

Schwerpunktbereich

Prof. Dr. Stefan Talmon, LL.M. M. A.*

Internationales Wirtschaftsrecht: Enteignungsschutz durch diplomatischem Schutz und Investor-Staat-Schiedsverfahren

DOI 10.1515/jura-2017-0178

Die kontrovers geführte Debatte über das Investor-Staat-Schiedsverfahren im Handels- und Investitionsabkommen (TTIP) mit den Vereinigten Staaten von Amerika hat das Interesse der Studierenden am internationalen Investitionsrecht geweckt. Der Schutz ausländischen Eigentums bzw. ausländischer Investitionen wird jedoch nicht nur über bilaterale oder multilaterale Investitionsabkommen, sondern auch über das allgemeine Völkerrecht sichergestellt. Die Klausur befasst sich mit der Möglichkeit der Gewährung diplomatischen Schutzes und der Zulässigkeit von Investor-Staat-Schiedsverfahren bei Beeinträchtigung des Eigentums ausländischer Investoren.

SACHVERHALT

Dagobert Duck (D1) wurde im Staat Ganshausen (G) geboren und erwarb dessen Staatsangehörigkeit durch Geburt. Im Alter von zwei Jahren zog er mit seinen Eltern in den Staat Entenhausen (E). Die Staatsbürgerschaft von E hat er seitdem ebenfalls inne. Seinen Wohnsitz hat er in E; in G hält er sich nur einmal im Jahr auf, um seine Großeltern zu besuchen. Im Jahr 2000 kaufte sich D1 ein Feriendomizil in Reichhausen (R). Angetan von den wirtschaftlichen Möglichkeiten in R entschloss sich D1 im Jahr 2005 zusammen mit seinen Verwandten Donald Duck (D2) und Daisy Duck (D3) in R zu investieren. D2 und D3 besitzen die Staatsangehörigkeit von E, wo sie auch ihren ständigen Aufenthalt haben. D1, D2 und D3 schlossen einen Vertrag mit der Staatsminenverwaltung von R (RSMV) um die erste und bis dato einzige Goldtalerminenaktiengesellschaft (GTM AG) in R zu gründen, deren Aktien an der Börse in R notiert werden. Die Gründung der GTM AG nach dem nationalen Recht von R war erforderlich, da nur nach inländischem Recht gegründete Gesellschaften mit Sitz in R dort tätig

werden dürfen; ausländischen Gesellschaften ist dies untersagt. Die Regierung von R gab jedoch eine förmliche Erklärung ab, dass diese nationale Besonderheit keinerlei Nachteile für D1, D2 und D3 haben sollte. Im Vertrag mit der RSMV vereinbarten D1, D2 und D3, alle Streitigkeiten vor ein Schiedsgericht der Internationalen Handelskammer (ICC) zu bringen. 50 % der Aktien an der GTM AG gehören D1, D2 und D3, die übrigen 50 % der RSMV. D1, D2 und D3 besitzen zudem noch jeweils eine »goldene Aktie«, die es ihnen erlaubt, gemeinsam den Vorstand zu ernennen und alle Unternehmensentscheidungen der GTM AG zu bestimmen.

Im Jahr 2014 kam in R eine »Koalition der radikalen Linken« (KDRL), die in ihrem Wahlprogramm einen radikalen Politikwechsel und die Verstaatlichung aller Bodenschätze versprochen hatte, an die Macht.

Unmittelbar nach dem Amtsantritt der neuen Regierung besetzte eine Gruppe von Studierenden und Arbeitern spontan die Goldmine der GTM AG, ohne dass die Regierung etwas dagegen unternahm. In der Folgezeit leistete die Regierung von R den Studierenden und Arbeitern technische Unterstützung, damit diese die Goldmine betreiben konnten. Im Juni 2014 verabschiedete das Parlament von R mit der Mehrheit der KDRL ein Gesetz, das »goldene Aktien« in der Goldtalerminenindustrie abschaffte. Zur gleichen Zeit ernannte der Wirtschaftsminister von R einen neuen Vorstand der GTM AG. Aufgrund dieser Vorkommnisse machte die GTM AG im Jahr 2014 keinen Gewinn und der Wert der Aktie fiel auf 5 % des Wertes der Aktie im Vorjahr.

Nachdem der neue Regierungschef von R in einem Interview D1 als »Volksschädling, der in Goldtalern bade«, bezeichnet hatte, wurde dessen Feriendomizil in R von einem Mob gestürmt, geplündert und in Brand gesetzt. Obwohl die Polizei davon ausgehen musste, dass D1, der sich zur fraglichen Zeit zum Urlaub in R aufhielt, in Gefahr war, schützte sie sein Anwesen nicht. Sie begründete dies damit, dass sie an akutem Personalmangel leide und einer Vielzahl von Schutzersuchen nachkommen müsse.

*Kontaktperson: Stefan Talmon, der Autor ist Direktor des Instituts für Völkerrecht der Universität Bonn.

D1 fürchtete daraufhin um sein Leben und floh nach G. Er ersucht die Regierung von G gegenüber der Regierung von R im Wege des diplomatischen Schutzes Ansprüche auf Entschädigung wegen Enteignung der GTM AG und der Zerstörung und Plünderung seines Feriendomizils geltend zu machen.

In R können mit Ausnahme des Verhaltens der Polizei alle staatlichen Maßnahmen gerichtlich überprüft werden. Da die neue Regierung von R zur Haushaltssanierung 50 % der Richterstellen gestrichen hat, ist mit gerichtlichen Entscheidungen jedoch nicht vor 8–10 Jahren zu rechnen.

G, E und R sind Vertragsparteien des Übereinkommens zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten von 1965 (ICSID-Übereinkommen). G und R sind zudem Vertragsparteien des Vertrages über die Bergbaucharta von 1994, der inhaltlich identisch ist mit dem Energiecharta-Vertrag und sich auf »Wirtschaftstätigkeiten im Bergbaubereich«, einschließlich des Goldbergbaus, bezieht. Wirtschaftstätigkeiten im Bergbaubereich sind alle Wirtschaftstätigkeiten betreffend die Aufsuchung, Gewinnung, Veredelung und Lagerung von Bodenschätzen. Nach einem mehr als fünf Monate dauernden erfolglosen Versuch, die Streitigkeit gütlich beizulegen, leiten D1, D2 und D3 sowie die GTM AG ein Schiedsverfahren gegen R vor einem Schiedsgericht des internationalen Zentrums für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (ICSID) ein, in dem sie Entschädigung für rechtswidrige Enteignungen geltend machen. R lehnt jegliche Entschädigungsansprüche ab.

Bearbeitungshinweis:

Erstatten Sie ein Rechtsgutachten, in dem Sie zunächst auf die Erfolgsaussichten der Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen gegen R wegen rechtswidriger Enteignung im Wege des diplomatischen Schutzes durch G und sodann auf die Erfolgsaussichten des von D1, D2 und D3 sowie der GTM AG gegen R angestregten Investor-Staat-Verfahren vor einem ICSID-Schiedsgericht eingehen. Auf andere Rechtsverletzungen, insbesondere die Verletzung des Rechts auf faire und billige Behandlung und des Rechts auf vollen Schutz und Sicherheit der Investitionen, ist nicht einzugehen.

Vorbemerkung:

Der Fall befasst sich sowohl mit dem Eigentumsschutz im allgemeinen Völkerrecht in Form der Gewährung diplomatischen Schutzes durch den Heimatstaat als auch mit dem Schutz von Investoren durch Streitbeilegungsvorschriften in Investitionsverträgen, insbesondere mit der Zulässigkeit

von Investor-Staat-Schiedsverfahren vor einem ICSID-Schiedsgericht. Materiellrechtlich war nur auf die Enteignungsproblematik, nicht aber auch auf andere Schutzstandards des Investitionsrechts wie faire und billige Behandlung oder voller Schutz und Sicherheit einzugehen. Der Fall wurde im Rahmen der Schwerpunktbereichsprüfung »Internationales und europäisches Wirtschaftsrecht« an der Universität Bonn als Klausur gestellt. Die Klausur liegt im oberen Schwierigkeitsbereich. Den Studierenden standen Texte des ICSID-Übereinkommens, der Energiecharta, der ILC-Artikel über Diplomatischen Schutz und zur Staatenverantwortlichkeit zur Verfügung. Bestimmungen der Energiecharta waren als solche der fiktiven »Bergbaucharta« zu verstehen. Die vorliegenden Lösungshinweise sind ausführlicher als die in der Prüfung erwartete Bearbeitung.

