

# Völkerrechtlicher Investitionsschutz made in Germany? Zur Genese und Gestalt des ersten BIT zwischen Deutschland und Pakistan (1959)

Ingo Venzke\*

Universität Amsterdam, Amsterdam, Niederlande

*i.venzke@uva.nl*

Philipp Günther\*\*

Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung, Berlin, Deutschland

*philipp.guenther@me.com*

Abstract	74
Keywords	74
I. Einleitung	74
II. Historische Vorläufer und Parallelen	79
1. Konsular- und Schutzgebietsrecht	80
2. Diplomatischer Schutz	82
3. FCN-Verträge	86
4. Schiedsgerichtspraxis und das Recht internationalisierter Verträge	88
III. Bilanzüberschuss und Kapitalexport: Die Idee der Bundesgarantien	89
IV. Die Multilaterale Alternative	92
1. <i>Hermann Josef Abs</i> und der Schutz des Eigentums	92
2. Die „Magna Charta“ zum Schutz von Auslandsinvestitionen	94
V. Zwiespalt in der Bundesregierung	97
VI. BITs als Appendix der Bundesgarantien im Haushaltsgesetz	100
VII. Außenpolitik	102
1. Strategie und Symbolik	102
2. Warum Pakistan?	104
3. Kurzer Verhandlungsprozess	105
VIII. Alter Wein in neuen Schläuchen?	107
1. Parallelen mit FCN-Verträgen	107
2. Inhaltliche Beschränkung auf Investitionsschutz	109
3. Asymmetrie zwischen den Vertragspartnern	111
IX. Schlussbetrachtung und Ausblick	115
Summary: International Investment Protection Made in Germany? On the Genesis and Shape of the First BIT between Germany and Pakistan (1959)	119
Keywords	120

---

\* Professor für Internationales Recht und soziale Gerechtigkeit, University of Amsterdam; Direktor, Amsterdam Center for International Law.

\*\* LL.M. (Amsterdam); Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung.

## Abstract

Der zwischen Deutschland und Pakistan 1959 geschlossene Investitionsschutzvertrag gilt gemeinhin als Meilenstein in der Entwicklung des völkerrechtlichen Investitionsschutzes. Als erster bilateral investment treaty (BIT) ist er in das kollektive Gedächtnis eingegangen. In unserem vorliegenden Beitrag spüren wir mithilfe originärer Archivarbeit der Frage nach, was diesen Vertrag zum Ersten seiner Art macht und warum es Deutschland war, das dieses Abkommen zu jener Zeit abschloss. Im Rahmen einer historischen Analyse skizzieren wir, wie die Vorläuferinstrumente des Investitionsschutzes die Genese und Gestalt des BIT beeinflusst haben. Hier zeigen sich Kontinuitäten zu Rechtspraktiken und Argumentationsmustern der Kolonialzeit. Darüber hinaus werden die ideengeschichtliche Entwicklung und Aushandlungsprozesse des BIT nachverfolgt. Insgesamt entscheidend war der wirtschaftspolitische Kontext immenser Bilanzüberschüsse. Es zeigt sich außerdem, wie eng das erste BIT mit innerstaatlichen Instrumenten, wie etwa der Absicherung der getätigten Investitionen mithilfe von Bundesgarantien, verknüpft war. Die deutschen BITs sollten kurzum als Appendix der Haushaltsgesetze verstanden werden. Durchweg beleuchten wir auch den weitläufigen Einfluss der Finanzindustrie – insbesondere durch *Hermann Josef Abs*.

## Keywords

Internationales Investitionsrecht – Geschichte des internationalen Rechts – bilaterale Investitionsverträge – Geschichte des internationalen Investitionsrechts

## I. Einleitung

Der „Vertrag zur Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen“, den Deutschland und Pakistan 1959 abschlossen, gilt gemeinhin als Meilenstein in der Entwicklung des völkerrechtlichen Investitionsschutzes. Als erster *bilateral investment treaty* (BIT) ist er in das kollektive Gedächtnis eingegangen.<sup>1</sup> Wenngleich die rechtshistorische Forschung zum völkerrecht-

<sup>1</sup> Siehe z. B. *Jeswald W. Salacuse*, BIT by BIT; The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries, *Int'l Law* 24 (1990), 655–675 (657); *Rudolf Dolzer/Christoph Schreuer*, *Principles of International Investment Law*, Oxford: Oxford University Press 2012, 6.

lichen Investitionsschutz in den letzten Jahren begonnen hat, das Verständnis der Entwicklung dieses Rechtsregimes zu erweitern,<sup>2</sup> bestehen nach wie vor signifikante Lücken.<sup>3</sup> So etwa zur Genese und Gestalt des ersten BIT. Was macht diesen Vertrag eigentlich zum Ersten seiner Art? Warum war es Deutschland, das dieses Abkommen zu jener Zeit abschloss? Welche Ideen und Akteure waren treibende Kräfte, wo lagen Widerstände? Wie verhalten sich die Genese und die Gestalt des Vertrags zu historischen Vorläufern? Wo zeigen sich Kontinuitäten oder Wandel zu Rechtspraktiken und Argumentationsmustern der Kolonialzeit?

In unserem vorliegenden Beitrag spüren wir diesen Fragen vor allem mithilfe originärer Archivarbeit nach. Daraus ergeben sich eine Reihe von interessanten Erkenntnissen, die frühere Aussagen und Ergebnisse nicht nur ergänzen, sondern auch nuancieren und teils gar widerlegen. Insgesamt zeigen wir beachtliche Lücken in den gängigen Narrativen zur Rechtsentwicklung auf. Insbesondere vier Erkenntnisse seien einleitend hervorgehoben.

Erstens wird deutlich, wie eng die ersten BITs Deutschlands mit innerstaatlichen Prozessen verzahnt sind.<sup>4</sup> Der Idee, Kapitalexperte durch Bundesgarantien zu fördern, wurde durch den massiven Handels- und Zahlungsbilanzüberschuss Deutschlands in den 1950er-Jahren Aufschwung verliehen. Im Haushaltsgesetz von 1959 wurden erstmals die entsprechenden finanziellen Vorkehrungen aufgenommen, um sogenannte politische Risiken bei Kapitalanlagen im Ausland abzusichern. Wir zeigen, dass die wirtschaftspolitische Ausgangsposition für die Bundesgarantien und dann für die BITs maß-

<sup>2</sup> Vgl. exemplarisch *Ahmad Ghouri*, The Evolution of Bilateral Investment Treaties, Investment Treaty Arbitration and International Investment Law, International Arbitration Law Review 14 (2011), 189-204; *O. Thomas Johnson, Jr./Jonathan Gimblett*, From Gunboats to BITs: The Evolution of Modern International Investment Law, in: Karl P. Sauvant (Hrsg.), Yearbook on International Investment Law and Policy 2010-2011, Oxford: Oxford University Press 2012, 649-692; *Kate Miles*, The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital, Cambridge: Cambridge University Press 2013; *Nicolás M. Perrone*, Investment Treaties and the Legal Imagination: How Foreign Investors Play by Their Own Rules, Oxford: Oxford University Press 2021; *Taylor St. John*, The Rise of Investor-State Arbitration: Politics, Law, and Unintended Consequences, Oxford: Oxford University Press 2018; *Leon Trakman/Nicola Ranieri*, Foreign Direct Investment: A Historical Perspective, in: Leon Trakman/Nicola Ranieri (Hrsg.), Regionalism in International Investment Law, Oxford: Oxford University Press 2013, 14-26; *Kenneth J. Vandeveld*, A Brief History of International Investment Agreements, U. C. D. L. Rev. 12 (2005), 157-194.

<sup>3</sup> Zu diesem Befund siehe auch *Stephan W. Schill/Christian J. Tams/Rainer Hofmann*, International Investment Law and History: an Introduction, in: Stephan W. Schill/Christian J. Tams/Rainer Hofmann (Hrsg.), International Investment Law and History, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2018, 6-40.

<sup>4</sup> So auch treffend *Jarrod Hepburn/Lauge N. Skovgaard Poulsen/Martins Paparinskis/Michael Waibel*, Investment Law Before Arbitration, JIEL 23 (2020), 929-947.

geblich war.<sup>5</sup> Im Gegensatz zum gängigen Legitimationsnarrativ war die wirtschaftliche Entwicklung des Gastgeberstaates kein maßgebliches Motiv, sondern trat erst in den Vertragsverhandlungen als strategisches Argument in den Vordergrund.<sup>6</sup> Unser Blick in die Strategie der Verhandlungsführung legt offen, wie Deutschland seine Interessen geschickt verschleierte, auf das Eigeninteresse der Gastgeberstaaten abstellte und es schließlich vermochte, das völkerrechtliche Investitionsschutzregime entscheidend zu gestalten. Mit unserem Fokus auf innerstaatliche Prozesse spricht unsere Arbeit zudem zum erneut erstarkenden Theorieansatz in den internationalen Beziehungen, innerstaatliche Dynamiken besser zur Erklärung internationaler Prozesse einzubeziehen.<sup>7</sup> Die Verhandlungen mit Gastgeberstaaten zeigen kurzum, dass Deutschland einen Mustervertrag durchsetzte, wie er in Vorarbeit zum Haushaltsgesetz von 1959 von den beteiligten Ministerien ausgearbeitet wurde.<sup>8</sup> Dass der erste Vertrag mit Pakistan abgeschlossen wurde, war eher Zufall.

Zweitens wurden die Bundesgarantien an den hinreichenden Rechtsschutz im Gastgeberstaat gebunden, der dem Gesetz zufolge entweder durch die nationale Rechtsordnung oder durch ein internationales Abkommen ausgewiesen werden konnte. Die Anwendungspraxis stützte sich, durch kolonial angehauchte Argumente mitgetragen, allerdings nie auf das nationale Recht des Gastgeberstaates, sondern allein auf den internationalen Rechtsschutz. Während der aufkeimenden Schiedsgerichtsbarkeit der 1950er-Jahre war sowohl die Rolle des Rechts der Gastgeberstaaten als auch die Jurisdiktion der Schiedsgerichte, die durch „internationalisierte“ Verträge begründet wurde, äußerst umstritten.<sup>9</sup> Unsere Erkenntnisse erneuern und ergänzen die Kritik.

<sup>5</sup> Nach § 18 Abs. 1 des Haushaltsgesetzes von 1959 und nach § 23 Abs. 1. Nr. 3 des Haushaltsgesetzes von 1960.

<sup>6</sup> Das Legitimationsnarrativ, demzufolge der Investitionsschutz der wirtschaftlichen Entwicklung des Gastgeberstaates dient, ist dem Rechtsregime tief eingeschrieben und findet sich weitverbreitet in der Rechtswissenschaft und -praxis wieder. Es dient dabei häufig als Instrument, um Interessenkonflikte zugunsten des Investitionsschutzes auszuhebeln. Siehe etwa *Dolzer/Schreuer* (Fn. 1), 21; *Prosper Weil*, *The State, the Foreign Investor and International Law: The No Longer Stormy Relationship of a Menage A Trois*, ICSID Review 15 (2000), 401-416; und aus der Praxis etwa die markante aber nicht ungewöhnliche Argumentation in ICSID, *AMCO v. Indonesia (Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia)*, Decision on Jurisdiction, 25.9.1983, Case No. ARB/81/1, insbes. para. 23.2.

<sup>7</sup> Ein solcher Ansatz steht in der Tradition liberaler Theorien und ist in jüngerer Zeit, wenngleich mit anderer Stoßrichtung, angesichts des Einflusses autoritärer Regierungen erneut erstarkt. Siehe *Tom Ginsburg*, *Authoritarian International Law?*, AJIL 114 (2020), 221-260.

<sup>8</sup> Zum multilateralen Charakter des Netzwerks bilateraler Abkommen siehe *Stephan W. Schill*, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2009.

<sup>9</sup> Siehe *Perrone* (Fn. 2); *Andrea Leiter*, *Tracing the Internationalisation of Concession Agreements: Of General Principles and a 'Modern Law of Nature'*, LJIL 35 (2022), 55-69.

Drittens dokumentieren die Archivbestände das rege Interesse und den Einfluss der Finanzindustrie. Hervorzuheben ist hier vor allem *Hermann Josef Abs*, die Personifizierung der Deutschen Bank in jenen Jahren. *Abs* hat sich vehement gegen Bundesgarantien für Auslandsinvestitionen ausgesprochen, obwohl die Deutsche Bank stark begünstigt gewesen wäre. Ihm zufolge waren die Bundesgarantien, kombiniert mit den anvisierten BITs, schlicht ungeeignet, um Eigentum im Ausland durchgreifend zu schützen. *Abs* verfolgte daher die Alternative einer multilateralen „Magna Charta“ zum Investitionsschutz, die unter anderem Kollektivmaßnahmen gegen Eigentumsverletzungen vorsah. Trotz seiner engen Verbindungen, nicht zuletzt zu Wirtschaftsminister *Ludwig Erhard*, konnte sich *Abs* jedoch nicht durchsetzen. Während die internationalen Bestrebungen *Abs*, in Tandem mit *Lord Shawcross*, im Schrifttum gut bearbeitet wurden, bleiben seine nationalen Verstrickungen mit der deutschen Politik unterbeleuchtet.<sup>10</sup> Nicht richtig wäre es zudem, deutsche BITs als Umsetzung der Ideen von *Abs* zu deuten.<sup>11</sup> Reges, begrüßendes Interesse zeigten im Übrigen deutsche Exportunternehmen, die bei den Ministerien vorstellig wurden. Unsere Aufarbeitung der Archivbestände vermag es kurzum, Vorstellungen vom Verhältnis privater Interessen und öffentlicher Macht zu einem kritischen Zeitpunkt dieses wichtigen Rechtsregimes genauer zu konturieren.<sup>12</sup>

Was macht schließlich, viertens, den Vertrag von 1959 zum Ersten seiner Art? Was die Idee der Bundesgarantien betrifft, so orientierten sich die Ministerialbeamten maßgeblich an der US-amerikanischen Regierung, die seit dem *Mutual Security Act* von 1951 die politischen Risiken bei Auslandsinvestitionen übernehmen konnte. Die Vereinigten Staaten von Amerika (USA) schlossen jedoch gerade keine BITs ab, wohl aber altbewährte Verträge über Freundschaft, Handel und Schifffahrt (*Treaties of Friendship, Commerce and Navigation*, FCN-Verträge). Die BITs Deutschlands decken sich weitgehend mit den relevanten Bestimmungen der US-amerikanischen FCN-Verträge. Doch anders als Deutschland

<sup>10</sup> Zum internationalen Kontext siehe vor allem *Andrea Leiter*, *Making the World Safe for Investment: the Protection of Foreign Property 1922-1959*, 2019, Dissertationsschrift (University of Melbourne); *Perrone* (Fn. 2); *St. John* (Fn. 2).

<sup>11</sup> Eine solche Deutung wird jedoch oft nahegelegt, vgl. *Joost Pauwelyn*, *At the Edge of Chaos? Foreign Investment Law as a Complex Adaptive System, How It Emerged and How It Can Be Reformed*, ICSID Rev. – Foreign Invest. L.J. (2014), 372-418; *Dolzer/Schreuer* (Fn. 1), 18.

<sup>12</sup> Vergleiche dazu *A. Claire Cutler/Virginia Haufler/Tony Porter*, *The Contours and Significance of Private Authority in International Affairs*, in: *A. Claire Cutler/Virginia Haufler/Tony Porter* (Hrsg.), *Private Authority and International Affairs*, Albany: State University of New York Press 1999, 333-376.

knüpften die USA die Übernahme politischer Risiken nicht an das Bestehen eines FCN-Vertrags.<sup>13</sup> Außerdem verdeutlichen wir, wie die thematische Beschränkung der BITs im Vergleich zu FCN-Verträgen die Verhandlungsdynamik veränderte und Machtasymmetrien zwischen den Vertragspartnern festigte.

Wir entfalten unsere Forschungsergebnisse zu Genese und Gestalt vor dem Hintergrund historischer Vorläufer und Parallelen des völkerrechtlichen Investitionsschutzes (II.) und wenden uns sodann der Ausgangsposition Deutschlands in den 1950er Jahren zu, insbesondere der aufkommenden Idee, Bundesgarantien einzusetzen, um Bilanzüberschüssen entgegenzuwirken (III.). Um das Ringen für und wider die Bundesgarantien zu verstehen, bedarf es neben der Vergewisserung wirtschaftspolitischer Erwägungen auch des Blicks auf Alternativen, insbesondere prominente multilaterale Vertragsvorhaben wie sie von *Abs* verfolgt wurden (IV.). Sodann widmen wir uns den entscheidenden innenpolitischen Auseinandersetzungen, welche die entstehende Vertragspraxis maßgeblich prägten (V.) und zeigen, wie die deutschen BITs als Appendix der Haushaltsgesetze verstanden werden sollten (VI.). Anschließend arbeiten wir die deutsche Verhandlungsstrategie sowie die materiell-rechtliche Ausgestaltung des BIT auf. Über die Darstellung der konkreten Verhandlungen mit Pakistan führen wir die verschiedenen Gesichtspunkte – innenpolitische Ausgangsposition und internationale Vertragspraxis – zusammen (VII.) und erläutern, inwieweit das BIT tatsächlich als Novum in der internationalen Rechtspraxis gelten kann (VIII.). Wir schließen unseren Beitrag, indem wir die Diskussion der historischen Vorläufer und Parallelen aufgreifen und Elementen der Kontinuität und des Wandels zusammenfassend nachspüren (IX.).

Einleitend merken wir an, dass die Begriffe der „Investition“ und des „Investitionsschutzes“ teils anachronistisch wirken können und zudem politisch aufgeladen sind. Wenngleich *Abs* und andere internationale Akteure diese Terminologie schon in den 1950er Jahren nutzten, sprach man in den deutschen Ministerien in den 1950er Jahren noch, wie es sich auch in der Bezeichnung des deutsch-pakistanischen Vertrags niederschlägt, schlichter vom Schutz der Kapitalanlagen im Ausland. Dass sich der Begriff des Investitionsschutzes durchgesetzt hat, ist bezeichnend. Dieser Begriff entfaltet eine strategische Suggestivkraft, die sowohl auf den Nutzen des Investors als auch

<sup>13</sup> Siehe überblickend zum Verhältnis von Investitionsversicherungen und Investitionsschutzverträgen, *Lauge N. Skovgaard Poulsen*, The Importance of BITs for Foreign Direct Investment and Political Risk Insurance: Revisiting the Evidence, in: Karl P. Sauvant (Hrsg.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2009-2010*, Oxford: Oxford University Publishing 2010, 539-574.

auf den Vorteil des Gastgeberstaates abstellt.<sup>14</sup> Wie wir zeigen werden, war der Zweck der Entwicklung des Gastgeberstaates jedoch gerade keine maßgebliche Erwägung im Entstehen der deutschen Vertragspraxis, auch wenn dieses Argument in den Vertragsverhandlungen natürlich genutzt wurde und schließlich zum wesentlichen Motiv in der Legitimationsnarrative des Rechtsregimes werden sollte.

## II. Historische Vorläufer und Parallelen

Dass Deutschland 1959 den ersten bilateralen Investitionsvertrag schloss, wirft zunächst die Frage auf, wie ausländische Investitionen zuvor geschützt wurden. Besonders relevant sind vier historische Vorläufer, die sich funktional überschneiden und in ihrer Form unterscheiden, vor allem danach, ob es sich um den Schutz von Investitionen in Kolonialgebieten oder in unabhängigen Staaten handelt.<sup>15</sup> Die historischen Praktiken sind nicht als direkte Vorgänger der späteren BITs zu begreifen, da sie sich sowohl ideengeschichtlich als auch rechtlich erheblich von ihnen unterscheiden. Vielmehr soll sichtbar gemacht werden, warum alte Mittel und Wege im Jahre 1959 nicht mehr verfügbar oder ausreichend waren, um die Interessen der Investoren im Ausland zu schützen. Zugleich werden sich aber auch Kontinuitäten andeuten.

