

HELENE BUBROWSKI

Internationale
Investitionsschiedsverfahren
und nationale Gerichte

Jus Internationale et Europaeum

79

Mohr Siebeck

Jus Internationale et Europaeum

herausgegeben von
Thilo Marauhn und Christian Walter

79



Helene Bubrowski

Internationale
Investitionsschiedsverfahren
und nationale Gerichte

Mohr Siebeck

Helene Bubrowski, geboren 1981; Studium der Rechtswissenschaften in Köln und Paris (Université Paris I Panthéon-Sorbonne); LL.M. und Maîtrise en Droit (2006); erstes Staatsexamen (2008); Promotionsstudium in Köln mit Forschungsaufenthalt an der McGill University in Montreal; Mitarbeit an Investitionsschiedsverfahren und Wirtschaftsschiedsverfahren als Assistentin des Schiedsgerichts; Referendariat am Kammergericht; zweites Staatsexamen in Berlin (2012); seit 2013 Politikredaktion der Frankfurter Allgemeinen Zeitung.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG WORT.

e-ISBN PDF 978-3-16-152507-0

ISBN 978-3-16-152241-3

ISSN 1861-1893 (Jus Internationale et Europaeum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2013 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln im Wintersemester 2011/2012 als Dissertation angenommen. Für die Veröffentlichung ist die Arbeit auf den Stand von Anfang 2013 gebracht worden.

In dem Zeitraum von der ersten Beschäftigung mit dem Thema bis zum Erscheinen in der vorliegenden Fassung habe ich von verschiedenen Seiten Unterstützung und Hilfe erhalten, ohne die die Arbeit nicht in dieser Form hätte entstehen können. Mein erster Dank gilt meinem Doktorvater Professor Dr. Bernhard Kempen für die Begleitung des Dissertationsprojektes. Mit zahlreichen Diskussionen über investitionsrechtliche Fragestellungen und über die Methode wissenschaftlichen Arbeitens hat er die Entstehung maßgeblich gefördert. Auch die von Professor Kempen geleiteten Doktorandenseminare waren ebenfalls eine sehr wertvolle Bereicherung. Sehr herzlich danken möchte ich außerdem Professor Dr. Martin Hensler. Er hat nicht nur sehr zügig ein Zweitgutachten erstellt, sondern hat auch in den ersten Studienjahren mein Interesse an der rechtswissenschaftlichen Forschung geweckt. Die mehrjährige Tätigkeit als studentische und wissenschaftliche Hilfskraft an seinem Institut war für mich in jeder Hinsicht prägend und gewinnbringend.

Des Weiteren danke ich den Herausgebern Professor Dr. Thilo Marauhn und Professor Dr. Christian Walter für die Ausnahme in die Schriftenreihe „Jus Internationale et Europaeum“. Dem Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG WORT bin ich sehr dankbar für die großzügige Übernahme der Druckkosten. Mein Dank gilt auch der Kanzlei Osborne Clarke, die die Arbeit im Juni 2012 mit dem Preis für Internationales Recht ausgezeichnet hat. Ganz besonderen Dank schulde ich der Studienstiftung des deutschen Volkes, die mich während meines gesamten Studiums und Promotionsstudiums in vielfältiger Hinsicht sehr großzügig gefördert hat und der ich viele wertvolle Kontakte und Freundschaften verdanke.

Zum Gelingen des Dissertationsprojektes hat auch der sechsmonatige Forschungsaufenthalt an der der McGill University in Montreal entscheidend beigetragen, wofür ich Dean Nicholas Kasirer und Professor Armand de Mestral zu besonderem Dank verpflichtet bin. Die exzellent ausgestattete Bibliothek und der Austausch mit Professoren und Doktoranden, insbesondere im Rahmen der von Professor de Mestral geleiteten internationalen Forschungsgruppe, haben mir ermöglicht, die nordamerikanische Perspek-

tive auf das Investitionsrecht, vor allem die Erfahrungen mit dem NAFTA, in meine Arbeit einfließen zu lassen.

In Deutschland stand mit dem „Krickenberger Kreis“ ein einzigartiges Forum für fachliche Diskussionen in freundschaftlicher Verbundenheit zur Verfügung. Namentlich nennen möchte ich zunächst Professor Dr. Jörn Griebel, ohne den es diesen Kreis nicht gäbe und dessen Begeisterung für das Investitionsrecht ansteckend ist. Dr. Lars Markert hat mich durch seine kritischen Einlassungen immer wieder dazu angespornt, meine Ansätze und Ergebnisse zu überdenken. Die Diskussionen mit ihm haben mir entscheidende Impulse für meine Arbeit gegeben. Außerdem danke ich Dr. Tillmann Rudolf Braun für fachliche Auseinandersetzungen und Hilfe bei Beschaffung von Fachliteratur.

Als gewinnbringend für die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der Schiedsgerichtsbarkeit hat sich auch die dreijährige Tätigkeit als Assistentin von Herrn Professor Dr. Karl-Heinz Böckstiegel in mehreren internationalen Verfahren erwiesen. Durch die Teilnahme an mündlichen Verhandlungen mit den Parteien, Zeugenvernehmungen und Beratungen des Schiedsgerichts habe ich sehr wertvolle Einblicke in die Praxis der schiedsgerichtlichen Streitbeilegung erhalten.

Herzlichen Dank sagen möchte ich auch meinen Freunden und meiner Familie, die mich bei der Entstehung dieser Arbeit begleitet und mir über manche Frustrationen und Selbstzweifel hinweggeholfen haben. Dazu gehört insbesondere Dr. Christian Deckenbrock, auf dessen Hilfsbereitschaft und Loyalität ich mich immer verlassen konnte. Dr. Daniel Rubner danke ich für die liebevolle Unterstützung und unendliche Geduld in der Schlussphase der Arbeit. Er hat auch die Last des Korrekturlesens auf sich genommen. Meine Freunde Franziska Gräfin Grote, Julia Lampe, Dr. Michael Nauta, Dr. Johanna Servatius, Eda Tekin und Helene Volkensfeld haben mir während der Zeit der Promotion vielfältiger Weise geholfen und waren wertvolle Ratgeber für mich. Marcus Braun danke ich für die Hilfe bei den schwierigen Formatierungsarbeiten. Mein Großvater Dr. Alfred Thies hat die Entstehung dieser Arbeit stets mit großem Interesse verfolgt. Meiner Patentante Ingrid Scheckenbach danke ich für ihren wohlthuenden Zuspruch und ihre Anteilnahme. Am meisten danke ich meinen Eltern. Ihnen widme ich diese Arbeit.

Frankfurt am Main, im März 2013

Helene Bubrowski

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungen.....	XVII
Einführung	1
A. Problemstellung und Definition des Untersuchungsgegenstandes.....	8
B. Methodischer Ansatz	13
C. Rechtliche Rahmenbedingungen der Untersuchung	14
Erstes Kapitel: Konkurrierende Zuständigkeit von nationalen Gerichten und internationalen Schiedsgerichten	35
A. Rechtsschutzmöglichkeiten ausländischer Investoren	37
B. Zuständigkeit internationaler Schiedsgerichte und nationaler Gerichte	64
C. Zusammenfassung der Ergebnisse	125
Zweites Kapitel: Rolle nationaler Gerichte vor Einleitung eines Schiedsverfahrens	127
A. Pflicht zur Beschreitung des nationalen Rechtsweges.....	128
B. Möglichkeiten der Beschreitung des nationalen Rechtsweges	179
C. Zusammenfassung der Ergebnisse	219
Drittes Kapitel: Rolle nationaler Gerichte nach Abschluss eines Schiedsverfahrens	221
A. Aufhebung internationaler Investitionsschiedssprüche	222
B. Anerkennung und Vollstreckung internationaler Schiedssprüche .	276
C. Zusammenfassung der Ergebnisse	299
Zusammenfassende Thesen.....	301
Entscheidungsregister	309
Literaturverzeichnis	325
Stichwortverzeichnis.....	343

