

Sven Leif Erik Johannsen

Der Investitionsbegriff
nach Art. 25 Abs. 1
der ICSID-Konvention

Heft 87

April 2009

**Der Investitionsbegriff nach
Art. 25 Abs. 1 der ICSID-Konvention**

Von

Sven Leif Erik Johannsen

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

Assessor Dr. Sven Leif Erik Johannsen ist Student des Studiengangs Master of Business Law and Economic Law am Institut für Wirtschaftsrecht der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

Christian Tietje/Gerhard Kraft (Hrsg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 87

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet unter <http://www.dnb.ddb.de> abrufbar.

ISSN 1612-1368 (print)

ISSN 1868-1778 (elektr.)

ISBN 978-3-86829-131-5 (print)

Schutzgebühr Euro 5

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

www.wirtschaftsrecht.uni-halle.de/publikationen.html

www.jura.uni-halle.de/telc/publikationen.html

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

INHALTSVERZEICHNIS

A. Einleitung	5
B. Die Entwicklung des Investitionsbegriffes nach der ICSID-Konvention.....	5
I. Historische Entwicklung der ICSID-Konvention	5
II. Objektive und subjektive Bestimmung des Investitionsbegriffes	6
1. Subjektive Bestimmung des Investitionsbegriffes	6
2. Objektive Bestimmung des Investitionsbegriffes in Art. 25 Abs. 1 ICSID-Konvention	8
a) Die extensive Auslegung des Investitionsbegriffes in Art. 25 Abs. 1 ICSID-Konvention (gemischt objektiv-subjektive Auslegung).....	10
b) Die restriktive Interpretation des Investitionsbegriffes durch den sog. „Salini-Test“	13
C. Der „Salini Test“	14
I. Die einzelnen Kriterien des „Salini-Tests“	15
1. Zeitliche Dauer	15
2. Risiko	16
3. Erheblicher Einsatz (Geld, Naturalien, Arbeit)	18
4. Beitrag zur wirtschaftlichen Entwicklung des Gaststaates	19
5. Regelmäßige Abschöpfung von Gewinn und Rendite	22
II. Die Systematik des „Salini-Tests“	23
1. „Jurisdictional Approach“	23
2. „Typical Characteristics Approach“	23
3. Das „bewegliche System“	24
III. Das Verhältnis der objektiven Voraussetzungen zur subjektiven Bestimmung in bilateralen Investitionsschutzverträgen	27
IV. Sonderproblem: „pre-investment expenditures“	30
D. Ausblick und Fazit	32
Schrifttum	34

A. Einleitung

Die Definition des Begriffes „Investition“ ist maßgeblich für die Frage der Zuständigkeit des Internationalen Zentrums zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID). Gemäß Art. 25 Abs. 1 des Übereinkommens zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten (ICSID-Konvention)¹ beschränkt sich die Jurisdiktion auf „unmittelbar mit einer Investition zusammenhängende Rechtsstreitigkeiten“.

Vor diesem Hintergrund untersucht der vorliegende Beitrag zunächst die historische Entwicklung des Investitionsbegriffes nach der ICSID Konvention und die verschiedenen Auslegungsansätze in Wissenschaft und Schiedsgerichtsbarkeit (Kapitel B). Danach erfolgt eine vertiefte Analyse der Bestimmung des Investitionsbegriffes durch den sogenannten „Salini-Test“, der in der Wissenschaft gegenwärtig kontrovers diskutiert wird (Kapitel C). Hierbei wird auch auf das Problem eingegangen, ob Aufwendungen des Investors im Vorfeld eines Projekts unter den Investitionsbegriff der ICSID-Konvention fallen. Abschließend wird ein Fazit sowie ein Ausblick auf eine mögliche zukünftige Entwicklung des Investitionsbegriffes gegeben (Kapitel D).

B. Die Entwicklung des Investitionsbegriffes nach der ICSID-Konvention

I. Historische Entwicklung der ICSID-Konvention

Die ICSID-Konvention enthält jedoch keine Definition des Investitionsbegriffes. Bei der Entstehung der Konvention wurde erwogen, den Investitionsbegriff näher zu bestimmen. Der Erste Entwurf beschreibt den Begriff Investition in Art. 30 i als „any contribution of money or other assets of economic value for an indefinite period or, if the period be defined, for not less than five years“². Hierbei ist insbesondere die zeitliche Beschränkung von „nicht weniger als 5 Jahren“ auffällig. Dieser Gedanke wurde auch in einem Vorschlag der Weltbank aufgegriffen. „The term ‚investment‘ means the acquisition of (i) property rights or contractual rights (including rights under a concession) for the establishment or in the conduct of an industrial, commercial, agricultural, financial, or service enterprise; (ii) participation or shares in any such enterprise; or (iii) financial obligations of a public or private entity other than obligations arising out of short-term banking or credit facilities.“³ Kurzfristige Bank- und Kreditverpflichtungen wurden aus dem Begriff ausgeschlossen. Kapitalexporthierende Länder, wie die USA, Deutschland, Großbritannien und Japan, sowie einige Entwicklungsländer opponierten gegen eine festgelegte Limitierung des Investitionsbegriffes.⁴ Insbesondere Mindestanforderungen an die Dauer einer Transaktion des Investors trafen

¹ BGBl. 1969 II S. 371.

² *ICSID* (Hrsg.), *History of the Convention*, Vol. II 1, 623.

³ *ICSID* (Hrsg.), *History of the Convention*, Vol. II 2, 844.

⁴ *Belling*, *Die Jurisdiktion rationae materiae der ICSID-Schiedsgerichte*, 192.

auf Widerstand.⁵ Es solle der Disposition der Parteien eines Investitionsvertrages weitestgehend vorbehalten bleiben, welche Streitigkeit vor ein ICSID-Schiedsgericht gebracht werden.⁶ Die Offenheit des Investitionsbegriffes ermögliche den Schiedsgerichten, auch neue und innovative Arten von Investitionen zu berücksichtigen.⁷ Andere Länder favorisierten hingegen eine Begrenzung der Jurisdiktion auf bestimmte Investitionen. Schließlich wurde keine Definition in die ICSID-Konvention aufgenommen, da zwischen den Vertretern der beiden Positionen keine Einigung zustande kam.⁸

II. Objektive und subjektive Bestimmung des Investitionsbegriffes

An diese historische Entwicklung knüpft der akademische Streit an, wie der Investitionsbegriff mangels Legaldefinition in der ICSID-Konvention durch die Schiedsgerichte ausgelegt werden soll.

1. Subjektive Bestimmung des Investitionsbegriffes

Die Offenheit des Investitionsbegriffes wird hierbei als Argument für eine Determinierung des Investitionsbegriffes durch den Konsens der Parteien angeführt.⁹ Der Investitionsbegriff in Art. 25 Abs. 1 ICSID-Konvention bestimme sich hierbei ausschließlich nach der betreffenden Schiedsvereinbarung, dem Investitionsschutzvertrag zwischen Heimatstaat des Investors und Gaststaat („investment treaty“), dem Vertrag zwischen Investor und Gaststaat („state contract“) oder dem einschlägigen Investitionsrecht des Gaststaates. Die Vertreter dieser Ansicht übersehen jedoch, dass die mangelnde Legaldefinition des Investitionsbegriffes auf die Unstimmigkeit zwischen den beteiligten Staaten über dieses Thema bei den redaktionellen Beratungen zur ICSID-Konvention zurückgeht. Somit können hieraus keine Argumente für die subjektive Betrachtung gewonnen werden.¹⁰

Ein weiteres Argument für eine subjektive Auslegung des Investitionsbegriffes wird darin gesehen, dass die Staaten anzeigen können, welche Streitigkeiten beabsichtigt werden, der ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit zu unterwerfen (Art. 25 Abs. 4 ICSID-Konvention).¹¹ Hierin kann jedoch keine Ermächtigung dazu ersehen werden, den

⁵ Hierzu *Dugan/Wallace/Rubins/Sabahi*, Investor-State Arbitration, 256, 258; *Endicott*, in: Gehring/Cordonier Segger (Hrsg.), Sustainable Development in World Trade Law, 379 (384); *Rubins*, in: Horn/Kröll (Hrsg.), Arbitrating Foreign Investment Disputes, 283 (287); *Schreuer*, The ICSID Convention, Art. 25 Rn. 81.

⁶ Hierzu ausführlich *Dugan/Wallace/Rubins/Sabahi*, Investor-State Arbitration, 258.

⁷ Hierzu *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/00/2, Award, 15.03.2002, para. 33; *Rubins*, in: Horn/Kröll (Hrsg.), Arbitrating Foreign Investment Disputes, 283 (287f.); *Schreuer*, The ICSID Convention, Art. 25 Rn. 84.

⁸ Vgl. *Schreuer*, The ICSID Convention, Art. 25 Rn. 86; *Yala*, Journal of International Arbitration, Vol. 22 (2005), 105 (106).

⁹ *Sutherland*, ICLQ 1979, 367 (387); *Andreeva*, Journal of International Arbitration 25 (4), 2008, 503 (506).

¹⁰ *Belling*, Die Jurisdiktion rationae materiae der ICSID-Schiedsgerichte, 189ff.

¹¹ *Fischer*, VRÜ 1968, 262 (288); vgl. zu Art. 25 Abs. 4 ICSID-Konvention auch *Tietjel/Nowrot/Wackernagel*, Once and Forever? The Legal Effects of a Denunciation of ICSID, 11f.

Investitionsbegriff zwischenstaatlich in BITs zu bestimmen. Vielmehr spricht diese Einschränkungsmöglichkeit der Jurisdiktion gerade gegen diese Annahme. Denn die ausdrückliche Einschränkungsmöglichkeit würde im Hinblick auf den Investitionsbegriff weitestgehend leerlaufen, wenn dieser bereits durch die Parteien in Investitionsschutzabkommen umfassend bestimmt werden könnte. Systematisch entspricht Art. 25 Abs. 4 ICSID-Konvention daher einer gesonderten Einschränkungsmöglichkeit der Staaten.

Ferner wurde für eine subjektive Auslegung des Investitionsbegriffes angeführt, dass der Investor bei einer engeren autonomen objektiven Bestimmung in bestimmten Fällen schutzlos gestellt sein könnte.¹² Dieses Argument wurde im Schrifttum 1968 vorgebracht. Seit 1978 existiert jedoch ein weiteres Verfahren bei ICSID, das dieses Argument entkräftet hat und vielmehr nach systematischer Auslegung für eine objektive Bestimmung des Investitionsbegriffes spricht. Der sachliche Anwendungsbereich des Additional-Facility-Verfahrens erstreckt sich auch auf Streitigkeiten, die nicht gemäß Art. 25 ICSID-Konvention unmittelbar mit einer Investition zusammenhängen (Art. 2 b ICSID Additional Facility Rules).¹³ Somit werden Investoren durch einen autonomen Investitionsbegriff, der enger gefasst wird als die einschlägige subjektive Bestimmung, nicht gänzlich schutzlos gestellt.

Ansätze einer rein subjektiven Bestimmung des Investitionsbegriffes lassen sich jedoch in verschiedenen Entscheidungen der ICSID-Schiedsgerichte ersehen. Erstmals wird ein subjektiver Ansatz 1998 in der Entscheidung *Lanco International v. Argentine Republic* deutlich. Das Schiedsgericht betont nach Formulierung des Obersatzes¹⁴ die Bedeutung des Konsens der Parteien im Hinblick auf Art. 25 Abs. 1 ICSID-Konvention.¹⁵ Dem folgend wird festgestellt, dass der Begriff der Investition in Art. 25 Abs. 1 ICSID-Konvention nicht definiert ist. Eine nähere Bestimmung lasse sich aber dem in diesem Fall maßgeblichen bilateralen Investitionsschutzvertrag (BIT) entnehmen.¹⁶ Hiermit wird der Begriff der Investition nach Art. 25 Abs. 1 ICSID-Konvention mit der subjektiven Bestimmung durch die Vertragsparteien des betreffenden Investitionsabkommens gleichgesetzt.

Die subjektive Tendenz setzt sich in der Entscheidung im Verfahren *Generation Ukraine v. Ukraine* im Jahr 2003 fort. Zuvor hatte ein Schiedsgericht im Fall *Mihaly International Corporation v. Sri Lanka* den Investitionsbegriff als objektive Vorausset-

¹² *Lauterpracht*, in: *Recueil d'études de droit international*, 642 (650).

¹³ Vgl. *Fedax v. The Republic Of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 11.07.1997, ILM 37 (1998), 1378 (1384), para. 28.

¹⁴ *Lanco International v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/6, Preliminary Decision: Jurisdiction of the Arbitral Tribunal, 08.12.1998, ILM 40 (2001), 457 (470), para. 41: „The dispute must arise directly from an Investment.“

¹⁵ *Lanco International v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/6, Preliminary Decision: Jurisdiction of the Arbitral Tribunal, 08.12.1998, ILM 40 (2001), 457 (471), para. 42: „Consent of the parties is the cornerstone of the jurisdiction.“

¹⁶ *Lanco International v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/6, Preliminary Decision: Jurisdiction of the Arbitral Tribunal, 08.12.1998, ILM 40 (2001), 457 (470), para. 48: “[...] the term “investment” is not defined in the ICSID Convention, but it is defined in the [...] Treaty, which sets the bounds within which we operate in this case.“

zung der Jurisdiktion erkannt.¹⁷ Dies greift das Schiedsgericht in *Generation Ukraine v. Ukraine* nicht auf. Es wird stattdessen erörtert, dass Art. 25 Abs. 1 ICSID-Konvention keine Legaldefinition des Begriffes „Investition“ enthält. Die Vertragsparteien könnten jedoch eine präzisere Definition in einem anderen Rechtsinstrument wählen.¹⁸ Dementsprechend wird der betreffende BIT zur Maßgabe für die Frage der Jurisdiktion. Das Schiedsgericht prüft den Investitionsbegriff unter dieser Prämisse ausschließlich anhand des BITs.¹⁹

Auch in den Entscheidungen *Azurix Corp. v. Argentine Republic*²⁰ und *Camuzzi v. Argentine Republic*²¹ wurde im Hinblick auf die Jurisdiktion ausschließlich auf den BIT abgestellt. In der Entscheidung *Fraport AG v. Philippines* im Jahr 2007 findet sich eine Formulierung, die erneut auf eine rein subjektive Abgrenzung schließen lässt.²² Die Jurisdiktion sei zwar sowohl durch die ICSID-Konvention und das BIT begrenzt. Zumal die ICSID-Konvention jedoch keine Legaldefinition des Investitionsbegriffes beinhaltet, sei es den Parteien, die eine ICSID Jurisdiktion inkorporieren, überlassen, eine Definition zu finden. Es handele sich bei „Investition“ um einen Kunstbegriff, der durch das BIT seinen rechtlichen Gehalt erfährt. Das BIT sei *lex specialis* gegenüber Art. 25 Abs. 1 ICSID-Konvention. Entsprechend der Rechtsregel *lex specialis derogat lex generalis* bleibt nach dieser Formulierung kein Raum für einen autonomen objektiven Investitionsbegriff nach Art. 25 Abs. 1 ICSID-Konvention neben einer subjektiven Bestimmung in einem BIT.

2. Objektive Bestimmung des Investitionsbegriffes in Art. 25 Abs. 1 ICSID-Konvention

Die zwingenderen Argumente sprechen jedoch für eine objektive Bestimmung des Investitionsbegriffes in Art. 25 Abs. 1 ICSID-Konvention. Eine objektive Bestimmung bedeutet hierbei, den Begriff als unabhängig zu verstehen, sodass er der umfassenden Disposition der Parteien entzogen ist.

Der Wortlaut von Art. 25 Abs. 1 ICSID kann nicht lediglich als Begrenzung der Jurisdiktion erkannt werden. Vielmehr erfüllt der Investitionsbegriff zugleich die

¹⁷ *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, Award, ICSID Case No. ARB/00/2, 15.03.2002, para. 52.

¹⁸ *Generation Ukraine v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, 16.09.2003, para. 8.2.

¹⁹ *Ibid.*, paras. 8.2ff.

²⁰ *Azurix v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Decision on Jurisdiction, 8.12.2003, paras. 59ff.

²¹ *Camuzzi v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/02, Decision on Objections to Jurisdiction, 11.05.2005, paras. 54ff.

²² *Fraport AG Frankfurt Services Worldwide v. Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16.08.2005, para. 305: “It is further observed that the boundaries of this Tribunal's jurisdiction are delimited by [...] both the BIT and the Washington Convention. Article 25 of the Washington Convention [...] does not define “investment”, leaving it to parties who incorporate ICSID jurisdiction to provide a definition if they wish. [...], the word “investment” is a term of art, whose content in each instance is to be determined by the language of the pertinent BIT which serves as a *lex specialis* with respect to Article 25 of the Washington Convention.” Im Gegensatz zu *Patrick Mitchell v. Congo*, ICSID Case No. ARB/99/7, Decision on Application for the Annulment of the Award, 1.11.2006, para. 31: “[...], the Washington Convention has supremacy over an agreement between the parties or a BIT.”

