

TIM MARTIN METJE

Der Investitionsschutz
im internationalen
Anlagenbau

Jus Internationale et Europaeum

20

Mohr Siebeck

Jus Internationale et Europaeum

herausgegeben von
Thilo Marauhn und Christian Walter

20



Tim Martin Metje

Der Investitionsschutz im internationalen Anlagenbau

Eine Untersuchung unter besonderer
Berücksichtigung internationaler BOT-Projekte

Mohr Siebeck

Tim Martin Metje, geboren 1977; Studium der Rechtswissenschaften und Internationalen Beziehungen an der Justus-Liebig-Universität Gießen und der Keele University (GB); 2007 Promotion; seit 2006 Rechtsreferendar am OLG Düsseldorf.

e-ISBN PDF 978-3-16-151159-2

ISBN 978-3-16-149695-0

ISSN 1861-1893 (Jus Internationale et Europaeum)

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

© 2008 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Held in Rottenburg gebunden.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2007/2008 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Justus-Liebig-Universität Gießen als Dissertation angenommen.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Prof. Dr. Thilo Maruhn, M.Phil. (Wales), der nicht nur die Anregung zu diesem Thema gegeben hat, sondern der mich auch in jeder Lage hilfreich unterstützt und mir immer wieder neue Denkanstöße gegeben hat. Darüber hinaus hat er meine Fähigkeit zum und mein Interesse am wissenschaftlichen Arbeiten von meiner Zeit als studentische Hilfskraft an seinem Lehrstuhl bis zum Abschluss dieses Promotionsvorhabens in vielfältiger Weise gefördert. Auch hierfür gebührt ihm mein herzlicher Dank.

Danken möchte ich auch Prof. Dr. Christoph Benicke, der die Erstellung des Zweitgutachtens übernommen hat sowie Herrn Prof. Maruhn und Prof. Dr. Christian Walter für die Aufnahme meiner Arbeit in die Schriftenreihe „ius internationale et europaeum“.

Die Dissertation wurde von der Friedrich-Naumann-Stiftung mit Mitteln des Bundesministeriums für Bildung und Forschung gefördert. In diesem Zusammenhang gilt mein Dank Prof. Dr. P. Michael Schmitz, der als Vertrauensdozent der Friedrich-Naumann-Stiftung den ideellen und materiellen Beitrag der Stiftung um die wichtige menschliche Unterstützung bereicherte.

Meinen Freunden und Kollegen danke ich für die mir zuteil gewordene Hilfe und die vielen gewinnbringenden Gespräche. Jeder von ihnen hat auf seine Weise wesentlich zum Erfolg dieser Arbeit beigetragen.

Der größte Dank aber gebührt meinen Eltern, die meine schulische und universitäre Ausbildung stets bedingungslos unterstützt haben. Diese Unterstützung war ein unverzichtbarer Rückhalt, ohne den eine erfolgreiche Promotion nicht möglich gewesen wäre. Ihnen sei diese Arbeit gewidmet.

Laubach, im April 2008

Tim Metje

Inhaltsübersicht

Einleitung.....	1
A. Ausgangspunkt der Untersuchung	2
B. Gegenstand der Untersuchung	3
C. Gang der Untersuchung	4
D. Terminologie der Arbeit	5
1. Teil: Build-Operate-Transfer-Projekte.....	11
A. Einleitung	11
B. BOT-Projekte als Projektfinanzierungsmodelle.....	12
C. BOT-Realisierungsvarianten	13
D. Historische Entwicklung.....	15
E. Projektbeteiligte	17
F. Projektstruktur	25
G. Projektphasen	29
H. Anwendungsbereiche und Erfahrungen mit BOT-Projekten	34
I. Vor- und Nachteile	44
J. Projektrisiken	48
K. Zusammenfassung	59
2. Teil: Schutzmechanismen im Investitionsrecht.....	61
A. Nationale Bestimmungen.....	61
B. Verträge zwischen Investor und Investitionsstaat	64