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungen.....	XVII
Einführung.....	1
A. Problemstellung und Definition des Untersuchungsgegenstandes	8
B. Methodischer Ansatz.....	13
C. Rechtliche Rahmenbedingungen der Untersuchung	14
I. <i>Materiell-rechtliche Quellen des Investitionsschutzes</i>	15
1. <i>Völkerrechtlicher Investitionsschutz</i>	15
2. <i>Vertragliche Absicherung von Investitionen</i>	18
3. <i>Investitionsschutz durch nationale Gesetze im Gaststaat</i>	22
II. <i>Rechtsdurchsetzung im internationalen Investitionsrecht</i>	23
1. <i>Investor-Staat-Schiedsverfahren</i>	24
2. <i>Diplomatischer Schutz</i>	27
3. <i>Rechtsschutz durch die nationale Gerichtsbarkeit</i>	31
Erstes Kapitel: Konkurrierende Zuständigkeit von nationalen Gerichten und internationalen Schiedsgerichten	35
A. Rechtsschutzmöglichkeiten ausländischer Investoren	37
I. <i>Unterscheidung zwischen treaty claims und contract claims</i>	37
1. <i>Charakteristika von contract claims und treaty claims</i>	38
2. <i>Problemstellung: Überschneidung der Rechts- und Tatsachengrundlagen</i>	40
3. <i>Lösungsansatz: Prima facie-Kontrolle des klägerischen Antrags</i> ..	41
4. <i>Zusammenfassung</i>	44
II. <i>Verflechtungen von treaty claims und contract claims</i>	44
1. <i>Verhältnis von Investor-Staat-Verträgen und IIA-Schirmklauseln</i> ..	45
a) <i>Rechtswirkung von Schirmklauseln</i>	46
b) <i>Rechtsnatur der Verträge im Schutzbereich von Schirmklauseln</i>	53

c) <i>Nicht unmittelbar mit dem Gaststaat geschlossene Verträge im Schutzbereich von Schirmklauseln</i>	56
d) <i>Zwischenergebnis</i>	59
2. <i>Verstoß gegen andere materielle IIA-Schutzbestimmungen</i>	59
a) <i>Abgrenzungskriterien in der schiedsgerichtlichen Praxis</i>	59
b) <i>Lösungsansatz: Abgrenzung ohne zusätzliche Kriterien</i>	61
III. <i>Zwischenergebnis</i>	63
B. <i>Zuständigkeit internationaler Schiedsgerichte und nationaler Gerichte</i>	64
I. <i>Zuständigkeit internationaler Schiedsgerichte</i>	65
1. <i>Schiedsvereinbarung als Zuständigkeitsvoraussetzung</i>	66
a) <i>Zustandekommen der Schiedsvereinbarung</i>	66
b) <i>Anforderungen an die Zustimmungserklärung des Gaststaates</i> ..	69
2. <i>Reichweite von IIA-Schiedsklauseln</i>	72
a) <i>Auf IIA-Streitigkeiten beschränkte Schiedsklauseln</i>	72
b) <i>Einbeziehung von Streitigkeiten außerhalb von IIA in den Anwendungsbereich von Schiedsklauseln</i>	74
aa) <i>Unterscheidung zwischen Zuständigkeitsgrundlage des Schiedsgerichts und Rechtsgrundlage der Klage</i>	74
bb) <i>Ausdrückliche Einbeziehung von Streitigkeiten außerhalb von IIA</i>	75
cc) <i>Schiedsklauseln ohne explizite Definition des Anwendungsbereichs</i>	76
a) <i>Auslegung der Klauseln durch die internationalen Schiedsgerichte</i>	77
β) <i>Lösungsansatz zur Auslegung weiter Schiedsklauseln</i>	78
γ) <i>Grenzen der Zuständigkeit für Streitigkeiten außerhalb von IIA</i>	82
c) <i>Zusammenfassung</i>	84
3. <i>Schiedsverfahrensrechtliche Regelungen in nationalen Investitionsgesetzen</i>	85
4. <i>Vertragliche Streitbeilegungsklauseln zugunsten internationaler Schiedsgerichte</i>	86
a) <i>Zuständigkeit internationaler Schiedsgerichte für contract claims</i>	86

b) <i>Einbeziehung anderer Streitigkeiten in den Anwendungsbereich vertraglicher Streitbeilegungsklauseln</i>	88
5. <i>Auswirkungen vertraglicher Streitbeilegungsklauseln zugunsten nationaler Gerichte auf das Verfahren vor internationalen Schiedsgerichten</i>	89
a) <i>Ansätze in der schiedsgerichtlichen Spruchpraxis</i>	89
b) <i>Dogmatische Betrachtung der Kollision von vertraglicher Gerichtsstandsvereinbarung und völkerrechtlicher Schiedsklausel</i>	92
aa) <i>Notwendigkeit einer differenzierenden Betrachtung</i>	92
bb) <i>Vertragliche Gerichtsstandsvereinbarungen und treaty claims</i>	94
cc) <i>Gerichtsstandsvereinbarungen und contract claims</i>	98
c) <i>Zusammenfassung</i>	101
6. <i>Zwischenergebnis</i>	102
II. <i>Zuständigkeit nationaler Gerichte</i>	102
1. <i>Vertragliche Streitbeilegungsklauseln zugunsten nationaler Gerichte</i>	103
a) <i>Auf Vertragsstreitigkeiten beschränkte Gerichtsstandsklauseln</i>	103
b) <i>Anwendungsbereich weiter Gerichtsstandsklauseln</i>	104
2. <i>Zuständigkeit nationaler Gerichte auf Grundlage von Investitionsabkommen</i>	106
a) <i>IIA-Streitbeilegungsklauseln zugunsten nationaler Gerichte</i> ..	106
b) <i>Keine ausdrückliche Zuweisung von IIA-Streitigkeiten an nationale Gerichte</i>	107
c) <i>Lösungsansatz: Zuständigkeit nationaler Gerichte über die innerstaatliche Wirkung des Völkerrechts</i>	108
aa) <i>Innerstaatliche Geltung von IIA-Vorschriften</i>	108
bb) <i>Unmittelbare Anwendbarkeit von IIA-Vorschriften</i>	113
a) <i>Grundsätzliche Eignung völkerrechtlicher Normen für die unmittelbare Anwendbarkeit</i>	114
β) <i>Rolle des nationalen Rechts für die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Normen</i>	117
γ) <i>Voraussetzung für die unmittelbare Anwendbarkeit und Übertragung der Ergebnisse auf IIA-Vorschriften</i>	117
cc) <i>Subjektiver Rechtsgehalt von IIA-Vorschriften</i>	120
d) <i>Zusammenfassung</i>	124

C. Zusammenfassung der Ergebnisse	125
Zweites Kapitel: Rolle nationaler Gerichte vor Einleitung eines Schiedsverfahrens	127
A. Pflicht zur Beschreibung des nationalen Rechtsweges	128
I. <i>Erfordernis der Rechtswegerschöpfung</i>	128
1. <i>Geschichte und Funktion des Erfordernisses der Rechtswegerschöpfung</i>	129
2. <i>Rechtsnatur des Erfordernisses der Rechtswegerschöpfung</i>	130
II. <i>Erfordernis der Rechtswegerschöpfung als prozessuale Voraussetzung einer internationalen Schiedsklage</i>	136
1. <i>Erfordernis der Rechtswegerschöpfung im allgemeinen Völkerrecht</i>	136
a) <i>Erfordernis der Rechtswegerschöpfung als Prinzip des Völkergewohnheitsrechts</i>	137
b) <i>Ausnahmen vom Erfordernis der Rechtswegerschöpfung</i>	138
c) <i>Abbedingung des Erfordernisses der Rechtswegerschöpfung</i> ..	140
2. <i>Erfordernis der Rechtswegerschöpfung im internationalen Investitionsrecht</i>	142
a) <i>Geltung der Local Remedies Rule im internationalen Investitionsrecht</i>	142
b) <i>Local Remedies Rule in ICSID-Verfahren</i>	146
aa) <i>Regel-Ausnahme-Verhältnis nach Artikel 26 des ICSID-Übereinkommens</i>	147
bb) <i>Ausdrückliche Vereinbarung der Local Remedies Rule</i>	148
cc) <i>Bedeutung von Meistbegünstigungsklauseln für Local Remedies-Klauseln</i>	149
c) <i>Local Remedies Rule in Schiedsverfahren außerhalb des ICSID-Übereinkommens</i>	151
aa) <i>Explizite Abbedingung in internationalen Investitionsabkommen</i>	151
bb) <i>Implizite Abbedingung der Local Remedies Rule</i>	151
a) <i>Abbedingung durch Gabelungsklauseln, Verzichtsklauseln und Verhandlungsklauseln</i>	152
β) <i>Abbedingung durch Einräumung eines direkten Klagerechts?</i>	154
d) <i>Zwischenergebnis</i>	155

