

VERÖFFENTLICHUNGEN
DES INSTITUTS FÜR INTERNATIONALES RECHT
AN DER UNIVERSITÄT KIEL

100

RAINER VELTEN

**Die Anwendung des Völkerrechts
auf State Contracts in der internationalen
Schiedsgerichtsbarkeit**



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Rainer Velten

Die Anwendung des Völkerrechts
auf State Contracts in der internationalen
Schiedsgerichtsbarkeit

**VERÖFFENTLICHUNGEN
DES INSTITUTS FÜR INTERNATIONALES RECHT
AN DER UNIVERSITÄT KIEL**

Herausgegeben von

Jost Delbrück · Wilhelm A. Kewenig · Rüdiger Wolfrum

100

Die Anwendung des Völkerrechts auf State Contracts in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit

Von

Rainer Velten



DUNCKER UND HUMBLOT / BERLIN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Velten, Rainer:

Die Anwendung des Völkerrechts auf state contracts in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit / von Rainer Velten. — Berlin: Duncker u. Humblot, 1987.

(Veröffentlichungen des Instituts für Internationales Recht an der Universität Kiel; 100)

ISBN 3-428-06301-5

NE: Institut für Internationales Recht (Kiel):
Veröffentlichungen des Instituts . . .

Alle Rechte, einschließlich das der Übersetzung, vorbehalten.
Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet,
das Buch oder Teile daraus in irgendeiner Weise zu vervielfältigen.

© 1987 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Satz und Druck: Vollbehr u. Strobel, Kiel

Printed in Germany

ISBN 3-428-06301-5

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel im Sommersemester 1986 als Dissertation angenommen worden. Referent war Herr Prof. Dr. Wolfrum, Korreferent war Herr Prof. Dr. Graue.

Meinem verehrten Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Wolfrum, möchte ich sowohl für die Anregungen zu dieser Arbeit als auch für die Unterstützung während der Erstellung der Dissertation danken.

Rechtsprechung, Entscheidungen von Schiedsgerichten und Literatur konnten bis Ende 1985 berücksichtigt werden.

Der Verfasser

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	17
Kapitel 1	23
I. Völkerrecht als proper law	23
1. Fragestellung	23
2. Kollisionsrechtlicher Ansatz	23
II. Ausdrückliche Wahl des Völkerrechts	25
1. Bedenken gegen die Wahl aus dem nationalen Recht	25
a) Parteiautonomie	25
b) Bedenken gegen die Wahl aus dem internationalen Privatrecht	26
aa) Voraussetzungen für die Rechtswahl	26
bb) Bezug zum Völkerrecht	28
c) Vollstreckbarkeit	29
aa) Nicht vollstreckbare Entscheidungen	30
bb) Vollstreckbare Entscheidungen	34
2. Bedenken gegen die Wahl aus dem Völkerrecht	36
a) Rechtsqualität der privaten Partei	37
aa) „Privatvölkerrecht“	38
bb) „Beschränkt völkerrechtlicher Vertrag“	38
cc) „Relativer und funktioneller Rechtsstatus“	39
dd) Zusammenfassung	40
b) Anwendung <i>ex contractu</i>	41
aa) Unterscheidung <i>ex lege</i> — <i>ex contractu</i>	41
bb) „Negativer Geltungswille“ des Völkerrechts	42
III. Stillschweigende Rechtswahl	45
1. Grundsätze der stillschweigenden Rechtswahl	45
a) Rechtslage in der Bundesrepublik	45
b) Modifikation der Indizien	46
2. Indizien für stillschweigende Wahl des Völkerrechts	47
a) Institut de Droit International	47
b) Ähnlichkeit der „Indizien“	48

