

## **Roland Kläger**

Die Entwicklung  
des allgemeinen völker-  
rechtlichen Fremdenrechts  
– unter besonderer  
Berücksichtigung seiner  
Wechselwirkungen mit dem  
internationalen  
Investitionsschutzrecht –

**Heft 6**

**Juli 2011**

**Die Entwicklung des  
allgemeinen völkerrechtlichen Fremdenrechts  
– unter besonderer Berücksichtigung seiner Wechsel-  
wirkungen mit dem internationalen Investitionsschutzrecht –**

Von

Roland Kläger

Institut für Wirtschaftsrecht  
Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht  
Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät  
der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

*Dr. Roland Kläger ist derzeit Referendar am OLG Frankfurt und wissenschaftlicher Mitarbeiter/Referendar bei Clifford Chance Frankfurt im Bereich Litigation & Dispute Resolution. Zuvor war er wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Öffentliches Recht, Abt. 1 (Europa- und Völkerrecht), der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.*

Christian Tietje (Hrsg.), Beiträge zum Europa- und Völkerrecht, Heft 6

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet unter <http://www.dnb.ddb.de> abrufbar.

ISSN 1868-1182 (print)

ISSN 1868-1190 (elektr.)

ISBN 978-3-86829-382-1

Schutzgebühr Euro 5

Die Hefte der Schriftenreihe „Beiträge zum Europa- und Völkerrecht“ finden sich zum Download auf der Website des Instituts bzw. der Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht unter der Adresse:

<http://telc.jura.uni-halle.de/de/node/42>

Institut für Wirtschaftsrecht  
Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht  
Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät  
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg  
Universitätsplatz 5  
D-06099 Halle (Saale)  
Tel.: 0345-55-23149 / -55-23180  
Fax: 0345-55-27201  
E-Mail: [ecohal@jura.uni-halle.de](mailto:ecohal@jura.uni-halle.de)

## INHALTSVERZEICHNIS

A. Einführung .....	5
B. Historische Entwicklung des Fremdenrechts .....	5
I. Die Anfänge des Fremdenrechts in der Antike und im Mittelalter.....	5
II. Die Entwicklung des diplomatischen Schutzes in der Neuzeit.....	8
III. Das Fremdenrecht zwischen Calvo-Doktrin und Mindeststandard .....	9
1. Einschränkung des Missbrauchs bei der Ausübung diplomatischen Schutzes.....	10
2. Bestätigung des Mindeststandards in der Rechtsprechung.....	11
3. Unbestimmtheit der Elemente des Mindeststandards.....	11
IV. Kodifikationsbemühungen und Entwicklung seit 1945 .....	12
1. Erste Kodifikationsversuche des allgemeinen Fremdenrechts.....	12
2. Durchbruch der Idee der Menschenrechte.....	14
3. Kodifikationsbemühungen der Völkerrechtskommission .....	15
4. Zusammenfassung: der heutige Stand des Fremdenrechts .....	16
C. Wechselwirkungen zwischen Fremdenrecht und internationalem Investitionsschutzrecht .....	16
I. Entwicklung und Grundzüge des internationalen Investitionsschutzrechts ....	17
II. Bezüge des Investitionsschutzrechts zum Fremdenrecht.....	18
1. Unterschiede zwischen Investitionsschutzrecht und Fremdenrecht .....	19
2. Fortbestehende Relevanz des Fremdenrechts für das Investitionsschutzrecht .....	20
D. Resümee.....	22
Schrifttum .....	23



## A. Einführung

Der Umgang mit Reisenden, Händlern, Pilgern, Flüchtlingen, Minderheiten, Wanderarbeitern oder ausländischen Unternehmen hat das Völkerrecht von Beginn an vor besondere Herausforderungen gestellt. Einerseits sind solche internationalen Bewegungen von Menschen, Geld und Waren oft erwünscht oder folgen zumindest faktischen Zwängen; andererseits wird Fremden für gewöhnlich ein reflexartiges Misstrauen entgegen gebracht, welches diese Personengruppen besonders schutzbedürftig macht. Rechtliche Probleme ergeben sich insbesondere dadurch, dass sich die Rechtsstellung des Fremden einerseits nach dem Recht und damit unter Umständen auch der Willkür des Gaststaates bestimmt (Territorialhoheit), er aber andererseits auch mit seinem Heimatstaat verbunden bleibt (Personalhoheit), auf dessen diplomatischen Schutz er sich gegebenenfalls berufen kann.

Das allgemeine völkerrechtliche Fremdenrecht, welches die Rechtsstellung fremder Staatsangehöriger regelt,<sup>1</sup> scheint in der aktuellen völkerrechtlichen Diskussion oft nur noch eine untergeordnete Rolle zu spielen. Dennoch sind verschiedene Elemente, die im Laufe der Entwicklung dieses Rechtsgebietes Bedeutung erlangt haben, auch in neueren Teildisziplinen des Völkerrechts präsent. Ein Gebiet, in dem dies besonders zutreffend scheint, ist das internationale Investitionsschutzrecht. Zur Herausarbeitung der Wechselwirkungen zwischen allgemeinem Fremdenrecht und internationalem Investitionsschutzrecht wird im Folgenden zunächst die historische Entwicklung des Fremdenrechts von der Antike bis zur Gegenwart dargestellt (B.). Im Anschluss daran werden die Entwicklung und Grundzüge des Investitionsschutzrechts sowie seine Bezüge zum Fremdenrecht erörtert (C.).

## B. Historische Entwicklung des Fremdenrechts

Da eine Beschreibung der historischen Entwicklung des Fremdenrechts die Geschichte des Völkerrechts selbst betrifft, beschränkt sich die folgende Darstellung lediglich auf die größten Entwicklungslinien; diese reichen bis in die Antike zurück. Eine intensive Debatte um die allgemeinen Regeln des Fremdenrechts entwickelte sich vor allem seit der Zeit der Aufklärung und im Zusammenhang mit dem Imperialismus und der Entkolonialisierung im Laufe des 19. und 20. Jahrhunderts.

### I. Die Anfänge des Fremdenrechts in der Antike und im Mittelalter

Die in der Antike und im Mittelalter vorherrschende Rechtsstellung des Fremden als Rechtlosem wird schon in den römischen Zwölftafelgesetzen (um 450 v. Chr.) deutlich, in denen das Wort *hostis* gleichbedeutend für Feind und Fremder stand.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> *Hailbronner/Kau*, in: Graf Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 241, Rn. 277.

<sup>2</sup> Vgl. *Borchard*, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, 33; außerdem *Frisch*, *Das Fremdenrecht*, 5.

Obwohl somit grundsätzlich nur einem römischen Bürger Rechte zukamen, waren nicht alle Fremden rechtlose Barbaren. Völkern, denen die Römer freundlich gegenüber standen oder mit denen sie Handel trieben, kamen in den Genuss des *ius gentium*, das im Gegensatz zum *ius civile* nicht das Recht der römischen Bürger, sondern das Recht für Nicht Römer regelte.<sup>3</sup> Inhaltlich betraf das *ius gentium* aber nicht die Behandlung von Fremden durch den römischen Staat, was üblicherweise unter dem völkerrechtlichen Fremdenrecht verstanden wird, sondern vielmehr die Rechtsbeziehungen zwischen Privaten – also eher Regelungen des internationalen Privatrechts.<sup>4</sup> Der Begriff *ius gentium*, auf den die Bezeichnung „Völkerrecht“ zurückgeht,<sup>5</sup> verdeutlicht außerdem die enge Verknüpfung zwischen Fremdenrecht und Völkerrecht als Ganzem.

Ähnlich stellte sich die Situation im antiken Griechenland dar. Das dort bestehende System unabhängiger Stadtstaaten und das ethnische Zusammengehörigkeitsgefühl der Griechen trugen zur Herausbildung eines differenzierten Fremdenrechts zwischen den Stadtstaaten bei. Insbesondere haben die Griechen verschiedene Institutionen geschaffen, die auch heute noch dem Fremdenrecht bekannt sind: So wurden etwa Verträge zwischen verschiedenen Stadtstaaten geschlossen, sog. *Isopolitie* („gleiches Bürgerrecht“), die den Angehörigen eines anderen Stadtstaates eine Art Inländergleichbehandlung gewährten.<sup>6</sup> Außerdem konnte eine Polis das Privileg der *Asylie* (abgeleitet von „unverletzlich“) verleihen, das den Empfänger vor Gewaltmaßnahmen und anderen Selbsthilfeakten schützen sollte.<sup>7</sup> Schließlich gab es noch die Institution des *Proxenos* („für den Fremden“), der vergleichbar mit einem Honorarkonsul dazu beauftragt war, die Interessen der Angehörigen einer jeweils anderen Polis zu schützen.<sup>8</sup>

Wie in der Antike waren Fremde auch im Mittelalter oft nur durch den Brauch der Gastfreundschaft geschützt.<sup>9</sup> Darüber hinaus trugen aber die Herrschaft des Papsttums im Westen und der gewachsene Einfluss des Islam im Osten zur Herausbildung eines Gemeinschaftsgefühls ihrer jeweiligen Anhänger (*christianitas* bzw. *Dar al-Islam*) und zur damit einhergehenden Unterscheidung zwischen „Gläubigen“ und „Ungläubigen“ bei.<sup>10</sup> Der Schutz von Glaubensgenossen in der Fremde war daher oft ein besonderes Anliegen der jeweiligen Fürsten, wie etwa Interventionen *Karls des Großen* oder des Staufers *Konrad III.* gegenüber arabischen Herrschern oder dem byzantinischen Kaiser belegen.<sup>11</sup> Darüberhinaus ist aber bemerkenswert, dass vor allem der Islam bestimmten Andersgläubigen, den *Dhimmi* (insbesondere Christen und Juden),

<sup>3</sup> Vgl. *Borchard*, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, 33.

<sup>4</sup> Dazu *Nussbaum*, *A Concise History of the Law of Nations*, 13 ff. Ab 242 v. Chr. war außerdem eine besondere Fremdenprätur (*praetor peregrinus*) geschaffen worden, die für die gerichtliche Streitbeilegung mit Fremden zuständig war.