III. <i>Materiell-rechtliche Funktion der Rechtswegerschöpfung</i>	155
1. <i>Rechtswegerschöpfung bei Klagen gegen Akte der Judikative</i>	156
a) <i>Ansätze in der schiedsgerichtlichen Spruchpraxis</i>	156
b) <i>Rechtswegerschöpfung als Voraussetzung für eine Rechtsverweigerung</i>	159
aa) <i>Inhalt des Verbots der Rechtsverweigerung</i>	159
bb) <i>Rechtswegerschöpfung als materielles Element der Rechtsverweigerung</i>	163
c) <i>Rechtswegerschöpfung als generelle Voraussetzung der Staatenverantwortlichkeit für Akte der Judikative?</i>	164
d) <i>Zwischenergebnis</i>	167
2. <i>Rolle nationaler Rechtsbehelfe gegen Akte der Exekutive</i>	167
a) <i>Ansätze in der schiedsgerichtlichen Spruchpraxis</i>	167
b) <i>Nutzung nationaler Rechtsbehelfe als Indiz für IIA-Verletzung?</i>	170
c) <i>Verfügbarkeit nationaler Rechtsbehelfe als Kriterium zur Abgrenzung von Vertragsverstößen und IIA-Verletzungen?</i>	172
d) <i>Grundsätzlicher Vorrang des nationalen Rechtsweges?</i>	174
3. <i>Zwischenergebnis</i>	177
B. <i>Möglichkeiten der Beschreitung des nationalen Rechtsweges</i>	179
I. <i>Rechtsgrundsätze res judicata und lis pendens im internationalen Investitionsrecht</i>	182
1. <i>Bedeutung von res judicata im Investitionsschiedsverfahren</i>	182
a) <i>Inhalt und Voraussetzungen von res judicata</i>	182
b) <i>Die Anwendbarkeit von res judicata auf Entscheidungen nationaler Gerichte</i>	187
aa) <i>Möglichkeit einer Schiedsklage nach Durchführung eines nationalen Gerichtsverfahrens</i>	188
bb) <i>Keine Bindung der Schiedsgerichte an Entscheidungen nationaler Gerichte</i>	190
2. <i>Bedeutung von lis pendens im Investitionsschiedsverfahren</i>	192
3. <i>Zwischenergebnis</i>	195
II. <i>Regelungen zur Koordination nationaler und internationaler Verfahren</i>	195
1. <i>Gabelungsklauseln in internationalen Investitionsabkommen</i>	196
a) <i>Inhalt und Funktionsweise von Gabelungsklauseln</i>	196
b) <i>Reichweite von Gabelungsklauseln</i>	198

aa) <i>Abgrenzung anhand der Rechtsgrundlage der Klage?</i>	199
bb) <i>Anwendbarkeit trotz unterschiedlicher Parteien im nationalen und im internationalen Verfahren?</i>	204
c) <i>Zwischenergebnis</i>	207
2. <i>Verzichtsklauseln in internationalen Investitionsabkommen</i>	208
a) <i>Inhalt und Funktionsweise von Verzichtsklauseln</i>	208
b) <i>Reichweite von Verzichtsklauseln</i>	211
aa) <i>Anforderungen an die Identität der Maßnahme</i>	211
bb) <i>Anforderungen an die Identität der Parteien</i>	213
c) <i>Zwischenergebnis</i>	214
III. <i>Einrede der Schiedsklausel gegen nationale Gerichtsverfahren</i> ..	215
1. <i>Art. 26 Satz 1 des ICSID-Übereinkommens</i>	215
2. <i>Durchsetzung von Schiedsklauseln nach nationalem Recht</i>	217
C. <i>Zusammenfassung der Ergebnisse</i>	219
Drittes Kapitel: Rolle nationaler Gerichte nach Abschluss eines Schiedsverfahrens	
221	
A. <i>Aufhebung internationaler Investitionsschiedssprüche</i>	222
I. <i>Funktion und Wirkung des Aufhebungsverfahrens</i>	224
1. <i>Aufhebungsverfahren zum Schutz verfassungsrechtlicher Garantien</i>	224
2. <i>Andere Angriffsmöglichkeiten gegen internationale Investitionsschiedssprüche</i>	228
a) <i>Korrektur, Interpretation und Ergänzung schiedsgerichtlicher Entscheidungen</i>	228
b) <i>Berufung gegen Schiedsgerichtsentscheidungen</i>	229
c) <i>Rüge der Unzuständigkeit des Schiedsgerichts</i>	231
d) <i>Bedeutung dieser Angriffsmöglichkeiten für die Sicherung verfassungsrechtlicher Verfahrensgarantien</i>	232
II. <i>Aufhebungsverfahren als Domäne des nationalen Rechts</i>	233
1. <i>Anwendbarkeit der nationalen Schiedsgesetze auf die Aufhebung von Investitionsschiedssprüchen</i>	233
2. <i>Dispositiver Charakter des Aufhebungsverfahrens?</i>	237
3. <i>Befristung und Verwirkung des Rechts auf Beantragung der Aufhebung</i>	240
4. <i>Aufhebungspflicht der nationalen Gerichte?</i>	241

III. <i>Aufhebungsgründe und ihre Auslegung durch die nationalen Gerichte</i>	242
1. <i>Regelungen in den nationalen Gesetzen</i>	243
a) <i>Überblick über die Aufhebungsgründe in den nationalen Gesetzen</i>	243
b) <i>Kategorisierung der Aufhebungsgründe</i>	245
aa) <i>Aufhebung mangels Zuständigkeit des Schiedsgerichts</i>	246
bb) <i>Aufhebung aufgrund von Verfahrensfehlern</i>	248
cc) <i>Aufhebung wegen des Inhalts der Entscheidung</i>	252
dd) <i>Aufhebung mangels Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes</i> ..	253
2. <i>Prüfung der Aufhebungsgründe durch die nationalen Gerichte</i>	254
a) <i>Auslegung der Aufhebungsgründe</i>	254
aa) <i>Problemstellung: Die Überdehnung der Aufhebungsgründe</i> ...	255
bb) <i>Grenzen der zulässigen Auslegung</i>	257
b) <i>Prüfungsumfang der nationalen Gerichte</i>	258
aa) <i>Problemstellung: Fehlerfreiheit oder Plausibilität?</i>	259
bb) <i>Prüfungsumfang hinsichtlich Rechtsfragen</i>	262
cc) <i>Prüfungsumfang hinsichtlich Tatsachenfeststellungen</i>	266
3. <i>Zwischenergebnis</i>	268
IV. <i>Vergleichende Analyse des ICSID-Aufhebungsverfahrens</i>	269
1. <i>ICSID-Aufhebungsgründe und ihre Auslegung durch schiedsgerichtliche Ad hoc-Ausschüsse</i>	269
2. <i>Vergleichbare Kontrolle durch nationale Gerichte und durch ICSID-Schiedsgerichte?</i>	274
B. <i>Anerkennung und Vollstreckung internationaler Schiedssprüche</i>	276
1. <i>Anerkennung und Vollstreckung als Domäne des nationalen Rechts</i>	277
1. <i>Freiwillige Befolgung oder zwangsweise Durchsetzung internationaler Schiedssprüche</i>	278
2. <i>Abgrenzung zwischen Exequatur, Vollstreckung und Anerkennung</i>	279
a) <i>Exequatur als Voraussetzung für das Vollstreckungsverfahren</i>	279
b) <i>Anerkennung von Schiedssprüchen</i>	281
c) <i>Vollstreckung von Schiedssprüchen</i>	282
3. <i>Anwendbares Recht im Exequaturverfahren</i>	282

