

Investitionsschutzrecht als Entwicklungs- völkerrecht

*Stephan W. Schill**

I.	Einleitung	262
II.	Die Entwicklung des Internationalen Investitionsrechts	268
	1. Investitionsliberalisierung und -förderung	269
	2. Die Entwicklung des Investitionsschutzrechts	271
	a) Scheitern multilateraler Regelungen als Teil des Nord-Süd-Konflikts	272
	b) Investorenrechte als Elemente liberaler Entwicklungspolitik	276
III.	Investitionsschiedsgerichtsbarkeit und Entwicklungsdiskurs	283
	1. Der Investitionsbegriff	284
	2. Entwicklungsstatus und Schutzstandards	287
	3. Ziel und Zweck von Investitionsschutzabkommen	291
IV.	Investitionsschutzrecht: Hindernis oder Baustein für nachhaltige Entwicklung?	293
	1. Legitimitätskrise des Investitionsschutzrechts	294
	2. Investitionsschutz und Selbstbestimmung	298
	3. Investitionsschutz und Good Governance	300
V.	Schlussbetrachtung und Ausblick	306

Abstract

Auslandsinvestitionen und Entwicklungszusammenarbeit stellen zwei wichtige Wachstumsbereiche grenzüberschreitender wirtschaftlicher Kooperation dar. Die jeweiligen Rechtsregime und die diese begleitende rechtswissenschaftliche Literatur entwickeln sich jedoch größtenteils isoliert voneinander. Soweit wechselseitige Verbindungen untersucht werden, herrscht hingegen eine kritische Betrachtungsweise vor, die Investitionsschutz und nachhaltige Entwicklung als unauflösbaren Zielkonflikt versteht zwischen Interessen von Unternehmen und ihren Kapital exportierenden Heimatstaaten und den Interessen von Gaststaaten, typischerweise Kapital importierende Schwellen- und Entwicklungsländer. Investitionsschutz wird so zum Hindernis nachhaltiger Entwicklung stilisiert. Der nachfolgende Beitrag setzt dem ein grundlegend anderes Verständnis entgegen. Er argumentiert, dass das Verhältnis von Investitionen und Entwicklung nicht antagonistisch

* Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg; Rechtsanwalt; Attorney-at-Law (New York); LL.M. (Universität Augsburg, 2002); LL.M. International Legal Studies (New York University, 2006); Dr. iur. (Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main, 2008).

zu denken ist. Vielmehr sollte Investitionsschutzrecht selbst als Materie des Entwicklungsvölkerrechts und damit als Baustein nachhaltiger Entwicklung verstanden werden.

I. Einleitung

Das internationale Investitionsschutzrecht und das Recht der Entwicklungszusammenarbeit gehören zu den am Stärksten wachsenden Bereichen des Völkerrechts. Dies liegt nicht zuletzt an der steigenden wirtschaftlichen Bedeutung von Auslandsinvestitionen und Mitteln der Entwicklungshilfe,¹ welche nach rechtlichen Regelungen verlangen, unter anderem für die Verwaltung und Vergabe von Entwicklungshilfe durch staatliche und überstaatliche Institutionen, die Strukturierung und den Schutz von Auslandsinvestitionen und für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten. Auch in der rapide wachsenden rechtswissenschaftlichen Literatur spiegelt sich diese Entwicklung wider.² Verbindungen zwischen Investitionsschutz und dem Recht der Entwicklungszusammenarbeit werden allerdings nur selten gezogen.

So reflektiert die investitionsschutzrechtliche Literatur über das Verhältnis von Investitionsschutz und Entwicklung nur in wenigen Fällen.³ Noch frappierender ist das Fehlen einer Debatte um Investitionen und Entwick-

¹ Zur Entwicklung von ausländischen Direktinvestitionen siehe die Übersicht in United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), World Investment Report 2011 – Non-Equity Modes of International Production and Development (2011), 3, <<http://www.unctad-docs.org/files/UNCTAD-WIR2011-Full-en.pdf>>. Zur Entwicklung der Mittel der Entwicklungshilfe siehe die von der OECD bereitgestellte Übersicht unter <<http://webnet.oecd.org/dcdgraphs/ODAHistory>>.

² Ausführlich zur Entwicklung der völkerrechtlichen Literatur zum Investitionsschutzrecht S. Schill, W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law, EJIL 22 (2011), 875; zur Literatur- und Forschungslage zu den Themen Recht und Entwicklung siehe M. Riegner/T. Wischmeyer, "Rechtliche Zusammenarbeit" mit Transformations- und Entwicklungsländern als Gegenstand öffentlich-rechtlicher Forschung, Der Staat 50 (2011), 436.

³ A. Newcombe, Sustainable Development and Investment Treaty Law, Journal of World Investment & Trade 8 (2007), 357; P. Muchlinski, Holistic Approaches to Development and International Investment Law: The Role of International Investment Agreements, in: J. Faundez/C. Tan (Hrsg.), International Economic Law, Globalization and Developing Countries, 2010, 180; M.-C. Cordonier Segger/M. W. Gebring/A. Newcombe (Hrsg.), Sustainable Development in World Investment Law, 2011; A. van Aaken/T. A. Lehmann, International Investment Law and Sustainable Development: Developing a New Conceptual Framework (23.7.2011), University of St. Gallen Law & Economics Working Paper No. 2011-10, <<http://ssrn.com/abstract=189369>>. D. A. Desierto, Development as an International Right: Investment in the New Trade-Based IIAs, Trade, Law & Development 3 (2011), 296.

lung in dem inzwischen zahlreichen Monographien und Sammelbände zum Recht der Entwicklungszusammenarbeit, zum Entwicklungsvölkerrecht und zum Konzept nachhaltiger Entwicklung. Die Themen Investitionen und Investitionsschutz glänzen hier regelmäßig durch nahezu vollständige Abwesenheit.⁴ Dies steht in auffälligem Kontrast zu der Intensität, mit der die Debatte um Welthandel und Entwicklung seit nunmehr mehreren Jahrzehnten geführt wird.⁵

Wenn überhaupt finden sich Stimmen, die Investitionsschutz und Entwicklung als Antagonisten verstehen, die jeweils unterschiedliche, und prinzipiell gegenläufige Interessen schützen. Die Vorstellung eines unauflösbaren Zielkonflikts findet sich dabei auf verschiedenen Ebenen. Für manche manifestiert bereits der abstrakte Inhalt von Investitionsschutzabkommen die Übervorteilung von Interessen von Investoren und ihrer Heimatländer zulasten der Interessen von Schwellen- und Entwicklungsländern.⁶ Andererseits finden sich auch in der Rechtsprechung von internationalen Schiedsgerichten, die Streitigkeiten unter Investitionsschutzabkommen beilegen, Argumentationsfiguren, die von einem antagonistischen Verhältnis von Investitions- und Investorenschutz und Entwicklung ausgehen.⁷ Ganz ähnlich lässt sich auch der Tenor einer stark kritischen Literaturströmung, die die Legitimität des derzeitigen Investitionsschutzregimes in Frage stellt, als entwicklungspolitische Kritik lesen.⁸

⁴ Vgl. etwa *M.-C. Cordonier Segger/A. Khalfan* (Hrsg.), *Sustainable Development Law: Principles, Practices, and Prospects*, 2004; *D. French*, *International Law and Policy of Sustainable Development*, 2005; *M.-C. Cordonier Segger/C. G. Weeramantry* (Hrsg.), *Sustainable Justice – Reconciling Economic, Social and Environmental Law*, 2005; *N. Schrijver*, *The Evolution of Sustainable Development in International Law: Inception, Meaning and Status*, 2008; *A. Qureshi/X. Gao* (Hrsg.), *International Economic Law*, vol. V: *International Development Law*, 2011; *I. D. Bunn*, *The Right to Development and International Economic Law: Legal and Moral Dimensions*, 2012. Siehe aber *E. Kentin*, *Sustainable Development in International Investment Dispute Settlement: The ICSID and NAFTA Experience*, in: *N. Schrijver/F. Weiss* (Hrsg.), *International Law and Sustainable Development*, 2004, 309.

⁵ Klassisch schon *R. E. Hudec*, *Developing Countries in the GATT Legal System*, 1987. Siehe aus jüngerer Zeit etwa *M. W. Gebring/M.-C. Cordonier-Segger* (Hrsg.), *Sustainable Development in World Trade Law*, 2005; *H. Jessen*, *WTO-Recht und "Entwicklungsländer"*, 2006; *C. Thomas/J. P. Trachtman* (Hrsg.), *Developing Countries in the WTO Legal System*, 2009; *Y.-S. Lee/G. Horlick/W.-M. Choi/T. Broude* (Hrsg.), *Law and Development Perspective on International Trade Law*, 2011; *C. Deere Birkbeck* (Hrsg.), *Making Global Trade Governance Work for Development*, 2011; *S. E. Rolland*, *Development at the WTO*, 2012; *M. W. Gebring/M.-C. Cordonier-Segger* (Hrsg.), *Globalisation, Trade Law and Its Impact: Assessing the Sustainable Development Effects of International Trade Regimes*, 2012.

⁶ So etwa *M. Sornarajah*, *Mutations of Neo-Liberalism in International Investment Law*, *Trade, Law & Development* 3 (2011), 203. Ausführlich dazu unten Teil II.

⁷ Dazu ausführlich unten Teil III.

⁸ Dazu unten Teil IV. 1.

Konstruktive Vorschläge, mit deren Hilfe Investitionsschutzrecht, das Recht der Entwicklungszusammenarbeit und das Konzept nachhaltiger Entwicklung im Völkerrecht diskursiv miteinander verknüpft werden können, sind damit selten. Nicht zuletzt hängt dies mit der stark unterschiedlichen Sozialisierung von Praktikern und Wissenschaftlern zusammen, die sich mit Investitionsschutzrecht einerseits und dem Entwicklungsrecht andererseits befassen. Beide Gruppen leben in unterschiedlichen Realitäten. Das Investitionsschutzrecht ist durch die Streitbeilegung in Investor-Staats-Schiedsverfahren und eine ex post-Perspektive auf zumeist zerrüttete Verhältnisse zwischen Gaststaaten und Investoren geprägt; das Recht der Entwicklungszusammenarbeit fokussiert auf die Vergabe von Entwicklungshilfe und nimmt damit eine zukunftsorientierte Steuerungsperspektive ein.⁹ Bemühungen um das Konzept nachhaltiger Entwicklung im Völkerrecht konzentrieren sich schließlich in hohem Maße auf dessen Umsetzung durch teilweise bindende, teilweise nicht-bindende völkerrechtliche Instrumente.¹⁰

Insofern ist die gegenseitige Apathie der unterschiedlichen rechtswissenschaftlichen Diskurse zwar verständlich, aber auch erstaunlich, nicht zuletzt wegen der engen Verbindung, die zahlreiche Akteure im Bereich der Entwicklungszusammenarbeit zwischen Investitionen und Entwicklung ziehen. Denn hier besteht ein breiter Konsens, dass Investitionen, einschließlich Auslandsinvestitionen, im Grundsatz positive Auswirkungen auf die wirtschaftliche Entwicklung einer Volkswirtschaft haben.¹¹ Sie führen im Allgemeinen zu wirtschaftlichem Wachstum und einer Steigerung der Produktivität einer Volkswirtschaft, ebenso wie zur Schaffung von Arbeitsplätzen und einer Erhöhung von Steuereinnahmen.¹² Gerade Auslandsinvestitionen steigern zudem den kompetitiven Druck in Gaststaaten und führen zu Innovation, welche ihrerseits wirtschaftliches Wachstum vorantreibt. Dies gilt für Industriestaaten ebenso wie für Entwicklungsländer.¹³ Allerdings

⁹ Umfassend *P. Dann*, Entwicklungsverwaltungsrecht, 2012; siehe auch *P. Dann*, Grundfragen eines Entwicklungsverwaltungsrechts, in: C. Möllers/A. Voßkuhle/C. Walter (Hrsg.), Internationales Verwaltungsrecht, 2007, 49.

¹⁰ Vgl. nur die Literatur in Anm. 4.

¹¹ Vgl. *A. Newcombe* (Anm. 3).

¹² Zu den wirtschaftlichen Zusammenhängen siehe *G. B. Navaretti/A. J. Venables*, *Multinational Firms in the World Economy*, 2004, 151 ff.; OECD, *Open Markets Matter – The Benefits of Trade and Market Liberalisation*, 1998, 25 ff.

¹³ Speziell zu den Wirkungen von Auslandsinvestitionen in Entwicklungsländern *H. Hansen/J. Rand*, *On the Causal Links between FDI and Growth in Developing Countries*, *World Economy* 29 (2006), 21; *A. Chowdhury/G. Mavrotas*, *FDI and Growth: What Causes What?*, *World Economy* 29 (2006), 9; *E. Prasad/K. Rogoff/S.-J. Wei/M. Ayan Kose*, *Effects of Financial Globalization on Developing Countries*, IMF Occasional Paper 220 (2003), Rn. 45-70; *M. Carkovic/R. Levine*, *Does Foreign Direct Investment Accelerate Economic Growth?*,

kommt bei letzteren hinzu, dass die eigenen finanziellen und wirtschaftlichen Ressourcen im öffentlichen wie im Privatsektor häufig nur schwach ausgestattet sind. Hier sind Auslandsinvestitionen daher eine bedeutsame Quelle des Technologietransfers.¹⁴

So werden Investitionen im Allgemeinen auch positiv für die Förderung nachhaltiger Entwicklung gesehen, verstanden als “development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs;”¹⁵ denn nur so können umweltverträglichere Technologien finanziert und eingeführt werden. Entsprechend formuliert die Agenda 21 der UN Conference on Environment and Development:

Investment is critical to the ability of developing countries to achieve needed economic growth to improve the welfare of their populations and to meet their basic needs in a sustainable manner, all without deteriorating or depleting the resource base that underpins development. Sustainable development requires increased investment, for which domestic and external financial resources are needed. Foreign private investment and the return of flight capital, which depend on a healthy investment climate, are an important source of financial resources.¹⁶

Ähnlich stellen auch der Monterrey Consensus und der Johannesburg Plan of Implementation, zwei bedeutende Dokumentationen der Bemühungen der internationalen Gemeinschaft um Entwicklung, fest, dass Investitionen ein vitaler Baustein zur Reduktion von Armut und zur Förderung nachhaltigen wirtschaftlichen Wachstums und nachhaltiger Entwicklung sind.¹⁷ Dies erfordert, so der Monterrey Consensus,

[a] transparent, stable and predictable investment climate, with proper contract enforcement and respect for property rights, embedded in sound macroeconomic

in: T. Moran/E. Graham/M. Blomström (Hrsg.), *Does Foreign Direct Investment Promote Development?*, 2005, 195.

¹⁴ Zur Bedeutung von Innovation, einschließlich technologischer Innovation *W. Easterly*, *The Elusive Quest for Growth*, 2002, 47 ff.; *R. Solow*, *Technical Change and the Aggregate Production Function*, *Review of Economics & Statistics* 39 (1957), 312.

¹⁵ Siehe World Commission on Environment and Development, *Our Common Future*, 1987, 43.

¹⁶ Agenda 21: Programme of Action for Sustainable Development, UN Doc A/Conf.151/6/Rev.1 (vol. I), Rn. 2.23 (1992).

¹⁷ United Nations, *Monterrey Consensus of the International Conference on Financing for Development: The Final Text of Agreements and Commitments Adopted at the International Conference on Financing for Development*, Monterrey, Mexico, 18.-22.3.2002, <<http://www.un.org/esa/ffd/monterrey/MonterreyConsensus.pdf>>; *Plan of Implementation of the World Summit on Sustainable Development*, UN Doc A/Conf.199/20 (2002), <http://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD_POI_PD/English/WSSD_PlanImpl.pdf>.

ZaöRV 72 (2012)

policies and institutions that allow businesses, both domestic and international, to operate efficiently and profitably and with maximum development impact.¹⁸

Auch die G 8- und G 20-Staaten betonen regelmäßig die Bedeutung von privaten Investitionen für wirtschaftliches Wachstum und nachhaltige Entwicklung.¹⁹ Vergleichbare Positionen finden sich auch bei anderen internationalen Organisationen, wie der Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD),²⁰ der Weltbank,²¹ oder der United Nations Conference on Trade and Development.²² Aber auch kritische Nichtregierungsorganisationen betrachten Investitionen grundsätzlich als Instrument, wenn nicht gar *conditio sine qua non* für nachhaltige Entwicklung. Gerade das im Bereich des Investitionsschutzrechts aktive International Institute for Sustainable Development streicht die überragende Bedeutung von Investitionen für nachhaltige Entwicklung wie folgt hervor:

It is hard to overstate the importance of investment for sustainable development. Sustainable development is increased well-being of people (particularly poor people), achieved with deference to environmental limits. It requires structural economic change; it is well established that the current pattern of economic activity is unsustainable, in the double sense that it is environmentally destructive and does not sufficiently promote equity among and within nations. Consequently, the pursuit of sustainable development is the pursuit of a changed economy. This structural change can only be brought about by investment, and in those countries with low levels of domestic savings that investment must come from abroad. Thus the promotion of sustainable development in many countries is ultimately the promotion of investment that improves sustainability. In this sense, there is no economic activity that is more important to the attainment of sustainable development than investment.²³

¹⁸ Monterrey Consensus (Anm. 17), Rn. 21.

¹⁹ Siehe Nachweise bei M. W. Gehring/A. Newcombe, An Introduction to Sustainable Development in World Investment Law, in: M.-C. Cordonier Segger/M. W. Gehring/A. Newcombe (Anm. 3), 3, 4 f.

²⁰ Siehe z. B. OECD (Anm. 12); OECD, Promoting Private Investment for Development, 2006, <<http://www.oecd.org/dataoecd/23/40/36566902.pdf>>.

²¹ Weltbank, Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, ICSID Rev. – Foreign Investment Law Journal 7 (1992), 297.

²² Vgl. A. Joubin-Bret/M.-E. Rey/J. Weber, International Investment Law and Development, in: M.-C. Cordonier Segger/M. W. Gehring/A. Newcombe (Anm. 3), 15, 25 ff.

²³ A. Cosby/H. Mann/L. E. Peterson/K. von Moltke, Investment and Sustainable Development – A Guide to the Use and Potential of International Investment Agreements, 2004, 1 (Fußnote im Zitat unterdrückt).

