



TranState Working Papers

INVESTITIONSSCHUTZ
DURCH INTERNATIONALE
SCHIEDSGERICHE

Tillmann Rudolf Braun

No. 89

Universität Bremen • University of Bremen
Jacobs Universität Bremen • Jacobs University Bremen
Universität Oldenburg • University of Oldenburg

Staatlichkeit im Wandel • Transformations of the State
Sonderforschungsbereich 597 • Collaborative Research Center 597

Tillmann Rudolf Braun

Investitionsschutz durch internationale Schiedsgerichte

TranState Working Papers

No. 89

Sfb597 „Staatlichkeit im Wandel“ – „Transformations of the State“

Bremen, 2009

[ISSN 1861-1176]

Tillmann Rudolf Braun

Investitionsschutz durch internationale Schiedsgerichte

(TranState Working Papers, 89)

Bremen: Sfb 597 „Staatlichkeit im Wandel“, 2009

ISSN 1861-1176

Universität Bremen

Sonderforschungsbereich 597 / Collaborative Research Center 597

Staatlichkeit im Wandel / Transformations of the State

Postfach 33 04 40

D - 28334 Bremen

Tel.:+ 49 421 218-8720

Fax:+ 49 421 218-8721

Homepage: <http://www.staatlichkeit.uni-bremen.de>

Investitionsschutz durch internationale Schiedsgerichte

ZUSAMMENFASSUNG

Dieses Papier setzt sich mit den wesentlichen Prägungen der Globalisierung auf die Entwicklung des Internationalen Investitionsrechts auseinander; es fragt, inwiefern der grenzüberschreitende Investitionsschutz durch internationale Schiedsgerichte die Rolle des Staates bei der Bereitstellung des öffentlichen Gutes ‚Rechtssicherheit‘ verändert hat und verdichtet die Schlussfolgerungen in 4 Thesen.

Erstens läßt sich die Verbreitung der bilateralen Investitionsschutzverträge als Ausdruck des umfassenderen Trends begreifen, *Verträge* als grundlegendes völkerrechtliches ‚Gesetzgebungsinstrument‘ zu nutzen („*treatification*“) und als einen weiteren Ausdruck der zunehmenden *Verrechtlichung* internationaler Beziehungen in der Globalisierung sehen. Indem moderne Investitionsschutzverträge Investoren materielle Rechte und komplementär formelle Durchsetzungsverfahren gewähren, tragen diese zweitens zu einer wesentlichen Veränderung im Völkerrecht bei: Dem Individuum bzw. der juristischen Person des Privatrechts werden durch völkerrechtlichen Vertrag unmittelbar Rechte zugewiesen und es wird damit zum *partiellen Völkerrechtssubjekt* aufgewertet. Drittens hat im Internationalen Investitionsrecht die Globalisierung die Rolle des Staates als Garanten für Rechtsstaatlichkeit und Rechtssicherheit verändert: Staaten setzen bei grenzüberschreitenden Investitionsstreitigkeiten Recht und Ordnung nicht mehr alleine durch, sie *gewährleisten* und *garantieren* jedoch die Herstellung des Rechtsfriedens durch die Vereinbarung von Investor-Staat-Schiedsverfahren. Viertens schließlich kann das moderne internationale Investitionsrecht in einem übergreifenden Sinn als eine Art ‚Rückkehr‘ - oder anders gewendet - als Aufbruch zu einem umfassenderen und breiteren Verständnis des Völkerrechts begriffen werden.

INHALT

| | |
|---|----|
| I. DIE BEDEUTUNG UND QUELLEN DES INTERNATIONALEN INVESTITIONSRECHTS..... | 2 |
| II. DAS HERZSTÜCK DES INTERNATIONALEN INVESTITIONSRECHTS: PROZESSUALE DURCHSETZUNGSMECHANISMEN UND PARTIELLE VÖLKERRECHTSSUBJEKTIVITÄT FÜR DEN INVESTOR | 9 |
| III. NORMSETZUNG UND AUSLEGUNG: DAS ZUSAMMENSPIEL STAATLICHER UND SCHIEDSGERICHTLICHER VERANTWORTUNG | 15 |
| IV. DIE STRUKTUR DER AKTEURE IM INTERNATIONALEN INVESTITIONSRECHT IN HISTORISCHER BETRACHTUNG..... | 20 |
| BIOGRAPHISCHE ANMERKUNG..... | 24 |

Investitionsschutz durch internationale Schiedsgerichte

Bislang war der Staat nicht nur der eigentliche Schöpfer, sondern auch *der* zentrale Akteur des modernen Völkerrechts. Wie keine andere Rechtsordnung reflektiert das Völkerrecht die Globalisierung. Unverkennbar ist jedoch die gegenwärtige *entstaatlichende* Wirkung der Globalisierung mit ihrer weltwirtschaftlichen Verflechtung und Verdichtung, mit der Entstehung von Herausforderungen jenseits (national-) staatlicher Grenzen, und nicht zuletzt mit dem Aufkommen einer Vielzahl neuer, nicht-staatlicher Akteure.¹ Welche Auswirkungen also hat die Globalisierung auf das Völkerrecht und die Völkerrechtsbildung im 21. Jahrhundert? Offensichtlich kristallisieren sich in dieser Rechtsordnung Bereiche heraus, die in ganz unterschiedlicher Weise auf die Globalisierung reagieren: Teilweise sucht das Völkerrecht auf die sich aus der Globalisierung ergebenden Notwendigkeiten zu reagieren, teilweise aber auch die Globalisierung zu *gestalten*.²

In besonderer Weise gilt dies für das Internationale Investitionsrecht, welches in den vergangenen Jahren erheblich an praktischer Bedeutung gewonnen und sich nun neben dem Welthandelsrecht als *die* zweite Säule des modernen Wirtschaftsvölkerrechts etabliert hat.³ Dessen bemerkenswerte Entstehung verdankt es dem komplexen Zusammen-

¹ Generell zu veränderter Rolle des Staates: *Genschel/Zangl*, Metarmorphosen des Staates – vom Herrschaftsmopolisten zum Herrschaftsmanager, in: *Leviathan* (3), 2008, S. 430-454; *Hurrelmann/Leibfried/Martens/Mayer*, Transforming the Golden-Age of Nation State, 2007.

² Grundsätzlich: *Hobe*, Die Zukunft des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung – Perspektiven der Völkerrechtsentwicklung im 21. Jahrhundert, in: *Archiv des Völkerrechts* 37 (1999), S. 253-282; *Delbrück*, Structural Changes in the International System and its Legal Order: International Law in the Era of Globalization, in: *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht* 11 (2001), S. 1 ff.; *ders.*, Das Staatsbild im Zeitalter der Globalisierung, Arbeitspapier 3, Institut für Wirtschaftsrecht (2002).

³ Wie sich auch in einer Vielzahl neuer (Lehr-) Bücher und Fallsammlungen seit *Dolzer / Stevens*, *Bilateral Investment Treaties* (1995) und *Sacerdoti*, *Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection*, 269 *Recueil des Cours* 251 (1997), insbesondere im angelsächsischen Raum zeigt: *Sornarajah*, *The International Law of Foreign Investment* (2. Aufl. 2004); *Bishop / Crawford / Reisman*, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary* (2005); *McLachlan / Shore / Weiniger*, *International Investment Arbitration - Substantive Principles* (2007); *Griebel*, *Internationales Investitionsrecht* (2008); *Tietje* (Hrsg.), *International Investment Protection and Arbitration – Theoretical and Practical Perspectives* (2008); *Dolzer / Schreuer*, *Principles of International Investment Law* (2008); *Muchlinski / Ortino / Schreuer* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Investment Law* (2008); *Dugan / Wallace / Rubins / Sabashi*, *Investor-State Arbitration* (2008); *Newcombe / Paradell*, *Law and Practice of Investment Treaties* (2009); *Happ / Rubins*, *Digest of ICSID Awards and Decisions: 2003-2007* (2009); *Sauvant* (Hrsg.), *Appeals Mechanism in International Investment Disputes* (2008); *Douglas*, *The International Law of Investment Claims* (2009).

spiel zwischen den über 2600 bilateralen, zwischenstaatlichen Investitionsschutzverträgen einerseits und den Entscheidungen internationaler Schiedsgerichte andererseits. Aufgabe dieser Investitionsschutzverträge ist es, den Schutz grenzüberschreitender Direktinvestitionen zu gewährleisten. Auftrag jener internationalen Schiedsgerichte ist es, in der Regel am Maßstab des Völkerrechts, also der in diesen völkerrechtlichen Verträgen verkörperten Standards sowie des Völkergewohnheitsrechts, über das Interesse des Investors am Schutz seines Auslandsengagements vor staatlichen Eingriffen gegenüber dem Interesse des Gaststaates an der Durchsetzung seiner öffentlichen Ziele zu entscheiden.

Wie hat die Globalisierung diese Entwicklung des internationalen Investitionsrechts geprägt? Inwieweit hat der grenzüberschreitende Investitionsschutz durch internationale Schiedsgerichte die Rolle des Staates bei der Bereitstellung des öffentlichen Gutes ‚Rechtssicherheit‘ verändert: Ist diese ‚Internationalisierung der Rechtsstaatlichkeit‘ als eine weitere substantielle *Verlagerung* staatlicher Aufgaben zu deuten oder handelt es sich nur um eine bloße Veränderung in der *Form* der Staatsaufgaben? Welche Auswirkungen schließlich kann die Aufwertung des Einzelnen zum partiellen Völkerrechtssubjekt im internationalen Investitionsrecht – auch auf das Völkerrecht insgesamt - haben? Im Rahmen von 4 Thesen sei hier ein Bogen gespannt vom internationalen Investitionsrecht selbst bis hin zu möglichen, grundsätzlichen Entwicklungen im Völkerrecht, die darauf abzielen, Rechtssicherheit im Globalisierungsprozess zu gewährleisten.