---

<sup>14</sup> Überzeugend kritisch zur suggestiven Kraft des Investitionsbegriffs siehe *Andrea Leiter*, The Silent Impact of the 1917 Revolutions on International Investment Law: And What It Tells Us About Reforming the System, *European Society of International Law – ESIL Reflections* 6 (2017), 1-8. In diesem Zusammenhang besteht eine breite Diskussion, ob es notwendiger Bestandteil einer Investition im Sinne des Art. 25 ICSID-Konvention ist, dass sie einen Beitrag zur wirtschaftlichen Entwicklung des Gastgeberstaates leistet. So ICSID, *Salini et al. v. Morocco*, Decision on Jurisdiction v. 23.7.2001, Case No. ARB/00/4, Rn. 52. Spätere Entscheidungen haben dies jedoch überwiegend wieder in Frage gestellt, da dieser Bestandteil schwer zu beweisen sei, aber durchaus vermutet werden könne. Siehe etwa ICSID, *Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic*, Decision on Jurisdiction v. 15.4.2009, Case No. ARB/06/5, Rn. 85. Die Suggestivkraft der Investitionskraft scheint ihr Werk getan zu haben. In der französischsprachigen Rechtswissenschaft wurde dieses Rechtsgebiet übrigens gemeinhin als Teil des Entwicklungsvölkerrechts angesehen. Siehe *Michel Virally*, Vers un droit international du développement, *A.F.D.I.* 11 (1965), 3-12. Für eine deutschsprachige Abhandlung siehe *Stephan Schill*, Investitionsschutzrecht als Entwicklungsvölkerrecht, *ZaöRV* 72 (2012), 261-308.

<sup>15</sup> Zum Investitionsschutz in den Beziehungen zwischen den unabhängigen europäischen Staaten durch die rechtliche Festschreibung der seit langem bestehenden reziproken Interessen siehe *Charles Lipson*, *Standing Guard: Protecting Foreign Capital in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, Berkeley: University of California Press 1985, 8 ff.



## 1. Konsular- und Schutzgebietsrecht

Bis zur zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts stützten sich die Heimatstaaten der Investoren in erster Linie auf bestehende ungleiche Verträge, um die Kapitalanlagen ihrer Staatsangehörigen im Ausland abzusichern. In den europäischen Staaten wurden im 18. und 19. Jahrhundert Investitionen größtenteils durch Kaufleute des Heimatstaates im Rahmen der kolonialen Expansion getätigt. Jene Investitionen zielten zumeist auf die Ausbeutung natürlicher Ressourcen in den Kolonialstaaten ab.<sup>16</sup> Das damalige Begriffsverständnis einer „Investition“<sup>17</sup> umfasste ein Wirtschaftsgut in Form von materiellem Eigentum, das durch das Recht des Gastgeberstaates geschützt ist. Damit sollten Zerstörungen oder Enteignungen des Eigentums durch den Gastgeberstaat oder seine Behörden vorgebeugt werden. Erst später wurde jener Begriff auch auf Immaterialgüter und andere Rechte des Investors weiterentwickelt.<sup>18</sup>

Zu den ältesten und einflussreichsten Mechanismen in jenem völkerrechtlichen Instrumentarium gehört die Konsulargerichtsbarkeit. Ihr Einfluss auf die heutige Architektur des Investitionsschutzregimes wird teils unverhohlen anerkannt. So etwa im Schiedsgerichtsspruch zum *Maffezini*-Fall aus dem Jahre 2000, der explizit auf diesen Mechanismus als ideengeschichtliches Bindeglied zum heutigen Investitionsschutz Bezug nimmt.<sup>19</sup>

Im Kern bestimmen die Regelungen über die Konsulargerichtsbarkeit, dass die konsularische Vertretung eines Landes zuständig ist für jegliche rechtliche Auseinandersetzungen, die ihre Staatsbürger in dem jeweiligen Gastgeberstaat betreffen.<sup>20</sup> Das Konzept stammt aus einer Zeit, als das Personalitätsprinzip als Zuweisungsregel für gerichtliche Zuständigkeiten in der Periphe-

<sup>16</sup> Zouhair A. Kronfol, *Protection of Foreign Investment – A Study in International Law*, Leiden: A. W. Sijthoff 1972, 14 ff.

<sup>17</sup> Gemeinhin sprach man von Kapitalanlagen im Ausland, was sich auch in der eigentlichen Bezeichnung des BIT von 1959 als „Vertrag zur Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen“ niederschlägt. Überzeugend kritisch zur suggestiven Kraft des Investitionsbegriffs siehe Leiter (Fn. 14).

<sup>18</sup> Muthucumaraswamy Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 4. Aufl., Cambridge: Cambridge University Press 2017, 11 ff.

<sup>19</sup> ICSID, *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*, Decision on Objections to Jurisdiction v. 25.1.2000, Case No. ARB/97/7, Rn. 54: „Consular jurisdiction in the past, like other forms of extraterritorial jurisdiction, were considered essential for the protection of rights of traders and, hence, were regarded not merely as procedural devices but as arrangements designed to better protect the rights of such persons abroad. It follows that such arrangements, even if not strictly a part of the material aspect of the trade and investment policy pursued by treaties of commerce and navigation, were essential for the adequate protection of the rights they sought to guarantee.“

<sup>20</sup> Paweł Czubik/Piotr Szewdo, *Consular Jurisdiction*, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), *MPEPIL*, Online Edition, Oxford: Oxford University Press 2015, Rn. 2-7.



rie dominierte. Obgleich ähnliche Zuständigkeitsregelungen für Ausländer bereits im römischen Recht existierten.<sup>21</sup> Das moderne System der Konsulargerichtsbarkeit entstand als reziprokes Schutzsystem für Kaufleute der verschiedenen italienischen Stadtstaaten und dem Byzantinischen Reich.<sup>22</sup> Im Laufe der Jahrhunderte verlor die Konsulargerichtsbarkeit an Bedeutung, da das Territorialitätsprinzip sich als die dominante völkerrechtliche Zuweisungsregel etablierte. Indes erlebte die Konsulargerichtsbarkeit im Zuge der Kolonialisierung eine Renaissance.

Beim Aufbau des Rechtssystems in den deutschen Kolonien ließ sich das Deutsche Reich von den Prinzipien der Konsulargerichtsbarkeit leiten. Es hatte das System in jener Zeit bereits in einigen außereuropäischen Staaten erprobt.<sup>23</sup> Im Deutschen Reich galt seit 1879 das Gesetz über die Konsulargerichtsbarkeit (KGG).<sup>24</sup> Das Instrument der Konsulargerichtsbarkeit wurde durch einen Verweis des Schutzgebietsgesetzes (SchGG) von 1886 auf das Territorium der deutschen Kolonien angewandt.<sup>25</sup> § 2 SchGG stellt insofern fest: „Das bürgerliche Recht, das Strafrecht, das gerichtliche Verfahren einschließlich der Gerichtsverfassung bestimmen sich für die Schutzgebiete nach den Vorschriften des Gesetzes über die Konsulargerichtsbarkeit [...]“. Gemäß § 4 SchGG erfasste die Schutzgebietsgerichtsbarkeit Deutsche sowie Ausländer, die durch eine Anordnung unter den Schutz des Deutschen Reiches gestellt wurden. Die Einwohner der Peripherie waren dagegen dem SchGG nicht unterworfen. Auf den Gebieten der deutschen Kolonien herrschte somit eine rechtliche Zweiteilung zwischen „Europäerrecht“ und „Eingeborenerecht“. <sup>26</sup> Deutsche Juristen zur Zeit des Deutschen Reiches waren sich einig, dass weder die Reichsverfassung noch die deutschen Gesetze in den Kolonialstaaten für die Einwohner der Peripherie gelten sollten.<sup>27</sup>

<sup>21</sup> *George Mousourakis*, Roman Law and the Origins of the Civil Law Tradition, Cham: Springer 2015, 53–55.

<sup>22</sup> *Czubik/Szwedo* (Fn. 20).

<sup>23</sup> *Horst Hammen*, Kolonialrecht und Kolonialgerichtsbarkeit in den ehemaligen deutschen Schutzgebieten – ein Überblick, VRÜ 32 (1999), 191–209 (198).

<sup>24</sup> Fassung v. 7.4.1900 (RGBl. Nr. 15, 213–228).

<sup>25</sup> Fassung v. 10.9.1900 (RGBl. Nr. 40, 812–817).

<sup>26</sup> *Jakob Zollmann*, Bausteine einer kolonialen Geschichte des deutschen Privatrechts. Das Reichsgericht und die „Schutzgebiete“, 1888 – 1920, Rechtskultur 5 (2016), 14–36 (18).

<sup>27</sup> Vgl. *Georg Jellinek*, Über Staatsfragmente, Heidelberg: Gustav Koester 1896, 17–18; *Paul Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, Tübingen: J. C. B. Mohr 1911, 290; *Georg Meyer*, Die staatsrechtliche Stellung der deutschen Schutzgebiete, Leipzig: Duncker & Humblot 1888, 88–89. Zu den Schwierigkeiten, das deutsche Kolonialprojekt in bestehende rechtliche Kategorien und Dogmatiken zu fassen siehe *Jochen von Bernstorff*, Koloniale Herrschaft durch Ambivalenz: Die deutsche Völkerrechtswissenschaft und die Kolonien, in: Jochen von Bernstorff/Philipp Dann/Isabel Feichtner (Hrsg.), (Post-)Koloniale Rechtswissenschaft, Tübingen: Mohr Siebeck 2022 (im Erscheinen).

Trotzdem wurden jene Gebiete als Teil des Deutschen Reiches betrachtet, was zur Folge hatte, dass die periphere Bevölkerung vollständig der brutalen und willkürlichen Unrechtsherrschaft der deutschen Kolonialregierungen unterlag. Jene Rechtspraxis, die von den metropolitenen Rechtsgrundsätzen abwich, wurde mit dem Verweis auf die „eigenthümlichen besonderen wirtschaftlichen und rechtlichen Verhältnisse der Kolonien“ gerechtfertigt.<sup>28</sup> Hier zeigt sich deutlich, dass rassistische Grundannahmen, die von einer Überlegenheit der europäischen Staaten ausgingen, auch für die rechtliche Rechtfertigung der Unrechtsregime benutzt wurden.<sup>29</sup>

Mit der Übertragung der deutschen Kolonien an Frankreich und England im Jahre 1919 verschwand das Instrument der Schutzgebietsgerichtsbarkeit. In den Jahrzehnten darauf verlor die Konsulargerichtsbarkeit ebenfalls ihre Bedeutung in den internationalen Beziehungen der Staaten. Bei der Genese der BITs in den 1950er Jahren lebte die Etablierung eines parallelen Schutzregimes – entkoppelt von der nationalen Gerichtsbarkeit des Gastgeberstaates – jedoch als wesentliches Konzept wieder auf.

## 2. Diplomatischer Schutz

Einer der wichtigsten Anknüpfungspunkte für die historische Entwicklung des modernen Investitionsschutzsystems ist neben der Konsulargerichtsbarkeit das diplomatische Schutzrecht. Nach den heute geltenden völkerrechtlichen Grundsätzen der Staatenverantwortlichkeit ist ein Staat für die Schädigung eines Ausländers verantwortlich, die durch eine unrechtmäßige Handlung oder Unterlassung jenes Staates verursacht wurde.<sup>30</sup> Das diplomatische Schutzrecht stellt dabei die Verfahrensregeln auf, die der Staat, dessen Staatsangehörigkeit die geschädigte Person besitzt, anwendet, um den Schutz dieser Person sicherzustellen und Entschädigungsansprüche für die völkerrechtswidrig begangene Handlung zu erlangen. Die Doktrin beruht auf der Theorie, dass eine Schädigung eines Staatsangehörigen im Ausland – wie etwa Enteignung ohne angemessene Entschädigung – eine Schädigung des Staates darstellt und folglich jenen Staat ermächtigt, im Namen des Staatsangehörigen einen Anspruch durchzusetzen.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> H. Edler von Hoffmann, Einführung in das deutsche Kolonialrecht, Leipzig: de Gruyter 1911, 29.

<sup>29</sup> Felix Hanschmann, Die Suspendierung des Konstitutionalismus im Herz der Finsternis: Recht, Rechtswissenschaft und koloniale Expansion des Deutschen Reiches, Kritische Justiz 45 (2012), 144-162 (150 ff).

<sup>30</sup> ILC, Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, ILCYB 2001.

<sup>31</sup> Sornarajah (Fn. 18), 46-48.

Während die Normen des diplomatischen Schutzes heute in zwei United Nations (UN) Draft Conventions festgelegt sind und teilweise als Völkergewohnheitsrecht betrachtet werden,<sup>32</sup> war der Mechanismus des diplomatischen Schutzes vor allem im späten 19. Jahrhundert höchst umstritten.<sup>33</sup> Dies kann auf den Umstand zurückgeführt werden, dass in diesem Zeitraum der diplomatische Schutz ein Instrument der Imperialstaaten war, um ihre wirtschaftlichen und politischen Interessen gegenüber schwächeren Staaten durchzusetzen.<sup>34</sup> Die völkerrechtlichen Normen des diplomatischen Schutzrechts waren stark auf die Interessen der Investoren und kapitalexportierenden Staaten zugeschnitten, was sich unter anderem darin zeigt, dass dem potenziell unrechtmäßigen Verhalten des Investors eine vergleichsweise geringe Bedeutung zukam. Da faktisch jeder Verstoß gegen den umstrittenen internationalen Mindeststandard eine Intervention aus Sicht europäischer und US-Völkerrechtler rechtfertigte, wurde jene Regelung auch als Feigenblatt verwendet, um bewaffnete Repressalien (*measures short of war*)<sup>35</sup> der kapitalexportierenden Staaten zu ermöglichen.<sup>36</sup> Beispielsweise wurde der Zweite Burenkrieg (1899-1902) durch das Vereinigte Königreich mit dem Argument gerechtfertigt, dass der militärische Eingriff allein dem diplomatischen Schutz der Eigentümer der Goldminen in Witwatersrand galt.<sup>37</sup> Daneben sind auch die zahlreichen Interventionen der USA in Lateinamerika zu erwähnen, die dazu führten, dass die lateinamerikanischen Staaten versuchten, das Prinzip des diplomatischen Schutzes mithilfe der *Calvo*-Doktrin einzugrenzen.<sup>38</sup>

<sup>32</sup> *Fernando Lusa Bordin*, Reflections of Customary International Law. The Authority of Codification Conventions and ILC Draft Articles in International Law, ICLQ 63 (2014), 535-567 (536); *Malcolm N. Shaw*, International Law, 8. Aufl., Cambridge: Cambridge University Press 2017, 591.

<sup>33</sup> *John Dugard*, Diplomatic Protection, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), MPEIL, Online Edition, Oxford: Oxford University Press 2009, Rn. 3 f.; *Kathryn Greenman*, Aliens in Latin America: Intervention, Arbitration and State Responsibility for Rebels, LJIL 31 (2018), 617-639.

<sup>34</sup> Vgl. *Antony Anghie*, Finding the Peripheries: Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law, Harv. Int'l. L.J. 40 (1999), 1-71; *Arnulf Becker Lorca*, Mestizo International Law: A Global Intellectual History 1842-1933, Cambridge: Cambridge University Press 2014, 143-157; *Eileen Denza*, Nationality and Diplomatic Protection, NILR 65 (2018), 463-480; *Martti Koskeniemi*, The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960, Cambridge: Cambridge University Press 2004, 126-130.

<sup>35</sup> *Jochen von Bernstorff*, The Use of Force in International Law before World War I: On Imperial Ordering and the Ontology of the Nation-State, EJIL 29 (2018), 233-260 (241).

<sup>36</sup> *Miles* (Fn. 2), 48; *Nico Schrijver*, Sovereignty Over Natural Resources: Balancing Rights and Duties, Cambridge: Cambridge University Press 1997, 126-130.

<sup>37</sup> *Dugard* (Fn. 33).

<sup>38</sup> Dabei handelte es sich um einen Rechtsgrundsatz, der besagte, dass bei privatrechtlichen Streitigkeiten von ausländischen Staatsangehörigen oder Unternehmen die Gerichtsbarkeit des Gastgeberstaates zuständig sei. Siehe *Liliana Obregón*, Latin American International Law, in: David Armstrong (Hrsg.), Routledge Handbook of International Law, Milton Park: Routledge 2009, 157-161.

Auch deutsche Handelsleute nutzen das System des diplomatischen Schutzes. Beispielhaft dafür steht die Vielzahl von sogenannten *Mixed Claims Commissions*, die im Rahmen von Konflikten zwischen Investor und Heimatstaat als bilaterale Streitbeilegungsmechanismen eingesetzt wurden. Allein zwischen 1840 und 1940 wurden rund 60 solcher *Mixed Claims Commissions* etabliert.<sup>39</sup> 1903 wurde etwa eine Schiedskommission von Deutschland und Venezuela eingesetzt, die sich mit Streitigkeiten auseinandersetzte, die während des venezolanischen Bürgerkriegs von 1898–1902 entstanden waren. Venezuela wurde von Staatsangehörigen verschiedener europäischer Staaten angeklagt, für unrechtmäßige Festnahmen von Personen, Enteignungen von Privateigentum sowie Kündigungen von Verträgen und Konzessionen verantwortlich zu sein.<sup>40</sup> Überdies erhoben deutsche und britische Anleihegläubiger Vorwürfe gegenüber der venezolanischen Regierung, dass diese sich weigerte, gewährte Darlehen zurückzuzahlen.<sup>41</sup> Nachdem das Deutsche Reich und das Vereinigte Königreich ihre Ziele nicht mittels diplomatischer Verhandlungen durchsetzen konnten, blockierten die beiden europäischen Staaten im Dezember 1902 die venezolanische Hauptstadt Caracas sowie weitere Häfen mit einer Brigade von Kriegsschiffen.<sup>42</sup> Neben dem Vereinigten Königreich und Italien war Deutschland schließlich die treibende Kraft, die den venezolanischen Präsidenten *Cipriano Castro* im Februar 1903 mithilfe militärischen Drucks zwang, seine Zustimmung zu einer vertragsbasierten Schiedsgerichtsbarkeit zu geben.<sup>43</sup> Auch die USA, welche in jener Zeit eine offensive imperialistische Politik verfolgten,<sup>44</sup> unterstützten die deutsche Militärintervention. So wandte sich im Jahr 1901 *Theodore Roosevelt* (damals noch als US-Vizepräsident) mit folgenden Worten an einen deutschen Diplomaten: „If any South American country misbehaves toward any European country, let that European country spank it.“<sup>45</sup>

<sup>39</sup> *James Crawford*, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9. Aufl., Oxford: Oxford University Press 2019, 595; *Rudolf Dolzer*, *Mixed Claims Commissions*, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), *MPEPIL*, Online Edition, Oxford: Oxford University Press 2011, Rn. 6–7.

<sup>40</sup> *Jackson Harvey Ralston*, *Venezuelan Arbitrations of 1903*, Washington D.C.: Government Printing Office 1904, 520 ff.

<sup>41</sup> *Ralston* (Fn. 40).

