

Julian Scheu

Systematische Berücksichtigung von Menschenrechten in Investitionsschiedsverfahren



Nomos

facultas



DIKE

Studien zum Internationalen Investitionsrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Marc Bungenberg, LL.M., Universität des Saarlandes

Prof. Dr. Stephan Hobe, LL.M., Universität zu Köln

Prof. Dr. August Reinisch, LL.M., Universität Wien

Prof. Dr. Andreas R. Ziegler, LL.M., Universität Lausanne

In Kooperation mit dem

International Investment Law Centre Cologne (IILCC)

Prof. Dr. Stephan Hobe, LL.M.

Prof. Dr. Bernhard Kempen

Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel

Prof. Dr. Burkhard Schöbener

Band 23

zugleich Band 11 der Schriftenreihe des

International Investment Law Centre Cologne (IILCC)

Julian Scheu

Systematische Berücksichtigung
von Menschenrechten in
Investitionsschiedsverfahren



Nomos

facultas



DIKE

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungsfonds Wissenschaft der VG WORT.

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

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2016

ISBN 978-3-8487-3952-3 (Nomos Verlag, Baden-Baden, Print)

ISBN 978-3-8452-8276-3 (Nomos Verlag, Baden-Baden, ePDF)

ISBN 978-3-03751-904-2 (Dike Verlag, Zürich/St. Gallen)

ISBN 978-3-7089-1611-8 (facultas Verlag, Wien)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln im Dezember 2016 als Dissertation angenommen. Bei der Entstehung dieser Arbeit haben mich viele Menschen begleitet, denen ich an dieser Stelle aufrichtig danken möchte:

Mein verehrter Doktorvater Prof. Dr. Burkard Schöbener hat mich stets mit weitsichtigem Rat, konstruktiver Kritik und uneingeschränkter Unterstützung über das gesamte Promotionsvorhaben hinweg betreut. Prof. Dr. Stefan Hobe danke ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens. Prof. Dr. Jörn Griebel hat mich nicht nur bei der Vorbereitung meines Forschungsaufenthalts unterstützt, sondern durch die gemeinsam mit Dr. Christoph Hölken organisierten Aktivitäten des International Investment Law Centre Cologne (IILCC) viele bereichernde Gelegenheiten zum Gedankenaustausch ermöglicht. Besonderer Dank gilt auch dem Wissenschaftsfonds der VG Wort für die großzügige Übernahme der Druckkosten sowie den Herausgebern der Schriften zum Internationalen Investitionsrecht für die Aufnahme meiner Arbeit in die Schriftenreihe.

Durch die promotionsbegleitende Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter bei der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS) konnte ich mein Verständnis für das internationale Schiedsverfahrensrecht stetig vertiefen. Die Zeit mit dem gesamten Team der DIS unter der Leitung von Jens Bredow und Dr. Francesca Mazza war für mich eine große persönliche wie fachliche Bereicherung. Gleiches gilt für die anschließende Zusammenarbeit mit Prof. Dr. Christian J. Tams, die meinen Blick für das internationale Investitionsrecht aus wissenschaftlicher wie anwaltlicher Perspektive geschärft hat.

Am British Institute of International and Comparative Law (BIICL) wurde ich als Visiting Fellow sehr herzlich empfangen. Neben den zahlreichen Veranstaltungen am BIICL haben insbesondere die anregenden Diskussionen mit Dr. Martins Paparinskis, Murilo Lubambo de Melo und Dr. Philipp Stompfe zum Erfolg meines Aufenthalts entscheidend beigetragen. Die großzügige Unterstützung der Deutsch-Französischen Hochschule (DFH) sowie des Deutsch-Französischen Jugendwerks (DFJW) hat es mir zudem ermöglicht, meine Forschungen an der Université Paris 1

Vorwort

(Panthéon-Sorbonne) im Rahmen des Deutsch-Französischen Doktorandenkollegs fortzusetzen.

Mein besonderer Dank gilt schließlich Klaas Hendrik Eller und Dr. Christian Zielonka, die mich durch wertvolle Anmerkungen und Denkanstöße bei der Endkorrektur des Manuskripts mit viel Engagement unterstützt haben.

Julian Scheu

Juni 2017, Köln

Abkürzungsverzeichnis

ACMV	Afrikanische Charta der Menschenrechte und der Rechte der Völker (1981)
AEMR	Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen (1948)
AMRK	Amerikanische Menschenrechtskonvention (1969)
ASEAN	Association of Southeast Asian Nations
BIT	Bilateral Investment Treaty
CESCR	UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights
CETA	Comprehensive Economic and Trade Agreement
ECT / Energie-Charta	Energy Charter Treaty (1994)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention (1950)
EuGH	Gerichtshofs der Europäischen Union
EU-GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union (2000)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
FDI	Foreign Direct Investment
FET	Fair and Equitable Treatment
FPS	Full Protection and Security
GATT/WTO	General Agreement on Tariffs and Trade (1947/1994)
IAMG	Interameikanische Gerichtshof für Menschenrechte
ICC	International Chamber of Commerce
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
IGH	Internationaler Gerichtshof
ILC	International Law Commission
IUSTC	Iran-US-Claims Tribunal
LCIA	London Court of International Arbitration
NAFTA	North American Free Trade Agreement (1994)
NYC 1958	New Yorker Übereinkommen über die Vollstreckung und Anerkennung ausländischer Schiedssprüche (1958)
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OIC investment agreement	Agreement on Promotion, Protection and Guarantee of Investments among Member States of the Organisation of the Islamic Conference (1981)
PCA	Permanent Court of Arbitration
PTIA	Preferential Trade and Investment Agreement
SCC	Stockholm Chamber of Commerce
SRÜ	Seerechtsübereinkommens der Vereinten Nationen (1982)
StIGH	Ständiger Internationaler Gerichtshof
TTIP	Transatlantic Trade and Investment Partnership
UN	United Nations
UN Charta	Charta der Vereinten Nationen (1945)

Abkürzungsverzeichnis

UN CRC	UN Committee on the Rights of the Child
UN HRC	UN Human Rights Committee
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees
UN Sozialpakt	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (1966)
UN Zivilpakt	Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (1976)
WTO	World Trade Organization
WVK	Wiener Vertragsrechtskonvention (1969)