I. DIE BEDEUTUNG UND QUELLEN DES INTERNATIONALEN INVESTITIONSRECHTS

Grenzüberschreitende Direktinvestitionen⁴ sind eine, wenn nicht *die* wesentliche Kraft für die Globalisierung. Sie können positive Wohlfahrtseffekte auch und gerade für Schwellen- und Entwicklungsländer erzielen, in die über ein Drittel der Investitionsströme fließen.⁵ Direktinvestitionen tragen nicht nur zum Erfolg der investierenden Unternehmen bei und sichern und schaffen Arbeitsplätze in deren Heimatland. Sie können regelmäßig auch zu einem langfristigen und wirkungsvollen Transfer von Kapital und Technologie für das Anlageland und seiner Infrastruktur führen, weil der private Investor ein Interesse am dauerhaften Wohlergehen seiner Investition hat. Derartige nachhaltige Wohlfahrtsgewinne für das Anlageland sind insbesondere zu erwarten, wenn Produktivitätszuwächse durch *Spillover*-Effekte auch bei anderen inländischen Unterneh-

⁴ Zum Begriff *Gramlich*, Rechtsgestalt, Regelungstypen und Rechtsschutz bei grenzüberschreitenden Investitionen (1984), S. 100 f.; siehe zu der dabei häufig verwandten Form der *Joint-Ventures*: Braun, Deutsch-Indische Joint Ventures in Indien, Verfassung und Recht in Übersee (20) 1987, S. 464 ff.

⁵ Vgl. UNCTAD, World Investment Report 2008 Overview, S. 1.

men eintreten. Dies kann beispielsweise durch die Einbindung inländischer Unternehmen in die Wertschöpfungs- und Lieferkette geschehen. Ausländische Direktinvestitionen können so zur weiteren wettbewerblichen und weltwirtschaftlichen Integration des Anlagelandes beitragen.

Im Jahr 2007 betrug der weltweite Zufluss ausländischer Direktinvestitionen 1,5 Billionen US-Dollar.⁶ Er ist seit 1980, also binnen knapp 30 Jahren um den Faktor 18 und damit deutlich schneller angestiegen als der Warenhandel im gleichen Zeitraum.⁷ Gewiss ist, dass die gegenwärtige Finanzkrise ihre Auswirkungen auf die zukünftige Entwicklung dieser Investitionsströme – wie auch auf die Handelsströme⁸ - haben wird.⁹ So unsicher vor diesem Hintergrund die weitere weltwirtschaftliche Entwicklung ist, gewiss ist aber auch, dass es mitnichten zu einer ‚Entglobalisierung‘ kommen wird: Investitions- und Handelsströme werden sich von dem krisenhaften Einbruch erholen, sobald die Weltwirtschaft wieder Fuß gefasst hat; Unternehmen werden weiterhin die Chancen der weltwirtschaftlichen Arbeitsteilung, der internationalen Wertschöpfungsketten, der Übertragung von Wissen und Know-how nutzen; schließlich bleiben insbesondere im Bereich der Infrastruktur und des Energiebedarfs neue Kapitalinvestitionen weltweit notwendig.

Die Globalisierung hat den völkerrechtlichen Rahmen für grenzüberschreitende Direktinvestitionen in besonderer Weise geprägt. So wurde der - bisherige - Anstieg der Investitionsströme von einer beeindruckenden Entwicklung des grenzüberschreitenden Investitionsschutzes begleitet. Die Entwicklung des modernen Schutzes ausländischer Investoren war wechselvoll und hat spätestens ab Mitte des 19. Jahrhunderts ihren Lauf genommen. Im völkerrechtlichen Fremdenrecht hat sich seitdem insbesondere hinsichtlich des Entschädigungsstandards für Enteignungen eine berühmt gewordene Kontroverse zwischen der lateinamerikanisch geprägten Calvo-Doktrin und der US-amerikanischen Hull-Formel entwickelt. Dies nimmt auch nicht wunder, bildet die Frage nach dem gebotenen Entschädigungsstandard gleichsam den Nukleus des Spannungsverhältnisses zwischen dem Interesse des Investors am Schutz seines Auslandsen-

⁶ UNCTAD, Investment Brief 2008, Nr. 1.

⁷ UNCTAD, World Investment Report 2006, Genf 2006, Annex B, S. 303, Foreign Direct Investment Database, www.unctad.org; WTO statistics database, times series, total merchandise trade, <http://stat.wto.org>.

⁸ WTO, “WTO sees 9% global trade decline in 2009 as recession strikes” (Presseerklärung vom 23. März 2009), http://www.wto.org/english/news_e/pres09_e/pr554_e.htm.

⁹ UNCTAD, Investment Brief 2009, Nr. 1; UNCTAD, Assessing the impact of the current financial and economic crisis on global FDI flows, January 2009; *Sauvant*, The FDI recession has begun, Perspectives on topical foreign direct investment issues by the Vale Columbia Center on Sustainable International Investment No. 1, November 22, 2008.

gagements vor staatlichen Eingriffen und dem Interesse des Gaststaates an der Durchsetzung seiner öffentlichen Ziele.

Im völkerrechtlichen Fremdenrecht hat sich hierzu die bekannte und berühmt gewordene Kontroverse zwischen der lateinamerikanisch geprägten Calvo-Doktrin und der US-amerikanischen Hull-Formel entwickelt. Auf der einen Seite stand der argentinische Jurist *Carlos Calvo*. Er war 1895 der Meinung, dass Ausländer nicht schlechter, aber auch nicht besser behandelt werden sollten als die Bürger des eigenen Landes.¹⁰ Zugleich wird auch die verfahrensrechtliche Durchsetzung des Mindeststandards im Wege des diplomatischen Schutzes als Einmischung in die Souveränität des Gaststaates zurückgewiesen. Eine klassische Formulierung für eine *Calvo*-Klausel findet sich in dem Vertrag, welcher dem Fall *North American Dredging Company* zugrunde lag:

*„The contractor and all persons who, as employees or in any other capacity, may be engaged in the execution of the work under this contract either directly or indirectly, shall be considered as Mexicans in all matters, within the Republic of Mexico, concerning the execution of such work and the fulfilment of this contract. They shall not claim, nor shall they have, with regard to the interests and the business connected with this contract, any other rights or means to enforce the same than those granted by the laws of the Republic to Mexico, nor shall they enjoy any other rights than those established in favour of Mexicans. They are consequently deprived of any rights as aliens, and under no conditions shall the intervention of foreign diplomatic agents be permitted, in any matter related to this contract.“*¹¹

Auf der anderen Seite vertrat rund vierzig Jahre später der amerikanische Außenminister *Cordell Hull* in einem Briefwechsel im Rahmen der Nachwehen der mexikanischen Revolutionskämpfe, bei der es zu zahlreichen Enteignungen gekommen war, die Auffassung, dass es einen internationalen Mindeststandard für Ausländer geben müsse - unabhängig von dem nationalen Behandlungsstandard. Dieser Mindeststandard verlange bei Enteignungen die Zahlung einer „prompten, angemessenen und effektiven“ (*prompt, adequate and effective*) Entschädigung.¹² Im Ergebnis konnten sich die Ver-

¹⁰ Calvo, *Le Droit International* Vol 6, 5. Auflage (1895), S. 231: „Aliens who established themselves in a country are certainly entitled to the same rights of protection as nationals, but they cannot claim any greater measure of protection“; grundlegend Shea, *The Calvo Clause* (1955).

¹¹ *North American Dredging Company of Texas (U.S.A.) v. United Mexican States*, (1926) 4.R.I.A.A., S. 26.

¹² Schreiben vom 22. August 1938, wiedergegeben in: *Mexico-United States: Expropriation by Mexico of Agrarian Properties Owned by American Citizens* (1938) 33 AJIL Supp, S. 191-201; *Lauterpacht*, *International Law and Private Foreign Investment*, 4 Ind. J. Global Leg. Studies, S. 259 (276) (1997).

einigten Staaten mit ihrer Forderung nach voller Entschädigung wohl nicht durchsetzen.¹³

Diese Kontroverse über den Standard der Entschädigung hat bis hin in die 1970er Jahre die Diskussion über den internationalen Schutz des Eigentums und der Investitionen geprägt.¹⁴ Heute hat sich die Hull-Formel zwar nicht unmittelbar¹⁵, aber doch mittelbar durch die Entschädigungsregelungen in den gegenwärtig über 2.600 Investitionsschutzverträgen völkergewohnheitsrechtlich durchgesetzt, in denen regelmäßig als Entschädigungsstandard der volle Marktwert festgeschrieben wird.

Ab den späten 1940er Jahren wurden erste – wenn auch erfolglose – multilaterale Bemühungen unternommen. Die *Havanna Charta* im Jahr 1948, welche die Errichtung einer Internationalen Handelsorganisation (ITO) vorsah, enthielt zunächst Vorschläge für ein Investitionskapitel.¹⁶ Bekanntlich konnten sich weder die teilnehmenden Staaten auf ein solches, substantielles Kapitel verständigen¹⁷ noch wurde die ITO nicht zuletzt mangels Billigung der Ratifikation durch den US-Senat überhaupt eingerichtet. Auch die nachfolgenden Bemühungen um einen multilateralen Rahmen in der OECD wie in

¹³ Levy, NAFTA's Provision for Compensation for Compensation in the Event of Expropriation: A Reassessment of the „Prompt, Adequate and Effective Standard, Stanf. JIL 31 (1995), S. 423 (426); Häde, Der völkerrechtliche Schutz von Direktinvestitionen im Ausland - Vom Fremdenrecht zum Multilateralen Investitionsabkommen – 35 Archiv des Völkerrechts (1997), S. 181.

¹⁴ Dolzer, Eigentum, Enteignung und Entschädigung im geltenden Völkerrecht (1985), S. 13 ff.; Newcombe / Paradell, Law and Practice of Investment Treaties (2009), S. 13, 18 ff;

¹⁵ Nicht zuletzt bedingt durch die VN-Resolutionen in den 70er Jahren, vgl. 'Declaration on the Establishment of a New Economic Order, G.A. Res. 3201 (S-VI) (eine Entschädigungspflicht verneinend), U.N. GAOR, 29th Sess., 2315th ple. Mtg., U.N.Doc. A/RES/3281 (XXIX) (1. Mai 1974) sowie 'Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten', G.A. Res. 3281 (XXIX). (12. Dezember 1974) (Entschädigung [nur] nach Maßgabe des nationalen Rechts); siehe hierzu Mann, British Treaties for the Promotion and Protection of Investments, 52 Brit. Yb. Int'l Law; S. 241 (250) (1981): „The cold print of these treaties is a more reliable source of law than the rhetorics in the United Nations“.