C. Völkergewohnheitsrechtlicher Investitionsschutz.....	73
D. Völkervertraglicher Investitionsschutz	75
E. Zusammenfassung	98
3. Teil: Schutzstandards internationaler BOT-Projekte	100
A. Vorbemerkung.....	100
B. Der Projektvertrag	101
C. Die Sekundärverträge	139
4. Teil: Streitbeilegung im internationalen Investitionsrecht .	143
A. Einführung.....	144
B. Schiedsvereinbarung.....	145
C. Streitbeilegung	155
5. Teil: Zusammenfassende Bewertung und Ausblick.....	177
Literaturverzeichnis	187
Sachregister	211

Inhaltsverzeichnis

Einleitung.....	1
A. Ausgangspunkt der Untersuchung	2
B. Gegenstand der Untersuchung	3
C. Gang der Untersuchung	4
D. Terminologie der Arbeit	5
I. Public Private Partnership	5
II. Auslandsinvestitionen	6
III. Internationale Konzessionen	7
IV. Internationaler Investitionsschutz	9
1. Teil: Build-Operate-Transfer-Projekte.....	11
A. Einleitung	11
B. BOT-Projekte als Projektfinanzierungsmodelle.....	12
C. BOT-Realisierungsvarianten	13
D. Historische Entwicklung.....	15
E. Projektbeteiligte	17
I. Regierung/Investitionsstaat	18
II. Projektgesellschaft	19
III. Kapitalgeber	20
1. Eigenkapitalgeber.....	20
2. Fremdkapitalgeber.....	21
IV. Anlagenerrichter	22
V. Anlagenbetreiber.....	23
VI. Nutzer	24
VII. Berater und Planer.....	24
F. Projektstruktur	25

G. Projektphasen	29
I. Entwicklungsphase.....	30
II. Erstellungsphase	32
III. Anlaufphase	32
IV. Betriebsphase	33
V. Übergabephase.....	33
H. Anwendungsbereiche und Erfahrungen mit BOT-Projekten	34
I. Nationale BOT-Projekte.....	35
1. Warnowquerung Rostock	37
2. Travequerung Lübeck.....	37
3. Strelasundquerung	38
II. Internationale BOT-Projekte	39
1. Eurotunnel	40
2. Brücke über den Rio de la Plata	41
3. Wasserkraftwerk Birecik	42
I. Vor- und Nachteile	44
I. Beteiligtenbezogene Betrachtung	44
1. Beteiligtenbezogene Vorteile	45
2. Beteiligtenbezogene Nachteile	45
II. Volkswirtschaftliche Betrachtung	46
1. Volkswirtschaftliche Vorteile	46
2. Volkswirtschaftliche Nachteile.....	47
J. Projektrisiken	48
I. Risikobegriff.....	49
II. Risikoidentifikation/Risikoallokation	49
1. Globale Risiken	51
a. Wirtschaftliche Risiken	51
aa. Finanzierungsrisiken	51
bb. Währungsrisiken	52
cc. Inflationsrisiken	52
dd. Vertragsrisiken	53
b. Länderrisiken.....	53
aa. Politisches Risiko	54
bb. Zahlungsverkehrsrisko	55
c. Force Majeure-Risiken	56
2. Elementare Risiken.....	57
a. Projektentwicklungsrisiken.....	57
b. Projektierungs- und Ausführungsrisiken.....	58
c. Betriebsrisiken	58