II. <i>Ausmaß der gerichtlichen Kontrolle im Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren</i>	285
1. <i>Sonderregime für ICSID-Entscheidungen</i>	286
a) <i>Keine gerichtliche Prüfungskompetenz im Exequaturverfahren</i>	286
b) <i>Staatenimmunität als Vollstreckungshindernis</i>	288
2. <i>Prüfungskompetenz nationaler Gerichte über Investitionsschiedssprüche außerhalb des ICSID-Übereinkommens</i>	293
a) <i>Versagungsgründe des New Yorker Übereinkommens und seine Vorbildfunktion für nationale Gesetze und völkerrechtliche Abkommen</i>	293
b) <i>Auslegung der Versagungsgründe und der Prüfungsumfang nationaler Gerichte</i>	296
3. <i>Zwischenergebnis</i>	298
C. <i>Zusammenfassung der Ergebnisse</i>	299
Zusammenfassende Thesen	301
Entscheidungsregister	309
Literaturverzeichnis	325
Stichwortverzeichnis	343

Abkürzungen

a.A.	andere Ansicht
a.E.	am Ende
Abs.	Absatz
Am. J. Int'l L.	American Journal of International Law
Am. Rev. Int'l Arb.	American Review of International Arbitration
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Arb. Int'l	Arbitration International
Art.	Artikel
ASA	Association Suisse de l'Arbitrage
ASEAN	Association of Southeast Asian Nations
Austrian Arb. Y.B.	Austrian Arbitration Yearbook
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BIT	Bilateral Investment Treaty
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BYIL	British Yearbook of International Law
bzw.	beziehungsweise
c/	contre
Cal. W. Int'l L. J.	California Western International Law Journal
Can. Y.B.I.L.	Canadian Yearbook of International Law
Cardozo J. Int'l & Comp. L.	Cardozo Journal of International & Comparative Law
Ch.	Chambre
Chi. J. Int'l L.	Chicago Journal of International Law
Cir.	Circuit
civ.	civil, civile
Colum. J. Transnat'l L.	Columbia Journal of Transnational Law
Contemp. Asia Arb. J.	Contemporary Asia Arbitration Journal
d.	des, der
ders.	derselbe, dieselbe
Dunl. (Ct. of Sess.)	Dunlop Bell & Murray's Reports, Second Series Session Cases
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt
ECT	Energy Charter Treaty vom 17.12.1994

ebd.	ebenda
EGMR	Europäische Menschenrechtskonvention vom 4.11.1950
EJIL	The European Journal of International Law
EPIL	Encyclopedia of Public International Law
EuGH	Europäischer Gerichtshof
evtl.	eventuell
f.	folgend
ff.	folgende
F. 2d, 3d	Federal Reporter 2d Series, 3d Series
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
F.Supp.	Federal Supplement
F.Supp. 2d	Federal Supplement 2d Series
FTA	Free Trade Agreement
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
Harv. Int'l L.J.	Harvard International Law Journal
Harv. JLPP	Harvard Journal of Law & Public Policy
Hastings Int'l & Comp. L. Rev.	Hastings International & Comparative Law Review
i.d.R.	in der Regel
I.L.M.	International Legal Materials
i.S.d.	im Sinne des/der
i.V.m.	in Verbindung mit
ICC	International Chamber of Commerce
ICJ	International Court of Justice
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
ICSID Rev. – FILJ	ICSID Review – Foreign Investment Law Journal
IGH	Internationaler Gerichtshof
IGH-Statut	Statut des Internationalen Gerichtshofs vom 26.6.1945 (BGBl. 1973 II, 505)
IIA	Internationales Investitionsabkommen
ILA	International Law Association
ILC	International Law Commission
ILM	International Legal Materials
Int'l & Comp. L. Q.	International & Comparative Law Quarterly
IPrax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
J. Int'l Arb.	Journal of International Arbitration
JIDS	Journal of International Dispute Settlement
JWI	The Journal of Investment
JWIT	The Journal of World Investment & Trade
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht

LPICT	The Law and Practice of International Courts and Tribunals
lit.	Buchstabe
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Mealy's Int'l Arb. Rep.	Mealy's International Arbitration Reporter
Minn. J. Int'l L.	Minnesota Journal of International Law
MünchKomm	Münchener Kommentar
N.Y. L.J.	New York Law Journal
N.Y.U. J. Int'l & Pol.	New York University Journal of International Law and Politics
NAFTA	North American Free Trade Agreement vom 17.12.1992
New Yorker Übereinkommen	New Yorker (UN-)Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10.6.1958 (BGBl. 1961 II, 121)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OLG	Oberlandesgericht
PCA	Permanent Court of Arbitration
PCIJ	Permanent Court of International Justice
RdC	Receuil des Cours
RDILC	Revue de Droit International et de Legislation Comparée
Rev. Arb.	Revue de l'arbitrage
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIAA	Reports of International Arbitral Awards
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
s.	siehe
S. Ct.	Supreme Court Reporter
s.o.	siehe oben
s.u.	siehe unten
SAR	Stockholm Arbitration Report
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahrensrecht
SCC	Stockholm Chamber of Commerce
Scot.	Scotland
Sec.	Section
SIAR	Stockholm International Arbitration Review
sog.	sogenannter, sogenannte
StIGH	Ständiger Internationaler Gerichtshof
TDM	Transnational Dispute Management
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review

u.a.	unter anderem
UN	United Nations
UN-Charta	Charta der Vereinten Nationen vom 26.6.1945 (BGBl. 1973 II, 430)
UN-Doc.	United Nations Document
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
UNTS	United Nations Treaty Series
U.S.	United States Reports
v.	versus
v.a.	vor allem
Va. J. Int'l L.	Virginia Journal of International Law
Verf.	Verfasserin
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
WM	Wertpapier-Mitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WTO	World Trade Organization
WVK	Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge vom 23.5.1969 (BGBl. 1985 II, 927)
YBAM	Yearbook on Arbitration and Mediation
YBILC	Yearbook of the International Law Commission
YCA	Yearbook of Commercial Arbitration
YJIL	Yale Journal of International Law
z.B.	zum Beispiel
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
zust.	zustimmend
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaften

Einführung

*Here is the difference: arbitration is an alternative to courts, but international arbitration is a monopoly – and that makes it a different creature.*¹

Die These von der Monopolstellung internationaler Schiedsgerichte bei transnationalen Wirtschaftsstreitigkeiten basiert auf einer grundsätzlichen Skepsis gegenüber der nationalen Gerichtsbarkeit fremder Staaten. Streiten sich zwei Angehörige desselben Staates, gibt es in der Regel keinen Anlass, an der Neutralität eines nationalen Gerichts ernsthaft zu zweifeln. Grundlegend anders gestaltet sich die Interessenlage, wenn Personen unterschiedlicher Nationalität involviert sind. Bei Streitigkeiten wird jede Partei die eigene Gerichtsbarkeit den Gerichten der anderen Partei vorziehen. Dahinter steht nicht nur der – je nach Einzelfall begründete oder unbegründete – Verdacht der Parteilichkeit zu Gunsten des Inländers. Die Gerichte eines fremden Staates können sich auch deshalb als nachteilig für einen Ausländer erweisen, weil er häufig das Rechts- und Gerichtssystem nicht kennt und die Sprache nicht beherrscht.² Auf Augenhöhe begegnen sich die Parteien nur vor einem internationalen Schiedsgericht.

