

# Internationales Investitionsschutzrecht und Vergleichendes Öffentliches Recht: Grundlagen und Methode eines öffentlich-rechtlichen Leitbildes für die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit

*Stephan W. Schill\**

I.	Einleitung	248
II.	Das Unbehagen im internationalen Investitionsschutzrecht	251
III.	Institutionelle Reform oder systemimmanente Anpassung?	256
IV.	Internationales Investitionsschutzrecht als öffentliches Recht	259
V.	Investitionsschiedsgerichtsbarkeit als Ausübung öffentlicher Gewalt	266
VI.	Internationales Investitionsschutzrecht und Vergleichendes Öffentliches Recht	273
VII.	Investitionsschutzrecht und Allgemeine Grundsätze des Öffentlichen Rechts	277
VIII.	Schlussbetrachtung	286

## Abstract

Kritiker betrachten das internationale Investitionsschutzrecht und die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit zuweilen als Bedrohung für Grundprinzipien des innerstaatlichen öffentlichen Rechts, insbesondere das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip, und fordern institutionelle Reformen, bis hin zur Abschaffung der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit. Dieser Kritik stellt der nachfolgende Beitrag einen Reformansatz gegenüber, der auf die Herausforderungen für öffentlich-rechtliche Grundsätze durch das Investitionsschutzrecht mit einer Ausweitung öffentlich-rechtlichen Denkens in die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit hinein reagiert, ohne das bestehende institutionelle Gefüge selbst grundsätzlich in Frage zu stellen. Danach sollten internationales Investitionsschutzrecht und Investitionsschiedsgerichtsbarkeit selbst als öffentlich-rechtliche Disziplin verstanden und Rechtsprobleme im internationalen Investitionsschutz mithilfe spezifisch öffentlich-rechtlicher Methoden gelöst werden. Der öffentlich-rechtlichen Rechtsvergleichung kommt dabei eine herausragende Rolle zu. Entsprechend skiz-

---

\* Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg; Rechtsanwalt; Attorney-at-Law (New York). Der Aufsatz basiert auf dem Beitrag *S. Schill*, *International Investment Law and Comparative Public Law – An Introduction*, in: *S. Schill* (Hrsg.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, 2010, 3. Für Hilfe bei der Erstellung der deutschen Fassung danke ich *Max Mayer* und *Anna Lechermann*.

ziert der nachfolgende Beitrag ein öffentlich-rechtliches Leitbild für die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, das als Grundlage einer öffentlich-rechtlichen Dogmatik des internationalen Investitionsschutzrechts dazu beitragen kann, Akzeptanz und Legitimität dieses Rechtsgebiets zu erhöhen.

## I. Einleitung

Das internationale Investitionsschutzrecht ist das derzeit wohl am schnellsten wachsende Gebiet des Völkerrechts und der internationalen Streitbeilegung. Es erfreut sich nicht nur steigender praktischer Bedeutung, sondern rückt zunehmend auch in den Fokus der Rechtswissenschaft. Als Rechtsgebiet, das sich in der Praxis im Wesentlichen erst in den letzten zehn Jahren etabliert hat,<sup>1</sup> sieht es sich dabei beachtlichen Herausforderungen gegenüber und erfährt zum Teil fundamentale Kritik. Staaten, Investoren, Nichtregierungsorganisationen und die Rechtswissenschaft im Völkerrecht wie im nationalen öffentlichen Recht stellen dabei mitunter die legitimatorische Berechtigung des internationalen Investitionsschutzrechts in Frage.<sup>2</sup>

Allerdings ist dem internationalen Investitionsschutzrecht bisher trotz einer wachsenden Menge an rechtswissenschaftlicher Literatur nur ungenügende theoretische wie dogmatische Aufmerksamkeit zuteil geworden. Die investitionsschutzrechtliche Praxis tut sich deshalb oft schwer, den Einwänden seiner Kritiker zu begegnen. Was fehlt, ist sowohl ein umfassender theoretischer Rahmen für ein rechtswissenschaftliches Verständnis des internationalen Investitionsschutzrechts als Ganzes, als auch eine überzeugende Dogmatik seiner Einzelprobleme. Erschwerend kommt hinzu, dass privatrechtlich orientierte Ansätze, die aus der Handelsschiedsgerichtsbarkeit stammen, und öffentlich-rechtliche Ansätze bei der rechtswissenschaftlichen Erfassung dieses Rechtsgebiets miteinander konkurrieren. Die Spannung zwischen den diesen Ansätzen jeweils zugrundeliegenden Grundannahmen ist auch für einen Großteil der fundamentalen Kritik an Struktur,

---

<sup>1</sup> Das internationale Investitionsschutzrecht hat zwar als Teil des völkergewohnheitsrechtlichen Fremdenrechts eine lange Tradition. Diese erstreckt sich jedoch vor allem auf das materielle Recht. Dessen Durchsetzung erfolgte traditionell vor allem im Rahmen des diplomatischen Schutzes. In seiner Kombination mit der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit hat sich das Investitionsschutzrecht jedoch fundamental gewandelt. Die Grundlagen dieser Entwicklung wurden in den späten 1950er Jahren gelegt, die praktische Entfaltung folgte aber erst in den späten 1990er Jahren. Ausführlich dazu *A. Newcombe/L. Paradell, Law and Practice of Investment Treaties – Standards of Treatment*, 2009, 1 ff., 41 ff., 57 ff.

<sup>2</sup> Dazu unten Teil II, insbesondere Anm. 17-23 und begleitender Text.

Funktionsweise und künftiger Ausrichtung des gesamten internationalen Investitionsschutzsystems verantwortlich.

Um einen theoretisch-dogmatischen Rahmen für das internationale Investitionsschutzrecht zu bestimmen, der dessen Akzeptanz und Legitimität bei Staaten, Investoren und in der Zivilgesellschaft steigern kann, schlägt der vorliegende Beitrag ein genuin öffentlich-rechtliches Verständnis des internationalen Investitionsschutzrechts vor. Dieser öffentlich-rechtliche Ansatz geht von der Beobachtung aus, dass das internationale Investitionsschutzrecht nicht nur der Absicherung vertraglicher Absprachen zwischen ausländischen Investoren und Gaststaaten und der Beilegung individueller Streitigkeiten dient, sondern eine darüberhinausgehende ordnungspolitische Funktion für die Weltwirtschaftsordnung in Zeiten der Globalisierung wahrnimmt. Diese ordnungspolitische Funktion besteht darin, dass Investitionsschutzabkommen Prinzipien etablieren, die ausländischen Investoren Eigentumsschutz, Rechtssicherheit und Behandlung nach rechtsstaatlichen Grundsätzen garantieren. Diese Prinzipien reduzieren das sog. "politische Risiko" bei Auslandsinvestitionen<sup>3</sup> und übernehmen Funktionen, die dem nationalen Verwaltungs- und Verfassungsrecht näher stehen als den privatrechtlichen Grundsätzen der Handelsschiedsgerichtsbarkeit, obwohl das Investitionsschutzrecht zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten auf Schiedsverfahren zurückgreift.

Trotz dieser Funktionsäquivalenz in Bezug auf die Regelung der Rechtsverhältnisse zwischen Investoren und Staaten, fehlt es dem internationalen Investitionsschutzrecht aber an einer dem nationalen öffentlichen Recht vergleichbaren begrifflichen und dogmatischen Klarheit. Zur dogmatischen Durchdringung des internationalen Investitionsschutzrechts, zur Anleitung der Auslegung von Investitionsschutzabkommen, zum Verständnis der Rolle und der Umschreibung der Befugnisse von Schiedsrichtern in Investitionsstreitigkeiten, und für die Erarbeitung von Reformvorschlägen schlägt der vorliegende Beitrag daher vor, auf Erkenntnisse der öffentlich-rechtlichen Rechtsvergleichung und des Vergleichenden Öffentlichen Rechts zurückzugreifen. Unter Vergleichendem Öffentlichem Recht versteht der Beitrag dabei diejenigen Prinzipien und Regeln, die mittels rechtsvergleichender Methoden im öffentlichen Recht gewonnen werden. Dabei handelt es sich zwar nicht notwendigerweise um geltendes Recht, gleichwohl aber um

---

<sup>3</sup> Zum Begriff des politischen Risikos und zur Streitbeilegung durch Schiedsverfahren als Form des Risikomanagements *N. Rubins/N. S. Kinsella*, *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution*, 2005, 1, 261 ff. Zur Bedeutung des politischen Risikos für Investitionsentscheidungen aus Unternehmenssicht siehe *World Bank, World Development Report 1997*, 34 ff.

einen Korpus von Regeln, der der dogmatischen Ausformung des internationalen Investitionsschutzrechts dienen kann. Rechtsvergleichend sollte dabei sowohl auf nationales Verwaltungs- und Verfassungsrecht als auch sonstiges internationales öffentliches Recht zurückgegriffen werden. Der Rückgriff auf Vergleichendes Öffentliches Recht sollte insofern zum Leitbild eines rechtswissenschaftlichen Lern- und Strukturierungsprozesses im internationalen Investitionsschutzrecht werden. Vergleichendes Öffentliches Recht kann dabei nicht nur von praktischem Nutzen sein, sondern auch dazu beitragen, Akzeptanz und Legitimität dieses Rechtsgebiets zu erhöhen, ohne dabei die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit<sup>4</sup> grundsätzlich in Frage zu stellen.

In einem ersten Teil geht der vorliegende Beitrag auf die Gründe ein, warum neue konzeptionelle und dogmatische Ansätze notwendig sind, um der Kritik am internationalen Investitionsschutzrecht und an der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit zu begegnen (Teil II). Anschließend legt der Beitrag dar, dass der vielversprechendste Weg, Akzeptanz und Legitimität im internationalen Investitionsschutzrecht zu stärken, in der Entwicklung systemimmanenter Ansätze besteht; institutionelle Reformen sind dagegen mit größeren Schwierigkeiten verbunden (Teil III). Systemimmanente Reformansätze sollten die Natur des internationalen Investitionsschutzrechts als öffentlich-rechtliche Disziplin betonen, die sich der Unterschiede sowohl zum klassischen Völkerrecht als auch zur Handelsschiedsgerichtsbarkeit bewusst ist (Teil IV). Öffentlich-rechtliche Dimensionen des internationalen Investitionsschutzrechts sind dabei nicht auf einen bestimmten Gaststaat begrenzt, sondern betreffen ausländische Investoren und Staaten generell. Denn Schiedsgerichte entwickeln Grundbegriffe des internationalen Investitionsschutzes abkommensübergreifend und bilden sie mit Wirkung auch für unbeteiligte Staaten und Investoren fort. Das in dieser abkommensübergreifenden Normkonkretisierung und Rechtsfortbildung liegende Element der Rechtsetzung ist als eine über den Einzelfall hinausgehende Ausübung öffentlicher Gewalt zu sehen (Teil V). Schließlich geht der Beitrag auf die öffentlich-rechtliche Rechtsvergleichung als Methode ein, um Grundsätze des Vergleichenden Öffentlichen Rechts zu gewinnen. Dadurch kann nicht nur

---

<sup>4</sup> Wenn in diesem Beitrag von Investitionsschiedsgerichtsbarkeit die Rede ist, bezieht sich dies nur auf Schiedsverfahren zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen ausländischen Investoren und Gaststaaten, die sich aus einem internationalen Investitionsschutzabkommen, also einem völkerrechtlichen Abkommen, ergeben. Daneben können Investitionsstreitigkeiten auch aus Verträgen zwischen Investoren und Gaststaaten resultieren. Diese vertragsbasierte Investitionsschiedsgerichtsbarkeit wirft zwar teils ähnliche Probleme auf wie die abkommensbasierte, unterscheidet sich aber auch in wichtigen Punkten. Sie wird daher in dem vorliegenden Beitrag ausgeklammert.

die Auslegung von internationalen Investitionsschutzabkommen *de lege lata* angeleitet und legitimiert werden; Vergleichendes Öffentliches Recht dient auch als Quelle für Reformen *de lege ferenda* (Teil VI). Insbesondere kann Vergleichendes Öffentliches Recht zur Ermittlung allgemeiner Rechtsgrundsätze des Öffentlichen Rechts beitragen (Teil VII).

## II. Das Unbehagen im internationalen Investitionsschutzrecht

Die Bewertung des internationalen Investitionsschutzrechts ist umstritten. Einerseits wird die heutige Gestalt dieses Rechtsgebietes als beispiellose Erfolgsgeschichte im internationalen Wirtschaftsrecht gefeiert.<sup>5</sup> Denn fünfzig Jahre nachdem Deutschland und Pakistan 1959 das weltweit erste bilaterale Investitionsschutzabkommen abgeschlossen haben,<sup>6</sup> bieten inzwischen mehr als 2.700 bilaterale Abkommen, Investitions-Kapitel in Freihandelsabkommen,<sup>7</sup> sowie einige regionale und sektorale Abkommen, z. B. das North American Free Trade Agreement (NAFTA)<sup>8</sup> oder der Energiecharta-Vertrag,<sup>9</sup> ausländischen Investoren Schutz gegenüber Eingriffen des Gaststaates. Zudem hat sich unter den Abkommen in den letzten 10 Jahren eine rege, und stetig zunehmende Streitbeilegungspraxis entwickelt.<sup>10</sup>

<sup>5</sup> 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.")

<sup>6</sup> Vertrag zur Förderung und zum Schutz von Kapitalanlagen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Pakistan v. 25.11.1959, in Kraft getreten am 28.4.1962 (BGBl. 1961 II, 793).

<sup>7</sup> Dazu United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), World Investment Report 2010 – Investing in a Low-Carbon Economy, 2010, 81, [http://www.unctad.org/en/docs/wir2010\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/wir2010_en.pdf) (Ende 2009 bestanden insgesamt 2.750 bilaterale Investitionsschutzabkommen, sowie 295 sonstige Investitionsschutzabkommen). Zur Geschichte des internationalen Investitionsschutzrechts *K. J. Vandeveld*, A Brief History of International Investment Agreements, University of California Davis Journal of International Law and Policy 12 (2005), 157; *R. Dattu*, A Journey from Havana to Paris: The Fifty-Year Quest for the Elusive Multilateral Agreement on Investment, Fordham Int'l L. J. 24 (2000), 275.

<sup>8</sup> North-American Free Trade Agreement, unterzeichnet am 17.12.1992, in Kraft getreten am 1.1.1994, ILM 32 (1993), 289 und 605.

<sup>9</sup> Vertrag über die Energiecharta, gezeichnet am 17.12.1994 (BGBl. II 1997, 4).

<sup>10</sup> Vgl. UNCTAD, Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement, IIA Issues Note No. 1, 2011, 1 f., [http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20113\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20113_en.pdf) (Ende 2010 gab es 390 abkommensbasierte Investitionsstreitigkeiten).

Obwohl im Einzelnen Unterschiede zwischen den verschiedenen Abkommen bestehen, folgen deren Struktur, Inhalt und Durchsetzungsmechanismus einheitlichen Grundsätzen. Insbesondere bauen Investitionsschutzabkommen auf abkommensübergreifenden Prinzipien zur Behandlung ausländischer Investoren auf und schaffen so ein in großem Maße einheitliches internationales Investitionsschutzregime.<sup>11</sup> Die Abkommen räumen ausländischen Investoren regelmäßig 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.<sup>12</sup> Insgesamt zielen Investitionsschutzabkommen darauf ab, die für das Funktionieren marktwirtschaftlicher Strukturen erforderlichen Institutionen zu schaffen und versprechen so steigende Investitionsflüsse und wirtschaftliche Entwicklung in kapital-importierenden wie kapital-exportierenden Ländern.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Ausführlich zum Paradoxon, dass bilaterale Investitionsschutzabkommen zu einem multilateralen System führen s. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, 2009. Siehe auch unten Anm. 115-121 und begleitender Text.

<sup>12</sup> Zum Inhalt von Investitionsschutzabkommen siehe etwa den Klassiker von R. Dolzer/M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, 1995. Investitionsstreitigkeiten können im Rahmen unterschiedlicher Schiedsregeln beigelegt werden. Siehe UNCTAD (Anm. 10), 1 f. Praktisch am bedeutendsten sind das Übereinkommen zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten v. 18.3.1965 (BGBl. 1969 II, 369) (ICSID-Konvention) und die 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>.

