

ABHANDLUNGEN • ARTICLES • ARTICLES

Zukunftsfähiger internationaler Rechtsrahmen für Investitionen in Afrika*Ludwig Gramlich***Abstract*

The future of sustainable development in Africa and for its growing population will depend on investments which might come mostly from abroad attracted by a favourable investment climate (or ecosystem). It is rather doubtful that the actual („old“) international legal framework for investment-related and investment-specific measures which does hardly create an adequate balance between the interests of all important public as well as private stakeholders would meet the requirement of today and tomorrow. But any alterations or improvements must start from the present state of things. So, this study looks at the different levels and various instruments dealing with traditional standards of investment and investor protection, e.g. BITs und TIPs, and at the activities of global, regional and sub-regional organizations (in particular EU and OHADA). Moreover, new developments at global and regional levels are discussed including trends showing a somewhat specific African approach to investment issues („Africanization“). Finally, a very important topic, i.e. the relation between investment protection and human rights (of investors and of other people negatively affected by relevant activities), is described and assessed in more detail.

A second part of the analysis will turn to elaborating on dispute settlement and enforcement issues since till today, there seems to be a sharp distinction between Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) by way of mediation, conciliation and arbitration on the one hand and judicial redress by national courts (of home, host or third States) on the other.

A. Einleitung

Ungeachtet der weltpolitischen Wende seit den 1990er Jahren nach dem Zusammenbruch der UdSSR und dem wirtschaftlich-politischen Aufstieg insbesondere der Volksrepublik China (auch als Herkunftsland von Direktinvestitionen im Ausland!¹) sowie weiterer global wesentlicher Faktoren wie Demografie und Klima ist, wie auch die *Sustainable Develop-*

* Univ.-Prof. i.R. (TU Chemnitz, Professur für Öffentliches Recht und Öffentliches Wirtschaftsrecht); l.gramlich@wirtschaft.tu-chemnitz.de.

1 Speziell zu Afrika s. <https://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=2109>.

ment Goals 2015² verlaubaren, generell weiterhin ein wirtschaftliches bzw. die Lebensqualität betreffendes weltweites Nord/Süd-Gefälle vorhanden, wenn es sich nicht gar vergrößert. Diese Feststellung gilt insbesondere auch für zahlreiche, ja, fast alle afrikanischen Staaten. Zu wenig wirksam war anscheinend die technische und wirtschaftlich-finanzielle Unterstützung durch diverse internationale Finanz-/Wirtschaftsinstitutionen (trotz zunehmendem strukturellen Einfluss nicht-westlicher Mitglieder), deren Defizite heute auch in zur internen Kontrolle erstellten, durchaus selbstkritischen Berichten aufgezeigt werden.³ Auch die Mittelflüsse im Rahmen der (i.d.R.) nationalen „official development assistance“ sind, wohl auch im Hinblick auf die relativ geringe Größenordnung (0,7 % des „gross national income“⁴), recht folgenlos geblieben. Vor allem im Umfeld der BRICS-Staaten⁵ errichtete neue intergouvernementale Institutionen⁶ stellen zumindest bisher noch keine echte Konkurrenz hierzu dar, und Afrika ist in der G7 nicht, in der G20 nur marginal (allein durch Südafrika) vertreten⁷; zu den jährlichen Treffen als Gäste eingeladen werden regelmäßig die Vorsitzenden von Afrikanischer Union (AU)⁸ und NEPAD.⁹

Auch weltpolitisch-strategisch angezeigt erscheinen daher Initiativen und Projekte zur Erleichterung und Förderung von privaten/privatwirtschaftlichen (letztlich kommerziell motivierten) Investitionen mit dem Ziel nachhaltiger Wirtschaftsentwicklung vor Ort (also „im Süden“), damit zugleich ein Verzicht auf die Forderung nach Reziprozität. Ohne dabei die klassischen direkten Formen und Instrumente von gouvernementaler Entwicklungs-,hilfe“ und -„zusammenarbeit“ völlig aufzugeben, könnte deren Fokus auf typische öffentliche Aufgaben der Not- und Krisenbewältigung fokussiert werden. Durch vermehrte Direktinvestitionen¹⁰ könnten zudem qualifizierte Arbeitsplätze geschaffen und so tragfähige Alter-

2 <https://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-development-goals/>; vgl. speziell United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), SDG Investment Trends Monitor, 2019, 6 ff.

3 Andersen, J./Johannesen, N./Riskers, B., Elite Capture of Foreign Aid, World Bank Group Policy Research Working Paper 9150, Februar 2020.

4 <https://developmentfinance.un.org/official-development-assistance>.

5 D.h. Brasilien, Russland, Indien, China, Südafrika (seit 2010); <https://infobrics.org/>.

6 Die seit 2016 aktive Asian Infrastructure Investment Bank (AIIB) zählt unter ihren nicht-regionalen Mitgliedern auch afrikanische Staaten, wie die Elfenbeinküste, Ghana oder Guinea (<https://www.aiib.org/en/about-aiib/governance/members-of-bank/index.html>).

7 <https://g20.org/en/about/Pages/default.aspx>.

8 <https://au.int/>.

9 New Partnership for Africa's Development, 2001; AUDA-NEPAD Agency, <https://nepad.org/>.

10 Aktuelle Daten für Afrika in: UNCTAD, World Investment Report 2019, 2019, 34 ff.; ferner G20 Compact with Africa: Trends in FDI and Cross-Border Investments in Compact with Africa Countries, Briefing Note – 2019 Annual Meetings, <https://www.compactwithafrica.org/content/dam/Compact%20with%20Africa/events/CwA-Recent%20Trends%20in%20FDI%20and%20Announced%20CBI.pdf>.

nativen zur (E-)Migration aufgezeigt werden.¹¹ Sowohl private als auch öffentliche Unternehmen erwarten freilich (als Basis für Renditeerwartungen) möglichst optimale Rechts- als Basis für Planungssicherheit. Insoweit belegen neuere Konzepte wie „*corporate social responsibility*“¹² oder „*responsible investment*“¹³ aber veränderte Schwerpunkte im Verhältnis zu Politiken des 20. Jahrhunderts: Wesentliche „*stakeholder*“ reagieren zunehmend darauf, dass ein global menschenwürdiges Zusammen-Leben vor allem durch bessere, nachhaltige Qualität, nicht durch schieres, an planetarische Grenzen stoßendes wirtschaftliches Wachstum, durch Nutzung von Synergien und haushälterischen Umgang mit Ressourcen erreicht bzw. beibehalten werden kann. Letztlich sind hierfür im Rahmen einer „*multi-level governance*“ faire Investitionsverfassungen nötig, die gleichzeitig Renditeanreize für Investoren setzen und Nutzen für Gast- und Heimatland, Wirtschaft und Gesellschaft, stiften.¹⁴ Hierbei sind wichtig eine frühzeitige, angemessene Betroffenenpartizipation (vor allem im Gastland) und Vorkehrungen für eine effektive, fachkundige und ausgewogene, regelmäßig gerichtlich überprüfbare Verträglichkeits- und/oder Folgen-Kontrolle.

Grundlegend für ein derart nachhaltiges Investitionsregime ist eine Zustandsanalyse. Sie wird vor allem auf die Rechtslage der 17 OHADA-Staaten¹⁵ näher eingehen, zumal diese überwiegend Mitglieder anderer (sub)regionaler Wirtschaftsgemeinschaften (RECs) sind, nämlich von ECOWAS¹⁶ oder CEMAC.¹⁷ Da jedoch die Vereinheitlichung insoweit vor al-

11 Vgl. etwa Bernau, O., Westafrika: Fluchtursachen bekämpfen – aber richtig!, *Blätter für deutsche und internationale Politik* 4/2019, 103 ff.

12 Dazu näher unten, B.II.3.

13 Zu von den Vereinten Nationen (U.N.) und dem United Nations Environment Programme (UNEP) 2006 angestoßenen „*principles for responsible investment*“ s. <https://www.unpri.org/>; ferner <https://www.unglobalcompact.org/take-action/action/responsible-investment>.

14 Vgl. etwa die von UNCTAD und der D-8 Organization for Economic Cooperation, der auch Ägypten und Nigeria angehören (<http://developing8.org/>), gemeinsam entwickelten „*guiding principles for investment policymaking*“ mit dem übergreifenden Grundsatz (0) „*investment for inclusive growth and sustainable development*“ (<https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1221/>, Januar 2020), sowie das „*investment policy framework for sustainable development*“, 2015 (https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf, 2015); ferner Titi, C., *International Investment Law and Good Governance*, in: Bungenberg, M./Griebel, J./Hobe, S./Reinisch, A. (eds.), *International Investment Law*, 2015, 1768 ff.

15 Organisation pour l’harmonisation en Afrique du droit des affaires, <https://www.ohada.org/index.php/fr/>; vgl. Kumbu ki Ngimbi, J.-M./Lumingu, Y.-J., L’adhésion de la République Démocratique du Congo à l’OHADA, *Recht in Afrika* 17 (2014), 175 (176 f., 180 f.).

16 <https://www.ecowas.int/>; vgl. Nwafor, N./Onyeabor, E./Alozie, O., *The Economic Community of West African States and its Members: A Success Story of Integrated Development*, *Recht in Afrika* 21 (2018), 73 ff.

17 <http://www.cemac.int/>; vgl. Tengo, L., *La Communauté Economique et Monétaire de l’Afrique Centrale: organisation intergouvernementale or organisation supranationale?*, *Recht in Afrika* 18 (2015), 40 ff. Keiner dieser beiden „*regional economic communities*“ gehören an: Guinea, die Demokratische Republik Kongo und die Komoren. Vgl. bereits Nguena Djoufack, A.L., *Intégration sous regionale et complexité du droit dans les Etats africains de la zone franc*, *Recht in Afrika* 21 (2018), 125 ff.

lem Verfahren („*arbitration*“ und Mediation) betrifft, werden im Hinblick auf materiell-rechtliche Regeln auch andere Normierungen herangezogen.

Hier soll zunächst einmal ein Überblick über die Vielzahl von Beteiligten und die Vielfalt von (Rahmen-)Regelungen gegeben werden. Eine Bewertung des aktuellen Standes und laufender Entwicklungen sowie eine nähere Betrachtung von Einzelfragen (materieller, aber speziell prozessualer Art) sollen in einem späteren Beitrag erfolgen.

B. Multilaterale Regelungen mit rechtlicher Relevanz für afrikanische Staaten

I. Primär- und Sekundärrecht von internationalen Organisationen

1. Globale Institutionen

Afrikanische Staaten (dagegen nicht in diesem Kontinent lokalisierte intergouvernementale Organisationen als solche) gehören in aller Regel nicht nur der Organisation der Vereinten Nationen (UNO) an, sondern zudem meist deren diversen Sonderorganisationen, nicht zuletzt solchen mit wirtschaftlich-finanzieller Zielsetzung. Investitionsrelevante Vorgaben ergeben sich dabei sowohl aus dem jeweiligen Errichtungs- oder Beitrittsvertrag sowie anderen primärrechtlichen Regeln als auch aus rechtsverbindlichem oder -erheblichem Tätigwerden unterschiedlicher Organe solcher „zwischenstaatlicher“ Einrichtungen mit (potenziell) globaler Reichweite.

a) „International Financial Institutions“

Die sich Ende des letzten Jahrhunderts bildende „internationale Finanzarchitektur“¹⁸ umfasst nicht nur durch (regelmäßig durch Staaten geschlossene) Verträge geschaffene Völkerrechtssubjekte, also Internationale Organisationen in einem engeren Sinne, sondern auch andere Gremien, Stellen und Akteure. Zu dieser zweiten Gruppe zählende Einrichtungen sind teils politisch höchst bedeutsam, teils auch wichtige Foren für Koordination und Kooperation, beruhen aber weder auf einer völkerrechtlichen Übereinkunft noch sind sie zu rechtsverbindlich-normativem Handeln in der Lage – wenngleich dort erzielte Resultate danach sehr wohl (an anderer Stelle) verrechtlicht oder aber rechtlich „gehärtet“ werden mögen, wie im Banken- und Versicherungssektor.¹⁹ Anders verhält es sich allerdings bei Internationalem Währungsfonds (*International Monetary Fund*, IMF) und der Weltbank (*International Bank for Reconstruction and Development*, IBRD) samt den vier weiteren dieser Gruppe angehörenden Einrichtungen (*International Financial Corporation*, IFC; *International Development Association*, IDA; *International Centre for the Settlement of Investment*

18 Vgl. Gramlich, L., Eine neue internationale „Finanzarchitektur“, Archiv des Völkerrechts (AVR) 38 (2000), 399 ff.

19 Etwa die Übernahme in Verordnungen oder Richtlinien nach Art. 288 Abs. 2, 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) von diversen Empfehlungen des „Baseler Ausschusses“ (Basle Committee on Banking Supervision).

Disputes, ICSID; *Multilateral Investment Guarantee Agency*, MIGA). Direkt mit grenzüberschreitenden Kapital(- oder auch Zahlungs)bewegungen und Investitionen, als deren Auslöser oder Ergebnis, befassen sich freilich nur die beiden zuletzt genannten, jüngsten „Schwester“-Organisationen der IBRD. Das IWF-Abkommen (IWFÜ)²⁰ erwähnt diesen Bereich internationalen Wirtschaftsverkehrs allenfalls in den Zielen (Art. I), belässt aber die Liberalisierung sowohl von „*current payments*“ (Art. XXX) als auch von „*capital transactions*“ zunächst bei den Mitgliedstaaten (Art. XVI i.V.m. Art. VIII; Art. VI). Im Hinblick auf seine Aufgabe der Überwachung von Wechselkurs- und allgemeiner Wirtschaftspolitik (Art. IV) erachten es allerdings die Leitungsorgane des IWF für zulässig und gerechtfertigt, als Voraussetzung für die Vergabe von Krediten („*loans*“) an ein Mitglied im Rahmen von Art. V von dessen Regierung auch verbindliche Zusagen hinsichtlich der Wirtschafts- und Finanzpolitik einschließlich dazu erforderlicher Gesetzesänderungen zu verlangen und zudem die Bereitstellung der einzelnen Kredit-Tranchen von solchen „Konditionen“ abhängig zu machen.²¹ Dass dabei die im Gründungsabkommen (anders als bei der Weltbank²²) nicht errichteten Grenzen für eine Einmischung in innere Angelegenheiten des Kreditnehmerlandes oft zumindest ausgereizt werden, lässt sich kaum damit legitimieren, der Kreditantrag erfolge rechtlich aus freien Stücken. Insbesondere weil ohne ein entsprechendes „Programm“ des IWF schwerlich weitere Mittel über internationale Kapitalmärkte erlangt werden können, schlägt insoweit die von den Mitgliedstaaten mit den höchsten Quoten (Art. III) – und entsprechend großem Einfluss in Gouverneursrat bzw. Exekutivdirektorium (Art. XII IWFÜ) – verfolgte Politik einer weitgehenden Liberalisierung ausländischer (Direkt-)Investitionen auf das nationale Recht insbesondere von Entwicklungs- und Schwellenländern durch, wenngleich wohl nicht mehr in gleichem Maße wie zu Zeiten des „*Washington Consensus*“.²³

Innerhalb der Weltbankgruppe kommt es bei den Aktivitäten der Bank selbst und auch von IDA²⁴ sowie IFC²⁵ nicht zu ähnlich intensiver Intervention in die Rechtsordnungen aller (oder auch nur bestimmter, Geldmittel beanspruchender) Mitgliedsländer. Mitte der 1960er Jahre wurde dann aber das Internationale Zentrum für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten als Einrichtung mit eigener Rechtspersönlichkeit errichtet²⁶, zeitlich und

20 Ursprüngliche Fassung 1944, wesentliche (2.) Änderung 1978; <https://www.imf.org/external/index.htm>.

21 <https://www.imf.org/en/About/Factsheets/Sheets/2016/08/02/21/28/IMF-Conditionality>.

22 Art. IV Abs. 10 IBRD Agreement, <https://www.worldbank.org/en/about/articles-of-agreement/ibrd-articles-of-agreement>.

23 Vgl. etwa *Boughton, J.M.*, The IMF and the Force of History, IMF Working Paper WP/04/75, Mai 2004, 18 f.

24 <http://ida.worldbank.org/>.

25 https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/corp_ext_content/ifc_external_corporate_site/home.