LÖSUNGSVORSCHLAG

A. Ausübung von diplomatischem Schutz durch G

Das Ersuchen von D1 an die Regierung von G, gegenüber R Entschädigungsansprüche wegen rechtswidriger Enteignung im Wege des diplomatischen Schutzes geltend zu machen, hat Aussicht auf Erfolg, soweit die Voraussetzungen für die Gewährung diplomatischen Schutzes vorliegen. Nach Art. 1 der Artikelentwürfe der Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen über Diplomatischen Schutz (ILC-Artikel über Diplomatischen Schutz),¹ der Völkergewohnheitsrecht widerspiegelt, besteht diplomatischer Schutz in der Geltendmachung der Verantwortlichkeit eines anderen Staates für einen Schaden, der durch eine völkerrechtswidrige Handlung dieses anderen Staates gegenüber einer natürlichen oder juristischen Person, die die Staatsangehörigkeit bzw. Staatszugehörigkeit des ersteren Staates besitzt, verursacht wurde, mit dem Ziel, dieser Verantwortlichkeit Wirksamkeit zu verschaffen. Diese Verantwortlichkeit darf aber erst dann geltend gemacht werden, wenn die geschädigte Person alle innerstaatlichen Rechtsbehelfe erschöpft hat (Art. 14 I). Nach Art. 17 finden diese Artikelentwürfe jedoch nur insoweit Anwendung, als sie besonderen Regeln des Völkerrechts,

¹ ILC-Artikel über Diplomatischen Schutz, Anlage zur Resolution 62/67 der UN-Generalversammlung v. 6. 12. 2007, abgedruckt in *Tomuschat/Walter Völkerrecht Textsammlung*, 6. Aufl. 2014, 513.

wie Vertragsbestimmungen zum Schutz von Investitionen, nicht widersprechen. Voraussetzung für die Gewährung diplomatischen Schutzes durch G ist danach, dass (I.) D1 die Staatsangehörigkeit von G besitzt, (II.) die Handlung von R völkerrechtswidrig ist, (III.) D1 durch diese Handlung ein Schaden entstanden ist, (IV.) der innerstaatliche Rechtsweg erschöpft wurde, und (V.) die Ausübung des diplomatischen Schutzes nicht durch Vertragsbestimmungen zum Schutz von Investitionen ausgeschlossen ist.

I. Staatsangehörigkeit von G

Zu prüfen ist zunächst, ob D1 die Staatsangehörigkeit von G besitzt und inwieweit G diplomatischen Schutz für seinen Staatsangehörigen ausüben kann.² Hier ist zu unterscheiden zwischen der Gewährung von diplomatischem Schutz für Schäden, die D1 als Privatperson (durch Zerstörung und Plünderung seines Feriendomizils) und solchen, die er als Anteilseigner der GMT AG erlitten hat. Bei letzteren ist wiederum zwischen mittelbaren und unmittelbaren Schäden als Anteilseigner der GMT AG zu unterscheiden.

1. D1 als Privatperson

D1 besitzt aufgrund Geburt zu allen maßgeblichen Zeiten die Staatsangehörigkeit von G.³ Problematisch könnte hier jedoch sein, dass D1 daneben auch die Staatsangehörigkeit von E besitzt. Bei Doppelstaatern hatte der *Internationale Gerichtshof* (IGH) im Fall *Nottebohm* im Jahr 1955 für die Ausübung des diplomatischen Schutzes eine echte Verbindung (*»genuine connection«*) zum Staat der Staatsbürgerschaft gefordert.⁴ D1 hat seinen Wohnsitz in E; nach G kommt er nur einmal im Jahr. Es fehlt demnach an einer echten Verbindung zu G. Die *Nottebohm*-Rechtsprechung gilt jedoch heute als überholt, wie die Entscheidungen des IGH in den Fällen *LaGrand* und *Diallo* zeigen.⁵ Nach Art. 6 ILC-Artikel über Diplomatischen Schutz, der heute ebenfalls Völkergewohnheitsrecht widerspiegelt, kann jeder

Staat, dessen Staatsangehöriger ein Doppelstaater ist, für diese Person gegenüber einem Drittstaat diplomatischen Schutz ausüben. G kann somit diplomatischen Schutz für D1 als Privatperson gegenüber R ausüben.

2. D1 als Anteilseigner

a) Schäden der Kapitalgesellschaft

Die GTM AG wurde in R gegründet und hat dort ihren Sitz. Sowohl nach der Gründungs- als auch nach der Sitztheorie besitzt die Gesellschaft die Staatszugehörigkeit von R. Die Ausübung des diplomatischen Schutzes für die GTM AG durch G scheidet deshalb aus. Eine Enteignung der GTM AG trifft jedoch zumindest mittelbar auch deren Anteilseigner, im vorliegenden Fall D1. Fraglich ist, ob in einem solchen Fall auch der Staat der Anteilseigner im Wege des stellvertretenden Schutzes (*»protection by substitution«*) diplomatischen Schutz ausüben kann. Diese Frage ist umstritten. Der IGH hat dies sowohl im *Barcelona Traction*-Fall als auch jüngst im *Diallo*-Fall abgelehnt.⁶ Nach Art. 11 (b) ILC-Artikel über Diplomatischen Schutz dagegen ist der Staat der Staatsangehörigkeit von Anteilseignern einer Kapitalgesellschaft berechtigt, diplomatischen Schutz für diese auszuüben, wenn die Gesellschaft zum Zeitpunkt der Schädigung die Staatszugehörigkeit des für die Schädigung mutmaßlich verantwortlichen Staaten besaß und die Gründung der Gesellschaft in diesem Staat von diesem als Voraussetzung für die Ausübung der Geschäftstätigkeit in diesem Staat verlangt wurde. Die Gründung der GTM AG nach dem nationalen Recht von R war erforderlich gewesen, da nur inländische Gesellschaften in R Geschäfte tätigen dürfen. Nach Art. 11(b) ILC-Artikel über Diplomatischen Schutz wäre G danach befugt, diplomatischen Schutz für D1 als Anteilseigner der GTM AG auszuüben. Fraglich ist, ob die in Art. 11(b) niedergelegte Regel eines begrenzten stellvertretenden Schutzes heute den Stand des Völkergewohnheitsrechts widerspiegelt. Diese Frage wurde vom IGH im *Diallo*-Fall offengelassen.⁷ Mangels entsprechender Staatenpraxis außerhalb bestehender Vertragswerke dürfte es sich bei Art. 11(b) eher um eine progressive Weiterentwicklung des Völkerrechts als um kodifiziertes Völkergewohnheitsrecht handeln,⁸ sodass G derzeit keinen diplomatischen Schutz für D1 als Anteils-

² Vgl. Art. 3 I ILC-Artikel über Diplomatischen Schutz.

³ Vgl. Art. 4, 5 ILC-Artikel über Diplomatischen Schutz.

⁴ IGH, *Nottebohm* (second phase) (*Liechtenstein v Guatemala*), Urteil v. 6. 4. 1955, ICJ Reports 1955, 4 ff., 23.

⁵ IGH, *LaGrand* (*Germany v USA*), Urteil v. 27. 6. 2001, ICJ Reports 2001, 466 ff. (§ 13); IGH, *Ahmadou Sadio Diallo* (preliminary objections) (*Guinea v Democratic Republic of Congo*), Urteil v. 24. 5. 2007, ICJ Reports 2007, 582 ff. (§ 1).

⁶ IGH, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.* (*Belgium v Spain*), Urteil v. 5. 2. 1970, ICJ Reports 1970, 3 ff. (§ 46); IGH, *Diallo*, a. a. O., §§ 86–89.