d. Übergaberisiken.....	59
K. Zusammenfassung	59
2. Teil: Schutzmechanismen im Investitionsrecht.....	61
A. Nationale Bestimmungen.....	61
I. Regelungen des Gaststaates	61
II. Regelungen des Heimatstaates	63
B. Verträge zwischen Investor und Investitionsstaat.....	64
I. Inhalt.....	64
II. Rechtliche Einordnung.....	64
1. Verträge ohne vertragliche Rechtszuweisung.....	65
2. Verträge mit vertraglicher Rechtszuweisung	66
a. Völkerrechtliche Zulässigkeit von Stabilisierungsklauseln	67
b. Rechtliche Auswirkung von Internationalisierungsklauseln	68
aa. Originäre Anwendbarkeit des Völkerrechts.....	68
bb. Lehre vom beschränkt völkerrechtlichen Vertrag	69
cc. Kollisionsrechtlicher Ansatz	70
dd. Anwendbarkeit nichtstaatlicher Rechtsordnungen.....	70
ee. Stellungnahme.....	71
C. Völkergewohnheitsrechtlicher Investitionsschutz.....	73
D. Völkervertraglicher Investitionsschutz	75
I. Bilateraler Investitionsschutz.....	75
1. Historische Entwicklung	75
2. Definitionen.....	77
a. Investor.....	77
b. Investition.....	78
3. Zeitlicher Anwendungsbereich.....	79
4. Materielle Standards der Behandlung von Investitionen	79
a. Investitionszulassung.....	80
b. Inländergleichbehandlung.....	80
c. Most-favoured-nation-treatment (Meistbegünstigungsprinzip)	81
d. Enteignungs- und Verstaatlichungsschutz.....	83

e.	Freie Transferierbarkeit von Investitionskapital und -gewinnen	84
f.	Streitbeilegung.....	84
II.	Multilateraler Investitionsschutz	85
1.	Historische Entwicklung	85
2.	Regionale Vereinbarungen	87
3.	Internationales Zentrum zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten	88
4.	Multilaterale Investitionsversicherungsagentur	90
5.	Energiechartavertrag	92
6.	Multilaterales Investitionsabkommen.....	94
7.	Investitionsschutz unter dem Dach der WTO	96
E.	Zusammenfassung	98
3.	Teil: Schutzstandards internationaler BOT-Projekte	100
A.	Vorbemerkung.....	100
B.	Der Projektvertrag	101
I.	Internationalisierung	103
1.	Direkte und indirekte Internationalisierung	103
2.	Renationalisierung.....	105
3.	Stellungnahme und Kritik.....	106
II.	Stabilisierung	109
1.	Vertragsimmanente Stabilisierung.....	111
2.	Vertragsexterne Stabilisierung	112
a.	Bilaterale Investitionsschutzverträge	113
aa.	Abgedeckte Risiken.....	114
(1.)	Enteignungsrisiko	114
(2.)	Diskriminierungsrisiko	118
bb.	Rechtsschutz des Investors	119
b.	Multilaterale Investitionsschutzverträge	121
3.	Zusammenfassung und Kritik.....	123
a.	Rechtliche Defizite des multilateralen Investitionsschutzes	123
b.	Die Anpassungsfähigkeit bilateraler Verträge	124
c.	Die Signalwirkung bilateraler Verträge	125
III.	Flexibilisierung	126
1.	Abgrenzung zu Force Majeure- und Hardship-Klauseln	127
2.	Flexibilisierung durch Neuverhandlungsklauseln	129

3.	Prozessuale Durchsetzbarkeit	131
a.	Vorliegen einer Rechtsstreitigkeit.....	132
b.	Zuständigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit.....	132
aa.	Unproblematische Fälle	133
bb.	Problematische Fälle.....	133
(1.)	Unzulässigkeit der Vertragsanpassung durch Schiedsgerichte.....	133
(2.)	Zulässigkeit der Vertragsanpassung durch Schiedsgerichte.....	135
(3.)	Stellungnahme	136
IV.	Zwischenergebnis.....	138
C.	Die Sekundärverträge	139
I.	Begriff und Beteiligte	139
II.	Bedeutung im BOT-System	140
4.	Teil: Streitbeilegung im internationalen Investitionsrecht .	143
A.	Einführung.....	144
B.	Schiedsvereinbarung.....	145
I.	Unverbindliche Formen der Streitbeilegung	145
II.	Verbindliche Formen der Streitbeilegung	146
1.	Nichtaufnahme einer Schiedsvereinbarung.....	146
2.	Schiedsklausel/Schiedsabrede	147
a.	Begriffsbestimmung.....	148
b.	Vorrang der vertraglichen Schiedsvereinbarung	150
c.	Vorrang der bilateralen Schiedsvereinbarung	150
d.	Regelungsansatz des Energiechartavertrages	151
e.	Regelungsansatz der MAI-Verhandlungen	152
f.	Stellungnahme	153
C.	Streitbeilegung	155
I.	Alternative Streitbeilegung	155
II.	Streitbeilegung vor nationalen Gerichten	157
III.	Streitbeilegung vor internationalen Schiedsgerichten	157
1.	Ad-hoc-Schiedsgerichtsbarkeit.....	158
2.	Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit.....	159
a.	Internationales Zentrum zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten.....	160
aa.	Zuständigkeit	161