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	17
Teil 1 – Akteure und Interessenlagen im Umfeld von Investitions- und Menschenrechtsschutz	23
I. Akteure im Umfeld von Investitions- und Menschenrechtsschutz	25
1) Gastgeberstaaten	25
a) Traditionelles Rollenverständnis im internationalen Investitionsschutz	26
b) Paradigmenwandel im internationalen Investitionsschutz	26
c) Erwartungen der Gastgeberstaaten an die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit	29
2) Ausländische Investoren	30
a) Eigeninteresse des Investors am Menschenrechtsschutz	30
b) Investor als Gefahr für die Menschenrechtssituation im Gastgeberstaat	32
c) Investor als zwiespältiger Akteur	33
3) Zivilgesellschaft	34
a) Aktionsradius der Zivilgesellschaft	35
b) Forderungen der Zivilgesellschaft an die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit	36
4) Zwischenergebnis	37
II. Interessenlagen im Umfeld von Investitions- und Menschenrechtsschutz	37
1) Symbiotische Ergänzung von Investitions- und Menschenrechtsschutz	38
2) Gleichlauf von Investitions- und Menschenrechtsschutz	41
3) Konflikt zwischen Investitions- und Menschenrechtsschutz	47
4) Missbrauch des Investitionsschutzes zulasten des Menschenrechtsschutzes	51
5) Komplizenschaft zwischen Gastgeberstaat und ausländischem Investor	57

6) Zwischenergebnis	61
Teil 2 – Mandat des Schiedsgerichts als Maßgabe für die Berücksichtigung von Menschenrechten	63
I. Suche nach einer Methode zur Berücksichtigung von Menschenrechten	64
1) Methodische Schwächen der Schiedspraxis im Umgang mit Menschenrechten	65
a) Rechtsmethodisch fragwürdige Konkretisierung des Investitionsschutzes durch Menschenrechte	66
b) Unzureichende Anerkennung menschenrechtlicher Verpflichtungen des Gastgeberstaats	67
c) Unvorhersehbarkeit des Entscheidungsfindungsprozesses	69
2) Notwendigkeit einer Methode zur Berücksichtigung von Menschenrechten	70
3) Bedenken gegenüber der Berücksichtigung von Menschenrechten durch Schiedsgerichte	72
a) Keine isolierte Anwendung investitionsrechtlicher Normen	72
b) Kein unzulässiger Eingriff in Rechtssphäre des Menschenrechtsschutzes	76
4) Analogien als Heilmittel für konzeptuelle Schwächen des Investitionsrechts	79
5) Mandat des Schiedsgerichts als konzeptueller Ausgangspunkt	83
6) Bedeutung von BITs und Menschenrechtsabkommen	84
II. Mandatserteilung des Schiedsgerichts im internationalen Investitionsrecht	87
1) Auftrag der Streitparteien	91
a) Mandatserteilung durch die Schiedsvereinbarung zwischen Staat und Investor	91
(1) Angebot und Annahme bezüglich der Durchführung eines Schiedsverfahrens	92
(2) Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung	93
b) Mandatserteilung durch Benennung des Schiedsrichters	95
(1) Grundsatz der freien Wahl des Schiedsrichters	95
(2) Einschränkungen bei der Schiedsrichterwahl	96

c) Zwischenergebnis	97
2) Auftrag der Vertragsstaaten	98
a) Mandatserteilung durch Ratifikation einer Investor-Staat-Schiedsklausel	99
b) Motivation der Vertragsstaaten zur Mandatserteilung	101
(1) Entpolitisierung von Investitionsstreitigkeiten	102
(2) Stärkung der Glaubwürdigkeit des Garantieverprechens	104
c) Zwischenergebnis	105
3) Auftrag der internationalen Gemeinschaft	106
a) Materiell-rechtliche und prozessuale Multilateralisierung	108
b) Vollstreckungsrechtliche Multilateralisierung	110
c) Soziologische Multilateralisierung	111
d) Bewertung	113
e) Zwischenergebnis	115
4) Zwischenergebnis	115
III. Unterscheidung von Streitmandat und Vertragsmandat	115
1) Bewusstsein für die Dualität des schiedsrichterlichen Mandats	116
2) Charakterisierung von Streitmandat und Vertragsmandat	119
a) Unterscheidung in tatsächlicher Hinsicht	120
b) Unterscheidung in persönlicher Hinsicht	120
c) Unterscheidung in zeitlicher Hinsicht	121
d) Verhältnis der Prinzipale zum Schiedsgericht	122
e) Verhältnis der Prinzipale zueinander	123
3) Zwischenergebnis	125
IV. Bedeutung des Vertragsmandats für die Auslegung von Investitionsschutzabkommen	126
1) Auslegung von Investitionsschutzabkommen im Lichte des Vertragsmandats	128
a) Auslegungsgrundsätze der Art. 31 und 32 WVK als Leitlinie	128
b) Kohärente Auslegung	130
c) Dynamische Auslegung	133
d) Objektivierete Auslegung nach Sinn und Zweck	135

2) Investitionsschutz als Instrument staatlicher Wirtschafts- und Entwicklungspolitik	137
a) Investitionsschutz als Selbstzweck	139
b) Anziehung ausländischer Investitionen als Mittel zur Zweckerreichung	141
c) Wirtschaftliche und soziale Entwicklung als Ziel des Investitionsschutzes	143
3) Zwischenergebnis	149
Teil 3 – Berücksichtigung von Menschenrechtsabkommen im Investitionsschiedsverfahren	151
I. Vertrauensbildung durch das Schiedsgericht	151
1) Vertrauensbildung als Ausdruck des Gleichlaufs von Investitions- und Menschenrechtsschutz	152
2) Stellung ausländischer Investoren im System des internationalen Menschenrechtsschutzes	154
3) Für die Vertrauensbildung zu berücksichtigende Menschenrechtsabkommen	160
a) Beidseitig ratifizierte Abkommen	161
(1) Zwischen den Vertragsparteien anwendbarer einschlägiger Völkerrechtssatz	162
(2) Maßgeblicher Zeitpunkt für beidseitig ratifizierte Menschenrechtsabkommen	162
(3) Inzidentprüfung und Auslegung menschenrechtlicher Normen	164
(4) Reichweite des Art. 31 (3) (c) WVK	165
(5) Zwischenergebnis	167
b) Nur vom Gastgeberstaat ratifizierte Abkommen	167
(1) Ratifikation von Menschenrechtsabkommen als einseitige Selbstverpflichtung des Gastgeberstaats	168
(2) Legitime Erwartungen in die Einhaltung einer einseitigen Selbstverpflichtung	170
(3) Maßgeblicher Zeitpunkt für vom Gastgeberstaat ratifizierte Menschenrechtsabkommen	172
c) Nur vom Heimatstaat ratifizierte Abkommen	173
d) Von keinem der Vertragsstaaten ratifizierte Abkommen	174