Auch aus Sicht der UN selbst sind Investitionen damit der Weg, die UN Millennium Development Goals zu erreichen.²⁴

Gleichzeitig darf man nicht verkennen, dass Auslandsinvestitionen nachhaltige Entwicklung auch beeinträchtigen können, vor allem wenn sie unkontrolliert und durch den Gaststaat unreguliert zur Schädigung der Umwelt oder der lokalen Lebens- und Sozialbedingungen im Gaststaat führen. Gerade im Bereich des Abbaus natürlicher Ressourcen, wie Öl oder Erzen, gibt es zahlreiche Beispiele für Vorgehen ausländischer Unternehmen, das die Umwelt, traditionelle Lebensverhältnisse oder die Gesundheit der lokalen Bevölkerung zerstört.²⁵ Angesichts dessen kommt es stets darauf an, dass Investitionen richtig genutzt und möglicher Schaden verhindert wird. Dies setzt effektive Regulierung durch den Gaststaat voraus, rückt aber auch die Unternehmen selbst, ggf. deren Heimatstaaten, und die internationale Gemeinschaft insgesamt in den Blick. Da häufig ein durch Anfälligkeit gegenüber Korruption verstärktes Vollzugsdefizit in Gaststaaten besteht, gibt es insofern seit den 1960er Jahren Diskussionen um die Regulierung von multinationalen Unternehmen durch ihre Heimatstaaten und um völkerrechtlich begründete Pflichten multinationaler Unternehmen.²⁶

Das Spannungsfeld zwischen positiven und negativen Auswirkungen von Auslandsinvestitionen auf nachhaltige Entwicklung ist damit ebenso verdeutlicht wie die Notwendigkeit, den Austausch zwischen den verschiedenen, mit den Themen Investitionen und Entwicklung befassten Völkerrechtsdisziplinen zu verbessern. Dies kann nicht nur zum Abbau bestehender Apathien, sondern auch zu einer beträchtlichen gegenseitigen Befruchtung führen. Zum einen sollte sich die investitionsrechtliche Wissenschaft und Praxis ihren Entwicklungsbezug vergegenwärtigen und sich entwicklungsrelevanten Fragestellungen gegenüber weiter öffnen, zum anderen sollten die Themen Investitionen und Investitionsschutz in die Debatten der Entwicklungszusammenarbeit und des Entwicklungsvölkerrechts integriert werden. Insofern argumentiert der vorliegende Beitrag, dass Investitions-

²⁴ United Nations Development Program, Investing in Development: A Practical Plan to Achieve the Millennium Development Goals, Report to the United Nations Secretary General, 2005, <<http://www.unmillenniumproject.org/documents/overviewEngLowRes.pdf>>.

²⁵ Vgl. P. Muchlinski, The Bhopal Case: Controlling Ultrahazardous Industrial Activities Undertaken by Foreign Investors, M.L.R. 50 (1987), 545.

²⁶ Allgemein zur Regulierung von multinationalen Unternehmen P. Muchlinski, Multinational Enterprises and the Law, 2. Aufl. 2007; zur Diskussion um völkerrechtliche Pflichten multinationaler Unternehmen siehe J. Harrison, Human Rights and Transnational Corporations: Establishing Meaningful International Obligations, in: J. Faundez/C. Tan (Anm. 3), 205.

schutzrecht nicht als Hindernis für nachhaltige Entwicklung, sondern selbst als integraler Teil eines Entwicklungsvölkerrechts verstanden werden sollte.

Vor diesem Hintergrund, stellt Teil II zunächst die gegenwärtige Struktur und die historische Entwicklung des Investitionsschutzrechts dar. Zwar steht dabei historisch der Nord-Süd-Konflikt im Vordergrund; dieser gerät aber zunehmend zugunsten einer Betrachtungsweise in den Hintergrund, die Investitionsschutz als gemeinsames Interesse aller Staaten versteht. Dies entkräftet eine hegemoniezentrierte Sichtweise auf das Investitionsschutzrecht, die sich aus dem Interessengegensatz von Industrie- und Entwicklungsländern speist. Teil III fokussiert anschließend auf den Diskurs über Investitionen und Entwicklung in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit. Auch dieser ist von der Vorstellung eines Zielkonflikts zwischen Investitionsschutz und Entwicklung geprägt, ohne allerdings rechtsdogmatisch zu überzeugen. Daran anschließend geht Teil IV auf die neuere rechtswissenschaftliche Kritik ein, die die legitimatorische Berechtigung des Investitionsschutzrechts in Frage stellt. Der dieser Kritik zugrundeliegenden Vorstellung, dass das Investitionsschutzrecht ein Hindernis für selbstbestimmte Entwicklung von Gaststaaten darstellt, setzt er die Vorstellung des Investitionsschutzrechts als Baustein eines Entwicklungsvölkerrechts entgegen.

II. Die Entwicklung des Internationalen Investitionsrechts

Rechtliche Regelungen für Auslandsinvestitionen sind sowohl auf innerstaatlicher als auch auf überstaatlicher Ebene zu finden.²⁷ Primär relevant ist dabei innerstaatliches Recht. Dieses bestimmt, welche Investitionen zulässig sind, welche Verfahren für die Zulassung von Investitionen durchlaufen werden müssen, auf welcher Basis Investitionen implementiert werden und welchen laufenden Pflichten Investoren unterliegen.²⁸ Daneben haben zahlreiche Entwicklungsländer spezielle Investitionsgesetze geschaffen, die ausländische Direktinvestitionen fördern sollen, indem sie Anreize, vor allem steuerrechtlicher Natur, schaffen und speziellen Schutz einräumen.²⁹ Erst in einem nächsten Schritt tritt die völkerrechtliche Regelungsebene hinzu.

Anders als in anderen Bereichen des internationalen Wirtschaftsrechts, insbesondere dem internationalen Welthandels- oder Weltwährungsrecht,

²⁷ Dazu *P. Juillard*, *L'évolution des sources du droit des investissements*, RdC 250 (1994-IV), 9, 37 ff.

²⁸ *P. Muchlinski* (Anm. 26), 177 ff.

²⁹ *P. Muchlinski* (Anm. 26), 215 ff.; ausführlich aus rechtsvergleichender Sicht *W. Shan*, *The Legal Protection of Foreign Investment – A Comparative Study*, 2012.

sind die rechtlichen Fragen, die sich im Zusammenhang mit Auslandsinvestitionen ergeben, jedoch nicht in einem einheitlichen Regime geregelt. Stattdessen finden sich investitionsrelevante Regelungen in einer Vielzahl von bilateralen, regionalen und multilateralen Abkommen. Dies führt auch dazu, dass verschiedene internationale Organisationen in diesem Bereich mit teils unterschiedlichen Zielrichtungen tätig sind. Die einschlägigen Regelungen lassen sich grob zwei Bereichen zuordnen: Investitionsliberalisierung und -förderung einerseits (1.) und Investitionsschutz andererseits (2.). Vor allem investitionsschutzrechtliche Regelungen sind typischerweise in Abkommen zwischen Industriestaaten und Schwellen- bzw. Entwicklungsländern enthalten, die sich vor dem Hintergrund eines langwierigen und komplexen Nord-Süd-Interessenkonflikts entwickelt haben. Dieser hat auch das häufig als Konflikt betrachtete Verhältnis zwischen Investitionsschutz und Entwicklung geprägt.

1. Investitionsliberalisierung und -förderung

Im Bereich der Investitionsliberalisierung, d. h. der Verringerung von Marktzugangsschranken, enthält das Welthandelsrecht mit dem Abkommen über handelsrelevante Investitionsmaßnahmen (Agreement on Trade-Related Investment Measures – TRIMs)³⁰ und dem Allgemeinen Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (General Agreement on Trade in Services – GATS)³¹ einige für Auslandsinvestitionen relevante Regelungen.³² So verbietet TRIMs handelsbezogene Investitionsmaßnahmen, wie z. B. *local content requirements*; GATS Modus 3 in Verbindung mit den jeweiligen Annexverpflichtungen gewährt einen begrenzten Anspruch auf Etablierung von Niederlassungen im Dienstleistungsbereich und ist damit Grundlage für Fragen der sektorspezifischen Investitionsliberalisierung. Weitergehende investitionsrelevante Fragen wurden zwar regelmäßig auch im Rahmen der World Trade Organization (WTO) anvisiert, zuletzt im Rahmen der Singapore-Issues der Doha-Runde; nach dem Gipfel von Cancun wurde das Thema Investitionen aber von den weiteren Verhandlungen ausgenommen.

³⁰ Agreement on Trade-Related Investment Measures vom 15.4.1994, 1868 U.N.T.S. 186.

³¹ General Agreement on Trade in Services vom 15.4.1994, 1869 U.N.T.S. 183, ILM 33 (1994), 1167.

³² Hierzu und zum Folgenden S. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, 2009, 50 ff., 58 ff. (m. w. N.).

Des Weiteren enthält auch das Recht der Europäischen Union (EU) im Hinblick auf Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit investitionsrelevante Vorschriften für den Binnenmarkt, insbesondere für die Investitionsliberalisierung.³³ Daneben verpflichten die OECD-Kodizes zur Liberalisierung des Kapitalverkehrs und der laufenden unsichtbaren Operationen (Liberalisation of Capital Movements and Current Invisible Operations) zu Nichtdiskriminierung und stellen so für bestimmte Bereiche Investitionsliberalisierung zwischen den OECD-Staaten sicher.³⁴ Schließlich enthält eine zunehmende Anzahl bilateraler Freihandelsabkommen und regionaler Wirtschaftsintegrationsbemühungen Regelungen zum Marktzugang für Auslandsinvestitionen.³⁵ Ein umfassendes Regime zur Investitionsliberalisierung existiert allerdings nicht.

Völkerrechtliche Regelungen zu Fragen der Investitionsförderung, d. h. der Schaffung von Anreizen für ausländische Investitionen, konzentrieren sich auf die entwicklungspolitischen Aktivitäten der Weltbankgruppe (International Bank for Reconstruction and Development, International Finance Corporation, International Development Association, und Multilateral Investment Guarantee Agency).³⁶ Außerdem finden sich Regelungen zur Investitionsförderung auch als Teil der vom Internationalen Währungsfonds geforderten Konditionalität.³⁷ Mit verschiedenen Mechanismen wie Investitionsgarantien, technischer Zusammenarbeit, Informations- und Beratungsleistungen und Konditionalität in Darlehensverträgen versuchen diese Akteure ein für Investitionen in nachhaltige Entwicklung positives Investitionsklima zu schaffen, sowohl im Hinblick auf Marktzugang von Auslandsinvestitionen, als auch was die Schaffung innerstaatlicher Strukturen angeht, die für ein positives Investitionsklima erforderlich sind und allgemein unter

³³ Ausführlich zu Europarecht und Investitionsliberalisierung S. Hindelang, *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment*, 2009. Hinzu kommt seit dem Vertrag von Lissabon noch die Erweiterung der Gemeinsamen Handelspolitik auf Direktinvestitionen (siehe Art. 207 (1) AEUV). Bisher befindet sich die EU jedoch noch in der Findungsphase im Hinblick auf ihre künftige internationale Investitionspolitik. Zu den mit der neuen Kompetenz zusammenhängenden Fragen siehe M. Bungenberg/J. Griebel/S. Hindelang (Hrsg.), *Internationaler Investitionsschutz und Europarecht*, 2010; die Beiträge und EU-Dokumente in K. Sauvart (Hrsg.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2010/2011* (2011), 143 ff.; A. Dimopoulos, *EU Foreign Investment Law*, 2011.

³⁴ OECD, *OECD Codes of Liberalisation – User's Guide*, 2008, <<http://www.oecd.org/dataoecd/21/23/38072327.pdf>>. Dazu M. Ruffert, *Capital, Free Flow of*, in: R. Wolfrum (Hrsg.), *MPEPIL*, Rn. 17-19, <<http://www.mpepil.com>>.

³⁵ Ausführlich UNCTAD, *Investment Provisions in Economic Integration Agreements*, 2006, <http://www.unctad.org/en/docs/iteiit200510_en.pdf>.

³⁶ Cf. M. Ragazzi, *World Bank Group*, in: R. Wolfrum (Anm. 34).

³⁷ Dazu D. Kalderimis, *IMF Conditionality as Investment Regulation: A Theoretical Analysis*, *Social & Legal Studies* 13 (2004), 103.

dem Begriff Good Governance zusammengefasst werden. Insgesamt ist die Erfassung dieses Bereichs aus rechtswissenschaftlicher Sicht allerdings noch in den Anfängen.³⁸ Zudem scheint das Handeln der jeweiligen Akteure hier ohnehin weniger rechtlich determiniert als entwicklungspolitisch motiviert zu sein, was rechtswissenschaftliche Analysen erschwert.

2. Die Entwicklung des Investitionsschutzrechts

Den Kernbereich der völkerrechtlichen Regelungen im Bereich der Auslandsinvestitionen bildet das Investitionsschutzrecht. Es ist inzwischen in mehr als 2.800 bilateralen, regionalen und sektoralen Investitionsschutzabkommen, sowie in ca. 300 Investitionskapiteln in Freihandelsabkommen enthalten.³⁹ Ein multilateraler Rahmen existiert damit zwar nicht, allerdings gründen die Abkommen auf einheitlichen materiellen Grundprinzipien von Eigentumsschutz und Rechtsstaatlichkeit und sehen im Allgemeinen die Möglichkeit vor, dass Investoren die ihnen gewährten Rechte direkt gegenüber Gaststaaten im Rahmen von Investor-Staats-Schiedsverfahren geltend machen können. Dadurch entwickelt sich ein in einem multilateralen Abkommen durchaus vergleichbares Regime.⁴⁰ Dieses Regime bildet nicht nur das Herzstück des für Auslandsinvestitionen relevanten Völkerrechts, sondern ist auch Fluchtpunkt für die zum Teil fundamentale Kritik des Investitionsschutzrechts.

Historischer Ausgangspunkt dieser Kritik ist, dass sich das Recht der Auslandsinvestitionen als Recht des Investitions- bzw. Investorenschutzes entwickelt hat. Geprägt war dies zunächst vor allem durch den Interessenkonflikt zwischen Kapital exportierenden Industriestaaten und Kapital importierenden Entwicklungsländern. Dieser Konflikt führte wiederholt zum Scheitern multilateraler Investitionsschutzregelungen (a). Gleichzeitig war den Entwicklungsländern jedoch die Notwendigkeit bewusst, Auslandsinvestitionen für die eigene wirtschaftliche Entwicklung anzuziehen. Dies führte ab Ende der 1950er Jahre zum Abschluss bilateraler Investitions-

³⁸ Dazu *M. Riegner/T. Wischmeyer* (Anm. 2); siehe aber *P. Dann*, *Entwicklungsverwaltungsrecht*, 2012.

³⁹ Siehe UNCTAD (Anm. 1), 100, (danach bestanden Ende 2010 insgesamt 2.807 bilaterale Investitionsschutzabkommen, sowie 309 sonstige Investitionsschutzabkommen).

⁴⁰ Ausführlich dazu *S. Schill* (Anm. 32). Ähnlich auch *E. Chalamish*, *The Future of Bilateral Investment Treaties: A de facto Multilateral Agreement?*, *Brook. J. Int'l L.* 34 (2009), 303; *S. Montt*, *State Liability in Investment Treaty Arbitration – Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, 2009; *J. W. Salacuse*, *The Law of International Investment Treaties*, 2010.

schutzabkommen und 1965 zum Abschluss des Übereinkommens zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten (ICSID-Konvention).⁴¹ Beide Entwicklungen etablieren materielle und prozessuale Investorenrechte als Elemente liberaler Entwicklungspolitik (b).

a) Scheitern multilateraler Regelungen als Teil des Nord-Süd-Konflikts

In Zentrum der Entwicklung des Investitionsschutzrechts standen lange Zeit Bemühungen um die Etablierung eines multilateralen Regimes, ähnlich dem WTO- oder Weltwährungsrecht.⁴² Allerdings scheiterten diese Bemühungen kontinuierlich an einem nicht überwindbaren Interessengegensatz zwischen Industriestaaten und Entwicklungsländern. Dabei entwickelte sich das Thema eines internationalen Investitionsschutzrechts ohnehin erst als andere Formen des Investitionsschutzes über *gunboat diplomacy* oder *empire* an ihre Grenzen stießen.⁴³ Entsprechend liegen die Anfänge des heutigen Investitionsschutzrechts in den Auseinandersetzungen um den Inhalt des völkerrechtlichen Fremdenrechts im Gefolge der sowjetischen und mexikanischen Revolutionen nach dem Ende des Ersten Weltkrieges.⁴⁴ Zentral war dabei die Frage, ob ein vom nationalen Recht unabhängiger völkerrechtlicher Minimumstandard für die Behandlung ausländischer Investoren galt, insbesondere im Hinblick auf den bei Enteignungen anwendbaren Entschädigungsstandard. Diese Frage war zwischen der vor allem von südamerikanischen Staaten vertretenen *Calvo*-Doktrin mit ihrem Fokus auf Inländergleichbehandlung und der von europäischen Mächten und den USA vertretenen Doktrin vom internationalen Minimumstandard und der *Hull*-Formel, die prompte, adäquate und effektive Entschädigung bei Enteignungen ausländischer Staatsangehöriger forderte, umstritten.

⁴¹ Übereinkommen zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten vom 18.3.1965, BGBl. 1969 II, 369. Dazu *B. Schöbener/L. Markert*, Das International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) – Organisation, Verfahren und aktuelle Entwicklungen, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft 105 (2006), 65; *C. Schreuer/L. Malintoppi/A. Reinisch/A. Sinclair*, The ICSID Convention – A Commentary, 2. Aufl. 2009.

⁴² Zur Geschichte des Investitionsschutzrechts ausführlich *A. Newcombe/L. Paradell*, Law and Practice of Investment Treaties, 2009, 1 ff.

⁴³ Ausführlich dazu *T. Johnson jr./J. Gimblett*, From Gunboats to BITs: The Evolution of Modern International Investment Law, Yearbook on International Investment Law & Policy 3 (2011), 649.

⁴⁴ Dazu auch *R. Dolzer*, Eigentum, Enteignung und Entschädigung im geltenden Völkerrecht, 1985, 13 ff.

