

JÖRN AXEL KÄMMERER

## Der Schutz des Eigentums im Völkerrecht

Pragmatismus ist der Schlüssel zur Effizienz des völkerrechtlichen Eigentumsschutzes. Vor dem Hintergrund, dass weder der Begriff des Eigentums noch der geforderte Schutzstandard gewohnheitsrechtlich verfestigt sind und ein multilaterales materiell-rechtliches Normengeflecht nur in Rudimenten vorliegt, gibt sich der Eigentumsschutz verfahrensorientiert, individualbezogen, flexibel und scheinbar ideologiefrei. Den Globus umspannt ein dicht gewobenes Netz aus bilateralen Investitionsschutzverträgen – mittlerweile rund 2200 an der Zahl –, deren Zuschnitt den spezifischen Bedürfnissen der Investorstaaten Rechnung trägt. Rechtsschutz leisten vornehmlich Schiedsgerichte, gruppiert um das multilaterale ICSID als zentrale Säule; sie judizieren meist nach rechtlichen, mitunter aber auch nach Billigkeitsmaßstäben. Wie kaum sonst im Völkerrecht hat sich der Private von seinem Heimatstaat emanzipiert, ist „immediatisiert“ worden, indem ihm eigene Ausgleichsansprüche zugestanden werden, vor allem aber Parteifähigkeit vor internationalen Spruchkörpern. Transnationale Unternehmen, die gleich Planetoiden durch den Staatenkosmos kreisen und an Einzelstaaten nur formal angebunden sind, tun es den Staaten nach und schließen Investitionsschutzverträge oftmals auch selbst; auf solche Verträge werden völkerrechtliche Regeln – zumindest entsprechend – angewandt.

Die hohe Zahl der Investitionsschutzvereinbarungen korrespondiert der wirtschaftlichen Bedeutung grenzüberschreitender Investitionen, deren Gesamtwert sich im Jahr 2000 auf 1,4 Bill. US-\$ summierte, aus konjunkturellen Gründen bis 2002 dann jedoch auf 650 Mrd. \$ absank<sup>1</sup>. Der größte Teil dieser Investitionen wurde zwischen Industriestaaten getätigt, kaum ein Viertel des Gesamtwertes floss den Entwicklungsländern zu<sup>2</sup>. Umgekehrt proportional hierzu verhalten sich der Dichtegrad vertraglicher Regeln und die Relevanz der Gewohnheitsrechtssätze betreffend den Schutz der Investitionen: Ihre Bedeutung beschränkt sich weitgehend auf die Entwicklungsländer.

---

<sup>1</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), World Investment Report 2003, S. XIII, 3 ff.

<sup>2</sup> UNCTAD, ebd., S. 7. Danach gingen Investitionen im Wert von 460,3 Mrd. US-\$ an die Industriestaaten (hiervon allein 374,4 Mrd. \$ an Mitgliedstaaten der EU) und nur solche im Wert von 162,1 Mrd. \$ (24,8 % des Gesamtwertes gegenüber 25,4 % im Vorjahr) an Entwicklungsländer.

## I. Grundlagen des Eigentumsschutzes im Völkerrecht

### 1. Fremdenrechtliche Wurzeln

Eigentumsschutz im Völkerrecht wurzelt vornehmlich im Fremdenrecht und wird von Schutzmechanismen des humanitären Völkerrechts und des Menschenrechtsschutzes nur flankiert. Eigentum wird danach geschützt, weil es dem Ausländer zugeordnet ist, nicht etwa als Unterpfand würdigen Daseins oder freier Persönlichkeitsentfaltung. Das tradierte Fremdenrecht sieht den Ausländer außerhalb der auch als Schicksalsseinheit begriffenen nationalen Rechtsgemeinschaft. So wenig er die Vorzüge dieser Zugehörigkeit genießt, so wenig soll er von ihren Nachteilen berührt werden<sup>3</sup>. Die Ubiquität transnationaler Unternehmen mit nur noch formaler Staatszugehörigkeit, die mähliche Universalisierung individualrechtlicher Positionen, aber auch die Annäherung zwischen In- und Ausländerstatus in den großen regionalen Wirtschaftsräumen verleihen dieser Erklärung etwas Archaisches. Tatsächlich tritt beim Eigentumsschutz die Personalhoheit der souveränen Staaten, funktionales Herzstück des Fremdenrechts, und mit ihm die Mediatisierung des Einzelnen so weit zurück wie fast nirgends sonst in der Völkerrechtsordnung: Zahlreiche Staatenverträge räumen dem Fremden das Recht ein, Entschädigungsansprüche gegen den Empfängerstaat vor internationalen Streitbeilegungsinstanzen selbst durchzusetzen. Soweit diese Schiedsgerichte nach völkerrechtlichen Maßstäben urteilen, muss der Investor als Inhaber eines völkerrechtlichen Anspruchs und damit in prozessualer wie materiellrechtlicher Hinsicht als partielles Völkerrechtssubjekt angesehen werden. Für die fremdenrechtstypische Geltendmachung zwischenstaatlicher Ansprüche im Wege diplomatischen Schutzes ist praktisch kaum noch Raum. Solche systemischen Brüche verdeutlichen, dass sich der völkerrechtliche Eigentumsschutz von der fremdenrechtlichen Plattform gelöst hat. Erleichtert wurde diese Loslösung dadurch, dass das Fremdenrecht immer mehr kooperativen und integrativen völkerrechtlichen Strukturen weicht, die den vormals Fremden in nationale wie supranationale Rechtsgemeinschaften (etwa als „Unionsbürger“) status- bzw. partizipationsrechtlich einbinden<sup>4</sup>. Insoweit mag man dem Eigentumsschutz im Völkerrecht noch eine fremdenrechtliche *Genese* zuspre-

---

<sup>3</sup> Exemplarisch EGMR, Urteil vom 8.7.1986 in der Rs. *Lithgow et autres/Royaume-Uni*, n° 2/1984/74/112-118, § 116: «[I] peut exister de bons motifs de distinguer, en matière d'indemnisation, entre ressortissants et non-ressortissants. Ceux-ci sont plus vulnérables à la législation interne que ceux-là: contrairement à eux, ils ne jouent d'ordinaire aucun rôle dans l'élection ou la désignation de ses auteurs et ne sont pas consultés avant son adoption. En outre, si une expropriation doit toujours répondre à l'utilité publique des facteurs dissemblables peuvent valoir pour les nationaux et pour les étrangers; il peut y avoir une raison légitime de demander aux premiers de supporter, dans l'intérêt général, un plus lourd sacrifice que les seconds.» Ebenso *Herdegen*, Internationales Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2003, § 17 Rn. 3.

<sup>4</sup> Vgl. insbes. *Herdegen*, Der „Fremde“ im Völkerrecht. Wandlungen eines Begriffs, in: Hailbronner (Hrsg.), Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts, 2000, S. 13 (16 ff.).

chen; die auf ihn heute wirkenden Gravitationskräfte sind jedoch anderer, vorwiegend welthandelsrechtlicher Art<sup>5</sup>.

## 2. Menschenrechtlicher Ansatz

Die überkommene Lehre vom internationalen Mindeststandard, der zufolge der Empfängerstaat dem Fremden einen Grundbestand von Rechten einzuräumen hat<sup>6</sup>, wird Parallelen zwischen Fremden- und Menschenrechten nicht leugnen können und wollen. Nach der hier vertretenen Ansicht ist die menschenrechtliche Prägung des völkerrechtlichen Eigentumsschutzes gleichwohl nur schwach. Demgegenüber sucht ein Teil der Lehre zwischen Fremdenrecht und Menschenrechten Gleichklang herzustellen: Die Idee der Menschenrechte, wird postuliert, habe zunächst im Fremdenrecht seine historische Ausformung erhalten. Dieses surrogiert dann den menschenrechtlichen Individualschutz außerhalb des Zugriffsbereichs des Heimatstaats, also im souveränen Ausland<sup>7</sup>. Diese These (die dem Aufnahmestaat eine Art Platzhalterrolle für den Heimatstaat zuweist) genießt den Vorzug, den Widerspruch zwischen Emanzipation des fremden Investors und fremdenrechtlicher Tradition auflösen zu können<sup>8</sup>; nur generiert sie neue Widersprüche. Nach der menschenrechtlich-universalistischen Deutungsvariante müsste der Inländer beim Eigentumsschutz dem Fremden gleichstehen; tatsächlich aber spricht ihm das Völkergewohnheitsrecht nicht einmal gegen entschädigungslose Enteignungen Schutz zu<sup>9</sup>. Der dennoch verbreiteten Praxis, auch den Inländer zu entschädigen, korrespondiert bis jetzt keine universelle *opinio iuris*. Das menschenrechtlich bestimmte Grundeigentum führt ein Schattendasein. Aus menschenrechtlicher Sicht müsste überdies auch dem Fremden selbstverständlich das Recht zustehen, Eigentum (als Existenzgrundlage) innezuhaben. Schutz genießt jedoch nur die tatsächlich erworbene Eigentümerstellung. Einen Anspruch auf Zulassung von Investitionen räumen dem Fremden bislang nur wenige Konventionen ein; korrespondierendes Gewohnheitsrecht besteht nicht<sup>10</sup>. Wenngleich die übergreifende menschenrechtliche Deutung des allgemeinen völkerrechtlichen Enteignungsschutzes insoweit bislang nicht überzeugt, finden sich im regionalen Völkervertragsrecht doch menschenrechtliche Schutzansätze als potenzielle Kristallisationskerne künftiger uni-

<sup>5</sup> So letztlich auch *Dolzer*, Eigentum, Enteignung und Entschädigung im geltenden Völkerrecht, 1985, S. 137.

<sup>6</sup> Dazu etwa *Ipsen*, in: *ders.*, Völkerrecht, 5. Aufl. 2004, § 50 Rn. 4 ff.; *M. Schäfer*, Entschädigungsstandard und Unternehmensbewertung bei Enteignungen im allgemeinen Völkerrecht, 1997, S. 32.

<sup>7</sup> So *Dolzer* (o. Fn. 5), S. 83 m.w.N. (auch zur Gegenauffassung).

<sup>8</sup> Darauf verweist *Dolzer* (o. Fn. 5), S. 136 f.

<sup>9</sup> So explizit EGMR, Urteil in der Rs. *Lithgow* (o. Fn. 3), §§ 112-119.

<sup>10</sup> Nur im Vertragsvölkerrecht finden sich Ansätze zu Verpflichtungen zur Zulassung von Investitionen; am weitesten geht der MAI-Entwurf, während Art. 1102 f. NAFTA dem Investor immerhin Inländerbehandlung und Meistbegünstigung garantiert. Art. 10 IV ECV sieht den Abschluss eines Ergänzungsvertrages vor, in dem die Parteien einander Zulassung von Investitionen zusichern, doch liegt dieser – obschon längst überfällig (Vertragsschluss war für 1.1.1998 angepeilt) – bis jetzt nicht vor. Nach Art. XVI GATS können Mitgliedstaaten freiwillig Marktzugangspflichten übernehmen. Vgl. *Karl*, RIW 1994, 809 (811, 816); *Häde*, ArchVR 35 (1997), 181 (193 f.); ferner *Akinsanya*, ICLQ 36 (1987), 58 (59).

verseller Gewährleistungen<sup>11</sup>. Nur ein einziges universelles Menschenrechtsdokument, die Allgemeine Erklärung von 1948, nennt das Recht auf Eigentum. Art. 17 I verfügt: „Jeder Mensch hat allein oder in der Gemeinschaft mit anderen Recht auf Eigentum“, und Abs. 2 ergänzt, dass niemand „willkürlich seines Eigentums beraubt werden“ dürfe. Selbst wenn man unterstellt, dass die (für sich genommen nicht bindende) Aussage in Völkergewohnheitsrecht erstarkt ist, bleibt ihr normativer Wert doch eng begrenzt: Von Entschädigung für Eigentumsentziehung ist keine Rede. Auf regionaler Ebene am weitesten entwickelt ist der menschenrechtliche Eigentumsschutz in der Europäischen und der Amerikanischen Menschenrechtskonvention. Während die verworsene Formulierung in Art. 1 I des Ersten Zusatzprotokolls zur EMRK<sup>12</sup> keine Aussage zur Höhe der Entschädigung trifft und mit seiner Verweisung auf die „allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts“ in der Anfangszeit gar fremdenrechtlich gedeutet wurde – erst der EGMR füllte die Norm nach und nach mit menschenrechtlichem Gehalt –<sup>13</sup>, ist Art. 21 II der AMRK für ihre 34 Vertragsparteien mustergültig klar formuliert. Hier heißt es: „No one shall be deprived of his property except upon payment of just compensation, for reasons of public utility or social interest, and in the cases and according to the forms established by law.“

### 3. Eigentumsschutz im humanitären Völkerrecht

Nur eine komplementäre Funktion besitzt der Schutz des Eigentums im humanitären Völkerrecht, da er die spezifische Ausnahmesituation des internationalen bewaffneten Konflikts voraussetzt. Der Schutz des Eigentums erfolgt hier um der „Hegung“ des Kriegsgeschehens<sup>14</sup> willen. Betrifft das Fremdenrecht Handlungen eines Staates gegenüber fremden Staatsangehörigen auf eigenem Gebiet, kommt Art. 46 II HLKO gegenüber Handlungen des Feindstaates auf fremdem, besetztem Staatsgebiet zum Tragen. Die *occupatio bellica* begründet besondere, der Staatsangehörigkeit wesensverwandte Rechtsbeziehungen zwischen der Zivilbevölkerung des besetzten Gebietes und der Besatzungsmacht, die an Stelle des handlungsunfähigen territorialen Souveräns für die Wohlfahrt der Gebietsbewohner einstweilen die Verantwortung trägt<sup>15</sup>. Das von Art. 46 II HLKO verfügte Gebot, Privateigentum (unter Einschluss kommunalen und gemeinnützig verwendeten staatlichen Eigentums, Art. 56 HLKO) zu achten, und das Verbot, es einzuziehen, sind Ausdruck dieser besonderen Schutzpflicht

<sup>11</sup> Ähnlich *Dolzer* (o. Fn. 5), S. 123 ff., dessen Feststellungen auf so etwas wie einen menschenrechtlichen Eigentumsschutz in statu nascendi hinauslaufen.