4) Konkretisierung des Investitionsschutzes durch Menschenrechte	176
a) Konkretisierung von Zuständigkeits- und Zulässigkeitsvoraussetzungen durch Menschenrechte	176
b) Konkretisierung der indirekten Enteignung durch Menschenrechte	178
c) Konkretisierung von fair and equitable treatment durch Menschenrechte	181
(1) Bestimmung legitimer Erwartungen durch Menschenrechte	183
(2) Rechtsstaatlichkeit von Gerichts- und Verwaltungsverfahren	184
aa) Verurteilung in Abwesenheit und Verteidigungsrechte des Angeklagten	185
bb) Rechtswegerschöpfung	186
cc) Übermäßig lange Verfahrensdauer	187
dd) Staatliche Immunität	188
ee) Intransparenz von Verwaltungsverfahren	189
ff) Bewertung	191
(3) Zwischenergebnis	192
d) Konkretisierung von full protection and security durch Menschenrechte	192
(1) Reichweite von full protection and security	194
(2) Verschuldensmaßstab von full protection and security	195
(3) Zwischenergebnis	198
e) Konkretisierung des Diskriminierungsverbots durch Menschenrechte	199
(1) Definition der Vergleichsgruppe	200
(2) Anforderungen an eine legitime Differenzierung	202
(3) Zwischenergebnis	204
f) Konkretisierung der Schadensberechnung durch Menschenrechte	204
(1) Konkretisierung der Schadensberechnung bei rechtswidriger Enteignung	205
(2) Anerkennung immaterieller Schäden	208
g) Orientierung an Menschenrechten bei Kostenentscheidungen	213
h) Bewertung	215

i) Zwischenergebnis	216
II. Interessenausgleich durch das Schiedsgericht	217
1) Interessenausgleich als Antwort auf den Konflikt von Investitions- und Menschenrechtsschutz	218
a) Kein absoluter Schutz ausländischer Investitionen	219
b) Kein absoluter Vorrang menschenrechtlicher Verpflichtungen	221
c) Interessenausgleich als systemimmanenter Bestandteil des Investitionsschutzes	223
2) Für den Interessenausgleich zu berücksichtigende Menschenrechtsabkommen	225
a) Beidseitig ratifizierte Abkommen	227
b) Nur vom Gastgeberstaat ratifizierte Abkommen	228
c) Nur vom Heimatstaat ratifizierte Abkommen	231
d) Von keinem der Vertragsstaaten ratifizierte Abkommen	232
3) Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zur Interessenabwägung	233
a) Grundstruktur der Verhältnismäßigkeitsprüfung	234
(1) Herkunft, Bedeutung und internationale Verbreitung	234
(2) Methodischer Aufbau	239
aa) Geeignetheit (suitability-test)	239
i) Verfolgung eines legitimen öffentlichen Zwecks	240
ii) Eignung zur Förderung des legitimen öffentlichen Zwecks	240
bb) Erforderlichkeit (necessity / least-restrictive-measure-test)	241
cc) Angemessenheit (proportionality stricto sensu)	242
b) Eignung des Verhältnismäßigkeitsprinzips für das internationale Investitionsrecht	243
(1) Überwindung methodischer Defizite durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip	244
aa) Sole effect-Test und indirekte Enteignung	244
bb) Reasonableness-Doktrin und FET	246
cc) Zwischenergebnis	248
(2) Einräumung staatlicher Beurteilungsspielräume	249
(3) Verwendung der dreigliedrigen Grundstruktur	252

(4) Zwischenergebnis	255
c) Verhältnismäßigkeitsprüfung im Lichte mensenrechtlicher Verpflichtungen	256
d) Zwischenergebnis	259
4) Menschenrechtliche Auslegung investitionsrechtlicher Schutzstandards	260
a) Schutz vor indirekter Enteignung	260
b) Fair and Equitable Treatment (FET)	264
c) Full Protection and Security (FPS)	267
d) Diskriminierungsverbot	269
(1) Menschenrechtliche Verpflichtung als Merkmal legitimer Differenzierung	270
(2) Verhältnismäßigkeit	272
5) Rechtfertigung durch Menschenrechte	273
a) Rechtfertigung durch völkergewohnheitsrechtlichen Notstand (necessity)	274
b) Rechtfertigung durch völkervertragsrechtliche Ausnahmeregelungen	278
(1) Eigenständige Bedeutung vertraglicher Ausnahmeregelungen	278
aa) Abkommenspraxis zum Wortlaut vertraglicher Ausnahmeregelungen	279
bb) Ausnahmeregelungen in der schiedsrechtlichen Praxis	281
i) Auslegung von security interests	283
ii) Auslegung von necessary	283
(2) Menschenrechtliche Auslegung von Ausnahmeregelungen	285
6) Schadensersatzkürzung aufgrund von Menschenrechten	287
7) Zwischenergebnis	290
III. Sanktion durch das Schiedsgericht	291
1) Sanktion als Antwort auf den Missbrauch des Investitionsschutzes zulasten des Menschenrechtsschutzes	292
2) Für die Sanktion zu berücksichtigende Menschenrechtsabkommen	295

3) Klageabweisung	297
a) Unzuständigkeit	298
(1) Vorliegen einer schützenswerten Investition (ratione materiae)	299
aa) Beitrag zur volkswirtschaftlichen Entwicklung	300
i) Entwicklungsbeitrag als eigenständiges Tatbestandsmerkmal	300
ii) Entwicklungsbeitrag als eines von mehreren Indizien	301
iii) Entwicklungsbeitrag als Folge des Vorliegens einer Investition	302
iv) Zwischenergebnis	303
bb) Innerstaatliche Legalitätsanforderung	303
(2) Redlichkeit des Investors (ratione voluntatis)	305
b) Unzulässigkeit	307
c) Fahrlässigkeit und Komplizenschaft	310
d) Zwischenergebnis	312
4) Materiell-rechtliche Verwirkung	312
5) Schadensberechnung und Kostenentscheidung	313
6) Angemessenheit der Sanktion	315
a) Zuständigkeit oder Begründetheit	316
b) Zuständigkeit oder Zulässigkeit	317
c) Total- oder Teilsanktion	318
7) Zwischenergebnis	319
IV. Zusammenspiel von Vertrauensbildung und Sanktion	320
Teil 4 – Zusammenfassung und Ausblick	323
I. Zusammenfassung	323
1) Verhältnis von Investitions- und Menschenrechtsschutz	325
2) Mandat des Schiedsgerichts im Investitionsrecht	325
3) Funktionen des Schiedsgerichts bei der Berücksichtigung von Menschenrechten	326
4) Berücksichtigungsfähigkeit von Menschenrechtsabkommen	327
5) Methode zur systematischen Berücksichtigung von Menschenrechten	328
II. Ausblick	329

Literaturverzeichnis	333
Anhang – Übersichten zur systematischen Berücksichtigung von Menschenrechten im Investitionsschiedsverfahren	361