<sup>13</sup> Zum Verhältnis von Auslandsinvestitionen und wirtschaftlichem Wachstum siehe z. B. 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. Es ist aber umstritten, ob Investitionsschutzabkommen tatsächlich Auswirkungen auf Investitionsflüsse haben. Vgl. nur einerseits J. Tobin/S. Rose-Ackerman, *When BITs Have Some Bite*, in: R. P. Alford/C. 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 (beide Studien finden eine positive Korrelation zwischen dem Abschluss von Investitionsschutzabkommen und Investitionsflüssen) mit andererseits E. Aisbett, *Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment: Correlation and Causation*, in: K. P. Sauvant/L. Sachs (Anm. 13), 395 (welche keine Korrelation findet).

Außerdem sind im Vergleich zu den Debatten um die Schaffung einer neuen Weltwirtschaftsordnung in den 1970er und 1980er Jahren,<sup>14</sup> in denen kaum ein gemeinsamer Nenner zwischen westlichen Industriestaaten, der sozialistischen Welt und den Entwicklungsländern zu finden war, fundamentale ideologische Meinungsverschiedenheiten über die Zweckmäßigkeit völkerrechtlicher Normen zum Schutz von Eigentum weitgehend verschwunden.<sup>15</sup> Dies zeigt sich bereits daran, dass Investitionsschutzabkommen heute nicht nur Investitionsbeziehungen zwischen Nord und Süd sowie West und Ost abdecken, sondern zunehmend auch zwischen Industriestaaten und zwischen Entwicklungsländern in Kraft sind.<sup>16</sup> Investitionsschutzabkommen haben sich somit zu einem globalen Instrument entwickelt, das das Verhalten von Gaststaaten gegenüber ausländischen Investoren in Industrie- und Entwicklungsländern gleichermaßen beschränkt.

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 Rechts- und Politikwissenschaftlern.<sup>17</sup> Wenngleich sich die vorgebrachte Kritik nach Art und Inhalt unterscheidet, hat sie in der Summe dazu geführt, dass in der rechtswissenschaftlichen Literatur inzwischen die Frage aufgeworfen wird, ob sich das internationale Investitionsschutzrecht in einer "Legitimitätskrise" befindet.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> Siehe dazu *R. Dolzer*, Eigentum, Enteignung und Entschädigung im geltenden Völkerrecht, 1985, 24 ff.

<sup>15</sup> Dazu *T. W. Wälde*, 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 80<sup>th</sup> Birthday*, 1998, 771. Teilweise werden allerdings jüngere Entwicklungen in einigen lateinamerikanischen Ländern (siehe unten Anm. 19) als Ausdruck nach wie vor bestehender fundamentaler Meinungsverschiedenheiten gedeutet. Global betrachtet handelt es sich jedoch wohl um Ausnahmen, die durch die jeweilige innerstaatliche politische Situation erklärt werden können.

<sup>16</sup> Siehe UNCTAD, *South-South Cooperation in International Investment Arrangements*, 2005, [http://www.unctad.org/en/docs/iteiit20053\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/iteiit20053_en.pdf).

<sup>17</sup> Zu Letzteren siehe das kürzlich veröffentlichte Public Statement on the International Investment Regime v. 31.8.2010, [http://www.osgoode.yorku.ca/public\\_statement](http://www.osgoode.yorku.ca/public_statement).

<sup>18</sup> 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), 51; *C. H. Brower*, Structure, Legitimacy, and NAFTA's Investment Chapter, *Vand. J. Transnat'l L.*

Anzeichen für diese Krise werden etwa darin gesehen, dass sich in jüngerer Vergangenheit einige lateinamerikanische Staaten von Investitionsschutzabkommen und der ICSID-Konvention zurückgezogen haben,<sup>19</sup> dass vermehrt Schiedssprüche und Entscheidungen von Investitionsschiedsgerichten durch Staaten nicht befolgt wurden,<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup> 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.<sup>22</sup>

---

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.

<sup>19</sup> 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-Venezuelanische 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>.

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> 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. 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).

<sup>22</sup> Zu den mit der Einführung der neuen Unionskompetenz für ausländische Direktinvestitionen in Art. 201 Abs. 1 AEUV zusammenhängenden Problemen siehe etwa C. Herrmann, *Die Zukunft der mitgliedstaatlichen Investitionspolitik nach dem Vertrag von Lissabon*, *EuZW* 21 (2010), 207; C. Tietje, *Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon*, *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* 83 (2009), 17, <http://www.wirtschaftsrecht.uni-halle.de/Heft83.pdf>; J. Griebel, *Überlegungen zur Wahrnehmung der neuen EU-Kompetenz für ausländische Direktinvestitionen nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon*, *RIW* 2009, 469; M. Bungenberg, *Going Global? The EU Common Commercial Policy After Lisbon*, *European Yearbook on International Economic Law* 1 (2010), 123; J. P. Terhechte, *Art. 351 AEUV, das Loyalitätsgebot, und die Zukunft mitgliedstaatlicher Investitionsschutzverträge nach Lissabon*, *EuR* 2010, 517. Zur Frage, ob Investitionsschutzabkommen zwischen EU-Mitgliedstaaten weiterhin anwendbar sind T. Eilmansberger, *Bilateral Investment Treaties and EU Law*, *CML Rev.* 46 (2009), 383; H. Wehland, *Intra-EU Investment Agreements and Arbitration: Is European Community Law an Obstacle?*, *ICLQ* 58 (2009), 297; M. Burgstaller, *European Law and Investment Treaties*, *J. Int. Arb.* 26 (2009), 181;



Gaststaaten sind insbesondere über ein Schrumpfen ihrer Möglichkeiten gesetzgeberischer und administrativer Regulierung besorgt, die durch die weite Auslegung der zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe in Investitionsschutzabkommen durch demokratisch nicht legitimierte Schiedsrichter bedroht ist. Sie befürchten, dass staatliche Hoheitsrechte durch die Schiedsrechtsprechung zu weitgehend beschränkt und gar Entscheidungen des demokratisch gewählten Gesetzgebers inhaltlich überprüft werden. Auch Nichtregierungsorganisationen kritisieren die fehlende demokratische Legitimation der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit und das Fehlen von Beteiligungsmöglichkeiten 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 kaum institutionelle Mechanismen bestehen, um Kohärenz und Konsistenz bei der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe in Investitionsschutzabkommen sicherzustellen. So kommen widersprüchliche Schiedsentscheidungen immer wieder vor.

Das Unbehagen gegenüber dem gegenwärtigen System des internationalen Investitionsschutzes lässt sich damit an folgenden Faktoren festmachen:<sup>23</sup> erstens, an der Unbestimmtheit zentraler Rechtsbegriffe in Investitionsschutzabkommen, die es Schiedsrichtern ermöglicht, staatliche Regulierungsbefugnisse zu beschränken; zweitens, an der steigenden Anzahl widersprüchlicher und inkonsistenter Schiedsentscheidungen und der daraus folgenden Fragmentierung des internationalen Investitionsschutzrechts, was Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit kompromittiert; drittens, am Eindruck einer systembedingten Voreingenommenheit zugunsten ausländischer Investoren und zulasten legitimer Gemeinwohl- und Drittinteressen, wie dem Schutz von öffentlicher Sicherheit und Ordnung, Gesundheit, Umwelt, Arbeitsbedingungen, etc.; und schließlich an der Ungeeignetheit der Beilegung von Investitionsstreitigkeiten nach prozessrechtlichen Grundsätzen der Handelsschiedsgerichtsbarkeit, wie insbesondere Vertraulichkeit des Verfahrens und Parteiherrschaft, die die Beteiligung von Drittbetroffenen unmöglich macht und der Transparenz der Verfahren entgegensteht.

---

N. Lavranos, *New Developments in the Interaction between International Investment Law and EU Law*, *Law and Practice of International Courts and Tribunals* 9 (2010), 409 (431 ff.); A. Dimopoulos, *The Validity and Applicability of International Investment Agreements between EU Member States under EU and International Law*, *CML Rev.* 48 (2011), 63.

<sup>23</sup> Ausführlich dazu G. Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, 2007, 152 ff.

### III. Institutionelle Reform oder systemimmanente Anpassung?

Auch die Rechtswissenschaft hat sich des Unbehagens im internationalen Investitionsschutzrecht angenommen.<sup>24</sup> 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 internationalen Investitionsschutzrechts ansehen. Abgesehen von der radikalen Variante, aus dem derzeitigen System des internationalen Investitionsschutzes komplett auszusteigen,<sup>25</sup> reichen Vorschläge von der Rückkehr zur zwischenstaatlichen Streitbeilegung,<sup>26</sup> über die Einführung einer Berufungsinstanz zur Überprüfung von Investitionsschiedssprüchen<sup>27</sup> bis hin zur Etablierung eines ständigen Internationalen Investitionsgerichtshofs.<sup>28</sup>

Die Rückkehr zur zwischenstaatlichen Streitbeilegung würde Staaten ermöglichen, sowohl die Zusammensetzung der Schiedsgerichte stärker als bisher zu beeinflussen, als auch zu filtern, welche Streitigkeiten überhaupt per Schiedsverfahren beigelegt werden sollen. So könnten zwar missbräuchliche und aussichtslose Klagen von vornherein ausgeschlossen werden, gleichzeitig könnten Staaten Klagebegehren von Investoren aber auch aus rein außenpolitischen Erwägungen nicht weiter nachgehen. Dies würde ausländischen Investoren das wichtigste in Investitionsschutzabkommen eingeräumte Recht entziehen, nämlich den Zugang zur Investitionsschiedsgerichtsbarkeit. Die Rückkehr zum System des diplomatischen Schutzes würde so dem zentralen Bestreben zuwiderlaufen, für das die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit seit Abschluss der ICSID-Konvention in den 1960er Jahren gepriesen wurde: die Entpolitisierung von Investitionsstreitigkeiten.<sup>29</sup>

Eine andere Lösung wäre die Etablierung eines ständigen internationalen Gerichtshofs zur Beilegung von Streitigkeiten zwischen ausländischen In-

<sup>24</sup> Siehe etwa *M. Waibel u. a.* (Hrsg.), *The Backlash Against Investment Arbitration*, 2010.

<sup>25</sup> Siehe oben Anm. 19.

<sup>26</sup> Für eine Beschränkung auf zwischenstaatliche Streitbeilegung 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.

<sup>27</sup> So etwa *S. D. Franck* (Anm. 18), 1617 ff. Siehe auch die in Anm. 33 zitierte Literatur und begleitender Text.

<sup>28</sup> So *G. Van Harten* (Anm. 23), 180 ff.

<sup>29</sup> Dazu *I. F. I. Shibata*, *Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Role of ICSID and MIGA*, *ICSID Rev. – Foreign Investment Law Journal* 1 (1986), 1.

vestoren und Gaststaaten.<sup>30</sup> Dies würde Staaten ermöglichen, allein die Ernennung der Richter zu verantworten und könnte einem solchen Gerichtshof erhöhte Legitimität verleihen. Auch Unabhängigkeit und Unparteilichkeit wären in verstärktem Maße gesichert, da für einen festen Zeitraum ernannte Richter ihre Rechtsprechung nicht an den Interessen künftiger Streitparteien ausrichten müssten, wozu Schiedsrichter aufgrund ihres Interesses, künftig wiederernannt zu werden, verleitet sein könnten.<sup>31</sup> Ein ständiger Gerichtshof würde zudem eher eine konsistente und vorhersehbare Rechtsprechung garantieren.<sup>32</sup> Ähnlichen Überlegungen entspringt der Vorschlag, eine Revisionsinstanz für Investitionsschiedsprüche einzurichten; dies haben etwa jüngere US-amerikanische Investitionsschutzabkommen und ein vom ICSID-Sekretariat 2004 vorgelegter Entwurf zur Reform der ICSID-Konvention angedacht.<sup>33</sup>

Der Reformvorschlag des ICSID-Sekretariats fand jedoch nicht die erforderliche Unterstützung durch die Mitgliedstaaten. Ebenso wenig wurde unter neueren US-amerikanischen Investitionsschutzabkommen bisher eine Revisionsinstanz geschaffen. Für die Schaffung eines ständigen Investitionsgerichtshofs als auch einer Revisionsinstanz besteht daher gegenwärtig politisch kaum Raum. Ungeachtet der Vorteile solcher Alternativen für die Einheitlichkeit, Vorhersehbarkeit und Legitimität der Streitbeilegung zwischen Investoren und Staaten sind derartige grundlegende institutionelle Reformen in näherer Zukunft daher unwahrscheinlich.

Dennoch wird das System des internationalen Investitionsschutzes weiterhin Forderungen nach mehr Transparenz, Vorhersehbarkeit und Beachtung öffentlicher Interessen ausgesetzt sein. Die Akzeptanz des derzeitigen Systems durch Staaten wird dabei vor allem davon abhängen, wie die Abkommen ausgelegt werden, und inwieweit sie Staaten genügend Spielraum belassen, ohne Entschädigungspflicht öffentliche Interessen wahrzunehmen und zum Schutz von Gemeinwohlinteressen in ausländische Investitionen einzugreifen. Dies könnte zum Lackmustest für die Zukunftsfähigkeit des internationalen Investitionsschutzes werden. Gleiches wird gelten, wenn es um die Umsetzung nicht-investitionsschutzrechtlicher Verpflichtungen, et-

<sup>30</sup> Siehe oben Anm. 28.

<sup>31</sup> So *G. Van Harten* (Anm. 23), 167 ff.; *G. Van Harten*, Investment Treaty Arbitration, Procedural Fairness, and the Rule of Law, in: S. Schill (Hrsg.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, 2010, 627.

<sup>32</sup> Siehe *S. D. Franck* (Anm. 18), 1617 ff.

<sup>33</sup> Siehe *D. A. Gantz*, An Appellate Mechanism for Review of Arbitral Decisions in Investor-State Disputes, *Vand. J. Transnat'l L.* 3 (2006), 39; *C. J. Tams*, An Appealing Option? The Debate about an ICSID Appellate Mechanism, *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* 57 (2006), <http://www.telc.uni-halle.de/Heft57.pdf>.

wa aus Menschenrechtsverträgen oder aus Abkommen zum Schutz der Umwelt, geht. Offenheit gegenüber anderen völkerrechtlichen Regimen wird insofern ein ebenso wichtiges Kriterium für die Akzeptanz des internationalen Investitionsschutzrechts darstellen.

Anders als eine Fundamentalkritik am internationalen Investitionsschutzrecht suggeriert, kann, so die hier vertretene Ansicht, ein ausgewogenes Verhältnis zwischen dem Schutz öffentlicher Interessen und dem Investitionsschutz aber auch systemimmanent, d. h. innerhalb des bestehenden institutionellen Rahmens umgesetzt werden. Systemimmanente Lösungen sind bisher allerdings nur unzureichend entwickelt worden. Dies hängt maßgeblich mit der umstrittenen Einordnung des Investitionsschutzrechts und der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit in Kategorien des privaten oder des öffentlichen Rechts einerseits, sowie des nationalstaatlichen oder internationalen Rechts andererseits, zusammen. Insofern steckt die theoretisch-dogmatische Erfassung und Durchdringung des internationalen Investitionsschutzrechts noch in den Kinderschuhen. Dies zeigt sich nicht zuletzt an widersprüchlichen Schiedsentscheidungen, die häufig durch Meinungsverschiedenheiten über die richtige Auslegung der Grundbegriffe und Prinzipien des internationalen Investitionsschutzrechts zu erklären sind.<sup>34</sup>

Insofern sind rechtswissenschaftlich-dogmatische Ansätze, die es erlauben, die schiedsgerichtliche Praxis zu erfassen, zu bewerten und in eine Richtung zu steuern, die der Aufrechterhaltung and Stabilisierung des Systems dient und auf legitime Anforderungen der Außenwelt reagiert, gegenwärtig ein nicht zu unterschätzender Baustein, um sinnvoll auf die Kritik am internationalen Investitionsschutzrecht zu reagieren. So könnte ein verstärktes Bemühen um Rechtsdogmatik im Investitionsschutzrecht Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit in der Schiedsrechtsprechung erhöhen. Zudem könnte ein dogmatischer Ansatz helfen, Reformdruck systemimmanent zu kanalisieren und das bestehende System zu adaptieren, anstatt einen grundlegenden Systemwechsel zu propagieren. Dies würde es erlauben, das Vertrauen ausländischer Investoren in die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit unberührt zu lassen, zugleich aber die Kritik am internationalen Investitionsschutzrecht ernst zu nehmen und auf sie zu reagieren.

Der vorliegende Beitrag, der in den Rahmen eines größer angelegten Forschungsprojektes eingebettet ist,<sup>35</sup> argumentiert daher, dass ein ausgewoge-

<sup>34</sup> Ausführlich dazu *S. Schill* (Anm. 11), 339 ff.