Unabhängig von diesen inhaltlichen Divergenzen bestand aber das größte Manko des völkergewohnheitsrechtlichen Investitionsschutzes in seinem defizitären Durchsetzungsmechanismus. Statt den betroffenen Investoren ein direktes Klagerecht gegen den Gaststaat auf internationaler Ebene einzuräumen, waren sie darauf beschränkt, zunächst die Gerichte des Gaststaates anzurufen, die gerade in Entwicklungsländern nicht notwendigerweise effektiven Rechtsschutz ermöglichen, und im Anschluss daran ihren jeweiligen Heimatstaat um die Ausübung diplomatischen Schutzes zu bitten. Der Heimatstaat konnte dann die Rechtsverletzung des Investors im Völkerrechtsverhältnis gegenüber dem Gaststaat geltend machen, etwa indem er ein Verfahren vor einem internationalen Gericht oder Schiedsgericht einleitete.⁴⁵ Denn getragen war das klassische Völkerrecht von der Vorstellung, dass die Verletzung von Rechten ausländischer Investoren eine Verletzung der Rechte des Heimatstaates darstellten.⁴⁶ Tatsächlich wurde der Internationale Gerichtshof gelegentlich mit Fragen des Investitionsschutzes befasst⁴⁷ und auch Spezialtribunale auf völkerrechtlicher Ebene eingerichtet.⁴⁸ Allerdings hat der Investor auf die Ausübung diplomatischen Schutzes durch seinen Heimatstaat keinen Anspruch und ist insofern dessen Ermessen ausgeliefert.⁴⁹

Unklarheiten im materiellen Recht und das Defizit bei der Streitbeilegung führten vor allem nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges zu verschiedenen Vorstößen von Industriestaaten, ein multilaterales völkervertragliches Investitionsschutzabkommen zu etablieren. Diese Bemühungen scheiterten jedoch wiederholt am Interessengegensatz von Industriestaaten und Entwicklungsländern.⁵⁰ Erstere waren am Schutz ihrer Investoren gegen eine in Entwicklungsländern im Zuge der Dekolonisierung weitverbreitete Politik, durch Enteignungen nicht nur politische, sondern auch wirtschaftliche Unabhängigkeit zu erlangen, interessiert. Eigentumsschutz und die Forderung nach Rechtsstaatlichkeit standen dabei einer Politik absoluter staatlicher Souveränität gegenüber; ideologisch überlagert wurde dieser Dis-

⁴⁵ Zum diplomatischen Schutz allgemein siehe C. F. Amerasinghe, *Diplomatic Protection*, 2008.

⁴⁶ *The Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. Britain)*, Urteil vom 30.8.1924, P.C.I.J. Series A, No. 2 (1924), 12.

⁴⁷ Zuletzt etwa *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Urteil vom 24.5.2007, Rn. 49-96, <<http://www.icj-cij.org>>.

⁴⁸ So z. B. das Iran-United States Claims Tribunal. Dazu ausführlich C. N. Brower/J. D. Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal*, 1998.

⁴⁹ Siehe J. Hagelberg, *Die völkerrechtliche Verfügungsbefugnis des Staates über Rechtsansprüche von Privatpersonen*, 2006, 49 ff. Zur Rechtslage in Deutschland siehe R. Hofmann, *Grundrechte und grenzüberschreitende Sachverhalte*, 1994, 107 ff.

⁵⁰ Zur Entwicklung nach 1945 S. Schill (Anm. 32), 31-36 (m. w. N.).

sens noch durch den Ost-West-Konflikt. So scheiterte nicht nur der Versuch Ende der 1940er Jahre, die International Trade Organization zu schaffen,⁵¹ sondern auch die OECD Convention on the Protection of Foreign Property von 1967.⁵² Ausschlaggebend war jeweils fehlender internationaler Konsens über den angemessenen Umfang von Eigentumsschutz durch das Völkerrecht.

Stattdessen mobilisierten Entwicklungsländer und die sozialistischen Staaten in den 1970er Jahren in der UNO-Generalversammlung gegen einen vom nationalen Recht unabhängigen, völkerrechtlichen Schutz ausländischer Investitionen, der noch in der Resolution 1803 der UNO-Generalversammlung zu “Permanent Sovereignty over Natural Resources” vom 14.12.1962 enthalten war.⁵³ Mit Resolution 3201 vom 1.5.1974 riefen Entwicklungsländer und sozialistische Staaten eine Neue Weltwirtschaftsordnung aus⁵⁴ und proklamierten “the right of nationalization or transfer of ownership to its nationals, this right being an expression of the full permanent sovereignty of the State”.⁵⁵ Eine Entschädigungspflicht war nicht mehr explizit vorgesehen. Ein Abrücken vom völkerrechtlichen Schutz von Auslandsinvestitionen verfolgte auch die “Charter of Economic Rights and Duties of States”, die die UNO-Generalversammlung als Resolution 3281 am 12.12.1974 mit 120 Ja-, 6 Neinstimmen und 10 Enthaltungen verabschiedete.⁵⁶ Sie statuierte für jeden Staat

⁵¹ Dazu *W. Diebold*, *The End of the ITO*, in: K. Anderson/B. Hoekman (Hrsg.), *The Global Trading System*, vol. I, 2002, 81 ff.

⁵² Draft Convention on the Protection of Foreign Property and Resolution of the Council of the OECD on the Draft Convention, ILM 7 (1968), 117.

⁵³ Resolution 1803 der UNO-Generalversammlung vom 14.12.1962 UN Doc A/RES/1803(XVII), ILM 2 (1963), 223. Dazu *R. Dolzer* (Anm. 44), 22; *S. M. Schwebel*, *The Story of the U.N.'s Declaration on Permanent Sovereignty over Natural Resources*, *American Bar Association Journal* 49 (1963), 463; *K. N. Gess*, *Permanent Sovereignty over Natural Resources*, *ICLQ* 13 (1964), 398.

⁵⁴ Declaration on the Establishment of a New International Economic Order, Resolution 3201 (S-VI) der UNO-Generalversammlung vom 1.5.1974, UN Doc A/RES/3201(S-VI), ILM 13 (1974), 715.

⁵⁵ Resolution 3201 (S-VI) (Anm. 54), Art. 4(e). Zur Neuen Weltwirtschaftsordnung allgemein siehe *J. Bhagwati*, *The New International Economic Order*, 1978; *J. A. Hart*, *The New International Economic Order*, 1983; *T. W. Walde*, *A Requiem for the “New International Economic Order” – The Rise and Fall of Paradigms in International Economic Law and a Post-mortem with Timeless Significance*, in: G. Hafner/G. Loibl (Hrsg.), *Liber Amicorum: Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern in Honour of his 80th Birthday*, 1998, 771.

⁵⁶ Resolution 3281 der UNO-Generalversammlung vom 12.12.1974, ILM 14 (1975), 251 (Gegenstimmen von Belgien, Dänemark, BRD, Luxemburg, Großbritannien und den USA; Enthaltungen von Australien, Kanada, Frankreich, Israel, Italien, Japan, den Niederlanden, Norwegen und Spanien).

the right to nationalize, expropriate or transfer ownership of foreign property, in which case appropriate compensation should be paid by the State adopting such measures, taking into account its relevant laws and regulations and all circumstances that the State considers pertinent. In any case where the question of compensation gives rise to a controversy, it shall be settled under the domestic law of the nationalizing State and by its tribunals, unless it is freely and mutually agreed by all States concerned that other peaceful means be sought on the basis of the sovereign equality of States and in accordance with the principle of free choice of means.⁵⁷

Parallel dazu wurden seit 1974 im Rahmen des United Nations Centre on Transnational Corporations (UNCTC) Versuche unternommen, über einen Verhaltenskodex multinationalen Unternehmen Pflichten, unter anderem zur Einhaltung der Menschenrechte, aufzuerlegen.⁵⁸ Entwicklung, so der Tenor war auch, und vielleicht in erster Linie, eine Frage des Erstarkens der unabhängig gewordenen ehemaligen Kolonien, die nicht nur nach politischer, sondern auch nach wirtschaftlicher Unabhängigkeit strebten und Enteignungen ohne volle Entschädigung als legitimes Instrument ihrer Entwicklungspolitik einsetzen wollten.⁵⁹ Dies hatte jedoch unweigerlich negative Auswirkungen auf das Investitionsklima in den meisten Entwicklungsländern. Auch wenn es den beiden UN-Resolutionen und den Arbeiten des UNCTC nicht gelang, in der Praxis die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zu beeinflussen,⁶⁰ lösten sie heftige Debatten um den Status des Eigentumsschutzes im Völkergewohnheitsrecht aus.⁶¹ Sie illustrieren zudem die Unmöglichkeit in den 1970er und 1980er Jahren, ein zwischen Industriestaaten und Entwicklungsländern konsensfähiges multilaterales Investitionsschutzregime zu schaffen.

Auch in den späten 1990er Jahren scheiterten Versuche, unter dem Dach der OECD das Multilateral Agreement on Investment zu schaffen, ebenso wie in eine ähnliche Richtung gehende Versuche im Rahmen der Doha-Runde der WTO.⁶² Auch wenn diese jüngeren multilateralen Versuche we-

⁵⁷ Resolution 3281 (Anm. 56), Article 2.2(c).

⁵⁸ Siehe Draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations, 1985, in: UNCTAD, *International Investment Instruments: A Compendium*, vol. I – Multilateral Instruments, 1996, 161 ff. Dazu ausführlich C. T. Ebenroth, *Code of Conduct – Ansätze zur vertraglichen Gestaltung internationaler Investitionen*, 1987.

⁵⁹ Dazu P. Juillard (Anm. 27), 138.

⁶⁰ R. Dolzer (Anm. 44), 53 ff.

⁶¹ Siehe C. N. Brower/J. Tepe, *The Charter of Economic Rights and Duties of States*, Int'l Law. 9 (1975), 295; B. H. Weston, *The Charter of Economic Rights and Duties of States and the Deprivation of Foreign Owned Wealth*, AJIL 75 (1981), 437; R. Dolzer (Anm. 44), 28 ff. (m. w. N.).

⁶² Dazu S. Schill (Anm. 32), 53 ff.

niger am Nord-Süd-Konflikt, sondern vielmehr an den Schwierigkeiten scheiterten, auf globaler Ebene ein System zu entwerfen, das private und öffentliche Interessen zu einem angemessenen und allgemein akzeptablen Ausgleich bringt, werfen die Auseinandersetzungen zwischen Industriestaaten und Entwicklungsländern während der Neuen Weltwirtschaftsordnung auch heute noch ihre Schatten auf die Debatten um das internationale Investitionsschutzrecht. So vertreten etwa verschiedene Vertreter sog. Third World Approaches to International Law, dass das Investitionsschutzrecht als hegemoniales Instrument des globalen Kapitalismus zu verstehen sei.⁶³

b) Investorenrechte als Elemente liberaler Entwicklungspolitik

Trotz der Ablehnung eines umfassenden multilateralen Investitionsschutzregimes und der Ablehnung völkergewohnheitsrechtlichen Schutzes waren sich Entwicklungsländer der Notwendigkeit bewusst, Auslandsinvestitionen für ihre wirtschaftliche Entwicklung anzuziehen, da die eigenen finanziellen und wirtschaftlichen Ressourcen unzureichend waren und vielfach die technologischen Voraussetzungen für anspruchsvollere wirtschaftliche Tätigkeit fehlten. Dieses Bewusstsein verstärkte sich nochmals durch die Schuldenkrise in den 1980er Jahren. So ist es zu erklären, dass parallel zur Proklamation einer Neuen Weltwirtschaftsordnung seit 1959 mit dem deutsch-pakistanischen Abkommen⁶⁴ bilaterale Investitionsschutzabkommen abgeschlossen wurden. Anfangs verlief dieser Prozess nur schleppend; nach dem Ende des Kalten Krieges und der Einsicht, dass marktwirtschaftliche Strukturen für wirtschaftliches Wachstum und Entwicklung erfolgversprechender sind als alternative Wirtschaftsmodelle, nahm die Anzahl bilateraler Investitionsschutzabkommen jedoch rapide zu, so dass Ende 2010 mehr als 2.800 solcher Abkommen, zusätzlich zu regionalen und sektoralen Investitionsschutzabkommen, wie dem North American Free Trade Agreement oder dem Energiechartavertrag, bestanden.⁶⁵

Zudem konnten sich Industrie- und zahlreiche Entwicklungsländer durch Bemühungen der Weltbank in den 1960er Jahren auf den Abschluss der ICSID-Konvention einigen, die einen prozessualen Rahmen für die Bei-

⁶³ Vgl. *B. S. Chimni*, *International Institutions Today: An Imperial Global State in the Making*, EJIL 15 (2004), 1, 7; *B. S. Chimni*, *Marxism and International Law*, *Economic & Political Weekly* (6.2.1999), 337; *M. Somarajah* (Anm. 6).

⁶⁴ Vertrag zur Förderung und zum Schutz von Kapitalanlagen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Pakistan vom 25.11.1959, BGBl. 1961 II, 793.

⁶⁵ Siehe Anm. 39. Zur Entwicklung der bilateralen Abkommen siehe *S. Schill* (Anm. 32), 40 ff.

legung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und ausländischen Investoren auf Grundlage von Schiedsverfahren zur Verfügung stellte.⁶⁶ Dies sollte es ermöglichen, bei Investitionsstreitigkeiten einen von den Gerichten des Gaststaates unabhängigen Streitbeilegungsmechanismus zu nutzen, ohne das anwendbare Recht zu ändern und ohne materielles Investitionsschutzrecht zu schaffen. Zielrichtung der Konvention war, wie dies auch in der Präambel zum Ausdruck kommt, private Investitionsflüsse zu fördern, um die Entwicklung des Gaststaates voranzutreiben. Investitionsschutz und neutrale Streitbeilegung waren historisch damit klar Teil der durch die internationale Gemeinschaft, und konkret durch die Weltbank, geförderten Entwicklungspolitik.

Auf steigende Investitionsflüsse und wirtschaftliche Entwicklung setzen auch die zahlreichen Investitionsschutzabkommen, indem sie Institutionen und Grundstrukturen schaffen, die für das Funktionieren marktwirtschaftlicher Strukturen erforderlich sind.⁶⁷ Auf abkommensübergreifenden Prinzipien zur Behandlung ausländischer Investoren aufbauend räumen diese Abkommen ausländischen Investoren verschiedene materielle Schutzrechte ein, insbesondere Inländergleichbehandlung, Meistbegünstigung, Schutz vor entschädigungslosen Enteignungen, gerechte und billige Behandlung (*fair and equitable treatment*), vollen Schutz und Sicherheit (*full protection and security*) und das Recht auf Kapital- und Gewinntransfer.

Zudem sehen die meisten Abkommen vor, dass Investoren diese Rechte in internationalen Schiedsverfahren direkt gegen den Gaststaat durchsetzen können.⁶⁸ Sie sind dabei regelmäßig weder auf die Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges noch auf diplomatischen Schutz durch ihren Heimatstaat angewiesen.⁶⁹ Die Schiedsverfahren, die zumeist nach den Regeln

⁶⁶ Siehe Anm. 41.

⁶⁷ Zum Verhältnis von Auslandsinvestitionen und wirtschaftlichem Wachstum siehe z. B. H. Hansen/J. Rand (Anm. 13); A. Chowdhury/G. Mavrotas (Anm. 13). Es ist aber umstritten, ob Investitionsschutzabkommen tatsächlich Auswirkungen auf Investitionsflüsse haben. Vgl. nur J. Tobin/S. Rose-Ackerman, When BITs Have Some Bite, in: R. P. Alford/C. A. Rogers (Hrsg.), *The Future of Investment Arbitration*, 2009, 131 und T. Büthe/H. V. Milner, *Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment*, in: K. P. Sauvant/L. Sachs (Hrsg.), *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, 2009, 171 einerseits (beide Studien finden eine positive Korrelation zwischen dem Abschluss von Investitionsschutzabkommen und Investitionsflüssen) mit E. Aisbett, *Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment: Correlation and Causation*, in: K. P. Sauvant/L. Sachs (Anm. 67), 395 andererseits (welche keine Korrelation findet).

⁶⁸ Zum Inhalt von Investitionsschutzabkommen siehe etwa das klassische Buch von R. Dolzer/M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, 1995.

⁶⁹ Vgl. Art. 11 des deutschen Mustervertrags 2005, AVR 45 (2007), 276; Art. 10 des deutschen Mustervertrags 2009 (bisher nicht veröffentlicht; das Bundesministerium für Wirtschaft

der ICSID-Konvention oder den United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)-Schiedsregeln durchgeführt werden,⁷⁰ erlauben es ausländischen Investoren, Schadenersatz für die Verletzung der in den Abkommen garantierten Rechte einzuklagen und gegebenenfalls zu vollstrecken.⁷¹ Die Anzahl derartiger Verfahren ist seit Mitte 2000 immens angestiegen und hat damit das internationale Investitionsschutzrecht erst wirklich zum Leben erweckt.⁷²

Investitionsschutzabkommen schützen einen breit gefächerten Bestand an Rechten, die mit dem Begriff der Kapitalanlage bezeichnet werden. Erfasst sind regelmäßig Eigentum an beweglichen und unbeweglichen Sachen, Anteilsrechte an Gesellschaften und geistiges Eigentum.⁷³ Das materielle Schutzniveau, das durch die Abkommen garantiert wird, ist zudem durchgehend hoch. Die Abkommen betonen dabei vor allem den Bestandsschutz von Auslandsinvestitionen, indem sie, ähnlich wie das Völkergewohnheitsrecht, direkte und indirekte Enteignungen nur im öffentlichen Interesse zulassen und diese an ein Entschädigungserfordernis knüpfen.⁷⁴ Des Weiteren verlangen die Abkommen, dass ausländische Investoren "billig und gerecht" behandelt werden.⁷⁵ Dieser generalklauselartig formulierte Schutzstandard hat sich in der Schiedspraxis zu einem umfassenden Anspruch ausländischer Investoren auf Behandlung nach rechtsstaatlichen Grundsätzen entwi-

und Technologie stellt auf Anfrage zu wissenschaftlichen Zwecken eine Kopie zur Verfügung). Zu letzterem siehe *J. Griebel*, Einführung in den Deutschen Mustervertrag über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen von 2009, IPRax 2010, 414.

⁷⁰ Schiedsregeln der UN Commission on International Trade Law (UNCITRAL), <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>>. Dazu *D. Caron/L. Caplan/M. Pellonpää*, The UNCITRAL Arbitration Rules – A Commentary, 2006.

⁷¹ Zum Rechtsschutz im Bereich des internationalen Investitionsschutzes siehe auch *C. Tietje*, Internationaler Investitionsrechtsschutz, in: *D. Ehlers/F. Schoch*, Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2009, 63.

⁷² Vgl. UNCTAD, Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement, IIA Issues Note No. 1, 2012, 1 f., <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaeia2012d10_en.pdf> (wonach Ende 2011 450 abkommensbasierte Investitionsstreitigkeiten bestanden).

⁷³ Vgl. Art. 1 Abs. 1 Mustervertrag 2005 (Anm. 69); Art. 1 Abs. 1 Mustervertrag 2009 (Anm. 69).