Einleitung

Am 25. November 1959 unterzeichneten Deutschland und Pakistan den *Vertrag zur Förderung und zum Schutz von Kapitalanlagen*¹. Ausweislich der Präambel des Abkommens geschah dies *in der Erkenntnis, dass eine zwischen beiden Staaten erzielte Verständigung geeignet ist, die Anlage von Kapital zu fördern, das private Unternehmertum in Industrie und Finanz zu ermutigen und den Wohlstand beider Staaten zu mehren*. Das Abkommen sah vor, dass privaten Investoren des einen Vertragsstaats im Hoheitsgebiet des anderen Vertragsstaats gewisse Rechte garantiert werden. Hierzu zählt die Verpflichtung des Gastgeberstaats, ausländische Investoren *nicht diskriminierend [zu] behandeln, für Schutz und Sicherheit zu sorgen und Investoren nur zum allgemeinen Wohl und nur gegen eine Entschädigung zu enteignen. Dabei müssen die Rechtmäßigkeit der Enteignung und die Höhe der Entschädigung in einem ordentlichen Rechtsverfahren nachgeprüft werden können*. Streitigkeiten zwischen Staaten und ausländischen Investoren mussten somit im innerstaatlichen Rechtsweg entschieden werden. Entwickelte sich aus einer solchen Streitigkeit eine Meinungsverschiedenheit über die Auslegung oder die Anwendung des Abkommens zwischen den Vertragsstaaten, konnte auf zwischenstaatlicher Ebene der Internationale Gerichtshof oder ein Schiedsgericht angerufen werden². Die Unterzeichnung dieses ersten bilateralen Investitionsschutzabkommens (*bilateral investment treaty*, BIT) kann als entscheidende Etappe auf dem Weg hin zum modernen internationalen Investitionsrecht gewertet werden³.

Die Idee, private Auslandsinvestitionen unter einen besonderen völkerrechtlichen Schutz zu stellen, wurde sodann von der internationalen Abkommenspraxis aufgegriffen und gehört mittlerweile zum festen Bestand-

1 Vgl. Vertrag zur Förderung und zum Schutz von Kapitalanlagen v. 25.11.1959, BGBl. 1961 II, 794.

2 Vgl. Art. 11 (2) Deutschland-Pakistan BIT v. 25.11.1959, BGBl. 1961 II, 797.

3 Griebel, Internationales Investitionsrecht (2008), 244. Siehe zur historischen Entwicklung des Investitionsrechts: Miles, *The Origins of International Investment Law* (2015); Vandevelde, *A Brief History of International Investment Agreements*, U.C.-Davis Journal of International Law & Policy 2005, 157-194; Kläger, *Die Entwicklung des allgemeinen völkerrechtlichen Fremdenrechts* (2011), 16-21.

teil der Entwicklungs- und Außenwirtschaftspolitik vieler Staaten. Insbesondere zur Entlastung der diplomatischen Beziehungen begannen die Staaten bereits Ende der 1960er Jahre, ausländischen Investoren ein eigenständiges Klagerecht gegen den Gastgeberstaat im Streitfall einzuräumen⁴. Um diesem neuartigen Investor-Staat-Schiedsverfahren einen völkervertraglich institutionalisierten Rahmen zu geben, wurde im Jahr 1965 das von der Weltbank initiierte *Übereinkommen zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten* (ICSID-Konvention) abgeschlossen, dem heute 159 Staaten angehören⁵. Zudem existieren heute weltweit ca. 3000 bilaterale und multilaterale Investitionsschutzabkommen, von denen seit Ende der 1980er Jahre die meisten eine Investor-Staat-Schiedsklausel beinhalten.

Den anfangs nur selten durchgeführten Investitionsschiedsverfahren wurde von Politik und Öffentlichkeit zunächst nur wenig Beachtung beigemessen, da es sich mehr um eine wirtschaftsrechtliche Spezialmaterie mit begrenztem Anwendungsbereich, als um eine Angelegenheit mit direktem Bezug zu öffentlichen Interessen zu handeln schien. Lange Zeit gab es, zumindest aus der Sicht der kapitalexportierenden Staaten, keinen Anlass, den völkerrechtlichen Schutz ihrer Investoren im Ausland kritisch zu hinterfragen. Mit zunehmender Verbreitung der Investitionsschutzabkommen häuften sich jedoch auch die von Investoren eingereichten Klagen⁶. Schiedsgerichte hatten sich nun vermehrt mit der Vereinbarkeit von Investorenrechten und menschenrechtlichen Erwägungen auseinanderzusetzen, die sich unter anderem auf den Lebens- und Gesundheitsschutz⁷, den Kulturgüterschutz⁸, den Kampf gegen Rassendiskriminierung⁹, Ver-

4 Siehe erstmals hierzu Art. 11 Indonesien-Niederlande BIT v. 7.7.1968.

5 Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States v. 1965 (Ratifikationsstand v. 15.9.2015).

6 Im Jahr 1980 waren 9 und im Jahr 2000 insgesamt 81 Investitionsschiedsverfahren am *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID) registriert. Bis zum 30.6.2015 stieg diese Gesamtanzahl auf 525 registrierte Verfahren. Siehe ICSID, *The ICSID Caseload – Statistics*, Issue 2015-2, 7.

7 Siemens v. Argentinien, ICSID ARB/02/8, Rn. 75-79; Suez et al. v. Argentinien, ICSID ARB/03/1; Philip Morris et al. v. Uruguay, ICSID ARB/10/7.

8 Glamis Gold v. USA, UNCITRAL.

9 Piero Foresti et al. v. Südafrika, ICSID ARB/07/1.

braucherrechte¹⁰, die Demonstrationsfreiheit¹¹, Landnutzungsrechte¹², den Schutz natürlicher Lebensgrundlagen¹³ sowie das Recht auf Entwicklung¹⁴ bezogen. Dass sich die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten auch nachhaltig auf Sozialsysteme, Umweltbelange oder die öffentliche Infrastruktur auswirken kann, war spätestens nach der argentinischen Staatskrise von 2001 für viele Beobachter Gewissheit¹⁵. Ungeachtet dessen hat die auf Schiedsgerichte übertragene Verantwortung, die mit der Entscheidungskompetenz über politisch brisante Streitigkeiten einhergeht, in der deutschen und europäischen Politik jenseits von Fachkreisen zunächst nur wenig Beachtung erfahren.