<sup>12</sup> Vgl. *König*, in diesem Band.

<sup>13</sup> Vgl. EGMR, Urteil in der Rs. *Lithgow* (o. Fn. 3), wo allerdings klargestellt wird, dass die Bezugnahme des Art. 1 I ZP I auf völkerrechtliche Regeln die Gleichbehandlung des Inländers gerade nicht begründen kann (§§ 112-119), sondern das Gericht leitet den Anspruch des Inländers auf Entschädigung aus Verhältnismäßigkeitsregeln ab, welche der Bestimmung inhärent seien (§§ 120 ff.).

<sup>14</sup> Begriff von C. *Schmitt*, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Ius Publicum Europaeum*, 1950, S. 112 f.

<sup>15</sup> Vgl. nur *Roberts*, BYIL 55 (1984), 249 (251 f.); *Bothe*, *Occupation, Belligerent*, in: EPIL III, 1982/1997, S. 763 ff.; *Gasser*, in: Fleck (Hrsg.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, 1995, Rn. 524, Einführung zu III.; *Kämmerer*, ArchVR 37 (1999), 283 (289 f.).

sowie des transitorischen Charakters der sie begründenden Herrschaft: Das Recht zur Gestaltung der Eigentumsordnung steht der Besatzungsmacht, die ein auf Faktizität fußendes Regime von unhinterfragter Legalität etabliert hat, nicht zu. Befriedigung kriegsbedingter Ansprüche gegen den Feindstaat aus dem Privateigentum seiner Bewohner wäre verbotene Eigenmacht. Zulässig hingegen sind nach Maßgabe des Art. 53 HLKO Beschlagnahmen, die mit dem Ende des Besatzungsregimes aber wieder aufzuheben sind, außerdem die Erhebung von Steuern durch die Besatzungsmacht, wenn auch nur zum Zweck der Deckung von Kosten der (interimistischen) Administration (Art. 48 HLKO). Obschon seit der Zeit des Zweiten Weltkrieges vielfach missachtet, darf Art. 46 HLKO als Ausdruck universellen Gewohnheitsrechts gewertet werden<sup>16</sup>.

#### 4. Eigentumsschutz und Welthandelsrecht

Alle jüngeren Versuche, den völkerrechtlichen Eigentumsschutz multilateral zu kodifizieren, verorten ihn nicht menschenrechtlich, sondern im Kontext des Welthandelsrechts. Dies ist ökonomisch sinnvoll, da transnationale Unternehmen erst bei Aufhebung von Hemmnissen für Direktinvestitionen die Vorteile der Handelsliberalisierung voll auszukosten vermögen<sup>17</sup>. Fremdenrechtliche Wurzeln, wie sie z.B. selbst bei den EG-Grundfreiheiten noch erkennbar sind, werden nicht gekappt, doch von einem anderen Ordnungsziel überwölbt: der Liberalisierung der internationalen Handelsbeziehungen. Damit freilich nähert sich das Recht des Investitionsschutzes nur einem normativen Zustand an, den es bereits vor fünfzig Jahren erreichen wollte: Die Havanna-Charta versuchte, wenn auch nur im Ansatz, den Schutz ausländischer Direktinvestitionen in das Welthandelsrecht zu inkorporieren<sup>18</sup>. Das Scheitern der Charta und damit auch der ITO (International Trade Organization) warf das Welthandelsrecht bis 1994 auf den bloßen Abbau von Handelshemmnissen zurück. Das WTO-Regime hat die Herausforderung, dem Schutz der Handelsaktivitäten eine adäquate Sicherung der dinglich-materiellen Grundlagen zur Seite zu stellen, nur teilweise aufgenommen, etwa beim geistigen Eigentum (TRIPS). Eine universale Investitionsschutzkonvention fehlt jedoch bis zum heutigen Tag<sup>19</sup>. Der in der zweiten Hälfte der neunziger Jahre unternommene Versuch der OECD, die offene Flanke mit einem Multilateralen Investitionsschutzabkommen (MAI)<sup>20</sup> zu schließen, war überambitioniert und teilweise unausgereift und scheiterte im zweiten Halbjahr 1998 – ebenso wie ein Vorgängertext drei Jahrzehnte früher<sup>21</sup> – noch im Entwurfsstadium<sup>22</sup>.

---

<sup>16</sup> Vgl. *Gasser*, a.a.O., sowie Rn. 558.

<sup>17</sup> Vgl. *Karl*, RIW 1994, 809 (810).

<sup>18</sup> Der Text der Charta findet sich unter [www.wto.org](http://www.wto.org). Die in Art. 12 der Konvention enthaltenen Regeln sind allerdings rudimentär und im Wesentlichen hortatorisch.

<sup>19</sup> Diese Einseitigkeit beklagt u.a. *Hartwig*, Aussenpolitik 54 (1999), 75 (81).

<sup>20</sup> OECD, Negotiating Group on the Multilateral Agreement on Investment, Draft Consolidated Text of the MAI, Dok. DAFFE/MAI(98)7/REV1.

<sup>21</sup> OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property, ILM 7 (1968), 117 ff.

<sup>22</sup> Vgl. hierzu etwa *Geiger*, N.Y.U. Envtl. L.R. 11 (2002), 94 (95 ff.).

Der Anwendungsbereich des MAI war breiter konzipiert als der aller bestehenden Investitionsschutzvereinbarungen: Nicht nur Auslands-Direktinvestitionen, sondern alle Arten von Aktiva sollten geschützt sein – auch Portfolioinvestitionen, Forderungen und sogar geistige Eigentumsrechte –, wobei Schutz allen Aspekten und Phasen der Investition zuteil werden sollte<sup>23</sup>. Handelshemmende Leistungsanforderungen („performance requirements“)<sup>24</sup>, besonders in Entwicklungsländern gängige Praxis, sollten unterbunden werden. Trotz Ausnahmeklauseln („top-down approach“) zugunsten der Entwicklungsländer konnte das MAI diesen nicht schmackhaft gemacht werden; das kritisierte „roll back“-Prinzip, das die Mitgliedstaaten zum steten Abbau MAI-fremder Maßnahmen verpflichtet hätte, wurde zu spät aus dem Vertragsentwurf entfernt<sup>25</sup>. Doch auch die Mitgliedstaaten der OECD vermochten in wesentlichen Punkten – darunter Rücksichten auf die Kulturgüterindustrie und die Berücksichtigung staatlicher Wirtschaftssanktionen – keine Einigkeit zu erzielen<sup>26</sup>. Das Europäische Parlament rügte insbesondere die soziale Unausgewogenheit des MAI-Entwurfs und Kollisionen mit dem Gemeinschaftsrecht<sup>27</sup>. Inwieweit der (funktional berufenen) WTO der erstrebte Lückenschluss gelingen kann, muss angesichts des Umstandes, dass deren geringe Fortschritte bei der Entwicklung einer Eigentumsschutzordnung erst den Ausschlag für die OECD-Initiative gaben, mit Skepsis betrachtet werden. Seit der WTO-Tagung in Singapur 1996 steht das Verhältnis zwischen Welthandel und Investitionsschutz auf der Agenda einer Arbeitsgruppe<sup>28</sup>. Im Rahmen der laufenden „Doha-Runde“ ist für 2005 eine neue Regelungsinitiative in Aussicht gestellt worden.

## II. Die Begriffe des Eigentums und der Investition im Völkerrecht

Legaldefinitionen des Eigentums kennt das Völkervertragsrecht nicht. Der Terminus ist weitgehend auf die genuin menschenrechtlichen Schutzinstrumente beschränkt, sieht man von den Vereinbarungen zum Schutz des *geistigen* Eigentums ab, die den Begriff jedoch in der Regel nur für die Zwecke des jeweiligen Vertrages enumerativ aufschlüsseln. Die zahlreichen bi- und oligolateralen Investitionsschutzverträge verwenden den Begriff des Eigentums nicht einmal. Der statt dessen maßgebliche Begriff der (ausländischen Direkt-)Investition wird in vielen dieser Verträge detailliert be-

<sup>23</sup> Vgl. insbes. MAI-Entwurf (o. Fn. 20), Abschnitt II, Nr. 2, und Abschnitt III, Nr. 1.

<sup>24</sup> Zur Typik (Aufteilung in „local content requirements“, „export performance requirements“ und „foreign exchange balance requirements“) vgl. *Hartwig*, Aussenpolitik 54 (1999), 75 (86).

<sup>25</sup> Daneben steht das „stand still“-Prinzip, das neben bestehenden länderspezifischen Ausnahmen, die zu notifizieren sind, keine neuen zulässt.

<sup>26</sup> Der erste Punkt war vor allem Frankreich, der zweite den USA ein Anliegen. Spätestens mit dem Ausstieg Frankreichs aus den Verhandlungen im Oktober 1998 mussten diese als gescheitert gelten. Vgl. *Kelley*, *Colum. J. Transnat'l. L.* 39 (2001), S. 483 (495 ff.).

<sup>27</sup> Entschließung mit den Empfehlungen des Europäischen Parlaments an die Kommission zu den Verhandlungen im Rahmen der OECD über ein multilaterales Abkommen über Investitionen (MAI) vom 11.3.1998, ABl. EG Nr. C 104 vom 6.4.1998, S. 143 ff.; vgl. auch Bull. EU 3-1998, Nr. 1.3.17.

<sup>28</sup> Die auf der Singapur-Tagung definierten Zukunftsthemen der WTO firmieren auch unter der Sammelbezeichnung „Singapore Issues“.

stimmt, wobei in Abhängigkeit vom jeweiligen Vertragszweck eine erhebliche Variationsbreite besteht. Wo es an Definitionen fehlt, gestattet ein weiter Enteignungsbegriff zumindest Rückschlüsse auf ein ebenso weites Verständnis des Schutzgegenstandes<sup>29</sup>. In Abhängigkeit von der Spannweite der Definition können drei Typen von Schutzmechanismen definiert werden: Der vermögensbezogene Ansatz ist in der Regel ausgesprochen weit und umfasst auch Investivkapital, Ansprüche, geistiges Eigentum, Genehmigungen etc., womit die in einen fremden Staat verbrachten oder dort geschaffenen Güter und Werte gemeint sind. Der unternehmensbezogene Ansatz wiederum schützt in erster Linie den im Gastgeberland errichteten Betrieb. Dem freien Kapitalverkehr und damit dem Investitions*akt* wird nur flankierender oder mittelbarer Schutz zuteil. Nicht so beim transaktionsbezogenen Ansatz, der sich um den Schutz der zur Vermögensbildung führenden und dem Vermögenstransfer dienenden Kapitalströme bemüht<sup>30</sup>.

Da das „Investitions“-Verständnis der bilateralen Abkommen in hohem Maße an den Vertragszweck gebunden und daher teils enger, teils weiter gefasst ist, bietet es dem Gewohnheitsrecht keine Basis<sup>31</sup>. Neuere Entwicklungen weisen in Richtung eines weiten, selbst Forderungen umschließenden Investitionsverständnisses. An seiner Sachgerechtigkeit sind vor dem Ziel, das Risiko gerade des im Empfängerland tätigen Investors zu minimieren, Zweifel erlaubt<sup>32</sup>. Wo der Begriff des Eigentums Verwendung findet, mangelt ihm ebenfalls ein fester Rahmen. Anders als Leben, Gesundheit oder Wohnung ist Eigentum nicht vorrechtlich vorgegeben, sondern versteht sich als Sammelbegriff für dingliche Rechte, die sich in Art und Wesensmerkmalen von Staat zu Staat unterscheiden. Solange es an einer Harmonisierung der dinglichen (aber auch schuldrechtlichen) Ordnungen fehlt, ist deren Ausgestaltung und damit der Verzicht auf die Einführung bestimmter Rechte jedem Staat im Prinzip freigestellt<sup>33</sup>. Das an sich zutreffende Verständnis des völkerrechtlichen Eigentumsbegriffs als eines derivativen, der in den nationalen Eigentumsbegriffen wurzelt<sup>34</sup>, darf nicht zu dem Fehlschluss verleiten, Staaten dürften den Schutz ausländischer Direktinvestitionen durch Abschaffung dinglicher Rechte einfach aushebeln<sup>35</sup>. Die Formel, Eigentum im Völker-

<sup>29</sup> Vgl. Schäfer (o. Fn. 6), S. 33 m. Fn. 38.