<sup>5</sup> Zur Begriffsgeschichte *Graf Vitzthum*, in: ders. (Hrsg.), *Völkerrecht*, 9, Rn. 9.

<sup>6</sup> *Frisch*, *Das Fremdenrecht*, 14 ff.; *Ziegler*, *Völkerrechtsgeschichte*, 31.

<sup>7</sup> *Ziegler*, *Völkerrechtsgeschichte*, 31.

<sup>8</sup> Vgl. *Nussbaum*, *A Concise History of the Law of Nations*, 6 f.

<sup>9</sup> Vgl. *Borchard*, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, 33; *Hailbronner/Gogolin*, *Aliens*, in: *Wolftrum* (Hrsg.), *MPEPIL*, Rn. 5.

<sup>10</sup> Vgl. *Grewe*, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, 72 ff.; *Shaw*, *International Law*, 18.

<sup>11</sup> Vgl. *Reibstein*, *Das Völkerrecht der deutschen Hanse*, *ZaöRV* 17 (1956/57), 38 (40).

eine gegenüber Dritten privilegierte Rechtsposition zugestand.<sup>12</sup> Weitere Zugeständnisse machten islamische Fürsten gegenüber westlichen Staaten in den sog. Kapitulationen; diese (nicht-reziproken) Verträge führten zum Teil zur Schaffung einer eigenen Gerichtsbarkeit für Streitigkeiten mit Christen und räumten den Fremden vielfältige Privilegien vor allem im Bereich des Handels- und Zollwesens ein.<sup>13</sup>

Vor allem durch die Zunahme des grenzüberschreitenden Handelsverkehrs machte das Fremdenrecht auch im übrigen mittelalterlichen Europa Fortschritte. Besonders hervorzuheben sind insofern die Errungenschaften der norditalienischen Städte und der deutschen Hanse, die ein Konsularwesen aufbauten und weitreichende Rechte für ihre Kaufleute aushandeln konnten. Solche Verträge oder einseitige Rechtsakte<sup>14</sup> gewährten den Kaufleuten z.B. ein beschränktes Aufenthalts-, Ein-, Ausreise- und Handelsrecht, Schutz auf Marktplätzen und Handelsrouten sowie vor privaten Repressalien.<sup>15</sup> In den Handels- und Schifffahrtsverträgen der Hanse wurden diese Rechte auch erstmals auf der Grundlage von Reziprozität und Meistbegünstigung gewährt.<sup>16</sup> Zudem trug die Hanse zur Entwicklung und Verbreitung der Institution der Schiedsgerichtsbarkeit bei, wie etwa ein Schiedsstreit zwischen verschiedenen Hansestädten und dem norwegischen König aus dem Jahre 1285 beweist, bei dem der schwedische König als Schiedsrichter auftrat.<sup>17</sup> Ein Beispiel für das kollektive Vorgehen der Hanse bei einer fremdenrechtlichen Rechtsverweigerung liefert der Fall eines Greifswalder Kaufmanns, der 1351 auf See geplündert worden war, einen der Plünderer aber anschließend in Flandern wiedererkannte.<sup>18</sup> Da Flandern dem Kaufmann keinen Rechtsschutz gewährte, kündigte die Hanse Repressalien in Form einer Handelsblockade an, woraufhin Flandern einlenkte und den Plünderer hinrichtete.

Trotz dieser Fortschritte waren Fremde im Mittelalter nur vereinzelt geschützt und im Fall von Rechtsverletzungen, wenn sie nicht einem mächtigen Verbund wie den Hansestädten angehörten, meist auf sich allein gestellt.<sup>19</sup> Vielfältige Ausnahmen von den genannten Rechten gab es außerdem in Kriegszeiten; auch der Erwerb von Landeigentum war Fremden üblicherweise untersagt. Schließlich wurde vielerorts das *droit d'aubaine* („Fremdlingsrecht“) angewandt, wonach das Eigentum eines Fremden bei dessen Tod vom jeweiligen Fürsten konfisziert werden konnte.<sup>20</sup>

<sup>12</sup> Vgl. *Nussbaum*, A Concise History of the Law of Nations, 52 f.

<sup>13</sup> Dazu *ibid.*, 55 ff.

<sup>14</sup> Vgl. z.B. Art. 41 und 42 der englischen *Magna Carta Libertatum* von 1215.

<sup>15</sup> Vgl. *Borchard*, The Diplomatic Protection of Citizens Abroad, 35; *Nussbaum*, A Concise History of the Law of Nations, 27 ff., 57 ff.; *Ziegler*, Völkerrechtsgeschichte, 84 f.

<sup>16</sup> Vgl. *VerLoren van Themaat*, The Changing Structure of International Economic Law, 19.

<sup>17</sup> Vgl. *Reibstein*, Das Völkerrecht der deutschen Hanse, *ZaöRV* 17 (1956/57), 38 (61).

<sup>18</sup> Dazu *ibid.*, 38 (69 f.).

<sup>19</sup> Vgl. *Lillich*, The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law, 7 f.

<sup>20</sup> Vgl. *Frisch*, Das Fremdenrecht, 26 ff.; *Borchard*, The Diplomatic Protection of Citizens Abroad, 34.



## II. Die Entwicklung des diplomatischen Schutzes in der Neuzeit

Der Beginn der Neuzeit gab dem Fremdenrecht entscheidende Impulse. Insbesondere durch das Aufkommen des Souveränitätsgedankens<sup>21</sup> und die Entstehung des modernen Staatensystems im Zuge des Westfälischen Friedens (1648) wurde die Unterscheidung zwischen „Inländern“ und „Ausländern“ von maßgeblicher Bedeutung.<sup>22</sup> Darüber hinaus rüttelten die Vorstellungen der Aufklärung und des Humanismus erstmals an der grundsätzlichen Gleichsetzung von Fremdem und Feind, die bisher das Fremdenrecht bestimmte, und rückten mit der aufkeimenden Idee universeller Menschenrechte den Menschen als solchen stärker in den Vordergrund.<sup>23</sup> Dieser Gedanke findet zum Beispiel Ausdruck in *Kants* Konzeption eines „Weltbürgerrechts“, das für alle Menschen ein Besuchsrecht und Schutz vor Feindseligkeiten garantiert.<sup>24</sup>

Eine ausführlichere und grundlegende Bearbeitung hatte das Fremdenrecht bereits zuvor bei *Vattel* erfahren, der dabei auch die Grundlagen des diplomatischen Schutzes durch den Heimatstaat legte: „*Whoever ill-treats a citizen indirectly injures the State, which must protect that citizen.*“<sup>25</sup> Notwendige Voraussetzung für eine solche Ausübung diplomatischen Schutzes war die Feststellung einer Rechtsverweigerung (*denial of justice*) gegenüber einem eigenen Staatsangehörigen. *Vattel* unterschied drei Arten der Rechtsverweigerung: (1) eine offene Rechtsverweigerung, insbesondere durch die Ablehnung, die Klagen des Fremden zu hören oder sie vor den ordentlichen Gerichten des Gaststaates zuzulassen; (2) vorgeschobene und unbegründete Verzögerungen, insbesondere wenn diese einer offenen Rechtsverweigerung gleichstehen; und (3) offenkundig ungerechte oder einseitige Entscheidungen.<sup>26</sup> Auch wenn Einigkeit darüber bestand, dass eine Rechtsverweigerung die Erschöpfung der innerstaatlichen Rechtsmittel voraussetzte, wurde dieses Konzept im Laufe der Zeit immer weiter ausgedehnt und oft auf jedes völkerrechtswidrige Verhalten eines Staates gegenüber anderen Staatsangehörigen erstreckt.<sup>27</sup>

Bei Rechtsverweigerungen dieser Art konnte das Verfahren des diplomatischen Schutzes durch den Heimatstaat Abhilfe schaffen, das die Durchsetzung der Rechte

<sup>21</sup> Dieser Gedanke wurde insb. befördert durch *Bodin*, *Les six livres de la république*.

<sup>22</sup> Dennoch wird üblicherweise vom Fremdenrecht und nicht vom Ausländerrecht gesprochen, da der Begriff des Fremden auch Staatenlose umfasst, siehe *Doehring*, *Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht*, 19. Eine weitere folgenreiche Unterscheidung aus dieser Zeit betraf die graduelle Ablösung der *christianitas* durch die „Gemeinschaft zivilisierter Staaten“, die dem Rest der Welt gegenüberstand, vgl. dazu *Grewe*, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, 520 ff.

<sup>23</sup> Allgemein zum philosophischen Hintergrund des Fremdenrechts, vgl. *Cavallar*, *The Rights of Strangers*.

<sup>24</sup> *Kant*, *Zum ewigen Frieden*, dritter Definitivartikel; ähnliche Fremdenrechte verbürgte das aufgeklärte Preußische Allgemeine Landrecht (1794), vgl. §§ 34 ff. der Einleitung und dort insb. § 41: „Fremde Unterthanen haben also, bey dem Betriebe erlaubter Geschäfte in hiesigen Landen, sich aller Rechte der Einwohner zu erfreuen, so lange sie sich des Schutzes der Gesetze nicht unwürdig machen“.

<sup>25</sup> *Vattel*, *Droit des gens, ou principes de la loi naturelle*, Buch II, Kapitel VI, § 71; zu einer Darstellung der Fremdenrechte im Einzelnen, vgl. auch *Vattel*, Buch II, Kapitel VIII.

<sup>26</sup> *Vattel*, Buch II, Kapitel XVIII, § 350.