26 <https://icsid.worldbank.org/en/>, 1966 errichtet. Zum Konzept einer World Investment Organization vgl. *Butler, N./Subedi, S.*, The Future of International Investment Regulation, *Netherlands International Law Review* 2017, 43 ff.

inhaltlich eng zusammenhängend mit der ersten „Welle“ bilateraler „*investment treaties*“ (BITs) insbesondere zwischen Industrie- und häufig gerade erst souverän gewordenen Entwicklungsländern²⁷ sowie (letztlich gescheiterten) Bestrebungen im Rahmen der über Europa hinaus gewachsenen *Organisation for Economic Cooperation and Development* (OECD), ein multilaterales Übereinkommen zum Schutz von „*foreign property*“ bzw. „*foreign direct investments*“²⁸ zu schaffen. Das am Sitz der Weltbank beheimatete ICSID basiert auf einem völkerrechtlichen Vertrag, dem grundsätzlich alle, aber auch nur Staaten beitreten können (Art. 67), und beschränkt sich auf organisatorische und Verfahrensregeln zur Streitbeilegung zwischen (ausländischen) Investoren und den jeweiligen Gast-Staaten, vorab mittels diplomatisch-politischer „*conciliation*“ (Art. 28 ff.), in einem weiteren Schritt durch gerichtsförmige „*arbitration*“ (Art. 36 ff.). Von Beginn an setzt ein erstinstanzliches oder „*review*“-Verfahren vor einem Schiedsgericht voraus, dass sowohl der beklagte Gaststaat als auch das Heimatland des (nicht zwingend privaten oder privatrechtsförmig organisierten) Investors sowohl Parteien des ICSID-Übereinkommens sind als auch völkerrechtlich bindend (in der Regel per „*investment treaty*“ untereinander) eine fakultative oder gar ausschließliche Zuständigkeit der ICSID-Streitbeilegung festgelegt haben (Art. 25). Diese zweite Voraussetzung ist häufig – vor allem dann, wenn BITs bereits in den 60er und 70er Jahren abgeschlossen wurde, also bevor der erste „Fall“ durch ein ICSID-Tribunal entschieden wurde (1977)²⁹ – erst später, in eine neue Fassung des jeweiligen Investitionsförderungs- und -schutzvertrags aufgenommen worden, anstelle oder zusätzlich zu bereits vorhandenen Vorkehrungen zur Beilegung von Streitigkeiten aus dem Vertrag (etwa im Verhältnis von Deutschland zu Rumänien).³⁰ Derartige Aktualisierungen und Modifizierungen sind recht einfach durchführbar: BITs sind durchweg in ihrer Geltungsdauer befristet, ihre Fortsetzung kann daher von beiden Parteien von entsprechenden Änderungen abhängig gemacht werden; mangels abweichender Vereinbarung bleibt jedoch für die während des ursprünglichen Zeitraums getätigten Investitionen der rechtliche Status quo erhalten³¹. Vor allem für die Heimatstaaten von Auslandsinvestoren bedeutsam ist schließlich die Errichtung der MIGA³² als jüngste Weltbank-Einrichtung (1988). Sie bezweckt, Lücken des persönlichen wie des sachlichen Anwendungsbereichs der je nationalen (staatlichen oder staatlich finanzierten) Investitionsversicherungen zu schließen, die viele Industrie- und Schwellen-

27 Dazu unten, C.I.

28 <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2812/download>; vgl. Brown, C., The Evolution of the Regime of International Investment Agreements, in: Bungenberg et al. (Fn. 14), 153 ff.

29 Die beiden ersten „*awards*“ (ARB/72/1, 74/1) ergingen gegen Marokko bzw. die Elfenbeinküste.

30 Art. 11 des Abkommens vom 25.6.1996, BGBl. 1998 II, 646, durch welches das frühere vom 12.10.1979 abgelöst wurde.

31 Z.B. Art. 14 Abs. 3 des ersten deutsch-pakistanischen Vertrags vom 25.11.1959, BGBl. 1961 II, 793.

32 <https://www.miga.org/>; vgl. Hobér H./Fellenbaum, J., Political Risk Insurance and Investment Treaty Protection, in: Bungenberg et al. (Fn. 14), 1517 ff.

länder installiert haben, damit heimische Investoren die mit der Tätigkeit von (wirtschafts- und allgemein-politisch erwünschten) Kapitalanlagen in anderen Ländern verbundenen „politischen“ Risiken absichern können.³³ Für den Abschluss einer derartigen Versicherung ist wiederum regelmäßig das Bestehen eines „investment treaty“ mit dem betreffenden Ziel-/Gastland Vorbedingung.³⁴

Afrikanische Staaten sind durchweg Mitglieder von IMF und Weltbank, zudem mit nur wenigen Ausnahmen³⁵ Parteien des ICSID-Übereinkommens und zahlreicher BITs insbesondere mit europäischen Ländern (überwiegend aus dem Mitgliederkreis der Europäischen Union [EU]).³⁶

b) Welthandelsorganisation

Ungeachtet ihres im Vergleich zu IWF und Weltbank weitaus jüngeren Gründungsdatums (1995) und überdies einer seit langem andauernden, nicht erst durch jüngere US-Außen(wirtschafts)politik ausgelösten Sinnkrise³⁷ ergeben sich bis auf Weiteres auch aus zumindest zwei „multilateralen“ Verträgen (Art. II Abs. 2 WTO-Übereinkommen³⁸) unter dem Dach der *World Trade Organisation* (WTO) einige Bindungen für alle Mitglieder; deren Zahl ist gerade auch für Afrika geringer als bei den zuvor genannten beiden Bretton Woods-Institutionen³⁹. Zentrale Prinzipien des Welthandelsrechts wie Meistbegünstigung (*M[ost]F[avoured]N[ation] Treatment*) und Inländergleichbehandlung (*N[ational] T[reatment]*) gelten speziell aufgrund des entsprechenden Nebenabkommens auch für „trade-related investment measures“ (TRIMS)⁴⁰, beziehen sich aber nur auf den Verkehr mit „Waren“, d.h. nur auf Produkte, die in den Anwendungsbereich des *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT) 1994⁴¹ fallen. Allgemein wichtiger erscheint allerdings, dass zum WTO-Regime neben dem GATT das ebenfalls „multilaterale“ *General Agreement on Trade*

33 Zum deutschen Mechanismus: <https://www.investitions Garantien.de/main-navigation/investitionen-investitions Garantien/grundlagen-investitions Garantien/grundzuege-investitions Garantien>; dort auch Merkblätter, etwa „Allgemeine Informationen“, „Umwelt-, Sozial- und Menschenrechtsaspekte“.

34 Bzw. im Einzelfall eine hinreichend stabile innerstaatliche Rechtsordnung, was aus deutscher Sicht für kein afrikanisches Land ohne geltenden BIT (wie vor allem Südafrika), wohl aber für Brasilien und Kolumbien bejaht wird; s. <https://www.investitions Garantien.de/main-navigation/schnellzugriff/laenderinformationen>.

35 <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/List-of-Member-States.aspx>.

36 Überblick: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

37 Vgl. etwa https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/de/FTU_5.2.2.pdf.

38 1994, <https://www.wto.org/>.

39 Der WTO gehören nicht an: Algerien, Libyen, Sudan, Südsudan, Äthiopien und Somalia; https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm.

40 https://www.wto.org/english/tratop_e/invest_e/trims_e.htm.

41 Annex 1A zum WTOÜ, https://www.wto.org/english/tratop_e/gatt_e/gatt_e.htm.

in Services (GATS)⁴² gehört. Auch wenn der Terminus „Dienstleistungen“ ebenso wenig strikt legal definiert ist wie „Ware“ im GATT, so unterscheidet doch Art. I Abs. 2 GATS zwischen vier „modes“ grenzüberschreitender „services“. Zu diesen zählen auch Errichtung und Unterhaltung einer Niederlassung („commercial presence“, Art. XXVIII lit. d)) im Ausland sowie temporärer beruflicher Aufenthalt in der Fremde. Vor allem aus der Vorschrift über Regelungen des Marktzugangs (Art. XVI GATS) folgt weiterhin, dass der für eine Niederlassung wesentliche grenzüberschreitende Personen- und Kapitalverkehr zur Agenda von GATS und damit der WTO gehört.⁴³ Anders als die ohne weiteres gültigen Vorschriften etwa zur Meistbegünstigung (Art. II)⁴⁴ oder über „domestic regulation“ (Art. VI) enthalten Art. XVI wie die beiden folgenden Regeln des zweiten Teils des GATS keine direkt wirksamen Verpflichtungen, sondern entfalten nur und erst dann Wirkung, wenn und soweit im jeweiligen Normbereich bestimmte Pflichten oder Bindungen explizit eingegangen werden. Das ist bisher nur punktuell erfolgt. Der Mechanismus der „Zoll“-Runden für den Warenbereich ist zwar auch im Rahmen des GATS installiert (Art. XIX ff.), aber wohl auch im Hinblick auf die schwerfällige Entscheidungsfindung im WTO-Rahmen bisher wenig erfolgreich.⁴⁵

Nur soweit daher einzelne investitionsrelevante Festlegungen vorhanden sind, greift auch die nach dem Modell von Art. XV GATT gestaltete Vorschrift des Art. XI GATS ein, welche einen Gleichklang zwischen liberalisierter Warenlieferung oder Dienstleistung einer- und dafür geschuldeter Zahlung andererseits sicherstellen soll.

Formal anders als bei ICSID innerhalb der Weltbank-Gruppe ist der Streitbeilegungsmechanismus im Rahmen der WTO „multilateral“ gestaltet; jedes Mitglied der Organisation (einschließlich der EU, Art. XI Abs. 1 WTOÜ) kann also ohne weiteres als klägerische oder beklagte Partei agieren oder auch sich als Dritter beteiligen. Von einem Streit rechtlich oder tatsächlich betroffene Privatunternehmen können ihre Interessen hingegen nur durch informatorische Eingaben zum Verfahrensthema machen (in der Rolle von „*amici curiae*“⁴⁶). Im Unterschied zur ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit kennt das WTO *Dispute Settlement Understanding* (DSU)⁴⁷ eine echte zweite Instanz (als ständiges Gremium); entgegen der Bezeichnung „*appellate body*“ klärt diese aber nur Rechtsfragen (Art. 17 Abs. 6 DSU) und kann zudem derzeit wegen mangelnder Anzahl bestellter Schiedsrichter nicht tätig wer-

42 Annex 1B zum WTOÜ; https://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/gatsqa_e.htm.

43 Vgl. Hahn, M., WTO Rules and Obligations Related to Investment, in: Bungenberg et al. (Fn. 14), 653 ff.

44 Zu einem erfolglosen Versuch der Verzahnung von GATS und ICSID s. ARB/15/21; dazu Hofmann, R./Donath, Internationaler Investitionsschutz, in: Ehlers, D./Fehling, M./Pünder H. (eds.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 1, 4. A. 2019, § 8 Rn. 25.

45 Vgl. https://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/s_negs_e.htm.

46 Vgl. Art. 10 DSU; https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_settlement_cbt_e/c9s3p1_e.htm; Tams, C./Zoellner, C.-S., Amici Curiae im Internationalen Investitionsschutzrecht, AVR 45 (2007), 217 ff.

47 Anhang 2 zum WTOÜ; https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/28-dsu_e.htm.

den.⁴⁸ Schließlich entscheidet hier sowohl über Berichte von „panels“ (Art. 6 ff. DSU) als auch der je dreiköpfigen Revisionsinstanz der „Allgemeine Rat“ der WTO, ein potenziell aus allen Mitglieder zusammengesetztes Gremium (Art. IV Abs. 2, 3 WTOÜ). Da freilich „recommendations“ der Schiedsrichter nur einstimmig abgelehnt werden könnten („negativer Konsens“⁴⁹), ist eine politisch motivierte Korrektur auf diesem Wege sehr unwahrscheinlich.

Der Mechanismus unterscheidet sich also wesentlich von neueren (bilateralen) Freihandelsabkommen, wo neben detaillierten Regeln und Schiedsverfahren zur Investor-Staat-Streitbeilegung andere, politische Gremien aus Vertretern der Vertragsparteien eingerichtet sind, etwa in jüngsten „deep and comprehensive free trade agreements“ (DCFTA) der EU mit Kanada (CETA⁵⁰) oder mit Singapur.⁵¹

c) Weitere UN-Einrichtungen

Auch weil ihre Existenz auf Rechtsakten (Resolutionen) eines UN-Organs – der Generalversammlung – beruht, das nicht selbst zur Setzung rechtsverbindlicher Regelungen ermächtigt ist und daher auch nicht entsprechende Befugnisse weitergeben kann, ist rein formal betrachtet die normative Tätigkeit von Gremien wie der *United Nations Commission for International Trade Law* (UNCITRAL) oder UNCTAD nur vorbereitender oder empfehlender Art. Für die Wirtschafts- wie die politische Praxis werden durch diese Stellen jedoch wichtige Aufgaben erledigt, wird wesentlich zu Informationsverbreitung auch über Investitionsthemen und -streitigkeiten beigetragen und mehr Konsistenz bzw. stärkere Harmonisierung relevanter internationaler Regeln herbeigeführt.

UNCITRAL, ein Hilfsorgan der U.N.-Vollversammlung⁵², fungiert als Expertenforum für die fortschreitende Harmonisierung und Vereinheitlichung des „internationalen Handelsrechts“. 60 Mitglieder repräsentieren die verschiedenen Weltregionen (mit afrikani-

48 *Giuliani, C.*, Multilateral Trade in Crisis: The WTO's Appellate Body and the Risk of Paralysis, 11.9.2019, <https://www.iai.it/sites/default/files/iaicom1949.pdf>; *Hosp, G.*, Wir sind alle irgendwie Donald Trump, Neue Zürcher Zeitung vom 16.12.2019, 16.

49 Art. 16 bzw. Art. 17 Abs. 4 i.V.m. Art. 2 und Art. 3 DSU.

50 Comprehensive Economic and Trade Agreement (vom 30.9.2016), <https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/>; speziell zum dort vorgesehenen Streitbeilegungsmechanismus (Investment Court System, ICS) s. EuGH, Gutachten 1/17 vom 30.4.2019, ECLI:EU:C:2019:341; dazu *Stöbener de Mora, P.S./Wernicke, S.*, Riskante Vorgaben für Investitionsschutz und Freihandel – Das CETA-Gutachten des EuGH, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2019, 970 ff.

51 <https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/eu-singapore-agreement/>. Zur Konkretisierung der in der mitgliedstaatlichen Kompetenz verbleibenden Zuständigkeiten s. EuGH, Gutachten 2/15 vom 16.5.2017, Rn. 225 ff., 285 ff., ECLI:EU:C:2017:376; dazu *Brauneck, J.*, Keine ausschließliche Zuständigkeit der EU bei allen Investitionsabkommen mit Drittstaaten?, Die öffentliche Verwaltung (DöV) 2018, 22 ff.; *Hahn, M.*, Die Zuständigkeitsverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten beim Abschluss von Freihandelsabkommen nach Gutachten 2/15, in: *Ludwigs, M./Remien, O.* (ed.), Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsschutz in der EU, 2018, 225 ff.

52 <https://uncitral.un.org/>.

schen Staaten als einer von fünf Gruppen) und die wesentlichen Wirtschafts- und Rechtssysteme weltweit. Zwei wichtige Arbeitsgruppen befassen sich mit „*arbitration and conciliation/dispute settlement*“ allgemein (WG II) sowie mit „*investor-State dispute settlement reform*“ (WG III).⁵³ Insoweit haben die *UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration*⁵⁴ eine völkervertragliche Absicherung erhalten durch die Mauritius-Konvention der U.N. über Transparenz⁵⁵, die im Herbst 2017 in Kraft getreten ist. Die generellen Arbitration Rules, erstmals 1976 publiziert, sehen seit 2013⁵⁶ in Art. 1 Abs. 4 vor, dass auf „*investor-State arbitration initiated to a treaty providing for the protection of investment or investors*“ auch die *Rules of Transparency* (nach ihrem Art. 1) anwendbar sind. Der Anwendungsbereich der *Arbitration Rules* umfasst jegliche „Parteien“, die vereinbart haben, dass „*disputes between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not*“ nach einem Schiedsverfahren nach diesen, nur kraft einer solchen Vereinbarung verbindlichen Regeln beigelegt werden (Art. 1 Abs. 1); Grenzen für eine Schiedsklausel ergeben sich allein aus Vorschriften „*of the law applicable to the arbitration from which the parties cannot derogate*“ (Art. 1 Abs. 3). Auch für „investment disputes“ besagt Art. 35 Abs. 1 der *Arbitration Rules*, das Schiedsgericht wende die Rechtsvorschriften an „*designated by the parties as applicable to the substance of the dispute*“, bei Fehlen einer solchen Festlegung bestimme es selbst, welches Recht „angemessen“ sei.

UNCTAD hat im Laufe ihres Wirkens einen deutlichen Schwerpunkt auch auf Fragen von (internationalen) Investitionen gelegt, nachdem sie zunächst eher (ihrem Namen entsprechend) Gegenpositionen zu Regelungen des GATT 1947 formuliert und ganz allgemein wesentliche Korrekturen des nach dem Zweiten Weltkrieg geschaffenen liberalen Weltwirtschaftssystems gefordert hatte, auch und gerade in Bezug auf Bestand und Schutz ausländischer Direktinvestitionen vor entwicklungspolitisch motivierten gaststaatlichen Eingriffen. Heute unterstützt UNCTAD Entwicklungsländer, um diesen (mehr) fairen und wirksamen Nutzen aus der Globalisierung der Wirtschaft zu verschaffen, im Sinne von „*inclusive and sustainable development*“, die Tätigkeit soll solchen Staaten auch dabei helfen, „*to attract investment and make it more development friendly*“.⁵⁷ Wesentliche Themenbereiche betreffen daher „*international investment agreements*“, „*investment policy framework for sustainable development*“⁵⁸, „*investment dispute settlement*“ und „*investment policy reviews*“.

