aus:

“[W]here property has been wrongfully expropriated, the aggrieved party may recover (1) the higher value that an investment may have acquired up to the date of the award and (2) incidental expenses. Illegality of expropriation may also influence other discretionary choices made by arbitrators in the assessment of compensation.”⁸⁷

Dass das Schiedsgericht den damit angesprochenen Spielraum (“*discretionary choices*”), der ihm im Falle rechtswidriger Enteignungen angeblich eröffnet ist, nutzen wollte, wurde deutlich, als das Schiedsgericht die für die Bewertung des Grundstücks in Betracht kommenden Zeitpunkte auslotete.

⁸⁵ BGBl. vom 25.11.1997, Teil II, Nr. 45, 1830.

⁸⁶ Vgl. *Marion and Reinhard Unglaube v. Republic of Costa Rica* (Anm. 72), Rn. 223.

⁸⁷ *Marion and Reinhard Unglaube v. Republic of Costa Rica* (Anm. 72), Rn. 307.

Nicht ohne einen gewissen Bruch mit den Feststellungen zum Vorliegen einer Enteignung im Sinne des Abkommens spätestens im Jahre 2003 sah sich das Schiedsgericht nun außerstande, als frühestmöglichen Zeitpunkt ein bestimmtes Datum der Enteignung (*“date of expropriation”*) für die Bewertung des betroffenen Grundstückstreifens festzulegen.⁸⁸ Auf diesen Zeitpunkt (2003) wollte insbesondere die Schiedsbeklagte abstellen, zumal auch Art. 4 Abs. 2 DCI vom *“Zeitpunkt der Enteignung”* sprach, und hierfür maximal rund 1,3 Mio. US-Dollar ansetzen.⁸⁹ Die Schiedskläger verlangten demgegenüber den zwischenzeitlichen Markthöchstpreis von rund 5,19 Mio. US-Dollar, den der Grundstückswert im Juli 2006 betrug.⁹⁰

Dem Schiedsgericht schienen beide Positionen nicht angemessen, zumal die Wahl des Markthöchstpreises dazu geführt hätte, dass dem Schiedskläger die Fiktion einer optimalen Kenntnis von der Marktentwicklung zugestanden worden wäre. Das Schiedsgericht wählte als maßgeblichen Bewertungszeitpunkt daher den 1.1.2006, da dieser zeitlich ungefähr in der Mitte der zur *de facto*-Enteignung der Schiedskläger führenden Ereignisse lag, und kam auf diese Weise zu einer Entschädigungssumme von rund 3,1 Mio. US-Dollar,⁹¹ die – kaum überraschend – nahezu exakt das arithmetische Mittel der von Kläger- und Beklagtenseite jeweils angegebenen Beträge bildete.

c) Keine Festlegung auf eine bestimmte Rechtsverletzung – *Yukos v. Russia u. a.*

Einen noch flexibleren Ansatz verfolgte das Schiedsgericht in den gemeinsam entschiedenen *Yukos*-Verfahren. Die Verfahren hatten die komplexen Vorgänge zum Gegenstand, die letztlich zur Insolvenz und Zerschlagung des Yukos-Konzerns im Jahr 2006 geführt hatten. Der Konzern war im Laufe der 1990er Jahre, auch unter Nutzung der Vorteile eines nach russischem Steuerrecht vorgesehenen Steueroptimierungsmodells zur Förderung strukturschwacher Regionen, zum zweitgrößten russischen Konzern im Bereich Erdölförderung und Petrochemie aufgestiegen. Ab 2003 führte Russland insgesamt fünf Verfahren gegen Yukos wegen Missbrauchs des Steueroptimierungsmodells in den Steuerjahren 2000 bis 2004, die in Festsetzungen von Steuernachzahlung und Strafen in Höhe von insgesamt rund

⁸⁸ *Marion and Reinhard Unglaube v. Republic of Costa Rica* (Anm. 72), Rn. 315.

⁸⁹ *Marion and Reinhard Unglaube v. Republic of Costa Rica* (Anm. 72), Rn. 314.

⁹⁰ *Marion and Reinhard Unglaube v. Republic of Costa Rica* (Anm. 72), Rn. 299.

⁹¹ *Marion and Reinhard Unglaube v. Republic of Costa Rica* (Anm. 72), Rn. 318.

24,18 Mrd. US-Dollar mündeten.⁹² Bereits im Jahr 2004 ordnete das russische Justizministerium – zur Tilgung der Steuernachzahlungen für das Jahr 2000 – die Versteigerung von Yukos' wichtigster Ölfördergesellschaft Yuganskneftegaz (YNG) an, obwohl Yukos zu jenem Zeitpunkt bereits rund 3,24 der 3,48 Mrd. US-Dollar betragenden Nachzahlungen für das Jahr 2000 geleistet hatte.⁹³ YNG wurde schließlich nach zehnmündiger Auktion für 9,35 Mrd. US-Dollar veräußert.⁹⁴ In der Folge geriet Yukos unwiederbringlich in finanzielle Schieflage; im März 2006 wurde schließlich das Insolvenzverfahren über Yukos eröffnet.⁹⁵ Im Jahr 2007 wurden die verbliebenen Vermögensbestandteile von Yukos im Wege öffentlicher Versteigerungen liquidiert, wobei Russland als fast einzige (direkte oder indirekte) Insolvenzgläubigerin rund 99,71 Prozent des Erlöses erhielt.⁹⁶