⁷ IGH, *Diallo*, a. a. O., § 93.

⁸ Vgl. *Yearbook of the International Law Commission* 2006, vol II, part 2, 41-42.

eigener für Schäden der GTM AG ausüben kann (a. A. vertretbar).⁹

b) Schädigung eigener Rechte als Anteilseigner

Der IGH hat im *Barcelona Traction*-Fall entschieden und im *Diallo*-Fall bestätigt, dass der Staat der Anteilseigner einer Kapitalgesellschaft für diese ausnahmsweise diplomatischen Schutz ausüben kann, wenn die völkerrechtswidrige Handlung eines Staates eine unmittelbare Schädigung der Rechte der Anteilseigner verursacht, die sich von den Rechten der Kapitalgesellschaft unterscheiden.¹⁰ Diese Rechtsprechung ist heute in Art. 12 ILC-Artikel über Diplomatischen Schutz kodifiziert. Als eigene Rechtsposition des D1 als Anteilseigner der ATM AG kommen hier die Rechte aus der »goldenen Aktie« in Betracht, die es ihm erlauben, gemeinsam mit D2 und D3 den Vorstand zu ernennen und alle Unternehmensentscheidungen der ATM AG zu bestimmen. Diese unmittelbaren Rechte in Bezug auf die Gesellschaft unterscheiden sich von den Rechten der Gesellschaft und stehen dem Anteilseigner als eigene Rechte zu. Indem das Parlament von R »goldene Aktien« in der Goldtalerminenindustrie abgeschafft hat, hat es unmittelbar in diese Rechte des D1 eingegriffen, was von G im Rahmen des diplomatischen Schutzes geltend gemacht werden kann.¹¹

3. Zwischenergebnis

G kann für seinen Staatsangehörigen D1 diplomatischen Schutz ausüben, soweit dessen Rechte als Privatperson oder seine eigenen Rechte als Anteilseigner der ATM AG durch eine völkerrechtswidrige Handlung betroffen sind, nicht jedoch soweit bei einer Schädigung der ATM AG lediglich seine Interessen als Anteilseigner betroffen sind.

II. Völkerrechtswidrige Handlung von R

Die Ausübung des diplomatischen Schutzes durch G setzt eine völkerrechtswidrige Handlung von R gegenüber D1

⁹ Vgl. zu dieser Problematik: *Vermeer-Künzli Diallo and the Draft Articles: The Application of the Draft Articles on Diplomatic Protection in the Ahmadou Sadio Diallo Case*, *Leiden Journal of International Law* (20) 2007, 941-954.

¹⁰ IGH, *Barcelona Traction*, a. a. O., § 47; IGH, *Diallo*, a. a. O., § 64.

¹¹ Vgl. IGH, *Ahmadou Sadio Diallo (merits) (Guinea v Democratic Republic of Congo)*, Urteil v. 30. 11. 2010, ICJ Reports 2010, 639 ff. (§ 116).

voraus. In Betracht kommt hier eine rechtswidrige Enteignung von D1 durch die Zerstörung und Plünderung des Feriendomizils von D1, die Besetzung der Goldmine der GTM AG, die Abschaffung der »goldenen Aktie« und die Ernennung eines neuen Vorstandes der GTM AG. Zu unterscheiden ist zwischen einer direkten und einer indirekten Enteignung.¹²

1. Direkte Enteignung

Unter einer direkten Enteignung versteht man jede Entziehung von Vermögensrechten durch einen hoheitlichen Einzelakt oder durch Gesetz. Zum »Eigentum« im Sinne des allgemeinen Völkerrechts gehören auch Anteilsrechte an Kapitalgesellschaften. Indem das Parlament von R per Gesetz »goldene Aktien« in der Goldtalerminenindustrie abgeschafft hat, hat R dem D1 durch Hoheitsakt Eigentum entzogen. Insoweit liegt eine direkte Teilenteignung des D1 vor (a. A. vertretbar).¹³

2. Indirekte Enteignung

Eine Enteignung kann auch in der rechtlichen oder faktischen Beeinträchtigung der Nutzung des Eigentums liegen, welche einer Eigentumsentziehung gleichkommt. Gleiches gilt für die Verdrängung des Inhabers eines Vermögensrechts aus seiner Eigentümerstellung mit physischen Mitteln.¹⁴ Zu prüfen ist, ob eine solche indirekte oder faktische Enteignung (»*de facto*-Enteignung«) des D1 durch R vorliegt.

a) Beeinträchtigung der Eigentumsnutzung

Voraussetzung ist zunächst, dass D1 in der Nutzung seines Eigentums durch eine Handlung beeinträchtigt wird, die R zurechenbar ist.

aa) Zerstörung und Plünderung des Feriendomizils von D1

Bei der Zerstörung und Plünderung des Feriendomizils von D1 durch einen Mob handelt es sich um eine faktische Beeinträchtigung der Eigentumsnutzung. Fraglich ist je-

¹² Vgl. z. B. *Herdegen Internationales Wirtschaftsrecht*, 10. Aufl. 2014, § 20, Rn. 5, 20, 21; *Krajewski Wirtschaftsvölkerrecht*, 3. Aufl. 2012, Rn. 598.

¹³ Zur Teilenteignung siehe *Dolzer/Schreuer Principles of International Investment Law*, 2. Aufl. 2012, 119.

¹⁴ Vgl. *Herdegen* a. a. O., § 20 Rn. 5.

doch, ob diese R zurechenbar ist. Die Zurechnung eines Verhaltens zu einem Staat wird in den Artikeln der Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen zur Staatenverantwortlichkeit (ILC-Artikel zur Staatenverantwortlichkeit) geregelt, die in den hier einschlägigen Vorschriften Völkergewohnheitsrecht kodifizieren.¹⁵ Bei einem »Mob« handelt es sich um eine Gruppe von Privatpersonen, deren Handlungen dem Staat nicht ohne weiteres zugerechnet werden können.¹⁶ Allein aus der Aussage des Regierungschefs von R, dass D1 ein »Volksschädling [sei], der in Goldtalern bade« kann nicht darauf geschlossen werden, dass die Personengruppe faktisch »im Auftrag oder unter der Leitung oder Kontrolle« des Staates gehandelt hat.¹⁷ Eine Zurechnung der Handlungen des Mobs scheidet damit aus.

In Betracht kommt aber eine Beeinträchtigung der Eigentumsnutzung durch die unterlassene Schutzgewährung seitens der Polizei von R, durch die die Zerstörung und Plünderung des Feriendomizils des D1 durch den Mob erst möglich wurde. Bei der Polizei handelt es sich um ein Staatsorgan, dessen Unterlassen nach Art. 4 I ILC-Artikel zur Staatenverantwortlichkeit als Verhalten des Staates zu werten ist. Voraussetzung für eine völkerrechtswidrige Handlung eines Staates in Form eines Unterlassens ist jedoch eine Sorgfaltspflichtverletzung (»*due diligence*-Verpflichtung«).¹⁸ Nachdem der Regierungschef von R öffentlich Stimmung gegen D1 gemacht hatte, musste die Polizei davon ausgehen, dass dieser in Gefahr war. Es ist somit grundsätzlich von einer Sorgfaltspflichtverletzung von R auszugehen.¹⁹ Fraglich ist jedoch, ob diese im vorliegenden Fall aufgrund des akuten Personalmangels der Polizei und der Vielzahl der Schutzersuchen zu verneinen ist. Diese Frage ist umstritten. Zum einen wird ein relativer Sorgfaltsmaßstab angewandt, der die Leistungsfähigkeit und die Umstände des Staates in der betreffenden Situation berücksichtigt.²⁰ Zum anderen wird jede Relativierung

des Sorgfaltsmaßstabes abgelehnt und in jeder Lage ein objektiver Minimumsorgfaltsmaßstab angewandt.²¹ Danach kommt es auf die Möglichkeit der Schutzgewährung und nicht auf die Fähigkeit zur Schutzgewährung in der konkreten Situation an. Die Frage kann hier letztlich offenbleiben, da im Hinblick auf die der Polizei bekannte besondere Bedrohungslage von D1 sowohl bei Anwendung eines objektiven als auch eines relativen Sorgfaltsmaßstabes eine Sorgfaltspflichtverletzung anzunehmen ist. Auch bei Zugrundelegung eines relativen Sorgfaltsmaßstabes liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die anderen Schutzersuchen ein zumindest gleiches Gefährdungspotential aufwiesen. Eine Beeinträchtigung der Nutzung des Eigentums des D1 durch unterlassene Schutzgewährung seitens R liegt demnach vor.