IV. Objektive Anknüpfung (<i>closest link</i>)	48
1. Hypothetischer Wille / engste Verbindung	48
2. Objektive Anknüpfung an das Völkerrecht	50
a) „Internationalisierung“	50
aa) Dualistische Theorie	50
bb) „Erosion“ des Dualismus	51
b) Indizien für eine Internationalisierung	54
aa) Vertragsschluß	54
bb) Vertragsinhalt	55
c) TOPCO / Revere Copper	55
aa) Economic development agreements	56
bb) „Stabilisierungsklauseln“	57
 Kapitel 2	 59
I. Völkerrecht in der Schiedsgerichtspraxis	59
II. Schiedsgerichtspraxis	59
1. Der libysche Erdölstreit	59
a) Bedeutung des <i>proper law</i>	60
b) <i>Choice-of-law</i> -Klauseln	60
c) Das <i>proper law</i>	61
aa) BP	61
bb) Liamco	62
cc) Texaco / Calasiatic	63
d) Zusammenfassung	64
2. Weitere Schiedssprüche	65
a) Revere Copper v. OPIC	65
b) Aminoil v. Kuwait	67
c) AGIP v. Congo	69
d) Benvenuti et Bonfant v. Congo	70
e) S.P.P. v. Egypt	71
3. Zusammenfassung der Schiedsgerichtspraxis	73
a) Anwendung des Völkerrechts <i>ex lege</i>	74
b) Völkerrecht als „Lückenfüllung“	75
c) Art. 42 I WBK	75
d) Völkerrecht als integraler Bestandteil des nationalen Rechts	76
e) Ergebnis	77

	Inhaltsverzeichnis	11
Kapitel 3		79
<i>I. Pacta sunt servanda</i>		79
1. Anwendbare Normen des Völkerrechts		79
2. Rechtsqualität des Satzes <i>pacta sunt servanda</i>		79
<i>II. Pacta sunt servanda in der Schiedsgerichtspraxis</i>		81
1. Libyscher Erdölstreit		82
a) BP		83
b) Liamco		84
c) TOPCO		84
d) Zusammenfassung		85
2. Andere Schiedssprüche		86
a) Revere Copper		86
b) Aminoil		87
c) AGIP		89
d) S.P.P.		90
3. Zusammenfassung		91
a) Anwendung des Grundsatzes <i>pacta sunt servanda</i>		91
b) <i>Lex mercatoria</i>		94
c) Vertragsverletzung keine Völkerrechtsverletzung		96
Kapitel 4		98
<i>I. Grundsatz bona fides</i>		98
1. Rechtsqualität des Grundsatzes <i>bona fides</i>		98
a) Regelungsgehalt		98
b) <i>Bona fides im Völkervertragsrecht</i>		100
c) <i>Bona fides</i> außerhalb des Vertragsrechts		101
2. Erscheinungsformen des Grundsatzes <i>bona fides</i>		103
a) Duty to negotiate		104
b) <i>Clausula rebus sic stantibus</i>		106
c) Zusammenfassung		107
<i>II. Bona fides in der Schiedsgerichtspraxis</i>		108
1. Duty to renegotiate		108
a) Revere Copper		108
b) Aminoil		109

c) ICC-Schiedsgerichtsbarkeit	110
d) Zusammenfassung	113
2. Clausula rebus sic stantibus	113
a) Liamco	114
b) Aminoil	115
c) ICC-Schiedsgerichtsbarkeit	116
d) Zusammenfassung	119
3. Ergebnis	120
Kapitel 5	121
I. Force majeure	121
1. Force majeure als Einwendung	121
a) Rechtsqualität der <i>force majeure</i>	121
b) Ausschluß der <i>force majeure</i> durch die WVK	122
2. Inhalt der <i>force majeure</i>	124
a) ILC	124
b) Internationale Gerichtsbarkeit	125
3. Abgrenzung zu <i>force majeure</i> -Klauseln	127
4. Unterschiedlicher Maßstab	129
a) Regelfall	129
b) Zweifelsfälle	130
aa) Charakteristika des Vertrages	130
bb) Art. 27 WVK	131
c) Ergebnis	134
II. <i>Force majeure</i> in der ICC-Schiedsgerichtsbarkeit	134
III. Ergebnis	138
Kapitel 6	139
I. Rechtfertigung durch Recht zur Enteignung	139
1. Recht zur Enteignung	140
a) Bestand des Rechts	140
b) Grenzen des Rechts	141
aa) „Öffentlicher Zweck“	142
bb) Verbot der Diskriminierung	143
cc) Entschädigung	144