Das Schiedsgericht stellte fest, dass bestimmte Aktivitäten von Yukos im Zusammenhang mit dem Steueroptimierungsmodell zwar durchaus zweifelhaft und angreifbar waren. Allerdings seien die Handlungen Russlands offensichtlich nicht von der Absicht geleitet gewesen, hinterzogene Steuern einzutreiben, sondern den Yukos-Konzern zu zerschlagen und sich seine Vermögenswerte anzueignen – zumal in Anbetracht der außer Verhältnis zur bezweckten Steuereintreibung stehenden Zwangsveräußerung von YNG, die es Yukos gleichsam unmöglich machte, seine Steuerschuld zu begleichen. Das Schiedsgericht befand daher, dass das Vorgehen Russlands einer Enteignung bzw. Verstaatlichung im Sinne von Art. 13 Abs. 1 ECV entspreche (zu dessen Text siehe bereits oben III. 2. a)).⁹⁷

Das Schiedsgericht prüfte sodann die in UAbs. 1 genannten Anforderungen und bemängelte das Vorgehen Russlands in fast allen Punkten. Dabei fällt auf, dass es dem Tribunal für die Annahme einer insgesamt *rechtswidrigen* Enteignung offenbar genügte, dass zumindest *eine* der in Art. 13 Abs. 1 UAbs. 1 ECV genannten Anforderungen nicht erfüllt war:

Das Schiedsgericht legte sich letztlich nicht eindeutig fest, ob die mit der Zerschlagung des Yukos-Konzerns vollzogene Enteignung im "öffentlichen Interesse" i.S.v. Art. 13 Abs. 1 UAbs. 1 ECV Buchst. a) lag und damit ein hinreichender Enteignungsgrund vorlag. Die Legitimität des Verhaltens

⁹² *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation* (Anm. 9); *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation* (Anm. 9); *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation* (Anm. 9); jeweils Rn. 517.

⁹³ *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation* (Anm. 9), Rn. 988.

⁹⁴ *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation* (Anm. 9), Rn. 1003.

⁹⁵ *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation* (Anm. 9), Rn. 1075.

⁹⁶ *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation* (Anm. 9), Rn. 1096.

⁹⁷ Vgl. zum Ganzen *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation* (Anm. 92), Rn. 1575 ff.

Russlands bezeichnete das Schiedsgericht nur sehr unscharf als “*profoundly questionable*”, zumal die Liquidierung von Yukos nicht unmittelbar dem Staat, sondern dem (staatseigenen) Ölkonzern Rosneft zugutegekommen sei.⁹⁸ Den diskriminierenden Charakter der Maßnahmen (b) ließ das Schiedsgericht gänzlich offen, stellte jedoch zahlreiche verfahrensrechtliche Verstöße fest, insbesondere mit Blick auf die Behandlung der früheren Yukos-Manager *Chodorkowski* und *Lebedev* (c).⁹⁹ In jedem Falle unbestreitbar (“*what in any event is incontestable*”) sei aber, so das Schiedsgericht, dass die Enteignung ohne jede Entschädigungsleistung erfolgte (d).¹⁰⁰ Diese Feststellungen genügten dem Schiedsgericht für die Annahme einer Verletzung des Art. 13 Abs. 1 ECV.

Bei der Bestimmung des maßgeblichen Zeitpunktes für die Bewertung der Investitionen stellte das Schiedsgericht sodann nicht auf den Maßstab des Art. 13 ECV ab – ansonsten werde der Unterschied zwischen einer (von Art. 13 ECV erfassten) rechtmäßigen und einer (im *Yukos*-Fall angenommenen) rechtswidrigen Enteignung verwischt –, sondern stützte sich auf völkergewohnheitsrechtliche Grundsätze, insbesondere auf Art. 35 und 36 der *ILC Draft Articles* sowie die darin im Wesentlichen niedergelegten *Chorzów*-Regeln. Das Schiedsgericht leitete hieraus Folgendes ab:

Im Grundsatz sei Russland verpflichtet, den Zustand wiederherzustellen, der bestünde, wenn die Rechtsverletzung (“*the wrongful act*”), also die rechtswidrige Enteignung, nicht eingetreten wäre, kurzum: Russland habe an sich Naturalrestitution zu leisten, deren Inhalt und Umfang sich nach dem Zeitpunkt des Erlasses des Schiedsspruchs richte (“*as of the date when a decision is rendered*”).¹⁰¹ Daraus folge für die Berechnung des Wertersatzes in Geld bei Unmöglichkeit der Naturalrestitution, dass die Investoren auch von etwaigen Wertsteigerungen profitieren müssen, die seit der Enteignung bis zum Zeitpunkt des Erlasses des Schiedsspruchs eingetreten sind – denn die Pflicht zum Wertersatz trete an die Stelle der Pflicht zur Naturalrestitution.¹⁰² Darüber hinaus dürfe den Investoren nicht das Risiko zwischenzeitlichen Wertverlustes aufgebürdet werden, da sie – die Enteignung hinweggedacht – auch zu einem früheren, für den Marktwert des Eigentums günstigeren Zeitpunkt hätten veräußern können.¹⁰³ Das Schiedsgericht setzte als maßgeblichen Zeitpunkt für die Bewertung daher, wie bereits eingangs (I.) erwähnt, nicht das Datum der Enteignung an – nach Auffassung des

⁹⁸ *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation* (Anm. 9), Rn. 1581.

⁹⁹ *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation* (Anm. 9), Rn. 1582 f.

¹⁰⁰ *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation* (Anm. 9), Rn. 1584.

¹⁰¹ *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation* (Anm. 9), Rn. 1766.

¹⁰² *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation* (Anm. 9), Rn. 1767.

¹⁰³ *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation* (Anm. 9), Rn. 1768.