bb) Besetzung der Goldmine der GTM AG

Bei der Besetzung und dem anschließenden Betrieb der Goldmine durch eine Gruppe von Studierenden und Arbeitern handelt es sich um eine faktische Beeinträchtigung der Nutzung der Goldmine durch den Eigentümer.²² Fraglich ist jedoch, ob die Nutzungsbeeinträchtigung durch die Studierenden und Arbeiter R zuzurechnen ist. Handlungen von Privatpersonen sind dem Staat nicht ohne weiteres zuzurechnen. Eine Beeinträchtigung der Eigentumsnutzung durch unterlassenen Schutz der Goldmine scheidet aus, da es keine Anzeichen für eine bevorstehende Übernahme der Mine gab und es insoweit an einer Sorgfaltspflichtverletzung von R fehlt. Nach Art. 11 ILC-Artikel zur Staatenverantwortlichkeit kann ein Verhalten von Privatpersonen aber dann einem Staat zugerechnet werden, wenn und soweit dieser das Verhalten als sein eigenes anerkennt und annimmt. Indem R nicht gegen die Besetzung eingeschritten ist und den Arbeitern und Studierenden sogar technische Unterstützung für den Betrieb der Goldmine geleistet hat, hat R deren Verhalten implizit als sein eigenes anerkannt und angenommen.²³ Die Beeinträchtigung der Eigentumsnutzung ist R somit zuzurechnen.

Voraussetzung für die indirekte Enteignung von D1 durch R ist aber nicht nur, dass die Besetzung und der Betrieb der Goldmine R zurechenbar sind, sondern auch, dass es sich bei der Goldmine um das Eigentum von D1 handelt. Die Goldmine steht jedoch im Eigentum der GTM AG, einer Kapitalgesellschaft mit eigener Rechtspersön-

¹⁵ ILC-Artikel über Verantwortlichkeit der Staaten für völkerrechtswidrige Handlungen, Anlage zur Resolution 56/83 der UN-Generalversammlung v. 12. 12. 2001, abgedruckt in *Tomuschat/Walter* a. a. O., 105.

¹⁶ Vgl. Art. 4–11 ILC-Artikel zur Staatenverantwortlichkeit.

¹⁷ Siehe Art. 8 ILC-Artikel zur Staatenverantwortlichkeit. Zur völkergewohnheitsrechtlichen Geltung von Art. 8 siehe von *Arnould*, Völkerrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 407.

¹⁸ Vgl. *Dolzer/Schreuer* a. a. O., 183.

¹⁹ Vgl. *Goebel* The International Responsibility of States for Injuries Sustained by Aliens on Account of Mob Violence, Insurrections and Civil Wars, *American Journal of International Law* 8 (1914), 802–852.

²⁰ Vgl. ICSID, Case No ARB/07/21, *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v The Republic of Albania*, Schiedsspruch v. 30. 7. 2009, § 81.

²¹ Siehe z. B. *Dolzer/Schreuer* a. a. O., 162.

²² Vgl. ICSID, Case No ARB/98/4, *Wena Hotels Ltd. v Arab Republic of Egypt*, Schiedsspruch v. 8. 12. 2000, §§ 96–99.

²³ Ebd., § 99.

lichkeit. Besetzung und Betrieb der Goldmine stellen deshalb eine Beeinträchtigung der Nutzung des Eigentums der GTM AG, nicht aber des Eigentums von D1 dar.

cc) Abschaffung der »goldenen Aktie«

Durch die Abschaffung von »goldenen Aktien« in der Goldtalerminenindustrie hat R dem D1 nicht nur das in seiner »goldenen Aktie« verkörperte Vermögensrecht entzogen, sondern auch die Möglichkeit genommen, den Vorstand zu ernennen und alle Unternehmensentscheidungen der GTM AG zu bestimmen. Eine Beschränkung der Eigentumsnutzung ist auch durch die Einschränkung oder den Verlust von Kontrollmöglichkeiten möglich.²⁴ Hinsichtlich der im Eigentum von D1 verbliebenen Aktien an der GMT AG liegt deshalb eine Beeinträchtigung der Nutzung seines Eigentums vor.

dd) Ernennung eines neuen Vorstandes

Bei der Einsetzung eines neuen Vorstandes der GTM AG durch den Wirtschaftsminister von R handelt es sich ebenfalls um eine Beschränkung der Nutzung des Eigentums des D1, da durch diese Maßnahme die Möglichkeit der Unternehmensführung durch die Anteilseigner erheblich eingeschränkt wurde.²⁵

b) Intensität und Dauer der beeinträchtigenden Maßnahmen

Nicht jede Beeinträchtigung der Nutzung des Eigentums stellt automatisch eine indirekte Enteignung dar. Erforderlich ist vielmehr eine Beeinträchtigung von gewisser Intensität und Dauer (»*substantial deprivation*«). Bei der Zerstörung und Plünderung des Feriendomizils des D1 handelt es sich um eine wesentliche Beeinträchtigung, die nicht nur vorübergehender Natur ist. Gleiches trifft auf den Kontrollverlust durch die Abschaffung der »goldenen Aktie«, die fortdauernde Besetzung der Goldmine und die Einsetzung eines neuen Vorstandes der GTM AG zu. Diese substantiellen Beeinträchtigungen schlagen sich auch in der Minderung des Werts des Eigentums nieder. Aufgrund der Maßnahmen von R machte die GTM AG im Jahr 2014 keinen Gewinn und der Wert der Aktie fiel auf 5 % des Wertes

der Aktie im Vorjahr. Ein Wertverlust um 95 % deutet auf eine wesentliche Beeinträchtigung hin.²⁶ Damit ist die Enteignungsschwelle überschritten, so dass von einer indirekten Enteignung von D1 durch R auszugehen ist.

3. Rechtswidrigkeit der Enteignung

Die Enteignung des D1 müsste auch rechtswidrig gewesen sein. Eine Enteignung ist rechtswidrig, wenn sie nicht im öffentlichen Interesse erfolgt, diskriminierenden Charakter hat, nicht nach rechtsstaatlichen Grundsätzen (»*due process of law*«) erfolgt oder nicht umgehend eine wertentsprechende und tatsächlich verwertbare Entschädigung (»*prompt, adequate and effective compensation*«) gezahlt wird (sog. »Hull-Formel«).²⁷

Eine Verstaatlichung von Bodenschätzen wie im Wahlprogramm der KDLR vorgesehen kann im öffentlichen Interesse liegen.²⁸ Gleiches gilt auch für allgemeine Regulierungsmaßnahmen wie die Abschaffung der »goldenen Aktie« sowie faktische und rechtliche Beeinträchtigungen der Nutzung von Bodenschätzen. Die Frage, ob die konkreten Maßnahmen von R tatsächlich im öffentlichen Interesse erfolgt sind, kann jedoch offenbleiben, da die Abschaffung der »goldenen Aktie« ausschließlich in der Goldtalerminenindustrie und nicht in der gesamten Rohstoffbergbauindustrie auf willkürliches und diskriminierendes Verhalten hindeutet, da die Goldtalerminenindustrie nur aus einem einzigen von ausländischen Investoren kontrollierten Unternehmen – der GMT AG – besteht (a. A. vertretbar).

Rechtsstaatliche Grundsätze erfordern, dass Enteignungsmaßnahmen gerichtlich überprüfbar sind. Dabei muss der Rechtsweg nicht nur eröffnet sein, sondern er muss dem Investor auch eine vernünftige Chance bieten, seine Rechte in angemessener Zeit geltend zu machen.²⁹ Eine Verfahrensdauer von 8-10 Jahren ist mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht mehr vereinbar,³⁰ was zur Rechtswidrigkeit der Enteignung führt (a. A. vertretbar).