<sup>42</sup> *Becker Lorca* (Fn. 34), 145–149; *Christian Suter/Hanspeter Stamm*, *Coping with Global Debt Crises Debt Settlements, 1820 to 1986*, CSSH (1992), 645–678 (655 f.).

<sup>43</sup> Siehe *Kathryn Greenman*, *The History and Legacy of State Responsibility for Rebels 1839–1930: Protecting Trade and Investment Against Revolution in the Decolonised World*, 2019, Dissertationsschrift (University of Amsterdam), 68–69; *Nancy Mitchell*, *The Danger of Dreams: German and American Imperialism in Latin America*, Chapel Hill: The University of North Carolina Press 1999, 64.

<sup>44</sup> *Daniel Immerwahr*, *How to Hide an Empire: A Short History of the Greater United States*, London: Vintage 2019, 166–199.

<sup>45</sup> *Greenman* (Fn. 43), 77; *Holger H. Herwig*, *Germany's Vision of Empire in Venezuela, 1871–1914*, Princeton University Press 1986, 88–90.

Während der Verhandlungen der *Mixed Claims Commission* stand zu keiner Zeit zur Debatte, ob überhaupt Schadensersatzansprüche gegen Venezuela bestanden. Jener Umstand wurde bereits vom Deutschen Reich vorausgesetzt. Der der Schiedsgerichtskommission zugrunde liegende Vertragstext war insofern exemplarisch: Gemäß Art. 1 des Protokolls der *Germany-Venezuela Mixed Claims Commission* war festgesetzt, dass Venezuela grundsätzlich das Bestehen der von der deutschen Regierung vorgebrachten Ansprüche deutscher Staatsangehöriger anerkennt.<sup>46</sup> Als 22 Jahre später eine *Mixed Claims Commission* zwischen Mexiko und Deutschland eingesetzt wurde, zeigte sich erneut die ungleiche Machtverteilung zwischen den beteiligten Akteuren. Aufgrund der Schäden, die während der Mexikanischen Revolution zwischen 1910 und 1920 entstanden waren, schloss Mexiko mit insgesamt sechs Staaten eine Vereinbarung zur Einrichtung mehrerer *Mixed Claims Commissions* – darunter auch mit Deutschland im März 1925.<sup>47</sup> Jener Vertrag mit Mexiko stand ebenfalls unter der Prämisse, dass die von deutschen Privatpersonen geltend gemachten Schadensersatzansprüche grundsätzlich bestehen und dass es zuvorderst um die Höhe der Entschädigungen ging. Dies schlug sich auch in dem entsprechenden Vertragstext nieder: Nach Art. 4 S. 1 des Vertrags zwischen Mexiko und Deutschland erkannte die Schiedsgerichtskommission alle Ansprüche gegen Mexiko an, die deutsche natürliche oder juristische Personen erlitten hatten.<sup>48</sup>

Die Instrumente des diplomatischen Schutzrechtes waren aus verschiedenen Gründen spätestens nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs nicht mehr ausreichend, um ein adäquates Schutzniveau aus Sicht der deutschen Investoren zu garantieren. Die Festschreibung des Gewaltverbots in der Drago-Porter Konvention und der UN-Charta beschränkten diese *gunboat diplomacy*, beendeten sie jedoch nicht. Die Etablierung des Gewaltverbots galt in diesem Kontext nicht allumfassend und der Einsatz von *measures short of war* zur Durchsetzung des internationalen Mindeststandards wurde weiterhin als rechtmäßig betrachtet.<sup>49</sup> Es wuchsen jedoch die finanziellen Kosten solcher Unternehmungen.<sup>50</sup> Zudem waren *Mixed Claims Commissions* auch nicht das bevorzugte Mittel der Investoren, da sie oftmals viel Zeit in Anspruch nahmen und aus der Sicht der deutschen Handelsleute keine sichere

<sup>46</sup> *Ralston* (Fn. 40), 511.

<sup>47</sup> *Abraham Howard Feller*, *The German-Mexican Claims Commission*, *AJIL* 27 (1933), 62-79.

<sup>48</sup> *Feller* (Fn. 47), 62.

<sup>49</sup> *von Bernstorff* (Fn. 35), 248 ff.

<sup>50</sup> *Sandrine Giroud/Sam Moss*, *Mass Claims Processes Under Public International Law*, in: Eva Lein/Duncan Fairgrieve/Vincent Smith/Marta Otero Crespo (Hrsg.), *Collective Redress in Europa: Why and How?*, London: British Institute for International & Comparative Law 2015, 481-503 (487).

Durchsetzung ihrer Rechte garantierten. Letztlich stand die Durchsetzung der Ansprüche im Ermessen des Heimatstaates. Dieser Umstand änderte sich mit der Etablierung der ersten BITs in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts, die zunächst allein eine zwischenstaatliche Streitbeilegung vorsahen, auch nicht maßgeblich. Jedoch verschwand durch die Verknüpfung der Investitionsgarantien mit den BITs das wirtschaftliche Risiko für die Investoren.

### 3. FCN-Verträge

Neben den historischen Erfahrungen mit der Konsulargerichtsbarkeit und dem diplomatischen Schutzrecht weisen die Verträge über Freundschaft, Handel und Schifffahrt wichtige Parallelen auf.<sup>51</sup> Bis zur Mitte des 20. Jahrhunderts waren FCN-Verträge fester Bestandteil des Instrumentariums der internationalen Diplomatie.<sup>52</sup> Die Vereinigten Staaten begannen bereits im späten 17. Jahrhundert solche Verträge abzuschließen,<sup>53</sup> welche wiederum auf den frühen Handelsabkommen europäischer Staaten im 15. und 16. Jahrhundert basierten.<sup>54</sup> Materiell-rechtlich deckten die Abkommen aus heutiger Perspektive eine außergewöhnlich hohe Anzahl unterschiedlicher Rechtsgebiete ab: Handel, Menschenrechte, geistiges Eigentum, Investitionsschutz, Einwanderungsrechte, Besteuerung, Niederlassungsrechte sowie Arbeitsrecht.<sup>55</sup>

Während die ersten FCN-Abkommen primär der Etablierung von wirtschaftlichen Beziehungen zwischen den Staaten des Zentrums dienten, veränderte sich die Ausrichtung der FCN-Verträge im Laufe des frühen 20.

<sup>51</sup> *Tillmann Rudolf Braun*, Ausprägung der Globalisierung: Der Investor als partielles Subjekt im Internationalen Investitionsrecht, Baden-Baden: Nomos 2012, 56.

<sup>52</sup> *Herman Walker*, *Modern Treaties of Friendship, Commerce and Navigation*, Minn. L. Rev. (1958), 805-824.

<sup>53</sup> *Michael Banz*, Völkerrechtlicher Eigentumsschutz durch Investitionsschutzabkommen, Berlin: Duncker & Humblot 1988, 19; *Hans-Martin Burkhardt*, *Investment Protection Treaties: Recent Trends and Prospects*, *Aussenwirt.* 41 (1986), 99-104.

<sup>54</sup> Das Abkommen zwischen den USA und Frankreich aus dem Jahr 1778 zählt gemeinhin als erster klassischer FCN-Vertrag. *H. P. Connell*, *United States Protection of Private Foreign Investment Through Treaties of Friendship, Commerce and Navigation*, *AVR* 9 (1961), 256-277 (260). Vgl. siehe auch *Kenneth J. Vandeveld*, *The Bilateral Investment Treaty Program of the United States*, *Cornell Int'l L. J.* 21 (1988), 201-276 (203).

<sup>55</sup> *John F. Coyle*, *The Treaty of Friendship, Commerce and Navigation in the Modern Era*, *Colum. J. Transnat'l L.* (2013), 302-359 (304); siehe exemplarisch dafür den Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrag zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland v. 29.10.1954, in Kraft getreten am 14.7.1956 (BGBl. 1956 II, 487) (im Folgenden zitiert als USA-DEU-FCNV).

Jahrhunderts. Mit dem wachsenden Investitionsvolumen der industrialisierten Staaten wurden zunehmend Klauseln in FCN-Abkommen eingefügt, die explizit auf bilateralen Investitionsschutz abzielten.<sup>56</sup> Diese Entwicklung verstärkte sich erneut in den Jahren nach dem Zweiten Weltkrieg, in denen der Schutz der ausländischen Investitionen von US-Investoren noch stärker in den Vordergrund gestellt wurde.<sup>57</sup> Allein zwischen 1946 und 1969 handelten die Vereinigten Staaten 22 solcher Abkommen aus,<sup>58</sup> unter anderem mit Deutschland und Pakistan.<sup>59</sup>

Nach dem Zweiten Weltkrieg erreichten die FCN-Verträge den Höhepunkt ihrer Verbreitung.<sup>60</sup> Doch bereits im Laufe der 1960er-Jahre zeichnete sich ab, dass Staaten nicht mehr auf FCN-Verträge zurückgriffen, um ihre wirtschaftlichen Beziehungen zu regeln. Dies kann auf vier Gründe zurückgeführt werden. Erstens waren viele der durch das Ende der formalen Kolonialzeit unabhängig gewordenen Staaten skeptisch gegenüber „Freundschaftsverträgen“, da sie eine Positionierung zugunsten der westlichen Kräfte im aufkommenden Kalten Krieg vermeiden wollten. Da FCN-Abkommen eine besondere Bandbreite an materiell-rechtlichen Absichtserklärungen und Regelungen enthielten, hätte ein Abschluss eines solchen Vertrages eine symbolhafte Annäherung an die USA mit sich gebracht.<sup>61</sup> Zweitens konnten die BITs aufgrund ihres inhaltlichen Fokus den FCN-Abkommen den Rang ablaufen.<sup>62</sup> Drittens wurde mit dem Entstehen des General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) der Regelungsbereich hinsichtlich des internationalen Handels vollständig vom GATT abgedeckt. Viertens konnten sich, wie wir sogleich weiter ausführen, Interessen der Kapitalanleger im Ausland im transnationalen Vertragsrecht durchsetzen und waren somit nicht unbedingt auf eine völkerrechtliche Grundlage angewiesen.

<sup>56</sup> Robert Wilson, *United States Commercial Treaties and International Law*, New Orleans: Hauser Press 1960, 1 f.

<sup>57</sup> Seymour J. Rubin, *Private Foreign Investment: Legal & Economic Realities*, Baltimore: Johns Hopkins Press 1956, 79-88.

<sup>58</sup> Coyle (Fn. 55), 308.

<sup>59</sup> Treaty of Friendship and Commerce between the United States of America and Pakistan v. 12.2.1959, in Kraft getreten am 12.2.1962 (12 UST 110, TIAS 4683, 404 UNTS 259) (im Folgenden zitiert als USA-PAK-FCNV).

<sup>60</sup> Joost Pauwelyn, *Rational Design or Accidental Evolution? The Emergence of International Investment Law*, in: Zachary Douglas/Joost Pauwelyn/Jorge E. Viñuales (Hrsg.), *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, Oxford: Oxford University Press 2014, 11-44 (23).

<sup>61</sup> Kenneth J. Vandeveld, *The BIT-Program: A Fifteen-Year Appraisal*, ASIL Proc. 86 (1992), 532-540 (534); Coyle (Fn. 55), 309.

<sup>62</sup> Siehe Abschnitt VII. 2. zu der besonderen inhaltlichen Beschränkung des BIT.



#### 4. Schiedsgerichtspraxis und das Recht internationalisierter Verträge

Von der bereits genannten Ausnahme der Konsulargerichtbarkeit abgesehen, stand lange außer Frage, dass Verträge, die Staaten mit ausländischen Investoren abschließen, unter nationales Recht fallen. Der Ständige Internationale Gerichtshof (*Permanent Court of International Justice*, PCIJ) stellte etwa im Fall *Serbian and Brazilian Loans* noch fest, dass jeder Vertrag, der kein Vertrag zwischen zwei Staaten ist, auf dem nationalen Recht eines bestimmten Staates basiere.<sup>63</sup> Vor dem Hintergrund von Nationalisierungen der Ölindustrie nach dem Zweiten Weltkrieg entwickelten vor allem Juristen des Globalen Nordens die Gegenposition, dass bestimmte transnationale Verträge der Gerichtsbarkeit und vermeintlich gar des Rechts des Gastgeberstaates entzogen würden und stattdessen einer transnationalen Schiedsgerichtsbarkeit unterlägen.<sup>64</sup> Ein bekanntes Praxisbeispiel, das zugleich die Begründungsstruktur jener Entwicklung verdeutlicht, stammt aus dem Schiedsspruch *Petroleum Development Ltd. v. The Sheikh of Abu Dhabi*, in dem der alleinige britische Schiedsrichter Lord Asquith die Zuständigkeit des Schiedsgerichts und ebenso die Nichtanwendung des nationalen Rechts mit den folgenden Worten begründet: „[I]t would be fanciful to suggest that in this very primitive region, there is any body of legal principles applicable to the construction of modern commercial instruments.“<sup>65</sup> Der Investitionsvertrag, den *Petroleum Development Ltd.* abgeschlossen habe, unterliege daher „principles rooted in good sense and common practice of generality of civilized nations – a sort of modern law of nature“.<sup>66</sup>

In der Begründungsstruktur jener Schiedsgerichtspraxis war auch die Idee vorgezeichnet, die in den späteren BITs erscheint: Der internationale Investitionsschutz diene der wirtschaftlichen Entwicklung des Gastgeberstaates und sei daher – ungeachtet markanter, gemeinhin als „emotional“

<sup>63</sup> StIGH, *Serbian and Brazilian Loans*, Urteil v. 12.7.1929, Series A Nos. 20/21, 41: „any contract which is not a contract between States [...] is based on the municipal law of some country“.

<sup>64</sup> Siehe insbesondere *Antony Anghie*, *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2005, 223–226; *Phillip C. Jessup*, *Transnational Law*, New Haven: Yale University Press 1956; *Doreen Lustig*, *Veiled Power: International Law and the Private Corporation, 1886–1981*, Oxford: Oxford University Press 2020, 170–178; *Sundhya Pahuja*, *Decolonising International Law: Development, Economic Growth and the Politics of Universality*, Cambridge: Cambridge University Press 2011.

<sup>65</sup> *Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi*, 18 ILR (1951), 144, 149.

<sup>66</sup> *Petroleum Development Ltd.* (Fn. 65).

abgetaner Kritik – in dessen rationalem Eigeninteresse. Diese Idee schlug sich in dem Begriff des *Entwicklungsvertrags* (frz: *contrat économique international*; engl: *economic development agreement*) nieder, der zur Erfüllung seines Zwecks der Gerichtsbarkeit und dem Recht des Gastgeberstaates entzogen sein müsse.<sup>67</sup> Wie sich nun in der Ausgangsposition und Praxis Deutschlands zeigen wird, überlagerten jedoch andere Interessen den Gedanken der wirtschaftlichen Entwicklung. Wenngleich das Motiv der Entwicklung früh Teil der Diskussionen war, trat es erst in den strategischen Erwägungen der Vertragsverhandlungen aus der Vielfalt der Begründungen hervor.

### III. Bilanzüberschuss und Kapitalexport: Die Idee der Bundesgarantien

Wie der letzte Abschnitt gezeigt hat, waren bewährte Mittel und Wege, Kapitalanlagen im Ausland zu schützen, aus verschiedenen Gründen entweder nicht mehr verfügbar oder für die interessierten Akteure unzulänglich. Zunehmend problematisch wurde diese Konstellation vor dem Hintergrund des deutschen Wirtschaftswunders der 1950er-Jahre, das mit einem jährlichen Produktionswachstum von acht Prozent fast zu einer Verdoppelung des Lebensstandards in jenem Jahrzehnt führte und sich in einem signifikanten, für die aufsteigende Exportnation charakteristischen, Überschuss in den Handels- und Zahlungsbilanzen niederschlug. Diese wirtschaftliche Ausgangsposition war für das Verständnis der bilateralen Investitionsschutzverträge, wie sie Deutschland seit Ende der 1950er-Jahre mit zahlreichen Staaten abschloss, maßgeblich.

Nur mit gesteigertem Kapitalexport könnte man, so die sich festigende Überzeugung im Bundeswirtschaftsministerium (BMW), wirtschaftspolitische Gefahren abwenden.<sup>68</sup> So führte etwa *Waldemar B. Hasselblatt* aus dem BMWi aus, warum das Ungleichgewicht in den Bilanzen als dringendes Problem wahrgenommen werden sollte.<sup>69</sup> Schließlich waren die Überschüsse in

<sup>67</sup> Vgl. *Joe Verhoeven*, *Contrats entre Etats et ressortissants d'autres Etats*, in: Centre Charles De Visscher (Hrsg.), *Le Contrat économique international: stabilité et evolution*, Brüssel: Emile Bruylant 1975, 115-150 (140 f.); *Karl-Heinz Böckstiegel*, *Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen*, Königstein: Athenäum Verlag 1971.

<sup>68</sup> *Waldemar Hasselblatt*, Probleme der deutschen Außenwirtschaftspolitik. Wege zur Erreichung des wirtschaftspolitischen Zieles der Verminderung des Zahlungsüberschusses, Bulletin des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung. Nr. 158, 1609, Bonn, 29.8.1958, B 102/27059 (BA).

<sup>69</sup> *Hasselblatt* (Fn. 68).

der deutschen Zahlungsbilanz die Defizite der Handelspartner, was „auf Dauer zu Schwierigkeiten im Welthandel führen“ müsse.<sup>70</sup> Es drohte zudem die Gefahr sowohl eines privaten als auch öffentlichen Investitionsstaus. Möglichkeiten, die Wareneinfuhr zu steigern, waren nahezu erschöpft, die private Einfuhr war maximal liberalisiert und das Zollniveau bereits niedrig. In Wirtschafts- und Verwaltungskreisen sah man angesichts des geringen Kapitalexports Deutschlands mit Neid auf die USA, die im Verhältnis zur jeweiligen Wirtschaftsleistung einen markant höheren Kapitalexport vorweisen konnten.

Im Januar 1959 führte Bankdirektor *Paul Krebs* von der Deutschen Bank in einem Vortrag, den er unmittelbar dem BMWi übersandte, aus, dass die Bundesrepublik „heute noch in den Anfängen der Entwicklung [steht], vor allem auf dem Gebiet des privaten Kapitalverkehrs mit dem Ausland“.<sup>71</sup> Im BMWi reifte sodann die Idee, den Kapitalexport ähnlich wie schon die Warenausfuhr (die durch Hermes Kredite gesichert wurde) durch Garantien zu stimulieren. Außerdem war man eng mit der US-amerikanischen Praxis vertraut, ebendies zu tun.<sup>72</sup> Im Wesentlichen ging es hierbei – und geht es noch stets – um die Übernahme des sogenannten politischen Risikos bei Auslandsinvestitionen.<sup>73</sup> Ein Memorandum des BMWi vom Oktober 1956 führte aus, dass die US-amerikanische Regierung durch § 413 des *Mutual Security Act* in seiner 1954 aktualisierten Fassung dazu ermächtigt war, Auslandsinvestitionen in Länder, mit denen entsprechende Vereinbarungen bestanden, gegen bestimmte Risiken zu versichern, zunächst gegen Transferrisiken (Garantie der Konvertierbarkeit in Dollar), dann auch gegen Enteignungen und schließlich gegen den Verlust durch Kriegseinwirkungen.<sup>74</sup>

<sup>70</sup> *Hasselblatt* (Fn. 68).