¹⁶ Der ursprüngliche Vorschlag der Vereinigten Staaten für eine ITO beinhaltete von vornherein keinen Vorschlag für ein Investitionskapitel, da sie bilaterale Abkommen mit hohen Standards bevorzugten; vgl. Newcombe/Paradell, Law and Practice of Investment Treaties (2009), S. 19.

¹⁷ Art. 11 Abs. 1 b der Havana Charter lautet: „No Member shall take unreasonable or unjustified action within its territory injurious to the rights or interests of nationals of other Members in the enterprise, skills, capital, arts or technology which they have supplied.“, UN Conference on Trade and Employment, U.N. Doc. E/CONF.2/78. Sales No. 1948.II.D.4; ausführlich Lowe, Changing Dimensions of International Investment Law, University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series (2007), S. 11.

der WTO scheiterten¹⁸, sodaß die ökonomisch zusammenhängenden Materien Handel und Investitionen¹⁹ völkerrechtlich sich unabhängig voneinander entwickelten.

Vor diesem Hintergrund und der oben beschriebenen Unzulänglichkeiten im Völkergewohnheitsrecht entwickelten Hermann Josef Abs von der Deutschen Bank und Lord Shawcross, ehemaliger britischer Attorney-General und damals Direktor der ‚Shell Petroleum Company‘, im Jahr 1959 einen Entwurf, welche die Grundlage für ein - letzten Endes nicht in Kraft getretenes - multilaterales Übereinkommen zum Investitionsschutz im Rahmen der OECD sein sollte. Sie bildete schließlich die Grundlage für den ersten, reinen bilateralen Investitionsschutzvertrag (BIT). Diese ‚Abs-Shawcross Draft Convention on Investment Abroad‘ beruhte auf zwei Entwürfen: Einem Entwurf der ‚International Convention for the Mutual Protection of Private Property Rights in Foreign Countries‘ [‚Köln Draft Convention‘²⁰], der von einer in der ‚Gesellschaft zur Förderung des Schutzes von Auslandsinvestitionen e.V. (Society to Advance the Protection of Foreign Investments‘) versammelten Gruppe deutscher Juristen, Banker und Ökonomen um Hermann Josef Abs vorbereitet wurde; und einem weiteren Entwurf von Lord Shawcross, welcher zusammen mit britischen und kontinental-europäischen Juristen 1958 entwickelt wurde.²¹

Der weltweit erste bilaterale Investitionsschutzvertrag wurde am 25. November 1959 von Deutschland und Pakistan unterzeichnet.²² Dieser neue Typus des völkerrechtlichen

¹⁸ *Nieuwenhuys / Brus* (Hrsg.), *Multilateral Regulation of Investment* (2001), *passim.*; *Lowenfeld*, *International Economic Law* (2002), S. 391-415; zur jüngsten Entwicklung: *Braun*, *Investment Protection under WTO Law - New Developments in the Aftermath of Cancún*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 28, Universität Halle-Wittenberg, 2004, <http://www.wirtschaftsrecht.uni-halle.de/Heft28.pdf> bzw. *ders.*, *Multilaterales Investitionsschutzabkommen - Perspektiven nach Cancún*, in: Steinmann, Höhne, Stoll (Hrsg.): *Die WTO vor neuen Herausforderungen*, Tagungsband des 5. Graduiertentreffens im Internationalen Wirtschaftsrecht in Göttingen, 2005, S. 109 ff..

¹⁹ In vielen Fällen stehen sie substitutiv zueinander; vgl. *Trebilcock/Howse*, *The Regulation of International Trade and Investment* (2005), S. 439 ff.

²⁰ *Abs*, *Proposals for Improving the Protection of Private Foreign Investments* (Institut International d’Etudes Bancaires, 1958), S. 33.

²¹ *Shawcross*, *The Problem of Foreign Investment in International Law*, 102 *Recueil des Cours* 335, S. 341 (1961-I).

²² II BGBl. S. 794 (1964); alle geltenden, deutschen Investitionsförderungs- und -schutzverträge lassen sich abrufen unter: <http://www.dis-arb.de/materialien/indexbiinvest.html>. - Am 23. Dezember 1957 schloss Deutschland einen Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrag mit der Dominikanischen Republik ab, der am 3. Juni 1960 in Kraft trat und eine eindeutig andere Struktur und Schutzgehalt als ein Investitionsschutzvertrag aufweist. Es möchte sein, dass Deutschland seinerzeit mit der Dominikanischen Republik wie mit Kolumbien Investitionsschutzverträge verhandelt hat, die aber beide im Ergebnis damals *nicht* in Kraft getreten sind.

Vertrages war und ist geprägt von dem Abs-Shawcross-Entwurf, aber auch von den älteren und breiter angelegten US-amerikanischen Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsverträgen („FCN Treaties“).²³ Während bisher im wesentlichen (nur) der Schutz des Eigentums als solcher im Vordergrund stand, kam hier noch ein neuer Ton, einer weiterer Gesichtspunkt hinzu, nämlich die aufeinander bezogene Verknüpfung und Signalwirkung von Schutz und Förderung der Investition im beiderseitigen Interesse der vertragsschließenden Staaten wie sie etwa im Titel „*Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the Promotion and Protection of Investments*“ zum Ausdruck kommt. Der Schutz des Eigentums („*property*“) wird nicht (nur) um seiner selbst willen gewährt, sondern auch um eine wesentliche Voraussetzung für die für wirtschaftliche Entwicklung notwendigen privaten Direktinvestitionen („*investments*“) zu schaffen: „*The protection of foreign investments is not the sole aim of the Treaty, but rather a necessary element alongside the overall aim of encouraging foreign investment and extending and intensifying the parties' economic relations.*“²⁴

Der Begriff „Investition“ oder „Kapitalanlage“ wurde auch deswegen gewählt, um sich von dem (engen) Eigentumsverständnis zu lösen, das zum Teil in den nationalen Rechtsordnungen anzutreffen ist. Das dem Abschluss solcher Verträge zugrunde liegende Interesse – von manchen als *grand bargain* bezeichnet²⁵ – ist die Zusicherung des jeweiligen Gastlandes, eine Investition auch völkerrechtlich zu schützen, um weitere Investitionen anzuziehen. Gewiss, im Rahmen der hier – zunächst – vorliegenden „unechten Gegenseitigkeit“²⁶ liegt der Anreiz für die kapitalimportierenden Länder vor allem in der Erwartung, dass der Schutz von Investitionen zu einer Förderung von Investi-

²³ Im 19. Jahrhundert schlossen die Vereinigten Staaten zahlreiche ‚FCN Treaties‘ mit Staaten in Lateinamerika, Asien und Afrika ab, der erste war der ‚Treaty of Amity and Commerce‘ 1782 mit Frankreich; mit Deutschland (Preußen) 1785. Bei den 21 solcher Verträge, welche die Vereinigten Staaten von 1946 bis 1966 abschlossen, kam insbesondere die investitionsrechtliche Schutzfunktion zum Tragen; vgl. *Vandeveld*, A Brief History of International Investment Agreements (2005) 12 UCDJILP, S. 157; *Wilson*, United States Commercial Treaties and International Law, *passim*. (1960). Die Vereinigten Staaten schlossen 1959 mit Pakistan einen „Friendship, Commerce and Navigation Treaty“ ab, welcher dem deutschen Investitionsschutzvertrag mit Pakistan vergleichbare Schutzstandards auch hinsichtlich Investitionen enthält: siehe hierzu *Frick*, Bilateraler Investitionsschutz in Entwicklungsländern – Ein Vergleich der Vertragssysteme der Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland, 1974, S. 171 ff.

²⁴ *Saluka v Czech Republic*, Partial Award, Rdnr. 300.

²⁵ *Salacuse / Sullivan*, Do BITs Really Work?: an Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain, 46 Harv. Int'l L.J. (2005), S. 67.

²⁶ *Frick*, Bilateraler Investitionsschutz in Entwicklungsländern – Ein Vergleich der Vertragssysteme der Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland (1974), S. 245.

tionen in ihrem Land führt, nicht zuletzt dadurch, was häufig übersehen und unterschätzt wird, dass das Vorliegen eines bilateralen Investitionsschutzvertrages grundsätzlich Grundlage für die Garantiegewährung der jeweiligen Investitionsversicherung des kapitalexportierenden Landes ist.²⁷

Eine weitere wesentliche Funktion des Investitionsschutzvertrages ist darin zu sehen, den Investor davon zu entlasten, in seinem privatrechtlichen, der Investition zugrunde liegenden Vertrag, Eigentumsschutz und andere Sicherheiten selbst aufwendig verhandeln zu müssen.

Der Typus des bilateralen Investitionsschutzvertrages wurde sozusagen zu einem deutschen „Exportschlager“, den sich viele weitere Staaten zu Eigen machten. Heute nimmt Deutschland mit 139 unterzeichneten bilateralen Investitionsschutzverträgen als einem Baustein seiner außenwirtschaftspolitischen Strategie eine weltweite Vorreiterrolle ein²⁸. Gegenwärtig stellt sich der gesamte völkerrechtliche Schutz von Auslandsinvestitionen als ein Netz von inzwischen über 2.600 bilateralen Investitionsschutzverträgen zwischen rund 180 Staaten dar.²⁹ Darüber hinaus gehören hierzu auch Doppelbesteuerungsabkommen, Investitionskapitel in Freihandelsverträgen sowie Einzelbestimmungen in multilateralen Abkommen. Dieses Papier konzentriert sich bewusst auf die bilateralen Investitionsschutzverträge. Zusammen mit den zahlreichen Entscheidungen internationaler Schiedsgerichte haben sich Investitionsschutzverträge zu *der* primären

²⁷ Ob es eine nachweisbare, positive Korrelation zwischen den Investitionsschutzverträgen, die ein Land abschließt, und der dorthin geflossenen Direktinvestitionen gibt, war bislang jedenfalls wissenschaftlich umstritten: *Hallward-Dreimeier*, Do BITs attract foreign direct investment? World Bank Policy Research, Working Paper Series No. 3121 (2003); *Tobin / Rose-Ackermann*, Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: the Impact of Bilateral Investment Treaties, Yale Law and Economics Research Paper No. 293 (2005). - Jedoch konnte in jüngeren Arbeiten ein solcher Nachweis deutlicher geführt werden, insbesondere wenn und weil die bilateralen Investitionsschutzverträge in einem wirtschaftsfreundlichen Umfeld eingebettet sind und dieses signalisieren: *Neumayer / Spess*, Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?, 33 *World Development* 1567 (2005); *Egger / Merlo*, The Impact of Bilateral Investment Treaties on FDI Dynamics, 30 *World Econ.* 1536 (2007); *Büthe / Milner*, Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment: A Political Analysis, *Sauvant / Sachs* (eds.), The Effect of Bilateral Investment Treaties and Double Taxation Treaties on Foreign Investment Flows (im Erscheinen, 2009); *Tobin / Rose-Ackermann*, When BITs Have Some Bite: The Political-Economic Environment for Bilateral Investment Treaties, in: *Alford / Rogers* (Hrsg.), The Future of Investment Arbitration (2009).