In Deutschland hat sich dies spätestens seit der 2012 eingereichten Klage des Energiekonzerns *Vattenfall* grundlegend geändert¹⁶. Das Unternehmen fordert mit Verweis auf den multilateralen Energiecharta-Vertrag (*Energy Charter Treaty*, ECT) einen Ersatz für Schäden in Höhe von ca. 4 Mrd. Euro, die dem schwedischen Betreiber von Atomkraftwerken durch den 2011 beschlossenen Atomausstieg entstanden sein sollen. Spätestens zu diesem Zeitpunkt wurde der deutschen Öffentlichkeit bewusst, welche praktischen Konsequenzen der Abschluss eines internationalen Investitionsschutzabkommens nach sich ziehen kann. Innerhalb kürzester Zeit geriet der komplexe Streitbeilegungsmechanismus für Investitionsstreitigkeiten, der über Jahrzehnte fast ausschließlich in Ministerien, Wissenschaft und Schiedspraxis untersucht und weiterentwickelt worden war, in den Fokus einer breiten Öffentlichkeit. Die 2013 aufgenommenen Verhandlungen über ein transatlantisches Freihandelsabkommen zwischen der Europäischen Union und den USA (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*, TTIP) gaben der Frage nach dem Sinn und Zweck des Investiti-

10 Azurix v. Argentinien, ICSID ARB/01/12, Rn. 254.

11 Noble Ventures v. Rumänien, ICSID ARB/01/1.

12 Von Pezold et al. v. Zimbabwe, ICSID ARB/10/15.

13 Pac Rim v. El Salvador, ICSID ARB/09/12.

14 Malaysian Historical Salvors et al. v. Malaysia, ICSID ARB/05/10; Phoenix Action v. Tschechien, ICSID ARB/06/5; Alpha Projektholding v. Ukraine, ICSID ARB/07/16.

15 Vgl. Alvarez/Khamsi, *The Argentine Crisis and Foreign Investors* (2009), 381 et seq.

16 *Vattenfall v. Deutschland*, ICSID ARB/12/12.

onsschutzes zudem eine aktuelle politische Dimension¹⁷. Die von Kritikern der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit vertretene These, Schiedsgerichte würden eine Gefahr für Gemeinwohlbelange und Menschenrechte darstellen, gewann durch die Klagen des Tabakkonzerns *Philip Morris* gegen in Australien und Uruguay erlassene Raucherschutzgesetze an Glaubwürdigkeit und verlieh der Debatte um die Schiedsgerichtsbarkeit zusätzliche Brisanz¹⁸.

Im Lichte des Umstandes, dass Deutschland nicht nur das erste, sondern weltweit auch die meisten internationalen Investitionsschutzabkommen abgeschlossen hat¹⁹, ist die gegenwärtige öffentliche Diskussion nach über 50 Jahren ständiger Abkommenspraxis in jeder Hinsicht bemerkens- und zugleich wünschenswert. In der von kritischen Stimmen dominierten Debatte wird der Schiedsgerichtsbarkeit nachgesagt, Belange des Allgemeinwohls wie den Umwelt- und Menschenrechtsschutz nicht hinreichend zu berücksichtigen und damit eine Streitbeilegung zulasten Dritter herbeizuführen. Zweifel an der Rechtsstaatlichkeit von Investor-Staat-Schiedsverfahren knüpfen insbesondere an dem Umstand an, wonach investitionsrechtliche Schutzstandards wie *fair and equitable treatment* oftmals sehr unbestimmt sind und dem ad hoc eingerichteten Schiedsgericht dadurch einen sehr weiten Ermessensspielraum eröffnen, der zur Unvorhersehbarkeit von Entscheidungen führe. Weite Teile der Öffentlichkeit stellen folglich die Legitimität schiedsrichterlicher Streitbeilegung grundlegend in Frage. Der Vorwurf der unzureichenden Berücksichtigung von Menschenrechten ist für die Bewertung schiedsrichterlicher Legitimität im Investitionsrecht daher von herausragender Bedeutung.

17 So hat die Bevölkerung durch zahlreiche Großdemonstrationen ihren Unmut über den geplanten Abschluss des TTIP-Abkommens zum Ausdruck gebracht. Siehe etwa Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 10.10.2015, <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/ttip-und-freihandel/grosskundgebung-in-berlin-150-000-demonstranten-protestieren-gegen-ttip-13848419.html> (zuletzt abgerufen am 28.6.2017).

18 *Philip Morris v. Australien*, PCA No. 2012-12; *Philip Morris v. Uruguay*, ICSID ARB/10/7. Die Klage gegen Australien wurde mit Schiedsspruch zur Zuständigkeit und Zulässigkeit vom 17.12.2015 abgewiesen, sodass sich das Schiedsgericht zur Frage der Vereinbarkeit des australischen Nichtraucherschutzgesetzes mit investitionsrechtlichen Schutzstandards nicht zu äußern hatte.

19 Deutschland hat 135 Investitionsschutzabkommen unterzeichnet, von denen aktuell 131 in Kraft sind. Vgl. UNCTAD Investment Policy Hub, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/IiasByCountry#iiaInnerMenu> (zuletzt abgerufen am 28.6.2017).

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit der Entwicklung einer Methode zur systematischen Berücksichtigung von Menschenrechten in Investitionsschiedsverfahren. Diese soll aus der Analyse des Verhältnisses von Investitions- und Menschenrechtsschutz entwickelt werden. Zu diesem Zweck wird die Fähigkeit der Schiedspraxis, diesem Verhältnis hinreichend Rechnung zu tragen, untersucht. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob und in welchem Umfang die Schiedsgerichtsbarkeit zur Berücksichtigung von Menschenrechten verpflichtet ist und wie einer solchen Verpflichtung praktisch Genüge getan werden könnte. Die im Zuge der Untersuchung vorgestellten methodischen Ansätze sollen dazu beitragen, dass Schiedsrichter den menschenrechtlichen Bezügen einer Investitionsstreitigkeit auf nachvollziehbare und konzeptuell begründbare Weise begegnen.

Ausgangspunkt der Untersuchung sind die Interessen der im System des internationalen Investitionsschutzes beteiligten Akteure und ihr jeweiliges Verhältnis zur Einhaltung von Menschenrechten (Teil 1). Was sind die Interessen der beteiligten Akteure im Bezug auf den Menschenrechtsschutz im Gastgeberstaat? Gibt es synergetische Interessenlagen oder beeinträchtigen sich Investoren, Gastgeberstaaten und Zivilgesellschaft gegenseitig? Diese Überlegungen sollen zur Beantwortung der Frage beitragen, ob es sich bei Investitions- und Menschenrechtsschutz um zwei getrennt voneinander zu betrachtende Rechtsregime handelt oder ob das Regime des Investitionsschutzes systemimmanente Bezüge zu menschenrechtlichen Fragestellungen aufweist. Außerdem wird zu untersuchen sein, ob sich anhand der Interessenlagen der Akteure bestimmte Grundkonstellationen ableiten lassen, anhand derer sich das Verhältnis von Investitions- und Menschenrechtsschutz systematisch beschreiben und umfassend analysieren lässt. Welche Interessenlagen im Umfeld von Investitions- und Menschenrechtsschutz sind denkbar und in welcher Form hat sich ein Schiedsgericht hiermit auseinanderzusetzen?