Dieser Schluss gilt umso mehr, wenn eine der Parteien ein Staat mit eigener Gerichtsbarkeit ist, die andere Partei aber eine Privatperson. So verhält es sich im Bereich der Auslandsinvestitionen bei Konflikten zwischen Gaststaaten und Investoren aus anderen Staaten. Investitionen im Ausland gehen zurück auf die Zeit nach Beginn der Dekolonialisierung in Lateinamerika in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts; ihre Anzahl und ihr Volumen haben sich im Laufe des 20. Jahrhunderts, vor allem nach Ende des Zweiten Weltkrieges, erheblich vergrößert.³ Der Fluss ausländischer Direktinvestitionen betrug im Jahr 2011 etwa 1,5 Billionen US-Dollar, für das Jahr 2012 liegen Schätzungen bei 1,6 Billionen US-Dollar, Voraussa-

¹ Paulsson, SIAR 2 (2008), 1.

² Abaza-Uhrberg, Streiterledigungssystem des NAFTA, S. 129.

³ Siehe zur Geschichte von Auslandsinvestitionen und ihrer Entwicklung in unterschiedlichen Staaten *Newcombe/Paradell*, Law and Practice of Investment Treaties, S. 3 ff.; *Sornarajah*, International Law on Foreign Investment, S. 19 ff.; *Zagel*, Auslandsinvestitionen in Lateinamerika, S. 21 ff. Zu den Veränderungen der Investitionsströme in jüngerer Zeit siehe *Braun*, Investor als partielles Subjekt im internationalen Investitionsrecht, S. 18 f.

gen sehen den Gesamtwert der Auslandsinvestitionen im Jahr 2013 sogar bei 1,8 Billionen US-Dollar.⁴ Die Investoren sind bei ihren Unternehmungen im Ausland erheblichen politischen und wirtschaftlichen Risiken ausgesetzt.⁵ Kriterien für die Beurteilung des Investitionsklimas sind die wirtschaftliche Situation, die politische Stabilität und die Rechtssicherheit.⁶ Ob sie vor nationalen Gerichten effektiven Rechtsschutz erhalten, ist von der Funktionsfähigkeit eines Systems abhängig, auf das sie selbst keinen Einfluss haben.⁷ Bei Beeinträchtigungen durch den Gaststaat ist die Klage vor nationalen Gerichten in der Regel eine wenig attraktive Option, denn die staatlichen Gerichte sind Organe des Gaststaates und stehen damit gleichsam im „Lager des Beklagten“.⁸ Es hängt von dem jeweiligen Justizsystem ab, ob die Furcht vor fehlender Unabhängigkeit und politischer Einflussnahme auf die nationale Gerichtsbarkeit im Einzelfall begründet ist – verständlich ist sie immer.⁹

Das internationale Investitionsrecht trägt diesen Bedenken Rechnung.¹⁰ Seine primäre Aufgabe besteht darin, die Macht, die die Gaststaaten kraft ihrer Souveränität inne haben, rechtlich zu begrenzen und die Investoren vor einem missbräuchlichen Umgang mit dieser Macht zu schützen. Die Entwicklungen der vergangenen fünfzig Jahre werden überwiegend als „Erfolgsgeschichte“ bezeichnet.¹¹ Maßgeblich für diese Bewertung ist eine

⁴ Zahlen bei UNCTAD, World Investment Report (2012), S. 2, 16. Vor Beginn der Wirtschafts- und Finanzkrise im Jahr 2007 erreichten die weltweiten Investitionsflüsse ihr bislang höchstes Niveau bei knapp zwei Billionen US-Dollar.

⁵ Zu den Risiken von Auslandsinvestitionen siehe *Besch*, Schutz von Auslandsinvestitionen, S. 5 f.; *Griebel*, Internationales Investitionsrecht, S. 1 ff.; *Zagel*, Auslandsinvestitionen in Lateinamerika, S. 33 ff.; zur Enteignung im Besonderen siehe *Salacuse/Sullivan*, 46 Harv. Int'l L. J. (2005), 67, 75.

⁶ *Zagel*, Auslandsinvestitionen in Lateinamerika, S. 33.

⁷ *Brower/Steven*, 2 Chi. J. Int'l L., 1 (2001), 193, 196.

⁸ Vgl. *Amco v. Indonesia*, Award, 20 November 1984, 1 ICSID Reports (1993), 413, 460: „One of the reasons for instituting an international arbitration procedure is precisely that parties – rightly or wrongly – feel often more confident with a legal institution which is not entirely related to one of the parties.“

⁹ Zu den Vorbehalten von Investoren gegen die nationale Gerichtsbarkeit des Gaststaates siehe *Parra*, 12 ICSID Rev. – FILJ (1997), 287, 289; *Rubins/Kinsella*, Political Risk and Dispute Resolution, S. 185; *Schill*, in: Waibel/Kaushal/Chung/Balchin (Hrsg.), The Backlash against Investment Arbitration, S. 29, 33.

¹⁰ *Newcombe/Paradell*, Law and Practice of Investment Treaties, S. 3 ff. und *Sornarajah*, International Law on Foreign Investment, S. 19 ff. zeichnen die Entwicklungsgeschichte des internationalen Investitionsrechts seit ihren Anfängen in der Kolonialzeit nach.

¹¹ So die Bezeichnung *Griebel*, KSzW 2011, 99; so auch *Diehl*, in: Knahr/Reinisch (Hrsg.), Aktuelle Probleme und Entwicklungen im Internationalen Investitionsrecht, S. 9, die hinsichtlich der Entwicklungsgeschichte des „Spinnennetzes der BITS“ von einem

zunehmende Verrechtlichung¹² und Entpolitisierung¹³ des Verhältnisses zwischen ausländischen Investoren und Gaststaaten. Ein Netz von weltweit gut 3.000 internationalen Investitionsabkommen (nachfolgend „IIA“) ¹⁴ und unzähligen Investor-Staat-Verträgen normieren materiell-rechtliche Schutzstandards für ausländische Investitionen.¹⁵ Mit dem Investor-Staat-Schiedsverfahren steht den Parteien ein Streitbeilegungsmechanismus zur Verfügung, der die effektive Durchsetzung der Investorenrechte gewährleistet und von der Mitwirkung der Heimatstaaten abkoppelt. Ende 2011 waren insgesamt 450 Investitionsschiedsverfahren bekannt, von denen 46 allein im Jahr 2011 angestrengt worden sind.¹⁶ 89 Staaten waren bislang in Investitionsschutzschiedsverfahren involviert.¹⁷

Es wäre jedoch ein Trugschluss zu meinen, mit dem Siegeszug der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit hätten die nationalen Gerichte ihren Einfluss auf die Beilegung investitionsrechtlicher Streitigkeiten vollständig verloren. Die Schiedsgerichtsbarkeit ist zwar ein *aliud* zur nationalen Gerichtsbarkeit, die völkerrechtliche und nationalstaatliche Streitbeilegung sind aber auf mannigfaltige Weise ineinander verzahnt. Zum einen definieren die Staaten selbst, ob und unter welchen Voraussetzungen sie auf ihre Jurisdiktionsimmunität verzichten und sich der Zuständigkeit eines internationalen Schiedsgerichts bei Klagen ausländischer Investoren unterwerfen.¹⁸ Sie können die Zustimmung zur Durchführung eines Schiedsverfahrens auch bedingt erteilen und den Investoren vor Beginn eines

„Erfolgsmodell“ spricht; ähnlich *Reinisch*, in: Waibel/Kaushal/Chung/Balchin (Hrsg.), *The Backlash against Investment Arbitration*, S. 113.

¹² *Schneiderman*, *Constitutionalizing Economic Globalization*, S. 4, der das internationale Investitionsrecht als verfassungsähnlich („constitution-like“) bezeichnet.

¹³ *Shihata*, 1 ICSID Rev. – FILJ 1 (1986), 1

¹⁴ Angemerkt sei an dieser Stelle, dass die Begriffe internationales Investitionsabkommen („IIA“) und Bilateral Investment Treaty („BIT“) nicht deckungsgleich sind. Während unter den Begriff BIT lediglich bilaterale Abkommen zwischen zwei Staaten zum Schutz von Investitionen fallen, erfasst der Oberbegriff IIA auch multilaterale Abkommen. Ebenso wie in den UNCTAD-Berichten werden in dieser Arbeit auch die Investitionskapitel von Freihandelsabkommen (nachfolgend „FTA“) wie etwa das NAFTA, unter den Begriff des IIA subsumiert.