⁷⁴ Vgl. Art. 4 Abs. 2 Mustervertrag 2005 (Anm. 69); Art. 4 Abs. 2 Mustervertrag 2009 (Anm. 69). Ausführlich zu den materiellen Schutzstandards in Investitionsschutzabkommen siehe die Beiträge in *S. Schill* (Hrsg.), International Investment Law and Comparative Public Law, 2010; *A. Newcombe/L. Paradell* (Anm. 42); *R. Dolzer/C. Schreuer*, Principles of International Investment Law, 2008; *C. McLachlan/L. Shore/M. Weiniger*, International Investment Arbitration – Substantive Principles, 2007.

⁷⁵ Vgl. Art. 2 Abs. 2 Mustervertrag 2005 (Anm. 69); Art. 2 Abs. 2 Mustervertrag 2009 (Anm. 69).

ZaöRV 72 (2012)

ckelt.⁷⁶ Das Recht auf billige und gerechte Behandlung enthält so den Grundsatz der Rechtssicherheit im Sinne der Beständigkeit rechtlicher Normen und der Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns, die Verpflichtung zu Konsistenz staatlichen Handelns, das Prinzip der Rechtmäßigkeit, den Grundsatz des Vertrauensschutzes, das Verbot der Rechtsverweigerung, Anforderungen an die Ausgestaltung von Gerichts- und Verwaltungsverfahren, das Verbot willkürlichen und diskriminierenden und das Erfordernis transparenten staatlichen Handelns, sowie das Verhältnismäßigkeitsprinzip.⁷⁷

Des Weiteren verpflichten Investitionsschutzabkommen die Vertragsstaaten regelmäßig auch dazu, Auslandsinvestitionen gegen Substrateingriffe durch Behörden und Private zu schützen. Dies ist Teil der Verpflichtung, den vollen Schutz und die Sicherheit der Investition zu garantieren.⁷⁸ Verletzt wird dieser Grundsatz etwa, wenn der Staat keinen ausreichenden Polizeischutz gegen randalierende Demonstranten bietet⁷⁹ oder wenn das Militär Betriebsstätten eines Unternehmens rechtswidrig zerstört.⁸⁰ Insofern besteht hier eine gewisse Parallele zum enteignungsgleichen Eingriff im deutschen Staatshaftungsrecht.⁸¹ Die Verpflichtung, den vollen Schutz und die Sicherheit ausländischer Investitionen zu gewährleisten, wird in der Schiedsrechtsprechung darüber hinaus zunehmend auch als Schutzpflicht des Staates verstanden, im Wege der Rechtsetzung Regelungen und Rechtsdurchsetzungsmechanismen bereit zu stellen, damit Investoren nicht nur auf völkerrechtlicher, sondern auch auf nationaler Ebene den notwendigen Schutz gegenüber staatlichen und privaten Eingriffen genießen.⁸²

Spezielle Schutzrechte in Form sogenannter Schirmklauseln (*umbrella clauses*) räumen die Abkommen regelmäßig auch im Hinblick auf die Beachtung von vertraglichen und vertragsähnlichen Verpflichtungen ein, die

⁷⁶ Siehe S. Schill, Fair and Equitable Treatment as an Embodiment of the Rule of Law, in: R. Hofmann/C. Tams, The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID): Taking Stock After 40 Years, 2007, 31, 40.

⁷⁷ S. Schill (Anm. 76), 41 ff.

⁷⁸ Vgl. Art. 4 Abs. 1 Mustervertrag 2005 (Anm. 69); Art. 4 Abs. 1 Mustervertrag 2009 (Anm. 69). Siehe auch G. Cordero Moss, Full Protection and Security, in: A. Reinisch, Standards of Investment Protection, 2008, 131.

⁷⁹ Vgl. dazu H. Zeidler, Full Protection and Security, in: S. Schill (Anm. 74), 183.

⁸⁰ *American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire*, ICSID Case No. ARB/93/1, Award, 21.2.1997, Rn. 6.04 ff.; *Asian Agricultural Products Ltd v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Final Award, 27.6.1990, Rn. 45 ff.

⁸¹ Vgl. dazu F. Ossenbübl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, 213 ff.

⁸² *Azurix Corp v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14.7.2006, Rn. 408; *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 6.2.2007, Rn. 303; *National Grid P.L.C. v. Argentine Republic*, UNCITRAL, Award, 3.11.2008, Rn. 189.

der Gaststaat gegenüber ausländischen Investoren eingegangen ist.⁸³ Danach ist der Gaststaat völkerrechtlich verpflichtet, spezifische Verpflichtungen, die er in Bezug auf Kapitalanlagen eingegangen ist, einzuhalten. Ferner gewährleisten die Abkommen den freien Transfer von Zahlungen, die im Zusammenhang mit einer Investition stehen, insbesondere den Zufluss ins Gastland von zusätzlichem Kapital, wie auch den Abfluss von Erträgen oder Liquidationserlösen.⁸⁴

Schließlich räumen die Abkommen ausländischen Investoren Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung ein.⁸⁵ Danach sind ausländische Investoren aus dem jeweiligen Vertragsstaat genauso zu behandeln wie inländische Investoren oder wie Investoren aus Drittstaaten. Allerdings enthalten die Abkommen regelmäßig Ausnahmen zur Meistbegünstigung für diejenigen Rechte, die Drittstaaten aufgrund von Zollunionen oder sonstigen Instrumenten wirtschaftlicher Integration, wie der Unionsmitgliedschaft, eingeräumt werden.⁸⁶ Keinen unabhängigen Schutz bieten die meisten Investitionsschutzabkommen allerdings gegen Beschränkungen des Marktzuganges für Auslandsinvestitionen. Denn insofern bestimmen viele Abkommen regelmäßig nur, dass jeder Vertragsstaat Kapitalanlagen "in Übereinstimmung mit seinen Rechtsvorschriften zulassen" wird.⁸⁷ Dadurch wird kein vom nationalen Recht losgelöstes völkerrechtliches Zugangsrecht für Auslandsinvestitionen geschaffen.

Die dominante Rechtfertigungsnarrative für Investitionsschutzabkommen war zunächst, dass aus Sicht ausländischer Investoren einer der kritischsten Faktoren bei Auslandsinvestitionen das politische Risiko ist, also dasjenige Risiko, das aus der Kooperation mit einem ausländischen Staat resultiert, der Herrschaft über das eine Investition regulierende Recht und die Gerichtsbarkeit über Investitionsstreitigkeiten ausübt.⁸⁸ Insofern bezwecken Investitionsschutzabkommen durch die Einräumung bestimmter Investorenrechte das politische Risiko durch Internationalisierung zu mi-

⁸³ Vgl. Art. 8 Abs. 2 Mustervertrag 2005 (Anm. 69); Art. 7 Abs. 2 Mustervertrag 2009 (Anm. 69). Ausführlich zu den im Zusammenhang mit Schirmklauseln auftretenden Problemen *S. Schill*, *Enabling Private Ordering – Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment Treaties*, *Minn. J. Int'l L.* 18 (2009), 1.

⁸⁴ Vgl. Art. 5 Mustervertrag 2005 (Anm. 69), Art. 5 Mustervertrag 2009 (Anm. 69).

⁸⁵ Vgl. Art. 3 Mustervertrag 2005 (Anm. 69); Art. 3 Mustervertrag 2009 (Anm. 69).

⁸⁶ Vgl. Art. 3 Abs. 3 Mustervertrag 2005 (Anm. 69); Art. 3 Abs. 3 Mustervertrag 2009 (Anm. 69).

⁸⁷ Vgl. Art. 2 Abs. 1 Mustervertrag 2005 (Anm. 69); Art. 2 Abs. 1 Mustervertrag 2009 (Anm. 69).

⁸⁸ Zum Begriff des politischen Risikos und zur Streitbeilegung durch Schiedsverfahren als Form des Risikomanagements *N. Rubins/S. Kinsella*, *International Investment, Political Risk and Dispute Solution*, 2005, 261 f.

nimieren und so eine wichtige Investitionsschranke abzubauen. Kritisch zu hinterfragen ist allerdings, wie man sich die Tatsache erklärt, dass Entwicklungsländer kollektiv stets gegen materielle Regelungen zum Investitionsschutz waren, andererseits aber inhaltsgleiche Regelungen auf bilateraler Basis abschließen. Kritiker vermuten hier ein, durch das Interesse an Auslandsinvestitionen bedingtes Gefangenendilemma, das Industriestaaten nutzen, um Entwicklungsländern in der für sie ungünstigeren bilateralen Verhandlungssituation Zugeständnisse abzurufen, die kollektiv wegen veränderter Verhandlungsmacht, nicht zu erreichen sind. Dies, so Kritiker, führe zu einem "race to the bottom", in dem gerade Entwicklungsländer ihre Souveränitätsrechte ausverkaufen, da Investitionsflüsse größtenteils in ihre Richtung fließen.⁸⁹

Dieser Sichtweise steht allerdings entgegen, dass Investitionsschutzabkommen nicht nur Entwicklungsländern einseitig völkerrechtliche Verpflichtungen aufbürden, sondern ebenso auf Investitionen aus diesen Ländern in Industriestaaten anwendbar sind. Tatsächlich zeigt sich gerade in den letzten Jahren eine Zunahme an Investitionsflüssen aus Entwicklungsländern in Industriestaaten.⁹⁰ Auch Investitionsschiedsverfahren werden nicht mehr nur gegen Entwicklungsländer, sondern zunehmend auch gegen Industriestaaten eingeleitet.⁹¹ Zudem sind inhaltsgleiche Investitionsschutzabkommen auch zwischen Entwicklungsländern in Kraft (sog. South-South BITs).⁹² Auch dies spricht dagegen, bilaterale Investitionsschutzabkommen als faktisch einseitige Abkommen und damit als hegemoniales Instrument zu betrachten.

Stattdessen spricht viel dafür, dass Industriestaaten und Entwicklungsländer tatsächlich ein Interesse an einheitlichen Regelungen im Bereich des Investitionsschutzes haben, da so keine Verzerrungen von Investitionsflüssen durch jeweils unterschiedliche Investitionsschutzregime entstehen und Investitionen damit dorthin fließen können, wo sie wirtschaftlich am effektivsten arbeiten.⁹³ Zudem liegt das Scheitern der jüngeren Versuche, ein echtes multilaterales Abkommen im Rahmen der WTO und der OECD zu

⁸⁹ Dazu ausführlich *A. T. Guzman*, Why LDCs Sign Treaties that Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties, *Va. J. Int'l L.* 38 (1998), 639. Ähnlich auch *E. Benvenisti/G. W. Downs*, The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law, *Stan. L. Rev.* 60 (2007), 595, 611 f., 616 f.

⁹⁰ Vgl. UNCTAD (Anm. 1), 6 ff.

⁹¹ Dazu *G. Aguilar Alvarez/W. Park*, The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11, *Yale J. Int'l L.* 28 (2003), 365.

⁹² Siehe UNCTAD, South-South Cooperation in International Investment Arrangements, 2005, <http://www.unctad.org/en/docs/iteiit20053_en.pdf>.

⁹³ Dazu *S. Schill* (Anm. 32), 106 ff.

schließen, nicht mehr an grundlegend unterschiedlichen Auffassungen der Staaten über die Notwendigkeit von Eigentumsschutz durch das Völkerrecht, sondern an den Schwierigkeiten, Detaillösungen für die Grenzziehung zwischen Investitionsschutz und entgegenstehenden öffentlichen Interessen zu finden.⁹⁴ Schließlich verwenden manche Staaten multilaterale Verhandlungen zum Investitionsschutz auch, um Zugeständnisse in anderen, nicht investitionsrelevanten Bereichen zu erhalten; auch dies erklärt das Scheitern multilateraler Investitionsschutzregelungen.⁹⁵

Vor diesem Hintergrund erscheint der Anstieg des Bilateralismus im Investitionsschutz vielmehr als Ausdruck einer Pfadabhängigkeit, die nur schwerlich als Argument für ein Fehlen einheitlicher Interessen von Industriestaaten und Entwicklungsländern gewertet werden kann. Gerade China taugt als Paradebeispiel, um diese These zu untermauern, da das Land zunächst nur wenigen investitionsfreundlichen Schutzregelungen in seinen bilateralen Investitionsschutzabkommen zugestimmt hatte, sich seit Ende der 1990er Jahre aber an das international übliche Investitionsschutzmodell angepasst hat, obwohl es nach wie vor zu den netto Kapital importierenden Ländern zählt und eine Anpassung nicht durch externen Druck seiner Verhandlungspartner zu erklären ist.⁹⁶

Insgesamt bringen bilaterale Investitionsschutzabkommen damit einen Konsens über die Grundprinzipien des internationalen Investitionsschutzes zum Ausdruck, der darauf basiert, marktwirtschaftliche Rahmenbedingungen für das Verhältnis zwischen Staaten und Investoren zu schaffen. Insofern löst sich das Investitionsschutzrecht auch zunehmend aus der durch den Nord-Süd-Konflikt geprägten Genese und gibt den Blick frei auf die Problematik, wie öffentliche und private Interessen in globalen Märkten zueinander ins Verhältnis zu setzen sind.⁹⁷ Auch wenn neuere Investitionsschutzabkommen durch modifizierte Vertragsklauseln nachsteuern, um Gaststaaten ausreichend Handlungsspielraum zu sichern,⁹⁸ spricht die breite

⁹⁴ Dies war einer der Gründe für das Scheitern des Multilateral Agreement on Investment im Rahmen der OECD; siehe *S. Schill* (Anm. 32), 53 ff. (m. w. N.).

⁹⁵ Dies war der maßgebliche Grund für das Scheitern von Verhandlungen über Investitionsschutzregelungen im Rahmen der Doha-Runde der WTO. Vgl. *A. Hurrell/A. Narlikar*, *A New Politics of Confrontation? Brazil and India in Multilateral Trade Negotiations*, *Global Society* 20 (2006), 415, 422 ff.

⁹⁶ Dazu ausführlich *S. Schill*, *Tearing Down the Great Wall – The New Generation Investment Treaties of the People’s Republic of China*, *Cardozo J. Int’l & Comp. L.* 15 (2007), 73.

⁹⁷ So *W. Shan*, *From “North-South-Divide” to “Private-Public-Debate”*, *Nw. J. Int’l L. & Bus.* 27 (2007), 631.

⁹⁸ Siehe etwa *P. Muchlinski*, *Trends in International Investment Agreements: Balancing Investor Rights and the Right to Regulate. The Issue of National Security*, *Yearbook on In-*

Akzeptanz von Form und Inhalt internationaler Investitionsschutzabkommen – auch durch Schwellen- und Entwicklungsländer – gegen ein Verständnis des internationalen Investitionsschutzrechts als hegemoniales Instrument des globalen Kapitalismus, für das Investitionsschutz und Entwicklung in einem unvereinbaren Zielkonflikt stehen.

III. Investitionsschiedsgerichtsbarkeit und Entwicklungsdiskurs

Die bei weitem wichtigste Entwicklung im internationalen Investitionsschutzrecht ist der durch die Einführung der Investor-Staats-Schiedsgerichtsbarkeit bedingte Perspektivwechsel von einem in erster Linie zwischenstaatlich gedachten Investitionsschutzrecht zu einem die Verhältnisse zwischen Gaststaaten und Investoren direkt regelnden Recht. Verglichen mit dem System des diplomatischen Schutzes räumt dies Investoren nicht nur effektiven Rechtsschutz gegen staatliche Eingriffe ein, es führt auch zu einer stärkeren Verrechtlichung des Investitionsschutzrechts und einer Konzentration der rechtswissenschaftlichen Analyse auf die seit Ende der 1990er Jahre aufkeimende Schiedspraxis.⁹⁹ Internationales Investitionsschutzrecht wird damit synonym zur Praxis der investitionsrechtlichen Streitbeilegung.

Zwar verdeutlicht dies, dass das Investitionsschutzrecht heute nicht mehr in erster Linie ein Rechtsgebiet ist, das sich aus dem Interessengegensatz von Industriestaaten und Entwicklungsländern speist, sondern als Recht fungiert, das zwischen Investoren- und Staateninteressen vermittelt. Gleichzeitig kann man aber auch eine Abschirmung des investitionsschutzrechtlichen Mainstream gegen Außeneinflüsse konstatieren, so dass auch das Verhältnis von Investitionen und Entwicklung nur am Rande eine Rolle spielt.¹⁰⁰ In der investitionsrechtlichen Schiedsrechtsprechung klingt lediglich an drei Stellen das Thema Entwicklung an: in der Debatte um den Investitionsbegriff (1.), bei der Frage, ob der Entwicklungsstand oder –status des Gaststaates Einfluss auf die Auslegung und Anwendung materieller

ternational Investment Law & Policy 1 (2009), 35, 36 ff.; P. Muchlinski, Trends in International Investment Agreements, 2008/2009: Review of the Model Bilateral Investment Treaties of Norway, South Africa and the United States, Yearbook on International Investment Law & Policy 2 (2010), 41, 55 ff.

⁹⁹ Diese Konzentration zeigt sich paradigmatisch an der monographischen Literatur zum Investitionsschutzrecht. Siehe S. Schill (Anm. 2), 883 ff.

¹⁰⁰ Anders allerdings die in Anm. 3 zitierte Literatur.

Schutzstandards hat (2.) und in der Diskussion um die teleologische Auslegung von Investitionsschutzabkommen (3.). Ähnlich wie schon in der historischen Perspektive kommt dabei allerdings die, auch rechtsdogmatisch zweifelhafte, Vorstellung eines Zielkonflikts zwischen Investitionsschutz und Entwicklung zum Ausdruck.

1. Der Investitionsbegriff

Eine rege mit Entwicklungsbezug geführte Diskussion herrscht in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit um die Definition des Begriffs der Investition.¹⁰¹ Ähnlich wie Investitionsschutzabkommen, die eine nicht abschließende Liste von als Investition geschützten Rechten und Interessen zumeist ohne textlichen Bezug auf Entwicklung enthalten,¹⁰² schweigt auch die für die Zuständigkeit von ICSID maßgebliche Bestimmung in Art. 25(1) ICSID-Konvention, was den Begriff der Investition angeht. Hier heißt es lediglich:

The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre.