Funktion, dass die Weltbank mit ICSID nicht ihre Befugnisse überschreitet. Die Kernaufgabe der Institutionen der Weltbank ist, die wirtschaftliche Entwicklung von weniger entwickelten Mitgliedsländern zu fördern und so zur Umsetzung der internationalen Entwicklungsziele beizutragen.²³ Die Abwicklung allgemeiner Rechtsstreitigkeiten zwischen einem Staatsangehörigen eines Staates und einem anderen Staat fallen in die Kompetenz der Vereinten Nationen und nicht der Weltbank als Sonderorganisation der Vereinten Nationen.²⁴ Dementsprechend muss der Begriff der Investition stets im Lichte der Aufgaben der Weltbank gelesen werden.²⁵ Es ist insofern von einem entwicklungspolitischen Konzept des Investitionsbegriffes auszugehen.²⁶ Er kann mithin nicht rein subjektiv durch die Parteien bestimmt werden.

Das gewichtigste Argument in dieser Frage ist der ICSID-Konvention unmittelbar zu entnehmen. Gemäß Art. 41 Abs. 1 ICSID-Konvention entscheidet das Schiedsgericht *ex officio* über seine eigene Zuständigkeit. Art. 42 Abs. 2 ICSID-Konvention enthält den Auftrag zur Schließung von Regelungslücken im materiellen Recht. Gemäß Art. 44 S. 2 ICSID-Konvention soll das Schiedsgericht entsprechend auch subsidiär über Verfahrensfragen entscheiden. Es wird vertreten, dass Art. 44 S. 2 ICSID-Konvention ausdehnend auch Anwendung auf die Rechtsfrage der Zuständigkeit des Schiedsgerichts finden müsse. Dies ergebe sich insbesondere aus dem Zusammenhang von Art. 41 und Art. 44 S. 2 ICSID-Konvention.²⁷ Hiergegen lässt sich jedoch *prima facie* einwenden, dass Art. 44 S. 2 ICSID-Konvention lediglich eine Kompetenz beinhaltet, die subsidiär zu Verfahrensregeln ist, auf die sich die Parteien geeinigt haben. Insofern könnte vorgebracht werden, dass die Parteien sich hier gerade auf einen Investitionsbegriff entsprechend der Regelung in Art. 42 Abs. 1 ICSID-Konvention für das materielle Recht einigen können. Einer solchen Annahme steht jedoch die ständige Spruchpraxis der ICSID-Schiedsgerichte zu der Interpretation des betreffenden Artikels entgegen. Am deutlichsten wird diese in der Entscheidung *Enron Corporation and Ponderosa Assets v. Argentine Republic* zum Ausdruck gebracht: “[...] this Article is designed to govern the applicable law in connection with the merits but not in respect of questions of jurisdiction.”²⁸ Die Rechtsfrage der Jurisdiktion ist dementsprechend

²³ Präambel ICSID-Konvention: “The Contracting States – Considering the need for international cooperation for economic development, [...] Desiring to establish such facilities under the auspices of the International Bank for Reconstruction and Development; [...]”; vgl. hierzu Art. I (i), (ii) IBRD Articles of Agreement: “The purposes of the Bank are: (i) To assist in the reconstruction and development of territories of members by facilitating the investment of capital for productive purposes, [...]. (iii) To promote the long-range balanced growth of international trade [...] by encouraging international investment for the development of the productive resources of members, thereby assisting in raising productivity, the standard of living and conditions of labor in their territories.

²⁴ Vgl. *ICSID* (Hrsg.), *History of the Convention*, Vol. II 1, 6.

²⁵ *Pirrung*, *Die Schiedsgerichtsbarkeit nach dem Weltbankübereinkommen für Investitionsstreitigkeiten*, 60.

²⁶ *Escher*, in: *Tietje* (Hrsg.), *International Investment, Protection and Arbitration*, 35 (39).

²⁷ *Pirrung*, *Die Schiedsgerichtsbarkeit nach dem Weltbankübereinkommen für Investitionsstreitigkeiten*, 59.

²⁸ *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, *Decision on Jurisdiction*, 14.01.2004, para. 38.

ausschließlich durch das Schiedsgericht von Amts wegen zu bestimmen und steht nicht zur Disposition der Parteien.

Ferner wird der historische Wille der Verfasser der ICSID-Konvention angeführt. Eine objektive Bestimmung des Investitionsbegriffes sollte verhindern, dass Investoren die Gaststaaten dazu verpflichten, alle Rechtsstreitigkeiten vor ein ICSID-Schiedsgericht zu bringen.²⁹

Die objektive Bestimmung des Investitionsbegriffes unterteilt sich wiederum in zwei verschiedene Ansichten, die in der ICSID-Schiedsgerichtspraxis sichtbar werden.

a) *Die extensive Auslegung des Investitionsbegriffes in Art. 25 Abs. 1 ICSID-Konvention (gemischt objektiv-subjektive Auslegung)*

Zum einen wird der objektive Investitionsbegriff aufgrund der Unbestimmtheit des Investitionsbegriffes weit interpretiert.³⁰ Die Schiedsgerichte gehen hierbei von einer widerlegbaren Vermutung zugunsten der Annahme einer Investition aus, obgleich das Vorliegen einer Investition positiv festzustellen bleibt.³¹ Der Investitionsbegriff wird insbesondere nicht auf ausländische Direktinvestitionen beschränkt, vielmehr werden auch Portfolioinvestitionen ausdrücklich erfasst.³² Es wird klargestellt, dass sich das Wort „directly“ in Art. 25 Abs. 1 ICSID-Konvention auf die Streitigkeit, nicht aber auf den Investitionsbegriff bezieht. Hierzu wird auch auf die historische Entwicklung des Investitionsbegriffes verwiesen. Direktinvestitionen sind nach Definition der OECD, die von der ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit aufgegriffen wurde, internationale Investitionen, die ein Investor tätigt, um eine langfristige Beteiligung an einem Unternehmen zu erwerben, das in einem anderen Wirtschaftsgebiet ansässig ist.³³ Da Art. 25 Abs. 1 ICSID-Konvention nicht auf den Unterschied zwischen Di-

²⁹ *Rubins*, in: Horn/Kröll (Hrsg.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, 283 (289).

³⁰ *Fedax v. The Republic Of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction v. 11.07.1997, ILM 37 (1998), 1378 (1383), para. 25; *Ceskolovenska Obchoni Banka A.S. (CSOB) v. Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB 97/4, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 24.05.1999, paras. 64ff; *Tokios Tokelès v. Ukraine*, Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29.04.2004, paras. 19, 39.

³¹ *Fedax v. The Republic Of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 11.07.1997, ILM 37 (1998), 1378 (1385), para. 38: “The Tribunal notes first that here is nothing in the nature of the foregoing transaction, [...], that would prevent it from qualifying as an investment under the Convention and the Agreement. Specifically the Tribunal has raised the question whether [...] the transaction would be excluded from that category.”; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, 14.01.2004, para. 42, insbesondere para. 44: “Neither is there anything unreasonable in this definition that would make it incompatible with the object and purpose of the ICSID Convention.”.

³² *Fedax v. The Republic Of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 11.07. 1997, ILM 37 (1998), 1378 (1383f.), paras. 24ff.; hierzu *Tietje*, Die Argentinien-Krise aus rechtlicher Sicht, 14.

³³ 3. Auflage der DI-Referenzdefinition der OECD (Benchmark Definition of Foreign Direct Investment); vgl. *Fedax v. The Republic Of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 11.07.1997, ILM 37 (1998), 1378 (1381), para. 19; *Continental Casualty v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, Decision on Jurisdiction, 22.2.2006, para. 81.

rekt- und Portfolioinvestitionen abstellt, ist es mithin für die Jurisdiktionsfrage grundsätzlich unerheblich, ob der Investor einen beherrschenden Einfluss auf das Unternehmen hat und sein Interesse langfristig ausgerichtet ist.³⁴ Dementsprechend können auch Portfolioinvestitionen wie substantielle Darlehen oder ein Schuldanerkenntnis, das von einem Staat abgegeben wird, sowie Staatsanleihen als Investitionen gemäß Art. 25 Abs. 1 ICSID-Konvention qualifiziert werden.³⁵

Eine einschränkende Bestimmung erfährt der Investitionsbegriff nach dieser Ansicht nur sehr zurückhaltend. So seien die Parteien lediglich berechtigt, im Zusammenhang mit der ICSID-Konvention etwas als Investition zu definieren, das nicht gänzlich sinnwidrig und mit Sinn und Zweck der Konvention in Einklang zu bringen ist.³⁶ In diesem Zusammenhang wird etwa auf das Risiko der Transaktion des Investors abgestellt.³⁷ Allerdings wird die Existenz einer Streitigkeit hierbei bereits als Nachweis für das Vorliegen eines Risikos angesehen. Ferner wird aus der Präambel der ICSID-Konvention das Erfordernis abgeleitet, dass die fragliche Transaktion bestimmt sein muss, der wirtschaftlichen Entwicklung des Gaststaates zu dienen.³⁸ Die Entwicklung dieser Ansicht zeigt, dass der Investitionsbegriff zunehmend mit rechtlichem Gehalt durch die ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit gefüllt wurde.

Bei der Prüfung, ob eine Investition vorliegt, wird der Begriff Investition als komplexe Verknüpfung verschiedener wechselseitiger Transaktionen verstanden. Daher unterfällt auch eine Transaktion der ICSID-Jurisdiktion, die isoliert betrachtet zwar keine Investition darstellt, aber das Element eines Vorhabens ist, welches in seiner Gesamtheit als Investition zu qualifizieren ist.³⁹

Aufgrund der extensiven Auslegung des Investitionsbegriffs durch diese Ansicht wird zudem eine einschränkende Vereinbarung über den Investitionsbegriff in Investitionsverträgen und Investitionsschutzverträgen berücksichtigt. Es handelt sich insofern um eine gemischt objektiv-subjektive Annäherung an den Investitionsbegriff. Vereinbarungen, die den Investitionsbegriff weiter fassen als die objektiven Grenzen des Investitionsbegriffs in Art. 25 Abs. 1 ICSID-Konvention bleiben jedoch unberücksich-

³⁴ Vgl. auch *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 17.07.2003, paras. 48, 51; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, 14.01.2004, paras. 39, 44; hierzu auch *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law, 58.

³⁵ *Tietje*, Die Argentinien-Krise aus rechtlicher Sicht, 14; hierzu auch *Dugan/Wallace/Rubins/Sabahi*, Investor-State Arbitration, 249.

³⁶ *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, 14.01.2004, para. 42: “[...] there is, however, a limit to this discretion of the parties because they could not validly define as investment in connection with the Convention something absurd or entirely incompatible with its object and purpose.”

³⁷ *Fedax v. The Republic Of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction v. 11.07. 1997, ILM 37 (1998), 1378 (1383), para. 40.

³⁸ *Ceskolovenska Obchoni Banka A.S. (CSOB) v. Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB 97/4, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction v. 24.05.1999, para. 64.

³⁹ *Ceskolovenska Obchoni Banka A.S. (CSOB) v. Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB 97/4, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction v. 24.05.1999, para. 72; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, 14.01.2004, para. 70.

tigt.⁴⁰ Hiermit ergibt sich das Bild eines zweistufigen Tests („double-barrelled test“⁴¹). Es muss geprüft werden, ob eine Investition i.S.v. Art. 25 Abs. 1 ICSID-Konvention vorliegt. Soweit dies angenommen wird, ist in einem zweiten Schritt zu klären, ob der Streit eine Investition betrifft, wie sie in der Schiedsvereinbarung bzw. der Definition in dem betreffenden BIT definiert ist.⁴²

Vereinzelt wählen ICSID-Schiedsgerichte eine andere Prüfungsreihenfolge, indem zuerst auf den BIT abgestellt und erst in einem zweiten Schritt auf die objektiven Voraussetzungen nach Art. 25 Abs. 1 ICSID-Konvention eingegangen wird.⁴³ Diese Vorgehensweise wird kritisiert. Hierdurch werde dem subjektiven Element der Vereinbarung der Parteien zu viel Gewicht beigemessen und nicht hinreichend herausgestellt, dass eine objektive Voraussetzung für die Jurisdiktion verfolgt werde.⁴⁴ Diese methodologische Kritik wird 2008 in der Entscheidung *Rompetrol Group N.V. v. Romania* erörtert und schließlich als unpragmatisch und unsubstantiiert verworfen.⁴⁵

Wenn *Belling* die Problematik der Prüfungsreihenfolge im Zusammenhang mit der Entscheidung *Lanco International v. Argentine Republic* erwähnt, erscheint dies missverständlich.⁴⁶ Denn in dieser Entscheidung verfolgte das ICSID-Schiedsgericht eine rein subjektive Bestimmung des Investitionsbegriffes und keinen gemischt-objektiven-subjektiven Ansatz. *Bellings* Analyse legt den Schluss nahe, dass in der ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit keine rein subjektive Bestimmung des Investitionsbegriffes vorgenommen wurde, sondern in verschiedenen Entscheidungen lediglich die zweite Stufe in der Prüfungsreihenfolge vorangestellt wurde und die Erwähnung der objektiven Prüfungsstufe lediglich unterblieb. Die nach der Fertigstellung der Arbeit *Bellings* ergangene Entscheidung *Fraport AG v. Philippines* spricht gegen seine Sichtweise. Die Investitionsdefinition in dem betreffenden BIT wird ausdrücklich als *lex specialis* zu dem Investitionsbegriff in Art. 25 Abs. 1 ICSID-Konvention erkannt. Die ICSID-Schiedsgerichte verfolgen somit nicht einheitlich eine objektiv-akzentuierte Bestimmung des Investitionsbegriffes, sondern orientieren sich auch an subjektiven Ansätzen. Ferner ist in diesem Zusammenhang auch die Entscheidung *Azurix Corp. v. Argentine Republic* bemerkenswert, in der ebenfalls eine rein subjektive Bestimmung des Investitionsbegriffes sichtbar wird. Die Entscheidung wurde mitbestimmt und mitgetragen von *Elihu Lauterpacht*, den *Belling* als Vertreter der subjektiven Abgrenzung erkennt.⁴⁷ Es ist denkbar, dass *Lauterpacht* seine Auffassung in die Entschei-

⁴⁰ *Ceskolovenska Obchoni Banka A.S. (CSOB) v. Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB 97/4, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 24.05.1997, para. 68.

⁴¹ Vgl. *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, 17.05.2007, para. 55.

⁴² *Ceskolovenska Obchoni Banka A.S. (CSOB) v. Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB 97/4, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 24.05.1997, para. 68; vgl. auch *Tokios Tokelès v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Dissenting Opinion (Weil), para. 14.

⁴³ *Tokios Tokelès v. Ukraine*, Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29.04.2004, para. 19, 39.

⁴⁴ *Tokios Tokelès v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Dissenting Opinion (Weil), para. 14; zust. *Belling*, Die Jurisdiktion rationae materiae der ICSID-Schiedsgerichte, 227f.

⁴⁵ *Rompetrol Group N.V. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, Decision on Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility, 18.04.2008, para. 82.

⁴⁶ *Belling*, Die Jurisdiktion rationae materiae der ICSID-Schiedsgerichte, 228.

⁴⁷ *Ibid*, 196 Fn. 114.

dungsfindung eingebracht hat. Zumindest hat er jedoch die Entscheidung mitgetragen und keine „Dissenting Opinion“ verfasst. Dies lässt darauf schließen, dass das Schiedsgericht auch hier eine subjektive Bestimmung vornahm.

b) *Die restriktive Interpretation des Investitionsbegriffes durch den sog. „Salini-Test“*

Der sogenannte „Salini-Test“ ist der zweite objektive Ansatz zur Bestimmung des Investitionsbegriffes. Er wurde in der Entscheidung *Salini Costruttori S.p.A. v. Morocco* geprägt⁴⁸ und erhält hierdurch seine heutige Bezeichnung. Dieser Ansatz hat sich in der ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit weitestgehend durchgesetzt.⁴⁹ Die Verwendung des „Salini-Tests“ wurde kaum⁵⁰ durch Kläger angezweifelt. Hierdurch erlangt diese Lösung des Problems eine erhebliche normative Wirkungsmacht. Der Test wird in der ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit daher auch als „wohl bekannt“ gekennzeichnet.⁵¹

Der Test legt fünf Kriterien fest, nach denen sich bestimmt, ob eine Investition vorliegt:⁵²

1. Das Projekt muss eine gewisse zeitliche Dauer aufweisen.
2. Der Investor geht ein Risiko ein.
3. Der Investor leistet einen erheblichen Einsatz.
4. Das Projekt trägt zur wirtschaftlichen Entwicklung des Gaststaats bei.
5. Ziel des Projekts ist die regelmäßige Abschöpfung von Gewinn und Rendite.