Hieran anknüpfend soll die Verpflichtung der Schiedspraxis zur Berücksichtigung von Menschenrechten aufgrund des schiedsrichterlichen Mandats untersucht werden (Teil 2). Da der Wortlaut vieler Abkommen keine oder nur in geringem Maße Orientierung vermittelt, stellt die Berücksichtigung von Menschenrechten oftmals eine methodische Herausforderung für Schiedsgerichte dar. Aus dem Mangel genauer Vorgaben der Vertragsparteien im Abkommenstext folgt, dass der Ausübung des schiedsrichterlichen Ermessensspielraums eine zentrale Rolle bei der Berücksichtigung von Menschenrechten zukommt. Dies gilt etwa im Rahmen

der Kompetenz-Kompetenz, der Auslegung materiellen Rechts sowie der Bemessung von Rechtsfolgen. Um sich nicht dem Vorwurf einer willkürlichen Entscheidungspraxis auszusetzen, muss sich die Ausübung des schiedsrichterlichen Ermessensspielraums an den Interessen und Rechtsgütern der für die Konstitutierung des Schiedsgerichts maßgeblichen Akteure ausrichten, da diese die Grundlage der schiedsrichterlichen Legitimität darstellen. Die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Menschenrechten sind damit deutlich mit dem Auftrag des Schiedsgerichts im Investitionsrecht verknüpft. Vor diesem Hintergrund wird das Mandat des Schiedsgerichts im internationalen Investitionsrecht anhand der in Politik- und Sozialwissenschaft zur Analyse institutioneller Strukturen regelmäßig angewandten Delegationstheorie untersucht. Wie und aus welcher Motivation heraus werden investitionsrechtliche Schiedsgerichte ins Leben gerufen? Worin genau besteht ihre Aufgabe und wie weit ist der einem Schiedsgericht zugestandene Ermessens- und Beurteilungsspielraum? Im Zuge der Untersuchung des schiedsrichterlichen Mandats werden die Beziehungen des Schiedsgerichts zu drei potentiellen Auftraggebern näher beleuchtet. In Betracht kommen die Parteien des Schiedsverfahrens, die Vertragsparteien des Investitionsschutzabkommens sowie die internationale Gemeinschaft.

Aus dem Wesen und der Reichweite des schiedsrichterlichen Auftrags sollen anschließend Grundsätze für den Umgang mit menschenrechtlichen Fragestellungen im Investitionsschiedsverfahren herausgearbeitet werden (Teil 3). Die praktische Umsetzung dieser Grundsätze soll es Schiedsgerichten ermöglichen, Menschenrechte im Investitionsschiedsverfahren trotz der geringen normativen Aussagekraft der oftmals generalklauselartig formulierten Investitionsschutzstandards systematisch zu berücksichtigen. Die aus dem schiedsrichterlichen Mandat abgeleitete Methode soll ein theoretisches Fundament sowie praktische Handlungsempfehlungen liefern, die bei heutigem Stand von Völkerrecht und Investitionsschiedsgerichtsbarkeit umgehend im Rahmen der Zuständigkeit oder Zulässigkeit, der Auslegung materiellen Rechts und der Bemessung von Rechtsfolgen umgesetzt werden können. Die konsequente Anwendung dieser Methode verspricht nicht nur die Rechtssicherheit für Investoren und Gastgeberstaaten zu steigern, sondern würde zudem zur effektiven Durchsetzung von Menschenrechten im Kontext von ausländischen Direktinvestitionen beitragen und damit die Legitimität und das Vertrauen in die Streitbeilegung durch Schiedsgerichte stärken.

Teil 1 – Akteure und Interessenlagen im Umfeld von Investitions- und Menschenrechtsschutz

Investitionsschiedsgerichte waren bislang bereits mehrfach mit menschenrechtlichen Bezügen in unterschiedlichen Konstellationen konfrontiert²⁰. Folglich ist die Existenz einer tatsächlichen wie rechtlichen Wechselwirkung von Investitions- und Menschenrechtsschutz zwar weitgehend anerkannt, jedoch ist deren Reichweite und Auswirkung auf das System des internationalen Investitionsschutzes bislang nur unzureichend geklärt²¹. Ebenso unklar scheint, ob menschenrechtlichen Bezügen eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung für den Investitionsschutz zukommt oder ob es sich hierbei lediglich um ein eher zufällig auftretendes Phänomen handelt²². Hierfür könnte zunächst sprechen, dass Schiedsgerichte zwar Investitionsschutz vermitteln und zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten beitragen sollen, jedoch nicht zur Durchsetzung menschenrechtlicher Belange berufen sind. Letztere mögen daher im Rahmen eines Investitionsschiedsverfahrens als systemfremd erscheinen, die allenfalls ausnahmsweise vom Schiedsgericht berücksichtigt werden sollten. Die Hypothese, die menschenrechtliche Erwägungen im Rahmen eines Inves-

20 Vgl. u.a. Patrick Mitchell v. Kongo, ICSID ARB/99/7; Loewen v. USA, ICSID ARB/98/3; Tokios Tokeles v. Ukraine, ICSID ARB/02/18; Funnekotter et al. v. Zimbabwe, ICSID ARB/05/6; Roussalis v. Rumänien, ICSID ARB/06/1; Piero Foresti et al. v. Südafrika, ICSID ARB(AF)/07/1; Glamis Gold v. USA, UNCITRAL.

21 Vgl. Cotula, Human Rights and Investor Obligations in Investor-State Arbitration, *Journal of World Investment and Trade* 2016, 157; Booth, Is there a Place for Human Rights Considerations in International Arbitration?, *ICSID Review* 2010, 90; Schreuer/Reiner, Human Rights and International Investment Arbitration (2009), 82-96; de Brabandere, Human Rights Considerations in International Investment Arbitration (2012), 183-216; Radi, The 'Human Nature' of International Investment Law, *Transnational Dispute Management* 2013, Issue 1; Blake, Moral Damages in Investment Arbitration: A Role for Human Rights?, *Journal of International Dispute Settlement* 2012, 389.

22 Vgl. Simma, Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights?, *International and Comparative Law Quarterly* 2011, 578 et seq.; Choudhury, Exception Provisions as a Gateway to Incorporating Human Rights Issues into International Investment Agreements, *Columbia Journal of Transnational Law* 2011, 683.

tionsschiedsverfahren als systemfremd einordnet²³, mag auf dem Eindruck einer unsachgemäßen Vermischung von für unterschiedliche Akteure bestimmte Rechtsnormen sowie der rechtlich schwer greifbaren Wechselwirkung von Menschen- und Investitionsrecht zurückzuführen sein²⁴.

