

Schriften zu internationalen Wirtschaftsfragen

Band 30

Investitionsschutzverträge vor Schiedsgerichten

Von

Heleni Theodorou



Duncker & Humblot · Berlin

DOI <https://doi.org/10.3790/978-3-428-50058-1>

Generated for Hochschule für angewandtes Management GmbH at 88.198.162.162 on 2025-12-20 17:43:51
FOR PRIVATE USE ONLY | AUSSCHLIESSLICH ZUM PRIVATEN GEBRAUCH

HELENI THEODOROU

Investitionsschutzverträge vor Schiedsgerichten

Schriften zu internationalen Wirtschaftsfragen

Band 30

Investitionsschutzverträge vor Schiedsgerichten

Von

Heleni Theodorou



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Theodorou, Heleni:

Investitionsschutzverträge vor Schiedsgerichten / Heleni Theodorou. –
Berlin : Duncker und Humblot, 2001

(Schriften zu internationalen Wirtschaftsfragen ; Bd. 30)

Zugl.: Regensburg, Univ., Diss., 1999

ISBN 3-428-10058-1

Alle Rechte vorbehalten

© 2001 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0720-6984

ISBN 3-428-10058-1

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☞

Meinen Eltern
Στους γονείς μου

Vorwort

Die Arbeit hat im Sommersemester 1999 der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Regensburg vorgelegen. Das Manuskript wurde im Juni 1999 abgeschlossen; bis Dezember 1999 erschienene Rechtsprechung und Literatur ist – soweit dies möglich war – in den Anmerkungen berücksichtigt.

Meinem verehrten Doktorvater Herrn Professor Dr. Gottwald danke ich für die zuvorkommende Betreuung und Förderung der Arbeit, die stete Gesprächsbereitschaft, auch für die Anregungen, die er mir in Hinblick auf die Veröffentlichung gegeben hat, und nicht zuletzt für die ausgezeichneten Arbeitsbedingungen an seinem Lehrstuhl. Herr Professor Dr. Arnold hat die Mühe des Zweitgutachtens auf sich genommen, wofür ich ihm sehr verpflichtet bin.

Dank gebührt ferner meinen akademischen Lehrern an der Juristischen Fakultät der Universität von Athen, den Herren Professoren Beys, Keraumeus und Stathopoulos, für ihre wissenschaftliche und menschliche Unterstützung.

Für ein allzeit offenes Ohr für meine Ideen und Probleme, für viele fruchtbare Diskussionen, wertvolle Ratschläge und für den großen Einsatz beim Korrekturlesen bin ich Herrn Thomas Baumann und Frau Petra Wagner, wissenschaftliche Assistenten am Lehrstuhl meines Doktorvaters, verpflichtet. Ebenso möchte ich mich bei Frau Christine Scherbaum für fortwährende aufopfernde Unterstützung des Fortgangs dieser Arbeit sowie für die Hilfe bei der technischen Abwicklung, insbesondere beim täglichen Kampf gegen den Computer bedanken.

Mit einem dreijährigen Stipendium hat die *Griechische Staatliche Stipendienstiftung (I.K.Y.)* diese Arbeit zunächst gefördert; dem Vorstand und dem Personal schulde ich großen Dank. Der *Konrad-Adenauer-Stiftung* habe ich weiterhin für die Aufnahme in die Promotionsförderung während des letzten Jahres meines Vorhabens sowie für einen Druckkostenvorschuß für die Veröffentlichung der Dissertation zu danken. Für die Aufnahme der Arbeit in die Reihe „*Schriften zu internationalen Wirtschaftsfragen*“ bin ich meinem Doktorvater und dem Verlag Duncker & Humblot verpflichtet.

Allen weiteren Personen, die mir bei dieser Arbeit in vielfältiger Art und Weise geholfen haben, schulde ich meinen herzlichsten Dank. Ich bitte um ihr Verständnis dafür, daß ich sie nicht im einzelnen aufzählen kann.

Besonderen Dank schulde ich schließlich meinen Eltern, die meinen Weg mit so viel Anteilnahme und Fürsorge begleitet haben und mir jede nur denkbare Unterstützung haben zukommen lassen. Ihnen sei dieses Buch gewidmet.

Heleni Theodorou

Inhaltsverzeichnis

Einleitung

29

Teil 1

Die klassischen Probleme des Einzelrechtsschutzes bei Investitionsschutzverträgen

§ 1 Der Konzessionsvertrag und verwandte Verträge für die Abwicklung des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs	33
A. Die traditionelle Konzession	33
B. Die Rechtsnatur der Konzession	36
I. Öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Charakter	36
II. Die Konzession als Vertrag oder Verwaltungsakt	38
C. Das <i>joint venture</i>	42
D. <i>Service-contracts</i> und Dienstleistungsverträge	44
E. <i>Production-sharing</i> -Verträge	45
F. Reine Schuldverträge	46
G. Angemessenheit des Konzessionsbegriffs für moderne Verträge – Der Begriff des <i>Vertrages zur wirtschaftlichen Entwicklung</i>	47
§ 2 Die Bedeutung der Schiedsgerichtsbarkeit bei internationalen Konzessionen	50
A. Gründe für die Bevorzugung von Schiedsklauseln	50
B. Die Schiedspraxis im Konzessionsbereich. Rechtsgrundlagen der konzessionären Schiedsgerichtsmechanik	54
I. Der Konzessionsvertrag enthält keine Schiedsklausel	54
II. Der Konzessionsvertrag enthält eine Schiedsklausel	55
III. Der Konzessionsvertrag enthält eine Unterwerfungsvereinbarung unter eine institutionelle Schiedsinstanz	56
1. Vom <i>Ständigen Haager Schiedsgerichtshof</i> zum <i>Internationalen Zentrum für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (International Centre for the Settlement of Investment Disputes – ICSID)</i> des <i>Weltbankübereinkommens</i>	56
2. Einige Grundsätze des <i>Weltbankübereinkommens (WBÜ)</i>	58
3. Kompromißmöglichkeiten bei Weigerung des Gastlandes, eine <i>ICSID</i> -Schiedsklausel zu vereinbaren	63

4. Bisherige <i>ICSID</i> -Verfahren	65
5. Die <i>Additional Facility</i> (Zusatzverfahren)	67
6. Bewertung des <i>Weltbankübereinkommens</i> für das Investitionsklima	68
7. Zusammenfassung	70
IV. Die gerichtliche Beilegung von Konzessionsstreitigkeiten – Die <i>Calvo</i> -Doktrin und ihre allmähliche Preisgabe	71
1. Vom Andenpakt zur Entscheidung 291 vom 21. März 1991	71
2. Die <i>Calvo</i> -Doktrin und das <i>WBÜ</i>	75
3. Die heutige Haltung lateinamerikanischer Staaten gegenüber der schiedsgerichtlichen Streitbeilegung	76
V. Die tatsächliche Bedeutung der Schiedsgerichtsbarkeit für Rohstoffkonzessionen	77
§ 3 Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen	80
A. Erscheinungsformen der Teilnahme des Staates am internationalen Handelsverkehr	80
B. Staatliche Eingriffe bei Verträgen mit ausländischen Staatsunternehmen und <i>force majeure</i>	82
I. Problemstellung	82
II. Die bisherige Behandlung der Problematik im Ost-West-Handel	83
1. Der Fall <i>Jordan Investments Ltd. v. Sojuznefteksport</i>	83
2. Der Fall <i>Czarnikow Ltd. v. Rolimpex</i>	84
3. Die Lehre Böckstiegels vom „funktionellen Durchgriff kraft Einflußsphäre“	86
4. Das Schiedsgerichtsurteil <i>Krupp-Koppers v. Kopex</i>	87
a) Sachverhalt	88
b) Die Erkenntnisse des Schiedsgerichts	88
c) Zusammenfassung	89
III. Eigene Stellungnahme	90
1. Der Grundsatz	90
2. Aufsicht und Weisungsbefugnis als Anwendungsvoraussetzung des Durchgriffs	91
3. Gezielter hoheitlicher Durchgriff zur Entlastung des staatlichen Vertragspartners	92
4. Abgrenzung allgemeinpoltischer von unternehmenspolitischen Maßnahmen	94
IV. Zusammenfassung	95
§ 4 Staatenimmunität und internationale private Schiedsgerichtsbarkeit ..	97
A. Staatenimmunität im allgemeinen	99
I. Begriff und Grundlagen der Staatenimmunität	99
II. Die Lehre von der restriktiven Immunität	100
1. Wandel von der absoluten zur restriktiven Immunitätslehre	100

2. Kriterien für die Abgrenzung zwischen <i>acta iure imperii</i> und <i>acta iure gestionis</i>	101
3. Unterscheidung zwischen Jurisdiktions- und Vollstreckungsim- munität	102
B. Immunität vor dem Schiedsgericht	103
I. Regelungen in internationalen Abkommen	103
1. Das <i>Weltbankübereinkommen</i>	103
2. <i>Genfer Europäisches Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit</i>	104
II. Behandlung der Immunitätseinrede durch internationale Schiedsge- richte	106
III. Stand der Rechtslehre und Ansichten nationaler Gerichte	109
1. Lehre vom Immunitätsverzicht	110
2. Bindungswirkung der Schiedsabrede	111
3. Lehre vom völkerrechtlichen Ausschluß der Immunität	112
4. Zusammenfassung	112
5. Stellungnahme: Völkerrechtlicher Ausschluß der Immunitätsein- rede im Schiedsverfahren	113
C. Immunität vor staatlichen Gerichten bei der Vollstreckung von Schieds- sprüchen	115
I. Einfluß internationaler Abkommen	116
1. Das <i>Weltbankübereinkommen</i>	116
2. <i>Europäisches Übereinkommen über die Staatenimmunität</i>	119
II. Rechte einzelner Staaten	120
1. Recht der USA	120
2. Großbritannien: Der britische <i>State Immunity Act</i> von 1978	123
3. Rechtslage in Frankreich	125
4. Rechtslage in der Schweiz	127
5. Bundesrepublik Deutschland: Rechtslage nach der Rechtspre- chung des Bundesverfassungsgerichts	128
6. Zusammenfassende Bemerkungen zu den Rechten der einzelnen Staaten	129
III. Schiedsabrede als Verzicht auf Jurisdiktions- und Vollstreckungsim- munität. Meinungsstand in der Literatur	130
IV. Zusammenfassung zur Staatenimmunität	133
D. Souveränität eines Staates und Abschluß eines Schiedsvertrages	135
I. Souveränität als Hindernis für den Abschluß eines Schiedsvertra- ges?	136
II. Unwirksamkeit des Schiedsvertrages infolge der Unwirksamkeit des Hauptvertrages?	137
III. Aufkündigung der Schiedsabrede kraft Souveränität?	145
IV. Ergebnis zur Souveränität	152

§ 5 Die subjektive Schiedsfähigkeit des Staates und der juristischen Personen des öffentlichen Rechts	153
A. Der Begriff der persönlichen Schiedsfähigkeit der Vertragsparteien	154
I. Grundsatzregelungen und Anknüpfung der subjektiven Schiedsfähigkeit	154
II. Abgrenzung zwischen der subjektiven Schiedsfähigkeit und der Befugnis der juristischen Personen des öffentlichen Rechts zum Abschluß einer Schiedsklausel	157
III. Sachliche Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes	159
B. Interne Beschränkungen der subjektiven Schiedsfähigkeit des Staates und der juristischen Personen des öffentlichen Rechts	161
I. Begründung	161
II. Rechtslage in Frankreich	162
III. Die Regelungen anderer Staaten	165
IV. Neue Schiedsgesetze und die Abschaffung innerstaatlicher Einschränkungen der subjektiven Schiedsfähigkeit des Staates und seiner Einrichtungen	169
C. Die Beachtlichkeit der Beschränkungen der subjektiven Schiedsfähigkeit des Staates und der juristischen Personen des öffentlichen Rechts	173
I. Nationale Regelungen und Einfluß internationaler Abkommen	173
II. Die Behandlung der Einschränkungen durch die Lehre und internationale Schiedsgerichte	176
1. Unterscheidung zwischen Beschränkungen sachlicher und persönlicher Art	176
2. Die Beachtlichkeit von Beschränkungen sachlicher Art	177
3. Die Beachtlichkeit von Beschränkungen persönlicher Art	183
4. Ergebnis zu der Beachtlichkeit der Beschränkungen der subjektiven Schiedsfähigkeit des Staates und der juristischen Personen des öffentlichen Rechts	187
5. Zusammenfassung	187
D. Bindung des Staates an eine Schiedsvereinbarung, die lediglich eines seiner Unternehmen unterzeichnet hat	188
I. <i>Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. (S.P.P.) v. The Arab Republic of Egypt and The Egyptian General Organisation for Tourism and Hotels (EGOTH)</i>	189
II. <i>Westland Helicopters Ltd. v. The Arab Organisation for Industrialization (AOI), United Arab Emirates, Saudi Arabia, Qatar, Egypt and the Arab British Helicopter Company (ABH)</i>	190
III. <i>Société de Grands Travaux de Marseille (S.G.T.M.) c. East Pakistan Industrial Development Corporation (E.P.I.D.C.)</i>	192
IV. Zusammenfassung	194

§ 6 Das auf das Schiedsverfahren anwendbare Recht	196
A. Mögliche Anknüpfungspunkte	196
B. Zwingende Anwendung eines bestimmten Rechts	200
I. Anwendung des Völkerrechts	200
1. Das <i>Aramco</i> -Schiedsverfahren	200
2. Das <i>Texaco</i> -Schiedsverfahren	203
a) Historischer Hintergrund	203
b) Die Erkenntnisse des Einzelschiedsrichters <i>Dupuy</i>	204
II. Anwendung des Verfahrensrechts des Staates am Sitz des Schiedsgerichts	206
1. Der theoretische Ansatz	206
2. Kritik	208
3. Zusammenfassung zur Lehre der zwingenden Anwendung des Verfahrensrechts des Staates am Sitz des Schiedsgerichts	210
4. Die schiedsgerichtliche Praxis	210
a) Das <i>Alsing</i> -Schiedsverfahren	210
b) Das <i>Sapphire</i> -Schiedsverfahren	211
c) Das <i>BP</i> -Schiedsverfahren	213
d) Zusammenfassende Würdigung der Schiedspraxis	214
5. Ergebnis	215
III. Parteiautonome Bestimmung des anwendbaren Verfahrensrechts	216
1. Die Freiheit der Parteien zur unmittelbaren Verfahrensausgestaltung nach den neueren internationalen Übereinkommen und den autonomen Rechten	216
2. Rechtstatsächlicher Befund	220
C. Kriterien für die Bestimmung des Verfahrensrechts	222
I. Die Maßgeblichkeit der territorialen Anbindung des Schiedsverfahrens an ein bestimmtes nationales Recht	222
1. Das Recht des Staates am Sitz des Schiedsgerichts als subsidiärer Anknüpfungspunkt	222
a) Die Funktionen des Schiedsverfahrensstatuts	222
b) Wahl des Sitzes des Schiedsgerichts als stillschweigende Wahl des Verfahrensrechts	224
c) Regelungen multilateraler Übereinkommen und nationaler Rechte	225
2. Kritik	229
3. Das Recht des Staates am Sitz des Schiedsgerichts als entscheidender Anknüpfungspunkt im konzessionären Bereich	231
II. Anwendung der <i>lex causae</i>	233
D. Die Lösung des Schiedsverfahrens vom Recht des Staates am Sitz des Schiedsgerichts	235
I. Entnationalisierungstendenzen im Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit	237

1. Regelungen internationaler Abkommen	238
2. Autonomes Recht	239
a) Reduzierung der zwingenden Normen für internationale Schiedsverfahren	239
b) Ausschluß der Aufhebbarkeit internationaler Schiedssprüche ..	239
c) Lösung von der Bindung an die Aufhebungsentscheidung des Sitzstaates	240
3. Zusammenfassung	241
II. Der rechtsordnungslose Schiedsspruch	241
1. Die Parteiautonomie als Bewertungsmaßstab für die Verbindlichkeit und Rechtswirksamkeit des Schiedsverfahrens	241
2. Der rechtsordnungslose Schiedsspruch in der Praxis	242
3. Rechtstheoretische Einwände	244
4. Zusammenfassung	246
III. Die Lehre vom gewohnheitsrechtlich entstandenen „anationalen“ Handelsrecht (<i>lex mercatoria</i>) und ihre Anwendbarkeit auf das Schiedsverfahren	247
1. Das Modell der <i>lex mercatoria</i> als dritte Rechtsordnung	247
2. Die <i>lex mercatoria</i> als Schiedsverfahrensstatut	249
3. Die <i>lex mercatoria</i> in der Praxis staatlicher Gerichte	252
4. Kritische Würdigung	254
5. Fazit	256
IV. Völkerrecht als maßgebliches Verfahrensrecht bei Schiedsverfahren zwischen einem Staat und einer ausländischen Privatperson	257
1. Rechtliche Voraussetzungen der Wahl des Völkerrechts als Verfahrensstatut in Schiedsverfahren zwischen Staaten und ausländischen Privatunternehmen	258
a) Legitimes Interesse an der Wahl des Völkerrechts	258
b) Eignung völkerrechtlicher Normen zur Regelung von Schiedsverfahren zwischen Staaten und Privatpersonen	259
c) Fehlen völkerrechtlicher Hilfs- und Kontrollorgane	260
d) Anwendbarkeit des Völkerrechts kraft stillschweigender Rechtswahl	261
e) Anwendbarkeit des <i>UNÜ</i> auf Schiedssprüche mit völkerrechtlicher <i>lex arbitri</i>	262
2. Vollstreckbarkeit eines auf anationalem Verfahrensrecht beruhenden Schiedsspruches	263
a) Anationale Schiedssprüche und das <i>UNÜ</i>	263
b) Ergebnis	265
c) Rechtsprechung	266
d) Fazit	269
e) Ergebnis zur Vollstreckbarkeit eines anationalen Schiedsspruches nach dem <i>UNÜ</i>	270
V. Zusammenfassung	271

§ 7 Die Zuordnung von Konzessionsverträgen	274
A. Möglichkeit einer direkten Zuordnung zu einer Rechtsordnung	274
B. Die Zuordnung von Konzessionsverträgen zum Völkerrecht	276
I. Die Begründung von vertraglichen Ansprüchen des Investors aus dem Völkerrecht	276
1. Die Lehre vom beschränkt-völkerrechtlichen Vertrag	276
2. Das Völkerrecht in der Schiedspraxis	277
a) Der lybische Erdölstreit	277
aa) Das <i>Texaco</i> -Schiedsverfahren	277
bb) Das <i>BP</i> -Schiedsverfahren	280
cc) Das <i>Liamco</i> -Schiedsverfahren	281
b) Weitere Schiedssprüche	282
aa) <i>Revere Copper v. Overseas Private Investment Corporation (O.P.I.C.)</i>	282
bb) <i>Kuwait v. American Independent Oil Company (Amin-oil)</i>	283
cc) <i>Agip v. Congo</i>	285
dd) <i>S.P.P. Middle East Ltd. v. Egypt</i>	286
3. Zusammenfassung der Schiedsgerichtspraxis	287
4. Eigene Stellungnahme	289
II. Die Unterscheidung zwischen der „Grundlegung“ des Vertrags und dem auf den Vertrag anwendbaren Recht („proper law“)	289
1. Die Begründung der Trennung	289
2. Kritik der Unterscheidung	293
3. Zusammenfassung	294
III. Die Anerkennung einer Völkerrechtspersönlichkeit des Investors im Rahmen des beschränkt-völkerrechtlichen Vertrages	296
1. Die theoretische Konstruktion	296
2. Dogmatische Bedenken gegen die Anerkennung des Privatinvestors als Völkerrechtssubjekt	297
IV. Rechtstatsächlicher Befund	299
V. Die Gründe einer völkerrechtlichen Grundlegung	303
1. Die Anerkennung der staatlichen Bindungsfähigkeit	303
2. Die Schiedsgerichtspraxis	304
a) Der libysche Erdölstreit	304
aa) Das <i>BP</i> -Schiedsverfahren	304
bb) Das <i>Liamco</i> -Schiedsverfahren	305
cc) Das <i>Texaco</i> -Schiedsverfahren	306
b) Weitere Schiedssprüche	306
aa) <i>Revere Copper v. O.P.I.C.</i>	306
bb) <i>S.P.P. v. Ägypten</i>	307
cc) <i>Aminoil v. Kuwait</i>	307
3. Zusammenfassung der Schiedsgerichtspraxis	308

4. Eigene Stellungnahme	309
5. Ergebnis	312
VI. Vertragsbruch und Völkerrechtsverletzung	312
VII. Die „Renationalisierung“ von Konzessionsverträgen	317
1. Die „Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten“ und die Ablehnung einer völkerrechtlichen Grundlegung ...	317
2. Neuere Konzessionsverträge und die ausschließliche Anwendung innerstaatlichen Rechts	323
VIII. Ergebnis zur Theorie der völkerrechtlichen Grundlegung von Konzessionsverträgen	325
C. Zuordnung zu einem nationalen Recht	328
I. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze als Grundlage vertraglicher Rechte des Investors	328
1. Die schiedsgerichtliche Praxis	328
a) <i>Lena Goldfields Company Ltd. v. Sowjetunion</i>	328
b) <i>Petroleum Development Ltd. v. Sheik of Abu Dhabi</i>	330
2. Der Meinungsstand in der Literatur	331
3. Kritik	332
4. Zusammenfassung der Kritik an der Lehre der Zuordnung von Konzessionsverträgen zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen ...	335
II. Die Begründung von Rechten des Investors aus einer transnationalen, vom Völkerrecht zu unterscheidenden Rechtsordnung	336
1. Die Lehre von einer „dritten“ Rechtsordnung	336
a) Der theoretische Ansatz	336
b) Der Mangel an Substanz einer „dritten“ Rechtsordnung	339
2. Zuordnung zur <i>lex mercatoria</i>	340
a) Die <i>lex mercatoria</i> als Vertragsstatut von Konzessionsverträgen	340
b) Kritische Würdigung	341
c) Ergebnis	343
D. Der rechtsordnungslose Vertrag	344
E. Zuordnung über ein Kollisionsrecht	347
F. Anwendung eines bestimmten nationalen Kollisionsrechts	349
I. <i>Lex fori</i> - bzw. <i>lex arbitri</i> Lösung	349
II. Anwendung eines anderen nationalen Kollisionsrechts. Das Recht des Konzessionsgebers als maßgebliches IPR	352
G. Ergebnis der Zuordnung von Konzessionsverträgen	359

§ 8 Die Bedeutung von Rechtswahlklauseln in Konzessionsverträgen	361
A. Anwendbares Recht bei ausdrücklicher Rechtswahl	361
I. Bindung des Schiedsrichters an die Rechtswahl	362
II. Bindung an die Wahl des Völkerrechts	369
1. Der rechtstheoretische Streit	369
2. Die Schiedspraxis	372
3. Ergebnis	374
III. Bindung an die Wahl sonstiger nicht nationaler Regeln	374
1. Die Vertragspraxis	374
2. Die Rechtsprechung nationaler Gerichte	377
3. Nationale Rechte	380
4. Zusammenfassung und Schlußfolgerung	381
B. Anwendbares Recht bei fehlender Rechtswahl	382
I. Vermutung zugunsten des staatlichen Rechts?	382
II. Anwendung der allgemeinen Rechtsgrundsätze und der <i>lex mercatoria</i> ?	386
1. Die Schiedspraxis	386
2. Kritik	387
3. Rechtstheoretische Bedenken gegen die Anwendung der allgemeinen Rechtsgrundsätze und der <i>lex mercatoria</i> bei fehlender Parteirechtswahl	390
4. Regelungen internationaler Abkommen und nationaler Rechte	391
5. Die Rechtsprechung nationaler Gerichte	392
6. Ergebnis	396
C. Grenzen des Anwendungsbereichs der <i>lex contractus</i>	397
I. Gespaltene Rechtswahl	397
II. Berücksichtigung zwingenden Privatrechts außerhalb der <i>lex contractus</i>	399
III. Berücksichtigung öffentlich-rechtlicher Normen außerhalb der <i>lex contractus</i>	406
§ 9 Materiellrechtliche Grundprobleme eines Konzessionsvertrages	411
A. Die Anpassung der vertraglichen Beziehungen an veränderte Umstände	411
I. Die <i>clausula rebus sic stantibus</i>	412
1. Der theoretische Ansatz	412
2. Die Gerichts- und Schiedsgerichtspraxis	415
3. Zusammenfassung	416
II. Neuverhandlungspflicht	417
1. Typologie der Neuaushandlungsklauseln	417
2. Die Neuverhandlungspflicht als allgemeiner Rechtsgrundsatz	422
3. Die schiedsgerichtliche Praxis	423
a) <i>Revere Copper v. O.P.I.C.-Fall</i>	423

b)	<i>Aminoil v. Kuwait-Fall</i>	424
c)	Schiedsgerichtsbarkeit der <i>IntHK</i> -Paris	425
d)	Zusammenfassung	426
4.	Eignung des Schiedsverfahrens für Konfliktvermeidung und Beilegung von Konzessionsstreitigkeiten	427
III.	Öffentlich-rechtliche Argumente für eine Vertragsanpassung	429
1.	Bei Anwendung des Rechts des Konzessionsgebers als <i>proper law</i> des Vertrages	429
2.	Bei Anwendung der allgemeinen Rechtsgrundsätze als <i>proper law</i> des Vertrages	432
a)	Grundsätzliche Anerkennung des Rechtes des Konzessionsgebers zur Anpassung von Konzessionsverträgen	432
b)	Das französische Rechtsinstitut des <i>contrat administratif</i> als Argument für eine einseitige Abänderbarkeit von Konzessionsverträgen	434
c)	Die Regelungen im deutschen, englischen und amerikanischen Recht	436
d)	Zusammenfassung der Rechtslage	439
IV.	Rechtfertigung der Abänderbarkeit von Konzessionsverträgen durch das völkerrechtliche Recht zur Enteignung	440
1.	Voraussetzungen einer völkerrechtlich rechtmäßigen Enteignung .	441
2.	Einschränkung des Rechtes des Staates zur Enteignung ausländischen Eigentums durch die Theorie der „ <i>wohlerworbenen Rechte</i> “?	442
3.	Die schiedsgerichtliche Behandlung des staatlichen Rechts zur Enteignung	445
a)	Der libysche Erdölstreit und weitere Schiedssprüche	445
b)	Zusammenfassung der schiedsgerichtlichen Praxis und eigene Stellungnahme	447
c)	Die Überprüfung des verfolgten öffentlichen Zwecks und des diskriminierenden Charakters einer Enteignungsmaßnahme durch den Schiedsrichter	448
d)	<i>Restitutio in integrum</i> oder Schadensersatz?	450
e)	Bemessung der zu zahlenden Entschädigung bei rechtswidrigen und rechtmäßigen Enteignungen	453
4.	Ergebnis zum Recht des Staates zur Enteignung ausländischen Eigentums	456
B.	Vertragsanpassung bei Vereinbarung einer Stabilisierungsklausel	457
I.	Typologie der Stabilisierungsklauseln	457
II.	Völkerrechtliches Verbot von Stabilisierungsklauseln?	462
III.	Stabilisierung durch nationale Gesetzgebung	464
IV.	Stabilisierung des öffentlichen Rechts	466
1.	Bei Anwendung des Rechts des Konzessionsgebers als <i>proper law</i> des Vertrages	466

2. Bei Anwendung der allgemeinen Rechtsgrundsätze als <i>proper law</i> des Vertrages	470
3. Die schiedsgerichtliche Praxis	471
4. Eigene Stellungnahme	473

Teil 2

Neuartige Regelungstypen und Schutzmechanismen im internationalen Investitionsrecht

§ 10 Gesetzliche und vertragliche Mechanismen des Investitionsschutzes ..	476
A. Einleitung – Die Probleme des internationalen Investitionsschutzes	476
B. Die Investitionsgesetze der Kapitalimportländer	477
C. Ansätze zu einem multilateralen Investitionsschutz	479
I. Multilaterale Investitionsschutzprojekte aus älterer Zeit	479
1. Das <i>Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen (General Agreement on Tariffs and Trade – GATT)</i> und das <i>Weltbankübereinkommen (WBÜ)</i>	479
2. Die Liberalisierungsinstrumente der <i>Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (Organization for Economic Cooperation and Development – OECD)</i> ..	480
II. Ansätze aus jüngster Zeit	483
1. Die Abkommen zwischen der <i>Europäischen Gemeinschaft (EG)</i> und den Staaten Afrikas, der Karibik und des Pazifik (<i>AKP</i>) – <i>Lomé Abkommen</i>	483
2. Weitere regionale Ansätze zum multilateralen Investitionsschutz ..	487
III. Verhandlungen über ein <i>Multilaterales Investitionsabkommen</i> im Rahmen der <i>OECD</i>	488
1. Die Vorteile des <i>MAI</i>	489
a) Der weitere Investitionsbegriff	489
b) Indirekte Investitionen	491
c) Nichtdiskriminierung bei der Investitionszulassung	492
d) Institutionelles	493
2. Mögliche Schwächen des <i>MAI</i>	493
a) Kapitaltransferbeschränkungen	493
b) Streitschlichtung	494
3. Zusammenfassung	495
D. Die bilateralen Investitionsschutzverträge	496
I. Einleitung	496
II. Die Entwicklung des bilateralen Investitionsschutzes	497
III. Der bilaterale Investitionsschutz der USA	501
1. Die amerikanischen <i>Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsverträge</i>	501

2.	Die echten Investitionsförderungsabkommen der USA	504
IV.	Die <i>Investitionsförderungsverträge</i> der Bundesrepublik Deutschland ..	508
1.	Zweck und Gegenstand des Vertrages	508
2.	Die materiellen Investitionsschutzbestimmungen der <i>IFV</i>	510
a)	Inländerbehandlung und Meistbegünstigung – Transfermöglichkeiten	510
b)	Eigentumsschutz und Entschädigung	510
c)	Die Abschirmklausel des Art. 8 Abs. 2 des deutschen Mustervertrags	513
3.	Streitverhütung und Streitbeilegung	515
a)	Die Beilegung zwischenstaatlicher Meinungsverschiedenheiten	515
aa)	Die Bestimmungen des Art. 10 des deutschen Mustervertrags	515
bb)	Zuständigkeitskollision des Vertragsschiedsgerichts und eines <i>ICSID</i> -Schiedsgerichts	518
cc)	Würdigung	520
b)	Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen einer Vertragspartei und einem Kapitalanleger der anderen Vertragspartei	521
aa)	Die Bestimmungen des Art. 11 des deutschen Mustervertrags	521
bb)	Art. 11 Abs. 2 des deutschen Mustervertrags und das Recht des individuellen Investors zur Anrufung des Vertragsgerichts	523
cc)	Die Bedeutung des Vertragsgerichts für die mit ehemaligen sozialistischen und lateinamerikanischen Staaten abgeschlossenen <i>IFV</i>	526
dd)	Das Streitbeilegungssystem der <i>IFV</i> und die <i>ICSID</i> -Klauseln	529
c)	Würdigung	533
V.	Zusammenfassung	534
§ 11	Das gegenwärtige globale System zur Förderung des internationalen Ressourcentransfers	536
A.	Die Förderung von Direktinvestitionen	536
B.	Die Förderung des externen Ressourcentransfers	539
C.	Die Schwächen des bisherigen Förderungssystems	540
D.	Neue Instrumente zur Fortbildung des internationalen Wirtschaftsrechts ..	543
I.	Die <i>Multilaterale Investitions-Garantie-Agentur (MIGA)</i>	543
1.	Die historische Entwicklung der <i>MIGA</i>	544
2.	Die Aufgaben der <i>MIGA</i>	545
3.	Subrogation und Streitschlichtung bei der <i>MIGA</i>	547

a)	Beilegung von Streitigkeiten zwischen der <i>MIGA</i> und dem Gaststaat über Forderungen der Agentur als Rechtsnachfolger eines Investors	549
aa)	Einvernehmliche Streitbeilegung	549
bb)	Vergleichsverfahren	549
cc)	Schiedsverfahren	550
b)	Sonstige Formen der Streitbeilegung	552
aa)	Verfahren für Streitigkeiten über Auslegung und Anwendung der Konvention	552
bb)	Verfahren für Streitigkeiten aus einem Garantie- oder Rückversicherungsvertrag	553
cc)	Sonstige Streitigkeiten der <i>MIGA</i> mit Mitgliedern oder früheren Mitgliedstaaten	555
dd)	Streitigkeiten zwischen der <i>MIGA</i> und sonstigen dritten Parteien	555
c)	Zusammenfassung	556
4.	Die <i>MIGA</i> als Instrument der Rechtsbildung	557
II.	Das <i>amerikanisch-kanadische Freihandelsabkommen (Free Trade Agreement – FTA)</i> und das <i>Nordamerikanische Freihandelsabkommen (North American Free Trade Agreement – NAFTA)</i>	558
1.	Das Streitschlichtungssystem des <i>amerikanisch-kanadischen Freihandelsabkommens (FTA)</i>	559
2.	Das <i>Nordamerikanische Freihandelsabkommen (NAFTA)</i>	561
a)	Das Investitionskapitel des <i>NAFTA</i> -Abkommens	561
aa)	Die vertraglichen Pflichten in bezug auf Investitionen (<i>materielles Investitionsschutzrecht</i>)	561
bb)	Die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (<i>formelles Investitionsschutzrecht</i>)	562
(1)	Aktivlegitimation, Verfahren, anwendbares Recht, Vollstreckung	562
(2)	Ausnahmen	563
(a)	Behördliche Zulassungsentscheidungen	563
(b)	Der mexikanische Vorbehalt zum Schiedsverfahren	564
cc)	Zwischenstaatliche Geltendmachung der materiellen Verpflichtungen des <i>NAFTA</i> -Investitionskapitels gegen Mexiko	564
b)	Ergebnis	565
III.	Die Reform des <i>GATT</i> und seines Streitschlichtungsverfahrens in den Verhandlungen der Uruguay-Runde	566
1.	Die neue institutionelle und rechtliche Ordnung des <i>GATT</i> bzw. der <i>WTO</i>	568
a)	Die <i>Welthandelsorganisation (WTO)</i> : Aufgaben, Funktionen und Aufbau	568
b)	Die neue rechtliche Ordnung	569

2. Das Streitschlichtungsverfahren	570
a) Der alte <i>GATT</i> -Streitschlichtungsmechanismus	571
b) Die <i>Vereinbarung über Regeln und Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten</i> der Uruguay-Runde	572
aa) Konsultations- und <i>Panel</i> -Phase	573
bb) <i>Ständige Berufungskammer</i>	574
cc) Umsetzung der Beschlüsse	575
dd) Entschädigung und Aussetzung von Zugeständnissen ...	575
3. Würdigung	576

Zusammenfassung	579
------------------------	-----

Literaturverzeichnis	583
-----------------------------	-----

Sachwortverzeichnis	631
----------------------------	-----

Abkürzungsverzeichnis

Abl. der EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
AC	Appeal Cases (House of Lords)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ACP	African Caribbean and Pacific Group
AFDI	Annuaire Français de Droit International
aff'd	affirmed
AJIL	The American Journal of International Law
AKP	Asian-Karibik-Pazifik-Staaten
All E.R.	All England Reports
AMGI	Agence Multilaterale de Garantie des Investissements
AnnIDI	Annuaire de l'Institut de Droit International
APEC	Asian Pacific Economic Cooperation
Arb. Int	Arbitration International
Arb. J	Arbitration Journal
ASEAN	Association of Southern Asian Nations
Austr. FSIA	Australian Foreign States Immunities Act 1985
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters
BB	Betriebs Berater
Bek.	Bekanntmachung
belg.	belgisch
BENELUX	Belgique, Nederland, Luxemburg
Berichte	Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht
BG	schweizerisches Bundesgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts, amtliche Sammlung
BGH	deutscher Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, amtliche Sammlung
BIT	Bilateral Investment Treaty
BRD	Bundesrepublik Deutschland
bspw.	beispielsweise
BT-Drucks	Bundesdrucksache
Bus. Law	The Business Lawyer
BYIL	British Yearbook of International Law

BVerfG	deutsches Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, amtliche Sammlung
c.	contre
CalLRev	California Law Review
Can. SIA	Act to provide for State Immunity in Canadian Courts
c.c.	code civil français
CERDS	Charta of Economic Rights and Duties of States, UN-Resolution 3281 (XXIX) vom 12. Dezember 1974
ch.	chapter
CIETAC	China International Economic and Trade Arbitration Commission
Cir.	Circuit
CIRDI	Centre International pour le Règlement des Differends Relatifs aux Investissements
CJ	belg. Code Judiciaire
ColJTransL	Columbia Journal of Transnational Law
Clunet	Journal du Droit International
Comp. Int Law Journal Southern Africa	Comparative International Law Journal of Southern Africa
CMLR	Common Market Law Review
CNUDCI	Commission des Nations Unies du Droit Commercial International
CornellLQ	Cornell Law Quarterly
Cour cass.	Cour de Cassation
c.p.c.	it. codice di procedura civile
DB	Der Betrieb
D.D.C.	District Court for the District of Columbia
DEG	Deutsche Investitions- und Entwicklungsgesellschaft
DIS	Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit
doc.	Document
DSB	Dispute Settlement Body der WTO
DSU	Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes der WTO
dt.	deutsch
EBWE	Europäische Bank für Wiederaufbau und Entwicklung
ECOSOC	Economic and Social Commission of the United Nations Organization
ed.	editor
eds.	editors
EEC	European Economic Community
EG	Europäische Gemeinschaft

EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gesetzverfassungsgesetz
EGZPO	Einführungsgesetz zur Zivilprozeßordnung
EGrZPO	Einführungsgesetz zur griechischen Zivilprozeßordnung
EIB	Europäische Investitionsbank
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention vom 4. November 1950
EU	Europäische Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EÜ	Europäisches Übereinkommen über die internationale Handels- schiedsgerichtsbarkeit vom 21. April 196
EÜSt	Europäisches Übereinkommen über die Staatenimmunität vom 16. Mai 1972
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EVÜ	Europäisches Übereinkommen über das auf vertragliche Schuld- verhältnisse anzuwendende Recht vom 19. Juni 1980
F. 2d	Federal Reporter, Second Series
franz.	französisch
FS	Festschrift
F.Supp.	Federal Supplement
FTA	Free Trade Agreement vom 2. Januar 1988
GAOR	General Assembly Official Records
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GYIL	German Yearbook of International Law
gr.	griechisch
Hrsg.	Herausgeber
IBA	International Bar Association
IBRD	International Bank for Reconstruction and Development
ICC	International Chamber of Commerce
ICCA	International Council of Commercial Arbitration
ICJ	International Court of Justice
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
ICSID	International Centre for the Settlement of Investment Disputes
ICSID Rev.-FILJ	ICSID Review – Foreign Investment Law Journal
IDA	International Development Association
IDB	Interamerikanische Entwicklungsbank
i. d. F.	in der Fassung
IDI	Institut de Droit International
IFC	International Finance Corporation
IFV	Investitionsförderungsvertrag
IGH	Internationaler Gerichtshof

ILA	International Law Association
ILC	International Law Commission
ILM	International Legal Materials
ILR	International Law Reports
Int. Bus.Law	International Business Lawyer
IntHK	Internationale Handelskammer
IntL	The International Lawyer
IPR	Internationales Privatrecht
IPrax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts
Iran-U.S. C. T. R.	Iran-U.S. Claim Tribunal Reports
ital.	italienisch
ItYIL	Italian Yearbook of International Law
ITO	International Trade Organization
IWF	Internationaler Währungsfond
IZPR	Internationales Zivilprozeßrecht
JBusL	Journal of Business Law
JCP	La Semaine Juridique
JIntArb	Journal of International Arbitration
JurPortAnv	Jurisprudence de Port d'Anvers
JuS	Juristische Schulung
JWTL	Journal of World Trade Law
JZ	Juristenzeitung
KfW	Kreditanstalt für Wiederaufbau
Komm.	Kommentar
KTS	Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
Law Am	Lawyers of the Americas
LG	Landgericht
Lloyd's Rep.	Lloyd's List Law Reports
MAI	Multilaterales Abkommen für Investitionen
MDR	Monatschrift für deutsches Recht
MIGA	Multilateral Investment Guarantee Agency – Multilaterale Investitions-Garantie-Agentur vom 11. Oktober 1985
ModelLReview	Model Law Review
NAFTA	North Atlantic Free Trade Agreement vom 17. Dezember 1992
ncpc	nouveau code de procédure civile français
n.F.	neue Fassung
niederl.	niederländisch
NILR	Netherlands International Law Review
NYIL	Netherlands Yearbook of International Law
NYUJInt'L & Pol.	New York University Journal of International Law and Politics
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
No	number, numéro

OCDE	Organisation pour la Cooperation et le Développement Economique
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development
öOGH	österreichischer Oberster Gerichtshof
öster.	österreichisch
östZöffR	österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht
öZPO	österreichische Zivilprozeßordnung
OIC	Organisation of Islamic Conference
OLG	Oberlandesgericht
OMC	Organisation Mondiale de Commerce
OPEC	Organization of Petroleum-Exporting Countries
O.P.I.C.	Overseas Private Investment Corporation
PCIJ	Permanent Court of International Justice
QB	Quenn's Bench
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RBDI	Revue belge de droit international
RCDIP	Revue critique de droit international privé
RdC	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye
RDIDC	Revue de Droit International et de Droit Comparé
RdNr.	Randnummer
Rev. arb	Revue de l'arbitrage
RGBI.	Reichsgesetzblatt
RGDIP	Revue Générale de Droit International Public
RIAA	Reports of International Arbitral Awards
Riv. di dir. int. e proc.	Rivista di diritto internazionale e processuale
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RSFSR	Russische Sozialistische Föderative Sowjetrepublik
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
schw.	schweizerisch
schw.BG	schweizerischer Bundesgerichtshof
Schw.	Schweizer
SchwJIntR	Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht
S.D.N.Y.	Southern District New York
Sec.	Section
StGH	Ständiger Gerichtshof
Trib.	Tribunal
TPRB	Trade Policy Review Body der WTO
TPRM	Trade Policy Review Mechanism der WTO

TRIMS	Trade Related Investment Measures
TRIPS	Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights
TuILRev.	Tulane Law Review
UdSSR	Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken
UK SIA	United Kingdom State Immunity Act 1978
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNCITRAL- Modellgesetz	Modellgesetz zur internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21. Juni 1985
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
UNIDO	United Nations Industrial Development Organisation
UNIDROIT	Institut International pour l'Unification de Droit
U.N.T.S.	United Nations Treaty Series
UNÜ	UN-Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958
U.S.	United States Supreme Court Reports
USA FSIA	United States of America, Foreign Sovereign Immunities Act von 1976/1988
Urt.	Urteil
v.	versus
VO (EWG)	Verordnung der Europäischen Gemeinschaften
Vol.	Volume
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WBÜ	Weltbankübereinkommen zur Beilegung von Investitionsstreitig- keiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten vom 18. März 1965
WIPO	World Intellectual Property Organization
WiRO	Wirtschaft und Recht in Osteuropa
W.L.R.	Weekly Law Reports
WM	Wertpapiermitteilungen
WTO	World Trade Organisation
WVK	Wiener Vertragskonvention über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969
YbILC	Yearbook of the International Law Commission
YCA	Yearbook of International Arbitration
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
Z.	Ziffer
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZvglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeßrecht
ZZPInt	Zeitschrift für Zivilprozeß International

Einleitung

Die Internationalisierung des Wirtschaftsverkehrs hat zwei wesentliche Aspekte, den grenzüberschreitenden Handel sowie die Investitionen im Ausland. Auslandsinvestitionen begegnen in unterschiedlichen Formen. Sie unterteilen sich nach der üblichen Definition in *Direktinvestitionen* und *Portfolioinvestitionen*¹. Letztere erfolgen über den Kapitalmarkt; im Vordergrund des Interesses steht die Dividende. Direktinvestitionen lassen sich demgegenüber als Kapitalanlagen definieren, die vom Investor in der Absicht vorgenommen werden, einen unmittelbaren Einfluß auf die Geschäftstätigkeit des kapitalnehmenden Unternehmens zu gewinnen oder einem Unternehmen, an dem der Investor bereits maßgeblich beteiligt ist, neue Mittel zuzuführen².

Der weltweite Bestand an ausländischen Direktinvestitionen hat sich im Zeitraum von 1982 bis 1994 vervierfacht und betrug zuletzt ca. 3,2 Billionen US-Dollar. Die jährlichen globalen Zuströme an ausländischen Direktinvestitionen erreichten 1996 mit ca. 350 Mrd. US-Dollar einen neuen Rekordwert. Die meisten dieser Investitionen fließen innerhalb der drei Handelsblöcke USA, Europäische Union und Japan, also zwischen den ent-

¹ Gramlich, L., Rechtsgestalt, Regelungstypen und Rechtsschutz bei grenzüberschreitenden Investitionen, Baden-Baden 1984, S. 125 ff.; Hahn, H./Gramlich, L., Regelungstypen internationaler Investitionen, Archiv des Völkerrechts 21 (1983), 145–238 (149); Jüttner, H., Förderung und Schutz deutscher Direktinvestitionen in Entwicklungsländern (unter besonderer Berücksichtigung der Wirksamkeit von Investitionsförderungsverträgen), Baden-Baden 1973, S. 37; Lämmerzahl, M., Der völkerrechtliche Schutz von Investitionen der Unternehmen kapitalistischer Industriestaaten in Entwicklungsländern (unter besonderer Berücksichtigung der USA und der BRD), Potsdam 1984, S. 10; Pollak, Chr./Riedel, J., Industriekooperation mit Schwellenländern – Bedeutung – Hindernisse – Förderung, München 1984; Vagts, D. F., Dispute-Resolution Mechanisms in International Business, RdC 203 (1987 III), 9–94 (7); Wegen, G., Dispute Settlement and Arbitration, in Rubin, S./Nelson, R. (eds.), International Investment Disputes: Avoidance and Settlement 1985, S. 59–73; zu den Problemen bei der Unterscheidung zwischen den beiden Investitionsarten siehe Ebenroth, C.-T., Code of Conduct – Ansätze zur vertraglichen Gestaltung internationaler Investitionen, Konstanz 1987, RdNr. 97 ff.; Hahn, H./Gramlich, L., ibid. S. 150, Fn. 28 und 29.

² §§ 55 und 57 der Verordnung zur Durchführung des Außenwirtschaftsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. November 1993, BGBl. I, S. 1934, definieren Direktinvestitionen als „Leistungen ... welche die Anlage von Vermögen ... zur Schaffung dauerhafter Wirtschaftsverbindungen ... bezwecken“.

wickelten Staaten. Nach den Angaben der *UNCTAD* haben aber die Investitionen der Entwicklungsländer selbst stark zugenommen³. Diese Hinweise mögen genügen, um die immer noch zunehmende Bedeutung der Auslandsinvestitionen für die Weltwirtschaft zu belegen.

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 an der Aufnahme der Kapitalanlage in seinen Grenzen interessierten Gastland (*Investitionsschutzvertrag*) ist damit das Instrument, das im internationalen Rechtsverkehr die wirtschaftliche Tätigkeit im Ausland erleichtern und die Investitionen gegenüber dem Gaststaat absichern soll.

Im Laufe der Entwicklung der internationalen wirtschaftlichen Zusammenarbeit haben sich die Vereinbarungen zwischen ausländischen (privaten) Investoren und Regierungen oder staatseigenen Unternehmen zunehmend komplex gestaltet. Ausgehend von dem klassischen Instrument des Konzessionsvertrags variieren heute die Vertragsarten sowohl in Hinsicht auf die Regelungsinhalte als auch in bezug auf die Art der Beteiligung des Staates an der geplanten wirtschaftlichen Tätigkeit⁴. Zusätzlich haben die Entwicklungsländer Bemühungen unternommen, um bestehende Verträge zu ihren Gunsten abzuändern⁵. Diese neuen Umstände haben zu einer Häufung von Rechtskonflikten bei der Abwicklung von Investitionsschutzverträgen geführt und haben das Bedürfnis für ein effektives Mittel zu ihrer Verhütung und, wenn dies nicht gelingt, zu ihrer friedlichen Beilegung, deutlich gemacht.

Einen supranationalen Gerichtshof, der sich allgemein den Interessen der an einem Investitionsschutzvertrag beteiligten Parteien annimmt, gibt es derzeit nicht. Die Unterwerfung unter die staatlichen Gerichte des Gastlandes

³ Nach dem jüngsten World Investment Report stammen 1996 85% aller ausfließenden Direktinvestitionen aus *OECD*-Staaten. Umgekehrt hatten 63% aller einfließenden Direktinvestitionen *OECD*-Staaten als Ziel; siehe *UNCTAD*, World Investment Report 1997, Transnational Corporations, Market Structure and Competition Policy, New York/Genf 1997.

⁴ Die Bezeichnungen der Verträge zwischen Staat und Unternehmen sind ebenfalls sehr unterschiedlich. Es finden sich „*joint venture agreements*“, „*service contracts*- und Dienstleistungsverträge“, „*production-sharing-agreements*“, „*mining conventions*“, „*master agreements*“, „*technical assistance agreements*“, „*agreements on foreign capital investment*“, „*establishment conventions*“ u. a. m.; vgl. dazu unten, unter Teil 1, § 1.

⁵ Zu dem in den Entwicklungsländern geprägten Gedanken eines sogenannten „*New International Economic Order*“ und zu ihrem neuen Selbstbewußtsein, das sich auch in dem Wunsch nach Souveränität über die eigenen Bodenschätze ausdrückt vgl. unten, unter Teil 1, § 7, B, VII.

ist für den Privatunternehmer kaum zumutbar. Er müßte damit rechnen, daß diese Gerichte befangen sind und für seine Belange kein Verständnis zeigen. Für den staatlichen Vertragspartner verbietet es sich aus Souveränitätsgründen, die Zuständigkeit der Gerichte im Heimatstaat des ausländischen Investors zu akzeptieren. Somit bleibt den Parteien allein die Möglichkeit, durch einen Schiedsvertrag den Streit den staatlichen Gerichten zu entziehen und durch parteiernannte Richter lösen zu lassen, die ihr Vertrauen genießen⁶.

Die vorliegende Arbeit hat es sich daher zur Aufgabe gemacht, auf die wichtigsten verfahrens- und materiellrechtlichen Probleme bei der Streitbeilegung von Konflikten aus Verträgen zwischen Staaten und fremden Investoren einzugehen. Im Mittelpunkt der Untersuchung steht ein bestimmter Vertragstyp von Vereinbarungen zwischen einem Gastland und einem ausländischen Privatunternehmen, nämlich jener, bei dem ein Investitionsprojekt in dem betreffenden Land durchgeführt wird und der in der Ausgestaltung einem völkerrechtlichen Vertrag nahekommt (*Konzessionsvertrag*).

Im ersten Paragraph geht es um die Abgrenzung der traditionellen Konzession von verwandten Verträgen für die Abwicklung des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs und um die Frage der rechtlichen Qualifikation von Konzessionsverträgen als öffentlich-rechtliche oder gemischt privatrechtlich/öffentlich-rechtliche Akte (*Teil 1, § 1*). Im weiteren Vorgehen wird die Bedeutung der Schiedsgerichtsbarkeit bei internationalen Konzessionen aufgezeigt, wobei besonderes Augenmerk auf den Streitschlichtungsmechanismus des *Weltbankübereinkommens* vom 18. März 1965 zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten gelegt wird (*Teil 1, § 2*). Sodann wird dem Problem nachgegangen, inwieweit sich staatliche Unternehmen, die oft als Vertragspartner eines Konzessionsvertrags auftreten, hoheitliche Eingriffe des eigenen Staates zurechnen lassen müssen und unter welchen Voraussetzungen eine subsidiäre Haftung des Staates für die Verbindlichkeiten seiner Unternehmen in Betracht kommen kann (*Teil 1, § 3*).

Als nächstes folgt das Problem der Geltendmachung der Einrede der Staatenimmunität in schiedsgerichtlichen und staatlichen Prozessen, die auf das Schiedsverfahren oder den Schiedsspruch bezogen sind (*Teil 1, § 4*). Die Frage der Fähigkeit des Staates und der juristischen Personen des öffentlichen Rechts, Schiedsklauseln wirksam vereinbaren zu können sowie die Berücksichtigung etwaiger diesbezüglicher nationaler Einschränkungen oder Verbote durch internationale (Schieds-) Gerichte soll daran anschließend behandelt werden (*Teil 1, § 5*).

⁶ Näher dazu unten, unter Teil 1, § 2.

Im nachstehenden Abschnitt werden Probleme des auf das Schiedsverfahren anwendbaren Rechts behandelt (*Teil 1, § 6*). Den Schwerpunkt dieser Arbeit bildet die rechtliche Zuordnung von Konzessionsverträgen (*Teil 1, § 7*). Eine ausführliche Untersuchung der von der Rechtslehre und der schiedsgerichtlichen Praxis unternommenen Einordnungsversuche erscheint vor allen Dingen wegen der nach wie vor herrschenden Unsicherheit hinsichtlich der Frage der Qualifikation der Rechtsbeziehungen zwischen einem Staat und einem ausländischen Investor gerechtfertigt. Daran sollen sich einige Bemerkungen über die Bedeutung von Rechtswahlklauseln in Konzessionsverträgen anschließen (*Teil 1, § 8*).

Einer Schilderung des auf die Hauptsache anwendbaren Rechts soll die Darstellung bestimmter materiellrechtlicher Grundprobleme der internationalen Konzession folgen (*Teil 1, § 9*). In diesem Zusammenhang wird größere Aufmerksamkeit der Frage geschenkt, ob und unter welchen Voraussetzungen der Staat in einen Konzessionsvertrag eingreifen darf, wenn Gründe der Aufrechterhaltung des öffentlichen Wohls dies gebieten.

In einem zweiten Teil ist auf neuartige Regelungstypen und Schutzmechanismen für Investitionsschutzverträge vor Schiedsgerichten einzugehen. Zuerst geht es um die Investitionsschutzverträge zwischen Kapitalexport- und importländern und ihre Mechanismen zur Beilegung von zwischenstaatlichen Meinungsverschiedenheiten und Streitigkeiten zwischen dem Gastland und dem Privatinvestor (*Teil 2, § 10*). Einem Aufriß der Schwächen des bisherigen Förderungssystems des internationalen Ressourcentransfers soll die Schilderung einiger neuer Instrumente zur Fortbildung des internationalen Wirtschaftslebens folgen (*Teil 2, § 11*). Die vorliegende Arbeit schließt mit einer Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse ab.

Die klassischen Probleme des Einzelrechtsschutzes bei Investitionsschutzverträgen

§ 1 Der Konzessionsvertrag und verwandte Verträge für die Abwicklung des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs

A. Die traditionelle Konzession

Bei einer *Konzession* handelt es sich um die Verabredung zwischen Hoheitsträger (*Konzessionsgeber*) und Investor (*Konzessionär*), daß der Investor gegen Zahlung genau festgesetzter, überwiegend erfolgsbezogener Abgaben, ein spezielles Projekt gemäß einem konkreten Investitionsplan auf einem Territorium über eine bestimmte Zeit durchführen darf¹. Der Konzessionsvertrag bildet ein synallagmatisches Rechtsverhältnis, wodurch dem Konzessionär staatlicherseits bestimmte, auch anderweitig erhebliche in jedem Fall aber vermögenswerte Rechtspositionen, wie z.B. die Ausbeutung von Bodenschätzen oder die Aufnahme industrieller Produktion und für deren Verwirklichung erforderliche Befugnisse eingeräumt werden. Der Gewährung von Rechten seitens des Gastlandes können mannigfaltige Pflichten des Konzessionärs gegenüberstehen, wie etwa die Übertragung moderner Technologie, Einstellung und Ausbildung einheimischer Arbeits-

¹ *El-Kosheri, A.*, Le régime juridique créé par les accords de participation dans le domaine pétrolier, RdC 147 (1975–IV), 219–393; *Fischer, P.*, Die internationale Konzession, Wien – New York 1974; *ders.*, Some Recent Trends and Developments in the Law of Foreign Investments, in Festschrift für Ignanz Seidl-Hohenveldern, 1988, S. 95–108; *Lämmerzahl, M.*, S. 15; *Markert, T.*, Rohstoffkonzessionen in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Baden-Baden 1989; *Regli, J.-P.*, Contrats d’Etat et arbitrage entre Etats et personnes privées, Ascona 1983, S. 5; *Rieger, H.*, Mining Investment Contracts, in *Nicklisch, F.* (Hrsg.), Der komplexe Langzeitvertrag – Strukturen und internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Heidelberg Kolloquium, Technologie und Recht 1986, S. 105–117; *Schanze, E.*, Investitionsverträge im internationalen Wirtschaftsrecht, Frankfurt a/M 1986; *Seidl-Hohenveldern, I.*, Völkerrecht, 9. neubearbeitete Aufl. 1997, RdNr. 1626; *Vagts, D. F.*, RdC 203 (1987–III), 9–94 (28).

kräfte, Entrichtung von Konzessionsabgaben, bis zur wirtschaftlichen Entwicklung ganzer Gebiete bei Großprojekten der Rohstoffgewinnung.

Ältere Konzessionsverträge sind durch eine langfristige Übertragung auf den Konzessionär aller hoheitsgleichen Rechte von der Exploration bis zum Export² über zum Teil erhebliche Gebiete³, durch die fehlende staatliche Beteiligung an der Durchführung des Projekts und durch eine unbedingte Garantie der Einhaltung der vertraglichen Bestimmungen während der zeitlichen Geltungsdauer der Konzession gekennzeichnet⁴. Neuere Konzessionen unterscheiden sich tiefgreifend von älteren Verträgen, wobei der Schwerpunkt der Entwicklungen in der Reduzierung des Umfangs der übertragenen Rechte bei gleichzeitiger Ausweitung der staatlichen Mitwirkungsmöglichkeiten liegt.

Konzessionsverträge werden heute für kürzere Zeiträume abgeschlossen⁵. Außerdem werden sie meist nur noch für kleinere Gebiete vergeben und sind mit strengen Auflagen zur Rückgabe nicht genutzter Gebiete nach relativ kurzer Zeit verbunden⁶. Weiterhin werden nicht mehr stets alle Phasen des Vorhabens an einen Konzessionär vergeben, sondern Explorations- und Ausbeutungsstadium werden getrennt (*Sequenzierung*). Enthielten ältere Konzessionen schon die Bestimmung, daß möglichst viele Einheimische beschäftigt werden sollten⁷, so kommen in den neueren Verträgen noch umfangreiche Ausbildungsverpflichtungen hinzu⁸. Manche Verträge sehen ganz allgemeine Verpflichtungen vor, die Wirtschaft des Gastlandes durch

² Die Dauer der Konzession war meist 60 bis 70 Jahre: Art. 1 der D'Arcy-Konzession in Persien aus dem Jahre 1901: 60 Jahre; Art. 2 der TPC-Konzession in Irak von 1925: 75 Jahre; Art. 1 der SOCAL- (später Aramco-)Konzession in Saudi-Arabien von 1933: 60 Jahre, zitiert nach *Markert, T.*, S. 23.

³ Der Konzessionsbereich umfaßte das gesamte Staatsgebiet oder zumindest große Teile hiervon: Art. 1 und 6 der D'Arcy-Konzession: ganz Persien ausgenommen einige Provinzen; Art. 2 Saudi-Arabien/SOCAL: ganz Saudi-Arabien, zitiert nach *Markert, T.*, *ibid.*

⁴ Vgl. United Nations Industrial Development Organisation (*UNIDO*), Major Features and Trends in Contracts and Agreements in the International Petroleum Industry, U.N.Doc. ID/WG.337/3, Wien 1981, S. 1.

⁵ Da es im Mineralbereich jedoch oft sehr lang dauert, bis die hohen Anfangsinvestitionen amortisiert sind, ist dort eine Vertragsdauer von 20 bis 40 Jahren immer noch die Regel; vgl. dazu *Wälde, W.*, Transnationale Investitionsverträge – Rohstoffvorhaben in Entwicklungsländern, *RabelsZ* 42 (1978), 28–86 (75).

⁶ „*Relinquishment*“, heute allgemeiner Standard. Nachweise zur Entwicklung bei *Cattan, H.*, The Evolution of Oil Concessions in the Middle East and North Africa, 1967, S. 4 ff.; *Fischer, P.*, Die internationale Konzession S. 286 ff.; *ders.*, in Festschrift für Seidl-Hohenveldern, I, S. 95–108 (107 ff.); *Regli, J.-P.*, S. 9 ff.

⁷ Art. 21 Konzession Saudi-Arabien/SOCAL (§ 1, Fn. 2): „*The enterprise under this contract shall be directed and supervised by Americans who shall employ Saudi Arab nationals as far as practicable, and so far as the Company can find suitable Saudi-Arab employees it will not employ other nationals.*...“.

die Nutzung einheimischer Bezugsquellen und die Mithilfe beim Ausbau der Infrastruktur zu fördern⁹. Andere Verträge schließen Verpflichtungen zur Errichtung von Verarbeitungskapazitäten¹⁰ oder zum Kauf lokaler Produkte und zur Inanspruchnahme lokaler Dienstleistungen ein¹¹. Um eine zügige Durchführung des Projekts zu erreichen, werden hohe Mindestinvestitionen vorgeschrieben¹² und es wird ein Zeitraum für die Erreichung bestimmter Ziele vorgesehen¹³.

Zusammenfassend läßt sich die Entwicklung dahin charakterisieren, daß bei der traditionellen Konzession ein Austausch Abbaurechte gegen Abgaben im Vordergrund stand und die Konzession im übrigen einen Fremdkörper im Gastland bildete. Dagegen werden in modernen Verträgen die Interessen der Beteiligten in umfassender Weise koordiniert, wobei die Einflußmöglichkeiten des Gaststaates auf die Durchführung des Projekts erheblich erweitert sind¹⁴.

⁸ Zahlreiche Nachweise bei *Adede, A. O.*, A Profile of Trends in the State Contracts for Natural Resources. Development between African Countries and Foreign Companies, NYUJInt'L & Pol 12 (1979/1980), 479 ff.

⁹ z.B. Art. XVII des Vertrages zwischen Äthiopien und der amerikanischen Erdölgesellschaft Whitestone aus dem Jahre 1973, der die Überschrift „*Promotion of National Interests*“ trägt, zitiert nach *Adede, A. O.*, *ibid.* S. 500.

¹⁰ Nachweise bei *Smith, D. N./Wells, L. T.*, Negotiating Third World Mineral Agreements, Cambridge 1975, S. 98 ff.

¹¹ Der Vertrag zwischen der saudi-arabischen Erdölgesellschaft PETROMIN und AGIP aus dem Jahre 1967 [zitiert nach *Markert, T.*, S. 27] enthält in Art. 15 eine allgemeine Bestimmung zum vorrangigen Ankauf saudischer Produkte und die Verpflichtung, mindestens 25 % der Guthaben bei saudischen Banken zu unterhalten und mindestens 50 % der Akkreditive durch saudische Banken zu eröffnen.

¹² So wurden in Art. 5 C der Konzession Abu Dhabi/ADMA über 8 Jahre hinweg gestaffelte Mindestinvestitionen für Prospektion und Erschließung festgelegt, zitiert nach *Markert, T.*, S. 23. Weitere Beispiele bei *Adede, A. O.*, NYUJInt'Law & Pol 12 (1979/1980), 513 ff.

¹³ Die Explorationsphase wird zeitlich begrenzt, die Möglichkeit einer einvernehmlichen Verlängerung wird jedoch oft vorgesehen; siehe etwa Art. 5 des Vertrages Jordanien/Natural Resources Authority of Jordan/Industrija Nafta Zagreb (INA) vom 8. März 1968, zitiert nach *Markert, T.*, S. 27.

¹⁴ Vgl. *Peter, W.*, International Investment Agreements – Types, Arbitration and Renegotiation, in *Nicklisch, F.* (Hrsg.), Der komplexe Langzeitvertrag..., S. 119–150 (121 ff.); *Sornarajah, M.*, The Myth of International Contract Law, JWTL 15 (1981), 187–217 (214).

B. Die Rechtsnatur der Konzession

I. Öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Charakter

Kann die Konzessionsvergabe definitionsgemäß nur durch den Staat erfolgen und ist das öffentliche Interesse durch sie unmittelbar berührt, so handelt es sich bei der Konzession um einen öffentlich-rechtlichen Akt¹⁵. Dies entspricht jedenfalls dem kontinentaleuropäischen Verständnis des Begriffes des öffentlichen Rechtes und demgemäß werden in Kontinentaleuropa Konzessionen als öffentlich-rechtlich betrachtet¹⁶.

Demgegenüber wird in der Lehre¹⁷ und insbesondere in der Schiedspraxis¹⁸ häufig die Auffassung vertreten, bei einer Konzession handle es sich um einen gemischt privatrechtlich/öffentlich-rechtlichen Akt¹⁹. Als privat-

¹⁵ *Fatouros, A.*, Government Guarantees to Foreign Investors, New York 1962, S. 196; *Fischer, P.*, Die internationale Konzession, S. 4; *Geiger, R.*, The Unilateral Change of Economic Development Agreements, ICLQ 23 (1974), 73–104 (84). Dies ist auch die offizielle Position der OPEC, siehe S. 5 des OPEC-Papiers für den 5. arabischen Ölkongreß von 1965: From concessions to contracts, zitiert nach *Markert, T.*, S. 19.

¹⁶ Rechtsvergleichender Überblick bei *Fischer, P.*, Die internationale Konzession, S. 15 ff., 68 ff.

¹⁷ *Barraz, P.*, The Legal Status of Oil Concessions, JWTL 5 (1971), 609–630 (613); *Böckstiegel, K.-H.*, Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen, Frankfurt a/M 1971, S. 54 ff.; *Cattan, H.*, The Law of Oil Concessions in the Middle East and North Africa, 1967, S. 20 ff.; *Ebenroth, C.-T.*, Das Verhältnis zwischen joint-venture-Vertrag, Gesellschaftssatzung und Investitionsvertrag, JZ 42 (1987), 265–271 (268); *Fischer, P.*, Die internationale Konzession, S. 9 ff.; *Leboulanger, P.*, Les contrats entre Etats et entreprises étrangères, Paris 1985, S. 217 ff.; *Mann, F.-A.*, The Theoretical Approach Towards the Law Governing Contracts Between States and Private Persons, RBDI 11 (1975), 562–567; *Mc Nair*, The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations, BYIL 33 (1957), 1–19 (3); *Regli, J.-P.*, S. 17 ff.; *Seidl-Hohenveldern, I.*, The Theory of Quasi-International and Partly International Agreements, RBDI 11 (1975), 567–570; *Stoll, J.*, Vereinbarungen zwischen Staat und ausländischem Investor, Berlin 1982, S. 28 ff.; *Zweigert, K.*, Verträge zwischen staatlichen und nichtstaatlichen Partnern, BerGesVR 5 (1964), 194–214; Überblick bei *An, T.*, The Law Applicable to a Transnational Economic Development Contract, JWTL 21 (4) (1987), 9–146 (97 ff.).

¹⁸ Völkerrechtlicher Schiedsspruch *Compagnie d'Electricité de Varsovie* (Frankreich/Polen), Reports of International Awards 3, 1679, 1687; *Sapphire International Petroleum Ltd. v. National Iranian Oil Company*, ILR 35 (1967), 136–192 (171); *Libyan American Oil Company (Liamco) v. Libyen*, ILM 20 (1981), 1–87 (30) = Rev. arb 1980, 132–191.

¹⁹ Schiedsrichter *Mahmassani* kam im Liamco-Schiedsspruch zu dem Ergebnis, daß es sich bei den Konzessionsverträgen „überwiegend“ um privatrechtliche Vereinbarungen handle „... *bien qu'un contrat de concession ait un caractère à la fois de droit public et de droit privé, sa nature prédominante est assurément contractuelle* ...“ [Hervorhebung von der Verfasserin], Rev. arb 1980, 132–191 (135).

rechtlich wird dabei angesehen, daß Konzessionen Vertragscharakter haben, ein Austausch von Leistungen stattfindet, die Parteien einander faktisch gleichrangig gegenüberstehen und dem Konzessionär Rechtsansprüche gegen den Konzessionsgeber zustehen. Es werden auch in großem Umfang typischerweise privatrechtliche Instrumente wie Rechtswahl- und Schiedsklauseln verwendet. Zumindest Rechtswahlklauseln sind bei öffentlich-rechtlichen Verträgen kaum denkbar, da über die Konzessionsvergabe nur das öffentliche Recht des beteiligten Staates entscheiden kann²⁰. Deshalb ist die Behauptung, die Lehre vom gemischt privatrechtlich/öffentlich-rechtlichen Vertrag erkläre sich nur daraus, daß *common law*-Autoren mit dem Institut des verwaltungsrechtlichen Vertrags und der Existenz subjektiver öffentlicher Rechte nicht vertraut seien²¹, nur teilweise zutreffend.

Die Möglichkeiten der Zuordnung zum öffentlichen Recht oder Privatrecht werden unten noch näher zu erörtern sein²². Als Ausgangspunkt bleibt festzuhalten, daß ein öffentlich-rechtliches Element vorhanden ist, die unterschiedlichen Auffassungen der einzelnen Rechtskreise es aber als wenig sinnvoll erscheinen lassen, vorschnell Rechtsfolgen an die Qualifikation als öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich zu knüpfen²³. Vielmehr ist für das einzelne auftretende Problem zu prüfen, ob sich beim Zugrundelegen eines öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Charakters unterschiedliche Rechtsfolgen ergeben. Denn selbst bei privatrechtlicher Betrachtung kann der Staat möglicherweise unter Berufung auf öffentliche Belange undiskriminierend und gegen Zahlung einer angemessenen, prompten und effektiven Entschädigung in die Vertragsbeziehung eingreifen²⁴. Ebenso können bei öffentlich-rechtlicher Betrachtung dem Konzessionär echte vertragliche Rechte zustehen.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß eine Konzession sowohl privatrechtliche als auch öffentlich-rechtliche Elemente aufweist. Einerseits sind beide Vertragsparteien gleichgeordnet und sie schließen den Vertrag

Im Falle der Elektrizitätsgesellschaft von Warschau (§ 1, Fn. 18) und im Sapphirer-Fall (§ 1, Fn. 18) wurden Konzessionsverträge zwischen Staaten und ausländischen Privatunternehmen als „*teils öffentlich-rechtlich, teils privatrechtlich*“ angesehen, während das Gericht im Alsing-Fall [ILR 23 (1956), 633–658] vom öffentlich-rechtlichen Charakter des dort streitigen Konzessionsvertrages ausging.

²⁰ Näher dazu unten § 8, A. I. und C. III.

²¹ Geiger, R., ICLQ 23 (1974), 73–104 (85).

²² Siehe unten, unter § 7.

²³ Böckstiegel, K.-H., Der Staat ..., S. 54; Lalive, J.-F., Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents, RdC 181 (1983 III), 9–283 (196).

²⁴ Zur grundsätzlichen Anerkennung des Rechts des Gaststaates zur Anpassung des Konzessionsvertrags an veränderte Umstände in den verschiedenen Rechtsordnungen siehe unten, unter § 9, A. III.

übereinstimmend ab²⁵. Andererseits trägt aber eine Konzession auch öffentlich-rechtliche Züge. So enthält sie Bestimmungen, die üblicherweise durch Gesetz geregelt werden. Besonders deutlich wird dies in den Fällen, in denen der Konzessionsvertrag bestehende Gesetze modifiziert oder ersetzt. Demnach kann eine Konzession als gemischt öffentlich-rechtlicher/privatrechtlicher Vertrag charakterisiert werden.

II. Die Konzession als Vertrag oder Verwaltungsakt

Wurzelt die Konzession im öffentlichen Recht, so könnte sie durch Vertrag oder Verwaltungsakt vergeben werden. Im deutschen Recht wird sie als Verwaltungsakt betrachtet und auch für Frankreich wird diese Qualifikation vertreten, wenn sich auch dort die Betrachtung als *contrat administratif* durchgesetzt hat²⁶. In älteren Konzessionen, wo die Rede von einer Rechtsübertragung („*grant of rights*“) ist, wäre diese mit beiden Einstufungen vereinbar. Bei den neueren Verträgen unterliegt jedoch der Konzessionsinhalt der freien Vertragsvereinbarung. Internationale Konzessionen werden ausgehandelt und enthalten synallagmatische Rechte und Pflichten. Einem meist finanzschwachen Staat steht gleichrangig ein kapitalstarker ausländischer Partner gegenüber. Rechtswahl- und Schiedsklauseln wären mit einem Verwaltungsakt nicht vereinbar. Auch bezeichnen sich sehr viele Konzessionen ausdrücklich als Vertrag²⁷ und sie werden stets von beiden Seiten unterschrieben. Nach § 54 VwVfG kann weiterhin ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts durch Vertrag begründet werden, soweit keine Rechtsvorschriften dem entgegenstehen.²⁸

²⁵ Vgl. BP Exploration Company (Libya) v. Government of the Libyan Arab Republic, ILR 53 (1979), 297–388 = YCA V (1980), 143–167 = Rev. arb 1980, 117–131; Texaco Overseas Petroleum Company, California Asiatic Oil Company v. Government of the Libyan Arab Republic, ILM 17 (1978), 1–37 = YCA IV (1979), 177–187; Libyan American Oil Company (Liamco), v. Government of the Libyan Arab Republic, ILM 20 (1981), 1–87 = ILR 62 (1982), 140–236 = Rev. arb 1980, 132–191.