<sup>35</sup> Siehe *S. Schill* (Hrsg.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, 2010. 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.

nes Verhältnis zwischen Investitionsschutz und widerstreitenden öffentlichen und privaten Interessen dadurch erreicht, und Forderungen nach Transparenz und Offenheit des Investitionsschutzregimes am Effektivsten dadurch begegnet werden kann, als theoretisches und dogmatisches Leitbild für das internationale Investitionsschutzrecht einen öffentlich-rechtlichen Ansatz zu wählen. Das internationale Investitionsschutzrecht selbst sollte somit als öffentlich-rechtliche Disziplin verstanden werden; es bleibt zwar im Völkerrecht verankert, funktionell steht es aber dem nationalen öffentlichen Recht näher. Dieser Ansatz soll völkerrechtliche Grundsätze, insbesondere dessen Auslegungsmethoden und Rechtsquellenlehre, nicht ersetzen, sondern diese vielmehr ergänzen. Insbesondere soll der hier vorgeschlagene öffentlich-rechtliche Ansatz der rechtswissenschaftlich-dogmatischen Erschließung des internationalen Investitionsschutzrechts dienen und dieses für Erkenntnisse der öffentlich-rechtlichen Rechtsvergleichung und des Vergleichenden Öffentlichen Rechts öffnen.

#### IV. Internationales Investitionsschutzrecht als öffentliches Recht

Die Schwierigkeit, einen konzeptionell-dogmatischen Rahmen für das internationale Investitionsschutzrecht zu entwickeln, liegt vor allem darin begründet, dass dieses Rechtsgebiet Völkerrecht als materiell anwendbares Recht in Investor-Staats-Streitigkeiten<sup>36</sup> mit einem schiedsgerichtlichen Streitbeilegungsmechanismus kombiniert. Obwohl Schiedsverfahren als Instrument zwischenstaatlicher Streitbeilegung auch im Völkerrecht weit verbreitet sind,<sup>37</sup> weist die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit im Hinblick auf Regelungslogik und Berufssoziologie vor allem Parallelen zur Handelschiedsgerichtsbarkeit auf. So hat die zahlenmäßig größte Gruppe von Berufsträgern (Anwälte, Schiedsrichter und Rechtswissenschaftler) in der In-

<sup>36</sup> Das anwendbare Recht ist aber nicht notwendigerweise auf Völkerrecht begrenzt. Stattdessen spielt nationales Recht eine wichtige Rolle in vielen Investitionsschiedsverfahren; vgl. Art. 42(1) ICSID-Konvention. Dazu O. Spiermann, *Applicable Law*, in: P. Muchlinski/F. Ortino/C. Schreuer (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 2008, 89.

<sup>37</sup> Vgl. etwa Art. 287 Abs. 1 Seerechtsübereinkommen oder Art. 25 WTO Dispute Settlement Understanding, die im multilateralen Kontext die Möglichkeit von Schiedsverfahren vorsehen. Siehe zudem C. Grey/B. Kingsbury, *Developments in Dispute Settlement: Interstate Arbitration Since 1945*, BYIL 63 (1992), 97; C. H. Brower, *The Functions and Limits of Arbitration and Judicial Settlement under Private and Public International Law*, Duke J. Comp. & Int'l L. 18 (2008), 259 (265 ff.).

vestitionsschiedsgerichtsbarkeit ihre beruflichen und ideellen Wurzeln im Privatrecht und in der Handelsschiedsgerichtsbarkeit.<sup>38</sup> Erst danach folgen Berufsträger, die dem klassischen Völkerrecht und der zwischenstaatlichen Streitbeilegung, insbesondere vor dem Internationalen Gerichtshof, entstammen.<sup>39</sup>

Obwohl sich diese Kombination von Akteuren bei der Lösung der oft komplexen Investitionsstreitigkeiten meist als fruchtbar erweist, führt sie auch zu Irritationen und Missverständnissen. Denn insofern kommen zwei sehr unterschiedlich sozialisierte epistemische Gemeinschaften, Kommerzialisisten und Internationalisten, zusammen, deren Perspektiven und Denkmuster im Hinblick auf die Rolle des Rechts, auf die Rolle des Staates im Verhältnis zu Wirtschaft und Privaten und auf die Funktion der Streitbeilegung teils erheblich divergieren. Bewusst vereinfachend stellen sich die Unterschiede beider Gruppen wie folgt dar: Aus privatrechtlicher Perspektive sind Schiedsrichter in Investitionsstreitigkeiten wie in der Handelsschiedsgerichtsbarkeit nur den Parteien gegenüber verpflichtet und haben nur die Funktion, einen konkreten Streitfall zu entscheiden. Diese Perspektive wurzelt in privatrechtlichen Grundsätzen der Privat- und Parteiautonomie, aufgrund derer die Parteien ihre wirtschaftlichen Beziehungen in einem Gleichordnungsverhältnis ordnen. Die Tatsache, dass eine Streitpartei ein Staat ist, spielt hingegen kaum eine Rolle. Aus dieser Perspektive sind die Verfahrensgrundsätze der Handelsschiedsgerichtsbarkeit grundsätzlich auch in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit anwendbar.<sup>40</sup>

Das Denken von Völkerrechtlern hingegen fokussiert auf die Rolle des Staates, die einerseits durch seine Macht, öffentliche Gewalt gegenüber Privaten auszuüben, andererseits durch seine Verpflichtung, gegenüber dem Bürger Gemeinwohlinteressen zu wahren, gekennzeichnet ist. Darüber hinaus sehen Völkerrechtler die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit als Bestand-

<sup>38</sup> Es handelt sich in erster Linie um Anwälte, die in internationalen Großkanzleien, u. a. in Paris, London, New York, Washington und Genf tätig sind. Siehe *M. D. Goldhaber*, American Lawyer Arbitration Scorecard 2009, <http://www.law.com/jsp/law/international/LawArticleIntl.jsp?id=1202431821301&rss=newswire>.

<sup>39</sup> In dieser Gruppe finden sich zahlreiche Völkerrechtsprofessoren, sowie Richter an internationalen Gerichten, wie dem IGH oder dem Iran-United States Claims Tribunal, und Anwälte, die sich auf die zwischenstaatliche Streitbeilegung spezialisiert haben. Zu nennen sind hier z. B. *Charles N. Brower*, *Thomas Buergenthal*, *James Crawford*, *Christopher Greenwood*, *Gilbert Guillaume*, *Francisco Orrego Vicuña*, *Stephen Schwebel*, *Bruno Simma*, *Brigitte Stern*, *Peter Tomka*.

<sup>40</sup> Vgl. etwa *B. Legum*, Investment Treaty Arbitration's Contribution to International Commercial Arbitration, *Dispute Resolution Journal* 60 (2005), 71 (73); *A. Bjorklund*, Private Rights and Public International Law: Why Competition Among International Economic Law Tribunals Is Not Working, *Hastings L. J.* 59 (2007), 241 (251).

teil des Völkerrechts als Ganzes, welches sich der vollen Kontrolle durch die Parteien entzieht. Während diejenigen, die das internationale Investitionsschutzrecht als Teil der Handelsschiedsgerichtsbarkeit betrachten, dazu tendieren, die *private* Natur der Streitbeilegung zu betonen, heben Völkerrechtler die Einbettung der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit in eine *öffentliche* Ordnung hervor, die auf die Beschränkung staatlichen Handelns durch rechtliche Regelungen zielt. Aus dieser Perspektive hat die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit nicht nur die Funktion der Streitbeilegung, sondern auch die Aufgabe, Werte und Ziele der Staatengemeinschaft insgesamt zu verfolgen.<sup>41</sup>

Die Unterschiede zwischen handelsschiedsrechtlicher und völkerrechtlicher Betrachtungsweise der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit sollten indessen nicht zu ideologischen Grabenkämpfen führen. Denn beide Gruppen bringen spezifische Expertise ein: fundierte Kenntnisse des Völkerrechts und Erfahrung im Umgang mit Fragen zwischenstaatlicher Beziehungen und zwischenstaatlicher Streitbeilegung einerseits, ein fundiertes Verständnis wirtschaftlicher Transaktionen und der Wirtschaftspraxis sowie Erfahrung in der Durchführung von Schiedsverfahren mit komplexer Beweiserhebung und -würdigung andererseits.<sup>42</sup> Darüber hinaus sind aber auch weder ein rein völkerrechtliches noch ein rein handelsschiedsrechtliches Verständnis der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit ausreichend, um die spezifischen Charakteristika des internationalen Investitionsschutzrechts zu erfassen. Vielmehr weist dieses Rechtsgebiet fundamentale Unterschiede sowohl zum klassischen Völkerrecht als auch zum Handelsrecht und der Handelsschiedsgerichtsbarkeit auf.

Das internationale Investitionsschutzrecht unterscheidet sich vom klassischen Völkerrecht vor allem in Bezug auf das zu regelnde Rechtsverhältnis. Obwohl das klassische Völkerrecht Regelungen über den Schutz von Auslandsinvestitionen als Teil des Völkergewohnheitsrechts kannte, welches über den Weg des diplomatischen Schutzes geltend gemacht werden kann-

<sup>41</sup> Siehe z. B. T. W. Wälde, *The Specific Nature of Investment Arbitration*, in: P. Kahn/T. W. Wälde (Hrsg.), *Les Aspects Nouveaux du Droit des Investissements Internationaux/New Aspects of International Investment Law*, 2007, 43 (112 ff.); G. Van Harten (Anm. 23), 58 ff.; G. Van Harten/M. Loughlin, *Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law*, EJIL 17 (2006) 121 (145 ff.). Ähnlich auch *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/14, Award, 8.12.2008, Rdnr. 160 ("The ICSID Convention ... combines a public law system of State liability with private arbitration"); *Glamis Gold Ltd v. US*, UNCITRAL/NAFTA, Award, 8.6.2009, Rdnr. 5 ("Chapter 11 of the NAFTA contains a significant public system of private investment protection").

<sup>42</sup> Siehe C. N. Brower, *W(h)ither International Commercial Arbitration? – The Goff Lecture 2007*, *Arbitration International* 24 (2008), 181 (191 ff.).

te,<sup>43</sup> handelte es sich stets um ein die Beziehungen zwischen Staaten regelndes Recht.<sup>44</sup> Die Beilegung von Streitigkeiten über die Grenzen der Ausübung staatlicher Hoheitsrechte gegenüber ausländischen Investoren war danach zunächst Sache der nationalen Gerichte des Gaststaates und konnte erst nach Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs Gegenstand zwischenstaatlicher Streitbeilegung werden.<sup>45</sup> Das klassische Völkerrecht regelte damit die Rechtsbeziehungen zwischen ausländischen Investoren und Gaststaaten nur indirekt.

Das moderne Investitionsschutzrecht hingegen räumt ausländischen Investoren ein eigenes Klagerecht gegen den Gaststaat im Rahmen eines internationalen Schiedsverfahrens ein. Die daraus resultierenden Schiedssprüche können zudem je nach anwendbarer Verfahrensordnung unter der ICSID-Konvention<sup>46</sup> oder der UN-Konvention über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche ("New York-Konvention")<sup>47</sup> nahezu weltweit vollstreckt werden. Das Klagerecht gründet dabei auf einer einseitigen Unterwerfungserklärung des Gaststaates unter die Schiedsgerichtsbarkeit; sie ist regelmäßig in einem Investitionsschutzabkommen enthalten und erfasst prospektiv alle in den Anwendungsbereich des Abkommens fallende Streitigkeiten.

Im Vergleich zum klassischen Völkerrecht, haben Staaten in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit damit ein viel geringeres Maß an Kontrolle darüber, gegenüber welchen Ansprüchen sie sich verteidigen müssen. Die Einführung eines individuellen Klagerechts hat insofern eine grundlegende Änderung gebracht. Die individuelle Durchsetzbarkeit des internationalen In-

<sup>43</sup> Umfassend C. F. Amerasinghe, *Diplomatic Protection*, 2008.

<sup>44</sup> Klassisch *The Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. Britain)*, Urteil, 30.8.1924, PCIJ Series A, No. 2 (1924) 12 ("In the case of the Mavrommatis concessions it is true that the dispute was at first between a private person and a State – i.e. between M. Mavrommatis and Great Britain. Subsequently, the Greek Government took up the case. The dispute then entered upon a new phase; it entered the domain of international law, and became a dispute between two States. ... It is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another State, from whom they have been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels. By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights – its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law.").

<sup>45</sup> Siehe C. H. Brower (Anm. 37), 265 ff.

<sup>46</sup> Siehe Art. 54 Abs. 1 ICSID-Konvention: "Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State".

<sup>47</sup> Konvention der Vereinten Nationen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche v. 10.6.1958, 330 UNTS 38.



vestitionsschutzrechts, gemeinsam mit dem begrenzten Einfluss von Staaten auf das schiedsgerichtliche Verfahren, ihre begrenzte Befugnis zur Überprüfung von Schiedssprüchen und die Möglichkeit weltweiter Vollstreckung der Schiedssprüche haben insgesamt zu einem "Paradigmenwechsel im Internationalen Investitionsrecht"<sup>48</sup> geführt: ausländische Investoren und Schiedsgerichte wurden nachhaltig im Verhältnis zu Staaten gestärkt. Obwohl das internationale Investitionsschutzrecht fest im Völkerrecht verankert bleibt, wandelt die Einführung des Rechts ausländischer Investoren zur Einleitung von Schiedsverfahren dieses Rechtsgebiet von einem nur subsidiär anwendbaren zu einem unmittelbar die Beziehungen zwischen Investoren und Staaten regelnden Recht. Funktional und institutionell unterscheiden sich das internationale Investitionsschutzrecht und die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit somit von traditionellen Mechanismen des Fremdenrechts und der völkerrechtlichen Streitbeilegung erheblich.<sup>49</sup>

Die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit unterscheidet sich aber auch grundlegend von der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit. Trotz zahlreicher prozessualer Ähnlichkeiten, insbesondere hinsichtlich der Verfahrenseinleitung durch eine private Partei, der anwendbaren Verfahrensregeln, die entweder direkt für Handelsschiedsverfahren, oder aber nach deren Vorbild konzipiert wurden,<sup>50</sup> und der Vollstreckung der Schiedssprüche,<sup>51</sup> bestehen wichtige Unterschiede zur Handelsschiedsgerichtsbarkeit in Bezug auf Streitgegenstand, Art der Rechtsbeziehungen der Parteien, Rechtsnatur der in Frage stehenden Verpflichtungen und Art und Umfang der Unterwerfung des Gaststaates unter die Schiedsgerichtsbarkeit.<sup>52</sup>

Erstens betreffen Investitionsschiedsverfahren regelmäßig Fragen der Rechtmäßigkeit der Ausübung öffentlicher Gewalt, wie etwa Streitigkeiten

<sup>48</sup> C. Schreuer, Paradigmenwechsel im Internationalen Investitionsrecht, in: W. Hummer (Hrsg.), Paradigmenwechsel im Völkerrecht zur Jahrtausendwende, 2002, 237.

<sup>49</sup> Grundlegend *International Thunderbird Gaming Corp v. United Mexican States*, UNCITRAL/NAFTA, Arbitral Award, 26.1.2006, Separate Opinion von *Thomas Wälde*, Rdnr. 13 ("... while public international law still provides the main principles ... one needs to bear in mind that investment treaties ... deal with a significantly different context from the one envisaged by traditional public international law: At its heart lies the right of a private actor to engage in an arbitral litigation against a (foreign) government over governmental conduct affecting the investor. That is fundamentally different from traditional international public law, which is based on solving disputes between sovereign states and where private parties have no standing. Analogies from such inter-state international law have therefore to be treated with caution.").

<sup>50</sup> A. Bjorklund (Anm. 40), 251 f.

<sup>51</sup> Siehe G. Van Harten/M. Loughlin (Anm. 41), 139 ff.

<sup>52</sup> Siehe G. Van Harten/M. Loughlin (Anm. 41), 140 ff.

über die Grenzen staatlicher Notstandsbefugnisse,<sup>53</sup> die Kontrolle von Regulierung im Bereich der Daseinsvorsorge, z. B. im Bereich der Wasser- und Energieversorgung,<sup>54</sup> die Kontrolle des Verbots gesundheitsschädlicher Substanzen,<sup>55</sup> den Denkmal- und Kulturgüterschutz,<sup>56</sup> oder die Rechtmäßigkeitskontrolle von Nichtdiskriminierungsmaßnahmen, die Eigentum oder Wettbewerbsfreiheit berühren.<sup>57</sup> Investitionsschiedsverfahren betreffen somit regelmäßig nicht einen privatrechtlichen, sondern einen genuin öffentlich-rechtlichen Streitgegenstand.