53 https://uncitral.un.org/en/working_groups/2/arbitration; https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state.

54 <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/contractualtexts/transparency>; vgl. Weidenfeller, M., Nicht mehr privat und nicht mehr geheim? – Reform des internationalen Schiedsverfahrensrechts, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 2015, 112 ff.

55 <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/transparency>.

56 <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration>.

57 <https://unctad.org/en/Pages/aboutus.aspx#>.

58 Zu den „*core investment principles*“ als Teil eines solchen Politikrahmens s. https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf#page=27.

Ein vom UNCTAD-Sekretariat betriebener *Investment Policy Hub*⁵⁹ enthält eine Datenbank sowohl zu BITs als auch weiteren „*treaties with investment provisions*“ (TIPs). Verknüpfungen bestehen zu G20 *Investment Measures*⁶⁰ bis hin zu gemeinsamen Berichten (zusammen mit der OECD⁶¹) zu von Mitgliedern dieser Staatengruppe getroffenen Maßnahmen.

Neben IMF, Weltbank, WTO und dem *United Nations Development Programme* (UNDP) ist UNCTAD zudem in die 2015 in Addis Abeba beschlossene *Agenda for Financing for Development*⁶² eingebunden. Zu deren Tätigkeitsbereichen gehört auch „*international private business*“, als „*vital complements to national development efforts*“, zumal „*investment gaps in key sectors for sustainable development*“ konstatiert werden (*Action Agenda*, Ziff. 35).

Während UNCTAD-Aktivitäten eher selten in Rechtsetzung münden, sind im Rahmen von UNCITRAL diverse *Model Laws* erarbeitet worden, sowohl zu „*international commercial arbitration*“⁶³ als auch zu „*international commercial mediation*“⁶⁴; im letztgenannten Bereich ist zudem Ende 2018 ein weiteres U.N.-Übereinkommen (Singapur-Konvention) über „*international settlement agreements resulting from mediation*“⁶⁵ abgeschlossen worden. Das Verfahren der Rechtsharmonisierung weist also erhebliche Unterschiede gegenüber dem der OHADA⁶⁶ auf.

d) Verknüpfung globaler, regionaler und subregionaler Organisationen

Globale Organisationen, zu denen der Beitritt allen Staaten und zunehmend auch anderen Völkerrechtssubjekten offensteht, schließen im Hinblick auf die Mitgliedschaft territorial (oder auch sachlich) begrenzte, regionale oder subregionale Institutionen nicht aus, sondern befassen sich oft in Vorschriften ihres Primärrechts explizit mit dem Verhältnis zu diesen. Dabei wird generell ein möglichst konfliktfreies Ineinandergreifen der verschiedenen Ebenen angestrebt, wie vor allem Bestimmungen für Freihandelszonen, Zollunionen und andere *Regional Integration Agreements* (RIAs) zeigen (Art. XXIV GATT, Art. V GATS), aber auch die Vorgaben des IMF-Abkommens in Art. IV (seit 1978) für Wechselkursregimes. Engere Zusammenschlüsse oder Kooperationen sind danach zulässig, wenn und soweit dadurch insgesamt keine Verschlechterung herbeigeführt, sondern im Gegenteil der Wohlstand im kleineren Kreis und damit mittelbar auch im Rahmen der umfassenderen Organisation gefördert wird.

59 <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

60 <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/g20.htm>.

61 <https://unctad.org/en/Pages/DIAE/G-20/UNCTAD-OECD-reports.aspx>.

62 <https://www.un.org/esa/ffd/>.

63 https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration.

64 https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/modellaw/commercial_conciliation.

65 https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements.

66 Unten, 2.b).

Notwendig, zumindest aber sinnvoll sind im Verhältnis der verschiedenen Organisationen und Ebenen jedenfalls Regeln zur Kooperation, sei diese vermittelt durch Mitgliedschaften (wie der EU in der WTO), durch Beobachterstatus (so die Europäische Zentralbank [EZB] im IWF-Exekutivdirektorium⁶⁷) oder auf sonstige Weise, etwa durch Bildung gemeinsamer Gremien für einzelne Fragen, bei denen sich die jeweiligen Kompetenzen ergänzen (außer UNCTAD/OECD etwa das *Joint Ministerial Committee* der Gouverneursräte von IWF und Weltbank, kurz *Development Committee*⁶⁸).

2. Regional (afrikanische) Organisationen

a) Regelungen mit kontinentaler Reichweite

Im Rahmen der Afrikanischen Union (AU) vereinbart wurde das *Agreement Establishing the African Continental Free Trade Area* (AfCFTA), das im Mai 2019 in Kraft getreten ist.⁶⁹ Unter den „allgemeinen Zielen“ finden sich auch, Passagen der Präambel aufgreifend, in Art. 3 lit. c)] die Förderung von „*movement of capital and natural persons*“ sowie die Erleichterung von Investitionen, gestützt auf „*initiatives and developments in the State parties*“ (d.h. der Vertragsparteien, Art. 1 lit. v)], also nur AU-Mitglieder, Art. 1 lit. q)], Art. 22 Abs. 2) „*and the RECs*“; acht solcher regionalen Verbände sind in Art. 1 lit. t)] aufgeführt. Als „spezielle Ziele“ nennt Art. 4 lit. c)] hier nur allgemein „*to cooperate on investment*“. Wie zu „Rechten des geistigen Eigentums“ und „Wettbewerbspolitik“ sollen nach Art. 7 Verhandlungen über Investitionen jedoch erst in einer zweiten Phase in „nachfolgenden Runden“ durchgeführt werden. Kommen insoweit Protokolle (Art. 1 lit. s)] zustande, so bilden diese ebenso wie die bereits als Anhänge zum AfCFTA abgeschlossenen (zu Waren bzw. Dienstleistungen) einen integralen Teil dieses panafrikanischen Übereinkommens (Art. 8 Abs. 1, 2). Ein Streitbeilegungsverfahren ist vorerst lediglich zwischen den Vertragsparteien, also als Staat-Staat-Mechanismus vorgesehen (Art. 20 i.V.m. Art. 1 lit. l)] und in einem Protokoll näher ausgestaltet. Angelehnt an WTO/GATS, erstrecken sich die Regelungen zu „Dienstleistungen“ im einschlägigen Protokoll auch auf „*commercial presence*“ (Art. 1 lit. a)] in anderen Vertragsstaaten, die Förderung von „in- und ausländischen Investitionen“ wird dort (in Art. 3 Abs. 2 lit. c)] als „spezifisches Ziel“ genannt. Eine weitere Parallele zu GATS besteht darin, dass „Marktzugang“, „Inländer(gleich)behandlung“ und „zusätzliche Verpflichtungen“ (Art. 19–21) ebenfalls erst später als „spezielle Pflichten“ eingegangen werden sollen (Art. 18). Hingegen ist unter den „*general objectives and disciplines*“ eigens normiert ein „*right to regulate*“, demzufolge jede Vertragspartei zur Umsetzung von „*national policy objectives*“ neue Vorschriften zu „Dienstleistungen“ und deren „Erbringen“ (Art. 1 lit. n)] in ihrem Gebiet normieren darf, soweit diese nicht Rechte oder Pflichten aus dem Dienstleistungs-Protokoll beeinträchtigen. Dessen sachliche Reichweite wird

67 [https://www.imf.org/external/SelectedDecisions/Description.aspx?decision=12925-\(03/1\)](https://www.imf.org/external/SelectedDecisions/Description.aspx?decision=12925-(03/1)).

68 <https://www.devcommittee.org/>.

69 <https://au.int/en/cfta>.

wie im GATS nur mittelbar, durch Beschreibung von vier Arten von „*trade in services*“ (Art. 1 lit. p)) präzisiert.

Auch der *Pan-African Investment Code* (PAIC)⁷⁰ soll an den Vertrag von Abuja 1991 über die *African Economic Community* (AEC) und an die von den Staats- und Regierungschefs verabschiedete Agenda 2063⁷¹ anknüpfen. Die Regelung geht davon aus, dass ein „*comprehensive guiding instrument on investment*“ für alle AU-Mitgliedsländer erforderlich sei, zumal deren Wunsch bestehe „*to promote an attractive investment climate*“ und „*to expand trade and investments for long-term development*“; das „*right to regulate*“ wird hierbei ausdrücklich auf die Förderung von „*sustainable development objectives*“ erstreckt (Präambel). Bis auf Weiteres erwachsen aus dieser auf ganz Afrika abzielenden Vereinbarung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Nr. 7) freilich nur Bemühenspflichten für die „Mitgliedstaaten“, einzeln oder auch zusammen mit anderen „angemessene Maßnahmen“ zu treffen, um die im Kodex enthaltenen Regeln anzunehmen (Art. 35 Abs. 1, 2).

Der PAIC-Text normiert zu Beginn seiner „allgemeinen Bestimmungen“ als Ziel (Art. 1) „*to promote, facilitate and protect investments that foster the sustainable development of each Member State*“, insbesondere des Landes „*where the investment is located*“. Aus der Vielzahl der Definitionen in Art. 4 ergibt sich, dass vor allem „Portfolioinvestitionen“ (Nr. 4, 10) nicht einbezogen sind und über eine Liste von nicht erfassten „*scheduled sectors*“ (Art. 18) dem jeweils individuellen Entwicklungsstand Rechnung getragen werden kann; andererseits wird „Investor“ (Nr. 5) nicht auf (ausländische) Privatpersonen/-unternehmen begrenzt. Der Anwendungsbereich bezieht sich gem. Art. 2 Abs. 2 auf Rechte und Pflichten von Staaten wie von Investoren sowie auf bestimmte „Prinzipien“; Art. 3 befasst sich mit dem Verhältnis zu anderen „*investment agreements*“. Kapitel (2) widmet sich „*standards of treatments*“ (von Investoren und Investitionen), von Zu- und Niederlassung (Art. 5) über allgemeine Förderung und Unterstützung (Art. 6) und Grundsätze (und Ausnahmen) wie Meistbegünstigung (Art. 7 f.), Inländerbehandlung (Art. 9 f.), Regeln über Enteignung und Entschädigung (Art. 11 f.) bis schließlich zu Sonderfällen (Art. 13 f.) und Transfer von Erlösen (Art. 15 f.). Diesen eher herkömmlichen Inhalten folgen weitere, durchaus innovative Kapitel, zunächst zu „*development-related issues*“ (mit „*performance requirements*“, Art. 17) und sodann recht ausführlich zu „*investor obligations*“, vor allem einen „*corporate governance*“-Rahmen einschließlich Korruptionsverhütung und „*business ethics*“ (Art. 18, 21, 24) und „*corporate social responsibility*“ samt weiterer „*socio-political obligations*“ (Art. 19, 22) betreffend.⁷² Im ausführlichen Kapitel (5) zu „investitionsbezogenen Themen“ finden sich etwa Regeln zu „*State contracts*“⁷³ (Art. 26 i.V. Art. 4 Nr. 12) und „*public private partnership*“ (Art. 27), aber auch zu Arbeitsrecht und Personalpolitik

70 https://au.int/sites/default/files/documents/32844-doc-draft_pan-african_investment_code_december_2016_en.pdf; <https://au.int/en/documents/20161231/pan-african-investment-code-paic>.

71 <https://www.un.org/en/africa/osaa/pdf/au/agenda2063.pdf>.

72 Vgl. bereits oben, A.

73 Dazu auch unten, C.I., am Ende.

(Art. 34 ff.) bis hin zu Besteuerung (Art. 39) und Verbraucherschutz (Art. 40). Schließlich behandelt das Kapitel (6) zur Streitbeilegung sowohl Staat-Staat- als auch Investor-Staat-Konstellationen (Art. 41, 42), mit Präferenz für die UNCITRAL *Arbitration Rules*, sieht ferner explizit „*counterclaims*“ von (Mitglied-)Staaten vor (Art. 43) und bestimmt in Art. 44 als anwendbares Recht die Vorschriften des PAIC „*as well as any other national, regional or international laws, rules and principles*“; es wird damit gerade kein konkreter Maßstab vorgegeben. Derart weite bzw. vage Formulierungen sind auch im ICSID-Übereinkommen (Art. 42 Abs. 1 Satz 2: „*law of the Contracting State party to the dispute [including its rules on the conflict of laws] and such rules of international law as may be applicable*“) oder bei UNICITRAL („*law which [the tribunal] determines to be appropriate*“, Art. 35 Abs. 1 Satz 2 der *Arbitration Rules*) vorzufinden. Sie führen zwangsläufig zu einer Kompetenzverschiebung hin zu den jeweiligen Mitgliedern des Schiedsgerichts: Deren persönliche Herkunft und Sozialisation neben fachlicher Qualifikation werden damit für Argumentation und Ergebnis eines Schiedsverfahrens von zentraler Bedeutung, viel stärker als bei dichter normativer Bindung von strukturell „unabhängigen“ Personen in und aus staatlichen Judikativen.

b) (Sub-)Regional begrenzte Regeln

Weder das ursprüngliche noch das (insoweit unveränderte) revidierte OHADA-Übereinkommen⁷⁴ befasst sich speziell mit Fragen von (grenzüberschreitenden) Investitionen, obwohl in seiner Präambel auf die Bedeutung der Gewährleistung von Rechtssicherheit für wirtschaftliche Tätigkeiten speziell zur Förderung von Investitionen hingewiesen wird. Dort ebenfalls erwähnt und sodann in Art. 2 aufgeführt wird als Teil der allgemeinen Zielsetzung einer Harmonisierung von „*droit des affaires*“ jedoch allgemein das „*droit de l'arbitrage*“. Auch nicht explizit genannte Sach-Materien könnten freilich aufgrund einstimmigen Ministerratsbeschlusses (Art. 8) zum Gegenstand von OHADA-Aktivitäten gemacht werden. Das Übereinkommen selbst (OHADA-Primärrecht) enthält bereits einen eigenen Abschnitt über „*arbitration*“ (Art. 21 ff.); zudem sind (als sekundäres, von Ministerrat [Art. 27 ff.] verabschiedetes Recht) in den Mitgliedstaaten direkt anwendbare und verbindliche „*lois uniformes*“ (auf der Basis von Art. 5 ff. OHADA-Übereinkommen) ergangen, mit Schiedsverfahrensrecht (*Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage*, 2017⁷⁵) bzw. Mediation (*Acte uniforme relatif à la médiation*, 2017⁷⁶) als Gegenstand. Streitigkeiten über Ein-

74 <https://www.ohada.org/index.php/fr/traite-relatif-a-l-harmonisation-du-droit-des-affaires-en-afrique/preambule>; <https://www.ohada.org/index.php/fr/textes-de-reference-de-l-ohada/traite-portant-revision-du-traite-relatif-a-l-harmonisation-du-droit-des-affaires-en-afrique>.

75 <https://www.ohada.org/attachments/article/2290/Acte-Uniforme-relatif-au-droit-d-arbitrage-2017.pdf>; <https://www.ohada.org/index.php/fr/aua-droit-de-l-arbitrage/aua-presentation-et-innovations>; vgl. Niggemann, F., Die Schiedsgerichtsbarkeit im OHADA-Wirtschaftsraum nach der Reform von 2017, Zeitschrift für Schiedsverfahren (SchiedsVZ) 2020, 22 ff.

76 <https://www.ohada.org/attachments/article/2292/Acte-Uniforme-sur-la-Mediation.pdf>.

heitsgesetze werden vor mitgliedstaatlichen Gerichten ausgetragen (Art. 13); ein *Cour Commune de Justice et d'Arbitrage* (Art. 31 ff.) ist für eine einheitliche Auslegung und Anwendung der „*lois uniformes*“ zuständig und wird insoweit auch allgemein zwecks Kontrolle mitgliedstaatlicher Obergerichte tätig (Art. 14 ff.). Bestehen Schiedsklauseln oder -vereinbarungen, wirkt der CCJA mit, indem er die Schiedsrichter ernennt oder bestätigt, über den Fortgang des Schiedsverfahrens (Art. 22–24) informiert wird und Entwürfe von Schiedssprüchen prüft (Art. 21 Abs. 2), jedoch insoweit nur „*modifications de pure forme*“ vorschlagen kann (Art. 24 Abs. 2). Allein der CCJA ist auch dazu befugt, eine Exequatur-Entscheidung zu treffen bzw. die Vollstreckung von Schiedssprüchen aus einzelnen Gründen zu versagen (Art. 25 Abs. 3, 4).⁷⁷ Insofern bezieht das einschlägige Einheitsgesetz den Anwendungsbereich auf jede „*arbitrage*“, bei der sich der Sitz des Schiedsgerichts in einem der OHADA-Mitgliedstaaten befindet (Art. 1); beteiligt hieran können alle natürlichen oder juristischen Personen sein, auch und gerade staatliche Einheiten und Stellen, im Hinblick auf Rechte, über die sie frei verfügen können (Art. 2). Und Art. 3 stellt klar, außer auf eine „*convention d'arbitrage*“ (nach Art. 3–1) könne ein Schiedsverfahren auch auf einem „*instrument relatif aux investissements*“ beruhen, insbesondere einem „*code d'investissement*“ oder einem einschlägigen bi- oder multilateralen „*traité*“. Auch insoweit gelten daher die Bestimmungen über die Errichtung des Schiedsgerichts, Verfahrensgang und Schiedsspruch sowie Nichtigkeitsbeschwerde („*recours en annulation*“) und schließlich Anerkennung und Vollstreckung eines Spruchs (einschließlich der Kontrolle durch den CCJA, Art. 32). Das Verhältnis zu anderen Schiedsverfahren/-instanzen bleibt offen; letztlich entscheidet hier das jeweilige Schiedstribunal allein über seine Kompetenz (Art. 11).