¹⁵ Zur Bedeutung von internationalen Investitionsabkommen auf die Entwicklung der Investitionsströme siehe UNCTAD, *Role of IIA in Attracting FDI*, S. 29 ff.

¹⁶ Siehe Zahlen bei UNCTAD, *Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement* (2012), S. 2. Neuere Zahlen zufolge wurden bis Ende 2012 allein 419 Fälle beim International Centre for the Settlement of Investment Disputes („ICSID“) registriert, siehe ICSID, *Caseload Statistics*, S. 7. Das ICSID wurde auf Grundlage der *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* („ICSID-Übereinkommen“) vom 18. März 1969 errichtet, siehe dazu unten S. 25 f.

¹⁷ Siehe Zahlen bei UNCTAD, *Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement* (2012), S. 2.

¹⁸ *Markert*, *Streitschlichtungsklauseln in Investitionsschutzabkommen*, S. 24 f.

Schiedsverfahrens vorschreiben, den nationalen Rechtsweg einzuschlagen oder gar zu erschöpfen. Zum anderen können Investoren versucht sein, nicht nur eine Schiedsklage zu erheben, sondern vor Beginn des Schiedsverfahrens, gleichzeitig oder nach seinem Abschluss auch einen nationalen Rechtsbehelf einzulegen, um Rechtsschutz gegen belastendes Handeln des Gaststaates zu erlangen.

Darüber hinaus gebietet das nationale (Verfassungs-)Recht eine Einmischung der nationalen Gerichte in die schiedsgerichtliche Streitbeilegung, um ein Mindestmaß an staatlicher Kontrolle auszuüben. Im Rahmen ihrer Privatautonomie können sich die Streitparteien der Entscheidungsgewalt der staatlichen Gerichtsbarkeit zwar entziehen. Zum deutschen Recht wird allgemein formuliert, die staatliche Justizgewährleistungspflicht begründe kein staatliches Rechtsprechungsmonopol; Art. 92 ff. GG stünden der Einrichtung einer privaten Schiedsgerichtsbarkeit daher nicht entgegen.¹⁹ Die nationalen Rechtsordnungen definieren aber die Zulässigkeitsgrenzen der privaten Gerichtsbarkeit, die grundsätzlich sowohl für Schiedsverfahren zwischen Privaten als auch für Verfahren mit Beteiligung eines Staates gelten. In der deutschen Rechtsordnung ergeben sich die Grenzen der privatautonomen Gestaltung aus den Grundrechten, namentlich den grundrechtlichen Schutzpflichten.²⁰ Daraus folgt, dass das Verfahren rechtsstaatlichen Mindestanforderungen genügen muss.²¹ Verboten ist zudem eine Privatisierung des sogenannten „Kernbereichs“ materieller Rechtsprechungsaufgaben;²² mit anderen Worten darf die Schiedsgerichtsbarkeit nicht zu einer „Aushöhlung der staatlichen Gerichtsbarkeit

¹⁹ Vgl. BGH, Urteil vom 3. Juli 1975, BGHZ 65, 59, 61; *Detterbeck*, in: Sachs, GG, Art. 92, Rn. 28; *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, S. 69 ff.; *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 92 Rn. 87; *Meyer*, in: Münch/Kunig, GG, Art. 92 Rn. 11; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 92 Rn. 50.

²⁰ *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 92 Rn. 88; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 92 Rn. 51.

²¹ *Sonnauer*, Die Kontrolle der Schiedsgerichte durch die staatlichen Gerichte, S. 6, weist darauf hin, dass auch ein Mindestmaß an Kontrolle durch die staatliche Gerichtsbarkeit grundsätzlich auch im Interesse der Parteien stehe, da anderenfalls kein Schutz gegen willkürliche Entscheidungen bestehe.

²² Zum Begriff des „Kernbereichs“ siehe BVerfG, Beschluss vom 16. Juli 1969, BVerfGE 27, 18, 29; *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, S. 65 ff.; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 92 Rn. 39 ff. *Detterbeck*, in: Sachs, GG, Art. 92 Rn. 29, sieht in den §§ 1025 ff. ZPO eine zu weit reichende Privatisierung der Rechtsprechung; im Hinblick darauf, dass jeder vermögensrechtliche Anspruch Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein kann, stuft er diese Vorschriften als verfassungsrechtlich bedenklich ein.

führen“.²³ Über die Einhaltung der Grenzen der Privatautonomie wacht die öffentliche Gewalt, insbesondere die Judikative, im Wege der Überprüfung von Schiedssprüchen im Aufhebungs- und Vollstreckungsverfahren.²⁴

Die Bedeutung der nationalen Gerichte für die investitionsrechtliche Streitbeilegung ist schließlich bedingt durch die Kritik am wirtschaftlichen Globalisierungsprozess im Allgemeinen²⁵ und den Zweifeln an der Legitimität und Ausgewogenheit des Investor-Staat-Schiedsverfahrens im Besonderen.²⁶ Mit der steigenden Anzahl der Investor-Staat-Verfahren werden die Stimmen lauter, die anprangern, dass private Schiedsgerichte über hoheitliches Handeln von Gaststaaten entscheiden, obwohl sie – anders als staatliche Gerichte – nicht dem Wohl der Allgemeinheit verpflichtet seien („private fora for public issues“).²⁷ Bedenken bestehen insbesondere in Fällen, in denen sich die Klage des Investors gegen regulative Tätigkeit im öffentlichen Interesse, etwa Maßnahmen zum Umwelt- oder Gesundheitsschutz, richtet.²⁸ Aus Angst vor Schadensersatzklagen der Investoren, so die Befürchtung, könnten die Gaststaaten auch davon abgehalten werden, zum Wohle der Allgemeinheit tätig zu werden. Darüber hinaus bestehen

²³ So die Worte des Abgeordneten im Parlamentarischen Rat *De Chapeaurouge*, vgl. den Abdruck des Protokolls der 3. Sitzung vom 22. Oktober 1948 bei Schneider (Hrsg.), Das Grundgesetz: Dokumentation seiner Entstehung, S. 252 f.

²⁴ Zum Ausmaß der staatlichen Kontrolle im Aufhebungs- und Vollstreckungsverfahren siehe unten 3. Kapitel, S. 242 ff. und S. 285 ff.

²⁵ Das facettenreiche Spektrum der Globalisierungskritik kann hier nicht dargestellt werden. Ein Kernpunkt der Debatte sind die sogenannten „dirty investments“ – das sind Investitionen, die zu massiven Umweltverschmutzungen und Gesundheitsgefahren im Gaststaat führen. Ein aktuell diskutiertes Beispiel ist die vom Ölkonzern Shell in Nigeria verursachte Ölpest in den Jahren 2005 bis 2007, die Anlass des Rechtsstreites zwischen nigerianischen Bauern und dem britisch-niederländischen Mutterkonzern vor einem niederländischen Zivilgericht war; die Klage der Bauern wurde im Januar 2013 in den meisten Punkten abgewiesen. Zu „dirty investments“ und zu umweltpolitischen Bedenken siehe *Sornarajah*, International Law on Foreign Investment, S. 225 ff.; zum Thema Fehlverhalten von Investoren siehe *Newcombe*, in: De Mestral/Lévesque (Hrsg.), Improving IIA, S. 195 ff. Die Rolle des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung untersucht *Hobe*, 37 AöR (1999), 253.

²⁶ *Atik*, in: Weiler (Hrsg.), NAFTA Investment Law and Arbitration, S. 135, 140; *Van Harten*, Investment Treaty Arbitration and Public Law, S. 5. Eine Zusammenfassung der Argumente der Kritiker findet sich bei *Schill*, in: Waibel/Kaushal/Chung/Balchin (Hrsg.), The Backlash against Investment Arbitration, S. 29, 30.