Trotz Fehlens einer näheren Definition des Begriffs der Investition durch die Konvention haben sich auf Grundlage der Schiedsrechtsprechung, vor allem im Fall *Salini v. Morocco*, gleichwohl Kriterien herausgebildet, anhand derer sich der sachliche Zuständigkeitsbereich von ICSID näher bestimmt. Denn klar war von vornherein, dass nicht jegliche wirtschaftliche Transaktion, etwa ein einfacher, grenzüberschreitender Warenlieferungsvertrag, unter die Zuständigkeit von ICSID fallen solle. Der sog. *Salini*-Test enthält insofern verschiedene Merkmale, die die Charakteristika einer Investition

¹⁰¹ Dazu *D. Krishan*, A Notion of ICSID Investment, in: T. G. Weiler (Hrsg.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, vol. 1, 2008, 61; *J. D. Mortenson*, The Meaning of "Investment": ICSID's *Travaux* and the Domain of International Investment Law, *Harv. Int'l L. J.* 51 (2010), 257.

¹⁰² Siehe z. B. Article 1(1) Agreement between the Republic of Austria and the Republic of Uzbekistan for the Promotion and Protection of Investments vom 2.6.2000, Österr. BGBl. Nr. III 167/2001, <<http://www.bmwfj.gv.at/Aussenwirtschaft/Investitionspolitik/Documents/Bilaterale%20Investitionsschutzabkommen/Usbekistan.pdf>>, der Investitionen definiert als "alle Vermögenswerte auf dem Hoheitsgebiet einer Vertragspartei, die direkt oder indirekt im Eigentum oder unter der Kontrolle eines Investors der anderen Vertragspartei stehen", gefolgt von einer nicht abschließenden Liste an Regelbeispielen.

zu fassen und gegen andere wirtschaftliche Transaktionen abzugrenzen versuchen. So soll eine Investition nach dem *Salini*-Test gekennzeichnet sein durch: 1. einen geldwerten Beitrag des Investors zu einem Projekt; 2. eine bestimmte Dauer der dadurch begründeten wirtschaftlichen Beziehung; 3. die Gewinnerzielungsabsicht des Investors; 4. die Übernahme eines wirtschaftlichen Risikos; und 5. einen Beitrag der Investition zur Entwicklung des Gaststaates.¹⁰³

Größtenteils unumstritten sind in der Schiedsrechtsprechung die ersten vier Kriterien, wobei regelmäßig betont wird, dass es sich bei den *Salini*-Kriterien nicht um einen korsettartigen Test handelt, dessen einzelne Tatbestandsmerkmale Ausschlusswirkung entfalten, sondern eher um einen topischen Test, der ein mehr oder weniger erlaubt.¹⁰⁴ Höchst umstritten hingegen ist das letzte Merkmal: das Erfordernis eines Beitrags der Investition zur Entwicklung des Gaststaates. So hatte z. B. das Annulment Committee in der Entscheidung *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo* verneint, dass die Einrichtung einer aus nur wenigen Berufsträgern bestehenden Rechtsanwaltskanzlei eine Investition im Sinne von Art. 25(1) ICSID-Konvention darstellte, da es unklar geblieben war, inwieweit die Kanzlei zur wirtschaftlichen Entwicklung Kongos beigetragen habe.¹⁰⁵

Ähnlich benutzte auch das Schiedsgericht in *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia* das Kriterium des Beitrags zur wirtschaftlichen Entwicklung des Gaststaates, um das Vorliegen einer Investition in einem Fall abzulehnen, in dem die Klägerin auf vertraglicher Grundlage das Auffinden und Bergen eines historischen Schiffes und die Versteigerung der an Bord befindlichen Artefakte durchführte; aufgrund des verhältnismäßig geringen Gegenstandswerts der Artefakte von weniger als US\$ 3 Millionen sei kein erheblicher Beitrag zur wirtschaftlichen Entwicklung des Gaststaates geleis-

¹⁰³ Siehe etwa *Biwater Gauff Limited v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24.7.2008, Rn. 319 (unter Verweis auf *Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23.7.2001, ILM 42 (2003), 609). Vgl. auch C. Schreuer et al (Anm. 41), Art. 25 Rn. 153.

¹⁰⁴ Siehe z. B. *Biwater Gauff* (Anm. 103), Rn. 319 ff.; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/29, Decision on Jurisdiction, 12.2.2010, Rn. 92 ff.; *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/07/20, Award, 14.7.2010, Rn. 107 ff.; *Abaclat and Others (Case formerly known as Giovanna a Beccara and Others) v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction, 4.8.2011, Rn. 362 ff.; so auch C. Schreuer et al (Anm. 41), Art. 25 Rn. 152-174. Ausführlich zur Schiedsrechtsprechung auch J. D. Mortenson (Anm. 101), 268 ff.

¹⁰⁵ *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/99/7, Decision on the Application for Annulment of the Award, 1.11.2006, Rn. 27-41.

tet worden.¹⁰⁶ Das gegen diese Entscheidung angerufene Annulment Committee hingegen hob den Schiedsspruch durch Mehrheitsbeschluss auf, da es entschied, dass der vom Schiedsgericht angewandte strikte Test für das Vorliegen einer Investition, insbesondere das Vorliegen eines Beitrags zur Entwicklung des Gaststaates, keine Grundlage in der ICSID-Konvention oder ihrer Genese finde.¹⁰⁷ In einem Sondervotum gegen diesen Mehrheitsentscheid verteidigte Richter *Shahabuddeen* allerdings, dass das Kriterium eines Beitrags zur Entwicklung des Gaststaates beizubehalten sei.¹⁰⁸

Die Notwendigkeit des Vorliegens eines positiven Beitrags zur Entwicklung des Gaststaates begründen ICSID-Schiedsgerichte dabei regelmäßig mit dem Sinn und Zweck der Konvention, wie sie in ihrer Präambel zum Ausdruck kommen.¹⁰⁹ Darin wird zwar der entwicklungspolitische und -ökonomische Hintergrund der ICSID-Konvention deutlich. Fraglich ist jedoch, ob dies zu der von manchen Schiedsgerichten angenommenen Abhängigkeit des Investitionsbegriffs von einem positiv feststellbaren Beitrag einer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Entwicklung des Gaststaates führen muss. Denn es gefährdet die Rechtssicherheit, wenn für Investoren zum Zeitpunkt des Tätigens einer Investition unklar bleibt, worin ein Beitrag zur Entwicklung des Gaststaates liegt und ob ihre wirtschaftliche Investition auch eine Investition im Rechtssinne darstellt. Insofern führt ein an abstrakten Entwicklungskriterien ausgelegter Investitionsbegriff dazu, dass Investitionen aufgrund eines Minus an Rechtssicherheit ausbleiben. Dies trifft auch entwicklungsfördernde Investitionen.

Fraglich bleibt zudem Sinn und Zweck eines solchen Kriteriums. Wenn es um den Ausschluss von Kleininvestitionen als taugliches Schutzobjekt der ICSID-Konvention geht, ist dem allein schon deswegen nicht zuzustimmen, da viele Kleininvestitionen in der Summe einen ebenso bedeutenden Beitrag zur Entwicklung des Gaststaates leisten können wie eine einzige Großinvestition. Verschärft würde ein Ausschluss von Kleininvestoren noch dadurch, dass diese stärker als die mit größerer Verhandlungsmacht ausgestatteten Großinvestoren auf den Rechtsschutzmechanismus unter der

¹⁰⁶ *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, Award on Jurisdiction, 17.5.2007, Rn. 123 ff.

¹⁰⁷ *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, Decision on the Application for Annulment, 16.4.2009, Rn. 56 ff.

¹⁰⁸ *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, Decision on the Application for Annulment, 16.4.2009, Dissenting Opinion of Judge *Mohamed Shahabuddeen*, Rn. 14 ff.

¹⁰⁹ Dort wird Bezug genommen auf "the need for international cooperation for economic development, and the role of private international investment therein." Auf die Präambel rekurrierend *Patrick Mitchell v. Congo* (Anm. 105), Rn. 28-29.

ICSID-Konvention angewiesen sind. Zum Ausschluss unerwünschter Investitionen bedarf es zudem keines besonderen Tatbestandsmerkmals im Investitionsbegriff. Denn insofern hat der Gaststaat die Möglichkeit auf Grundlage des nationalen Rechts unerwünschte Investitionen nicht zuzulassen bzw. durch Rechtmäßigkeitsanforderungen Investorenverhalten zu steuern. Das Vorliegen eines positiven Beitrags zur Entwicklung des Gaststaates ist damit weder textlich noch rechtspolitisch haltbar.

In der Schiedsrechtsprechung ist die Frage, ob der Beitrag einer Investition zur Entwicklung des Gaststaates eine Voraussetzung für die Eröffnung des Schutzbereiches der ICSID-Konvention darstellt, sicherlich noch nicht abgeschlossen. Die Debatte ist aber insoweit entschärft worden, als das mit einer bekannt staatsfreundlichen Präsidentin besetzte Tribunal in *Phoenix v. Czech Republic* dafür plädierte, dass eine (allerdings widerlegliche) Vermutung dafür bestehe, dass eine Investition einen positiven Beitrag zur Entwicklung des Gaststaates leiste.¹¹⁰ Auch wenn unklar bleibt, welche Funktion eine derartige Vermutungsregelung haben soll (abgesehen von der Ermöglichung einer die Rechtssicherheit gefährdenden, rechtspolitischen Handhabe für Schiedsrichter, ihre Zuständigkeit von Fall zu Fall zu verneinen), und ob jenseits dessen überhaupt eine Notwendigkeit für einen Entwicklungsbezug beim Investitionsbegriff besteht, reflektiert die entsprechende Diskussion jedenfalls, dass die Schiedsrechtsprechung den Schutz ausländischer Investitionen in einem entwicklungspolitischen Kontext verortet. Ein Entwicklungsbezug als Tatbestandsmerkmal des Investitionsbegriffs ist gleichwohl abzulehnen.¹¹¹

2. Entwicklungsstatus und Schutzstandards

Zum Vorschein kommen entwicklungsbezogene Argumentationsfiguren in der Investitionsschiedsrechtsprechung zudem im Hinblick auf die Frage, ob der Status des Gaststaates als Entwicklungsland bzw. dessen jeweiliger Entwicklungsstand die Auslegung der materiellen Schutzstandards beeinflussen sollte, ob z. B. die Auslegung des Grundsatzes billiger und gerechter Behandlung eine andere ist, je nachdem ob es sich bei dem Gaststaat um die

¹¹⁰ *Phoenix Action Limited v. Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15.4.2009, Rn. 85.

¹¹¹ Ebenso mit teilweise anderer Argumentation *J. D. Mortenson* (Anm. 101), 280 ff.; *D. Krishan* (Anm. 101).

USA oder die Zentralafrikanische Republik handelt.¹¹² Dafür sprechen eine Reihe von Schiedsentscheidungen, die explizit auf den Entwicklungsstand des Gaststaates abstellten, um eine Verletzung von Investorenrechten zu verneinen.

So entschied das Tribunal in *Alex Genin v. Estonia*, dass der Widerruf einer Bankbetriebsgenehmigung in den 1990er Jahren keine Verletzung des Grundsatzes billiger und gerechter Behandlung darstellte, obwohl der Widerruf selbst durchaus kritikwürdig erschien und als irregulär einzustufen war, da der Investor den Kontext Estlands als Transitionsland von einer sozialistischen Planwirtschaft hin zu einer Marktwirtschaft bewusst in Kauf genommen habe.¹¹³

Auch in *Pantehniki v. Albania* wurde der Umfang des Rechts auf vollen Schutz und Sicherheit anhand der generellen Situation in Albanien bestimmt.¹¹⁴ Gegenstand der Klage war die Stürmung und Plünderung eines Baugeländes während Unruhen im März 1997. Dabei stellte der alleinige Schiedsrichter *Jan Paulsson* fest, dass der Entwicklungsstand eines Gaststaates bei der investitionsrechtlichen Bewertung Berücksichtigung finden müsse. Obwohl die albanischen Polizeikräfte nicht imstande waren, der Investition Schutz zu gewähren, könne keine Verletzung des Rechts auf vollen Schutz und Sicherheit festgestellt werden. Denn der Bauunternehmer habe aufgrund des allgemeinen Zustandes von Verwahrlosung und Rechtlosigkeit in Albanien keine hohen Erwartungen an den allgemeinen Polizeischutz stellen können. Anders wäre die Situation zu beurteilen gewesen, wenn die Polizei willentlich nicht eingeschritten wäre.¹¹⁵

Andere Schiedsgerichte lehnten es hingegen ab, dem Entwicklungsstand des Gaststaates bei der Auslegung der materiellen Schutzstandards Bedeutung zuzumessen. So entschied das NAFTA-Schiedsgericht in *GAMI Investments v. Mexico*:

¹¹² Dazu ausführlich unter Nennung weiterer Schiedsfälle *N. Gallus*, The Influence of the Host State's Level of Development on International Investment Treaty Standards of Protection, *Journal of World Investment & Trade* 6 (2005), 711; *U. Kriebaum*, The Relevance of Economic and Political Conditions for Protection under Investment Treaties, *Law & Practice of International Courts & Tribunals* 10 (2011), 383.

¹¹³ *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/99/2, Award, 25.6.2001, Rn. 348 ff. Ähnlich auch *Nagel v. Czech Republic*, SCC Case 49/2002, Final Award, 9.9.2003, Rn. 293; *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, 16.9.2003, Rn. 20.37; *White Industries Australia Limited v. The Republic of India*, UNCITRAL, Final Award, 30.11.2011, Rn. 10.3.15, 10.4.18.

¹¹⁴ *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers v. Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/07/21, Award, 30.7.2009, Rn. 76-82.

¹¹⁵ *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers* (Anm. 114), Rn. 81-82.

It is no excuse that regulation is costly. Nor does a dearth of able administrators or a deficient culture of compliance provide a defence. Such is the challenge of governance that confronts every country. Breaches of NAFTA are assuredly not to be excused on the grounds that a government's compliance with its own law may be difficult. Each NAFTA Party must to the contrary accept liability if its officials fail to implement or implement regulation in a discriminatory or arbitrary fashion.¹¹⁶

Im Hinblick auf unterschiedliche finanzielle und personelle Möglichkeiten, Ausbildungsstandard, Erfahrung und Standards der Ausübung öffentlicher Gewalt in entwickelten Industriestaaten und Entwicklungsländern wäre es in der Tat problematisch, wenn an Entwicklungsländer unter Investitionsschutzabkommen die gleichen Anforderungen gestellt würden wie an Industriestaaten.

Gleichwohl muss einem Bedürfnis nach Differenzierungen zwischen Industriestaaten und Entwicklungsländern nicht dadurch Rechnung getragen werden, dass die materiell-rechtlichen Standards des Investitionsschutzrechts unterschiedlich ausgelegt werden. Denn dies würde der Vorstellung zuwiderlaufen, dass Investitionsschutzabkommen den Vertragsstaaten gegenseitige Rechte und Pflichten auferlegen, die sowohl für das netto Kapital importierende, als auch das netto Kapital exportierende Land gelten. Auch würde die Beachtung des Entwicklungsstands als Teil des materiellen Rechts der Tatsache zuwiderlaufen, dass im Hinblick auf zahlreiche Schutzstandards gerade nicht Inländergleichbehandlung, sondern ein objektiver Minimumstandard gewahrt werden soll, unabhängig davon, ob ein Investor in einem Entwicklungsland oder einem Industriestaat investiert. Schließlich ist auch zu beachten, dass objektive Behandlungsstandards für Auslandsinvestitionen zumeist Unterlassungspflichten beinhalten und regelmäßig nicht auf das aktive Tätigwerden staatlicher Institutionen gerichtet sind, welches direkte finanzielle Belastungen bedeuten würde.

Vor diesem Hintergrund ist es fraglich, ob der Entwicklungsstand des Gaststaates bei der Auslegung materieller Investorenrechte auf Tatbestands-ebene zum Tragen kommen sollte. Denn auch ohne dessen Beachtung ist die Belastung des Gaststaates durch Investorenrechte begrenzt. Wichtig ist insofern zunächst, bei den Risiken, die Investoren bei Auslandsinvestitionen eingehen, nach politischen und wirtschaftlichen Risiken zu unterscheiden. Investitionsschutzabkommen schützen lediglich gegen politische Risiken,

¹¹⁶ *Gami Investments, Inc. v. The United Mexican States*, Final Award, 15.11.2004, Rn. 94.

also staatliches Verhalten, das in Investorenrechte eingreift, nicht gegen allgemeine wirtschaftliche Risiken des Marktumfelds.¹¹⁷

Des Weiteren sind zahlreiche Investorenrechte auch ohne spezifisch entwicklungsbezogene Auslegung von den Gegebenheiten im jeweiligen Gaststaat abhängig. So ist etwa der Schutz legitimer Erwartungen als Teil des Grundsatzes billiger und gerechter Behandlung, welcher dem Prinzip des Vertrauensschutzes im deutschen Verwaltungs- und Verfassungsrecht funktional vergleichbar ist,¹¹⁸ stark von der im Gaststaat zum Zeitpunkt der Investition vorhandenen Rechtslage und Rechtspraxis abhängig.¹¹⁹ Ein Investor wird insofern legitimerweise nur die Kontinuität dessen erwarten können, was ihm als Rechtsposition durch das nationale Recht eingeräumt wurde und sich nicht über eine Rechtspraxis beschweren können, die zwar von einem in Industriestaaten geltenden Optimum abweicht, aber in dem Gaststaat an der Tagesordnung liegt, solange sie nicht willkürlich ist oder die Grenze der Rechtsschutzverweigerung erreicht.

Außerdem berücksichtigen Schiedsgerichte bei der Auslegung von Investitionsschutzabkommen auch, ob staatliches Verhalten in Krisenzeiten oder im Normalzustand des politischen und wirtschaftlichen Umfeldes stattfindet. Insbesondere Krisenzeiten geben Gaststaaten insofern größeren Verhaltens- und Gestaltungsraum als normale Umstände.¹²⁰ Schließlich fließt der

¹¹⁷ So explizit etwa *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Award, 13.11.2000, Rn. 64: “Bilateral Investment Treaties are not insurance policies against bad business judgments. While it is probably true that there were shortcomings in the policies and practices that SODIGA and its sister entities pursued in the here relevant period in Spain, they cannot be deemed to relieve investors of the business risks inherent in any investment.”

¹¹⁸ Dazu *S. Schill* (Anm. 76), 46.

¹¹⁹ Dazu *R. Dolzer*, Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties, Int'l Law. 39 (2005), 87, 100 ff.; *G. Aguilar Alvarez/S. Montt*, Investments, Fair and Equitable Treatment, and the Principle of “Respect for the Integrity of the Law of the Host State”: Toward a Jurisprudence of “Modesty” in Investment Treaty Arbitration, in: M. H. Arsanjani/J. Katz Cogan/R. D. Sloane/S. Wiessner (Hrsg.), Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman, 2011, 579. Explizit auch *Fraport AG v. The Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16.8.2007, Rn. 402. In diese Richtung ließe sich auch die Entscheidung in *White Industries v. India* (Anm. 113) interpretieren.