²⁶ Siehe Saudi-Arabien v. Arabian American Oil Company (Aramco), Schiedsspruch vom 23. August 1958, ILR 27 (1963), 117–233 (159 ff.) = RCDIP 52 (1963), 272–363.

²⁷ Siehe etwa die Konzession Saudi-Arabien/SOCAL- (später Aramco), (§ 1, Fn. 2) und Kuwait/KOC –Vertrag, zitiert nach Markert, T., S. 21; zahlreiche weitere Beispiele bei Fischer, P., Die internationale Konzession, S. 127 ff.

²⁸ Die Literatur zu dieser Vorschrift ist umfangreich. Vgl. statt anderer Knack, Hans Joachim/Busch, Jost-Dietrich/Clausen, Wolfgang/Henneke, Hans-Günter/Klappstein, Walter, Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), Kommentar, 6. neubearbeitete und erweiterte Auflage, München 1998, unter § 54 VwVfG und Stelkens, Paul/Bonk, Heinz Joachim/Sachs, Michael/Kallerhoff, Dieter/Schmitz, Heribert/Stelkens, Ulrich, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 5. neubearbeitete Auflage, München 1998, ebenso unter § 54 VwVfG.

Zu Recht nimmt deshalb die herrschende Meinung sowohl in der Lehre²⁹ als auch in der Schiedspraxis³⁰ den Vertragscharakter internationaler Konzessionen an³¹. Der Internationale Gerichtshof (IGH) hat die Konzession

²⁹ *Barraz, P.*, JWTL 5 (1971), 609–630 (612); *Catranis, A.*, Probleme der Nationalisierung ausländischer Unternehmen vor internationalen Schiedsgerichten, RIW 28 (1982), 19–27 (21); *David, N.*, Les clauses de stabilité dans les contrats pétroliers. Questions d'un praticien, Clunet 113 (1986), 79–107 (85); *Fischer, P.*, Die internationale Konzession, S. 120ff.; *Gruss, H.-J.*, Enteignung und Aufhebung von Erdölkonzessionen: Der Schiedsspruch im libyschen Erdölstreit, ZaöRV 39 (1979), 782–806 (796); *Kahn, P.*, Contrats d'Etat et nationalisation. Les apports de la sentence arbitrale du 24 Mars 1982, Clunet 109 (1982), 844–909 (855); *Lalive, P.*, Sur une notion de „Contrat International“, in Festschrift für Kurt Lipstein, S. 135–155 (141); *Leboulanger, P.*, Les contrats entre Etats..., S. 214; *Maniruzzaman, A. F. M.*, State Contracts with Aliens – The Question of Unilateral Change by the State in Contemporary International Law, JIntArb 9 (4) (1992), 141–171 (146); *Markert, T.*, S. 21; *Mayer, P.*, L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence, RdC 217 (1989–V), 319–454 (447); *Paasivirta, E.*, Internationalization and Stabilization of Contracts Versus State Sovereignty, BYIL 60 (1989), 315–350 (349); *Regli, J.-P.*, S. 15; *Tschanz, P.-Y.*, The Contributions of the Aminoil Award to the Law of State Contracts, IntL 18 (1984), 245–281 (265); *White, R.*, Expropriation of the Libyan Oil Concessions – Two Conflicting International Arbitrations, ICLQ 30 (1981), 1–19 (5); so auch die herrschende Meinung in Griechenland; Nachweise bei *Dimolitsa, A.*, Arbitration Agreements and Foreign Investments – The Greek State between Contractual Commitment and Sovereign Intervention, JIntArb 5 (4) (1988), 17–66 (22ff.).

³⁰ *Aramco-Schiedsspruch*, ILR 27 (1963), 117–233 (164) (von Saudi-Arabien war der Vertragscharakter gar nicht bestritten worden); *Liamco-Schiedsspruch*, ILM 20 (1981), 1–87 (29ff.); *Topco/Calasiatic-Schiedsspruch*, ILM 17 (1978), 1–37 (19ff.) = YCA IV (1979), 177–187 (181); *ICSID-Schiedsspruch im Fall AGIP Company v. Popular Republic of the Congo* vom 30. November 1979, ILM 21 (1982), 726–739; *ICSID-Schiedsspruch im Fall Benvenuti et Bonfant v. People's Republic of the Congo* vom 8. August 1980, ILM 21 (1982), 740–766; *ICSID-Schiedsspruch im Fall Amco Asia Corporation, Pan American Development Ltd. and P.T. Amco Indonesia v. Government of Indonesia* vom 20. November 1984, ILM 24 (1985), 1023–1039 (1027, 1028); in anderen Schiedssprüchen als selbstverständlich vorausgesetzt, siehe etwa *Kuwait v. American Independent Oil Company (Aminoil)*, Schiedsspruch vom 24. März 1982, ILM 21 (1982), 976–1053 (1022, § 91ff.); vgl. dazu *Bishop, D. R.*, International Arbitration of Petroleum Disputes: The Development of a *Lex Petrolea*, YCA XXIII (1998), 1131–2010 (1170).

³¹ a. A. *An, T.*, JWTL 21 (4) (1987), 9–145 (100); *Batiffol, H.*, Anmerkung zu *ICSID-Schiedsspruch AGIP v. Congo*, RCDIP 71 (1982), 105; *Chatterjee, S. K.*, The Stabilization Clause Myth in Investment Agreements, JIntArb 5 (4) (1988), 97–111 (99); *El-Kosheri, A.*, RdC 147 (1975–IV), 219–393 (326); *Fatouros, A.*, The Administrative Contract in Transnational Transactions: Reflections on the Uses of Comparison, in Festschrift für Max Rheinstein, S. 259–274; *Geiger, R.*, ICLQ 23 (1974), 73–104 (84); *Weil, P.*, Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier, RdC 128 (1969–III), 95–240 (108); *ders.*, Droit international et contrats d'Etat, Mélanges offerts à Paul Reuter, 1981, S. 549–582 (570): Anwendung der Regeln des *contrat administratif*; so auch im *Mojesz Lubelski v. Burundi-Schiedsspruch* vom 30. Oktober 1968, JurPort Anv. 1969, 82–96 [Auszüge in

der *Anglo Iranian Oil Company (AIOC)* in Persien als Vertrag behandelt³². Möglich ist es allerdings, Vertrag und Verwaltungsakt nacheinanderzuschalten. So legt etwa der Vertrag zwischen Haiti und der *Kennecott Copper-Tochter S.M.H.* fest, unter welchen Bedingungen *S.M.H.* Anspruch auf Erteilung einer Konzession hat und welchen Inhalt diese dann haben sollte³³. Der eigentliche konzessionäre Akt erfolgt also außerhalb des Vertrags, wird aber durch diesen vollinhaltlich determiniert. Ebenso entschied Schiedsrichter *Sauser-Hall* im *Aramco*-Schiedsspruch³⁴, daß sich aus dem Wortlaut der Konzession ergebe, daß sie kein Verwaltungsakt sei. Saudi-Arabien habe außerdem das französische Rechtsinstitut des *contrat administratif* nicht rezipiert. Deshalb könne die Konzession auch nicht als solcher betrachtet werden. Vielmehr handle es sich um einen Vertrag *sui generis*³⁵. Im libyschen Erdölstreit gingen Schiedsrichter *Dupuy* im *Texaco*-Fall³⁶ und Schiedsrichter *Mahmassani* im *Liamco*-Fall³⁷ von der vertraglichen Natur der Konzessionsverträge aus. Demgegenüber hatte im *BP*-Fall³⁸ die Konzessionärin erstaunlicherweise den Charakter einer Konzession als *contrat*

Clunet 101 (1974), 915–918], bei dem es sich jedoch nicht um eine echte Rohstofferschließungskonzession, sondern lediglich um eine Konzession für den Ankauf von Gold und Diamanten im Gastland handelte; zustimmend: *ICSID*-Schiedsspruch vom 25. Februar 1988 im Fall *Société Ouest-Africaine des Bétons Industriels (SOABI) v. The Republic of Senegal*, YCA XVII (1992), 42–72, [§ 34] des Schiedsspruchs und *ICSID*-Schiedsspruch vom 20. Mai 1992 im Fall *S.P.P. (Middle East) Ltd. (Hong Kong) and S.P.P. Ltd. (Hong Kong) v. The Arab Republic of Egypt*, YCA XIX (1994), 51–104 = ILM 32 (1993), 933–1038, [§ 174] des Schiedsspruchs; außerhalb des Rohstoffbereichs für den Charakter von Konzessionsverträgen als *contrat administratif*: *Alsing*-Schiedsspruch, ILR 23 (1956), 633–658 (640 ff.) und *Greek Telephone Co.*-Schiedsspruch, zitiert nach *Wetter, G./Schwebel, S. M.*, *Some Little Known Cases on Concessions*, BYIL 40 (1964), 183–232 (216 ff.).

³² IGH, *Anglo-Iranian Oil Co. Case*, ICJ-Rep. 1952, 93.

³³ Vertrag von 1976, abgedruckt bei *Fischer, P./Wälde, T. W.*, *Collection of International Concessions and Related Instruments* 1981, Band 3, S. 327 ff.

³⁴ ILR 27 (1963), 117–233 = RCDIP 52 (1963), 272–363 (311); vgl. dazu *Bishop, D. R.*, YCA XIII (1998), 1131–2010 (1170).

³⁵ Näher dazu *El-Kosheri, A.*, RdC 147 (1975–IV), 219–393 (319); *Kahn, P.*, *Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française*, Clunet 92 (1965), 338–390 (383); *Weil, P.*, RdC 128 (1969–III), 95–240 (109).

³⁶ ILM 17 (1978), 1–37 (§ 54, S. 19 ff. und § 72, S. 25 ff.); vgl. dazu *Bishop, D. R.*, YCA XVIII (1998), 1131–2010 (1155); *Catranis, A.*, RIW/AWD 28 (1982), 19–27 (21); *Gruss, H.-J.*, ZaöRV 39 (1979), 782–806 (796); *White R. C. A.*, ICLQ 30 (1981), 1–19 (6).

³⁷ Rev. arb 1980, 132–191 (135); vgl. dazu *Bishop, D. R.*, YCA XVIII (1998), 1131–2010 (1154); *Catranis, A.*, RIW/AWD 28 (1982), 19–27 (21); *Rambaud, P.*, *Un arbitrage pétrolier: la sentence LIAMCO*, AFDI 26 (1980), 274–292.

³⁸ ILR 53 (1979), 297–388 (324, 327); vgl. dazu *Rambaud, P.*, *Arbitrage, concession et nationalisation: Quelques observations sur la sentence BP*, AFDI 27 (1981), 222–230; *White, R. C. A.*, ICLQ 30 (1981), 1–19 (5).

administratif vorgetragen, was der Schiedsrichter *Lagergren* ohne nähere Prüfung akzeptierte.

Bei der Qualifikationsfrage fällt es zunächst auf, daß einseitig darauf abgestellt wird, ob eine Willensübereinstimmung im Hinblick auf ein bestimmtes Ergebnis vorliegt; dies mag im traditionellen Privatrecht genügen, um eine Vereinbarung als „privatrechtlichen Vertrag“ zu bezeichnen. Für den internationalen Konzessionsvertrag muß man weitere Überlegungen anstellen. Zwar kann der Staat Verträge auf der Ebene des Privatrechts schließen. Eine Konzession ist aber ein Vertrag „*sui generis*“, wie es im *Aramco*-Schiedsspruch heißt³⁹. Weitere Bedenken ergeben sich daraus, daß durch Konzessionsverträge struktur- und entwicklungspolitische Ziele verfolgt werden; Konzessionäre sind meistens ausländische multinationale Gesellschaften, deren Aktivität unter nationaler Kontrolle bleiben soll. Man kann nicht annehmen, daß der Staat solchen Parteien gegenüber auf seine Hoheitsrechte völlig verzichten wollte⁴⁰.

Im Ergebnis ist mit *Fischer*⁴¹ davon auszugehen, daß es maßgebend auf die Umstände des Einzelfalles ankommt. Die Lösung der Qualifikationsfrage ist hauptsächlich der Rechtsordnung des Konzessionsgebers zu entnehmen, denn nur sein Recht kann entscheiden, welcher Rechtsformen sich der Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben bedienen muß und kann⁴². Weitere Indizien dazu liefern eventuell Mitgestaltungsrechte des Konzessionärs und vor allem die konkrete Interessenlage: Der Gaststaat hat oft keine andere Wahl, als auf der Ebene der Gleichordnung mit dem Privatunternehmen gegenseitige Rechte und Pflichten zu regeln. Kapitalmangel, Fehlen technischen und kaufmännischen *Know-how* oder andere Ursachen verpflichten ihn dazu, die Ausübung von Hoheitsrechten auf ausländische Unternehmen zu übertragen. Zur Herstellung des Gleichgewichts ist dann das Instrument des synallagmatischen Vertrags mit abänderbarem Charakter erforderlich⁴³.

³⁹ Oben, unter § 1, Fn. 35.

⁴⁰ Ähnlich: *Barraz, P.*, JWTL 5 (1971), 609–630 (614); sehr ausführlich auch *Verhoeven, J.*, Contrats entre Etats et ressortissants d'autres Etats, in: Le contrat économique international. Stabilité et évolution, Brüssel/Paris 1975, S. 127.

⁴¹ *Fischer, P.*, Die internationale Konzession, S. 94.

⁴² *Catranis, A.*, RIW/AWD 28 (1982), 19–27 (21); *Fischer, P.*, Die internationale Konzession, *ibid*; *Mann, F.-A.*, RBDI 11 (1975), 562–567 (564); *Markert, T.*, S. 20.

⁴³ *Fischer, P.*, Die internationale Konzession, S. 153 ff.; ähnlich *Frick, H.*, Bilateraler Investitionsschutz in Entwicklungsländern, Berlin 1975, S. 46; zur Anpassung der vertraglichen Beziehungen eines Konzessionsvertrags an veränderte Umstände siehe unten, unter § 9, A. I. und II.

C. Das *joint venture*

Die konzessionäre Beziehung zwischen Entwicklungsland und ausländischem Investor wird heutzutage in der Form einer gemeinsamen gesellschaftlichen Anstrengung ausgeübt (*joint venture*, *Gemeinschaftsunternehmen*, *société conjointe*)⁴⁴. Der aus der angloamerikanischen Terminologie übernommene Begriff *joint venture* soll die erhöhte aktive Beteiligung des Staates an gemeinsamen Investitionsvorhaben gegenüber dem herkömmlichen Konzessionsvertrag bezeichnen. Das Entwicklungsland kann von seinem *joint venture* Partner erwarten, daß er das Projekt mit seiner gesamten ihm verfügbaren Technologie ausstattet und für die entscheidenden Finanzierungsbeiträge sorgt, ohne Regelungskompetenz und Eigentumsrechte an dem Vorhaben auf ihn zu übertragen.

Das *joint venture* kann einmal aus der Errichtung einer gemeinsamen Betriebsgesellschaft (*operating company*) bestehen und sich somit nach außen gesellschaftsrechtlich manifestieren (*equity joint venture*)⁴⁵. Andererseits kann sich ein *joint venture* auch auf kooperative Formen der Kapitalausstattung, der Ausrüstung mit Gerät, der Übertragung moderner Technologie oder sonstiger vermögenswerter Rechte gegen die Zahlung von Entgelt, Sachleistungen oder Gewinnbeteiligungen beziehen, ohne daß dadurch eine neue Rechtseinheit geschaffen wird (*contractual joint venture*)⁴⁶.

Die Zulassung der Investition erfolgt unter der Grundvoraussetzung, daß ein Staat bzw. eine Staatsgesellschaft sich mit dem Investor über die gesellschaftsrechtliche Verfassung eines gemeinschaftlichen Vorhabens einigt. Der Staat prüft und entscheidet dabei nicht nur kurzfristig im Rahmen des Genehmigungsprozesses des Projekts, wie es bei der Konzession üblich ist, sondern er begibt sich kraft seiner gesellschaftsrechtlichen Stellung in eine aktive Rolle bei der fortlaufenden Kontrolle der Durchführung des Vorkom-

⁴⁴ Ebenroth, C.-T., JZ 6 (1987), 265–271 (266ff.); Fischer, P., Die internationale Konzession, S. 182ff.; ders., in Festschrift für Seidl-Hohenveldern, S. 95–108 (107); Hahn, H./Gramlich, L., Archiv des Völkerrechts 21 (1983), 145–238; Lämmerzahl, M., S. 15ff.; Markert, T., S. 29ff.; Mikesell, R. F., Foreign Investment in Mining Projects, Cambridge 1983, S. 169; Peter, W., in Nicklisch, F. (Hrsg.), Der komplexe Langzeitvertrag..., S. 119–150 (121); Regli, J.-P., S. 7; Seidl-Hohenveldern, I., Völkerrecht, 9. Aufl., RdNr. 1626; Vagts, D., RdC 203 (1987–III), 9–94 (28ff.).

⁴⁵ Markert, T., S. 32ff.; Schanze, E./Kirchner, C., Rohstofferschließungsvorhaben in Entwicklungsländern, Teil 1, Frankfurt a/M, 1977, S. 360ff.; Zweigert, K./von Hoffmann, B., Zur internationalen *joint venture*, in Festschrift für Martin Luther, München 1976, S. 203–212 (205).

⁴⁶ Dieses System des „vertraglichen“ (*contractual*) *joint venture* wurde in der iranischen Konzessionspraxis im Sapphire und IPAC-Vertrag 1958, sowie in den offshore-Konzessionen des Jahres 1965 verwirklicht (Verträge vom 7., 16., 18. und 19. Januar sowie vom 16. Juni 1965).

mens. Die Zusammenarbeit in den Leitungsorganen der Betriebsgesellschaft verspricht überdies Lernprozesse der Leitungseliten des Gastlandes und eine Sicherung entwicklungspolitischer Zielsetzungen im Rahmen des täglichen gesellschaftsrechtlichen Entscheidungsprozesses.

In der einfachsten Form des *joint venture* bei der Rohstofferschließung wird die Konzession an eine Gesellschaft erteilt, an der der Staat beteiligt ist⁴⁷. Anstelle einer Kapitalbeteiligung der Regierung tritt bei den meisten Projekten die Mitwirkung einer Staatsgesellschaft oder einer sonstigen autonomen staatlicher Einheit. Die Rechtsbeziehungen werden hier sehr viel komplexer und es treten vielerlei Varianten auf. Es ist möglich, daß die Regierung direkt am Abkommen beteiligt ist und eine Konzession zugunsten beider Gesellschaften vergibt⁴⁸. Häufig ist die Regierung jedoch selbst nicht beteiligt, sondern die Rechte am Rohstoff sind bereits zuvor durch Gesetz auf eine Staatsgesellschaft oder eine sonstige autonome staatliche Einheit übertragen worden⁴⁹. Materiell ändert sich durch die Übertragung aller konzessionärer Kompetenzen an die staatliche Gesellschaft nur wenig. Diese tritt in ein Partnerschaftsverhältnis mit dem Konzessionär und wirkt damit unmittelbar an der Verwirklichung des Konzessionszieles mit.

Das *joint venture* ist heute die bei weitem vorherrschende Form der Rohstofferschließung. Dafür sind vor allem politische Gründe ausschlaggebend. Denn die Konzession ist mit einem kolonialen Image behaftet, während das *joint venture* den Aspekt der Partnerschaft symbolisiert. Insgesamt dürfte der eigentliche Fortschritt bei dieser Vertragsform darin liegen, daß die staatliche Gesellschaft durch ihre Beteiligung am Vorhaben das notwendige *Know-how* für eine eigenständige Rolle erlangt. Rechtlich betrachtet bildet

⁴⁷ Beispiel dafür ist die Konzession der Bong Mining Co. für die Gewinnung von Eisenerz in Liberia, abgedruckt bei *Schanze, E.*, Investitionsverträge im internationalen Wirtschaftsrecht, S. 189 ff.

⁴⁸ Vertrag zwischen Kuwait, der Kuwait National Petroleum Co., KSC und Hispanica de Petróleos vom 3. Mai 1965, Selected Documents of the International Petroleum Industry. Organization of the Petroleum Exporting Countries, Vienna, Bd. II, 1968, 156 ff.; Vertrag zwischen Jordanien, der Natural Resources Authority of Jordan (NRA) und der jugoslawischen Gesellschaft Industrija Nafta Zagreb (INA) vom 8. März 1968, Selected Documents, *ibid.* S. 335 ff.; Konzession über die Exploration, Entwicklung und Produktion von Erdöl zwischen Syrian Arab Republic (Konzessionsgeber), der Syrian Petroleum Co. (Staatsgesellschaft) und Pecten Ash Sham Company, Syria Shell Petroleum Development B. V., Deminex Petroleum Syria GmbH (Konzessionäre) vom 21. August 1985 abgedruckt in ILM 26 (1987), 1186–1228.

⁴⁹ Bekannte Beispiele dafür sind die iranische NIOC und die indonesische PERTAMINA, zitiert nach *Markert, T.*, S. 34; auch bei dem harten Mineralien gibt es vergleichbare Regelungen. Als Beispiel dient eines der jüngsten großen Vorhaben auf diesem Gebiet, der Cerro Colorado-Vertrag zwischen Panama und Texagulf zitiert nach *Mikesell, R.*, S. 251 ff.

das *joint venture* keinen Gegensatz zur Konzession, sondern kann mit dieser durchaus verbunden werden⁵⁰. Am deutlichsten wird dies bei den dreiseitigen Verträgen mit Beteiligung von Regierung und nationaler Gesellschaft. Hier wird die Konzession an das *joint venture* vergeben. Genauso verhält es sich jedoch auch bei Partnerschaftsverträgen wie den iranischen, in denen das ausländische Unternehmen ebenfalls die Konzessionsrechte inne hat, diese jedoch mit der Staatsgesellschaft teilt.

D. *Service-contracts* und Dienstleistungsverträge

Von seiten der Gaststaaten ist in erster Linie beim Erdöl, weniger bei den harten Mineralien, an die Stelle des Konzessionssystems mit oder ohne *joint venture* die Kooperationsform des *service-contract* getreten, bei der Eigentumsrechte und Kontrolle über Vorkommen und Produktion bei den Gastländern bleiben⁵¹. Diese Entwicklung wurde im Nahen Osten durch den Vertrag zwischen der staatlichen iranischen Erdölgesellschaft *National Iranian Oil Company (NIOC)* und der ebenfalls staatlichen französischen *ERAP* im Jahre 1966 eingeleitet⁵². Ähnliche Verträge, wenn auch mit unterschiedlicher Ausgestaltung im einzelnen, sind im Erdölbereich weit verbreitet⁵³.

Das Grundprinzip ist in allen Fällen gleich: die jeweilige staatliche Erdölgesellschaft z.B. *NIOC*, die sich das ausschließliche Verfügungsrecht über Kohlenwasserstoffe kraft Gesetzes vorbehält, tritt als Organ des Staates in ein Vertragsverhältnis mit einem ausländischen Investor, welcher sich als Generalunternehmen (*contractor, operator, entrepreneur*) derselben zur Vornahme bestimmter technischer, finanzieller und kommerzieller Leistungen verpflichtet. Der Investor trägt das Explorationsrisiko und erhält nach Fündigwerden das Recht zum käuflichen Erwerb oder Selbstbehalt eines bestimmten Prozentsatzes des produzierten Gutes. Diese Strukturform bietet

⁵⁰ *El-Kosheri, A.*, RdC 147 (1975–IV), 219–393 (244 ff.); *Fischer, P.*, Die internationale Konzession, S. 182; *Leben, Ch.*, Les investissements miniers internationaux dans les pays en développement: Réflexions sur la décennie écoulée (1976–1986), Clunet 113 (2) (1986), 895–957 (934).

⁵¹ *Fischer, P.*, Die internationale Konzession, S. 177 ff.; *Lämmerzahl, M.*, S. 16; *Markert, T.*, S. 39; *Peter, W.*, in *Nicklisch, F.* (Hrsg.), Der komplexe Langzeitvertrag ... , S. 119–150 (122).

⁵² Selected Documents 1966, (§ 1, Fn. 48), S. 132 ff.; siehe auch den Vertrag zwischen YPF und der Pan American International Oil Company vom 21. Juli 1958, zitiert nach *Fischer, P.*, Die internationale Konzession, S. 180.

⁵³ Siehe etwa *Asante, S. K. B.*, Restructuring Transnational Mineral Agreements, AJIL 73 (1979), 335–371 (367); *Leben, C.*, Les modes de coopération entre pays en développement et entreprises multinationales dans le secteur de la production des matières premières minérales, Clunet 107 (1980), 539–604 (577 ff.).

dem Staat den Vorteil einer konstanten Kontrolle über seine Naturreichtümer in allen Phasen der Erschließung und der Produktion, wobei unter gleichzeitiger Risikoüberwälzung auf den Investor dieser optisch in die Rolle eines technischen und kommerziellen Erfüllungsgehilfen und Geldgebers des Staates gedrängt wird.

Im Mineralreich ist die Verhandlungsposition der Regierungen wegen des allgemein geringeren Ertrages und der schwierigeren Vermarktung schwächer. *Service-contracts* sind dort deshalb die Ausnahme. Von der Terminologie her erheben jedoch die indonesischen *contracts of work* (*Dienstleistungsverträge*) einen analogen Anspruch⁵⁴. Sie gehen auf ähnliche zu Beginn der 60er Jahre geschlossene Verträge bei Erdöl zurück⁵⁵. In den damaligen Verträgen gaben die Ölgesellschaften ausdrücklich die Konzessionsrechte an die Regierung wieder, wurden dafür jedoch zu „*sole operators*“ ernannt und hatten die ausschließliche Kontrolle über die Durchführung des Vorhabens⁵⁶. Sie erwarben auch Eigentum am Öl, allerdings nicht im Boden. Beim Erdöl wurden diese Verträge durch *production-sharing*-Verträge abgelöst, bei Mineralien wurden sie neu vereinbart. Der ausländische *contractor* hat hier die ausschließliche Kontrolle über das Vorhaben⁵⁷.

E. Production-sharing-Verträge

Die sogenannten *production-sharing*-Verträge finden sich vorwiegend im Erdölbereich. Die bekanntesten sind die Modellverträge der indonesischen Erdölgesellschaft PETRAMINA⁵⁸. Sie ähneln in vieler Beziehung den *service-contracts* nach dem NIOC/ERAP-Muster. Für den *production-sharing*-Vertrag ist typisch, daß das Management für die mit der Erdölproduktion verbundenen Operationen beim Gastland liegt, die Erkundungs-Erschließungs- und Produktionskosten vom ausländischen Partner (dem *contractor*) aus dem Absatz eines Teiles der Produktion abgedeckt werden und eine Gewinnteilung aus dem Absatz des verbleibenden Produktionsvolumens zwischen dem Gastland und dem ausländischen Investor erfolgt⁵⁹.

⁵⁴ Als Beispiel: Vertrag Indonesien/P.T. Rio Tinto von 1977, bei Fischer, P./Wälde, T. A., Collection of International Concessions and Related Instruments, Bd. 6, 1981, S. 405 ff.

⁵⁵ Vertrag PERMINA/P. T. Stanvac Indonesia von 1963, ILM 3 (1964), 248 ff.

⁵⁶ Art. 1 und 2 des Vertrages PERMINA/P. T. Stanvac (§ 1, Fn. 55).

⁵⁷ Art. 2 (f) des Vertrages Indonesien/P. T. Rio Tinto (§ 1, Fn. 54): „*Subject to the provisions of this agreement the company shall have full control and sole management of all matters relating to the enterprise and shall have full responsibility therefore and assume all risks thereof*“.

⁵⁸ Modellverträge der PETRAMINA von 1968, Selected Documents 1968, (§ 1, Fn. 48), 81 ff.; Modellverträge von 1976/1977 bei Fischer, P./Wälde, W. T., (§ 1, Fn. 54), Bd. 6, S. 61 ff.

Das *production-sharing* kann noch stärker mit Konzessions- und *joint venture*-Elementen verbunden werden. In ägyptischen Verträgen wird die Konzession an die staatliche Gesellschaft *EGPC* und die Tochter der ausländischen Gesellschaft „*as a contractor*“ vergeben⁶⁰. Der Investor übernimmt nur die Erforschungsphase selbst, nach erfolgreicher Exploration wird für die weitere Durchführung eine gemeinsame „*operating company*“ gegründet⁶¹.

F. Reine Schuldverträge

Vor allem nach der in der Regel einvernehmlichen Verstaatlichung der ausländischen Erdölgesellschaften wurden oft Verträge abgeschlossen, wonach die Gesellschaft die Geschäfte gegen Honorar weiterführte oder jedenfalls weiterhin ihr *Know-how* zur Verfügung stellte (bezeichnet als *management contracts, technical assistance contracts*)⁶². Eine Investitionsverpflichtung wird von der Gesellschaft nicht übernommen, das finanzielle Risiko trägt das Gastland⁶³. Den weiteren Zugang zum Rohstoff sicherten sich die Ölgesellschaften bei den einvernehmlichen Verstaatlichungen dadurch, daß gleichzeitig langfristige Lieferverträge abgeschlossen wurden⁶⁴.

Angesichts der Kapitalarmut der meisten Entwicklungsländer sind solche reinen Schuldverträge außerhalb des Ölsektors die Ausnahme⁶⁵. Die Direktinvestition dürfte schon deshalb für die Gastländer vorteilhafter sein als die eigene Kreditaufnahme bei ausländischen Banken, weil sie weniger Möglichkeiten haben, auf die Banken Druck auszuüben als auf Bergbauunternehmen. Aufgrund der nur sehr begrenzten Rolle der ausländischen Gesellschaften im Gastland enthalten die reinen Schuldverträge die für moderne Konzessionen und andere Verträge typischen Bestimmungen nur teilweise.

⁵⁹ UNIDO (§ 1, Fn. 4), S. 12.

⁶⁰ Art. III der Verträge Ägypten/EGPC/Esso, ILM 14 (1975), 915 ff. und Ägypten/EGPC/Chevron von 1976, bei Fischer, P./Wälde, T., (§ 1, Fn. 33), Bd. 2, S. 381 ff.

⁶¹ Art. VI des Vertrages mit Chevron, Art. VII des Vertrages mit Esso, (§ 1, Fn. 60).

⁶² Siehe etwa Technical Assistance Agreement Petroleos de Venezuela/Creole Petroleum Corp. (Exxon) bei Fischer, P./Wälde, T., (§ 1, Fn. 33), Bd. 2, S. 285 ff.

⁶³ Darin sieht auch *Leben, C.*, Clunet 107 (1980), 539–604 (586) das entscheidende Unterscheidungsmerkmal.

⁶⁴ Siehe etwa Vertrag Kuwait/BP/Gulf von 1975 bei Fischer, P./Wälde, T., (§ 1, Fn. 33), Bd. 2, S. 135 ff.

⁶⁵ Als Beispiel: contrato de dirección de la operación y asistencia técnica, zwischen Minera las Brisas S. A. (Kolumbien) und der Schweizer Asbesco S. A. bei Fischer, P./Wälde, T., (§ 1, Fn. 33), Bd. 1, S. 89 ff.

G. Angemessenheit des Konzessionsbegriffs für moderne Verträge – Der Begriff des Vertrages zur wirtschaftlichen Entwicklung

Die stärkere Berücksichtigung des Entwicklungsinteresses des Konzessionsgebers in den neueren Verträgen hat dazu geführt, daß ein Teil der Literatur anstelle des Begriffes der Konzession den Begriff des *Vertrages zur wirtschaftlichen Entwicklung* (*economic development agreement*) verwendet⁶⁶. Darunter versteht man jene Abkommen, die zwischen der Regierung eines Landes und einer solchen ausländischen Privatperson oder Gesellschaft eingegangen werden, die imstande ist, die erforderlichen finanziellen, technischen, geistigen und organisatorischen Mittel zum Zwecke der Entwicklung eines Teiles oder einer Phase der Wirtschaft dieses Landes, zu der die Regierung allein außerstande ist, zur Verfügung zu stellen, wofür sie nicht eine direkte Bezahlung sondern laufend den gesamten oder einen Teil des Gewinns aus den Untersuchungen erhält.

⁶⁶ Im Anschluß an *Mc Nair*, BYIL 33 (1957), 1–19; beispielsweise *An, T.*, JWTL 21 (4) (1987), 9–145; *Barberis, J. A.*, Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale, RdC 179 (1983–III), 145–304 (191); *Bettems, D.*, Les contrats entre Etats et personnes privées étrangères – Droit applicable et responsabilité internationale, Thèse Lausanne 1988, RdNr. 95 ff.; *Böckstiegel, K.-H.*, Der Staat..., S. 308 ff.; *ders.*, Das anwendbare Recht bei öffentlich-rechtlich geprägten Staatsaufträgen, RIW/AWD 19 (1973), 117–121; *ders.*, Arbitration and State Enterprises, Deventer 1984, S. 33 ff.; *Catranis, A.*, RIW/AWD 28 (1982), 19–27 (21); *Chatterjee, S. K.*, JIntArb 5 (4) (1988) 97–111 (99 ff.); *David, N.*, Clunet 113 (1986), 79–107 (85); *Farer, T. J.*, Economic Development Agreements: A Functional Analysis, ColJTranL 10 (1971), 200–241; *Geiger, R.*, ICLQ 23 (1974), 73–104 (74 ff.); *Gruss, H.-J.*, ZaöRV 39 (1979), 782–806 (796); *Hyde, J. N.*, Economic Development Agreements, RdC 105 (1962–I), 267–374 (283); *Kahn, P.*, Clunet 109 (1982), 844–909 (855); *Lalive, J.-F.*, Un grand arbitrage pétrolier entre un Gouvernement et deux sociétés privées étrangères (arbitrage Texaco/Calasiatic c. Gouvernement Libyen), Clunet 104 (1977), 319–389 (338); *Lalive, P.*, in Festschrift für Kurt Lipstein, S. 135–155 (145); *Leboulanger, P.*, Contrats entre Etats..., S. 209 ff.; *Maniruzzaman, A. F. M.*, JIntArb 9 (4) (1992), 141–171 (144); *Mann, F.-A.*, State Contracts and International Arbitration, BYIL 42 (1967), 1–37 (8); *Mayer, P.*, RdC 217 (1989–V), 319–454 (447); *Paasivirta, E.*, Participation of States in International Contracts and Arbitral Settlement of Disputes, Helsinki 1990, S. 93 ff.; *Regli, J.-P.*, S. 8; *Seidl-Hohenveldern, I.*, RBDI 11 (1975), 567–570; *Stoll, J.*, S. 71 ff.; *Tschanz, P.-Y.*, IntL 18 (1984), 245–281 (265); *Verdross, A.*, Die Sicherung von ausländischen Privatrechten aus Abkommen zur wirtschaftlichen Entwicklung mit Schiedsklauseln, ZaöRV 18 (1957/1958), 635–651; *ders.*, The Status of Foreign Private Interests Stemming from Economic Development Agreements with Arbitration Clauses, östZöfFR 9 (1958/1959), 449–462; *Weil, P.*, RdC 128 (1969–III), 95–240 (109); *Wengler, W.*, Les accords entre états et entreprises étrangères sont-ils des traités de droit international? RGDI 76 (1972), 313–345 (316); *White, R. C. A.*, ICLQ 30 (1981), 1–19 (5 ff.).

Solche Verträge haben beispielsweise die Ausbeutung von Naturschätzen (Kohle, Erz, Öl) oder die Errichtung und den Betrieb von Energieerzeugungsanlagen (Gas, Elektrizität) oder von Verkehrsmitteln (Eisenbahn, Telefon, Telegraph) zum Gegenstand. Sie weisen folgende Merkmale auf:

1. Sie müssen seitens des staatlichen Partners von den höchsten Staatsstellen abgeschlossen oder genehmigt werden, die zum Abschluß völkerrechtlicher Verträge befugt sind;
2. Das Gastland nimmt *ad-hoc* Änderungen seines staatlichen Rechts vor und verpflichtet sich zur Ausübung oder Nichtausübung hoheitlicher Maßnahmen oder zur Änderung von Gesetzen, wodurch zum Ausdruck kommt, daß es sich nicht um einen Vertrag rein privatrechtlicher Natur handelt;
3. Die Parteien erklären sich regelmäßig damit einverstanden, Streitigkeiten den nationalen Gerichten zu entziehen und vereinbaren die Zuständigkeit internationaler Schiedsgerichte der unterschiedlichsten Art, vor denen sich Staat und ausländische Privatunternehmen auf der Basis der Gleichordnung gegenüberstehen⁶⁷;
4. Der Vertrag wird weiterhin durch kollisionsrechtliche Rechtswahlklauseln dem nationalen Recht des vertragsschließenden Staates entzogen, wobei die rechtstatsächliche Praxis der Rechtswahl von der Vereinbarung des nationalen Rechts eines anderen Staates bis zur Vereinbarung der allgemeinen Rechtsgrundsätze oder des Völkerrechts als *proper law* des Vertrages geht⁶⁸.