<sup>27</sup> Vgl. *Focarelli*, *Denial of Justice*, in: *Wolfrum* (Hrsg.), *MPEPIL*, Rn. 5; zur geschichtlichen Entwicklung außerdem *Paulsson*, *Denial of Justice in International Law*, 10 ff.

eigener Staatsangehöriger im Ausland betraf. Jedenfalls seit dem Mittelalter konnten Kaufleute im Falle einer Rechtsverletzung im Gaststaat, wenn andere Abhilfe nicht möglich war, von ihrem eigenen Herrscher einen Repressalienbrief (oder Kaperbrief) erwerben, um sich in einem Akt privater Selbsthilfe an Angehörigen des Gaststaats schadlos zu halten.<sup>28</sup> Mit der Verfestigung moderner Staaten ging die Ausführung von Repressalien als Ausübung diplomatischen Schutzes vermehrt auf die Staaten selbst über, so dass sich Repressalien und Gegenrepressalien häufig zu ganzen Kriegen auswuchsen.<sup>29</sup> Da die Verhängung von Repressalien keineswegs verhältnismäßig sein musste, stellte die Verletzung des Fremdenrechts oft nur ein Vorwand dar, um andere politische Ziele mit Waffengewalt durchsetzen zu können. Das politische Klima bestimmte aber auch, ob der Heimatstaat überhaupt willig war, seine Kanonenboote auslaufen zu lassen oder anderweitig diplomatischen Schutz auszuüben, was wiederum bedeutete, dass viele Fremdenrechtsverletzungen ohne Folgen blieben.<sup>30</sup>

### III. Das Fremdenrecht zwischen Calvo-Doktrin und Mindeststandard

Aufgrund der verbreiteten Praxis der damaligen Großmächte, den (vor allem wirtschaftlichen) Interessen ihrer Staatsangehörigen mit militärischer Stärke Nachdruck zu verleihen, ist es nicht verwunderlich, dass viele kleinere Staaten das Verfahren des diplomatischen Schutzes mit Argwohn betrachteten. Als theoretisches Gegenmodell haben sich dabei insbesondere lateinamerikanische Staaten immer wieder auf die sog. Calvo-Doktrin berufen,<sup>31</sup> die drei Hauptaussagen enthält: (1) Ausländer erhalten keine bessere Behandlung als Inländer (Inländergleichbehandlung); (2) die Rechtsstellung von Ausländern bestimmt sich ausschließlich nach nationalem Recht; und (3) für Streitigkeiten mit Ausländern sind ausschließlich die nationalen Gerichte des Gaststaates zuständig.<sup>32</sup> Da die Calvo-Doktrin aber somit weit über das Ziel, die Auswüchse des diplomatischen Schutzes zu beseitigen, hinausging und das Bestehen eines internationalen Fremdenrechts grundsätzlich in Frage stellte, ist sie von den großen europäischen Staaten und den USA immer abgelehnt worden.<sup>33</sup>

Im Gegensatz zu *Calvo* ging die klassische westliche Völkerrechtsdoktrin immer von der Existenz eines internationalen Mindeststandards aus.<sup>34</sup> Diese Position gründe-

<sup>28</sup> Vgl. *Grewe*, Epochen der Völkerrechtsgeschichte, 237; *Focarelli*, Denial of Justice, in: Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL, Rn. 4.

<sup>29</sup> Vgl. *Grewe*, Epochen der Völkerrechtsgeschichte, 238 f.; *Lillich*, The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law, 10 f.

<sup>30</sup> Vgl. *Lillich*, The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law, 10. Anders als von *Vattel* suggeriert, ist der Heimatstaat somit zur Ausübung diplomatischen Schutzes nicht völkerrechtlich verpflichtet, sondern berechtigt.

<sup>31</sup> *Calvo*, Le droit international théorique et pratique.

<sup>32</sup> Vgl. *Lillich*, The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law, 14 ff.; *Newcombe/Paradell*, Law and Practice of Investment Treaties, 13.

<sup>33</sup> Vgl. *Borchard*, The Diplomatic Protection of Citizens Abroad, 104 ff.; *Doehring*, Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht, 87 f.; außerdem *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht, Band I/2, 115 f. m.w.N.

<sup>34</sup> Vgl. die klassische Umschreibung von *Root*, The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad, AJIL 4 (1910), 517 (521): „There is a standard of justice, very simple, very fundamental, and of such general acceptance by all civilized countries as to form a part of the international law of the world.“

te insbesondere auf der Überlegung, dass selbst bei Gleichbehandlung zwischen In- und Ausländern der Standard nicht beliebig weit abgesenkt werden dürfe und dass das Völkerrecht daher dem Fremden ein gewisses Minimum an Rechten garantieren müsse.<sup>35</sup> Die oft kritisierte mögliche Besserstellung des Fremden durch den internationalen Mindeststandard wurde außerdem damit gerechtfertigt, dass dem Inländer üblicherweise eine politische Einflussmöglichkeit auf das Verhalten des Staates zustehe, dem Ausländer aber nicht – er befinde sich insofern in einer strukturell schwächeren Position.<sup>36</sup> Auch wenn die Existenz eines internationalen Mindeststandards inzwischen weitgehend anerkannt scheint,<sup>37</sup> so bot die Dichotomie zwischen Calvo-Doktrin und Mindeststandard doch mindestens bis Ende der 1970er Jahre Stoff für hartnäckig geführte Diskussionen.<sup>38</sup>

### 1. Einschränkung des Missbrauchs bei der Ausübung diplomatischen Schutzes

Ein erster Versuch zur Lösung des Konflikts zwischen angemessenem Schutz für Fremde und der Befreiung von der interventionistischen Politik der Großmächte wurde in der Zweiten Haager Friedenskonferenz (1907) unternommen, aus der die sog. Drago-Porter-Konvention hervorging.<sup>39</sup> Diese Konvention, benannt nach dem damaligen argentinischen Außenminister und einem amerikanischen General, wurde maßgeblich beeinflusst durch die sog. Drago-Doktrin<sup>40</sup> und knüpfte die Anwendung von Gewalt bei der Eintreibung von Vertragsschulden eines Staates an die vorherige Ablehnung einer schiedsrichterlichen Erledigung des Streits oder an die Nichtbeachtung eines ergangenen Schiedsspruches.<sup>41</sup> Auch wenn die Konvention Inhalt und Umfang des Fremdenrechts nicht berührte, unterstrich sie die Bedeutung der internationalen Streitbeilegung und schränkte erstmals die unverhältnismäßige Anwendung des Verfahrens des diplomatischen Schutzes ein – ein abschreckendes Beispiel lieferte insofern noch die Seeblockade gegen Venezuela von 1902/03 durch England, Deutschland und Italien.<sup>42</sup>

Umfassend *Roth*, *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*. Die Wurzeln des Mindeststandards werden dabei zum Teil schon in der Zeit der Hanse angesiedelt, vgl. *Tietje*, in: ders. (Hrsg.), *Internationales Wirtschaftsrecht*, 18, Rn. 37.

<sup>35</sup> Vgl. *Lillich*, *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*, 17.

<sup>36</sup> *Borchard*, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, 106 f.; *Doehring*, *Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht*, 89 ff.

<sup>37</sup> Vgl. z.B. *Jennings/Watts*, *Oppenheim's International Law*, Band 1, 931 f.; *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, *Völkerrecht*, Band I/2, 115; *Hailbronner/Kau*, in: Graf Vitzthum (Hrsg.), *Völkerrecht*, 241, Rn. 277.

<sup>38</sup> Vgl. *Juillard*, *Calvo Doctrine/Calvo Clause*, in: Wolfrum (Hrsg.), *MPEPIL*, Rn. 13 f.

<sup>39</sup> II. Haager Abkommen betreffend der Beschränkung der Anwendung von Gewalt bei der Eintreibung von Vertragsschulden (unterzeichnet am 18. Oktober 1907, in Kraft seit 26. Januar 1910), *RGBl.* 1910, 59.

<sup>40</sup> Diese Doktrin war ihrerseits beeinflusst sowohl durch die Calvo-Doktrin als auch durch die nordamerikanische Monroe-Doktrin, die sich gegen europäische Interventionen auf dem amerikanischen Kontinent wandte.

<sup>41</sup> Vgl. *Nussbaum*, *A Concise History of the Law of Nations*, 217; *Newcombe/Paradell*, *Law and Practice of Investment Treaties*, 10.

<sup>42</sup> Zu diesem und weiteren Beispielen *Grewe*, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, 616 ff.

## 2. Bestätigung des Mindeststandards in der Rechtsprechung

Diese Entwicklung führte dazu, dass sich zu Beginn des 20. Jahrhunderts immer mehr Gerichts- und Schiedsurteile der strittigen Thematik des Fremdenrechts annahmen. So sprach sich der Ständige Internationale Gerichtshof (StIGH) im Fall „*Deutsche Interessen in Oberschlesien*“ dafür aus, dass die Behandlung von Ausländern nach dem nationalen Recht an den allgemein anerkannten Prinzipien des internationalen Rechts zu messen sei.<sup>43</sup> Im Übrigen sind vor allem Entscheidungen der *US-Mexico Claims Commission* bemerkenswert. Ähnlich wie der StIGH befand das Schiedsgericht im Fall „*Roberts*“, dass die Gleichbehandlung von In- und Ausländern zwar ein wichtiges Kriterium sei, dass das Völkerrecht aber vor allem die Einhaltung der „*ordinary standards of civilization*“ gegenüber Fremden einfordere.<sup>44</sup> Schließlich sei noch die schiedsgerichtliche Entscheidung im Fall „*Neer*“ erwähnt, die folgenden, oft zitierten Mindeststandard für die Behandlung von Fremden festlegte:

“[T]he treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency, should amount to an outrage, to bad faith, to wilful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency.”<sup>45</sup>

## 3. Unbestimmtheit der Elemente des Mindeststandards

Obwohl diese frühe Rechtsprechung somit die Existenz eines internationalen Mindeststandards eindeutig befürwortete, bereitete die Bestimmung der von ihm umfassten Elemente wesentlich größere Schwierigkeiten, was wiederum zu neuen Rechtsunsicherheiten führte.<sup>46</sup> Trotz dieser Unbestimmtheit haben sich im Laufe der Zeit folgende Rechte des Fremden gegenüber dem Gaststaat als Teil des Mindeststandards verfestigt:<sup>47</sup> (1) Anerkennung der Rechtssubjektivität des Fremden; (2) Schutz gegen Angriffe auf Leben, Freiheit und Würde; (3) Teilnahme am Privatrechtsverkehr, soweit dies für den normalen Lebensunterhalt notwendig ist; (4) Zugang zum innerstaatlichen Rechtsweg; (5) begrenzte religiöse und weltanschauliche Freiheit; (6) begrenzter Schutz des Eigentums bzw. Entschädigungsrecht bei Enteignungen. Die

<sup>43</sup> StIGH, *Case concerning certain German Interests in Polish Upper Silesia*, Urteil vom 25. Mai 1926, PCIJ Serie A, Nr. 7, 1926, insb. 19, 21; dazu auch *Steinbach*, Untersuchungen zum Internationalen Fremdenrecht, 71 ff.