<sup>71</sup> *Paul Krebs*, Ausmaß, Formen und handelspolitische Bedeutung des deutschen Kapital-exports und -imports, Vortrag v. 27.1.1959 vor der Internationalen Studiengesellschaft für wirtschaftliche, wissenschaftliche und kulturelle Zusammenarbeit, Wiesbaden, B 102/27060 (BA).

<sup>72</sup> Memorandum, „Garantieprogramme der Vereinigten Staaten“, Oktober 1956, B 102-27058 (BA); Übersetzung des „Handbuch der Investitionsversicherung. Versicherung neuer amerikanischer Investitionen im Ausland im Rahmen des Investitionsgarantieprogramms“, Foreign Operations Administration, (1957); siehe auch Brief des Leiters der Abteilung V an den Leiter der Abteilung VI, 8.3.1957, „Deckung für Kapitalinvestitionen im Ausland“, B 102/27058 (BA).

<sup>73</sup> Was dabei als *politisch* gilt bleibt äußerst umstritten. Der Begriff des „politischen Risikos“ sollte als Kampfbegriff im Verhältnis von Wirtschaft und Politik verstanden werden. Dazu auch *Nicolás M. Perrone*, The Emerging Global Right to Investment: Understanding the Reasoning Behind Foreign Investor Rights, *Journal of International Dispute Settlement* 8 (2017), 673-694; *David Schneiderman*, Investing in Democracy? Political Process and International Investment Law, *U. Toronto L.J.* 60 (2010), 909-940.

<sup>74</sup> Vgl. *Eric V. Youngquist*, United States Commercial Treaties: Their Role in Foreign Economic Policy, *Studies in Law and Economic Development* 2 (1967), 72-90 (83).

Mittels bilateraler Notenwechsel bestimmten die Vereinigten Staaten nicht nur diese drei Hauptrisiken, sondern verpflichteten die Gastgeberstaaten auch dazu, die USA im Schadensfall als Inhaberin der ausstehenden Forderungen der Investoren anzuerkennen (*subrogation*).

Das Auswärtige Amt (AA) berichtete dem BMWi von Entwicklungen in der Praxis. Im März 1957 schrieb die deutsche Botschaft in Ankara beispielsweise über ein neues Abkommen, das die Vereinigten Staaten per Notenwechsel mit der Türkei zur Versicherung US-amerikanischer Investitionen abgeschlossen hatten, und fasste dabei nochmals die Grundzüge des amerikanischen Garantieprogramms treffend zusammen.<sup>75</sup> Die Bundesregierung stand darüber hinaus in direktem Kontakt mit der Verwaltung für Internationale Zusammenarbeit (*International Cooperation Administration*, ICA) in Washington, die seit 1955 Garantien bei Auslandsinvestitionen erteilte.<sup>76</sup> So berichtete das Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit (BMZ) im Februar 1957, dass die Versicherungsmöglichkeiten amerikanischer Investitionen über die Risiken der Enteignung, Beschlagnahme und des Transfers hinaus auf das Kriegsrisiko erweitert wurde.<sup>77</sup> Im BMWi stieß die Idee der Bundesgarantien für Kapitalanlagen im Ausland zunächst auf große Skepsis und wurde allein in der Abteilung für Außenpolitik und Entwicklungshilfe (Abteilung V), die dem BMZ nahestand, befürwortet. Abteilungsleiter *Daniel* war ihre treibende Kraft. Er hatte den Versicherungsschutz für deutsche Kapitalinvestitionen im Ausland im Juli 1956 erstmals angeregt und sodann mit der Erfahrung der Hermes Kredite für die Warenausfuhr einerseits und dem Beispiel der US-amerikanischen Praxis andererseits für seine Einführung argumentiert.<sup>78</sup> *Daniel* konnte sich jedoch gegenüber den skeptischen Stimmen im BMWi nicht durchsetzen. Die von Beginn an zweigliedrige Idee, Kapitalanlagen im Ausland national durch Bundesgarantien und international durch bilaterale Verträge mit Gastgeberstaaten abzusichern, schien noch nicht durchsetzbar, auch aufgrund der Widerstände außerhalb des Ministeriums.

<sup>75</sup> Botschaft der BRD Ankara an das Auswärtige Amt, „Versicherung US-amerikanischer Investitionen in der Türkei“ 11.3.1957, B 102/27058 (BA).

<sup>76</sup> Die ICA löste die kurzlebige *Foreign Operations Administration* (FOA) ab und wurde ihrerseits 1961 von der heutigen *Agency for International Development* ersetzt.

<sup>77</sup> Brief des Bundesministers für wirtschaftliche Zusammenarbeit u. a. an den Herrn Bundesminister für Wirtschaft, 13.2.1957, B 102/27058 (BA).

<sup>78</sup> Brief des Bundesministers für wirtschaftliche Zusammenarbeit u. a. (Fn. 77).

## IV. Die Multilaterale Alternative

### 1. *Hermann Josef Abs* und der Schutz des Eigentums

Der wohl engagierteste und einflussreichste Gegner einer Bundesgarantie für Auslandsinvestitionen außerhalb der Regierung war niemand anderes als *Hermann Josef Abs* – schlechthin die Verkörperung der Deutschen Bank in den Nachkriegsjahren. Seit 1957 war *Abs* Vorstandssprecher.<sup>79</sup> Während des Krieges verantwortete er unter anderem die Liquidierung jüdischer Unternehmen und war Aufsichtsratsmitglied der I. G. Farben, mit nach wie vor ungeklärtem Mitwissen über die zentrale Rolle des Unternehmens bei der Arbeit in Konzentrationslagern und bei der Judenvernichtung. Nach dem Krieg geriet *Abs* in das Visier US-amerikanischer Ermittler, wurde festgenommen und zur Anklage in Nürnberg erwogen, dann aber freigelassen – anscheinend aus pragmatischem Interesse an der Möglichkeit eines raschen Wiederaufbaus.<sup>80</sup> Als *Konrad Adenauer Abs* dazu auserkor, für die junge Bundesrepublik in die USA zu reisen, um dort als Delegationsführer Kompensationszahlungen für konfisziertes deutsches Eigentum zu führen, erregte das aufgrund *Abs'* Vergangenheit auf der Gegenseite tiefes Unbehagen.<sup>81</sup>

Wenngleich *Abs* aktiv an den Enteignungen durch das Dritte Reich teilhatte, waren es nicht zuletzt die Unrechtserfahrung gegen ausländisches und dann auch gegen deutsches Eigentum nach dem Zweiten Weltkrieg, die ihn antrieben, sich dem internationalen Eigentums- und Rechtsschutz zu verschreiben.<sup>82</sup> In einer Rede von 1955 verwies *Abs* bereits vor noch kleinem nationalem Publikum darauf,

„daß es in der jüngsten Vergangenheit viele Beispiele der Beschlagnahme ausländischen Eigentums gegeben hat und daß die westliche Welt [...] gefährlich nahe daran ist, in eine Sackgasse der Rechtsverwirrung und der moralischen Zersetzung, vor allem im Hinblick auf das Prinzip der Unverletzlichkeit des Privateigentums zu geraten. [...] Mit einer zweideutigen Haltung in der Eigentumsfrage entmutigen und paralysieren wir alle die Kräfte und Menschen guten Willens in allen Teilen der Erde, die noch an die moralischen und rechtlichen Grundlagen der westlichen Welt glauben.“<sup>83</sup>

<sup>79</sup> *Hermann Josef Abs*, 1901 in Bonn geboren und 1994 verstorben war von 1938 bis 1945 Vorstandsmitglied der Deutschen Bank, von 1957 bis 1967 Vorstandssprecher und von 1967 bis 1976 Aufsichtsratsvorsitzender.

<sup>80</sup> *St. John* (Fn. 2), 74-76, mit Bezug auf *Lothar Gall*, *Der Bankier: Hermann Josef Abs*, München: C. H. Beck 2005, 128.

<sup>81</sup> *St. John* (Fn. 2), 78-79.

<sup>82</sup> *St. John* (Fn. 2), 5, 73.

<sup>83</sup> *Hermann Josef Abs*, *Die Beschlagnahme ausländischen Vermögens im Lichte der Politik des Schutzes internationaler Investitionen*, Heidelberg: Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft 1955, 7.

Für *Abs* war der Eigentumsschutz nicht nur ein essenzielles Rechtsinstitut, sondern gleichzeitig auch Ausdruck der Rechtsstaatlichkeit sowie der „gesunde[n] Moral“ eines jeden Staates.<sup>84</sup> Mithilfe der deutschen Investitionsabkommen sollte jenes einseitige Rechtsverständnis auch auf die Länder des Globalen Südens übertragen werden. *Abs* zeichnete ein Schreckensbild davon, wie entkolonialisierte Staaten bestehendes Eigentum und Kapitalanlagen von privaten Investoren der westlichen Staaten enteignen könnten. Insbesondere die im Zuge der Landreform getroffene Enteignung der US-amerikanischen *United Fruit Company* 1953/1954 in Guatemala dienten ihm als Beispiel:

„Der Fall Guatemala ist im Übrigen ein schlagender Beweis dafür, daß sogar ein sehr kleines Land nicht davor zurückschreckt, Vermögenssubjekte zu enteignen, die von Bürgern oder Gesellschaften mächtiger Nationen wie die der Vereinigten Staaten vorgenommen wurden. Was werden andere, größere Staaten tun, wenn ihnen in Zukunft die Gelegenheit günstig erscheint? Manche von ihnen haben bereits unter Beweis gestellt, daß sie solche Gelegenheiten nicht vorbeigehen lassen.“<sup>85</sup>

Einer solchen Gefahr müsse kollektiv entgegengetreten werden, was laut *Abs* allein durch ein umfassendes Investitionsschutzregime, nicht jedoch durch Bundesgarantien für Auslandsinvestitionen geleistet werden könne. Stärker noch: Solche Garantien würden dazu führen, dass die Konsequenzen eines Rechtsbruchs, also etwa einer unrechtmäßigen Enteignung, zulasten deutscher Steuerzahler gehen würde, und sich Gastgeberstaaten gar weniger gehemmt fühlten, solches Unrecht zu begehen, da der Schaden der Investoren ja ohnehin versichert sei. Dabei ist anzumerken, dass es auch zu jener Zeit hoch umstritten war, wann eine Enteignung tatsächlich Unrecht darstellt und was eine angemessene Entschädigung beinhaltet.<sup>86</sup>

Als die Idee der Bundesgarantien in der außenwirtschaftspolitischen Abteilung des BMWi aufkeimte, schrieb *Abs* aus der soeben skizzierten Motivationslage heraus sofort an *Daniel*, um davon abzuraten.<sup>87</sup> Der deutsche Kapitalexpert müsse gefördert werden, doch nicht so. *Abs* verwies auf seinen beigefügten Artikel „Rückkehr zum Recht im internationalen Verkehr“.<sup>88</sup>

<sup>84</sup> *Abs* (Fn. 83), 10.

<sup>85</sup> *Abs* (Fn. 83), 20.

<sup>86</sup> Vgl. *Ingo Venzke*, Possibilities of the Past: Histories of the NIEO and the Travails of Critique, *J. History Int'l L.* 20 (2018), 263-302; *B. A. Wortley*, Observations on the Public and Private International Law Relating to Expropriation, *Am. J. Comp. L.* (1956), 577-594.

<sup>87</sup> Brief von *Abs* an *Daniel*, „Garantie von Auslandsinvestitionen“, 22.2.1957, B 102/27058 (BA).

<sup>88</sup> *Herrmann Josef Abs*, Rückkehr zum Recht im internationalen Verkehr, *Chemische Industrie International* (1957), 87, B 102/27058 (BA).

Dort argumentierte er in verkürzter Form nochmals für den „Grundsatz des Völkerrechts von der Unverletzlichkeit privaten Eigentums, der Ausdruck ist unserer traditionellen westlichen Anschauungen von der Respektierung wohlverworbener Rechte des einzelnen“.<sup>89</sup> Die Bundesgarantien beschrieb *Abs* sodann als „perverse‘ Eigenversicherung“, die „im Verlustfalle nahezu ausschließlich zu Lasten des gebenden Landes und seiner Steuerzahler statt zu Lasten der Empfängerländer“ ginge.<sup>90</sup> „[D]ie dem Westen so am Herzen liegende Entwicklung der ‚rückständigen Gebiete der Welt‘“ könne nicht gelingen, so *Abs*, „ohne vorher den Ursachen der Krankheit“, also der Missachtung der privaten Rechte, „zu Leibe zu gehen“.<sup>91</sup> Das Mittel dafür seien gewiss keine einseitigen Garantien, sondern ein multilateraler Vertrag, der die Staaten nicht nur zur Rechtsachtung verpflichtet, sondern auch effektive Kollektivmaßnahmen ermöglicht, Rechtsverletzungen abzuwehren oder andernfalls zu bestrafen.<sup>92</sup> Dies war die Idee der „Magna Charta“ zum Schutz von Auslandsinvestitionen, die im Oktober 1957 mit der Rede von *Abs* in San Francisco zum Anlass der *International Industrial Development Conference* auch international große Aufmerksamkeit erzielen würde.

## 2. Die „Magna Charta“ zum Schutz von Auslandsinvestitionen

Das Vorhaben, einen multilateralen Vertrag zum Schutz von Auslandsinvestitionen auszuhandeln, wurde schon vor dem Zweiten Weltkrieg von der Internationalen Handelskammer verfolgt.<sup>93</sup> Im Rahmen der 1956 gegründeten deutschen „Gesellschaft zur Förderung des Schutzes von Auslandsinvestitionen“, entwickelte *Abs* als deren Vorsitzender, und in enger Zusammenarbeit mit dem als britischer Chefankläger in Nürnberg bekannten *Sir Hartley Shawcross*, den *Abs-Shawcross-Konventionsentwurf*.<sup>94</sup> 1956 hatte *Abs* den Entwurf auf der Tagung der *American Society of International Law* (ASIL) beworben. Breite Aufmerksamkeit gewann er sodann mit seiner Rede auf der *International Industrial Development Conference* in San Francisco im Oktober 1957, was zum einen dem Forum geschuldet sein könnte, doch

---

<sup>89</sup> *Abs* (Fn. 88).

<sup>90</sup> *Abs* (Fn. 88), 88.

<sup>91</sup> *Abs* (Fn. 88).

<sup>92</sup> *Abs* (Fn. 88), 89.

<sup>93</sup> Die Internationale Handelskammer baute ihrerseits auf Bestrebungen im Rahmen des Völkerbundes auf, siehe *Quinn Slobodian*, *Globalists: The End of Empire and the Birth of Neoliberalism*, Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press 2018, 136.

<sup>94</sup> *Georg Schwarzenberger*, *The Abs-Shawcross Draft Convention on Investments Abroad: A Critical Commentary*, *Current Legal Problems* 14 (1961), 213–246.



ebenso der Durchschlagskraft seiner Worte. Noch prägnanter und energischer als zuvor prangert *Abs* den Zerfall der internationalen Rechtsordnung an, den er mit der Missachtung des Eigentums gleichsetzt, und dem sich die wohlgesonnenen Staaten mit aller Kraft und mit dem Mittel der multilateralen Konvention entgegenstemmen müssten.

Im Stakkato führte *Abs* als Indizien des Zerfalls die Nationalisierung der *Anglo-Iranian Oil Company* und erneut die Enteignung der *United Fruit Company* durch Guatemala an. Einige Entwicklungsländer sähen sich geradezu im Recht, ohne Entschädigung zu enteignen und hegten die Einstellung, der Westen sei verpflichtet, den Aufbau ihrer Wirtschaft zu finanzieren. Auch beklagte er, dass Ländern, wie etwa Argentinien, neue Kredite gewährt würden, wo sie doch erst jüngst Eigentumsrechte verletzt hätten.<sup>95</sup> *Abs* fragte rhetorisch: „Heisst das nicht, diejenigen, die sich gegen das Recht gestellt haben, nicht nur nicht zur Rechenschaft zu ziehen, sondern sie noch zu belohnen?“ *Abs* weiter:

„Ich glaube, meine Herren, es ist hohe Zeit, auf dem Gebiet zu einer gemeinsamen Verantwortung, zu einem wirksamen System des internationalen Rechtsschutzes zu kommen [...] . [Der Grundsatz der Unverletzlichkeit des Privateigentums] kann nur dann wirksam in die Tat umgesetzt werden, wenn wir uns entschließen, unsere wohlbegründeten Interessen im Ausland, die wir auf Grund einer gemeinsamen politischen Linie zugunsten anderer Länder einsetzten, gegen Eingriffe genauso gemeinschaftlich zu verteidigen wie wir dies auf militärischem Gebiet bereits tun.“<sup>96</sup>

Eine internationale Konvention sollte für einen solchen Kollektivschutz die Grundlage bieten. Er wolle sie, so *Abs*, als „Magna Charta zum Schutz von Auslandsrechten“ bezeichnen – eine Formulierung und Idee, die Anklang fand. Die Wochenzeitschrift *Time* verlieh dem Vorhaben mit einem prominenten Artikel unter dem Titel „A Capitalist Magna Charta“ Aufschwung.<sup>97</sup>

Neben der Festlegung der Schutzstandards war die effektive kollektive Rechtsdurchsetzung Kernmerkmal der Konvention. Ein internationales Schiedsgericht entschied für alle Vertragsstaaten bindend über Rechtsverletzungen und legte die Maßnahmen fest, die gegenüber rechtsverletzenden

<sup>95</sup> *Herrmann Josef Abs*, Internationale Probleme und Fragen der Investitionsfinanzierung, Ausführungen von Hermann J. Abs auf der International Industrial Development Conference, San Francisco, 15.10.1957, Redemanuskript S. 18., B 102/27059 (BA).

<sup>96</sup> *Abs* (Fn. 95).

<sup>97</sup> *Time*, Bd. LXX, Nr. 18, 28.10.1957. B 102/ 27059 (BA). Just in der Ausgabe, die Bundeswirtschaftsminister *Ludwig Erhard* auf der Titelseite porträtierte. Dazu auch, *Slobodian* (Fn. 93), 139.

Staaten getroffen werden könnten. Gewiss, allein auf wirtschaftlichem Gebiet, doch eben im Kollektiv und effektiv, indem etwa „dem verurteilten Land keine neuen Kredite und Anleihen“ gewährt würden.<sup>98</sup>

Zu kurz kommt sowohl in der zeitnahen Berichterstattung als auch in der späteren Rezeption von Abs' Vortrag, dass dieser Teil eines *Roundtable* war und unmittelbar Kritik auf sich zog.<sup>99</sup> Abs direkter Sparringspartner war *Miguel Cuaderno*, erster Direktor der philippinischen Zentralbank und beim Internationalen Währungsfonds Vorsitzender des Gouverneurrats. *Cuaderno* warnte eindringlich, dass die Vorherrschaft privater Auslandsinvestitionen zur Fremdbestimmung wirtschaftlicher, wenn nicht politischer Fragen des Gastgeberstaates führen könne.<sup>100</sup> Es sei demnach gerechtfertigt, dass Entwicklungsländer Auslandsinvestitionen mit Skepsis betrachten. Sie seien schließlich erst kürzlich aus kolonialen Ausbeutungsverhältnissen hervorgetreten und würden auch heute noch oft unter dem Einfluss von ausländischen Investoren leiden.<sup>101</sup> Die hier zugrundeliegenden Differenzen haben sich mit wenigen Variationen durch die Diskussionen der folgenden Jahre gezogen und sind insbesondere in Debatten um die *New International Economic Order* (NIEO) und die *Charter on the Economic Rights and Duties of States* gerade in Bezug auf die Pflicht der Entschädigung bei Enteignung stark hervorgetreten.<sup>102</sup>

Eine abgeschwächte Version der Abs-Shawcross-Konvention wurde später in der Organisation für europäische wirtschaftliche Zusammenarbeit (OEEC) und dann in der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit

<sup>98</sup> Abs (Fn. 95), 20.