<sup>30</sup> Zur Typologie UNCTAD (o. Fn. 1), S. 101.

<sup>31</sup> UNCTAD (o. Fn. 1), S. 100. – Beispiele nennt u.a. Escher, RIW 2001, 20 (26, 28 ff.). Forderungsrechte aus Verträgen über Warengüterverkehr werden gern aus dem Begriff der Auslandsinvestition ausgeklammert (z.B. Art. 1139 lit. i, j NAFTA). Anders das MAI, dessen Investitionsverständnis fast uferlos geworden wäre; vgl. Karl, RIW 1998, 432 (433 ff.).

<sup>32</sup> Krit. insoweit Karl, RIW 1998, 432 (433).

<sup>33</sup> Zum souveränen Recht auf Enteignung vgl. infra IV 1 a. – Selbst innerhalb der EG ist die Ausgestaltung der Eigentumsordnung *domaine réservé* der Mitgliedstaaten. Art. 195 EG. Begrenzt ist die Souveränität dagegen bei der Eigentumsallokation: Privatisierungsdruck erzeugen, vermittelt über Art. 86 EG, vor allem die Wettbewerbsregeln des Gemeinschaftsrechts (dazu m.w.N. Kämmerer, Privatisierung, 2001, S. 93 ff.).

<sup>34</sup> PCJI (StIGH), Panevezys-Saldutiskis Railway (Estland/Litauen), Série A/B, Nr. 76 (1939), S. 18; Dolzer (o. Fn. 5), S. 148 ff., 166 f. (Schutz „wohlerworbener“ Rechte); von Danwitz, Eigentumsschutz in Europa und im Wirtschaftsvölkerrecht, in: ders./Depenheuer/Engel, Bericht zur Lage des Eigentums, 2002, S. 215 (282 f.).

<sup>35</sup> Dolzer (o. Fn. 5), S. 166 f.; Schäfer (o. Fn. 6), S. 32 f.; von Danwitz (o. Fn. 34), S. 282 f. m.w.N.

recht sei grundsätzlich weit auszulegen<sup>36</sup>, ist schon deshalb wenig hilfreich, weil keine Abgrenzung zu anderen Rechten vorgenommen wird. So bleibt der Rekurs auf die dogmatisch wenig befriedigende, in der pragmatischen Rechtspraxis aber völlig ausreichende Formel, dass unter Eigentum alle Formen vermögenswerter Rechte unabhängig von ihrem schuld- oder sachenrechtlichen Status<sup>37</sup> fallen. Macht der Ausländer den rechtlichen oder tatsächlichen Entzug einer Rechtsposition geltend und möchte ihren Gegenwert liquidieren, begründet dies eine Vermutung für ihren Eigentumscharakter. Die mit Enteignungen befassten Schiedsgerichte huldigten dem schon angesprochenen Pragmatismus, indem sie die Eigentumseigenschaft des entzogenen Gutes kaum jemals hinterfragten und sich vornehmlich der Höhe der auszukehrenden Entschädigung widmeten.

### III. Rechtsquellen des Eigentums- bzw. Investitionsschutzes

#### 1. Völkerrechtliche Verträge zwischen Staaten

##### a) Multilaterale Vereinbarungen

Wie bereits erwähnt, fehlen universelle Vereinbarungen zum Schutz des Eigentums im Allgemeinen und ausländischer Direktinvestitionen im Besonderen. Funktional beschränkten Eigentumsschutz gewährleisten jedoch – in unterschiedlichem Maße – mehrere Abkommen des WTO-Vertragspakets von 1994. Kaum Erwähnung verdient dabei das Multilaterale Übereinkommen über handelsbezogene Investitionsmaßnahmen (TRIMS), das sich bei Investitionen, die sich auf den Handelsverkehr negativ auswirken, in einer im Grunde deklaratorischen Verweisung auf die Regeln des GATT erschöpft<sup>38</sup>, ohne selbst auf Investitionsschutz fokussiert zu sein. Auf einer soliden vertragsrechtlichen Basis ruht hingegen der völkerrechtliche Schutz des geistigen Eigentums. Entsprechende Übereinkommen gehen teils bis auf die achtziger Jahre des 19. Jahrhunderts zurück und standen seit 1967 unter der Ägide einer Internationalen Organisation – der Weltorganisation für geistiges Eigentum (WIPO)<sup>39</sup>. Auf diesem Fundament baut das Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte des geistigen Eigentums, kurz TRIPS<sup>40</sup>, auf, sucht dabei jedoch dem Bedürfnis nach besserer Verketzung des Schutzes einzelner Rechte mit den Erfordernissen des Welthandels zu

---

<sup>36</sup> *Pellonpää/Fitzmaurice*, NYIL 19 (1988), 53 (58 f.); zust. *Schäfer* (o. Fn. 6), S. 33. – Der weite Eigentumsbegriff der Art. 46, 56 HLKO ist demgegenüber funktional bedingt – er steckt die gestaltungsrechtlichen Grenzen der Besatzungsherrschaft ab – und erlaubt daher keine Rückschlüsse auf Eigentumsideen, die dem fremdenrechtlich-welthandelsrechtlichen Schutzansatz zugrunde liegen.

<sup>37</sup> Bei Lichte betrachtet ist Übertragung der Inhaberschaft eines schuldrechtlichen Anspruchs (Zession) und insofern auch ihr Verlust (durch „Enteignung“) ein Vorgang von dinglicher Dimension.

<sup>38</sup> Vgl. nur *Weiß/Hermann*, Welthandelsrecht, 2003, Rn. 791 ff.

<sup>39</sup> Übereink. zur Errichtung der Weltorganisation für geistiges Eigentum vom 14. Juli 1967 (BGBl. 1970 II, S. 293 ff.). WIPO zählt heute 180 Mitgliedstaaten ([http://www.wipo.int/about-wipo/en/members/member\\_states.html](http://www.wipo.int/about-wipo/en/members/member_states.html)).

<sup>40</sup> (Agreement on the) Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights; BGBl. 1994 II, S. 1730 ff.

entsprechen<sup>41</sup> und die bejahrten existenten Garantien überdies auf den Stand des Computerzeitalters zu heben<sup>42</sup>. Über diesem Quantensprung darf jedoch nicht übersehen werden, dass der Schutz des geistigen Eigentums durch TRIPS, da auf den Welthandel bezogen, funktional begrenzt ist. Daher fällt die Funktion der zentralen Instanz für Fragen des geistigen Eigentums als solche auf völkerrechtlicher Ebene nicht der WTO, sondern nach wie vor WIPO zu. Diese Organisation ist für Rechtsfortbildung und Rechtsschutz – anders als im WTO-Kontext auch zugunsten Privater – zuständig, sie leistet überdies Entwicklungshilfe beim Aufbau von Systemen geistigen Eigentumsschutzes und Unterstützung bei der Umsetzung der TRIPS-Standards (vgl. Art. 4 WIPO-Übereinkommen).

Die dem TRIPS-Übereinkommen zugrunde liegenden Mechanismen werden gern als „Bern-plus“- bzw. „Paris-plus“-Ansatz apostrophiert<sup>43</sup>, wobei die Städtenamen stellvertretend für die Revidierte Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst von 1888/1971 und die Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums von 1883/1967 stehen. TRIPS inkorporiert im Verweisungswege die Vorschriften dieser Übereinkommen, die zu den ältesten Harmonisierungsvorschriften des Völkerrechts überhaupt gehören (Art. 1-21 der Berner Übereinkunft gemäß Art. 9 I TRIPS, Art. 1-12 und 19 VRÜ gemäß Art. 2 TRIPS). Auf diese Weise wird die Zahl der materiell daran gebundenen Staaten erhöht<sup>44</sup> und zugleich eine partielle Vereinheitlichung des Eigentumsverständnisses erzielt<sup>45</sup>. Das „Plus“ bezieht sich auf den Umstand, dass TRIPS das Schutzniveau der von den in Bezug genommenen Übereinkommen erfassten Rechte einerseits verstärkt und andererseits neue Schutzgüter erfasst<sup>46</sup>. Mit dem Grundsatz der Inländerbehandlung (Art. 3 TRIPS) wird gleichwohl an ein überkommenes fremdenrechtliches Element angeknüpft<sup>47</sup>.

Zu den neu in Bezug genommenen Schutzgütern zählen Computerprogramme (Art. 10 II 1 TRIPS), Vermietrechte an diesen und an Filmen (Art. 11) und Layout-

---

<sup>41</sup> Vgl. *Stoll/Schorkopf*, WTO – Welthandelsordnung und Welthandelsrecht, 2002, Rn. 652 f.; *Karl*, RIW 1994, 809 (815); *Straus*, Patentschutz durch TRIPS-Abkommen, in: Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2003, S. 117 (118 ff.); *ders.*, GRUR Intl. 2003, 805 (805), nennt TRIPS in Ansehung der Entwicklungschancen und des mit dem Übereinkommen verbundenen Ausgleichs der Schutzdefizite der PVÜ eine „Vernunftfe“ für Entwicklungs- und Schwellenländer.

<sup>42</sup> Vgl. etwa *Peifer*, GYIL 39 (1996), 100 (120 f.) m.w.N.

<sup>43</sup> *Reinbothe*, GRUR Int. 1992, 707 (709 f.); *von Danwitz* (o. Fn. 34), S. 285, 291.

<sup>44</sup> Übersicht über den Stand der Verträge auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes am 1.1.2002: GRUR Int. 2002, 422 ff.

<sup>45</sup> Darauf weist insbes. *Straus*, in: Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2003, S. 117 (119), hin. Zum aktuellen Stand auch *Cottier*, Der Schutz des geistigen Eigentums in der WTO, in: Ehlers/Wolfgang/Pünder (Hrsg.), Rechtsfragen des internationalen Schutzes geistigen Eigentums, 2002, S. 7 ff.

<sup>46</sup> Hingegen bleibt Art. 14 I 2 TRIPS in mancher Hinsicht hinter dem Schutzstandard des sog. Rom-Übereinkommens über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen vom 26.10.1961 (BGBl. 1965 II, 1245) zurück; vgl. *von Danwitz* (o. Fn. 34), S. 290. Generell kritisch mit Blick auf den eher niedrigen Schutzstandards der in Bezug genommenen Konventionen *Peifer*, GYIL 39 (1996), 100 (127 f.).

<sup>47</sup> Vgl. *Matthews*, Globalising Intellectual Property Rights, 2002, S. 47; *Buck*, Geistiges Eigentum und Völkerrecht, 1994, S. 73 f. – Dieses Prinzip verbietet lediglich die rechtliche Benachteiligung des Ausländers im Verhältnis zum Inländer, verbietet also die Inländerdiskriminierung gerade nicht.

Designs integrierter Schaltkreise (also die Gestaltung von Halbleiterelementen wie z.B. Computerchips; Art. 35). Sie werden mit sonstigen, bereits völkerrechtlich geschützten und im TRIPS-Übereinkommen jeweils für sich behandelten Schutzrechten wie Marken, Patenten, gewerblichen Mustern und Modellen unter dem Terminus „geistiges Eigentum“ zusammengefasst – freilich nur, wie Art. 1 II TRIPS anfügt, für die Zwecke des Vertrages<sup>48</sup>. Als Quelle eines allgemeinen gewohnheitsrechtlichen Verständnisses des geistigen Eigentums taugt TRIPS daher nicht<sup>49</sup>. Das breite Spektrum der in Bezug genommenen Rechte erweist jedoch, dass sich die Eigentumsidee von traditionellen Bezügen löst, womit sie aber auch an Konturen verliert<sup>50</sup>. Plastisch zeigt dies der Schutz geographischer Herkunftsangaben (Art. 22), der im Wettbewerbsrecht nicht minder beheimatet ist<sup>51</sup>.

### b) Regionale und plurilaterale Vereinbarungen

Nur eine geringe Zahl regionaler Menschenrechtskonventionen nehmen sich des Eigentumsschutzes an; kaum größer ist die Zahl regionaler Übereinkommen, die unter ursprünglich fremdenrechtlichem Vorzeichen Investitionsschutz gewährleisten. Angesichts des aufgezeigten Nexus zwischen Schutz ausländischer Direktinvestitionen und Freihandel mag dies zunächst überraschen. Andererseits kommt wirtschaftsvölkerrechtlicher Regionalismus vor allem in der Ausbildung von Freihandelszonen und Zollunionen zum Ausdruck, die vornehmlich zwischen wirtschaftlich entwickelten Staaten geschaffen werden. In diesem Kreis besteht jedoch, wie dargelegt, meist kein ausgeprägtes Bedürfnis nach völkerrechtlicher Absicherung ausländischer Investitionen<sup>52</sup>. Spezifisch dem Eigentumsschutz gewidmete regionale Übereinkommen existieren kaum – ein Beispiel ist das ASEAN-Investitionsschutzabkommen vom 15.12.1987<sup>53</sup> –, doch enthalten mehrere handelspolitische Instrumente auch (z.T. detaillierte) Vorschriften über den Schutz ausländischer Direktinvestitionen. Erwähnung verdienen in diesem Zusammenhang insbesondere das 11. Kapitel des NAFTA-Vertrages, Kapitel XVII des im Entstehen begriffenen Übereinkommens über die Gesamtameri-

<sup>48</sup> Ebenso der rein enumerative Definitionsansatz des WIPO-Übereinkommens (Art. 2 Nr. viii).