<sup>44</sup> US-Mexico Claims Commission, *Harry Roberts* (USA v. Mexico), Entscheidung vom 2. November 1926, UN RIAA, Band IV, 77 ff., Rn. 8.

<sup>45</sup> US-Mexico Claims Commission, *L.F.H. Neer and Pauline E. Neer* (USA v. Mexico), Entscheidung vom 25. Oktober 1926, UN RIAA, Band IV, 60 ff., Rn. 4.

<sup>46</sup> Die Unbestimmtheit des Mindeststandards wurde oft beklagt, vgl. z.B. *Doehring*, Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht, 83 ff. m.w.N.

<sup>47</sup> Vgl. die sich z.T. widersprechenden Aufzählungen in *Roth*, The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens, 185 f.; *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, § 1213; *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht, Band I/2, 118 ff.

Aufnahme und Abweisung von Fremden steht den Staaten aber auch heute noch grundsätzlich frei.<sup>48</sup>

Von diesen Elementen stellte der Schutz fremden Eigentums und Vermögens und dabei insbesondere die Höhe der geschuldeten Entschädigung im Fall einer Enteignung immer einen umstrittenen Sonderfall dar.<sup>49</sup> Vertreter der Calvo-Doktrin oder sozialistischer Völkerrechtsauffassungen waren insofern der Ansicht, dass Fremde im selben Umfang geschützt und entschädigt werden sollten wie eigene Staatsangehörige<sup>50</sup> – also oft gar nicht. Anhänger des Mindeststandards waren dagegen der Ansicht, dass eine Enteignung nur dann völkerrechtlich zulässig sei, wenn sie einem öffentlichen Zweck dient, Fremde nicht diskriminiert und mit einer angemessenen Entschädigung verbunden ist.<sup>51</sup> Die Höhe einer angemessenen Entschädigung wurde dabei nach der durch den amerikanischen Außenminister *Hull* 1938 geprägten Formel einer „*prompt, adequate and effective compensation*“ bestimmt.<sup>52</sup> Auch wenn sich die *Hull*-Formel insbesondere in den vertraglichen Beziehungen der Staaten immer stärker durchgesetzt hat, konnte der Streit im Völkergewohnheitsrecht nie vollständig beigelegt werden.<sup>53</sup>

#### IV. Kodifikationsbemühungen und Entwicklung seit 1945

Die zähen Diskussionen um das Fremdenrecht und die Unbestimmtheit des Mindeststandards führten im 20. Jahrhundert – ähnlich wie in den meisten anderen Teilgebieten des Völkerrechts – zu vielfältigen Kodifikationsbemühungen. Insbesondere in der Zeit nach 1945 verbesserten diese Bemühungen die Rechtsstellung von Fremden erheblich und führten zu einer Vielzahl von Abkommen, die heute weite Teile des Fremdenrechts regeln.

##### 1. Erste Kodifikationsversuche des allgemeinen Fremdenrechts

Aufgrund der vielfältigen Unsicherheiten des völkergewohnheitsrechtlichen Fremdenrechts war es schon immer nahe liegend, die Rechtsposition von Fremden völkervertraglich abzusichern. Im bilateralen Verkehr sind insofern neben den sog. Kapitulationen mit dem Osmanischen Reich<sup>54</sup> vor allem die US-amerikanischen Verträge über „*friendship, commerce and navigation*“ (FCN-Verträge)<sup>55</sup> und ähnliche

<sup>48</sup> *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht, Band I/2, 113.

<sup>49</sup> Vgl. *Ibid.*, 125.

<sup>50</sup> *Dolzer*, in: Graf Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 519, Rn. 43.

<sup>51</sup> *Ibid.*, Rn. 44.

<sup>52</sup> Für Exzerpte des Briefwechsels zwischen *Hull* und seinem mexikanischen Kollegen im Anschluss an die Enteignung amerikanischer Staatsbürger während der Mexikanischen Revolution, vgl. *Löwenfeld*, *International Economic Law*, 475 ff.

<sup>53</sup> Vgl. *Dolzer*, in: Graf Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 521, Rn. 44.

<sup>54</sup> Siehe *Nussbaum*, *A Concise History of the Law of Nations*, 121 f.; vgl. außerdem oben [B.I.].

<sup>55</sup> Einer der erster FCN-Verträge wurde bereits 1785 zwischen den USA und Preußen von *Franklin* und *Friedrich II.* (der Große) unterzeichnet, vgl. *Nussbaum*, *A Concise History of the Law of Na-*

europäische Verträge bedeutsam. Insbesondere im 19. Jahrhundert entwickelten sich diese Verträge zu einem wichtigen außenpolitischen Instrument und gewährten u.a. Schutz für Personen und Eigentum, Handels- und Niederlassungsfreiheit und freien Zugang zu Gerichten.<sup>56</sup> Zum Teil wurden auf der Basis solcher Verträge auch Schiedskommissionen eingesetzt, die unter anderem über Schadensersatzansprüche von Bürgern nach Grenzstreitigkeiten verhandelten.<sup>57</sup> Darüber hinaus trugen diese Verträge zu einer Verbreitung von Meistbegünstigungs- und Inländergleichbehandlungsklauseln bei.<sup>58</sup> Allerdings konnte durch diese Vertragspraxis die Rechtsunsicherheit im Fremdenrecht allenfalls partikular beseitigt werden; die Probleme des Wohnheitsrechts bestanden daher fort.

Erste Versuche das allgemeine, gewohnheitsrechtliche Fremdenrecht zu kodifizieren fanden auf Initiative des Völkerbundes statt.<sup>59</sup> So beschloss der Völkerbundsrat im Jahr 1930 eine Konferenz zur Kodifikation des Völkerrechts in Den Haag abzuhalten, bei der auch die Staatenverantwortlichkeit für die Schädigung von Person und Vermögen fremder Staatsangehöriger als kodifikationsreif erachtet wurde.<sup>60</sup> Zur Vorbereitung dieser Konferenz wurden verschiedene Kodifikationsvorschläge von wissenschaftlichen Gremien unterbreitet, von denen wohl die *Harvard Law School Draft Convention* (1929) die größte Resonanz hervorgerufen hat.<sup>61</sup>

Trotz dieser umfangreichen Vorarbeiten konnte ein Abkommen auf der Haager Konferenz nicht erreicht werden. Eine Einigung scheiterte insbesondere an dem ungelösten Streit über den anzuwendenden Standard – Inländergleichbehandlung oder Mindeststandard.<sup>62</sup> Dieser Streit beherrschte und verhinderte auch alle anderen Kodifikationsversuche dieser Zeit. Entweder konnte deshalb schon keine Einigung erreicht werden, wie auf einer Konferenz zur Ausarbeitung eines entsprechenden Abkommens 1929 in Paris,<sup>63</sup> oder der Text eines erreichten Abkommens, wie das Montevideo-

tions, 124. Zur verstärkten Vertragsschlusspraxis im Rahmen der Liberalisierung des Welthandels in dieser Zeit, vgl. auch *Tietje*, in: ders. (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, 20 f., Rn. 41.

<sup>56</sup> *Nussbaum*, *A Concise History of the Law of Nations*, 203 ff.

<sup>57</sup> So etwa auf der Grundlage des berühmten *Jay Treaty*, vgl. *Tietje*, in: ders. (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, 22, Rn. 43.

<sup>58</sup> Vgl. *Lillich*, *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*, 20. Inländergleichbehandlungsklauseln verlangen üblicherweise, dass ein Ausländer mindestens so gut gestellt wird wie ein Inländer. Die von der Calvo-Doktrin geforderte Inländergleichbehandlung meint dagegen, dass Ausländer nicht besser als Inländer gestellt werden sollten.

<sup>59</sup> *Lillich*, *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*, 29 ff.; *Newcombe/Paradell*, *Law and Practice of Investment Treaties*, 15 ff.

<sup>60</sup> Vgl. *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, *Völkerrecht*, Band I/3, 865.

<sup>61</sup> Ausgearbeitet von *Borchard*, *The Law of Responsibility of States for Damage Done in Their Territory to the Person or Property of Foreigners*, *AJIL Special Supplement* 23 (1929), 131; vgl. auch den Vorschlag der *Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Entwurf eines Abkommens über die Verantwortlichkeit der Staaten für die Schädigung von Personen und Vermögen fremder Staatsangehöriger auf ihrem Gebiete, *Zeitschrift für Völkerrecht* 1930, 359.

<sup>62</sup> Vgl. *Newcombe/Paradell*, *Law and Practice of Investment Treaties*, 16.

<sup>63</sup> Vgl. *ibid.*, 16 f.

Abkommen von 1933,<sup>64</sup> war durch die Calvo-Doktrin verwässert und stieß daher auf Vorbehalte in den USA und Europa.<sup>65</sup>

## 2. Durchbruch der Idee der Menschenrechte

Nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs erhielt die Entwicklung des Fremdenrechts völlig neue Impulse. Die Schrecken des Krieges und des Nationalsozialismus führten die Unzulänglichkeiten des damals bestehenden Völkerrechts deutlich vor Augen und verhalfen der Idee der Menschenrechte, die seitdem auch das Fremdenrecht maßgeblich beeinflusst hat, zu ihrem internationalen Durchbruch. Dabei anerkennen die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (1948)<sup>66</sup> und die beiden UN-Menschenrechtspakte (1966)<sup>67</sup> u.a. das Recht auf Leben, körperliche Unversehrtheit, Freiheit, Eigentum und Gleichheit vor dem Gesetz, ein Diskriminierungsverbot aufgrund von Rasse, nationaler Herkunft, Sprache und Religion sowie einen Anspruch auf angemessenen Rechtsschutz als subjektive Rechte jedes (auch des fremden) Individuums.<sup>68</sup> Dieser Schutz wird durch die regionalen Menschenrechtsabkommen (z.B. die EMRK)<sup>69</sup> ergänzt und verstärkt.<sup>70</sup> Zusätzlichen Fortschritt brachte die UN-Charta,<sup>71</sup> die in Art. 2 Nr. 4 und 7 die bereits in der Drago-Porter-Konvention angelegten Prinzipien des Gewalt- und Interventionsverbots verwirklichte und verallgemeinerte.