<sup>99</sup> Im Archivbestand finden sich neben dem Beitrag der *Time* noch jene aus der *New York Times* v. 16.10.1957 („Investment Code for World Urged“) und dem *S.F. Examiner* v. 16.10.1957 („International Economic Controls Urged by German“), die beide die Kritik marginalisieren. Anders ist das in jenem Bestand allein beim Beitrag aus dem *San Francisco Chronicle* v. 16.10.1957, der sich schon im Titel markant unterscheidet: „Colonialism Dispute: Speakers Argue Role of Investors“. B 102/27059 (BA). Für rezente Aufarbeitungen, die diesen Aspekt überspringen, siehe *Slobodian* (Fn. 93), 138-142; *Perrone* (Fn. 2). Im Gegensatz dazu, *Lauge N. Skovgaard Poulsen*, *Bounded Rationality and Economic Diplomacy: The Politics of Investment Treaties in Developing Countries*, Cambridge: Cambridge University Press 2015, 50.

<sup>100</sup> Zitiert in „Colonialism Dispute: Speakers Argue Role of Investors“ (Fn. 99), („Cuaderno [...] described the wide-spread fear in underdeveloped nations that predominance of private investment from abroad might result in foreign domination of the economic, if not the political, affairs of their countries“).

<sup>101</sup> Zitiert in „Colonialism Dispute: Speakers Argue Role of Investors“ (Fn. 99), („Developing countries ‚view foreign investments with suspicion‘ because they only recently emerged from colonial exploitation [...] and because even now they frequently suffer at the hands of investors.“)

<sup>102</sup> UN, GV Resolution 3281, 12.12.1974, *Charter of Economic Rights and Duties of States*. Dazu *Antony Anghie*, *Legal Aspects of the New International Economic Order*, *Humanity* 6 (2015) 145-158; *Venzke* (Fn. 86).

und Entwicklung (OECD) weiter diskutiert, aber insbesondere aufgrund mangelnder Unterstützung der Vereinigten Staaten nie zur Unterzeichnung gebracht. Jene Entwicklung kann hier weiter außer Acht bleiben, ebenso wie spätere erfolglose Versuche, die Garantie für Auslandsinvestitionen zu internationalisieren.<sup>103</sup> Im Grunde zeigt sich im Misserfolg jener Versuche die Bestätigung von *Abs*' Bedenken: Die USA wollten ihre Kreditentscheidungen in keinem internationalen Regime binden und gewährten etwa Indonesien Kredite, obwohl jenes Land erst jüngst Verpflichtungen gegenüber den Niederlanden unilateral gekündigt hatte und sich weigerte, ausstehende Ansprüche zu erfüllen.<sup>104</sup> *Abs* ließ sich daher auch nicht beirren, verfolgte die multilaterale Konvention als Grundlage zum effektiven Rechts- und Eigentumsschutz und blieb Bundesgarantien für Auslandsinvestitionen gegenüber skeptisch. Sie seien ein schlicht inadäquates Mittel.

## V. Zwiespalt in der Bundesregierung

*Hermann Josef Abs* versuchte mit Nachdruck, Bundesgarantien für deutsche Auslandsinvestitionen zu verhindern. In der außenwirtschaftspolitischen Abteilung des BMWi blieb Abteilungsleiter *Daniel* jedoch von *Abs* Interventionen unbeeindruckt. *Daniel* war davon überzeugt, dass die Garantien den deutschen Kapitalexpert sowie die wirtschaftliche Entwicklung des Empfängerlandes fördern würden.<sup>105</sup> Mit dieser Argumentation – die später einen Großteil der Legitimationslast des Rechtsregimes tragen sollte – konnte er schließlich die relevanten politischen Akteure von der Idee der Bundesgarantien überzeugen. Wenn wir in diesem Abschnitt den Austausch der Ministerien und der Abteilungen innerhalb des BMWi nachzeichnen, dann vor allem, um den geltend gemachten Gründen und Motivationen nachzuspüren.

Auf das Treiben der außenwirtschaftspolitischen Abteilung um *Daniel*, Garantien für Kapitalexperte zu übernehmen, reagierten andere Ressorts im Bundeswirtschaftsministerium zunächst verhalten, gar zurückweisend. Die

<sup>103</sup> Erst 1988 wurde mit der *Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA)* ein solcher Mechanismus als Teil der Weltbankgruppe geschaffen. Siehe <<https://www.miga.org/history>> (zuletzt besucht am 11.10.2020). Zu den Versuchen in den 1960ern, siehe die Bestände in B 102/47640 (BA).

<sup>104</sup> Vgl. dazu die Ausführungen des deutschen Exekutivdirektors bei der Weltbank *Otto Donner* in dessen Brief an das BMWi: Internationales Garantieinstitut zur Abdeckung von politischen Risiken für Kapitalanlagen in Entwicklungsländern, 18.1.1961, B 102/47640 (BA).

<sup>105</sup> Brief von *Daniel* an *Abs*, Garantierung von Auslandsinvestitionen, 25.4.1957, B 102/27058 (BA).

Abteilung Geld und Kredit (Abteilung VI) antwortete zunächst schlicht, dass anders als von *Daniel* behauptet, die Gesetzesgrundlage, die für das Ausfuhrgeschäft besteht (Stichwort: Hermeskredite), hierfür nicht ausreiche.<sup>106</sup> Auch die Grundsatzabteilung (Abteilung I), welche in jenen Jahren von niemand anderem geleitet wurde als dem Erfinder der Sozialen Marktwirtschaft, *Alfred Müller-Armack*, war aus Gründen abweisend, die jenen ähneln, die auch *Abs* und *Krebs* vorgebracht hatten: Neben wirtschaftspolitischen Vorbehalten werde auch prinzipiell eine Verlagerung der Lasten, als Konsequenzen für Rechtsbrüche, auf den Bundeshaushalt und die Steuerzahler befürchtet.<sup>107</sup>

Von *Daniel* abgesehen, war jedoch auch die maßgebliche Abteilung VI der Idee der Bundesgarantien gegenüber zunehmend aufgeschlossen, vor allem in der Person von Unterabteilungsleiter *Schreiber*, dem von der Abteilungsleitung viel Raum gelassen wurde.<sup>108</sup> Die Grundsatzabteilung bekräftigte ihre „nach wie vor schwere[n] Bedenken“ gegenüber *Schreiber*, wobei sie sich auf ein neues Gutachten des wissenschaftlichen Beirats des Ministeriums bezog.<sup>109</sup> Das Gutachten sprach sich „klar gegen eine punktuelle und künstliche Förderung des privatwirtschaftlichen Kapitalexportes durch staatliche Maßnahmen (öffentliche Bürgschaften, staatliche Beteiligungen an der Deckung des politischen Risikos, Zinszuschüsse) aus“.<sup>110</sup> *Schreiber* schwang sich dennoch als starker Befürworter der Bundesgarantien auf und verschiebt in seinen detaillierten Ausführungen die Begründung von einem Ausgleich in den Zahlungsbilanzen auf das Ziel „Entwicklungsländern dringend benötigtes Kapital, und zwar Privatkapital zuzuführen“.<sup>111</sup> In diesem Punkt war er sich mit *Daniel* einig. Auch *Schreiber* orientierte sich zudem an der US-amerikanischen Praxis: *Wolfgang Friedman* an der Columbia University wurde diesbezüglich um einen Studienauftrag gebeten.<sup>112</sup> Der Vermerk zur Abteilungssitzung im April 1957 hielt sodann fest, dass „Abteilung VI nach

<sup>106</sup> Siehe das Ergebnisprotokoll der hausinternen Besprechung vom 8.11.1956, „Sicherheitsleistungen und Gewährungen des Bundes für Kapitalbeteiligungen im Ausland; Besprechung am 26.10.1956“, B 102/27058 (BA).

<sup>107</sup> Ergebnisprotokoll vom 8.11.1956 (Fn. 106).

<sup>108</sup> Ab etwa Anfang 1957 ließ sich Abteilungsleiter *Fischer* durch *Henckel* vertreten, wodurch *Schreiber* womöglich stärker hervortreten konnte. Der Abteilungsleiter Geld und Kredit (Abteilung VI) tritt hingegen in den Hintergrund. Siehe Kommunikation in B 102/27058 (BA).

<sup>109</sup> Brief vom 15.5.1957, „Sicherungsleistungen und Gewährleistungen des Bundes für Kapitalbeteiligungen im Ausland“, B 102/27058 (BA).

<sup>110</sup> Brief vom 15.5.1957 (Fn. 109).

<sup>111</sup> Vermerk der Abteilung VI B 2 (gez. *Schreiber*), „Sicherheitsleistungen und Gewährleistungen des Bundes für Kapitalbeteiligungen im Ausland“, 9.7.1957, B 102/27058 (BA).

<sup>112</sup> Siehe Brief von *Schreiber* an den Direktor der Hermes Kreditversicherungs-AG, 12.2.1957, B 102/27058 (BA).

erneuter Prüfung die Einführung von Bundesgarantien [befürwortet]“.<sup>113</sup> Dies geschah aus den folgenden drei Gründen:

- „Wiederaufbau deutschen Auslandsvermögens,
- Förderung der außenwirtschaftlichen Verflechtung der Bundesrepublik auf lange Sicht durch Festigung der Absatzmärkte und Ausbau der Bezugsquellen vor allem in Übersee,
- Ingangsetzung von internationalen Kapitalbewegungen.“<sup>114</sup>

Keine Erwähnung fand die wirtschaftliche Entwicklung der Gastgeberstaaten. Jenen Staaten Kapital zuzuführen stützte *Schreiber* auf die Idee und das Interesse, so die Zahlungsbilanzen Deutschlands auszugleichen.

Im Bundeswirtschaftsministerium begann die Stimmung insgesamt zu kippen. Auch der Chef des Hauses, *Ludwig Erhard*, stellte sich schließlich hinter das Vorhaben der Bundesgarantien. Als das Bundesfinanzministerium erneut Bedenken äußerte und mitteilte, das Haushaltsgesetz eher zähneknirschend anzupassen,<sup>115</sup> bat *Erhard*, die geäußerten Bedenken zu überprüfen und zurückzustellen.<sup>116</sup> Auch *Abs*' erneute Interventionen waren schließlich vergebens. *Erhard* war eng mit *Abs* verbunden und teilte dessen Emphase bezüglich des Eigentumsschutzes. Beide waren Mitglieder der von *Hayek* gegründeten *Mont Pèlerin Society*. *Erhard* sprach 1956 auch auf der Eröffnungsfeier der von *Abs* initiierten „Gesellschaft zur Förderung des Schutzes von Auslandsinvestitionen“.<sup>117</sup> Doch im Widerstand gegen Bundesgarantien und für seine multilaterale Alternative konnte *Abs* nicht auf *Erhard* zählen. Nach kurzer Zeit stellten sich auch das Bundesfinanzministerium (BMF) und das Auswärtige Amt sowie Wirtschaftsminister *Erhard* hinter die Idee.<sup>118</sup>

Dass sich im Spiel der Kräfte und Argumente die Stimmung zugunsten der Bundesgarantien änderte, kann auch auf den Einfluss der deutschen Exportindustrie zurückgeführt werden. Die Archivbestände weisen Schriftsätze prominenter Exportunternehmen und bestimmter Dachverbände auf, die bei den Ministerien, vor allem dem BMWi, zugunsten der Bundes-

<sup>113</sup> Vermerk v. 6.4.1957 zur Sitzung am 4.4.1957, B 102/27058 (BA).

<sup>114</sup> Vermerk v. 6.4.1957 (Fn. 113). Siehe auch das Schreiben von *Schreiber* an das Auswärtige Amt, in dem er sich für Bundesgarantien ausspricht, und sich mit dem ebenso positiv gesinnten AA weiter koordinieren wollte, 13.12.1957, B 102/27059 (BA).

<sup>115</sup> Brief des Bundesministers der Finanzen an den Bundesminister für Wirtschaft, 12.4.1958, B 102/27059 (BA).

<sup>116</sup> Brief des Bundesminister für Wirtschaft an den Bundesminister der Finanzen, 8.9.1958, B 102/27059 (BA).

<sup>117</sup> Siehe dazu die Berichterstattung in *Die Zeit*, Nr. 14, 5.4.1956. Vgl. *St. John* (Fn. 2), 77.

<sup>118</sup> Brief des Bundesministers der Finanzen (Fn. 115); Brief des Bundesminister für Wirtschaft (Fn. 116).

garantie intervenierten.<sup>119</sup> Die Vereinigte Aluminium-Werke-AG wollten etwa ihre Vorhaben in Französisch-Guyana absichern.<sup>120</sup> Auch die deutsche Erdöl-AG betonte die Wichtigkeit der Garantieübernahme und ging in einer ausführlichen Notiz auf die damit verbundenen Vorteile ein, zuvor-derst auf die Tatsache, dass die Absicherung hoher Investitionen nötig sei, um hohe Investitionen zu tätigen, die sich nur langfristig rentieren würden.<sup>121</sup>

Es ging den Vertretern der Wirtschaft dabei jedoch nicht allein um Investitionsmöglichkeiten, sondern auch gerade darum, wie Importeure deutscher Waren die Exporteure durch lokale Unternehmensbeteiligungen und andere Vermögensleistungen vergüten könnten. In diesen Interventionen zeigen sich die praktischen Probleme der Bilanzüberschüsse. Solche Mechanismen, den Warenexport etwa durch ausländische Unternehmensbeteiligungen und andere Vermögensleistungen zu fördern, schien auch dem BMWi interessant und trug dazu bei, die Stimmung zugunsten der Bundesgarantien zu verschieben. Der Mechanismus kam auch den warenimportierenden Ländern entgegen, die sich durch eine zunehmend schlechtere Devisenlage gezwungen sahen, die Wareneinfuhr zu beschränken. Der Fall Indiens konnte dabei als Beispiel dienen: Die indische Regierung regte an, dass indische Warenimporteure ihren ausländischen Lieferanten lokale Unternehmensbeteiligungen anbieten und so ausstehende Forderungen beglichen.<sup>122</sup> Deutsche Firmen waren geneigt, darauf einzugehen. Andernfalls würden sie den indischen Absatzmarkt verlieren. Durch diese Unternehmensbeteiligungen und damit verbundene Risiken gewannen Bundesgarantien wiederum an Bedeutung.

## VI. BITs als Appendix der Bundesgarantien im Haushaltsgesetz

Im April 1958 schickte das BMWi den ersten Gesetzesentwurf zur Übernahme von Garantien an AA, BMF und das Bundesjustizministerium (BMJ), wobei es im Anschreiben als Zweck sowohl die Erleichterung der Zahlungsbilanz anderer Länder als auch das deutsche Interesse an verbesserten Handelsbeziehungen, der Sicherung von Rohstoffquellen, und der Verflechtung

<sup>119</sup> Siehe Brief des Bundesministers der Finanzen (Fn. 115).

<sup>120</sup> Siehe Brief des Bundesministers der Finanzen (Fn. 115).

<sup>121</sup> Siehe die Schreiben v. 29.7.1958 bzw. v. 27.1.1959, beide in B 102/27059 (BA).

<sup>122</sup> Siehe Vermerk „Übernahme von Sicherheits- und Gewährleistungen für Investitionen deutscher Unternehmen im. Auslande“, 14.2.1957, B 102/27058 (BA).

der Volkswirtschaften hervorhob.<sup>123</sup> Die Entwicklung des Gastgeberstaates wurde als Gesichtspunkt nicht erwähnt.

Dem Gesetz zufolge erstreckten sich die Garantien, wie ihr US-amerikanisches Vorbild, auf die politischen Risiken der Enteignung (§ 2), Transfer und Konvertierung (§ 3) und das Kriegsrisiko (§ 4). Gemäß § 5, der für das Anliegen des gegenwärtigen Beitrags zentral war, konnten Garantien nur geleistet werden, wenn der Gastgeberstaat der Kapitalanlage sein Einverständnis erteilt und bestimmte Voraussetzungen erfüllt. Diese Voraussetzungen waren im ersten Entwurf noch milde formuliert: Der Übergang der Ansprüche auf den Bund müsse anerkannt werden, zur Beratung über die Befriedigung jener Ansprüche müsse der Gastgeberstaat bereit sein, die Höhe der Entschädigungen müsse verhandelt werden, und Ausländer könnten hierbei nicht schlechter gestellt werden als Inländer.<sup>124</sup> Spätere Entwürfe bauten die Bedingungen aus, verschärfte sie und bestimmten, wie ihre Erfüllung gesichert werden könnte. Diese Sicherung könne entweder durch die Rechtsordnung des Gastgeberstaates oder vorzugsweise durch einen bilateralen Vertrag mit dem Gastgeberstaat, einem BIT erfolgen.

§ 17 Abs. 1 des Haushaltsgesetzes von 1959 ermächtigte den Bundesminister der Finanzen erstmals dazu, zur Absicherung politischer Risiken bei förderungswürdigen Kapitalanlagen im Ausland Garantien und sonstige Gewährleistungen zu übernehmen, wenn zwischen Deutschland und dem Land, in dem das Kapital angelegt wird, eine Vereinbarung über die Behandlung von Kapitalanlagen besteht, oder, solange dies nicht der Fall ist, durch die Rechtsordnung des betreffenden Landes oder in sonstiger Weise ein ausreichender Schutz der Kapitalanlage gewährleistet erscheint.<sup>125</sup>

So fasste es die Denkschrift des Auswärtigen Amts zum Vertrag mit Pakistan zusammen. Die enge Verknüpfung der Vertragspraxis mit der Gewährung der Bundesgarantien ist evident.<sup>126</sup> „Der gegenwärtige Vertrag“, so die Denkschrift weiter, „hat zur Konsequenz, dass „die rechtliche Voraussetzung für die Gewährung einer Garantie im Sinne der oben erwähnten Haushaltsgesetze [...] nicht mehr zu prüfen sein wird, ob durch die Rechtsordnung Pakistans oder in sonstiger Weise ein ausreichender Schutz der Kapitalanlage gegeben ist.“<sup>127</sup>

<sup>123</sup> Brief vom 16.4.1958, Entwurf eines Gesetzes zur Übernahme von Garantien für Kapitalanlagen im Ausland, B 102/27059 (BA).

<sup>124</sup> Brief vom 16.4.1958 (Fn. 123).

<sup>125</sup> PAAA, B56, Bd. 283, Denkschrift zum Vertrag.

<sup>126</sup> Vgl. *Joachim Karl*, The Promotion and Protection of German Foreign Investment Abroad, ICSID Rev. – Foreign Invest. L.J. 11 (1996), 1–36 (26 f.).

<sup>127</sup> PAAA, B56, Bd. 283, Denkschrift zum Vertrag, S. II.