²⁸ Stand 2008.

²⁹ *UNCTAD*, The development dimension of international investment agreements, TD/B/C.II/MM.3/2, December 2008, S. 2.

Völkerrechtsquelle im internationalen Investitionsrecht entwickelt und die völkerge-
wohnheitsrechtlichen Standards weitgehend ergänzt, wenn nicht gar erweitert.

Die **erste** Feststellung und **These** ist daher, dass dies ein Ausdruck des umfassende-
ren Trends ist, *Verträge* als grundlegendes völkerrechtliches ‚Gesetzgebungsinstrument‘
zu nutzen („*treatification*“³⁰). Das allgemeine Völkerrecht sieht keine prozessualen Me-
chanismen für den einzelnen Investor gegen das Gastland vor. Überall dort aber, wo
solche Mechanismen gebraucht werden, wird der völkerrechtliche Vertrag als zentrale
Primärquelle relevant. Das Bedürfnis nach gerichtlicher oder gerichtsähnlicher Rechts-
durchsetzung im internationalen Wirtschaftsverkehr, verbunden mit der Tatsache, dass
häufig auch ein Bedürfnis nach materiell-rechtlichen Verbesserungen besteht³¹, erzwingt
offensichtlich eine solche „*treatification*“. Schließlich ist dies ein weiterer Ausdruck der
zunehmenden *Verrechtlichung* internationaler Beziehungen in der Globalisierung, bei
der das Wirtschaftsvölkerrecht eine Vorreiterfunktion besitzt.

II. DAS HERZSTÜCK DES INTERNATIONALEN INVESTITIONSRECHTS: PROZESSUALE DURCHSETZUNGSMECHANISMEN UND PARTIELLE VÖLKERRECHTSSUBJEKTIVITÄT FÜR DEN INVESTOR

Der eigentliche Dreh- und Angelpunkt, der dem internationalen Investitionsrecht zu
seiner Durchschlagskraft und gegenwärtigen Bedeutung verhelfen sollte, entstand in den
späten 1980er und insbesondere 1990er Jahren. Seit dieser Zeit explodierte förmlich
nicht nur die Quantität der weltweit abgeschlossenen bilateralen Investitionsschutzver-
träge, sondern diese brachten eine weitere *qualitative* Neuerung: Enthielt die *erste* Ge-
neration der Investitionsschutzverträge im wesentlichen Schutzstandards für Investitio-
nen samt einer Staats-Staats-Schiedsklausel, ermöglichten die Vertragsstaaten in der
zweiten Generation der Verträge nun den Investoren, diese völkervertraglichen Stan-

³⁰ *Salacuse*, The Treatification of International Investment Law: A Victory of Form over Life? A Crossroads cros-
sed? TDM Vol. 3, Issue 3, June 2006.

³¹ Für das Völkergewohnheitsrecht wären insbesondere zu nennen: Kein Diskriminierungsschutz, *Jennings / Watts*,
Oppenheim's International Law, (9. Aufl. 1992), Vol 1 Band 2-4, S. 932 [„*a degree of discrimination in the
treatment of aliens as compared with nationals, generally permissible as a matter of customary international
law*“]; keine Meistbegünstigung [S. 1326, „*Nonwithstanding such force as the general principle of non-
discrimination might have, a state is not normally prevented from extending to another state particularly favour-
able treatment which it refrains from extending to third states.*“]; dies ist umso erstaunlicher, als gerade diese
Grundsätze besonderen historischen Ursprungs sind, *McLachlan / Shore / Weiniger*, International Investment Ar-
bitration - Substantive Principles (2007), S. 212 Rdnr. 7.38-39; *Verzijl*, International Law in Historical Perspec-
tive (1972), Vol. V, S. 429-438.

dards auch *selbständig* und *unmittelbar* auf völkerrechtlicher Ebene gegen das Gastland geltend zu machen.

Diese neue Möglichkeit, Investor-Staat-Schiedsverfahren durchzuführen, macht den Investor nicht nur von der innerstaatlichen Gerichtsbarkeit des *Gaststaats* weitestgehend unabhängig³², sondern auch von der möglichen außenpolitisch bedingten Zurückhaltung des *Heimatstaats* bei der Ausübung diplomatischen Schutzes. Dass der Investor in eigener Person auf völkerrechtlicher Ebene klagen kann, verstärkt seine Verhandlungsposition gegenüber dem Gaststaat – auch und gerade bereits *vor* einem möglichen schiedsgerichtlichen Verfahren – und damit die Effektivität seiner ihm völkervertraglich gewährten Rechte. Denn er steht dem Staat in einem etwaigen Schiedsverfahren gleichberechtigt gegenüber und genießt daher regelmäßig bereits im Vorfeld größere, auch internationale Aufmerksamkeit.

Bemerkenswert ist dabei auch die jüngere Entwicklung, dass heute fast ein Drittel aller Investitionsschutzverträge allein zwischen Entwicklungs- und Schwellenländern abgeschlossen werden.³³ So werden etwa aus großen Entwicklungs- und Schwellenländern selber kapitalexportierende Länder, sodass diese sich nun in der Situation befinden, ihre Investitionspolitik anzupassen und gleichermaßen den Schutz ihrer eigenen Auslandsinvestitionen zu gewährleisten. China als die weltweite Nummer zwei nach der Anzahl der unterzeichneten Investitionsschutzverträge nach Deutschland ist hierfür das prominenteste Beispiel. China führte eine Investor-Staat-Schiedsklausel in seinen Verträgen mit Entwicklungsländern *erstmalig* in seinem Investitionsschutzvertrag mit Barbados 1998 und gegenüber Industriestaaten erstmalig in seinem Investitionsschutzvertrag mit Deutschland 2003³⁴ ein. Die Entwicklungsländer mit der höchsten Zahl abgeschlossener bilateraler Investitionsverträgen sind zugleich unter den größten Investoren in

³² In der Regel wird in den Investitionsschutzverträgen - im Unterschied zum völkerrechtlichen Menschenrechtsschutz - eine vorhergehende Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges („exhaustion of local remedies“) *nicht* verlangt. Siehe hierzu *Choi*, The present and future of the Investor-State Dispute Settlement Paradigm, *Journal of International Economic Law* 10 (3), 2007, S. 725, 731 ff.

³³ *Sachs / Sauvant*, BITs, DTTs and FDI flows: an overview, in: *Sauvant / Sachs* (Hrsg.), The Impact of Bilateral Investment Treaties and Double Taxation Treaties on Foreign Direct Investment Flows, (im Erscheinen, 2009), <http://vcc.columbia.edu/pubs/documents/Overview-SachsSauvant-Final.pdf>; *UNCTAD*, World Investment Report 2007, S. 17.

³⁴ *Braun / Schonard*, Der neue deutsch-chinesische Investitionsförderungs- und -schutzvertrag im Lichte der Entwicklung des völkerrechtlichen Investitionsschutzes, in: *RIW* 2007, S. 561-569; *Braun / Schonard*, The new Germany-China Bilateral Investment Treaty - A Commentary and Evaluation in Light of the Development of Investment Protection under Public International Law, *ICSID Review Fall* 2007, S. 258-279.

andere Entwicklungsländer, so dass sie sowohl Gast- als auch Ursprungsstaaten von Investitionen geworden sind.³⁵

In der Vertragspraxis der deutschen bilateralen Investitionsschutzverträge beinhaltetete zum ersten Mal der deutsch-rumänische Vertrag von 1979³⁶ eine Investor-Staats-Schiedsklausel für den Fall einer Streitigkeit *nur* über die Höhe der Entschädigung. Nach dieser materiell zunächst beschränkten Klausel wurde eine echte umfassende Investor-Staats-Schiedsklausel im deutsch-nepalesischen Investitionsschutzvertrag 1986 unterzeichnet³⁷. Rund zwei Drittel³⁸ der gegenwärtig geltenden bilateralen Investitionsschutzverträge Deutschlands haben bislang eine solche Investor-Staats-Schiedsklausel, wie darüber hinaus auch alle weiteren gegenwärtig im Ratifikationsverfahren sich befindlichen Verträge.

Nach der allmählichen Einführung von Investor-Staat-Streitbeilegungsklauseln wurde das erste Investor-Staats-Schiedsverfahren auf der Grundlage eines bilateralen Investitionsschutzvertrages im Rahmen des ICSID 1990 entschieden (*Asian Agricultural Products Ltd. v Sri Lanka*³⁹). Gegenwärtig werden über 300⁴⁰ solcher Investitionsstreitigkeiten zwischen Investoren und Gaststaaten durchgeführt – insbesondere nach den Verfahrensregeln des bei der Weltbank angesiedelten Schiedszentrums (ICSID)⁴¹ sowie nach den Regeln der Kommission der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht (UNCTAD), aber auch jenen der Internationalen Handelskammer Stockholm

³⁵ Nach China (rd. 120 abgeschlossene Investitionsschutzverträge), Ägypten (rd. 100), Republik Korea (rd. 80); UNCTAD, World Investment Report 2008, S. 15, Abb. I.11; UNCTAD, South-South Investments Agreements Proliferating, IIA Monitor No. 3 (2007), S. 1 ff.

³⁶ Art. 3 Abs. 3 ICSID-Schiedsklausel, BGBl. 1980 II, 1157 ff.; inzwischen gibt es einen neuen deutsch-rumänischen Investitionsschutzvertrag, unterzeichnet am 25. Juni 1996; in Kraft seit 12. Dezember 1998.

³⁷ Am 20. Oktober 1986, BGBl 1988 II, 262 ff.; in Kraft seit 7. Juli 1988. Alle geltenden, deutschen Investitionsförderungs- und schutzverträge lassen sich unter folgender Homepage einsehen: <http://www.dis-arb.de/materialien/indexbiinvest.html>.