Es ist ersichtlich, dass die Kriterien Nr. 2 und Nr. 4 bereits als Einschränkungen des Investitionsbegriffes im Rahmen der extensiven Auslegung fruchtbar gemacht wurden. Somit stellt der „Salini-Test“ auf der einen Seite eine schlüssige Fortentwicklung der extensiven Interpretation als weitere Einschränkung des Investitionsbegriffes dar. Auf der anderen Seite ist dieser Test jedoch genauer betrachtet eine vollständig andere Lösung des Problems. Denn die fünf Kriterien bilden erstmalig eine feste objektive

⁴⁸ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23.07.2001, ILM 42 (2003), 609 (620ff.), paras. 44-58.

⁴⁹ *Joy Mining v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 06.08.2004, paras. 41-63; *AES Corporation v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction, 26.04.2005, para. 88; *Bayindir v. Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, 14.11.2005, paras. 130-135; *Jan de Nul v Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Decision on Jurisdiction 16.06.2006, paras. 90-106; *Helnan v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/19, Decision of the Tribunal on Objection to Jurisdiction, 17.10.2006, paras. 66-77; *Patrick Mitchell v. Congo*, ICSID Case No. ARB/99/7, Decision on Application for the Annulment of the Award, 1.11.2006, paras. 23-41; *Saipem S.p.A. v. Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, 21.03.2007, paras. 98-114; *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, 17.05.2007, paras. 43-148; *Noble Energy, Inc. and MachalaPower Cia. Ltda. v. The Republic of Ecuador and Consejo Nacional de Electricidad*, ICSID Case No. ARB/05/12, 05.03.2008, paras. 128-135.

⁵⁰ Vgl. aber *Helnan v. Egypt*, Decision of the Tribunal on Objection to Jurisdiction, 17.10.2006, paras. 66f.

⁵¹ *Saipem S.p.A. v. Bangladesh*, ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, 21.03.2007, para. 99.

⁵² *Schreuer*, The ICSID Convention, Art. 25 Rn. 122.

und abschließende Umschreibung des Investitionsbegriffes. Zudem scheint nach diesem Ansatz im Gegensatz zur extensiven objektiven Auslegung eine widerlegbare Vermutung *gegen* die Annahme einer Investition in der ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit zu bestehen. In den Entscheidungen, in denen die extensive Auslegung des Investitionsbegriffes verfolgt wurde, fanden zumeist nur Gründe gegen die Annahme einer Investition Erwähnung. Es wurde insoweit stillschweigend davon ausgegangen, dass grundsätzlich eine Investition vorliegt. Diese Begründungspraxis wird im Aufhebungsverfahren *Mitchell v. Congo* unter der Prämisse des „Salini-Tests“ massiv kritisiert. Die aufgehobene Entscheidung sei im Hinblick auf die Frage, ob eine Investition vorliegt, lückenhaft und undurchsichtig. Sie zeige nicht die Gründe auf, warum das Vorhaben des Klägers insgesamt als Investition einzustufen sei. Die Unzulänglichkeit der Begründung sei als schwerwiegend einzustufen und öffne die Türen zum Missbrauch der ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit.⁵³

C. Der „Salini Test“

Aufgrund der dargelegten erheblichen Bedeutung des „Salini-Tests“ ist diese Ansicht eingehend zu erläutern. Hierzu sollen zunächst die einzelnen Kriterien des „Salini-Tests“ näher betrachtet werden (I.); im Folgenden wird das Verhältnis der einzelnen Kriterien zueinander analysiert (II.) und schließlich auf das Verhältnis des „Salini-Tests“ zur Definition des Investitionsbegriffes in BITs eingegangen (III.). Hierbei findet die Entscheidung *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia* besondere Berücksichtigung. Sie befasst sich besonders umfangreich mit der Frage des Investitionsbegriffes und des hierzu angewandten „Salini-Tests“. Der Einzelschiedsrichter *Hwang* beschäftigt sich in diesem Verfahren eingehend mit zahlreichen weiteren Entscheidungen der ICSID-Schiedsgerichte. Die Entscheidung nimmt hierdurch teilweise den Charakter eines Lehrbuchs oder Kommentars an und ist somit für die vorliegende Untersuchung besonders aufschlussreich. In dem zugrundeliegenden Sachverhalt hatte der Kläger mit der Regierung von Malaysia einen Vertrag über die Ortung und Bergung der Fracht eines britischen Schiffes geschlossen, das 1817 an der Küste versank. Hierzu sollte der Kläger sein Know-How und seine Arbeitskräfte einsetzen und die Bergungsoperation finanzieren. Der Vertrag war auf „no finds-no pay“-Basis. Er hatte nach Vertrag Anspruch auf einen festgesetzten Anteil der geborgenen Fracht. Die Bergung dauerte 4 Jahre. Das ICSID-Schiedsgericht sah in dieser Transaktion keine Investition des Klägers.

⁵³ *Patrick Mitchell v. Congo*, ICSID Case No. ARB/99/7, Decision on Application for the Annulment of the Award, 1.11.2006, para. 40.

I. Die einzelnen Kriterien des „Salini-Tests“

Die Kriterien des „Salini-Tests“ beziehen sich nicht isoliert auf einzelne Transaktionselemente eines Projektes, sondern auf das zu beurteilende Gesamtprojekt.⁵⁴

1. Zeitliche Dauer

Das Kriterium einer bestimmten zeitlichen Dauer fand sich bereits im Ersten Entwurf der ICSID-Konvention. Ein Projekt sollte mindestens 5 Jahre andauern. Die grundlegende Entscheidung *Salini Costruttori S.p.A. v. Morocco* setzt die Mindestdauer einer Investition auf zwei bis fünf Jahre.⁵⁵ Hierbei wird auch der Zeitablauf berücksichtigt, in dem das Projekt aufgeschoben oder unterbrochen wird. Denn auch dieser Zeit sind Risiken für den Investor immanent, die sogar als größer zu bewerten sind als die Risiken während der Ausführung des Projekts.⁵⁶ Die Zeitspanne berechnet sich grundsätzlich durch die Daten der Unterzeichnung des Vertrages als Beginn und die Vertragserfüllung als Ende der betreffenden Transaktion.⁵⁷ Ungeklärt ist bislang, ob für die Baubranche von dieser Berechnung abgewichen werden kann. In dem Verfahren *Jan de Nul v. Egypt* wurde vorgebracht, dass eine Investition bereits mit dem Ausschreibungsverfahren beginne, da der Investor bereits Aufwendungen macht, um das Angebot vorzubereiten.⁵⁸ Das Schiedsgericht widerlegte diese Ansicht nicht, ließ sie aber dahinstehen.⁵⁹ Gegen die Annahme einer ausreichenden Dauer wird die Zahlung eines vertraglich vereinbarten Kaufpreises in einer frühen Phase der Transaktion angesehen.⁶⁰

Die Dauer von zwei Jahren stellt jedoch keine starre Untergrenze dar. So wurde bereits eine Transaktion mit Vertragsunterzeichnung am 29.07.1992 und Vertragserfüllung im Juni 1994 als ausreichende Dauer für eine Investition erkannt.⁶¹ Eine nähere Erläuterung des Kriteriums bietet die Entscheidung *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*. Es wird zwischen einer quantitativen und einer qualitativen Komponente des Kriteriums unterschieden. Im Hinblick auf die quantitative Ebene wird die Dauer der Bergungsarbeiten von vier Jahren als ausreichend angesehen.⁶² Das

⁵⁴ *Joy Mining v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 06.08.2004, para. 54; *Saipem S.p.A. v. Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, 21.03.2007, para. 110.

⁵⁵ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23.07.2001, ILM 42 (2003), 609 (622f.), para. 54; ebenso *Saipem S.p.A. v. Bangladesh*, ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, 21.03.2007, para. 101.

⁵⁶ *Saipem S.p.A. v. Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, 21.03.2007, para. 102.

⁵⁷ *Jan de Nul v Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Decision on Jurisdiction 16.06.2006, paras. 94f.

⁵⁸ *Ibid.*, para. 94.

⁵⁹ *Ibid.*, para. 95.

⁶⁰ *Joy Mining v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 06.08.2004, para. 57.

⁶¹ *Jan de Nul v Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Decision on Jurisdiction 16.06.2006, paras. 94f.

⁶² *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, 17.05.2007, para. 110.

Kriterium der Dauer sei jedoch eng mit dem Kriterium verbunden, dass das Projekt zur wirtschaftlichen Entwicklung des Gaststaates beitragen müsse. Es gelte hierbei die Vermutung, je länger ein Projekt andauere, desto mehr trage es zur wirtschaftlichen Entwicklung bei.⁶³ Hieraus ergebe sich eine qualitative Komponente des Kriteriums. Soweit ein Projekt kaum zur wirtschaftlichen Entwicklung beiträgt, steigen somit die Anforderungen an die Dauer. Zudem wies das Schiedsgericht darauf hin, dass die Dauer lediglich durch eine einvernehmliche Vertragsverlängerung erreicht wurde, zumal der ursprüngliche Vertrag nur auf 18 Monate Ortungs- und Bergungsarbeiten ausgelegt war. Hieraus wird geschlossen, dass die Dauer auf einen Zufall zurückzuführen ist, da das Projekt gemäß dem ursprünglichen Vertrag auch bereits zu einem früheren Zeitpunkt hätte beendet werden können.⁶⁴ Dementsprechend wurde die qualitative Komponente des Kriteriums verneint.

2. Risiko

Der Investor muss ein Risiko mit seinem Projekt eingehen. Typischerweise werden die Risiken in den betreffenden Verträgen zwischen Staat und Investor geteilt.⁶⁵ In der Entscheidung *Salini Costruttori S.p.A. v. Morocco* wurde hierunter das Vorrecht, den Vertrag vorzeitig zu beenden bzw. dem Investor Veränderungen des Vertrags aufzubürden, gefasst. Ferner wurde die mögliche Erhöhung der Arbeitskosten durch die Änderung des marokkanischen Rechts und der Verzicht auf Kompensation im Falle der Schwankung des Arbeitsaufwandes um mehr oder weniger als 20% vom vertraglich vereinbarten Gesamtvertragspreis angeführt.⁶⁶ Es wird ausdrücklich als irrelevant angesehen, dass die Risiken per Vertrag freiwillig durch den Investor übernommen wurden. Ebenso sei unbeachtlich, ob die Risiken in unmittelbarem Zusammenhang mit der Vertragserfüllung stehen.⁶⁷ In der Literatur wird diese Entscheidung kritisiert, da lediglich allgemeine wirtschaftliche Risiken aus Verträgen mit Auslandsbezug zur Erfüllung des Kriterium führen würden.⁶⁸

Während in der Entscheidung *Salini Costruttori S.p.A. v. Morocco* die Bankgarantien noch nicht im Zusammenhang mit dem Risiko Erwähnung fanden, erfolgte diese Berücksichtigung in der folgenden Entscheidung *Bayindir v. Pakistan*, in welcher der Kläger Bankgarantien auf erstes Anfordern sicherte und sich somit dem Risiko eines

⁶³ *Ibid.*, para. 111.

⁶⁴ *Ibid.*, para. 110f.

⁶⁵ *Ibid.*, para. 112.

⁶⁶ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23.07.2001, ILM 42 (2003), 609 (622f.), para. 55.

⁶⁷ *Ibid.*, para. 56.

⁶⁸ *Belling*, Die Jurisdiktion rationae materiae der ICSID-Schiedsgerichte, 269f. m. w. Nachw. Es sei angemerkt, dass die Kritik Bellings an seine Behauptung anschließt: „In Bezug auf die Risikotragung [...] betrachtete das Schiedsgericht zunächst die Bankgarantien der Kläger [...]“. Die Bankgarantien werden in der Entscheidung jedoch gerade nicht beim Risikokriterium, sondern beim Kriterium des erheblichen Einsatzes des Investors angeführt: vgl. *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23.07.2001, ILM 42 (2003), 609 (622f.), paras. 53, 55.

unrechtmäßigen Abrufs aussetzte.⁶⁹ Hierdurch wird deutlich, dass eine Bankgarantie für sich genommen noch kein Risiko darstellt, sondern vielmehr erst die risikobehaftete Sonderform⁷⁰ der Bankgarantie auf erstes Anfordern. Ebenso wurde die vertragliche Regelung der „Retention Money“ bei langfristigen Verträgen als relevantes Risiko eingestuft.⁷¹ Hiernach wird ein Teil des vereinbarten Geldes vor Abschluss der primären Leistungsfrist bis zum Ablauf der Mängelanzeigefrist einbehalten, sodass in dieser Zeit quasi eine Garantiehafung bei Anzeige eines Mangels besteht.⁷² Eine weite Interpretation erfährt das Risikokriterium in der Entscheidung *Helnan v. Egypt*. In dieser Entscheidung wird es bereits als ausreichendes Risiko eines Managementvertrags angesehen, dass der kommerzielle Erfolg eines Hotels ausbleibt, welches der Investor über einen langen Zeitraum auf dem Niveau von fünf Sternen halten soll.⁷³ In der Literatur wird daher auch angenommen, dass das Risikokriterium zumeist ohne Schwierigkeiten bejaht werden könne, zumal der Investor Mittel einsetzt, die durch Erlöse der Transaktion abgedeckt werden müssen und die Kosten zu Beginn des Projekts nicht mit Sicherheit festgestellt werden können.⁷⁴ Hierin sei ein ausreichendes Risiko zu erkennen.

Das Risikokriterium dient der Abgrenzung einer Investition von einem üblichen Handelsvertrag. Daher sollen typische Geschäftsrisiken von Kauf- und Beschaffungsverträgen wie die Möglichkeit der Nichtigkeit des Vertrags durch Anfechtung oder Kündigung, Mängelrügen, etc. kein ausreichendes Risiko darstellen können.⁷⁵ Die Entscheidung *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia* greift zur Erklärung des Kriteriums erneut auf die Unterscheidung zwischen einer quantitativen und einer qualitativen Komponente zurück. Auch normale wirtschaftliche Risiken eines Vertrages seien Risiken in quantitativer Hinsicht. Soweit diese jedoch übliche und für den Investor vorhersehbare wirtschaftliche Risiken darstellen, die typisch für den betreffenden Vertrag sind, ermangelt es an der qualitativen Komponente des Risikokriteriums. Die Regelung „no-finds-no-pay“ in einem Bergungsvertrag sei daher quantitativ als Risiko zu erachten; zumal diese Regelung sich jedoch in den meisten Bergungsverträgen findet, handele es sich um kein qualitativ signifikantes Risiko.⁷⁶ Die Entscheidung *Helnan v. Egypt*, die unter dieser Prämisse problematisch erscheint, wird in der Auseinandersetzung mit Präjudizien in diesem Zusammenhang nicht erwähnt.

⁶⁹ *Bayindir v. Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, 14.11.2005, para. 135.

⁷⁰ Vgl. *Sprau*, in: Palandt, BGB-Kommentar, Einf. v. § 765 Rn. 14 m. w. Nachw.

⁷¹ *Saipem S.p.A. v. Bangladesh*, ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, 21.03.2007, para. 109.

⁷² Vgl. *Rieker/Chiappa*, in: Leitner, Aktuelle Fragen der Vertragsgestaltung, 105 (116).

⁷³ *Helnan v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/19, Decision of the Tribunal on Objection to Jurisdiction, 17.10.2006, para. 77.

⁷⁴ *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law, 68.

⁷⁵ *Joy Mining v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 06.08.2004, paras. 57f.

⁷⁶ *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, 17.05.2007, para. 112.

3. Erheblicher Einsatz (Geld, Naturalien, Arbeit)

Ein Investor muss einen erheblichen Einsatz leisten. Dieser Einsatz kann in Sachmitteln, qualifiziertem Personal, Vorfinanzierung und Know-How bestehen.⁷⁷ Dieses Kriterium schließt vor allem den Großteil an Portfolioinvestitionen von der Jurisdiktion der ICSID-Schiedsgerichte aus. Denn Sachmittel und Know-How werden hierbei gerade nicht zur Verfügung gestellt. Kapitalanleger, die mit Portfolioinvestitionen Renditeziele anstreben, und der Unternehmer, der ein Kontrollinteresse an einer Gesellschaft besitzt, stellen der Wirtschaft des Gastlandes jedoch gleichermaßen Kapital zur Verfügung.⁷⁸ In der Literatur wird die Einbeziehung von Portfolioinvestition unter den Investitionsbegriff in Art. 25 Abs. 1 ICSID-Konvention aber teilweise als kaum überzeugend erachtet. Einer Portfolioinvestition sei nicht die gleiche entwicklungspolitische Komponente immanent, die bei Direktinvestitionen anzunehmen sei. Portfolioinvestitionen könnten flexibler wieder abgezogen werden, sodass eine Gleichbehandlung von Portfolioinvestitionen und Direktinvestitionen nicht geboten sei.⁷⁹

Es ist allerdings zu beachten, dass auch die ausschließliche Investition von Kapital nach heutiger Vorstellung in der ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit einen erheblichen Einsatz verkörpern kann. Dementsprechend ist die Unterscheidung von Portfolio- und Direktinvestitionen für den Investitionsbegriff nach Art. 25 Abs. 1 ICSID-Konvention nur von abnehmender Bedeutung.⁸⁰ Allerdings wird die unterste Grenze für Portfolioinvestitionen in der Höhe von etwa 1 Mio. US-Dollar zu verorten sein. Das Schiedsgericht im Verfahren *SGS v. Pakistan* erachtete ein finanzielles Engagement von 1,5 Mio US-Dollar als vergleichsweise gering, aber ausreichend.⁸¹ Aufgrund der durchschnittlichen Kosten von 220.000 US-Dollar für ein ICSID-Verfahren werden die meisten Klagen in Bezug auf Portfolioinvestitionen unterhalb dieser Größenordnung mangels Kosten-Nutzen-Adäquanz faktisch ohnehin kaum relevant sein.⁸² Der Schiedsrichter im Verfahren *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia* bezeichnete allerdings bereits einen Beitrag von 3,8 Mio. US-Dollar als eher typisch für einen Handelsvertrag und somit weniger typisch für eine Investition.⁸³

⁷⁷ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23.07.2001, ILM 42 (2003), 609 (622), para. 53; *Bayindir v. Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, paras. 115f., 131; *Jan de Nul v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Decision on Jurisdiction 16.06.2006, para. 92; *Helnan v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/19, Decision of the Tribunal on Objection to Jurisdiction, 17.10.2006, para. 77; *Patrick Mitchell v. Congo*, ICSID Case No. ARB/99/7, Decision on Application for the Annulment of the Award, 1.11.2006, para. 27.