<sup>49</sup> Auch Art. 27 II Allg. Erklärung der Menschenrechte sowie Art. 15 I lit. c des Intl. Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte von 1966, die das geistige Eigentum schützen, ohne allerdings den Begriff zu verwenden, kann kein allgemeiner Schutzstandard entnommen werden; vgl. *Buck* (o. Fn. 47), S. 247 ff., zust. Peifer, GYIL 39 (1996), 100 (115).

<sup>50</sup> Zur Uneinheitlichkeit der Verwendung des Begriffes „geistiges Eigentum“ in den einschlägigen Rechtstexten sowie zum anfänglichen Widerstand der deutschen Delegation gegen die mit ihm einhergehende Erweiterung des Eigentumsverständnisses vgl. *Buck* (o. Fn. 47), S. 19 ff. m.w.N.

<sup>51</sup> Hier tritt der Schutz geistigen Eigentums nicht nur in einen potenziellen Konflikt mit dem freien Handel und Wettbewerb; die Schwierigkeit der Zuordnung einer Bezeichnung zu den Bereichen Herkunft oder Gattung (warum braucht ein „Rheinriesling“ nicht vom Rhein zu kommen, ein Camembert nicht aus der Normandie, ein Portwein aber aus Portugal?) leistet zudem – gepaart mit dem Traditionsschutz durch die „grandfather clause“ – dem Eindruck einer gewissen Willkür leicht Vorschub.

<sup>52</sup> Für ihre Mitgliedstaaten entwickelte die OECD 1961 lediglich einen (bindenden) „Code of Liberalisation of Capital Movements“ (OECD [Hrsg.], Code of Liberalisation of Capital Movements, 1993), dem 1984 eine Klausel beigefügt wurde, wonach alle ausländischen Direktinvestitionen nach dem Inländerprinzip behandelt werden sollten, ferner einen „Code of Liberalisation of Current Invisibles“.

<sup>53</sup> Agreement [...] for the Promotion and Protection of Investments, ILM 27 (1988), 612 ff.

kanische Freihandelszone (FTAA)<sup>54</sup> und die allerdings auf den Energiebereich beschränkten Art. 13 ff. des Energiecharta-Vertrages vom 17.12.1994.

### c) Bilaterale Vereinbarungen

Bilaterale Abkommen zwischen souveränen Staaten prägen heute mehr denn je das Bild des völkerrechtlichen Investitionsschutzes<sup>55</sup>. Typischerweise gesellt sich in solchen Verträgen ein Industriestaat zu einem Entwicklungsland; ein kleinerer Teil der bilateralen Investitionsschutzverträge wird zwischen Entwicklungsländern geschlossen, während Industriestaaten untereinander nur selten zu bilateralen Investitionsschutzverträgen greifen. Ihre Dominanz ist in gleicher Weise Ursache und Folge der Ungewissheit über universelle völkerrechtliche Schutzstandards. Das kurzzeitige Aufbegehren der Drittstaaten gegen die Bindung an ein bestimmtes Ausgleichsniveau in den 1970er Jahren<sup>56</sup> verunsicherte die Investorstaaten nachhaltig, mit der Folge, dass diese verstärkt auf die Festschreibung des gewünschten Schutzstandards in bilateralen Übereinkommen rekurrierten<sup>57</sup>, was wiederum zu sinkendem Kodifikationsdruck führte. Zum Jahresende 2002 bestanden weltweit 2.181 solcher Verträge, zu denen sich noch einmal 2.256 Doppelbesteuerungsabkommen gesellten<sup>58</sup>. (Nicht eingerechnet sind allgemeine bilaterale Freundschafts- oder Kooperationsverträge, die neben anderen Gegenständen den Investitionsschutz regeln.) Weltweit ist die Zahl der Investitionsschutzvereinbarungen innerhalb der letzten fünf Jahren um etwa die Hälfte angewachsen<sup>59</sup>. Deutschland ist heute an rund 120 Investitionsschutzverträge gebunden<sup>60</sup>. Üblicherweise enthalten bilaterale Abkommen Schiedsklauseln, durch die Streitigkeiten zwischen Investor und Empfängerstaat einer obligatorischen neutralen Schiedsinstanz unterworfen werden<sup>61</sup>. Typisch für bilaterale Investitionsschutzverträge ist ihre Anlehnung an Vertragsmuster, die vom Investorstaat vorformuliert worden sind. Solche „völkerrechtlichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen“, die einen einheitlichen Schutzstandard für Direktinvestitionen deutscher Unternehmen begründen, verwendet Deutschland seit Anfang der sechziger Jahre<sup>62</sup>.

<sup>54</sup> [http://www.ftaa-alca.org/FTAADraft03/ChapterXVII\\_e.asp](http://www.ftaa-alca.org/FTAADraft03/ChapterXVII_e.asp).

<sup>55</sup> Umfangreiche Bibliographie bei <http://www.worldbank.org/icsid/pubs/treatbibl/main.htm>.

<sup>56</sup> Dazu infra IV 2 a.

<sup>57</sup> Zu diesem Wirkungsmechanismus etwa *Gloria*, in: *Ipsen* (o. Fn. 6), § 47 Rn. 1 ff., 37.

<sup>58</sup> UNCTAD (o. Fn. 1), S. XVI.

<sup>59</sup> Der UNCTAD World Investment Report 1998 nennt eine Gesamtzahl von 1513 bilateralen Investitionsschutzverträgen zum Jahresende 1997 (S. 59).

<sup>60</sup> Vgl. auch *Semler*, *SchiedsVZ* 2003, 97 (97); *Dolzer*, in: *Graf Vitzthum* (Hsrg.), *Völkerrecht*, 3. Aufl. 2004, 6. Abschnitt, Rn. 48 (132 unterzeichnete Verträge). Jüngst, im Dezember 2003, wurde ein deutsch-chinesischer Investitionsförderungsvertrag unterzeichnet.

<sup>61</sup> Hierzu sowie zur Ratio bilateraler Abkommen an sich ausführlich *Banz*, *Völkerrechtlicher Eigentumschutz durch Investitionsschutzabkommen*, 1988, S. 96 ff., 176 ff.; außerdem etwa *Vandevelde*, *Colum. J. Transnat'l. L.* 36 (1998), 501 ff. (insbes. 507 ff.). Soweit nicht auf internationale Schiedsgerichte verwiesen wird, werden vielfach Schiedsregeln wie die UNCITRAL Arbitration Rules oder diejenigen der Internationalen Handelskammer (ICC) für verbindlich erklärt.

<sup>62</sup> Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit bedient sich derzeit eines aus 14 Artikeln bestehenden Mustervertrages, der Differenzierungen nur in Abhängigkeit von der ICSID-Mitgliedschaft der Vertragsstaaten vorsieht. – Vgl. auch *Alenfeld*, *Die Investitionsförderungsverträge der Bundesrepublik Deutschland*, 1971, insbes. S. 23 ff., 175 ff.

Im Verhältnis zwischen Industriestaaten tritt an die Stelle bilateraler Investitionsschutzverträge das durch Codes of Conduct bestärkte Vertrauen auf einen Ausgleich nach Maßgabe verfassungsrechtlicher Standards und gemeinsamer völkerrechtlicher Überzeugungen<sup>63</sup>. Ereignisse wie die vermutlich nicht dem völkergewohnheitsrechtlichen Comment entsprechenden Enteignungen unter der französischen Regierung Mauroy<sup>64</sup> erscheinen allerdings geeignet, die These von der Entbehrlichkeit vertraglicher Schutzvereinbarungen unter Industrieländern zu erschüttern.

## 2. „State Contracts“: Verträge zwischen Staaten und Investorunternehmen

Bei zahlreichen Investitionsschutzvereinbarungen ist der Vertragspartner des Entwicklungslandes nicht der Investorstaat, sondern ein nichtstaatliches Investorunternehmen. Üblich in solchen „State Contracts“ ist die Vereinbarung von Stabilisierungs- oder Kontinuitätsklauseln, welche die Investitionsvereinbarung gegen die Wirkungen späterer Rechtsänderungen „immunisieren“. Hierbei wird entweder die Rechtslage zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses für verbindlich erklärt („Versteinerungsklausel“) oder die Nichtanwendung nachträglicher Rechtsänderungen vereinbart („Nichtanwendungsklauseln“). Die gleiche Wirkung zeitigen „Unberührbarkeitsklauseln“, kraft derer der Empfängerstaat auf die Ausübung seines Rechts zu hoheitlicher Intervention – also Enteignung – verzichtet<sup>65</sup>. Nicht zuletzt die hiermit verbundene Loslösung des Vertrags von der nationalen Rechtsordnung des Empfängerstaates bedurfte der rechtsdogmatischen Erklärung, doch hat sich der dogmatische Nebel um die Begründung der Völkerrechtsgeltung bislang nur wenig gelichtet. Das Modell der „unechten Internationalisierung“ versteht die Anwendung völkerrechtlicher Regeln als Ergebnis einer Rechtswahlvereinbarung bzw. einer kollisionsrechtlichen Verweisung (und sucht damit ihren Geltungsgrund im nationalen Recht)<sup>66</sup>, während die Befürworter einer „echten Internationalisierung“ den Vertrag ganz vom nationalen Recht gelöst wissen wollen. Insoweit wird vertreten, der Vertrag schaffe „seine eigene Ordnung“ mit überstaatlichem Geltungsgrund jenseits von nationalem und Völkerrecht<sup>67</sup>. Hiergegen ist einzuwenden, dass der private Vertragspartner seinerseits der personalen Souveränität eines anderen Staates unterliegt und die vertragliche Begründung absoluter Rechtsordnungen dieses Rechtsverhältnis insofern nicht beeinträchtigen darf. Zwar können Private zu partikulären Völkerrechtssubjekten erhoben werden, doch bedarf es dazu

<sup>63</sup> Dolzer (o. Fn. 5), S. 54 ff.; vgl. auch UNCTAD (o. Fn. 1), S. XVI: „They [i.e. Bilateral Investment Treaties] are not concluded between developed countries.“

<sup>64</sup> Dazu Herdegen (o. Fn. 3), § 17 Rn. 23.

<sup>65</sup> Dazu insbes. Merkt, Investitionsschutz durch Stabilisierungsklauseln, 1990, v.a. S. 39 ff.; Kischel, State Contracts, 1992.

<sup>66</sup> Vgl. Weil, RdC 128 (1969 III), 98 (141 ff., 157 ff.); Kischel (o. Fn. 65), S. 286 ff., 355 ff.

<sup>67</sup> Grundlegend Verdross, ZaöRV 18 (1957/58), 635 ff. (Begründung einer neuen Rechtsgemeinschaft durch den Vertrag selbst); vgl. auch Herdegen (o. Fn. 3), § 18 Rn. 7; Krit. Weil, a.a.O.; ferner Merkt (o. Fn. 67), S. 117 ff., 121 ff. m.w.N., dessen Terminologie hier zugrunde gelegt wird. Vgl. auch die Ausführungen Dupuys im TOPCO-Schiedsspruch (ILM 17 [1978], 1 ff.), der jedenfalls eine Präferenz für die echte Internationalisierung erkennen lässt.

einer Vereinbarung geborener Völkerrechtssubjekte, die auch nur für und gegen diese Wirkungen zeitigt; Verträge zwischen Staat und Unternehmen können diese Völkerrechtssubjektivität dagegen nicht generieren<sup>68</sup>. Daraus folgt nicht nur, dass State Contracts mit Wirkung für oder gegen dritte Staaten keine „absoluten“ Rechtsordnungen zu begründen vermögen, sondern auch, dass im Innenverhältnis zwischen Investor und Empfängerstaat die – dann notwendigerweise nur entsprechende – Geltung völkerrechtlicher Maßstäbe ihren Rechtsgrund letztlich aus der souveränen Entscheidung des Staates, sich an diese Regeln binden zu wollen, resultiert.

Enteignet der Empfängerstaat den Investor ungeachtet einer zuvor vereinbarten „Unberührbarkeitsklausel“, ist fraglich, ob ihm, solange er angemessen entschädigt, eine Verletzung des Völkerrechts zur Last gelegt werden kann. Nach der hier vertretenen Ansicht ist die Natur des Vertrages keine völkerrechtliche, weshalb er das souveräne Recht zur Enteignung nicht zu derogieren vermag<sup>69</sup>. Mit einer Ausnahme ergreifen die Entscheidungen der Schiedsgerichte im Erdölstreit mit Libyen, das sich in den 1970er Jahren hierauf berufen hatte, nicht erkennbar für eine bestimmte dogmatische Linie Partei. Die Zuerkennung von „Entschädigungen“ ist interpretationsoffen; mehrere Gerichte scheinen vom Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages unter Anknüpfung an eine nationale Rechtsordnung auszugehen<sup>70</sup>.