bb. Verfahren	162
cc. Bedeutung	165
b. Andere Formen institutioneller Streitbeilegung	170
aa. Schiedsgerichtsbarkeit der Internationalen Handelsgerichtsbarkeit.....	170
bb. Londoner Internationaler Schiedsgerichtshof....	172
cc. International genutzte nationale Schiedsgerichtsinstitutionen.....	173
(1.) Schiedsgerichtsinstitut der Stockholmer Handelskammer	173
(2.) Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V.	175
5. Teil: Zusammenfassende Bewertung und Ausblick	177
Literaturverzeichnis	187
Sachregister	211

Einleitung

Investitionen in alle Bereiche öffentlicher Daseinsvorsorge und Infrastrukturbereitstellung sind der öffentlichen Hand, bedingt durch die eigene Finanznot, heute nur noch selten in dem gewünschten Umfang möglich.¹ Direkte Folge dieser Entwicklung ist ein erheblicher Investitionsstau in nahezu allen Industrienationen in Höhe von mehreren Milliarden Euro. Dabei haben sowohl die Industrienationen als auch viele Entwicklungsländer die elementare Bedeutung einer leistungsfähigen Verkehrsinfrastruktur und eine hoch entwickelten sozialen Infrastruktur im Bereich von Schulen, Krankenhäusern oder Gefängnissen für ihre eigene Positionierung und derjenigen ihrer Wirtschaft auf dem Weltmarkt längst erkannt.² Tatsächlich wird gerade eine moderne und funktionsfähige Verkehrsinfrastruktur oftmals sogar als die entscheidende Determinante einer günstigen Positionierung in diesem Zusammenhang herausgestellt.³

Die meisten Staaten befinden sich folglich in einem Zwiespalt, den aufzulösen ihnen oftmals nur bedingt möglich ist. Währenddessen resultieren aus dieser Finanznot der öffentlichen Hand für private Investoren neue Formen wirtschaftlicher Tätigkeiten. Mit ihrem Engagement im Rahmen eines weiten Spektrums von Realisierungs- und Beteiligungsvarianten ist es möglich, Investitionen in ehemalige Monopolbereiche staatlicher Betätigung von einer öffentlichen Finanzierung abzukoppeln.

Eine Erfolg versprechende und zunehmend an Bedeutung gewinnende Strategie der Einbindung privater Investoren in den öffentlichen Verkehrsinfrastruktur- und Anlagenbau, sind die in jüngerer Vergangenheit insbesondere auf internationaler Ebene entstandenen privatfinanzierten Build-Operate-Transfer-Projekte (BOT-Projekte).⁴ Diese Kooperationen zwischen öffentlichen und privaten Partnern dienen der Schaffung von Anlagen und Einrichtungen, die im Heimatstaat des Projekts von der öffentlich-

¹ Vgl. *Kulke*, Handelsblatt (03. März 2006), B 12.

² *Girmscheid*, Projektabwicklung in der Bauwirtschaft, 5.

³ Vgl. *Europäische Kommission (Hrsg.)*, Ein Neubeginn für die Strategie von Lissabon, 27; vgl. auch *Möller/Schramm*, BOT-Geschäfte, 4.