⁷⁸ *Pirrung*, Die Schiedsgerichtsbarkeit nach dem Weltbankübereinkommen für Investitionsstreitigkeiten, 58.

⁷⁹ *Amarasinha/Kokott*, in: Muchlinski/Ortino/Schreuer (Hrsg.), The Oxford Handbook of International Investment Law, 119 (139); *Belling*, Die Jurisdiktion rationae materiae der ICSID-Schiedsgerichte, 241f.; *Karl*, RIW 1998, 432, 434.

⁸⁰ *Dugan/Wallace/Rubins/Sabahi*, Investor-State Arbitration, 249 m. w. Nachw.

⁸¹ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. Arb/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29.01.2004, para. 136.

⁸² *Belling*, Die Jurisdiktion rationae materiae der ICSID-Schiedsgerichte, 243.

⁸³ *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, 17.05.2007, para. 125; hierzu *Dugan/Wallace/Rubins/Sabahi*, Investor-State Arbitration, 271.

4. Beitrag zur wirtschaftlichen Entwicklung des Gaststaates

Das umstrittenste Kriterium des „Salini-Tests“ fordert, dass das Projekt zur wirtschaftlichen Entwicklung des Gaststaates beitragen soll. Dieses Erfordernis wurde bereits im Rahmen der extensiven Auslegung des Investitionsbegriffes als Einschränkung formuliert⁸⁴ und ist der Präambel der ICSID-Konvention, die auf Art. 25 Abs. 1 ausstrahlt, unmittelbar zu entnehmen.⁸⁵ Das Kriterium ist jedenfalls bei Projekten erfüllt, die einem öffentlichen Interesse dienen bzw. Aufgaben übernommen werden, die üblicherweise durch die öffentliche Hand wahrgenommen werden, z.B. Infrastruktur oder öffentliche Dienstleistungen/Daseinsfürsorge.⁸⁶ Ebenso wird in der Entscheidung *Salini Costruttori S.p.A. v. Morocco* die Möglichkeit der Ausstattung des Gastlandes mit Know-How im Bezug auf das Projekt berücksichtigt.⁸⁷ Diese Formulierung des Schiedsgerichts führte zu der Kritik, dass eine bloße Möglichkeit noch kein Beitrag zur wirtschaftlichen Entwicklung sei, sondern vielmehr eine tatsächliche Nutzbarmachung des Know-Hows geprüft werden müsse.⁸⁸ Dieser Kritik wird in der Entscheidung *Mitchell v. Congo* Rechnung getragen. Das Schiedsgericht forderte, dass ein Anwalt, der sein Know-How in dem Gaststaat anbietet, auch aufzeigen müsse, dass er den Gaststaat unterstützt hat, indem er etwa regelmäßig Rechtsberatung angeboten oder Investoren in das Land geführt hat.⁸⁹ Projekte, die dem Tourismus in dem Gaststaat dienen, wie etwa Hotels, werden allerdings ebenfalls von den Schiedsgerichten als ausreichender Beitrag zur wirtschaftlichen Entwicklung anerkannt, sofern hierzu nicht lediglich eine reine Vermutung durch den Kläger vorgebracht wird.⁹⁰

Das Schiedsgericht in dem Verfahren *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia* klärt auf, dass jeder Vertrag an dem Ort der Leistungen einen wirtschaftlichen Beitrag darstellt.⁹¹ Dies mache einen Vertrag jedoch nicht bereits zu einer Investition i.S.v. Art. 25 Abs. 1 ICSID-Konvention. Vielmehr müssten die reinen ökonomischen Auswirkungen der Leistungen des Vertrags bewertet werden. Hierbei habe das Schiedsgericht jeden politischen oder kulturellen Vorteil zu ignorieren, der durch den Vertrag erlangt wird. Eine Ausnahme hierzu bilde nur der Fall, dass den politi-

⁸⁴ Vgl. *Ceskolovenska Obchoni Banka A.S. (CSOB) v. Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB 97/4, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 24.05.1999, para. 64.

⁸⁵ *Bayindir v. Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, 14.11.2005, para. 137; *Patrick Mitchell v. Congo*, ICSID Case No. ARB/99/7, Decision on Application for the Annulment of the Award, 1.11.2006, paras. 28f.

⁸⁶ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23.07.2001, ILM 42 (2003), 609 (623), para. 57; *Joy Mining v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 06.08.2004, paras. 57; *Bayindir v. Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, para. 137.

⁸⁷ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23.07.2001, ILM 42 (2003), 609 (623), para. 57.

⁸⁸ *Belling*, Die Jurisdiktion rationae materiae der ICSID-Schiedsgerichte, 269 m. w. Nachw.

⁸⁹ *Patrick Mitchell v. Congo*, ICSID Case No. ARB/99/7, Decision on Application for the Annulment of the Award, 1.11.2006, para. 39.

⁹⁰ *Helnan v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/19, Decision of the Tribunal on Objection to Jurisdiction, 17.10.2006, para. 77; *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, 17.05.2007, para. 144.

⁹¹ *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, 17.05.2007, para. 125.

schen oder kulturellen Vorteilen gleichsam eine wirtschaftliche Bedeutung beizumessen sei. Demnach beschränkt sich die Prüfung darauf, geschäftliche Vorteile von Vorteilen für die Wirtschaft des Gastlandes abzugrenzen.⁹²

Diese Verfahrensweise, die in der Entscheidung *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia* gefordert wird, erscheint jedoch problematisch. Denn hiermit wird von den Schiedsgerichten eine Analyse wirtschaftlicher Auswirkungen des Projekts erwartet. Wenn jede wirtschaftliche Transaktion zugleich ein Beitrag zur wirtschaftlichen Entwicklung darstellt – wie es das Schiedsgericht auch einräumt – so erscheint eine Vermutung, der positiven Auswirkung vorzugswürdiger. Denn ansonsten bliebe der Investitionsbegriff vorrangig auf Projekte beschränkt, die üblicherweise von der öffentlichen Hand vorgenommen werden, obgleich private Investitionen grundsätzlich eine positive Auswirkung auf das Wirtschaftswachstum besitzen.⁹³ Hierzu wird in der Literatur insbesondere auf die Auswirkung der Portfolioinvestitionen auf die Zahlungsbilanz verwiesen. Portfolioinvestitionen tragen ebenso wie Direktinvestitionen zum Ausgleich von Ungleichgewichten in der Zahlungsbilanz des Gaststaates bei und schließen Devisenlücken, die durch mangelnde Nachfrage der Währung bzw. mangelnde Deviseneinnahmen durch Exporte des Gaststaates entstehen.⁹⁴

Für die Annahme einer widerlegbaren Vermutung zugunsten des positiven Einflusses einer Transaktion mit Auslandsbezug spricht auch, dass die ICSID-Konvention an Schiedsrichter vor allem juristische Anforderungen stellt (vgl. Art. 14 Abs. 1 ICSID-Konvention), sodass sich die Schiedsgerichte regelmäßig aus Juristen zusammensetzen.⁹⁵ Mangels ausreichender wirtschaftswissenschaftlicher Kompetenz wären diese gehalten *ex officio* stets Gutachten über die wirtschaftlichen Auswirkungen einer Transaktion einzuholen. Dies erscheint unpragmatisch. In diesem Punkt überzeugt die Entscheidung *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia* nicht.

Diese aufgezeigte Problematik des Kriteriums eines Beitrags zur wirtschaftlichen Entwicklung des Gastlandes erkennt auch das ICSID-Schiedsgericht (*Tercier/Faurès/Gaillard*) in den Entscheidungen *L.E.S.I. v. Algeria*.⁹⁶ Es kritisiert die mangelnde Klarheit des „Salini-Tests“ und stellt fest, welchen Kriterien eine ausreichende Bestimmtheit beizumessen ist. Hierbei werden ausschließlich die Kriterien zeitliche Dauer, Risiko und erheblicher Beitrag des Investors angeführt. Das Erfordernis eines Beitrags zur wirtschaftlichen Entwicklung wird aufgrund mangelnder Klarheit ausgeschlossen. Die Erfüllung der drei bestimmten Kriterien impliziere bereits das Vorliegen dieses Kriteriums, sodass eine gesonderte Prüfung redundant sei. Bemerkenswert scheint,

⁹² *Ibid.*, 138.

⁹³ *Krishan*, A Notion of ICSID Investment, im Internet erhältlich: <<http://www.fdimoot.org/iip/Reading1B.pdf>>, (besucht am 31.01.2009) 15 m. w. Nachw.

⁹⁴ *Todaro/Smith*, Economic Development, 671ff.; ebenso bereits *Abs*, Die rechtliche Problematik privater Auslandsinvestitionen, S. 5; vgl. auch *Krishan*, A Notion of ICSID Investment, im Internet erhältlich: <<http://www.fdimoot.org/iip/Reading1B.pdf>>, (besucht am 31.01.2009) 15; *Herdegen*, Internationales Wirtschaftsrecht, § 3 Rn. 67.

⁹⁵ *Krishan*, A Notion of ICSID Investment, im Internet erhältlich: <<http://www.fdimoot.org/iip/Reading1B.pdf>>, (besucht am 31.01.2009) 16.

⁹⁶ *Consorzio Groupement L.E.S.I.-DIPENTA v. People's Democratic Republic of Algeria*, ICSID Case No. ARB/03/08, Award, 10.01.2005, para. 13; *L.E.S.I. S.p.A. et ASTALDI S.p.A. v. People's Democratic Republic of Algeria*, ICSID Case No. ARB/05/3, Decision, 12.07.2006, para. 72.

dass *Gaillard* bei dieser Entscheidung als Schiedsrichter fungierte. Er vertritt in einer Publikation aus dem Jahr 1999 den hier durch das Schiedsgericht verfolgten Ansatz.⁹⁷ Es liegt dementsprechend die Vermutung nahe, dass *Gaillard* diese Entscheidung maßgeblich geprägt hat. Eine Besonderheit ergibt sich daraus, dass auch in der grundlegenden Entscheidung *Salini Costruttori S.p.A. v. Morocco* aus dem Jahr 2001 die Ansicht von *Gaillard* übernommen und zitiert wurde. Es wurde jedoch angefügt, dass der Ansatz *Gaillards* mit drei Kriterien in Anbetracht des Wortlauts der Präambel der ICSID-Konvention durch ein weiteres viertes Kriterium, namentlich dem Beitrag zur wirtschaftlichen Entwicklung des Gaststaates, ergänzt werden müsse. Diese Ergänzung zu seinem eigenen Ansatz wurde von *Gaillard* scheinbar nicht akzeptiert und möglicherweise unter seinem Einfluss von dem Schiedsgericht im Fall *L.E.S.I. v. Algeria* revidiert. Diese Abweichung von dem üblichen „Salini-Test“ hatte jedoch keine Auswirkung auf die Anwendung des Tests in folgenden Entscheidungen. Vielmehr wurde die Entscheidung *L.E.S.I. v. Algeria* in dem Verfahren *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia* so interpretiert, dass das Kriterium der wirtschaftlichen Entwicklung auch nach dem dort verfolgten Ansatz von dem „Salini-Test“ umfasst sei und lediglich mit dem Vorliegen der genannten anderen drei Kriterien vermutet werde. Es müsse daher geprüft werden, wenn die anderen Kriterien nur vordergründig erfüllt seien.⁹⁸

Aufgrund der aufgezeigten Schwierigkeiten vermag die Ansicht von *Endicott* für eine Festlegung des Investitionsbegriffs kaum zu überzeugen. *Endicott* räumt dem Erfordernis eines Beitrags zur wirtschaftlichen Entwicklung des Gastlandes eine hervorgehobene Stellung für die Bestimmung des Investitionsbegriffs ein.⁹⁹ Es sei der Ausgleich für den Souveränitätsverzicht des Gaststaates aufgrund des gewährleisteten Investitionsschutzes.¹⁰⁰ Bereits das Vorliegen dieses Kriteriums führe im Hinblick auf den Wortlaut der Präambel zur Annahme einer Investition, soweit nicht lediglich ein kurzfristiger Verkauf von Waren oder eine Kreditvereinbarung vorliege. Der Begriff der Investition sei im Lichte der Wirtschaftswissenschaften zu definieren.¹⁰¹ Maßgeblich sei demnach der Anstieg des Realeinkommens pro Kopf und ein Beitrag ähnlich dem öffentlicher Güter. Hierdurch sollten Transaktionen, die schädliche Auswirkungen auf international anerkannte Sozial- und Umweltstandards haben, aus dem Investitionsbegriff ausgeschlossen werden, unabhängig von der Frage, ob sie zum Wohlstand des Gaststaates beitragen.

⁹⁷ *Gaillard*, JDI 1999, 273 (290ff.).

⁹⁸ *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, 17.05.2007, paras. 113-116, 124; siehe auch *Bayindir v. Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, 14.11.2005, para. 137; hierzu *Schlemmer*, in: Muchlinski/Ortino/Schreuer (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 49 (68f.).

⁹⁹ *Endicott*, in: Gehring/Cordonier Segger (Hrsg.), *Sustainable Development in World Trade Law*, 379 (386ff., 409).

¹⁰⁰ So auch *Rubins*, in: Horn/Kröll (Hrsg.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, 283 (286).

¹⁰¹ *Endicott*, in: Gehring/Cordonier Segger (Hrsg.), *Sustainable Development in World Trade Law*, 379 (388ff., 410).

Zunächst erscheint fraglich, dass *Endicott* mit seinem Ansatz vorrangig auf den Effekt und nicht auf das Wesen einer Transaktionen abstellt.¹⁰² Hierbei kann insbesondere der Ausschluss von Transaktionen aufgrund von Sozial- und Umweltstandards aus dem Investitionsbegriff nicht überzeugen. Denn dadurch werden diese Aspekte zu Fragen der Jurisdiktion von ICSID erhoben, obgleich sie gegenwärtig im Rahmen der Investitionsschutzstandards diskutiert werden.¹⁰³ Denn im Rahmen der Prüfung der Investitionsschutzstandards können Sozial- und Umweltstandards als *Rechtsfrage* berücksichtigt werden. Es kann geprüft werden, inwieweit Gaststaaten durch Umwelt- oder Sozialgesetze in geschützte Rechte der Investoren eingreifen können. Dies entspricht der Vorstellung von ICSID als Rechtsdienstleistung unter Ausschluss rein politischer oder moralischer Aspekte.¹⁰⁴ Diese Aspekte werden auch in Investitionsschutzverträgen, z.B. im Muster-BIT der USA¹⁰⁵ und dem BIT zwischen Luxemburg und Belgien¹⁰⁶ als materielle Rechtsfrage berücksichtigt. Würde man diese Fragen nun bereits zur Voraussetzung der Jurisdiktion machen, bestünde die Gefahr, dass ICSID ideologisch gefärbt wird und hierdurch an allgemeiner Anerkennung verliert. *Endicott* räumt zudem ein, dass seinem Vorschlag praktische Grenzen gesetzt sind.¹⁰⁷ Denn das Kriterium eines Beitrags zur wirtschaftlichen Entwicklung des Gaststaates, auf das er vorrangig abstellt, ist – wie aufgezeigt – nur schwer nachzuweisen. *Endicott* verweist hierzu auf die Möglichkeit von Wahrscheinlichkeitsannahmen eines Schiedsgerichts. Demgegenüber erscheint die Lösung eines Anscheinsbeweises jedoch transparenter, berechenbarer und somit auch vorzugswürdig.

5. Regelmäßige Abschöpfung von Gewinn und Rendite

Die grundlegende Entscheidung *Salini Costruttori S.p.A. v. Morocco* enthielt lediglich vier Kriterien des Tests. Es wurde nicht erwähnt, dass das Projekt auf eine regelmäßige Abschöpfung von Gewinn und Rendite ausgerichtet sein muss. Das Kriterium wurde erst in der späteren Entscheidung *Joy Mining v. Egypt* eingeführt.¹⁰⁸ Dieses Kriterium nimmt eine Sonderstellung ein. Das Schiedsgericht im Verfahren *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia* erläutert, dass es nicht in jedem Fall maß-

¹⁰² Vgl. *Wälde*, in: Gehring/Cordonier Segger (Hrsg.), *Sustainable Development in World Trade Law*, 375 (376): „This approach may seem surprising (...)“.