Schiedsgerichts die Veräußerung von YNG im Dezember 2004 –, sondern den Schluss des Verfahrens am 30.6.2014,¹⁰⁴ was zu der angesprochenen Wertdifferenz von über 40 Mrd. US-Dollar führte.

Einen ähnlichen Ansatz wie das *Yukos*-Tribunal hatten bereits die Schiedsgerichte in *Siemens v. Argentina* und *Vivendi v. Argentina II* verfolgt. In beiden Fällen ließen die Tribunale es letztlich offen, ob die festgestellten Enteignungen einen hinreichenden öffentlichen Zweck usw. verfolgten, und stellten darauf ab, dass jedenfalls keine Entschädigung gezahlt worden sei.

In der oben (1. a)) bereits vorgestellten Sache *Vivendi II* führte das Tribunal im Zusammenhang mit dem Enteignungscharakter der Maßnahmen der Provinz Tucumán aus:

“Also, the structure of Article 5(2) of the Treaty directs the Tribunal first to consider whether the challenged measures are expropriatory, and only then to ask whether they can comply with certain conditions, ie public purpose, non-discriminatory, specific commitments, et cetera. If we conclude that the challenged measures are expropriatory, there will be violation of Article 5(2) of the Treaty, even if the measures might be for a public purpose and non-discriminatory, because no compensation has been paid.”¹⁰⁵

Nach Feststellung des Enteignungscharakters gelangte das Schiedsgericht zu dem Ergebnis, dass aufgrund der Rechtswidrigkeit der Enteignung der *Chorzów*-Standard – und nicht der Standard nach Art. 5 Abs. 2 FAI – zur Anwendung komme (siehe oben), und dass dieser eine großzügigere Entschädigung vorsehe.

Noch deutlicher formulierte es das Schiedsgericht in *Siemens v. Argentina*. Streitgegenstand des Verfahrens bildeten verschiedene Verhaltensweisen der Schiedsbeklagten – auch im Zuge der Argentinienkrise –, die schließlich zur Beendigung eines zwischen ihr und der Schiedsklägerin geschlossenen Vertrags über die Implementierung eines komplexen Datenverarbeitungssystems zur Digitalisierung von Grenzkontrollen, Personalausweisen und Wählerinformationen führten. Das Schiedsgericht bejahte den Tatbestand einer Enteignung und hatte ganz erhebliche Zweifel im Hinblick auf das Vorliegen eines nach Art. 4 Abs. 2 des deutsch-argentinischen Investitionsschutzabkommens (DAI) erforderlichen Grundes des “allgemeinen Wohls”,

¹⁰⁴ *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation* (Anm. 9), Rn. 1769.

¹⁰⁵ *Compañía de Aguas del Aconquija and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic* (Anm. 31), Rn. 7.5.21.

der mit jenen Verhaltensweisen verfolgt wurde.¹⁰⁶ Letztlich ließ das Tribunal diese Frage allerdings offen, denn:

“In any case, compensation has never been paid on grounds that, as already stated, the Tribunal finds that are lacking in justification. For these reasons, the expropriation did not meet the requirements of Article 4(2) and therefore was unlawful.”¹⁰⁷

Zum einschlägigen Entschädigungsstandard führte das Schiedsgericht aus:

“The key difference between compensation under the Draft Articles and the Factory at Chorzów case formula, and Article 4(2) of the Treaty is that under the former, compensation must take into account ‘all financially assessable damage’ or ‘wipe out all the consequences of the illegal act’ as opposed to compensation ‘equivalent to the value of the expropriated investment’ under the Treaty. Under customary international law, Siemens is entitled not just to the value of its enterprise as of May 18, 2001, the date of expropriation, but also to any greater value that enterprise has gained up to the date of this Award, plus any consequential damages.”¹⁰⁸

Zwar sah sich das Schiedsgericht mangels hinreichender Nachweise durch die Schiedsklägerin letztlich außerstande, eine über den Buchwert der Investitionen hinausgehende Entschädigung zuzusprechen. Die *ratio* der Entscheidung folgte gleichwohl der Linie, der sich nun auch das *Yukos*-Tribunal angeschlossen hat.

d) Bewertung

Die dargelegten Entscheidungen entsprechen ganz offensichtlich nur teilweise den Maßgaben der *Chorzów*-Rechtsprechung. Dass das Tribunal in *ADC v. Hungary* für die Bewertung der entzogenen Investitionen auf den Zeitpunkt der Entscheidung (und nicht: des Entzugs) abstellte, lässt sich nicht beanstanden: Mangels hinreichenden öffentlichen Interesses an der Enteignung hätte diese überhaupt nicht erst durchgeführt werden dürfen, so dass das Schiedsgericht an sich die Rückgewähr der entzogenen Vermögenspositionen hätte anordnen müssen. Da dies praktisch nicht möglich war, trat an die Stelle der zurück zu gewährenden Vermögensgüter rich-

¹⁰⁶ BGBl. vom 20.8.1993, Teil II, Nr. 29, 1244.

¹⁰⁷ *Siemens A.G. v. Argentine Republic* (Anm. 72), Rn. 349.

¹⁰⁸ *Siemens A.G. v. Argentine Republic* (Anm. 72), Rn. 352.

tigerweise deren Marktwert zur Zeit des Ausspruchs der Wiedergutmachungspflicht, also der Zeitpunkt des Schiedsspruchs.