⁴ *Nicklisch*, in: ders. (Hrsg.): Nationale und internationale privat finanzierte Projekte, 6; *Katz/Smith*, Journal of Construction Accounting & Taxation 2003, 36 (36).

en Hand allein nicht mehr finanziert werden können.⁵ Ihre Grundidee ist, dass die in das Projekt fließenden privaten Investitionen nicht aus öffentlichen Mitteln zurückgezahlt, sondern, einschließlich ihrer Finanzierung, in einer zeitlich begrenzten Betriebsphase durch die Betriebserlöse erwirtschaftet werden, bevor die Einrichtung im Anschluss an diese Betriebsphase, in der Regel entschädigungslos, auf die öffentliche Hand übergeht.⁶ Ihr Charakteristikum ist ein komplexes Vertragsnetzwerk, das von einer vertraglichen Vereinbarung zwischen dem Investor und dem Investitionsstaat beherrscht wird.⁷

A. Ausgangspunkt der Untersuchung

Der Investor, der sich im Rahmen von solchen Build-Operate-Transfer-Projekten nicht selten über einen Zeitraum von 30 oder mehr Jahren an den Investitionsstaat bindet, wird sein Engagement im Investitionsstaat regelmäßig von dem Bestehen eines guten Investitionsklimas abhängig machen. Hierzu zählt, unabhängig davon, ob es sich bei dem Investitionsstaat um einen Entwicklungs- oder einen Industriestaat handelt, immer auch eine entsprechende Rechtssicherheit für die Vornahme seiner Investition im Gaststaat.⁸

Die Projektrealisierungsvariante des Build-Operate-Transfer (BOT) stellt an diesen rechtlichen Rahmen indes schon allein durch das mit ihr verbundene breite Risikospektrum besondere Anforderungen. Diesen Anforderungen wird der durch das nationale Rechtssystem des Investitionsstaates generierte Schutz, der für rein privatwirtschaftliche Investitionen regelmäßig noch ausreichend sein mag, aufgrund der direkten staatlichen Beteiligung an den vertraglichen Beziehungen regelmäßig nicht gerecht. Zu groß ist letztendlich das Spektrum der Einflussnahmemöglichkeiten des Investitionsstaates auf sein eigenes Rechtssystem.⁹ Vor diesem Hinter-

⁵ *Katz/Smith*, *Journal of Construction Accounting & Taxation* 2003, 36 (36).

⁶ *Böhm*, Öffentlich-private Partnerschaften, 51; *Girmscheid*, Projektabwicklung in der Bauwirtschaft, 118.

⁷ Vgl. *UNIDO (Hrsg.)*: BOT-Guidelines, 209; Nicklisch, in: ders. (Hrsg.): Rechtsfragen privat finanzierter Projekte, 8.

⁸ *Hemmer/Krüger/Seith*, Ausländische Direktinvestitionen, 15; *McCleary*, in: Projektarbeitsgruppe „Public Private Partnership“ der SPD-Bundestagsfraktion (Hrsg.): Öffentlich-private Partnerschaften, 16; vgl. auch *OECD (Hrsg.)*: Foreign Direct Investment Incentive Policies, 7.

⁹ Vgl. *Karl*, RIW 1994, 809 (810); *Fischer*, in: Böckstiegel/Folz/Mössner/Zemanek (Hrsg.): FS Seidl-Hohenveldern, 102; *Schwarzenberger*, Foreign Investment and International Law, 188.

grund erklärt sich das Bedürfnis gerade des privaten Sektors nach einem über die nationalen Grenzen hinausgehenden Investitionsschutz.

Eine entsprechende Entwicklung im (Wirtschafts-)Völkerrecht ist indes trotz dieses weltweiten Bedürfnisses nach einem verbesserten Investitionsschutzrecht derzeit noch nicht vollumfänglich absehbar.¹⁰ Vielmehr existieren im Bereich des internationalen Investitionsschutzes viele unterschiedliche Bemühungen, einen hinreichenden Schutz gerade ausländischer Investoren zu erreichen. Angesetzt wird hier oftmals mit dem Versuch, die Rolle des Investors in der Streitbeilegung zu stärken, deren Effektivität gerade für die Beteiligten eines Build-Operate-Transfer-Projekts aufgrund der zeitlichen Komponente nicht unterschätzt werden darf. Dabei erlangt die Streitbeilegung ihre eigentliche Bedeutung aber erst, wenn die vertraglichen Beziehungen zwischen Investor und Investitionsstaat gestört und eine erfolgreiche Projektrealisierung nur noch schwer möglich ist.