¹⁰³ Vgl. *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 29.5.2003, para. 122; siehe auch *Methanex Corporation v. United States of America*, NAFTA Arbitral Tribunal, Final Award on Jurisdiction and Merits, 03.08.2005, Part IV, para. 15; hierzu *Reinisch*, in: Tietje (Hrsg.), *International Investment Protection and Arbitration*, 119 (125ff.).

¹⁰⁴ Vgl. *South West Africa Cases*, ICJ Reports 1966, 34, para. 49.

¹⁰⁵ Vgl. *Cummins*, *Digest of United States Practice in International Law* 2006, 791.

¹⁰⁶ Vgl. *OECD* (Hrsg.), *International Investment Perspectives*, 157.

¹⁰⁷ *Endicott*, in: Gehring/Cordonier Segger (Hrsg.), *Sustainable Development in World Trade Law*, 379 (391).

¹⁰⁸ *Joy Mining v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 06.08.2004, para. 53.

geblich sei. Aus diesem Grund wird das mangelnde Vorliegen dieses Kriteriums als unbeachtlich gewertet.¹⁰⁹

II. Die Systematik des „Salini-Tests“

Weiterhin ist zu klären, wie die fünf Kriterien im Rahmen des „Salini-Tests“ anzuwenden sind. Hierbei werden zwei Möglichkeiten diskutiert. In den Entscheidungen der Schiedsgerichte findet sich hierzu keine einheitliche Linie. Zum Teil erscheinen die Formulierungen in den Entscheidungen sogar widersprüchlich.

1. „Jurisdictional Approach“

Zum einen werden die fünf Kriterien als Tatbestandsmerkmale für den Begriff der Investition aufgefasst, sodass die Kriterien kumulativ vorliegen müssen, um das Vorliegen einer Investition bejahen zu können („Jurisdictional Approach“).

Die Entscheidung *Joy Mining v. Egypt* verfolgt in seiner Formulierung diesen sogenannten „Jurisdictional Approach“. Die Kriterien müssen nach der dort vertretenen Auffassung kumulativ vorliegen, um eine Transaktion als Investition zu werten.¹¹⁰ In den Entscheidungen *Salini Costruttori S.p.A. v. Morocco* und *Mitchell v. Congo* findet sich zudem ein Verweis darauf, dass die Kriterien voneinander abhängen und daher umfassend geprüft werden müssen.¹¹¹ Dies spricht ebenfalls für das Verständnis, die Kriterien als Tatbestandsmerkmale anzusehen.

2. „Typical Characteristics Approach“

Auf der anderen Seite werden die Kriterien nicht als strenge Voraussetzungen interpretiert, sondern als typische Charakteristika einer Investition („Typical Characteristics Approach“). Hiernach ergänzen sich die einzelnen Kriterien in einem ganzheitlichen Ansatz. Selbst wenn ein Kriterium nicht erfüllt ist, führt dies nicht zur Ablehnung der Investitionseigenschaft. Vielmehr kann das Mangeln eines Kriteriums durch das besondere Hervortreten einer anderen charakteristischen Investitionseigenschaft ausgeglichen werden. Es stellt jedoch auch nach dieser Ansicht eine Ausnahme dar, eine Investition anzunehmen, wenn ein Kriterium des Tests nicht vorliegt.¹¹²

¹⁰⁹ *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, 17.05.2007, para. 108.

¹¹⁰ *Joy Mining v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 06.08.2004, para. 53: „Summarizing the elements that an activity must have in order to qualify as an investment, [...]“.

¹¹¹ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23.07.2001, ILM 42 (2003), 609 (623), para. 52; *Patrick Mitchell v. Congo*, ICSID Case No. ARB/99/7, Decision on Application for the Annulment of the Award, 1.11.2006, para. 27.

¹¹² *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, 17.05.2007, para. 70.

Einige Entscheidungen der ICSID-Schiedsgerichte lassen auf den “Typical Characteristics Approach” schließen. Die Entscheidung *Jan de Nul v. Egypt* beschreibt die Kriterien lediglich als Indizien dafür, ob die betreffende Transaktion eine Investition darstellt.¹¹³ Hierfür spricht auch die Formulierung in dem grundlegenden Urteil *Salini Costruttori S.p.A. v. Morocco*, dass *grundsätzlich* die Annahme einer Investition den entsprechenden Kriterien folgt.¹¹⁴ Die Entscheidung kann folglich für beide Ansichten fruchtbar gemacht werden. Soweit sich die Schiedsgerichte auf *Schreuer* als Autorität für den „Salini-Test“ berufen¹¹⁵, spricht dies ebenfalls für den “Typical Characteristics Approach”, da dieser Autor ebenfalls die von ihm aufgestellten Kriterien nicht als Tatbestandsmerkmale, sondern ausdrücklich als „typische Eigenschaften“ einer Investition verstanden wissen will.¹¹⁶

3. Das „bewegliche System“

Die Entscheidung *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia* widmet sich auch diesem methodischen Problem. Das Schiedsgericht befindet, dass die Unterscheidung beider Ansätze akademisch anmutet, zumal sie zumeist zu gleichen Ergebnissen führen würden. Ein Verfahren könne es erfordern, den Schwerpunkt auf die Prüfung eines Kriteriums zu legen, um ein schwächer vorliegendes Kriterium auszugleichen.¹¹⁷ Wenn alle Kriterien evident erfüllt oder nicht erfüllt sind, mag dies dem Leser lediglich als “Jurisdictional Approach” erscheinen.¹¹⁸ Tatsächlich wird jedoch der “Typical Characteristics Approach” verfolgt. Die Möglichkeit des Ausgleichs, wenn ein Kriterium nicht in genügendem Maße erfüllt scheint, wird hierbei auf den Gedanken zurückgeführt, dass alle Kriterien ohnehin voneinander abhängen und sich somit gleichsam ergänzen können. Selbst wenn alle Kriterien erfüllt sind, ist nicht zwingend eine Investition anzunehmen. Vielmehr muss die Qualität des Vorliegens der einzelnen Kriterien untersucht werden.¹¹⁹

Das Schiedsgericht in dem Verfahren *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia* beschreibt diese unterschiedliche Qualität bereits im Rahmen der Kriterien, wenn zwischen quantitativer und qualitativer Komponente eines Kriteriums unterschieden wird.¹²⁰ Hieraus lässt sich schließen, dass in einem ganzheitlichen Ansatz ein

¹¹³ *Jan de Nul v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Decision on Jurisdiction 16.06.2006, para. 91.

¹¹⁴ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23.07.2001, ILM 42 (2003), 609 (623), para. 52; vgl. *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, 17.05.2007, paras. 70, 83.

¹¹⁵ *Joy Mining v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 06.08.2004, para. 53 Fn 18; *Jan de Nul v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Decision on Jurisdiction 16.06.2006, para. 91; *Helnan v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/19, Decision of the Tribunal on Objection to Jurisdiction, 17.10.2006, para. 77.

¹¹⁶ *Schreuer*, The ICSID Convention, Art. 25 Rn. 122; hierzu *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, 17.05.2007, para. 44.

¹¹⁷ *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, 17.05.2007, para. 105.

¹¹⁸ *Ibid.*, paras. 71, 106.

¹¹⁹ *Ibid.*, para. 106.

¹²⁰ *Ibid.*, para. 111.

qualitativ stark vorliegendes Kriterium ein lediglich quantitativ angenommenes Kriterium auszugleichen vermag. Ebenso indiziert das quantitative Vorliegen aller Kriterien noch nicht die Annahme einer Investition.

Dieser Ansatz entspricht dem sogenannten „beweglichen System“ des österreichischen Rechtslehrers *Wilburg* aus dem Jahr 1950.¹²¹ Nach diesem Ansatz wird ein Rechtsproblem durch eine Mehrzahl von Elementen bestimmt.¹²² Die Rechtsfolge ergibt sich aus dem Zusammenwirken dieser Elemente nach Zahl und Stärke und ist nach gelenktem Ermessen festzulegen. Entscheidend soll die Gesamtwirkung des variablen Spiels der Elemente sein. Es wird zwar von einer grundsätzlichen Ranggleichheit der Elemente ausgegangen. Es kann hierbei unter Umständen aber zur Annahme der Rechtsfolge ausreichen, wenn bereits ein Element erfüllt wird, sofern dieses in besonderer Stärke in Erscheinung tritt.¹²³ Die Kriterien zur Bestimmung des Investitionsbegriffes entsprechen diesen Elementen eines beweglichen Systems. Durch das Zusammenspiel der Kriterien gelangt das Schiedsgericht nach seinem Ermessen zu der Entscheidung, ob eine Investition vorliegt oder nicht. Hierbei müssen die Kriterien nicht kumulativ vorliegen, da sie einander auch ersetzen können.

Das „bewegliche System“ nach *Wilburg* ist hierbei von der Vorstellung des „Typus“ zu unterscheiden.¹²⁴ Nach der „Typuslehre“ werden lediglich Gegenstände einzelnen Begriffen von unbestimmter Beschaffenheit zugeordnet. Diese Vorgehensweise ist nicht unmittelbar normativ, da sie nicht direkt an normative Wertungen anknüpft. Das „bewegliche System“ hingegen stellt ausschließlich auf bestehende rechtliche Wertungen ab, die allerdings nicht im Normentext fixiert sein müssen. Diese normativen Größen werden abschließend benannt und führen durch ihr Zusammenspiel zur Rechtsfolge. Die Kriterien des „Salini-Tests“ stellen solche normative Wertungen dar. Sie werden der ICSID-Konvention durch teleologische Auslegung der Schiedsgerichte entsprechend der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) entnommen (Art. 31 WVK).¹²⁵ Das Erfordernis eines Beitrags zur wirtschaftlichen Entwicklung des Gaststaates kann Art. 25 Abs. 1 ICSID-Konvention durch eine vertretbare teleologische Auslegung entnommen werden. Die Präambel kann zur Ermittlung des Sinn und Zwecks herangezogen werden.¹²⁶ Die Präambel spricht von der Erwägung des Bedarfs einer internationalen Kooperationen für wirtschaftliche Entwicklung, was auf das betreffende Kriterium des „Salini-Tests“ schließen lässt.¹²⁷ Die weiteren Kriterien können darüber hinaus dem subsidiär heranzuziehenden subjektiv-historischen Willen der Verfasser der ICSID-Konvention entnommen werden (Art. 32 WVK). Zeitliche Mindestanforderungen an eine Transaktion fanden sich bereits im Ersten Entwurf der

¹²¹ *Wilburg*, Entwicklung eines beweglichen Systems; *ders.*, AcP 163 (1964), 346; hierzu ausführlich *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff der Jurisprudenz, 74.

¹²² *Wilburg*, Entwicklung eines beweglichen Systems, 22.

¹²³ *Ibid.*, 13.

¹²⁴ *Bydlinski*, in: *Bydlinski/Krejci/Schilcher/Steininger* (Hrsg.), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, 21 (24f.); *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, 219f.

¹²⁵ *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, 17.05.2007, para. 65.

¹²⁶ *Sinclair*, The Vienna Convention on the Law of Treaties, 127; *Stein/Buttlar*, Völkerrecht, 24.

¹²⁷ *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, 17.05.2007, para. 66.

ICSID-Konvention. Das Kriterium des erheblichen Einsatzes, das der Abgrenzung von Investitionen zu üblichen Handelsverträgen dient, lässt sich ebenfalls historischen Quellen entnehmen.¹²⁸ Soweit das Risiko des Investors bereits mit dem bloßen Vorliegen eines Rechtsstreites, wie in der grundlegenden Entscheidung zu diesem Kriterium *Fedax v. Venezuela*, identifiziert wird¹²⁹, mag man dies sogar bereits aus dem Wortlaut von Art. 25 Abs. 1 ICSID-Konvention („dispute“) ableiten.

Ein solches „bewegliches System“ im Sinne von *Wilburgs* Lehre ist bewährt. Es ermöglicht Einzelfallgerechtigkeit, fordert aber ebenso ein, die gewählte Rechtsfolge rational überprüfbar durch das Zusammenspiel der Elemente des Systems offen zu legen.¹³⁰ Beweglichen Systemen ist jedoch die Gefahr inkonsistenter Entscheidungen immanent, da die Kombinationsvariationen der Elemente zahlreich sind und das System besonderen Wert auf Einzelfallgerechtigkeit legt. Das bewegliche System kann daher nur überzeugen, wenn eine Orientierung an Präjudizien verfolgt wird, um konsistente Entscheidungen zu gewährleisten.

Die ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit hat sich bislang ausdrücklich von dem Prinzip der „stare decisis“ distanziert.¹³¹ Hieraus folgt eine Uneinheitlichkeit der Entscheidungen¹³², die sich auch auf die Frage des Investitionsbegriffes in Anbetracht der aufgezeigten drei unterschiedlichen Lösungsansätze erstreckt. Es ist jedoch eine Tendenz zu erkennen, dass Schiedsgerichte zunehmend ausführlich auf Präjudizien bei der Entscheidungsfindung eingehen, sodass in der Literatur bereits von einer faktischen Verbindlichkeit von Präjudizien ausgegangen wird.¹³³ Besonders herauszustellen ist in diesem Zusammenhang die Entscheidung *Saipem S.p.A. v. Bangladesh*, da hierin über den üblichen Verweis, dass Präjudizien keine bindende Wirkung zukomme, sie allerdings von dem Schiedsgericht berücksichtigt werden, hinausgehend Stellung bezogen wird.¹³⁴ Das Schiedsgericht sei verpflichtet eine Lösung in Präjudizien zu übernehmen,

¹²⁸ *Lamm*, ICSID Review/FILJ Vol. 6 (1991), 462 (474): “The Drafters of the Convention felt it important to limit ICSID jurisdiction [...]. [...] an ICSID arbitrator [...] does not have jurisdiction over [...] purely commercial disputes.”; siehe hierzu auch *Escher*, in: Tietje (Hrsg.), *International Investment, Protection and Arbitration*, 35 (39).

¹²⁹ *Fedax v. The Republic Of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction v. 11.07. 1997, ILM 37 (1998), 1378 (1383), para. 40.

¹³⁰ *Steininger*, in: Bydlinski/Krejci/Schilcher/Steininger (Hrsg.), *Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, 1 (3).

¹³¹ *Amco v. Indonesia*, Decision on Annulment, 16.05.1986, para. 44, 1 ICSID Reports 509, 521; *LETCO v. Liberia*, Award, 31.03.1986, 2 ICSID Reports 346, 352; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, 14.01.2004, para. 25; *AES Corporation v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction, 26.04.2005, para.23; *El Paso Energy International Co. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, 27.04.2006, para. 39.

¹³² Vgl. *Dolzer*, in: Charnovitz/Steger/Bossche (Hrsg.), *Law in the Service of Human Dignity*, 261 (275); *Kaufmann-Kohler*, in: Gaillard/Banifatemi, *Precedent in International Arbitration*, 137 (142f., 146f.); *Laird*, in: Weiler (Hrsg.), *International Investment Law and Arbitration*, 201; *Schreuer/Weiniger*, in: Muchlinski/Ortino/Schreuer (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 1188 (1196).

¹³³ *McLachlan/Shore/Weiniger*, *International Investment Arbitration*, 18f.; *Schreuer/Weiniger*, in: Muchlinski/Ortino/Schreuer (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 1188 (1196).