Der Terminus „*Vertrag zur wirtschaftlichen Entwicklung*“ trägt zwar dem notwendig zwei- oder mehrseitigen Willenselement des Rechtsaktes des Konzessionsvertrags sowie den staatlichen wirtschaftlichen Zielsetzungen Rechnung, er vernachlässigt aber die eigentlichen wirtschaftlichen Motive des ausländischen Investors. Er spiegelt die Wünsche des Konzessionsgebers wider, birgt aber die Gefahr, eher der euphemistischen Verschleierung der Realität als deren Beschreibung zu dienen. Er sollte deshalb dem Bereich der öffentlichen Entwicklungshilfe vorbehalten bleiben⁶⁹.

Beschränkt man den Begriff „*economic development agreement*“ auf die Bezeichnung von Konzessionsverträgen, so stellt sich die Frage, wie solche

⁶⁷ Vgl. dazu *Fatouros, A.*, Government Guarantees to Foreign Investors, S. 284: „... *The relation between the two parties is a peculiar one (...); it is not so much a question of equality or inequality as it is a matter of difference in the character and purpose of the parties and in the interests involved on each side ...*“.

⁶⁸ Näher zum anwendbaren materiellen Recht bei ausdrücklicher Rechtswahl unten, unter § 8, A.

⁶⁹ Ablehnend auch *Fischer, P.*, Die internationale Konzession, S. 106; *Markert, T.*, S. 28; *Weil, P.*, RdC 128 (1969–III), 95–240 (112).

internationalen Rechtsakte terminologisch zu bewältigen sind, deren Gegenstand und Zweck ausschließlich die Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung eines Landes sind. Man denke an die von der Weltbank oder ihren untergeordneten Organisationen, vor allem der *Internationalen Entwicklungs-Assoziation (International Development Association – IDA)* mit Staaten abgeschlossenen Anleiheverträge⁷⁰. Die Bezeichnung „*Vertrag zur wirtschaftlichen Entwicklung*“ ist daher rechtssystematisch als Oberbegriff zu verstehen, dem dann die einzelnen international relevanten Vertragstypen, wie Investitions-, Anleihe-, und Konzessionsverträge unterzuordnen wären.

⁷⁰ Vgl. dazu *Horn, N.*, Das Recht der internationalen Anleihen, Frankfurt a/M 1972; zur Schiedsfähigkeit von Streitigkeiten aus internationalen Währungsverträgen und internationalen Anleihen vgl. unten, unter § 2, Fn. 135.

§ 2 Die Bedeutung der Schiedsgerichtsbarkeit bei internationalen Konzessionen

A. Gründe für die Bevorzugung von Schiedsklauseln

Bei Verträgen zwischen Staaten und ausländischen Privatunternehmen werden in steigendem Ausmaß Schiedsklauseln vereinbart¹. Dies erscheint logisch angesichts der Besonderheiten dieser Verträge. Als zur Entscheidung berufene staatliche Gerichte kämen nur diejenigen des Konzessionsgebers in Betracht². Die Vereinbarung der Zuständigkeit der Gerichte eines dritten Staates bei Vorhaben, die auf dem Staatsgebiet des Gaststaates durchgeführt werden und erhebliche Bedeutung für dessen Volkswirtschaft haben, würde von ihm als mit seiner Souveränität unvereinbar angesehen. Es ist auch zweifelhaft, ob eine derartige Vereinbarung angesichts des öffentlich-rechtlichen Charakters der Konzession überhaupt wirksam wäre³.

In grenzüberschreitenden Wirtschaftsbeziehungen wird allerdings die innerstaatliche Gerichtsbarkeit nicht immer in demselben Maße Befrie-

¹ Ball, M., Structuring the Arbitration in Advance – The Arbitration Clause in an International Development Agreement, in Lew, J. D. M. (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration* 1986, S. 297–312 (298); Bartels, M., *Contractual Adaptation and Conflict Resolution*, Deventer 1985, S. 92 (die meisten von der Frankfurter Gruppe gesammelten Verträge enthalten Schiedsgerichtsklauseln); Behrens, P., Arbitration as an Instrument of Conflict Resolution in International Trade, in Friedmann, D./Mestmäcker, E.-J. (eds.), *Conflict Resolution in International Trade – A Symposium*, Baden-Baden 1993, S. 13–38; Böckstiegel, K.-H., Besondere Probleme der Schiedsgerichtsbarkeit zwischen Privatunternehmen und ausländischen Staaten oder Staatsunternehmen, NJW 24 (1975), 1577–1582 (1578); ders., States in the International Arbitral Process, in Lew, J. D. M. (ed.), *ibid.*, S. 40–49 (47); Bouchez, L.-J., The Prospects for International Arbitration: Disputes Between States and Private Enterprises, JIntArb 8 (1) (1991), 81–115 (82); Broches, A., Settlement of Disputes Arising out of Investment in Developing Countries, in Broches, A. (ed.), *Selected Essays. World Bank, ICSID and Other Subjects of Public and Private International Law*, Dordrecht 1996, S. 458–467 (459ff.); Fischer, P., Die internationale Konzession, S. 418ff.; Hirsch, M., The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes, 1993, S. 9ff.; Markert, T., S. 47; Meessen, K. M., International Investment and Dispute Settlement, in Friedmann, D./Mestmäcker, E.-J. (eds.), *ibid.* S. 111–123; Peters, P., The Semantics of Applicable Law Clauses and the Arbitrator, in *Essays in Honour of G. Voskuil* 1992, S. 231–245 (232); Weil, P., RdC 129 (1969–III), 95–240 (153).

² Fischer, P., Die internationale Konzession, S. 435.

³ Gramlich, L., S. 508; Markert, T., S. 47.

dungsaufgaben wahrnehmen können wie bei Rechtsstreitigkeiten mit ausschließlich nationalen Beteiligten, ist sie doch aus der Sicht der fremden Partei zwangsläufig mit dem Makel der Loyalität zum eigenen Staatswesen behaftet⁴. Die Unabhängigkeit der Gerichte von staatlichem Einfluß ist in den meisten Ländern der Dritten Welt nicht wirklich gesichert⁵. Der Konzessionär hat deshalb guten Grund, negative Entscheidungen aufgrund staatlicher Einflußnahme zu erwarten. Hinzu kommt, daß die Richter an die innerstaatlichen Gesetze und den darin zum Ausdruck kommenden *ordre public* gebunden sind. Versuche, die Konzession gegen innerstaatliches Recht und insbesondere dessen Änderungen abzuschirmen, wären bei einer Zuständigkeit der staatlichen Gerichte von vornherein zum Scheitern verurteilt. Eine Zuständigkeit der staatlichen Gerichte des Konzessionsgebers wird deshalb vom Konzessionär als Verstoß gegen den Grundsatz, daß niemand Richter in eigener Sache sein dürfte, betrachtet und nur in Notfällen akzeptiert.

Daneben spielen auch die sonst üblichen Gründe für eine Bevorzugung der Schiedsgerichtsbarkeit gegenüber der ordentlichen Gerichtsbarkeit eine Rolle⁶. Die internationalen Wirtschaftskreise greifen heutzutage auf die innerstaatlich bereits erprobte Idee der Schiedsgerichtsbarkeit zurück. Neben den normalerweise Vorzügen der privaten Schiedsgerichtsbarkeit wie Schnelligkeit, geringere Kosten, Sachverständige als Richter, Verschwiegenheit der Verhandlungen, größere Möglichkeit der Weiterführung der Geschäftsbeziehungen in ungestörter Art und Weise und besondere Ausgewogenheit des Schiedsspruches, treten auf internationaler Ebene noch weitere Vorteile des privaten Schiedswesens zutage. Diese Vorzüge liegen darin, daß die Parteien für ihr Verfahren, das unformell und vertraulich

⁴ Cherian, J., Investment Contracts and Arbitration – The World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes 1975, S. 13; El-Kosheri, A., RdC 147 (1975–IV), 219–393 (293); Farer, T. J., ColJ TransL 10 (1971), 200–241 (238); Fouchard, P., L'arbitrage commercial international, Paris 1965, S. 290; Rieger, H., in Nicklisch, F. (Hrsg.), Der komplexe Langzeitvertrag ..., S. 105–117 (108); Vagts, D. F., RdC 203 (1987–III), 9–94 (11, 82).

⁵ Lalive, J.-F., RdC 181 (1983–III), 9–283 (64).

⁶ Barber, H., Objektive Schiedsfähigkeit und *ordre public* in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Frankfurt a/M 1994, S. 1 ff.; Gottwald, P., Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Generalbericht in Gottwald, P. (Hrsg.), Internationale Schiedsgerichtsbarkeit. Arbitrage international – International Arbitration. Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht, Band 9, 1997, S. 3–160 (7 ff.); Nagel, H./Gottwald, P., Internationales Zivilprozeßrecht, 4. neubearbeitete Auflage, 1997, § 16 RdNr. 2; Schwab, K.-H./Walter, G., Schiedsgerichtsbarkeit, 5. Aufl., München 1995, S. 4 ff.; Toope, S. J., Mixed Arbitration – Studies in Arbitration Between States and Private Persons, Cambridge 1990, S. 11 ff.; Volz, G., Harmonisierung des Rechtes der individuellen Rechtswahl der Gerichtsvereinbarung und der Schiedsvereinbarung im Europäischen Wirtschaftsraum (ERW), Erlangen 1993, S. 87 ff.

durchgeführt wird, private Personen mit spezieller Sachkompetenz wählen können, die in der Lage sind, komplexe Investitionsstreitigkeiten sachgerecht zu entscheiden. Der genannte Vorteil internationaler Schiedsrichter wird besonders deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß es kein nationales Gericht mit internationaler Richterbank und auch kein internationales Gericht für Privatstreitigkeiten gibt. Die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit dient deshalb als Lückenbüßer für das Fehlen eines den internationalen Wirtschaftsverhältnissen angepaßten Rechts.

Aus diesen Gründen scheinen Staaten heutzutage mehr als früher davon auszugehen, daß im internationalen Handelsverkehr die Schiedsgerichtsbarkeit ein effektives Mittel zur Beilegung von Streitigkeiten ist⁷. Deshalb erlassen sie Investitionsgesetze, welche die Unterwerfung des Gaststaates unter die Entscheidung eines Schiedsgerichts vorsehen⁸.

⁷ Conference on Security and Co-Operation in Europe: Final Act (1975) in Helsinki, ILM 14 (1975), 1292 ff. (1304): „*The Participating States recommend, where appropriate, to organizations, enterprises and firms in their countries to include arbitration clauses in commercial contracts and industrial cooperation contracts or in special agreements.*“; so auch: Art. 10 der Guidelines for Multilateral Enterprises der Organisation for Economic Co-Operation and Development, Declaration vom 21. Juni 1976 on International Investment and Multinational Enterprises, ILM 15 (1976), 967; vgl. dazu Broches, A., International Investment Disputes, in Broches, A. (ed.), Selected Essays ..., S. 495–510 (501); Principle 13 § 1 Declaration on the Progressive Development of Principles of Public International Law Relating to a New International Economic Order (Seoul Declaration), 62nd Conference International Law Association, Seoul 1986, NILR 33 (1986), 326–333; Sec. V § 1 ICSID Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment vom 21. September 1991, ICSID Rev.-FILJ 7 (1992), 295–306 = ILM 31 (1992), 1363 ff.; Principle 9 der APEC Guidelines on Foreign Investment vom November 1994, zitiert nach Sornarajah, M., Protection of Foreign Investment in the Asia-Pacific Economic Co-Operation Region, JWTL 29 (2) (1995), 105–129; Art. 26 (1–3) des Energiecharta-Vertrags vom 17. Dezember 1994, BGBl. 1997, II, S. 35 = ILM 33 (1995), 360 mit Anmerkung Wälde; siehe aber APEC Report des 4th Ministerial Meetings vom September 1992 und Report des Vancouver-Meetings, 17/18. Juni 1995, in ILM 35 (1996), 1102 ff.: „*We believe that APEC should develop a dispute mediation mechanism that emphasizes mediation rather than arbitration ...*“ [Hervorhebung von der Verfasserin].

⁸ Albanien: Art. 15 des Albanian Foreign Investment Act Law Nr. 7594/4. August 1992; vgl. dazu Carlson, S. N., Foreign Investment Laws and Foreign Direct Investment in Developing Countries: Albania's Experiment, IntL 29 (1995), 577–598; Art. 8 des Dekrets über den Schutz ausländischer Kapitalanlagen in der sozialistischen Volksrepublik Albanien vom 31. Juli 1990, zitiert nach Ebenroth, C.-T./Bader, T./Lamaj, A., Rechtliche Rahmenbedingungen für Auslandsinvestitionen in Albanien, RIW 37 (1991), Beilage 1 zu Heft 3/1991, 1–11 und Walter, T., Albanien: Gesetz über ausländische Investitionen, WiRO 3 (1994), 92–94; Algerien: Investitionsförderungsgesetz (Ordonnance Nr. 66/284 vom 15. September 1966); Angola: 1990 Angolan Law on Foreign Investment, zitiert nach Sajko, K., The Settlement of Disputes by Bilateral Investment Treaty: The Croatian Experience, Uniform

Law Review, 1998–2/3, 657–669 (667); *Bulgarien*: Sec. 6 und Sec. 27 des Gesetzes über joint ventures vom 25. März 1980, ILM 19 (1980), 992 und Gesetz über ausländische Investitionen vom 17. Mai 1991, zitiert nach *Kuss, K.-J.*, Das neue polnische Investitionsgesetz im osteuropäischen Kontext und Wirtschaftsrecht und Rechtsschutz in Ostmitteleuropa – Polen, Tschechoslowakei, Ungarn, RIW 37 (1991), Beilage 3 zu Heft 11/1991, 1–10; *Burma*: Nachweise bei *Oetting, T.*, Investitionsrecht in Burma (Myanmar), RIW 42 (1996), 659–668; *China*: Art. 27 des Offshore Erdölgewinnungsgesetzes vom 30. Januar 1982, zitiert nach *Trappe, J.*, Streiterledigung im China-Geschäft. Schlichtung, Schiedsgericht, Gericht, RIW 35 (1989), 107–112; Art. 109 und 110 der Regulations for Implementing the Law on Chinese Foreign joint ventures vom 20. September 1983, ILM 22 (1983), 1033; *Estland*: Auslandsinvestitionsgesetz vom 11. September 1991, zitiert nach *Ebenroth, C.-T./Grashoff, D.*, Trade-Related Investment Measures (TRIM's) osteuropäischer Reformstaaten in der Erweiterungsphase des GATT, RIW 40 (1994), 181–189; *Gabon*: Ordonnance Nr. 21/67 vom 23. März 1967, zitiert nach *Regli, J.-P.*, S. 38; *Griechenland*: Art. 12 des Gesetzes Nr. 2687/1953; Art. 28 des Gesetzes Nr. 3948/1959 über Hydrokarbons; Art. 4 § 4 des Gesetzes Nr. 4171/1961; Art. 33 des Erdölgesetzes Nr. 468/1876; Art. 6 § 5 des Gesetzes Nr. 849/1978; Art. 15 des Gesetzes Nr. 1116/1981; Art. 19 des Gesetzes Nr. 1262/1982; Überblick bei *Dimolitsa, A.*, JIntArb 5 (4) (1988), 17–66 (21 ff.); *Indonesien*: Art. 22 des Gesetzes Nr. 1 vom 10. Januar 1967, ILM 6 (1967), 203; *Iran*: Art. 28 des Erdölgesetzes Nr. 3948/1959, zitiert nach *Regli, J.-P.*, S. 38; *Jugoslawien*: Art. 27 Law on Foreign Investment vom 8. Januar 1989, ILM 18 (1989), 1543 ff. (alternativ mit der staatlichen Gerichtsbarkeit); vgl. dazu *Beckmann-Petey, M.*, Neues Gesellschafts- und Investitionsgesetz in Jugoslawien, RIW 35 (1989), 271–278; *Korea*: Chapter 5, Art. 26 des joint-venture Gesetzes vom 8. September 1984, ILM 24 (1985), 806; *Kuba*: Art. 3 des Gesetzes Nr. 77/5. September 1995 über ausländische Investitionen, ILM 35 (1996), 331; vgl. dazu *Berg, D. F.*, Das neue kubanische Auslandsinvestitionsgesetz, RIW 43 (1997), 31–34; *Lettland*: Auslandsinvestitionsgesetz vom 29. Dezember 1990, zitiert bei *Ebenroth, C.-T./Grashoff, D.*, RIW 40 (1994), 181–189; *Libyen*: Art. 21 und Art. 28 Annex II des Petroleum Actes Nr. 25/21. April 1955; *Namibia*: Sec. 13 (2) Foreign Investment Act Nr. 27/1990 vom 28. Dezember 1990, ILM 31 (1992), 205; *Niger*: Art. 25 des Gesetzes Nr. 68–24 vom 31. Juli 1968, ILM 8 (1969), 589; *Pakistan*: Ölgesetz Art. 40 der „Pakistan Petroleum Rules“ von 1949, zitiert nach *Regli, J.-P.*, S. 38; *Polen*: Gesetz über Gesellschaften mit ausländischer Beteiligung vom 14. Juni 1991, zitiert nach *Kuss, J.*, Neues Investitionsgesetz in Polen, RIW 35 (1989), 260–271; *ders.*, RIW 37 (1991), 1–20; *Ruanda*: Art. 25 des Gesetzes vom 4. Mai 1964, ILM 4 (1965), 1031; *Rußland*: Art. 9 des Auslandsinvestitionsgesetzes vom 4. Juli 1991 (alternativ mit der staatlichen Gerichtsbarkeit), zitiert nach *Gilson, B.*, La loi russe sur les investissements étrangers du 4 Juillet 1991, Clunet 119 (2) (1992), 921–943 und *Lenga, G.*, Rußland: Gesetz über ausländische Investitionen, WiRO 1 (1992), 43–52; Art. 22 des Gesetzes on Production Sharing Agreements vom 30. Dezember 1995, ILM 35 (1996), 1251; *Rumänien*: Gesetz über ausländische Investitionen vom 29. März 1991, in *Kuss, K.-J.*, RIW 37 (1991), 1–20 und Auslandsinvestitionsgesetz vom 16. Januar 1992, in *Ebenroth, C.-T./Grashoff, D.*, RIW 40 (1994), 181–189; das Konzessionsrecht war im Umwandlungsgesetz – Gesetz Nr. 15/1990 – und in der Regierungsverordnung Nr. 1228 vom 21. November 1990, M.of.I. Nr. 140 vom 12. Dezember 1990 letztlich geändert durch die Regierungsverordnung Nr. 895/1991, M.of.I. Nr. 37, vom 9. Februar 1992, niedergelegt; vgl. *Sperneac-Wolfer, C.*, Das rumänische Erdölgesetz, Investi-

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß der Mangel an verlässlichen Alternativen zur Schiedsgerichtsbarkeit Staaten dazu veranlaßt hat, bei ihren Verträgen mit privaten ausländischen Unternehmen Schiedsklauseln zu vereinbaren. Die Behauptung, bei fehlender internationalen Handelsgerichtsbarkeit seien internationale Schiedsgerichte die einzige befriedigende Möglichkeit der Streitbeilegung von Konflikten zwischen einem Gastland und einem fremden Investor⁹, trifft somit zu.

B. Die Schiedspraxis im Konzessionsbereich. Rechtsgrundlagen der konzessionären Schiedsgerichtsmechanik

Wie bei der Streitbeilegung zwischenstaatlicher Beziehungen bedarf es auch in den Rechtsbeziehungen zwischen einem Staat und einem Privatunternehmen einer Rechtsgrundlage, auf welcher die Zuständigkeit und Entscheidungsbefugnis des Schiedsgerichts beruht. Im Konzessionsbereich lassen sich grundsätzlich drei Methoden zur Bildung dieser Rechtsgrundlage feststellen:

I. Der Konzessionsvertrag enthält keine Schiedsklausel

Bei Auftreten eines Streitfalles, den die Parteien schiedsgerichtlich beizulegen beabsichtigen, ist der Abschluß einer besonderen Schiedsvereinbarung (*compromis*) notwendig, die Streitgegenstand, Zusammensetzung des

tionen auf Konzessionsbasis in Rumänien, RIW 44 (1998), 368–377 (371); *Saudi-Arabien*: Foreign Investment Act Approved by Royal Decree Nr. 35/11.10.1383H; *Tansania*: Part 29 (2) des National Investment Promotion and Protection Actes vom 8. September 1984, ILM 30 (1991), 890; *Tschechien*: §§ 21–26 des neuen Handelskodexes vom 1. Januar 1992; *Ungarn*: Das am 22. Dezember 1990 verabschiedete „Änderungsgesetz Nr. XCVIII/1990 zum Gesetz Nr. XXIV/1988 über Investitionen von Auländern in Ungarn“ schaffte auch für im ausländischen Mehrheits- oder Alleinbesitz stehende Gesellschaften mit Wirkung vom 1. Januar 1991 das bis dahin geltende Genehmigungserfordernis ab; *Ukraine*: Art. 49 des Gesetzes über ausländische Investitionen vom 13. März 1992, WiRO 1 (1992), 189–196 (alternativ mit der staatlichen Gerichtsbarkeit); Art. 50 des Dekrets über das Regime ausländischer Investitionen vom 20. Mai 1993 (alternativ mit der staatlichen Gerichtsbarkeit), zitiert nach *Moguilevskaia, G.*, Rahmenbedingungen für ausländische, insbesondere deutsche Investitionen der Ukraine, WiRO 3 (1994), 449–452; *Weißrußland*: Art. 38 des Gesetzes über ausländische Investitionen vom 14. November 1991 (alternativ mit der staatlichen Gerichtsbarkeit), WiRO 2 (1993), 193–199.

⁹ *Park, W. W.*, Arbitration of International Contracts, Bus. Law 39 (1984), 1783–1795 (1783); zur Skepsis der Staaten der 3. Welt gegenüber der Schiedsgerichtsbarkeit vgl. *Sornarajah, M.*, The *UNCITRAL* Model Law: A Third Viewpoint, JIntArb 6 (4) (1989), 7–20 (9ff.). Auch der traditionelle Argwohn lateinamerikanischer und arabischer Staaten gegen die Schiedsgerichtsbarkeit scheint langsam abzubrockeln; vgl. dazu unten, unter § 5, B. IV.

Schiedsgerichts, Verfahren etc. bestimmt. In zwei Fällen der einvernehmlichen Anrufung eines im Vertrag vorgesehenen Schiedsgerichts ist eine solche Schiedsvereinbarung allerdings getroffen worden¹⁰. Der Nachteil dieser Schlichtungsform, die keiner der Parteien eine Verpflichtung zu einer schiedsgerichtlichen Bereinigung von Streitigkeiten auferlegt, ist evident. Verträge ohne irgendwelche Vorkehrungen zur Streiterledigung sind daher heute unüblich¹¹.

II. Der Konzessionsvertrag enthält eine Schiedsklausel

Die Vereinbarung von Schiedsklauseln in Konzessionsverträgen bildet den Regelfall¹². Der Intensitätsgrad der rechtlichen Determinierung weist aber häufig erhebliche Unterschiede auf: während sich ältere Konzessionsverträge mit allgemeinen Formeln begnügten¹³, gibt es heute vielfach

¹⁰ Im Verfahren *Aramco v. Saudi Arabien* (§ 1, Fn. 26) wurde 1955 eine solche Vereinbarung geschlossen, abgedruckt ILR 27 (1963), 117–233 (229 ff.); auch im Abu Dhabi-Fall [*Petroleum Development (Qatar) Ltd. v. Sheik of Abu Dhabi*, September 1951, Schiedsrichter *Lord Asquith of Bishopstone*, ILR 18 (1951), 144–161] mußte mangels näherer Verfahrensregelungen im Konzessionsvertrag eine Schiedsvereinbarung getroffen werden, die in der Form von Notwechsel am 18. Juli 1949 ergangen ist; ebenso im Verfahren *Aminoil v. Kuwait* 1979 (§ 1, Fn. 30), abgedruckt ILM 21 (1982), 976–1053 (979 ff.).

¹¹ *Fischer, P.*, Die internationale Konzession, S. 418; *Cattan, H.*, The Law of Oil Concessions ... S. 155 ff.; *El-Kosheri, A.*, RdC 147 (1975–IV), 219–393 (294).

¹² Art. 90 Ziff. 1 des Vertrages zwischen der Sowjetunion und Lena Goldfields vom 18. August 1925; Art. 22 lit. a des Vertrages vom 29. April 1933 zwischen dem Iran und der Anglo-Iranian Oil Company Ltd.; Art. 31 des Aramco Vertrages vom 29. Mai 1933 (§ 1, Fn. 2); Art. 26 des Vertrages vom 6. Juni 1949 zwischen Syrien und der Maritime Refineries Ltd.; Art. 28 Ziff. 1 des Vertrages vom 29. November 1952 zwischen Qatar und der Shell Overseas Exploration Company Ltd., zitiert nach *Verdross, A.*, ZaöRV 18 (1957/1958), 635–651 (641); Iran-Consortium Agreement von 1954 und Art. 41 des Ghana-Valco Agreements von 1960, zitiert nach *Nwogugu, E.-I.*, The Legal Problems of Foreign Investment in Developing Countries, 1965, S. 244; Art. XXI des Konzessionsvertrags zwischen Ägypten und ESSO vom 14. Dezember 1974, ILM 14 (1975), 934; Art. (k) des Konzessionsvertrags zwischen Ägypten und TOTAL von 1980, zitiert nach *Delaume, G.*, Law and Practice of Transnational Contracts, 1988, § 1. 13; Vertrag Indonesien/ARCO und Utah von 1981 (Production Sharing bei Kohle) und Joint Venture Tansania/Uran-erzbergbau GmbH von 1979, zitiert nach *Markert, T.*, S. 49; für die englischen Petroleum Licenses siehe *Higgins, R.*, The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law, RdC 176 (1982–III), 259–392.

¹³ So Art. 31 des Aramco-Vertrages 1933, (§ 1, Fn. 2); Art. 26 des Vertrages zwischen Muskat/Oman und der Petroleum Concessions Ltd. zitiert nach *Fischer, P.*, Die internationale Konzession, S. 419. Abgesehen von Bestimmungen über Zusammensetzung des Schiedsgerichts und Fristen für die Erfüllung des Schiedsspruches sehen diese „klassischen“ Erdölkonzessionsabkommen noch keine verfahrensrechtlichen Regelungen vor.

detaillierte Bestimmungen über die Zusammensetzung des Schiedsgerichts, das Verfahren in Abwesenheit einer Partei, das anwendbare Recht etc.¹⁴ Sitz des Schiedsgerichts und anwendbares Verfahrensrecht werden allerdings meist offen gelassen, teilweise wird das Schiedsgericht ausdrücklich zur Aufstellung eigener Verfahrensregeln ermächtigt¹⁵. Dieser Umstand ist höchst bedeutsam, nachdem im Fall allgemein gehaltener Klauseln, wie das Beispiel des *Aramco*-Schiedsspruchs gezeigt hat¹⁶, in der Regel nach Auftreten des Streitfalls mangels unmittelbar anwendbarer Vorschriften der Abschluß einer besonderen Schiedsvereinbarung notwendig ist. Wenn dagegen die Schiedsklausel soweit determiniert ist, um eine direkte Rechtsgrundlage für das Zusammentreten und Tätigwerden des Schiedsgerichts zu bieten, ist diese weitere Schiedsvereinbarung entbehrlich. Die Entscheidung im *Sapphire*-Fall ist hierfür illustrativ¹⁷.

III. Der Konzessionsvertrag enthält eine Unterwerfungsvereinbarung unter eine institutionelle Schiedsinstanz

1. Vom Ständigen Haager Schiedsgerichtshof zum Internationalen Zentrum für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (*International Centre for the Settlement of Investment Disputes – ICSID*) des Weltbankübereinkommens

Die herkömmliche Tendenz der Streitbeilegung im Konzessionsbereich geht deutlich in Richtung auf die institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit¹⁸. Dies verwundert nicht, zumal dadurch ein geordnetes, überschaubares Ver-

¹⁴ So vor allem in der iranischen Verträgen seit dem Konsortiumsabkommen 1954, *Selected Documents*, (§ 1, Fn. 48), Bd. 4, S. 44 ff.

¹⁵ Art. 16 des Vertrages Haiti/SMH bei *Fischer, P./Wälde, T.*, (§ 1, Fn. 33), Bd. 3, S. 327 ff.; Art. 17.02 (f) des Vertrages ALCOA/Jamaika von 1976, bei *Fischer, P./Wälde, T.*, *ibid.* Bd. 5, S. 37 ff.; Art. 29 Abs. 7 des Vertrages Jordanien/Natural Resources Authority of Jordan/Industrija Nafta Zagreb von 1968, (§ 1, Fn. 48), S. 335.

¹⁶ Hier wurde der Abschluß eines Schiedsvergleichs (*Arbitration Agreement*), der am 23. Februar 1955 erfolgte, erforderlich, ILR 27 (1963), 117–233 (229 ff.).

¹⁷ *Sapphire International Petroleum Ltd. v. National Iranian Oil Company (NIOC)* vom 15. März 1963, Schiedsrichter *Cavin*, ILR 35 (1965), 136–192: Hier erschienen die Bestimmungen des Konzessionsvertrages vom 16. Juni 1958 als hinreichend determiniert, um als unmittelbar anwendbares Recht für die Errichtung der Streitbeilegungsinstanz zu dienen (Art. 41 des Vertrages).

¹⁸ *Broches, A.*, *Settlement of Disputes Arising out of Investment in Developing Countries*, in *Broches, A.* (ed.), *Selected Essays* ... S. 458–467 (459); *Delaume, G.*, in *Law and Practice of Transnational Contracts*, S. 377 m. w. Nach.; *Fischer, P.*, *Die internationale Konzession*, S. 419; *Gottwald, P.*, *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, Generalbericht in *Gottwald, P.* (Hrsg.), *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, S. 3–160 (39 ff.); *Glossner, O./Bartels, M.*, *Internationale Bergbauvorhaben und Vertragspraxis für die Beilegung von Streitigkeiten*, RIW 28 (1982), 555–561;

fahren garantiert ist mit der Aussicht, daß entweder während des Verfahrens oder nach dem Ergehen eines Schiedsspruches eine Einigung gefunden wird. Beide Lösungen sind begünstigt durch die Autorität der hinter den Entscheidungen stehenden Institutionen. Der Aufbau regionaler Schiedszentren in Kuala Lumpur, Kairo und Lagos¹⁹ unterstreicht diesen Trend und gibt ihm weitere Impulse.

Schon im März 1962 hat der *Ständige Schiedsgerichtshof* in Den Haag mit Genehmigung seiner Mitgliedstaaten eine Schieds- und Vergleichsordnung für Streitigkeiten zwischen einem Staat und einer nichtstaatlichen Partei erarbeitet und seine Einrichtung auch für solche Konflikte zur Verfügung gestellt²⁰. Obschon dieser Institution, die bereits zu Beginn dieses Jahrhunderts gegründet wurde²¹, eine zunehmende Zahl von Entwicklungsländern nach der Erlangung ihrer Unabhängigkeit beigetreten ist, scheint die neu geschaffene Verfahrensart nicht speziell genug auf Investitionsstreitigkeiten zugeschnitten zu sein²². Aus diesem Grund sind mehrfach Vorschläge für die Schaffung einer neuen schiedsgerichtlichen Institution gemacht worden²³.

Der entscheidende Durchbruch zu einer akzeptierten Neuordnung der schiedsgerichtlichen Beilegung von Investitionsstreitigkeiten ist erst mit dem im Rahmen der Weltbank (*International Bank for Reconstruction and Development – IBRD*) ausgearbeiteten *Übereinkommen zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten* (*Weltbankübereinkommen – WBÜ*) gelungen, das am 18. März 1965 den Regierungen der Mitgliedstaaten zugeleitet wurde²⁴. Das Übereinkommen

Hirsch, M., S. 11; Redfern, A./Hunter, M., *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Second Edition, London 1991, S. 54, 55.

¹⁹ YCA VI (1981), 270.

²⁰ „Regeln über Schiedsgerichtsbarkeiten und Vergleichsverfahren zur Beilegung internationaler Streitigkeiten zwischen Parteien, von denen nur eine ein Staat ist“ vom 26. März 1962, abgedruckt in *Archiv des Völkerrechts* 12 (1964/1965), S. 187 ff.

²¹ Die Institution beruht auf dem Haager Abkommen zur friedlichen Erledigung internationaler Streitfälle vom 29. Juli 1899 und 18. Oktober 1907 (Art. 47 des zweiten Abkommens); vgl. dazu *Seidl-Hohenveldern, I.*, *Völkerrecht*, 9 Aufl., RdNr. 1732. 1733.

²² Zur Haltung der Entwicklungsländer gegenüber dem Ständigen Schiedsgerichtshof vgl. *Ammann, U.*, *Der Schutz ausländischer Privatinvestitionen in Entwicklungsländern aus völkerrechtlicher, volkswirtschaftlicher und betriebswirtschaftlicher Sicht*, Zürich 1967, S. 118, 177.

²³ Hier sind die Vorschläge der *International Bar Association* von 1960 in Salzburg und 1962 in Edinburgh und der *International Law Association* (s. Report of the 49th Conference, Hamburg, S. 225 ff. und 235 ff.) zu nennen; vgl. dazu *Ammann, U.*, S. 157; *Jüttner, H.*, S. 203 ff; *Nwogugu, E.-I.*, S. 255 ff.; *Seidl-Hohenveldern, I.*, *Investitionen in Entwicklungsländern und das Völkerrecht*, 1963, S. 45 ff.

ist am 14. Oktober 1966 in Kraft getreten, nachdem gemäß Art. 67 *WBÜ* die zwanzigste Ratifikationsurkunde hinterlegt worden war²⁵. Im April 1998 hatten bereits 143 Staaten das Übereinkommen unterzeichnet und 128 ratifiziert²⁶. Auch Nichtmitgliedern der Weltbank steht unter bestimmten Voraussetzungen der Beitritt zum Übereinkommen offen²⁷.

2. Einige Grundsätze des *Weltbankübereinkommens (WBÜ)*

Die hohe Zahl von Mitgliedstaaten unterstreicht die Wichtigkeit des *Weltbankübereinkommens* für den Gegenstand dieser Untersuchung. Kein anderes Abkommen, das Fragen der schiedsgerichtlichen Beilegung von Investitionsstreitigkeiten regelt, verfügt über eine solch große Anzahl von Unterzeichnerstaaten. Diese breite Anerkennung kann mit folgenden Eigenschaften des Abkommens erklärt werden:

²⁴ U.N.T.S. 575, 157; Text abgedruckt in ILM 4 (1965), 532ff. = BGBl. 1969, II, 369ff.; vgl. dazu: *Ammann, U.*, S. 159ff.; *Broches, A.*, The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, RdC 136 (1972–II), 331–410; *ders.*, Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States of 1965. Explanatory Notes and Survey of its Application, YCA XVIII (1993), 627–715; *Cherian, J.*, S. 65ff.; *Delaume, G.*, La convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, Clunet 93 (1966), 26–49; *ders.*, *Le Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements*, Clunet 109 (1982), 775–843; *ders.*, *ICSID Arbitration and the Courts*, AJIL 77 (1983), 784–803; *ders.*, *ICSID Arbitration: Practical Considerations*, JIntArb 1 (1984), 101–125; *ders.*, *ICSID Arbitration*, in *Lew, J. D. M.* (ed.), *Contemporary Problems ...*, S. 23–39; *ders.*, in *Law and Practice of Transnational Contracts*, S. 372; *Fischer, P.*, Die internationale Konzession, S. 420; *Foeth, G.*, Investitionen in Lateinamerika – Internationale Verträge und nationale Bestimmungen, Frankfurt a/M 1979, S. 261ff.; *Frick, H.*, S. 62ff.; *Jüttner, H.*, S. 204ff.; *Markert, T.*, S. 49ff.; *Ott, R.*, Die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten durch Schiedsgerichte. Die Praxis von *ICSID*, Frankfurt a/M 1983; *Pirrung, J.*, Die Schiedsgerichtsbarkeit nach dem Weltbankübereinkommen für Investitionsstreitigkeiten (unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage der BRD), Schriften zum Prozeßrecht, Band 29, Berlin 1972; *Regli, J.-P.*, S. 51ff.; *Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl., 1989, Band 2, S. 50ff.; *ders.*, in *Stein/Jonas, Kommentar zur ZPO*, 21. Aufl., 1994, Band 7, vor § 1044 B III, RdNr. 40ff.; *Toope, S. J.*, S. 219ff.

²⁵ *Cherian, J.*, S. 66; *Delaume, G.*, in *Law and Practice of Transnational Contracts*, § 15.01 (S. 1).

²⁶ Stand 3. April 1998, YCA XVIII (1998), 1119. Die Bundesrepublik Deutschland hat das *WBÜ* am 27. Januar 1966 unterzeichnet, am 18. April 1969 ratifiziert und das Übereinkommen ist am 18. Mai 1969 in Kraft getreten (BGBl. 1969, II, 1191); Griechenland hat das *WBÜ* am 16. März 1966 unterzeichnet, am 11. November 1968 durch das Gesetz No. 608 gleichen Datums ratifiziert.