²⁷ *Atik*, in: Weiler (Hrsg.), NAFTA Investment Law and Arbitration, S. 135, 140.

²⁸ Zur Problematik des Ausgleichs zwischen Investoren- und staatlichen Regulierungsinteressen siehe *Kulick*, Global Public Interest in International Investment Law, *passim*; *Markert*, in: Bungenberg/Griebel/Hindelang (Hrsg.), Internationaler Investitionsschutz und Europarecht, S. 243; *Ranieri/Holbein*, in: Holbein/Musch (Hrsg.), NAFTA Chapter 11 Investor-State Arbitration, S. 1 ff.; *Weiler*, 24 Hastings Int'l & Comp. L. Rev. (2001) 173 ff.

Einwände wegen fehlender oder beschränkter Transparenz der schiedsgerichtlichen Streitbeilegung.²⁹ Zum Teil wird sogar geltend gemacht, die Gaststaaten büßten auf diese Weise einen Teil ihrer Souveränität ein.³⁰ Die Austritte Boliviens und Ecuadors aus dem ICSID-Übereinkommen³¹ und die Kündigungen bilateraler Investitionsabkommen³² sind als Reaktionen auf diese empfundenen Missstände zu bewerten.³³

²⁹ Siehe *Blackaby*, in: Kaufmann-Kohler/Stucki (Hrsg.), *Investment Treaties and Arbitration*, S. 145 ff., mit Nachweisen von Zeitungsartikeln, darunter ein Ausschnitt der *New York Times* vom 11. März 2002, in dem es heißt: „Their meetings are secret. Their members are generally unknown. The decisions they reach need not be fully disclosed. Yet the way a group of international tribunals handles disputes between investors and foreign governments can lead to national laws being revoked and environmental regulations changed.“ Auf die Kritik an mangelnder Transparenz reagierte das ICSID mit einer Neufassung der Schiedsregeln im Jahr 2006, die nunmehr die Veröffentlichung der wesentlichen Entscheidungsgründe unabhängig vom Einverständnis der Parteien vorsehen und die Zulassung von *Amici Curiae* erleichtern. Ähnliche Änderungen werden derzeit für die UNCITRAL Schiedsregeln diskutiert. Siehe zur Transparenz im Investitionsschiedsverfahren insgesamt *Delaney/Magraw*, in: Muchlinski/Ortino/Schreuer (Hrsg.), *Handbook of International Investment Law*, S. 721 ff.

³⁰ Vgl. dazu *McIlroy*, 3 *JWI* 1 (2002), 127, 134 ff.; *Park*, in: Kaufmann-Kohler/Stucki (Hrsg.), *Investment Treaties and Arbitration*, S. 9, 24 ff. Nach überwiegender Auffassung stellt die Beschränkung hoheitlicher Handlungsfreiheit durch das Eingehen völkerrechtlicher Verpflichtungen allerdings keinen Verlust der Souveränität dar, sondern gerade die Ausübung derselben, siehe *Kempen*, in: FS Schiedermaier, S. 783, 792: „Die Staaten sind souverän, weil sie ihre Macht dem Primat des Rechts unterordnen“; so auch *Brownlie*, *Principles of Public International Law*, S. 290. Zum Verhältnis zwischen staatlicher Souveränität und internationaler Streitbeilegung siehe auch *Chayes/Handler Chayes*, *The New Sovereignty* S. 24 ff. sowie *Cunningham*, 24 *Canada-United States Law Journal* (1998), S. 103 ff.

³¹ Bolivien kündigte seine Mitgliedschaft gem. Art. 71 ICSID-Übereinkommen zum 3. November 2007, Ecuador erklärte seine Kündigung mit Wirkung zum 7. Januar 2010; vgl. zur Rechtslage hinsichtlich der Kündigung des ICSID-Übereinkommens *Schreuer*, in: Waibel/Kaushal/Chung/Balchin (Hrsg.), *The Backlash against Investment Arbitration*, S. 535 ff.; *Tietje/Nowrot/Wackernagel*, *Denunciation of ICSID*, S. 1 ff. Im Januar 2013 gab es zudem Meldungen in der Presse, denen zufolge auch Argentinien über einen Austritt aus dem ICSID-Übereinkommen nachdenkt.

³² Ecuador kündigte im Jahr 2008 insgesamt neun bilaterale IIA, in der Mehrheit solche mit seinen Nachbarstaaten; auch der El Salvador-Nicaragua BIT und der Bolivien-Niederlande BIT wurden aufgehoben; vgl. zu dieser Entwicklung UNCTAD, *Recent Developments in International Investment Agreements* (2009), S. 6. Im September 2012 kündigte auch Südafrika den BIT mit Belgien und Luxemburg; eine sog. Sunset-Klausel sieht aber vor, dass die Vorschriften des Abkommens für bestehende Investitionen noch die kommenden zehn Jahre weiter gelten; vgl. dazu *Investment Treaty News*, *International Institute for Sustainable Development*, News of 30 October 2012

³³ Vgl. die Stellungnahme der bolivianischen Regierung zur Kündigung des ICSID-Übereinkommens „ICSID’s alleged bias towards corporations, the lack of substantive appeals mechanism for arbitration rulings, and the confidentiality of arbitration hearings

Während in Entwicklungsländern schon seit Beginn der Investitionstätigkeit Kritik an ausländischen Investoren als „Kolonialherren in neuem Gewand“ geübt wurde, ist in jüngerer Zeit auch in Industriestaaten ein Wechsel der Perspektive auf das Investitionsrecht und insbesondere die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit zu verzeichnen. Die Zurückhaltung tritt durch eine veränderte Vertragspraxis in Erscheinung, Beispiele dafür sind der Ausschluss oder die Erschwerung von Investor-Staat-Verfahren³⁴ und die Einführung genereller Ausnahmeklauseln in Investitionsabkommen.³⁵ Hintergrund ist eine Veränderung im Gefüge der internationalen Investitionsbeziehungen. Die traditionelle Nord-Süd-Ausrichtung des Investitionsflusses von Industriestaaten in Entwicklungsländer ist überholt.³⁶ Entwicklungs- und Schwellenländer treten zunehmend als Kapitalexporthoren in Erscheinung.³⁷ Industriestaaten sind heute häufig Gaststaaten ausländischer Investoren. In dieser Rolle sind sie daher auch Klagen vor internationalen Schiedsgerichten ausgesetzt. Insgesamt 18 Industrienationen standen bereits auf Beklagtenseite³⁸ – jüngst auch die Bundesrepublik Deutschland.³⁹ Die USA und Kanada waren seit dem Inkrafttreten des NAFTA im Jahre 1994 wiederholt Beklagte in internationalen Schiedsverfahren,⁴⁰ was in-

charged with resolving matters of public interest“, siehe *Cabrera Diaz*, Investment Treaty News, 27 May 2007.

³⁴ Im Australien-USA Freihandelsabkommen vom 1. Januar 2005 ist die Durchführung von Investor-Staat-Schiedsverfahren nicht vorgesehen; vgl. dazu *Dodge*, 39 Vand. J. Transnat'l. L. (2006), 1 ff.

³⁵ Vgl. etwa Art. 10 des kanadischen Muster-BIT. Zu Ausnahmeklauseln in IIA siehe *Newcombe*, in: De Mestral/Lévesque (Hrsg.), *Improving IIA*, S. 267 ff.

³⁶ Siehe dazu *Braun*, Investor als partielles Subjekt im internationalen Investitionsrecht, S. 22 ff. m.w.N.