¹³⁴ *Saipem S.p.A. v. Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, 21.03.2007, para 67.

soweit diese bereits in einer Reihe von konsistenten Entscheidungen anerkannt ist. Es bestehe eine Pflicht eine harmonische Entwicklung des Investitionsrechts zu gewährleisten, indem berechnigte Erwartungen der Investoren und Staaten im Hinblick auf eine „rule of law“ entsprochen wird. Beachtlich ist, dass die Entscheidung unter dem Vorsitz der Schiedsrichterin *Kaufmann-Kohler* erging, die sich auch in wissenschaftlichen Publikationen mit der Bindungswirkung von Präjudizien beschäftigt und für konsistente ICSID-Entscheidungen und das Prinzip der „rule of law“ im Investitionsrecht streitet.¹³⁵ Es wird jedoch auch in der Literatur darauf hingewiesen, dass das Investitionsrecht ein relativ neues Rechtsgebiet ist und sich insofern noch in einer experimentellen Phase befindet, die widersprüchliche Entscheidungen hervorbringt.¹³⁶ Konsistenz wird sich dementsprechend entwickeln, wenn gute Entscheidungen Maßstäbe setzen, nach denen sich die folgende Entscheidungen ausrichten.¹³⁷ Ein solcher Prozess kann jedoch nur transparent verlaufen und Rechtssicherheit versprechen, wenn zumindest eine ausführliche Auseinandersetzung der Schiedsgerichte mit entscheidungsrelevanten Präjudizien erfolgt. Die Entscheidung *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia* ist in dieser Hinsicht zu begrüßen. Das Zusammenspiel der Elemente im beweglichen System des „Salini-Tests“ wird detailliert offengelegt und jedes Kriterium unter Berücksichtigung von Präjudizien näher bestimmt. Andere Entscheidungen hingegen verfolgen abweichende Rechtsauffassungen ohne auf die entgegenstehenden Präjudizien einzugehen.¹³⁸ So wird in der Entscheidung *Fraport AG v. Philippines* im Jahr 2007 eine subjektive Bestimmung des Investitionsbegriffs formuliert.¹³⁹ Eine Auseinandersetzung mit dem objektiv akzentuierten „Salini-Test“, der spätestens seit 2004 die Entscheidungen der ICSID-Schiedsgerichte beherrscht, erfolgt nicht. Auch die Entscheidung im Verfahren *Noble Energy, Inc. and MachalaPower Cia. Ltda. v. The Republic of Ecuador and Consejo Nacional de Electricidad* lässt die aktuellen Divergenzen in der Schiedsgerichtsbarkeit unerwähnt und wendet den „Salini-Test“ an, ohne auf die verschiedenen Einzelkriterien einzugehen und im Einzelfall anzuwenden.¹⁴⁰

III. Das Verhältnis der objektiven Voraussetzungen zur subjektiven Bestimmung in bilateralen Investitionsschutzverträgen

Auch unter der Prämisse des „Salini-Tests“ muss die Transaktion nicht nur gemäß Art. 25 Abs. 1 ICSID-Konvention, sondern auch nach dem einschlägigen BIT eine

¹³⁵ Vgl. *Kaufmann-Kohler*, in: Gaillard/Banifatemi, *Precedent in International Arbitration*, 137 (143ff.).

¹³⁶ *Griebel*, *Internationales Investitionsrecht*, 58.

¹³⁷ *Paulsson*, in: Berg, *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, 879 (889).

¹³⁸ *Schreuer/Weiniger*, in: Muchlinski/Ortino/Schreuer (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 1188 (1196).

¹³⁹ *Fraport AG Frankfurt Services Worldwide v. Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16.08.2005, para. 305.

¹⁴⁰ *Noble Energy, Inc. and MachalaPower Cia. Ltda. v. The Republic of Ecuador and Consejo Nacional de Electricidad*, ICSID Case No. ARB/05/12, 05.03.2008, paras. 128-135.

Investition darstellen.¹⁴¹ Es wird insofern nicht von dem sogenannten „double-barreled test“ abgewichen. Nahezu jeder BIT beinhaltet eine Definition des Begriffs „Investition“. Die meisten BITs definieren hierbei zunächst eine Investition allgemein als „every kind of asset“. Es folgt eine nicht abschließende Aufzählung diverser Rechte, die unter diese allgemeine Beschreibung fallen sollen. Diese Aufzählung umfasst typisch dingliche Eigentumsrechte, einschließlich Hypotheken und Pfandrechte, Unternehmensbeteiligungen, geldwerte Forderungen, geistiges Eigentum und Konzessionen.¹⁴² Diese Definition ist weiter gefasst als die des „Salini-Tests“.¹⁴³ Der „Salini-Test“ wird daher in den meisten Fällen die faktisch allein maßgebliche objektive Bestimmung des Investitionsbegriffes begründen.¹⁴⁴

Allerdings wird die übliche weite Definition in einigen BITs auch eingeschränkt. Die BITs zwischen Schweden und Argentinien¹⁴⁵ und Belgien/Luxemburg und Ruanda¹⁴⁶ beschreiben beispielsweise den Begriff Investition als Beitrag bzw. Vermögenswert, der in Einklang mit dem Recht des Gaststaates steht.¹⁴⁷ Ebenfalls verbreitet ist die Einschränkung auf Vermögenswerte „owned and controlled by an investor of a Contracting Party in the territory of the other Contracting Party“, die sich etwa im BIT zwischen Belgien und Luxemburg¹⁴⁸ findet. Eine weitere auffällige Tendenz ist der Ausschluss von spezifischen Transaktionen aus dem Investitionsbegriff.¹⁴⁹ Hierbei geht es zumeist um den Ausschluss von Vermögenswerten, die für nicht geschäftliche Zwecke verwendet werden. So begrenzt der BIT zwischen Mauritius und Swaziland¹⁵⁰ die erfassten Vermögenswerte auf „respective business undertaking“. Durch diese Formulierung sollen insbesondere Ferienhäuser aus dem Anwendungsbereich der BITs ausgeschlossen werden. Das Schiedsgericht in *Mitchell v. Congo* legte eine Formulierung im BIT zwischen den USA und Kongo teleologisch mit einem *argumento e contrario* so aus, dass Einkünfte aus Kapitalvermögen, die nicht reinvestiert werden,

¹⁴¹ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23.07.2001, ILM 42 (2003), 609 (620), para. 44; *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, 17.05.2007, para. 55.

¹⁴² Vgl. Schreuer, *The ICSID Convention*, Art. 25 Rn 100 m. w. Nachw.

¹⁴³ Vgl. *Saipem S.p.A. v. Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, 21.03.2007, para. 121.

¹⁴⁴ Vgl. *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, 17.05.2007, para. 148.

¹⁴⁵ Wiedergegeben bei *Reed/Paulsson/Blackaby*, *Guide to ICSID Arbitration*, 45: „every kind of asset [...] provided that the investment has been made in accordance with the laws and regulations of the other Contracting Party“.

¹⁴⁶ Wiedergegeben bei *Dugan/Wallace/Rubins/Sabahi*, *Investor-State Arbitration*, 253 Fn. 37: „any [...] contribution [...] made under the laws of the State [...]“.

¹⁴⁷ vgl. hierzu insbesondere *Fraport AG Frankfurt Services Worldwide v. Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16.08.2005, paras. 394-404.

¹⁴⁸ Wiedergegeben bei *United Nations Conference on Trade and Development*, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006*, 9; hierzu *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. Arb/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29.01.2004, paras. 99-112.

¹⁴⁹ Hierzu *Dugan/Wallace/Rubins/Sabahi*, *Investor-State Arbitration*, 251ff.

¹⁵⁰ Wiedergegeben bei *United Nations Conference on Trade and Development*, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006*, 10f.

nicht von dem Investitionsbegriff erfasst werden.¹⁵¹ Unter den Investitionsbegriff wurden nur Einkünfte aus Kapitalvermögen, die reinvestiert werden, gefasst. Diese Begrenzungen des Investitionsbegriffes in BITs bleiben auch bei einer restriktiven Auslegung von Art. 25 Abs. 1 ICSID-Konvention im Rahmen des „double-barrelled test“ relevant, zumal sie den Investitionsbegriff enger fassen als der „Salini-Test“ und die Staaten somit die Zuständigkeit von ICSID begrenzen.

Fraglich ist, wie sich in diesen Fällen die in den meisten Investitionsschutzverträgen enthaltene Meistbegünstigungsklausel auswirkt. Ein Investor kann sich hiernach auf eine günstigere Behandlung berufen, die der Gaststaat einem Investor aus einem Drittstaat aufgrund eines Investitionsschutzvertrages mit diesem Drittstaat gewährt. Eine Gleichbehandlung erfolgt jedoch nur, soweit der Vorteil, den ein Investor aus einem Drittstaat genießt, auch seiner Natur nach von der Regelungsmaterie des Basisinvestitionsschutzvertrages zwischen dem Heimatstaat des Investors und dem Gaststaat erfasst wird (*eiusdem generis*).¹⁵² Dementsprechend könnte sich ein Investor *a priori* über die Meistbegünstigungsklausel auf eine weiter gefasste Definition des Investitionsbegriffes in Investitionsschutzverträgen mit Drittstaaten als rechtlichen Vorteil zur Erweiterung der Jurisdiktion der ICSID-Schiedsgerichte berufen. Problematisch erscheint hierbei jedoch, dass der Begriff der Investition den Anwendungsbereich des Vertrags insgesamt festlegt und somit die Transaktion erst unter den Schutz des internationalen Rechts stellt. Somit würde auch die Meistbegünstigungsklausel des Investitionsschutzvertrages mangels vorliegender Investition nicht anwendbar sein.¹⁵³ Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang jedoch die Formulierung der Meistbegünstigungsklausel des Muster-BITs Großbritanniens. Der Wirkungsbereich der Meistbegünstigungsklausel wird ausdrücklich auf Art. 1, der den Begriff Investition definiert, erstreckt.¹⁵⁴ Die ICSID-Schiedsgerichte haben die Anwendbarkeit von Meistbegünstigungsklauseln auf die Jurisdiktion auch bereits bejaht, wenn eine allgemeine Formulierung des Wirkungsbereiches der Meistbegünstigungsklausel auf „all matters subject to this Agreement“ oder „all matters governed by the present Agreement“ gewählt wurde.¹⁵⁵ Es wurde allerdings darauf hingewiesen, dass bei der Auslegung des Investitionsschutzvertrages beachtet werden muss, dass durch die Anwendung der Meistbegünstigungsklausel nicht spezifische politische Überlegungen, die sich im Vertrag niedergeschlagen haben, unterlaufen werden sollen.¹⁵⁶ Die Entscheidungen, welche eine

¹⁵¹ *Patrick Mitchell v. Congo*, ICSID Case No. ARB/99/7, Decision on Application for the Annulment of the Award, 1.11.2006, para. 43.

¹⁵² *Rubins*, in: Horn/Kröll (Hrsg.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, 283 (320f.).

¹⁵³ *Ibid.*, 321.

¹⁵⁴ Wiedergegeben bei *Bishop/Crawford/Reismann*, *Foreign Investment Disputes*, 1159: “For the avoidance of doubt it is confirmed that the treatment provided for in paragraphs (1) and (2) above shall apply to the provisions of Articles 1 to 11 and 14 of this Agreement.”.

¹⁵⁵ *Maffezini v. Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 25.01.2000, paras. 52ff.; *Gas Natural SDG, S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/10, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction, 17.06.2005, paras. 29ff.; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Jurisdiction, 03.08.2006, paras. 53ff.

¹⁵⁶ *Maffezini v. Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 25.01.2000, para. 63; *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Jordan*, ICSID Case No. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, 09.11.2004, paras. 114f.

Erweiterung der Jurisdiktion über die Meistbegünstigungsklausel bejahen, betrafen bislang ausschließlich den Fall, dass die Jurisdiktion von ICSID in dem Basisinvestitionsschutzvertrag unter die Voraussetzung einer vorherigen Beschäftigung der nationalen Gerichte mit der Streitigkeit gestellt wurde. Darüber hinausgehende Erweiterungen der Jurisdiktion von ICSID wurden verneint. Dies betraf zum einen den Fall, dass keine ICSID-Schiedsklausel, sondern eine *ad hoc*-Schiedsgerichtsklausel vorlag. Es wurde entschieden, dass es hier nicht möglich sei eine ICSID-Schiedsklausel aus einem Abkommen mit einem Drittstaat über die Meistbegünstigungsklausel zu importieren.¹⁵⁷ Des Weiteren wurde es abgelehnt, Schiedsklauseln, die auf spezifische Schutzstandards beschränkt wurden, über die Meistbegünstigungsklauseln zu erweitern.¹⁵⁸ Hierbei wurde argumentiert, dass es dem Konsens der Parteien entsprochen habe, die Jurisdiktion zu beschränken und kein Ansatz in der Formulierung der Meistbegünstigungsklausel ersichtlich sei, der eine Umgehung dieser Einschränkung ermögliche. Folglich erscheint eine Erweiterung des Investitionsbegriffes in einem Investitionsschutzvertrag über die Meistbegünstigungsklausel denkbar, wenn die Klausel so formuliert ist, dass sie sich auf sämtliche Bestimmungen des Vertrags bezieht oder sogar ausdrücklich auf den Investitionsbegriff verweist. Allerdings wirken sich diese Erweiterungen des Investitionsbegriffes faktisch auf die Jurisdiktion nur innerhalb der objektiven Grenzen des Investitionsbegriffes gemäß Art. 25 Abs. 1 ICSID-Konvention aufgrund des „double-barreled test“ aus. Daher wird dieses Rechtsproblem nur im Hinblick auf die Definitionen des Investitionsbegriffes Bedeutung erlangen, die den Investitionsbegriff enger fassen als der „Salini-Test“.

IV. Sonderproblem: „pre-investment expenditures“

Eine gegenwärtig kontrovers geführte Diskussion betrifft die Frage, ob auch Aufwendungen, die ein Investor im Vorfeld des Projekts tätigt, unter den Begriff der Investition gefasst werden können. Bevor der Investor ein Angebot auf eine Ausschreibung abgibt oder einen Vertrag mit dem Gaststaat abschließt, wird er in den meisten Fällen kostenintensive Durchführbarkeitsstudien („feasibility studies“) im Hinblick auf technische Realisierbarkeit, Wirtschaftlichkeit und Finanzierbarkeit einholen.¹⁵⁹ Einige „investment treaties“ scheinen den Begriff der Investition derart weit zu formulieren, dass auch solche Aufwendungen erfasst werden. So definiert Art. 1139 NAFTA als Investor bereits denjenigen, der anstrebt, eine Investition zu tätigen, und eine Investition als Interessen, die aus dem Einsatz von Kapital oder anderen Mitteln für wirtschaftliche Betätigung entstehen.¹⁶⁰

¹⁵⁷ *Plama Consortium Ltd. v. Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 08.02.2005, paras. 209, 227.

¹⁵⁸ *Telenor Mobile Communications A.S. v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/04/15, Award, 13.09.2006, paras. 91-97.

¹⁵⁹ Vgl. hierzu ausführlich *Khatib*, Economic Evaluation of Projects in the Electricity Supply Industry, 22-26.

¹⁶⁰ Wiedergegeben bei *Ben Hamida*, in: Weiler (Hrsg.), International Investment Law and Arbitration, 47 (51f.): „[...] seeks to make [...] an investment.“

In der Entscheidung *Mihaly International Corporation v. Sri Lanka* wurde zu den objektiven Grenzen des Art. 25 Abs. 1 ICSID-Konvention für Aufwendungen bei der Vertragsanbahnung Stellung bezogen. Das Schiedsgericht stellt zunächst fest, dass Art. 25 Abs. 1 ICSID-Konvention im Lichte der späteren Übung der Vertragsparteien (entsprechend Art. 31 Abs. 3 b) WVK) ausgelegt werde.¹⁶¹ Es liege kein Anzeichen für eine anerkannte Übung vor, dass auch Kosten bei Vertragsanbahnung unter den Investitionsbegriff gefasst werden können. Eine Voraussetzung für die Annahme einer Investition sei ein Vertrag zwischen Investor und Staat.¹⁶² Das Schiedsgericht stellt hierbei vorrangig darauf ab, ob ein Konsens der Parteien über den Beginn des Projekts des Investors vorliegt.¹⁶³ Als unerheblich wurden vorvertragliche Rechte des Investors erkannt.¹⁶⁴ Es kommt für die Jurisdiktion ausschließlich auf das Vorliegen einer Investition an. Vorvertragliche Rechte und Pflichten können daher nur vor ein ICSID-Schiedsgericht getragen werden, wenn eine Investition bereits besteht.¹⁶⁵ Ausdrücklich offen gelassen wurde die Frage, ob Kosten bei der Vertragsanbahnung durch Aktivierung noch unter den Investitionsbegriff nach erfolgtem Vertragsschluss gefasst werden können.¹⁶⁶

In einer abweichenden Meinung weist der Schiedsrichter *Suratgar* daraufhin, dass eine Investition vorgelegen hätte, wenn die Tochtergesellschaft der *Mihaly International Corporation* im Gaststaat die Aufwendungen und die Vertragsanbahnung nach erfolgreichem Bewerbungsverfahren vorgenommen hätte.¹⁶⁷ Die Investition sei in diesem Fall in den Anteilen der *Mihaly International Corporation* an der Tochtergesellschaft zu ersehen gewesen.¹⁶⁸ Das Investitionsrisiko hätte in dem unsicheren Erfolg der Vertragsverhandlungen mit dem Gaststaat erkannt werden können, der den Wert der Anteile ausgemacht hätte.

In dem Verfahren *Jan de Nul v. Egypt* ließ das Schiedsgericht die Frage dahinstehen, ob der Beginn einer Investition in der Baubranche bereits mit dem Ausschrei-

¹⁶¹ *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/00/2, Award, 15.03.2002, para. 33.

¹⁶² *Ibid.*, para. 48.

¹⁶³ *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/00/2, Award, 15.03.2002, para. 51; "Ultimately, it is always a matter for the parties to determine at what point in their negotiations they wish to engage the provisions of the Convention by entering into an investment. Specifically, the Parties could have agreed that the formation of a [...] Company was to be treated as the starting point of the admitted investment, engaging the responsibility of the Respondent for the Claimant's failure to complete other arrangements to achieve the milestones by the due date mentioned in the Letter of Extension.", hierzu *Ben Hamida*, in: Weiler (Hrsg.), *International Investment Law and Arbitration*, 47 (61f.).