²⁶ Vgl. ICSID, Case No ARB/02/18, Tokios Tokelés v Ukraine, Schiedsspruch v. 26. 7. 2007, § 120.

²⁷ Siehe z. B. *Krajewski* a. a. O., Rn. 611.

²⁸ Vgl. Iran-US Claims Tribunal, Case No 56, Amoco International Finance Corporation v Iran, Schiedsspruch v. 14. 7. 1987, Iran-U. S. C. T.R. 15 (1987-II), 189 (§ 113).

²⁹ Vgl. ICSID, Case No ARB/03/16, ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v Hungary, Schiedsspruch v. 2. 10. 2006, § 435.

³⁰ Vgl. ICSID, Case No ARB/98/2, Victor Pey Casado et Fondation »Presidente Allende« c. République du Chile, Schiedsspruch v. 8. 5. 2008, §§ 658 ff.

²⁴ Vgl. ICSID, Case No ARB(AF)/99/1, Marvin Roy Feldman Karpa (CEMSA) v United Mexican States, Schiedsspruch v. 16. 12. 2002, § 142.

²⁵ Vgl. Iran-US Claims Tribunal, Case No 24, Starrett Housing Corp. v Islamic Republic of Iran, Schiedsspruch v. 19. 12. 1983, Iran-U. S. C. T. R. 4 (1983-III), 122 (§ 154).

Letztendlich ergibt sich die Rechtswidrigkeit der Enteignung aber in jedem Fall aus der Tatsache, dass keinerlei Entschädigung gezahlt wurde.

4. Zwischenergebnis

Die Zerstörung und Plünderung des Feriendomizils von D1, die Abschaffung der »goldenen Aktie« und die Ernennung eines neuen Vorstandes der GTM AG stellt eine rechtswidrige Enteignung und damit eine völkerrechtswidrige Handlung von R gegenüber D1 dar. Dagegen handelt es sich bei der Besetzung der Goldmine um eine rechtswidrige Handlung gegenüber der GTM AG.

III. Schaden

Durch das völkerrechtswidrige Verhalten von R ist D1 auch ein Schaden entstanden. Sein Feriendomizil wurde zerstört und geplündert. Die Abschaffung der »goldenen Aktie« und die Ernennung eines neuen Vorstandes der GTM AG durch den Wirtschaftsminister von R und der damit einhergehende Kontrollverlust waren zumindest mitursächlich dafür, dass der Wert der Anteilsrechte des D1 an der GTM AG auf 5 % des Werts des Vorjahres fiel.

IV. Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs

Voraussetzung für die Ausübung diplomatischen Schutzes ist grundsätzlich die Erschöpfung aller innerstaatlichen Rechtsbehelfe.³¹ Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht lediglich dann, wenn es keine hinreichend verfügbaren Rechtsbehelfe gibt oder das Verfahren der Anwendung der Rechtsbehelfe sich unangemessen verzögert und dies dem mutmaßlich verantwortlichen Staat zuzurechnen ist.³² Das Verhalten der Polizei kann nicht von den Gerichten in R überprüft werden. Hinsichtlich der Zerstörung und Plünderung des Feriendomizils von D1 in R ist eine Erschöpfung innerstaatlicher Rechtsbehelfe somit nicht erforderlich.

Alle staatlichen Maßnahmen gegen Unternehmen können dagegen von den Gerichten in R überprüft werden. Mit einer Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Abschaffung von »goldenen Aktien« in der Goldtalerminen-

industrie und der Ernennung eines neuen Vorstands der GTM AG durch den Wirtschaftsminister von R ist jedoch nicht vor 8–10 Jahren zu rechnen. Fraglich ist, ob es sich bei dieser Zeitdauer um eine »unangemessene Verzögerung« handelt. Eine Definition der »unangemessenen Verzögerung« besteht nicht. Die Frage ist vielmehr einzelfallbezogen zu entscheiden. Dabei ist auf die Schwierigkeit des Verfahrens und das Verhalten der Verfahrensbeteiligten abzustellen. Im Hinblick auf die Tatsache, dass die Verzögerung durch die Streichung von 50 % der Richterstellen zustande kommt und diese R zuzurechnen ist, ist bei 8–10 Jahren von einer unangemessenen Verzögerung auszugehen.³³ Die Ausschöpfung innerstaatlicher Rechtsbehelfe durch D1 war somit für die Ausübung des diplomatischen Schutzes durch G nicht erforderlich.

V. Kein vertraglicher Ausschluss der Ausübung des diplomatischen Schutzes

Der diplomatische Schutz ist nach Art. 17 ILC-Artikel über Diplomatischen Schutz nur dann statthaft, wenn dieser besonderen Regeln des Völkerrechts, wie Vertragsbestimmungen zum Schutz von Investitionen, nicht widerspricht. Eine solche Regel findet sich in Art. 27 I ICSID-Übereinkommen.³⁴ Danach wird kein Vertragsstaat hinsichtlich einer Streitigkeit, die einer seiner Angehörigen und ein anderer Vertragsstaat im gegenseitigen Einvernehmen dem Schiedsverfahren nach diesem Übereinkommen unterworfen haben, diplomatischen Schutz gewähren. G und R sind beide Vertragsparteien des ICSID-Übereinkommens. Die Ausübung des diplomatischen Schutzes durch G wird damit durch die Einleitung des ICSID-Schiedsverfahrens gegen R durch D1, D2 und D3 sowie die GTM AG ausgeschlossen. Dieser Ausschluss reicht jedoch nur so weit, wie die Streitigkeit zulässigerweise dem ICSID-Schiedsverfahren unterworfen wurde.³⁵

³¹ Art. 14 I ILC-Artikel über Diplomatischen Schutz.

³² Art. 15 (a) und (b) ILC-Artikel über Diplomatischen Schutz.

³³ Vgl. EGMR (Plenum), Beschwerde Nr. 12952/87, Ruiz-Mateos v Spain, Urteil v. 23. 6. 1993, §§ 33–53. Vgl. auch Anglo-Mexican Special Claims Commission, El Oro Mining and Railway Company Ltd. (Great Britain) v United Mexican States, Schiedsspruch v. 18. 6. 1931, V RIAA 191 (§ 9).

³⁴ Übereinkommen zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten v. 18. 3. 1965, BGBl 1969 II 371, abgedruckt in *Tomuschat/Walter* a. a. O., 459.

³⁵ Siehe *Schreuer/Malintoppi/Reinisch/Sinclair* The ICSID-Convention: A Commentary, 2. Aufl. 2009, Art. 27, Rn. 31.

VI. Ergebnis

G kann Entschädigungsansprüche gegen R wegen rechtswidriger Enteignung des D1 im Wege des diplomatischen Schutzes nur wegen der Zerstörung und Plünderung des Feriendomizils von D1, der Abschaffung der »goldenen Aktie« und der Ernennung eines neuen Vorstandes der GTM AG geltend machen und auch nur insoweit als die Ausübung des diplomatischen Schutzes nicht durch die Einleitung des ICSID-Schiedsverfahrens durch D1 ausgeschlossen ist. Inwieweit dies der Fall ist, ist im Teil B zu klären.

B. ICSID-Schiedsverfahren gegen R

Das von D1, D2, D3 und der GTM AG gegen R angestregte ICSID-Schiedsverfahren hat Aussicht auf Erfolg, soweit das Verfahren zulässig und begründet ist.³⁶

I. Zulässigkeit des ICSID-Schiedsverfahrens

Voraussetzung für die Zulässigkeit des ICSID-Schiedsverfahrens ist, dass das Internationale Zentrum zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (Zentrum) für die Streitigkeit zwischen den Parteien zuständig ist und weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen nicht gegeben bzw. erfüllt sind.