Inhaltsverzeichnis	13
c) Ergebnis	149
2. Bindung des Rechts durch Vertrag mit Privaten	149
<i>II. Recht zur Enteignung in der Schiedsgerichtspraxis</i>	<i>155</i>
1. Libyscher Erdölstreit	155
a) BP	155
b) Liamco	156
c) TOPCO	157
d) Zusammenfassung	158
2. Andere Schiedssprüche	159
a) Revere Copper	159
b) Aminoil	160
c) AGIP	161
d) Benvenuti et Bonfant / S.P.P.	161
3. Zusammenfassung	162
 Schl u ß b e m e r k u n g	 164
 L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s	 166

Abkürzungsverzeichnis

Abl. EG	Amtsblatt der EG
abgedr.	abgedruckt
AFDI	Annuaire français de droit international
allgem.	allgemein
AJCL	The American Journal of Comparative Law
AJIL	American Journal of International Law
Ann. IDI	Annuaire de l'Institut de Droit International
ArchVR	Archiv des Völkerrechts
Berichte	Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
bspw.	beispielsweise
BYIL	British Yearbook of International Law
Camb. LJ	Cambridge Law Journal
CIJ	Cour internationale de justice
Col. JTL	Columbia Journal of Transnational Law
Conv.	Convention
CPA	Cour permanente d'arbitrage
DAJV	Deutsch-Amerikanische Juristen Vereinigung
DB	Der Betrieb
d. h.	das heißt
ECOSOC	Economic and Social Council
ed.	editor
EG	Europäische Gemeinschaften
EGBGB	Einführungsgesetz zum BGB
Einf.	Einführung
EPIL	Encyclopedia of Public International Law
Erg.	Ergänzung
Etudes	Etudes offertes à
Fn	Fußnote
GA JICL	Georgia Journal of International and Comparative Law
Geo. Wash. JIL	George Washington Journal of International Law and Economy
grds.	grundsätzlich
GYIL	German Yearbook of International Law
Hrsg.	Herausgeber
ICC	International Chamber of Commerce
ICJ	International Court of Justice
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly (Fortsetzung des ILQ)
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
IDI	Institut de Droit International

i. d. R.	in der Regel
IGH	Internationaler Gerichtshof
IGHSt	Statut des IGH
IJIL	Indian Journal of International Law
ILawy	The International Lawyer
ILC	International Law Commission
ILM	International Legal Materials
ILQ	International Law Quarterly (ab 1952 ICLQ)
ILR	International Law Reports
insbes.	insbesondere
Inst.	Instalment
Int'l	International
IPrax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPR	Internationales Privatrecht
i. S.	im Sinne
JDI	Journal du Droit International (Clunet)
JuS	Juristische Schulung
JWTL	Journal of World Trade Law
Kap.	Kapitel
LdR/VR	Lexikon des Rechts / Völkerrecht
m. a. W.	mit anderen Worten
Mélanges	Mélanges offerts à
MünchKomm	Münchener Kommentar zum BGB
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
Ned. Yb. IL	Netherlands Yearbook of International Law
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development
OsteurR	Osteuroparecht
OZOR	Osterreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht
PCIJ	Permanent Court of International Justice
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdC	Recueil des Cours
Res.	Resolution
Rspr.	Rechtsprechung
Rev. arb.	Revue d'arbitrage
Rev. belge dr. int.	Revue belge de droit international
Rev. crit. droit int'l privé	Revue critique de droit international privé
Rev. dr. int. dr. comp.	Revue de droit international et droit comparé
Rev. Egypt.	Revue Egyptienne de Droit International
RGDIP	Revue Générale de Droit International Public
RGRK	Kommentar zum BGB, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern
RIAA	Reports of International Arbitral Awards
RivDI	Rivista di Diritto Internazionale
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
s. a.	siehe auch
Schw. Jb.	Schweizer Jahrbuch für Internationales Recht
sep. op.	separate opinion
s. o.	siehe oben
StIGH	Ständiger Internationaler Gerichtshof
St Schiedsgerichtshof	Ständiger Schiedsgerichtshof
SVN	Satzung der Vereinten Nationen