B. Gegenstand der Untersuchung

Im Mittelpunkt der vorliegenden Arbeit steht mit der vertraglichen Beziehung zwischen Investor und Investitionsstaat das Kernelement eines jeden Build-Operate-Transfer-Projekts.¹¹ Gerade an diesem Vertrag und den in ihn aufgenommenen Regelungen lassen sich Licht und Schatten des aktuellen völkerrechtlichen Investitionsrechts besonders gut aufzeigen.¹² Darüber hinaus bietet dieser, das komplexe Vertragsnetzwerk eines jeden BOT-Projekts beherrschende Vertrag auch die Möglichkeit, die aktuellen, diese Projektrealisierungsvariante beeinflussenden Entwicklungen, im Bereich des Investitionsrechts aufzeigen und zu bewerten.

Ein Schwerpunkt im Rahmen dieser Bewertung liegt daher auch zunächst auf der Frage nach einer verbesserten Absicherung gerade des Investors in seiner vertraglichen Beziehung zum Investitionsstaat. Diskutiert werden soll unter Berücksichtigung der einzelnen damit verbundenen Vor- und Nachteile zudem auch die Wahl des für diese spezielle Projektrealisierungsvariante am besten geeigneten und mithin von den Projektbeteiligten

¹⁰ Vgl. *Hoffmann*, International Project Finance, 64; ähnlich auch schon *Joosten/Kranendonk*, Infrastructural BOOT Projects, 84.

¹¹ Vgl. *Wahl*, in: Nicklisch (Hrsg.): Rechtsfragen privat finanzierter Projekte, 15 (15 ff.); *Nicklisch*, in: ders. (Hrsg.): Rechtsfragen privat finanzierter Projekte, 8; *Merna*, in: ders./Smith (Hrsg.): Concession Contracts, 3; *UNIDO (Hrsg.): BOT-Guidelines*, 209; *Comeaux/Kinsella*, Protecting Foreign Investment, 129.

¹² Vgl. im Hinblick auf Projektverträge im Allgemeinen: *Herdegen*, in: Baur/Hobe (Hrsg.): Rechtsprobleme von Auslandsinvestitionen, 14.

in den Vertragsverhandlungen in Anbindung an die Schiedsklausel zu vereinbarenden Streitbeilegungsmechanismus.

C. Gang der Untersuchung

Mit dem Ziel, die sich während der Projektlaufzeit ergebenden investitionsschutzrechtlichen Fragen zu diskutieren, gliedert sich die vorliegende Arbeit in drei Teile. Im Mittelpunkt des ersten Abschnittes steht die Projektrealisierungsvariante des Build-Operate-Transfer. An ausgewählten Beispielen soll zunächst die typische, in Phasen unterteilte, Realisierung internationaler Build-Operate-Transfer-Projekte dargestellt sowie die Rolle der einzelnen Projektbeteiligten diskutiert werden. Dabei wird im Besonderen auch auf das einem jeden Build-Operate-Transfer-Projekt zu Grunde liegende komplexe Vertragsnetzwerk einzugehen sein. Ebenso sollen bereits in diesem Zusammenhang anhand einer betriebswirtschaftlichen Risikoanalyse, die eine erfolgreiche Projektrealisierung gefährdenden Risiken herausgearbeitet und auch bewertet werden.