³⁸ 82 der 125 geltenden bilateralen Investitionsschutzverträge, Stand 2008.

³⁹ Investitionsschutzvertrag Vereinigtes Königreich - Sri Lanka, Award 27. Juni 1990, 4 ICSID Reports, S. 250; zuvor wurde eine Schiedsklage auf der Basis des *consents* in einem nationalen Investitionsgesetz (hier Art. 8 des ägyptischen Investitionsgesetzes) anerkannt, *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v Arab Republic of Egypt* (Jurisdiction No. 1) 3 ICSID Rep 112 (1985).

⁴⁰ UNCTAD, The Development Dimension of International Investment Agreements, TD / B / C.II / MM.3 / 2. Dezember 2008, S. 5.

⁴¹ Nach denen rund zwei Drittel aller öffentlich bekannten Verfahren durchgeführt werden, UNCTAD, Latest Developments (2008), S. 2.

(SCC) sowie der Internationalen Handelskammer Paris (ICC)⁴². Offensichtlich werden internationale Investor-Staat-Schiedsverfahren gegenwärtig von Investoren als *das* geeignete Instrument zur jedenfalls rechtsförmlichen⁴³, letztinstanzlichen Lösung solcher Streitigkeiten angesehen.

Hinsichtlich der Einordnung des Investor-Staat-Schiedsverfahrens und der Genese eines direkten Klagerechts des Investors in bilateralen Investitionsschutzverträgen wird in der Regel darauf verwiesen, dass die Staaten sich des bekannten Modells der internationalen, *privatrechtlichen* Handelsschiedsgerichtsbarkeit bedient und diese Form der Streitschlichtung für das Investor-Staat-Schiedsverfahren in ihren völkerrechtlichen, bilateralen Investitionsschutzverträgen übernommen und angepasst hätten.⁴⁴ Dass als Anspruchsgrundlage ein völkerrechtlicher Vertrag diene, verändere auch nicht diese Rechtsnatur, denn auch in privaten Rechtsverhältnissen könne sich der Anspruch erst aus zwischenstaatlichem Recht ergeben, wie etwa dem UN-Kaufrecht CISG. Moderne bilaterale Investitionsschutzverträge und ihrer Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit ließen sich als eine gleichsam *nachholende* Entwicklung und herausfordernde Ausweitung des *traditionellen* Schiedsverhältnisses beschreiben, in dem freilich die staatlichen Interessen besondere Berücksichtigung finden müssten.

Historisch zutreffender – dies kann im Rahmen dieses Papiers hier wie auch nachfolgend unter IV. nur angedeutet werden – erscheint es demgegenüber, den eigentlichen Grundgedanken und die Entwicklung des Investor-Staat-Schiedsverfahrens nicht als bloße völkerrechtliche Überwölbung der Handelsschiedsgerichtsbarkeit zu beschreiben, sondern vielmehr als eine Fortführung der gemischten Schiedsgerichtsbarkeit zu begreifen, wie sie bereits in den *Mixed Arbitral Tribunals* und *Commissions* - ausgehend vom *Jay-Treaty* vom 19. November 1794 - des 19. und 20. Jahrhunderts in reichem Maße vorhanden und angelegt gewesen war (hierzu auch IV.), verstärkt und unterstützt durch die neueren Entwicklungen im Bereich der Menschenrechte.

Für eine völkerrechtliche Herleitung und Verortung des in den modernen, bilateralen Investitionsschutzverträgen niedergelegten Investor-Staat-Schiedsverfahrens könnten etwa die „*travaux préparatoires*“ bzw. Gesetzesmaterialien der einschlägigen Vertrags-

⁴² Nach diesen 3 weiteren Verfahrensordnungen werden rund ein Drittel aller öffentlich bekannten Verfahren durchgeführt, *UNCTAD, Latest Developments* (2006), S. 3.

⁴³ Zu anderen Formen und Möglichkeiten der Streitschlichtung: *Coe*, Towards a Complementary Use of Conciliation in Investor-State Disputes – A Preliminary Scetch, in: *Investor-State Arbitration: Perspectives on Legitimacy and Practice*, Suffolk University 2009, S. 73-112; *Salacuse*, Is there a better way? Alternative Methods of Treaty-Based Investor-State Dispute Resolution, 31 *Fordham Int'l L.J.* 2007-2008, S. 138-185; *Schwebel*, Is Mediation of Foreign Investment Disputes Plausible? *ICSID Journal* Fall 2007, S. 237-241.

⁴⁴ Etwa *Happ*, Schiedsverfahren zwischen Staaten und Investoren nach Art. 26 Energievertrag, S. 190 (2000).

werke sprechen. So heißt es in der gleichsam offiziellen Kommentierung von *Abs / Shawcross* zu Art. VII der *Convention*, welcher eine Investor-Staats-Schiedsklausel enthält, ausdrücklich:

„Accordingly, Article VII of the Draft Convention provides, in the first instance, for the settlement by arbitration of disputes arising out of or in connection with the Convention. Disputes of this character have long been treated as appropriate for arbitral settlement, as the history of international arbitration, from the Jay treaty of 1794, through the mixed claims commissions, the Permanent Court of Arbitration, and special ad hoc tribunals, so amply shows. (...) It has, moreover, been felt to be important to make some provision enabling the private investor himself to pursue an international remedy. The notion that an individual may enjoy a right of access directly to an international tribunal is not new. Procedural capacity of this character was enjoyed by individuals in relation to the Central American Court of Justice and certain mixed arbitral tribunals, and is enjoyed by them today in relation to such diverse bodies as the Court of the European Community, the European Commission of Human Rights, and the administrative tribunals of the international organizations.“⁴⁵

Investor-Staat-Schiedsverfahren und das direkte Klagerecht des Investors würden dann von ihrer Herkunft und Idee auf Vorgängern in anderen dem *Völkerrecht* zuzuordnenden Bereichen beruhen.

Vor diesem Hintergrund ergibt sich die **zweite These**: Indem moderne Investitionschutzverträge Investoren materielle Rechte und komplementär formelle Durchsetzungsverfahren gewähren, tragen diese zu einer wesentlichen Veränderung des Völkerrechts bei: Dem Individuum - bzw. der juristischen Person des Privatrechts - werden durch einen völkerrechtlichen Vertrag unmittelbar eigene Rechte zugewiesen und es wird damit zum *partiellen Völkerrechtssubjekt* aufgewertet.⁴⁶ Damit ermöglichten die

⁴⁵ *Abs / Shawcross*, 9 J. Pub. L. 116, 123 (1960) sowie in *UNCTAD*, International Investment Instruments: A Compendium, Vol. V, 2000, S. 395; der zweite Absatz der Begründung ist gleichermaßen leicht verkürzt in der Kommentierung zu Art. 7 (b) [*Claims by Nationals*], der Investor-Staat-Schiedsklausel der *OECD-Convention* zu finden; *OECD*, Draft Convention on the protection of foreign property and Resolution of the Council of the OECD on the Draft Convention, Publication No 23081 (1967), S. 37; für eine gemischte Natur *Douglas*, The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration, 74 BYIL (2003), 151.

⁴⁶ Vgl. zur Anerkennung der Investoren als gleichgeordnete Parteien und eigenständige Rechtssubjekte auch die Art. 21, 22, 25 der ICSID-Konvention; Art. 26 des Energiechartavertrages; zum Ganzen *Griebel*, Internationales Investitionsrecht, 2008, S. 19; *Delbrück/Wolfrum/Dahm*, Völkerrecht, 2. Aufl. 2002, Bd. I/2, S. 245 ff.; *Behrens*, Wirtschaftsverfassungsrechtliche Ansätze im völkerrechtlichen Investitionsschutz, in: Engel / Möschel (Hrsg.) FS Mestmäcker 2006, S. 53, 55ff.; *Schwartzmann*, Private im Wirtschaftsvölkerrecht, 2005, S. 84 ff.

Staaten dem Investor, selbständig die völkervertraglichen Schutzstandards unmittelbar auf völkerrechtlicher Ebene gegen den Gaststaat geltend zu machen. Diese wesentliche Neuerung im Vergleich zum gewohnheitsrechtsrechtlichen Völkerrecht ist zu Recht als ‚Paradigmenwechsel‘ im Völkerrecht bezeichnet worden.⁴⁷

Es fragt sich sogar, ob das Individuum möglicherweise nicht gerade im Internationalen Investitionsrecht eine Völkerrechtssubjektivität genießt, welche geeignet ist, deutlich den Stand im Bereich der Menschenrechte und im Konsularrecht zu übertreffen. Denn im völkerrechtlichen Menschenrechtsschutz besteht ein gesicherter Status gegenwärtig im Wesentlichen (nur) auf regionaler Ebene.⁴⁸ Der universelle, menschenrechtliche *Eigentumsschutz* erscheint begrenzt.⁴⁹ Im Konsularrecht schließlich soll der Einzelne zwar unmittelbare Rechte herleiten können, aber gibt es keinen Mechanismus zur Rechtsdurchsetzung für Individuen auf völkerrechtlicher Ebene, wenn und weil das

⁴⁷ Schreuer, Paradigmenwechsel im internationalen Investitionsrecht, in: Hummer (Hrsg.), Paradigmenwechsel im Völkerrecht zur Jahrtausendwende, 2002, S. 237; *Salacuse / Sullivan, Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain*, 46 Harv. Int'l L. J. S. 67, 88 (2005) (*“revolutionary innovation [whose]...uniqueness and power should not be overlooked”*); *BG v Argentina*, Award: *„The proliferation of bilateral investment treaties has effected a profound transformation of international investment law. Most significantly, under these instruments investors are entitled to seek enforcement of their treaty rights by directly bringing action against the State in whose territory they have invested. Investors may seek redress in arbitration without securing espousal of their claim or diplomatic protection. The Argentina-U.K. BIT is a paradigm of this evolution.“* Award, 24. Dezember 2007, UNCITRAL, http://ita.law.uvic.ca/documents/BG-award_000.pdf, Rn. 145.