¹²⁰ Siehe z. B. *National Grid v. Argentina* (Anm. 82), Rn. 166; *Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/5, Award, 6.6.2008, Rn. 201; *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil SA v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, 18.8.2008, Rn. 347; vgl. auch *Elettronica Sicula SpA (ELSI) Case (United States of America v. Italy)*, Judgment, 20.7.1989, ICJ Reports 1989, 15, Rn. 74 (“Clearly the right [to control and manage a company] cannot be interpreted as a sort of warranty that the normal exercise of control and management shall never be disturbed. Every system of law must provide, for example, for interferences with the normal exercise of rights during public emergencies and the like.”).

Entwicklungsstand des Gaststaates auch bei einer eventuellen Schadensberechnung ein. So entschied etwa das Schiedsgericht in *American Manufacturing and Trading v. Zaire*, dass örtliche Gegebenheiten in die rechtliche und tatsächliche Bewertung der Rechtmäßigkeit des Verhaltens des Gaststaates zwar nicht einzustellen seien,¹²¹ dass der Entwicklungsstand und –status des Gaststaates aber über die durch den Markt gewonnene Bewertung einer Investition zum Ausdruck käme:

AMT would have liked to adopt a method of calculating compensation including interests practicable in the normal circumstances prevailing in an ideal country where the climate of investment is very stable, such as Switzerland or the Federal Republic of Germany. The Tribunal does not find it possible to accede to this way of evaluating the damages with interests in the circumstances under consideration, in which it is apparent that the situation remains precarious and that the *lucrum cessans* or the loss of profits is not at all measurable without a solid base on which to found any profit to take or for predicting the growth or expansion of the investment made. It would be neither practical nor reasonable to apply the method of assessment of compensation in a way so far removed from the striking realities of the current situation.

Preferably, the Tribunal will opt for a method that is most plausible and realistic in the circumstances of the case, while rejecting all other methods of assessment which would serve unjustly to enrich an investor who rightly or wrongly, has chosen to invest in a country such as Zaire, believing that by so doing the investor is constructing a castle in Spain or a Swiss chalet in Germany without any risk, political or even economic or financial or any risk whatsoever.¹²²

Alle diese Umstände erlauben eine gewisse Flexibilität in der Anwendung von materiellen Investitionsschutzstandards, ohne dass der Entwicklungsstand des Gaststaates zum Tatbestandsmerkmal oder Auslegungskriterium materieller Investorenrechte gemacht werden müsste.

3. Ziel und Zweck von Investitionsschutzabkommen

Entwicklungsbezogene Argumentationsfiguren spielen schließlich in der Schiedsrechtsprechung bei Überlegungen zu Ziel und Zweck der ICSID-Konvention und von Investitionsschutzabkommen eine Rolle. Dies ist relevant im Rahmen der teleologischen Auslegung völkerrechtlicher Verträge.

¹²¹ *American Manufacturing and Trading, Inc. v. Zaire*, ICSID Case No. ARB/93/1, Award, 21.2.1997, Rn. 6.04 ff.

¹²² *American Manufacturing and Trading v. Zaire* (Anm. 121), Rn. 7.14 und 7.15.

Auch wenn Schiedsgerichte den unmittelbaren Zweck der Abkommen vor allem im Schutz ausländischer Investitionen sehen, lassen sie die darüber hinausgehende Entwicklungsperspektive nicht unbeachtet. So führte etwa das Schiedsgericht in *Amco Asia v. Indonesia* aus: “the [ICSID] Convention is aimed to protect, to the same extent and with the same vigour the investor and the host State, not forgetting that to protect investments is to protect the general interest of development and of developing countries”.¹²³

Auch bei der Auslegung von Investitionsschutzabkommen spielt Entwicklung als *Telos* von Investitionsschutzabkommen eine nicht unbedeutende Rolle. Im Zusammenhang mit dem Schutz legitimer Erwartungen als Teil des Grundsatzes billiger und gerechter Behandlung etwa führte das Schiedsgericht in *Lemire v. Ukraine* unter Rückgriff auf die Präambel des anwendbaren Investitionsschutzabkommens aus, dass das *Telos* des Abkommens nicht isoliert im Schutz ausländischer Investitionen zu sehen sei, sondern dass ein darüber hinausgehendes Ziel verfolgt werde, nämlich die Entwicklung des Gaststaates zu fördern:

The object and purpose of the BIT - the third interpretive criterion - is defined in its Preamble: the parties “*desir[e] to promote greater economic cooperation between them, with respect to investment by nationals and companies of one Party in the territory of the other Party*” and recognize that the BIT “*will stimulate the flow of private capital and the economic development of the Parties*”. The main purpose of the BIT is thus the stimulation of foreign investment and of the accompanying flow of capital.

But this main purpose is not sought in the abstract; it is inserted in a wider context, the economic development for both signatory countries. Economic development is an objective which must benefit all, primarily national citizens and national companies, and secondarily foreign investors. Thus, the object and purpose of the Treaty is not to protect foreign investments *per se*, but as an aid to the development of the domestic economy. And local development requires that the preferential treatment of foreigners be balanced against the legitimate right of Ukraine to pass legislation and adopt measures for the protection of what as a sovereign it perceives to be its public interest.¹²⁴

Auch wenn derartige entwicklungspolitische Bezugnahmen in der Schiedsrechtsprechung nicht die Regel sind, verdeutlichen sie, dass ein Bewusstsein für den Entwicklungsbezug ausländischer Investitionen im Investitionsschutzrecht vorhanden ist.

¹²³ *Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Jurisdiction, 25.9.1983, 1 ICSID Reports 389, 400, Rn. 23.

¹²⁴ *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, 14.1.2010, Rn. 272-273 (Hervorhebung im Original).

Gleichwohl fehlt es an einem breiter angelegten Diskurs über Investitionsschutzrecht und Entwicklung. Irritierend und wenig überzeugend ist insofern vor allem, dass das Argument Entwicklung in der Schiedsrechtsprechung regelmäßig als Argument gegen den Schutz von Investitionen angeführt wird; ein Gleichlauf zwischen Investitionsschutz und Investitionsförderung einerseits und Entwicklung andererseits, wie er in den eingangs zitierten Stellungnahmen internationaler Organisationen zugrunde gelegt wird, findet sich hingegen kaum. Insofern sind entwicklungsbezogene Argumentationsfiguren in der Schiedsrechtsprechung grundsätzlich zwar zu begrüßen; sie sollten Investitionsschutz und Entwicklung jedoch nicht als nicht auflösbaren Zielkonflikt missverstehen und stattdessen den positiven Beitrag von Investitionen und Investitionsschutz zur Entwicklung von Gaststaaten hervorheben, wie dies das Schiedsgericht in *Amco Asia v. Indonesia* tat. Eine Entwicklungsperspektive in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit sollte deswegen vielmehr als Argument für den Schutz von Investitionen verwendet werden, anstatt als Gegenargument dafür zu fungieren.

IV. Investitionsschutzrecht: Hindernis oder Baustein für nachhaltige Entwicklung?

Angesichts der Konzentration des investitionsschutzrechtlichen Diskurses auf die Praxis der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit ist es auch nicht verwunderlich, dass das Investitionsschutzrecht – und insbesondere dessen Streitbeilegungsmechanismus – mit zunehmender Aktivität von Schiedstribunalen zum Gegenstand teils fundamentaler Kritik geworden sind. Staaten, Investoren, Nichtregierungsorganisationen und die Rechtswissenschaft im Völkerrecht wie im nationalen öffentlichen Recht stellen mitunter gar die legitimatorische Berechtigung des internationalen Investitionsschutzrechts in Frage. Diese Kritik kann auch als entwicklungspolitische Kritik verstanden werden, da sie Investitionsschutzrecht als Hindernis für nachhaltige Entwicklung betrachtet (1.). Dieser Kritik lässt sich allerdings entgegensetzen, dass Investitionsschutzabkommen den Schutz von Investorenrechten nicht über widerstreitende Interessen Dritter und Allgemeinwohlinteressen erheben, sondern Gaststaaten erheblichen Regulierungsspielraum belassen. Entwicklung verstanden als Förderung selbstbestimmter Gemeinwohlinteressen wird damit durch Investitionsschutzabkommen nicht verhindert (2.). Im Gegenteil: Investitionsschutzabkommen und die Investor-Staats-Schiedsgerichtsbarkeit selbst lassen sich als Teil der entwicklungspolitisch

ZaöRV 72 (2012)

motivierten Good Governance-Debatte und damit als Baustein eines Entwicklungsvölkerrechts verstehen (3.).

1. Legitimitätskrise des Investitionsschutzrechts

Trotz des starken Anstiegs an Investitionsschutzabkommen und Investitionsschiedsverfahren ist die Bewertung des internationalen Investitionsschutzrechts umstritten. Einerseits wird die heutige Gestalt dieses Rechtsgebietes als beispiellose Erfolgsgeschichte im internationalen Wirtschaftsrecht gefeiert.¹²⁵ Insbesondere sind im Vergleich zu den Debatten um die Schaffung einer Neuen Weltwirtschaftsordnung in den 1970er und 1980er Jahren,¹²⁶ fundamentale ideologische Meinungsverschiedenheiten über die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit völkerrechtlicher Normen zum Schutz von Eigentum weitgehend verschwunden.¹²⁷ Andererseits hat die Zunahme von Investitionsstreitigkeiten unter Investitionsschutzabkommen, vor allem aber die weite Auslegung von Investorenrechten durch manche Schiedsgerichte und einige finanziell signifikante Verurteilungen von Staaten das internationale Investitionsschutzrecht in die Kritik gebracht. Diese kommt von Seiten zahlreicher Staaten, Investoren, Nichtregierungsorganisationen und auch aus der Rechtswissenschaft.¹²⁸ Insofern wird inzwischen gar von einer "Legitimitätskrise" des Investitionsschutzrechts gesprochen.¹²⁹

¹²⁵ Stellvertretend *T. W. Wälde*, Improving the Mechanisms for Treaty Negotiation and Investment Disputes, *Yearbook on International Investment Law & Policy* 1 (2008-2009), 505, 506 ("I consider the unexpected, rapid, and extensive development of investment arbitration over the past fifteen years as an unmitigated success.").

¹²⁶ Siehe dazu *R. Dolzer* (Anm. 44), 24 ff.

¹²⁷ Dazu *T. W. Wälde* (Anm. 55). Teilweise werden allerdings jüngere Entwicklungen in einigen lateinamerikanischen Ländern (siehe unten Anm. 130) als Ausdruck nach wie vor bestehender fundamentaler Meinungsverschiedenheiten betrachtet. Global betrachtet handelt es sich jedoch wohl um Ausnahmen, die durch die jeweilige innerstaatliche politische Lage erklärt werden können.

¹²⁸ Hierzu und zum Folgenden siehe *C. N. Brower/S. Schill*, Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?, *Chi. J. Int'l L.* 9 (2009), 471, 473 (m. w. N.). Zur Kritik aus der Rechtswissenschaft siehe insbesondere Public Statement on the International Investment Regime vom 31.8.2010, <http://www.osgoode.yorku.ca/public_statement>.

¹²⁹ Siehe etwa *M. Sornarajah*, A Coming Crisis: Expansionary Trends in Investment Treaty Arbitration, in: K. P. Sauvant (Hrsg.), *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, 2008, 39; *S. D. Franck*, The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions, *Fordham L. Rev.* 73 (2005), 1521; *A. Afilalo*, Towards a Common Law of International Investment: How NAFTA Chapter 11 Panels Should Solve Their Legitimacy Crisis, *Geo. Int'l Envtl. L. Rev.* 17 (2004),

Anzeichen für diese Krise werden etwa darin gesehen, dass sich in jüngerer Vergangenheit einige lateinamerikanische Staaten von Investitionsschutzabkommen und der ICSID-Konvention zurückgezogen haben,¹³⁰ dass vermehrt Schiedssprüche und Entscheidungen von Investitionsschiedsgerichten durch Staaten nicht befolgt werden,¹³¹ und dass zahlreiche Staaten, darunter die USA, begonnen haben, Inhalt und Streitbeilegungsmechanismus unter Investitionsschutzabkommen auf den Prüfstand zu stellen und teilweise zugunsten weitergehender staatlicher Eingriffsmöglichkeiten zu modifizieren.¹³² Aber auch im Rahmen der derzeit laufenden Debatten auf Unionsebene um Richtung und Inhalt einer künftigen unionalen Investitionspolitik und über die Zukunft mitgliedstaatlicher Investitionsschutzabkommen sind kritische Stimmen zum internationalen Investitionsschutzrecht allgegenwärtig.¹³³

So sorgen sich Gaststaaten um ein Schrumpfen ihrer Möglichkeiten gesetzgeberischer und administrativer Regulierung, die durch die weite Auslegung der zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe in Investitionsschutzabkommen durch demokratisch nicht legitimierte Schiedsrichter bedroht sei.¹³⁴ Sie befürchten, dass staatliche Hoheitsrechte durch die Schiedsrecht-

51; C. H. Brower, Structure, Legitimacy, and NAFTA's Investment Chapter, *Vand. J. Transnat'l L.* 36 (2003), 37; C. N. Brower/C. H. Brower/J. K. Sharpe, The Coming Crisis in the Global Adjudication System, *Arbitration International* 19 (2003), 415.

¹³⁰ Bolivien hat die ICSID-Konvention mit Wirkung zum 3.11.2007 gekündigt. Siehe Bolivia Denounces ICSID Convention, *ILM* 46 (2007), 973. Ebenso hat am 12.6.2009 das Parlament von Ecuador die Kündigung der ICSID-Konvention beschlossen. Am 30.4.2008 hat zudem Venezuela den Niederlanden seine Absicht mitgeteilt, das Holländisch-Venezolanische BIT zum 1.11.2008 zu beenden; dazu L. E. Peterson (Hrsg.), *Investment Arbitration Reporter*, 16.5.2008, <<http://www.iareporter.com/Archive/IAR-05-16-08.pdf>>. Venezuela hat am 24.1.2012 zudem die ICSID-Konvention gekündigt; siehe ICSID News Release vom 26.1.2012, <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=Announcements&pageName=Announcement100>>.

¹³¹ Dazu L. Mistelis/C. Baltag, Recognition and Enforcement of Arbitral Awards and Settlement in International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices, *Am. Rev. Int'l Arbitration* 19 (2009), 319, 354 ff.; C. Baltag, Enforcement of Arbitral Awards Against States, *Am. Rev. Int'l Arbitration* 19 (2009), 391.

¹³² Dazu G. Gagné/J.-F. Morin, The Evolving American Policy on Investment Protection: Evidence from Recent FTAs and the 2004 Model BIT, *JIEL* 9 (2006), 357, 363; S. M. Schwebel, The United States 2004 Model Bilateral Investment Treaty: An Exercise in the Regressive Development of International Law, *Transnational Dispute Management* 3 (2006), 1, 3 ff.; M. Kantor, The New Draft Model U.S. BIT: Noteworthy Developments, *J. Int. Arb.* 21 (2004), 383, 385.

¹³³ Kritisch hat sich insbesondere das Europäische Parlament geäußert, siehe Entschließung zur künftigen europäischen Auslandsinvestitionspolitik, 2010/2203(INI), 6.4.2011.

¹³⁴ Dazu und zum Folgenden G. Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, 2007, 152 ff. Zur Gefährdung der Demokratie durch das Investitionsschutzrecht siehe

sprechung zu weitgehend beschränkt und gar Entscheidungen des demokratisch gewählten Gesetzgebers inhaltlich überprüft werden. Auch Nichtregierungsorganisationen kritisieren die fehlende demokratische Legitimation der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, das Fehlen von Transparenz und Schwierigkeiten bei der Beteiligung von Drittbetroffenen. Insgesamt, so der Vorwurf, bestehe die Gefahr, dass internationale Schiedsgerichte Investoreninteressen einseitig Vorrang gegenüber konkurrierenden Gemeinwohlinteressen oder Interessen Dritter einräumen. Darüber hinaus kritisieren Staaten wie Investoren das Fehlen einer gefestigten und vorhersehbaren Schiedsrechtsprechung, da institutionell kaum Mechanismen bestehen, um Kohärenz und Konsistenz bei der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe in Investitionsschutzabkommen sicherzustellen und widersprüchliche Schiedsentscheidungen immer wieder vorkommen.

Diese Kritik am Investitionsschutzrecht kann auch als entwicklungspolitische Kritik verstanden werden, insbesondere wenn Investitionsschutz zum Hindernis für nachhaltige Entwicklung wird. So geben die zahlreichen, in den Abkommen verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe Anlass zur Besorgnis, dass Schiedsgerichte diese benutzen könnten, um staatliche Maßnahmen zum Schutz der Umwelt, der Menschenrechte und Arbeits- und Sozialstandards oder zum Umgang mit Finanzkrisen im Interesse des Investorenschutzes zu stark beschränken und dabei Gemeinwohlbelange außer Acht lassen. Nachhaltige Entwicklung ist hier sowohl im Hinblick auf die Selbstbestimmung des Gaststaates und den Schutz gewachsener und selbstbestimmter Sozialstrukturen betroffen, als auch im Hinblick auf Hindernisse die der Investitionsschutz für den Schutz der Umwelt oder der Menschenrechte darstellen könnte.

Entsprechend hat sich auch die Rechtswissenschaft des Unbehagens gegenüber dem internationalen Investitionsschutzrecht angenommen.¹³⁵ Lösungsansätze und Reformvorschläge gehen dabei in unterschiedliche Richtungen. Sie fokussieren häufig auf eine institutionelle Reform der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, da zahlreiche Kritiker diese als problematischstes Element des Investitionsschutzrechts betrachten. Abgesehen von der radikalen Variante, aus dem derzeitigen System des internationalen Investitions-

auch *D. Schneiderman*, *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise*, 2008; *G. Mayeda*, *Investing in Development: The Role of Democracy and Accountability in International Investment Law*, *Alberta L. Rev.* 46 (2009), 1009. Zur Kritik am Investitionsschutzrecht siehe auch *J. E. Alvarez*, *The Public International Law Regime Governing Foreign Investment*, *RdC* 344 (2009), 193, 246 ff.