Der Stern der klassischen „State Contracts“ verblasst in dem Maße, wie die Bereitschaft der selbstbewusster (und vielfach auch demokratischer) gewordenen Entwicklungsländer sinkt, einzelnen Konzessionären unter Abweichung vom allgemeinen Gesetz Sonderkonditionen einzuräumen. Dies gilt um so mehr, als das immer dichtere Netz bilateraler staatlicher Investitionsschutzabkommen Unternehmen ein ausreichendes Maß an Schutz vermittelt, zumal Investoren hier grundsätzlich Klagebefugnis vor internationalen Schiedsgerichten und insoweit in prozeduraler Hinsicht partielle Völkerrechtspersönlichkeit eingeräumt wird. Nichtsdestoweniger werden „State Contracts“ noch auf absehbare Zeit zum Kerninstrumentarium des Investitionsschutzes zählen. Auch neuere, im Vergleich mit den überkommenen Stabilisierungsklauseln „souveränitätsschonende“ Praktiken wie Flexibilisierungs- und Dynamisierungsklauseln, die bei Eintritt eines sog. „trigger event“ zur Nach- bzw. Neuverhandlung verpflichten (und damit die Lehre von der Geschäftsgrundlage zum Ausdruck bringen)<sup>71</sup>, können ihre juristische Ambiguität nicht völlig verschleiern.

---

<sup>68</sup> So auch *Kischel* (o. Fn. 65), S. 280 f.

<sup>69</sup> Zur Frage, ob dies nach dem Maßstab des Art. 53 WVRK überhaupt möglich ist, s. infra IV 1 a. – Anders als hier *Dupuy* (o. Fn. 67), Nr. 73: „[A] nationalization cannot prevail over an internationalized contract, containing stabilization clauses [...]“

<sup>70</sup> Vgl. die Nachweise bei *Herdegen* (o. Fn. 3), § 18 Rn. 4 ff.

<sup>71</sup> Hierzu *Berger*, ZVglRWiss 102 (2003), 1 (13 ff.); *Dolzer* (o. Rn. 60), Rn. 61.

## IV. Insbesondere die Enteignungsmaßstäbe

### 1. Enteignung

#### a) Das souveräne Recht zur Enteignung

Der völkerrechtliche Eigentumsschutz ist in wesentlichen Zügen kein Schutz *vor* Enteignung, sondern wird erst – gleichsam als sekundärer – *durch* Enteignung aktiviert. Das souveräne Recht des Empfängerstaates, seine Eigentumsordnung frei zu gestalten, wird durch zwischenstaatliche Investitionsschutzverträge nicht zur Disposition gestellt<sup>72</sup>. Ob der Staat völkervertraglich auch auf seine Enteignungshoheit verzichten darf, ist umstritten: Die Freiheit zur jederzeitigen Gestaltung der Eigentumsordnung, wandten vor allem in den siebziger Jahren manche ein, sei unentbehrlicher Bestandteil staatlicher Souveränität und damit gar zum *ius cogens* (Art. 53 WVRK) zu rechnen<sup>73</sup>. Warum aber soll der Staat seine Souveränität nicht in solcher Weise vertraglich binden können, wenn er selbst in den Verlust der Souveränität (Begründung einer Protektoratsbeziehung) oder den eigenen Untergang wirksam einzuwilligen vermag? Der Respekt vor der Enteignungshoheit bedingt, dass dem Investor nicht das Eigentumsobjekt, sondern nur der darin verkörperte Wert sicher ist. Auf Entwicklungsländer wirken die in bilateralen Investitionsschutzverträgen vereinbarten und zumindest in den Grundzügen auch gewohnheitsrechtlich geltenden Entschädigungsstandards ohnedies oft faktisch wie Enteignungsverbote und vermitteln dem Investor damit ein ausreichendes Maß an Sicherheit vor Eigentumsentziehung.

#### b) Enteignungsvarianten

Unter Enteignung wird im allgemeinen die Entziehung des Wertes oder der Substanz des Eigentums oder der Verfügungsbefugnis des Inhabers verstanden<sup>74</sup>. Der fremdenrechtliche Ausgangspunkt und das fehlende Kontinuum einer übergreifenden institutionalisierten Gerichtsautorität hemmten die Ausformung einer verfeinerten Eigentumsdogmatik. So sind die Grenzen zwischen ausgleichsfreier Sozialbindung bzw. Inhaltsbestimmung – eine Kategorie, deren Existenz im Grundsatz unbestritten ist<sup>75</sup> – und der entschädigungspflichtigen Enteignung, insbesondere der sog. „creeping

<sup>72</sup> Vgl. *Dupuy* (o. Fn. 67), Nr. 59: „[T]he right of a State to nationalize is unquestionable today. It results from international customary law [...]. The exercise of the national sovereignty to nationalize is regarded as the expression of the State's territorial sovereignty.“ Vgl. auch Art. 2 II Nr. 1, 2 der Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten vom 12.12.1974 (GA Res. 3281 [XXIX]), AJIL 69 (1975), S. 484 ff.

<sup>73</sup> So (für „permanent sovereignty over natural resources“) etwa *Dicke*, Die Intervention mit wirtschaftlichen Mitteln, 1978, S. 127 f.; vgl. auch *Liemen*, Erdöl-Produktionsverträge des Iran, 1981, S. 192 f. m.w.N.; erwogen wird solches ferner von *Dupuy* (o. Fn. 67), Nr. 74.

<sup>74</sup> Vgl. *Dolzer* (o. Fn. 60), Rn. 42 m.w.N.

<sup>75</sup> Ein Beispiel sind Bindungen, die sich aus der Anwendung internationaler Kulturgüterschutzabkommen ergeben. Die schwierige Grenzziehung zeigte sich am Rechtsstreit zwischen der Ethyl Corp. und Kanada (1997), in dem es um die Frage ging, inwieweit auf nationalen Umweltschutzinteressen beruhende Beschränkungen für den Verkehr mit Chemikalien enteignende Wirkung haben und – nach NAFTA-Standards – zum Schadensersatz verpflichten; Kanada lenkte in diesem Rechtsstreit ein, indem es 13 Mill. \$ (von geforderten 251 Mill. \$) zahlte und die Beschränkungen aufhob.

expropriation“, d.h. der schrittweise vorgenommenen Beschneidung der Handlungsspielräume des Investors<sup>76</sup>, kaum herausgearbeitet worden<sup>77</sup>. Aus diesem Grunde – und im Hinblick auf die verblässende Bedeutung des Rechtmäßigkeitskriteriums – ist noch offen, inwieweit das Völkerrecht auch den entschädigungspflichtigen enteignungsgleichen Eingriff als selbständige Kategorie anerkennt<sup>78</sup>.

## 2. Entschädigung

### a) Umfang des Ausgleichs nach Vertrags- und Gewohnheitsrecht

Zwar hat das sich stetig verdichtende Netz bilateraler zwischenstaatlicher wie quasi-völkerrechtlicher Investitionsschutzabkommen der Frage nach dem Maßstab des universellen Gewohnheitsrechts für die Höhe der gebotenen Entschädigung für staatliche Enteignungsakte viel von ihrer Brisanz genommen. Doch weist dieses Netz noch immer weite Lücken auf, ja noch immer sind mehrere Dutzend Staaten überhaupt nicht Parteien solcher Übereinkommen, weswegen für die insoweit vorgenommenen Enteignungsakte der allgemeine gewohnheitsrechtliche Standard weiter maßgeblich bleibt. Hinzu kommt, dass für die erwünschte Kodifizierung der Investitionsschutzstandards zunächst einmal Gewissheit über den gewohnheitsrechtlichen Status quo bestehen müsste.

Nicht umstritten ist, dass für Enteignungen überhaupt Entschädigung geleistet werden muss. Die in Südamerika einst verbreitete Calvo-Doktrin<sup>79</sup>, wonach einem ausländischen Rechtsträger nicht mehr als Inländerbehandlung zusteht – er also dann keinen Anspruch auf Entschädigung hat, wenn ein solcher auch den Staatsangehörigen des Enteignerstaates nicht zustehen würde –, vermochte sich nicht weltweit durchzusetzen. Durch Art. 21 II AMRK ist sie mittlerweile zumindest im interamerikanischen Rechtsverkehr obsolet geworden<sup>80</sup>. Weniger klar ist, ob die Entschädigung dem vollen Wert des Eigentumsobjektes zu entsprechen hat. Zwar ist die Debatte der siebziger Jahre um eine Neue Weltwirtschaftsordnung abgeflaut, in der die Entwicklungsländer den Gedanken souveräner Eigentumsgestaltung mit der Idee der Inländerbehandlung koppelten<sup>81</sup> – mit der Folge, dass in einer der diesbezüglichen Resolutionen der UN-

---

<sup>76</sup> Vgl. Art. 1110 NAFTA. – Grundlegend *Starrett Housing Co. v. Iran*, Iran-USCTR 4 (1983-III), 122 (154): „[I]t is recognised in international law that measures taken by a state can interfere with property rights to such an extent that these rights are rendered so useless that they must be deemed to have been expropriated, even though the State does not purport to have expropriated them and the legal title to the property formally remains with the original owner.“

<sup>77</sup> Zu Abgrenzungsproblemen vgl. jüngst etwa *Dolzer/Bloch*, *International Law*, *Forum du droit international* 5 (2003), 155 ff.

<sup>78</sup> Vgl. hierzu *Karl*, *ZVglRWiss* 99 (2000), S. 143 (159), sowie infra b.

<sup>79</sup> Dazu insbes. *Oschmann*, *Calvo-Doktrin und Calvo-Klauseln*, 1992, insbes. S. 44 ff.

<sup>80</sup> Zum gegenwärtigen Stellenwert der Calvo-Doktrin und ihrer Auswirkung auf den „tertiären“ Eigentumschutz durch MIGA vgl. *Dalrymple*, *Cornell Int'l. L. J.* 29 (1996), 161 ff., der die Doktrin für noch nicht überwunden hält. Anders *Herdegen*, *ZVglRWiss* 94 (1995), 341 (343 ff.), der unter dem Eindruck der Tendenz im Völkervertragsrecht, vollen Schadensersatz vorzusehen, von verfassungsrechtlichen Relikten abgesehen die „zunehmende Preisgabe“ der Calvo-Doktrin konstatiert.

<sup>81</sup> Zu den Hintergründen anstelle vieler *Schäfer*, *RIW* 1998, 199 (201 f.).

Generalversammlung die Zahlung einer Entschädigung nur noch als „möglich“ bezeichnet wurde<sup>82</sup>. Diese Extremposition wurde ein Jahr später (in Art. 2 II lit. c der Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten vom 12.12.1974<sup>83</sup>) wieder aufgegeben, die Verunsicherung über den geforderten Entschädigungsstandard jedoch blieb. Bis in die sechziger Jahre hinein galt die sog. Hull-Formel als Maß der Dinge, wonach die Entschädigung „prompt, adequate and effective“ zu sein hatte. Angelpunkt ist das Attribut „adequate“, das zumeist als Postulat vollen Schadensersatzes interpretiert wurde und wird<sup>84</sup>. Teile von Judikatur und Lehre propagieren – insbesondere seit der Proklamation des Art. 2 I lit. c der Charta der UN-Generalversammlung vom 12.12.1974 – „appropriate compensation“ als geltenden gewohnheitsrechtlichen Standard<sup>85</sup>. Uneinigkeit besteht darüber, ob und inwieweit die neue, in hohem Maße auslegungsoffene Formel den Hull-Standard derogiert. So wird vertreten, dass „appropriate“ den Weg zur Bemessung des Ausgleichs unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse – mit der Folge eines Abschlags vom vollen Wertersatz – ebnet<sup>86</sup>. Nach anderer Ansicht soll ein „Wertabzug“ nur bei außergewöhnlichen Umständen zulässig sein<sup>87</sup>. Wieder andere deuten „appropriate“ als Synonym von „adequate“ und halten somit an der Hull-Formel fest<sup>88</sup>.

Nicht nur die zaghaften regionalen Kodifikationsansätze scheinen die Fortgeltung des Hull-Standards zu untermauern. Sowohl das NAFTA-Übereinkommen (Art. 1110) als auch der Energiecharta-Vertrag (Art. 13) greifen auf die Hull-Formel zurück; die Formel „just compensation“ der Amerikanischen Menschenrechtskonvention ist ihr zumindest eng verschwistert. Noch klarer ist das von den bilateralen Investitionsschutzverträgen vermittelte Bild, die sich so gut wie einhellig an „Hull“ ausrichten. Als Beleg für einen bestimmten völkergewohnheitsrechtlichen Standard lassen sich diese Verträge, deren Existenz just der Unsicherheit über den Inhalt dieses Standards zu verdanken ist, jedoch gerade nicht anführen<sup>89</sup>. Ihr Inhalt wird meist einseitig vorgegeben und lässt der Durchsetzung gegensätzlicher Rechtsmeinungen des Vertragspart-

<sup>82</sup> GA Res. 3171 (XXVIII), Nr. 3 (AJIL 68 [1974], 381 ff.); „[S]overeignty implies that each state is entitled to determine the amount of *possible* compensation and the mode of payment [...]“ (Hervorhebung von mir).

<sup>83</sup> O. Fn. 72.

<sup>84</sup> Vgl. nur *Norton*, AJIL 85 (1991), 474 ff.; *Verwey/Schrijver*, NYIL 15 (1984), 3 (19); *Herdegen* (o. Fn. 3), § 17 Rn. 8.

<sup>85</sup> *Jiménez de Aréchaga*, RdC 159 (1978), 1 (302); *Schäfer*, RIW 1998, 199 (204); *Schachter*, AJIL 78 (1984), 121 (128 ff.).