⁴⁸ Art. 34 der Europäischen Menschenrechtskonvention, Individualbeschwerde gemäß dem 11. Zusatzprotokoll; darüber hinaus gibt es weitere begrenzte Ausnahmen vom Grundsatz der *zwischen-staatlichen Mediatisierung*: Art. 24 der Charta der Internationalen Arbeitsorganisation, Art. 57 (b) der Konvention der Multilateralen Investitions-garantie-Agentur der Weltbank, Art. 187 (c) der VN-Seerechtskonvention, Art. 2.21 des Abkommens über die Inspektion vor Verschiffung (*„WTO-Agreement on Pre-shipment Inspection“*) oder Art. XX des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (*„WTO-Agreement on Government Procurement“*).

⁴⁹ Einen Eigentumsschutz vergleichbar dem jedenfalls in westlichen Industrienationen oder regionalen Menschenrechtssystemen existierenden, kennen die allgemeinen (universellen) menschenrechtlichen Regeln nicht: Art. 17 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte schützt lediglich vor willkürlicher, nicht aber entschädigungsloser Enteignung [Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, 10. Dezember 1948, Res. 217 A (III), UN GAOR, III, Resolutions, S. 71]; Art. 15 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte von 1966 schützt Eigentumspositionen begrenzt auf den Bereich des geistigen Eigentums; vgl. *Griebel, Internationales Investitionsrecht* (2008), S. 16; Bundesverfassungsgericht BVerfGE 112, 1 (34) [„[d]as universelle Völkerecht ... eine Gewährleistung des Eigentums ... als menschenrechtlichen Schutzstandard nicht [kennt].“]; *van Banning, The Right to Property* (2002), S. 34 ff.

Recht des Art. 36 I b WÜK nur im Verhältnis der Staaten untereinander geltend gemacht werden kann.⁵⁰ Im Vergleich hierzu eröffnen bilaterale Investitionsschutzverträge dem Einzelnen einzigartige materielle und prozessuale Rechte und entwickeln über ihre Verbreitung das Internationale Investitionsrecht gleichsam zu einem multilateralen System des Investitionsschutzes.⁵¹ Der Prozess der zunehmenden Verdichtung des völkerrechtlichen Investitionsrechts durch Investitionsschutzverträge der Staaten wie Entscheidungen der Schiedsgerichte hat verschiedentlich Anlass für die Frage gegeben, ob hier nicht bereits sogar ein Prozess der „Konstitutionalisierung“ des Internationalen Investitionsrechts eingesetzt hat.⁵²

III. NORMSETZUNG UND AUSLEGUNG: DAS ZUSAMMENSPIEL STAATLICHER UND SCHIEDSGERICHTLICHER VERANTWORTUNG

Wie lässt sich nun hinsichtlich der Vertragsauslegung und der Normsetzung das komplexe Zusammenspiel zwischen Investitionsschutzverträgen, die von *Staaten* geschlossen, und *Entscheidungen*, die von *Schiedsgerichten* getroffen werden, deuten? Staaten autorisieren zur Lösung grenzüberschreitender Streitigkeiten unabhängige Schiedsgerichte. Diese setzen sich aus privaten Akteuren zusammen und nehmen die Deutungshoheit über die Auslegung der Vertragsnormen ein. Für den Staat, der in einem konkreten Schiedsverfahren Beklagter war, ist der Schiedsspruch vollumfänglich bindend. Manche Beobachter behaupten daher, dass der Prozess der Vertragsauslegung und der

⁵⁰ Rn. 42, 77 des IGH-Urteils *LaGrand* (<http://www.icj-cij.org/docket/files/104/7736.pdf>); *Tams*, Das LaGrand-Urteil – IGH, JuS 2001, 287 ff.; IGH, *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, 31. März 2004, <http://www.icj-cij.org/docket/files/128/8188.pdf>.

⁵¹ Schill, *Investment Treaties: Instruments of Bilateralism or Elements of an Evolving Multilateral System?* Paper Presented at the 4th Global Administrative Law Seminar, Viterbo, June 13-14, 2008, <http://www.iilj.org/GAL/documents/Schill.pdf>, SCHILL, *THE MULTILATERALIZATION OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* (Cambridge University Press, im Erscheinen 2009).

⁵² *Behrens*, Towards the Constitutionalization of International Investment Law, AVR 45 (2007), S. 153-179; *ders.*, Wirtschaftsverfassungsrechtliche Ansätze im völkerrechtlichen Investitionsschutz, in: Engel / Möschel (Hrsg.) FS Mestmäcker 2006, S. 53; *Tams*, Konstitutionalisierungstendenzen im Recht des internationalen Investitionsschutzes, in: *Tietje / Nowrot*, Verfassungsrechtliche Dimensionen des Internationalen Wirtschaftsrechts (?) (2006), S. 229-251; *Hindelang*, Das Internationale Investitionsrecht – Reflexionen über einen ausgebliebenen Konstitutionalisierungsprozess, in: Hanns Martin Schleyer-Stiftung (Hrsg.), *Globale Wirtschaft – nationale Verantwortung: Wege aus dem Druckkessel*, 2005, S. 94; *Schneiderman*, *Investment Rules and the New Constitutionalism*, 25 *Law & Social Inquiry* (2000), S. 757.

Normsetzung im internationalen Investitionsrecht gleichsam durch Schiedsgerichte ‚privatisiert‘ und damit auf nicht-staatliche Akteure übertragen wurde.⁵³

Oder ist eher das Gegenteil der Fall: Schiedsgerichte nehmen den hoheitlich verliehenen Auftrag wahr, Streitigkeiten im Rahmen der Rechtsnormen zu befrieden, die sich aus den von Staaten geschlossenen Investitionsschutzverträgen, aus dem Recht des Gaststaats sowie aus den allgemein akzeptierten Quellen des Völkerrechts speisen. Die Bedeutung schiedsgerichtlicher Entscheidungen hängt dann davon ab, wie überzeugend ihnen die Abwägung zwischen dem Interesse des Investors am Schutz seines Auslandsengagements vor staatlichen Eingriffen *einerseits* und dem Interesse des Gaststaates an der Durchsetzung seiner öffentlichen Ziele *andererseits* gelingt. Um dieses Zusammenspiel angemessen zu deuten, läßt sich der Entstehungsprozess des gegenwärtigen völkerrechtlichen Investitionsschutzes durch von Staaten geschlossene Verträge und von Schiedsgerichten erlassenen Schiedssprüchen wie folgt zusammenfassen:

Grenzüberschreitende Investitionen und Investitionsentscheidungen sind in besonderem Maße auf Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit angewiesen. Fraglich ist, ob hier ein rein nationalstaatlicher Schutz ausreicht, wenn und weil es sich um grenzüberschreitende Sachverhalte und ebenso tätige Akteure handelt. Die Staaten haben ihre eingeschränkte Fähigkeit – und möglicherweise auch ihre begrenzte Bereitschaft – realisiert, jedenfalls *alleine* grenzüberschreitende Investitionsstreitigkeiten beilegen zu können. Daher haben sie grundsätzlich die Vorteile eines Systems der Investor-Staat-Schiedsverfahren anerkannt – etwas, welches möglicherweise ein rein staats-zentriertes System nicht vollständig bieten kann. Durch die Zustimmung zu einer Investitionsschiedsgerichtsbarkeit in ihren Investitionsschutzverträgen haben die Staaten – neben der Formulierung wesentlicher Schutzstandards – eine *schiedsgerichtliche* und damit *außerstaatliche* Streitbeilegung geschaffen.

Während Investitionsschutzverträge die wesentlichen Schutzstandards bereitstellen, stehen die Schiedsgerichte vor der Aufgabe, in den konkreten Streitfällen diese häufig offen formulierten Standards mit Leben zu füllen und damit auch ein vorhersehbares internationales Investitionsrecht zu schaffen. Denn letzten Endes wird der Charakter, der in den Investitionsschutzverträgen niedergelegten materiellen Schutzstandards, im Wesentlichen nur generalklauselartig sein, deren Konkretisierung über die Entwicklung von Fallgruppen über die Schiedsgerichte erfolgt. Der Regelungsgehalt von Investitionsschutzverträgen erscheint damit nicht länger einzig von den vertragsschließenden Staaten bestimmt, sobald die professionelle Gemeinschaft der Schiedsgerichte – also internationale Anwälte, ehemalige Diplomaten, berufsmäßige Schiedsrichter und Wissenschaftler – im Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit hierüber befindet. Im Prozess der

⁵³ Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, 2007; passim.

Normsetzung und Vertragsauslegung im internationalen Investitionsrecht gehören einerseits offensichtlich die Schiedsgerichte zu den treibenden Kräften, welche das moderne internationale Investitionsrecht prägen. Jene schiedsgerichtliche Vertragsauslegung kann - mitunter - auch Züge der eigentlichen *Normsetzung* annehmen.

Andererseits kommt es nach wie vor entscheidend auf die Staaten an, ob sie dieses System der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit auch weiterhin als Streitschlichtungsmechanismus akzeptieren. Dies gilt für die Staaten insbesondere vor dem Hintergrund der potenziellen Kosten dieser Verfahren und der möglichen Einschränkungen, die dieses System gegenüber ihrer nationalen Souveränität auferlegen kann. Die Staaten bestimmen, ob sie bereit sind, dieses System der Investor-Staat-Streitbeilegung zu unterstützen, bei dem Schiedsgerichte über die Rechtmäßigkeit ihrer staatlichen Handlungen entscheiden. Dies ist vor allem für jene Staaten nachvollziehbar, die bereits größere Schiedsverfahren verloren haben. So läßt sich gegenwärtig bei einigen, nicht bei allen, Entwicklungsländern, eine wachsende Zurückhaltung bemerken, bewährte investitionsschutzrechtliche Standards auch weiterhin zu akzeptieren. Interessanterweise werden nicht nur die oft erwähnten Entwicklungsländer zurückhaltender, sondern auch Staaten wie die Vereinigten Staaten⁵⁴ und Kanada, ganz abgesehen von dem lateinamerikanischen Kontinent.

Da die Staaten die Infrastruktur und den Rahmen etwa des „International Centre for Settlement of Investment Disputes“ [ICSID] der Weltbank stellen⁵⁵, können sie jederzeit ihre Unterstützung und Mitgliedschaft überprüfen. Genau dies passierte im Jahr 2007, als Bolivien als erster Staat seine Unterstützung und Mitgliedschaft der ICSID-Konvention aufkündigte. Im Mai 2007 haben auch Venezuela und Nicaragua, jüngst wohl Ekuador, angekündigt die Mitgliedschaft zur ICSID-Konvention zu beenden.⁵⁶

⁵⁴ Interessanterweise enthält jedenfalls das Freihandelsabkommen zwischen den USA und Australien keinen Investor-Staat-Streitschlichtungsmechanismus; siehe hierzu: *Dodge*, Investor-State Dispute Settlement between Developed Countries: Reflections on the Australia–United States Free Trade Agreement, 39 Vand. J. Transnat'l L. 1, S. 2–4 (2006).