Der Stellenwert menschenrechtlicher Bezüge im System des Investitionsschutzes wird jedoch konkret sichtbar, wenn man sich die beteiligten Akteure sowie die zwischen diesen vorliegenden Interessenlagen vor Augen führt. Um eine Charakterisierung des Verhältnisses von Investitions- und Menschenrechtsschutz vorzunehmen, werden daher in einem ersten Schritt die im Umfeld von Investitions- und Menschenrechtsschutz tätigen Akteure näher betrachtet und anhand ihrer Interessen zueinander ins Verhältnis gesetzt.

Das Verhältnis von internationalem Investitionsrecht zu den Menschenrechten wird oftmals als spannungsreich und konfliktträchtig charakterisiert, indem auf die Gefahren für die Menschenrechtssituation im Gastgeberstaat hingewiesen wird, die vom Verhalten ausländischer Investoren ausgehen können²⁵. Dabei konzentriert sich die Betrachtung der Auswirkungen ausländischer Investitionen auf die Menschenrechte meist auf eine Analyse der investitionsschiedsrechtlichen Praxis. Zwar ist die Analyse der investitionsrechtlichen Schiedspraxis ein unverzichtbarer Bestandteil einer umfassenden Untersuchung, jedoch zeichnet diese bei isolierter Betrachtung ein lediglich unvollständiges Bild des Verhältnisses von Investitions- und Menschenrechtsschutz. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass sich Schiedsgerichte kraft Natur der Sache nur mit einem vergleichbar kleinen Teil der Gesamtheit an getätigten Auslandsinvestitionen befassen.

23 Vgl. hierzu etwa die auf eine entsprechende Konzeption hindeutenden Beispiele aus der Schiedspraxis bei Cotula, Human Rights and Investor Obligations in Investor-State Arbitration, *Journal of World Investment and Trade* 2016, 155.

24 Siehe allgemein zur im Rahmen der sogenannten Fragmentierungsdebatte kontrovers diskutierten Frage, ob es sich bei völkerrechtlichen Spezialnormen um einen integralen Bestandteil einer einheitlichen Rechtsordnung oder um koordinationsbedürftige Teilrechtsordnungen handelt: International Law Commission (ILC), *Fragmentation of International Law*, UN Doc. A/CN.4/L.682 (2006); sowie mit Bezug zum Investitionsrecht: Dupuy, *Unification Rather than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights Law* (2009), 45-62.

25 Burkard, *Zum Spannungsverhältnis von Investitions- und Menschenrechtsschutz* (2013); Amnesty International, *Human Rights, Trade and Investment matters* (2006); Toral/Schultz, *The State, a Perpetual Respondent in Investment Arbitration?* (2010), 577-602.

Der Beurteilung durch Schiedsgerichte sehen sich schließlich nur solche Investitionen ausgesetzt, die in eine nicht anders lösbare Streitigkeit gemündet sind und damit als weitgehend gescheitert bezeichnet werden können. Daher sollen die Interessen der beteiligten Akteure unabhängig vom Schiedsverfahren auf menschenrechtliche Bezüge untersucht werden, da diese für jede Analyse und Weiterentwicklung des Investitionsrechts von herausragender Bedeutung sind²⁶. Nationale Regierungen, ausländische Investoren sowie die Zivilbevölkerung der Gastgeberstaaten sind durch das System des internationalen Investitionsschutzes, einem weltumspannenden Netz aus zahlreichen bi- und multilateralen völkerrechtlichen Verträgen, in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht miteinander verbunden²⁷. Folglich müssen die im internationalen Investitionsrecht auftretenden Bezüge zu den Menschenrechten anhand der Akteure und ihrer Interessen untersucht und in einen Gesamtkontext eingeordnet werden. Als Grundlage einer solchen interessenbasierten Herangehensweise sollen zunächst die Rollen der Akteure im wirtschaftspolitischen Umfeld von Auslandsinvestitionen näher betrachtet werden, um hieraus die in Frage stehenden Interessenlagen zu identifizieren.

I. Akteure im Umfeld von Investitions- und Menschenrechtsschutz

1) Gastgeberstaaten

Das internationale Investitionsrecht, dessen Entstehung zunächst vom einseitigen Verhältnis von Industrienationen und Entwicklungsländern geprägt war, sieht sich aufgrund der weltwirtschaftlichen Umwälzungen zu Beginn des 21. Jahrhunderts mit neuen Ausgangsbedingungen konfrontiert, die aus Sicht der Gastgeberstaaten von der Schiedsgerichtsbarkeit wahrgenommen und bei der Weiterentwicklung des Investitionsrechts berücksichtigt werden sollten.

26 Schreuer, *The Future of International Investment Law* (2015), Rn. 6; Frank, *Considering Recalibration of International Investment Agreements: Empirical Insights* (2011), 92 et seq.

27 Vgl. Echandi, *What Do Developing Countries Expect from the International Investment Regime* (2011), 3.

a) Traditionelles Rollenverständnis im internationalen Investitionsschutz

Die traditionelle Sichtweise auf das System des internationalen Investitionsschutzes geht typischerweise von einer bipolaren Interessenlage aus, bei der sich die in den Industrienationen beheimateten Investoren und die auf ausländisches Kapital angewiesenen Schwellen- und Entwicklungsländer gegenüberstehen. Dieser Logik zu folge haben die traditionell kapital-exportierenden Industrienationen beim Abschluss von Investitionsschutzabkommen ein starkes Bedürfnis nach einem effizienten Schutz ihrer Investoren im Ausland, wohingegen Entwicklungs- und Schwellenländer lediglich daran interessiert sind, das in den Industrienationen beheimatete Kapital zur eigenen wirtschaftlichen Entwicklung anzuziehen²⁸. In der Tat nutzen Entwicklungsländer den Abschluss von Investitionsschutzabkommen mit Partnerstaaten und ausländischen Investoren als Instrument der Vertrauensbildung, um so die Nutzung von Rohstoffen, den Ausbau der eigenen Infrastruktur sowie den Transfer von neuen Technologien und Fachwissen zu fördern²⁹. Der Investitionsschutz wird dabei als notwendiges Übel in Kauf genommen. Die Gegenseitigkeit der eingeräumten Garantien spielt nach diesem Verständnis für Industrienationen keine praktische Bedeutung, da es sich aufgrund des weltwirtschaftlichen Nord-Süd Gefälles um eine faktische Einbahnstraße handelt³⁰.