Auch die mehreren Stellen (einschließlich Gerichten oder Schiedstribunalen) mögliche, ad hoc oder institutionell erfolgende Mediation umfasst nach Art. 1 des Einheitsgesetzes jedes

„règlement amiable d'un litige, d'un rapport conflictuel ou d'un désaccord ... découlant d'un rapport juridique, contractuel ou autre ou lié à un tel rapport, impliquant des personnes physiques ou morales, y compris des entités publiques ou des Etats.“

Andere regionale Organisationen, denen OHADA-Mitglieder ebenfalls angehören, wie vor allem ECOWAS und CEMAC, thematisieren zwar auch Zahlungs- und Kapitalverkehr (innerhalb des jeweiligen Verbands, etwa Art. 4 lit. c] UEAC-Konvention⁷⁸), enthalten aber außer allgemeinen Ziel- und Förder- keine spezifischen Bestimmungen zu Investitionen und daher auch keine einschlägigen Streitbeilegungsvorschriften (etwa Art. 2 Abs. 2 lit. i], Art. 76 ECOWAS-Vertrag 1993⁷⁹). Der „*supplementary act*“ zu *Community Rules on In-*

77 Ergänzend: <https://www.ohada.org/attachments/article/2291/Reglement-d-Arbitrage-CCJA-2017.pdf>.

78 Union Économique de l'Afrique centrale, Übereinkommen vom 30.1.2009, <http://www.cemac.int/sites/default/files/ueditor/55/upload/file/20190718/1563448128484060.pdf>.

79 <https://www.ecowas.int/wp-content/uploads/2015/01/Revised-treaty.pdf>.

vestment von 2008⁸⁰ bezieht sich lediglich auf den Binnenraum der Organisation, nimmt inhaltlich freilich weithin das EAC-Modell für Verträge mit Drittstaaten vorweg, vor allem im Kapitel über „obligations and duties of investors and investments“ (Art. 11 ff.), ferner bei staatlichen Informationspflichten (Art. 22, 26, 28) und Investorenhaftung im Heimatstaat (Art. 29).

Der Gründungsvertrag der *East African Community* (EAC)⁸¹ weist zwar ebenfalls nur punktuell investitionsrelevante oder gar -spezifische Regelungen auf, etwa in Art. 86 (Kapitalverkehr) oder Art. 127 Abs. 2 (Erarbeitung von „conducive investment codes“); der dort eingerichtete supranationale Gerichtshof (Art. 23 ff. EAC-Vertrag) hat allerdings auch Zuständigkeiten aufgrund von Schiedsvereinbarungen oder bei Streitigkeiten der Mitgliedstaaten untereinander (Art. 32).⁸²

Im Rahmen des EAC wurde jedoch auch ein (als solcher nicht rechtsverbindlicher) *Model Investment Treaty*⁸³ erarbeitet, der auf Vorbilder aus dem südlichen Afrika (SADC⁸⁴, COMESA⁸⁵) sowie Indien⁸⁶ Bezug nimmt und im Verhältnis zu Drittländern Verhandlungspositionen abstecken und Inhalte vorprägen soll. Bereits in der Präambel wird auf den wichtigen Beitrag zu „sustainable development“ (vor allem im Gastland), die Förderung von „human development and human rights“, das „right to regulate“ (vertieft in Art. 15) sowie darauf hingewiesen, dass die Vertragsziele erreicht werden könnten „without compromising public interest such as health, safety and environmental measures“. Daher werden nicht alle Formen und Modalitäten, sondern nur „nützliche“ Investitionen erfasst (Art. 1, 2) und können „Schein“-Investoren die „Vorteile“ des Vertrags verweigert werden (Art. 19). Bei den „substantive provisions“ folgen eher herkömmlichen Vorgaben wie Inländerbehandlung und Meistbegünstigung (mit vielfachen Ausnahmen nach Art. 18) sowie (eingeschränkt) „fair and equal treatment“ (Art. 6) Anforderungen zur Einhaltung von „domestic law“, d.h. alle Gesetze, Verordnungen, „administrative guidelines and policies“ des Gaststaats (Art. 10), und speziell eine „obligation against corruption“ (Art. 11). Sowohl für Investoren (Art. 12, 14) als auch für die staatlichen Vertragsparteien (Art. 17) gelten Transparenzpflichten. Das Recht auf Regulierung im öffentlichen Interesse wird durch ein (meist)

80 https://www.privatesector.ecowas.int/en/III/Supplementary_Act_Investment.pdf; vgl. U.N. Economic Commission for Africa (ECA), *Investment Policies and Bilateral Investment Treaties in Africa – Implications for Regional Integration*, 2016, 31.

81 In der Fassung vom 20.8.2007; s. <https://www.eac.int/documents/category/key-documents>.

82 Vgl. ferner unten, D.II.

83 Vom Februar 2016; s. <https://www.eac.int/documents/category/key-documents>; vgl. UN ECA (Fn. 80), 33 f.

84 Southern African Development Community, 1992, <https://sadc.int/>; vgl. UN ECA (Fn. 80) 30 f.

85 Common Market for Eastern and Southern Africa, 1994, <https://www.comesa.int/>; vgl. UN ECA (Fn. 80), 31 ff. Die OHADA-Mitgliedstaaten DR Kongo und die Komoren gehören diesen beiden RECs an.

86 https://www.mygov.in/sites/default/files/master_image/Model%20Text%20for%20the%20Indian%20Bilateral%20Investment%20Treaty.pdf; vgl. Hanessian, G./Duggal, K., *The Final 2015 Indian Model BIT: Is This the Change the World Wishes to See?*, ICSID Review 32 (2017), 216 ff.

beiden Parteien vorbehaltenes „*right to pursue development goals*“ ergänzt (Art. 16); dem entspricht eine Verpflichtung für Investoren, Verbote für Kinder- oder Zwangsarbeit einzuhalten. Daran knüpft Art. 13 an, demzufolge der Heimatstaat zivilrechtliche Klagen gegen Investoren vor seinen Gerichten zulassen müsse und nicht wesentlich behindern dürfe, ohne dass allerdings zugleich eine materiell-rechtliche Haftung begründet wird. Schließlich soll alle fünf Jahre eine Überprüfung des Vertrags erfolgen (Art. 20), die entweder zu einer Kündigung (vgl. Art. 28) oder zu angemessenen Anpassungen führen kann. Teil 3 zur Streitbeilegung sieht zunächst „*counter-claims by State Parties*“ vor, in Gestalt von „*civil action*“ vor eigenen, ggf. auch vor Gerichten des Heimatstaates, wobei jede „relevante“ Rechtsverletzung des Investors den Anlass dafür geben kann (Art. 21). Bei „*State-State dispute settlement*“ (Art. 22) soll den Erläuterungen zum Text zufolge der Heimatstaat einen Anspruch erst dann „*on behalf of the investor*“ erheben, wenn zuvor (nicht nur gerichtliche) „*local remedies*“ im Gastland erfolglos ausgeschöpft wurden. Zu „*Investor-State-disputes settlement*“ (ISDS) verlautet eine „*special note*“ vor der einschlägigen Vorschrift (Art. 23), die „vorrangige Option“ sei, diese nicht in BITs einzubeziehen. Gleichwohl wird hilfsweise eine sehr umfangreiche Regelung vorgeschlagen, nach welcher etwa ICSID- oder UNCITRAL-Verfahren gewählt werden können, aber auch der *East African Court of Justice* (Art. 23.6.). Sehen „*investment contracts*“ eine „*choice of forum*“-Klausel vor, kommt insofern weit „*arbitration*“ nach dem (Modell-)Vertrag nicht in Betracht (Art. 23.9. lit. b)). Für Vollstreckung von Schiedssprüchen nimmt Art. 23.19. auf die ICSID-Konvention (s. dort Art. 54) und das New Yorker Übereinkommen (NYÜ)⁸⁷ Bezug. Angedacht ist in Art. 23.20 auch ein künftiger „*appeal mechanism*“. Als Sicherheitsventil für Interessen der Vertragsparteien können diese eine für das Schiedsgericht bindende „gemeinsame Auslegung“ von Vertragsbestimmungen vornehmen (Art. 24). Art. 25 schließlich (zu „*governing law in dispute settlement*“) bezweckt der Erläuterung zufolge, ein Schiedsgericht daran zu hindern „*focusing on investment protection provisions only*“, indem als Maßstab einzig „*accordance with this Treaty*“ festgelegt (und diese Vorgabe in Art. 25.2 noch präzisiert) wird. Explizit hält Art. 25.1. hierbei fest:

The governing law for the interpretation of this Treaty shall be this Treaty and the general principles of international law relating to the interpretation of treaties, including the presumption of consistency between international treaties to which the State Parties are party. For matters related to domestic law, the national law of the Host State shall be resorted to as the governing law.

Wohl noch deutlicher als beim PAIC wird hier die Balance zwischen Rechten und Pflichten von Investoren und Staaten neu justiert, werden vielfältige außerökonomische bzw. öffentliche Interessen, wie sie Art. 1 als Zweck von Investitionen darlegt, einbezogen:

87 <http://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/original/1/5/15457.pdf>; unten, II.2.

employment generation, increased production and productivity, technology and skills transfer for local value addition, synergies with local firms and ultimately contribute to poverty reduction in the host State in a sustainable way.

Weder die "klassischen" Heimatländer noch neue Wirtschaftsmächte wie vor allem China haben sich jedoch bisher in völkerrechtlichen Verträgen auf solche Neuerungen eingelassen, wohl aber vereinzelt afrikanische Staaten untereinander.⁸⁸

3. EU-Außenwirtschaftspolitik

Aus der Zeit vor dem 1. Dezember 2009, also bevor durch das Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon⁸⁹ die Zuständigkeit der Europäischen Union nach Art. 207 AEUV auch auf „ausländische Direktinvestitionen“ erstreckt wurde, sowohl im Hinblick auf binnenmarktbezogene Rechtsetzung als auch in Bezug auf den Abschluss von Verträgen mit Drittstaaten⁹⁰, gelten nach Maßgabe des Art. 351 AEUV zahlreiche BITs von EU-Mitgliedsländern gerade auch mit afrikanischen Staaten weiter, die vor Erweiterung der EU-Außenkompetenz wirksam geworden und nicht nach Ablauf des jeweiligen (ggf. fortgesetzten) Geltungszeitraums gekündigt worden sind.⁹¹ Ob nach neuem Unionsprimärrecht die der EU angehörende Vertragspartei eine Beendigung herbeiführen muss (und ob sich dies aus der auch gegenüber Drittländern gültigen Kapitalverkehrsfreiheit ergibt), ist bisher nicht endgültig geklärt;⁹² Überlegungen der EU-Kommission über eine einheitliche Investitionsaußenpolitik der Union⁹³ haben zumindest nicht zu neuen, von der EU selbst geschlossenen BITs geführt. Vielmehr ist aktuell übliche Praxis das Aushandeln von thematisch breiten, alle wesentlichen Wirtschaftsbereiche einbeziehenden und teils noch darüber reichenden Vereinbarungen mit einzelnen Staaten weltweit (DCFTA-Modell⁹⁴). In Bezug auf den afrikanischen

88 Vgl. unten, C.I.; zu „Chinese Investment Law“ vgl. *Bungenberg, M./Chi, M.*, in: *Bungenberg et al.* (Fn. 14), 221 (225 ff.); *Gallagher, N.*, Role of China in Investment: BITs, SOEs, Private Enterprises, and Evolution of Policy, *ICSID Review* 31 (2016), 88 ff.

89 Der neben dem (neuen) Vertrag über die Europäische Union (EUV) und dem AEUV auch die Europäische Grundrechts-Charta (EuGRCh) enthält und diese rechtsverbindlich machte (Art. 6 Abs. 1 EUV).

90 Letzteres i.V.m. Art. 216, 218 AEUV; vgl. *Hofmann/Donath* (Fn. 44), § 8 Rn. 21 ff.

91 Aufstellung der BITs zwischen EU-Mitgliedstaaten und Drittländern in: *Amtsblatt EU C* 149 vom 27.4.2018, 1; vgl. ferner *Gaffney, J.P./Akçay, Z.*, European Bilateral Approaches, in: *Bungenberg et al.* (Fn. 14), 186 ff.

92 Vgl. *Hummer, W.*, Was haben TTIP, CETA und TISA gemeinsam?, *integration* 38 (2015), 3 (6 f.); etwa *Korte, S.*, Regelungsoptionen zum Schutz vor Fremdbhängigkeiten aufgrund von Investitionen in versorgungsrelevante Unternehmen, *Wirtschaft und Verwaltung* 2019, 79 (89 ff.).

93 <https://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/investment/>; *Reinisch, A.*, The Likely Content of Future EU Investment Agreements, in: *Bungenberg et al.* (Fn. 14), 1884 ff.

94 Vgl. schon oben, 1.), am Ende; krit. *Wernicke, S.*, Regenwald gegen Freihandel?, *EuZW* 2019, 841.

Kontinent sind solche Vertragswerke freilich auch im Kontext des *Compact with Africa*⁹⁵ bislang kaum weit gediehen, etwa im Vergleich zu Abkommen mit (süd)ostasiatischen Staaten (Südkorea, Vietnam, Singapur)⁹⁶ oder auch Südamerika (MERCOSUR⁹⁷). Diese Ungleichbehandlung mag zwar einen gewissen Grund darin haben, dass es durchaus schon seit Jahrzehnten investitionsrelevante Vereinbarungen im Verhältnis von EG/EU wie deren Mitgliedstaaten (als „gemischte“ Abkommen) und einzelnen afrikanischen Ländern gibt, lässt sich mit dieser Vorgeschichte aber kaum auch weiterhin rechtfertigen. Denn die meist auf die Assoziierungs-Vorschrift (Art. 217 AEUV) gestützten Nachbarschafts- bzw. Mittelmeerübereinkommen der ersten Generation⁹⁸ befassten sich mit grenzüberschreitenden Investitionen allenfalls am Rande und in recht vager Weise, und die (zudem nicht auf Afrika begrenzte, immerhin aber institutionalisierte) Kooperation mit AKP-Staaten⁹⁹ hat trotz zunehmender Themenbreite bislang ebenfalls keinen Fokus auf Kapitalverkehr und/oder Direktinvestitionen.

Economic Partnership Agreements (EPA) als weiteres, jüngeres Konzept der EU-Außenwirtschaftspolitik¹⁰⁰ unterstreichen insoweit ausdrücklich ihre Konsistenz mit dem Cotonou-Abkommen; die für die Aushandlung zuständige EU-Kommission unterscheidet dabei (neben Karibik und Pazifik) fünf Regionen in Afrika, den Mitgliederkreis von SADC bzw. EAC sowie zentral-, (andere) ost- und süd- sowie westafrikanische Staaten. Letztere werden abgegrenzt durch die Mitgliedschaft in ECOWAS und CEMAC, die ebenfalls als Vertragspartner fungieren sollen; vorläufig abgeschlossen sind bisher nur zwei „*stepping stone agreements*“ mit der Elfenbeinküste und Ghana.¹⁰¹ Bezüglich Zentralafrika und der dortigen RECs existiert lediglich ein etwas älteres Interimabkommen mit Kamerun.¹⁰² Hingegen haben nach Abschluss der Verhandlungen über ein EPA zwischen EU und EAC drei der (heute) sechs Mitgliedstaaten unterschrieben bzw. ratifiziert, jedoch hängt das Inkrafttreten von der Zustimmung der drei weiteren ab.¹⁰³

Das gemischte Abkommen von EU und Mitgliedstaaten mit Cote d'Ivoire sieht den möglichst baldigen Abschluss eines „globalen“ EPA auch für die Bereiche „*investments*“ bzw. „*current payments and capital movements*“ vor (Art. 44 Satz 1 lit. b], c]). Ein ausführlicher Titel V („*prevention and settlement of disputes*“) behandelt allein Konflikte zwischen

95 <https://www.compactwithafrica.org/content/compactwithafrica/home.html>.

96 <https://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/countries/south-korea/>. Zu Vietnam unten, C.II.2.

97 Vgl. auch unten, C.II.2.

98 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ar14104>.

99 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ar12101>; vgl. *Schmiege, E.*, EU und Afrika: Investitionen, Handel und Entwicklung, SWP-Aktuell Nr. 70, Dezember 2018.

100 <https://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/development/economic-partnerships/>.