Es waren also das Haushaltsgesetz und die Bedingungen, denen ein Gastgeberstaat genügen muss, welche Form und Inhalt des deutschen Mustervertrags zum Investitionsschutz bestimmten. Jener Mustervertrag wurde im BMWi als Erweiterung des Haushaltsgesetzes und des Programms der Garantieübernahme ausgearbeitet.<sup>128</sup> Der erste Entwurf eines Mustervertrags trug daher auch die Überschrift „Entwurf einer Vereinbarung über deutsche Kapitalanlagen im Ausland gemäß § 17 des Bundeshaushaltsgesetzes 1959“.<sup>129</sup>

## VII. Außenpolitik

### 1. Strategie und Symbolik

Während die Gesetzesgrundlage vorsah, dass ein zur Garantieübernahme ausreichendes Schutzniveau entweder durch einen Vertrag oder auch durch die nationale Rechtsordnung dargelegt werden konnte, war man sich im BMWi einig, dass Letzteres aus politischen Gründen vermieden werden solle und ein Vertrag immer notwendig sei.<sup>130</sup> Es wäre durchaus möglich gewesen, auch die nationale Rechtsordnung heranzuziehen, denn dies war bereits gang und gäbe bei der Kreditabsicherung im Warenausfuhrgeschäft. Doch für die Gewährung von Garantien bei Auslandsinvestitionen wurde das als nicht sinnvoll befunden, auch da es den Druck auf Gastgeberstaaten verringern würde. Schließlich bedürften Entwicklungsländer, so das BMWi in seiner Einschätzung weiter, „in der Regel eines längeren Reifeprozesses und einer kontinuierlichen Bearbeitung“ bevor sie einen Vertrag schließen.<sup>131</sup> In dieser Argumentationsstruktur hallte die Begründung nach, mit der die privatrechtliche Schiedsgerichtspraxis das vermeintlich „primitive“ Recht des Gastgeberstaates beiseiteschob.<sup>132</sup>

Außerdem wog eine Missachtung des Eigentumsschutzes durch den Gastgeberstaat schwer in der Frage, wo Investitionen sicher seien und wie jene Sicherheit geschaffen werden könne, selbst wenn sich die Bundesregierung nicht gesetzlich oder vertraglich auf Sanktionen gegen Staaten festlegen wollte.<sup>133</sup> So war zum Beispiel klar, dass Indien ausstehende Ansprüche erst

<sup>128</sup> B 102/27082 (BA).

<sup>129</sup> B 102/27082 (BA).

<sup>130</sup> Siehe Vermerk vom 7.10.1960 zur Ressortbesprechung vom 19.9.1960, B 102/27060 (BA).

<sup>131</sup> Vermerk vom 7.10.1960 (Fn. 130).

<sup>132</sup> Siehe dazu oben, Abschnitt II. 4.

<sup>133</sup> Man ließ *Abs* in der OEEC ohne viel Rückendeckung machen. Dazu *St. John* (Fn. 2).

erstatten musste, wie es auch Pakistan jüngst getan hatte, bevor sich die Bundesregierung für neue Kapitalanlagen im Ausland verbürgen würde. Andernfalls sollten keine Vertragsverhandlungen eingegangen werden.<sup>134</sup> Mit aller Deutlichkeit sollte zudem der indischen Regierung „ebenso wie den Regierungen von allen Entwicklungsländern klargemacht werden, dass es in ihrem eigenen Interesse läge, mit allen Mitteln [...] das Vertrauen ausländischer Investoren in die Stabilität der Rechtsverhältnisse wiederherzustellen“.<sup>135</sup>

Im Übrigen einigte man sich darauf, dass die Verträge in den Gastgeberstaaten ausgehandelt werden sollten, vor allem, weil die ausländischen Unterhändler auf die Mitwirkung ihrer Ressorts angewiesen seien.<sup>136</sup> Auf keinen Fall sollte der Mustervertrag in die Hände der zukünftigen Vertragspartner gelangen. Ein dem Muster entsprechender Vertrag war das Ziel, doch der Schein der Offenheit musste aus strategischen Gründen gewahrt bleiben. Abteilung V (Außenwirtschaftspolitik und Entwicklungshilfe) sollte vielmehr Ausgangspunkte für einen Vertrag formulieren, die den Verhandlungspartnern und interessierten lokalen Akteuren (Handelskammern, einflussreichen Wirtschaftsvertretern) übergeben werden könnte. Diese Ausgangspunkte über Zweck und Inhalt der Verträge waren auf den Verhandlungspartner gemünzt und ließen die Beweggründe für Deutschland weitgehend außen vor. Es waren diese verbreiteten, der Öffentlichkeit zugewandten Erwägungen, welche die Belange des Gastgeberstaates und dessen wirtschaftliche Entwicklung hervorhoben.

Um die Belange des Gastgeberstaates weiter zu betonen, entschied man zudem, zukünftig von Kapitalförderungsabkommen zu sprechen und auf die Betonung des Investitionsschutzes zumindest im Titel zu verzichten.<sup>137</sup> Die jüngere Völkerrechtswissenschaft hat diese Formulierungen und Argumentationen oft als bare Münze genommen und das ganze Rechtssystem teils mit dem vermeintlich aufgeklärten Interesse der Gastgeberstaaten am Investitionsschutz begründet.<sup>138</sup> Umso wichtiger scheint es uns, die zugrunde liegenden, dezidiert strategischen Erwägungen erneut am historischen Material herauszuarbeiten. In jenem Material spiegeln sich die, schon im Aufkeimen

<sup>134</sup> Vermerk, Abteilung VI, BMWi, vom 12.6.1959, B 102/27082 (BA).

<sup>135</sup> Vermerk, Abteilung VI, BMWi (Fn. 134).

<sup>136</sup> Aufzeichnungen über die Hausbesprechung am 14.8.1959, Einleitung von Verhandlungen über Investitionsschutzverträge, B 102/27082.

<sup>137</sup> Siehe dazu auch die Berichterstattung in der *Frankfurter Allgemeinen Zeitung*, „Weitere Kapitalförderungsverträge in Sicht. Einschränkende Sondervereinbarungen bleiben noch umstritten“, 17.4.1961, B 102/27082. Zur früheren symbolischen Verschiebung vom Eigentums- zum Investitionsschutz: *Leiter* (Fn. 14), 6, 10.

<sup>138</sup> So etwa *Kenneth J. Vandewelde*, *Colum. J. Transnat'l L.* 36 (1998), 501-527.

der Idee der Bundesgarantien, verschiedenen Interessen, Ideen und Akteure wider.

## 2. Warum Pakistan?

Dass der erste Vertrag mit Pakistan geschlossen wurde, beruhte zwar teilweise auf strategischen Erwägungen Deutschlands, wurde jedoch letztlich auch vom Zufall beeinflusst. Im BMWi wurden in Absprache mit dem AA Listen mit Ländern geführt, mit denen ein Vertrag angestrebt werden sollte.<sup>139</sup> Eine Liste vom August 1959 fasste den Stand der Dinge mit Blick auf 26 Länder zusammen, mit denen entweder die Aufnahme von Verhandlungen bereits vereinbart war (allein Griechenland), die den Wunsch dazu vorgebracht hatten, oder die von der deutschen Industrie vorgeschlagen wurden.<sup>140</sup>

In strategischen Vorüberlegungen hatte man sich im BMWi bereits entschieden, zunächst mit solchen Ländern zu verhandeln, mit denen der Mustervertrag eins zu eins abgeschlossen werden könnte.<sup>141</sup> Als besonders aussichtsreich erschienen dazu Ghana, Liberia und Griechenland. Zudem schien Pakistan „aus präjudiziellen Gründen ein besonders geeignetes Verhandlungsland, das von Herrn Minister [Erhard] zweimal darauf angesprochen worden ist“.<sup>142</sup> Quinn Slobodian erzählt, Erhard sei bereits 1958 nach Pakistan gereist um General *Mohammad Ayub Khan*, der im selben Jahr die Macht an sich gerissen hatte, zu beraten. *Khan*, so Erhard, solle Industrialisierungsbestrebungen stoppen und sich stattdessen auf die Agrarproduktion konzentrieren. Die globale Arbeitsteilung sei zum gegenseitigen Vorteil beizubehalten.<sup>143</sup> Die New York Times titelte etwas später: „Bonn Economics Buoy Pakistan“.<sup>144</sup>

<sup>139</sup> So etwa die Liste vom 7.1.1959; sie zählt 38 Länder, mit Griechenland an erster und Honduras an letzter Stelle, Pakistan wird an 13. Stelle aufgeführt. Handschriftlich sind Chile und Venezuela hinzugefügt. B 102/27082 (BA).

<sup>140</sup> „Vorschlag einer aktuellen Länderliste für die Aufnahme von Verhandlungen über Investitionsschutzverträge“, 7.8.1959, B 102/27082.

<sup>141</sup> Vermerk zur Hausbesprechung über Fragen des Kapitalschutzes am 14.8.1959, S. 1, B 102/27082 (BA). Zu den diplomatischen Erwägungen bei Vertragsverhandlungen siehe auch *Lauge N. Skovgaard Poulsen/Emma Aisbett*, *Diplomats Want Treaties: Diplomatic Agendas and Perks in the Investment Regime*, *Journal of International Dispute Settlement* 7 (2016), 72–91.

<sup>142</sup> *Skovgaard Poulsen/Aisbett* (Fn. 141).

<sup>143</sup> *Slobodian* (Fn. 93), 140.

<sup>144</sup> *New York Times*, 26.2.1959; zitiert in *Slobodian* (Fn. 93), 119.

Pakistan, genauer *S. A. Hasnie*, Staatssekretär im Finanzministerium<sup>145</sup>, hatte selbst Interesse am Vertragsabschluss bekundet und hatte 1955 mit den USA per Notenwechsel ein *Investment Guarantee Agreement* geschlossen.<sup>146</sup> 1959 schloss es auch einen FCN-Vertrag mit den USA. Pakistan sah sich gezwungen, den Kapitalimport zu steigern und hielt einen Vertrag für ein geeignetes Mittel, weil Investitionen aus Deutschland dann in den Genuss der Bundesgarantien kommen würden.<sup>147</sup>

### 3. Kurzer Verhandlungsprozess

Das AA führte die Verhandlungen erst in Karachi und dann zum Abschluss in Bonn. Der Verhandlungsprozess geriet jedoch zunächst ins Stocken. *Hasnie* stieß in der pakistanischen Regierung auf Widerstand, insbesondere bei seinem Chef, Finanzminister *Shoaib*, der enge Beziehungen zur Weltbank hegte und sich die ablehnende Haltung der Bank zu eigen machte. Der Vertreter der Weltbank, *de Wilde*, meinte, Pakistan bei der Aufnahme neuer Kredite bremsen zu müssen.<sup>148</sup> *De Wilde* sollte daher auf der bevorstehenden Tagung der Weltbank in Washington vom deutschen Vorhaben besser unterrichtet und schließlich umgestimmt werden. Tatsächlich schien er seine Bedenken dann aufzugeben.<sup>149</sup> Finanzminister *Shoaib* blieb abwartend, bremsend, stemmte sich dem fortschreitenden Verhandlungsprozess aber nicht weiter entgegen.<sup>150</sup>

Der Vertragsentwurf – identisch mit dem Mustervertrag, wie er als Appendix zum Haushaltsgesetz ausgearbeitet worden war – kam aus dem BMWi.<sup>151</sup> Der Entwurf wurde am 25. November 1959 exakt so angenommen, wie ihn

<sup>145</sup> In den Akten wurde dieser auch teilweise als „Hashny“ erwähnt, wobei es um dieselbe Person geht, siehe etwa Notiz „Schwierigkeiten bei der Durchführung der Verhandlungen über ein Investitionssicherungsabkommen mit Pakistan“, 24.9.1959, B 102/27082 (BA).

<sup>146</sup> Der Notenwechsel ist laut deutscher Botschaft auf den 26.5.1955 datiert. PAAA, B56, Bd. 282, Bericht der Botschaft Karachi an das AA, 26.8.1959.

<sup>147</sup> So etwa in einem pakistanischen Zeitungsartikel: „Mr. Hasnie said that under a recently passed law, the West German Government would underwrite 80 per cent of the investment made abroad by its nationals against political risk. It was, therefore, necessary for the West German Government to conclude investment treaties with the countries which could absorb German capital.“ PAAA, B56, Bd. 283, German Industrials Seem Keen to Invest in Pakistan, *Pakistan Times*, 5.12.59.

<sup>148</sup> PAAA, B56, Bd. 282, Bericht der Botschaft Karachi an AA, Karachi, 17.9.1959, 3.

<sup>149</sup> PAAA, B56, Bd. 282, Fernschreiben des AA an Botschaft Washington, Bonn, 24.9.1959.

<sup>150</sup> PAAA, B56, Bd. 282, Fernschreiben der Botschaft Washington an das AA, Washington, 30.9.1959.

<sup>151</sup> PAAA, B56, Bd. 282, Schnellbrief vom Bundesminister für Wirtschaft an das AA, Bonn, 31.8.1959.

die deutschen Verhandlungsführer eingebracht hatten, unterschrieben von *Hasnie* und Außenminister von *Brentano*.<sup>152</sup> Als *Hasnie* im Dezember, aus Deutschland zurückkehrend, wieder in Pakistan landete, drückt er seinen Stolz aus, als erstes Land ein Investitionsabkommen mit Deutschland abgeschlossen zu haben.

Teil des Mustervertrags und ebenso des Abkommens mit Pakistan war zudem ein Protokoll, in dem man sich unter anderem auf Verhandlungen über einen Niederlassungsvertrag einigte, der den Marktzugang regeln würde. Außerdem fasste das Protokoll den Schutzbestand der Enteignung weit, sodass „auch hoheitliche Maßnahmen, die einer Enteignung gleichzusetzen sind“, erfasst wurden. Das BMWi reagierte damit auf Anregungen der Industrie. Zugleich weist es auf die Schwierigkeiten hin, die in der Spannung zwischen umfassendem Eigentumsschutz und öffentlicher Regulierung entstehen können.

Die Strategie des BMWi, den Mustervertrag mit Pakistan zum Abschluss zu bringen und dann die präjudizielle Wirkung des Vertragsschlusses zu nutzen, ging auf. Das AA verzeichnete ein reges Interesse anderer Länder und deutscher Botschaften, eine Kopie des Vertrags zu erhalten.<sup>153</sup> Das AA verschickte eine Reihe von Kopien auf Anfrage an seine Auslandsvertretungen. Man sah aber von einer Veröffentlichung des Abkommens ab, um laufende Verhandlungen mit Drittstaaten, konkret mit Griechenland, nicht zu stören, auch wenn sie auf genau dasselbe Ergebnis hinauslaufen sollten.<sup>154</sup> Zudem verschickte das AA den Vertrag an einschlägige Unternehmen, etwa an Fried. Krupp, die Klöckner u. Co. GmbH und die Schering AG, die Investitionen in Pakistan erwogen.<sup>155</sup> Die Schering AG hatte bereits zuvor ihr großes Interesse auch an Abkommen mit Afghanistan, Bolivien und Malaysia bekundet.<sup>156</sup> Das Muster setzte sich durch.

<sup>152</sup> Dies zeigt der Vergleich des Schnellbriefs vom Bundesminister für Wirtschaft an das AA, Bonn, 31.8.1959 mit dem finalen Vertragstext.

<sup>153</sup> Siehe etwa PAAA, B56, Bd. 283, Bonn, 7. Jan. 1960, Brief vom Abteilungsleiter 4, Ref. VLR I, v. *Keller*, AA, an die Botschaft der BRD in Thailand, Übersendung des Abkommens mit Pakistan; *ibid.* Botschaft in Manila erbittet Kopie des Abkommens, Manila, 5. Januar 1960: „Wie aus dem Diplomatischen Kurier entnommen wird, ist am 25. November 1959 in Bonn zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Pakistan ein Vertrag zum Schutz von Kapitalanlagen unterzeichnet worden. In Zusammenhang mit hiesigen Gesprächen zum gleichen Gegenstand wäre die Botschaft für Überlassung von 5 Exemplaren des Vertragstexts (einschließlich Fassung in englischer Sprache) dankbar.“

<sup>154</sup> PAAA, B56, Bd. 283, Schreiben des AA an Botschaft der BRD in Washington DC, 20.6.1960.

<sup>155</sup> PAAA, B56, Bd. 283, Dankeschreiben von *Friedrich Krupp* an v. *Heller*, AA, Bonn, 17.3.1960; ebenso von Klöckner u. Co., 2.5.1960 und Schering AG, 27.7.1960.

<sup>156</sup> PAAA, B56, Bd. 283, Schreiben der Schering AG an die Rechtsabteilung des AA, 23.3.1960.

## VIII. Alter Wein in neuen Schläuchen?

Inwiefern weist nun das Abkommen zwischen Deutschland und Pakistan Alleinstellungsmerkmale im Vergleich zu den oben angeführten historischen Vorläufern und Parallelen auf?

### 1. Parallelen mit FCN-Verträgen

Es ist evident, dass die frühen BITs eng an die FCN-Verträge anknüpfen. Auch die Denkschrift der Rechtsabteilung im Auswärtigen Amt sieht das Investitionsschutzabkommen in der Tradition der deutschen FCN-Verträge. Das BIT habe diese Vertragspraxis nun „nach der wirtschaftlichen Seite hin ergänzt“, da die deutschen FCN-Verträge zuvorderst als politische Freundschaftsverträge wahrgenommen wurden.<sup>157</sup> Was unterscheidet indes das erste BIT zwischen Deutschland und Pakistan von den FCN-Verträgen, die sich im Laufe des 19. und 20. Jahrhunderts auch zunehmend auf den Schutz von Eigentum und Auslandsinvestitionen konzentrierten? Eine materiell-rechtliche Gegenüberstellung der einzelnen Klauseln der Vertragstypen zeigt, dass beide im Bereich des Investitionsschutzes beinahe deckungsgleich sind. Vergleicht man das deutsch-pakistanische BIT und den FCN-Vertrag zwischen den Vereinigten Staaten und Pakistan – welcher ebenfalls 1959 geschlossen wurde – lassen sich nur wenige konkrete Unterschiede identifizieren.<sup>158</sup> Beide Verträge enthalten Klauseln, die das Prinzip der Inländerbehandlung von Investoren sowie das Meistbegünstigungsprinzip gewährleisten.<sup>159</sup> Beide Verträge garantieren außerdem den Schutz vor staatlichen Enteignungen, es sei denn, die Enteignung erfolgt im öffentlichen Interesse gegen eine angemessene Entschädigung.<sup>160</sup> Weiterhin regeln beide mit ähnlichen Klauseln die Kompensation des Investors im Falle einer Enteignung,<sup>161</sup> und sie stellen im gleichen Maße einen freien Kapitaltransfer sicher, jeweils ohne Ausnahmenvorschriften bezüglich etwaiger Zahlungsbilanzkrisen.<sup>162</sup>

Der einzige nennenswerte materiell-rechtliche Unterschied zwischen dem BIT und dem FCN-Vertrag besteht darin, dass sich das Diskriminierungs-

<sup>157</sup> PAAA, B56, Bd. 283, Denkschrift zum Vertrag, S. II.

<sup>158</sup> Jason Webb Yackee, *Conceptual Difficulties in the Empirical Study of Bilateral Investment Treaties*, Brook. J. Int'l L. 33 (2008), 405–462 (437 ff.).

<sup>159</sup> DEU-PAK-BIT, Art. 2, 3 Abs. 3; USA-PAK-FCNV (Fn. 59), Art. 1, Art. 6 Abs. 5.

<sup>160</sup> DEU-PAK-BIT, Art. 3 Abs. 1; USA-PAK-FCNV (Fn. 59), Art. 6 Abs. 1.

<sup>161</sup> DEU-PAK-BIT, Art. 3 Abs. 2; USA-PAK-FCNV (Fn. 59), Art. 6 Abs. 4.