¹³⁵ Siehe etwa die Beiträge in *M. Waibel/A. Kaushal/K.-H. Liz Chung/C. Balchin* (Hrsg.), *The Backlash Against Investment Arbitration*, 2010.

schutzes komplett auszusteigen,¹³⁶ reichen Vorschläge von der Rückkehr zur zwischenstaatlichen Streitbeilegung,¹³⁷ über die Einführung einer Berufungsinstanz zur Überprüfung von Investitionsschiedssprüchen¹³⁸ bis hin zur Etablierung eines ständigen Internationalen Investitionsgerichtshofes.¹³⁹

All diese Bemühungen gehen dahin, sowohl die einheitliche Rechtsanwendung im internationalen Investitionsschutzrecht sicherzustellen als auch Staaten ausreichend Raum zur Förderung und Durchsetzung selbstbestimmter Gemeinwohlinteressen zu geben. Insofern zielen die vorgeschlagenen institutionellen Reformen auf eine Reduzierung von Interferenzen des Investitionsschutzes mit dem Interesse der internationalen Gemeinschaft an nachhaltiger Entwicklung.

Fraglich ist jedoch nicht nur, ob derartige Vorschläge politisch überhaupt realisierbar sind, sondern auch, ob sie im Interesse der Mehrheit oder einer signifikanten Minderheit von Staaten sind. Denn obwohl nicht wenige Staaten punktuellen Änderungen des internationalen Investitionsregimes gegenüber offen sind, oder diese gar aktiv betreiben,¹⁴⁰ scheint die überwiegende Mehrheit mit dem derzeitigen System im Grundsatz zufrieden. Investitionsschutzabkommen werden ebenso weiterhin abgeschlossen, wie noch mehr Staaten der ICSID-Konvention beitreten, als sie verlassen. Dies deutet darauf hin, dass die Investor-Staats-Schiedsgerichtsbarkeit mit Vorstellungen der internationalen Gemeinschaft, einschließlich der Schwellen- und Entwicklungsländer, von legitimer Streitbeilegung durchaus konform geht.

Dennoch wird das System des internationalen Investitionsschutzes weiterhin Forderungen nach mehr Transparenz, Vorhersehbarkeit und der Beachtung öffentlicher Interessen ausgesetzt sein. Gerade von der Auslegung der Abkommen und der Frage, ob diese den Staaten genügend Spielraum zur Wahrnehmung und zum Schutz von Gemeinwohlinteressen und den Interessen Dritter belassen, wird die Akzeptanz des gesamten Systems ab-

¹³⁶ Siehe Anm. 130.

¹³⁷ Dafür hat etwa das Australisch-US-amerikanische Freihandelsabkommen optiert. Dazu *W. S. Dodge*, *Investor-State Dispute Settlement Between Developed Countries: Reflections on the Australia-United States Free Trade Agreement*, *Vand. J. Transnat'l L.* 39 (2006), 1. Dies ist inzwischen allgemein zur Doktrin der australischen Politik erhoben worden. Siehe *Gillard Government Trade Policy Statement Australia*, <<http://www.dfat.gov.au/publications/trade/trading-our-way-to-more-jobs-and-prosperity.pdf>>. Dazu *L. R. Nottage*, *The Rise and Possible Fall of Investor-State Arbitration in Asia: A Skeptic's View of Australia's "Gillard Government Trade Policy Statement"*, *Transnational Dispute Management* 8 (2011); *L. E. Trakman*, *Investor State Arbitration or Local Courts: Will Australia Set a New Trend?*, *JWT* 46 (2012), 83.

¹³⁸ So etwa *S. D. Franck* (Anm. 129), 1617 ff.

¹³⁹ So *G. Van Harten* (Anm. 134), 180 ff.

¹⁴⁰ Siehe Anm. 98.

hängen. Insofern ist durchaus fraglich, ob Investitionsschutzabkommen tatsächlich ein Hindernis für ein Interesse an nachhaltiger Entwicklung darstellen, insbesondere im Hinblick auf die Möglichkeit selbstbestimmter Gemeinwohlbestimmung und Durchsetzung.

2. Investitionsschutz und Selbstbestimmung

Die Kritik am internationalen Investitionsschutzrecht umfasst regelmäßig auch einen Hinweis auf die zahlreichen, in den Abkommen verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe, die, so die Kritik, Schiedsgerichte zur Beschränkung der Aufgabe des Staates ermächtigen, im öffentlichen Interesse zu regulieren, z. B. zum Schutz der Umwelt, der Menschenrechte, der Arbeits- und Sozialstandards oder in Reaktion auf Notstandssituationen. Diese Dimension betrifft das Verständnis von nachhaltiger Entwicklung als Selbstbestimmung und als Schutz und Bewahrung gewachsener Sozialstrukturen. Der Vorwurf von Kritikern ist hier, dass Investitionsschutzabkommen einseitig Eigentums- und Investoreninteressen zulasten widerstreitender Interessen präferieren und dass Schiedsgerichte insofern einseitig zugunsten von Investoreninteressen entscheiden.¹⁴¹

Ob dieser Vorwurf berechtigt ist, ist allerdings im Hinblick auf die Schiedsrechtsprechung höchst fraglich. Denn Schiedsgerichte, zumal in jüngerer Zeit, verwenden auch unabhängig von expliziten Eingriffsnormen in Investitionsschutzabkommen durchweg Argumentations- und Entscheidungsstrategien, die dem Investitionsschutz widerstreitende Interessen nicht nur berücksichtigen, sondern dem Gaststaat einen nicht unerheblichen Entscheidungsspielraum zugestehen, innerhalb dessen staatliche Eingriffe als angemessen hinzunehmen sind. Gleiches gilt auch, wenn Staaten geltend machen, mit der angefochtenen Maßnahme Verpflichtungen aus anderen völkerrechtlichen Abkommen nachzukommen. Insofern machen Schiedsgerichte zunehmend vom Instrument der Verhältnismäßigkeitsprüfung Gebrauch.¹⁴² Dies lässt sich vor allem in der Anwendung des Grundsatzes ge-

¹⁴¹ G. Van Harten (Anm. 134), 167 ff.

¹⁴² Ausführlich dazu B. Kingsbury/S. Schill, Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest – The Concept of Proportionality, in: S. Schill (Anm. 74), 75; A. Stone Sweet, Investor-State Arbitration: Proportionality's New Frontier, Law & Ethics of Human Rights 4 (2010), <<http://www.bepress.com/lehr/vol4/iss1/art4>>; E. M. Leonhardsen, Looking for Legitimacy: Exploring Proportionality Analysis in Investment Treaty Arbitration, Journal of International Dispute Settlement 3 (2012), 95; C. Henckels, Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration, JIEL 15 (2012), 223.

rechter und billiger Behandlung, aber auch im Hinblick auf das Konzept der indirekten Enteignung zeigen.

So ließ sich das Schiedsgericht in *Tecmed v. Mexico* bei der Bestimmung des Begriffs der indirekten Enteignung stark von der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum 1. Zusatzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention leiten, und übernahm insbesondere die vom Gerichtshof verwandte Verhältnismäßigkeitsprüfung, um zu bestimmen, wann entschädigungslos hinzunehmende Maßnahmen in entschädigungspflichtige Enteignungen umschlagen.¹⁴³ Nur unverhältnismäßige Eingriffe führen danach zu einer Entschädigungspflicht.

Auch bei der Auslegung des Grundsatzes billiger und gerechter Behandlung wenden Schiedsgerichte zunehmend den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz an. So erfordert in den Worten des Schiedsgerichts in *Saluka v. Czech Republic* “[t]he determination of a breach of [fair and equitable treatment] a weighing of the Claimant’s legitimate and reasonable expectations on the one hand and the Respondent’s legitimate regulatory interests on the other”.¹⁴⁴ Ebenso entschied das Schiedsgericht in *Lemire v. Ukraine*, dass es für die Feststellung einer Verletzung des Grundsatzes billiger und gerechter Behandlung auf eine Abwägung ankomme zwischen den Interessen des Investors und “other legally relevant interests ..., [including] the State’s sovereign right to pass legislation and to adopt decisions for the protection of its public interests, especially if they do not provoke a disproportionate impact on foreign investors”.¹⁴⁵

¹⁴³ *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 29.5.2003, Rn. 122; ähnlich auch *LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp, LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3.10.2006, Rn. 194; *Total S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Liability, 27.12.2010, Rn. 197; *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31.10.2011, Rn. 241-243.

¹⁴⁴ *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 17.3.2006, Rn. 306; ähnlich auch *BG Group Plc. v. The Republic of Argentina*, UNCITRAL, Final Award, 24.12.2007, Rn. 298; *National Grid v. Argentina* (Anm. 82), Rn. 175, *El Paso v. Argentina* (Anm. 143), Rn. 373.

¹⁴⁵ *Lemire v. Ukraine* (Anm. 124), Rn. 285. Siehe ferner *Total v. Argentina* (Anm. 143), Rn. 123 (“The determination of a breach of the standard requires, therefore, ‘a weighing of the Claimant’s reasonable and legitimate expectations on the one hand and the Respondent’s legitimate regulatory interest on the other.’ Thus an evaluation of the fairness of the conduct of the host country towards an investor cannot be made in isolation, considering only their bilateral relations. The context of the evolution of the host economy, the reasonableness of the normative changes challenged and their appropriateness in the light of a criterion of proportionality also have to be taken into account.”).

Die Beispiele aus der Schiedsrechtsprechung ließen sich fortführen. Relevant ist jedoch vor allem, dass Schiedsgerichte keineswegs nur einseitig zugunsten der klagenden Investoren entscheiden und deren Interessen im Blick haben. Dies zu behaupten lässt sich nicht nur empirisch kaum halten.¹⁴⁶ Es steht auch zum methodischen Rüstzeug und zu den von Investitionsschiedsgerichten benutzten Argumentationsweisen in Widerspruch, die über Abwägungsmethoden zwischen Investoreninteressen und widerstrebenden öffentlichen und privaten Interessen vermitteln. Die investitionsschutzrechtliche Praxis zeigt mithin deutlich, dass Investitionsschutzabkommen und Investitionsschiedsgerichte auch dem Verständnis von Entwicklung als Selbstbestimmung ausreichend Raum geben und nicht einseitig den Interessen ausländischer Investoren Vorrang gegenüber Gemeinwohlüberlegungen einräumen. Ebenso wenig schränken Investitionsschutzabkommen die Möglichkeit des Gaststaates ein, über Steuern Umverteilungsmaßnahmen umzusetzen, solange ein angemessenes Verhältnis zwischen Steuerlast und Wirtschaftsfreiheit gewahrt bleibt.¹⁴⁷

Insgesamt lassen die Abkommen damit genügend Raum für die Verwirklichung von Zielen selbstbestimmter nachhaltiger Entwicklung. Ein ausgewogenes Verhältnis zwischen dem Schutz öffentlicher Interessen und dem Investitionsschutz lässt sich damit auch innerhalb des bestehenden institutionellen Rahmens ohne fundamentale Änderungen des bestehenden Regimes und seines Streitbeilegungsmechanismus umsetzen. Vielmehr noch: Investitionsschutzrecht kann, wie nachfolgend skizziert, als aktiver Baustein eines Entwicklungsvölkerrechts verstanden werden.

3. Investitionsschutz und Good Governance

Bisher stecken system-immanente Antworten auf die Legitimitätskritik am Investitionsschutzrecht noch in den Anfängen.¹⁴⁸ Ziel solcher Ansätze muss es sein die schiedsgerichtliche Praxis zu erfassen, zu bewerten und in eine Richtung zu steuern, die der Aufrechterhaltung und Stabilisierung des

¹⁴⁶ Dazu *S. D. Franck*, *Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration*, N.C. L. Rev. 86 (2007), 1.

¹⁴⁷ Dazu *C. Tietje/K. Kampermann*, *Taxation and Investment: Constitutional Law Limitations on Tax Legislation in Context*, in: S. Schill (Anm. 74), 569.

¹⁴⁸ Siehe aber die Rekonzeptionalisierung des Investitionsschutzrechts als öffentliches Recht in *S. Schill* (Anm. 74). Zu einem verwandten Ansatz, Herrschaftsphänomene auf überstaatlicher Ebene durch öffentlich-rechtliche Ansätze zu verstehen *A. von Bogdandy/R. Wolfrum/J. von Bernstorff/P. Dann/M. Goldmann* (Hrsg.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions – Advancing International Institutional Law*, 2010.

Systems dient und auf legitime Anforderungen der Außenwelt reagiert. So kann Reformdruck ohne Änderung der Grundverfassung des Investitionsschutzrechts system-intern kanalisiert und verarbeitet werden. Dies hat den Vorteil, das Vertrauen ausländischer Investoren in die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit unberührt zu lassen, zugleich aber auf die Kritik am internationalen Investitionsschutzrecht zu reagieren. Einem solchen Ansatz folgt auch das hier skizzierte Verständnis des Investitionsschutzrechts als Baustein eines Entwicklungsvölkerrechts.

Dieses Verständnis lässt sich an der Schiedsrechtsprechung zum investitionsschutzrechtlichen Grundsatz billiger und gerechter Behandlung verdeutlichen. Denn diese Rechtsprechung lässt sich mittels eines öffentlich-rechtlich rechtsvergleichenden Ansatzes in Zusammenhang mit dem Rechtsstaatsprinzip bringen, das im Rahmen der Good Governance-Konzeption eine zentrale Rolle für die Entwicklungsbemühungen zahlreicher Entwicklungsorganisationen spielt. Parallel zu denjenigen Subelementen, die in verschiedenen staatlichen wie überstaatlichen Rechtsordnungen als Ausdruck des Prinzips der Rechtsstaatlichkeit verstanden werden, lässt sich die Schiedsrechtsprechung zum Grundsatz billiger und gerechter Behandlung wie folgt kategorisieren: 1. dem Erfordernis von Rechtssicherheit, Vorhersehbarkeit und Bestimmtheit; 2. dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und der Bindung des Richters an das Gesetz; 3. dem Grundsatz des Vertrauensschutzes; 4. rechtsstaatlichen Grundanforderungen an Verwaltungsverfahren und gerichtliche Verfahren; 5. Schutz gegen Willkür und Diskriminierung; 6. Rechtsklarheit und Transparenz; und 7. der Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.¹⁴⁹

Das Verständnis des Grundsatzes billiger und gerechter Behandlung als Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips kann jedoch nicht nur als nachträgliche Rekonstruktion der Schiedsrechtsprechung gesehen, sondern selbst als entwicklungsbezogenes Telos von Investitionsschutzabkommen verstanden werden. Dies ist dann möglich, wenn man die institutionenökonomische Debatte um das Verhältnis von rechtsstaatlichen Institutionen und Entwicklung mit dem Telos des internationalen Investitionsschutzrechts, durch den Schutz und die Förderung ausländischer Investitionen auch zur Entwicklung des Gaststaates beizutragen, verbindet.

Zunächst ist dabei wichtig, die inhärente Verbindung zwischen Investitionsrecht und Entwicklung zu unterstreichen. So kommt das Ziel der Abkommen, sowohl Investitionen zu schützen, als auch zu fördern nicht nur im jeweiligen Titel bilateraler Investitionsschutz- und *-förderungsabkom-*

¹⁴⁹ Dazu S. Schill, Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law, in: S. Schill (Anm. 74), 151.

men und in zahlreichen Präambeln dieser Abkommen zum Ausdruck.¹⁵⁰ Vielmehr ist das Investitionsschutzrecht als Ganzes in einen darüber hinaus gehenden Entwicklungskonnex eingebettet. So zieht die Präambel der IC-SID-Konvention ausdrücklich eine Verbindung zwischen wirtschaftlicher Entwicklung und dem Schutz von ausländischen Privatinvestitionen.¹⁵¹ Des Weiteren ergibt sich die entwicklungspolitische Einbettung des Investitionsschutzes aber auch aus der Verankerung von ICSID in der Weltbank.¹⁵² Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass das Telos des internationalen Investitionsschutzrechts nicht nur im Schutz der Interessen ausländischer Investoren besteht, sondern dass dies dem Interesse der Gaststaaten und der internationalen Gemeinschaft an wirtschaftlicher Entwicklung dienen soll.

Die daran anschließende Frage, wie das Verhältnis zwischen Staaten und Investoren rechtlich ausgestaltet sein muss, um zu positiven Effekten für die Entwicklung des Gaststaates zu führen, d. h. konkret: wie die vagen Vorschriften von Investitionsschutzabkommen ausgelegt und angewendet werden sollten, ist eine Frage, auf die mithilfe institutionenökonomischer Erkenntnisse eine Antwort gefunden werden kann. Institutionenökonomik untersucht das Verhältnis zwischen sog. Institutionen, Markt und Wachstum. Institutionen werden in diesem Zusammenhang verstanden als “rules of the game in a society or, more formally, ... the humanly devised constraints that shape human interaction”.¹⁵³ Sie stellen Beschränkungen von Akteuren von gewisser Dauer und Stabilität dar.¹⁵⁴ Diese umfassen rechtliche Beschränkungen für das Verhalten von Individuen ebenso wie rechtliche Beschränkungen der Ausübung öffentlicher Gewalt. Institutionen haben damit die zweifache Stoßrichtung, einerseits private Anarchie, andererseits öffentliche Diktatur zu verhindern.¹⁵⁵ Institutionen sind so notwendige Voraussetzung für das Funktionieren von Märkten, da sie Anreizstrukturen für wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und politischen Austausch und Kommunikation zwischen Akteuren strukturieren.¹⁵⁶ In genau diesem Sin-

¹⁵⁰ Vgl. R. Dolzer/M. Stevens (Anm. 68), 11 ff., 20 ff. Zur Verbindung zwischen Investitionsschutz und Investitionsförderung durch den Abbau von Investitionshemmnissen siehe auch K. J. Vandeveldde, *The Economics of Bilateral Investment Treaties*, Harv. Int'l L. J. 41 (2000), 468, 478 ff.

¹⁵¹ Siehe Präambel der ICSID-Konvention.

¹⁵² Dazu A. Broches, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, RdC 136 (1972-II), 331, 343.

¹⁵³ D. C. North, *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance*, 1990, 3.

¹⁵⁴ E. L. Glaeser/R. La Porta/F. Lopez-de-Silanes/A. Shleifer, *Do Institutions Cause Growth?*, *Journal of Economic Growth* 9 (2004), 271, 275.

¹⁵⁵ S. Djankov/E. L. Glaeser/R. La Porta/F. Lopez-de-Silanes/A. Shleifer, *The New Comparative Economics*, *Journal of Comparative Economics* 31 (2003), 595.

¹⁵⁶ D. C. North (Anm. 153), 3.

ne ist auch das Rechtsstaatsprinzip eine Institution, die staatliches Handeln beschränkt und eine Voraussetzung für das Funktionieren von Märkten ist.