1. Zuständigkeit des Zentrums

Nach Art. 25 I ICSID-Übereinkommen erstreckt sich die Zuständigkeit des Zentrums auf alle unmittelbar mit einer Investition zusammenhängenden Rechtsstreitigkeiten zwischen einem Vertragsstaat einerseits und einem Angehörigen eines anderen Vertragsstaats andererseits, wenn die Parteien schriftlich eingewilligt haben, die Streitigkeiten dem Zentrum zu unterbreiten.

a) Zuständigkeit *ratione personae*

Die Zuständigkeit *ratione personae* des Zentrums ist beschränkt auf Streitigkeiten zwischen einem Vertragsstaat und Angehörigen eines anderen Vertragsstaats. R ist Vertragsstaat des ICSID-Übereinkommens.

Zu prüfen ist, ob D1, D2, D3 und die GTM AG »Angehörige eines anderen Vertragsstaats« sind. Angehöriger eines anderen Vertragsstaats ist jede natürliche Person, die sowohl zum Zeitpunkt der schriftlichen Einwilligung als auch zum Zeitpunkt der Registrierung des Antrags auf Einleitung des Schiedsverfahrens die Staatsangehörigkeit eines anderen Vertragsstaats als des Staats, der Streitpartei ist, besessen hat. Ausgenommen sind lediglich Personen, die in einem dieser Zeitpunkte auch die Staatsangehörigkeit des Vertragsstaats besessen haben, der Streitpartei ist.³⁷ D1 ist Staatsangehöriger von G und E; D2 und D3 sind Staatsangehörige von E. Beide Staaten sind Vertragsstaaten des ICSID-Übereinkommens. Keiner der genannten Personen ist auch Staatsangehöriger von R. D1, D2 und D3 sind somit Angehörige eines anderen Vertragsstaats.

Fraglich ist, ob auch die GTM AG »Angehörige eines anderen Vertragsstaats« ist. Dies ist nach Art. 25 II (b) 1. Alt. ICSID-Übereinkommen dann der Fall, wenn die juristische Person im Zeitpunkt der schriftlichen Einwilligung die Staatszugehörigkeit eines anderen Vertragsstaats als des Staats, der Streitpartei ist, besessen hat. Die GTM AG besitzt sowohl nach der Gründungs- als auch nach der Sitztheorie die Staatszugehörigkeit von R und wäre danach nicht Angehörige eines anderen Vertragsstaats. Nach Art. 25 II (b) 2. Alt. ICSID-Übereinkommen soll aber auch eine juristische Person, die die Staatszugehörigkeit einer Streitpartei besitzt, als »Angehörige eines anderen Vertragsstaats« gelten, wenn die Parteien übereingekommen sind, diese juristische Person wegen der von ausländischen Interessen über sie ausgeübten Kontrolle (»Kontrolltheorie«) als Angehörige eines anderen Vertragsstaats im Sinne des ICSID-Übereinkommens zu betrachten. Die GTM AG wurde von D1, D2 und D3, d. h. von ausländischen Investoren, kontrolliert. Die Gründung nach dem Recht von R und die Errichtung des Gesellschaftssitzes in R waren erforderlich, da ausländische Gesellschaften in R nicht tätig werden dürfen. Die Regierung von R hatte jedoch förmlich erklärt, dass diese nationale Besonderheit keinerlei Nachteile für D1, D2 und D3 haben sollte. Fraglich ist, ob darin ein Übereinkommen der Parteien, die GTM AG als Angehörige eines anderen Vertragsstaats zu betrachten, zu sehen ist. Für die Annahme eines solchen Übereinkommens spricht, dass die Regierung die Erklärung im Zusammenhang mit der Gründung der GTM AG abgegeben hat und die Gründung der GTM AG im Vertrauen auf diese Erklärung erfolgt ist. Nur durch die Annahme eines Übereinkommens wäre sichergestellt, dass

³⁶ Teilweise unterscheiden ICSID-Schiedsgerichte auch zwischen Zuständigkeit des Zentrums, Zulässigkeit und Begründetheit des Verfahrens.

³⁷ Art. 25 II (a) ICSID-Übereinkommen.

die Investoren durch die nationale Besonderheit »keinerlei Nachteile« erleiden (a. A. vertretbar).³⁸ Da die Kontrolle über die GTM AG durch Staatsangehörige verschiedener Staaten – G und E – ausgeübt wird, stellt sich zudem die Frage, Angehöriger welches Staats die Gesellschaft ist. Diese Frage kann hier indes offenbleiben, da beide Staaten Vertragsstaaten des ICSID-Übereinkommens sind und nur erforderlich ist, dass die juristische Person Angehörige eines *anderen* Vertragsstaats ist.

R ist Vertragsstaat des ICSID-Übereinkommens. D1, D2 und D3 sowie die GTM AG sind Angehörige eines anderen Vertragsstaats. Die Zuständigkeit des Zentrums *ratione personae* ist damit gegeben.

b) Schriftliche Zustimmung der Parteien

Voraussetzung für die Zulässigkeit des ICSID-Schiedsverfahrens ist weiter, dass die Parteien schriftlich eingewilligt haben, die mit einer Investition zusammenhängenden Streitigkeiten dem Zentrum zu unterbreiten. Die Einwilligung muss nicht im gleichen Dokument oder zur selben Zeit erklärt werden.

aa) Verfahrenseinleitung

Weder D1, D2, D3 noch die GTM AG haben eine schriftliche Einwilligungserklärung abgegeben. Es ist jedoch allgemein anerkannt, dass Investoren ihre Einwilligung konkludent durch die Stellung eines schriftlichen Antrags an den Generalsekretär des Zentrums auf Einleitung eines Schiedsverfahrens erklären können,³⁹ was im vorliegenden Fall geschehen ist.

bb) ICSID-Klausel in der Bergbaucharta

Fraglich ist jedoch, worin die schriftliche Einwilligung von R zu sehen ist. Die Eigenschaft als Vertragsstaat des ICSID-Übereinkommens ist nicht gleichbedeutend mit der Einwilligung, eine bestimmte Streitigkeit dem Zentrum zu unterbreiten.⁴⁰ Eine solche Einwilligung muss ihre Grundlage außerhalb des ICSID-Übereinkommens haben. In Betracht kommen hier Art. 26 III, IV (a) (i) und V (a) Berg-

baucharta von 1994,⁴¹ wonach die Vertragsparteien der Charta ihre uneingeschränkte Zustimmung erklären, Streitigkeiten über Investitionen zwischen einer Vertragspartei und einem Investor einer anderen Vertragspartei einem internationalen Schiedsverfahren, einschließlich einem ICSID-Schiedsverfahren, zu unterwerfen.

Dass D1, D2 und D3 im Vertrag mit der Staatsmineralverwaltung von R (RSMV) vereinbart haben, alle Streitigkeiten vor ein ICC-Schiedsgericht zu bringen, steht einer Einwilligung zur Unterbreitung von Streitigkeiten über Investitionen im Rahmen der Bergbaucharta nicht entgegen. Nach Art. 26 II Bergbaucharta kommt dem Investor bei Streitigkeiten unter der Bergbaucharta ein Wahlrecht zwischen verschiedenen Streitbeilegungsmechanismen zu. Die ICC-Schiedsklausel bezieht sich nur auf Streitigkeiten aus dem Vertrag zwischen D1, D2, D3 und der RSMV (sog. »*contract claims*«) und nicht auf Streitigkeiten aus einem völkerrechtlichen Vertrag wie der Bergbaucharta (sog. »*treaty claims*«). Es fehlt bereits an einem Konflikt zwischen den beiden Streitbeilegungsmechanismen, da es beim ICSID-Schiedsverfahren nicht um eine Vertragsverletzung durch die RSMV, sondern um eine Enteignung durch hoheitliche Maßnahmen von R geht.