<sup>162</sup> DEU-PAK-BIT, Art. 4, 6; USA-PAK-FCNV (Fn. 59), Art. 12 Abs. 1.

verbot des BITs nicht auf den erstmaligen Marktzugang des Investors bezieht.<sup>163</sup> Das dem Vertrag beigefügte Protokoll stellt insofern fest, dass Diskriminierungen gemäß Art. 2 des BIT lediglich folgende Maßnahmen darstellen: Die Einschränkung des Bezugs von Rohstoffen und Betriebsmitteln jeder Art, die Behinderung des Absatzes sowie sonstige Bestimmungen, die nicht im gleichen Maße auch gegenüber Inländern angewendet werden.<sup>164</sup> Somit gilt der Schutz der Investoren vor staatlicher Diskriminierung erst, wenn die entsprechenden Investitionen tatsächlich getätigt wurden. Diese Praxis ist nach wie vor ein fester Bestandteil einiger Investitionsschutzverträge.<sup>165</sup>

Auch beim Vergleich der prozessrechtlichen Regelungen zeigt sich, dass sich das Deutsch-Pakistanische BIT nur in Nuancen von dem entsprechenden FCN-Vertrag unterschied. Die Möglichkeit der Streitbeilegung stand in den beiden Abkommen jeweils nur den am Vertrag beteiligten Staaten zu, (noch) nicht den Investoren selbst.<sup>166</sup> Darüber hinaus besteht jeweils die Möglichkeit, Streitigkeiten an den Internationalen Gerichtshof (IGH) zu verweisen.<sup>167</sup>

Wenig überraschend ist angesichts der materiell-rechtlichen und prozessrechtlichen Überschneidungen, dass insbesondere ein enger Vergleich mit US-amerikanischen FCN-Verträgen gezogen wurde.<sup>168</sup> Eine explizite Unterscheidung zwischen dem deutschen BIT-Modell und den FCN-Verträgen durch die Literatur erfolgte daher anfangs nicht.<sup>169</sup> Generell wurde das Abkommen zwischen Deutschland und Pakistan in den deutschen Rechtswissenschaften in den Jahren unmittelbar nach dem Vertragsabschluss nur wenig diskutiert. Dies änderte sich jedoch bereits Ende der 1960er-Jahre, als die ersten deutschsprachigen Autoren das deutsche BIT als originäres Investitionsschutzabkommen erwähnten und seine Alleinstellungsmerkmale dabei verdeutlichten. So bezeichnete der Schweizer Jurist *Roy Preiswerk* beispielsweise die Verträge als neue Kategorie von Abkommen, die sich sowohl

<sup>163</sup> Vgl. DEU-PAK-BIT, Abs. 2 des Protokolls; *Kenneth J. Vandevelde*, *The First Bilateral Investment Treaties: U.S. Postwar Friendship, Commerce, and Navigation Treaties*, New York: Oxford University Press 2017, 540.

<sup>164</sup> DEU-PAK-BIT, Abs. 2 des Protokolls.

<sup>165</sup> Siehe etwa *Marcin J. Menkes*, *Screening of Foreign Investments: Promises and Perils of Technological Sovereignty*, in: Csongor István Nagy (Hrsg.), *World Trade and Local Public Interest: Trade Liberalization and National Regulatory Sovereignty*, Cham: Springer 2020, 253–269.

<sup>166</sup> DEU-PAK-BIT, Art. 11 Abs. 1; USA-PAK-FCNV (Fn. 59), Art. 23 Abs. 2. Zur Entwicklung der Streitbeilegung siehe *Hepburn/Skovgaard Poulsen/Paparrinskis/Waibel* (Fn. 4).

<sup>167</sup> DEU-PAK-BIT, Art. 11 Abs. 2 lit. a; USA-PAK-FCNV (Fn. 59), Art. 23 Abs. 2.

<sup>168</sup> *Vandevelde* (Fn. 163), 4.

<sup>169</sup> Vgl. *Eli Lauterpacht*, *The Drafting of Treaties for the Protection of Investment*, ICLQ Supplementary Publication 3 (1962), 18–35 (23).



konzeptionell als auch regelungstechnisch von den bisherigen FCN-Verträgen unterschieden: „The Federal Republic of Germany introduced this *new type of treaty* in 1959 and ever since has negotiated it with relentless energy.“<sup>170</sup> Die Behauptung eines neuen Vertragstypus bleibt dabei aber zunächst ungerechtfertigt.

Die Gegenüberstellung der materiell-rechtlichen sowie prozessrechtlichen Klauseln in BITs und FCN-Verträgen lässt somit an der konventionellen Auffassung zweifeln, dass das deutsch-pakistanische BIT das erste Abkommen seiner Art darstellt. Es ist daher notwendig, über die bloße Gegenüberstellung der einzelnen Vertragsbestimmungen hinauszugehen und andere Faktoren in den Fokus zu rücken, die eine Einordnung des BITs als Novum im internationalen Wirtschaftsrecht rechtfertigen könnten.

## 2. Inhaltliche Beschränkung auf Investitionsschutz

Der offensichtlichste Unterschied des deutsch-pakistanischen BIT gegenüber den US-amerikanischen FCN-Verträgen und jenen von Deutschland ist das deutlich verkürzte Format des BITs, das sich ausschließlich auf den Bereich des Investitionsschutzes konzentriert. Während die FCN-Abkommen auch nach dem zweiten Weltkrieg noch umfassende Klauseln hinsichtlich Grund- und Menschenrechten enthielten,<sup>171</sup> befasste sich das BIT zwischen Deutschland und Pakistan ausschließlich mit dem Schutz von Auslandsinvestitionen.<sup>172</sup> Dies schlägt sich auch im Umfang und der Regelungsdichte der Verträge nieder. Während das deutsch-pakistanische BIT weniger als 40 spezifische Klauseln enthält, umfasst der FCN-Vertrag zwischen den Vereinigten Staaten und Deutschlands über 120 Bestimmungen. Darüber hinaus wurden ab den 1950er-Jahren die Bestimmungen der amerikanischen FCN-Verträge bezüglich des Eigentumsschutzes und der Wettbewerbsbedingungen verschärft und durch weitere Vorschriften ergänzt.<sup>173</sup> So machten Regelungen hinsichtlich des Investitionsschutzes mehr als die Hälfte des gesamten Vertragstextes jener FCN-Verträge aus.<sup>174</sup> Dieser Um-

<sup>170</sup> Roy Preiswerk, *New Developments in Bilateral Investment Protection*, RBDI 3 (1967), 173-195 (179 f.) (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>171</sup> Siehe etwa USA-DEU-FCNV (Fn. 55), Art. 3-7.

<sup>172</sup> Vandevelde (Fn. 54), 208.

<sup>173</sup> Helmut Frick, *Bilateral Investmentsschutz in Entwicklungsländern*, Berlin: Duncker & Humblot 1975, 80.

<sup>174</sup> Wolfgang Alschner, *Americanization of the BIT Universe: The Influence of Friendship, Commerce and Navigation (FCN) Treaties on Modern Investment Treaty Law*, GoJil 5 (2013), 455-486 (462); Herman Walker, *Treaties for the Encouragement and Protection of Foreign Investment: Present United States Practice*, Am. J. Comp. L. 5 (1956), 229-247 (234).

stand widerspricht der weitverbreiteten Annahme, dass die USA es zuerst vermieden, BITs abzuschließen, weil sie sich in erster Linie auf den gewohnheitsrechtsrechtlichen Standard verlassen hätten. Obwohl die FCN-Abkommen ein teilweise höheres Schutzniveau für Auslandsinvestitionen boten, zeichnete sich das deutsch-pakistanische BIT gerade aufgrund seiner Kompaktheit aus. Dadurch, dass sich das BIT materiell-rechtlich exklusiv auf die Thematik des Investitionsschutzes beschränkte, war sichergestellt, dass jene Verträge erfolgreich mit den Partnerstaaten – bei denen es sich vor allem um Länder des Globalen Südens handelte – abgeschlossen werden konnten.<sup>175</sup> Deutschland und andere Staaten, die alsbald selbst mit dem Abschluss von BITs begannen, hatten erkannt, dass die Aushandlung der weitreichenden FCN-Verträge immer schwieriger werden würde. Dies zeigen unter anderem die langwierigen Verhandlungen des FCN-Vertrags zwischen den USA und Kolumbien in den 1950er-Jahren.<sup>176</sup> Insbesondere solche Themen, welche außerhalb des Investitionsschutzes lagen, wie etwa eine Regelung bezüglich der Doppelbesteuerung von Staatsangehörigen, verzögerten oftmals den Aushandlungsprozess, da sie zur Bedingung für den Abschluss eines FCN-Vertrags gemacht wurden.<sup>177</sup>

Dass die FCN-Verträge längerfristig an Relevanz in den internationalen Beziehungen einbüßen würden, war der Bundesregierung bereits Mitte der 1950er-Jahre bewusst. Nachdem die ausgedehnten Verhandlungen über einen neuen FCN-Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland (BRD) und den Vereinigten Staaten im Oktober 1954 abgeschlossen wurden,<sup>178</sup> teilte der deutsche Diplomat *Walther Becker* gegenüber einem Beamten des US-amerikanischen Außenministeriums mit, dass nur sehr wenige Staaten in der Lage seien oder bereit wären, Verträge von gleicher Bandbreite abzuschließen.<sup>179</sup> Aufgrund dessen prognostizierte er, dass die zukünftigen deutschen Wirtschaftsabkommen weniger umfassend ausfallen würden als jener FCN-Vertrag, der mit den Vereinigten Staaten geschlossen wurde.<sup>180</sup>

Darüber hinaus stellt insbesondere die Verknüpfung zwischen dem Investitionsschutz und der Absicherung des Risikos durch Bundesgarantien im Rahmen des BIT eine rechtliche Innovation dar. Bei dem Vertragstypus des deutsch-pakistanischen BIT handelte sich um einen „allgemeinen Rechts-

<sup>175</sup> Banz (Fn. 53), 24; Frick (Fn. 173), 53, 80.

<sup>176</sup> Siehe Vandeveld (Fn. 163), 298-305.

<sup>177</sup> Vandeveld (Fn. 163), 298-305.

<sup>178</sup> Vgl. Vandeveld (Fn. 163), 301, bezieht sich auf: Dispatch (15.4.1954), U.S. High Commissioner in Bonn, NARA, Record Group 59, Department of State File No. 611.62A4/4-1554.

<sup>179</sup> Vgl. Vandeveld (Fn. 163), 304, zitiert aus: Memorandum of Conversation headed Future Activities of Federal Republic Foreign Office (16.12.1954), NARA, Record Group 59, Department of State File No. 611.62A4/12-3054.

<sup>180</sup> Vandeveld (Fn. 163), 304.

schutzvertrag, der – im Gegensatz zum amerikanischen System – mit der innerstaatlichen Gewährleistung aufs engste verzahnt sein sollte“.<sup>181</sup> In den USA gab es aufgrund historischer Pfadabhängigkeiten keine Verknüpfung zwischen den FCN-Verträgen und dem überaus erfolgreichen *Investment Guaranty Program*.<sup>182</sup> Die von US-Präsident *Eisenhower* einberufene *Randall Commission on Foreign Economic Policy* hatte sich explizit gegen den Abschluss von speziellen Investitionsschutzverträgen ausgesprochen und hielt weiter am umfassenden FCN-Vertragsmodell fest.<sup>183</sup> Die im Rahmen des *Investment Guaranty Program* abgeschlossenen zwischenstaatlichen *Investment Guarantee Agreements* wurden unabhängig von den FCN-Verträgen ausgehandelt und umfassten zuvorderst nur Regelungen bezüglich eines Forderungsüberganges.<sup>184</sup>

Obwohl Deutschland im Entstehungsmoment des BIT mit Pakistan wahrlich das Rad nicht neu erfand, gelang es ihm, ein kompaktes und einheitliches Vertragsformat einzuführen, das innerhalb von wenigen Jahren von vielen Staaten übernommen wurde. Das BIT *made in Germany* war ein unmittelbarer Exportschlager.

### 3. Asymmetrie zwischen den Vertragspartnern

Das erste BIT zwischen Deutschland und Pakistan enthält für die Vertragspartner jeweils spezifische Rechte und Pflichten. Jedoch zeigt sich bei der Betrachtung der historischen und sozio-ökonomischen Umstände, dass dem Vertragsmodell eine inhärente Asymmetrie der beteiligten Staaten innewohnt. Obwohl beide Parteien die gleichen materiellen Rechte besaßen und ihnen dieselben Pflichten auferlegt wurden, fielen faktisch alle Verpflichtungen ausschließlich auf Pakistan. Dem BIT liegt die Annahme zu Grunde, dass Deutschland die Rolle des kapitalexportierenden Staates übernimmt und somit Pakistan als Empfängerstaat jene Kapitalanlagen hinreichend zu schützen hat.<sup>185</sup> Der

<sup>181</sup> Banz (Fn. 53).

<sup>182</sup> Walker (Fn. 174), 245. Zu der allgemein losen Verknüpfung siehe Skovgaard Poulsen (Fn. 13).

<sup>183</sup> Wilson (Fn. 56), 21.

<sup>184</sup> Vgl. *Tawia Modibo Ocran*, International Investment Guarantee Agreements and Related Administrative Schemes, *University of Pennsylvania Journal of International Law* 10 (1988), 341–370 (342).

<sup>185</sup> Dazu illustrierend die Verhandlungsstrategie der USA, *Vandeveld* (Fn. 163), 211 f.: „If a potential BIT partner was unwilling to accept the substance of the agreement as proposed, then in the United States view it did not have the policy toward foreign investment that the BIT was intended to reflect, and negotiation of a BIT with such a country would therefore be undesirable.“

Hauptzweck des BITs liegt folglich im Schutz der deutschen Kapitalanlagen.<sup>186</sup> Aufgrund dieses für den internationalen Investitionsschutz typischen Ungleichgewichts konnten die Länder des Globalen Nordens den Inhalt der Klauseln zum Großteil eigenmächtig bestimmen und anschließend dem Vertragspartner zur Signatur vorlegen.

Deutsche Rechtswissenschaftler haben jene Asymmetrie oftmals ignoriert, indem sie sich auf positivistische Argumente stützten.<sup>187</sup> So stellte der deutsche Rechtswissenschaftler *Michael Banz* fest, dass es richtig sei,

„daß die Kapitalexportländer den Inhalt der Verträge weitgehend bestimmen; jeder Staat kann jedoch frei über den Abschluß oder die Verweigerung solcher Abkommen entscheiden. Dies ist nicht nur eine theoretische Floskel, die durch die Sachzwänge der Entwicklungsländer praktisch illusorisch wäre. So haben Äthiopien, Chile, Ghana, Kenia, Kolumbien und die Philippinen zwar entsprechende Verträge mit der Bundesrepublik Deutschland unterzeichnet, sie wurden jedoch nicht ratifiziert und traten folglich auch nie in Kraft.“<sup>188</sup>

Das Argument, dass einige Staaten des Globalen Südens sich weigerten, die einseitigen Abkommen abzuschließen und somit im Umkehrschluss alle anderen Länder frei über den Abschluss eines BITs entscheiden konnten, überzeugt nur bedingt. Die kapitalimportierenden Staaten konnten sich oftmals nicht den existierenden wirtschaftlichen Abhängigkeiten entziehen.<sup>189</sup> Gerade im Kontext der Entkolonialisierung waren Länder des Globalen Südens umso mehr auf Kapitalanlagen aus dem Ausland angewiesen. Dazu kommt, dass auf die Phase der Entkolonialisierung ein *Brain Drain* in die Länder des Globalen Nordens einsetzte, welcher die bereits bestehenden Abhängigkeiten verstärkte.<sup>190</sup> Die darauffolgenden Forderungen nach einem Technologietransfer waren größtenteils erfolglos. Die Staaten des Globalen Südens, die sich bereits an den westlichen Investitionsschutzstandards orientierten, waren folglich leicht davon zu überzeugen, dass ein BIT zusätzliche

<sup>186</sup> *Salacuse* (Fn. 1), 663; *Sornarajah* (Fn. 18), 177 f.

<sup>187</sup> Siehe etwa *Monika Lämmerzahl*, Der völkerrechtliche Schutz von Investitionen der Unternehmen kapitalistischer Industriestaaten in Entwicklungsländern (unter besonderer Berücksichtigung der USA und der BRD), Potsdam: ASR der DDR 1983, 105 f.; *Martin K. Ruge*, Der Beitrag von UNCTAD zur Herausbildung des Entwicklungsvölkerrechts, Frankfurt a. M.: Haag & Herchen 1976, 247.

<sup>188</sup> *Banz* (Fn. 53), 35.

<sup>189</sup> Ausführlich dazu *Andrew T. Guzman*, Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties, Va. J. Int'l L. 38 (1998), 639-688 (660).

<sup>190</sup> *Frédéric Docquier/Olivier Lohest/Abdeslam Marfouk*, Brain Drain in Developing Countries, Wld. Bank Econ. Rev. 21 (2007), 193-218.

Investitionen mit sich bringen würden, obwohl dieser Zusammenhang nicht notwendigerweise bestand.<sup>191</sup>

Zweifelsohne bekundeten Gastgeberstaaten ein Interesse am Abschluss von BITs, um die Kapitaleinfuhr zu erhöhen. Die hier beschriebene Asymmetrie ist nicht per se als das Aufoktroieren des Willens der westlichen Staaten zu verstehen.<sup>192</sup> So zeigen Teile der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur, dass der Abschluss jener Verträge zu einer Steigerung der ausländischen Investitionen im Gastgeberstaat führt.<sup>193</sup> Gleichzeitig legen andere empirische Studien dar, dass keine signifikante Erhöhung der Auslandsinvestitionen aufgrund von BITs nachgewiesen werden kann.<sup>194</sup> Soweit Investitionsverträge die tatsächlichen ausländischen Investitionen erhöhen, geschieht dies vor allem in Sektoren, die aus Sicht des Gastgeberstaates nicht unbedingt vorteilhaft sind, wie etwa der Extraktion natürlicher Ressourcen.<sup>195</sup> Ob und wie ein Kapitalimport letztlich dem Gastgeberstaat (und wem dann eigentlich genau) dient,<sup>196</sup> hängt von vielen weiteren Faktoren ab.<sup>197</sup> Trotz zunehmender Diversifikation der Kapitalströme sowie neuen Entwicklungen in der Abkommenspraxis, welche zeigen, dass auch

<sup>191</sup> Skovgaard Poulsen (Fn. 99), 47.

<sup>192</sup> Jonathan Bonnitcha, Foreign Investment, Development and Governance: What International Investment Law Can Learn from the Empirical Literature on Investment, *Journal of International Dispute Settlement* 7 (2016), 31-54. Zum Element des Konsenses der Gastgeberstaaten siehe auch eindringlich Pahuja (Fn. 64); Angbie (Fn. 64).

<sup>193</sup> Eric Neumayer/Laura Spess, Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?, *World Development* 33 (2005), 1567-1585 (1582); Matthias Busse/Jens Königer/Peter Nunnenkamp, FDI Promotion Through Bilateral Investment Treaties: More Than a Bit?, *Review of World Economics* 146 (2010), 147-177 (171); Rod Falvey/Neil Foster-McGregor, North-South Foreign Direct Investment and Bilateral Investment Treaties, *World Economy* 41 (2018), 2-28 (22).

<sup>194</sup> Jennifer Tobin/Susan Rose-Ackerman, When BITs Have Some Bite: The Political-Economic Environment for Bilateral Investment Treaties, *Review of International Organizations* 6 (2011), 1-32 (28); Sarah Bauerle Danzman, Contracting with Whom? The Differential Effects of Investment Treaties on FDI, *International Interactions* 42 (2016), 452-478; Chia-yi Lee/Noel Johnston, Improving Reputation BIT by BIT: Bilateral Investment Treaties and Foreign Accountability, *International Interactions* 42 (2016), 429-451.