Im Übrigen schärften die leidvollen Erfahrungen mit dem Zweiten Weltkrieg und mit anderen kriegerischen Auseinandersetzungen den Blick für die Bedürfnisse spezieller Gruppen von Fremden, insbesondere von Flüchtlingen und Minderheiten. Im Flüchtlings- oder Asylrecht haben sich insofern neben der Genfer Flüchtlingskonvention<sup>72</sup> eine ganze Reihe von internationalen und regionalen Abkommen herausgebildet, die im Detail das Recht auf Asyl, den rechtlichen Status und die Abschiebung von

<sup>64</sup> *Convention on the Rights and Duties of States* (unterzeichnet am 26. Dezember 1933 im Rahmen der Siebten Internationalen Konferenz Amerikanischer Staaten, in Kraft seit 26. Dezember 1924), L.N.T.S. 165 (1933), 19.

<sup>65</sup> Vgl. *Lillich*, *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*, 30 f.

<sup>66</sup> Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (angenommen am 10. Dezember 1948), UN General Assembly Res. 217 A (III), UN Doc. A/RES/217.

<sup>67</sup> Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (unterzeichnet am 16. Dezember 1966, in Kraft seit 23. März 1976), 999 U.N.T.S. 171; Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (unterzeichnet am 16. Dezember 1966, in Kraft seit 3. Januar 1976), 993 U.N.T.S. 3.

<sup>68</sup> Der Einzelne wurde dadurch selbst Träger internationaler Rechte und war somit nicht mehr nur Auslöser einer zwischenstaatlichen Verpflichtung, wie dies etwa bei *Vattels* Konzeption des diplomatischen Schutzes zum Ausdruck kommt, dazu oben [B.II.].

<sup>69</sup> Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (unterzeichnet am 4. November 1950, in Kraft seit 3. September 1953), 213 U.N.T.S. 222.

<sup>70</sup> Allgemein zum internationalen Menschenrechtsschutz *Hailbronner/Kau*, in: Graf Vitzthum (Hrsg.), *Völkerrecht*, 225 ff.

<sup>71</sup> Charta der Vereinten Nationen, (unterzeichnet am 26. Juni 1945, in Kraft seit 24. Oktober 1945), 1 U.N.T.S. 16.

<sup>72</sup> Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (angenommen am 28. Juli 1951, in Kraft seit 22. April 1954, ergänzt am 31. Januar 1967), 606 U.N.T.S. 267.

Flüchtlingen regeln.<sup>73</sup> Anders als Flüchtlinge sind nationale Minderheiten keine Fremden im eigentlichen Sinne, da sie üblicherweise die örtliche Staatsangehörigkeit besitzen und somit keine Ausländer oder Staatenlose darstellen, dennoch ist ihre Rechtsstellung zum Teil internationalisiert. Der internationale Schutz von Minderheiten ergibt sich hauptsächlich aus Menschenrechtsabkommen, die z.B. ein Recht auf kulturelles Leben, Religionsausübung und die eigene Sprache gewährleisten.<sup>74</sup>

### 3. Kodifikationsbemühungen der Völkerrechtskommission

Unabhängig von diesen speziellen Entwicklungen im Fremdenrecht wurde auch die allgemeine Kodifikation der umstrittenen Staatenverantwortlichkeit für Fremdenrechtsverletzungen von der UN-Völkerrechtskommission (ILC) ab 1953 weiter vorangetrieben. Hervorzuheben ist dabei insbesondere der Ansatz des Berichterstatters *García Amador*, der zur Schlichtung des Streits zwischen Calvo-Doktrin und Mindeststandard die Frage nach Inhalt und Umfang des internationalen Fremdenrechts mit den sich herausbildenden internationalen Menschenrechtsnormen verknüpfte.<sup>75</sup> Nach Art. 5 seines Entwurfes sollte ein ausländischer Staatsangehöriger mit denselben bürgerlichen Rechten ausgestattet sein wie ein Inländer, diese durften jedoch unter keinen Umständen hinter internationalen Menschenrechtsstandards zurückbleiben.<sup>76</sup> Obwohl heute weitgehend anerkannt ist, dass das allgemeine Fremdenrecht zum Großteil durch internationale Menschenrechtsnormen überlagert und ausgestaltet wird,<sup>77</sup> wurde dem Entwurf damals die Zustimmung der ILC verweigert.

Auch unter den nachfolgenden Berichterstattern kamen die Kodifikationsbemühungen nur langsam voran; die Arbeiten kamen erst 2001 unter dem Berichterstatter *Crawford* zum Abschluss.<sup>78</sup> Um eine Kodifikation wenigstens im Bereich der Staatenverantwortlichkeit zu erreichen, hat die ILC aber das primärrechtliche Fremdenrecht von ihren Kodifikationsbemühungen ausgenommen.<sup>79</sup> Die jetzt vorliegende Kodifikation konzentriert sich daher ausschließlich auf die sekundärrechtlichen Regeln zur Staatenverantwortlichkeit bei internationalen Rechtsverletzungen, die auch über das Fremdenrecht hinaus Geltung beanspruchen. Im Anschluss daran konnte die ILC auch auf dem Gebiet des diplomatischen Schutzes Fortschritte verzeichnen und sich 2006 auf ein Entwurfsabkommen zum Verfahren des diplomatischen Schutzes eini-

<sup>73</sup> Vgl. dazu *Hailbronner/Kau*, in: Graf Vitzthum (Hrsg.), *Völkerrecht*, 246 ff.

<sup>74</sup> So etwa Art. 27 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte; vgl. auch *Hailbronner/Kau*, in: Graf Vitzthum (Hrsg.), *Völkerrecht*, 259 ff.

<sup>75</sup> Zustimmend dazu *McDougall/Lasswell/Chen*, *Human Rights and World Public Order*, 761 ff.

<sup>76</sup> *García Amador*, *Second Report on State Responsibility*, UN Doc. A/CN.4/106, ILC Yearbook 1957 II, 104 (112 f.).

<sup>77</sup> Vgl. etwa *Doehring*, *Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht*, 70 ff.; *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, *Völkerrecht*, Band I/2, 115; *Ipsen*, in: ders. (Hrsg.), *Völkerrecht*, 812, Rn. 6.

<sup>78</sup> *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (angenommen am 12. Dezember 2001), UN General Assembly Res. 56/83, UN Doc. A/RES/56/83; umfassend dazu *Crawford*, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*.

<sup>79</sup> Vgl. *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, *Völkerrecht*, Band I/3, 865 f.



gen.<sup>80</sup> Auch wenn es somit zu keiner umfassenden Kodifikation des primärrechtlichen Fremdenrechts im Rahmen der Völkerrechtskommission kam, blieb der Ansatz von *García Amador* dennoch nicht unverwirklicht, da die UN-Generalversammlung 1985 eine Erklärung über die Menschenrechte von fremden Staatsangehörigen annahm.<sup>81</sup> Da diese Erklärung im Wesentlichen bereits anderweitig geregelte Menschenrechte wiederholt, liegt ihre Bedeutung aber hauptsächlich darin, dass sie speziell fremden Staatsangehörigen gewidmet ist.<sup>82</sup>

#### 4. Zusammenfassung: der heutige Stand des Fremdenrechts

Die Entwicklung des Fremdenrechts hat somit seit 1945 einen enormen Schub erhalten. Das Fremdenrecht ist heute in einer Vielzahl von Abkommen und Erklärungen geregelt, von denen internationale Menschenrechtsverträge zweifellos am wichtigsten sind. Dass es also internationale Regelungen zum Schutz von Fremden – sozusagen einen internationalen Mindeststandard – gibt, ist heute unstrittig. Die konkrete Ausgestaltung des Fremdenrechts ist aber insgesamt von einem Prozess der Spezialisierung und Fragmentierung geprägt und reagiert zunehmend auf konkrete fremdenrechtliche Problemsituationen, wie z.B. die Bedürfnisse von Wanderarbeitnehmern.<sup>83</sup> Im Übrigen haben sich auch regionale Integrationsräume herausgebildet (insbesondere die EU), deren fremdenrechtliche Regelungen weit über die universell gültigen Standards hinausgehen. Trotz dieser Entwicklungen ist das allgemeine, gewohnheitsrechtliche Fremdenrecht nicht bedeutungslos geworden, da sich immer wieder Lücken und Rechtsunsicherheiten im Vertragsrecht ergeben. Vor allem im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung von Fremden und dem internationalen Eigentumsschutz haben auch die vielfältigen Menschenrechtskataloge nur vage Formulierungen zu bieten, was zu einer weiteren Spezialisierung und der Entstehung des internationalen Investitionsschutzrechts führte.

### C. Wechselwirkungen zwischen Fremdenrecht und internationalem Investitionsschutzrecht

Die grenzüberschreitende wirtschaftliche Betätigung und die Behandlung fremder Kaufleute, deren Tätigkeit oft mit einer Kapitalanlage (also einer Investition) im Gast-

<sup>80</sup> *ILC Draft Articles on Diplomatic Protection*, UN Doc. A/61/10, ILC Report 2006, Kapitel IV, Rn. 34 ff.; viel früher konnte man sich auf die Grundregeln des konsularischen Schutzes einigen, vgl. das Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen (angenommen am 24. April 1963, in Kraft seit 19. März 1967), 596 U.N.T.S. 261.

<sup>81</sup> *Declaration on the Human Rights of Individuals Who are not Nationals of the Country in which They Live* (angenommen am 13. Dezember 1985), UN General Assembly Res. 40/144, UN Doc. A/RES/40/144.

<sup>82</sup> Vgl. dazu *Lillich*, *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*, 51 ff.