¹⁶⁴ *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/00/2, Award, 15.03.2002, para. 51.

¹⁶⁵ *Ben Hamida*, in: Weiler (Hrsg.), *International Investment Law and Arbitration*, 47 (62ff.).

¹⁶⁶ *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/00/2, Award, 15.03.2002, para. 50.

¹⁶⁷ *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/00/2, Individual concurring opinion (David Suratgar), 07.03.2002, para. 7.

¹⁶⁸ Hierzu *Rubins*, in: Horn/Kröll (Hrsg.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, 283 (303).

bungsverfahren vorliege.¹⁶⁹ Hier lag jedoch ein unterzeichneter Vertrag über die Vertiefung und Verbreitung des Suez-Kanals vor.¹⁷⁰

Diese Entscheidungen zeichnen ein deutliches Bild über die Behandlung von Aufwendungen während der Vertragsanbahnung. Zur Annahme einer Investition ist das Vorliegen eines „state contract“ zwingende Voraussetzung. Hierdurch wird verhindert, dass potentielle Investoren, die sich auf eine Ausschreibung erfolglos beworben haben, versuchen ihre Kosten vor einem ICSID-Schiedsgericht einzuklagen. Dies wäre insoweit problematisch, als äußerst empfindliche Themen für Staaten wie Korruption erörtert werden würden.¹⁷¹ Die ICSID-Schiedsgerichte haben sich noch nicht abschließend dazu geäußert, ob auch Aufwendungen bei der Vertragsanbahnung nach erfolgreicher Bewerbung mit dem Vertragsschluss als Investition qualifiziert werden können. Die Ausführungen in der Entscheidung *Mihaly International Corporation v. Sri Lanka* deuten jedoch darauf hin, wie eine Berücksichtigung dieser Kosten durch eine Aktivierung konstruiert werden könnte. Die Aufwendungen, z.B. Durchführbarkeitsstudien, können einen dauerhaft nutzbaren Wert für die Durchführung des Projekts im Sinne von Know-How darstellen, das auch nach dem „Salini-Test“ als erheblicher Beitrag des Investors im Rahmen einer Investition qualifiziert werden kann, sobald der Investor das Projekt durchführt.¹⁷² Somit erscheint eine Einbeziehung von Aufwendungen vor Vertragsabschluss unter den Investitionsbegriff nach Art. 25 Abs. 1 ICSID-Konvention im Einzelfall auch nach dem „Salini-Test“ möglich. Ein Investor wird Know-How in Form einer Durchführbarkeitsstudie einholen, z.B. im Hinblick auf die Bebaubarkeit eines Grundstücks oder die Wirtschaftlichkeit des Abbaus eines Rohstoffes. Diese vor dem Projekt bereits getätigte Aufwendung realisiert sich im Sinne einer Investition allerdings erst nach Vertragsschluss mit dem Gaststaat über das Projekt. Denn erst nach einer verbindlichen Vereinbarung des Projekts ist sicher, dass auch der Gaststaat von diesem Know-How profitieren kann.

D. Ausblick und Fazit

Die zukünftige Entwicklung des Investitionsbegriffes kann kaum abgeschätzt werden. Auf der einen Seite hat sich der „Salini-Test“ weitestgehend durchgesetzt und erfährt insbesondere mit der aktuellen Entscheidung *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia* eine weitgehende Präzisierung. Auf der anderen Seite erscheinen die Kritikpunkte an diesem Ansatz erheblich. Es erscheint kaum wünschenswert, ein „bewegliches System“ ohne Bekenntnis zu einer (zumindest) präsumtiven Verbindlichkeit von Präjudizien zu verfolgen. Denn gerade Investoren brauchen berechenbare Rahmenbedingungen und somit Rechtssicherheit. Zudem wird der „Salini-Test“ nach seiner heutigen Interpretation kaum dem gegenwärtigen Wirtschaftsleben gerecht, zumal die wachsende Bedeutung von Portfolioinvestitionen und deren Aus-

¹⁶⁹ *Jan de Nul v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Decision on Jurisdiction 16.06.2006, para. 95.

¹⁷⁰ *Ibid.*, para. 9.

¹⁷¹ *Ben Hamida*, in: Weiler (Hrsg.), *International Investment Law and Arbitration*, 47 (51).

¹⁷² *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23.07.2001, ILM 42 (2003), 609 (622), para. 53; *Bayindir v. Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, para. 114.

wirkung auf die wirtschaftliche Entwicklung eines Staates hierdurch bislang nicht hinreichend gewürdigt ist. Ebenso kann es nicht überzeugen, von den Investoren Nachweise über eine positive Entwicklung ihrer Investitionen zu fordern. Unklar bleibt, ob in der Entscheidung *Fraport v. Philippines* bereits der Beginn einer generellen Entwicklungstendenz zur Abkehr vom „Salini-Test“ ersehen werden kann.

Der „Salini-Test“ wird in der Zukunft nur dann eine zufriedenstellende Lösung darstellen können, wenn er bestimmten notwendigen Änderungen unterworfen wird. Hierzu zählt zunächst in systematischer Hinsicht das Bekenntnis der ICSID-Schiedsgerichte zu einer präsidentiven Verbindlichkeit von Präjudizien, um mehr Rechtssicherheit auch im Rahmen beweglicher Systeme sicherzustellen. Zudem sollte ein Anscheinsbeweis für das Kriterium des Beitrags zur Entwicklung des Gaststaates anerkannt werden. Denn es erscheint für einen Investor nur schwer möglich einen tatsächlich eingetretenen kausalen positiven Einfluss seiner Transaktionen bei – teilweise aufgrund des Verhalten des Gaststaates auch nicht beendeten – Projekten nachzuweisen, wie dies wohl in der Entscheidung *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia* angedacht wird. Dementsprechend erscheint es vorzugswürdig, wenn es ausreicht, dass ein Investor eine Transaktion vorträgt, die nach anerkannten wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnissen grundsätzlich einen positiven Beitrag zur wirtschaftlichen Entwicklung eines Landes leistet.

SCHRIFTTUM

- Abs*, Hermann Josef, Die rechtliche Problematik privater Auslandsinvestitionen, Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 16. Dezember 1968, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Schriftenreihe, Heft 89, Karlsruhe 1969.
- Amarasinha*, Stefan D./*Kokott*, Juliane, Multilateral Investment Rules Revisited, in: Muchlinski, Peter/Ortino, Federico/Schreuer, Christoph (Hrsg.), The Oxford Handbook of International Investment Law, New York 2008, 119-153.
- Andreeva*, Yulia, The Tribunal in Malaysian Historical Salvors v. Malaysia Adopts a Restrictive Interpretation of the Term "Investment", Journal of International Arbitration, 25 (4), 2008, 503-506.
- Belling*, Jan-Frederik, Die Jurisdiktion rationae materiae der ICSID-Schiedsgerichte, Hamburger Studien zum Europäischen und Internationalen Recht, Band 47, Berlin 2008.
- Ben Hamida*, in: Weiler, Todd (Hrsg.), International Investment Law and Arbitration, Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law, London 2005, 47-77.
- Bishop*, R. Doak/*Crawford*, James/*Reisman*, William Michael, Foreign Investment Disputes, Cases, Materials and Commentary, Den Haag, 2005.
- Bydlinski*, Franz, Bewegliches System und juristische Methodenlehre, in: Bydlinski, Franz/Krejci, Heinz/Schilcher, Bernd/Steininger, Viktor (Hrsg.), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, Forschungen aus Staat und Recht 73, Wien/New York 1986, 21-42.
- Canaris*, Claus-Wilhelm, Systemdenken und Systembegriff der Jurisprudenz, Schriften zur Rechtstheorie, Heft 14, 2. Auflage, Berlin, 1983.
- Cummins*, Sally J., Digest of United States Practice in International Law 2006, Cary, 2008.
- Dolzer*, Rudolf, The Notion of Investment in Recent Practice, in: Charnovitz, Steve/Steger, Debra P./Bossche, Peter van den (Hrsg.), Law in the Service of Human Dignity, Essays in Honour of Florentino Feliciano, 261-275.
- Dolzer*, Rudolf/*Schreuer*, Christoph, Principles of International Investment Law, New York 2008.
- Dugan*, Christopher/*Wallace*, Don/*Rubins*, Noah D./*Sabahi*, Borzu, Investor-State Arbitration, New York, 2008.
- Endicott*, Martin, The definition of investment in ICSID Arbitration: Development lessons for the WTO?, in: Gehring, Markus W./Cordonier Segger, Marie-Claire (Hrsg.), Sustainable Development in World Trade Law, Den Haag, 2005, 379-410.
- Escher*, Alfred, Investitionsschiedsverfahren: Grundstrukturen und aktuelle Herausforderungen, in: Tietje, Christian (Hrsg.), International Investment Protection and Arbitration, Schriften zum Transnationalen Wirtschaftsrecht 10, Berlin 2008, 35-50.
- Fischer*, Peter, Die schiedsgerichtliche Beilegung von privaten Investitionsstreitigkeiten im Lichte der Weltbankkonvention vom 18. März 1965, Verfassung und Recht in Übersee, 1968, 262-302.
- Gaillard*, Emmanuel, Chronique des sentences arbitrales, Journal du Droit International 1999, 273-293.

- Griebel*, Jörn, Internationales Investitionsrecht, München 2008.
- Heinrich*, Christian, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, Die Grundlagen der Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle am Beispiel ausgewählter Probleme des Arbeitsrechts, Jus privatum 47, Tübingen, 2000.
- Herdegen*, Matthias, Internationales Wirtschaftsrecht, 6. Auflage, München 2007.
- International Center for Settlement of Investment Disputes* (Hrsg.), History of the Convention Vol. II 1, Vol. II 2, Washington D.C. 1970.
- Karl*, Joachim, Das Multilaterale Investitionsabkommen, Recht der Internationalen Wirtschaft 1998, 432-440.
- Kaufmann-Kohler*, Gabrielle, Is Consistency a Myth?, in: Gaillard, Emmanuel/Banifatemi, Yas, Precedent in International Arbitration, IAI series on international arbitration, No. 5, Huntington 2008, 137-147.
- Khatib*, Hisham, Khatib, Economic Evaluation of Projects in the Electricity Supply Industry, London 2003.
- Krishan*, Devashish, A Notion of ICSID Investment, im Internet erhältlich: <<http://www.fdimoot.org/iip/Reading1B.pdf>> (besucht am 31.01.2009).
- Laird*, Ian A., A Difference without A Distinction? An Examination of the Concepts of Admissibility and Jurisdiction in *Salini v. Jordan* and *Methanex v. USA*, in: Weiler, Todd (Hrsg.), International Investment Law and Arbitration, Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law, London 2005, 201-222.
- Lamm*, Carolyn, Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID Review, Foreign Investment Law Journal, Vol. 6 (1991), 462-483.
- Lauterpacht*, Elihu, The World Bank Convention on the Settlement of International Investment Disputes, in: Faculté de Droit de l'Université de Genève (Hrsg.), Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim, Genf 1968, 642-664.
- McLachlan*, Campbell/*Shore*, Laurence/*Weiniger*, Matthew, International Investment Arbitration, Substantive Principles, Oxford, 2007.
- Organisation for Economic Co-operation and Development* (Hrsg.), International Investment Perspectives: 2006 Edition, Paris, 2006.
- Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 67. Auflage, München 2008.
- Paulsson*, Jan, International Arbitration and the Generation of Legal Norms: Treaty Arbitration and International Law, in: Berg, Albert Jan van den (Hrsg.), International Arbitration 2006: Back to Basics?, ICCA Congress Series No. 13, Alphen aan den Rijn 2007, 879-889.
- Pirrung*, Jörg, Die Schiedsgerichtsbarkeit nach dem Weltbankübereinkommen für Investitionsstreitigkeiten, Schriften zum Prozessrecht, Band 29, Berlin 1972.
- Reed*, Lucy/*Paulsson*, Jan/*Blackaby*, Nigel, Guide to ICSID Arbitration, Den Haag/London/New York 2004.
- Reinisch*, August, Enteignung und Fair and Equitable Treatment, in: Tietje, Christian (Hrsg.), International Investment, Protection and Arbitration, Schriften zum Transnationalen Wirtschaftsrecht 10, Berlin 2008, 119-138.
- Rieker*, Klaus/*Chiappa*, Peter, Vertragsabwicklung von Großprojekten in Südostasien, in: Leitner, Wolfgang/Wais, Axel, Aktuelle Fragen der Vertragsgestaltung im Tief- und Tunnelbau, Beiträge aus Theorie und Praxis, ICC5, Tagungsband, Norderstedt 2004, 105-130.

- Rubins*, Noah, The Notion of “Investment” in International Investment Arbitration, in: Horn, Norbert/Kröll, Stefan (Hrsg.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, Den Haag, 2007, 283-324.
- Schlemmer*, Engela C., Investment, Investor, Shareholders, in: Muchlinski, Peter/Ortino, Federico/Schreuer, Christoph (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, New York 2008, 49-88.
- Schreuer*, Christoph H., *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge 2001.
- Schreuer*, Christoph H./*Weiniger*, Matthew, A Doctrine of Precedent?, in: Muchlinski, Peter/Ortino, Federico/Schreuer, Christoph (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, New York 2008, 1188-1206.
- Sinclair*, Ian, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2. Auflage, Manchester 1984.
- Stein*, Torsten/*Buttlar*, Christian von, *Völkerrecht*, 12. Auflage, Köln/München 2009.
- Steininger*, Viktor, Walter Wilburg als Lehrer und Forscher in der Erinnerung seiner unmittelbaren Schüler und das Bewegliche System im Gesamtgefüge der Wissenschaften, in: Bydlinski, Franz/Krejci, Heinz/Schilcher, Bernd/Steininger, Viktor, *Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, Forschungen aus Staat und Recht 73, Wien/New York 1986, 1-20.
- Sutherland*, P. F., *The World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes*, *International and Comparative Law Quarterly* 28 (1979), 367-400.
- Tietje*, Christian, *Die Argentinien-Krise aus rechtlicher Sicht: Staatsanleihen und Staateninsolvenz*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 37, Halle 2005, im Internet erhältlich: <<http://www.wirtschaftsrecht.uni-halle.de/Heft37.pdf>> (besucht am 31.01.2009).
- *Nowrot*, Karsten/*Wackernagel*, Clemens, *Once and Forever? The Legal Effects of a Denunciation of ICSID*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 74, Halle 2008, im Internet erhältlich: <<http://www.wirtschaftsrecht.uni-halle.de/Heft74.pdf>> (besucht am 31.01.2009).
- Todaro*, Michael P./*Smith*, Stephen C., *Economic Development*, 10. Auflage, Harlow/London/New York/Boston/San Francisco/Toronto/Sydney/Tokio/Singapur/Hong Kong/Seoul/Taipeh/Neu Delhi/Kapstadt/Madrid/Mexiko City/ Amsterdam/München/Paris/Mailand 2008.
- United Nations Conference on Trade and Development*, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006, Trends in Investment Rulemaking*, New York 2007, erhältlich im Internet: <http://www.unctad.org/en/docs/iteia20065_en.pdf> (besucht am 31.01.2009).
- Wälde*, Thomas W., *The definition of investment in ICSID Arbitration: Development lessons for the WTO?*, Preface, in: Gehring, Markus W./Cordonier Segger, Marie-Claire (Hrsg.), *Sustainable Development in World Trade Law*, Den Haag, 2005, 375-377.
- Wilburg*, Walter, *Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht*, Rede gehalten bei der Inauguration als rector magnificus der Karl-Franzens-Universität Graz am 22.11.1950, Graz 1950.
- *Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts*, *AcP* 163 (1964), 346-379.
- Yala*, Farouk, *The Notion of “Investment” in ICSID Case Law: A Drifting Jurisdictional Requirement?*, *Journal of International Arbitration* Vol. 22 (2005), 105-126.