<sup>86</sup> Vgl. *Mowri*, The International Law of Expropriation as Reflected in the Work of the Iran-U.S. Claims Tribunal, 1994, S. 363 ff. m.w.N.

<sup>87</sup> Vgl. etwa das amerikanische Restatement of the Law (Third), § 712; ferner *Schäfer*, RIW 1998, 199 (203). – Als wenig repräsentativ für die bestehende *opinio iuris* und Staatenpraxis müssen Globalentschädigungsabkommen (lump-sum agreements) gelten, die meist für eine (historische) Ausnahmesituation Abschlüsse vom vollen Schadensersatz zuließen, um so mehr, als den Parteien eines Entschädigungsabkommens die vertragliche Abweichung von gewohnheitsrechtlichen Standards nicht verwehrt ist. Zu solchen Abkommen etwa *Lillich/Weston*, AJIL 82 (1988), 69 ff.

<sup>88</sup> Vgl. die Nachweise *infra* Fn. 93.

<sup>89</sup> *Verwey/Schrijver*, NYIL 15 (1984), 3 (84 ff.); *Häde*, ArchVR 35 (1997), 181 (199 f.) m.w.N.; *Dolzer*, AJIL 75 (1981), 533 (566 ff.).

ners wenig Raum<sup>90</sup>. Von höherer Aussagekraft, wiewohl nach Art. 38 I lit. d IGH-Statut nur „Hilfsquelle“ der Völkerrechtserkenntnis<sup>91</sup>, sind Schiedssprüche. Die Schiedskörper des Iran-US Claims Tribunal sind fast einhellig zum Schluss gelangt, dass weiterhin, zumindest bei Einzelenteignungen<sup>92</sup>, voller Schadensersatz das Maß aller Dinge sei, und deuten in diesem Sinne mitunter auch das Attribut „appropriate“<sup>93</sup>. Allerdings wird nicht nur die Repräsentativität seiner aus drei Richtern bestehenden Spruchkörper, die den Vertretern der Industriestaaten stets eine Stimmenmehrheit garantierte, in Zweifel gezogen<sup>94</sup>, sondern auch diejenige der relativ wenigen Staaten, deren Enteignungen bisher Anlass zu Schiedsverfahren gegeben haben<sup>95</sup>. Die Erkenntnis des anzulegenden Maßstabs (voller oder teilweiser Ausgleich) wird zusätzlich dadurch erschwert, dass in der Praxis nicht scharf zwischen ausgleichsfähigem Wertanteil und Grundlage der Wertberechnung geschieden werden kann: Wer z.B. die Rechtsauffassung vertritt, dass entgangene Gewinne nicht ausgeglichen werden müssten, kann entweder ihre wertbestimmende Funktion leugnen (dann ist der Ausgleich im Rechtssinne ein voller) oder nur die Ausgleichsnotwendigkeit (dann ist der Ausgleich unvollständig). Im Ergebnis liegt der „richtige“ Umfang der Entschädigung in einer völkerrechtlichen Grauzone. Letzte Gewissheit über eine der überwiegenden Praxis vollen Ausgleichs korrespondierenden *opinio iuris* kann nicht erlangt werden<sup>96</sup>.

Als weitere Kriterien der rechtmäßigen Enteignung gelten, dass die Maßnahme dem öffentlichen Wohl dienen solle – ein angesichts der staatlichen Einschätzungsprärogative bedeutungsarmer Vorbehalt – und dass sie nicht diskriminierend wirken dürfe. Auch dieses (an sich unumstrittene) Kriterium ist mangels eines einheitlichen Begriffshorizonts der Diskriminierung<sup>97</sup> blass, seine Auslegung umstritten geblieben. Nach der jüngeren ICSID-Rechtsprechung ist gewohnheitsrechtlich weder die Gleichbehandlung aller Ausländer noch ihre Gleichstellung mit Inländern gefordert, sondern nur die willkürliche Benachteiligung des Ausländers mit der Intention seiner Schädigung.

<sup>90</sup> Häde, ArchVR 35 (1997), 181 (187), erwägt gar, ob es sich beim „Hull-Standard“ um partikuläres Völkerrechtsgewohnheitsrecht der Industriestaaten handle.

<sup>91</sup> Dazu Schäfer, RIW 1998, 199 (204).

<sup>92</sup> Vgl. jedoch *INA Corp. v. Iran*, Iran-USCTR 8 (1985-I), 373 (378): „In the event of [...] large-scale nationalisations of a lawful character, international law has undergone a gradual reappraisal, the effect of which may be to undermine the doctrinal value of any ‘full’ or ‘adequate’ (when used as identical to ‘full’) compensation as standard as proposed in the case.“ I.E. wurde dies für den zu entscheidenden Fall aber zurückgewiesen.

<sup>93</sup> Vgl. *Amoco Int'l. Finance Corp. v. Iran*, Iran-USCTR 15 (1987-II), 189 (223 f.); „adequate“ = „full“; *Sola Tiles, Inc. v. Iran*, Iran-USCTR 14 (1987-I), 223 (234 ff.); „appropriate“ = „full“; *SEDCO, Inc. v. Iran*, Iran-USCTR 10 (1986-I), 180 (184 ff.); Ausführliche Analyse bei *Norton*, AJIL 85 (1991), 474 (479 ff.).

<sup>94</sup> Vgl. *Khan*, *The Iran-United States Claims Tribunal*, 1990, S. 259 f.; abl. *Magraw*, *The Tribunal in Jurisprudential Perspective*, in: *Lillich/Magraw* (Hrsg.), *The Iran-United States Claims Tribunal*, 1998, S. 1 (35).

<sup>95</sup> Häde, ArchVR 35 (1997), 181 (201).

<sup>96</sup> Vgl. Häde, ArchVR 35 (1997), 181 (202); *Pellonpää/Fitzmaurice*, NYIL 19 (1988), 53 (175 f.); für eine Art „Zwischenstandard“ *Dolzer*, AJIL 75 (1981), 553 (572 ff.): „Neither the Calvo Doctrine nor the Hull rule represent existing customary law“ (S. 578); für „angemessene Entschädigung“ *Schäfer*, RIW 1998, 199 (204).

<sup>97</sup> Vgl. hierzu *Dolzer*, in: FS Eitel, 2003, S. 291 (296 ff.). Der Begriff kann die bloße Benachteiligung bezeichnen (die eine Enteignung immer verkörpert), aber auch diejenige um der Ausländereigenschaft willen (dann wäre einem Staat untersagt, das Innehaben bestimmter Eigentumsrechte eigenen Staatsangehörigen zu reservieren) oder nur die willkürliche Benachteiligung des Ausländers. Für eine kontextabhängige Auslegung *Maniruzzaman*, *Transnat'l. L. & Pol'y* 8 (1998), 57 ff.

gung untersagt<sup>98</sup>. Auf vertraglicher, insbesondere bilateraler Ebene wird die Behandlung des Ausländers in Investitionsangelegenheiten allerdings vielfach bereits an den welthandelsrechtlichen Grundsätzen der Meistbegünstigung und der Inländerbehandlung (die übrigens selbst keine gewohnheitsrechtliche Wirkung entfalten) gemessen<sup>99</sup> – Anzeichen für eine sachgerechte Konvergenz der Maßstäbe. Ebenso auslegungsoffen wie „nichtdiskriminierend“ ist das nächste in der „Hull-Formel“ genannte Kriterium, wonach der Ausgleich „prompt“ zu erfolgen hat. Die Praxis verfährt relativ großzügig: Weder wurden etwa gegen Entschädigungen in Form von Staatsobligationen oder Ratenzahlungen durchgreifende Bedenken laut<sup>100</sup>, noch problematisierten Schiedsgerichte die Rechtmäßigkeit von Enteignungen aus dem Grunde, dass eine Entschädigung in angemessener Höhe zum Zeitpunkt der Gerichtsentscheidung noch nicht gewährt worden war. „Wirkungsvoll“, das letzte Attribut, bedeutet vor allem, dass die Entschädigung in konvertibler Währung oder einem gleichwertigen Surrogat gezahlt wird<sup>101</sup> und damit einen „Gegen-Wert“ darstellt.

Ob Art. 14 III 3 GG, eine für In- und Ausländer unterschiedslos geltende Bestimmung, wonach der Ausgleich unter dem Vorbehalt einer Abwägung mit dem öffentlichen Interesse steht, dem Hull-Standard entspricht, erscheint fraglich<sup>102</sup>. Insoweit muss eine völkerrechtskonforme Auslegung des Inhalts vorgenommen werden, dass der in den Enteignungsgesetzen meist vorgeschriebene Ersatz des Verkehrswertes<sup>103</sup> als Ergebnis des Abwägungsprozesses gedeutet wird, im öffentlichen Interesse m.a.W. nicht mehr als der Preis angesetzt wird, den das Eigentumsobjekt beim Verkauf im Rechtsverkehr tatsächlich erzielen könnte. Ein öffentliches Interesse besteht zudem auch an der Vermeidung von Völkerrechtsverletzungen durch Deutschland, so dass Abwägung und voller Marktwertersatz im Ergebnis gleichläufig sind. Unter den westeuropäischen Mitgliedstaaten des Europarates, deren Staatsangehörige nach Inländern Hauptbetroffene von Enteignungsmaßnahmen sind, bestehen weithin übereinstimmende Ausgleichsstandards<sup>104</sup>. Hier deutet sich ein „gemeineuropäischer Rechtsstandard“ an, der über der Angleichung der nationalen, meist mit einem Abwägungsvorbehalt versehenen nationalen Rechtsvorschriften Unterschiede zwischen eigenen und fremden Staatsbürgern immer weiter einebnet<sup>105</sup>.

<sup>98</sup> Dies würde bedeuten, dass jedenfalls gewohnheitsrechtlich (vgl. aber oben Fn. 3) keine Inländerbehandlung gefordert ist. Im letztgenannten Sinne etwa der ICSID-Schiedsspruch vom 25.6.2001 im Fall *Genin* (Alex Genin and others v. Republic of Estonia (Case No. ARB/99/2), Nr. 367 (<http://www.worldbank.org/icsid/cases/genin.pdf>)).

<sup>99</sup> Vgl. *Karl*, RIW 1994, 815 m.N.

<sup>100</sup> Zur Üblichkeit solcher Ratenzahlungen *Dolzer* (o. Fn. 60), Rn. 44; *Gloria*, in: *Ipsen* (o. Fn. 6), § 47 Rn. 26.

<sup>101</sup> *Herdegen* (o. Fn. 3), § 17 Rn. 7. – Insoweit bestehen Querverbindungen zur (erst in statu nascendi befindlichen) Kapitalverkehrsfreiheit als einem Komplement des Investitionsschutzes.

<sup>102</sup> Skeptisch für andere nationale Rechtsregimes auch *Dolzer*, AJIL 75 (1981), 553 (569 ff.).

<sup>103</sup> BGHZ 39, 198 (200).

<sup>104</sup> Vgl. die Nachweise von *Bergmann*, Die völkerrechtliche Entschädigung im Falle der Enteignung vertragsrechtlicher Positionen, 1997, S. 135 ff. (Vergleich F, UK, CH, A).

<sup>105</sup> Vgl. hierzu auch *Dolzer*, Eigentumsschutz als Abwägungsgebot, in: FS Zeidler, 1987, S. 1677 (1691); dieser allerdings erkennt der „fairen und gerechten Abwägung“ auch die Funktion einer „Leitlinie für den derzeitigen Stand des Völkerrechts und der Bestimmung des dort geforderten Mindeststandards“ zu (S. 1685).

## b) Berechnungsmethode und Relevanz der Rechtmäßigkeit

Für die Bestimmung der anzusetzenden Ausgleichssumme fehlt es an einer einheitlichen Methode. Angesichts der Situationsgebundenheit der Enteignungen und der Unterschiedlichkeit der vermögenswerten Rechte überrascht dies nicht. Für die Bestimmung des Wertes enteigneter Unternehmen ist – vor allem seitens des Iran-US Claims Tribunal – eine Palette von Bewertungsansätzen entwickelt worden, deren Auswahl faktisch der Opportunität des mit dem Fall befassten Schiedsgerichts obliegt<sup>106</sup>. Angesichts der Komplexität der zugrunde liegenden betriebswirtschaftlichen Berechnungsmethoden soll die Betrachtung hier auf die Frage verengt werden, ob neben dem Substanzwert des Unternehmens auch entgangene Gewinne ersetzt werden müssen. In aller Regel wird der „fair market value“ zum Ausgangspunkt genommen, der Preis also, den ein normaler Käufer unter normalen Bedingungen dafür zahlen würde<sup>107</sup>. Umstritten ist, ob im Falle des Vorliegens eines „going concern“, also eines eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs, über den Buchwert hinaus auch Elemente wie Kundenstamm und entgangener Gewinn (*lucrum cessans*) entgolten werden müssen<sup>108</sup>. Mehrere Schiedsurteile des Iran-US Claims Tribunal haben dem enteigneten Rechtsträger auch dies zugesprochen, wenn teils mit einem Abschlag für künftige Kosten und wirtschaftliche Risiken<sup>109</sup>. Dies illustriert, dass der Begriff der „vollen Entschädigung“ durch die angewandte Bemessungsmethode in hohem Maße relativiert wird. Zur Demonstration einer völkerrechtlichen *opinio iuris* und Rechtspraxis sind die Schiedsurteile allzu disparat<sup>110</sup>.