²⁷ Art. 67 *WBÜ*.

- a) Durch das *WBÜ* ist ein *Internationales Zentrum zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (International Centre for the Settlement of Investment Disputes – ICSID)* mit Sitz in Washington gegründet²⁸. Diesem Zentrum fällt die Aufgabe zu, „Einrichtungen für Vergleichs- und Schiedsverfahren in Investitionsstreitigkeiten zwischen Mitgliedstaaten und Angehörigen anderer Mitgliedstaaten“ zur Verfügung zu stellen²⁹. Schiedsverfahren nach dem *WBÜ* werden nicht durch das Zentrum selbst durchgeführt, sondern durch Schiedsgerichte, die im Einklang mit Art. 37 ff. *WBÜ* zusammengesetzt werden. Diese Schiedsgerichte verhandeln nach den Schiedsverfahrensregeln, die von *ICSID* erlassen werden³⁰.
- b) Bevor das *WBÜ* geschaffen war, stand Privatunternehmen in Entwicklungsländern praktisch kein neutrales Forum zur Austragung von Streitigkeiten zur Verfügung. Erst durch das *ICSID*-Zentrum ist eine Verwaltungsinstanz zur Ausrichtung von Schiedsverfahren errichtet worden, in der Investor und Anlagestaat, d.h. ein privates Rechtssubjekt und ein Völkerrechtssubjekt, verfahrensmäßig gleichgestellt miteinander streiten können³¹. Ob dadurch gleichzeitig der Investor die Stellung eines Völkerrechtssubjekts erhält und das Übereinkommen als Beispiel für die zunehmende Anerkennung des Individuums als Völkerrechtssubjekt gelten kann, ist lebhaft umstritten³². Die Verpflichtung beider Parteien, Schiedssprüche zu befolgen, ist jedenfalls im *WBÜ* ausdrücklich niedergelegt³³. Von dem Übereinkommen gedeckte Schiedssprüche sind daher

²⁸ Art. 1 Abs. 1 *WBÜ*.

²⁹ Art. 1 Abs. 2 *WBÜ*.

³⁰ Art. 44 *WBÜ*. Diese Schiedsgerichte werden im folgenden *ICSID*-Schiedsgerichte genannt.

³¹ Broches, A., RdC 136 (1972–II), 331–410 (349); Delaume, G., Clunet 93 (1966), 26–49 (32); ders., in Lew, J. D. M. (ed.), Contemporary Problems ..., S. 23–39 (24); Mann, F.-A., BYIL 42 (1967), 1–37 (14).

³² Zustimmend: Broches, A., RdC 136 (1972–II), 331–410 (352); Delaume, G., Clunet 93 (1966), 26–49 (32): „La convention reconnaît aux investisseurs la qualité de domini litis, qualité dont leur propre Etat ne saurait les priver“ [Hervorhebung von der Verfasserin]; Foeth, G., S. 264; Hirsch, M., S. 20; Regli, J.-P., S. 31 mit zahlreichen Nachweisen; zurückhaltend und einen gemischt privatrechtlichen/verwaltungsrechtlichen Charakter eines *ICSID*-Verfahrens annehmend: Markert, T., S. 52 ff.; Ott, R., S. 35 ff.; Schlosser, P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 6; Stoll, J., S. 140; gegen einen völkerrechtlichen Charakter: Klein, F.-E., Internationale Schiedsverfahren und nationale Rechtsordnungen, SchwJIntR 24 (1967), 87; Nachweise auch bei Seidl-Hohenveldern, I., International Economic Law – General Course on Public International Law, RdC 198 (1986–III), 9–264.

³³ Art. 53 Abs. 1 *WBÜ* lautet: „Der Schiedsspruch ist für die Partei bindend und unterliegt keiner Berufung und auch keinen anderen Rechtsmitteln als denen, die in diesem Übereinkommen vorgesehen sind.“

für die Parteien, vor allem aber für den staatlichen Vertragspartner, ohne jeden Vorbehalt bindend und müssen nicht nur von den Gerichten des Gaststaates, sondern auch von denen aller Vertragsstaaten des Übereinkommens vollstreckt werden³⁴. Angesichts dieser völkerrechtlichen Verpflichtung ist es eine eher akademische Frage, ob *ICSID*-Schiedssprüche als völkerrechtlich zu qualifizieren sind.

- c) Die Ratifikation des Übereinkommens allein begründet nicht die Gerichtsbarkeit des Zentrums³⁵. Vielmehr ist zusätzlich eine Unterwerfungserklärung erforderlich. Sie kann in folgender Form abgegeben werden:
- (1) Durch eine zu jedem Zeitpunkt möglich „abstrakte“ Erklärung gegenüber dem Zentrum, die auch seitens eines Vertragsstaates in ein Investitionsgesetz aufgenommen werden kann³⁶.
 - (2) Durch eine „konkrete“ Anerkennung des Zentrums in einem bilateralen Investitionsschutzabkommen³⁷ oder in einer *ad-hoc* Vereinbarung zwischen Kapitalimportland und Investor³⁸.

³⁴ Art. 54 Abs. 1 Satz 1 *WBÜ* lautet: „Jeder Vertragsstaat erkennt jeden im Rahmen dieses Übereinkommens erlassenen Schiedsspruch als bindend an und sorgt für die Vollstreckung der darin auferlegten finanziellen Verpflichtungen in seinem Hoheitsgebiet, als handle es sich um ein rechtskräftiges Urteil eines seiner innerstaatlichen Gerichte.“

³⁵ *Broches*, A., RdC 136 (1972–II), 331–410 (352); *ders.*, Dispute Resolution in the Asian Pacific Region, in *Broches*, A., (ed.), Selected Essays ..., S. 468–494 (490); *Delaume*, G., *Clunet* 93 (1966), 26–49 (32); *ders.*, in *Lew*, J. D. M., (ed.), Contemporary Problems ..., S. 23–39 (25); *ders.*, in *Law and Practice of Transnational Contracts*, S. 378; *Frick*, H., S. 62; *Foeth*, G., S. 262; *Hirsch*, M., S. 47 ff.; *Regli*, J.-P., S. 51 ff.; *Schlosser*, P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 95; *ders.*, in *Stein/Jonas Komm. zur ZPO*, 21. Aufl., 1994, Band 7, vor § 1044 Rdnr. 41.

³⁶ Vgl. dazu *Ägypten*: Art. 55 des Gesetzes Nr. 230 Promulgating the Investment Law vom 20. Juli 1989, ILM 29 (1990), 238; *Afghanistan*: Art. 19 des Foreign and Domestic Private Investment Law vom 20. Februar 1967, ILM 6 (1967), S. 658; *Albanien*: Art. 8 des Act on Foreign Investments No 7764 vom 2. November 1993, zitiert nach *Carlson*, S. N., *IntL* 29 (1995), 577–598 und *Walter*, T., *WiRO* 3 (1994), 92–94; *Ghana*: Art. 11 des Dekrets über Kapitalinvestitionen vom 9. Januar 1973 N.R.C.D. 141, zitiert nach *Foeth*, H., S. 267; *Jugoslawien*: Art. 27 des Investitionsgesetzes vom 8. Januar 1989, ILM 28 (1989), 1543; *Kongo*: Art. 46 des Investitionsgesetzes, zitiert nach *Foeth*, H., *ibid.* S. 266; *Madagaskar*: Investitionsgesetz von 1989, zitiert nach *Sajko*, K., *Uniform Law Review* 1998–2/3, 657–669 (667); *Nigeria*: Gesetz Nr. 74–18 vom 11. März 1974, zitiert nach *Regli*, J.-P., S. 38; *Tansania*: Part 29 (2) des National Investment Promotion and Protection Act No 10/19. Juni 1990, ILM 30 (1991), 890; *Tunesien*: Art. 20 des Investitionsgesetzes No 69–35 vom 26. Juni 1969, zitiert nach *Regli*, J.-P., S. 38; *Zaire*: Art. 30 der Ordonnance-Loi Nr. 69–032 vom 26. Juni 1969, zitiert nach *Regli*, J.-P., S. 38; Nachweise auch bei *Ott*, R., S. 84.

³⁷ Vgl. ausführlich dazu unten, unter § 10, D. III. 2. und IV. 3. a) bb) und b) dd).

- d) Während im letzteren Fall eine einseitige Rücknahme der Zustimmung nicht mehr möglich ist³⁹, gibt die erste Alternative dem Vertragsstaat die Möglichkeit, sofort mit der Unterwerfungserklärung oder nachträglich die Zuständigkeit des Zentrums auf bestimmte Arten von Investitionsstreitigkeiten zu beschränken⁴⁰. Auch kann er sich als Voraussetzung für die Einleitung eines Schiedsverfahrens die Erschöpfung der innerstaatlichen Rechtsmittel ausbenden. Grundsätzlich bedeutet jedoch die Unterwerfungserklärung zugleich den Verzicht auf jeden anderen Rechtsbehelf⁴¹. Darüber hinaus verpflichtet sich der Heimatstaat des Investors, jede Einmischung in einen Streit zwischen diesem und einem Kapitalimportland zu unterlassen, insbesondere keinen diplomatischen Schutz zu gewähren oder sonstige völkerrechtliche Ansprüche geltend zu machen⁴², es sei denn, daß der andere Vertragsstaat den in der Streitsache erlassenen Schiedsspruch nicht befolgt⁴³.
- e) Das Verfahren wird durch schriftlichen Antrag einer oder beider Streitparteien eingeleitet. Es besteht entweder in einem Vergleichs-⁴⁴ oder in einem Schiedsverfahren⁴⁵. Beide können auch miteinander verbunden werden. Die Zusammensetzung der Schieds- oder Vergleichskommission ist Sache der Parteien. Kommt keine Einigung zustande, benennt der Präsident der Weltbank die fehlenden Kommissionsmitglieder⁴⁶. Das von dem Schiedsgericht anzuwendende Recht bestimmt sich in erster Linie nach dem Willen der Parteien⁴⁷. Ist keine Vereinbarung getroffen, so werden bei der Entscheidung das Recht des Kapitalimportlandes und die einschlägigen Regeln des Völkerrechts im Sinne von Art. 38 Abs. 1 der Satzung des *Internationalen Gerichtshofes (IGH)* angewandt⁴⁸. Auch kann das Schiedsgericht mit Einwilligung der Parteien *ex aequo et bono*

³⁸ Glossner, O./Bartels, M., RIW 28 (1982), 555–561 (556); Beispiele: Art. 17 der Konzession Bong/Liberia von 1974, zitiert nach Schanze, E, Investitionsverträge im internationalen Wirtschaftsrecht, S. 189 ff.; Art. 14 der Konzession LISCO/Liberia von 1975, bei Fischer, P./Wälde, T., (§ 1, Fn. 33), Bd. 1, S. 115 ff.; Art. 19 des Vertrages Mauretainien/AGIP u. a. von 1977, bei Fischer, P./Wälde, T., *ibid.* Bd. 6, S. 281 ff.; Art. 21 des Vertrages Indonesien/P.T. Rio Tinto von 1977, (§ 1, Fn. 54).

³⁹ Art. 25 Abs. 1 Satz 2 WBÜ.

⁴⁰ Art. 25 Abs. 4 WBÜ; zu den bisherigen Vorbehalten über die sachliche Zuständigkeit des WBÜ vgl. Ott, R., S. 77 ff.

⁴¹ Art. 26 WBÜ.

⁴² Art. 27 Abs. 1 WBÜ.

⁴³ Art. 27 Abs. 2 WBÜ.

⁴⁴ Art. 28–35 WBÜ.

⁴⁵ Art. 36–47 WBÜ.

⁴⁶ Art. 29–31, 37–39 WBÜ.

⁴⁷ Art. 42 Abs. 1 Satz 1 WBÜ.

entscheiden⁴⁹. Hat sich das Schiedsgericht einmal für zuständig erklärt, muß es eine Entscheidung treffen; ein „*non liquet*“ ist nicht zulässig⁵⁰.

- f) Der Schiedsspruch hat Bindungswirkung gegenüber allen Vertragsstaaten⁵¹. Soweit eine finanzielle Verpflichtung in Frage steht, gilt er darüber hinaus als ein rechtskräftiges Urteil eines innerstaatlichen Gerichts des betreffenden Unterzeichnerstaates und kann entsprechend vollstreckt werden⁵². Die Gerichte von Vertragsstaaten sind nicht einmal befugt, eine äußerste *ordre public*-Kontrolle anzustellen⁵³. Auch mit der Begründung, dem Weltbankzentrum habe die Zuständigkeit gefehlt, oder der vom Schiedsgericht als seiner Entscheidung zugrundeliegend angenommene Schiedsvertrag sei nicht in wirksamer Weise zustandegekommen, kann die Vollstreckung eines solchen Schiedsspruchs nicht abgelehnt werden⁵⁴. Als Ersatz hierfür hat das WBÜ ein Wiederaufnahmeverfahren ausgebildet, in dem Schiedssprüche authentisch interpretiert⁵⁵,

⁴⁸ Art. 42 Abs. 1 Satz 2 WBÜ; näher zu dieser Vorschrift und zu der Rolle des Völkerrechts bei fehlender Rechtswahl der Parteien unten, unter § 7, B. IV. und § 8, B. II.

⁴⁹ Art. 42 Abs. 3 WBÜ.

⁵⁰ Art. 42 Abs. 2 WBÜ.

⁵¹ Art. 53 WBÜ.

⁵² Art. 54 WBÜ.

⁵³ Delaume, G., Experience with ICSID, in Aksen, G./von Mehren, R. B. (eds.), International Arbitration between Private Parties and Governments, 1982, S. 221–272 (251); ders., Arbitration with Governments: „Domestic“ v. „International“ Awards, IntL 17 (1983), 687–698 (694); ders., in Lew, J. D. M. (ed.), Contemporary Problems ..., S. 23–39 (34); ders., Sovereign Immunity and Transnational Arbitration, in Lew, J. D. M., (ed.), ibid., S. 313–331 (317); ders., in Law and Practice of Transnational Contracts, S. 387; Herdegen, M., Wirkungen von Schiedssprüchen in Streitigkeiten zwischen Privatpersonen und fremden Staaten, RIW 35 (1989), 329–337 (337); Langkeit, J., Staatenimmunität und Schiedsgerichtsbarkeit, Diss. Münster 1988, S. 98; Lavieć, P., Protection et promotion des investissements, Paris 1985, S. 293; Rensmann, T., Anationale Schiedssprüche: Eine Untersuchung zu den Wirkungen anationaler Schiedssprüche im nationalen Recht, Diss. Bonn 1996, S. 146; Schlosser, P., in Stein/Jonas, Komm. zur ZPO, 21. Aufl., 1994, Band 7, RdNr. 48; so auch Cour cass., Entscheidung vom 11. Juni 1991, Soabi (Seutin) c. Sénégal, Clunet 118 (1991), 1005, 1006; Liberian Eastern Timber Corporation (Letco) v. The Republic of Liberia, 650 F. Supp. 73 (S.D.N.Y. 1986), aff. 854 F. 2d 1314 (2d. Cir. 1987).

⁵⁴ Vgl. statt aller Delaume, G., in Aksen, G./von Mehren, R. B. (eds.), International Arbitration ..., S. 221–272 (251); zutreffend ist daher die ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit als „self contained jurisdictional system depending on the international law of treaties“ charakterisiert worden; vgl. dazu David, R., L'arbitrage dans le commerce international, Paris 1982, S. 431; Delaume, G., IntLaw 17 (1983), 687–698 (693); ders., in Lew, J. D. M. (ed.), Contemporary Problems ..., S. 23–39 (32); ders., in Law and Practice of Transnational Contracts, S. 376; Hirsch, M., S. 111; Redfern, M./Hunter, A., S. 33.

⁵⁵ Art. 50 WBÜ.

für nichtig erklärt⁵⁶ oder wegen Bekanntwerdens neuer Tatsachen korrigiert⁵⁷ werden können. Die einzige „externe“ Anfälligkeit von Schiedssprüchen, die nach dem *WBÜ* gefällt wurden, ist die darin aufrechterhaltene Vollstreckungsimmunität von Staaten⁵⁸.

3. Kompromißmöglichkeiten bei Weigerung des Gastlandes, eine *ICSID*-Schiedsklausel zu vereinbaren

ICSID-Schiedsklauseln werden im Rohstoffbereich häufig vereinbart⁵⁹. Durch die Beteiligung der Entwicklungsländer bei der Ausarbeitung des *Weltbankübereinkommens* ist seine politische Akzeptanz höher als bei anderen Schiedsinstitutionen. Selbst wenn der Konzessionsgeber zur Vereinbarung einer *ICSID*-Schiedsklausel nicht bereit ist, bleiben noch Kompromißmöglichkeiten:

- a) Es kann ein Schiedsgericht im Gastland vereinbart werden, dessen neutraler dritter Mann mangels Einigung der Parteien von einem Richter des Gastlandes benannt wird⁶⁰;
- b) Man beschränkt beim *joint venture* die Schiedsgerichtsbarkeit auf Streitigkeiten zwischen nationaler und ausländischer Gesellschaft, während für Streitigkeiten zwischen Gastland und ausländischer Gesellschaft die staatlichen Gerichte zuständig bleiben. So verfahren Ägypten⁶¹ und Saudi-Arabien⁶² sowie Syrien⁶³. In den Verträgen von Papua Neuguinea ist zwar die Schiedsgerichtsbarkeit vorgesehen. Zugleich wird aber

⁵⁶ Art. 52 *WBÜ*; bisher hat es vier Aufhebungsverfahren gegeben: Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. Republic of Cameroon vom 3. Mai 1985, *ICSID-Rep.* 2 (1994), S. 95 ff.; Amco Asia Corporation and others v. The Republic of Indonesia (I) vom 16. Mai 1986, *ICSID-Rep.* 1 (1993), S. 509 ff.; Amco Asia Corporation and others v. The Republic of Indonesia (II), vom 17. Dezember 1992, unveröffentlicht; Maritime International Nominees Establishment (MINE) v. Government of Guinea, vom 14. Dezember 1989, *ICSID Rev.-FILJ* 5 (1990), S. 95 ff.

⁵⁷ Art. 51 *WBÜ*.

⁵⁸ Art. 55 *WBÜ*; ausführlich dazu unten, unter § 4, C. I. 1.

⁵⁹ Vgl. dazu oben, unter § 2, Fn. 38.

⁶⁰ Art. 61 des Vertrages der staatlichen algerischen Ölgesellschaft Sonatrach mit Getty von 1968, *Selected Documents* 1968, (§ 1, Fn. 48), S. 253 ff.; Art. 35 des Vertrages NIOC/Mobil von 1971, *Selected Documents* 1971, *ibid.*, S. 87 ff.

⁶¹ Art. XXIII des Vertrages Ägypten/EGPC/Chevron, zitiert nach *Fischer, P./Wälde, T. W.*, (§ 1, Fn. 33), Bd. 2, S. 382 ff.; Art. 21 des Vertrags EGPC/Esso, *ILM* 14 (1975), 915 ff.; Nachweise auch bei *Weil, P.*, *RdC* 129 (1969–III), 95–240 (155).

⁶² Es wird ein „Gerichtshof“ „*Court of Law*“ – es kann sich hier nur um ein nationales Gericht handeln – in Anspruch genommen und erst bei Nichteinigkeit der Parteien darüber subsidiär eine Schiedsmechanik vorgesehen; vgl. Art. 13 des PETROMIN AUXIRAP-Vertrages vom 4. April 1965, zitiert nach *Fischer, P.*, *Die internationale Konzession*, S. 437.

bestimmt, daß das Schiedsgericht auf Antrag einer Partei einzelne Rechtsfragen dem Obersten Gerichtshof von Papua Neuguinea zur Entscheidung vorzulegen hat⁶⁴;

- c) Bei nationalen Investitionsgesetzen beschränkt sich die schiedsgerichtliche Streitbeilegung auf Streitigkeiten zwischen dem ausländischen Investor und den staatlichen Behörden, während für Streitigkeiten zwischen dem Investor und einer nationalen Privatpartei, einem nationalen Staatsunternehmen oder einer nationalen Gesellschaft die nationalen Gerichte zuständig bleiben⁶⁵;
- d) Im Konzessionsvertrag wird die Zuständigkeit isolierter wie auch institutioneller Schiedsinstanzen gleichzeitig vereinbart, die in einem Subsidiaritätsverhältnis zueinander stehen. Solche Fälle finden sich im isländischen *Alusuisse*-Abkommen 1966⁶⁶ und im indonesischen *Alcoa*-Vertrag 1969⁶⁷, in welchen primär die Schiedsgerichtsbarkeit im Rahmen des *Weltbankübereinkommens* vereinbart wird, jedoch für den Fall deren Nichtanwendbarkeit (z.B. mangels Ratifizierung durch die vorgesehenen Staaten), die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts bestimmt wird, dessen Zusammensetzung, Verfahren etc. in einer besonderen Schiedsvereinbarung eingehend geregelt sind.

⁶³ Art. 23 des Vertrages Syrien/Syrian Petroleum Co/Pecten Ash Sham Co. et al. von 1985, ILM 26 (1987), 1186ff.; den entgegengesetzten Weg gehen die indonesischen *production-sharing*-Verträge, welche erst bei Versagen des schiedsgerichtlichen Weges den innerstaatlichen Rechtsweg der ordentlichen Gerichte vorsehen; für viele vgl. Section XI, Ziff. 1.4 des Wendell Phillips-Vertrages von 1970: „*In the event the arbitrators are unable to reach a decision, the dispute shall be referred to Indonesian Courts of Law for settlement ...*“, zitiert nach *Fischer, P.*, Die internationale Konzession, S. 437.

⁶⁴ Art. 23 des Bougainville-Vertrages von 1967, zitiert nach *Schanze, E.*, Investitionsverträge im internationalen Wirtschaftsrecht, S. 209ff.; Art. 38 des OK Tedi-Vertrages von 1976, bei *Fischer, P./Wälde, T.*, (§ 1, Fn. 33), Bd. 3, S. 137ff.

⁶⁵ *Albanien*: Art. 8 des Investitionsgesetzes No 7764 vom 2. November 1993, zitiert nach *Walter, T.*, WiRO 3 (1994), 92–94; *Jugoslawien*: Art. 27 Abs. 2 des Gesetzes über ausländische Einlagen vom 29. Dezember 1988, welcher die Zuständigkeit nationaler Gerichte vorschreibt, sofern im Konzessionsvertrag nicht die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts – insbesondere eines aufgrund des *WBÜ* – vereinbart wurde; vgl. dazu *Beckmann-Petey, M.*, RIW 35 (1989), 271–278; *Rußland*: Art. 9 des Auslandsinvestitionsgesetzes vom 4. Juli 1991, (§ 2, Fn. 8); *Ukraine*: Art. 50 des „Dekrets des Ministerkabinetts der Ukraine über das Regime ausländischer Investitionen vom 20. Mai 1993“, zitiert nach *Moguilevskaia, G.*, WiRO 3 (1994), 449–452; *Weißrußland*: Art. 38 des Gesetzes über ausländische Investitionen vom 14. November 1991 (§ 2, Fn. 8).

⁶⁶ Art. 47 des Vertrages vom 20. September 1966, in *Fischer, P.*, Die internationale Konzession, S. 420.

⁶⁷ Art. 29 des Vertrages, in *Fischer, P.*, *ibid.*

4. Bisherige ICSID-Verfahren

Die Weltbank, die 1944 in erster Linie zur Finanzierung der Beseitigung von Kriegsschäden errichtet worden war⁶⁸, ist nun auch durch das Weltbankzentrum ICSID mehr und mehr ein Instrument der multilateralen Entwicklungspolitik. Ob die Arbeit des Zentrums als erfolgreich zu beurteilen ist, ist sicher daran zu messen, wie sehr es als „Schlichtungsstelle“ funktioniert, also Streitfälle im beiderseitigen Einvernehmen der Parteien lösen kann. Seine Dienste sind bisher nur sehr zögernd in Anspruch genommen worden, was sicher auch mit an den hohen Kosten für die Prozeßvertretung liegt. Seit Inkrafttreten des *Weltbankübereinkommens* (1966) sind beim ICSID-Zentrum 29 Schiedsverfahren eingeleitet worden⁶⁹. Dreizehn davon wurden mit einem Schiedsspruch abgeschlossen⁷⁰, in zwei Fällen wurde ein Vergleich gerichtlich verankert⁷¹ und zehn Verfahren wurden (auf Antrag

⁶⁸ Seit jeher trägt sie aber in ihrem Namen den Zusatz „*for Reconstruction and Development*“.

⁶⁹ Holiday Inns SA, Occidental Petroleum Corporation v. Government of Morocco; Société Adriano Gardella SpA v. Government of Côte d'Ivoire; Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. v. Government of Jamaica; Kaiser Bauxite Company v. Government of Jamaica; Reynolds Jamaica Mines, Ltd. and Reynolds Metals Company v. Government of Jamaica; Government of Gabon v. Société Serete SA.; AGIP SpA v. Government of the People's Republic of the Congo; Benvenuti & Bonfant S.A.R.L. v. Government of the People's Republic of Congo; Guadelupe Gas Products Corporation v. Federal Military Government of Nigeria; Amco Asia Corporation, Pan American Development Ltd. and P.T. Amco Indonesia v. Government of Indonesia; Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et al. v. Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais S.A.; Société Ouest Africaine des Bétons Industriels (SOABI) v. State of Senegal; La SEDITEX Engineering Beratungsgesellschaft für die Textilindustrie m.b.H. v. Government of the Democratic Republic of Madagascar; Swiss Aluminium Limited (ALUSUISSE) and Iceland Aluminium Company Limited (ISAL) v. Government of Iceland; The Liberian Eastern Timber Corporation (Letco) v. Government of the Republic of Liberia; Tesoro Petroleum Corporation v. Government of Trinidad and Tobago; Atlantic Triton Company Limited v. People's Revolutionary Republic of Guinea; Colt Industries Operating Corporation, Firearms Division v. Government of the Republic of Korea; Southern Pacific Properties (Middle East) Limited [S.P.P. (ME)] v. Arab Republic of Egypt; Maritime International Nominees Establishment (MINE) v. The Republic of Guinea; Asian Express International (S) PTE Ltd. v. Greater Colombo Economic Commission; Dr. Ghaiht R. Pharaon v. Republic of Tunisia; Société d'Etudes et de Gestion (SETIMEG) v. Republic of Gabon; Mobil Oil Corporation, Mobil Petroleum Company, Inc. Mobil Oil New Zealand Limited v. New Zealand Government; Asian Agricultural Products Ltd. (A.A.P.L.) v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka; Occidental of Pakistan Inc. v. Islamic Republic of Pakistan; Manufacturers Hanover Trust Company v. Arab Republic of Egypt and the General Authority for Investment and Free Zones; Vacuum Salt Products Ltd. v. Government of the Republic of Ghana; American Manufacturing & Trading Inc. v. Republic of Zaire; vgl. hierzu ICSID – Annual Report 1997–1998, Cumulative Chronology of Disputes Before the Centre 1972–1992.

der Parteien) eingestellt⁷². 1982 wurde das erste und bisher einzige Vergleichsverfahren eingeleitet⁷³. Wenn die Vermittlung der Schiedsgerichtsbar-

⁷⁰ Società Adriano Gardella-Fall, Schiedsspruch vom 29. August 1977, ICSID Rep. 1, S. 282; AGIP-Fall, Schiedsspruch vom 30. November 1979, RCDIP 71 (1982), 92 ff. = ILM 21 (1982), 726–739 = YCA VIII (1983), 133 (Auszüge) = ILR 67 (1984), 318; Benvenuti & Bonfant-Fall, Schiedsspruch vom 8. August 1980, ILM 21 (1982), 740–766 = YCA VIII (1983), 144 (Auszüge) = ILR 67 (1984), 345; Amco-Fall, Entscheidung zur Gerichtsbarkeit vom 25. September 1983, ILM 23 (1984), 351–382 = YCA X (1985), 61 (Auszüge) = Rev. arb 1985, 259 = Clunet 113 (1986), 202; Schiedsspruch vom 9. Dezember 1983 über einstweilige Anordnungen, ILM 24 (1985), 365 = YCA XI (1986), 159; Schiedsspruch vom 20. November 1984, ILM 24 (1985), 1023 (Auszüge) = Clunet 114 (1987), 145 (Auszüge); *ad-hoc* Committee Entscheidung vom 16. Mai 1986, ILM 25 (1986), 1441 = YCA XII (1987), 129 (Auszüge) = Clunet 114 (1987), 175 (Auszüge); Entscheidung zur Gerichtsbarkeit vom 10. Mai 1988, ILM 27 (1988), 1281 = YCA XIV (1989), 92 (Auszüge) = Clunet 116 (1989), 143 (Auszüge); Schiedsspruch vom 5. Juni 1990, Clunet 118 (1991), 172 (Auszüge) und Korrigierung vom 17. Oktober 1990, YCA XVII (1992), 73–105; Klöckner-Fall, Schiedsspruch vom 21. Oktober 1983, Rev. arb 1984, 19 (Auszüge) = Clunet 111 (1984), 409 (Auszüge), JIntArb 1 (1984), 145 (Auszüge) = YCA X (1985), 71–78 (Auszüge); *ad-hoc* Committee Entscheidung vom 3. Mai 1984, Clunet 114 (1987), 163 (Auszüge) = YCA XI (1986), 162 (Auszüge); SOABI-Fall, Schiedsspruch vom 25. Februar 1988, Clunet 117 (1990), 192 (Auszüge) = YCA XVII (1992), 42–72 (Auszüge); Letco-Fall, Schiedsspruch vom 31. März 1986 und Korrigierung vom 17. Juni 1986, ILM 26 (1987), 647 = YCA XIII (1988), 35 (Auszüge) = Clunet 115 (1988), 167 (Auszüge); Atlantic Triton Co. Ltd.-Fall, Schiedsspruch vom 21. April 1986, Clunet 115 (1988), 181 (Auszüge); S.P.P.-Fall, Entscheidung zur Gerichtsbarkeit vom 27. November 1985, YCA XVI (1991), 19 (Auszüge); Entscheidung zur Gerichtsbarkeit vom 14. April 1988, YCA XVI (1991), 28 (Auszüge), Schiedsspruch vom 20. Mai 1992, YCA XIX (1994), 51–104; MINE-Fall, Schiedsspruch vom 6. Januar 1988, YCA XIV (1989), 82 (Auszüge); *ad-hoc* Committee Entscheidung vom 22. Dezember 1989, YCA XVI (1991), 40 (Auszüge) = Clunet 118 (1991), 166; AAPL-Fall, Schiedsspruch vom 27. Juni 1990, ILM 30 (1991), 580 = YCA XVII (1992), 106; Vacuum Salt Products Ltd.-Fall, Schiedsspruch vom 1. Februar 1994, YCA XX (1995), 11–34; American Manufacturing & Trading Inc.-Fall, Schiedsspruch vom 21. Februar 1997, YCA XXII (1997), 60–86.

⁷¹ Guadalupe Gas Products Corporation-Fall, gerichtlicher Vergleich am 19. Mai 1980; Colt Industries Operating Corporation, et al-Fall, gerichtlicher Vergleich im August 1990.

⁷² Alcoa Minerals-, Kaiser Bauxite Company-F lle, eingestellt am 27. Februar 1977; Reynolds Jamaica Mines Ltd.-Fall, eingestellt am 12. Oktober 1977; Government of Gabon-Fall, eingestellt am 27. Februar 1978; Holiday Inns-Fall, eingestellt am 17. Oktober 1978; Dr. Ghaith-Fall, gerichtlicher Vergleich und Verfahren eingestellt am 21. November 1988; Occidental of Pakistan-Fall, gerichtlicher Vergleich und Verfahren eingestellt am 27. Januar 1989; Mobil Oil Corporation-Fal, gerichtlicher Vergleich und Verfahren eingestellt am 10. Juli 1990; Société d'Etudes de Travaux et de Gestion (STIMEG)-Fall, gerichtlicher Vergleich am 5. November 1992 und Verfahren eingestellt am 21. Januar 1992; Manufacturers Hanover Trust Company-Fall, gerichtlicher Vergleich am 28. Januar 1992 und Verfahren eingestellt am 24. Juni 1993.

keit selbst auch nicht in dem wünschenswerten Umfang auf Resonanz stieß⁷⁴, so hat doch das Weltbankzentrum in deren Vorfeld breit gelagerte Aktivitäten entwickelt. Es wurden die nötigen Verfahrensordnungen für die schiedsgerichtliche Arbeit erstellt und eine ganze Reihe von Musterklauseln entworfen⁷⁵, um den Vertragsparteien von ausländischen Investitionen den Zugang zur Schiedsgerichtsbarkeit der Weltbank auch durch ausgewogene „vorfabrizierte“ Vertragsklauseln zu erleichtern.

Das Weltbankzentrum hat sicher mehr als nur „hohen moralischen“ Wert⁷⁶. Allein aus den engen Verbindung mit dem Großkreditgeber Weltbank ergibt sich ein bedeutsamer Einfluß, welcher die Autorität dieser Schiedsstelle untermauert. Sie spiegelt sich wieder in zahlreichen vertraglichen Vereinbarungen⁷⁷, in den gesetzlichen Vorschriften der Investitionsgesetze vieler Entwicklungsländer⁷⁸ sowie in den Bestimmungen von Investitionsschutzverträgen⁷⁹, die Investitionsstreitigkeiten einem Schiedsverfahren vor einem *ICSID*-Schiedsgericht unterbreiten. Die Voraussage, daß die Bedeutung des Schiedszentrums bei der Weltbank immer wichtiger wird, kann daher nicht fehlgehen. Es ist zu erwarten, daß die Schlichtungsarbeit des *ICSID* einen beachtlichen Beitrag zur Entspannung des Investitionsklimas zwischen Entwicklungsländern und Industriestaaten leisten wird.

5. Die *Additional Facility* (Zusatzverfahren)

1978 beschloß der Verwaltungsrat von *ICSID* die Einführung zusätzlicher Streitbeilegungsverfahren. Er genehmigte drei neue verschiedene Verfahren, welche das Zentrum unabhängig von den bestehenden Vergleichs- und Schiedsverfahren durchgeföhren kann:

- *Additional Facility Conciliation Proceedings*⁸⁰;
- *Additional Facility Arbitration Proceedings*⁸¹;
- *Additional Facility Fact-Finding Proceedings*⁸².

⁷³ La SEDITEX Engineering Beratungsgesellschaft für die Textilindustrie GmbH (BRD) v. Regierung der demokratischen Republik Madagaskar.

⁷⁴ Broches, A., The „Additional Facilities“ of the *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*, YCA IV (1979), 373–379 (374): „Advance acceptance of the Centre's jurisdiction has not resulted in a large number of cases“.

⁷⁵ Model Clauses Recording Consent to the Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes, *ICSID*, Dok. 5.

⁷⁶ Ammann, U., S. 131: „Bedeutung vorwiegend politischer und psychologischer Natur“.

⁷⁷ Vgl. dazu oben, unter § 2, Fn. 38.

⁷⁸ Vgl. dazu oben, unter § 2, Fn. 36.

⁷⁹ Vgl. dazu unten, unter § 10, D. III. und IV.

⁸⁰ *Conciliation (Additional Facility) Rules*, Doc. *ICSID/11/Rev. 1*, S. 12 ff.

Die Zusatzverfahren weisen folgende Merkmale auf: Wie die Verfahren nach dem *WBÜ* sind die Zusatzverfahren grundsätzlich nur bei Konflikten zwischen einem Staaten und einem privaten Investor anwendbar. Bei den Zusatzverfahren ist es jedoch nicht notwendig, daß beide beteiligten Parteien die persönlichen Zuständigkeitsvoraussetzungen des Übereinkommens erfüllen⁸³, wenn es um die Durchführung von Vergleichs- oder Schiedsverfahren geht⁸⁴. Verfahren nach den *Additional Facility Rules* können zudem durchgeführt werden, wenn der Streitgegenstand nicht in den Zuständigkeitsbereich des Übereinkommens fällt, es sich also nicht um eine „Investition“ im Sinne von Art. 25 Abs. 1 *WBÜ* handelt⁸⁵. Mit der Einführung der Zusatzverfahren sollte erklärtermaßen⁸⁶ die Anwendung des *Weltbank-übereinkommens* gefördert werden: Die Bestimmungen der *Additional Facility* gelten nur subsidiär; sobald die Parteien die Zuständigkeitsvoraussetzungen des *WBÜ* erfüllen, wird auf Vergleichs- oder Schiedsverfahren automatisch das *WBÜ* anwendbar⁸⁷.