Zweifelhaft erscheinen allerdings zumindest die Begründungen der anderen dargestellten Entscheidungen. Ein Verstoß allein gegen die Vorgabe, eine angemessene Entschädigung festzusetzen und zu leisten, wie er dem Verfahren *Unghlaube v. Costa Rica* zugrunde lag, verlangt auch nach der *Chorzów*-Logik keine Rückgewähr der enteigneten Güter bzw. – anstelle der Rückgewähr – einen Wertersatz, der sich nach einem Zeitpunkt jenseits der Enteignung bemisst. Ein normativer Spielraum (“*discretionary choices*”) bei der Festsetzung des maßgeblichen Bewertungszeitpunktes, wie ihn das Tribunal in jenem Verfahren eröffnet sah, bestand nicht. Die Ausführungen des Schiedsgerichts zur angeblichen Unmöglichkeit, einen eindeutigen Enteignungszeitpunkt festzulegen, erscheinen vor diesem Hintergrund eher als Versuch, die dürftige rechtliche Argumentation zu übertünchen.

Das oben (III. 2. b)) dargelegte Erfordernis, für den Inhalt der geschuldeten Wiedergutmachung nach der Art der Rechtsverletzung zu differenzieren, verbietet es außerdem, die Frage nach dem konkreten Rechtsverstoß letztlich offen zu lassen und sich auf die Feststellung zu beschränken, dass es jedenfalls an der Festsetzung und Leistung einer Entschädigungsleistung fehle. Die Schiedsgerichte in Sachen *Yukos*, *Siemens* und *Vivendi II* haben dies verkannt – auch wenn in den Entscheidungsgründen jeweils deutlich wurde, dass es den Enteignungen wohl auch an einer hinreichenden materiellen Rechtfertigung mangelte, und die Verfahren somit im *Ergebnis* richtig entschieden worden sein dürften.

Nun wird man in praktischer Perspektive zunächst anmerken müssen: Trotz der theoretischen Möglichkeit, auf den Wert der Investitionen zur Zeit des Schiedsspruchs zuzugreifen, dürfte es in vielen Fällen aus Gründen praktischer Notwendigkeit weiterhin auf den Wert zur Zeit der Enteignung ankommen. Dieser Wert lässt sich nämlich sehr viel verlässlicher und rechtssicherer bestimmen als der Wert der Investitionen zur Zeit des Schiedsspruchs, da letzterer regelmäßig nur unter Berücksichtigung verschiedener hypothetischer Szenarien konstruiert werden kann¹⁰⁹ – man denke nur an die Unwägbarkeiten, die mit der Bewertung etwa eines Wirtschaftsunternehmens verbunden sind. Dementsprechend war auch der Schiedsspruch in *ADC v. Hungary* für geraume Zeit eine der wenigen Entscheidungen, in der es im Ergebnis auf den (höheren) Wert der Investitionen zur Zeit des Schiedsspruchs tatsächlich ankam.¹¹⁰

¹⁰⁹ Vgl. *B. Sabahi* (Anm. 52), 106 f.

¹¹⁰ *B. Sabahi* (Anm. 52), 107.

Die in den dargelegten neueren Schiedssprüchen – insbesondere in Sachen *Unglaube v. Costa Rica* und *Yukos* – sich abzeichnende Entwicklung¹¹¹ sollte allerdings nicht unterschätzt werden. Wie oben (1.) bereits gezeigt, hat die Anwendung der *Chorzów*-Regeln in den vergangenen Jahren deutlich zugenommen, so dass mit einem vermehrt auch entscheidungserheblichen Zugriff auf den Zeitpunkt der Enteignung (und nicht der Enteignung) gerechnet werden muss; die Verfahren *Unglaube v. Costa Rica* und *Yukos* bestätigen diese Einschätzung. Hinzu tritt auch folgender Aspekt: Das *Chorzów*-Diktum des StIGH bzw. die entsprechenden Regeln in den *ILC Draft Articles* wurden in den genannten Verfahren genutzt, um den Schiedsgerichten einen gewissen Spielraum bei der Festlegung des maßgeblichen Bewertungszeitpunkts im Zeitraum zwischen der Enteignung und dem Erlass des Schiedsspruchs zu eröffnen, der so an sich nicht in *Chorzów* angelegt war. Während das *Yukos*-Tribunal dabei immerhin noch normativ mit dem Schutzzweck der Enteignungsregelungen argumentierte, wonach der Investor nicht mit dem Risiko eines zwischen Enteignung und Entscheidungen eintretenden Wertverlusts belastet werden dürfe, legte das *Unglaube*-Schiedsgericht den Bewertungszeitpunkt mehr oder minder freihändig fest. Beide Tribunale haben sich damit von der in *Chorzów* angelegten Maßgeblichkeit der Rechtsverletzung für den Inhalt der Wiedergutmachung gelöst und den Konnex zwischen Haftungsbegründung (Rechtsverletzung) und Haftungsausfüllung (Wiedergutmachung) durchtrennt.

Gewiss wäre es nun ein Leichtes, diese Entwicklung mit dem Verweis auf die eindeutigen, zu Völkergewohnheitsrecht erwachsenen Vorgaben aus *Chorzów* als Irrläufer zu verwerfen. Dies wäre allerdings vorschnell. Auch wenn der Rückgriff auf die *Chorzów*-Regeln dem Investitionsschutzrecht Kohärenz verleihen kann, bedeutet dies nicht, dass diese Grundsätze sklavisch und ohne Modifikationen angewandt werden müssten. Entscheidend sollte vielmehr sein, dass etwaige Abweichungen von jenen Grundsätzen ganz bewusst, transparent und aus überzeugenden rechtlichen Gründen erfolgen. Dies zeigt schon ein Blick in das nationale Recht: So sieht etwa auch das deutsche Schadensrecht im Grundsatz die Durchführung der Differenzmethode vor, eröffnet jedoch Spielräume für normativ wertende Korrekturen dieser Differenzrechnung im Ausnahmefall – man denke etwa an die Grundsätze über den Vorteilsausgleich oder die anerkannten Fallgruppen des “normativen Schadens”.