Tex. ILJ	Texas International Law Journal
Trans Grotius	Transactions of the Grotius Society
Tul. LR	Tulane Law Review
UAE	United Arab Emirates
u. a.	unter anderem / und andere(s)
u. a. m.	und anderes mehr
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
UNGAOR	United Nations General Assembly Official Records
UNTS	United Nations Treaty Series
VA JIL	Virginia Journal of International Law
Vand. JTL	Vanderbilt Journal of Transnational Law
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
VN	Vereinte Nationen
WBK	Weltbankkonvention
Yb.	Yearbook
Yb. Comm. Arb.	Yearbook of Commercial Arbitration
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZIRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung

Einleitung

Der Zugriff des Staates auf Werte, die durch eine Investition eines ausländischen Privaten innerhalb des Territoriums dieses Staates geschaffen wurden, ist unverändert eines der meistdiskutierten wirtschaftlichen und rechtlichen Probleme. Die Enteignung des Privaten ist zwar in diesem Zusammenhang das augenfälligste Ereignis¹, steht aber meist erst am Ende von langandauernden Auseinandersetzungen zwischen dem Staat und dem Investoren.²

Um möglichen Konflikten vorzubeugen und einen Ordnungsrahmen für die Abwicklung der Investitionen zu schaffen, wählen die Parteien nicht selten den Weg einer Übereinkunft mit dem Staat. Der Vertrag zwischen dem investitionswilligen ausländischen Privaten und dem Staat, der an der Aufnahme der Investition in seinen Grenzen interessiert ist, ist damit das Instrument, das im internationalen Rechtsverkehr die wirtschaftliche Tätigkeit im Ausland erleichtern und die Investitionen gegenüber dem Gaststaat absichern soll.

Die Formen, die die Vereinbarungen zwischen den beiden Parteien annehmen, haben sich dabei im Laufe der Entwicklung der internationalen wirtschaftlichen Zusammenarbeit geändert. Ausgehend von dem klassischen Instrument der Konzession³ variieren heute die Vertrags-

¹ Eine *cross-national-analysis* der Verstaatlichungsfälle der beiden letzten Jahrzehnte findet sich bei F. N. Burton / Hisashi Inoue, in: JWTL vol. 18 (1984), 396—414; grundsätzlich zum Verhältnis zwischen privaten Unternehmen und Gaststaaten Dominique Carreau / Patrick Juillard / Thiébault Flory, *Droit international économique*, 2e édition, Paris 1980, 46—49.

² Zum Problem der sog. *creeping expropriation* Burns H. Weston, in: VA JIL vol. 16 (1975—1976), 103—175. Dieser Handlungsweise mit ihren negativen Auswirkungen auf die Investitionsbereitschaft werden aber heute vielfältige Versuche entgegengesetzt, durch Investitionsanreize an der wirtschaftlichen Betätigung in einem Staat zu interessieren. Dazu die Darstellung der gesetzgeberischen und administrativen Maßnahmen, die investitionsfördernd wirken sollen, bei Jean G. Zorn / Harold A. Mayerson, in: Col. JTL vol. 21 (1982), 273—303. Zu den Faktoren, die allgemein eine Investition im Ausland sinnvoll werden lassen, s. OECD (Hrsg.), *International Investment and Multinational Enterprises, Investment Incentives and Disincentives and the International Investment Process*, Paris, 1983; dazu auch Andrew P. Laszlo, in: Geo. Wash. JIL vol. 18 (1984), 155—181.