Angesichts der tatsächlichen Tendenz zur Gewährung vollen Schadensersatzes unter Einbeziehung des Ausgleichs künftiger Erwerbssaussichten erscheint die Frage berechtigt, welcher Stellenwert der Rechtmäßigkeit der Enteignungsmaßnahme überhaupt noch zukommt<sup>111</sup>. In der „Chorzów“-Entscheidung (1922) über die Enteignung deutscher Betriebe im abgetretenen Teil Oberschlesiens bemühte sich der StIGH noch um säuberliche Trennung: hier die entschädigungspflichtige Enteignung, dort der Völkerrechtsverstoß, der nach allgemeinen Regeln zum Ersatz des entstandenen Schadens – im Falle der Eigentumsentziehung durch Restitution und nur bei ihrer Un-

---

<sup>106</sup> Hierzu insbes. (und m.w.N.) *Wolfrum*, Die Bewertung von internationalen Enteignungsansprüchen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Iran/US Claims Tribunals, in: *Liber Amicorum Seidl-Hohenveldern*, 1998, S. 823 (824 ff.), welcher dem Entschädigungsanspruch irritierenderweise die Prämisse rechtswidrigen Agierens zugrunde legt (S. 823).

<sup>107</sup> So ausdrücklich Abschnitt IV, Nr. 2.3 MAI-Entwurf (o. Fn. 20).

<sup>108</sup> Zur Diskussion *Bowett*, BYIL 59 (1988), 49 (insbes. 61 ff.), der an der „Chorzów“-Linie des StIGH (dazu infra Fn. 112) festhalten will; *Weil*, RdC 128 (1969 III), 98 (225). Diese Frage ist von der nach der Verzinsung der fälligen Entschädigungssumme (*Wolfrum* [o. Fn. 106], S. 834 ff.) für den Zeitraum seit der Eigentumsentziehung zu unterscheiden, bei der es sich nur um einen Ausgleich für die Erträge aus der andernfalls möglichen Anlage des in der Entschädigung freigesetzten Eigenkapitals am Kapitalmarkt handelt.

<sup>109</sup> So insbes. *American International Group v. Iran*, Iran-USCTR 4 (1983 III), 96 (109): „[...] not only the net book value of its assets, but also such elements as good will and likely future profitability, had the company been allowed to continue its business under its former management.“ Weitere Nachweise und Analyse: *Herdegen* (o. Fn. 3), § 17 Rn. 8 f.; *Mouri* (o. Fn. 86), S. 383 ff.

<sup>110</sup> So auch *Mouri* (o. Fn. 86), S. 59; zust. *Bergmann* (o. Fn. 104), S. 73.

<sup>111</sup> Skeptisch insoweit offenbar auch *Herdegen* (o. Fn. 3), § 17 Rn. 10.

möglichkeit durch Geldersatz – verpflichtet<sup>112</sup>. Dieser Schadensersatz schließt entgangene Gewinne notwendigerweise ein. In der Schiedspraxis fällt die Zuordnung zu den Kategorien „rechtmäßig“ und „rechtswidrig“ oft schwer: Ist die Enteignung bereits durchgeführt und hält das Schiedsgericht einen höheren als den gewährten Ausgleich für geboten, lässt dies logisch darauf schließen, dass die Maßnahme rechtswidrig gewesen sein muss<sup>113</sup>; sehen die Parteien des Schiedsvertrages dagegen vor, bei Uneinigkeit über die Höhe der Entschädigung diese von einem Schiedsgericht festsetzen zu lassen, muss die Maßnahme – bei im Grunde gleicher Ausgangslage – als rechtmäßig gelten. Im Falle der iranischen Enteignungen amerikanischer Unternehmen hat kein einziges Schiedsgericht dezidiert an die Rechtswidrigkeit der Maßnahmen angeknüpft. Soweit eine Zuordnung hier überhaupt noch erfolgt, werden Unterschiede durch die „going concern“-Methode mitunter eingeebnet. So räumt das Schiedsgericht im Fall Phillips Petroleum Co. freimütig ein, für die Frage der Entschädigung sei die Rechtmäßigkeit der Maßnahme ohne Belang. Bedeutung entfalte der Unterschied nur, wenn Rückgabe des Eigentums gefordert werde, sowie für die Berücksichtigung des Wertzuwachses zwischen Entzugszeitpunkt und Gerichtsentscheidung<sup>114</sup>. Insofern tendieren die Schiedsgerichte dazu, unter Aufgabe der überkommenen Regeln, denen zufolge nach völkerrechtlichen Unrechtshandlungen die Wiederherstellung des status quo ante (restitutio in integrum) grds. geboten ist, dem Geschädigten praktisch ein Wahlrecht zwischen Restitution und Geldausgleich einzuräumen, das stark an die modifizierte BGH-Rechtsprechung zum enteignungsgleichen Eingriff nach der Nassauskiesungs-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gemahnt<sup>115</sup>. Unbedenklich ist diese Assimilation der Maßstäbe nicht: Wird sich der Empfängerstaat bewusst, dass Rechtstreue nicht privilegiert wird, könnte er geneigt sein, dem enteigneten Unternehmen eine (volle) Entschädigung zunächst vorzuenthalten – hat er doch selten mehr zu befürchten, als später einmal zur Einhaltung der Enteignungsstandards verurteilt zu werden.

### 3. Versicherung

Hat sich das Enteignungsrisiko realisiert, ohne dass der Investor hinreichenden Ausgleich erwirken kann, stellt das Völkervertragsrecht ein System „tertiären Enteignungsschutzes“ in Gestalt des Versicherungssystems der Multilateralen Investitions-Garantie-Agentur (MIGA) bereit<sup>116</sup>. Die zur Weltbank-Gruppe zählende Einrichtung verfügt heute über 163 Mitgliedstaaten, die in die Gruppen der Investor- und der

<sup>112</sup> PCJI (StIGH), Série A, Nr. 17 (1928), S. 47.

<sup>113</sup> Dies nimmt etwa Norton, AJIL 85 (1991), 474 (488 f.), für die Mehrzahl der Schiedsfälle an.

<sup>114</sup> Iran-USCTR 21 (1989-I), 79 (122); anders wohl Amoco Int'l. Finance Corp. v. Iran, Iran-USCTR 15 (1987 II), 189 (222 f.); dezidiert anders Dupuy (o. Fn. 67), Nr. 93 ff.

<sup>115</sup> Deutlich Phillips Petroleum Co. Iran v. Iran, Iran-USCTR 21 (1989-I), 79 (122). Banz (o. Fn. 61), S. 79 ff., weist nach, dass die Einigung auf Gewährung von Schadensersatz für den Fall „enteignungsgleicher Eingriffe“ auf völkervertraglicher Ebene nicht unüblich ist.

<sup>116</sup> Ausführlich Shibata, RdC 203 (1987 III), 97 ff.

Empfängerstaaten gegliedert sind<sup>117</sup>. Aufgrund der weltbanktypischen Stimmengewichtung in Relation zur Einlage (Art. 39 MIGA-Übk.) kommt die Agentur einem internen Ausgleichsmechanismus zwischen den Industriestaaten materialiter relativ nahe. Über MIGA werden nicht nur das Enteignungsrisiko und das Vertragsbruchrisiko durch den Empfängerstaat abgedeckt, sondern auch das Transferrisiko<sup>118</sup> (Art. 11 lit. a). Der Schutz durch die Agentur setzt vor allem dort an, wo angemessener privater Versicherungsschutz nicht mehr erlangt werden kann (Art. 21). Nicht versichert ist der Schutzgegenstand gegen allgemeine Regulierungsmaßnahmen nicht-diskriminierenden Charakters (Art. 11 lit. a (ii) Hs. 2), Einschränkungen also, die gemäß nationaler Dogmatik mangels Sonderopfers als bloße Inhaltsbestimmung des Eigentums gelten würden.

MIGA-Garantien – bis dato rund 650 für Projekte in 85 Ländern mit einem Investitionsgesamtvolumen von 12 Mrd. US-\$ – werden für einzelne Investitionsakte und bestimmte Investoren durch Garantievertrag erteilt (Art. 12 ff.). Sie werden den betroffenen Investoren erteilt, die aufgrund dessen Inhaber des garantievertraglichen Anspruchs sind. Voraussetzung ist, dass sie erstens die Staatszugehörigkeit eines Vertragsstaates haben und zweitens ihr Hauptverwaltungssitz in einem anderen Vertragsstaat als dem Empfängerstaat liegt oder Staatsangehörige dieses Vertragsstaates zumindest die Kapitalmehrheit am Unternehmen innehaben (Art. 13 MIGA). Die Ausstattung von Investoren mit eigenen, nicht in einer nationalen Rechtsordnung wurzelnden Garantieansprüchen, die ohne weiteres Zutun des Heimatstaats begründet werden, unterstreicht den bereits angedeuteten Befund einer Aufwertung privater Wirtschaftssubjekte zu partiellen, partikulären Völkerrechtssubjekten.

## V. Gerichtliche Durchsetzung völkerrechtlich begründeter Entschädigungsansprüche

Beim Verfahrensrecht des internationalen Enteignungsschutzes zeigt sich wie kaum sonst der Verfall des klassischen Souveränitätsgedankens: Anstelle der üblicherweise zuständigen innerstaatlichen Gerichte, vor denen sich der Einzelne um Rechtsschutz zu bemühen hätte (local remedies), bevor der Heimatstaat (ohne hierzu verpflichtet zu sein) einen mit dem potenziellen Individualrecht keineswegs identischen völkerrechtlichen Anspruch geltend machen könnte, wird die Zuständigkeit für die Entscheidung über die Rechtsstreitigkeiten – dies sehen auch die meisten bilateralen Vereinbarungen so vor – „neutralen“ internationalen Instanzen in Gestalt von Schiedsgerichten übertragen. Nicht der Heimatstaat ist hier aktivlegitimiert, sondern das rechtlich „immedi-

---

<sup>117</sup> Diese und die folgenden Zahlenangaben zit. nach [www.miga.org/screens/about/about.htm](http://www.miga.org/screens/about/about.htm) (Stand 9.9. 2003).

<sup>118</sup> Vgl. *Shibata* (o. Fn. 116), S. 174 ff. – Dieses betrifft den Fall, dass Entschädigung zwar gezahlt wird, doch die Devisen nicht transferiert werden dürfen.

atisierte<sup>119</sup> Investorunternehmen. Damit wird institutionellen Schwächen innerstaatlicher Streitbeilegung (Ineffizienz, Parteilichkeit, Korruption) Rechnung getragen; das Völkerrecht zollt jedoch auch der Realität der Globalisierung Tribut. Darunter soll hier der Machtzuwachs nichtstaatlicher international agierender Einzelner verstanden werden<sup>120</sup>, deren Einfluss und wirtschaftliche Potenz sich in vielen Fällen mit denen der Empfängerstaaten messen können und deren Staatszugehörigkeit, wie eingangs dargestellt, volatil geworden ist. Das MAI, wäre es in Kraft getreten, hätte mit seinen weit reichenden Unternehmensrechten und dem ausgeklügelten Streitbeilegungsmechanismus<sup>121</sup> diesem Trend zur Immediatisierung des Sahnehäubchens aufgesetzt – ein vor allem transnationalen Unternehmen zugute kommendes Privileg, das die Kluft zum vergleichsweise wenig entwickelten völkerrechtlichen Menschenrechtsschutz freilich noch erweitert hätte<sup>122</sup>. Nicht unerwähnt sollte bleiben, dass den materiell weiter fortgeschrittenen Regeln zum Schutz des geistigen Eigentums keine dementprechende Emanzipation des Individuums entspricht. Teil III des TRIPS-Übereinkommens verpflichtet die Mitgliedstaaten lediglich dazu, innerstaatlich die erforderlichen Rechtsbehelfe zur Verfügung zu stellen<sup>123</sup>. Auf internationaler Ebene stehen lediglich zwischenstaatliche Streitbeilegungsmechanismen bereit; ein eigenes Klagerecht vor WTO-Instanzen steht dem ausländischen Rechtsinhaber nicht zu<sup>124</sup>.

Das 1965 unter Weltbank-Ägide eingerichtete *International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID)*<sup>125</sup> ist das bedeutsamste multilaterale Forum für die Beilegung von Streitigkeiten betreffend Auslandsinvestitionen<sup>126</sup>; an ihm partizipieren mittlerweile 140 Mitgliedstaaten<sup>127</sup>. Gründete sich die Ordnungsfunktion dieses Schiedsgerichtssystems lange mehr auf dessen bloße Existenz denn auf die Zahl der Schiedssprüche<sup>128</sup>, ist in der jüngsten Zeit ein deutlicher Anstieg der Zahl anhängig gemachter Fälle zu verzeichnen: 2002 waren es 18, 2003 bereits 29. Die Zuständigkeit

<sup>119</sup> Kämmerer (o. Fn. 33), S. 557 f.

<sup>120</sup> Vgl. U. Beck, Was ist Globalisierung?, 1998, S. 29 ff.

