

Schriften zum Internationalen Recht

Band 208

**Proliferation und Legitimation
der internationalen
Investitionsschiedsgerichtsbarkeit**

**Grundzüge einer transnationalen judikativen
Legitimitätskonzeption**

Von

Philipp B. Donath



Duncker & Humblot · Berlin

PHILIPP B. DONATH

Proliferation und Legitimation der internationalen
Investitionsschiedsgerichtsbarkeit

Schriften zum Internationalen Recht

Band 208

Proliferation und Legitimation der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit

Grundzüge einer transnationalen judikativen
Legitimitätskonzeption

Von

Philipp B. Donath



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft
der Goethe-Universität Frankfurt am Main hat diese Arbeit
im Jahre 2014 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

D30

Alle Rechte vorbehalten
© 2016 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Berlin
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0720-7646
ISBN 978-3-428-14731-1 (Print)
ISBN 978-3-428-54731-9 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84731-0 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Danksagung

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2014 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt am Main als Dissertation angenommen. Rechtsentwicklungen konnten bis Dezember 2015 berücksichtigt werden.

Ich danke meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Dr. Rainer Hofmann, in besonderer Weise. Die Achtung, die er mir und meiner Tätigkeit sowie allen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern am Lehrstuhl entgegenbrachte, und die akademische Freiheit, die er stets gewährte, waren für mich bedeutsame Werte. Er war es auch, der mir in der Frühphase meiner Promotion eine Reise in die USA ermöglicht hatte, auf der bereits entscheidende Weichenstellungen für die spätere Dissertation gesetzt werden konnten.

Herrn Prof. Dr. Armin von Bogdandy danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Für besonders anregende Gespräche und Diskussionen in Boston möchte ich mich bedanken bei Prof. Dan Danielsen, in New York bei Prof. Dres. h.c. George A. Bermann, Prof. Dr. Joseph H. H. Weiler und Prof. José E. Alvarez sowie in Frankfurt am Main bei Dr. Thomas Kleinlein.

Weiterhin möchte ich meinen guten Freunden Dr. Jakob Kadelbach und Dr. Hagen Bomberg danken. Ohne den akademischen Austausch und die fortdauernde gegenseitige Unterstützung hätte meine Arbeit nicht in dieser Form gelingen können.

Ein angenehmes und produktives Arbeitsumfeld verdanke ich meiner mitfühlenden Freundin sowie allen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Lehrstuhls von Professor Hofmann, denen ich sehr verbunden bin.

Für die Durchsicht des Manuskripts und hilfreiche Anmerkungen danke ich zudem herzlich Frau Katja Priebe.

Ich widme das vorliegende Buch meinen Eltern, deren unbedingte Zuneigung immer unerlässliche Stütze für mich war.

Frankfurt am Main, im Dezember 2015

Philipp B. Donath

Inhaltsverzeichnis

A. Prolog – Innovative Konzeptionalisierung des völkerrechtlichen Investitionsschutzes	11
B. Proliferation und Kritik am Investitionsschutzsystem	14
I. Funktionsweise der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit	15
II. Ursprung und Proliferation der Abkommen und Verfahren	20
III. Legitimitätsrelevante Kritik am System der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit	31
IV. Machtausübung jenseits des Staates	42
C. Ein Legitimitätskonzept für die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit	46
I. Einführung – Ein Legitimitätskonzept als Rechtsprinzip	46
II. Historisch-staatsrechtliche Konturierung des Legitimitätsbegriffs – strukturbildende Grundlagen für die Entwicklung eines neuen Legitimitätsmodells mit Fokus auf die Investitionsschiedsgerichte	52
1. Etymologie und Entwicklungsgeschichte des Legitimitätsbegriffs in Antike und Mittelalter	54
2. Das Aufkommen des Legitimitätsbegriffs als staatsrechtlicher Terminus in der frühen Neuzeit	56
3. Aufklärung und französische Denker	57
4. Ausfüllung des Begriffs von der Französischen Revolution bis zum Rechtspositivismus	61
5. Soziologisch-deskriptiver Ansatz	65
6. Diskurstheorie	69
7. Systemtheorie	70
8. Egalitärer Liberalismus und Verfahrensgerechtigkeit	71
9. Zusammenfassung	73
III. Zur Diskussion um Legitimität im Völkerrecht – die Debatte im übergreifenden Ordnungsrahmen	76
1. Voraussetzungen einer völkerrechtlichen Legitimitätskonzeption	78
2. Der Staatswille als primärer Anknüpfungspunkt	83
3. Konstitutionalisierungs- und Fragmentierungsprozesse	88
4. Normenhierarchische Systeme und „geologische Schichten“	93
5. Global Governance und Kooperationsvölkerrecht	96
6. Deliberative Ansätze	104
7. Gehorsamsmotivationsmodelle	108
8. Individuelle Verpflichtung gegenüber völkerrechtlichen Normen	112
9. Zusammenfassung	119