Ergänzt wird die Darstellung schließlich von einem Überblick über die aktuellen Entwicklungen im internationalen Investitionsrecht, anhand dessen aufgezeigt werden soll, welche unterschiedlichen Rechtsordnungen Einfluss auf die Stellung des ausländischen Investors im Investitionsstaat haben können. Hierbei wird, stets losgelöst von der Realisierungsvariante des Build-Operate-Transfer, auch auf die aktuellen Entwicklungen im internationalen Investitionsrecht einzugehen sein, die die Grundlage für die hieran anschließende Entwicklung eines investitionsrechtlichen Schutzes internationaler Build-Operate-Transfer-Projekte bilden.

Den Hauptteil der Arbeit bildet die Diskussion über Entwicklungen in der Ausgestaltung internationaler Projektverträge, jeweils ausgerichtet an der Projektrealisierungsvariante des Build-Operate-Transfers. In diesem Abschnitt sollen insbesondere die Möglichkeiten aber auch die Risiken der in der Vertragspraxis regelmäßig verwendeten Schiedsklauseln und Absicherungsmechanismen diskutiert werden. Dabei kommt der Internationalisierung sowie der Stabilisierung von Projektverträgen durch entsprechend ausgestaltete Vertragsvereinbarungen ein besonderes Gewicht zu. Eingegangen werden soll aber auch auf die im Vordringen befindliche Tendenz der Flexibilisierung im Bereich internationaler Projektverträge, anhand derer die Vertragsparteien in der jüngeren Vergangenheit eine Anpassungsfähigkeit des Vertrages über seine Gesamtlaufzeit zu erreichen suchen. Schließlich wird in diesem Zusammenhang auch die Frage nach den mit einer solchen Flexibilisierung einhergehenden rechtlichen Fragestellungen zu beantworten sein.

In einem gesonderten Abschnitt wird schließlich noch auf die Frage einer effektiven Form der Streitbeilegung einzugehen sein, die trotz einer sorgfältigen Formulierung des Projektvertrages, bedingt durch die lange Projektlaufzeit, nicht ausgeschlossen werden kann. Dabei sollen zunächst die Entwicklungen im Rahmen der Versuche einer Verbesserung der Stellung des privaten Investors im Verhältnis zum Investitionsstaat aufgezeigt und im Hinblick auf die Stellung des Investors als Beteiligtem an einem BOT-Projekt bewertet werden. Zugleich soll anhand der Vor- und Nachteile der einzelnen Streitbeilegungsmöglichkeiten aufgezeigt werden, welche Möglichkeiten dem Investor im Streitfall zur Verfügung stehen und wie es gelingen kann, ein bereits begonnenes Projekt auch erfolgreich zu beenden. Ein Über- und Ausblick auf mögliche künftige Entwicklungen im Bereich des internationalen Investitionsrechts beschließt die Arbeit.

D. Terminologie der Arbeit

Einige Begriffe des internationalen Investitionsschutzes sowie grenzüberschreitender Projektfinanzierungen kehren im Verlauf der Arbeit immer wieder. Insbesondere aufgrund ihrer mitunter unterschiedlichen Verwendung in Verträgen, Rechtsprechung und Literatur sollen diese Begriffe vorab erläutert und in das System des BOT eingeordnet werden.

I. *Public Private Partnership*

Unabhängig von ihrer konkreten Realisierungsvariante lassen sich alle Build-Operate-Transfer-Projekte der Gruppe der Public Private Partnership-Modelle zuordnen. Der Begriff des Public Private Partnership als institutionalisierte Zusammenarbeit zwischen öffentlichem und privaten Akteuren¹³ hat sich in der Bundesrepublik Deutschland als Schlagwort in den 1980er Jahren etabliert,¹⁴ ohne dass sich bis heute eine klare und einheitliche Definition herausgebildet hat.¹⁵ Mithin ist ein Public Private Partnership daher auch eher als ein allgemeines Verhaltensleitbild zu verstehen, welches Kommunikation und das informelle Aushandeln zwischen Privatpersonen und der öffentlichen Hand sowie die private Finanzierung öffentlicher Ausgaben zum Gegenstand hat.¹⁶

¹³ *Alfen/Fischer*, in: Weber/Schäfer/Hausmann (Hrsg.): *Public Private Partnership*, 3.