<sup>121</sup> MAI-Entwurf (o. Fn. 20), Abschnitt V, insbes. D. Danach impliziert die MAI-Mitgliedschaft bereits die unbedingte Unterwerfung unter die Schiedsgerichtsbarkeit. Die Wahl des Streitbeilegungsverfahrens obliegt dem Investor (Nr. 2, 3 lit. a).

<sup>122</sup> So mit Recht Hartwig, Aussenpolitik 54 (1999), S. 75 (104); Geiger, N.Y.U. Env'tl. L.J. 11 (2002), 94 (101, 106).

<sup>123</sup> Näheres etwa Th. Dreier, GRUR Int. 1996, 205 (210 ff.).

<sup>124</sup> Vgl. Stoll/Schorckopf (o. Fn. 41), Rn. 640 ff.; krit. Matthews (o. Fn. 47), S. 89 ff.

<sup>125</sup> BGBl. 1969 II, 369 ff.

<sup>126</sup> Nur bei Vorliegen einer Streitigkeit, die unmittelbar aus einer Auslandsinvestition herrührt, ist ICSID sachlich zuständig (Art. 25); maßgeblich bleibt damit gleichwohl das (enge oder weite) Begriffsverständnis der streitenden Parteien. Im Fall Fedax N.V. v. Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/96/3; Prozessurteil vom 11.7.1997 und Sachurteil vom 9.3.1998 [ILM 37 (1998), 1378 ff. und 1391 ff.; ICSID Reports 5 (2002), 183 ff., 200 ff.]) ging es um die Frage, ob die Inhaberschaft eines Wechsels, der von einem Staat für eine Dienstleistung eines nationalen Unternehmens begeben worden und an ein ausländisches Unternehmen indosiert worden ist, eine Auslandsinvestition darstellen kann. Das Gericht bejahte dies und schloss nur Streitigkeiten aus „ordinary commercial transactions“ vom Begriff der Auslandsinvestition kategorisch aus. Vgl. hierzu Escher, RIW 2001, 20 (22, 26 ff.) m.w.N.

<sup>127</sup> Weitere 14 Staaten haben das Abkommen unterzeichnet. Angaben (Stand 3.11.2003) nach <http://www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-en.htm>.

<sup>128</sup> Herdegen (o. Fn. 3), § 19 Rn. 10; Semler, SchiedsVZ 2003, 97 (102). Deutsche Unternehmen haben ICSID-Schiedsverfahren (laut Semler, a.a.O.) bisher nur in drei Fällen anhängig machen müssen.

des ICSID *ratione personae* ist gegeben, wenn an einer Streitigkeit auf der einen Seite ein Vertragsstaat und auf der anderen ein privater Investor aus einem anderen Vertragsstaat beteiligt sind<sup>129</sup>. Art. 11 II des deutschen Musterabkommens verweist für den Streitfall auf das ICSID-Schiedsverfahren, wenn der Empfängerstaat – was meist der Fall ist – Vertragspartei ist<sup>130</sup>. Wie die meisten mit Investitionsschutzfragen befassten Schiedsgerichte entscheiden ICSID-Spruchkörper nicht nach Billigkeitskriterien, sondern nach Recht. Gemäß Art. 42 ICSID-Statut handelt es sich hierbei um das Recht des Empfängerstaates einschließlich seines IPR zuzüglich der „einschlägigen Regeln des Völkerrechts“ („those rules of international law as may be applicable“) Im Konfliktfall wurde in der Spruchpraxis des ICSID dem allgemeinen Völkerrecht, wenn auch mit Unterschieden im Ansatz, grundsätzlich Vorrang gegenüber nationalen Normen zuerkannt<sup>131</sup>, womit die Rechtsstreitigkeiten nicht nur in verfahrensrechtlicher, sondern auch in materiellechtlicher Hinsicht eine Internationalisierung erfahren. Den Zuspruch, dessen sich ICSID erfreut, verdankt es neben dem schon angesprochenen Verfahrenspragmatismus den Sicherungsmechanismen für die Unparteilichkeit der Entscheidung; so muss z.B. die Mehrzahl der Richter aus Drittstaaten stammen (Art. 39). Nicht nur die Souveränität des Empfängerstaates, dessen Gesetze in ihrer Wirkungskraft gehemmt sind, wird angetastet, sondern auch die des Herkunftsstaates: Zwar behält er seinen völkerrechtlichen Anspruch aus Schädigung eines staatszugehörigen Unternehmens, doch darf er diesen nur geltend machen, wenn der im Verfahren unterlegene Empfängerstaat den Schiedsspruch nicht befolgt (Art. 27). Nicht nur in verfahrensrechtlicher Hinsicht wird der Private damit zum partiellen Völkerrechtssubjekt erhoben, sondern er macht auch einen Anspruch geltend, der – jedenfalls zum Teil – völkerrechtlicher Natur ist.

Ob das ICSID aktiv werden kann, liegt dennoch auch in der Hand des Empfängerstaats: Zusätzlich zu seiner Ratifikation des ICSID-Vertrages bedarf es gemäß Art. 25 der schriftlichen Einwilligung der Parteien, ihre Streitigkeiten dem Zentrum zu unterbreiten (was der Investor dem Empfängerstaat freilich bereits zur Bedingung für die Investition machen kann)<sup>132</sup>. Diese Zustimmung, die durch schriftliche Erklärungen, Gesetz, Investor- oder Investitionsschutzvertrag oder eine Klausel in einem multilateralen Vertrag erteilt werden kann<sup>133</sup>, darf nicht mehr einseitig zurückgenommen wer-

---

<sup>129</sup> Art. 25 I, II ICSID-Konvention. Erweiterung der Zuständigkeit ist erfolgt durch die „Additional Facility Rules“ von 1978. Diese Richtlinien des ICSID-Verwaltungsrates (ohne Vertragsqualität) gestatte nunmehr den Parteien auch dann, eine Streitigkeit vor das ICSID zu tragen, wenn entweder der Empfängerstaat oder der Heimatstaat des Investors nicht ICSID-Vertragspartei ist. Vgl. auch *Karl*, RIW 1994, 809 (813); *Escher*, RIW 2001, 20 (25).

<sup>130</sup> Ist der Partnerstaat an ICSID nicht gebunden (wie z.B. Brasilien oder Indien), können sich die Parteien freiwillig der „Additional Facility“ unterwerfen. Näher *Semler*, SchiedsVZ 2003, 97 (98, 100).

<sup>131</sup> Zum Teil wurde hierbei, auch im Falle einer von den Parteien vorgenommenen Rechtswahl, das Völkerrecht als hierarchisch übergeordnete Ordnung als Korrektiv des nationalen Rechts verwendet, während in anderen Fällen eine parallele Anknüpfung vollzogen wurde; vgl. *Arnoldt*, Praxis des Weltbankübereinkommens (ICSID), 1997, S. 94 ff., 109 ff.

<sup>132</sup> Zu den möglichen Erklärungsmustern *Escher*, RIW 2001, 20 (23).

<sup>133</sup> Vgl. zur letztgenannten Variante Art. 1120 NAFTA, Art. 26 Energie-Charta. Insgesamt hierzu *Schreuer*, The ICSID Convention. A Commentary, 2001, Art. 25 Rn. 241 ff.

den (Art. 25 I 2), und weil sie grundsätzlich als Verzicht auf jeden anderen Rechtsbehelf gilt (Art. 26 S. 1), begründet sie die ausschließliche Zuständigkeit des ISCID. Dessen Schiedssprüche sind nach Art. 53 lit. f wie rechtskräftige Urteile staatlicher Gerichte zu behandeln; einer speziellen Anerkennung oder Vollstreckbarkeitserklärung bedarf es daher nicht<sup>134</sup>. Von der den Mitgliedstaaten durch Art. 26 S. 2 des Vertrages eröffneten Möglichkeit, die Erschöpfung nationaler administrativer oder judikativer Rechtsbehelfe zur Voraussetzung für die Zustimmung nach Art. 25 zu erklären, wird meist nur in bilateralen Investitionsschutzverträgen und dort in sehr unterschiedlichem Maße Gebrauch gemacht<sup>135</sup>. Die Grundregel des Art. 26 S. 1 verdeutlicht jedenfalls, dass auch ICSID gleichsam eine „Versicherungsfunktion“ zukommt: Seine funktionsfähigen Spruchkörper treten in Aktion, soweit (und weil) der Empfängerstaat über solche nicht verfügt und der Herkunftsstaat zur Gewährung diplomatischen Schutzes möglicherweise nicht gewillt ist – das Risiko der Unterwerfung unter das Verfahrensrecht des Empfängerstaates wird mithin abgefangen<sup>136</sup>; und es rekurriert auf das allgemeine Völkerrecht als Auffangordnung, wo nationale Rechtsnormen keinen ausreichenden Schutz bieten.

## VI. Ergebnis

Der völkerrechtliche Eigentumsschutz entbehrt eines homogenen Schutzansatzes. Es liegt ein zerfasertes Kompositum vorwiegend völkervertraglicher Regelungen vor, die in Telos, in persönlichem und sachlichem Anwendungsbereich divergieren. Normative Defizite im multilateralen Bereich haben zu einer weit reichenden Bilateralisierung des Investitionsschutzes geführt, welche die erwogene Integration in das WTO-Instrumentarium erschweren dürfte. Sinnvoll wäre diese angesichts der Interdependenz von Auslandsinvestitionen und Auslandshandel allemal. Das Nebeneinander des investitionsrechtlichen „Flickenteppichs“<sup>137</sup> und des nahezu monolithischen WTO-Blocks erschwert bislang die erwünschte Konkordanz von Regelungszielen. Auch schmerzliche Lücken, wie bei der Abwehr von Transferrisiken<sup>138</sup>, könnten durch Kodifikation geschlossen, dogmatische Unschärfen – etwa betreffend das Verhältnis von Nichtdiskriminierung des Ausländers und Inländerbehandlung – bereinigt werden. Das Scheitern des MAI muss jedoch als Mahnung verstanden werden, über allem handelsbezogenen Pragmatismus die strategische Ordnungskonzeption des Völkerrechts nicht gering zu achten. Nur zu einer ephemeren Wirtschaftsblüte führt der Zustrom ausländischen Kapitals, wo die Liberalisierung im Investitionsbereich allein

<sup>134</sup> Der Vertrag sieht in Art. 51 und 52 unter bestimmten Voraussetzungen auch die Änderung oder Aufhebung von Schiedssprüchen vor und begründet damit eine – wenn auch bescheidene – faktische Revisionsmöglichkeit. Vgl. *El-Kosheri*, in: FS Seidl-Hohenveldern, 1998, 103 (105).

<sup>135</sup> Näheres bei *Schreuer* (o. Fn. 133), Art. 26 Rn. 99 ff.

<sup>136</sup> *Herdegen* (o. Fn. 3), § 19 Rn. 10.

<sup>137</sup> *Dolzer*, in: FS Eitel, 2003, S. 291 (293).

<sup>138</sup> Ein Modell, wie diese funktionieren könnte, bietet Art. 14 ECV.

der Gewinnoptimierung transnationaler Unternehmen dienlich ist. Eine übergreifende „Sozialbindung“ beim Kapitaleinsatz für Investitionszwecke wird, soweit ersichtlich, jedoch nicht erwogen, und auch die Chancen auf effizienten Schutz der Menschenrechte Dritter gegen Einwirkungen solcher formell privaten Akteure<sup>139</sup> stehen nicht allzu gut. So könnte das erstrebte „GATT für Investitionen“, vor allem wenn es sich zu eng an die bilateralen Investitionsschutzverträge anlehnt<sup>140</sup>, eine von vielen als rechtspolitisch unerwünscht angesehene Privilegierung transnationaler Unternehmen gegenüber anderen Privatrechtssubjekten nach sich ziehen und der ohnehin unterentwickelte menschenrechtliche Schutz des Eigentums noch weiter als bisher hinter den Investitionsschutz zurückfallen. Die Staatengemeinschaft wird sich zugleich fragen müssen, bis zu welchem Punkt sie die Rechtsstellung privater „global players“ in materiell- wie verfahrensrechtlicher Hinsicht derjenigen von Staaten weiter annähern (internationale Privatisierung)<sup>141</sup> und insoweit die überkommene Souveränitätsidee weiter demontieren will – oder angesichts der wirtschaftlich-politischen Realität gar muss. Nur sollte die Entscheidung über Modus und Tragweite völkerrechtlichen Eigentumsschutzes nicht allein den Welthandelsinstitutionen überlassen bleiben; denn sie rührt unmittelbar an das Verhältnis zwischen staatlicher und privater Macht und damit an eine der Grundlagen der Völkerrechtsordnung.

---

<sup>139</sup> Dazu *Kelley*, Colum. J. Transnat'l. L. 39 (2001), 483 (498 ff.).

<sup>140</sup> Ihren Modellcharakter zieht *Karl*, ZVglRWiss 99 (2000), 143 (157), angesichts der ihnen ursprünglich zufallenden Lückenschlussfunktion mit Recht in Zweifel.

<sup>141</sup> *Geiger*, N.Y.U. Envtl. L.R. 11 (2002), 94 (98); vgl. auch *Schwartzmann*, ZVglRWiss 102 (2003), 75 ff.; zur Qualifikation als Privatisierungssachverhalt *Kämmerer* (o. Fn. 33), S. 551 ff.