³ Zur Definition dieses Begriffs s. Peter Fischer, *Concessions*, in: Bernhardt (ed.), *EPIL*, Inst. 8, 100—106 (100): „... a concession in the wider sense ... (is, d. Verf.) a synallagmatic act by which a State transfers the exercise of rights or functions proper to itself to a private person, State-owned enterprise or a

arten sowohl in Hinsicht auf die Regelungsinhalte als auch in bezug auf die Art der Beteiligung des Staates an der geplanten wirtschaftlichen Tätigkeit.⁴

Neben dem Begriff der Konzession hat sich international der Begriff des State Contract für den Vertrag zwischen einem Staat und einem ausländischen Privaten durchgesetzt. Für diesen Begriff bieten sich verschiedene, inhaltlich nur leicht divergierende Definitionen an. So kann man einen State Contract beschreiben als

„le contrat conclu entre un Etat et une personne ou une entreprise ayant la nationalité d'un autre Etat.“⁵

Möglich ist auch, den Begriff des State Contract negativ von den völkerrechtlichen Verträgen abzugrenzen:

„... tous accords qui ne rentrent pas dans la catégorie ... des 'traités', quand bien même l'un des contractants aurait qualité de sujet du droit des gens.“⁶

Oder aber man definiert den State Contract allgemeiner als die

„contractual relations between States (or other international persons) and aliens . . .“⁷

Dieser Begriff hat den Vorteil, uneingeschränkt die Vertragsbeziehungen zwischen Staat und Privaten zu umfassen. Der Begriff „State Contract“ bietet daher im Gegensatz zu dem Begriff „Konzession“, der sich im Kern auf die vertragliche Gewährung der Rechte zur Ausnutzung der natürlichen Ressourcen eines Staates beschränkt und nur allgemein auf andere Vertragsarten ausgeweitet wurde⁸, den Vorteil, auch die gewan-

consortium which, in turn, participates in the performance of public functions and thus gains a privileged position vis-à-vis other private law subjects within the jurisdiction of the State concerned.“

⁴ Die Bezeichnungen der Verträge zwischen Staat und Unternehmen sind ebenfalls sehr unterschiedlich. Es finden sich „service contract“, „exploration and production sharing agreement“, „mining convention“, „joint venture agreement“, „master agreement“, „technical assistance agreement“, „agreement on foreign capital investment“, „establishment convention“ u. a. m. Vgl. dazu Fischer (Fn 3), 100; Pierre Vellas, in: JDI vol. 106 (1979), 21—33 (26—33), der die Tendenz zur Ersetzung des Eigentums durch eine Kooperation mit dem Gaststaat bemerkt. Vgl. auch die Typisierung bei Hans-Werner Rengeling, Kontrakte, in: *Seidl-Hohenveldern* (Hrsg.), LdR/VR, 158—161 (159 f). Dadurch wird in seinen Augen ein zusätzlicher Schutz der Investitionen erzielt. Zu den modernen Investitionsformen auch Hugo J. Hahn/Ludwig Gramlich, in: ArchVR vol. 21 (1983), 145—238. Einen Rollenwandel in der internationalen Investitionstätigkeit zu mehr Beteiligung des Staates an dem finanziellen Risiko sieht auch Emil Herbolzheimer, in: Vereinte Nationen vol. 30 (1982), 163—166. Dazu auch Samuel K. B. Asante, in: AJIL vol. 73 (1979), 335—371.