<sup>195</sup> Liesbeth Colen/Damiaan Persyn/Andrea Guariso, Bilateral Investment Treaties and FDI: Does the Sector Matter?, *World Development* 83 (2016), 193-206; Roberto Echandi/Maree Newson, The Influence of International Investment Patterns in International Economic Law Rulemaking: A Preliminary Sketch, *JIEL* 17 (2014), 847-866 (858).

<sup>196</sup> Eine Metaanalyse kommt etwa nach der Auswertung von über 500 empirischen Studien zu dem Ergebnis, dass steigende ausländische Direktinvestitionen generell zu einer höheren Einkommensungleichheit in den unteren Einkommensgruppen der Gastgeberstaaten führen. Siehe Kaixing Huang/Nicholas Sim/Hong Zhao, Does FDI Actually Affect Income Inequality? Insights From 25 Years of Research, *Journal of Economic Surveys* 34 (2020), 630-659.

<sup>197</sup> Vgl. Sarah Bauerle Danzman, The Political Economy of Bilateral Investment Treaties, in: Markus Krajewski/Rhea T. Hoffmann (Hrsg.), *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2019, 11-38.

Staaten des Globalen Südens gegenseitig BITs abschließen, haftet dem internationalen Investitionsrecht auch heute eine historisch geprägte Nord-Süd-Dynamik an.<sup>198</sup>

Faktische wirtschaftliche Ungleichheiten bestanden auch zwischen Parteien vieler FCN-Verträge, wie etwa beim Abkommen, das 1959 zwischen Pakistan und den Vereinigten Staaten geschlossen wurde. Allerdings beruhten die FCN-Abkommen auf einer vielfältigen Kombination von Rechten und Pflichten, die sich in dieser Weise nicht in den deutschen BITs widerspiegeln.<sup>199</sup> Jenem Umstand war sich auch das für die Aushandlung der US-amerikanischen FCN-Verträge verantwortliche *State Department* bewusst. *Herman Walker*, der Architekt des FCN-Programms der Vereinigten Staaten nach dem Zweitem Weltkrieg merkte 1956 an, dass

“[a]n FCN treaty in its fully realized form is a house of many mansions, concerned with all citizens and their interests, great and small, and whether or not of an economic nature; it is implicitly concerned also, in a major way, with the intangibles of good will between nations in their everyday relations. [...] [W]hile conclusion of a treaty means perforce that both sides concur on the mutual desirability of investment protections, in the case of a country having little or no capital to export the legal rights vouchsafed investors can appear on their face to constitute a lopsided bargain unless balanced by rights utilizable in actual practice by that country’s own citizens.”<sup>200</sup>

Aufgrund der weiten thematischen Bandbreite der FCN-Verträge war es möglich, die potenzielle wirtschaftliche Ungleichstellung der Vertragspartner insofern auszugleichen, dass auch Rechte und Pflichten außerhalb der Materie des Investitionsschutzes vereinbart wurden. Die enge thematische Beschränkung der deutschen Investitionsabkommen trug somit dazu bei, dass sich das asymmetrische Vertragsverhältnis zwischen den kapital-exportierenden Staaten des Globalen Norden und den kapitalimportierenden Ländern des Globalen Südens als historische Konstante durchsetzen konnte.

<sup>198</sup> Siehe zu dem BIT zwischen Nigeria und Marokko: *Okechukwu Ejims*, The 2016 Morocco-Nigeria Bilateral Investment Treaty: More Practical Reality in Providing a Balanced Investment Treaty?, ICSID Review 34 (2019), 62–84.

<sup>199</sup> *Skovgaard Poulsen* (Fn. 99), 47.

<sup>200</sup> *Walker* (Fn. 174), 243 f.

## IX. Schlussbetrachtung und Ausblick

Der deutsch-pakistanische Vertrag von 1959 bereitete den Weg für die umfassende Ausbreitung von BITs als vorherrschendes Instrument im völkerrechtlichen Investitionsschutz. Insbesondere durch die Beschränkung der Abkommen auf die Thematik der Kapitalanlagen ist ein neuer Vertragstypus entstanden. Sowohl in dem Vertrag zwischen Pakistan und Deutschland als auch in späteren BITs spiegelt sich jedoch die Geschichte der ungleichen Außenwirtschaftsbeziehungen wider. Insofern gliedert sich das BIT in eine Reihe von völkerrechtlichen Instrumenten und Maßnahmen ein, derer sich vor allem die europäischen Staaten bedienten, um die wirtschaftlichen Interessen ihrer Staatsangehörigen außerhalb ihrer Grenzen zu schützen. Wenngleich die Struktur der BITs von einem formal egalitäreren Charakter geprägt ist, wirken gleichzeitig Elemente der Schutzgebietsgerichtsbarkeit und des diplomatischen Schutzes in den BITs fort und verstärken das wirtschaftliche Ungleichgewicht zulasten der Staaten des Globalen Südens. Im Folgenden verorten wir die frühe Vertragspraxis Deutschlands weiter historisch und Blicken kurz voraus auf die vergangene Zukunft.

Mit dem Einsatz der Instrumente der Konsular- und Schutzgebietsgerichtsbarkeit im Rahmen von Investitionsstreitigkeiten übertrugen die Staaten des Globalen Nordens ihre Vorstellungen eines funktionierenden Wirtschaftssystems auf die Staaten des Globalen Südens. Über den Mechanismus der Konsulargerichtsbarkeit, der für die Zwecke der Kolonialpolitik reaktiviert wurde, hatten die Imperialstaaten die Möglichkeit, ihre wirtschaftlichen Normen auf die kolonisierten Staaten anzuwenden und die lokal geltende Rechtsordnung zu missachten. Zwar verloren die Instrumente der Konsular- und Schutzgebietsgerichtsbarkeit nach dem Ende der Kolonialzeit ihre Relevanz in der völkerrechtlichen Praxis der Staaten. Der dahinterliegende Mechanismus lebte jedoch mit den BITs wieder auf.<sup>201</sup> Der deutsche Jurist *Justus Alenfeld* merkte in diesem Zusammenhang an, dass „unsere Verträge ein Glied in dem vielfach zu beobachtenden Bemühen westlicher Industriestaaten [sind], durch zwischenstaatliche Verträge die ihnen gemäße [...] Wirtschaftsverfassungen zu exportieren und sie für ihre Wirtschaftsbeziehungen zu Entwicklungsländern verbindlich zu machen.“<sup>202</sup> Nicht zuletzt weil Deutschland alle Kolonien bereits nach dem Ersten Weltkrieg durch den

<sup>201</sup> So auch *Muthucumaraswamy Sornarajah*, *Mutations of Neo-Liberalism in International Investment Law, Trade, Law and Development* 3 (2011), 203–223.; *Miles* (Fn. 2), 386 ff.

<sup>202</sup> *Justus Alenfeld*, *Die Investitionsförderungsverträge der Bundesrepublik Deutschland*, Frankfurt a. M.: Athenäum 1971, 21.



Vertrag von Versailles entzogen waren, musste es eben vor allem auf zwischenstaatliche Verträge setzen.

Durch die Ausbreitung der BITs konnten Deutschland und andere westliche Staaten schließlich das Ziel einer Investitionsschutzordnung erreichen, welche ihnen auch zu Zeiten des diplomatischen Schutzrechtes oder des Kolonialismus noch verwehrt blieb.<sup>203</sup> Die rasante Verbreitung der BITs in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts hat einen Kaskadeneffekt ausgelöst, dem sich Staaten des Globalen Südens kaum entziehen wollten oder konnten. Diese Länder sahen sich plötzlich einer neuen transnationalen Wettbewerbssituation um den Erwerb ausländischen Kapitals ausgesetzt.<sup>204</sup> Der Einfluss des bilateralen Investitionsregimes auf die Entwicklung des kontemporären Völkerrechts zeigt sich auch beim historischen Vergleich mit dem diplomatischen Schutzrecht und mit Blick auf die Prozessfähigkeit privater Akteure. Rückblickend weisen die BITs eine Parallele zu den *Mixed Claims Commissions* auf: Durch die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen im Namen der Investoren vor *Mixed Claims Commissions* wird der Rechtsstreit, ebenso wie bei den heutigen BITs, der Gerichtsbarkeit des Empfängerstaates entzogen. Durch die Verbreitung der BITs hat sich dadurch ein Netz aus Rechtsordnungen gebildet, welche größtenteils durch die westlichen Staaten diktiert wurden. Vorausblickend haben die BITs andererseits in Bezug auf die Interessendurchsetzung von privaten Akteuren das diplomatische Schutzrecht regelrecht überholt. Bereits im Kontext der Deutsch-Venezolanischen *Mixed Claims Commissions* waren private Handelsleute eine treibende Kraft bei der Einrichtung der Schiedskommission.<sup>205</sup> Allerdings waren sie immer auf die Zusammenarbeit mit ihrem Heimatstaat angewiesen, da sie selbst keine Ansprüche in einem völkerrechtlichen Forum geltend machen konnten. *Abs* wollte die Prozessfähigkeit privater Akteure bereits in den BITs verwirklichen, die deutschen Ministerialmitarbeiter sahen dies aber als mit dem Völkerrecht unvereinbar an. Dies änderte sich mit der Einführung des *Investor-State Dispute Settlement*-Verfahrens (ISDS) im Rahmen späterer BITs. Der niederländisch-indonesische Vertrag aus dem Jahre 1968 erhielt erstmals eine Schiedsklausel, die den privaten Investor selbst zur Prozessführung ermächtigte.

<sup>203</sup> Zu dieser frühen Praxis siehe insbesondere *Hepburn/Skovgaard Poulsen/Paparrinskis/Waibel* (Fn. 4).

<sup>204</sup> Das Gefühl der Konkurrenzsituation zeigt sich auch im Moment der zeitweise geschlossenen Gegenposition in Form des *New International Economic Order*. Dazu Venzke (Fn. 86), 286 f. Zur Konkurrenz als maßgeblichem Faktor, siehe *Zachary Elkins/Andrew T. Guzman/Beth A. Simmons*, *Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960–2000*, IO 60 (2006) 811–846.

<sup>205</sup> *Herwig* (Fn. 45), 80–81.

Das deutsch-pakistanische BIT von 1959 enthielt einen solchen Mechanismus noch nicht.<sup>206</sup> Streitigkeiten in der Auslegung oder Anwendung des Vertrags sollten mit Einverständnis der Parteien dem Internationalen Gerichtshof vorgelegt werden, oder andernfalls einem Schiedsgericht.<sup>207</sup> Der Vertrag begründete somit die obligatorische, zwischenstaatliche Schiedsgerichtsbarkeit. Er bestimmte weiter, dass „seine Entscheidungen für die Vertragsstaaten bindend und von ihnen auszuführen“ sind.<sup>208</sup> Der Vertrag zielte damit auf die unmittelbare Anwendbarkeit und Durchsetzung durch die Judikative der Vertragsstaaten, wie sie dann auch in Art. 54 der Washingtoner Konvention von 1965 kodifiziert wurde. Der Schiedsgerichtsbarkeit wurde mithin deutlich eine Funktion über die der Streitbeilegung hinaus zugeschrieben, nämlich die der Rechtsdurchsetzung.<sup>209</sup>

Wenngleich sich mit der deutschen BIT Praxis, der sich andere Staaten alsbald anschlossen, ein neuer Vertragstypus etablierte, boten die BITs zunächst kaum weitere Innovationen in materiell- oder prozessrechtlicher Hinsicht.<sup>210</sup> Gleichwohl öffnete sich mit dem Fokus auf den Investitionsschutz die Möglichkeit beachtlicher Entwicklungen im Recht der Streitbeilegung, vor allem der mit der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit und der Prozessführung Privater. In der Praxis wirkte die schiedsgerichtliche Rechtsprechung sodann auch *rechtschöpfend* in einer Art und Weise, wie sie der funktionalen Legitimation des Regimes entsprach.<sup>211</sup>

Abschließend kommen wir auf die Verzahnung des Abkommens mit den innerstaatlichen Prozessen – Bilanzüberschuss, Haushaltsgesetz und Bundesgarantien – zurück und heben Verschiebungen in den geltend gemachten Motiven für die deutsche Vertragspraxis hervor. Für die Wirtschaftspolitik und die Industrie waren Sorgen durch die beachtlichen Zahlungsbilanzüberschüsse der maßgebliche Grund für das Garantieprogramm und die BITs als dessen Appendix. Das Motiv der wirtschaftlichen Entwicklung des Gastgeberstaates spielte dabei allein eine nachgeordnete Rolle und wurde aus strategischen Gesichtspunkten erst in den Vertragsverhandlungen nach vorne geschoben. Dessen ungeachtet ist die wirtschaftliche Entwicklung des Gastgeberstaates schnell zum Kernpunkt der Legitimationsnarrative des Rechtsregimes avanciert.<sup>212</sup> Derart sogar, dass der Schutz

---

<sup>206</sup> Siehe *Hepburn/Skovgaard Poulsen/Paparinskis/Waibel* (Fn. 4).

<sup>207</sup> Art. 11 in der Fassung des ersten Vertragsentwurfs, B 102/27082 (BA).

<sup>208</sup> Art. 11 (Fn. 207).

<sup>209</sup> *Armin von Bogdandy/Ingo Venzke*, In wessen Namen?: Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens, Berlin: Suhrkamp 2014.

<sup>210</sup> Siehe dazu Abschnitt VIII.

<sup>211</sup> Hierzu *von Bogdandy/Venzke* (Fn. 209), 122 ff.

<sup>212</sup> Siehe Fn. 6; auch *Leiter* (Fn. 14).

des ausländischen Investors schlicht mit dem aufgeklärten Interesse des Gastgeberstaates gleichgesetzt wurde.<sup>213</sup> Zwar zeigen Teile der ökonomischen Literatur, dass die Gastgeberstaaten durch den Abschluss eines BIT ökonomisch profitierten und somit ein Interesse am Abschluss gerechtfertigt war.<sup>214</sup> Darüber hinaus zeichnet sich in der aktuellen Abkommenspraxis die Entwicklung ab, dass den Gastgeberstaaten mehr Spielraum bei innerstaatlicher Regulierung gewährt wird, während Investorenrechte zunehmend eingeschränkt werden.<sup>215</sup> Das internationale Investitionsrecht verfolgt keine lineare Entwicklungslinie, die lediglich durch die Interessen der Investoren bestimmt wurde, sondern ist das Ergebnis von historisch bedingten Vor- und Rückstößen verschiedenster Akteure.<sup>216</sup> Ob dadurch dem ursprünglichen Legitimationsnarrativ mittlerweile Geltung zukommt, kann hier nicht abschließend erörtert werden. Die Diversifizierung der Kapitalströme und Vertragsparteien erscheinen uns als unzureichende Indizien. Klar ist jedoch, dass im Entstehungsmoment der BITs ein rechtliches Grundgerüst geformt wurde, welches die wirtschaftlichen Vorteile der Gastgeberstaaten nur vermeintlich berücksichtigte.

Weiterhin haben unsere Ausführungen gezeigt, dass die frühen deutschen BITs nicht allein durch die wirtschaftlichen Interessen einiger weniger Privatinvestoren vorangetrieben wurden. Sowohl private als auch öffentliche Akteure spielten eine tragende Rolle, was insbesondere durch das Ringen von *Abs* und *Krebs* mit den verschiedenen Ministerialbeamten unterstrichen wird. Das später entstandene „Produkt“ mag für einige beteiligte Personen ein unbefriedigender Kompromiss gewesen sein. Jedoch ebnete die Verknüpfung des Abkommens mit einer Garantie den Weg für die Angleichung von staatlichen Initiativen und privatwirtschaftlichen Interessen im Bereich des internationalen Investitionsschutzrechts. So kommt *Charles Lipson* bei der Untersuchung des US-Amerikanischen Garantieprogramms zu dem folgenden Schluss:

---

<sup>213</sup> Zu jener Gleichsetzung siehe insbesondere *Weil* (Fn. 6). Mit weiteren Nachweisen *Venzke* (Fn. 86).

<sup>214</sup> Siehe Fn. 193.

<sup>215</sup> *Aikaterini Titi*, *The Right to Regulate in International Investment Law*, Baden-Baden: Nomos 2014; *Christoph Schreuer*, *Evolution of Investment Law in Treaty Making and Arbitral Practice*, in: Stephan Hobe/Julian Scheu (Hrsg.), *Evolution, Evaluation and Future Developments in International Investment Law*, Baden-Baden: Nomos 2021, 35–46 (43–46).

<sup>216</sup> *Julian Scheu*, *Concluding Remarks*, in: Stephan Hobe/Julian Scheu (Hrsg.), *Evolution, Evaluation and Future Developments in International Investment Law*, Baden-Baden: Nomos 2021, 183–189 (184).

“The goal of that policy, challenged but still preeminent, is private capital accumulation. That basic goal, shared by private investors and the state, helps explain the most striking feature of our guaranty policy: the basic identity between corporate preferences, state initiatives, and policy outcomes.”<sup>217</sup>

Der Erfolg des deutschen Modells spricht dafür, dass sich ein ähnlicher Konsens in Deutschland entwickelte, obwohl dies zur Zeit der Entstehung des BITs noch keineswegs absehbar war.

Schließlich kam es mit der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit nicht zu einer vermeintlichen „Depolitisierung“ von ökonomischen Konflikten im Zuge der Verbreitung der BITs, wie oft behauptet wird.<sup>218</sup> Durch die Verschiebung der Streitbeilegung im Rahmen eines einseitigen BITs empfinden gemeinhin nur die Staaten des Globalen Nordens jene Konfliktbewältigung als apolitisch. In der Genese des ersten BIT und der durch uns bearbeiteten Debatten tauchte das Argument der Depolitisierung überhaupt nicht auf, was suggerieren mag, dass es sich hier wiederum vor allem um einen Bestandteil der späteren Legitimationsnarrative handelt. Zusammenfassend verschärfte das moderne BIT-Regime die bereits existierenden Asymmetrien, die im global-wirtschaftlichen System bestehen und übertrug sie formvollendet auf das heutige völkerrechtliche Gefüge.

## Summary: International Investment Protection Made in Germany? On the Genesis and Shape of the First BIT between Germany and Pakistan (1959)

The investment protection treaty concluded between Germany and Pakistan in 1959 is generally regarded as a milestone in the development of international investment law. It has entered the collective memory as the first bilateral investment treaty (BIT). In this article, we analyse archival sources to investigate what makes this treaty the first of its kind and why it was Germany that concluded this agreement at that specific time. Through historical analysis, we outline how previous instruments of investment protection influenced the creation and design of the BIT. In this context, continuities with legal practices and patterns of argumentation of the colonial period become apparent. In addition, we trace the ideas driving the BIT and

<sup>217</sup> *Lipson* (Fn. 15), 257.

<sup>218</sup> Vgl. mit weiteren Nachweisen *David Schneiderman*, Revisiting the Depoliticization of Investment Disputes, in: Karl P. Sauvant (Hrsg.), *Yearbook on International Investment Law and Policy 2010-2011*, Oxford: Oxford University Press 2012, 693-714.

its negotiation process. Considerations of economic policy in the context of immense trade surpluses were crucial. The emergence of the first BIT was moreover closely linked with domestic legal instruments, such as the federal investment guarantee scheme (*Bundesgarantien*). In short, German BITs should be understood as an appendix of the budget acts. Throughout, we highlight the extensive influence of the financial industry – especially via *Hermann Josef Abs*.

## Keywords

international investment law – history of international law – bilateral investment treaties – history of international investment law