R ist Vertragspartei der Bergbaucharta. Voraussetzung für die Einwilligung ist jedoch, dass es sich um eine Streitigkeit von R mit einem »Investor einer anderen Vertragspartei« handelt.⁴² Investor einer anderen Vertragspartei ist nach Art. 1 VII (a) (i) Bergbaucharta nur diejenige natürliche Personen, die die Staatsangehörigkeit dieser Vertragspartei besitzt oder dort ihren ständigen Aufenthalt hat. D1 ist Staatsangehöriger von G, der Vertragspartei der Bergbaucharta ist. D2 und D3 sind dagegen Staatsangehörige von E, einer Nichtvertragspartei der Bergbaucharta, und haben auch dort ihren ständigen Aufenthalt. Eine Einwilligung aus der Bergbaucharta, die Streitigkeit dem Zentrum zu unterwerfen, liegt somit nur hinsichtlich D1 vor.

Voraussetzung für eine Einwilligung aus der Bergbaucharta hinsichtlich der GTM AG ist ebenfalls, dass es sich bei dieser um einen »Investor einer anderen Vertragspartei« handelt. Nach Art. 1 VII (b) (ii) Bergbaucharta bedeutet Investor in Bezug auf eine Vertragspartei eine Gesellschaft oder andere Organisation, die in Übereinstimmung mit den in dieser Vertragspartei geltenden Rechtsvorschriften gegründet wurde. Da die GTM AG in R gegründet wurde, hat sie die Staatszugehörigkeit von R und ist damit grundsätzlich nicht Investor einer *anderen* Vertragspartei.

³⁸ Bei Ablehnung eines Übereinkommens, die GTM AG als Angehörige eines anderen Vertragsstaats zu betrachten, wäre bereits an dieser Stelle auf Art. 26 VII Bergbaucharta einzugehen. Siehe dazu Teil B.I.1.b).

³⁹ Siehe *Schreuer/Malintoppi/Reinisch/Sinclair* a. a. O., Art. 25, Rn. 448, 449.

⁴⁰ Vgl. Präambel, VII ICSID-Übereinkommen.

⁴¹ Laut Sachverhalt ist die fiktive Bergbaucharta von 1994 inhaltlich identisch mit dem Vertrag über die Energiecharta v. 17. 12. 1994. Der Text der Energiecharta findet sich in BGBl 1997 II 5.

⁴² Art. 26 I Bergbaucharta.

Eine Ausnahme besteht nach Art. 26 VII Bergbaucharta lediglich dann, wenn der Investor, der die Staatszugehörigkeit der am Streit beteiligten Vertragspartei besitzt, von Investoren einer anderen Vertragspartei kontrolliert wird. Unter Kontrolle einer Investition versteht man nach den Klarstellungen zur Bergbaucharta die »faktische Kontrolle, die nach Prüfung der tatsächlichen Umstände in jeder Situation festgestellt wird.«⁴³ Die GTM AG wird mittels der »goldenen Aktien« von D1, D2 und D3 gemeinsam kontrolliert. Investor einer anderen Vertragspartei der Bergbaucharta ist jedoch nur D1, nicht aber D2 und D3. Fraglich ist somit, inwieweit von einer Kontrolle durch »Investoren einer anderen Vertragspartei« gesprochen werden kann. D1 alleine kann die GTM AG nicht faktisch kontrollieren. Wenn in einem solchen Fall von einer Kontrolle durch Investoren einer anderen Vertragspartei ausgegangen würde, würden auch Investoren von Nichtvertragsparteien indirekt in den Genuss des Schutzes der Bergbaucharta gelangen obwohl deren Staaten selbst nicht bereit sind, sich den Verpflichtungen der Bergbaucharta zu unterwerfen.⁴⁴ Auch der GTM AG gegenüber liegt somit keine Einwilligung aus der Bergbaucharta vor (a. A. vertretbar).

Es liegt somit nur hinsichtlich Streitigkeiten über Investitionen zwischen D1 und R eine schriftliche Einwilligung der Parteien, die Streitigkeit dem Zentrum zu unterwerfen, vor.

c) Zuständigkeit *ratione materiae*

Die Zuständigkeit *ratione materiae* des Zentrum erstreckt sich jedoch nur auf Investitionsstreitigkeiten.

aa) Investitionsstreitigkeit nach dem ICSID-Übereinkommen

Nach Art. 25 I ICSID-Übereinkommen handelt es sich dabei um »alle unmittelbar mit einer Investition zusammenhängenden Rechtsstreitigkeiten«. Die Parteien streiten über Entschädigungsansprüche wegen rechtswidriger Enteignung. Eine Rechtsstreitigkeit ist damit gegeben.

Problematischer ist dagegen, ob diese Rechtsstreitigkeit unmittelbar mit einer Investition zusammenhängt. Das ICSID-Übereinkommen definiert den Begriff der »Investition« nicht. Abgestellt wird beim Investitionsbegriff regelmäßig auf eine gewisse zeitliche Dauer, das Eingehen

eines Risikos, den erheblichen Kapitaleinsatz sowie die Leistung eines Beitrags zur Entwicklung des Investitionsstandorts.⁴⁵ Die Rechtsprechung der ICSID-Schiedsgerichte geht von einem weiten Investitionsbegriff aus, der die Beteiligung von D1 an der GTM AG ohne weiteres mit einschließt.⁴⁶ Soweit man unter Investitionen »Vermögenswerte jeder Art« versteht,⁴⁷ fallen darunter auch der Erwerb des Feriendomizils des D1 in R (a. A. vertretbar).

Die Rechtsstreitigkeit über Entschädigungsansprüche zwischen D1 und R hängen unmittelbar mit diesen Investitionen zusammen, so dass die Zuständigkeit *ratione materiae* des Zentrums nach dem ICSID-Übereinkommen gegeben ist.

bb) Investitionsstreitigkeit nach der Bergbaucharta

Soweit sich die schriftliche Einwilligung von R, die Streitigkeit über eine Investition dem Zentrum zu unterbreiten, aus der Bergbaucharta ergibt, muss die Streitigkeit auch unter den Anwendungsbereich *ratione materiae* der Bergbaucharta fallen. Erforderlich ist insofern eine doppelte Zuständigkeitsprüfung nach dem ICSID-Übereinkommen und nach der Bergbaucharta (sog. »double-barrelled test«).⁴⁸ Nach Art. 26 I Bergbaucharta umfasst die Einwilligung des R nur Streitigkeiten über eine Investition, die sich auf einen behaupteten Verstoß gegen eine Verpflichtung aus Teil III der Bergbaucharta beziehen. Teil III der Bergbaucharta regelt u. a. in Art. 13 den Schutz von Investitionen gegen Enteignungen. Soweit D1 eine rechtswidrige Enteignung geltend macht, liegt ein behaupteter Verstoß gegen eine Verpflichtung aus Teil III vor.

Fraglich ist jedoch, ob sich der behauptete Verstoß gegen eine »Investition« im Sinne der Bergbaucharta richtet. Der Investitionsbegriff des ICSID-Übereinkommens und derjenige der Bergbaucharta sind nicht notwendigerweise identisch.⁴⁹ Nach Art. 1 VI S. 1 Bergbaucharta bedeutet Investition jede Art von Vermögenswert, der einem Investor unmittelbar oder mittelbar gehört, einschließlich

⁴⁵ Siehe z. B. ICSID, Case No ARB/00/4, Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v Kingdom of Morocco, Schiedsspruch über die Gerichtsbarkeit v. 16. 7. 2001, § 52.

⁴⁶ Siehe Schreuer/Malintoppi/Reinisch/Sinclair a. a. O., Art. 25, Rn. 150.

⁴⁷ Vgl. Art. 1 I (a) Deutscher Mustervertrag 2009.

⁴⁸ Vgl. ICSID, Case No ARB/97/4, CSOB v Slovak Republic, Schiedsspruch über die Gerichtsbarkeit v. 24. 5. 1999, § 68; ICSID, Case No ARB/07/5, Abaclat and Others v The Argentine Republic, Schiedsspruch über die Gerichtsbarkeit und Zulässigkeit v. 4. 8. 2011, §§ 344, 351.

⁴⁹ Siehe *Roe/Happold Settlement of Investment Disputes under the Energy Charter*, 2011, 48-49.

⁴³ Klarstellung zu Art. 1 Nr. 6 Bergbaucharta. Zur entsprechenden Klarstellung in der Schlussakte der Europäischen Energiechartakonferenz siehe BGBl 1997 II 115 (118).