⁵ François Rigaux, in: RivDI vol. 67 (1984), 489—505 (492). Ähnlich auch Prosper Weil, in: *Mélanges Paul Reuter*, 549—582 (549): „... les contrats passés par un Etat avec une personne étrangère.“

⁶ Joe Verhoeven, in: *Centre Charles De Visscher* (Hrsg.), *Le contrat économique international*, 115-150 (116 f).

⁷ F. A. Mann, in: AJIL vol. 54 (1960), 572—591 (572).

⁸ So bei Fischer (Fn 3), 100. Rigaux (Fn 5), 492, versteht hingegen den State Contract als Oberbegriff zur Konzession.

delten vertraglichen Beziehungen zwischen Staat und Privatem weiter beschreiben zu können. Deshalb soll im folgenden der allgemeinere Begriff des State Contract verwendet werden.

Das besondere Interesse, das die State Contracts genießen, beruht nicht zuletzt darauf, daß es wegen mehrerer Besonderheiten dieser Vertragsverhältnisse zu Überschneidungen zwischen bisher als privat- und öffentlichrechtlich bezeichneten Rechtsgebieten gekommen ist. Eine dieser Eigenheiten ist zunächst die verschiedene Nationalität der Vertragsparteien; hinzu kommt die unterschiedliche Rechtsqualität der beiden Partner, da sich der Staat als souveränes Völkerrechtssubjekt in dieser Hinsicht grundlegend von dem Privaten unterscheidet. Darüber hinaus werden langfristige, für die Entwicklung eines Wirtschaftszweiges des Gaststaates bedeutsame Verträge mit ausländischen Unternehmen nicht selten „auf hoher Ebene“⁹ abgeschlossen, d. h. die höchsten Staatsorgane sind an dem Vertragsabschluß beteiligt. Nicht zuletzt sind aber die Regelungsinhalte der State Contracts, die bis zur Übertragung der Ausübung von Hoheitsrechten an den ausländischen Privaten gehen können, für solche Verträge charakteristisch. Wegen dieser Besonderheiten der State Contracts läßt sich ein solcher Vertrag nicht mehr uneingeschränkt einem bestimmten nationalen Recht kollisionsrechtlich zuordnen. Im übrigen ist es auch gerade das Anliegen der ausländischen privaten Partei, den Vertrag einer Rechtsordnung zu unterstellen, die dem Zugriff des Gaststaates, m. a. W. seiner Legislative oder Exekutive entzogen ist.

Sowohl von den Parteien eines State Contract selbst als auch in der völkerrechtlichen und international-privatrechtlichen Literatur sowie der Schiedsgerichtspraxis sind aus diesen Gründen immer wieder Überlegungen angestellt worden, ob und wie ein State Contract an eine dritte, von den nationalen Rechtsordnungen unabhängige Rechtsordnung angebunden werden könne. Ausdruck dieser Bemühung sind die Rechtswahlklauseln, die nicht selten in den State Contracts Aufnahme finden.¹⁰

⁹ Der Ausdruck ist von *Karl-Heinz Böckstiegel*, *Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen*, Frankfurt a. M. 1971, 222.

¹⁰ Naturgemäß unterscheiden sich diese Rechtswahlklauseln beträchtlich voneinander. So vereinbarten in dem Contract for the Exploration, Development and Production of Petroleum zwischen dem Government of the Syrian Arab Republic and *Syrian Petroleum Company* sowie der *Deminex GmbH* vom Juni 1985 die Vertragspartner in ihrer Rechtswahlklausel (Art. XXIII): „The Parties base their relations with respect to this Contract on the principles of goodwill and good faith. Taking into account their different nationalities, this Contract shall for the purpose of arbitration be given effect and be interpreted and applied in conformity with principles of law common to the SYRIAN ARAB REPUBLIC, the UNITED STATES OF AMERICA, THE NETHERLANDS and the UNITED KINGDOM, and the FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY, and in the absence of such common principles, then in conformity with the principles of law normally recognized by civilized nations in general, including those which have been applied by International Tribunals.“ Ähnlich auch der Service