Ein Grund für eine solche normativ wertende Korrektur der in *Chorzów* prinzipiell geforderten Differenzhypothese könnte beispielsweise in einem

¹¹¹ Vgl. zusätzlich zu den hier dargelegten Entscheidungen etwa *ConocoPhillips Petrozuata et al. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (Anm. 72), Rn. 342 f.

spezifischen “punitiven” Schutzzweck der Investitionsschutzabkommen gesehen werden – d.h. dem Zweck, den jeweiligen Gaststaat vor Enteignungen möglichst abzuschrecken, indem der Betroffene stets von etwaigen (hypothetischen) Wertsteigerungen der enteigneten Investitionen auch nach der Enteignung profitieren soll.¹¹² Ob ein solcher Ansatz indes richtig und zudem rechtssicher handhabbar ist, darf bezweifelt werden, zumal die schiedsgerichtliche Praxis bislang davon abgesehen hat, “*punitive damages*” zu verhängen.¹¹³ Solange an dieser richtigen Ablehnung von Strafschadensersatz festgehalten wird – ausdrückliche Anhaltspunkte für eine solche Form des Schadensersatzes bestehen im Investitionsschutzrecht derzeit nicht, teilweise wird dies sogar ausdrücklich ausgeschlossen¹¹⁴ –, sollten “*punitive damages*” nicht verdeckt unter dem Mantel einer (ggfs. falsch verstandenen) Chorzów-Lesart eingeführt werden.

3. Vorrang der Naturalrestitution

Es bleibt schließlich zu beleuchten, wie der oben (III. 2. c)) konstatierte Vorrang der Naturalrestitution praktisch gehandhabt wird. Der Kreis der Entscheidungen zum Investitionsschutz, die sich inhaltlich mit dem Ausspruch einer Verpflichtung zur Naturalrestitution auseinandersetzen, ist sehr überschaubar.

a) Überschaubare Spruchpraxis

Eine Verurteilung zur Naturalrestitution erfolgte zunächst in der Sache *Texaco-Calasiatic c. Gouvernement libyen* im Jahr 1977, einem von drei Schiedsverfahren, die in Folge der Verstaatlichung der Ölindustrie Libyens Anfang der 1970er Jahre angestrengt wurden. Nachdem der Einzelschiedsrichter – bezeichnenderweise der renommierte Völkerrechtsgelehrte *René-Jean Dupuy* – festgestellt hatte, dass die streitgegenständlichen Verstaatlichungsmaßnahmen nicht im Einklang mit den Ölkonzessionsverträgen stand, welche die klagenden Unternehmen mit der beklagten Regierung Li-

¹¹² Vgl. in diese Richtung etwa *W. M. Reisman/R. Sloane*, *Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation*, BYIL 75 (2003), 115 (137: “Above all, any standard adopted to determine the appropriate date from which to calculate compensation should effectively deter, not reward, consequential and creeping expropriation.”).

¹¹³ Vgl. *I. Marboe*, *Die Berechnung ...* (Anm. 8), 109; *I. Marboe*, *Calculation ...* (Anm. 8), 74 f.

¹¹⁴ Vgl. etwa Art. 1135 Abs. 3 des Nordamerikanischen Freihandelsabkommens.

byens geschlossen hatten, setzte er sich intensiv mit der Frage auseinander, ob die Beklagte dazu verurteilt werden musste, die Konzessionsverträge durchzuführen und ihnen zur vollen Wirksamkeit zu verhelfen.¹¹⁵ Im Ergebnis hielt er fest:

“Ainsi, pour les motifs généraux qui précèdent, le Tribunal de céans est amené à statuer que la ‘restitutio in integrum’ constitue, tant selon les principes de la loi libyenne que selon ceux du droit international, la sanction normale de l’inexécution d’obligations contractuelles et qu’elle ne pourraient être écartée que dans la mesure où le rétablissement du statu quo se heurterait à une impossibilité absolue.”¹¹⁶

Schon damals wurden diese Feststellungen allerdings nicht allgemein geteilt. Dies zeigte sich etwa im Verfahren *LIAMCO v. Libya*, dessen Streitgegenstand ebenfalls die Verstaatlichungsmaßnahmen Libyens und deren Vereinbarkeit mit dem zwischen den Parteien geschlossenen Ölkonzessionsvertrag bildete. Der Schiedsrichter wies den auf *restitution* gerichteten Hauptantrag der Schiedsklägerin aus folgenden Gründen ab:

“This general principle [of Libyan law] is also common to international law, in which restitutio in integrum is conditioned by the possibility of performance, and consequently hindered by its impossibility. Such impossibility is in fact most usual in the international field. For this reason, it has been asserted that ‘it is impossible to compel a State to make restitution, this would constitute in fact an intolerable interference in the internal sovereignty of States’ (V. Friedman, op.cit., p. 214). Restitutio has thus been considered in international law as against the respect due for the sovereignty of the nationalizing State.”¹¹⁷

Mit ähnlicher, etwas pragmatischerer Begründung hatte zuvor auch der Schiedsrichter in der Sache *BP v. Libya*, dem dritten Libyen-Verfahren, den klägerischen Antrag auf *restitution* abgewiesen:

“[E]xpropriation [...] is an act of finality where a state has exercised its sovereign power to expel a foreign enterprise and appropriate its property and other rights.”¹¹⁸

Auch in jüngerer Zeit lehnte es die ganz überwiegende Zahl der Schiedsgerichte bislang (ausdrücklich oder stillschweigend) ab, eine *restitution in kind* auszuurteilen.¹¹⁹ Die Begründungen variieren in Form und Inhalt:

¹¹⁵ Vgl. ausführlich *Texaco-Calasiatic c. Gouvernement libyen*, J.D.I. 104 (1977), 380 ff.