Zweitens betreffen Investitionsschiedsverfahren andersgeartete Verpflichtungen als in der Handelsschiedsgerichtsbarkeit. Die Rechte, auf die sich ein ausländischer Investor beruft, entstammen nicht einem auf Augenhöhe verhandelten privatrechtlichen Vertrag, sondern einem völkerrechtlichen Abkommen zwischen Gaststaat und Heimatstaat des Investors. Drittens unterscheidet sich die Beziehung zwischen den Parteien eines Investitionsschiedsverfahrens von der Beziehung zwischen den Parteien einer handelsrechtlichen Streitigkeit strukturell. Während wirtschaftliche Beziehungen zwischen Privaten durch deren Gleichheit gekennzeichnet sind, stehen ausländischer Investor und Gaststaat in einem Hierarchieverhältnis, in dem der Gaststaat, anders als ein privater Vertragspartner, in der Lage ist, dem Investor gegenüber einseitig rechtsverbindliche Maßnahmen zu treffen.

Schließlich unterscheidet sich die Unterwerfung des Gaststaates unter die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit von der Unterwerfung unter die Handelsschiedsgerichtsbarkeit. So beruht die Kompetenz des Schiedsgerichts in Investitionsschiedsverfahren nicht auf einem privatrechtlichen und damit personenspezifischen und einzelfallbezogenen Vertrag, sondern ergibt sich aus einem einseitigen Angebot des Gaststaates, das in generalisierter und prospektiver Weise in einem Investitionsschutzabkommen enthalten ist.

<sup>53</sup> Siehe z. B. *CMS Gas Transmission Co v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12.5.2005; *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; *BG Group plc v. Republic of Argentina*, UNCITRAL, Final Award, 24.12.2007; *Continental Casualty Co v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5.9.2008; *National Grid plc v. Argentine Republic*, UNCITRAL, Award, 3.11.2008.

<sup>54</sup> *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24.7.2004; *Aguas del Tunari SA v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, 21.10.2005.

<sup>55</sup> *Methanex Corp v. US*, UNCITRAL/NAFTA, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3.8.2005; *Chemtura Corp (formely Crompton Corp) v. Canada*, UNCITRAL (NAFTA), Award, 2.8.2010.

<sup>56</sup> *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Award on the Merits, 20.5.1992; *Glamis Gold v. US* (Anm. 41).

<sup>57</sup> *Piero Foresti, Laura de Carli and others v. Republic of South Africa*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/1, Award, 4.8.2010.

Dieses Angebot kann von jedem Investor, der in den Anwendungsbereich des Abkommens fällt, angenommen werden.<sup>58</sup> Insofern basieren Investitionsschiedsverfahren nicht auf parteiautonomer Vereinbarung, sondern folgen den durch die Unterwerfungserklärung des Gaststaates vorgegebenen prozessualen und materiell-rechtlichen Regeln.

Investitionsschiedsgerichtsbarkeit ist somit nicht klassische Schiedsgerichtsbarkeit, in der die Streitparteien die volle Kontrolle über Art und Weise der Entscheidung des Rechtsstreits haben, insbesondere durch Wahl des anwendbaren Rechts, durch Festlegung der Prozessgrundsätze, etc.<sup>59</sup> Vielmehr erfüllen Investitionsschiedsverfahren, da es im Kern um die objektive Rechtmäßigkeitskontrolle staatlichen Handelns anhand grundrechtsähnlicher Prinzipien und somit um öffentlich-rechtlichen Rechtsschutz geht,<sup>60</sup> eine ähnliche Funktion wie nationale Verwaltungs- und Verfassungsgerichte oder überstaatliche Gerichte, z. B. der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte oder der Gerichtshof der Europäischen Union. Mit der Han-

<sup>58</sup> Zu den Besonderheiten der Unterwerfungserklärung des Gaststaates unter die Schiedsgerichtsbarkeit in Investitionsschutzabkommen *B. Legum*, *The Innovation of Investor-State Arbitration under NAFTA*, *Harv. Int'l L. J.* 43 (2002), 531. Aufgrund des öffentlichen Angebots des Staates zur Unterwerfung unter die Schiedsgerichtsbarkeit wird die Schiedsgerichtsbarkeit unter Investitionsschutzabkommen auch als "arbitration without privity" (Schiedsverfahren ohne Vertragsbeziehung) bezeichnet. So *J. Paulsson*, *Arbitration Without Privity*, *IC-SID Rev. – Foreign Investment Law Journal* 10 (1995), 232.

<sup>59</sup> Dazu grundlegend *J. Paulsson*, *International Arbitration Is Not Arbitration*, *Stockholm International Arbitration Review* 2008, 1. Siehe auch *S. D. Franck*, *International Arbitrators: Civil Servants? Sub Rosa Advocates? Men of Affairs?: The Role of International Arbitrators*, *ILSA J. Int'l & Comp. L.* 12 (2006), 499 (503 f.).

<sup>60</sup> Grundlegend *International Thunderbird Gaming v. Mexico* (Anm. 49), Separate Opinion von *Thomas Wälde*, Rdnr. 12 ("While the forms and procedures of international commercial arbitration are relied upon, one needs, for the application of such rules, to bear in mind that their purpose is to govern the procedure, but not to inject substantive principles, rules and legal concepts used in international commercial arbitration into the qualitatively different investment disputes between a foreign investor and a host state. International commercial arbitration assumes roughly equal parties engaging in sophisticated transnational commercial transactions. Investment arbitration is fundamentally different from international commercial arbitration. It governs the situation of a foreign investor exposed to the sovereignty, the regulatory, administrative and other governmental powers of a state. The investor is frequently if not mostly in a position of structural weakness, exacerbated often by inexperience (in particular in case of smaller, entrepreneurial investors). Investment arbitration therefore does not set up a system of resolving disputes between presumed equals as in commercial arbitration, but a system of protection of foreign investors that are by exposure to political risk, lack of familiarity with and integration into, an alien political, social, cultural, commercial, institutional and legal system, at a disadvantage. Legal principles for and methodological approaches to examining the factual situation, habits, natural instincts and styles of commercial arbitration are therefore no suitable guideposts for investment arbitration.").

delsschiedsgerichtsbarkeit bestehen funktional hingegen kaum Parallelen.<sup>61</sup> Entsprechend sollte die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit als Instrument öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzes und das internationale Investitionsschutzrecht insgesamt als eine öffentlich-rechtliche Disziplin verstanden werden, da es im Kern um die Beschränkung und Kontrolle öffentlicher Gewalt im Verhältnis zu privaten Investoren geht.

## V. Investitionsschiedsgerichtsbarkeit als Ausübung öffentlicher Gewalt

Die öffentlich-rechtliche Dimension des internationalen Investitionsschutzrechts erschöpft sich jedoch nicht in der Beschränkung hoheitlichen Handelns und dessen Kontrolle durch Investitionsschiedsgerichte. Eine öffentlich-rechtliche Dimension ergibt sich auch im Hinblick auf die Wirkungen von Schiedsentscheidungen jenseits des konkret zu entscheidenden Streitfalls. Angesprochen ist damit der Aspekt der Normkonkretisierung und der richterlichen Rechtsfortbildung durch Investitionsschiedsgerichte. Denn deren Entscheidungen beeinflussen nicht nur das Verhalten des beklagten Staates, sondern auch die Erwartungen und das Verhalten von Investoren und Staaten, die weder Beteiligte des konkreten Schiedsverfahrens, noch Partei des anwendbaren Investitionsschutzabkommens sind. Investitionsschiedsgerichte üben insofern über den Einzelfall hinaus öffentliche Gewalt aus. Dies ist auch der Grund für die umfassenden Legitimitätsbedenken in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, da nur durch Parteikonkurrenz legitimierte Schiedsgerichte globale Regelungswirkung entfalten.<sup>62</sup>

<sup>61</sup> Grundlegend *International Thunderbird Gaming v. Mexico* (Anm. 49), Separate Opinion von *Thomas Wälde*, Rdnr. 13 (“... more appropriate for investor-state arbitration are analogies with judicial review relating to governmental conduct – be it international judicial review (as carried out by the WTO dispute panels and Appellate Body, by the European- or Inter-American Human Rights Courts or the European Court of Justice) or national administrative courts judging the disputes of individual citizens’ [sic] over alleged abuse by public bodies of their governmental powers. In all those situations, at issue is the abuse of governmental power towards a private party that did and could legitimately trust in governmental assurances it received; in commercial arbitration on the other hand it is rather a good-faith interpretation of contractual provisions that is at stake. Abuse of governmental powers is not an issue in commercial arbitration, but it is at the core of the good-governance standards embodied in investment protection treaties. The issue is to keep a government from abusing its role as sovereign and regulator after having made commitments.”).

<sup>62</sup> Zur damit zusammenhängenden Problematik aus Sicht des Demokratieprinzips *A. von Bogdandy/I. Venzke*, *Zur Herrschaft internationaler Gerichte: Eine Untersuchung internationaler öffentlicher Gewalt und ihrer demokratischen Rechtfertigung*, *ZaöRV* 70 (2010), 1.

Die Tätigkeit von Investitionsschiedsgerichten als Ausübung öffentlicher Gewalt zu verstehen, mag überraschen, da Dritte, Investoren wie Staaten, an Schiedsverfahren, an denen sie nicht beteiligt sind, keinerlei Interesse zeigen und dadurch auch nicht in ihrem Verhalten beeinflusst werden sollten. Vielmehr sind materielles und prozessuales Investitionsschutzrecht gerade so ausgestaltet, dass Wirkungen auf Nicht-Parteien vermieden werden sollten. So ist nicht nur die Form der anwendbaren Investitionsschutzabkommen bilateral; vielmehr versuchen zahlreiche Abkommen ausdrücklich, die Wirkung von Schiedssprüchen als Präjudizien in künftigen Verfahren zu beschränken.<sup>63</sup>

In der Rechtswirklichkeit zeigt sich jedoch in vielerlei Hinsicht, dass unbeteiligte Investoren und Staaten durch Schiedsverfahren tangiert werden, gerade weil sich in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit ein umfassendes System von Präjudizien entwickelt hat.<sup>64</sup> So finden sich Referenzen auf Schiedsrechtsprechung zur Auslegung von Investitionsschutzabkommen in nahezu jedem Schiedsspruch.<sup>65</sup> Da Schiedssprüche in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit anders als in der Handelsschiedsgerichtsbarkeit in der Regel öffentlich werden,<sup>66</sup> beeinflussen sie als Präjudizien, obwohl sie formal nicht bindend sind, in entscheidendem Maße die Auslegung von Investitionsschutzabkommen und damit indirekt das Verhalten von Staaten

---

Allgemein zum Ansatz, Herrschaftsphänomene auf überstaatlicher Ebene aus der Perspektive der Ausübung öffentlicher Gewalt zu betrachten *A. von Bogdandy et al.* (Anm. 35).

<sup>63</sup> Siehe Art. 1136 Abs. 1 NAFTA: "An award made by a Tribunal shall have no binding force except between the disputing parties and in respect of the particular case." Ähnlich Art. 53 Abs. 1 ICSID-Konvention: "The award shall be binding on the parties". Siehe zur fehlenden präjudiziellen Bindungswirkung früherer ICSID-Schiedssprüche auch *AES Corp v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction, 26.4.2005, Rdnr. 23; *SGS Société Générale de Surveillance SA v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29.1.2004, Rdnr. 97; *C. Schreuer/L. Malintoppi/A. Reinisch/A. Sinclair*, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2. Aufl. 2009, Art. 53, Rdnr. 16.

<sup>64</sup> Dazu *G. Kaufmann-Kohler*, *Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?*, *Arbitration International* 23 (2007), 357.

<sup>65</sup> *J. Commission*, *Precedent in Investment Treaty Arbitration – A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence*, *J. Int. Arb.* 24 (2007), 129; *O. K. Fauchald*, *The Legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical Analysis*, *EJIL* 19 (2008), 301.

<sup>66</sup> Schiedssprüche in Investitionsschiedsverfahren werden öffentlich aufgrund von Parteivereinbarung, da das ICSID-Sekretariat Exzerpte der Begründungen gemäß Regel 48 Abs. 4 der ICSID-Schiedsregeln veröffentlicht, wenn Schiedssprüche außerhalb des ICSID-Systems durch staatliche Gerichte überprüft werden, oder wenn Schiedssprüche durch eine der Parteien veröffentlicht werden. Schiedssprüche in Handelsschiedsverfahren hingegen bleiben weitestgehend vertraulich, obwohl auch hier Begründungen von Schiedssprüchen regelmäßig in Fachpublikationen veröffentlicht werden. Dies erfolgt jedoch sehr viel unsystematischer als in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit.

und Investoren. Investitionsschiedsentscheidungen entfalten so über den Einzelfall hinaus normative, verhaltenssteuernde Kraft, da sich normative Erwartungen von tatsächlich oder potentiell an Investitionsschiedsverfahren beteiligten Investoren und Staaten, sowie von Anwälten und Schiedsrichtern, darüber, wie Investitionsschutzabkommen angewandt werden sollen, in erster Linie an schiedsrichterlichen Präjudizien orientieren.<sup>67</sup>

Investoren und Staaten bringen diese Erwartungen wiederum durch die Berufung auf Präjudizien in Schriftsätzen und in der mündlichen Verhandlung in die Schiedsverfahren ein. Auch wenn Präjudizien so zunächst als Rechtsargument verwendet werden, zeigt diese Praxis gleichwohl, dass Staaten und Investoren erwarten, dass Schiedsgerichte nicht auf Grundlage einer abstrakten Auslegung von Investitionsschutzabkommen entscheiden, sondern ihre Entscheidungsfindung und Begründung in den diskursiven Rahmen einbetten, der durch frühere Schiedssprüche aufgespannt wurde.<sup>68</sup> Schiedsgerichte schließlich reagieren auf diese Erwartungen der Parteien<sup>69</sup> und beteiligen sich durch eine präjudizienorientierte Begründung aktiv an der Konsolidierung eines präjudizienorientierten Ansatzes.

Bezeichnenderweise findet die so voranschreitende Erzeugung normativer Erwartungen relativ unabhängig davon statt, ob frühere Schiedssprüche dasselbe oder ein anderes Investitionsschutzabkommen betrafen. Entsprechend entwickeln sich zunehmend abkommensübergreifende Erwartungen an die Auslegung von Investitionsschutzabkommen, so dass Schiedssprüche abkommensübergreifende Wirkungen entfalten, die letztlich einen globalen Verhaltenssteuerungseffekt haben. Dieser Prozess unterscheidet sich deutlich von der Handelsschiedsgerichtsbarkeit, bei der die schiedsrichterliche Entscheidungsfindung auf normative Erwartungen reagiert, die sich aus einer staatlichen Rechtsordnung und deren Auslegung durch staatliche Ge-

<sup>67</sup> Vgl. *M. Jacob*, Lawmaking through International Precedent, GLJ 12 (2011) (im Erscheinen). Vgl. auch *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, Report of the Appellate Body, 4.10.1996, 14 (“Adopted panel reports are an important part of the GATT *acquis*. They are often considered by subsequent panels. They create legitimate expectations among WTO Members, and, therefore, should be taken into account where they are relevant to any dispute. However, they are not binding, except with respect to resolving the particular dispute between the parties to that dispute.”).

<sup>68</sup> So etwa *AES v. Argentina* (Anm. 63), Rdnr. 18 (festhaltend, dass der Investor sich auf frühere Schiedssprüche bezog “more or less as if they were precedent [tending] to say that Argentina’s objections to the jurisdiction of this Tribunal are moot if not even useless since these tribunals have already determined the answer to be given to identical or similar objections to jurisdiction”).

<sup>69</sup> Siehe z. B. *El Paso Energy International Co v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, 27.4.2006, Rdnr. 39 (das Schiedsgericht “will follow the same line [as earlier awards], especially since both parties, in their written pleadings and oral arguments, have heavily relied on precedent”).

richte ergeben.<sup>70</sup> In der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit hingegen speisen sich normative Erwartungen aus der schiedsrichterlichen Rechtsprechung selbst.