¹⁴ Vgl. *Roggenkamp*, *Public Private Partnership*, 19; *Kirsch*, *Public Private Partnership*, 15.

¹⁵ *Kestermann*, *Public Private Partnership*, 7; *Wilde Sapte LLP (Hrsg.): Project Finance*, 1.

¹⁶ *Roggenkamp*, *Public Private Partnership*, 25; vgl. auch *Alfen/Fischer*, in: Weber/Schäfer/Hausmann (Hrsg.): *Public Private Partnership*, 3.

Der Grad der Einbeziehung des privaten Sektors bei Public Private Partnership-Modellen variiert und lässt sich daher in verschiedene Gestaltungsformen unterteilen, die fließend ineinander übergehen.¹⁷ Neben dem klassischen Outsourcing kommen als Gestaltungsformen Konzessionen ohne einen dauerhaften Vermögenstransfer an Private oder aber mit einem dauerhaften Vermögenstransfer an Private in Betracht. Die im Mittelpunkt der vorliegenden Arbeit stehenden BOT-Modelle finden sich im Übergang zwischen der zweiten und dritten Gestaltungsform öffentlich-privater Partnerschaften, jeweils abhängig davon, ob nach dem Ablauf des Konzessionszeitraumes eine Übergabe an den konzessionierenden Staat vorgesehen ist.¹⁸

II. Auslandsinvestitionen

Ähnlich dem Begriff des Public Private Partnership hat sich auch für Auslandsinvestitionen im Sinne des internationalen Investitionsrechts bisher keine allgemeinverbindliche Definition herausgebildet.¹⁹ Die internationale Schiedsgerichtspraxis zeigt aber, dass ein tendenziell weiter Investitionsbegriff angewendet wird.²⁰ Weitgehende Anerkennung hat daher auch eine Umschreibung gefunden, nach der unter einer Auslandsinvestition „the transfer of funds or materials from one country (called the capital exporting country) to another country (called the host country) to be used in the conduct of an enterprise in that country in return for a direct or indirect participation in the earnings of the enterprise“ zu verstehen ist.²¹

¹⁷ Scherer, *Private Partnerships/Private Finance Initiatives*, 1.

¹⁸ Dazu ausführlich unten, Teil 1 (Build-Operate-Transfer-Projekte).

¹⁹ Hemmer/Krüger/Seith, *Ausländische Direktinvestitionen*, 2.

²⁰ Tietje, in: ders./Kraft/Sethe (Hrsg.): *Die Argentinien-Krise aus rechtlicher Sicht: Staatsanleihen und Staateninsolvenz*, 14.

²¹ Riesenfeld, in: Bernhardt (Hrsg.): *EPIL 1995* (Bd. 2), 436; Zagel, *Auslandsinvestitionen in Lateinamerika*, 16. Vgl. diesbezüglich aber auch die Definitionsansätze des Internationalen Währungsfonds (IWF), wonach eine Auslandsinvestition [*every investment*] *that is made to acquire a lasting interest in an enterprise operating in an economy other than that of the investor, the investor's purpose being to have effective voice in the management of the enterprise*“ ist, *International Monetary Fund*, *Balance of Payments Manual*, Paragraph 408 (abgedruckt in World Bank (Hrsg.): *Report to the Development Committee on the Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment* (Bd. 2), *Guidelines*, 9 ff.); Hemmer/Krüger/Seith, *Ausländische Direktinvestitionen*, 2; vgl. auch Sornarajah, *International Law on Foreign Investment*, 7, der jede Auslandsinvestition als „*transfer of tangible or intangible assets from one country to another for the purpose of their use in that country to generate wealth under the total or partial control of the owner of the assets*“ definiert. Beide Definitionsansätze führen zu einem Ausschluss von Portfolioinvestitionen aus dem Anwendungsbereich von Auslandsinvestitionen und sind folglich enger als der vorliegende zugrunde gelegte Ansatz.