⁴⁴ Vgl. die Wertung in Art. 17 Nr. 1 Bergbaucharta.

beweglicher und unbeweglicher Sachen und Anteilsrechte.⁵⁰ Insoweit fallen also auch die Beteiligung von D1 an der GTM AG und der Erwerb des Feriendomizils in R unter den weiten Investitionsbegriff der Bergbaucharta.

Nach Art. 1 VI S. 3 Bergbaucharta bezieht sich der Begriff der Investition aber nur auf Investitionen im Zusammenhang mit einer »Wirtschaftstätigkeit im Bergbaubereich«. Diese wird in Art. 1 V Bergbaucharta als jede Wirtschaftstätigkeit betreffend die Aufsuchung, Gewinnung, Veredelung und Lagerung von Bodenschätzen definiert. Die Beteiligung an der GTM AG, die eine Goldmine in R betreibt, steht im Zusammenhang mit einer Wirtschaftstätigkeit im Bergbaubereich. Problematischer ist dies hingegen im Hinblick auf den Erwerb des Feriendomizils des D1 in R. Der Erwerb des Anwesens erfolgte bereits fünf Jahre vor dem Erwerb der Anteilsrechte an der GTM AG. Das Feriendomizil dient den privaten Erholungszwecken von D1 und steht weder faktisch noch rechtlich im Zusammenhang mit einer Wirtschaftstätigkeit im Bergbaubereich.⁵¹ Der Erwerb des Feriendomizils fällt danach nicht unter den insoweit eingeschränkten Investitionsbegriff der Bergbaucharta.⁵² Die in der Bergbaucharta enthaltene schriftliche Einwilligung von R, Streitigkeiten über Investitionen dem Zentrum zu unterbreiten, erfasst damit nur die Streitigkeiten, die sich aus der Beteiligung an der GTM AG ergeben, nicht aber solche, die aus dem Erwerb des Feriendomizils resultieren.

d) Zwischenergebnis

Das Zentrum ist nur für Rechtsstreitigkeiten zwischen D1 und R zuständig und nur soweit sich diese auf eine Investition im Sinne des ICSID-Übereinkommens und der Bergbaucharta beziehen. Letzteres trifft nur für die Beteiligung des D1 an der GTM AG zu.

2. Weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen

a) Gütliche Streitbeilegung

Die schriftliche Einwilligung von R in der Bergbaucharta, Streitigkeiten über eine Investition dem Zentrum zu unter-

breiten, steht unter dem Vorbehalt, dass eine Streitpartei die andere um eine gütliche Einigung ersucht hat.⁵³ Nach Art. 26 II Bergbaucharta kann die Streitigkeit erst nach Ablauf von drei Monaten nach dem gütlichen Einigungsversuch dem Zentrum unterbreitet werden.⁵⁴ D1 hat erst mehr als fünf Monate nach dem gütlichen Einigungsversuch den Antrag auf Einleitung des Schiedsverfahrens gestellt, sodass diese Zulässigkeitsvoraussetzung erfüllt ist.

b) Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs

Eine Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs ist nach Art. 26 ICSID-Übereinkommen nur erforderlich, wenn der Vertragsstaat dies als Bedingung für seine Zustimmung zum Schiedsverfahren gemacht hat. Mangels eines entsprechenden Verlangens von R ist der innerstaatliche Rechtsweg nicht zu erschöpfen.

3. Zwischenergebnis

Das gegen R angestrebte ICSID-Schiedsverfahren ist zulässig, soweit es um die unmittelbar mit der Beteiligung des D1 an der GTM AG zusammenhängenden Rechtsstreitigkeiten geht.

II. Begründetheit des ICSID-Schiedsverfahrens

Das Verfahren ist begründet, wenn R gegen eine Verpflichtung aus Teil III der Bergbaucharta verstoßen hat. In Betracht kommt hier ein Verstoß gegen Art. 13 I Bergbaucharta, wonach Investitionen von Investoren einer Vertragspartei im Gebiet einer anderen Vertragspartei grundsätzlich nicht verstaatlicht, enteignet oder einer Maßnahme gleicher Wirkung wie Verstaatlichung oder Enteignung (im Folgenden als »Enteignung« bezeichnet) unterworfen werden dürfen. Wie oben unter A.II.2.a) festgestellt, erfüllt die Abschaffung der »goldenen Aktie« und die Ernennung eines neuen Vorstandes der GTM AG den Tatbestand der rechtswidrigen Enteignung.

Nach Art. 13 III Bergbaucharta umfasst der Begriff der Enteignung auch den Sachverhalt, in dem eine Vertragspartei die Vermögenswerte einer Gesellschaft oder eines

⁵⁰ Art. 1 VI (a) und (b) Bergbaucharta.

⁵¹ Vgl. SCC, Case No 080/2005, AMTO v Ukraine, Schiedsspruch v. 26. 3. 2008, § 42.

⁵² Siehe auch die Klarstellung zu Art. 1 Nr. 5 Bergbaucharta, wonach der Vertrag keine anderen Rechte auf Wirtschaftstätigkeiten verleiht als die auf Wirtschaftstätigkeiten im Bergbaubereich. Zur entsprechenden Klarstellung in der Schlussakte der Europäischen Energiechartakonferenz siehe BGBl 1997 II 115 (117).

⁵³ Art. 26 I Bergbaucharta.

⁵⁴ Zum gütlichen Einigungsversuch als Zulässigkeitsvoraussetzung siehe *Roe/Happold* a. a. O., 137.

Unternehmens in ihrem Gebiet enteignet, an denen ein Investor einer anderen Vertragspartei in Form einer Investition beteiligt ist, einschließlich durch Anteilsrechte. D1 besitzt Aktien an der GMT AG. Die Besetzung der Goldmine der GMT AG und die damit verbundene Beeinträchtigung der Nutzung der Goldmine durch den Eigentümer stellt damit auch eine indirekte Enteignung gegenüber D1 dar. R hat damit gegen seine Verpflichtungen gegenüber D1 aus der Bergbaucharta verstoßen.

III. Ergebnis

Das gegen R angestrengte ICSID-Schiedsverfahren hat Aussicht auf Erfolg, soweit es um die Rechtsstreitigkeiten zwischen R und D1 über die Beteiligung an der GTM AG, d. h. die Abschaffung der »goldenen Aktie«, die Ernennung des Vorstands und die Besetzung der Goldmine, geht. Soweit es um die Zerstörung und die Plünderung des Feriendomizils des D1 in R geht, ist das Verfahren mangels Zuständigkeit des Zentrums *ratione materiae* unzulässig.

Soweit das ICSID-Schiedsverfahren auch von D2, D3 und der GTM AG angestrengt wurde, hat dieses mangels schriftlicher Einwilligung des R, Investitionsstreitigkeiten

mit diesen Personen dem Zentrum zu unterbreiten, keine Aussicht auf Erfolg.

C. Gesamtergebnis

G kann Entschädigungsansprüche gegen R wegen rechtswidriger Enteignung des D1 im Wege des diplomatischen Schutzes nur wegen der Zerstörung und Plünderung des Feriendomizils von D1 geltend machen. Soweit sich Entschädigungsansprüche aus der Beteiligung von D1 an der GTM AG ergeben, ist deren Geltendmachung im Wege des diplomatischen Schutzes durch die Einleitung des ICSID-Schiedsverfahrens ausgeschlossen.

D1 kann Entschädigungsansprüche gegen R wegen rechtswidriger Enteignung im Hinblick auf seine Beteiligung an der GTM AG, d. h. die Abschaffung der goldenen Aktie, die Ernennung des neuen Vorstands und die Besetzung der Goldmine der GTM AG, im Rahmen eines ICSID-Schiedsverfahrens geltend machen. Soweit ein solches Verfahren durch D2, D3 und die GTM AG angestrengt wurde, ist dieses mangels schriftlicher Einwilligung von R, Investitionsstreitigkeiten mit diesen Personen dem Zentrum zu unterbreiten, unzulässig.