Die abkommensübergreifende verhaltenssteuernde Funktion von Schiedssprüchen kann man auch an ihren Auswirkungen auf die Abkommenspraxis von Staaten beobachten. So reagieren Staaten auf Schiedsentscheidungen, mit denen sie nicht einverstanden sind, gelegentlich durch Änderung ihrer Abkommenspraxis, selbst wenn die fragliche Entscheidung ein völlig unabhängiges Investitionsschutzabkommen betraf.<sup>71</sup> Dies ist eine weitere Facette der Erwartungen von Staaten an die Arbeitsweise von Investitionsschiedsgerichten als Teil eines Systems mit abkommensübergreifendem Charakter, mithin also als Teil einer multilateralen Rechtsordnung mit Ordnungsfunktion.

Tatsächlich überwiegen in den Begründungen der Schiedssprüche rein quantitativ Ausführungen zu Präjudizien,<sup>72</sup> obwohl diese im Völkerrecht nur als Rechtserkenntnisquelle betrachtet werden.<sup>73</sup> Aber auch qualitativ haben Präjudizien bei der Rechtsfindung und Begründung von Schiedssprüchen eine überragende Bedeutung, insbesondere im Hinblick auf die Auslegung des Kanons an Investorenrechten, die üblicherweise in Investitionsschutzabkommen gewährt werden. So berufen sich Schiedsgerichte zum

<sup>70</sup> *Lex mercatoria* als nationales Regelungssystem für internationale Handelsbeziehungen zwischen Privaten kann insofern als Ausnahme angesehen werden, wenn man der Ansicht folgt, dass es sich hierbei um eine Rechtsordnung handelt, die vom nationalen Recht und vom Völkerrecht unabhängig ist und sich ebenfalls maßgeblich auf Grundlage schiedsgerichtlicher Entscheidungen entwickelt.

<sup>71</sup> Die Auslegung von Meistbegünstigungsklauseln durch das Schiedsgericht in *Emilio Agustín Maffezini v. Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 25.1.2000, Rdnrn. 38 ff., hat z. B. dazu geführt, dass Drittstaaten "Anti-Maffezini"-Klauseln in ihre Investitionsschutzabkommen aufgenommen haben. Siehe Art. 10.4 Abs. 2 Fn. 1 des Entwurfs des Central America-United States Free Trade Agreement, 28.1.2004, <[http://www.sice.oas.org/TPD/USA\\_CAFTA/Jan28draft/Chap10\\_e.pdf](http://www.sice.oas.org/TPD/USA_CAFTA/Jan28draft/Chap10_e.pdf)>. Auch weite Auslegungen von "fair and equitable treatment" und des Begriffs der indirekten Enteignung haben verschiedene Staaten, einschließlich der USA, dazu verleitet, restriktivere Klauseln in ihre jüngeren Investitionsschutzabkommen aufzunehmen. Art. 10.5 Abs. 2 lit. a) des Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement (<http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/cafta-dr-dominican-republic-central-america-fta>), z. B. bestimmt in Abkehr von vorher üblichen Formulierungen: "fair and equitable treatment includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world". Allgemein zum Einfluss der Investitionsschiedsrechtsprechung auf die Abkommenspraxis auch UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking*, 2007, [http://unctad.org/en/docs/iteiia20073\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/iteiia20073_en.pdf).

<sup>72</sup> *J. Commission* (Anm. 65), 148.

<sup>73</sup> Siehe Art. 38 Abs. 1 lit. d) IGH-Statut.

Beispiel bei der Auslegung des Grundsatzes billiger und gerechter Behandlung (*fair and equitable treatment*) oft in erster Linie auf die Auslegung dieses Grundsatzes in der bisherigen Schiedsrechtsprechung. Eine von Präjudizien losgelöste Auslegung des jeweils anwendbaren Abkommens ist demgegenüber die Ausnahme.<sup>74</sup>

Der NAFTA-Schiedsspruch in *Waste Management v. Mexico* ist insofern ein typisches Beispiel. Hier entwickelte das Schiedsgericht eine Definition von “fair and equitable treatment” auf der Basis früherer Schiedsentscheidungen und wandte den so gewonnenen normativen Gehalt auf den ihm unterbreiteten Sachverhalt an:

Taken together, the *S.D. Myers*, *Mondev*, *ADF* and *Loewen* cases suggest that the minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety – as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in an administrative process.<sup>75</sup>

Während die in *Waste Management* herangezogenen Präjudizien noch ausschließlich andere NAFTA-Schiedssprüche waren, rekurrieren die meisten Schiedsgerichte zur Bestimmung der Bedeutung von “fair and equitable treatment” auf die schiedsrichterliche Praxis im Allgemeinen ohne Rücksicht darauf, welches Investitionsschutzabkommen zur Anwendung gekommen war. So ist etwa die Definition von “fair and equitable treatment” durch das Schiedsgericht in *Tecmed v. Mexico*, in dem das Investitionsschutzabkommen zwischen Spanien und Mexiko zur Anwendung kam,<sup>76</sup> zu dem Bezugspunkt für die Definition von “fair and equitable treatment” schlechthin geworden. Die Definition in *Tecmed* wurde durch Schiedsgerichte z. B. als Maßstab für die Auslegung von “fair and equitable treatment”-Klauseln in den Investitionsschutzabkommen zwischen Chile und Malaysia,<sup>77</sup> Ecuador und den USA<sup>78</sup> oder Deutschland und Argentinien<sup>79</sup>

<sup>74</sup> So aber *Glamis Gold v. US* (Anm. 41), Rdnrn. 598 ff.

<sup>75</sup> *Waste Management Inc v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3 (NAFTA), Award, 30.4.2004, Rdnr. 98.

<sup>76</sup> *Tecnicas Medioambientales Tecmed SA v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29.5.2003, Rdnr. 154.

<sup>77</sup> *MTD Equity Sdn Bhd and MTD Chile SA v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, 25.5.2004, Rdnrn. 113 ff.

<sup>78</sup> *Occidental Exploration and Production Co v. Republic of Ecuador*, UNCITRAL, LCIA Case No. UN3467, Final Award, 1.6.2004, Rdnr. 185.



herangezogen. Das gleiche methodische, präjudizienorientierte Vorgehen findet sich bei der Anwendung aller Prinzipien und Grundbegriffe des internationalen Investitionsschutzrechts.<sup>80</sup>

Bemerkenswert ist schließlich, dass der Einfluss von Präjudizien auch bei Schiedssprüchen erheblich ist, die von früheren Schiedssprüchen abweichen. Denn auch in diesen Fällen diskutieren Investitionsschiedsgerichte Präjudizien intensiv und oft eingebettet in einen Rahmen, der dogmatische Konvergenz suggeriert. Typische Konvergenzargumente, die sich auch in von Präjudizien abweichenden Entscheidungen finden, sind etwa die Betonung von Unterschieden der jeweiligen Sachverhaltskonstellationen oder die interpretative Beschränkung der Reichweite eines früheren Schiedsspruchs, etwa indem seine Ratio nicht als Regel, sondern nur als Ausnahmen erlaubendes Prinzip verstanden wird, oder aber das Präjudiz selbst als Ausnahme von einem andersgearteten Prinzip zu sehen ist.<sup>81</sup>

Darüber hinaus setzen regelmäßig auch Schiedsgerichte, die bewusst und explizit von früheren Schiedsentscheidungen abweichen, die Existenz eines abkommensübergreifenden Systems des internationalen Investitionsschutzrechts voraus. Denn sie begründen die Ablehnung interpretativer Gefolgschaft regelmäßig in systemischer Hinsicht: Sie argumentieren zumeist nicht, dass sie einem Präjudiz nicht folgen, weil ihre eigene Aufgabe darauf beschränkt sei, eine konkrete Streitigkeit beizulegen, und das Präjudiz keinerlei normative Kraft besäße.<sup>82</sup> Vielmehr begründen sie ihre Abweichung regelmäßig damit, dass das Präjudiz als verallgemeinerungsfähige, abkom-

---

<sup>79</sup> *Siemens AG v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 6.2.2007, Rdnrn. 298 f.

<sup>80</sup> Daher stellen monographische Gesamtdarstellungen des internationalen Investitionsschutzrechts den Gehalt der materiellen Schutzstandards und anderer Grundbegriffe in erster Linie im Hinblick auf die Schiedsrechtsprechung dar. Siehe etwa C. McLachlan/L. Shore/M. Weiniger, *International Investment Arbitration – Substantive Principles*, 2007; R. Dolzer/C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2008; A. Newcombe/L. Paradell (Anm. 1).

<sup>81</sup> Ausführlich S. Schill (Anm. 11), 347 ff.

<sup>82</sup> Anders aber *RosInvestCo UK Ltd v. Russian Federation*, SCC Case No. V 079/2005, Award on Jurisdiction, Oktober 2007, Rdnr. 137 (“[T]he Tribunal feels there is no need to enter into a detailed discussion of [earlier] decisions. The Tribunal agrees with the Parties that different conclusions can indeed be drawn from them depending on how one evaluates their various wordings both of the arbitration clause and the MFN-clauses and their similarities in allowing generalisations. However, since it is the primary function of this Tribunal to decide the case before it rather than developing further the general discussion on the applicability of MFN clauses to dispute-settlement-provisions, the Tribunal notes that the combined wording in [the MFN clause] and [the arbitration clause] of the [applicable] BIT is not identical to that in any of such other treaties considered in these other decisions.”).

mensübergreifende Lösung nicht überzeugt.<sup>83</sup> Sogar Fälle von offenem Dissens zwischen Investitionsschiedsgerichten verdeutlichen daher eine bei den Schiedsrichtern tief verwurzelte Vorstellung der Einheit des internationalen Investitionsschutzrechts.

Die Vorstellung der Einheit des internationalen Investitionsschutzrechts kommt zunehmend auch dadurch zum Ausdruck, dass Investitionsschiedsgerichte die Notwendigkeit kohärenter Entscheidungsfindung betonen. Entsprechend sehen viele Schiedsrichter ihre eigene Funktion häufig nicht nur darin, eine individuelle Investitionsstreitigkeit beizulegen, sondern auch zur Entwicklung eines stimmigen Systems des internationalen Investitionsschutzes beizutragen. Die Zuständigkeitsentscheidung in dem ICSID-Verfahren *Saipem v. Bangladesh* zeigt dies eindrücklich:

The Tribunal considers that it is not bound by previous decisions. At the same time, it is of the opinion that it must pay due consideration to earlier decisions of international tribunals. It believes that, subject to compelling contrary grounds, it has a duty to adopt solutions established in a series of consistent cases. It also believes that, subject to the specifics of a given treaty and of the circumstances of the actual case, it has a duty to seek to contribute to the harmonious development of investment law and thereby to meet the legitimate expectations of the community of states and investors towards certainty of the rule of law.<sup>84</sup>

Insgesamt kann man somit beobachten, dass die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit erhebliche Auswirkungen auch auf das Verhalten von nicht am Verfahren Beteiligten hat. Schiedssprüche beeinflussen die Auslegung der Prinzipien und Grundbegriffe des internationalen Investitionsschutzrechts in künftigen Verfahren und generieren entsprechende normative Erwartungen hinsichtlich der schiedsrichterlichen Entscheidungsfindung. Gerade im

<sup>83</sup> Paradigmatisch etwa *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29.1.2004, Rdnrn. 119 ff. Ausführlich auch zu anderen Schiedssprüchen S. Schill (Anm. 11), 341 ff.

<sup>84</sup> *Saipem SpA v. People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, 21.3.2007, Rdnr. 67. Siehe auch *International Thunderbird Gaming v. Mexico*, (Anm. 49), Separate Opinion von Thomas Wälde, Rdnr. 16 ("While individual arbitral awards by themselves do not as yet constitute a binding precedent, a consistent line of reasoning developing a principle and a particular interpretation of specific treaty obligations should be respected; if an authoritative jurisprudence evolves, it will acquire the character of customary international law and must be respected."). Siehe auch *MCI Power Group LC and New Turbine Inc v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. Arb/03/6, Decision on Annulment, 19.10.2009, Rdnr. 24 ("The responsibility for ensuring consistency in the jurisprudence and for building a coherent body of law rests primarily with the investment tribunals. They are assisted in their task by the development of a common legal opinion and the progressive emergence of 'une jurisprudence constante'").

Hinblick auf die unbestimmten Rechtsbegriffe in internationalen Investitionsschutzabkommen sind Investitionsschiedsgerichte so zunehmend in der Lage, relativ autonom ein abkommensübergreifendes, quasi-multilaterales internationales Staatshaftungsrecht für ausländische Investoren zu entwickeln und zu implementieren. In der darin zum Ausdruck kommenden abkommensübergreifenden Normkonkretisierung und Rechtsfortbildung liegt zudem ein Moment der Ausübung öffentlicher Gewalt auf globaler Ebene, der auch Fragen der Legitimation aufwirft, da der Konsens der Streitparteien die Wirkungen von Schiedssprüchen auf Außenstehende nicht zu legitimieren vermag. Um dahingehenden Bedenken zu entgegenen, kann ein Verständnis des internationalen Investitionsschutzrechts als öffentliches Recht einen wertvollen Beitrag leisten. Denn insofern ist eine zentrale Funktion öffentlichen Rechts betroffen, nämlich seine Funktion, die Legitimität und Verantwortlichkeit für die Ausübung öffentlicher Gewalt gegenüber Privaten sicherzustellen.<sup>85</sup>

## **VI. Internationales Investitionsschutzrecht und Vergleichendes Öffentliches Recht**

Das internationale Investitionsschutzrecht sollte nicht nur konzeptionell und dogmatisch als Teildisziplin des öffentlichen Rechts verstanden werden, sondern auch auf eine spezifische öffentlich-rechtliche Methode zurückgreifen, die bei der Bewältigung des Unbehagens von Staaten, Investoren und der Zivilgesellschaft fruchtbar gemacht werden kann und der Legitimation der Ausübung öffentlicher Gewalt in diesem Bereich dient. Die öffentlich-rechtliche Perspektive und die Wahl einer entsprechenden Methode reagiert darauf, dass zum einen das internationale Investitionsschutzrecht eine öffentlich-rechtliche Funktion bei der Ausgestaltung des Ordnungsrahmens für das Verhältnis zwischen Investoren und Staaten erfüllt und zum anderen Investitionsschiedsgerichte öffentliche Gewalt auf globaler Ebene ausüben. Parallelen bestehen insofern sowohl zum nationalen Verfassungs- und Verwaltungsrecht, als auch zu anderen völkerrechtlichen Regimen, die über einen Streitbeilegungsmechanismus verfügen. Gleichzeitig muss die zu wählende Methode aber auch der Tatsache Rechnung tragen, dass das internationale Investitionsschutzrecht keine öffentlich-rechtliche Disziplin des nationalen Rechts darstellt, sondern überstaatlichen Charakter hat.

---

<sup>85</sup> Siehe *A. von Bogdandy/P. Dann/M. Goldmann*, Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities, in: *A. von Bogdandy et al. (Anm. 35)*, 3, 10.

Die Methode, die dieser Beitrag vorschlägt, um Probleme im internationalen Investitionsschutzrecht zu analysieren, ohne aber auf die traditionelle völkerrechtliche Auslegungsmethodik und Rechtsquellenlehre zu verzichten, ist die Methode öffentlich-rechtlicher Rechtsvergleichung. Diese Methode sollte zu einem festen Bestandteil der Entwicklung einer Rechtsdogmatik im internationalen Investitionsschutzrecht, aber auch zum Mittel der Rechts- und Reformpolitik werden. So sollte öffentlich-rechtliche Rechtsvergleichung bei der Auslegung der unbestimmten Grundprinzipien des Investitionsschutzrechts ebenso wie bei der Entwicklung von Lösungen für institutionelle und prozessuale Fragen in der Streitbeilegung herangezogen werden. Öffentlich-rechtliche Rechtsvergleichung ist deswegen besonders erkenntnisträchtig, da sowohl die traditionelle Auslegungsmethodik im Völkerrecht, die auf den gewöhnlichen Wortlaut im Kontext und im Lichte von Ziel und Zweck des Vertrages abstellt, als auch die Ermittlung von Völkergewohnheitsrecht an Grenzen stoßen, wenn es um die Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe des internationalen Investitionsschutzrechts, etwa von "fair and equitable treatment", und deren Anwendung auf staatliches Handeln im modernen regulatorischen Staat geht.<sup>86</sup>

Thomas Wälde plädierte für diesen Ansatz in seinem Sondervotum in *International Thunderbird Gaming*, als er, zur Klärung des normativen Gehalts des Grundsatzes des Vertrauensschutzes als Teil von "fair and equitable treatment" in Art. 1105 NAFTA, auf eine rechtsvergleichende Methode zurückgriff.<sup>87</sup> Der normative Gehalt von "fair and equitable treatment", so Wälde, könne begründet und konkretisiert werden durch Rückgriff auf

<sup>86</sup> Obwohl Rechtsfragen im Zusammenhang mit staatlichen Eingriffen in Auslandsinvestitionen zum klassischen Bereich des völkerrechtlichen Fremdenrechts zählen, die schon im Rahmen zwischenstaatlicher Schiedskommissionen im 19. und frühen 20. Jahrhundert angewendet wurden und auch heute noch Relevanz für das moderne Investitionsschutzrecht haben, sind die zugrundeliegenden rechtlichen Überlegungen nicht immer auf die oft anders gearteten tatsächlichen Gegebenheiten eines modernen regulatorischen Staates übertragbar. Auch die traditionelle Auslegungsmethodik völkerrechtlicher Abkommen stößt an methodische Grenzen bei der Sinnermittlung solch unbestimmter Rechtsbegriffe wie "fair and equitable treatment", bei denen weniger das Kriterium der Erkenntnis eines vorgegebenen Inhalts als vielmehr die Inhaltsgebung durch Normkonkretisierung und richterliche Rechtsfortbildung im Mittelpunkt steht. So mag eine Wortlautauslegung die Begriffe "fair" und "equitable" durch ähnlich unbestimmte Begriffe wie "gerecht", "unvoreingenommen" oder "legitim" ersetzen, wird aber kaum den normativen Gehalt des Grundsatzes ohne Rückgriff auf Wertungen, die außerhalb des Wortlauts liegen, präzisieren können. Ebensowenig werden Ziel und Zweck der Abkommen, ausländische Investitionen zu fördern und zu schützen, zu einer substantiellen Inhaltsgebung von "fair and equitable treatment" ohne Einfluss externer Wertungen führen.