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

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

Bislang erschienene Hefte

- Heft 1 Wiebe-Katrin Boie, Der Handel mit Emissionsrechten in der EG/EU – Neue Rechtssetzungsinitiative der EG-Kommission, März 2002, ISBN 3-86010-639-2
- Heft 2 Susanne Rudisch, Die institutionelle Struktur der Welthandelsorganisation (WTO): Reformüberlegungen, April 2002, ISBN 3-86010-646-5
- Heft 3 Jost Delbrück, Das Staatsbild im Zeitalter wirtschaftsrechtlicher Globalisierung, Juli 2002, ISBN 3-86010-654-6
- Heft 4 Christian Tietje, Die historische Entwicklung der rechtlichen Disziplinierung technischer Handelshemmnisse im GATT 1947 und in der WTO-Rechtsordnung, August 2002, ISBN 3-86010-655-4
- Heft 5 Ludwig Gramlich, Das französische Asbestverbot vor der WTO, August 2002, ISBN 3-86010-653-8
- Heft 6 Sebastian Wolf, Regulative Maßnahmen zum Schutz vor gentechnisch veränderten Organismen und Welthandelsrecht, September 2002, ISBN 3-86010-658-9
- Heft 7 Bernhard Kluttig/Karsten Nowrot, Der „Bipartisan Trade Promotion Authority Act of 2002“ – Implikationen für die Doha-Runde der WTO, September 2002, ISBN 3-86010-659-7
- Heft 8 Karsten Nowrot, Verfassungsrechtlicher Eigentumsschutz von Internet-Domains, Oktober 2002, ISBN 3-86010-664-3
- Heft 9 Martin Winkler, Der Treibhausgas-Emissionsrechtehandel im Umweltvölkerrecht, November 2002, ISBN 3-86010-665-1
- Heft 10 Christian Tietje, Grundstrukturen und aktuelle Entwicklungen des Rechts der Beilegung internationaler Investitionsstreitigkeiten, Januar 2003, ISBN 3-86010-671-6
- Heft 11 Gerhard Kraft/Manfred Jäger/Anja Dreiling, Abwehrmaßnahmen gegen feindliche Übernahmen im Spiegel rechtspolitischer Diskussion und ökonomischer Sinnhaftigkeit, Februar 2003, ISBN 3-86010-647-0
- Heft 12 Bernhard Kluttig, Welthandelsrecht und Umweltschutz – Kohärenz statt Konkurrenz, März 2003, ISBN 3-86010-680-5

- Heft 13 Gerhard Kraft, Das Corporate Governance-Leitbild des deutschen Unternehmenssteuerrechts: Bestandsaufnahme – Kritik – Reformbedarf, April 2003, ISBN 3-86010-682-1
- Heft 14 Karsten Nowrot/Yvonne Wardin, Liberalisierung der Wasserversorgung in der WTO-Rechtsordnung – Die Verwirklichung des Menschenrechts auf Wasser als Aufgabe einer transnationalen Verantwortungsgemeinschaft, Juni 2003, ISBN 3-86010-686-4
- Heft 15 Alexander Böhmer/Guido Glania, The Doha Development Round: Reintegrating Business Interests into the Agenda – WTO Negotiations from a German Industry Perspective, Juni 2003, ISBN 3-86010-687-2
- Heft 16 Dieter Schneider, „Freimütige, lustige und ernsthafte, jedoch vernunft- und gesetzmäßige Gedanken“ (Thomasius) über die Entwicklung der Lehre vom gerechten Preis und fair value, Juli 2003, ISBN 3-86010-696-1
- Heft 17 Andy Ruzik, Die Anwendung von Europarecht durch Schiedsgerichte, August 2003, ISBN 3-86010-697-X
- Heft 18 Michael Slonina, Gesundheitsschutz contra geistiges Eigentum? Aktuelle Probleme des TRIPS-Übereinkommens, August 2003, ISBN 3-86010-698-8
- Heft 19 Lorenz Schomerus, Die Uruguay-Runde: Erfahrungen eines Chef-Unterhändlers, September 2003, ISBN 3-86010-704-6
- Heft 20 Michael Slonina, Durchbruch im Spannungsverhältnis TRIPS and Health: Die WTO-Entscheidung zu Exporten unter Zwangslizenzen, September 2003, ISBN 3-86010-705-4
- Heft 21 Karsten Nowrot, Die UN-Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights – Gelungener Beitrag zur transnationalen Rechtsverwirklichung oder das Ende des Global Compact?, September 2003, ISBN 3-86010-706-2
- Heft 22 Gerhard Kraft/Ronald Krenzel, Economic Analysis of Tax Law – Current and Past Research Investigated from a German Tax Perspective, Oktober 2003, ISBN 3-86010-715-1
- Heft 23 Ingeborg Fogt Bergby, Grundlagen und aktuelle Entwicklungen im Streitbeilegungsrecht nach dem Energiechartavertrag aus norwegischer Perspektive, November 2003, ISBN 3-86010-719-4
- Heft 24 Lilian Habermann/Holger Pietzsch, Individualrechtsschutz im EG-Antidumpingrecht: Grundlagen und aktuelle Entwicklungen, Februar 2004, ISBN 3-86010-722-4
- Heft 25 Matthias Hornberg, Corporate Governance: The Combined Code 1998 as a Standard for Directors' Duties, März 2004, ISBN 3-86010-724-0

- Heft 26 Christian Tietje, Current Developments under the WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures as an Example for the Functional Unity of Domestic and International Trade Law, März 2004, ISBN 3-86010-726-7
- Heft 27 Henning Jessen, Zollpräferenzen für Entwicklungsländer: WTO-rechtliche Anforderungen an Selektivität und Konditionalität – Die GSP-Entscheidung des WTO Panel und Appellate Body, Mai 2004, ISBN 3-86010-730-5
- Heft 28 Tillmann Rudolf Braun, Investment Protection under WTO Law – New Developments in the Aftermath of Cancún, Mai 2004, ISBN 3-86010-731-3
- Heft 29 Juliane Thieme, Latente Steuern – Der Einfluss internationaler Bilanzierungsvorschriften auf die Rechnungslegung in Deutschland, Juni 2004, ISBN 3-86010-733-X
- Heft 30 Bernhard Kluttig, Die Klagebefugnis Privater gegen EU-Rechtsakte in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes: Und die Hoffnung stirbt zuletzt..., September 2004, ISBN 3-86010-746-1
- Heft 31 Ulrich Immenga, Internationales Wettbewerbsrecht: Unilateralismus, Bilateralismus, Multilateralismus, Oktober 2004, ISBN 3-86010-748-8
- Heft 32 Horst G. Krenzler, Die Uruguay Runde aus Sicht der Europäischen Union, Oktober 2004, ISBN 3-86010-749-6
- Heft 33 Karsten Nowrot, Global Governance and International Law, November 2004, ISBN 3-86010-750-X
- Heft 34 Ulrich Beyer/Carsten Oehme/Friederike Karmrodt, Der Einfluss der Europäischen Grundrechtecharta auf die Verfahrensgarantien im Unionsrecht, November 2004, ISBN 3-86010-755-0
- Heft 35 Frank Rieger/Johannes Jester/ Michael Sturm, Das Europäische Kartellverfahren: Rechte und Stellung der Beteiligten nach Inkrafttreten der VO 1/03, Dezember 2004, ISBN 3-86010-764-X
- Heft 36 Kay Wissenbach, Systemwechsel im europäischen Kartellrecht: Dezentralisierte Rechtsanwendung in transnationalen Wettbewerbsbeziehungen durch die VO 1/03, Februar 2005, ISBN 3-86010-766-6
- Heft 37 Christian Tietje, Die Argentinien-Krise aus rechtlicher Sicht: Staatsanleihen und Staateninsolvenz, Februar 2005, ISBN 3-86010-770-4
- Heft 38 Matthias Bickel, Die Argentinien-Krise aus ökonomischer Sicht: Herausforderungen an Finanzsystem und Kapitalmarkt, März 2005, ISBN 3-86010-772-0

- Heft 39 Nicole Steinat, *Comply or Explain – Die Akzeptanz von Corporate Governance Kodizes in Deutschland und Großbritannien*, April 2005, ISBN 3-86010-774-7
- Heft 40 Karoline Robra, *Welthandelsrechtliche Aspekte der internationalen Besteuerung aus europäischer Perspektive*, Mai 2005, ISBN 3-86010-782-8
- Heft 41 Jan Bron, *Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in der EG*, Juli 2005, ISBN 3-86010-791-7
- Heft 42 Christian Tietje/Sebastian Wolf, *REACH Registration of Imported Substances – Compatibility with WTO Rules*, July 2005, ISBN 3-86010-793-3
- Heft 43 Claudia Decker, *The Tension between Political and Legal Interests in Trade Disputes: The Case of the TEP Steering Group*, August 2005, ISBN 3-86010-796-8
- Heft 44 Christian Tietje (Hrsg.), *Der Beitritt Russlands zur Welthandelsorganisation (WTO)*, August 2005, ISBN 3-86010-798-4
- Heft 45 Wang Heng, *Analyzing the New Amendments of China's Foreign Trade Act and its Consequent Ramifications: Changes and Challenges*, September 2005, ISBN 3-86010-802-6
- Heft 46 James Bacchus, *Chains Across the Rhine*, October 2005, ISBN 3-86010-803-4
- Heft 47 Karsten Nowrot, *The New Governance Structure of the Global Compact – Transforming a “Learning Network” into a Federalized and Parliamentarized Transnational Regulatory Regime*, November 2005, ISBN 3-86010-806-9
- Heft 48 Christian Tietje, *Probleme der Liberalisierung des internationalen Dienstleistungshandels – Stärken und Schwächen des GATS*, November 2005, ISBN 3-86010-808-5
- Heft 49 Katja Moritz/Marco Gesse, *Die Auswirkungen des Sarbanes-Oxley Acts auf deutsche Unternehmen*, Dezember 2005, ISBN 3-86010-813-1
- Heft 50 Christian Tietje/Alan Brouder/Karsten Nowrot (eds.), *Philip C. Jessup's *Transnational Law* Revisited – On the Occasion of the 50th Anniversary of its Publication*, February 2006, ISBN 3-86010-825-5
- Heft 51 Susanne Probst, *Transnationale Regulierung der Rechnungslegung – International Accounting Standards Committee Foundation und Deutsches Rechnungslegungs Standards Committee*, Februar 2006, ISBN 3-86010-826-3
- Heft 52 Kerstin Rummel, *Verfahrensrechte im europäischen Arzneimittelzulassungsrecht*, März 2006, ISBN 3-86010-828-X

- Heft 53 Marko Wohlfahrt, Gläubigerschutz bei EU-Auslandsgesellschaften, März 2006, ISBN (10) 3-86010-831-X, ISBN (13) 978-3-86010-831-4
- Heft 54 Nikolai Fichtner, The Rise and Fall of the Country of Origin Principle in the EU's Services Directive – Uncovering the Principle's Premises and Potential Implications –, April 2006, ISBN (10) 3-86010-834-4, ISBN (13) 978-3-86010-834-5
- Heft 55 Anne Reinhardt-Salcinovic, Informelle Strategien zur Korruptionsbekämpfung – Der Einfluss von Nichtregierungsorganisationen am Beispiel von Transparency International –, Mai 2006, ISBN (10) 3-86010-840-9, ISBN (13) 978-3-86010-840-6
- Heft 56 Marius Rochow, Die Maßnahmen von OECD und Europarat zur Bekämpfung der Bestechung, Mai 2006, ISBN (10) 3-86010-842-5, ISBN (13) 978-3-86010-842-0
- Heft 57 Christian J. Tams, An Appealing Option? The Debate about an ICSID Appellate Structure, Juni 2006, ISBN (10) 3-86010-843-3, ISBN (13) 978-3-86010-843-7
- Heft 58 Sandy Hamelmann, Internationale Jurisdiktionskonflikte und Vernetzungen transnationaler Rechtsregime – Die Entscheidungen des Panels und des Appellate Body der WTO in Sachen "Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages" –, Juli 2006, ISBN (10) 3-86010-850-6, ISBN (13) 978-3-86010-850-5
- Heft 59 Torje Sunde, Möglichkeiten und Grenzen innerstaatlicher Regulierung nach Art. VI GATS, Juli 2006, ISBN (10) 3-86010-849-2, ISBN (13) 978-3-86010-849-9
- Heft 60 Kay Wissenbach, Schadenersatzklagen gegen Kartellmitglieder – Offene Fragen nach der 7. Novellierung des GWB, August 2006, ISBN (10) 3-86010-852-2, ISBN (13) 978-3-86010-852-9
- Heft 61 Sebastian Wolf, Welthandelsrechtliche Rahmenbedingungen für die Liberalisierung ausländischer Direktinvestitionen – Multilaterale Investitionsverhandlungen oder Rückbesinnung auf bestehende Investitionsregelungen im Rahmen der WTO?, September 2006, ISBN (10) 3-86010-860-3, ISBN (13) 978-3-86010-860-4
- Heft 62 Daniel Kirmse, Cross-Border Delisting – Der Börsenrückzug deutscher Aktiengesellschaften mit Zweitnotierungen an ausländischen Handelsplätzen, Oktober 2006, ISBN (10) 3-86010-861-1, ISBN (13) 978-3-86010-861-1
- Heft 63 Karoline Kampermann, Aktuelle Entwicklungen im internationalen Investitionsschutzrecht mit Blick auf die staatliche Steuersouveränität, Dezember 2006, ISBN (10) 3-86010-879-4, ISBN (13) 978-3-86010-879-6
- Heft 64 Maria Pätz, Die Auswirkungen der Zinsrichtlinie innerhalb der EU und im Verhältnis zur Schweiz, April 2007, ISBN 978-3-86010-904-5

- Heft 65 Norman Hölzel, Kartellrechtlicher Individualrechtsschutz im Umbruch – Neue Impulse durch Grünbuch und *Zementkartell*, Mai 2007, ISBN 978-3-86010-903-8
- Heft 66 Karsten Nowrot, Netzwerke im Transnationalen Wirtschaftsrecht und Rechtsdogmatik, Mai 2007, ISBN 978-3-86010-908-3
- Heft 67 Marzena Przewlocka, Die rechtliche Regelung von Directors’ Dealings in Deutschland und Polen – unter Berücksichtigung der Neuerungen durch das Transparenzrichtlinie-Umsetzungsgesetz –, Juni 2007, ISBN 978-3-86010-909-0
- Heft 68 Steffen Fritzsche, Open Skies EU-USA – an extraordinary achievement!? August 2007, ISBN 978-3-86010-933-5
- Heft 69 Günter Hirsch, Internationalisierung und Europäisierung des Privatrechts, September 2007, ISBN 978-3-86010-922-9
- Heft 70 Karsten Nowrot, The Relationship between National Legal Regulations and CSR Instruments: Complementary or Exclusionary Approaches to Good Corporate Citizenship? Oktober 2007, ISBN 978-3-86010-945-8
- Heft 71 Martin Brenncke, Is “fair use” an option for U.K. copyright legislation? November 2007, ISBN 978-3-86010-963-2
- Heft 72 Rainer Bierwagen, Das Grünbuch der Europäischen Kommission zu den handelspolitischen Schutzinstrumenten der EG – ein Meilenstein in der Reformdebatte? November 2007, ISBN 978-3-86010-966-3
- Heft 73 Murad L. Wisniewski, Employee involvement in multinational corporations – A European perspective, Februar 2008, ISBN 978-3-86010-996-0
- Heft 74 Christian Tietje/Karsten Nowrot/Clemens Wackernagel, Once and Forever? The Legal Effects of a Denunciation of ICSID, March 2008, ISBN 978-3-86829-011-0
- Heft 75 Christian Tietje/Bernhard Kluttig, Beschränkungen ausländischer Unternehmensbeteiligungen und –übernahmen – Zur Rechtslage in den USA, Großbritannien, Frankreich und Italien, Mai 2008, ISBN 978-3-86829-035-6
- Heft 76 Daniel Scharf, Die Kapitalverkehrsfreiheit gegenüber Drittstaaten, Juni 2008, ISBN 978-3-86829-048-6
- Heft 77 Martina Franke, Chinas Währungspolitik in der Kritik des US-amerikanischen und des internationalen Wirtschaftsrechts, August 2008, ISBN 978-3-86829-069-1
- Heft 78 Christian Tietje, The Applicability of the Energy Charter Treaty in ICSID Arbitration of EU Nationals vs. EU Member States, September 2008, ISBN 978-3-86829-071-4

- Heft 79 Martin Brenncke, The EU Roaming Regulation and its non-compliance with Article 95 EC, October 2008, ISBN 978-3-86829-078-3
- Heft 80 Katharina Winzer, Der Umzug einer GmbH in Europa – Betrachtungen im Lichte der Rechtsprechung des EuGH sowie der aktuellen Gesetzgebung, November 2008, ISBN 978-3-86829-083-7
- Heft 81 Jürgen Bering, Die rechtliche Behandlung von ‚Briefkastenfirmen‘ nach Art. 17 ECT und im allgemeinen internationalen Investitionsschutzrecht, Dezember 2008, ISBN 978-3-86829-101-8
- Heft 82 Clemens Wackernagel, Das Verhältnis von treaty und contract claims in der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, Januar 2009, ISBN 978-3-86829-103-2
- Heft 83 Christian Tietje, Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon, Januar 2009, ISBN 978-3-86829-105-6
- Heft 84 Martina Franke, Historische und aktuelle Lösungsansätze zur Rohstoffversorgungssicherheit, Februar 2009, ISBN 978-3-86829-127-8
- Heft 85 Hans Tietmeyer, Währungs- und Finanzmarktstabilität als Aufgabe – Rückblick und Perspektiven, März 2009, ISBN 978-3-86829-119-3
- Heft 86 Wolfgang Ramsteck, Die Germany Trade and Invest GmbH und die Reformen der Außenwirtschaftsförderung des Bundes: Eine Kopie des britischen Ansatzes?, März 2009, ISBN 978-3-86829-129-2
- Heft 87 Sven Leif Erik Johannsen, Der Investitionsbegriff nach Art. 25 Abs. 1 der ICSID-Konvention, April 2009, ISBN 978-3-86829-131-5