6. Bewertung des *Weltbankübereinkommens* für das Investitionsklima

Bei einer Würdigung des *WBÜ* im Rahmen der Bemühungen um mehr Schutz und Sicherheit für Auslandsinvestitionen auf internationaler Ebene sticht zunächst die innerhalb einer kurzen Frist gelungene Unterzeichnung und Ratifizierung durch die erforderliche Anzahl von Staaten ins Auge⁸⁸. Hierbei ist neben der erwarteten Zustimmung der westlichen Kapitalexportländer die Zahl von über 100 beigetretenen Entwicklungsländern hervorzuheben⁸⁹. Somit hat das *WBÜ* im Vergleich zu den zahlreichen, aber durchweg mißlungenen Kodifikationsversuchen im Bereich des multilateralen Eigentums- und Versicherungsschutzes⁹⁰ seinen Erfolg und seine Bedeutung

⁸¹ *Arbitration (Additional Facility) Rules*, Doc. ICSID/11/Rev. 1, S. 33 ff.

⁸² *Fact-Finding (Additional Facility) Rules*, Doc. ICSID/11/Rev. 1, S. 57 ff.

⁸³ Art. 2 Abs. (a) der *Additional Facility Rules*.

⁸⁴ Art. 2 Abs. (b) der *Additional Facility Rules*.

⁸⁵ Art. 3 der *Additional Facility Rules*: „*Since the proceedings envisaged by Art. 2 are outside the jurisdiction of the Centre, none of the provisions of the Convention shall be applicable to them or to recommendations, awards, or reports which may be rendered therein*“.

⁸⁶ Art. 4 der *Additional Facility Rules*, Comment (ii), Doc. ICSID/11/Rev. 1, S. 5.

⁸⁷ Die Parteien sind verpflichtet, die Anwendung des *WBÜ* zu akzeptieren und haben bei der Vereinbarung einer *Additional Facility*-Schiedsklausel eine entsprechende Erklärung abzugeben; Art. 4 Abs. 2 und 4 der *Additional Facility Rules*.

⁸⁸ Vgl. dazu oben, unter § 2, Fn. 25.

⁸⁹ Vgl. dazu oben, unter § 2, Fn. 26.

⁹⁰ Vgl. dazu unten, unter § 10, C.

gerade dieser Anerkennung der Mehrzahl der Entwicklungsländer zu verdanken. Hierfür waren folgende Faktoren ausschlaggebend:

- a) Einmal wurde während der Vorarbeiten, an denen Regierungsexperten von 86 Mitgliedsländern der Weltbank teilnahmen, ganz bewußt eine Klärung der Standpunkte und der Interessenlage von Industrie- und Entwicklungsländern angestrebt⁹¹. Dieses Verfahren hat sicher in starkem Maße dazu beigetragen, eine weltweit akzeptable Regelung in Gestalt des späteren Übereinkommens auszuarbeiten⁹².
- b) Darüber hinaus spielte die Initiative der Weltbank zu diesem Abkommen und ihre organisatorische Verflechtung mit der Schiedszentrale⁹³ ebenfalls eine wichtige Rolle für den Beitritt zahlreicher Kapitalimportländer, da sie sich mehr als jede andere internationale Organisation im Bereich der Entwicklungspolitik durch ihre Tätigkeit Anerkennung und eine Art unparteiliche Autorität verschafft hat.
- c) Als wichtiger Faktor ist jedoch die realistische Regelung des Übereinkommens hervorzuheben⁹⁴. Auf der einen Seite verwirklicht das *WBÜ* das Bedürfnis nach einer auf die Belange von Auslandsinvestitionen zugeschnittenen Schiedsinstanz, die zwar die Mitarbeit der Streitparteien voraussetzt, notfalls aber auch bei Boykott einer Seite tätig werden kann⁹⁵. Andererseits verzichtet sie auf eine an die Annahme des Abkommens gekoppelte obligatorische Schiedsgerichtsbarkeit⁹⁶ und kommt somit dem ausgeprägten Streben der Entwicklungsländer entgegen, in internationalen Verträgen die Unantastbarkeit ihrer Souveränität zu wahren. Diese Forderung spiegelt sich auch in der Regelung der Vollstreckung von Schiedsurteilen wider⁹⁷. Zuletzt ist für die Beurtei-

⁹¹ Zur Entstehungsgeschichte des *WBÜ* vgl. Ott, R., S. 8 ff.

⁹² Entgegen sonstiger internationaler Gewohnheiten wurde der Text nicht auf einer Staatenkonferenz, sondern durch ein *ad-hoc* gebildetes *Legal Committee* innerhalb der Weltbank ausgearbeitet; damit konnte mit Erfolg eine befürchtete ideologische Frontstellung zwischen Industrie- und Entwicklungsländern vermieden werden.

⁹³ Institutionell und organisatorisch ist das *ICSID* in verschiedener Hinsicht mit der Weltbank verbunden: Der Anstoß zu seiner Gründung kam aus den Kreisen der Weltbank [vgl. zur Entstehungsgeschichte des *WBÜ* Ott, R., S. 8 ff.]; der Präsident der Weltbank ist von Amts wegen Vorsitzender des *ICSID*-Verwaltungsrates (Art. 5 *WBÜ*); finanziell wird das Zentrum von der Weltbank getragen (Art. 17 *WBÜ*) und es befindet sich in den Gebäuden der Weltbank in Washington.

⁹⁴ Damit wurde nach Schwarzenberger, G. [Der Schutz von Auslandsinvestitionen – Multilaterale Kodifikationsversuche, 1969 S. 93] eine „klassische Regel der Rechtsplanung beherzigt: das Minimum der in einer bestimmten historischen Situation erforderlichen oder erreichbaren rechtlichen Bindung anzustreben“.

⁹⁵ Vgl. dazu oben, unter § 2, Fn. 39 und 46.

⁹⁶ Vgl. dazu oben, unter § 2, Fn. 35 ff.

⁹⁷ Art. 55 *WBÜ*.

lung des Interessenausgleichs zwischen Industrie- und Entwicklungsländern noch der Hinweis wichtig, daß als „Kläger“ nicht nur der Investor, sondern in gleicher Weise auch der Kapitalimportstaat vor dem Schiedszentrum auftreten kann⁹⁸.

Die hier herausgestellten Charakteristika des *Weltbankübereinkommens*, die gerade den Beitritt der großen Zahl von Entwicklungsländern förderten, können allerdings von dem in der Regel positivistischen Standpunkt eines Investors aus als Schwäche des Abkommens angesehen werden. Hierzu zählen vor allem: die Beschränkung der Jurisdiktion des Zentrums auf nur einzelne Investitionsbereiche⁹⁹, die Betonung der prozessualen Seite des Übereinkommens¹⁰⁰ und die notwendige Mitwirkung des jeweiligen Staates bei der Vollstreckung von Schiedssprüchen¹⁰¹. Es ist jedoch zu berücksichtigen, daß der Weltbank insoweit ein wirksames Druckmittel zur Seite steht, als sie von der Befolgung von Schiedssprüchen die Gewährung weiterer Entwicklungsdarlehen abhängig machen kann¹⁰².

7. Zusammenfassung

Insgesamt bedeutet das *WBÜ* einen entscheidenden Schritt vorwärts im Bereich des multilateralen Investitionsschutzes. Es wurde deshalb hier ausführlich gewürdigt, weil es die erste und bisher bedeutsame Realisierung eines Abkommens auf diesem Gebiet ist¹⁰³. Dieser Erfolg ist vor allem auf die vernünftige und realistische Beschränkung der Kodifizierung allein von Verfahrensrecht zurückzuführen¹⁰⁴. Das Abkommen enthält insoweit auch eine völkerrechtliche Neuerung, als vor einem internationalen, überregionalen Schiedsgericht privaten juristischen und natürlichen Personen volle Parteifähigkeit in Streitigkeiten mit Staaten eingeräumt wird. Mit der Verpflichtung des Heimatstaates des Investors, zu seinem Gunsten auf diplomatischen Schutz zu verzichten, wird zudem eine Nichteinmischung Dritter und eine Entpolitisierung jeder Investitionsstreitigkeit erreicht¹⁰⁵, indem

⁹⁸ Government of Gabon v. Société Serete S.A (Frankreich), Einstellung des Verfahrens am 27. Februar 1978.

⁹⁹ Vgl. dazu oben, unter § 2, Fn. 40.

¹⁰⁰ Vgl. dazu Jüttner, H., S. 209 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

¹⁰¹ Art. 54, 55 *WBÜ*.

¹⁰² Vgl. Ammann, U., S. 166.

¹⁰³ Zu den Verhandlungen über ein *Multilaterales Investitionsabkommen* im Rahmen der *OECD* vgl. unten, unter § 10, C. III.

¹⁰⁴ Schwarzenberger, G., S. 152 spricht sogar von einem „stroke of genius“.

¹⁰⁵ Seidl-Hohenveldern, I., Investitionen in Entwicklungsländern und das Völkerrecht, S. 44, 45.

allein die unmittelbar beteiligten Streitparteien, der Investor und das Kapitalimportland, ihren Konflikt ausfechten.

Es bleibt zu hoffen, daß in Zukunft eine steigende Zahl von Schiedsklauseln, die zur Anwendung des *WBÜ* führen, in Einzelverträge und Investitionsgesetze aufgenommen werden und über notwendig werdende Schiedssprüche, die Bindungswirkung gegenüber allen Vertragsstaaten haben, dem angestrebten Ziel näher bringen, international anerkannte Grundsätze im Bereich des Schutzes von Auslandsinvestitionen zu schaffen.

IV. Die gerichtliche Beilegung von Konzessionsstreitigkeiten – Die *Calvo*-Doktrin und ihre allmähliche Preisgabe

1. Vom Andenpakt zur Entscheidung 291 vom 21. März 1991

Der Weg der gerichtlichen Beilegung von Konzessionsstreitigkeiten ist der, soweit ersichtlich, bisher am wenigsten begangene und aus den obigen Gründen¹⁰⁶ am seltensten vorgesehene. Internationale Gerichtsinstanzen gibt es derzeit (noch) nicht, wenngleich für den Bereich der *OPEC*-Staaten die Errichtung eines *OPEC-High Court* zur Beilegung von Streitigkeiten aus Erdölkonzessionsabkommen projektiert war, was allerdings nicht zustande kam¹⁰⁷. In ihrer Resolution XVI. 90 aus dem Jahre 1968 forderte die *OPEC* die Streitbeilegung durch die lokalen Gerichte¹⁰⁸. In der von der Vollversammlung der Vereinten Nationen 1974 als Resolution 3281 (XXIX) verabschiedeten „*Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten*“ wurde auch die ausschließliche Zuständigkeit der nationalen Gerichte bei der Streitbeilegung betont, es sei denn, alle betroffenen Staaten stimmten einer anderweitigen Konfliktregelung zu¹⁰⁹.

Die gerichtliche Streitbeilegung spielt vor allem in den in der *Calvo*-Tradition stehenden Staaten des lateinamerikanischen Bereiches eine Rolle¹¹⁰. Auf Grund dieser Lehre wurde in den Verträgen südamerikani-

¹⁰⁶ Vgl. dazu oben, unter § 2, A.

¹⁰⁷ Siehe dazu *Fischer, P.*, Die internationale Konzession, S. 435; *Markert, T.*, S. 48.

¹⁰⁸ *Settlement of Disputes*: „*Except as otherwise provided for in the legal system of a Member country, all disputes arising between the Government and Operators shall fall exclusively within the jurisdiction of the competent national courts or the specialized regional courts, as and when established*“, ILM 7 (1968), 1183, 1186 [Hervorhebung von der Verfasserin].

¹⁰⁹ ILM 14 (1975), 251ff.; zu der sogenannten „*Renationalisierung*“ von Konzessionsverträgen siehe ausführlich unten, unter § 7, B. VII.

¹¹⁰ Für viele vgl. Art. XXIV des Vertrages vom 17. Juni 1961 zwischen YPF und der Ohio Oil Company of Argentina: „... and in the event of recourse to courts they submit to the *Tribunales Nacionales en Lo Civil Comercial Federal de la Capi-*

scher Staaten mit ausländischen Investoren eine Klausel (*Calvo-Klausel*) aufgenommen, durch die a) der Investor bei Streitigkeiten aus dem Vertrag auf die Anrufung des diplomatischen Schutzes seines Heimatstaates verzichtet und b) sich nur des innerstaatlichen Rechtsweges bedient. Die *Calvo-Klausel* soll daher zu einem Ausschluß des diplomatischen Schutzes durch den Heimatstaat führen und den ausländischen Investor verfahrensrechtlich dem Inländer gleichstellen¹¹¹. Die Rechtswirkungen eines solchen individuellen Verzichts im Völkerrecht sind umstritten¹¹². Zwar bindet eine derartige Vereinbarung nicht den Heimatstaat des Ausländers¹¹³; aber der

tal Federal, thereby renouncing any other jurisdiction“, zitiert nach *Fischer, P.*, Die internationale Konzession, S. 435; doch auch hier wurden Ausnahmen zugelassen und die ordentliche Gerichtsbarkeit wurde durch Schiedsgerichtsvereinbarungen ausgeschlossen: vgl. etwa Art. 21 des Vertrages zwischen YPF und der Pan American International Oil Company vom 21. Juli 1958 mit Carl Loeb, Rhoades & Co, zitiert nach *Fischer, P.*, *ibid.* S. 436; das Association Contract zwischen International Columbia Resources Corporation (INTERCOR) und dem kolumbianischen Staatsunternehmen Corbones de Colombia (CARBOCOL) vom 14. Februar 1977; das Association Agreement zwischen dem panamenischen Staatsunternehmen Cerro Colorado Mining Development Corporation (CODEMIN) und Texagulf Inc. vom Februar 1976, beide zitiert nach *Mikesell, R., F.*, S. 251 ff.; Art. XVII des Basic Agreements and Related Contracts on Loans and Supplying Crude Petroleum and Refined Products Celebrated by Petroleos del Peru and the Corporation Financiera de Desarrollo (representing the Republic of Peru) with the Japan Petroleum Development Corporation and the Japan Peru Oil Corporation Ltd., ILM 15 (1976), 1295–1342

¹¹¹ *de Aréchaga, E. J.*, Application of the Rules of State Responsibility to the Nationalization of Foreign-Owned Property, in *Hossain, K.*, (ed.), Legal Aspects of the New International Economic Order, USA/Great Britain 1980, S. 220–233 (231); *Bouchez; L.-J.*, JIntArb 8 (1) (1991), 81–115 (84); *Herdegen, M.*, Investitionsschutz in Lateinamerika, ZvglRWiss 94 (1995), 341–352 (343 ff.), mit weiteren Nachweisen; *Hirsch, M.*, S. 13; *Jüttner, H.*, S. 265; *Layton, R.*, Changing Attitudes Toward Dispute Resolution in Latin America, JIntArb 10 (2) (1993), 123–141 (125); *Leboulanger, P.*, Les contrats entre Etats ..., S. 254 ff.; *Regli, J.-P.*, S. 39.

¹¹² Vgl. *North American Dredging Co. of Texas v. United Mexican States* vom 31. März 1926, zitiert nach *Ott, R.*, S. 45; vgl. auch *Leboulanger, P.*, Les contrats entre Etats ..., S. 255; *Seidl-Hohenveldern, I.*, Völkerrecht, 9. Aufl., RdNr. 1602, 1603.

¹¹³ *Herdegen, M.*, ZvglRWiss 94 (1995), 341–352 (344); *Seidl-Hohenveldern, I.*, Völkerrecht, 9. Aufl., RdNr. 1603; *Stemberg, H.*, Die Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten – Tendenzen und Wandel der völkerrechtlichen Ordnung wirtschaftlicher Beziehungen zwischen den Staaten, Berlin 1983; *Verwey, W./Schrijver, N. J.*, The Taking of Foreign Property under International Law: A New Legal Perspective, NYIL 15 (1984), 3–96; diese Problematik wird offenbar auch von den Befürwortern der *Calvo-Doktrin* gesehen. So legt *de Aréchaga* die *Calvo-Klausel* dahin aus, daß der Ausländer, der sich ihr unterwirft, auf sein Recht verzichte, im Streitfall seinen Heimatstaat anzurufen. Da in der Regel ein Staat den diplomatischen Schutz nur auf bitten seines Angehörigen gewähre, sei damit der Zweck der *Calvo-Klausel* erreicht. Insbesondere für den Bereich der Entschädigung bei Vermögensentziehungen ist festzuhalten, daß die Streitigkeiten auf diplomati-

Einzelne kann im Rahmen seiner materiellen Dispositionsbefugnis über ihm zustehende Ansprüche wohl auch über deren Durchsetzung verfügen¹¹⁴.

Die *Calvo*-Doktrin hat in mehreren südamerikanischen Verfassungstexten ausdrücklich Anerkennung gefunden und hat sich dort zumindest eine semantische Fortexistenz bewahrt¹¹⁵. Neben der „*Gemeinsamen Konvention*

scher Ebene beigelegt werden; vgl. dazu auch *Polter, D.-M.*, *Auslandsenteignungen und Investitionsschutz*, Berlin 1975.

¹¹⁴ Zustimmend: *Herdegen, M.*, *ZvglRWiss* 94 (1995), 341–352 (344); *Seidl-Hohenveldern, I.*, *Völkerrecht*, 9. Aufl., RdNr. 1603.

¹¹⁵ So heißt es in Art. 24 der Verfassung Boliviens: „*Die Unternehmen und Staatsbürger fremder Staaten sind den bolivianischen Gesetzen unterworfen und können keinesfalls eine Sonderstellung geltend machen oder diplomatischen Schutz in Anspruch nehmen*“, zitiert nach *Herdegen, M.*, *ZvglRWiss* 94 (1995), 341–352 (344); eine ähnliche Klausel hat auch die Verfassungsreform in Peru überdauert (Art. 71 Abs. 1 der peruanischen Verfassung von 1993), zitiert nach *Herdegen, M.*, *ibid.*; Überblick der maßgeblichen Bestimmungen der lateinamerikanischen Verfassungen mit Aussagen zur *Calvo*-Doktrin bei *Foeth, G.*, S. 334; vgl. auch *Chile*: Art. 34 Abs. 1 des Dekret-Gesetzes Nr. 600 vom 13. Juli 1974, *Containing the Foreign Investment Statute*, ILM 13 (1974), 1176; *Ecuador*: Art. 30 (f) des Dekrets 536 vom 21. Februar 1985, (Explorationsverträge), R.O. vom 22. Februar 1985, S. 8; Art. 63 und Art. 71 des Dekret-Gesetzes Nr. 6 vom 21. August 1985 (Bergbauverträge), R.O. vom 22. August 1985; Art. 2 und Art. 13 des Gesetzes Nr. 15 vom 26. August 1985, R.O. vom 27. August 1985; Art. 69 lit. (h) des Dekrets vom 28. Juli 1987, R.O. vom 29. Juli 1987, S. 5, zitiert nach *Samtleben, J.*, *Handelsschiedsgerichtsbarkeit in Lateinamerika – Aktuelle Entwicklungen*, WM 43 (1989), 769–772; Art. 2 (g) der Resolution 283 für die Technologietransferverträge des ecuadorischen Industrie- und Handelsministeriums, zitiert nach *Naón, H.*, *Mandatory Provisions of Law Regarding Arbitration Agreements in Latin America*, in *Sanders, P.* (Hrsg.), *ICCA Congress Series No 4, IX International Arbitration Congress*, Tokyo 31. Mai–3. Juni 1988, S. 121–130 (121); *Guatemala*: Erdölgesetz Nr. 62–74 vom 28. Juni 1974 und Art. 168 der Regulations for the Exploration and Exploitation of Hydrocarbons vom 11. Januar 1978, zitiert nach *An, T.*, *JWTL* 21 (4) (1987), 9–145 (133); *Kolumbien*: Das maßgebende Dekret 1265 vom 10. Juli 1987 enthält keine ausdrücklichen Beschränkungen; siehe aber Art. 16 lit. (f), der Resolution CONITE 005-81-EFC/35 der National Commission for Foreign Investment and Technology vom 23. Oktober 1981, (Technologietransferverträge), Norm. Leg. 111, 405, aufrechterhalten durch Resolution 003-87-EF/35.05 vom 16. Juni 1987, Norm. Leg. 146, 404, der Schiedsklauseln ausschließt; *Kuba*: Art. 58 des Auslandsinvestitionsgesetzes Nr. 77 vom 5. September 1995, ILM 35 (1996), 331; siehe aber Art. 3 desselben Gesetzes, welcher die Entscheidung über die Festlegung der Höhe der Entschädigung des ausländischen Investors im Falle einer Enteignung einer unabhängigen Schiedsstelle zuweist; *Nikaragua*: Art. 14 des Gesetzes über ausländische Investitionen vom 26. Februar 1955; *Peru*: Gesetz vom 28. Oktober 1981, das Gerichts- und Schiedsklauseln bei Technologietransferverträgen zwischen Privatparteien ausschließt, zitiert nach *Naón, H.*, *ibid.*; *Venezuela*: das maßgebende Dekret 1200 vom 16. Juli 1986, ILM 26 (1987), 760 enthält keine Beschränkungen; siehe aber Art. 9 des Gesetzes über Hydrocarbons von 1967, zitiert nach *An, T.*, *ibid.* und Art. 9 des Dekrets 2189 vom 7. Juli 1977 (öffentliche Ausschreibungen), geändert durch Dekret 1802 vom 20. Januar 1983, die Schiedsklauseln ausschließen.

über Investitionen in den Staaten der Zentralafrikanischen Zoll- und Wirtschaftsunion“ (UDEAC) von 1965, die über ein Schattendasein kaum hinauskam, ist die *Entscheidung 24 vom 31. Dezember 1970 der Kommission des Andenpakts*, die in den Mitgliedern Bolivien, Chile¹¹⁶, Ecuador, Kolumbien, Peru und Venezuela verbindlich war, das einzige Abkommen, das in sechs verschiedenen Staaten mit gleichem Wort galt¹¹⁷. Nach Art. 51 des Andenstatuts von 1970 durften Investitions- und Technologietransferverträge keine Klauseln enthalten, durch die etwaige Konflikte der Zuständigkeit und den Gesetzen des Empfängerlandes entzogen wurden. Die Vereinbarung ausländischer Schiedsgerichte war danach in solchen Verträgen unzulässig¹¹⁸.

Im Zuge der Reform des Andenpaktes durch das Änderungsprotokoll von Quito vom 12. Mai 1987¹¹⁹ und den damit verbundenen Liberalisierungstendenzen wurde auch die *Entscheidung 24* aufgehoben. An ihre Stelle trat die *Entscheidung 220 vom 11. Mai 1987 über die gemeinsame Regelung der Behandlung des Auslandskapitals*, welche die frühere Regelung ersetzt hat. Art. 34 des Andenstatuts von 1987 bestimmte, daß die Beilegung von Konflikten aus Investitions- und Technologietransferverträgen der internen Gesetzgebung der Mitgliedstaaten überlassen blieb¹²⁰. Diese Regelung wurde wiederum durch die *Entscheidung 291 vom 21. März 1991* abge-

¹¹⁶ Später aus dem Andenpakt ausgetreten.

¹¹⁷ Decision No 24 vom 31. Dezember 1970, amended by Decision 37, vom 24. Juni 1971 und Decision 37-A vom 17. Juli 1971, ILM 11 (1972), 126; vgl. dazu: Alberti, U. M., Arbitration, Foreign Law and Jurisdiction in International Loan Agreements in Some Countries of Latin America, in Sanders, P. (Hrsg.), ICCA Congress Series No 4, IX International Congress, Tokyo 31 May–3 June 1988, S. 99–110 (109); Bouchez, L., JIntArb 8 (1) (1991), 81–115 (84); Leboulanger, P., Contrats entre Etats ..., S. 255; Murphy, E. J., The Andean Decisions on Foreign Investment: An International Matrix of National Law, IntL 24 (1990), 643–654; Naón, H., Arbitration in Latin America: Overcoming Traditional Hostility, 5 Arb. Int (2) (1989), 137–172 (140); Regli, J.-P., S. 38.

¹¹⁸ Art. 51 des Andenpakts lautete: „In no instrument relating to investment or the transfer of technology shall there be clause that remove possible conflicts of controversies from the national jurisdiction and competence of the recipient country or allow the subrogation by States to the rights and actions of their national investors“.

¹¹⁹ Änderungsprotokoll vom 12. Mai 1987 zum Abkommen von Cartagena von 1969.

¹²⁰ Art. 34 der Entscheidung 220 lautete: „For the settlement of disputes or conflicts deriving from foreign investments or from the transfer of technology, Member Countries shall apply the provisions established in their local legislation“, ILM 27 (1988), 986; die Zulässigkeit von Schiedsklauseln richtete sich also nach den jeweiligen nationalen Bestimmungen, die z.T. weiterhin die inländische Gerichtszuständigkeit zwingend vorschrieben; Nachweise bei Samtleben, J., WM 43 (1989), 769–772.

schaft¹²¹. Auch in dieser Entscheidung sind die Andenpakt-Mitgliedstaaten davon abgekommen, einheitliche Normen für Investitions- und Technologietransferverträge zu etablieren. Art. 2 des Andenstatuts von 1991 sieht lediglich den Grundsatz der Gleichbehandlung inländischer und ausländischer Investitionen vor. Die Vereinbarung von Schiedsklauseln für Investitions- und Technologietransferverträge ist daher zulässig, es sei denn, innerstaatliche Vorschriften bestimmen die Unterbreitung von Streitigkeiten aus solchen Verträgen unter die Gerichtsbarkeit nationaler Gerichte.

2. Die *Calvo*-Doktrin und das *WBÜ*

Manche Autoren behaupten, das Postulat der *Calvo*-Doktrin sei auch im *WBÜ* aufgegangen¹²². Der Verzicht des Art. 27 *WBÜ* auf die Geltendmachung des diplomatischen Schutzes sei mit der *Calvo*-Klausel vergleichbar. Die Regelung des Art. 27 *WBÜ* erziele für den Anlagestaat den gleichen Effekt wie eine *Calvo*-Klausel, weil dem Heimatstaat des Investors das Recht auf formelle Interventionen zugunsten des Investors genommen ist. Deshalb hätten die lateinamerikanischen Staaten umso mehr Grund, das *Weltbankübereinkommen* zu ratifizieren¹²³.

Bei dieser Argumentation geht allerdings ein Aspekt verloren, der für die lateinamerikanischen Staaten bereits während der Ausarbeitung des *WBÜ* von entscheidender Bedeutung war: Mit der *Calvo*-Klausel verzichtet der Investor gänzlich auf die Ansprüche, die ihm aufgrund des völkerrechtlichen Fremdenrechts zustünden¹²⁴. Er akzeptiert die Gleichbehandlung mit Inländern und den ausschließlichen Verweis auf den innerstaatlichen Instanzenzug. Darüber hinaus versucht der Anlagestaat mit der *Calvo*-Klausel zu verhindern, daß erstens der Ausländer besser gestellt ist als Inländer und zweitens, daß allfällige Konflikte auf internationaler Ebene ausgetragen werden¹²⁵. Das *WBÜ* will das Gegenteil: Streitigkeiten zwischen Anlagestaat und Investor sollen nicht nationalen Instanzen unterbreitet werden,

¹²¹ Andean Group: Commission Decision 291 – Common Code for the Treatment of Foreign Capital and on Trademarks, Patents, Licences and Royalties vom 21. März 1991, ILM 30 (1991), 1283.

¹²² *Oschmann, F.*, Investitionsschutzverträge in Lateinamerika, RIW 42 (1996), 494–496; Nachweise auch bei *Ott, R.*, S. 47.

¹²³ Siehe auch die „*Guidelines for the Treatment of Foreign Investment*“ der Weltbank aus dem Jahre 1992, ICSID Rev.-FILJ 7 (1992), S. 297: „*Nothing in these Guidelines therefore suggests that foreign investors should receive a privileged treatment denied to national investors in similar circumstances*“ „Guideline I.3, Satz 2.

¹²⁴ Zur Frage, ob der Verzicht den Heimatstaat binden könne, vgl. oben, unter § 2, Fn. 112.

¹²⁵ Vgl. dazu oben, unter § 2, Fn. 111.

sondern sie sind durch Einschaltung einer dritten Instanz in einem internationalisierten Verfahren beizulegen. Dem Ausländer wird durch den Staatsvertrag ein bestimmtes Verfahren garantiert, und es wird dabei – mangels anderer Abrede – nach Völkerrecht entschieden¹²⁶. Wegen dieser Entscheidungskompetenz „fremder Richter“ haben die südamerikanischen Staaten gegenüber dem *WBÜ* bis vor kurzem Zurückhaltung gezeigt¹²⁷.

3. Die heutige Haltung lateinamerikanischer Staaten gegenüber der schiedsgerichtlichen Streitbeilegung

Die *Calvo*-Doktrin ist mittlerweile selbst in Lateinamerika allmählich zum Anachronismus geworden¹²⁸. Die Rechtswirklichkeit wird von einer steigenden Verbesserung der rechtlichen Rahmenbedingungen für ausländische Investitionen bestimmt. Nach langjähriger Abstinenz schließen auch die lateinamerikanischen Staaten bilaterale Investitionsschutzverträge ab, die oft *ICSID*-Schiedsklauseln enthalten¹²⁹. Die meisten mittel- und südamerikanischen Staaten sind der *Inter-American Convention on International Commercial Arbitration*, (*Panama Convention*) vom 30. Januar 1975 beigetreten¹³⁰. Dasselbe gilt für die *Multilaterale Investitions-Garantie-Agentur (MIGA-Konvention)*¹³¹. Bis auf Brasilien haben alle südamerikani-

¹²⁶ Art. 42 Abs. 1 *WBÜ*; vgl. dazu oben, unter § 2, Fn. 48.

¹²⁷ „El No de Tokyo“, *Broches, A.*, RdC 136 (1972–II), 331–410 (348); in einer berühmt gewordenen Rede begründete 1964 der chilenische Gouverneur bei der Weltbank und dem *IWF* die Haltung der lateinamerikanischen Staaten: „*The foreign Investor (under ICSID), by virtue of the fact that he is a foreign, (is given) the right to sue a sovereign state outside its national territory, dispensing with the courts of law. This provision is contrary to the accepted legal principles of our countries, and, de facto would confer a privilege on the foreign investor, placing the nationals of the country concerned in a position of inferiority.*“ zitiert nach *Ott, R.*, S. 48.

¹²⁸ Zu den neuen liberalen Schiedsgesetzen lateinamerikanischer Staaten, vgl. unten, unter § 5, B. IV.; siehe auch Art. 229 des *kolumbianischen* Dekrets vom 2. Februar 1983; das *brasilianische* Gesetz 1518/12. Dezember 1951 und Dekret-Gesetz 1312/15. Dezember 1974; Art. 7 des *argentinischen* Gesetzes No 20548, die Schiedsklauseln bei internationalen Anleihen zulassen, zitiert nach *Naón, H.*, 5 Arb. Int (2) (1989), 137–172 (162 ff.).

¹²⁹ Vgl. ausführlich dazu unten, unter § 10, D. III. und IV.

¹³⁰ Der Konventionstext ist wiedergegeben in YCA III (1978), 15 ff. Die *Panama-Konvention* ist am 16. Juni 1976 in Kraft getreten. Ratifiziert haben sie bisher Argentinien, Bolivien, Brasilien, Chile, Costa Rica, die Dominikanische Republik, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Kolumbien, Mexiko, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru, Uruguay und Venezuela; vgl. dazu: *van den Berg, J.*, *The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975: Redundancy or Compatibility*, 5 Arb. Int (3) (1989), 214–229; *Layton, R.*, JIntArb 10 (2) (1993), 123–141 (126).

¹³¹ *MIGA-Konvention* vom 11. Oktober 1985, ILM 24 (1985), 1605 ff. = BGBl. 1987, II, 454; Übersicht zum Ratifikationsstand des Übereinkommens für lateiname-

schen Länder das *WBÜ* ratifiziert¹³². Am 1. Januar 1994 ist das *North American Free Trade Agreement (NAFTA)* zwischen Kanada, Mexiko und den USA in Kraft getreten¹³³.

Die Gründe für diesen Sinnenwandel sind wirtschaftlicher und politischer Natur: Die Mehrzahl der amtierenden Regierungen in lateinamerikanischen Staaten ist derzeit der Auffassung, daß eine zukunftssträchtige wirtschaftliche Fortentwicklung nur mit Hilfe ausländischen Kapitals zu erreichen ist. Inzwischen nähert sich darüber hinaus auch in Lateinamerika der Grundrechts- und Menschenrechtsschutz des Eigentums an die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts an. Ein aktuelles Beispiel ist die neue peruanische Verfassung von 1993, welche Enteignungen grundsätzlich an eine vorherige gesetzliche Regelung zur Entschädigung für den Wertausgleich bindet¹³⁴. In dieser Annäherung des grundrechtlichen Eigentumsstandards an die völkerrechtlichen Regeln für Fremde liegt eine Art Umkehrung der *Calvo*-Doktrin.

V. Die tatsächliche Bedeutung der Schiedsgerichtsbarkeit für Rohstoffkonzessionen

Trotz einer Tendenz zur Entinternationalisierung des Streitbeilegungsverfahrens, darf nicht übersehen werden, daß die gerichtliche Streitbeilegung im konzessionären Rechtsbereich nur noch die Ausnahme bildet. Die vorherrschende Methode ist jene der *ad-hoc* Schiedsgerichtsbarkeit, wobei zumindest in gleichem Maße wie jene in Richtung auf Zuständigmachung nationaler Instanzen eine analoge Tendenz in Richtung zur institutionellen Schiedsgerichtsbarkeit des *WBÜ* festgestellt werden kann¹³⁵.

rikanische Staaten im Fundstellennachweis, BGBl. 1998, II, Teil B: Stand 31. Dezember 1998, S. 597.

¹³² Stand 3. April 1998, YCA XXIII (1998), 1119ff.

¹³³ Der vollständige, mehr als 350 Seiten umfassende Text des Abkommens ist abgedruckt in ILM 32 (1993), 289–456, 605–799; näher dazu unten, unter § 11, D. II. 2.

¹³⁴ Art. 70 Abs. 1 der peruanischen Verfassung von 1993, zitiert nach *Herdegen, M.*, ZvgIRWiss 94 (1995), 341–352 (345).

¹³⁵ Zur Schiedsfähigkeit internationaler Währungsverträge und internationaler Anleihen siehe: *Adede, A. O.*, Legal Trends in International Lending and Investment in the Developing Countries, RdC 180 (1983–II), 9–168; *Ebenroth, C.-T./Dillon, T. J.*, Arbitration Clauses in International Financial Agreements – Circumventing the *Act of State Doctrine*, JIntArb 10 (2) (1993), 5–28; *Petersmann, H.-G.*, The Operation of the World Bank and the Evolution of its Institutional Functions since Bretton Woods (1944–1984), GYIL 26 (1983), 7–53; *Ruiz del Rio, O.*, Arbitration Clauses in International Loans, JIntArb 4 (3) (1987), 45–69; *Sandrock, O.*, Are Disputes Over the Application of Article VIII, Section 2 (b) of the IMF Treaty Arbitrable? IntL 23 (1989), 933–951; *ders.*, Is International Arbitration Inept to Solve Disputes

Jeder Konzessionsvertrag trifft in der einen oder anderen Form Vorkehrungen über die Erledigung von Streitigkeiten. Wenn schiedsgerichtliche Verfahren auch in der Praxis eher selten durchgeführt werden, so üben derartige Klauseln doch einen nicht zu unterschätzenden Erziehungseffekt aus, welcher die Parteien veranlaßt, den Streit vorzeitig, z. B. im Verhandlungswege, zu erledigen. Bei Streitigkeiten im Rahmen eines Konzessionsverhältnisses wird oft eine einvernehmliche Beilegung ohne Anrufung eines Schiedsgerichts vorgezogen¹³⁶. Auch aus Prestigegründen fällt es der staatlichen Seite schwer, Niederlagen in Schiedsverfahren hinzunehmen. Seit seiner Niederlage im *Aramco*-Verfahren¹³⁷ nimmt Saudi Arabien eine eher negativen Haltung gegenüber der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit ein¹³⁸.

Das Überwiegen einvernehmlicher Einigungen, die Häufigkeit von Neuverhandlungen und die Seltenheit von Schiedsverfahren hat zu der Auffassung geführt, die schiedsgerichtliche Streitbeilegung von Streitigkeiten habe an Bedeutung verloren und sie solle durch neue Methoden ersetzt werden¹³⁹. Ein Schiedsverfahren könne erst dann zur Beilegung eines Investitionskonflikts beitragen, wenn mindestens eine Partei das Interesse an der Erfüllung des Vertrages verloren habe. Solange der Investor an der Realerfüllung des Vertrages interessiert ist, müsse er mit dem Anlagestaat in Verhandlung bleiben und den Vertrag neu aushandeln¹⁴⁰.

Arising out of International Loan Agreements, JIntArb 11 (3) (1994), 33–60; Siebel, U.-R., Bemerkungen zum Thema Schiedsverfahren und Investitionsschutz bei internationalen Anleihen, in Festschrift für Ottoarndt Glossner 1994, S. 393–416.