<sup>87</sup> *International Thunderbird Gaming v. Mexico* (Anm. 49), Separate Opinion by Thomas Wälde, Rdnrn. 24 ff. Ähnlich nun auch *Total S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Liability, 27.12.2010, Rdnrn. 128 ff.

Konzepte des Vertragsrechts, wie *estoppel* und *venire contra factum proprium*, vor allem aber durch eine rechtsvergleichende Analyse entsprechender Konzepte des öffentlichen Rechts, wie sie sich in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, im Rahmen der Streitbeilegung der World Trade Organization (WTO), aber auch in "entwickelten Verwaltungsrechtsordnungen" auf nationaler Ebene finden.

Ein vergleichender öffentlich-rechtlicher Ansatz muss zunächst die Prinzipien des Investitionsschutzrechts, wie Inländerbehandlung, den Grundsatz des "fair and equitable treatment", das Verbot der direkten und indirekten Enteignung ohne Entschädigung, die Verpflichtung zu vollem Schutz und Sicherheit, etc., als öffentlich-rechtliche Prinzipien konzeptionalisieren und deren funktionelle Parallelen im innerstaatlichen öffentlichen Recht und in anderen Völkerrechtsregimen, z. B. dem internationalen Menschenrechtsschutz und dem Welthandelsrecht, aufzeigen. Danach können rechtsvergleichend speziellere Probleme und deren Lösungsansätze in anderen öffentlichen Regimen untersucht werden und, soweit möglich und zweckmäßig, im internationalen Investitionsschutzrecht übernommen werden. Dabei kann öffentlich-rechtliche Rechtsvergleichung nicht nur Lösungsansätze für materiell-rechtliche Probleme im Verhältnis zwischen Staaten und Investoren, sondern auch für Fragen des Prozessrechts und des Verhältnisses zwischen Staaten und Schiedsgerichten bieten, z. B. im Hinblick auf die Anwendbarkeit und Reichweite öffentlich-rechtlicher Prozessgrundsätze oder den anwendbaren schiedsgerichtlichen Prüfungsmaßstab.

Öffentlich-rechtliche Rechtsvergleichung kann dabei unterschiedlichen Zielen dienen: erstens, der näheren Bestimmung der unbestimmten Rechtsgrundsätze des internationalen Investitionsschutzrechts für konkrete Bereiche staatlichen Handelns; zweitens, der Anleitung einer Abwägung zwischen Investorenrechten und kollidierenden öffentlichen oder privaten Rechtsgütern; drittens, der Steigerung von Kohärenz in der Schiedsrechtsprechung, da eine einheitliche Methodik angelegt wird; viertens, der Steigerung regimeübergreifender Konsistenz und der Betonung von Offenheit gegenüber anderen völkerrechtlichen Regimen, da Rechtsvergleichung die Gemeinsamkeiten unterschiedlicher völkerrechtlicher Regelungsansätze aufzuzeigen vermag; fünftens, der Legitimation bestehender Schiedsrechtsprechung, soweit diese der Rechtsprechung nationaler oder anderer internationaler Gerichte zu vergleichbaren Problemen entspricht; und schließlich zur Erarbeitung von Reformvorschlägen für die Abkommenspraxis und die Schiedsrechtsprechung in Bereichen, in denen andere öffentlich-rechtliche Regime zu abweichenden Lösungen kommen.

ZaöRV 71 (2011)

Zu beachten sind darüber hinaus aber auch die unterschiedlichen Wirkungsweisen, die Vergleichendes Öffentliches Recht im internationalen Investitionsschutzrecht haben kann. Es kann erstens auf eine rein rechtspolitische Funktion begrenzt sein, wenn die über öffentlich-rechtliche Rechtsvergleichung ermittelten Regeln und Prinzipien dem geltenden Investitionsschutzrecht zuwiderlaufen.<sup>88</sup> Zweitens kann Vergleichendes Öffentliches Recht einen unverbindlichen Anhaltspunkt für mögliche Lösungen von Problemen in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit bieten, die mehreren öffentlich-rechtlichen Rechtsordnungen gemein sind.<sup>89</sup> Vergleichendes Öffentliches Recht kann so Schiedsrichter in Investitionsschiedsverfahren für eine öffentlich-rechtliche Perspektive sensibilisieren, ohne rechtliche Bindungswirkung zu entfalten. Drittens kann Vergleichendes Öffentliches Recht direkte Auswirkungen auf die Auslegung von Investitionsschutzabkommen haben, etwa bei der Bestimmung des Wortsinns bestimmter Begriffe des öffentlichen Rechts, die in Investitionsschutzabkommen niedergelegt sind, z. B. der Begriff der Enteignung. Öffentlich-rechtliche Rechtsvergleichung kann insofern als Auslegungshilfe dienen.<sup>90</sup>

Schließlich kann öffentlich-rechtliche Rechtsvergleichung dazu verwendet werden, die Existenz allgemeiner Rechtsgrundsätze zu ermitteln; diese sind eine völkerrechtliche Rechtsquelle,<sup>91</sup> die nach Art. 31 Abs. 3 lit. c) der Wiener Vertragsrechtskonvention bei der Auslegung und Anwendung von Investitionsschutzabkommen als Teil der "in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien anwendbaren einschlägigen Völkerrechtssätzen" zu beachten sind. Das Maß, in dem öffentlich-rechtliche Rechtsvergleichung die Auslegung von Investitionsschutzabkommen beeinflussen kann, hängt damit in erster Linie vom Auslegungsspielraum des jeweiligen Abkommens ab. Vergleichendes Öffentliches Recht selbst ist nicht bindend; es kann aber direkten Einfluss auf die Auslegung von Investitionsschutzabkommen gewinnen, insbesondere wenn sich allgemeine Rechtsgrundsätze ermitteln lassen, deren Anwendung nicht durch Völkervertragsrecht ausgeschlossen oder abbedungen ist.

<sup>88</sup> *Gus Van Harten* zum Beispiel stützt seine Forderung nach Strukturreformen in der Streitbeilegung im internationalen Investitionsschutzrecht, insbesondere die Schaffung eines ständigen Investitionsgerichtshofs, auf ein vergleichendes öffentlich-rechtliches Verständnis von richterlicher Unabhängigkeit und Unparteilichkeit. Siehe *G. Van Harten* (Anm. 23).

<sup>89</sup> *W. W. Park/T. W. Walsb*, Review Essay: The Uses of Comparative Arbitration Law, *Arbitration International* 24 (2008), 615.

<sup>90</sup> Vgl. *M. Perkams*, The Concept of Indirect Expropriation in Comparative Public Law – Searching for Light in the Dark, in: S. Schill (Anm. 35), 107 (111, 147).

<sup>91</sup> Art. 38 Abs. 1 lit. c) IGH-Statut.

## VII. Investitionsschutzrecht und Allgemeine Grundsätze des Öffentlichen Rechts

Je nach Ziel einer rechtsvergleichenden Analyse bestimmt sich die Wahl der Vergleichsrechtsordnungen. Um Reformen vorzuschlagen, kann eine einzige Rechtsordnung als Vergleichsmaßstab genügen. Wird jedoch behauptet, dass bestimmte Prinzipien oder Regeln allgemeine Rechtsgrundsätze darstellen, gelten striktere methodische Anforderungen. Allgemeine Rechtsgrundsätze i.S.v. Art. 38 Abs. 1 lit. c) des IGH-Statuts umfassen Rechtsgrundsätze, die allgemein in verschiedenen innerstaatlichen Rechtsordnungen anerkannt sind, Rechtsgrundsätze, die aus dem Bereich zwischenstaatlicher Beziehungen stammen und Rechtsgrundsätze, die jeglicher Rechtsordnung schlechthin, ob innerstaatlich oder überstaatlich, immanent sind.<sup>92</sup> Sie sind durch qualifizierte Methoden der Rechtsvergleichung unter Berücksichtigung des innerstaatlichen und des Völkerrechts zu ermitteln.<sup>93</sup>

Tatsächlich nehmen allgemeine Rechtsgrundsätze, obwohl sie ursprünglich als eher nachrangige Quelle des Völkerrechts angesehen wurden,<sup>94</sup> in der Rechtsprechung internationaler Gerichte und Schiedsgerichte eine zunehmend wichtige Rolle ein: Sie werden verwendet, um das Verfahrensrecht internationaler Gerichte auszugestalten und fortzuentwickeln;<sup>95</sup> sie fungie-

<sup>92</sup> S. Kadelbach/T. Kleinlein, *International Law – A Constitution for Mankind? An Attempt at a Re-appraisal with an Analysis of Constitutional Principles*, GYIL 50 (2007), 303 (340) (m. w. N.). Vertiefend auch W. Weiss, *Allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechts*, AVR 39 (2001), 394; B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1953; J. G. Lammers, *General Principles of Law Recognized by Civilized Nations*, in: F. Kalshoven et al. (Hrsg.), *Essays on the Development of the International Legal Order*, 1980, 53; R. Kolb, *La bonne foi en droit international. Contribution à l'étude des principes généraux de droit international public*, 2000, 24 ff.; F. O. Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*, 2008, 7 ff.

<sup>93</sup> Insbesondere ist es inzwischen anerkannt, dass zur Bestimmung allgemeiner Rechtsgrundsätze nicht mehr nur auf nationale Rechtsordnungen zurückgegriffen werden kann. Vielmehr können allgemeine Rechtsgrundsätze vor dem Hintergrund der Entwicklung des Völkerrechts von einem zwischenstaatlichen Koexistenz- und Koordinationsrecht zu einem umfassenderen Recht der internationalen Gemeinschaft mit entsprechenden internationalen Organisationen auch aus den Grundsätzen gewonnen werden, die die Regelung internationaler Beziehungen betreffen. Dazu S. Kadelbach/T. Kleinlein (Anm. 92), 340.

<sup>94</sup> Ursprünglich wurden die allgemeinen Rechtsgrundsätze in Art. 38 Abs. 1 lit. c) des Statuts des Ständigen Internationalen Gerichtshofes aufgenommen, um ein *non liquet* aufgrund von Lücken im Völkerrecht zu vermeiden. Siehe A. Pellet, *Article 38*, in: A. Zimmermann et al. (Hrsg.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2006, Rdnr. 245 (m. w. N.).

<sup>95</sup> Siehe B. Cheng (Anm. 92), 257 ff.; C. Brown, *A Common Law of International Adjudication*, 2007, 53 ff.

ren als Quelle materieller Rechte und Pflichten,<sup>96</sup> sie dienen als Auslegungshilfe, als Mittel der Lückenfüllung, und als Mittel der Rechtsfortbildung.<sup>97</sup> Auch wenn internationale Gerichte oft nicht erklären, nach welcher Methode sie allgemeine Rechtsgrundsätze ermitteln, und häufig die Existenz eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes behaupten, anstatt ihn nachvollziehbar rechtsvergleichend zu begründen,<sup>98</sup> greifen sie vielfach auf allgemeine Rechtsgrundsätze zurück, so etwa der Ständige Internationale Gerichtshof und der Internationale Gerichtshof,<sup>99</sup> der WTO Appellate Body,<sup>100</sup> die internationalen Strafgerichte,<sup>101</sup> der Europäische Gerichtshof<sup>102</sup> und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR).<sup>103</sup> Auch Investitionsschiedsgerichte greifen oft auf allgemeine Rechtsgrundsätze zurück, insbesondere zur Lückenfüllung und als Auslegungshilfe,<sup>104</sup> aber auch zur Bestimmung der jeweiligen Rechte und Pflichten der Parteien.<sup>105</sup>

Allgemeine Grundsätze des öffentlichen Rechts gewinnen dabei zunehmend an Bedeutung, da sich das Völkerrecht nicht mehr auf die Regelung der Beziehungen zwischen Staaten beschränkt, sondern zunehmend auch, wie im internationalen Investitionsschutzrecht, Beziehungen zwischen Staat und Privaten zum Gegenstand hat. Während *Hersch Lauterpacht* in seiner Studie von 1927, "Private Law Sources and Analogies of International Law", angesichts der damals vorrangigen Funktion des Völkerrechts, Beziehungen zwischen gleichberechtigten Staaten zu koordinieren, noch behaupten konnte, dass "*general principles of law are for the most practical purposes*

<sup>96</sup> Vgl. *Petroleum Development Ltd v. Sheikh of Abu Dhabi*, Award, 28.8.1951, International Law Reports 18 (1961), 149–50. Siehe auch *B. Cheng* (Anm. 92), 29 ff.

<sup>97</sup> Siehe *W. Weiss* (Anm. 92), 411 ff.

<sup>98</sup> Siehe *M. Bothe*, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung in der Praxis internationaler Gerichte, ZaöRV 36 (1976), 280.

<sup>99</sup> *F. O. Raimondo* (Anm. 92), 17 ff. Allerdings ist der IGH eher zurückhaltend im Heranziehen von allgemeinen Rechtsgrundsätzen; siehe *H. Mosler*, Rechtsvergleichung vor völkerrechtlichen Gerichten, in: R. Marcic et al. (Hrsg.), Internationale Festschrift für Alfred Verdross, 1971, 381 (400 ff.); *W. Weiss* (Anm. 92), 417 f.

<sup>100</sup> Siehe *W. Weiss* (Anm. 92), 418 ff.

<sup>101</sup> *F. O. Raimondo* (Anm. 92), 73 ff.

<sup>102</sup> Umfassend *A. von Bogdandy*, Grundprinzipien, in: A. von Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, 13; *X. Groussot*, General Principles of Community Law, 2006; *T. Tridimas*, The General Principles of EU Law, 2006.

<sup>103</sup> Siehe *H. Mosler* (Anm. 99), 391 ff.

<sup>104</sup> Siehe *A. von Walter*, Oil Concession Disputes, in: R. Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL, <http://www.mpepil.com>, Rdnrn. 24–34; *T. Gazzini*, General Principles of Law in the Field of Foreign Investment, Journal of World Investment and Trade 10 (2009), 103; *C. Schreuer et al.* (Anm. 63), Art. 42, Rdnrn. 178 ff.