IV. Grundlagen einer Rechtsprinzipientheorie im Investitionsschutzrecht und Konturierung des Rechtsprinzips der Legitimität	122
1. Legitimität im Investitionsschutzrecht	123
2. Prämissen einer Prinzipientheorie des Rechts	127
3. Zur Ermittlung des Inhalts von Prinzipien	133
4. Die Antwort auf die „Grundfrage“	136
5. Eine neue Legitimitätskonzeption als Rechtsprinzip im Investitionsschutzrecht	139
a) Das subjektivierbare Allgemeinwohl	142
b) Proportionalität als dynamisches Element	144
6. Zur Ausgestaltung eines völkerrechtlichen subjektivierbaren Allgemeinwohlbegriffs	146
7. Nutzbarkeit der Konzeption in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit	151
V. Zusammenfassung: Gestaltung eines Rechtsprinzips der Legitimität für Investitionsschiedsgerichte	153
D. Konkretisierende Wirkung der dynamisch-gemeinwohlorientierten Legitimitätstheorie in den Verfahren der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit	156
I. Einführung in die Problematik – der grundlegende materielle Interessenkonflikt und die Normdeterminierung durch ein ausgearbeitetes Legitimitätskonzept	156
II. Konkretisierung des Investitionsbegriffs sowie materieller Normen anhand der dynamisch-gemeinwohlorientierten Legitimitätstheorie	167
1. Definition der Investition	168
a) Einführung in die Problematik	168
b) Entwicklung der Anwendung durch die Investitionsschiedsgerichte	171
c) Lösungsvorschlag: Prüfung eines Elements der Gemeinwohlförderung bei der betreffenden Investition	178
2. Schutz vor Enteignungen	184
a) Einführung in die Problematik	184
b) Entwicklung der Anwendung durch die Investitionsschiedsgerichte	187
c) Lösungsvorschlag: Integration eines Proportionalitätsmoments	189
3. FET-Klausel	194
a) Einführung in die Problematik	195
b) Entwicklung der Anwendung durch die Investitionsschiedsgerichte	198
c) Lösungsvorschlag: Einführung eines Elements der Gemeinwohlförderung bei der Bewertung der Eingriffsschwelle oder der Schadensersatzhöhe	204
III. Konkretisierung von Verfahrensnormen anhand der dynamisch-gemeinwohlorientierten Legitimitätstheorie durch Transparenz und Beteiligung Dritter in der Verfahrensausgestaltung	208

1. Einführung	209
2. Zur Kritik an vermeintlich fehlender Offenheit von Investitions- schiedsverfahren und zum spezifisch-transparenzrelevanten öffent- lichen Interesse	213
a) Grundlagen	213
b) Vorläuferentwicklungen der Verfahrensöffnung	219
c) Implikationen eines besonderen öffentlichen Interesses	222
d) Kollidierende Entwicklungslinien	224
e) Der Fall Saipem und das spezifische öffentliche Interesse als Grundlage von Transparenzvorgaben	226
3. Bereits erfolgte Änderungen transparenzrelevanter Normen des Investitionsschutzrechts	229
a) Verfahrensordnungen	230
aa) ICSID	231
bb) UNCITRAL	233
b) Internationale Investitionsabkommen	236
4. Entwicklung der Anwendung durch die Investitionsschiedsgerichte	241
a) Aguas del Tunari S.A. gegen Bolivien	242
b) Methanex gegen die USA	243
c) Glamis Gold gegen die USA	247
d) Weitere Verfahren	248
5. Zu den Anforderungen, die die dynamisch-gemeinwohlorientierte Legitimitätstheorie an die Verfahrensausgestaltung stellt – der Amicus Causae	252
a) Grundlagen	252
b) Maßgaben der dynamisch-gemeinwohlorientierten Legitimitäts- theorie	255
c) Umsetzung der dynamisch-gemeinwohlorientierten Legitimitäts- theorie im Verfahrensbereich	257
d) Weitere Auswirkungen einer entsprechenden Verfahrensöffnung	268
IV. Zusammenfassung	271
E. Epilog – Ein konkretisiertes Rechtsprinzip der Legitimität im Inves- titionsschutzrecht	276
Literaturverzeichnis	279
Verzeichnis der zitierten Schiedsgerichtsentscheidungen	311
Stichwortverzeichnis	319