¹¹⁶ *Texaco-Calasiatic c. Gouvernement libyen* (Anm. 115), 387.

¹¹⁷ *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. The Libyan Arab Republic*, ILM 20 (1981), 124.

¹¹⁸ *British Petroleum (BP) v. The Libyan Arab Republic*, I.L.R. 53 (1979), 297, 353.

In den meisten Fällen begnügten sich die Schiedsgerichte offensichtlich damit, dass die Klägerparteien (wie in aller Regel) allein *compensation* oder *damages* als Anspruchsziel verfolgen. Dabei wird die Möglichkeit, die Beklagtenpartei zur *restitution* zu verpflichten, überhaupt nur sehr selten ausdrücklich angesprochen.¹²⁰

Eine ausführlichere Auseinandersetzung mit der Frage, ob eine Verpflichtung zur *restitution* in Betracht kommt, erfolgte in der Sache *LG & E v. Argentina*. Die Klägerin hatte im Vertrauen auf den von der Beklagten zugesicherten Fortbestand der rechtlichen Rahmenbedingungen bezüglich der Berechnung und halbjährlichen Erhöhung der Gaspreise in US-Dollar durch die argentinische Regulierungsbehörde Anteile an argentinischen Gasversorgungsunternehmen erworben.¹²¹ Im Zuge der argentinischen Finanzkrise Ende der 1990er und Anfang der 2000er Jahre wurde die Erhöhung der Gaspreise suspendiert und eine Berechnung der Preise in Pesos angeordnet. Das *LG & E-Tribunal* sah hierin u. a. eine Beeinträchtigung des FET-Standards, die seit Ende April 2003 nicht mehr durch die Argentinienkrise gerechtfertigt war, und stellte fest, dass die Beklagte für die Zeit danach dem Grunde nach schadenersatzpflichtig sei.¹²² Da die Beklagte die Preisregeln daraufhin nicht entsprechend anpasste, begehrte die Klägerin mit Blick auf die folgende Entscheidung auch über die Rechtsfolgen, dass das Schiedsgericht die Beklagte zur Wiederherstellung der ursprünglichen Rechtslage

¹¹⁹ In einer jüngeren Entscheidung in der Sache *Goetz v. Burundi* überließ es das Schiedsgericht immerhin der Beklagten, ob sie der Schiedsklägerin eine angemessene Entschädigung in Geld leisten oder das von dieser begehrte Freihandelszertifikat (*“certificat d’entreprise franche”*) wieder ausstellen wollte, was im Ergebnis einer *restitution* sehr nahe gekommen wäre, vgl. *Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi*, Affaire CIRDI ARB/95/3, Sentence, 10.2.1999, Rn. 135. Siehe außerdem die Anweisung zu vertragsgemäßigem Verhalten in *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. The Republic of Latvia*, The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Final Award, 16.12.2003, Ziffer 1 a) des Tenors: *“The Republic of Latvia is ordered to ensure the payment of the double tariff to Windau SIA, Riga, for electric power delivered from Windau’s cogeneration plant at Bauska in accordance with Contract No. 16/97 for the period from the date of this award until 16.9.2007.”* Das Tribunal in *Siemens A.G. v. Argentine Republic* (Anm. 72), ordnete schließlich in Ziffer 5 des Tenors die Rückgabe der Erfüllungsgarantie an.

¹²⁰ Vgl. als eher seltene Ausnahmen *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States* (Anm. 69), Rn. 183 (*“taking into account that the Claimant primarily seeks monetary damages”*); *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Final Award, 28.9.2007, Rn. 401 (mit dem Argument, *“in the absence of restitution”* stelle *“compensation”* die angemessene Form der Wiedergutmachung); *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, Final Award, 18.8.2008, Rn. 469 (*“Claimants have asked this Tribunal to provide compensation rather than restitution.”*).

¹²¹ *LG & E Energy Corp. et al. v. Argentine Republic* (Anm. 10), Rn. 1 ff., 10 ff.

¹²² *LG & E Energy Corp. et al. v. Argentine Republic* (Anm. 10), Rn. 266.

verpflichten sollte.¹²³ Das Schiedsgericht lehnte den Antrag jedoch mit folgender Begründung ab:

“[I]f approached as restitution, the Tribunal cannot go beyond its fiat in the Decision on Liability. The judicial restitution required in this case would imply modification of the current legal situation by annulling or enacting legislative and administrative measures that make over the effect of the legislation in breach. The Tribunal cannot compel Argentina to do so without a sentiment of undue interference with its sovereignty. Consequently, the Tribunal arrives at the same conclusion: the need to order and quantify compensation.”¹²⁴

Zur Anordnung einer Änderung der Rechtslage sah sich das Schiedsgericht somit außerstande, da es Argentinien zu einer Rechtsänderung nicht verpflichten könne, ohne damit in unzulässiger Weise in dessen Souveränität einzugreifen.