101 <https://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/regions/west-africa/>; Bericht der EU-Kommission vom 14.10.2019, COM(2019) 455 final, 26 f.

102 <https://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/regions/central-africa/>.

103 <https://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/regions/eac/>.

den Vertragsparteien (Art. 45 ff.). Dies entspricht den Vorschriften des EPA für Westafrika (Art. 62 ff.) bzw. mit der EAC (Art. 109 ff.).

Zur Verwirklichung der fünf in Art. 1 Abs. 1 genannten Ziele verpflichten sich alle Vertragsparteien u.a. (in Art. 1 Abs. 2 lit. d)) „*to establish and implement an effective, predictable and transparent regional regulatory framework in the West African region in order to promote investment, development of the West African private sector, Public-Private dialogue and partnership between the private sectors of West Africa and the European Union*“. Die mit der EAC getroffene Vereinbarung nennt insoweit etwas strikter in Art. 2 Abs. 1 lit. f) einen Rahmen „*for trade and investment in the EAC Partner States, thus supporting the conditions for increasing investment, and private sector initiative*“. Während hier mehrere Vorschriften (Art. 84–86) zu „*private sector development*“ enthalten sind, wird im Verhältnis zu Westafrika lediglich im Kontext der Ziele des „Entwicklungsprogramms“ gesagt, dieses müsse beitragen zu „*promoting investment in West Africa, partnership between the private sectors of the European Union and West Africa and improving the business environment in the West African region*“ (Art. 56 Abs. 3 lit. f)), gehört dies jedoch nicht explizit zu den Schwerpunkten nach Art. 57 EPA.

II. Völkerrechtliche Verträge und andere, weichere Rahmenregeln

1. Sektoraler Investitionsschutz

Der aus der programmatischen *European Energy Charter* (1991)¹⁰⁴ hervorgegangene *Energy Charter Treaty* (ECT)¹⁰⁵ konkretisiert die in den beiden politischen Dokumenten bekundete Intention auch in Bezug auf „*promotion and protection of investments*“. Der 1998 zustande gekommene Vertrag, dem sowohl Staaten als regionale „*economic integration organizations*“ (Art. 1 Abs. 3 ECT) beitreten können (Art. 38 f.), ist nicht auf Mitglieder aus Europa begrenzt (s. Art. 41), umfasst bisher freilich darüber hinaus neben Nachfolgestaaten der UdSSR nur einige außereuropäische OECD-Staaten und zielt allgemein darauf ab, ein „*legal framework in order to promote long-term co-operation*“ für den Energiesektor (s. Art. 1 Abs. 4, 5) zu errichten (Art. 2), im Einklang mit WTO-Verpflichtungen (Art. 4). Nach einem Kapitel (II) zum „Handel“ (einschließlich Regelungen zu TRIMS, Art. 5, und „*access to capital*“, Art. 9) liegt der Fokus auf „Förderung“ und „Schutz“ von „Investitionen“ (breit definiert in Art. 1 Abs. 6): Zu Anfang von Kapitel III legt Art. 10 (Abs. 1) auch für deren (Inländer- und MFN-), „Behandlung“ (Art. 10 Abs. 3) fest:

„*Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favourable and transparent conditions for In-*

104 <https://www.energycharter.org/process/european-energy-charter-1991/>.

105 <https://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>; dazu Happ, R., *The Energy Charter Treaty*, in: Bungenberg et al. (Fn. 14), 240 ff.; Börner, A.-R., *Investment Law and Energy*, in Bungenberg et al. (Fn. 14), 1644 ff. Krit. Cavazzini, A., Ein Pakt gegen den Klimaschutz, Frankfurter Rundschau (FR) vom 7.1.2020, 10.

vestors of other Contracting Parties to make Investments in its Area. Such conditions shall include a commitment to accord at all times to Investments of Investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment. Such Investments shall also enjoy the most constant protection and security and no Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures their management, maintenance, use, enjoyment or disposal. In no case shall such Investments be accorded treatment less favourable than that required by international law, including treaty obligations. Each Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Party”.

Eine nähere Ausgestaltung der Vornahme (“making”, Art. 1 Abs. 8) von Investitionen in einer eigenständigen Vereinbarung ist allerdings bisher nicht erfolgt, so dass es insoweit einstweilen bei Bemühenspflichten bleibt (s. Art. 10 Abs. 5). Art. 10 Abs. 12 schließlich sieht vor:

„Each Contracting Party shall ensure that its domestic law provides effective means for the assertion of claims and the enforcement of rights with respect to Investments, investment agreements, and investment authorisations“.

Es folgen Vorschriften zu “key personnel” (Art. 11), “expropriation” (Art. 13) einschließlich Entschädigung für sonstige “losses” (Art. 12), investitionsbezogenen „Transfers“ (Art. 14), ferner zu Subrogation (Art. 15)¹⁰⁶ und Einschränkungen des Anwendungsbereichs speziell des Kapitel III (Art. 17) und zum Vorrang früherer wie späterer, für Investitionen oder „Investoren“ (Art. 1 Abs. 7) günstigerer bi- oder multilateraler Abkommen zwischen Vertragsstaaten (Art. 16). Vor Kapitel V. („Streitbeilegung“) finden sich „sonstige Vorschriften“, die von (staatlicher) „sovereignty over energy resources“ (Art. 18) über „environmental aspects“ (Art. 19), Transparenz (im Sinne des WTO-Rechts, Art. 20), Steuerfragen (Art. 21), Einbeziehung von „State and privileged enterprises“ (Art. 22) bis zu Ausnahmen ähnlich Art. XX, XXI GATT (Art. 24) und für „economic integration agreements“ (Art. 25) reichen. Art. 26 eröffnet verschiedene Möglichkeiten für die Investor-(Gast-)Staat-Streitbeilegung, darunter auch ICISID- bzw. UNCITRAL-Schiedsverfahren, Art. 27 f. befasst sich allgemein mit „settlement of disputes“ zwischen Vertragsstaaten. „Strukturen“ und „Institutionen“ (Konferenz, Sekretariat) werden in Art. 33 ff. (Kapitel VII) behandelt.

Mit der Verabschiedung der *International Energy Charter*¹⁰⁷ auf der zweiten Haager Minister-Konferenz 2015 wird auch eine Erweiterung des Mitgliederkreises in geographischer Hinsicht angestrebt; zu den Unterzeichnern dieser Charta zählen aus Westafrika Benin, Burkina Faso, Gambia, Mali, Senegal sowie ECOWAS, wie diese haben ferner CE-

106 Zur Verknüpfung mit MIGA bzw. der nationalen Versicherung gegen Investitionsrisiken s. *Hofer/Fellenbaum* (Fn. 32), 1529, 1537.

107 <https://www.energycharter.org/process/international-energy-charter-2015/overview/>; vgl. *Rusche, T.M.*, Der Energiecharter-Vertrag auf dem Prüfstand von Achmea und CETA, EuZW 2020, 169 ff.

MAC, G5 Sahel¹⁰⁸ und EAC als Signatäre ebenfalls Beobachterstatus. Bemerkenswerte Parallelen zwischen Regelungsgegenständen des ECT (insbesondere in Kapitel II und IV) in Bezug auf die inhaltliche Erweiterung von Themen gibt es zum PAIC, zum EAC-Vertragsmuster und zu den ECOWAS-Gemeinschaftsregeln.

2. Schiedsgerichtsbarkeit

Das New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche 1958, dem nach Art. VIII ff. weltweit Staaten beitreten können, erfasst nach Art. I Abs. 1 sowohl (in Art. I Abs. 2 näher gekennzeichnete, durch ad hoc gebildete oder ständige Institutionen getroffene) „Schiedssprüche“ in „Rechtsstreitigkeiten“ zwischen natürlichen oder juristischen Personen (d.h. für einen umfassenden Kreis von Akteuren) im Hoheitsgebiet eines anderen Staates als desjenigen, in dem eine solche Maßnahme nachgefragt wird; erfasst werden auch Schiedssprüche, die in dem betr. Staat nicht als inländische angesehen werden. Die wesentlichen Regeln des für ca. 160 Staaten (auch die meisten OHADA-Mitglieder) geltenden Übereinkommens beinhalten die Anerkennung von schriftlichen Schiedsklauseln als Freistellung von staatlicher Gerichtsbarkeit (Art. II) sowie der Wirksamkeit solcher Schiedssprüche und Vollstreckung in anderen Vertragsstaaten (zu nicht wesentlich schlechteren Bedingungen als inländische); dabei verweist Art. III für die Zulassung zur Vollstreckung auf die in Art. IV ff. normierten Voraussetzungen. Art. V NYÜ enthält eine längere, abschließende Liste von Versagungsgründen prozeduraler (Abs. 1) und materieller Natur (Abs. 2). Aus der Vorschrift über das Verhältnis zu anderen Regelungen in Art. VII (Abs. 1) ergibt sich allerdings, dass „die Gültigkeit mehrseitiger oder zweiseitiger Verträge, welche die Vertragsstaaten über die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen geschlossen haben, unberührt“ bleibt und „keiner beteiligten Partei das Recht“ genommen wird, „sich auf einen Schiedsspruch nach Maßgabe des innerstaatlichen Rechts oder der Verträge des Landes, in dem er geltend gemacht wird, zu berufen“. Daher wird die Übereinkunft von Art. 53 ff. ICSID-Konvention überlagert. Hingegen bestehen keine inhaltlichen Überschneidungen mit der U.N. *Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration*, welche für Vertragsparteien eine Verbindlichkeit der UNCITRAL *Rules on Transparency* für vor April 2014 geschlossene „investment treaties“ (Art. 1 Abs. 2) begründet (Art. 2, 3 dieser „Mauritius“-Konvention¹⁰⁹).

3. Wichtige rechtserhebliche Anforderungen an transnationale Unternehmen

Sowohl auf globaler Ebene (der U.N.) als auch in engerem Verbund (OECD) sind Bestrebungen zu völkervertraglicher Regelung des (Wohl-)Verhaltens von multi- bzw. transnational strukturierten und als (Direkt-)Investoren tätigen Unternehmen bis dato gescheitert, zu-

108 <https://www.g5sahel.org/>.

109 Oben, I.1.c).

letzt in den 1990er Jahren ein von der OECD vorangetriebenes Projekt eines *Multilateral Agreement on Investment* (MAI).¹¹⁰ Verabschiedet wurden freilich diverse „soft law“-Dokumente, meist als „guidelines“ (der OECD für multinationale Unternehmen¹¹¹), „codes of conduct“ (des UNCTC zu transnationalen „corporations“¹¹²) oder „Prinzipien“ (der International Labour Organization [ILO] betr. „multinational enterprises and social policy“¹¹³) bezeichnet. Kurz vor der Jahrtausendwende wurde der U.N. *Global Compact* initiiert, an dem heute weit über 10.000 Unternehmen mitwirken.¹¹⁴ Aus der Beteiligung resultiert eine (nicht strikte) Verpflichtung zu „responsible business“, zum einen durch Einhaltung von 10 Prinzipien¹¹⁵ im Hinblick auf Menschenrechte (2), Arbeit (4), Umwelt (3) und „anti-corruption“, die außer dem letzten¹¹⁶ in ihrerseits rechtlich unverbindlichen (U.N.-)Verlautbarungen gründen, zum anderen durch Unterstützung breiterer gesellschaftlicher Ziele, vor allem der 17 *Sustainable Development Goals*.¹¹⁷ Von diesen sind investitionsrelevant insbesondere die Punkte 8 („decent work and economic growth“), 9 („industry, innovation, and infrastructure“) und 16 („peace and justice strong institutions“).

Ein „legally binding instrument“, als Teil des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes bei „activities of transnational corporations and other businesses enterprises“, zu schaffen ist seit 2014 Gegenstand einer *Intergovernmental Working Group*, eingesetzt vom U.N. *Human Rights Council*¹¹⁸. Dem aktuellen Entwurf¹¹⁹ zufolge ist Zweck dieses sich an Staaten bzw. „regional integration organizations“ (Art. 1 Nr. 5) richtenden Instruments vor allem „to strengthen the respect, promotion, protection and fulfilment of human rights“ (Art. 3 Nr. 3) „in the context of business activities“ (Art. 1 Nr. 3), und „to prevent the occurrence of such violations and abuses, and to ensure effective access to justice and remedy for victims“ (Art. 1 Nr. 1) „of human rights violations and abuses“ (Art. 1 Nr. 2) „in the context

110 <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/multilateralagreementoninvestment.htm>.

111 <http://mneguidelines.oecd.org/guidelines/>; weiterführend *Krajewski, M./Bozorgzad, M./Heß, R.*, Menschenrechtliche Pflichten von multinationalen Unternehmen in den OECD-Leitsätzen, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (ZaöRV) 76 (2016), 309 ff.

112 <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2891/download>.

113 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_emp/-emp_ent/-multi/documents/publication/wcms_094386.pdf.

114 <https://www.unglobalcompact.org/>. Dazu auch *Teubner, G.*, Transnationale Wirtschaftsverfassung, *ZaöRV* 74 (2014), 733 (753 ff.).

115 <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>.

116 U.N. Convention Against Corruption, 2003; http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf.

117 Oben, A.; vgl. *Huck, W./Kurkin, C.*, Die UN-Sustainable Development Goals (SDGs) im transnationalen Mehrebenensystem, *ZaöRV* 78 (2018), 375 ff.

118 <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOnTNC.aspx>.

119 Vom 16.7.2019; https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIG_WG_RevisedDraft_LBI.pdf.

of business activities” (Art. 2 lit. a], b]). Nicht nur transnationalen Unternehmen gegenüber sollen die jeweiligen Gaststaaten weitreichende „Präventions“- (Art. 5) und Sanktions-, insbesondere Haftungsvorschriften (Art. 6) treffen¹²⁰; Vorschläge zu „adjudicative jurisdiction“ (Art. 7) und „anwendbarem Recht“ (Art. 9) konzentrieren sich auf staatliche Gerichte und „domestic law“. Allerdings nimmt Art. 8 explizit auch „international human rights law“ und „international humanitarian law“ in Bezug.¹²¹ So bedeutsam die stärkere Berücksichtigung der vielfältigen Verbindungen zwischen Investoren- und Betroffenen-Grundrechten auch ist, so wichtig ist andererseits aber, hier alle „stakeholder“ einzubeziehen und deren Interessen umfassend abzuwägen.¹²² Gleiches gilt für nationale Projekte in einigen europäischen Staaten, wie der „Konzernverantwortungsinitiative“ in der Schweiz¹²³ und der Diskussion um ein „Lieferkettengesetz“ in Deutschland.¹²⁴

C. Bilaterale Regelungen (BITs und TIPs)

I. Entwicklung und herkömmliche Muster

Zwischen Staaten geschlossene Wirtschafts-, speziell Handelsverträge haben zwar schon im 19. Jahrhundert nicht nur auf eine Liberalisierung des Warenverkehrs und dafür wichtiger, vor allem (See-)Transport-Dienstleistungen abgezielt, sondern auch bereits Regelungen zu Unternehmens-Niederlassungen im Ausland (dem Gebiet der anderen Vertragspartei) getroffen, so noch im 1954 zustande gekommenen *Friendship, Commerce and Navigation-Vertrag (FCN Treaty)* zwischen Deutschland und den USA.¹²⁵ Eine Fokussierung allein auf Investitionen („Kapitalanlagen“) von je eigenen/gebietsansässigen „Investoren“ im Gebiet der anderen Vertragspartei (als diesbezüglichen „Gastlandes“) entwickelte sich aber erst Ende der 50er Jahre des 20. Jahrhunderts. Im Hinblick auf Art und Inhalt erforderlicher Regelungen konnte freilich auf Erfahrungen vor allem aus Rechtsstreitigkeiten im Verhältnis

120 Dazu Bericht *Izquierdo Mino, E.R.*, U.N. GA A/HRC/43/55 vom 9.1.2020, Rn. 59 ff., 69 ff.; https://ap.ohchr.org/documents/E/HRC/other/A_HRC_43_55%20E.pdf; generell etwa *Sattorova, M.*, Investor responsibilities from a host State perspective: qualitative data and proposals for treaty reform, *American Journal of International Law* 113 (2019) Unbound, 22 ff.; *Levashova, Y.*, The Accountability and Corporate Social Responsibility of Multinational Corporations for Transgressions in Host States through International Investment Law, *Utrecht Law Review* 14 (2018) no. 2, 40 ff.

121 Bericht (Fn. 119), Rn. 78 ff.

122 Bericht (Fn. 119), Rn. 102 (b); dazu unten, D.I., am Ende.

123 <https://konzern-initiative.ch/>; <https://www.publiceye.ch/de/themen/konzernverantwortungsinitiative> ve.

124 <https://lieferkettengesetz.de/>; <https://www.business-humanrights.org/en/statement-f%C3%BCr-eine-gesetzliche-regelung-menschenrechtlicher-und-umweltbezogener-sorgfaltspflichten>; dazu *Küppers, B.*, Gegen Gewinne ohne Gewissen, FR vom 25.2.2020, 10; *Niesmann, A.*, Lieferkettengesetz vorerst gestoppt, FR vom 11.3.2020, 15; Bundestags-Drucksache 19/16061 vom 16.12.2019, 1 ff.