⁵⁵ Diese völkerrechtlich eigenständige Organisation wurde 1965 gegründet, um durch Verfahrensregeln und die Übernahme administrativer Tätigkeiten die Durchführung von Schiedsverfahren zwischen Investoren und Staaten zu ermöglichen und die Durchsetzung der Schiedssprüche zu erleichtern. Gegenwärtig gehören ICSID über 140 Staaten an; s.a. *Schöbener/Markert*, Das International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) – Organisation, Verfahren und aktuelle Entwicklungen, ZVglRWiss 105 (2006), S. 65 ff.

⁵⁶ Bereits laufende Verfahren sollten von einer Kündigung nicht betroffen sein; hierzu im Einzelnen: *Tietje, Nowrot, Wackernagel*, Once and Forever? The Legal Effects of a Denunciation of ICSID, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 74 (2008).

Venezuela hat im Mai 2008 seinen Investitionsschutzvertrag mit den Niederlanden⁵⁷ gekündigt. Mangels eines bilateralen Investitionsschutzvertrages zwischen Venezuela und den Vereinigten Staaten hatten viele US-Unternehmen von den Niederlanden aus in Venezuela investiert und gehen nun auf der Grundlage dieses Investitionsschutzvertrages gegen die Nationalisierungen in Venezuela vor. Ekuador hat jüngst mehrere seiner Investitionsschutzverträge mit lateinamerikanischen Staaten⁵⁸ gekündigt. Schließlich wollen Bolivien und Ekuador ihre Verfassungen dergestalt ändern, dass der Zugang zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit nicht mehr möglich sein soll. Aus völkerrechtlicher Sicht jedenfalls können diese internen Änderungen - wozu bekanntlich auch verfassungsrechtliche gehören - grundsätzlich *nicht* einer bereits bestehenden internationalen Schiedsvereinbarung entgegengehalten werden.

Als wesentliche Gründe für die Zurückhaltung mancher Staaten gegenüber dem Investor-Staat-Streitbeilegungsmechanismus wird angeführt, dass die Schiedsgerichte keine demokratische Legitimation besäßen und in den in Streitigkeiten unterliegenden Staaten Unverständnis darüber bestehe, dass ein Schiedsgericht die Kompetenz habe über mögliche Entschädigungen aus Steuermitteln zu entscheiden, ohne dass es - wie jedenfalls in *manchen* Fällen - eine internationale oder nationale Revisionsinstanz zur Überprüfung dieser Entscheidung gebe. Damit hätten – so die Argumentation – diese Schiedsgerichte eine größere Kompetenz als das nationale Verfassungsgericht, dessen Legitimation jedoch als wesentlich höher einzuschätzen sei.

Allerdings ist – wie so oft – die Wirklichkeit noch komplexer: Wie bereits unter I. angedeutet werden aus Entwicklungs- und Schwellenländern *selber kapitalexportierende* Länder, sodass diese sich nun in der Situation befinden ihre Investitionspolitik anzupassen und gleichermaßen den Schutz ihrer eigenen Auslandsinvestitionen zu gewährleisten. So führte China eine Investor-Staat-Schiedsklausel in seinen Verträgen mit Entwicklungsländern *erstmal*s in seinem Investitionsschutzvertrag mit Barbados 1998⁵⁹ und gegenüber Industriestaaten *erstmal*s in seinem Investitionsschutzvertrag mit

⁵⁷ Zum 1. November 2008; Fortgeltung für bestehende Investitionen für 15 Jahre.

⁵⁸ Am 23. Oktober 2008 gegenüber Kuba, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Dominikanische Republik, Uruguay.

⁵⁹ Zur chinesischen Investitionsschutzpolitik: *Schill*, Tearing Down the Great Wall—the New Generation Investment Treaties of the People’s Republic of China, in: Cardozo J. Int’l & Comp. L., 15 (2007), S. 73-118; *Berger*, China and the Global Governance of Foreign Direct Investment: The Emerging Liberal Bilateral Investment Treaty Approach, Deutsches Institut für Entwicklungspolitik (Discussion Paper 2008); *Congyan*, Change of the Structure of International Investment and the Development of Developing Countries’ BIT Practice, 8 JWIT 6 (2007), 829, 844.

Deutschland 2003⁶⁰ ein. Neben den Entwicklungs- und Schwellenländern verfolgen auch die vorher erwähnten Vereinigten Staaten den Abschluss von Investitionsschutzverträgen mit der ‚BRICs‘-Gruppe, also Brasilien, Russland, Indien und China. Und in Lateinamerika schließlich verhandelt Kolumbien aktiv Investitionsschutzverträge und zeigt eine jedenfalls im Grundsatz positive Einstellung zu dem internationalen Schlichtungssystem für Investor-Staat-Streitigkeiten.

Neben der möglichen Kündigung von Investitionsschutzverträgen reagieren die Staaten auf die von Schiedsgerichten vorangetriebene Rechtsfindung im internationalen Investitionsrecht auch mit der Neufassung und Neuverhandlung ihrer Investitionsschutzverträge, um auf diesen Prozess Einfluss zu nehmen - eine herausfordernde und arbeitsreiche Aufgabe. Die Charakteristika solcher Änderungen innerhalb der neuen Generation von Investitionsschutzverträgen sind etwa: Die Präzisierung der Investitions- und Investorendefinition, die stärkere Berücksichtigung von *Public Policy*-Gesichtspunkten, die Umformulierung und Präzisierung des Gebots der fairen und gerechten Behandlung sowie des Begriffes des enteignungsgleichen Eingriffes, der ‚Umbrella-‘ wie auch der ‚Meistbegünstigungsklausel‘ und schließlich die Überarbeitung der Investor-Staats-Schiedsverfahren.⁶¹

Die Globalisierung hat in der Tat die Rolle des Staates verändert: Wenn auch ein staatlicher Einfluss - etwa bei der wichtigen Durchsetzung von Schiedssprüchen - bleibt, ist in dieser Entwicklung ein Wandel der rechtssichernden Aufgabe des Staates unverkennbar. Staaten sind nicht mehr länger jedenfalls die einzigen Garanten, die für Rechtsstaatlichkeit, also der Geltung einer internationalen „rule of law“ verantwortlich sind. Einerseits haben die Staaten private Investoren als nicht-staatliche Akteure als partielle Völkerrechtssubjekte akzeptiert und Schiedsgerichte zur Beilegung grenzüberschreitender Investitionsstreitigkeiten ermächtigt. Mehr noch: Die Staaten haben durch dieses System der Streitbeilegung Investitionsstreitigkeiten gleichsam *verrechtlicht*, *entstaatlicht* und damit *entpolitisiert*, um die Stabilität in den wirtschaftlichen Beziehungen und den Prozess der Globalisierung zu fördern.

⁶⁰ *Braun / Schonard*, Der neue deutsch-chinesische Investitionsförderungs- und -schutzvertrag im Lichte der Entwicklung des völkerrechtlichen Investitionsschutzes, in: RIW 2007, S. 561-569; *Braun / Schonard*, The new Germany-China Bilateral Investment Treaty - A Commentary and Evaluation in Light of the Development of Investment Protection under Public International Law, ICSID Review Fall 2007, S. 258-279.

⁶¹ *UNCTAD*, Report of the Multi-year Expert Meeting on Investment for Development on its first session, TD/B/C.II/MEM.3/3 (18 March 2009); *UNCTAD*; The development dimension of international investment agreements, TD/B/C.II/MM.3/2, December 2008, S. 5; *UNCTAD*, Latest developments in investor-State dispute Settlement, ILA Monitor No. 1 (2008), passim; *UNCTAD*, Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking, 2007, passim.

Andererseits bleiben die Staaten weiterhin die „Herren über die Verträge“ und können die privilegierte Stellung, die sie den privaten Wirtschaftsakteuren durch die Möglichkeit der selbständigen und unmittelbaren Rechtsdurchsetzung auf völkerrechtlicher Ebene eingeräumt haben, jederzeit durch Anpassung oder gar Kündigung dieser Verträge für die Zukunft wieder entziehen.

Die Rolle der Staaten – und dies ist die **dritte These** – hat sich also gewandelt: Staaten setzen bei grenzüberschreitenden Investitionsstreitigkeiten Recht und Ordnung nicht mehr alleine durch, sie *gewährleisten* und *garantieren* jedoch die Herstellung des Rechtsfriedens durch die Vereinbarung von Investor-Staat-Schiedsverfahren. Damit findet keine endgültige „Privatisierung“ der Rechtsdurchsetzung statt, sondern allenfalls eine „geliehene“, in dem die Staaten sich diese „delegierte Rechtsdurchsetzung“ jederzeit gleichsam „zurückholen“ könnten.

IV. DIE STRUKTUR DER AKTEURE IM INTERNATIONALEN INVESTITIONSRECHT IN HISTORISCHER BETRACHTUNG

Schließlich stellt sich die bereits in der vorherigen These angeklungene grundlegende Frage, ob dieser Prozess der gegenwärtigen Einflussnahme nicht-staatlicher Akteure auf das Völkerrecht ein Ausdruck des schwindenden staatlichen Monopols im Völkerrecht ist? Findet, aus einer historischen Perspektive gesehen, ein grundlegender Wandel in der Rolle des Staates statt? Oder zeigt sich bei genauerem Hinsehen, dass auch in der Vergangenheit die Staaten *nicht zwingend* die einzigen und allein bestimmenden Akteure in den internationalen Beziehungen waren?

Grenzüberschreitende Unternehmen und Unternehmungen sind in der Tat keine völlig neuen Erscheinungen. Sie weisen eine gefestigte Vorgeschichte, insbesondere im europäischen Mittelalter und in der anbrechenden Neuzeit, auf.⁶² In der Entwicklung des internationalen Wirtschaftslebens und Wirtschaftsrechts ist – neben den Verbänden der venezianischen oder genuesischen Kaufleute und Unternehmen wie der Fugger, Welser, Thurn und Taxis - exemplarisch an die deutsche Hanse und ihre Beziehungen zu ihren Gast- und Handelsstaaten ab dem 13. Jahrhundert zu erinnern. Ein weiteres Beispiel sind die großen Handelskompanien, welche sich ab dem 16. Jahrhundert entwickelten, wie die Britische Ostindien-Kompanie, aus der sogar ein Staat hervorging.