Nicht prinzipiell, sondern nur im konkreten Einzelfall abgelehnt wurde die Verpflichtung zur *restitution* im Verfahren *Petrobart v. Kyrgyzstan*. Gegenstand des Verfahrens waren verschiedene Maßnahmen Kirgisistans, mit denen die staatliche Energieversorgung umstrukturiert wurde.¹²⁵ Insbesondere wurden substantielle Vermögensgüter des finanziell angeschlagenen staatlichen Energieunternehmens KGM auf andere staatseigene Gesellschaften übertragen, ohne dass auch KGMs Passiva auf diese übergingen. Für die Schiedsklägerin hatte dies erhebliche Folgen, da sie aus einem Vertrag mit KGM über die Lieferung von Rohstoffen offene Forderungen gegen diese hatte. Die Umstrukturierungsmaßnahmen entzogen der Befriedigung der klägerischen Forderungen jegliche wirtschaftliche Grundlage. Das Schiedsgericht sah darin eine Verletzung des FET-Standards nach dem einschlägigen Investitionsschutzvertrag.¹²⁶ Da die Beklagte sich darauf berief, dass der primäre Rechtsbehelf im Falle einer solchen Vertragsverletzung auf Erfüllung (“*specific performance*”) gerichtet sei – mit der Folge, dass nur eine Verurteilung zur Abnahme der restlichen Rohstoffe sowie zur Kaufpreiszahlung in Betracht komme –, sah sich das Schiedsgericht zu folgenden Ausführungen veranlasst:

“The Arbitral Tribunal notes Petrobart’s explanation that the company no longer has any activity in the Kyrgyz Republic and that its supply contract with Uzneftegazdobicha is no longer in operation. In such circumstances, the Arbitral

¹²³ *LG & E Energy Corp. et al. v. Argentine Republic* (Anm. 10), Rn. 84.

¹²⁴ *LG & E Energy Corp. et al. v. Argentine Republic* (Anm. 10), Rn. 86 f.

¹²⁵ Vgl. dazu *Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic*, SCC Case No. 126/2003, Final Award, 29.3.2005, 4 ff.

¹²⁶ *Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic* (Anm. 125), 76.

Tribunal considers that specific performance is no longer a practical option and finds that also in regard to lost profits monetary compensation would be the only appropriate remedy in this case.”¹²⁷

Ein Schadensersatz in Geld kam somit nur in Betracht, weil eine Erfüllung des Rohstofflieferungsvertrages praktisch unmöglich geworden war.

b) Bewertung

Es fällt nicht schwer, eine erhebliche Diskrepanz zwischen dem allgemein-völkerrechtlichen Standard und der Mehrzahl der dargelegten Entscheidungen festzustellen, in denen es generell oder zumindest im konkreten Einzelfall abgelehnt wurde, eine Verpflichtung zur Naturalrestitution auszusprechen. Bemerkenswert sind die variierenden Begründungen:

Die an dem regelmäßig ausschließlich auf Geldersatz gerichteten Klagebegehren (bzw. an einem entsprechenden Konsens zwischen den Verfahrensparteien) ansetzende Argumentation betont zu Recht, dass auch ein Investitionsschiedsgericht nur zusprechen darf, was beantragt wurde. Ganz ohne jede Prüfung der Unmöglichkeit oder Unverhältnismäßigkeit der Naturalrestitution dürfte Geldersatz gleichwohl nur dann zugesprochen werden, wenn Naturalrestitution und Geldersatz im Investitionsschutzrecht gleichrangig nebeneinander stehen und kein Vorrangverhältnis zugunsten der Wiedergutmachung *in natura* bestünde. Dies steht zur Diskussion.

Aufschlussreich erscheinen zunächst die Unterschiede in den Begründungen für die Gewährung von Geldersatz, wenn man dabei die Formen der Naturalrestitution im Blick hat, die jeweils in Betracht gekommen wären. Im Verfahren *Petrobart v. Kyrgyzstan* hätte die Naturalrestitution in der *tatsächlichen* Erfüllung des ursprünglich geschlossenen Rohstofflieferungsvertrags bestanden. Das Schiedsgericht argumentierte in jenem Fall mit der praktischen Unmöglichkeit der Vertragserfüllung im Einzelfall und damit auf der Grundlage von *Chorzów*, ließ den prinzipiellen Vorrang der Naturalrestitution also unangetastet. Größeres Unbehagen bereitete den Schiedsgerichten dagegen offensichtlich der Ausspruch einer Verpflichtung zu *rechtlicher* Naturalrestitution, also gewissermaßen die Kassation von behördlichen, gerichtlichen oder gar legislativen Hoheitsakten. Hierin sehen die meisten Schiedsgerichte offenbar generell einen unzulässigen Eingriff in die Souveränität des enteignenden Staates.

¹²⁷ *Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic* (Anm. 125), 78.

Diese Zurückhaltung der Schiedsgerichte bei der Anordnung von Naturalrestitution ist allerdings nur zum Teil nachvollziehbar. Dass die sehr pauschal vorgetragene Achtung staatlicher Souveränität die Verpflichtung zur (tatsächlichen oder rechtlichen) Naturalrestitution prinzipiell verbieten soll, überzeugt nicht. Die Verhängung einer Schadensersatzpflicht in Millionen- oder Milliardenhöhe beschränkt die staatlichen Hoheitsrechte jedenfalls faktisch-mittelbar mindestens ebenso intensiv, zumal die drohende Verhängung solcher Summen bereits im Vorfeld abschreckende Wirkung auf den Staat entfalten kann. Dementsprechend wird man sogar davon ausgehen dürfen, dass eine Verpflichtung zur Naturalrestitution dem Interesse des betroffenen Staates, wie im Falle *Petrobart*, vielfach eher entsprechen dürfte als die Verhängung hoher Schadensersatzpflichten.¹²⁸

Ein normativer Anhaltspunkt, der eine Abweichung von der “*primacy of restitution*” rechtfertigen könnte, ließe sich aber zumindest im Rahmen der ICSID-Verfahren aus dem Fehlen einer Möglichkeit zur Vollstreckung von nicht-finanziellen Verpflichtungen entwickeln. Wenn ein Schiedsgericht nämlich allein eine Verpflichtung zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands ausurteilt, hat der Schiedskläger keine Möglichkeit, den Schiedsspruch zu vollstrecken.