¹³⁶ Cattani, H., The Law of Oil Concessions ..., S. 149.

¹³⁷ Vgl. dazu oben, unter § 1, Fn. 26.

¹³⁸ Am 25. Juni 1963 erging eine Entscheidung des Ministerrats, die es Regierungsstellen im Grundsatz verbot, sich der Gerichtsbarkeit ausländischer Stellen zu unterwerfen, abgedruckt in ILM 3 (1964), 45; vgl. dazu El-Kosheri, A., RdC 147 (1975–IV), 219–393 (370) und Regli, J.-P., S. 39. Dies war sicherlich eine Reaktion auf den *Aramco*-Schiedsspruch; vgl. Art. 54 des Abkommens zwischen Saudi Arabien und seiner Gesellschaft PETROMIN vom 21. Dezember 1967, Selected Documents, (§ 1, Fn. 48), Bd. 1, S. 207, der den *Board of Concessions Appeals* als Streitbeilegungsinstanz bestimmt. Allerdings wird auch noch weiter an der Schiedsgerichtspraxis festgehalten: so Art. 20 des AGIP-Vertrags vom 21. Dezember 1967, Selected Documents, (§ 1, Fn. 48), Bd. I, S. 207; ebenso enthält Art. 13 des PETROMIN-AUXIRAP-joint venture-Vertrages vom 4. April 1965 [berichtet bei Fischer, P., Die internationale Konzession, S. 436)] im Gegensatz zum Art. 63 des AUXIRAP-Vertrags (sogenannten *Rote-Meer*-Abkommen) gleichen Datums eine Schiedsklausel, sodaß, soweit ersichtlich, trotz des genannten Ministerratsbeschlusses kein grundlegender Wandel in der Streitbeilegungsmethode zu erkennen ist; vgl. auch das neue liberale Schiedsrecht in Saudi-Arabien, The Saudi Arabian Arbitration Regulation vom 27. Mai 1985, YCA XI (1986), 370.

¹³⁹ Zur Geeignetheit des Schiedsverfahrens für die Lösung von Streitigkeiten aus langfristigen Verträgen siehe unten, unter § 9, A. II. 4.

Diese Auffassung übersieht jedoch, daß bei Neuverhandlungen die Möglichkeit der Anrufung eines Schiedsgerichts eine ausschlaggebende Rolle spielt und vom einseitigen Vertragsbruch abschreckt. Die Seltenheit der Schiedsverfahren entspricht deshalb nicht der tatsächlichen Bedeutung des Bestehens einer Schiedsklausel. Die Drohung, bei einem offenen Vertragsbruch ein Schiedsgericht anrufen zu können, ist ein Verhandlungsargument von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Die Schiedsgerichtsbarkeit erweist sich somit als ein entscheidender Faktor für die Stabilität der internationalen Wirtschaftsbeziehungen auch im Konzessionsbereich¹⁴¹. Allerdings sind die Schiedssprüche trotz Schwierigkeiten bei der Vollstreckung wegen der Staatenimmunität im Ergebnis meist, zumindest teilweise, erfüllt worden¹⁴². Staaten, welche die Erfüllung von Schiedssprüchen verweigern, können schwer am internationalen Wirtschaftsverkehr teilnehmen. Auch Versicherungslösungen, wie die *MIGA*-Konvention der Weltbank, setzen voraus, daß im Regelfall gewisse Rechtsregeln eingehalten werden.

Die Befolgung von Schiedssprüchen und die Vermeidung von verschleppten Taktiken und Methoden, die darauf abzielen, Schiedsverfahren zu vereiteln, tragen zur Entstehung und Aufrechterhaltung eines Klimas größerer Sicherheit für Auslandinvestitionen bei, was letzten Endes auch für die Anlagestaaten von Nutzen ist. Diese werden im Moment vielleicht anderer Meinung sein. Es sieht im Augenblick vorteilhafter aus, ausländisches Eigentum ohne oder gegen einen ungenügenden Schadensersatz wegzunehmen statt eine angemessene, prompte und effektive Entschädigung zu zahlen. Dieser Vorteil ist in Wahrheit aber sehr kurzfristig, denn eine derartige Vorgangsweise wird andere Investoren abschrecken, deren das Land gewiß bald wieder bedürfen wird. Die Schaffung eines Klimas der Sicherheit für den ausländischen Investor ebenso wie für das Entwicklungsland liegt daher in ihrem gemeinsamen Interesse.

¹⁴⁰ Ott, R., S. 219.

¹⁴¹ So im *ICSID*-Schiedsspruch im Falle *Liberian Eastern Timber Corporation (Letco) v. The Republic of Liberia* vom 31. März 1986 und Korrigierung am 17. Juni 1986, ILM 26 (1987), 647 (662) = YCA XIII (1988), 35 = Clunet 115 (1988), 167: „... *LETCO's right to arbitrate is a guarantee that it will not have its long-term and costly investment arbitrarily rendered useless by the Government of Liberia. Inevitably such a provision is considered fundamental to the foreign investor and is likely to be a condition of the investment itself* ...“.

¹⁴² Vgl. dazu unten, unter § 4, B.

§ 3 Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen

A. Erscheinungsformen der Teilnahme des Staates am internationalen Handelsverkehr

Nach dem zweiten Weltkrieg hat die Praxis vieler Staaten, sich in direkter oder indirekter Form am internationalen Wirtschaftsverkehr zu beteiligen, erheblich zugenommen. Waren ursprünglich nur kommunistische Staaten in dieser Weise tätig, so sind es heute neben den Entwicklungsländern auch die westlichen Industriestaaten, die auf Staatenebene Handel treiben¹. Obgleich ein Staat als geborenes Völkerrechtssubjekt zum einen, als personalisierter Zurechnungspunkt nationalstaatlicher Normen zum anderen zunächst zur Vornahme internationaler Investitionen geradezu prädestiniert zu sein scheint, tritt der Souverän selbst nicht als internationaler Investor in Erscheinung sondern bedient sich bei solchen Betätigungen staatlich kontrollierter Institutionen des öffentlichen oder Privatrechts, für die sich trotz vieler Unterschiede im Detail international die Sammelbezeichnung *Staatsunternehmen* (*State Enterprises*) eingebürgert hat². Darunter sind rechtlich selbständige Wirtschaftseinheiten zu verstehen, die vom Staat zum Zwecke staatlicher Aufgabenwahrnehmung gegründet wurden und in der Regel gänzlich oder überwiegend in seinem Eigentum und unter seinem Einfluß und seiner Kontrolle stehen. Dabei ist das Staatseigentum, wie noch zu zeigen sein wird³, weder notwendiges noch hinreichendes Element.

¹ Böckstiegel, K.-H., in Lew, J. D. M. (ed.), *Contemporary Problems ...*, S. 40–49; Hirsch, M., S. 1; Seidl-Hohenveldern, I., *Neue Entwicklungen im Recht der Staatenimmunität*, in *Festschrift für Günther Beitzke* 1979, S. 1081–1110 (1983); Weil, P., *RdC* 128 (1969–III), 95–240 (102).

² Böckstiegel, K.-H., *Der Durchgriff auf den Staat bei Verträgen im internationalen Wirtschaftsverkehr*, *Völkerrecht, Recht der Internationalen Organisationen, Weltwirtschaftsrecht*, *Festschrift für Ignatz Seidl-Hohenveldern* 1988, S. 17–33; Fischer, P., *Staatsunternehmen im Völkerrecht*, in *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Heft 25 (1984), *Staatsunternehmen im Völkerrecht und im Internationalen Privatrecht*, S. 7–28; von Hoffmann, B., *Staatsunternehmen im Internationalen Privatrecht*, in *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, *ibid.*, S. 35–70; Nolting, E., *Hoheitliche Eingriffe als Force Majeure bei internationalen Wirtschaftsverträgen mit Staatsunternehmen?* *RIW* 34 (1988), 511–521.

³ Vgl. dazu unten, unter § 3, B. III. 2., Fn. 35 ff.

Werden in den Fällen einer solchen unmittelbaren staatlichen Vertragsbeteiligung die Verpflichtungen von Seiten des Staatsunternehmens nicht mehr ordnungsgemäß erfüllt, so erlangt für die privaten Gläubiger wie für die mit den Schadensersatz befaßten (Schieds-) Gerichte die Frage der gleichen oder separaten Rechtspersönlichkeit dieser Staatsbetriebe und ihres Staates eine zentrale Bedeutung. Ausgangspunkt für die Beurteilung dieser Frage muß sicherlich die Rechtsordnung des Staates sein, dem das vertrags-schließende Staatsunternehmen angehört⁴. Denn als Ausfluß seiner Souveränität ist jeder Staat ohne weiteres berechtigt, für die Wahrnehmung bestimmter – aus seiner Sicht – staatlicher Aufgaben Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit zu gründen. Die Achtung der Souveränität des ausländischen Staates gebietet es, die dem Willen dieses Staates entsprechende rechtliche Verselbständigung seiner Staatsunternehmen auch dann zu respektieren, wenn diese Unternehmen in privatwirtschaftliche Rechtsbeziehungen zu einem inländischen Unternehmen treten⁵.

Fraglich kann demnach nur sein, ob die dem ausländischen Staatsunternehmen von seinem Staat verliehene Rechtspersönlichkeit in einem inländischen Verfahren ausnahmslos und uneingeschränkt beachtet werden muß oder ob die (Schieds-) Richter nicht wenigstens im Einzelfall aus übergeordneten Gesichtspunkten den Schleier dieser besonderen Rechtspersönlichkeit durchstoßen und das Staatsunternehmen mit dem dahinter stehenden Staat gleichsetzen dürfen⁶. Zulässigkeit und Grenzen eines solchen „*funktionellen Durchgriffs*“⁷ auf den Staat bei Verträgen zwischen inländischen

⁴ Enderlein, F., Zur rechtlichen Selbständigkeit sozialistischer staatlicher Unternehmen in den internationalen Wirtschaftsbeziehungen, RIW 34 (1988), 333–336; Fox, H., Sovereign Immunity and Arbitration, in Lew, J. D. M. (ed.), Contemporary Problems ..., S. 323–331 (326); Hermann, A. H., Disputes between States and Foreign Companies, in Lew, J. D. M. (ed.), ibid., S. 250–263 (256); Hobér, K., Enforcing Foreign Arbitral Awards Against Russian Entities, 10 Arb. Int (1) (1994), 17–51 (41); Khadjavi-Gontard, B./Hausmann, R., Zurechenbarkeit von Hoheitsakten und subsidiäre Staatshaftung bei Verträgen mit ausländischen Staatsunternehmen, RIW 26 (1980), 533–544 (533); Mann, F.-A., Staatsunternehmen in internationalen Handelsbeziehungen, RIW 33 (1987), 186–193 (187, 189).

⁵ Böckstiegel, K.-H., Der Staat ..., S. 55 ff. m.w.Nach. Dies gilt ohne Rücksicht darauf, ob der Staat für seine Staatsbetriebe die Rechtsform einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft oder einer juristischen Person des Privatrechts (z. B. einer Aktiengesellschaft) gewählt hat.

⁶ Vgl. dazu First National City v. Banco Para El Comercio Exterior de Cuba, 462 U.S. 611, 634 (1983). Das Gericht erklärte, bei Forderungen gegen den Staat selbst sei die gesonderte Rechtspersönlichkeit eines Staatsunternehmens zwar grundsätzlich zu respektieren, doch gelte dies nicht, wenn die Regierung durch die bloße Schaffung juristischer Personen in die Lage versetzt würde, sich völkerrechtlichen Verpflichtungen zu entziehen.

⁷ So treffend bezeichnet von Böckstiegel, K.-H., Der Staat ..., S. 61; ders., in Arbitration and State Enterprises, S. 42.

Privat- und ausländischen Staatsunternehmen sollen im folgenden für zwei Rechtsfragen näher untersucht werden, die in fast allen diesen Verträgen im Mittelpunkt des Interesses stehen: (1) Inwieweit sich staatliche Unternehmen hoheitliche Eingriffe des eigenen Staates zurechnen lassen müssen (B. III. 1. und 2.); und (2) unter welchen Voraussetzungen eine subsidiäre Haftung des Staates für die Verbindlichkeit seiner Staatsbetriebe in Betracht kommt (B. III. 3. und 4.).

B. Staatliche Eingriffe bei Verträgen mit ausländischen Staatsunternehmen und *force majeure*

I. Problemstellung

Die Qualifikation eines staatlichen Hoheitsaktes als *force majeure* bereitet in der Regel dann keine sonderlichen Schwierigkeiten, wenn ein Staat – z.B. durch Export- oder Importbeschränkungen – in Verträge zwischen Privatpersonen eingreift. Da die private Partei im Normalfall keinerlei Einfluß auf die staatliche Außenhandelspolitik nehmen kann, bedeutet das staatliche Export- oder Importverbot für sie ein von außen kommendes, unvermeidbares und unüberwindliches Leistungshindernis, welches den Einwand der *force majeure* rechtfertigt⁸. Eine grundsätzlich andere Beurteilung ist hingegen dann geboten, wenn der Staat selbst als Partei an dem Vertrag beteiligt ist. Begibt sich der Staat auf die Ebene der privatrechtlichen Gleichordnung, so kann ihm nicht gestattet sein, sich seinen vertraglichen Verpflichtungen gegenüber der privaten Partei dadurch zu entziehen, daß er für den Eingriff in den Vertrag die rechtliche Form des Hoheitsaktes wählt⁹.

In aller Regel tritt freilich der Staat nicht als unmittelbarer Vertragspartner internationaler Lieferverträge auf, sondern zieht hierfür aus Gründen wirtschaftlicher Zweckmäßigkeit die Form der mittelbaren Rechtsbeziehung über eine separate juristische Person vor. Damit stellt sich aber die Frage, ob der Staat allein durch die Wahl dieser Rechtsform aus der Verantwortung für das Schicksal des von seiner vorgeschobenen juristischen Person

⁸ §§ 275 BGB; zur Rechtslage im englischen („*frustration of contract*“) und französischen (Art. 1147, 1148 fr. c.c.) Vertragsrecht siehe Khadjavi-Gontard, B./Hausmann, R., RIW 26 (1980), 533–544 (534) vgl. dazu auch Mayer, P., La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat, Clunet 113 (1986–I), 5–78 (63, 74); Paulsson, J., La *lex mercatoria* dans l'arbitrage CCI, Rev. arb 1990, 55–100 (86).

⁹ Lord Denning hat dies bildlich bezeichnet: „*A State and its emanations cannot come and go on to the public scene as it pleased like the Cheshire cat in Alice in Wonderland*“, in *Trendtex Trading Corporation v. Bank of Nigeria* [1977] 1 QB 529, S. 559; vgl. auch Seidl-Hohenveldern, I., in Festschrift für Beitzke, S. 1081–1110 (1091).

geschlossenen Vertrages entlassen wird oder ob es nicht unter gewissen Voraussetzungen gerechtfertigt ist, auch dem Staatsunternehmen – trotz seiner formal rechtlichen Verselbständigung – die hoheitlichen Eingriffe anderer Staatsorgane im Wege eines funktionellen Durchgriffs zuzurechnen¹⁰.

II. Die bisherige Behandlung der Problematik im Ost-West-Handel

Die Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen ein staatliches Unternehmen höhere Gewalt geltend machen kann, wenn hoheitliche Eingriffe anderer Organe des gleichen Staates die Vertragserfüllung behindern oder gänzlich unmöglich machen, hat in der Vergangenheit insbesondere im Handel zwischen westlichen Exportfirmen und Außenhandelsorganisationen der im *COMECON* zusammengeschlossenen östlichen Staatshandelsländer eine wichtige Rolle gespielt.

1. Der Fall *Jordan Investments Ltd. v. Sojuznefteksport*

Entzündet hat sich die Diskussion insbesondere an der berühmten Entscheidung der sowjetischen Außenhandelsschiedskommission aus dem Jahre 1958 über das Verbot von Ölexporten nach Israel im Fall *Jordan Investments* gegen *Sojuznefteksport*¹¹. Das sowjetische Ölexportunternehmen *Sojuznefteksport* hatte im Jahre 1956 mit der Klägerin einen Vertrag über Öllieferungen nach Israel geschlossen. Nach Ausbruch des Sinaikonflikts verhängte die Sowjetunion einen Boykott gegen Israel und untersagte seinem Unternehmen die weitere Durchführung des Vertrags. *Sojuzneftek-*

¹⁰ Böckstiegel, K.-H., in NJW 28 (1975), 1577–1582 (1580); ders., Die Bestimmung des anwendbaren Rechts in der Praxis internationaler Schiedsgerichtsverfahren, in Festschrift für Günther Beitzke 1979, S. 443–458 (454); ders., in Arbitration and State Enterprises, S. 35; David, N., Clunet 113 (1986), 79–107 (89); Hermann, A. H., in Lew, J. D. M. (ed.), Contemporary Problems ..., S. 250–263 (258); Hobér, K., 10 Arb. Int (1) (1994), 17–51 (39); von Hoffmann, B., in Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, S. 35–70 (66); Lalive, P., Arbitration with Foreign States or State-Controlled Entities: Some Particular Questions, in Lew, J. D. M. (ed.), Contemporary Problems ..., S. 289–296 (294); Mann, F.-A., RIW 33 (1987), 186–193 (188); Nolting, E., RIW 34 (1988), 511–521 (512); Rubino-Sammartano, M., International Arbitration Law 1989, S. 170.

¹¹ Der Schiedsspruch ist in der englischen Übersetzung abgedruckt in RabelsZ 24 (1959), 540ff. sowie in ICLQ 8 (1959), 416ff. und AJIL 53 (1959), 800ff.; vgl. dazu Böckstiegel, K.-H., in Festschrift für Beitzke S. 443–458 (454); ders., Arbitration and State enterprises, S. 35; Khadjavi-Gontard, B./Hausmann, R., RIW 26 (1980), 533–544 (534); Mann, F.-A., RIW 33 (1987), 186–193 (190); Nolting, E., RIW 34 (1988), 511–521 (512).

sport stellte daraufhin die verbotenen Lieferungen ein und berief sich der Klägerin gegenüber auf höhere Gewalt, die es von seinen Lieferverpflichtungen befreie.

Die Schadensersatzklage der Käufer wurde vom Moskauer Außenhandelsgericht mit der Begründung abgewiesen, der Boykott mache die Erfüllung unmöglich. Der rechtliche Status der Beklagten stehe einer Berufung auf die staatlichen Anordnungen nicht entgegen. Denn nach Art. 19 des Zivilgesetzbuches der RSFSR¹² sei *Sojuznefteksport* als eine gegenüber dem Staat selbständige juristische Person ausgestaltet, die zwar an die Weisungen des Außenhandelsministeriums gebunden sei, im übrigen ihre Geschäfte jedoch auf eigene Rechnung und mit eigenem Entscheidungsspielraum führe. Für eine Identifizierung der Beklagte mit der sowjetischen Regierung fehle daher jede Grundlage.

2. Der Fall *Czarnikow Ltd. v. Rolimpex*

Noch größere Bedeutung erlangten die *Rolimpex*-Fälle¹³, da sie zu höchststrichterlichen Entscheidungen westlicher Gerichte zur Frage des funktionellen Durchgriffs auf den Staat führten. Zuckerexporte von Polen nach

¹² Art. 19 ZGB hatte in der damals geltenden Fassung folgenden Inhalt: „*State enterprises and combinations thereof which are conducted on a basis of economic accountability and not financed on the state budget carry on trade as independent legal persons not connected with the state treasury. They shall be liable for their debts only to the extent of property which is at their free disposal and not exempt from commerce under articles 21 and 22*“; zum heute geltenden Recht vgl. *Boguslawskij, M.*, Das internationale Privatrecht in der UdSSR. Neue Tendenzen seiner Entwicklung unter dem Gesichtspunkt der Umgestaltung der außenwirtschaftlichen Tätigkeit, RIW 34 (1988), 161–166; *Hobér, K.*, 10 Arb. Int (1) (1994), 17–51 (20ff.); *Razumov, K.*, The Law Governing the Capacity to Arbitrate, in *van den Berg, A.* (Hrsg.), ICCA Congress Series No 7. Planning Efficient Arbitration Proceedings. The Law Applicable in International Arbitration, ICCA XIIth International Arbitration Congress, Vienna 3–6 November 1994, S. 260–267 (266); siehe auch Art. 18 amended Decree on the Procedure for the Creation and Activities of Joint-Enterprises vom 13. Januar 1987 i. d. F. vom 17. März 1988 und 6. Mai 1989, ILM 29 (1990), 262; für die Rechtslage in China vgl. *Heuser, R.*, Die Schiedsgerichtsbarkeit im Wirtschaftsverkehr mit der Volksrepublik China, RIW 25 (1979), 440–447.

¹³ Court of Appeal, Entscheidung vom 26. Mai 1977 [1978] 1 All E.R. 81 = Lloyd's Rep. 1977 II, S. 201; House of Lords, Entscheidung vom 6. Juli 1978 [1978] 2 All E.R. 1043 = Lloyd's Rep. 1978 II, S. 305 ff. = [1979] AC 351; zu den Urteilen siehe *Böckstiegel, K.-H.*, in Festschrift für Seidl-Hohenveldern, S. 17–33 (24); *Hermann, A. H.*, in *Lew, J. D. M.* (ed.), Contemporary Problems ..., S. 250–263 (252); *von Hoffmann, B.*, in Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, S. 35–70 (62); *Khadjavi-Gontard, B./Hausmann, R.*, RIW 26 (1980), 533–544 (536); *Mann, F.-A.*, RIW 33 (1987), 186–193 (191); *Nolting, E.*, RIW 24 (1988), 511–521 (512); *Paulsson, J.*, Rev. arb 1990, 55–100 (85); *Wengler, W.*,

England waren Gegenstand der 1974 zwischen der polnischen Außenhandelsorganisation *Rolimpex* und *Czarnikow* geschlossenen Verträge. Als eine Mißernte die Eigenversorgung Polens mit Zucker gefährdete, stoppte die polnische Regierung alle Exporte polnischen Zuckers und verbot auch *Rolimpex* die Auslieferung. Dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung hielt *Rolimpex* entgegen, ihr sei die Vertragserfüllung durch höhere Gewalt, das staatliche Verbot, unmöglich geworden und sie sei daher entsprechend der in den Verträgen vereinbarten *force majeure* Klausel von den Vertragspflichten freigeworden¹⁴.

Sämtliche Richter des *Court of Appeal* wie auch des *House of Lords* waren im Ergebnis einig, daß die Beklagte nach den von den Schiedsrichtern getroffenen Feststellungen zum polnischen Recht nicht als Teil der polnischen Regierung angesehen werden könne. Demzufolge komme es im vorliegenden Fall nicht auf die Gründe an, welche die polnische Regierung zum Erlaß des Exportverbotes bewegt hätten¹⁵. In allen Instanzen stellten die englischen Richter dabei entscheidend darauf ab, daß die Beklagte nach polnischem Recht als selbständige juristische Person ausgestaltet sei und in dem durch den nationalen Wirtschaftsplan und die Festlegungen des Außenhandelsministeriums gezogenen Rahmen ihre Geschäftsfähigkeit eigenverantwortlich führe. Daher könne sie sich erfolgreich auf Leistungsbefreiung wegen höherer Gewalt berufen. Eine derartige Schlußfolgerung wäre unmöglich gewesen, hätten die Tatsachenfeststellungen der Richter *Rolimpex* als ein Staatsorgan bezeichnet.

Nouveaux aspects de la problématique des contrats entre états et personnes privées, RBDI 14 (1978/1979), 415–424 (418).

¹⁴ Den Verträgen lagen die Regeln der „*London Refined Sugar Organisation*“ (sog. *London Rules*) zugrunde. Diese Regeln enthalten als Rule 18 eine *force majeure* Klausel, derzufolge auch hoheitliche Eingriffe, die nicht in den Einflußbereich des Verkäufers fallen, eine Haftungsbefreiung bewirken.

¹⁵ *Lord Denning* in der Court of Appeal-Entscheidung Lloyd's Rep. 1977 II, S. 215; ihm folgend *Lord Wilberforce* in der House of Lords-Entscheidung [1979] AC 364; mit den Urteilen übereinstimmend: Urteil des Arbitration Court of the Polish Chamber of Commerce vom 11. Februar 1958, YCA VI (1981), 147; Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria [1977] QB 529, 559; I Congreso del Patrido [1983] AC 244, 258 (*Lord Wilberforce*); Empresa Exportadora de Azúcar v. Industria Azucarera Nacional SA [1983] 2 Lloyd's Rep. 171 (Playa Larga-Fall); a.A. Arrêts Gérard c. Cie Air France et Cie Air France c. Trémoulet, Cass. Franç. 15. April 1970, Dalloz 1971, S. 107; ICC-Schiedssprüche No. 3093/3100 (1979), YCA VII (1982), 87.

3. Die Lehre Böckstiegels vom „funktionellen Durchgriff kraft Einflußsphäre“

Während somit die (Schieds-) Gerichte in Ost und West die rein formalrechtliche Verselbständigung eines Staatsunternehmens für ausreichend erachtet haben, um eine Zurechenbarkeit von hoheitlichen Eingriffen des hinter dem Unternehmen stehenden Staates in Verträgen mit privaten Partnern auszuschließen, ist in der Lehre vor allem Böckstiegel¹⁶ für eine funktionelle Betrachtungsweise dieser Frage eingetreten.

Seiner Ansicht nach muß grundlegender Ausgangspunkt für eine Lösung sein, daß die staatliche Partei im Vergleich zur privaten Partei weder privilegiert noch diskriminiert werde. Allein der Umstand, daß ein Staat sich dafür entscheidet, ein Staatsmonopol für den Außenhandel einzuführen, rechtfertige nicht die Folgerung, daß alle Staatsakte den nunmehr staatlichen Außenhandelsunternehmen zuzurechnen wären und in keinem Fall als höhere Gewalt anerkannt werden könnten. Andererseits könne aber auch nicht jeder Staatsakt schon allein deshalb den Einwand der höheren Gewalt begründen, weil er von einem anderen Staatsorgan als dem vertragsschließenden Außenhandelsunternehmen erlassen worden sei, denn sonst könnte sich in einer zentral geplanten Staatswirtschaft der staatliche Vertragspartner jederzeit einen Fall höherer Gewalt „besorgen“, wenn ihm aus irgendeinem Grunde die Erfüllung des eingegangenen Vertrages nicht mehr wünschenswert erscheine.

Mit seiner Lehre vom „funktionellen Durchgriff“ hat Böckstiegel versucht, anhand materieller Kriterien anstelle der auf die Rechtsform abstellende Betrachtungsweise zu sachgerechten Lösungen zu gelangen, welche der Mißbrauchsgefahr einerseits und dem Diskriminierungsverbot andererseits Rechnung tragen. Wenn das Diskriminierungsverbot es untersage, die Rechtssphären von Staat und Staatsunternehmen unterschiedslos zu identifizieren, komme es auf den Einzelfall und die konkret zu entscheidende Rechtsfrage an, ob das Staatsunternehmen als mit dem Staat identisch, oder, wie jedes andere Privatunternehmen, von ihm verschieden anzusehen sei¹⁷.

Die enge Interessengemeinschaft und die sich daraus ergebende Mißbrauchsgefahr in Rechnung stellend, konstatiert er dabei jedoch eine größere gegenseitige Zurechenbarkeit der verschiedenen Formen staatlicher Tätigkeit. Wenn der Staat die Rechtsform für die Erfüllung seiner Aufgaben

¹⁶ Böckstiegel, K.-H., Der Staat ..., S. 70; ders., NJW 28 (1975), 1577–1582 (1580); ders., Arbitration and State Enterprises, S. 42.

¹⁷ Böckstiegel, K.-H., Der Staat ..., S. 26, 61 ff.

weitgehend frei bestimmen könne, ergebe sich die größere Zurechenbarkeit als Kehrseite dieser ausgedehnten Austauschbarkeit:

„Soweit ein Staat die Form der mittelbaren Rechtsbeziehung über eine separate juristische Person gewählt hat, muß er sich unter Umständen trotzdem Akte, für welche er eine andere Rechtsform, nämlich die des Verwaltungs- oder Gesetzgebungsaktes gewählt hat, zurechnen lassen“¹⁸.

Mit Hilfe des Kriteriums der Gleichbehandlung staatlicher und privater Unternehmen in bezug auf hoheitliche Maßnahmen gelangt er dann zu folgendem Ergebnis: Solche Maßnahmen, die bei Beteiligung privater Unternehmen nicht erlassen worden wären, die ihren Grund also ausschließlich in der Eigenschaft des Staates als Eigentümer und der Verflechtung mit dem unternehmerischen Interesse haben, sollen dem Staatsunternehmen zuzurechnen sein. Im übrigen, wenn die staatliche Maßnahme allgemeinerpolitisch veranlaßt ist, soll dagegen eine Zurechnung nicht stattfinden¹⁹.

4. Das Schiedsgerichtsurteil *Krupp-Koppers v. Kopex*

Diese Lehre hat durch einen am 9. September 1983 ergangenen²⁰ und von den schweizerischen Gerichten bestätigten²¹ Schiedsspruch Eingang in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit gefunden. Das schweizerische Schiedsgericht entschied in einem Rechtsstreit anläßlich eines staatlichen Importverbotes, daß ein von diesem Eingriff betroffenes staatliches Unternehmen sich nicht allein wegen seiner vom Staat verschiedenen eigenen Rechtspersönlichkeit gegenüber seinem ausländischen Vertragspartner auf höhere Gewalt berufen könne, sondern daß der Grundsatz von Treu und Glauben im Einzelfall erfordere, dem Staatsunternehmen diese staatliche Maßnahme zuzurechnen²².

¹⁸ Böckstiegel, K.-H., Der Staat ... ibid. S. 71.

¹⁹ Dies erklärte Böckstiegel zwar nicht explizit, es wird aber in seinen Ausführungen zur Beweislast vorausgesetzt, vgl. Der Staat ..., S. 74; ders., NJW 28 (1975), 1577–1582 (1581); ders., Arbitration and State Enterprises, S. 46.

²⁰ Schiedsgerichtsentscheid Krupp-Koppers v. Kopex vom 9. September 1983; Abdruck der deutschen Originalfassung in Rechtsinformationen der Bundesstelle für Außenhandelsinformation 1987; englische Übersetzung in YCA XII (1987), 63 ff.

²¹ Obergericht des Kantons Zürich, III. Zivilkammer, Beschluß vom 16. Februar 1984 (335/83).

²² Schiedsspruch berichtet bei Böckstiegel, K.-H., in Festschrift für Seidl-Hohenveldern, S. 17–33 (25 ff.); Nolting, E., RIW 34 (1988), 511–521 (513 ff.); Paulsson, J., Rev. arb 1990, 55–100 (87).

a) Sachverhalt

Im Streitverfahren standen sich die zum *Krupp-Koppers*-Konzern gehörenden *Krupp-Koppers GmbH* und das polnische Außenhandelsunternehmen *Kopex* gegenüber. Die beiden Parteien schlossen 1980 einen Vertrag über eine Anlage zur Erzeugung von Heizgas aus Kohle in der Volksrepublik Polen. Der Vertrag wurde in einer Rechtswahlklausel schweizerischem Recht unterstellt. Nachdem *Krupp-Koppers* die im Vertrag auszuliefernden Ausrüstungen weitgehend hergestellt hatte, erließ der polnische Ministerrat am 21. Dezember 1981 ein Einfuhrverbot hinsichtlich der Investitionsgüter für mehrere Projekte, darunter für das Projekt dieses Vertrages.

Kopex machte das Einfuhrverbot als *force majeure* geltend und verweigerte die weitere Erfüllung des Vertrages. Das dann angerufene Schiedsgericht tagte in Zürich und bestand aus zwei Schweizern und einem Polen²³. Das in unserem Zusammenhang bedeutsame Schiedsspruch erging als Teilentscheid beschränkt auf die Frage, ob die von der Beklagten geltend gemachten Umstände als höhere Gewalt einzustufen seien oder nicht. Diese Frage wurde vom Schiedsgericht in einem außerordentlich ausführlichen Schiedsspruch von 94 Seiten verneint. Trotz der organisatorischen Trennung von Staat und Staatsunternehmen müsse nach Ansicht des Gerichtes sich letzteres solche staatlichen Maßnahmen zurechnen lassen, welche der Staat auf Grund seiner engen Beziehung zu seinem Unternehmen in dessen alleinigen Interesse erlasse. Berufe sich das Staatsunternehmen in solchen Fällen auf seine rechtliche Selbständigkeit zur Begründung höherer Gewalt, sei dies rechtsmißbräuchlich²⁴.

b) Die Erkenntnisse des Schiedsgerichts

Das Schiedsgericht geht bei seiner Lösung der Durchgriffsfrage, für die es nach dem Vertragsstatut Schweizer Recht für anwendbar hält, von der Anerkennung der Trennung von Staat und Staatsunternehmen und der grundsätzlichen getrennten Zurechnung ihres jeweiligen Verhaltens aus. Er erkennt aber Ausnahmen nach der im schweizerischen Recht geltenden Durchgriffstheorie an, wonach die formale Trennung zweier Personen für unbeachtlich zu erklären bzw. die Handlungen einer weisungsberechtigten Person der unterstellten Person zuzurechnen seien, wenn die Getrenntheit im Einzelfall rechtsmißbräuchlich verwendet werde²⁵. Als weiteres Zurechnungskriterium kommt nach Ansicht des Schiedsgerichts darüber hinaus die

²³ *Vieli* (Vorsitzender), *Kraft, Jenger*.

²⁴ S. 60 des Schiedsspruchs, in YCA XII (1987), S. 74.

²⁵ S. 51 des Schiedsspruchs, in YCA XII (1987), S. 72.

im Schweizer Recht zu findende Konstruktion der funktionellen/faktischen Organschaft in Betracht. Sie bilde einen Zurechnungsgrund immer dann, wenn die als faktisches Organ handelnde Person tatsächlich weisende und willensbildende Funktionen innehave²⁶.

Nach diesen Erörterungen zum Durchgriff allgemein und zur funktionellen/faktischen Organschaft stellt sich für das Schiedsgericht die Frage, mit welchen Konsequenzen die Gedanken des Durchgriffs und der faktischen Organschaft im Bereich staatlicher Unternehmen sozialistischer Staaten anwendbar sind²⁷. Dazu erkennt das Schiedsgericht als Grundsatz an, daß das staatliche Unternehmen aufgrund seiner besonderen Rechtsstellung gegenüber dem privatrechtlich organisierten Vertragspartner weder Vorteile noch Nachteile haben soll. Auszugehen sei deshalb bei sozialistischen Staatsunternehmen von einem Verhältnis zum Staate „*welches etwa dem Verhältnis der Treuhand in westlichen Staaten oder dem Verhältnis des Alleinaktionärs zur beherrschenden Gesellschaft entspricht*“²⁸. Entscheidend müsse die Art des Staatsaktes und das mit dem Staatsakt verfolgte Ziel sein. Unmaßgeblich sei, ob das gleiche staatliche Organ, welches gegenüber dem Unternehmen weisungsberechtigt sei, oder eine übergeordnete oder parallelordnete Instanz den eingreifenden Erlaß verhängt habe.

Als Konsequenz formuliert das Urteil:

„Ist ein Unternehmen in die staatliche Wirtschaftsplanung eingebettet und schließt es Verträge im Rahmen der staatlichen Wirtschaftsplanung ab, so können aus diesen Gründen Planänderungen, welche in die abgeschlossenen Verträge eingreifen, vom Unternehmen nicht als höhere Gewalt geltend gemacht werden. Erläßt dagegen ein sozialistischer Staat aus anderen Gründen einen generellen Erlaß, der ein privatrechtlich organisiertes Unternehmen genauso treffen würde wie ein staatliches Unternehmen und dessen Auswirkungen nicht auf die spezifische Natur der Staatsunternehmen als abhängige Unternehmen zurückgehen, so steht nichts der Anrufung der höheren Gewalt entgegen“²⁹.

c) Zusammenfassung

Zusammenfassend müssen bei der Beurteilung staatlicher Erlasse folgende Grundsätze gelten: Die Berufung auf höhere Gewalt kommt nicht in Betracht, soweit ein staatlicher Akt ein Wirtschaftsplanungsakt ist. Das gilt besonders dann, wenn es sich um einen Einzelfallerlaß handelt, der einen oder mehrere spezifische Verträge trifft. Vorbehalten bleibt die Möglichkeit zu zeigen, daß der staatliche Akt seinerseits auf Umstände zurückgeht, die

²⁶ S. 54 des Schiedsspruchs, in YCA XII (1987), S. 72.

²⁷ S. 55 des Schiedsspruchs, in YCA XII (1987), S. 73.

²⁸ S. 57 des Schiedsspruchs, in YCA XII (1987), S. 73.