„Only to the extent that international law is legitimate is there a moral duty to obey international law.“¹

A. Prolog – Innovative Konzeptionalisierung des völkerrechtlichen Investitionsschutzes

Der grenzüberschreitende Investitionsfluss hat im Laufe der letzten Dekaden ein enormes Ausmaß angenommen und eine Stagnation oder gar eine entgegengesetzte Entwicklung sind zumindest derzeit nicht absehbar. Selbst die Finanz- und Wirtschaftskrise der vergangenen Jahre hat nur für einen zeitlich begrenzten Rückgang der Kapitalströme gesorgt, welcher inzwischen bereits wieder weitgehend aufgeholt zu sein scheint.

Flankiert werden diese Bewegungen nicht zuletzt vom internationalen Investitionsschutzrecht, das heißt, dem völkerrechtlichen Schutz von ausländischen Investitionen. Dieser Schutz wird insbesondere durch zwischenstaatliche Investitionsabkommen (IIAs) – bilaterale Investitionsschutzabkommen (BITs) sowie einige wenige regionale Abkommen wie das Nordamerikanische Freihandelsabkommen (NAFTA) oder sektorale Abkommen wie den Energiechartavertrag (ECT) – gewährleistet.

Die weitaus meisten dieser Abkommen sehen – insofern im Völkerrecht signifikant neuartig – die Beilegung von Streitigkeiten zwischen einem privaten ausländischen Investor und seinem Gaststaat durch Schiedsgerichte vor, die zumeist aus drei Personen bestehen und die institutionell an verschiedene Schiedsordnungen wie an die des internationalen Zentrums zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*, ICSID) oder der Kommission der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht (*United Nations Commission on International Trade Law*, UNCITRAL) angebunden sein können.

In den letzten 20 Jahren fand rechtstatsächlich ein nahezu exponentieller Zuwachs an solchen Prozessen zwischen Gaststaaten und Investoren statt. Dieser Proliferation an Verfahren steht eine zunehmende wissenschaftliche Durchdringung der Materie des Investitionsschutzrechts gegenüber, im Rahmen derer vermehrt auch Problemfelder und Kritik an diesem System deutlich geäußert werden.

Es zeigt sich dabei, dass das Rechtsregime der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit an einem Mangel an theoretischer Fundierung und konzeptioneller Umrahmung leidet, welcher nicht zuletzt auch zu heterogenen Entscheidungen von Schiedsgerichten und Inkonsistenzen führt. Noch immer

¹ Kumm, Legitimacy, S. 908.

ist das System der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit von einem hohen Stellenwert an Fallpraxis, an Spontaneität und uneinheitlichen Entscheidungen von *ad hoc*-Tribunalen geprägt und die Wissenschaft begleitet noch viel zu sehr die rechtspraktischen Entwicklungen der Entscheidungen der Investitionstribunale und der Staatenpraxis, anstatt diesen auch Vorgaben und Konzeptionen zur Seite zu stellen.

Eine umfassende und übergreifende Konzeption eines entsprechend komplexen transnationalen Systems zu erstellen, ist auch keine leichte Aufgabe und kann nur theoretisch fundiert sowie prinzipiengelenkt erfolgen.

Als konturegebender Rahmen könnte hierbei das Prinzip der Legitimität dienen, wobei tatsächlich schon jetzt vielfach Kritik am System der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit oder an einzelnen Entscheidungen von Schiedsgerichten mit dem Begriff der Legitimität versehen wird. Was aber eine geeignete Konzeption für das Investitionsrecht, die auf dem Legitimitätsbegriff fußt, beinhalten muss, wurde bis heute nicht ermittelt und stellt eine besondere Herausforderung dar, der sich diese Arbeit widmet.

Zwar gibt es in der Diskussion um die Verbesserung der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit bereits erste Ansätze einer Konzeptionalisierung des Rechtsgebietes, die teilweise auch mit dem Begriff der Legitimität assoziiert werden, doch ist es völlig neuartig, den Versuch zu unternehmen, aus dem Begriff der Legitimität selbst ein Rechtsprinzip zu entwickeln und dieses im Investitionsschutzrecht nachzuweisen. Es wird im Folgenden für das komplexe System der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit ein solches eigenständiges und kohärentes Legitimitätskonzept erstellt werden, aus dem sich wiederum konkrete Handlungsanweisungen für die Tribunale, aber auch für die Staaten und Investoren ableiten lassen.