In diesem Zusammenhang ist für die Frage der Anwendung und Auslegung von Investitionsschutzabkommen, einschließlich des Grundsatzes billiger und gerechter Behandlung, insbesondere die institutionenökonomische Debatte um die Gründe für Unterentwicklung aufschlussreich. So vertritt eine wichtige Richtung in der Institutionenökonomik, dass das Vorhandensein und die Qualität von Institutionen, einschließlich des Faktors Rechtsstaatlichkeit, den maßgeblichen Faktor für Unterschiede des jeweiligen Entwicklungsstands von Volkswirtschaften darstellt.¹⁵⁷ Aus mikroökonomischer Perspektive zeigt sich zunächst, dass das Vorhandensein von Rechtsstaatlichkeit in einem Gaststaat für individuelle Investitionsentscheidungen einen wichtigen Faktor darstellt. So kam eine Umfrage der Weltbank zu dem Ergebnis, dass Investoren ihre Investitionsentscheidungen in erster Linie von der Glaubwürdigkeit eines Gaststaates abhängig machen, einen vorhersehbaren und stabilen rechtlichen Rahmen schaffen zu können, mit anderen Worten: Rechtsstaatlichkeit zu implementieren.¹⁵⁸ Umgekehrt wirkt das Fehlen von Rechtsstaatlichkeit als Investitionshemmnis. Gleichzeitig ist aber zu beachten, dass Investitionsschutzrecht nur ein Faktor unter vielen ist, der Investitionsentscheidungen beeinflusst.¹⁵⁹

Rechtsstaatlichkeit hat darüber hinaus aber auch Einfluss auf wirtschaftliches Wachstum und Entwicklung aus makroökonomischer Sicht. Die Verbindung zwischen der Qualität eines Rechts- und Verwaltungssystems und wirtschaftlicher Entwicklung und Wachstum wurde schon von *Max Weber* erkannt und später zur Grundlage für die vor allem in den USA aktive "law and development"-Bewegung.¹⁶⁰ Sie sah "modern law ... as a functional prerequisite of an industrial economy"¹⁶¹ und maß dabei dem Prinzip Rechtsstaat besondere Bedeutung bei.¹⁶²

¹⁵⁷ *D. Acemoglu/J. A. Robinson/S. Johnson*, Institutions as the Fundamental Cause of Economic Growth, in: P. Aghion/S. N. Durlauf (Hrsg.), *Handbook of Economic Growth*, vol. 1A, (2005), 385, 389.

¹⁵⁸ World Bank, *World Development Report – The State in a Changing World 5* (1997), 34 ff.

¹⁵⁹ Daneben spielen die Qualität staatlicher Gerichte, des Gesellschaftsrechts, des Steuerrechts, etc. eine maßgebliche Rolle.

¹⁶⁰ *M. Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft – Grundriss der verstehenden Soziologie*, 4. Aufl. 1956. Siehe dazu *D. Trubek*, *Toward a Social Theory of Law: An Essay in the Study of Law and Development*, *Yale L. J.* 82 (1972) 1, 11 ff.

¹⁶¹ *D. Trubek* (Anm. 160), 6 ff.

¹⁶² Siehe *D. Trubek/M. Galanter*, *Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States*, *Wis. L. Rev.* 49 (1974), 1062, 1071; siehe auch *D. Trubek* (Anm. 160), 6 ff. (m. w. N.).

Zwischenzeitlich in Ungnade verfallen, erhält die Bewegung in der Rechtswissenschaft inzwischen als “New Law and Economic Development” neuen Aufwind.¹⁶³ Dies liegt nicht zuletzt auch an verbesserten Einblicken in das Verhältnis von Recht und Entwicklung in der Neuen Institutionenökonomik. Ihre Anhänger betonen vor allem die Bedeutung eines rechtsstaatlichen Prinzipien entsprechenden, gut funktionierenden Rechtssystems für wirtschaftliches Wachstum und Entwicklung. *Richard Posner* etwa betont den “empirical evidence showing that the rule of law does contribute to a nation’s wealth and its rate of economic growth”.¹⁶⁴ Theoretisch angelegte Studien kommen zu demselben Ergebnis.¹⁶⁵ Die Analysemodelle und Empfehlungen der Neuen Institutionenökonomik hat sich darüber hinaus auch die Weltbank zueigen gemacht. Sie kommt vor allem in ihrem Rechtsreformprogramm¹⁶⁶ und in den Grundsätzen der von ihr als Entwicklungsziel ausgerufenen Good Governance zum Ausdruck. Letztere umfasst als einen Baustein das Rechtsstaatsprinzip.¹⁶⁷

¹⁶³ Dazu *D. Trubek* (Hrsg.), *The New Law and Economic Development*, 2006; *K. Davis/M. Trebilcock*, *The Relationship Between Law and Development*, *Am. J. Comp. L.* 56 (2008), 895.

¹⁶⁴ *R. A. Posner*, *Creating a Legal Framework for Economic Development*, *The World Bank Research Observer* 13 (1998), 1, 3. Ferner *H. de Soto*, *The Other Path*, 1989; *J. Bradford De Long/A. Shleifer*, *Princes and Merchants: European City Growth Before the Industrial Revolution*, *J. L. & Econ.* 36 (1993), 671; *T. Besley*, *Property Rights and Investment Incentives: Theory and Evidence from Ghana*, *Journal of Political Economy* 103 (1995), 903; *W. Easterly/R. Levine*, *Africa’s Growth Tragedy: Policies and Ethnic Divisions*, *Quarterly Journal of Economics* 112 (1997), 1203; *W. Easterly/R. Levine*, *Tropics, Germs, and Crops: How Endowments Influence Economic Development*, *Journal of Monetary Economics* 50 (2003), 3; *S. Knack/P. Keefer*, *Institutions and Economic Performance: Cross-Country Tests Using Alternative Institutional Measures*, *Economics & Politics* 7 (1995), 207; *D. Acemoglu/S. Johnson/J. A. Robinson*, *The Colonial Origins of Comparative Development: An Empirical Investigation*, *American Economic Review* 91 (2001), 1369; *D. Rodrik/A. Subramanian/E. Trebbi*, *Institutions Rule: The Primacy of Institutions Over Geography and Integration in Economic Development*, *Journal of Economic Growth* 9 (2004), 131.

¹⁶⁵ *F. A. Hayek*, *The Constitution of Liberty*, 1960; *M. Olson*, *The Logic of Collective Action*, 1965; *M. Olson*, *Power and Prosperity: Outgrowing Communist and Capitalist Dictatorships*, 2000; *H. Demsetz*, *Towards a Theory of Property Rights*, *American Economic Review* 57 (1967), 347; *D. C. North*, *Structure and Change in Economic History*, 1981, 201 ff.; *D. C. North* (Anm. 153), 3; *R. A. Posner*, *Equality, Wealth, and Political Stability*, *Journal of Law, Economics & Organization* 13 (1997), 344; *R. J. Barro*, *Economic Growth in a Cross Section of Countries*, *Quarterly Journal of Economics* 106 (1991), 407; *G. W. Scully*, *The Institutional Framework and Economic Development*, *Journal of Political Economy* 96 (1988), 652.

¹⁶⁶ Kritisch hierzu *L. Tshuma*, *The Political Economy of the World Bank’s Legal Framework for Economic Development*, *Social and Legal Studies* 8 (1999), 75.

¹⁶⁷ See World Bank, *Governance and Development*, 1992, 28.

Trotz Debatten darüber, ob zwischen Rechtsstaatsprinzip und Entwicklung eine kausale Verbindung besteht, oder ob gute rechtliche Institutionen nicht eher Folge vorhergehender wirtschaftlicher Entwicklung sind,¹⁶⁸ scheint es gerade im Bereich der Auslandsinvestitionen offensichtlich, dass gute und funktionierende Institutionen ein wichtiges Kriterium für Investitionsentscheidungen ausländischer Investoren sind. Entsprechend kann und sollte diese Einsicht auch bei der Anwendung von Investitionsschutzabkommen in der Schiedspraxis berücksichtigt werden. In diesem Lichte kann die Zielsetzung von Investitionsschutzabkommen, zur positiven wirtschaftlichen Entwicklung von Entwicklungsländern durch den Schutz und die Förderung ausländischer Investitionen beizutragen, mit dem Ziel, Rechtsstaatlichkeit zu fördern, gleichgesetzt werden. Dies erlaubt entsprechend auch, den Grundsatz der billigen und gerechten Behandlung als Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips zu verstehen und durch Erkenntnisse der öffentlich-rechtlichen Rechtsvergleichung abgesichert als Maßstab an das Verhalten von Gaststaaten anzulegen.¹⁶⁹

Ähnliches gilt auch für andere in Investitionsschutzabkommen vorhandene Investorenrechte, z. B. den Schutz vor entschädigungsloser Enteignung, Inländergleichbehandlung oder Meistbegünstigung. Auch diese Prinzipien sind letztlich Ausdruck eines auf rechtsstaatlichen Grundsätzen agierenden Staates, der die Eigentumsinteressen und die Freiheit seiner Bürger achtet und nur bei überwiegendem öffentlichem Interesse einschränkt. Es sind derartige rechtsstaatliche Strukturen, die für die Steigerung von Privatinvestitionen und für das Erreichen der Ziele nachhaltiger Entwicklung erforderlich sind.

Insoweit ist die Förderung derartiger Strukturen nicht nur Ziel von Investitionsschutzabkommen, sondern sollte der Schiedsrechtsprechung insgesamt zugrunde liegen. Denn dann kann ein in der Schiedspraxis entsprechend angewendetes, rechtsstaatliche Strukturen forderndes und förderndes Investitionsschutzrecht als Teil eines auf nachhaltige Entwicklung ausgerichteten Entwicklungsvölkerrechts verstanden werden. Dies überwindet

¹⁶⁸ Siehe *E. L. Glaeser et al* (Anm. 154) (die kausale Verknüpfung verneinend und stattdessen die Bedeutung von Humankapital betonend); *W. Easterly/R. Levine* (Anm. 164) (die Bedeutung von Geographie betonend). Für eine kausale Beziehung hingegen *D. Rodrik et al* (Anm. 164); *D. Acemoglu et al* (Anm. 164), 1395. Siehe auch *D. C. North*, *Economic Performance Through Time*, *American Economic Review* 84 (1994), 359, 366.

¹⁶⁹ Gleichwohl bleiben Probleme bei der Frage, was Rechtsstaatlichkeit als juristischer Begriff im Zusammenhang mit Entwicklung bedeutet. Dazu *T. Ringer*, *Development, Reform, and the Rule of Law: Some Prescriptions for a Common Understanding of the "Rule of Law" and Its Place in Development Theory and Practice*, *Yale Human Rights & Development Law Journal* 10 (2007), 178.

ein als Zielkonflikt konzeptionalisiertes Verständnis des Verhältnisses von Investitionsschutz und Entwicklung und öffnet eine Perspektive, die Investitionsschutzrecht auch rechtsdogmatisch als Entwicklungsvölkerrecht fassen und zur praktischen Anwendung bringen kann.

V. Schlussbetrachtung und Ausblick

Aus wirtschaftlicher Perspektive erscheinen Investitionen und Entwicklung als fest miteinander verbundene Phänomene. Gerade nachhaltige Entwicklung ist ohne Investitionen, einschließlich Auslandsinvestitionen, nur schwer denkbar. Denn nur so kann ein Wechsel zu umweltschonenden Technologien erfolgen, ohne dass wirtschaftliche, kulturelle und soziale Entwicklung leiden. Gleichwohl ist der rechtswissenschaftliche Diskurs um das Verhältnis von Investitionen und Entwicklung gerade im Bereich des Völkerrechts bisher wenig integrativ. Vielmehr ist es durch starke Isolation und Polarisierung gekennzeichnet. Das auf den Schutz von Auslandsinvestitionen konzentrierte internationale Investitionsrecht und die Investitionsschiedsrechtsprechung nehmen ihren Entwicklungsbezug zwar wahr, verstehen sich selbst aber nur selten als Teil eines aufkeimenden Entwicklungsvölkerrechts.

Dies mag sich durch die Investitionsschutzabkommen neuerer Generationen, die explizitere Verbindungen zwischen Investitionsschutz und Entwicklung ziehen, ändern.¹⁷⁰ Bisher verharret ein bedeutsamer Teil der Wissenschaft vom Investitionsrecht allerdings in einem Denkraum, der durch die Gegensätze der Interessen von Kapital exportierenden und Kapital importierenden Staaten, von Investoren und Staaten, von Klägern und Beklagten, von pro-Staat- und pro-Investoren-Schiedsrichtern und von Neoliberalismus und Neokommunitarismus geprägt ist. Entwicklungsthemen sind in diesem Kontext nur episodisch, bestenfalls embryonisch vorhanden.¹⁷¹

Auch die neben dem Investitionsschutzrecht vorhandenen Bereiche der Investitionsförderung durch technische Hilfe, Investitionsberatung und Investitions Garantien, sowie der Bereich der Investitionsliberalisierung sind nur unzureichend mit dem investitionsschutzrechtlichen Diskurs verknüpft. So werden kaum Verbindungen gezogen mit den im Bereich der Entwicklungspolitik und den multilateralen und regionalen Entwicklungsinstitutionen geführten Debatten um Entwicklung. Darüber hinaus ist der investitionsschutzrechtliche Diskurs aber auch stark isoliert von den allgemeinen

¹⁷⁰ Dazu *D. A. Desierto* (Anm. 3), 322 ff.

¹⁷¹ So *A. Newcombe* (Anm. 3), 406.

völkerrechtlichen Debatten um Global Governance, Legitimität und Accountability, wie sie etwa in Projekten zu Global Administrative Law,¹⁷² Global Constitutionalism¹⁷³ oder International Public Authority¹⁷⁴ verfolgt werden. Diese erfassen das internationale Investitionsschutzrecht bisher kaum. Insgesamt ist der wissenschaftliche Diskurs insoweit stark fragmentiert.

Gleichzeitig bestehen sowohl methodisch als auch thematisch zahlreiche Möglichkeiten, die Verbindung zwischen Investitionen und Entwicklung auch im Investitionsschutzrecht zu verstärken und die existierende Isolation und Polarisierung zu überwinden. Voraussetzung dafür ist vor allem die Bereitschaft, die Themen Investitionsschutzrecht und Entwicklung aktiv zusammenzudenken. Als Instrument der Defragmentierung kann dabei insbesondere ein rechtsvergleichender Ansatz fungieren, mit dem regimeübergreifende Vergleichsanalysen aber auch Rechtsvergleich mit nationalem öffentlichem Recht forciert wird.¹⁷⁵ Ein solcher Ansatz kann das Investitionsschutzrecht und dessen Wissenschaft auch gegenüber Entwicklungsthemen öffnen. Gleichzeitig sollten aber auch die primär mit Entwicklungszusammenarbeit befassten Akteure in Wissenschaft und Praxis das Investitionsschutzrecht als Baustein eines breiter angelegten Entwicklungsvölkerrechts verstehen, das das Wirtschaftsvölkerrecht und das Recht der Entwicklungszusammenarbeit umfasst. Dies findet noch kaum statt trotz zahlreicher thematischer Überschneidungen etwa im Bereich Post-Conflict-Management und Transitional Justice,¹⁷⁶ im Hinblick auf Diskussionen um Rechtsstaatsreform und Entwicklung,¹⁷⁷ oder bei der Finanzierung von Technologie zum Schutz der Umwelt, zur Armutsbekämpfung, oder zur Versorgung mit Wasser, Gesundheitsdienstleistungen und Energie.

¹⁷² B. Kingsbury/N. Krisch/R. B. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law*, *Law & Contemp. Probs* 68 (2005), 15.

¹⁷³ J. L. Dunoff/J. P. Trachtman (Hrsg.), *Ruling the World: Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, 2009; A. Peters /J. Klabbers/G. Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*, 2009; N. Krisch, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, 2011; T. Kleinlein, *Konstitutionalisierung im Völkerrecht*, 2012.

¹⁷⁴ A. von Bogdandy et al (Anm. 148).

¹⁷⁵ Diesen Ansatz verfolgen die Beiträge in S. Schill (Anm. 74).

¹⁷⁶ Vgl. K. E. Boon, *Open for Business: International Financial Institutions, Post-Conflict Economic Reform, and the Rule of Law*, *N.Y.U J. Int'l L. & Pol.* 39 (2007), 513; R. Mooloo/A. Khachaturian, *Foreign Investment in a Post-Conflict Environment*, *Journal of World Investment & Trade* 10 (2009), 341.

¹⁷⁷ Dazu M. J. Trebilcock/R. J. Daniels, *Rule of Law Reform und Development*, 2009; T. Krever, *The Legal Turn in Late Development Theory: The Rule of Law and the World Bank's Development Model*, *Harv. Int'l L. J.* 52 (2011), 287.

Unausweichlich bestehende oder entstehende Konflikte oder Friktionen zwischen investitionsschutzbezogenen und entwicklungsorientierten Interessen können dabei durch abwägungsorientierte Methodik, insbesondere den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, auch rechtsmethodisch sowohl in der investitionsschutzrechtlichen Dogmatik als auch in primär entwicklungsrechtlichen Bereichen gelöst werden. Des Weiteren erscheinen vermehrt empirisch und interdisziplinär orientierte Ansätze erforderlich, um die tatsächlichen Wirkungen und die Wirksamkeit von Investitionsschutzabkommen und Investitionspolitiken besser beurteilen zu können.¹⁷⁸ Ansätze aus der ökonomischen Analyse des Rechts oder den Sozialwissenschaften erscheinen hier besonders vielversprechend, um den Schnittbereich von Investitionen und Entwicklung weiter auszuleuchten.

Nicht zuletzt aber bedarf es einer offenen rechtspolitischen Debatte darüber, wie sich Staat und Markt zueinander verhalten sollen, und wie das richtige Verhältnis zwischen investitionsschutzrechtlicher Stabilität und entwicklungsorientierter Flexibilität aussehen soll. Dabei erscheint wegweisend weniger ein Fokus auf Interferenzen und Interessenkonflikte zwischen Investitionsschutzrecht und anderen Rechtsgebieten, sondern auf wechselseitige Unterstützung im Erreichen der durch das Prinzip der nachhaltigen Entwicklung gesetzten Ziele. Denn richtig verstanden und implementiert ist Investitionsschutzrecht kein Hindernis, sondern vielmehr ein Baustein für nachhaltige Entwicklung.

¹⁷⁸ Zu bisherigen Studien vgl. Anm. 67.