<sup>105</sup> So erst kürzlich zum Grundsatz des Verbots des Rechtsmissbrauchs als allgemeiner Rechtsgrundsatz *Mobil Corporation, Venezuela Holdings u. a. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, 10.6.2010, Rdnrn. 169 ff.



identical to general principles of private law”,<sup>106</sup> hat sich die Situation heute grundlegend geändert.<sup>107</sup> So gilt heute umso mehr, was *Wolfgang Friedmann* schon 1963 zum Ausdruck brachte:

The science of international law can no longer be content with the analogous application of private law categories. It must search the entire body of the “general principles of law recognized by civilized nations” for proper analogies. With the growing importance of international legal relations between public authorities and private legal subjects, public law will be an increasingly fertile source of international law.<sup>108</sup>

Bei der Bestimmung allgemeiner Rechtsgrundsätze ist eine zentrale Frage, welche Rechtsordnungen in eine rechtsvergleichende Analyse einzubeziehen sind. Art. 38 Abs. 1 lit. c) des IGH-Statuts spricht in diesem Zusammenhang von den “von den *Kulturvölkern* anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen”. Während in dieser Vorschrift noch hegemoniale und eurozentrische Vorstellungen des Völkerrechts anklingen, wird sie schon seit Längerem allgemein dahingehend verstanden, dass ein bestimmter Rechtsgrundsatz in den wichtigsten Rechtsordnungen der Welt existieren muss.<sup>109</sup>

In einer pluralistischen internationalen Ordnung erlaubt dies, im Grundsatz ohne Beschränkung, auf eine Vielzahl von nationalen Rechtsordnungen zurückzugreifen. Als absolutes Minimum zur Ermittlung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes wird allerdings der Vergleich repräsentativer Rechtsord-

<sup>106</sup> *H. Lauterpacht*, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, 1927, 7.

<sup>107</sup> Allerdings betont *G. della Cananea*, *Minimum Standards of Procedural Justice in Administrative Adjudication*, in: *S. Schill* (Anm. 35), 39, dass Rechtsvergleichung zu einer althergebrachten Methode im öffentlichen Recht zählt, die sich mindestens bis in die erste Hälfte des 19. Jahrhunderts zurückverfolgen lässt, als die Grundlagen des modernen Verfassungs- und Verwaltungsrechts entwickelt wurden.

<sup>108</sup> *W. Friedmann*, *The Uses of “General Principles” in the Development of International Law*, *AJIL* 57 (1963), 279 (295).

<sup>109</sup> Eine Beschränkung auf die wichtigsten Rechtsordnungen kann nicht auf den Begriff des *Kulturvolks* gestützt werden. Denn diese Qualifikation in Art. 38 Abs. 1 lit. c) IGH-Statut kann heute nicht mehr die Funktion haben, bestimmte Rechtsordnungen als irrelevant auszuschließen. Eine solche Lesart verstieße gegen den Grundsatz souveräner Gleichheit der Staaten in Art. 2 Abs. 1 UN-Charta. Eine Beschränkung auf die wichtigsten Rechtsordnungen der Welt zur Ermittlung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes kann allerdings in Anlehnung an Art. 9 IGH-Statut gerechtfertigt werden. Dieser bestimmt, dass die Richterschaft des IGH “in ihrer Gesamtheit eine Vertretung der großen Kulturkreise und der hauptsächlichlichen Rechtssysteme der Welt gewährleisten” solle. Dies legt es nahe, den Begriff der *Kulturvölker* in Art. 38 Abs. 1 lit. c) IGH-Statut und den Begriff der *großen Kulturkreise* in Art. 9 IGH-Statut parallel zu sehen. Siehe *W. Weiss* (Anm. 92), 405 f.; *G. Schwarzenberger*, *International Law*, 3. Aufl. 1957, Vol. I, 44.

nungen des Common Law und des Civil Law angesehen.<sup>110</sup> Denn Common Law und Civil Law decken ein breites Spektrum nationaler Rechtssysteme in allen Kontinenten ab.<sup>111</sup> In Anbetracht der Schwierigkeiten rechtsvergleichender Analyse, angefangen mit der oft nur beschränkten Verfügbarkeit von ausländischem Quellenmaterial, hat sich in der völkerrechtlichen Praxis zudem eingebürgert, zumindest das deutsche, französische, englische und US-amerikanische Recht zur Ermittlung allgemeiner Rechtsgrundsätze zu analysieren. Der Grund für diese Wahl reflektiert nicht eine rechtliche Hegemonie dieser Systeme, sondern begründet sich daraus, dass diese Rechtssysteme leicht zugänglich sind und das nationale öffentliche Recht vieler Staaten beeinflusst haben. Allerdings spricht nichts dagegen, auch andere außerhalb dieses Kanons liegende Rechtssysteme mit einzubeziehen. Im Gegenteil, je breiter angelegt eine rechtsvergleichende Analyse ist, desto höher ist ihre Überzeugungskraft. Allerdings deutet der Sinn und Zweck von Investitionsschutzabkommen darauf hin, in erster Linie Rechtssysteme heranzuziehen, die die Beziehungen zwischen Staat und Gesellschaft auf Grundlage von Rechtsstaatlichkeit und dem Grundsatz individueller wirtschaftlicher Freiheit und Eigentumsschutz strukturieren.<sup>112</sup>

Im Übrigen bedarf es zur Ermittlung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes nicht einer quantitativen Untersuchung aller, oder nahezu aller nationalen Rechtsordnungen. Vielmehr kann sich eine rechtsvergleichende Analyse auf eine qualitative Studie der wichtigsten innerstaatlichen und/oder überstaatlichen Rechtsordnungen beschränken. Auch ist es nicht notwendig, dass eine bestimmte Regel in den wichtigsten Rechtssystemen in gleicher Weise besteht und angewendet wird. Ausreichend ist vielmehr, dass die in einem bestimmten Bereich geltenden Grundsätze allgemein anerkannt sind. Die rechtsvergleichende Methode ist daher kein mechanisch-quantitativer, sondern ein abstrahierender, abwägender und wertender Prozess. Zwar darf eine rechtsvergleichende Analyse den Unterschieden nationaler Rechtsordnungen gegenüber nicht unkritisch sein, sie muss diese aber in funktionaler Perspektive werten und ein ausreichend hohes Maß an Abs-

<sup>110</sup> Siehe *F. O. Raimondo* (Anm. 92), 50 ff.

<sup>111</sup> So haben zum einen zahlreiche ehemalige Kolonien die Rechtsordnung der jeweiligen Kolonialmacht übernommen und sich zu eigen gemacht. Zum anderen haben sich öffentlich-rechtliche Systeme aus den wichtigsten Ländern des Civil oder Common Law auch im Rahmen von Rechtsreformen verbreitet. Vgl. auch *A. Pellet* (Anm. 94), Rdnr. 258.

<sup>112</sup> Vgl. zum ideengeschichtlichen Hintergrund und zum Telos von Investitionsschutzabkommen *K. J. Vandeveldde*, *The Political Economy of a Bilateral Investment Treaty*, *AJIL* 92 (1998), 621 (627); *K. J. Vandeveldde*, *Investment Liberalization and Economic Development: The Role of Bilateral Investment Treaties*, *Colum. J. Transnat'l L.* 36 (1998), 501; *K. J. Vandeveldde*, *Sustainable Liberalism and the International Investment Regime*, *Mich. J. Int'l L.* 19 (1998), 373.

traktion aufweisen; andernfalls verliert sie sich in Partikularitäten und übersieht die gemeinsamen Regelungsstrukturen, die auch dem öffentlichen Recht in vielen Rechtsordnungen gemein sind.<sup>113</sup>

Ein anderer Aspekt bei der Wahl der maßgeblichen Vergleichsordnungen bei der Ermittlung allgemeiner Rechtsgrundsätze im Bereich des Investitionsschutzes betrifft die Frage, ob in erster Linie die nationalen Rechtsordnungen der Vertragsstaaten des jeweiligen Investitionsschutzabkommens heranzuziehen sind, oder ob eine umfassendere rechtsvergleichende Analyse angebracht ist. Wegen der bilateralen Form der meisten Investitionsschutzabkommen könnte eine Beschränkung auf das öffentliche Recht der Vertragsstaaten naheliegen.<sup>114</sup> Doch im Gegensatz zu echten bilateralen Abkommen dienen Investitionsschutzabkommen nicht nur der Umsetzung eines *quid pro quo* im Verhältnis zwischen zwei Vertragsstaaten; vielmehr stellen sie Bausteine eines abkommensübergreifenden Systems des internationalen Investitionsschutzes dar, das trotz der bilateralen Form der Abkommen multilateraler Natur ist.<sup>115</sup> Dies spricht für eine rechtsvergleichende Perspektive, die sich nicht auf das öffentliche Recht der jeweiligen Vertragsstaaten beschränkt, sondern darüber hinausgeht und versucht, multilateral anwendbare allgemeine Rechtsgrundsätze zu ermitteln.

Die multilaterale Struktur des internationalen Investitionsschutzrechts zeigt sich dabei erstens an der Einheitlichkeit der Grundbegriffe, die Investitionsschutzabkommen verwenden, insbesondere im Hinblick auf die Prinzipien des internationalen Investitionsschutzrechts, wie das Verbot der direkten und indirekten Enteignung, der Grundsatz des "fair and equitable treatment", die Inländergleichbehandlung, etc.<sup>116</sup> Diese Einheitlichkeit ist zudem planmäßig und reflektiert ein Interesse an einheitlichen Regeln. Denn internationale Investitionsschutzabkommen folgen fast ausnahmslos

<sup>113</sup> Richtig *G. della Cananea* (Anm. 107), 41, der darauf hinweist, dass "the idea of general principles of law is not necessarily in contrast with the recognition of particularities".

<sup>114</sup> Das Iran-United States Claims Tribunal hat beispielsweise allgemeine Rechtsgrundsätze vor allem unter Rückgriff auf die Rechtsordnungen Irans und der USA entwickelt; dazu *G. Hanessian*, "General Principles of Law" in the Iran-U.S. Claims Tribunal, *Colum. J. Transnat'l L.* 27 (1989), 309 (318).

<sup>115</sup> Dazu ausführlich *S. Schill* (Anm. 11).

<sup>116</sup> Klarstellend sei angemerkt, dass die These der Multilateralisierung nicht dahin geht, dass sämtliche bilateralen Investitionsschutzabkommen identisch sind und mit einem multilateralen Abkommen gleichzusetzen sind. Die These ist vielmehr, dass die bestehenden Abkommen, ob bilateral, regional oder sektoral, auf abkommensübergreifenden Prinzipien beruhen und eine hinreichende Ähnlichkeit aufweisen, sodass sie sinnvollerweise als Bestandteile eines einheitlichen multilateralen Regimes zu verstehen sind, welches einer einheitlichen institutionellen Logik folgt und auf abkommensübergreifenden Grundbegriffen beruht.

Musterabkommen, die selbst ein Produkt multilateraler Prozesse sind.<sup>117</sup> So gehen die meisten Musterabkommen auf die Bemühungen kapital-exportierender Staaten in den 1960er Jahren im Rahmen der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) zur Schaffung eines multilateralen Investitionsschutzabkommens zurück. Dieses Musterabkommen entwickelte sich im weiteren Verlauf zum Modell für Investitionsschutzabkommen schlechthin, d. h. sowohl für Abkommen zwischen Industriestaaten und Entwicklungsländern, als auch für Abkommen unter Entwicklungs- und Schwellenländern. Darin kommt zum Ausdruck, dass einheitliche Regelungen grundsätzlich im Interesse aller Staaten sind; denn nur so können einheitliche Wettbewerbsbedingungen für eine globale Wirtschaft geschaffen werden.

Zweitens enthalten Investitionsschutzabkommen regelmäßig Meistbegünstigungsklauseln, die Staaten verpflichten, ausländische Investoren und ihre Investitionen nicht wegen ihrer Staatsangehörigkeit unterschiedlich zu behandeln.<sup>118</sup> Obwohl Uneinigkeit über die richtige Auslegung von Meistbegünstigungsklauseln besteht, insbesondere bei der Frage, ob sie außer auf materielle Schutzstandards auch auf prozessuale Fragen der Streitbeilegung durch Schiedsgerichte anwendbar sind, multilateralisieren Meistbegünstigungsklauseln die Vorteile eines bestimmten Investitionsschutzabkommens und harmonisieren den Schutz von Investitionen in dem jeweiligen Gaststaat. Auch dies spricht gegen ein bilaterales Verständnis der Grundbegriffe und Schutzstandards in internationalen Investitionsschutzabkommen.

Drittens haben Investoren selbst zahlreiche Möglichkeiten durch gesellschaftsrechtliche Strukturierung, Einschränkungen zu umgehen, die in einem bestimmten Investitionsschutzabkommen vorhanden sind.<sup>119</sup> Durch Gründung von Tochtergesellschaften in einem Drittstaat können Investoren ihre Investition entsprechend kanalisieren und in den Anwendungsbereich eines anderen Investitionsschutzabkommens bringen. Auch diese Möglichkeit des *treaty shopping* untergräbt das Verständnis von Investitionsschutzabkommen als Ausdruck bilateraler Instrumente. Schließlich behandelt auch die schiedsrichterliche Praxis Investitionsschutzabkommen als Bestandteil eines einheitlichen Investitionsregimes.<sup>120</sup> Dies verdeutlicht vor allem die abkommensübergreifende Berufung auf Präjudizien in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit.<sup>121</sup>

---

<sup>117</sup> Dazu S. Schill (Anm. 11), 65 ff.

<sup>118</sup> Zu Umfang, Wirkung und Funktion von Meistbegünstigungsklauseln S. Schill (Anm. 11), 121 ff.

<sup>119</sup> Dazu S. Schill (Anm. 11), 197 ff.

<sup>120</sup> Dazu S. Schill (Anm. 11), 278 ff.

<sup>121</sup> Siehe Anm. 64-84 und begleitender Text.

Aus all diesen Gründen erscheint es grundsätzlich unangebracht, öffentlich-rechtliche Rechtsvergleichung auf die nationalen Rechtsordnungen der Vertragsstaaten eines Investitionsschutzabkommens zu beschränken, jedenfalls wenn es um die Ermittlung allgemeiner Rechtsgrundsätze geht. Vielmehr sollte Vergleichendes Öffentliches Recht als Leitlinie für die Konkretisierung und Fortentwicklung des internationalen Investitionsschutzrechts auf Grundlage einer breiter angelegten öffentlich-rechtlichen Rechtsvergleichung basieren.

Als völkerrechtliche Rechtsquelle können auf diese Weise entwickelte allgemeine Grundsätze des öffentlichen Rechts nicht nur die Auslegung von Investitionsschutzabkommen, sondern auch die Anwendung von Völkergewohnheitsrecht beeinflussen. Daher ist auch in den Fällen die Anwendung öffentlich-rechtlicher Rechtsvergleichung zur Feststellung allgemeiner Rechtsgrundsätze angezeigt, in denen Investorenrechte in Investitionsschutzabkommen an den völkergewohnheitsrechtlichen Minimumstandard gekoppelt sind, wie es bei “fair and equitable treatment” und “full protection and security” unter Art. 1105 Abs. 1 NAFTA der Fall ist.<sup>122</sup> Denn die Verletzung des völkergewohnheitsrechtlichen Minimumstandards erfordert, in den Worten des *Neer*-Falles, “an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency”.<sup>123</sup>

Auch dies legt eine rechtsvergleichende Analyse zur Bestimmung des maßgeblichen Standards nahe. Denn der internationale Minimumstandard ist, wie *Edwin Borchard* festhält,

... composed of the uniform practices of the civilized states of the western world who gave birth and nourishment to international law. Long before article 38 of the Statute of the Permanent Court of International Justice made the “general principles of law recognized by civilized states” a source of common international law, foreign offices and arbitral tribunals had relied on such general principles to work out a loose minimum which they applied constantly in interstate practice.<sup>124</sup>

<sup>122</sup> Siehe NAFTA Free Trade Commission, Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, 31.7.2001, <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/nafta-interpr.aspx?lang=en>.

<sup>123</sup> *LFH Neer and Pauline E Neer (US) v. Mexico*, Opinion, 15.10.1926, 4 UNRIIA 61 f.