<sup>83</sup> Vgl. *International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families* (angenommen am 18. Dezember 1990, in Kraft seit 1. Juli 2003), UN General Assembly Res. 45/158, UN Doc. A/RES/45/158.

staat verbunden ist,<sup>84</sup> hat für die Entwicklung des Fremdenrechts immer eine wesentliche Rolle gespielt. Andererseits hat sich die grundsätzliche Kontroverse zwischen Calvo-Doktrin und Mindeststandard auf keinem anderen Gebiet so stark ausgewirkt wie auf diesem. Diese Kontroverse und die dadurch entstandene Rechtsunsicherheit sind daher Ausgangspunkt und prägendes Element des internationalen Investitionsschutzrechts.

## I. Entwicklung und Grundzüge des internationalen Investitionsschutzrechts

Der Schutz ausländischen Eigentums stand im allgemeinen Fremdenrecht lange Zeit auf wackligen Beinen. Einerseits wurde eine volle Entschädigungspflicht für die Enteignung von Eigentum, wie sie in der Hull-Formel zum Ausdruck kommt, vehement bestritten,<sup>85</sup> andererseits konnte man sich in Menschenrechtsabkommen allenfalls auf unklare Kompromissformeln einigen.<sup>86</sup> Außerdem lebte der grundsätzliche Streit um den Schutz fremden Eigentums im Zuge der Entkolonialisierung und der Forderungen vieler Entwicklungsländer nach einer neuen Weltwirtschaftsordnung und der „vollen und ständigen Souveränität“ jedes Staates über seine Reichtümer und natürlichen Ressourcen<sup>87</sup> wieder neu auf. Unabhängig davon wies auch das traditionelle Verfahren des diplomatischen Schutzes erhebliche Schwächen für den internationalen Wirtschaftsverkehr auf. Zwar war seit dem Fall „*Chorzów Factory*“ anerkannt, dass eine Verletzung der internationalen Standards eine Entschädigungspflicht nach sich zieht,<sup>88</sup> allerdings hing die Durchsetzung dieses Anspruchs wesentlich vom politischen Willen des Heimatstaates ab.

Aufgrund dieser Defizite wurde nach 1945 die vertragliche Vereinbarung multilateraler Standards zur Regelung von Auslandsinvestitionen versucht.<sup>89</sup> Nachdem diese Initiativen aber keine international verbindlichen Regeln hervorbrachten, haben kapitalexportierende Staaten – allen voran Deutschland<sup>90</sup> – begonnen, mit Entwicklungsländern bilaterale Investitionsverträge (BITs) nach dem Vorbild der amerikanischen

<sup>84</sup> Zum Begriff der Investition, vgl. *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law, 46 ff.

<sup>85</sup> Siehe oben [B.III.3.].

<sup>86</sup> Art. 2 Abs. 2 c) der Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten (angenommen am 12. Dezember 1974), UN General Assembly Res. 3281 (XXIX), UN Doc. A/RES/29/3281, ist stark von der Calvo-Doktrin inspiriert und spricht insofern lediglich von einer „angemessenen“ Entschädigung; andere Abkommen enthalten z.T. gar keine Regelungen zur Entschädigungspflicht.

<sup>87</sup> Art. 2 Abs. 1 der Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten.

<sup>88</sup> StIGH, *Case concerning the Factory at Chorzów*, Urteil vom 13. September 1928, PCIJ Serie A, Nr. 17, 1928, 19.

<sup>89</sup> Vgl. die Initiativen der *Havana Charter for the Establishment of an International Trade Organisation* (unterzeichnet am 24. März 1948); sowie die *Abs-Shawcross Draft Convention on Investments Abroad* (1959); beide abgedruckt in *UNCTAD, International Investment Instruments, Vol. V, UNCTAD/DITE/2(Vol.V)*.

<sup>90</sup> Der weltweit erste bilaterale Investitionsvertrag wurde zwischen Deutschland und Pakistan abgeschlossen (unterzeichnet am 25. November 1959, in Kraft seit 28. April 1962), 457 U.N.T.S. 23.

FCN-Verträge abzuschließen.<sup>91</sup> Mit der zunehmenden Anerkennung von Auslandsinvestitionen als Mittel zur Steigerung der eigenen Wirtschaftskraft und vor allem seit dem Zusammenbruch des Ostblocks hat sich die Zahl dieser BITs explosionsartig auf inzwischen über 2600 vervielfacht.<sup>92</sup> Trotz dieses Erfolges bilateraler Verträge sind aber auch jüngste multilaterale Kodifikationsversuche, wie etwa 1998 das Multilaterale Investitionsabkommen (MAI) im Rahmen der OECD,<sup>93</sup> immer wieder gescheitert. Als plurilaterale Verträge, die BIT-ähnliche Investitionsschutzstandards enthalten, sind insofern aber noch der Europäische Energiecharta-Vertrag (ECT)<sup>94</sup> und das Nordamerikanische Freihandelsabkommen (NAFTA)<sup>95</sup> bemerkenswert.

Trotz der großen Zahl der BITs sind ihre Grundstrukturen und die darin zusammengefassten Standards zur Behandlung von Investoren aus dem jeweils anderen Vertragsstaat erstaunlich ähnlich.<sup>96</sup> Üblicherweise enthalten Investitionsverträge u.a. die folgenden Schutzstandards:<sup>97</sup> eine Entschädigungspflicht bei Enteignungen im Sinne der Hull-Formel, ein allgemeines Diskriminierungsverbot und ein Gebot zur fairen und gerechten Behandlung sowie Klauseln zur Meistbegünstigung und Inländergleichbehandlung. Um die Defizite des diplomatischen Schutzes auszugleichen, sehen BITs darüber hinaus die Möglichkeit eines Investor-Staat-Schiedsverfahrens vor, bei dem der Investor direkt vom Gaststaat (auch ohne Einschaltung seines Heimatstaates) Entschädigung für die Verletzung von BIT-Standards verlangen kann.<sup>98</sup>

## II. Bezüge des Investitionsschutzrechts zum Fremdenrecht

Die vielen Investitionsverträge bilden somit ein hoch entwickeltes System zum Schutz von ausländischen Investoren, das z.T. weit über die traditionellen fremdenrechtlichen Regelungen des Völkergewohnheitsrechts hinausgeht. Inwiefern das allgemeine Fremdenrecht dennoch für das moderne Investitionsschutzrecht relevant ist und welche grundsätzlichen Unterschiede bestehen, soll im Folgenden näher untersucht werden.

<sup>91</sup> Zur Entwicklung, vgl. *Vandeveld*, A Brief History of International Investment Agreements, U.C. Davis Journal of International Law and Policy 12 (2005), 157.

<sup>92</sup> Zur Statistik, vgl. *UNCTAD*, International Investment Rule-Making, UNCTAD/ITE/IIT2007/3, 23.

<sup>93</sup> *OECD Multilateral Agreement on Investment* (Entwurf vom 22. April 1998), DAF/MAI(98)7/REV1.

<sup>94</sup> Energiecharta-Vertrag (unterzeichnet am 17. Dezember 1994, in Kraft seit 16. April 1998), 2080 U.N.T.S. 95.

<sup>95</sup> *North American Free Trade Agreement* (unterzeichnet am 17. Dezember 1992, in Kraft seit 1. Januar 1994), I.L.M. 32 (1993), 296 und 612.

<sup>96</sup> Vgl. dazu *Schill*, The Multilateralization of International Investment Law, 65 ff.

<sup>97</sup> Vgl. im Einzelnen *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law, 119 ff.; *Griebel*, Internationales Investitionsrecht, 67 ff.

<sup>98</sup> Dazu *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law, 214 ff.

## 1. Unterschiede zwischen Investitionsschutzrecht und Fremdenrecht

Die üblichen BIT-Standards weisen vielfältige Unterschiede zum allgemeinen Fremdenrecht auf. Mit einem allgemeinen Diskriminierungsverbot, dem Gebot der fairen und gerechten Behandlung und mit Klauseln zur Meistbegünstigung und Inländergleichbehandlung verbieten BITs nahezu jede ungerechtfertigte Benachteiligung eines ausländischen Investors im Vergleich zu inländischen sowie anderen ausländischen Investoren aus Drittstaaten. Ein derart weitreichendes Diskriminierungsverbot, dessen Umfang und Grenzen im Völkergewohnheitsrecht durchaus umstritten sind, ist dem Fremdenrecht unbekannt.<sup>99</sup> Dies ist insbesondere deshalb der Fall, weil die Grundsätze der Meistbegünstigung und Inländergleichbehandlung trotz ihrer vielfachen Verwendung in internationalen Verträgen nicht gewohnheitsrechtlich verankert sind.<sup>100</sup> Letzteres gilt ebenso für das Gebot der fairen und gerechten Behandlung, bei dem aber zunehmend die Anerkennung im Völkergewohnheitsrecht diskutiert wird.<sup>101</sup> Schließlich enthalten BITs speziell auf die Bedürfnisse ausländischer Investoren zugeschnittene und über das Fremdenrecht hinausgehende Klauseln zum Schutz der vertraglichen Vereinbarungen zwischen Investor und Gaststaat und der freien Transferierbarkeit von Unternehmensgewinnen ins Ausland.<sup>102</sup>

Trotz der tiefen Verwurzelung der Institution der Schiedsgerichtsbarkeit in der Geschichte des Fremdenrechts, betrifft die wohl augenfälligste und praktisch äußerst bedeutsame Abweichung vom allgemeinen Fremdenrecht die Einräumung eines eigenen Klagerechts für ausländische Investoren gegen den Gaststaat vor einem internationalen Schiedsgericht.<sup>103</sup> Diese Verfahren stützen sich meistens auf die ICSID-Konvention (1965),<sup>104</sup> deren Hauptzweck es war ein unabhängiges internationales Streitbeilegungssystem für Investitionsstreitigkeiten zu schaffen, welches einerseits die Schwierigkeiten des schwerfälligen diplomatischen Schutzes überwindet und andererseits nicht dem Generalverdacht der Parteilichkeit ausgesetzt ist – wie etwa nationale Gerichte des Gaststaates.<sup>105</sup> Das so geschaffene Streitbeilegungssystem und die steigende Zahl der schiedsgerichtlichen Entscheidungen tragen maßgeblich zur Entstehung einer Eigendynamik und zur Herausbildung klarerer Konturen innerhalb dieses

<sup>99</sup> Vgl. *Cullet*, Differential Treatment in International Law, EJIL 10 (1999), 549; *Brownlie*, Principles of Public International Law, 572 ff.