Vereinfacht gesprochen dient das Instrument des Investitionsschutzes nach traditionellem Verständnis dazu, aus den Industrienationen stammende Investoren vor missbräuchlicher Behandlung durch Regierungen der Entwicklungsländer zu schützen³¹.

b) Paradigmenwandel im internationalen Investitionsschutz

Diese traditionelle Sichtweise auf den internationalen Investitionsschutz spiegelt die Realität im Zeitalter einer globalisierten und multipolaren

28 Cutler, *Human Rights Promotion through Transnational Investment Regimes* (2013), 23.

29 Al Faruque, *Relationship between Investment Contracts and Human Rights: A Developing Countries' Perspective* (2014), 220.

30 Pauwelyn, *Rational Design or Accidental Evolution? The Emergence of International Investment Law* (2014), 27.

31 Echandi, *What Do Developing Countries Expect from the International Investment Regime?* (2011), 5.

Weltwirtschaft jedoch nur noch teilweise wider. Die Abhängigkeit der Schwellen- und Entwicklungsländer vom Kapital der Industrienationen stellt heute nur noch eine vereinfachte und daher unvollständige Erklärung der Interessenlage im System des internationalen Investitionsschutzes dar³². Aufgrund der starken Zunahme von grenzüberschreitenden Investitionen zwischen Entwicklungsländern im sog. Süd-Süd-Verhältnis lassen sich die durch ausländische Investitionen bedingten Kapitalflüsse heute nicht mehr ausschließlich anhand eines Nord-Süd-Gefälles abbilden³³. Diese Zunahme von grenzüberschreitenden Investitionen zwischen Schwellen- und Entwicklungsländern bedeutet auch, dass international operierende Investoren heute nicht mehr ausschließlich aus den Industrienationen stammen. Damit einher geht ein steigendes Eigeninteresse der Entwicklungs- und Schwellenländer am Schutz ihrer international tätigen Investoren³⁴. Die fortschreitende Aufweichung der Unterteilung in Kapital importierende und exportierende Volkswirtschaften zieht es notwendigerweise nach sich, dass alle Länder ein gewisses Eigeninteresse an einem effektiven Investitionsschutz haben und diesen nicht nur als notwendiges Übel zur Anziehung von Fremdkapital ansehen³⁵. Gleichzeitig finden sich nun sowohl Industrie- wie auch Schwellen- und Entwicklungsländer in der Rolle des Gastgeberstaats wieder³⁶. Erfahrungen in der Rolle des Gastgeberstaats prägen dabei maßgeblich die Einstellung einer Nation zu den Chancen und Gefahren des internationalen Investitionsschutzes. Gerade traditionell Kapital exportierende Länder erfahren in diesem Zusammenhang, welche unangenehmen Nebenfolgen der Schutz ausländischer Investoren in Form von erheblichen Schadensersatzforderungen nach sich zie-

32 Echandi, *What Do Developing Countries Expect from the International Investment Regime?* (2011), 3-21.

33 UNCTAD, *World Investment Report 2006: FDI from developing and Transition Economies: implications for Development* (2006), xxiv; Poulsen, *The Politics of South-South Bilateral Investment Treaties* (2011), 186 et seq.

34 Braun, *Globalization: The Driving Force in International Investment Law* (2010), 500; Roberts, *Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation*, *American Journal of International Law* 2010, 196.

35 Echandi, *What Do Developing Countries Expect from the International Investment Regime?* (2011), 6-7; Schill, *Investitionsschutzrecht als Entwicklungsvölkerrecht*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2012, 268, 282.

36 Roberts, *Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation*, *American Journal of International Law* 2010, 196.

hen kann³⁷. Die rein auf den Schutz von Investoren gerichtete Perspektive nationaler Regierungen verschiebt sich daher hin zu einer mehr auf regulatorische Freiheiten zum Schutz des öffentlichen Interesses fokussierten politischen Agenda³⁸.

Diese Erfahrung der Industrienationen wird flankiert von der entwicklungspolitischen Erkenntnis zahlreicher Schwellen- und Entwicklungsländer, dass die bloße Existenz von ausländischem Kapital keinesfalls zwangsläufig zu einer nachhaltigen wirtschaftlichen Entwicklung der eigenen Volkswirtschaft führt³⁹. Das Einhergehen von zunehmenden ausländischen Investitionen und nachhaltiger wirtschaftlicher Entwicklung ist kein Automatismus, denn wirtschaftliche und soziale Entwicklung beruht nicht allein auf ausländischen Investitionen. Allerdings können ausländische Investitionen durchaus positive Rahmenbedingungen für eine solche Entwicklung schaffen, welche allerdings erst durch die Vornahme von politischen Begleitmaßnahmen zu einer nachhaltigen Entwicklung zum Wohle der gesamten Volkswirtschaft des Gastgeberstaats führen kann⁴⁰. Regierungen müssen die durch ausländische Investitionen stimulierten positiven Rahmenbedingungen mit politischen Reformprojekten begleiten, um ausländische Investitionen nicht nur anzuziehen, sondern von diesen auch nachhaltig zu profitieren⁴¹. Mit steigender Industrialisierung einer Region muss beispielsweise ein verstärkter Umweltschutz einhergehen, damit die Bevölkerung vom wirtschaftlichen Aufschwung profitieren kann, ohne auf natürliche Lebensgrundlagen, wie eine akzeptable Wasser- und Luftquali-

37 Vgl. u.a. Vattenfall et al. v. Deutschland, ICSID ARB/12/12; Mercer International v. Kanada, ICSID ARB(AF)/12/3; Erbil Serter v. Frankreich, ICSID ARB/13/22; Ping An Life Insurance v. Belgien, ICSID ARB/12/29; Apotex v. USA, ICSID ARB(AF)/12/1; Philip Morris Asia v. Australien, PCA No. 2012-12. Siehe auch Van Duzer, Sustainable Development Provisions in International Trade Treaties: What Lessons for International Investment Agreements? (2016), 173 et seq.

38 Vgl. für Deutschland: Beschluss des Bundesrates, Drucksache 295/14 (11.07.14), Nr. 9.

39 Mencinger, Does Foreign Direct Investment Always Enhance Economic Growth?, *Kyklos International Review for Social Sciences* 2003, 507; Nunnenkamp, To What Extent Can Foreign Direct Investment Help Achieve International Development Goals?, *World Economy* 2004, 657-677.

40 Bishop/Crawford/Reisman, *Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary* (2014), 8; Echandi, What Do Developing Countries Expect from the International Investment Regime? (2011), 18.

41 de Soysa/Neumayer, Assessing the Effects of Economic Openness on Sustainable Development, *International Organization* 2005, 761.