Vor diesem Hintergrund sollte erwogen werden, ggfs. *zusätzlich* zur Geldleistungspflicht eine wahlweise *alternativ* erfüllbare Pflicht zur Naturalrestitution zu verhängen, wie es etwa in Art. 1135 Abs. 1 des Nordamerikanischen Freihandelsabkommens vorgesehen ist. Der Handlungsspielraum des als souverän geachteten Staates würde dadurch nicht geschmälert, sondern – im Gegenteil – sogar vergrößert.

V. Ergebnisse

Aus den völkergewohnheitsrechtlichen Regeln über die Entschädigung und Wiedergutmachung in Enteignungsfällen gemäß der *Chorzów*-Rechtsprechung lassen sich, *theoretisch* betrachtet, wesentliche Leitlinien auch für das internationale Investitionsschutzrecht herleiten. Die *praktische* Handhabung jener Regeln durch die Investitionsschiedsgerichte offenbart Licht und Schatten:

Zu den begrüßenswerten Phänomenen ist zweifelsohne zu rechnen, dass die Schiedsgerichte seit einigen Jahren zunehmend die *Chorzów*-Grund-

¹²⁸ Vgl. auch *International Law Commission*, Draft Articles on Responsibility of States (Anm. 12), 31 (97: “*Despite the difficulties restitution may encounter in practice, States have often insisted upon claiming it in preference to compensation.*”).

sätze heranziehen, wenn es um die Bestimmung der geschuldeten Wiedergutmachung im Falle *rechtswidriger* Enteignungen geht, und sich damit von der irrigen älteren Rechtsprechung abwenden, die auch insofern auf den für *rechtmäßige* Enteignungen ausgelegten Entschädigungsstandard der Investitionsschutzverträge zurückgegriffen hatte. Hier schlägt sich das Ordnungspotenzial der *Chorzów*-Grundsätze praktisch durchaus nieder.

Im Einzelnen ist die Handhabung dieser Grundsätze allerdings bisweilen kritikwürdig. Zu undifferenziert erscheint hier insbesondere der wachsende Trend, jedwede Rechtsverletzung unbeschleunigt zum Anlass zu nehmen, um für die Bewertung der enteigneten Investitionen nicht auf den Zeitpunkt der Enteignung, sondern das Verkündungsdatum des Schiedsspruchs abzustellen oder gar einen zwischen diesen beiden Daten liegenden Zeitpunkt zu wählen. Die pauschale Vorstellung der *unlawful expropriation* ist insoweit zu holzschnittartig, *lege artis* geboten wäre vielmehr eine Differenzierung nach der Art der im Zuge der Wiedergutmachung rückgängig zu machen den *konkreten* Rechtsverletzung. Auch in der Wahl der Art der Wiedergutmachung bleibt die Praxis offenkundig hinter den skizzierten allgemeinen völkerrechtlichen Regeln zurück. Die nach *Chorzów* sogar vorrangig auszusprechende Naturalrestitution wird hier kaum angedacht, geschweige denn tenoriert.

Man würde es sich allerdings zu einfach machen, die genannten Abweichungen allein als Rechtsirrtümer abzutun oder auf Defizite der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit zu reduzieren. Zwar mag das eine oder andere Schiedsgericht die Rechtslage in der Tat schlichtweg verkannt haben, und lassen sich gewiss strukturelle Anhaltspunkte in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit finden, die solche Fehler zu befördern geeignet sind – insbesondere fehlt es vielen Schiedsrichtern an einem ausgeprägten völkerrechtlichen Hintergrund,¹²⁹ und orientieren sich diese daher regelmäßig stark an dem nur bedingt dogmatisch aufgearbeiteten Fall- und Literaturmaterial, das von den Parteien des Schiedsverfahrens vorgelegt wird. Dennoch lassen sich gerade in den dargestellten Entscheidungen auch Gründe für die Abweichungen vom *Chorzów*-Standard finden, selbst wenn diese teilweise nicht dezidiert als abweichende Positionen gekennzeichnet werden und auch im Ergebnis nicht immer überzeugen können.

Hier zeigt sich das eigentliche systembildende Potenzial der *Chorzów*-Grundsätze für das Investitionsschutzrecht. Sie wirken “mehr als Forum

¹²⁹ Vgl. S. Schill (Anm. 2), 247 (259 f.).

denn als Kanon“:¹³⁰ Die Grundsätze bieten, bei reflektiertem Herangehen, klare Orientierungspunkte für die Schiedspraxis, die zwar nicht sklavisch übernommen werden müssen, für jede Abweichung allerdings substantielle rechtfertigende Gründe einfordern. Auf diese Weise verteilen sie “Argumentationslasten” und können diffusen, oftmals unbedachten “Separatentwicklungen” entgegenwirken.¹³¹ Auf diese Weise lässt sich durchaus Ordnung in dem zur Fragmentierung neigenden Investitionsschutzrecht stiften.

¹³⁰ So die im Hinblick auf die wechselseitige Bezüglichkeit von Allgemeinem und Besonderem Verwaltungsrecht gewählte Formulierung von *E. Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, 5.

¹³¹ *Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic* (Anm. 125), 4 ff.