125 Vom 29.10.1954, BGBl. 1956 II, 488.

zwischen U.S.A. und von dort stammenden Investoren zu (bereits im 19. Jahrhundert souverän gewordenen) mittel- und südamerikanischen Staaten zurückgegriffen werden, vor allem bei Behandlung und Bewertung von „*expropriations*“.¹²⁶ Bereits hier waren Interessengegensätze maßgeblich, die sich aus je unterschiedlichem Entwicklungsstand und allgemein politisch-sozialer Ausrichtung ergaben, so dass letztlich die Gewährung diplomatischen Schutzes für eigene Bürger/Unternehmen im Ausland gegen fremdstaatliche Übergriffe¹²⁷ friedlich und mit vertragsrechtlichen Mitteln umgesetzt werden sollte. Die (rechtlich) souveräne Gleichheit aller Staaten, verbürgt in der U.N. Charta (Art. 2 Abs. 1), verlangt insoweit formal Reziprozität im Verhältnis der Vertragsparteien, weil an sich beide sowohl als Heimat- als auch als Gaststaat berechtigt oder verpflichtet sein sollen. Tatsächlich aber zeigte sich von Anfang an, dass Industrieländern (aus dem Kreis der OECD) auf der einen Seite Entwicklungsländer, oft gerade erst von kolonialer Bindung frei geworden, gegenübertraten. In den Nord-Süd-Verhandlungen setzten jene „*home States*“ die von ihnen konzipierten, untereinander überaus ähnlichen Vertragsmuster durch; „*host States*“ konnten allenfalls eher geringe Modifikationen in dem Hauptvertrag beigefügten Protokollen erreichen.¹²⁸ Zunächst beschränkten sich Klauseln zur Streitbeilegung auch in BITs allerdings auf eine Konfliktlösung unmittelbar zwischen den staatlichen Vertragsparteien, wie schon im allerersten BIT (zwischen Deutschland und Pakistan in Art. 11).

Während vor allem von der „Dritten Welt“ vertretene Positionen zu einer Neuen („*fair*“, „*gerechten*“) Internationalen Wirtschaftsordnung, vor allem in den 1970er Jahren in Resolutionen der U.N.-Vollversammlung proklamiert, mangels genereller Zustimmung seitens der Staatengemeinschaft nicht zu verbindlichem Völkerrecht werden konnten, wuchs das bereits weitgespannte Netz bilateraler Investitionsschutzabkommen weiter an. Dabei änderten sich Umfang und Inhalte der Vertragsklauseln wenig – abgesehen von der wachsenden Zahl der Einbeziehung der Option einer ICSID-Streitbeilegung¹²⁹ –, wohl aber erfolgte eine zusätzliche Diversifizierung bei der Herkunft der (Gast-)Staaten. Etliche Mitglieder dieser Gruppe wuchsen auch in die Rolle eines Herkunftslandes von Investitionen hinein, so dass es zuweilen auch tatsächlich zu einer echten Reziprozität von Kapitalbewegungen und -anlagen kam. Aus geografischer Sicht wurden zunächst weitere asiatische¹³⁰

126 Zur „Hull-Formel“ *Hofmann/Donath* (Fn. 44), § 8 Rn. 13; *Brown* (Fn. 28), 159 f.

127 Vgl. *Häde, U.*, Protection of Foreign Direct Investment in International Law, Law and State 58 (1997), 51 (53 ff.); *Hofmann, R.*, The Protection of Individuals under Public International Law, in: *Bungenberg et al.* (Fn. 14), 46 ff.

128 Z.B. Abkommen Deutschlands mit Benin (vom 29.6.1978), BGBl. 1985 II, 3, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/441/download>.

129 Z.B. Art. 8 des Abkommens zwischen U.K. und Benin (vom 27.11.1987), <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4775/download>.

130 Z.B. Abkommen Deutschlands mit der VR China (vom 7.10.1983), BGBl. 1985 II, 31; ersetzt durch Vertrag vom 1.12.2003, BGBl. 2005 II, 733.

und sodann auch die lange gestützt auf die Calvo-Doktrin¹³¹ zurückhaltenden lateinamerikanischen Staaten¹³² Parteien von BITs, bereits vor 1990 auch einzelne damals noch „sozialistische“ Staaten wie etwa Rumänien¹³³ und in den 1990er Jahren dann zahlreiche (weitere) osteuropäische Länder¹³⁴, was dann nach deren EU-Beitritt 2004 bzw. 2007 spezielle EU-rechtliche Probleme aufwarf, die mehrfach den Europäischen Gerichtshof beschäftigt haben.¹³⁵ Auch in Afrika wurde das Netz von BITs immer dichter, erfolgten aber neben Novellierungen auch Kündigungen, etwa seitens Südafrikas.¹³⁶

Die in der Praxis von „klassischen“ Heimatstaaten von Investoren (d.h. des Norden und Westens) eingesetzten, teils mehrfach aktualisierten Muster¹³⁷ beinhalteten im Wesentlichen folgende Punkte¹³⁸: meist zu Beginn, nach einer Präambel, eine Vorschrift mit zentralen Definitionen zu „Investitionen“/„Kapitalanlagen“ (als „Vermögenswerte jeder Art“, nicht nur Direktinvestitionen), hieraus erzielten „Erträgen“ („*returns*“) und „Investoren“ (d.h. natürliche Personen mit Nationalität der jeweiligen Vertragspartei und juristische Personen mit Sitz in deren „Hoheitsgebiet“, unabhängig von einer Gewinnerorientierung), sodann eine allgemeine Regelung zu „Förderung und Schutz“ von Investitionen, welche die Zulassung von der Übereinstimmung mit Gaststaatsrecht abhängig macht und wesentliche Grundsätze der Behandlung (auch für Erträge bzw. bei Reinvestitionen) formuliert: „gerecht und billig“ („*fair and equitable*“), „keine „willkürlichen oder diskriminierenden Maßnahmen“ bezüglich Verwaltung, Erhaltung, Gebrauch und Nutzung („*arbitrary oder discriminatory measures*“) der Kapitalanlagen von Investoren der anderen Vertragspartei. Gewährleistet für Investitionen wie Investoren werden Inländerbehandlung und Meistbegünstigung, häufig sind zudem Regelbeispiele für (verbotene) „weniger günstige Behandlung“ angeführt, hierbei

131 Vgl. *Häde* (Fn. 127), 55.

132 Z.B. Abkommen Deutschlands mit Bolivien (vom 23.3.1987), BGBl. 1988 II, 255, außer Kraft seit 13.5.2014.

<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/454/download>; mit Mexiko (vom 25.8.1998), BGBl. 2000 II, 867.

133 Z.B. Abkommen mit Deutschland (vom 12.10.1979), BGBl. 1980 II, 1158.

134 Z.B. Abkommen Deutschlands mit Litauen (vom 28.2.1992), BGBl. 1997 II, 177,

<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/454/download>.

135 Vgl. insbesondere EuGH, Urt. vom 6.3.2018, Rs. C-284/16 (Achmea), Rn. 31 ff., ECLI:EU:C:2018:158; dazu *Basener, N.*, Anmerkung, Deutsches Verwaltungsblatt 2018, 576 ff.; *Hofmann/Donath* (Fn. 44), § 8 Rn. 101; zu „Ideen für einen Mechanismus zum Schutz von Investitionen im Binnenmarkt nach dem Ende der Intra-EU-BITs“ *Stöbener de Mora, P. S.*, EuZW 2019, 217 ff.; zu einem plurilateralen Vertrag zur Beendigung solcher Intra-EU-BITs *Stöbener de Mora*, Investitionsschutz: Einigung zur Beendigung der Intra-EU-Abkommen, EuZW 2019, 883.

136 Z.B. Vertrag mit Deutschland vom 11.9.1995, BGBl. 1997 II, 2099, außer Kraft seit 23.10.2014.

137 S. etwa zu den USA *Newcombe, A.*, *The Americas*, in: *Bungenberg et al.* (Fn. 14), 201 (204 ff.); Text des deutschen Mustervertrags 2005 in AVR 45 (2007), 276 ff.

138 Zu Details vor allem *Bungenberg et al.* (Fn. 14), Kap. 7 – 11; kompakt *Hofmann/Donath* (Fn. 44), § 8 Rn. 27 ff., 31 ff.

Vorrechte innerhalb einer regionalen Wirtschaftsintegration aber wieder ausgenommen. „Voller Schutz und volle Sicherheit („*full protection and security*“) wird allgemein garantiert, er erfasst freilich vor allem Enteignungs- und diesen in ihren Auswirkungen gleichkommende Maßnahmen („*expropriation*“, „*nationalization*“ bzw. „*measures tantamount to expropriation*“). Solche Eingriffe sind nur unter strikten Voraussetzungen (durchweg ähnlich wie bei innerstaatlichen Grundrechtsgewährleistungen für Eigentum) zulässig, wozu auch eine „unverzügliche, angemessene und wirksame Entschädigung“ („*prompt, adequate and effective compensation*“) zählt, und sowohl die Rechtmäßigkeit eines „*taking*“ als auch die Höhe der Entschädigung müssen in einem rechtsstaatlichen Verfahren nachgeprüft werden können („*review by due process of law*“). Selbst andere „Verluste“ sind nach Maßgabe von Inländer- und Meistbegünstigungsbehandlung auszugleichen. Durchweg vereinbart wird zudem ein freier Transfer von Zahlungen (Kapital und Erträge betreffend). Im Hinblick auf die in zahlreichen westlichen Staaten bestehenden Investitionsversicherungseinrichtungen ist auch eine Subrogationsklausel üblich; nach dieser erkennt die eine Partei (Gastland) bei entsprechenden Zahlungen des anderen (Heimat-)Staates an „seine“ Investoren den Übergang aller Rechte oder Ansprüche an, vorbehaltlich eines anderen Ergebnisses eines (ad hoc durchgeführten) Staat-Staat-Streitbeilegungsverfahrens. Seit Jahrzehnten wird daneben eine Regelung über das Verfahren bei Streitigkeiten zwischen einer staatlichen Vertragspartei und einem Investor des anderen Vertragsteils getroffen; für derartige ISDS werden dem Investor mehrere Optionen eröffnet, auch zu UNCITRAL- oder ICSID-Schiedsverfahren, und kommen dann Rechtsbehelfe gegen einen Schiedsspruch nur nach den je speziellen Übereinkünften in Betracht.

Meist wird schließlich eine Regelung des Verhältnisses des konkreten BIT zu anderen völkerrechtlichen Verträgen zwischen den gleichen Parteien mit Investitionsschutzbestimmungen getroffen, wonach die günstigere Regelung vorgeht, und üblich sind ferner „*umbrella clauses*“¹³⁹, die sich auf jede andere schriftliche Verpflichtung beziehen, die eine der BIT-Parteien in Bezug auf Investitionen in ihrem Hoheitsgebiet von Investoren der anderen Seite eingegangen ist („*investment contracts*“¹⁴⁰), aber auch wirtschaftsverwaltungsrechtliche behördliche Genehmigungen).

139 Vgl. *Sinclair, A.*, Umbrella Clause, in: *Bungenberg et al.* (Fn. 14), 887 ff.; *Hofmann/Donath* (Fn. 44), § 8 Rn. 49.

140 Andere Bezeichnungen: „*State contracts*“, „*stabilization clauses*“; vgl. *Häde* (Fn. 127), 57 f.; *Hummer* (Fn. 92), 6; *Hofmann/Donath* (Fn. 44), § 8 Rn. 18 f.; *von Walter, A.*, Investor-State Contracts in the Context of International Investment Law, in: *Bungenberg et al.* (Fn. 14), 80 ff.; *Cotula, L.*, Reconsidering Sovereignty, Ownership and Consent in Natural Resources Contracts: From Concepts to Practice, *European Yearbook of International Economic Law* 2018, 174 ff.

II. Neuere Tendenzen

1. Inhaltliche Modifizierung von BITs

Zwischen Staaten des „Südens“ kam es, anders als punktuell im Verhältnis „sozialistischer“ Staaten in Europa und Afrika, erst in den beiden letzten Jahrzehnten und in relativ geringer Anzahl zum Abschluss von „*investment treaties*“.¹⁴¹ Eine besondere und bedeutsame Rolle spielt dabei die Volksrepublik China, die inzwischen zu den Staaten mit den meisten geltenden BITs gehört.¹⁴² Eine größere Zahl solcher Verträge haben auch arabische Ölstaaten (wie vor allem Kuwait, Katar und die Vereinigten Arabischen Emirate) und Ägypten geschlossen.¹⁴³ Auf und auch zwischen anderen Kontinenten (vor allem Asien) setzte dieser Prozess schon früher ein als in Afrika.¹⁴⁴ Diese Verzögerung führte jedoch auch zu einigen Neuerungen bzw. Besonderheiten, die zuweilen schon als „Afrikanisierung“¹⁴⁵ gekennzeichnet werden (und sich auch deutlich im PAIC und im EAC-Mustervertrag zeigen); sie bilden oft auch anderswo bzw. auf globaler Ebene erkennbare Tendenzen ab. Ein oft genanntes Beispiel für Vertiefung und Erweiterung ist der Vertrag zwischen Marokko und Nigeria 2016¹⁴⁶, in dem (über fast gleichzeitig gegenüber Ruanda¹⁴⁷ erfolgte Festlegungen hinaus) als Mittel zur Zielerreichung eine spezifische „*institutional governance*“ (Art. 4, 26) und zahlreiche Instrumente von „*investment facilitation*“ sowie „*risk mitigation*“ vorgesehen sind (insbes. in Art. 13 – 25). Beide Staaten haben allerdings mit anderen afrikanischen Ländern eher herkömmliche Abkommen geschlossen, Marokko etwa mit der Demokrati-

141 Vgl. UN ECA (Fn. 80), 16 ff.

142 145 BITs und weitere 24 TIPs; <https://investmentpolicy.unctad.org/country-navigator/45/china>.

143 Etwa Kuwait 90 BITs und 12 TIPs, <https://investmentpolicy.unctad.org/country-navigator/115/kuwait>, Ägypten sogar 115 bzw. 13.

144 Z.B. Bangla Desh, <https://investmentpolicy.unctad.org/country-navigator/18/bangladesh>; Thailand, <https://investmentpolicy.unctad.org/country-navigator/214/thailand>; Pakistan, <https://investmentpolicy.unctad.org/country-navigator/163/pakistan>; ferner Abkommen zwischen 6 ASEAN-Staaten vom 15.12.1987, International Legal Materials 27 (1988), 612 ff.; Bath., V./Nottage, L., The ASEAN Comprehensive Investment Agreement, in: Bungenberg et al. (Fn. 14), 283 ff.

145 Vgl. Mbengue, M., The quest for a Pan-African Investment Code to promote sustainable development, 21.6.2016, Bridges Africa 5 no. 5, <https://www.ictsd.org/bridges-news/bridges-africa>; UN ECA (Fn. 80), 35 f., 43.

146 <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5409/download> (vom 3.12.2016).

147 <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5417/download> (vom 19.10.2016); ebenso herkömmlich Nigerias Abkommen mit Singapur vom 4.11.2016, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5410/download>.

schen Republik Kongo 2018¹⁴⁸, Nigeria mit Algerien 2002.¹⁴⁹ Dass ein inhaltlicher Wandel über Afrika hinausreicht, zeigen der BIT zwischen Senegal und der Türkei 2010¹⁵⁰ und insbesondere die von Kanada ab 2014 (u. a. mit dem Senegal, Mali, der Elfenbeinküste, Burkina Faso und Guinea¹⁵¹) vereinbarten Regelungen mit betonter Förderung „nachhaltiger Entwicklung“. Eher in herkömmlichen Bahnen bewegen sich dagegen die Abkommen Deutschlands mit Ghana 1995, Äthiopien 2004, Guinea und Madagaskar 2006 sowie die einen schon 1965 geschlossenen Vertrag ablösende Regelung mit der Demokratischen Republik Kongo von 2010.¹⁵² Ähnlich verhält es sich bei neueren Verträgen Chinas, z.B. mit dem Tschad 2009, Tansania 2013 oder der Demokratischen Republik Kongo 2011,¹⁵³ während im Investitionskapitel des „free trade agreement“ mit Australien 2015¹⁵⁴ zumindest künftige Erweiterungsmöglichkeiten skizziert werden (Art. 9.9). Schließlich haben einige Staaten des Südens (u. a. Südafrika¹⁵⁵) in jüngerer Zeit früher abgeschlossene (klassische) BITs gekündigt, so dass auch hieraus ein Grund zu Verhandlungen über andere, eher akzeptable Inhalte erwächst.