<sup>100</sup> Vgl. *Göttsche*, in: Hilf/Oeter (Hrsg.), WTO-Recht, 117; *Dolzer*, in: Graf Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 504 ff.

<sup>101</sup> Vgl. z.B. *Vasciannie*, The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice, BYIL 70 (1999), 99 (153 ff.); *Griebel*, Internationales Investitionsrecht, 109 ff. m.w.N.

<sup>102</sup> Zu sog. Abschirm- und Transferklauseln, vgl. *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law, 153 ff., 191 ff.

<sup>103</sup> Zu Bedeutung und Methoden, vgl. *Reinisch/Malintoppi*, Methods of Dispute Resolution, in: Muchlisnki/Ortino/Schreuer (Hrsg.), The Oxford Handbook of International Investment Law, 691.

<sup>104</sup> *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* (unterzeichnet am 18. März 1965, in Kraft seit 14. Oktober 1966), 575 U.N.T.S. 160; als alternative Verfahren sind u.a. die UNCITRAL Schiedsregeln von 1976 gebräuchlich.

<sup>105</sup> Vgl. *Newcombe/Paradell*, Law and Practice of Investment Treaties, 28 f.

Rechtsgebietes bei.<sup>106</sup> Eine ähnliche Individualklagemöglichkeit auf internationaler Ebene ist sonst nur im Bereich des Menschenrechtsschutzes gebräuchlich.<sup>107</sup> Entsprechend der *local remedies rule* im allgemeinen Fremdenrecht ist dort aber eine Individualklage von der Erschöpfung nationaler Rechtsbehelfe abhängig; von diesem Erfordernis sind ausländische Investoren grundsätzlich befreit.<sup>108</sup>

## 2. Fortbestehende Relevanz des Fremdenrechts für das Investitionsschutzrecht

Ungeachtet dieser Unterschiede erscheinen verschiedene Elemente des allgemeinen Fremdenrechts weiterhin von Relevanz für das moderne Investitionsschutzrecht. Vor allem die im Rahmen des Mindeststandards diskutierte Hull-Formel hat sich vielfach in Enteignungsklauseln von BITs niedergeschlagen und sich durch diese Verbreitung wohl auch im Gewohnheitsrecht verstärkt durchgesetzt.<sup>109</sup> Außerdem ist zu beobachten, dass etwa die Entscheidung über den Marktzugang für ausländische Investoren im System der BITs, ebenso wie im allgemeinen Fremdenrecht, weitgehend im Ermessen des Gaststaates liegt.<sup>110</sup> Etwas anderes gilt aber, soweit sich die Staaten auf eine andere vertragliche Regelung einigen; insbesondere in der Vertragspraxis der USA ist das Ziel der Liberalisierung des Marktzugangs ein fester Bestandteil und wird häufig an die Grundsätze der Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung geknüpft.<sup>111</sup> Das allgemeine Fremdenrecht behält somit vor allem dort seine Funktion, wo das völkervertragliche Investitionsschutzrecht keine umfassende Regelung trifft, so dass ein Rückgriff auf das Fremdenrecht erforderlich wird.

Ein solcher Rückgriff ist aber nicht nur dort nötig, wo BITs für bestimmte Probleme überhaupt keine Regelung enthalten, sondern findet häufig auch im Rahmen der Auslegung von unbestimmten Generalklauseln in BITs statt. Eine solche Praxis ist besonders im Zusammenhang mit dem Gebot der fairen und gerechten Behandlung von ausländischen Investoren zu beobachten.<sup>112</sup> Diese Vertragsnorm wird zum Teil mit dem fremdenrechtlichen Mindeststandard gleichgesetzt; zu ihrer Auslegung werden daher häufig Entscheidungen wie die im Fall „*Neer*“ herangezogen.<sup>113</sup> Eine andere Ansicht bestreitet jedoch diese enge Verknüpfung mit dem früher umstrittenen Mindeststandard und möchte den Regelungsgehalt dieser Norm unabhängig von den alten fremdenrechtlichen Diskussionen bestimmen.<sup>114</sup> Da die mit dem Gebot der fairen

<sup>106</sup> Vgl. *Wälde*, The Specific Nature of Investment Arbitration, in: Kahn/Wälde (Hrsg.), *New Aspects of International Investment Law*, 43 ff.

<sup>107</sup> Insbesondere gemäß Art. 34, 35 EMRK

<sup>108</sup> Vgl. Art. 26 ICSID-Konvention; weiterführend dazu *Dolzer/Schreuer*, *Principles of International Investment Law*, 215 f.

<sup>109</sup> Vgl. *Dolzer*, in: Graf Vitzthum (Hrsg.), *Völkerrecht*, 520 f., Rn. 44.

<sup>110</sup> Vgl. *Dolzer/Schreuer*, *Principles of International Investment Law*, 79 f.

<sup>111</sup> Vgl. *Newcombe/Paradell*, *Law and Practice of Investment Treaties*, 137 ff.

<sup>112</sup> Ausführlich zu diesem Gebot, vgl. z.B. *Vasciannie*, The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice, *BYIL* 70 (1999), 99; *Dolzer*, Fair and Equitable Treatment, *The International Lawyer* 39 (2005), 87; *Kläger*, 'Fair and Equitable Treatment' in *International Investment Law*.

<sup>113</sup> Vgl. *Newcombe/Paradell*, *Law and Practice of Investment Treaties*, 268 f. m.w.N.

<sup>114</sup> So z.B. *Dolzer*, Fair and Equitable Treatment, *The International Lawyer* 39 (2005), 87 (93).

und gerechten Behandlung zusammenhängenden Fallgruppen<sup>115</sup> offensichtlich die Elemente des Mindeststandards übersteigen, wird aber zunehmend angenommen, der Mindeststandard hätte sich seit dem frühen 20. Jahrhundert weiterentwickelt und sich so dem Niveau der Investitionsverträge angeglichen.<sup>116</sup> Bemerkenswert an diesem Streit erscheint schließlich, dass die Argumentationsfigur des Mindeststandards hier nicht wie im Vergleich zur Calvo-Doktrin zur Begründung möglichst weit gehender Rechte für Fremde herangezogen wird, sondern umgekehrt zur Einschränkung von Investorenrechten dient.

Ein spezifischer Bezug zwischen dem allgemeinen Fremdenrecht und Investitionsschutzrecht ergibt sich außerdem dadurch, dass das Gebot der fairen und gerechten Behandlung auch das traditionelle Verbot der Rechtsverweigerung (*denial of justice*) umfasst.<sup>117</sup> In relativer Übereinstimmung mit *Vattel* wird dabei das Verbot der Rechtsverweigerung folgendermaßen definiert:

„A denial of justice could be pleaded if the relevant courts refuse to entertain a suit, if they subject it to undue delay, or if they administer justice in a seriously inadequate way. [...]

There is a fourth type of denial of justice, namely the clear and malicious misapplication of the law.“<sup>118</sup>

In der weiteren Konkretisierung dieses Standards wurde aber vielfach festgestellt, dass dies keine vollumfängliche Überprüfung der nationalen Entscheidungen durch internationale Schiedsgerichte zur Folge hat, sondern dass lediglich offensichtliche Rechtsverstöße eine internationale Haftung nach sich ziehen.<sup>119</sup> Umstritten ist in diesem Zusammenhang aber, inwieweit das Erfordernis der Erschöpfung des nationalen Rechtswegs im Rahmen von *denial of justice*-Klagen unter dem Gebot der fairen und gerechten Behandlung wiederauflebt, obwohl es sonst im Investitionsschutzrecht regelmäßig keine Anwendung findet.<sup>120</sup>

<sup>115</sup> Häufig genannt werden u.a. der Schutz berechtigter Erwartungen des Investors, Transparenz, Nicht-Diskriminierung, ein ordentliches Verfahren und das Verbot der Rechtsverweigerung, vgl. z.B. die Auflistung in *Rumeli Telekom SA v. Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, Entscheidung vom 29. Juli 2008, Rn. 609; außerdem *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law, 133 ff.

<sup>116</sup> Vgl. dazu *Newcombe/Paradell*, Law and Practice of Investment Treaties, 270 ff. m.w.N.; diese These wird aber immer wieder bestritten, vgl. etwa *Glamis Gold Ltd v. United States*, UNCITRAL, Entscheidung vom 14. Mai 2009, Rn. 599 ff.

<sup>117</sup> Vgl. ausdrücklich Art. 5 Abs. 2 a) des US Model BIT (2004), abgedruckt in *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law, 385 ff.

<sup>118</sup> *Robert Azinian v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, Entscheidung vom 1. November 1999, Rn. 102 f.

<sup>119</sup> So z.B. *Mondev International Ltd v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Entscheidung vom 11. Oktober 2002, Rn. 126 f.

<sup>120</sup> Bejaht in *Loewen Group Inc v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Entscheidung vom 26. Juni 2003, insb. Rn. 153 ff.; weiterführend dazu *Paulsson*, Denial of Justice in International Law, 100 ff.

## D. Resümee

Die Entstehungsgeschichte des modernen internationalen Investitionsschutzrechts zeigt, dass es sich dabei zunächst um ein spezielles Vertragsregime handelt, welches das allgemeine Fremdenrecht weitgehend verdrängt. Der Abschluss bilateraler Verträge dient dem Ziel, die besonderen Bedürfnisse des internationalen Wirtschaftsverkehrs nach Effektivität und Rechtssicherheit in größtmöglichem Maße zu berücksichtigen, ohne dabei den Schwierigkeiten internationaler Konsensbildung ausgesetzt zu sein. Die unterschiedlichen Ansichten in Bezug auf Schutzbedürftigkeit und Schutzwürdigkeit ausländischen Eigentums – verkörpert durch Calvo-Doktrin und Mindeststandard – hatten im Völkergewohnheitsrecht für erhebliche Rechtsunsicherheiten gesorgt. Erst durch die Entstehung des dichten Netzes bilateraler Investitionsverträge konnte diese Unsicherheit weitgehend überwunden werden. Obwohl auch im internationalen Investitionsschutzrecht viele Fragen einstweilen ungeklärt sind, können sie dort durch die Errichtung justizförmiger Streitbeilegungsmechanismen rechtlich bewältigt werden.