³⁷ Die Aufteilung der Welt in Industriestaaten, Schwellenländer und Entwicklungsländer ist daher zwar überholt, wird hier aber aus Gründen der Vereinfachung beibehalten. China etwa ist nach Angaben des Internationalen Währungsfonds noch ein Schwellenland (siehe <http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2010/02/weodata/groups.htm>), hat aber weltweit nach Deutschland am zweitmeisten Investitionsabkommen abgeschlossen; zum chinesischen Investitionsschutz siehe *Gallagher/Shan*, Chinese Investment Treaties, *passim*; *Shill*, 15 Cardozo J. Int'l & Comp. L. (2007), 73. Zur Definition des Begriffs Entwicklungsland siehe *Zagel*, Auslandsinvestitionen in Lateinamerika, S. 29; zu Investitionen in Entwicklungsländern allgemein siehe *Hesse*, Das rechtliche Umfeld für ausländische Direktinvestitionen in Entwicklungsländern, *passim*.

³⁸ UNCTAD, Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement (2012), S. 2.

³⁹ Siehe *Vattenfall v. Germany I*, Award, 11 March 2011. Am 31. Mai 2012 reichte Vattenfall erneut eine Schiedsklage gegen Deutschland wegen der Entscheidung der Bundesregierung im März 2011, auf die Erzeugung von Atomenergie zu verzichten, und der nachfolgenden Novelle des Atomgesetzes (BGBl. I S. 1704 (Nr. 43)) (sog. Atomausstieg) ein (*Vattenfall v. Germany II*). Eine Entscheidung ist bislang nicht ergangen.

⁴⁰ Diese Situation war für beide Staaten zunächst allerdings ebenso unerwünscht wie unerwartet. Das Vorgängerabkommen zum NAFTA (das USA-Canada Free Trade Agree-

nenpolitisch zu massiven Protesten gegen das NAFTA führte.⁴¹ Der Kritik vonseiten der Industriestaaten unterstellen *Aguilar Alvarez* und *Park* zu recht eine gewisse Doppelmoral und kommentieren: „Changing hats from a capital exporter’s fedora to a host state’s sombrero, each country has come to a new appreciation of the predicaments experienced by capital importers.“⁴²

A. Problemstellung und Definition des Untersuchungsgegenstandes

Das internationale Investitionsrecht ist eine schillernde Materie. Es bildet die Schnittstelle von Völkerrecht und nationalem Recht, bedient sich der Regeln der Handelsschiedsgerichtsbarkeit und eigener Mechanismen für die Streitbeilegung. Es involviert Staaten und Private, betrifft hoheitliches Handeln und wirtschaftliche Unternehmungen, verkörpert private und öffentliche Interessen. Eine Auseinandersetzung mit diesen Friktionen ist inhaltlich wie methodisch eine Herausforderung.

Diese Arbeit widmet sich dem Verhältnis zwischen nationalen Gerichtsverfahren und internationalen Schiedsverfahren im Rahmen der investitionsrechtlichen Streitbeilegung. Aufgrund der zahlreichen Verschränkungen der völkerrechtlichen und innerstaatlichen Streitbeilegungsmechanismen lässt sich ihre Beziehung nicht als ein „westphälisches

ment vom 4. Oktober 1988) enthielt keine Investor-Staat-Schiedsklausel. Aus den Verhandlungen zum NAFTA wird die Erwartung beider Staaten deutlich, dass die Bestimmungen über die schiedsgerichtliche Streitbeilegung in Kapitel 11 NAFTA vor allem in Hinblick auf Klagen kanadischer und US-amerikanischer Investoren gegen Mexiko aufgenommen wurde. Das erste NAFTA-Verfahren, *Ethyl v. Canada*, Notice of Arbitration, 10 September 1997, richtete sich gegen Kanada (Award on Jurisdiction, 24 June 1998); weitere Schiedsverfahren gegen die USA und Kanada folgten, vgl. *S.D. Myers v. Canada*, Partial Award, 13 November 2000; *Pope & Talbot v. Canada*, Award, 10 April 2001; *Methanex v. USA*, Partial Award, 7 August 2002; *Loewen v. USA*, Award, 26 June 2003. Zur Entstehungsgeschichte des NAFTA siehe *Müller*, Die Lösung von Streitigkeiten in der NAFTA, S. 8 ff.

⁴¹ Siehe etwa *Sherif*, 17 Inside U.S. Trade, February 12, 1999, S. 18 ff.; eine Beschreibung des Stimmungsbildes mit zahlreichen Zitaten aus Zeitungsartikeln findet sich bei *Park*, in: Kaufmann-Kohler/Stucki (Hrsg.), Investment Treaties and Arbitration, S. 9 ff. Im US-amerikanischen Präsidentschaftswahlkampf 2008 wurde vonseiten der demokratischen Partei zeitweise sogar eine Neuverhandlung des NAFTA erwogen, in erster Linie allerdings wegen der Abwanderung von Firmen nach Mexiko und der daraus resultierenden Probleme für den US-amerikanischen Arbeitsmarkt.

⁴² *Aguilar Alvarez/Park*, 28 YJIL (2003), 365, 393.

Modell“ in Reinform begreifen, bei dem die nationalen und die internationalen Mechanismen jeweils unabhängig voneinander im Rahmen ihrer Zuständigkeit agieren. Bei der Analyse ist zu berücksichtigen, dass die Staaten für bestimmte Bereiche die Zuständigkeit der nationalen Gerichte reklamieren und sie der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit entziehen. Gleichzeitig wirkt die schiedsgerichtliche Streitbeilegung in die Staaten hinein, die Funktionsfähigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit ist auf die innerstaatlichen Gerichte angewiesen. Diese Wechselwirkungen bergen eine ganze Palette an Rechtsfragen, die bislang noch größtenteils ungelöst sind.⁴³ Dabei ist die Rolle nationaler Gerichte im Rahmen der Streitbeilegung von immenser praktischer Bedeutung für das prozessuale Vorgehen ausländischer Investoren gegen Gaststaaten.

Bereits die Abgrenzung der Zuständigkeiten von internationalen Schiedsgerichten und nationalen Gerichten kann sich als schwierig erweisen. Hintergrund ist, dass die Streitbeilegungsklauseln in Investor-Verträgen, nationalen Gesetzen des Gaststaates und Investitionsabkommen unterschiedliche Streitbeilegungsforen für zuständig erklären können. Daraus ergeben sich konkurrierende Zuständigkeiten nationaler Gerichte und internationaler Schiedsgerichte. Diverse Schiedsgerichte haben sich mit der Konstellation auseinandersetzen müssen, dass eine Vertragsvereinbarung zwischen den Parteien die nationalen Gerichte des Gaststaates für zuständig erklärt, während die Schiedsklausel des anwendbaren Investitionsabkommens auf die internationale Schiedsgerichtsbarkeit verweist. In solchen Fällen ist zu klären, welches Forum für die Klage eines Investors zuständig ist (Kapitel I Teil A).

Diese Fragestellung lädt zu einer grundsätzlichen dogmatischen Auseinandersetzung mit der Reichweite der Zuständigkeit nationaler Gerichte und internationaler Schiedsgerichte für die Beilegung investitionsrechtlicher Streitigkeiten ein. Bei der Analyse der Zuständigkeitsgrundlagen ergibt sich die Schwierigkeit, dass sich die Rechtslage aus völkerrechtlicher Perspektive anders darstellen kann als aus Sicht des nationalen Rechts. Um ein vollständiges Bild der Zuständigkeiten internationaler Schiedsgerichte und nationaler Gerichte zu zeichnen, bedarf es daher der Auseinandersetzung mit grundlegenden Fragen des Völkerrechts, insbesondere mit der

⁴³ Vgl. zu dieser Thematik aber bereits *Van Haersolte-van Hof/Hoffmann*, in: Muchlinski/Ortino/Schreuer (Hrsg.), *Handbook of International Investment Law*, S. 962 ff.; *Schreuer*, in: Rovine (Hrsg.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, S. 71 ff.; *Voss*, *The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors*, S. 277 ff.; *Yannaca-Small*, in: Muchlinski/Ortino/Schreuer (Hrsg.), *Handbook of International Investment Law*, S. 1008 ff.; speziell zum Aufhebungsverfahren *Eidler*, *Die Aufhebung von Schiedssprüchen und der Erlass einstweiliger Maßnahmen in Deutschland und Schweden*, *passim*.