2. Investitionsregelungen in thematisch breiten Freihandels- und ähnlichen Wirtschaftsabkommen (TIPs)

Die angesichts der erweiterten Kompetenz der EU aus Art. 207 AEUV, selbst wenn diese sich nicht auf Regeln zur Investor-Staat-Streitbeilegung erstreckt,¹⁵⁶ in alle geografischen Richtungen vorangetriebene „tiefe“ und möglichst „umfassende“ Zusammenarbeit mit anderen Staaten und (soweit deren Organisationsrecht dies zulässt) auch mit anderen regionalen Wirtschaftsgemeinschaften ist bestimmten gemeineuropäischen Werten verpflichtet

148 <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5809/download> (vom 30.4.2018). Vgl. *Zakkan, Y.*, Les accords de promotion et de protections des investissements conclus entre le Maroc et les pays d'Afrique subsaharienne, *Recht in Afrika* 21 (2018), 90 ff.; *Ejims, O.*, The 2016 Morocco – Nigeria Bilateral Investment Treaty : More Practical Reality in Providing a Balanced Investment Treaty?, *ICSID Review* 34 (2019), 62 ff.

149 <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3295/download> (vom 14.1.2002).

150 <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2247/download> (vom 15.6.2010).

151 Etwa Abkommen mit Guinea (vom 27.5.2015), <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5095/download>.

152 <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/78/germany?type=bits>.

153 Etwa Abkommen mit Tansania (vom 24.3.2013), <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5488/download>.

154 <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3453/download> (vom 17.6.2015).

155 Dazu bereits oben, C.I.

156 Zur Auslegung s. EuGH-Gutachten zum Abkommen mit Singapur und zu CETA (oben, Fn. 50, 51).

(Art. 2 f., 21 EUV, Art. 205 f. AEUV). Dies führt zu einer formalen Verbindung und damit fast zwangsläufig auch zu einer inhaltlichen Abstimmung der in ein Investitions-Kapitel eines Vertrags eingestellten Regelungen mit anderen, sektoralen oder generell verbesserte wirtschaftliche Zusammenarbeit adressierenden Bestimmungen. Auch für Afrika interessant könnten dabei neue bzw. veränderte Aspekte und Schwerpunkte sein, die gerade im Verhältnis zu Nicht-Industriestaaten (und abweichend von den etwa mit Südkorea, Japan¹⁵⁷, Kanada oder auch Singapur vereinbarten Vorschriften) auftreten.¹⁵⁸ So haben die EU (und deren Mitgliedstaaten) und Vietnam im Juni 2019 sowohl ein Handels- als auch ein Investitionsschutzabkommen¹⁵⁹ unterzeichnet: Letzteres bezieht nur (nicht ganz bzw. von bestimmten Klauseln ausgenommene) „covered investments“ ein (Art. 2.1), präzisiert das Verhältnis von „Investitionen“ und „regulatory measures and objectives“ (Art. 2.2) sowie das Verständnis von „fair and equitable treatment“ (Art. 2.5), beschränkt sich sodann jedoch auf „klassische“ Schutzthemen. Zu diesen werden jedoch etliche spezielle „understandings“ in Anhängen festgehalten. Ähnlich verhält es sich bei „dispute settlement“; hier wird für die Investor-Staat-Streitbeilegung ein zweistufiges „investment tribunal system“ (Art. 3.38 ff.)¹⁶⁰ vereinbart, in dessen Rahmen Ansprüche eines Investors nach der ICSID-Konvention, den ICSID *Additional Facility Rules*¹⁶¹, den UNCITRAL *Arbitration Rules* oder jeder anderen Vereinbarung zwischen den „disputing parties“ (Art. 3.28 lits. b], c], f]) behandelt werden (Art. 3.33 Abs. 2). Mit den vier Mitgliedstaaten des MERCOSUR (Argentinien, Brasilien, Paraguay, Uruguay)¹⁶² kam fast zeitlich eine politische Einigung zustande, jedoch zunächst nur über ein Handelsabkommen (als Teil eines breiteren Assoziierungsvertrags);¹⁶³ Investitionsregeln blieben bislang ausgespart.¹⁶⁴

Die aus dem vorerst gescheiterten Vorhaben einer *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP) zwischen EU und USA¹⁶⁵ gewonnene Erkenntnis, speziell bei der Beilegung von Investitionsstreitigkeiten müssten nicht nur rechtliche Schwachstellen, sondern auch gesellschaftspolitische Angriffspunkte minimiert werden, hat das Konzept eines *Mul-*

157 <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1684>.

158 Vgl. auch Schill, S., Investitionsschutz in EU-Freihandelsabkommen: Erosion gesetzgeberischer Gestaltungsmacht?, *ZaöRV* 78 (2018), 33 ff.

159 <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1437>.

160 Ähnlich wie schon in CETA und dem Abkommen mit Singapur; vgl. Hallak, I., Multilateral Investment Court. Overview of the reform proposal and prospects, Januar 2020, [https://www.europa.eu/regdata/etudes/BRIE/2020/646147/EPRS_BRI\(2020\)646147_EN.pdf](https://www.europa.eu/regdata/etudes/BRIE/2020/646147/EPRS_BRI(2020)646147_EN.pdf).

161 <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsidocs/ICSID-Additional-Facility-Rules.aspx>; dazu Antonietti, A., The 2006 Amendments to the ICSID Rules and Regulations and the Additional Facility Rules, *ICSID Review* 21 (2006), 427 ff.

162 <https://www.mercosur.int/en/>.

163 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/QANDA_19_3375; Bundestags-Drucksache 19/14797 vom 5.11.2019, 3 ff.

164 Zu (sub)regionalen Regelungen auf dem amerikanischen Kontinent Bottini, L./Lavista, V./Lozza, M., MERCOSUR and CAFTA, in: *Bungenberg et al.* (Fn. 14), 326 ff.

165 https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/index_de.htm.

tilateral Investment Court (MIC) entstehen lassen, das jedoch über die EU/Europa hinaus noch keinen generellen Anklang findet. Immerhin könnte es Transparenzdefiziten begegnen und auch (echten oder vermeintlichen) Zweifeln an Neutralität und Unbefangenheit von einzelnen Schiedsrichtern/Spruchkörpern entgegenwirken.¹⁶⁶ Insofern bestehen auch offensichtliche Querverbindungen zu grundrechtlichen Gewährleistungen effektiven Rechtsschutzes – nicht nur für Investoren.

D. Investitionsschutz und Menschenrechte

I. Inhaltliche Verbindungen

Auf völkerrechtlicher Ebene werden etwaige Schnittmengen zwischen beiden Regelungsmaterien eher selten analysiert,¹⁶⁷ wohl auch, weil bisher kaum explizite und allenfalls punktuelle Verzahnungen erfolgen, wie etwa in Art. 24 PAIC:

„The following principles should govern compliance by investors with business ethics and human rights:

- a. support and respect the protection of internationally recognized human rights;*
- b. ensure that they are not complicit in human rights abuses;*
- c. eliminate all forms of forced and compulsory labor, including the effective abolition of child labor;*
- d. eliminate discrimination in respect of employment and occupation; and*
- e. ensure equitable sharing of wealth derived from investments”.*

Diese Bestimmung erhellt immerhin einige zentrale Probleme: Verhalten von Investoren kann sowohl im Hinblick auf die im Zusammenhang mit Investitionen Beschäftigten als auch generell in Konflikt mit (auch völkerrechtlich anerkannten¹⁶⁸) Menschenrechten geraten, sowohl Freiheits- als auch Gleichheits(grund)rechten; das kann auch bei bloßer Mitwirkung an rechtswidrigen (oder auch sonst „missbräuchlichen“) Handlungen anderer Personen/Unternehmen eintreten. Bei der Auf- und Verteilung von Erträgen aus Investitionen wird mit „Billigkeit“ ebenfalls ein gleichheitsrechtlicher Maßstab herangezogen. Zu klären bleibt dabei aber, welche Personen Menschenrechtsschutz genießen, etwa nur je eigene Staatsangehörige, und welche juristische Personen (z.B. bei „*joint ventures*“ mit gast- oder

166 Vgl. Hofmann/Donath (Fn. 44), § 8 Rn. 88 ff., 96 ff.; Bungenberg, M./Reinisch, A., Von bilateralen Schieds- und Investitionsgerichten zum multilateralen Investitionsgerichtshof, 2018; Feichtner, I., Warum ein Internationales Investitionsgericht keinen Fortschritt an Rechtsstaatlichkeit bedeutet, in: Ludwigs/Remien (Fn. 51), 97 ff.

167 S. aber Dupuy, P.-M./Vinuales, J. M., Human Rights and Investment Disciplines: Integration in Progress, in: Bungenberg et al. (Fn. 14), 1739 ff.; Santacroce, F. G., The Applicability of Human Rights Law in International Investment Disputes, ICSID Review 34 (2019), 136 ff.; generell bereits Dupuy, P.-M./Francioni, F./Petersmann, E.-U. (eds.), Human Rights in International Investment Law and Arbitration, 2009.

168 Dazu unten, II.1.

auch heimatstaatlicher Beteiligung¹⁶⁹) überhaupt bzw. wie weit schutzwürdig sind.¹⁷⁰ In der Sache fragt sich, ob und wie weit die diversen „Ausnahmen“ vom Investorenschutz in BITs oder TIPs aus Sicht der von solchen wirtschaftlichen Aktivitäten betroffenen Dritten ausreichen, um deren (wirtschaftliche oder vitale) Grundrechte angemessen zu gewährleisten. Speziell auf Nationalität abstellende Nichtdiskriminierungsvorschriften („national“ oder „MFN treatment“) müssten gleichwohl dem Willkürverbot bzw. dem allgemeinen Gleichheitsgrundrecht entsprechen (und dürften überdies nicht als auf „nationaler Herkunft“ [i.S.v. Art. 14 EMRK¹⁷¹ oder Art. 2 Banjul-Charta¹⁷²] beruhend eingeordnet werden). Schließlich muss von Staaten vertraglich gestalteter Investitions- und Investorenschutz gleichrangige sozialstaatliche und vor allem demokratische Vorgaben hinreichend wahren, so dass ein „right to regulate“¹⁷³ weder inhaltlich noch zeitlich unangemessen beschnitten oder ausgehöhlt werden darf. Insoweit können die neuerdings zunehmend normierten Investorenpflichten durchaus als (grundsätzlich) legitime Grundrechtsschranken eingeordnet werden.

Nur dann, wenn (und soweit) das je bei Beilegung von Investitionsstreitigkeiten anwendbare Recht auch solche divergierenden Rechtspositionen überhaupt als Kontrollmaßstab für die Vertragskonformität (gast)staatlicher Maßnahmen berücksichtigen darf (oder gar muss), würde der konkrete Konflikt in seiner Gesamtheit erfasst, ähnlich wie dies bei hoheitlichem Handeln mit Doppelwirkung (einzelne begünstigend, andere belastend) vor nationalen Gerichten erfolgt. Hingegen werden aktuell Eigentums- wie sonstige wirtschaftliche (Grund-)Rechte des Investors bei Investor-Staat-Streitbeilegung materiell zumindest im selben Maße und Umfang vor übermäßigen oder willkürlichen (Gast-)Staatseingriffen gesichert wie bei einer spezifischen Grundrechtsprüfung von rechtsetzendem oder behördlichem Handeln, die allerdings in der Regel bzw. zunächst nur die heimatstaatliche Maßnahme betrifft,¹⁷⁴ nicht auch oder gar allein (angebliche) Rechtsverletzungen seitens des „fremden“ Gastlandes. Soll freilich ein letztlich (s. Art. 1 EuGRCh, Art. 5 Satz 1 Banjul-Charta)

169 Vgl. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) zur Grundrechtsbindung und -trägerschaft in- und ausländischer öffentlicher Unternehmen: BVerfG, Urt. vom 22.2.2011 (Fraport), BVerfGE 128, 226 ff., Rn. 45 ff.; Urt. vom 7.11.2017 (Deutsche Bahn), BVerfGE 147, 50 ff., Rn. 269 ff.; Urt. v. 6.12.2016 (Vattenfall), BVerfGE 143, 246 ff., Rn. 185 ff.; dazu *Paulus, C./Nölscher, P.*, Eigentum und Investitionsschutz nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Atomausstieg, in: *Ludwigs/Remien* (Fn. 51), 133 ff.; generell etwa *Blyschak, P. M.*, State-Owned Enterprises in International Investment, ICSID Review 31 (2016), 5 ff.

170 So könnten hier grundrechtliche Schutzpflichten zugunsten privater (Minderheits-)Gesellschafter bestehen, deren Mindestmaß normativ zwingend vorgegeben wird.

171 Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950, https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_DEU.pdf.

172 <http://www.humanrights.se/wp-content/uploads/2012/01/African-Charter-on-Human-and-Peoples-Rights.pdf>.

173 S. bereits oben, B.I.2.a); näher *Krajewski, M./Ceyssens, J.*, Internationaler Investitionsschutz und innerstaatliche Regulierung, AVR 45 (2007), 180 (194 ff.).

174 Im Verfahren Vattenfall vor dem BVerfG (Fn. 169) wurde zur Bejahung der Grundrechtsträgerschaft der (EU-)ausländischen Muttergesellschaft in Bezug auf Eigentum (Art. 14 GG) auch die EU-rechtlich verbürgte Niederlassungsfreiheit (Art. 54 i.V.m. Art. 49 AEUV) herangezogen,

menschliche Würde sichernder Schutz durch heimatstaatliches Tätigwerden gegen fremde Hoheitsakte gegebenenfalls durch Klage vor inländischen (Verfassungs-)Gerichten herbeigeführt werden soll,¹⁷⁵ wäre allenfalls eine schlichte Verwerfung solchen Begehrens ohne Erwägen von möglichen, nicht von vornherein unzulässigen oder aussichtslosen Schritten auf internationaler Ebene seitens der insofern primär zuständigen Regierung auch grundrechtlich nicht mehr hinnehmbar.¹⁷⁶

II. Investitionsrelevante Vorschriften in Menschenrechtsabkommen und deren Durchsetzung

1. Unterschiedlicher Schutz für unterschiedliche Beteiligte

Der U.N. *Global Compact* nimmt insoweit nur auf die als solche unverbindliche *Universal Declaration of Human Rights* (UDHR) 1948¹⁷⁷ Bezug, die in der Tat auch wirtschaftliche Grundrechte postuliert (Eigentum, Art. 17; Freizügigkeit, Art. 13), zudem Zwangsarbeit verpönt (Art. 23 Abs. 1) und Rechtsschutzgarantien (Art. 8, 10) normiert, zugleich jedoch allgemeine Pflichten des Individuums gegenüber der Gesellschaft und legitime Gründe für gesetzliche Beschränkungen von Menschenrechten statuiert (Art. 29).

Für wesentliche wirtschaftliche Tätigkeiten zentrale (Abwehr-)Rechte gegen staatliche (gesetzliche, behördliche oder auch gerichtliche) Restriktionen in Bezug auf Vornahme wie Bestand von Investitionen gründen vor allem im Recht auf Eigentum, das freilich auf bereits (rechtmäßig) erworbene Vermögenswerte abstellt, diese nicht absolut vor völliger oder partieller Entziehung (durch förmliche Enteignung oder gleich schwer wiegende Maßnahmen) schützt und auch nicht stets eine Entschädigung zum vollen (Markt-)Wert verlangt.¹⁷⁸ Noch weniger ausgeprägt ist (außerhalb der EU, s. Art. 17 EuGRCh) eine Unternehmens- und/oder Berufsfreiheit. Vielmehr ist das relativ häufig vorgesehene Recht auf Arbeit (etwa Art. 15 Banjul-Charta), soweit es mehr als nur eine Gegenposition zum Verbot von Sklaverei, Leibeigenschaft (Art. 4 UDHR) oder Zwangsarbeit (Art. 3, 4 EMRK) aufrichtet, im Kontext mit angemessenen Arbeitsbedingungen und sozialer Absicherung auf positive rechtliche Ausgestaltung angewiesen (und daher im EU-Grundrechtskatalog im Kapitel „Solidarität“ behandelt, Art. 31 ff.). Auch die Vereinigungsfreiheit (etwa Art. 11 Banjul-Charta, Art. 11 Abs. 1 EMRK) wird nicht primär auf wirtschaftliche Verbände (und dann

Rn. 196 ff. Im ICSID-Schiedsverfahren zwischen Vattenfall waren Kläger 2009 die schwedische Mutter (AB) und deutsche Tochterunternehmen (ARB/09/06), im 2012 eröffneten zweiten Verfahren (ARB/12/12) nur die deutschen Töchter, jeweils im Rahmen des ECT.

175 BVerfG, Beschl. vom 16.12.1980, BVerfGE 55, 349 ff. (Heß).

176 Vgl. BVerfG, Beschl. vom 23.1.2020, 2 BvR 183/19, Rn. 9, 11 ff., zum Wirtschaftspartnerschaftsabkommen zwischen der EU und Japan (JEFTA) vom 17.7.2018 (Amtsblatt der EU L 174 vom 10.7.2018, 1).

177 <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html>.

178 Vgl. insbesondere Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), Urt. v. 15.12.2014 (Yukos); Hofmann/Donath (Fn. 44), § 8 Rn. 60 f.

zudem primär auf Gewerkschaften) bezogen und konzentriert sich auf freien Bei- oder Austritt, sichert aber nicht speziell organisations- oder gar unternehmensspezifische Betätigungen (wie in manchen nationalen Verfassungen¹⁷⁹).