<sup>124</sup> *E. Borchard*, The “Minimum Standard” of the Treatment of Aliens, Mich. L. Rev. 38 (1940), 445 (448 f.). Ähnlich auch American Law Institute, Restatement of the Law (Second) – Foreign Relations Law of the United States, 1965, 501, § 165(2) (“The international standard of justice ... is the standard required for the treatment of aliens by (a) the applicable principles of international law as established by international custom, judicial and arbitral decisions, and

Vergleichendes Öffentliches Recht kann die Auslegung von Prinzipien des internationalen Investitionsschutzrechts in zweifacher Hinsicht beeinflussen. Zum einen kann es dazu dienen, Investorenrechte für bestimmte Bereiche zu konkretisieren, indem institutionelle und prozedurale Anforderungen an die Ausübung öffentlicher Gewalt aus dem innerstaatlichen Kontext und/oder anderen völkerrechtlichen Regimen herangezogen werden. So kann etwa zur Konkretisierung des Grundsatzes des “fair and equitable treatment” eine rechtsvergleichende Analyse nationaler Rechtsordnungen und ihres Verständnisses von Rechtsstaatlichkeit zur Entwicklung genauerer Maßstäbe für die Durchführung von Verwaltungsverfahren verwendet werden.<sup>125</sup> Genauso kann auch eine Dogmatik entwickelt werden zur Abgrenzung von entschädigungspflichtigen und nicht-entschädigungspflichtigen Eigentumsbeschränkungen.<sup>126</sup>

Zum anderen kann Vergleichendes Öffentliches Recht dazu eingesetzt werden, um die Ausübung öffentlicher Gewalt durch den Staat zu rechtfertigen. Wenn vergleichbares Verhalten, z. B. die Nichtbeachtung des Staates einer Verpflichtung aus einem Vertrag mit einem Investor in einer Notstandssituation, von innerstaatlichen Rechtsordnungen allgemein entschädigungslos akzeptiert wird, sollten Investitionsschiedsgerichte dies als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes betrachten und entsprechend anwenden.<sup>127</sup> Insofern kann Vergleichendes Öffentliches Recht nicht nur Mindest- sondern auch Maximalstandards investitionsschutzrechtlicher Staatshaftung aufzeigen.<sup>128</sup> In gleicher Weise kann Vergleichendes Öffentliches Recht Kriterien verdeutlichen, wie Spannungen zwischen Eigentumschutz und kollidierenden Rechtsgütern in anderen öffentlich-rechtlichen Systemen gelöst werden, z. B. durch Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.<sup>129</sup>

---

other recognized sources or, in the absence of such applicable principles, (b) analogous principles of justice generally recognized by states that have reasonably developed legal systems.”).

<sup>125</sup> Siehe *G. della Cananea* (Anm. 107).

<sup>126</sup> Siehe *M. Perkams* (Anm. 90).

<sup>127</sup> In diesem Sinne kürzlich *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, 14.1.2010, Rdnr. 506 (“The desire to protect national culture is not unique to Ukraine. France requires that French radio stations broadcast a minimum of 40 % of French music, Portugal has a 25-40 % Portuguese music quota and a number of other countries impose similar requirements.”).

<sup>128</sup> Siehe zum Argument, dass die materiellen Schutzstandards in Investitionsschutzabkommen nicht über die in Industriestaaten geltenden Standards hinausgehen sollten *S. Montt*, *State Liability in Investment Treaty Arbitration*, 2009, 21 ff., 74 ff.

<sup>129</sup> Siehe *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>; *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. 35), 75.

Die im Investitionsschutzrecht anzuwendende öffentlich-rechtliche Rechtsvergleichung kann auch regimeübergreifend fruchtbar gemacht werden. Ein besonders vielversprechendes Feld dafür ist die Analyse der Rechtsprechung internationaler Menschenrechtsgerichte,<sup>130</sup> etwa die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK). Diese könnte zur Konkretisierung des Grundsatzes des “fair and equitable treatment” verwendet werden, z. B. wenn es darum geht, ob einem ausländischen Investor innerstaatlich effektiver Rechtsschutz gewährt wurde. Denn diese Fragestellung spielt sowohl im Investitionsschutzrecht als auch im Menschenrechtsbereich eine Rolle.<sup>131</sup> Ganz ähnlich könnte rechtsvergleichend auf die in der Entstehung befindlichen Grundsätze eines Europäischen Verwaltungsrechts,<sup>132</sup> oder die Rechtsprechung des WTO Appellate Body zurückgegriffen werden, um Maßstäbe für gute Regierungsführung und gute Verwaltung als Konkretisierung von “fair and equitable treatment” zu ermitteln.<sup>133</sup>

Schließlich kann regimeübergreifende Rechtsvergleichung auch eine Quelle sein, um das Verhältnis zwischen Schiedsgerichten und Streitparteien an öffentlich-rechtlichen Grundsätzen auszurichten, z. B. im Hinblick auf Prozessmaximen,<sup>134</sup> schiedsrichterliche Prüfungsmaßstäbe,<sup>135</sup> Öffentlichkeitsgrundsatz und Transparenz<sup>136</sup> und bei der Rechtsfolgernermittlung.<sup>137</sup>

<sup>130</sup> Umfassend *U. Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht – Eine vergleichende Untersuchung zum internationalen Investitionsschutzrecht sowie zum Menschenrechtsschutz, 2009.

<sup>131</sup> Siehe *A. Ehsassi*, Cain and Abel: Congruence and Conflict in the Application of the Denial of Justice Principle, in: S. Schill (Anm. 35), 213 (227 ff.).

<sup>132</sup> Siehe z. B. *J. Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2005; *P. Craig*, EU Administrative Law, 2006; *J.-B. Aubry/J. Dutheil de la Rochère* (Hrsg.), Droit Administratif Européen, 2007; *M. P. Chiti*, Diritto amministrativo europeo, 3. Aufl. 2008; *T. von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008.

<sup>133</sup> Siehe *J. Kurtz*, The Merits and Limits of Comparativism: National Treatment in International Investment Law and the WTO, in: S. Schill (Anm. 35), 243. Siehe auch *G. della Cananea*, Beyond the State: the Europeanization and Globalization of Procedural Administrative Law, European Public Law 9 (2003), 563 (575).

<sup>134</sup> Siehe *C. Brown*, Procedure in Investment Treaty Arbitration and the Relevance of Comparative Public Law, in: S. Schill (Anm. 35), 659.

<sup>135</sup> Siehe *W. Burke-White/A. von Staden*, The Need for Public Law Standards of Review in Investor-State Arbitrations, in: S. Schill (Anm. 35), 689.

<sup>136</sup> Siehe zu Transparenz und Beteiligungsmöglichkeiten durch Drittbetroffene *A. Asteriti/C. J. Tams*, Transparency and Representation of the Public Interest in Investment Treaty Arbitration, in: S. Schill (Anm. 35), 787.

<sup>137</sup> Siehe *A. van Aaken*, Primary and Secondary Remedies in International Investment Law and National State Liability: A Functional and Comparative View, in: S. Schill (Anm. 35), 721; *B. Sabahi/N. Birch*, Comparative Compensation for Expropriation, in: S. Schill (Anm. 35), 755; *I. Marboe*, State Responsibility and Comparative State Liability for Administrative and Legislative Harm to Economic Interests, in: S. Schill (Anm. 35), 375.

Allerdings muss sich ein solcher regimeübergreifender Ansatz auch der unterschiedlichen Zielsetzung und Regelungskontexte anderer Regime bewusst sein und fragen, ob diese einer Übertragung ins internationale Investitionsschutzrecht entgegenstehen.<sup>138</sup>

Insgesamt lässt sich damit festhalten, dass öffentlich-rechtliche Rechtsvergleichung auf das internationale Investitionsschutzrecht und die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit auf verschiedenartige Weise und im Hinblick auf unterschiedlichste Fragen des materiellen Rechts wie des Prozessrechts einwirken kann. Vergleichendes Öffentliches Recht trägt so dazu bei, das internationale Investitionsschutzrecht gemäß seiner öffentlich-rechtlichen Natur zu konzeptualisieren und in seiner Anwendung an allgemeinen Grundsätzen des öffentlichen Rechts auszurichten. Dies sollte nicht nur dazu beitragen, die Auslegung von Investitionsschutzabkommen vorhersehbarer zu machen, sondern auch dazu, die legitimatorischen Schwächen der Ausübung öffentlicher Gewalt durch Schiedsgerichte abzumildern.

## VIII. Schlussbetrachtung

Der vorliegende Beitrag propagiert einen öffentlich-rechtlichen Ansatz zur Konzeptionalisierung und dogmatischen Durchdringung des internationalen Investitionsschutzrechts. Dieser Ansatz basiert auf der Einsicht, dass sich dieses Rechtsgebiet sowohl vom internationalen Handelsrecht und der Handelsschiedsgerichtsbarkeit, als auch vom klassischen, rein zwischenstaatlichen Völkerrecht grundlegend unterscheidet. Denn das internationale Investitionsschutzrecht vermittelt privaten Investoren unmittelbar materiellen und prozessualen Schutz gegen die Ausübung öffentlicher Gewalt durch den Gaststaat und übernimmt damit die gleiche Funktion, wie das nationale Verwaltungs- und Verfassungsrecht, aber auch wie einige völkerrechtliche Instrumente, vor allem der Menschenrechtsschutz. Das internationale Investitionsschutzrecht stellt sich damit funktional als genuin öffentliches Recht dar. Darüber hinaus sind aber auch Investitionsschiedsgerichte als Institutionen zu verstehen, die gegenüber Staaten, Investoren und der Zivilgesellschaft öffentliche Gewalt ausüben, da sie Grundprinzipien zum Verhältnis zwischen Staat und ausländischen Investoren konkretisieren und richterrechtlich fortbilden. Insofern sind auch an ihre Tätigkeit öffentlich-rechtliche Grundsätze anzulegen.

---

<sup>138</sup> Vgl. J. Kurtz (Anm. 133), der argumentiert, WTO-Recht würde in der Investitionsschiedsrechtsprechung häufig fehlerhaft angewendet und unkritisch übertragen.



Methodisch schlägt der vorliegende Beitrag entsprechend vor, das internationale Investitionsschutzrecht aus der Perspektive der öffentlich-rechtlichen Rechtsvergleichung zu analysieren und Fragen der Staatenverantwortlichkeit und der Streitbeilegung im internationalen Investitionsschutzrecht nicht als isolierte Phänomene zu betrachten, sondern im Kontext mit der jeweils parallelen Problematik des staatlichen wie überstaatlichen öffentlichen Rechts zu sehen. Vor diesem Hintergrund begreift der vorliegende Beitrag zunächst die Schutzstandards zugunsten ausländischer Investoren in Investitionsschutzabkommen als öffentlich-rechtliche Konzepte, die, zumeist verfassungsrechtlich verankert, auch im nationalen öffentlichen Recht existieren und die für das Funktionieren einer Marktwirtschaft erforderlich sind: Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung zur Gewährleistung gleicher Wettbewerbsbedingungen, der Schutz vor entschädigungsloser Enteignung und die Achtung von Eigentumsrechten, der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit als Leitbild für die Auslegung von "fair and equitable treatment" und die Verpflichtung zu vollem Schutz und Sicherheit als Grundlage staatlicher Schutzpflichten gegen Eingriffe von Dritten. Die Möglichkeit der Einleitung von Schiedsverfahren schließlich stellt eine Rechtsschutzmöglichkeit dar, um die in den Abkommen niedergelegten öffentlich-rechtlichen Prinzipien durchzusetzen.<sup>139</sup>

Sobald die Prinzipien des internationalen Investitionsschutzrechts als spezielle öffentlich-rechtliche Prinzipien identifiziert worden sind, kann eine detailliertere vergleichende öffentlich-rechtliche Analyse die Bedeutung dieser Prinzipien für spezifische Zusammenhänge konkretisieren. Dies kann etwa die Beurteilung beinhalten, inwieweit nationale und völkerrechtliche Rechtsordnungen eine Haftung für mündliche Zusagen der Verwaltung anerkennen,<sup>140</sup> welche Art von Beschränkungen der Eigentumsschutz dem Steuergesetzgeber auferlegt<sup>141</sup> oder wie die Spannungen zwischen Denkmal- und Kulturgüterschutz einerseits und Eigentumsschutz andererseits in anderen öffentlich-rechtlichen Systemen gelöst werden.<sup>142</sup>

Idealerweise führt ein vergleichender öffentlich-rechtlicher Ansatz zur Bestimmung von allgemeinen Grundsätzen des öffentlichen Rechts, welche in den wichtigsten Rechtsordnungen anerkannt werden. Diese müssen als

<sup>139</sup> C. Tietje, Internationaler Investitionsrechtsschutz, in: D. Ehlers/F. Schoch (Hrsg.), Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2009, 63.

<sup>140</sup> Siehe H. Mairal, Legitimate Expectations and Informal Administrative Representations, in: S. Schill (Anm. 35), 413.

<sup>141</sup> C. Tietje/K. Kampermann, Taxation and Investment: Constitutional Law Limitations on Tax Legislation in Context, in: S. Schill (Anm. 35), 569.

<sup>142</sup> F. Lenzerini, Property Protection and Protection of Cultural Heritage, in: S. Schill (Anm. 35), 541.

Quelle des Völkerrechts auch bei der Auslegung von Investitionsschutzabkommen herangezogen werden. Gleichzeitig müssen allgemeine Grundsätze des öffentlichen Rechts aber auch auf die Tätigkeit von Investitionsschiedsgerichten angewendet werden. Hier kann Vergleichendes Öffentliches Recht zu einem verbesserten Verständnis von Rolle und Kompetenzen der Schiedsgerichte im Verhältnis zu den Streitparteien beitragen, aber auch helfen, Grenzen und Methoden für richterrechtliche Rechtsfortbildung im Investitionsschutzrecht näher zu bestimmen.

Die in diesem Beitrag vorgestellte Perspektive betont die öffentlich-rechtlichen Aspekte des internationalen Investitionsschutzrechts. Sie bietet einen theoretisch und methodisch konsistenten und in ihrem Umfang neuen Ansatz im internationalen Investitionsschutzrecht. Die Analyse allgemeiner Rechtsgrundsätze und eine vergleichende öffentlich-rechtliche Perspektive können dem internationalen Investitionsschutzrecht helfen, von der rechtswissenschaftlich-dogmatischen Durchdringung anderer, bereits weiterentwickelter öffentlich-rechtlicher Rechtsordnungen zu profitieren. Dies trifft nicht nur im Hinblick auf die Beschränkung der Ausübung öffentlicher Gewalt durch Staaten zu, sondern auch, wenn es um die Legitimation staatlichen Handelns im öffentlichen Interesse und die Tätigkeit von Investitionsschiedsgerichten geht. Dies kann dazu beitragen, Investitionsschutzabkommen in einer Weise auszulegen und anzuwenden, die im Einklang steht mit denjenigen Lösungen, die in weiterentwickelten öffentlich-rechtlichen Rechtsordnungen anerkannt sind.

Dieser Ansatz bietet den Vorteil, weniger subjektiv zu sein, als Ansätze, die sich ausschließlich auf die Auslegung als Mittel zur Konkretisierung der unbestimmten Grundbegriffe des Investitionsschutzrechts konzentrieren. Der hier vorgeschlagene Ansatz kann insofern das internationale Investitionsschutzrecht nicht nur vorhersehbarer machen, sondern auch dessen Akzeptanz durch Staaten und Zivilgesellschaft stärken, da die Staatshaftung unter Investitionsschutzabkommen und die Funktion von Investitionsschiedsgerichten an allgemeine Prinzipien des öffentlichen Rechts gekoppelt werden. Dies trägt nicht nur dazu bei, die unbestimmten Rechtsbegriffe des internationalen Investitionsschutzrechts zu konkretisieren und vorhersehbarer zu machen, sondern auch einen angemessenen Ausgleich zwischen Investorenrechten und anderen öffentlichen Interessen zu entwickeln. Darüber hinaus kann Vergleichendes Öffentliches Recht auch Lösungen aufzeigen, wie nicht-investitionsbezogene öffentliche Interessen und Interessen Dritter prozessual eingebettet werden können und wie Investitionsschiedsgerichte in Streitbeilegung und Rechtsfortbildung vorgehen sollten. Dies

sollte die Kritik an der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit zu entschärfen helfen.

Insgesamt könnte der Ansatz, internationales Investitionsschutzrecht als öffentliches Recht zu verstehen und mittels öffentlich-rechtlicher Rechtsvergleichung zu konzeptualisieren, zu einer Steigerung seiner Legitimität und Akzeptanz führen, ohne die derzeitige Struktur des materiellen Rechts und die institutionelle Ausgestaltung der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit in Frage zu stellen. Denn in dieser Perspektive ist das internationale Investitionsschutzrecht und die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit nichts anderes als eine öffentlich-rechtliche, wenngleich internationalisierte Disziplin, die dem Schutz privater Interessen gegen den Missbrauch staatlicher Macht dient, gleichzeitig aber auch anerkennt, dass Staaten zur Verfolgung von Gemeinwohlinteressen legitimiert und verpflichtet sind. Die Internalisierung eines solchen Leitbildes in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit würde zeigen, dass das internationale Investitionsschutzrecht weniger eine Bedrohung für das öffentliche Recht darstellt, als vielmehr dessen Verlängerung auf internationaler Ebene. Denn letztlich verfolgen innerstaatliches öffentliches Recht und internationales Investitionsschutzrecht dasselbe Grundanliegen: Es geht ihnen um Legitimation und Kontrolle der Ausführung öffentlicher Gewalt.