Es wird hierbei dargelegt werden, dass eine solche prinzipiengestützte konzeptionelle Lösung möglich ist, und auch, wie eine Legitimitätskonzeption mit dem Ziel einer schlüssigen dogmatischen Ordnung des Investitionsschutzsystems verankert und inhaltlich ausgefüllt werden kann.

Weiterhin soll auch aufgezeigt werden, welche Kohärenzstiftenden Implikationen sich aus der entwickelten und übergeordneten Konzeption für konkrete Falllösungen ableiten lassen können. Ein Kohärenzgenerierender Anspruch ist insofern auch ein Beiprodukt effektiver Prinzipienkonkretisierung.

Die konzeptionelle und legitimitätstheoretische Auseinandersetzung mit der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit besitzt dabei gerade derzeit eine erhebliche Aktualität. Denn seit Mitte des Jahres 2013 finden intensive Verhandlungen über eine Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*, TTIP) zwischen den USA und der Europäischen Union statt, welche auf heftige

Kritik stoßen. Ein wesentlicher Bestandteil des geplanten Abkommens soll die Möglichkeit der Einrichtung von internationalen Schiedsgerichten sein, wie sie bereits im Rahmen von NAFTA und den meisten BITs etabliert wurden und auch im europäisch-kanadischen Handelsabkommen (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*, CETA) vorgesehen sind und deren Tätigkeit die Grundlage der folgenden Untersuchung bildet.

Größere Wellen der Kritik von Nichtregierungsorganisationen (*Non-Governmental Organizations*, NGOs) an dem geplanten TTIP-Abkommen entfalteten sich bereits und werfen demselben unter anderem vor, dass es die Demokratie und den Rechtsstaat aushöhle, indem ausländische Konzerne die Staaten künftig vor nicht öffentlich tagenden Schiedsgerichten auf hohe Schadensersatzzahlungen verklagen könnten. Seit sich die Kritik aus Wissenschaft und Zivilgesellschaft an der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit im Rahmen der Verhandlungen zum EU-USA-Abkommen mehrt und besonders in Deutschland auf weite Teile der Bevölkerung überträgt, werden erstmals auch in der deutschen und europäischen Politik Änderungen am bisherigen System diskutiert, die bis hin zu einem Investitionsschiedsgerichtshof oder einem neuen Investitionsschiedssystem reichen.²

Vor diesem Hintergrund höchster Aktualität erscheint es besonders geboten, sich den grundlegenden Fragen der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit zu stellen und mit dogmatisch sowie rechtsphilosophisch fundierten Vorgaben die Tätigkeit zukünftiger Schiedsgerichte zu begleiten und partiell zu determinieren.

Die vorliegende Arbeit wird sich demgemäß in verschiedene Teile gliedern. Nach einer Darstellung des Betrachtungsgegenstandes, des internationalen Investitionsschutzrechts sowie seiner Proliferation und wesentlicher Kritikpunkte an diesem, wird der Fokus auf Legitimität gerichtet werden. Hierbei sind drei große Rahmenbereiche der relevanten Herrschaftsausübung zu unterscheiden. Während sich der Legitimitätsbegriff zunächst in der staatsrechtlichen und staatsphilosophischen Sphäre entwickelte, wurden auch wichtige Impulse in der Diskussion im allgemeinen Völkerrecht mit seiner ganz eigenen Struktur geliefert, die darzustellen und nutzbar zu machen sind, bevor auf den erlangten Erkenntnissen eine selbstständige und neu entwickelte Legitimitätskonzeption als Rechtsprinzip für das Investitionsschutzrecht erarbeitet werden wird.

Diese soll schließlich hinsichtlich ihrer Praxistauglichkeit überprüft werden und konkrete Empfehlungen sollen für deren Nutzarmachung durch Investitionsschiedsgerichte vorgelegt werden.

² Europäische Kommission, Draft Proposal vom 16.09.2015: „Investitionsgericht“ („Tribunal of First Instance“) und „Berufungsgericht“ („permanent Appeal Tribunal“), begrüßt vom Rat der EU am 27.11.2015, Doc 14708/15, Rn 11.