Trotz dieses Befundes ist das Fremdenrecht im Bereich des internationalen Investitionsschutzrechts nicht irrelevant geworden, wie etwa die nachhaltige Bedeutung des Verbots der Rechtsverweigerung zeigt. Ähnlich wie in anderen Bereichen des Fremdenrechts ist aber auch im Investitionsschutzrecht eine Entwicklung in der Hinsicht erkennbar, dass die weitreichenden Neuerungen im Vertragsrecht auf das allgemeine Fremdenrecht zurückwirken. Auf dem Feld des Menschenrechtsschutzes ist zum Beispiel zu beobachten, dass der zuvor weitgehend unbestimmte Mindeststandard viele Elemente des Menschenrechtsschutzes aufnimmt. In Bezug auf die wirtschaftliche Betätigung von Fremden ist es vor allem das Gebot der fairen und gerechten Behandlung, das die Konturen des allgemeinen Mindeststandards zu beeinflussen scheint. Eine ähnliche Entwicklung ist bei der Hull-Formel zu beobachten, die sich erst durch die starke Verbreitung mittels internationaler Investitionsverträge gegenüber der Calvo-Doktrin durchsetzen konnte. Trotz dieser Entwicklungen ist allerdings noch ungeklärt, inwieweit einzelne Regelungen des sich noch im Fluss befindlichen internationalen Investitionsschutzrechts tatsächlich völkergewohnheitsrechtliche Anerkennung gefunden haben (oder finden werden). Dies kann nur im Einzelfall beurteilt werden. Im Vergleich zu Normen des internationalen Menschenrechtsschutzes scheint beim internationalen Investitionsschutzrecht aber mehr Zurückhaltung geboten, da aufgrund der tiefgreifenden Kontroversen in der Geschichte des Fremdenrechts von universellen Wertvorstellungen nicht ohne weiteres ausgegangen werden kann.

## SCHRIFTTUM

- Bodin*, Jean, *Les six livres de la république*, 1576.
- Borchard*, Edwin M., *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, New York 1922.
- *The Law of Responsibility of States for Damage Done in Their Territory to the Person or Property of Foreigners*, *American Journal of International Law Special Supplement* 23 (1929), 131-218.
- Brownlie*, Ian, *Principles of Public International Law*, 7. Auflage, Oxford 2009.
- Calvo*, Carlos, *Le droit international théorique et pratique: Précédé d'un exposé historique des progrès de la science du droit des gens*, 4. Auflage, Paris 1887/1888.
- Cavallar*, Georg, *The Rights of Strangers: Theories of International Hospitality, the Global Community and Political Justice since Vitoria*, Aldershot 2002.
- Crawford*, James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge 2005.
- Cullet*, Philippe, *Differential Treatment in International Law: Towards a New Paradigm in Inter-State Relations*, *European Journal of International Law* 10 (1999), 549-582.
- Dahm*, Georg/*Delbrück*, Jost/*Wolftrum*, Rüdiger, *Völkerrecht*, Bände I/2 und I/3, 2. Auflage, Berlin 2002.
- Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht*, *Entwurf eines Abkommens über die Verantwortlichkeit der Staaten für die Schädigung von Personen und Vermögen fremder Staatsangehöriger auf ihrem Gebiete*, *Zeitschrift für Völkerrecht* 1930, 359-367.
- Doehring*, Karl, *Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht*, Köln 1963.
- Dolzer*, Rudolf, *Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties*, *The International Lawyer* 39 (2005), 87-106.
- *Schreuer*, Christoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford 2008.
- Focarelli*, Carlo, *Denial of Justice*, in: *Wolftrum*, Rüdiger (Hrsg.) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, online edition, Oxford 2009, erhältlich im Internet: <[www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)> (besucht am 23. Juni 2011).
- Frisch*, Hans von, *Das Fremdenrecht: Die staatsrechtliche Stellung der Fremden*, Berlin 1910.
- García Amador*, F. V., *Second Report on State Responsibility*, UN Doc. A/CN.4/106, ILC Yearbook 1957 II, 104-130.
- Grewe*, Wilhelm G., *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, Baden-Baden 1984.
- Griebel*, Jörn, *Internationales Investitionsrecht: Lehrbuch für Studium und Praxis*, München 2008.
- Hailbronner*, Kay/*Gogolin*, Jana, *Aliens*, in: *Wolftrum*, Rüdiger (Hrsg.) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, online edition, Oxford 2009, erhältlich im Internet: <[www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)> (besucht am 23. Juni 2011).
- Hilf*, Meinhard/*Oeter*, Stefan (Hrsg.), *WTO-Recht: Rechtsordnung des Welthandels*, Baden-Baden 2005.
- Ipsen*, Knut (Hrsg.), *Völkerrecht*, 5. Auflage, München 2004.
- Jennings*, Robert/*Watts*, Arthur, *Oppenheim's International Law*, Band 1, 9. Auflage, Harlow 1992.



- Juillard*, Patrick, Calvo Doctrine/Calvo Clause, in: Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.) Max Planck Encyclopedia of Public International Law, online edition, Oxford 2009, erhältlich im Internet: <www.mpepil.com> (besucht am 23. Juni 2011).
- Kant*, Immanuel, Zum ewigen Frieden: Ein philosophischer Entwurf, 1795.
- Kläger*, Roland, 'Fair and Equitable Treatment' in International Investment Law, Cambridge 2011.
- Lillich*, Richard B., The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law, Manchester 1984.
- Lowenfeld*, Andreas F., International Economic Law, 2. Auflage, Oxford 2008.
- McDougal*, Myres S./*Lasswell*, Harold D./*Chen*, Lung-chu, Human Rights and World Public Order: The Basic Policies of an International Law of Human Dignity, New Haven 1980.
- Newcombe*, Andrew/*Paradell*, Luís, Law and Practice of International Investment Treaties: Standards of Treatment, Alphen aan den Rijn 2009.
- Nussbaum*, Arthur, A Concise History of the Law of Nations, revised edition, New York 1954.
- Paulsson*, Jan, Denial of Justice in International Law, Cambridge 2005.
- Reibstein*, Ernst, Das Völkerrecht der deutschen Hanse, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 17 (1956/57), 38-92.
- Reinisch*, August/*Malintoppi*, Loretta, Methods of Dispute Resolution, in: Muchlisnki, Peter/Ortino, Federico/Schreuer, Christoph (Hrsg.), The Oxford Handbook of International Investment Law, Oxford 2008, 691-702.
- Root*, Elihu, The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad, American Journal of International Law 4 (1910), 517-528.
- Roth*, Andreas, The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens, Leiden 1949.
- Schill*, Stephan W., The Multilateralization of International Investment Law, Cambridge 2009
- Shaw*, Malcom N., International Law, 6. Auflage, Cambridge 2008.
- Steinbach*, Peter A., Untersuchungen zum Internationalen Fremdenrecht: Grundsätze internationaler Rechtsprechung über die Prinzipien des Fremdenrechts, insbesondere das Problem des völkerrechtlichen Schutzes von Individualrechten, Bonn 1931.
- Tietje*, Christian (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, Berlin 2009.
- UNCTAD*, International Investment Instruments: A Compendium, Vol. V, UNCTAD/DITE/2(Vol.V), New York 2000.
- International Investment Rule-Making: Stocktaking, Challenges and the Way Forward, UNCTAD/ITE/IIT2007/3, New York 2008.
- Vandevelde*, Kenneth, A Brief History of International Investment Agreements, U.C. Davis Journal of International Law and Policy 12 (2005), 157-194.
- Vasciannie*, Stephen, The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice, British Yearbook of International Law 70 (1999), 99-164.
- Vattel*, Emer de, Droit des gens, ou principes de la loi naturelle: appliqués à la conduite aux affaires des nations et des souverains, 1758 (zitiert nach der Übersetzung ins Englische von Ch. G. Fenwick, Washington 1916).
- Verdross*, Alfred/*Simma*, Bruno, Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis, 3. Auflage, Berlin 1984

- VerLoren van Themaat*, Pieter, The Changing Structure of International Economic Law: A Contribution of Legal History, of Comparative Law and of General Legal Theory to the Debate on a New International Economic Order, Den Haag 1981.
- Vitzthum*, Wolfgang Graf (Hrsg.), Völkerrecht, 5. Auflage, Berlin 2010.
- Wälde*, Thomas W., The Specific Nature of Investment Arbitration, in: Kahn, Philippe/Wälde, Thomas W. (Hrsg.), New Aspects of International Investment Law, Leiden 2007, 43-120.
- Ziegler*, Karl-Heinz, Völkerrechtsgeschichte, 2. Auflage, München 2007.



## **Beiträge zum Europa- und Völkerrecht**

ISSN 1868-1182 (print)  
ISSN 1868-1190 (elektr.)

### **Bislang erschienene Hefte**

- Heft 1 Gunnar Franck, Die horizontale unmittelbare Anwendbarkeit der EG-Grundfreiheiten – Grundlagen und aktuelle Entwicklung, Januar 2009, ISBN 978-3-86829-086-8
- Heft 2 Jonas Finke, Private Sicherheitsunternehmen im bewaffneten Konflikt, Januar 2009, ISBN 978-3-86829-088-2
- Heft 3 Daniel Scharf, Die Kompetenzordnung im Vertrag von Lissabon – Zur Zukunft Europas: Die Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, Januar 2009, ISBN 978-3-86829-111-7
- Heft 4 Manazha Nawparwar, Die Außenbeziehungen der Europäischen Union zu internationalen Organisationen nach dem Vertrag von Lissabon, Mai 2009, ISBN 978-3-86829-143-8
- Heft 5 Julia Schaarschmidt, Die Reichweite des völkerrechtlichen Immunitätsschutzes – Deutschland v. Italien vor dem IGH, Februar 2010, ISBN 978-3-86829-245-9
- Heft 6 Roland Kläger, Die Entwicklung des allgemeinen völkerrechtlichen Fremdenrechts – unter besonderer Berücksichtigung seiner Wechselwirkungen mit dem internationalen Investitionsschutzrecht –, Juli 2011, ISBN 978-3-86829-382-1