Weltweit, regional und subregional verbürgt sind Rechte auf Leben (Art. 2 EMRK, Art. 3 UDHR, Art. 4 Banjul-Charta), körperliche Unversehrtheit und Gesundheit (Art. 4, Art. 16 Banjul-Charta) sowie auf eine Privatsphäre, die etwa bei Art. 8 EMRK auch das Lebensumfeld (vor allem den Schutz der Umwelt¹⁸⁰) umfasst.

Ebenfalls vor allem natürlichen Personen kommt ein Recht auf „Heimat“ (als Ausfluss der Freizügigkeit) zu (Art. 12 Abs. 1 Banjul-Charta, Art. 13 Abs. 1 UDHR)¹⁸¹, ergänzt und verstärkt durch Gruppen-/Minderheiten- (Art. 27 ICCPR¹⁸²) oder Volks-Rechte auf das angestammte Territorium.¹⁸³ Kollektiven Trägern wird schon in den beiden U.N.-Menschenrechtspakten 1966 eine Berechtigung zur Nutzung ihrer Reichtümer und Naturschätze zugesprochen (Art. 1 Abs. 2, Art. 47 ICCPR, Art. 25 ICESCR). In der Banjul-Charta wird in der einschlägigen Vorschrift (Art. 21) einerseits der Zusammenhang mit der Förderung von „*international economic cooperation*“ (Abs. 3) genannt, aber auch die Intention aller Vertragsstaaten „*to eliminate all forms of foreign economic exploitation particularly that practiced by international monopolies*“ (Abs. 5).

Menschenrechtsabkommen beinhalten durchweg das Gebot der Gleichbehandlung vor dem und gleichen Schutzes durch das Gesetz (Art. 3 Banjul-Charta), zudem werden Diskriminierungen aus bestimmten Gründen speziell verpönt, die regelmäßig nur an Merkmale natürlicher Personen anknüpfen (etwa Art. 14 EMRK, Art. 21, 23 EuGRCh). Ein generelles Recht auf wirksame Beschwerde (wie in Art. 13 EMRK) wird oft begrenzt auf faire und zügige Verfahren in Zivil- und Strafsachen (Art. 6 EMRK, Art. 7 Banjul-Charta), so dass Investitionsstreitigkeiten hiervon nur partiell erfasst werden. Art. 26 Banjul-Charta fordert staatliche Maßnahmen zur Gewährleistung der Unabhängigkeit von Gerichten: die gebotene Errichtung und Ertüchtigung von „*appropriate national institutions*“ zu Förderung und Schutz der in der Charta normierten „Rechte und Freiheiten“ schließt die Schaffung außer- oder schiedsgerichtlicher Mechanismen aber nicht zwingend aus.

179 Zu Art. 9 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG) vgl. nur BVerfG, Beschl. vom 10.6.2009, BVerfGE 124, 25 ff., Rn. 37.

180 Vgl. etwa EGMR, Urt. vom 16.11.2004 (Moreno Gómez), Rn. 53 ff., [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-67478%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-67478%22]}); Beyerlin, U., Umweltschutz und Menschenrecht, ZaöRV 65 (2005), 525 ff.; Vinuales, J.M., Investment Law and Sustainable Development, in: Bungenberg et al. (Fn. 14), 1714 ff.

181 Dazu auch BVerfG, Urt. vom 17.12.2013 (Garzweiler), BVerfGE 143, 242 ff., Rn. 250 ff.

182 International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) vom 16.12.1966, <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html>; International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) vom 16.12.1966, <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cescr.aspx>.

183 ILO-Übereinkommen über indigene Völker 1989, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_100900.pdf.

Klassische Freiheits- und Gleichheitsrechte umfassen nicht ohne weiteres auch Teilhabeansprüche gegenüber dem (eigenen) Staat. Die in Menschenrechtskatalogen vielfach enthaltenen „sozialen“ und „kollektiven“ Rechte (wie in Art. 20 ff. Banjul-Charta) sind sogar durchweg auf politische Umsetzung vor allem durch den Gesetzgeber angelegt bzw. durch diese bedingt; erst dann werden Rechtspositionen geschaffen, die in der Folge aber durchaus unter die Eigentumsgewährleistung fallen können. Gleiches gilt für als „Rechte“ formulierte Staatsziele etwa in den Bereichen Umwelt- und Verbraucherschutz, (funktionsfähiger) Wettbewerb oder – umfassender – „nachhaltige Entwicklung“. In ihrer je konkreten gesetzlichen Ausformung bilden sie freilich auch ein allgemeines normatives „Investitionsklima“ und erzeugen rechtserhebliche „*legitimate expectations*“ (auch) für Investoren aus In- und Ausland.

Im Unterschied zu nationalen Grundrechtsgarantien, die primär den jeweiligen Staat adressieren, der sie regelmäßig in seiner Verfassung verbürgt hat, ist auf internationaler Ebene der Kreis durch Menschenrechte geschützter und beschwerdeberechtigter Personen weiter gezogen, nämlich auf die Bevölkerung der jeweiligen Vertragsparteien. Im Hinblick auf die bis dato existierende, dezentrale Struktur der internationalen Gemeinschaft erfolgt gleichwohl in Bezug auf die Grundrechtsträger auch hier eine Anknüpfung des Geltungsbereichs an die Territorial- bzw. Personalhoheit. Nur vermittelt über Staatsan- oder -zugehörigkeit kann sich eine Grundrechtsbindung auch des (heimat)staatlichen Handelns außerhalb des eigenen Gebiets, insbesondere im jeweiligen Gastland ergeben.¹⁸⁴ Extraterritoriale Ausübung hoheitlicher Gewalt wird aber jedenfalls auf der Stufe der Durchsetzung begrenzt durch die Souveränität des Gastlandes, so dass auch bei völkervertraglich legitimierten Schiedssprüchen spezielle Maßgaben für die Vollstreckung zu beachten bzw. explizit in einschlägigen Abkommen ausgestaltet sind.¹⁸⁵

Kennzeichnend für Reichweite und Wirkung menschenrechtlicher Garantien im Einzelfall ist auf jeder Schutzebene das Erfordernis (des Herstellens) praktischer Konkordanz im Verhältnis von verschiedenen, gleichrangigen Rechten verschiedener (in- und ausländischer) Personen unter angemessener Berücksichtigung öffentlicher (regulatorischer) Interessen, die der Förderung menschlichen Wohlergehens dienen (und so teils ebenfalls als „Rechte“ in einem weiteren Sinne formuliert werden, wie Umweltschutz oder unverfälschter Wettbewerb, etwa in Art. 30, Art. 37 PAIC, Art. 24 Banjul-Charta oder Art. 37 EuGRCh). Rechtstechnisch erfolgt dieser Abwägungsprozess bei den je spezifischen Grundrechtsschranken (etwa Art. 18 EMRK, Art. 52 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 EuGRCh, Art. 27 Abs. 2 Banjul-Charta)¹⁸⁶ sowie allgemein mittels der Klärung des Verhältnisses von Mitteln

184 Wenn und weil deutsche staatliche Gewalt auch räumlich umfassend gebunden ist; vgl. BVerfG, Urt. vom 14.7.1999 (Telekommunikationsüberwachung I), BVerfGE 100, 313 ff., Rn. 173 ff.

185 Vgl. nur Art. 53 – 55 ICSID-Übereinkommen; Art. III – VI NYÜ; *Wolf, C.*, Vollstreckbarkeit nach ICSID Konvention und Aufhebung, Anerkennung und Vollstreckung nach New Yorker Übereinkommen, in: *Ludwigs/Remien* (Fn. 51), 255 ff.

186 Vgl. etwa zu Art. 18 EMRK EGMR, Urt. v. 31.5.2011 (Khodorkovskij), Rn. 249 ff., <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-104983%22%7D>.

und Zweck, sei dies als Verbot übermäßiger Eingriffe oder auch als (aktiv) zu gewährleistende (Mindest-)Maßnahmen (Untermaßverbot), und dem absoluten Schutz eines Grundrechtskerns (Art. 52 Abs. 1 Satz 1 EuGRCh).

2. Institutionen zum Schutz von Menschenrechten

Internationale, auf Völkervertragsrecht basierende Menschenrechts-Gerichte (oder auch -Kommissionen) eröffnen zumeist nicht nur (anderen Abkommens-)Staaten, sondern auch Individuen oder Unternehmen Zugang zu Rechtsschutz. Nur eingeschränkt der Fall ist dies in der EU, da Grundrechtsbeschwerden zum Europäischen Gerichtshof als solche nicht vorgesehen sind, eine diesbezügliche Kontrolle daher nur bei anderweit eröffneten Klagearten erfolgen kann und zudem die erst seit 2009 formal rechtsverbindliche Grundrechte-Charta für EU-Mitgliedstaaten nur („ausschließlich“) bei der Durchführung von Unionsrecht gilt (Art. 51 Abs. 1 Satz 1 EuGRCh).¹⁸⁷

Maßstab der Kontrolle seitens solcher Gerichtsinstanzen ist jedoch lediglich das jeweilige Menschenrechtsabkommen samt zugehörigen Protokollen (s. Art. 32 EMRK); Individualbeschwerden (Art. 34 EMRK, Art. 5 Abs. 3, Art. 34 Abs. 6 Zusatzprotokoll zur Banjul-Charta¹⁸⁸) setzen, insoweit ähnlich wie bei ISDS, regelmäßig das Ausschöpfen innerstaatlicher Rechtsbehelfe „in Übereinstimmung mit den allgemein anerkannten Grundsätzen des Völkerrechts“ (Art. 35 EMRK) voraus. Eine wesentliche Erweiterung des Prüfungsmaßstabs tritt auch dann nicht ein, wenn mehrere Gewährleistungskataloge miteinander verknüpft sind, wie EuGRCh und EMRK (Art. 6 Abs. 2, 3 EUV, Art. 52 Abs. 3, 53 Abs. 1 EuGRCh), oder wenn noch (damit zusammenhängende) „allgemeine Rechtsgrundsätze“ (Art. 52 Abs. 4 EuGRCh) herangezogen werden.

Es besteht hier also meist eine eigene, (inter)gouvernementale Säule (betr. Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren, s. Art. 46 EMRK), die neben anderen, nämlich zum einen hoheitlich-völkerrechtlich geschaffener, zum anderen privater internationaler Schiedsgerichtsbarkeit existiert. Eine Verbindung zeigt sich lediglich bei der Bestimmung des Ausmaßes (Breite wie Tiefe) der staatlichen Justizgewährleistungsprerogative im Verhältnis zur (national meist grundrechtlich verbürgten) Autonomie von privaten Parteien (bzw. auf völkerrechtlicher Ebene auch von Staaten und anderen Rechtssubjekten) zur Wahl und Ausgestaltung außer- oder schiedsgerichtlicher Streitbeilegungsmechanismen.¹⁸⁹ Denn die Überprüfung der Wirksamkeit derartiger Abreden als Sachentscheidungsvoraussetzung („*admissibility*“) wird Menschenrechtsgerichtshöfen zuweilen ausdrücklich (s. Art. 32 Abs. 2 EMRK,

¹⁸⁷ Vgl. EuGH, Urt. vom 26.2.2013, Rs. C-617/10 (Fransson), Rn. 17 ff., ECLI:EU:C:2013:105.

¹⁸⁸ Betr. Errichtung eines Afrikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte (vom 8./10.6.1998), https://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/040213_zusatz_african_charter.pdf.

¹⁸⁹ Vgl. etwa *Hobér, K.*, Does Investment Arbitration have a Future?, in: *Bungenberg et al.* (Fn. 14), 1873 ff.; *Gramlich, L./Conen, C.*, Der Streit um die Investor-Staat-Streitbeilegung im Kontext von CETA und TTIP – Erkenntnisse und Lösungsansätze, *Swiss Review of International and European Law* 26 (2016), 391 (413 ff.).

Art. 3 Abs. 2 ZP Banjul-Charta) zugewiesen. Freilich ist hier vieles zweifelhaft, denn zum einen fällt die Abwahl staatlich-richterlicher Streitentscheidung nicht unter das „Recht auf Freiheit“ (Art. 5 Abs. 1 EMRK, Art. 6 Banjul-Charta; Art. 6 EuGRCh) noch ist sie sonst (etwa gewohnheitsrechtlich) anerkanntes (Menschen-)Recht, und zum anderen sind Abkommensanforderungen an „faire Verfahren“ vor Gerichten (etwa nach Art. 6 Abs. 1 EMRK, Art. 14 ICCPR) in der Regel nur von staatlicher (bzw. supranationaler) Justiz zu erfüllen. Ähnlich setzt bereits Art. II Abs. 1 NYÜ als Grundlage von Schiedsvereinbarungen voraus, dass der Gegenstand eines Streits „auf schiedsrichterlichem Wege“ geregelt werden kann.¹⁹⁰

Speziell auf dem afrikanischen Kontinent ist der (juristisch geprägten, s. Art. 31 Abs. 1) African Commission on Human and Peoples' Rights in Art. 30, Art. 45 Abs. 2 und Art. 60 Banjul-Charta ein Mandat zum Schutz solcher Individual- und Gruppenrechte primär nach dieser Charta übertragen. Für den seit 2007 wirkenden African Court on Human and Peoples' Rights, der das „*protective mandate*“ der Kommission abrunden soll (Art. 2), erstreckt und begrenzt Art. 3 Abs. 1 des Zusatzprotokolls dessen „*jurisdiction*“ auf Fälle und Streitigkeiten betreffend Auslegung und Anwendung der Banjul-Charta, des Protokolls selbst sowie „*any other relevant Human Rights instrument ratified by the States concerned*.“ Der Gemeinsame Gerichtshof der OHADA-Staaten ist mit Rechtsprechung, anderen Justizangelegenheiten und Schiedssachen befasst,¹⁹¹ hat aber keine Kompetenzen zum Schutz von (national oder regional verbürgten) Menschenrechten bzw. zur Kontrolle von deren Einhaltung.

Eine additive Konzeption hingegen liegt Vorschriften des EAC-Vertrags zum EAC Court of Justice¹⁹² zugrunde: Einerseits bestimmt Art. 23 Abs. 1 als von diesem Gericht zu sichernde Aufgabe „*the adherence to law in the interpretation and application of and compliance with this Treaty*“; dem entspricht inhaltlich Art. 27 Abs. 1 zur „*initial jurisdiction*“. Nach Art. 27 Abs. 2 wird jedoch eine „*extended jurisdiction*“ in Aussicht genommen, die durch ein Zusatzprotokoll operationalisiert würde, mit Bezug auch auf „*human rights*“, sobald der Rat (*Council of Ministers*, Art. 9) dies zu einem passenden Zeitpunkt beschließt – was bislang nicht geschehen ist. Dabei könnte auch Art. 30, der den Zugang zum EAC-Gerichtshof für jede juristische oder natürliche Person „*resident in a Partner State*“ eröffnet, maßgeblich werden. Bereits aktuell resultiert allerdings aus Art. 32 auch eine Zuständigkeit im Hinblick auf „*arbitration clauses*“ und „*special agreements*“. Weitere Vorschriften des einschlägigen Kapitel VIII des EAC Treaty beziehen sich auf alle Entscheidungen des Gerichtshofs, insbesondere über die Anerkennung seiner ausschließlichen Zuständigkeit (Art. 38) oder die Vollstreckung von „*judgments*“ (Art. 44 i.V.m. Art. 35). Gleichwohl bleibt

190 Dazu bereits oben, B.II.2.

191 Vgl. oben, B.I.2.b).

192 Vgl. oben, B.I.2.b).

es bei einer bloß formellen Konzentration verschiedener Streitbeilegungsmodi bei einer einzigen (generell fachlich geeigneten¹⁹³) Einrichtung.

E. Zwischenfazit

Die inhaltlichen Vorgaben für Förderung und Schutz grenzüberschreitender Investitionen wandeln sich. Zunehmend treten neben (weiterhin gewährleistete, „klassische“) Investoren-Rechte auch materielle wie prozedurale Verpflichtungen investierender privater oder öffentlicher Unternehmen. Diese sollen zugleich dem vor allem dem Gaststaat zustehenden „*right to regulate*“ angemessen Rechnung tragen. Dabei geht es insbesondere um Berücksichtigung der Grundrechte von „dritten“ Betroffenen sowie um (häufig als Staatsziele formulierte) wichtige öffentliche Interessen.

Bislang spiegelt sich diese umfassendere Perspektive allerdings noch kaum beim Rechtsschutz wider, sondern bestehen wenig Berührungspunkte zwischen Investor-Staat-Streitbeilegung (jenseits staatlicher Judikativen) und der Verbürgung von Menschenrechten durch intergouvernementale Gerichte. Wie weit bereits aktuell einzelne Aspekte des je anderen thematischen Ansatzes in die konkrete Streitbeilegung einbezogen werden können und nicht zuletzt auch ob ein multilaterales Investitionsgericht nach EU-Konzeption einen Brückenschlag herbeiführen könnte, soll in einem folgenden Beitrag näher betrachtet werden.

193 Vgl. die Vorgaben für Richter in Art. 31 f. und Art. 34 des OHADA-Übereinkommens.