All diese Organisationen und Unternehmen weisen hinsichtlich ihres politischen und internationalen Status im Wesentlichen Charakteristika auf, die einen Vergleich mit

⁶² Siehe hierzu insgesamt: *Delbrück/Wolfrum/Dahm*, Völkerrecht, 2. Aufl. 2002, Bd. I/2, S. 246; *Fischer*, Das transnationale Unternehmen als Phänomen in der Völkerrechtsgeschichte, in: *Fischer* (Hrsg.), Völkerrecht und Rechtsphilosophie, Festschrift für S. Verosta, S. 345 ff.; *Fischer*, Transnational Enterprises, in: *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 4, 2000 [1985].

heutigen Unternehmen nicht zu scheuen brauchen. Die *Hanse* war ein Zusammenschluss von Privatpersonen als Kaufmannsbund und schloss Verträge mit verschiedenen Staaten. In Verfahren vor - etwa russischen - Gerichten genoss sie ähnliche Vorrechte wie Gesandte fremder Nationen. Ihre Kaufleute waren zwar der Straf- und Zivilgerichtsbarkeit des Gaststaates unterworfen, aber in allen anderen Bereichen von der lokalen Jurisdiktion ausgenommen.⁶³ Die Hanse stand den territorialstaatlichen Mächten des Reiches unabhängig und gleichgeordnet gegenüber. Ihre Wirkungsmacht war in den damaligen internationalen Rechts-Beziehungen offensichtlich anerkannt.⁶⁴ Interessanterweise stammen auch jene klassischen Standards des internationalen Handels- und Investitionsrechts – Meistbegünstigungsprinzip und Nichtdiskriminierungsgrundsatz (*National treatment*) – aus dem späten Mittelalter.⁶⁵

Hinsichtlich der gemischten Schiedsgerichtsbarkeit, also Schiedsverfahren, an denen Staaten *und* Privatrechtssubjekte als Parteien beteiligt sind, wird klassischerweise auf den *Jay-Treaty* vom 19. November 1794 zwischen den Vereinigten Staaten und dem Vereinigten Königreich⁶⁶ verwiesen, welcher überhaupt weithin als Beginn der modernen internationalen Schiedsgerichtsbarkeit angesehen wird. Durch diesen Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrag sollten Grenzstreitigkeiten zwischen den beiden Staaten geklärt werden. Durch den Einbezug auch *privater* Schadensersatzansprüche von Bürgern, die sich infolge der amerikanischen Unabhängigkeit ergaben, wies er darüber hinaus den Weg zur so genannten gemischten Schiedsgerichtsbarkeit, also Schiedsverfahren, an denen Staaten *und* Privatrechtssubjekte als Parteien beteiligt sind. Hier waren es die individuellen Bürger, welche diese - ihre - Ansprüche einbrachten. Die gemischte Schiedsgerichtsbarkeit zwischen ausländischen Händlern oder Investoren *einerseits* und konzessionierenden Gaststaaten *andererseits* war aber bereits weit vorher, auch schon im Mittelalter, ein wesentliches Instrument zur Beilegung von Handels- und Investitionsstreitigkeiten gewesen.

⁶³ Zum Beispiel Abkommen vom März/Mai 1229 mit Fürst Mstislav Davydowitsch von Smolensk, abgedruckt in: *Fischer* (hrsg.), *A Collection of International Concessions and related Instruments* (1976 -), Bd. I, S. 497 ff.

⁶⁴ Ob man zeitlich vor dem klassischen Völkerrecht insoweit bereits von partieller Völkerrechtssubjektivität sprechen kann, wenn und weil der Begriff einer Gesamtkonzeption entlehnt ist, die es zuvor so nicht gab, sei zunächst dahingestellt.

⁶⁵ *Verloren van Themaat*, *The Changing Structure of International Economic Law*, The Hague 1981, S. 19 ff.; siehe auch Fn. 32.

⁶⁶ *Treaty of Amity, Commerce and Navigation: Between His Britannic Majesty and the United States of America*, by their President, with the Advice and Consent of their Senate, (<http://memory.loc.gov/cgi-bin/ampage?collId=llsl&fileName=008/llsl008.db&recNum=129>). Jay war Richter am US Supreme Court, welcher zur Verhandlung dieser Fragen nach Großbritannien entsandt wurde (www.state.gov/r/pa/ho/timc/nr/14318.htm).

Auch hinsichtlich dieser Form internationaler Streitbeilegung könnte sich zeigen, dass sie keine völlig neue Erscheinung ist. Ein Beispiel ist etwa der schiedsgerichtlich beigelegte Fall der damals ungarischen Stadt *Biestritz* gegen das Unternehmen der *Fugger* und *Thurz*os im Jahre 1519.⁶⁷ In Ungarn traten die *Fugger* gemeinsam mit dem *Krakauer* Unternehmen der *Thurz*os als Konzessionär der Kupferminen auf. Wesentliche Ursache des schiedsgerichtlichen Vorgehens der Stadt *Biestritz* gegen die *Thurz*os und *Fugger* war die schlichte Tatsache, dass die Mittel zum Lebensunterhalt für die Arbeitnehmer von dem Unternehmen *nicht* auf dem Markt der Stadt *Biestritz* besorgt, sondern teils von auswärts hergebracht und teils, wie das Bier, in eigenen Brauereien erzeugt und in eigenen Bierschenken in der Stadt veräußert wurden.

Mit Schiedsspruch vom 4. Oktober 1519 stimmte König Ludwig von Ungarn II. fast in allen Punkten der Argumentation des Beklagten zu und wies demgemäß die Schiedsklage der Stadt ab, da die Sache des Bergbauunternehmens eine [Zitat] „viel gerechtere sei als die der Stadt“. Der überzeugendste Grund sei - so der Schiedsspruch, dass das Unternehmen der *Fugger* und *Thurz*os nicht allein im eigenen Interesse, sondern im Interesse aller Bergbauunternehmen unter hohem Kapitaleinsatz für des Reiches Nutzen handelte und Bergwerke betriebe, sowie jene bergrechtlichen Normen beobachtete, die nicht nur in allen christlichen, sondern auch in den heidnischen Staaten geltend seien. Nach allgemein gültigem Bergrecht könne das Unternehmen seine Arbeiter entlohnen, wo immer und womit es wolle und Lebensmittel und Getränke einführen, woher es wolle. Die Stadt *Biestritz* hingegen verfolge nur ihre eigenen Interessen und wolle die Rechte der Bergbauunternehmer beschränken.

Dieser Fall ist nicht nur ein frühes Beispiel für eine schiedsgerichtlich beigelegte internationale Investitionsstreitigkeit. Er ist auch deshalb bemerkenswert, als hier Aussagen über den Bestand eines universell geltenden Bergrechts gemacht wurden, in welchem offensichtlich die Prinzipien des Gemeinwohls und des öffentlichen Interesses im Mittelpunkt der juristischen Überlegungen standen. Er kann damit als ein Präzedenzfall für die Anwendbarkeit allgemeiner Rechtsgrundsätze zur Beilegung von grenzüberschreitenden Streitfällen zwischen Staaten und Unternehmen angesehen werden.

Die gemischte Schiedsgerichtsbarkeit zwischen ausländischen Händlern oder Investoren einerseits und konzessionierenden Gaststaaten andererseits dürfte ein wesentliches Instrument zur Beilegung von Handels- und Investitionsstreitigkeiten gewesen sein. Möglicherweise gibt es – sehr verkürzt formuliert - einen Zusammenhang zwischen einem gewissen Zurückdrängen dieser Form der Streitbeilegung ab der frühen Neuzeit

⁶⁷ *Fischer*, Das transnationale Unternehmen als Phänomen in der Völkerrechtsgeschichte, in: *Fischer* (Hrsg.), Völkerrecht und Rechtsphilosophie, Festschrift für S. Verosta, S. 345, 360.

und dem Aufschwung der Gesetzgebung mit territorialem Charakter und damit dem Beginn einer „Verstaatlichung“ des Rechts sowie dem Aufkommen der Nationalstaaten.

Diese - historisch nicht sehr lange - Epoche der Monopolisierung des Rechts durch den Staat könnte nun ihrem Ende zuzugehen, wenn und weil gerade in den internationalen Handlungsfeldern zunehmend eine Vielzahl unterschiedlicher Akteure bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben beteiligt sind. So lebt gegenwärtig im internationalen Investitionsrecht offensichtlich die Form der Streitbeilegung zwischen Wirtschaftsakteuren und Staaten wieder auf, bei der der moderne Staat die nicht-staatlichen Akteure als *die* Triebkräfte der Globalisierung anerkennt und das Völkerrecht als Rechtsordnung der internationalen Beziehungen zwischen allen wesentlichen Akteuren, also *nicht nur* der Staaten, begriffen wird.

Eine **vierte** und letzte **These** sei also gewagt: Das moderne internationale Investitionsrecht lässt sich in einem übergreifenden Sinn als eine Art ‚Rückkehr‘ - oder anders gewendet – als Aufbruch zu einem umfassenderen und breiteren Verständnis des Völkerrechts sehen, indem zwischen staatlichen Rechten und der Achtung des Individuums ein angemessenes Verhältnis herrscht.

BIOGRAPHISCHE ANMERKUNG

Tillmann Rudolf Braun, Ass. iur.; M.P.A. (Harvard), ist Regierungsdirektor in der außenwirtschaftspolitischen Abteilung im Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Berlin. Im Frühjahr 2009 ist er *Global Fellow from Practice & Government* und *Visiting Scholar, Deutsches Haus at NYU*, New York University School of Law, New York. Dieses *Paper* ist die überarbeitete Fassung eines Vortrages, den der Verfasser am SFB 597 „Staatlichkeit im Wandel“ der Universität Bremen gehalten hat und stellt ausschließlich seine persönliche Meinung dar.

Anschrift: Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (BMWi),
Scharnhorststraße 34 – 37, 10115 Berlin, Berlin,
tillmann.braun@bmwi.bund.de