²⁹ S. 60 des Schiedsspruchs, in YCA XII (1987), S. 74.

einen Fall von höherer Gewalt im Sinne des betreffenden Vertrages bilden und adäquat kausal für das Leistungshindernis sind. Hat ein Gesetz generellen Charakter und beruht es auf allgemeinen Erwägungen, die ein nicht-staatliches Unternehmen in gleicher Weise treffen würden, so kann sich die staatliche Partei auf die höhere Gewalt berufen. Weist das Privatunternehmen (z.B. durch Protokolle des Parlaments oder Regierungsbotschaften) nach, daß im betreffenden Gesetz das besondere Interesse des Staates an der von ihm vorgeschobenen und vom Gesetz betroffenen juristischen Person bzw. ein rein wirtschaftlich/finanzielles Interesse eine Rolle gespielt hat, dann ist die Berufung auf höhere Gewalt ausgeschlossen.

III. Eigene Stellungnahme

1. Der Grundsatz

Der Rechtsauffassung des „*funktionellen Durchgriffs*“ ist beizutreten. Mit der wohl einhelligen Ansicht in der Literatur³⁰ ist davon auszugehen, daß der Grundsatz der Gleichbehandlung sowie die Achtung der staatlichen Souveränität prinzipiell die Anerkennung der formalen Trennung von Staat und Staatsunternehmen gebieten³¹. Der Staat hat anders als das mit einer konkreten Aufgabe betraute Staatsunternehmen vielfältige Aufgaben wahrzunehmen. Er hat dabei in den seltensten Fällen gerade die speziellen Interessen des Einzelunternehmens im Auge. Die Mißachtung der organisatorischen Trennung würde zu einer Benachteiligung des Staatsunternehmens im Privatrechtsverkehr führen, das sich anders als alle anderen Privatrechtssubjekte nicht auf solche hoheitlichen Maßnahmen berufen könnte, welche der Souverän ohne Beachtung der Unternehmensinteressen aus übergeordneten Belangen erlassen hat und welche das Staatsunternehmen mithin ebenso wie jede andere Privatperson treffen.

³⁰ Vgl. dazu oben, unter § 3, Fn. 4.

³¹ Selbst die Kritiker der *Sojuznefteksport*-Entscheidung urteilten hinsichtlich des Arguments der Klägerin zur behaupteten Identität des beklagten Außenhandelsunternehmens mit dem sowjetischen Staat, die eine Qualifikation des staatlichen Exportverbotes als *force majeure* verbiete, zurückhaltender. So berücksichtigte nach Meinung von *Domke* [The Israeli Soviet Oil Arbitration, AJIL 53 (1959), 787–806 (796)] der Hinweis des Schiedsgerichts auf die eigene Rechtspersönlichkeit der Beklagten nach Art. 19 ZGB RSFSR nicht hinreichend, daß die Beklagte wegen des staatlichen Außenhandelsmonopols und der umfassenden Überwachung ihrer Tätigkeit durch das Außenhandelsministerium faktisch doch vom Staat sehr stark abhängig sei. Dennoch lehnte es *Domke* ab, das im *common law* entwickelte Rechtsinstitut des Durchgriffs bei juristischen Personen (*piercing the veil*) auf Fälle der vorliegenden Art zu übertragen. Ein solches Vorgehen sei angesichts des unzweideutig geäußerten Willens des sowjetischen Staates, seine Außenhandelsorganisation mit eigener Rechts- und Parteifähigkeit auszustatten, nicht zulässig.

Dies illustriert die *Sojuznefteksport*-Entscheidung: Infolge der um den Suezkanal 1956 entstandenen Feindseligkeiten zwischen der UdSSR und Israel verweigerte das sowjetische Ministerium für Außenhandel den Export militärisch wichtiger Güter in das Kriesengebiet; dies hätte es gegenüber Privatunternehmen ebenso getan, welche sich dann ohne weiteres auf *force majeure* hätten berufen können³².

2. Aufsicht und Weisungsbefugnis als Anwendungsvoraussetzung des Durchgriffs

Die bei bestimmten Konstellationen erkannte Mißbrauchsgefahr macht jedoch für diesen Grundsatz ein Korrektiv erforderlich. Hinsichtlich staatlicher Maßnahmen besteht diese Gefahr immer dann, wenn ein Wirtschaftssubjekt vom Staat für seine Ziele eingesetzt wird, ihm zu deren Wahrnehmung dient, so daß er damit unmittelbar am Ergebnis wirtschaftlich und vor allem politisch partizipiert. Diese indirekte Beteiligung des Staates und dienende Funktion des Unternehmens sind dann gegeben, wenn der Staat die an seinem Ziel orientierte Aufgabenwahrnehmung überwachen und steuern kann, also gewisse (faktisch) willensbildende Funktionen innehat³³. Dagegen ist eine Anwendung der Grundsätze des „funktionellen Durchgriffs“ nicht gerechtfertigt, wenn ein solcher Zusammenhang von Staats- und Unternehmensziel nicht erkennbar ist³⁴.

³² Ebenso Böckstiegel, K.-H., Der Staat ..., S. 72.

³³ Vgl. auch Art. 25 Abs. 2 Buchst. B WBÜ, wonach der Ausdruck „Angehöriger eines anderen Vertragsstaates“ des Art. 25 Abs. 1 auch jede juristische Person bedeutet, die im Zeitpunkt, zu dem die Parteien der Unterwerfung der Streitigkeit unter ein Vergleichs- oder Schiedsverfahren zugestimmt haben, die Staatsangehörigkeit des Vertragsstaates besessen hat, der Streitpartei ist, wenn die Parteien übereingekommen sind, diese juristische Person wegen ausländischer Kontrolle als Angehörigen eines anderen Vertragsstaates im Sinne des Übereinkommens zu betrachten; vgl. dazu Broches, A., YCA XVIII (1993), 627–717 (645); Delaume, G., in Law and Practice of Transnational Contracts, S. 361; Hirsch, M., S. 67; Schlosser, P., in Stein/Jonas Komm. zur ZPO, 21. Aufl., 1994, Band 7 vor § 1044 B III, IV–C I, RdNr. 42, 43; ICSID-Schiedsspruch Amco Asia et al. v. Indonesien vom 25. September 1983, ILM 23 (1983), 351–383 (361 § 14 ii); ICSID-Schiedsspruch Klöckner Industrie Anlagen GmbH v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais (SOCAME) S. A. vom 21. Oktober 1983, YCA X (1985), 71–78 (76); ICSID-Schiedsspruch Letco v. Liberia vom 31. März 1986, ILM 26 (1987), 653; ICSID-Schiedsspruch vom 1. Februar 1994, Vacuum Salt Products Ltd. v. Government of the Republic of Ghana, 9 ICSID Rev.-FILJ (1994), 72–101 = YCA XX (1995), 11–34, [§ 7] des Schiedsspruchs.

³⁴ Böckstiegel, K.-H., NJW 28 (1975), 1577–1582 (1580); Fischer, P., in Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, S. 7–28 (26); von Hoffmann, B., in Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, S. 35–70 (68); Khadjavi-Gontard, B./Hausmann, R., RIW 26 (1980), 533–544 (541 ff.); Nolting, E., RIW 34 (1988), 511–521 (515 ff.).

Staatseigentum ist dabei nicht das entscheidende Kriterium³⁵. Die Beteiligung an wirtschaftlichen Unternehmen muß nicht bedeuten, daß diese mit ihrer individuellen Unternehmenspolitik Teil der staatlichen Politik insgesamt werden³⁶; die Integration wird erst durch Abstimmung, Kontrolle und maßgeblich willensbildende Teilnahme an den Unternehmensentscheidungen³⁷ also eine Art Richtlinienkompetenz des Staates bewirkt³⁸. Diese Umstände lassen vor allem eine Manipulationsgefahr erkennen, daß auf den Rechts- und Geschäftskreis des Staatsunternehmens unmittelbar Einfluß genommen wird, und machen ein näheres Hinsehen erforderlich, um zu entdecken, was tatsächlich hinter der Kulisse der Rechtsform gespielt wird.

3. Gezielter hoheitlicher Durchgriff zur Entlastung des staatlichen Vertragspartners

Auch die umfassende rechtliche oder wirtschaftliche Kontrolle eines ausländischen Staatsunternehmens durch den Staat reicht für sich allein keinesfalls aus, um den Schleier seiner getrennten Rechtspersönlichkeit unter Berufung auf den *ordre public* zu durchstoßen. Eine funktionelle Identifizierung mit dem Staat erscheint vielmehr nur in den Fällen gerechtfertigt, in denen diese rechtliche Konstruktion zu Manipulationszwecken mißbraucht und damit den Interessen einer inländischen privaten Partei nachhaltiger Schaden zugefügt wird.

Um nun zu entscheiden, wann ein staatlich kontrolliertes Unternehmen berechtigt ist, den Einwand der *force majeure* auf hoheitliche Eingriffe des eigenen Staates zu stützen und wann nicht, bietet die von *Lord Denning* im polnischen Zuckerfall entwickelte³⁹ und vom schweizerischen Schiedsge-

³⁵ Vgl. [19] des Vacuum Salt Products Ltd. ICSID-Schiedsspruchs, (§ 3, Fn. 33).

³⁶ Vgl. dazu die einschlägige französische Rechtsprechung: Für die Cour d'Appel d'Aix en Provence [Entscheidung vom 20. September 1985, RCDIP 74 (1985), 385 mit Anmerkung *Rémond-Goulliard*] haben organisatorische (oder institutionelle) Kriterien ausgereicht, um ein Staatsunternehmen mit dem dahinter stehenden Staat zu identifizieren; die Cour de cassation entschied dagegen [Entscheidung vom 21. Juli 1987, Benvenuti et Bonfant c. Banque Commerciale du Congo, Clunet 115 (1988), 108 mit Anmerkung *Kahn, P.*], die staatliche Kontrolle bilde für sich allein kein hinreichendes Indiz, um eine juristische Person wie ein Staatsunternehmen zu behandeln; die Cour d'Appel de Rouen verlangt schließlich (Entscheidung vom 20. Juni 1996, Société Bec Frères c. Office des Céréales de Tunisie, Rev. arb 1997, 263, mit Anmerkung *Gailliard, E.*), daß die juristische Person über kein vom Staat getrenntes Vermögen verfügt.

³⁷ *Fischer, P.*, in Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, S. 7–28 (13 ff.).

³⁸ Zur einschlägigen Rechtsprechung des *Iran-U.S. Claims Tribunals* in *Böckstiegel, K.-H.*, Festschrift für Seidl-Hohenveldern, S. 17–33 (29 ff.).

³⁹ [1978] 1 All E.R., 88 ff.

richt übernommene⁴⁰ Unterscheidung einen brauchbaren Ansatzpunkt⁴¹: danach kommt es darauf an, ob der staatliche Eingriff der Verfolgung wichtiger Allgemeininteressen des ausländischen Staates dient oder ob er lediglich darauf abzielt, der vorgeschobenen juristischen Person den risikolosen „Ausstieg“ aus einem wirtschaftlich nachteiligen oder aus sonstigen Gründen nicht mehr erwünschten Vertrag zu ermöglichen⁴². Stellt sich heraus, daß die staatliche Maßnahme materiell unternehmensstrategischer Natur ist, gehört sie ungeachtet ihrer formalen Verbrämung in die Unternehmenssphäre und ist im Bereich der vertraglichen Sonderbeziehung dem Geschäftskreis des Unternehmens zuzuschlagen. Steht hinter der Maßnahme dagegen eine Motivation allgemeinpoltischer Art, die sich an anderen als den speziellen Unternehmenszielen orientiert, hat es bei der Zuordnung zu bleiben, die sich auf den ersten Blick formaler Betrachtung bereits ergab.

⁴⁰ S. 60 des Schiedsspruchs, YCA XII (1987), S. 74.

⁴¹ Zustimmend: *Bouchez, L.-J.*, JIntArb 8 (1) (1991), 81–115 (92 ff.); *Hermann, A. H.*, in *Lew, J. D. M.* (ed.), *Contemporary Problems ...*, S. 250–263 (258); *von Hoffmann, B.*, in *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, S. 35–70 (63); *Khadjavi-Gontard, B./Hausmann, R.*, RIW 26 (1980), 533–544 (543); *Mann, F.-A.*, RIW 33 (1987), 186–193 (191); *ders.*, *State Corporations in International Relations*, in *Liber Amicorum for the Rt. Hon. Lord Wilberforce* 1987, S. 131–148; *Mayer, P.*, *Clunet* 113 (1986–I), 5–78 (74 ff.); *Nolting, E.*, RIW 34 (1988), 511–521 (516); *Paulsson, J.*, *Rev. arb* 1990, 55–100 (86 ff.); *Wengler, W.*, *RBDI* 14 (1978/1979), 415–424 (418); *Lord Wilberforce* im *Rolimpex-Fall* [1978] *All E.R.* (II), 1043 (1047–1048); *Setenave v. Settebello-Fall*, zitiert nach *Paulsson, J.*, *Rev. arb* 1990 55–100 (87); *Adams v. National Bank of Greece and Athens*, [1960] 2 *All E.R.* 421; ähnlich *Sanders* in seinem Referat „Bedeutung staatlicher Hoheitsmaßnahmen in der Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit“ im Kolloquium der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e. V. (*DIS*) vom 23. April 1996, berichtet bei *Thorn, K.*, *Staatliche Hoheitsmaßnahmen und Schiedsgerichtsverfahren*, Beilage 15 zu *BB* Heft 37/1996, S. 15–17 (16); vgl. auch Art. 17 des Investitionsmustervertrages der *International Law Association* in ihrer 56th Konferenz in New Delhi (28.12.1974–4.1.1975), berichtet bei *Kahn, P.*, *Force majeure et contrats internationaux de longue durée*, *Clunet* 102 (1975), 467–485 (475). Für die Bestimmung des Begriffs der „force majeure“ bei Investitionsverträgen wurde der Verantwortlichkeit des Anlagestaates gegenüber seinen Angehörigen und der internationalen Gemeinschaft Rechnung getragen insbesondere bei Fällen von wirtschaftlichen Schwierigkeiten oder politischen Unruhen.

⁴² Für Konzessionen ablehnend *Markert, T.*, S. 180. Nach seiner Ansicht könnten bei echten Konzessionsverträgen Staatsunternehmen nicht auf Akte ihres Heimatstaates als *force majeure* berufen, da der Konzessionsgeber definitionsgemäß hoheitliche Gewalt ausübe und damit an staatlichen Funktionen teilnehme. Ihm zustimmend *Velten, R.*, *Die Anwendung des Völkerrechts auf State Contracts in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, Diss. Kiel 1986, S. 130 ff. unter Berufung auf Art. 27 der *Wiener Vertragskonvention (WVK)* vom 23. Mai 1969 (in Kraft getreten für die Bundesrepublik Deutschland am 20. August 1987, *BGBI.* 1987, II, 757), wonach es einem Staat nicht möglich ist, den ihm obliegenden Verpflichtungen sein nationales Recht entgegenzuhalten.

4. Abgrenzung allgemeinpoltischer von unternehmenspolitischen Maßnahmen

Als nächstes stellt sich die Frage, wie man im Einzelfall die speziellen unternehmerischen Interessen von den sonstigen, allgemeinen Interessen des Staates konkret unterscheiden kann⁴³. Das von den englischen Richtern im *Rolimpex*-Fall betonte Kriterium, ob die hoheitliche Maßnahme aus Gründen des öffentlichen Wohls („*public good*“) erlassen worden ist oder nicht⁴⁴, kann dabei allerdings nicht ausschlaggebend sein. Denn zum einen dürfte es den (Schieds-) Richter überfordern, wenn er hoheitliche Maßnahmen eines ausländischen Staates mit einer unter Umständen abweichenden Gesellschafts-, Wirtschafts- und Rechtsordnung daraufhin überprüfen soll, ob sie dem öffentlichen Wohl der Bürger dieses Staates dienen⁴⁵. Zum anderen kann auch ein in dem obigen Sinn gezielter Eingriff in den von einem staatlich kontrollierten Unternehmen geschlossenen Vertrag dem öffentlichen Wohl dienen, wenn die Erfüllung dieses Vertrages – wie etwa im polnischen Zuckerfall – die Wirtschaft des eingreifenden Staates stark belasten würde⁴⁶. Welche politischen Entscheidungen in die Unternehmensplanung einfließen und welche keinen Zusammenhang mit ihr haben, kann wiederum generell nicht entschieden werden. Der (Schieds-) Richter wird hingegen im Einzelfall zu befinden haben, ob es sich um eine wirtschaftlich- unternehmerische Entscheidung des Staates oder ihrer Natur und Intention nach um eine vom unternehmerischen Engagement unabhängige allgemeinpoltische Entscheidung handelt.

Stellt man entscheidend auf die Zielrichtung des staatlichen Eingriffs ab, so ist der sowjetischen Allunions-Handelskammer im *Sojuznefteksport*-Fall zuzustimmen: denn das Exportverbot wurde vom sowjetischen Außenhandelsminister allein aus politischen Gründen verhängt und wäre in gleicher Weise auch gegenüber einer privaten Außenhandelsfirma ausgesprochen worden. Die besondere Verbindung der Außenhandelsgesellschaft zum Staat hat also beim Erlaß dieser Maßnahme keine Rolle gespielt. Sie kann daher

⁴³ Nach Mann [RIW 33 (1987), 186–193 (191)] ist in diesem Zusammenhang äußerste Vorsicht bei der Anwendung des *ordre public* geboten. Denn es ist klar, daß kein Staat darauf verzichten kann, im allgemeinen Interesse Gesetze zu erlassen und daß solche Gesetze auch die eigenen Verträge des Staates erfassen können; ihm zustimmend Mayer, P., Clunet 113 (1986–I), 5–78 (65).

⁴⁴ [1978] 1 All E.R. 88 ff.

⁴⁵ Zu vergleichbaren Schwierigkeiten bei der Überprüfung durch den Schiedsrichter des Erfordernisses der Erfüllung des „*öffentlichen Zweckes*“ als Voraussetzung einer völkerrechtsmäßigen Enteignung siehe unten, unter § 9, A. IV. 4. a).

⁴⁶ Khadjavi-Gontard, B./Hausmann, R., RIW 26 (1980), 533–544 (543); Nolting, E., RIW 34 (1988), 511–521 (516).

auch nicht zu einem Durchgriff mit der Folge führen, daß das Exportverbot der Gesellschaft zuzurechnen ist⁴⁷.

Anders dürfte es hingegen im *Rolimpex*-Fall liegen, erkennt man den wirtschaftlichen Hintergrund der Entscheidung der polnischen Regierung. Das Risiko der Preisentwicklung hat typischerweise der Vertragspartner zu tragen. Der Eingriff des aufsichtsführenden Staates zur Meidung gerade dieses Risikos bildet daher eine unternehmensleitende Entscheidung, die ihm, dem staatlichen Vertragspartner, zuzurechnen ist⁴⁸. Dies muß schließlich auch im *Kopex*-Fall gelten. Die Investitionsentscheidung war durch staatlichen Plan weitgehend vorgesehen. Sie gehört auch – unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung – in den Risiko- und Geschäftsbereich des Staatsunternehmens. Unter diesem Gleichbehandlungsaspekt muß die externe Planentscheidung seinem Verantwortungsbereich zugeschlagen werden. Daß sich die Investitionsentscheidung im Nachhinein als Fehlkalikulation erweist, ist ebenfalls das typische Risiko des Unternehmens, welches den Vertragspartner nicht interessieren muß. Das staatliche Importverbot bildet also der Sache nach eine Revision dieser Fehlplanung und Entscheidung zum Zwecke ihrer Korrektur. Die Aufsichts- und Leistungsfunktion des Staates kommt hier zum Tragen und läßt daher aus dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung mit autonom entscheidenden Unternehmen eine Zurechnung dieser künstlich atypischerweise ausgelagerten Entscheidung als geboten erscheinen.

IV. Zusammenfassung

Hoheitliche Eingriffe, welche die Durchführung eines privatrechtlichen Vertrages zwischen inländischen privat- und ausländischen Staatsunternehmen vereiteln, bilden grundsätzlich auch für das Staatsunternehmen Umstände höherer Gewalt, weil sie in einer von der Unternehmenssphäre zu trennenden Zurechnungssphäre des Staates wurzeln. Stellen sich die formal-juristisch getrennten Sphären jedoch auf Grund bestimmter formeller Einflußnahme- und Steuermöglichkeiten des Eigentumsstaates als tatsächlich vermischte heraus, insbesondere weil das Unternehmen in seiner Willensbildung nicht autonom ist, sondern vom dahinter stehenden Staat „fremd“ bestimmt wird und der Staat unmittelbar am wirtschaftlichen Ergebnis teilhat, bedarf es einer näheren Untersuchung der einzelnen Maß-

⁴⁷ So auch Böckstiegel, K.-H., Der Staat ..., S. 73; Khadjavi-Gontard, B./Hausmann, R., RIW 26 (1980), 533–544 (543); Nolting, E., RIW 34 (1988), 511–521 (517).

⁴⁸ Wie hier Böckstiegel, K.-H., Der Staat ..., S. 73 unter Bezugnahme auf eine ähnliche Entscheidung des polnischen Außenhandelsschiedsgerichts vom 11. Februar 1958 betreffend den Export von Kohle in die (ehemalige) DDR.

nahmen, um festzustellen, welcher Sphäre sie im Einzelfall zuzuordnen sind.

Die Gebote der Vertragsgerechtigkeit und der Grundsatz *pacta sunt servanda* erfordern dann eine Zurechnung der staatlichen Maßnahmen, wenn der Staat sie in einem Bereich erläßt, in dem er die unternehmerischen Interessen kraft seiner vorbehaltenen Einflußnahmemöglichkeiten bestimmt und aus dem Grunde verfügt, weil er das Interesse an dem Vertrag verloren hat. Eine solche Maßnahme dient dazu, dem veränderten Interesse am Vertrag Geltung zu verschaffen und kann daher nach dem Grundsatz *pacta sunt servanda* nicht als Umstand höherer Gewalt gewertet werden. Wann eine derartige Sphärenvermischung angenommen wird, muß der Beurteilung im Einzelfall überlassen bleiben, da es hier darum geht, in Ausnahmefällen der Einzelfallgerechtigkeit zum Durchbruch zu verhelfen.

Stellt sich heraus, daß der hoheitliche Eingriff allgemeinpolitisch veranlaßt war und daß er ein Privatunternehmen genauso gut wie ein Staatsunternehmen treffen würde, so kann sich das Staatsunternehmen erfolgreich auf höhere Gewalt berufen und von seinen Vertragsverpflichtungen frei werden. Zielt hingegen die nachträglich erlassene staatliche Maßnahme darauf ab, einen ganz konkreten Vertrag zu treffen oder ein bestimmtes Staatsunternehmen zu schützen, so daß sie diskriminatorischen Charakter hat und gegen allgemein anerkannte Grundsätze für Staatsverhalten verstößt, dann können aus solchen Gründen Planänderungen, welche in die vom Staatsunternehmen abgeschlossenen Verträge eingreifen, nicht als höhere Gewalt geltend gemacht werden.

§ 4 Staatenimmunität und internationale private Schiedsgerichtsbarkeit

Die Erweiterung des Aufgabenbereichs der modernen Staaten von Ordnungsgaranten zu Leistungsträgern brachte es mit sich, daß sie regelmäßig Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen sind und daß sie sich im Rechtsverkehr mit Privaten der gleichen Formen wie diese bedienen. Ein Ausdruck der sich aus der wachsenden Beteiligung der Staaten am internationalen Wirtschaftsverkehr für sie ergebenden Notwendigkeit, sich auch dessen Usancen stärker anzupassen, ist die zunehmende Bereitschaft staatlicher Vertragspartner, bei ihren Verträgen mit ausländischen Privatunternehmen Schiedsvereinbarungen zu treffen¹.

In der Regel respektieren Staat und Privatunternehmen eine getroffene Schiedsvereinbarung und befolgen einen gegen sie erlassenen Schiedsspruch. Geschieht dies aber nicht, läßt sich also eine Partei auf ein Schiedsverfahren nicht ein oder lehnt sie es ab, einen Schiedsspruch freiwillig zu erfüllen, so hängt in der Praxis viel davon ab, ob das Privatunternehmen oder aber der beteiligte Staat die Erfüllung seiner schiedsvertraglichen Pflichten verweigert. Weigert sich das Privatunternehmen, so wirft das keine unlösbaren Probleme auf²: Auch gegen seinen Willen kann, entsprechend der schiedsvertraglichen Regelung, ein Schiedsverfahren eingeleitet werden, ein Schiedsspruch ergehen und dieser gegen das Unternehmen vollstreckt werden. Eine völlig andere Situation ergibt sich, wenn ein Staat die Erfüllung seiner Pflichten versäumt. Um sich einem Schiedsverfahren oder der Anerkennung und Vollstreckung eines Schiedsspruchs zu entziehen, könnte er versuchen, die Einrede der Staatenimmunität geltend zu machen³.

Staaten berufen sich bisweilen bereits zu Beginn des Schiedsverfahrens auf ihre Immunität um zu verhindern, daß die Schiedsrichter eine Entscheidung in der Sache treffen. Weit häufiger als vor Schiedsgerichten wird der Immunitätseinwand allerdings vor staatlichen Gerichten in Verfahren zur Anerkennung und Vollstreckung eines Schiedsspruches erhoben. In jedem

¹ Zur Bedeutung der Schiedsgerichtsbarkeit bei internationalen Konzessionen und zu den Gründen der Bevorzugung von Schiedsklauseln siehe oben, unter § 2, A.

² Das ist in der Praxis durchaus keine Seltenheit, vgl. dazu *Mezghani, A.*, *Souveraineté de l'Etat et participation à l'arbitrage*, Rev. arb 1985, 543–584 (544).

³ Vgl. nur *Reymond, C.*, *Souveraineté de l'Etat et participation à l'arbitrage*, Rev. arb 1985, 517–542 (520).

dieser Verfahrensabschnitte muß das (Schieds-) Gericht prüfen, ob ein Staat mit Erfolg seine Immunität einwenden kann. Dies wäre zu verneinen, wenn die vorherige Unterzeichnung eines Schiedsvertrages einen wirksamen Verzicht auf die Immunität eines Staates bildete.

Im Mittelpunkt dieses Paragraphen soll daher die Frage stehen, ob ein Staat durch Unterzeichnung einer Schiedsvereinbarung stillschweigend auf seine Immunität im einzelnen oder sogar für alle vorerwähnten Verfahrensabschnitte verzichtet⁴. Dies wird hier anhand von internationalen Abkommen, Abkommensentwürfen, nationalen Rechten, (Schieds-) Gerichtsurteilen sowie von Stimmen aus der Rechtslehre erörtert. Nach einer knappen Darstellung des Begriffs und der Grundlagen der Staatenimmunität (A. I.), der Kriterien für die Abgrenzung zwischen *acta iure imperii* und *acta iure gestionis* und der Unterscheidung zwischen Jurisdiktions- und Vollstreckungsimmunität (A. II.) soll zunächst die Frage beantwortet werden, ob ein Staat Immunität vor Schiedsgerichten beanspruchen kann (B.). Die anschließenden Abschnitte handeln von der Immunität in staatlichen Gerichtsverfahren, die auf das Schiedsverfahren oder den Schiedsspruch bezogen sind (C.). In diesem Rahmen wird das Problem der Immunität vor staatlichen Gerichten bei der Vollstreckung von Schiedssprüchen erörtert. Die Ergebnisse dieses Paragraphen haben zum Ziel zu zeigen, daß bereits die völkerrechtliche Definition der Immunität jegliche Berufung auf diese Einrede vor einem Schiedsgericht ausschließt (B. V.) und daß die Unterzeichnung eines Schiedsvertrags als Verzicht auf Staatenimmunität im Verfahren zur Anerkennung und Vollstreckung eines Schiedsspruches gilt (C. II. 6. und III.).

Die Immunität ist nicht der einzige Einwand, dem sich Schiedsgerichte von seiten eines Staates von Zeit zu Zeit ausgesetzt sehen. So berufen sich Staaten bisweilen auch auf ihre Souveränität. Die Souveränitätseinrede ist der Immunität in Struktur und Zielrichtung vergleichbar: Sie stützt sich ebenfalls auf einen besonderen Status und zielt gleich der Immunität darauf ab, die Zuständigkeit des Schiedsgerichts zu bestreiten. Wegen dieses engen Zusammenhangs zwischen Immunitätseinrede einerseits und Souveränität andererseits wird der letztgenannte Einwand in einem vierten Abschnitt am Ende dieses Paragraphen kurz dargestellt (D.).

⁴ Ausdrückliche Vereinbarungen über einen Immunitätsausschluß sind in Schiedsverträgen zwischen Staaten und Privaten selten. Grund dafür ist, daß die private Partei in aller Regel auf die Effektivität der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit vertraut und die staatliche Partei einen Immunitätsausschluß als Mißtrauenskundgebung der privaten Seite wertet, vgl. dazu *Langkeit, J.*, S. 28.

A. Staatenimmunität im allgemeinen

I. Begriff und Grundlagen der Staatenimmunität

Der Begriff Staatenimmunität wird gemeinhin definiert als das Recht eines Staates auf Befreiung von der Hoheitsgewalt – insbesondere der Gerichtsbarkeit – anderer Staaten⁵. Immunität im Sinne einer Exemption von fremder Gerichtsbarkeit ist traditionell auf drei völkerrechtliche Prinzipien zurückgeführt worden: In erster Linie leitet sich Immunität vom Grundsatz der souveränen Gleichheit aller Staaten ab⁶. Alle Staaten befänden sich als Völkerrechtssubjekte auf einer Ebene; folglich sei es ausgeschlossen, daß ein Staat Hoheitsgewalt über einen anderen Staat ausübe („*par in parem non habet imperium*“). Daneben ist die Souveränität und Unabhängigkeit aller Staaten als Fundament der Immunitätslehre angesehen worden⁷. Die Unabhängigkeit eines Staates werde verletzt, wenn seine Handlungen der Gerichtsbarkeit eines anderen Staates unterworfen würden. Schließlich ist auch auf den Begriff der Würde des Staates verwiesen worden⁸. Es beeinträchtige Würde und Ansehen eines Staates, sich vor den Gerichten eines anderen Staates verantworten zu müssen.

Über lange Zeit hinweg ist aus den vorerwähnten Gründen einem ausländischen Staat nahezu absolut und uneingeschränkt Immunität für seine Handlungen gewährt worden. Dies galt unabhängig von der jeweiligen Begleitumständen, den Zwecken oder der Natur der fraglichen Handlungen. Man sprach von der Geltung „*absoluter Immunität*“⁹.

⁵ Langkeit, J., S. 30; Seidl-Hohenveldern, I., Völkerrecht, 9. Aufl., RdNr. 1462.

⁶ Seidl-Hohenveldern, I., *ibid*.

⁷ Der Begriff der Souveränität ist hierbei im Sinne der „*relativen Souveränität*“ als die Freiheit von der Unterstellung unter den Willen eines anderen Staates zu verstehen, vgl. Seidl-Hohenveldern, I., *ibid*., RdNr. 7, 8, 633.

⁸ Langkeit, J., S. 30 m.w.Nach.

⁹ Fox, H., States and the Undertaking to Arbitrate, ICLQ 37 (1988), 1–29 (10); Hill, T. H., Sovereign Immunity and the Act-of-State Doctrine, Theory and Policy in United States Law, ReabelsZ 46 (1982), 118–164 (120); Hobér, K., 10 Arb. Int (1) (10), 17–51 (42); Langkeit, J., S. 31; Oparil, R. J., Waiver of Sovereign Immunity in the United States and Great Britain by an Arbitration Agreement, JIntArb 3 (1986), 61–80; Regli, J.-P., S. 158; Rensmann, T., S. 201; Seidl-Hohenveldern, I., Völkerrecht, 9. Aufl., RdNr. 1472; ders., in Festschrift für Beitzke, S. 1081–1110 (1081); Walter, G., Immunität in der Zwangsvollstreckung im deutschen und schweizerischen Recht, in Recht in Ost und West, Festschrift zum 30-jährigen Jubiläum des Instituts für Rechtsvergleichung der Waseda Universität 1988, S. 771–787 (773).

II. Die Lehre von der restriktiven Immunität

1. Wandel von der absoluten zur restriktiven Immunitätslehre

Die heutige völkerrechtliche Praxis ist von der absoluten Immunität eines fremden Staates abgerückt, die sowohl dessen hoheitliche als auch dessen privatrechtliche Handlungen der inländischen Gerichtsbarkeit entzieht¹⁰. Die Zunahme des Staatshandels erfordert Chancengleichheit zwischen privaten und staatlichen ausländischen Händlern im Forumstaat. Die fortdauernde Anerkennung einer absoluten Immunität wirkt sich als ein Hemmnis im internationalen Wirtschaftsverkehr aus. Ein *iure gestionis* handelnder Staat würde gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen, wenn er zwar seinen Vorteil aus einem von ihm abgeschlossenen Vertrag ableiten, sich der Erfüllung der von ihm dabei übernommenen Verpflichtungen aber durch Berufung auf seine Immunität zu entziehen versuchen würde¹¹.

Diese Überlegungen haben in zahlreichen Staaten zu einem Wandel der Immunitätsauffassungen geführt. Insbesondere in den Ländern der westlichen Welt hat sich gegenüber der absoluten Immunität die Lehre von der eingeschränkten „*restriktiven Immunität*“ durchgesetzt¹². Inhaltlich besagt diese Theorie, daß einem Staat nur für sein hoheitliches Handeln (*acta iure imperii*) Immunität zukomme. Dagegen wird für nichthoheitliches privatrechtliches Handeln (*acta iure gestionis*) keine Immunität gewährt¹³. Die restriktive Theorie liegt nicht nur zahlreichen nationalen Gesetzen¹⁴ und Gerichtsentscheidungen¹⁵, sondern auch internationalen Abkommen und

¹⁰ Siehe zur Entwicklung von der absoluten zur restriktiven Immunitätstheorie den Kommentar der *International Law Commission* zu den „*Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*“, in Report of the *International Law Commission* on the Work of its 43th Session, YbILC 1991 II/2, S. 13, 36 ff.; die deutsche Praxis ist dieser Entwicklung mit zwei grundlegenden Entscheidungen des BVerfG vom 30. Oktober 1962 (BVerfGE 15, 25) und vom 30. April 1963 (BVerfGE 16, 27) gefolgt.

¹¹ So mit Recht LG Frankfurt a/M, Entscheidung vom 2. Dezember 1975, NJW 29 (1986), 1044, 1045; ebenso *Trendtex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria* [1977] 1 QB 529, 576; *Alfred Dunhill of London, Inc. v. Cuba*, 425 U.S. 682, 702 (1975); *Langkeit, J.*, S. 32; *Seidl-Hohenveldern, I.*, in Festschrift für Beitzke, S. 1081–1110 (1084).

¹² Zur Rechtslage in den Staaten des (ehemaligen) Ostblocks, die nach wie vor der absoluten Immunitätstheorie anhängen vgl. *Hobér, K.*, 10 Arb. Int (1) (1994), 17–51 (45).

¹³ *Bernini, G./van den Berg, A.*, The Enforcement of Arbitral Awards Against a State: The Problem of Immunity from Execution, in *Lew, J. D. M.* (ed.), *Contemporary Problems ...*, S. 359–373 (360); *Blessing, M./Burckhardt, T.*, Sovereign Immunity – a Pitfall in State Arbitration, in *Recueil de travaux suisses sur l'arbitrage international* 1984, S. 107–123; *Langkeit, J.*, S. 32; *Seidl-Hohenveldern, I.*, Völkerrecht, 9. Aufl., RdNr. 1472; *ders.*, in Festschrift für Beitzke, S. 1081–1110 (1084).

Abkommensentwürfen zugrunde, so z.B. dem *Europäischen Übereinkommen über die Staatenimmunität*¹⁶, dem Entwurf der *International Law Commission*¹⁷ oder dem Entwurf der *International Law Association*¹⁸.

2. Kriterien für die Abgrenzung zwischen *acta iure imperii* und *acta iure gestionis*

Unter den Vertretern der restriktiven Auffassung ist lebhaft umstritten, auf welche Weise die immunitätsgeschützten *acta iure imperii* von den *acta iure gestionis* abzugrenzen sind¹⁹. Die wohl überwiegende Ansicht unterscheidet anhand der Natur des Aktes²⁰. Ein *actum iure gestionis* liegt danach vor, wenn die fragliche Handlung in gleicher Weise von einer Privatperson hätte vorgenommen werden können, dagegen handelt es sich um einen *actum iure imperii*, wenn die Ausführung der Handlung staatliche

¹⁴ z.B. §§ 1604, 1605 United States Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA) i.d.F. vom 16. November 1988, ILM 28 (1989), 398; §§ 1 I, 3 United Kingdom State Immunity Act (SIA) 1978, ILM 17 (1978), 1123; §§ 3, 5 Can. State Immunity Act von 1982 (SIA), ILM 21 (1982), 798 ff.; § 5 Pakistan State Immunity Ordinance 1981, abgedruckt in Materials on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, U. N. Dok. ST/LEG/SER.B/20 (1982), S. 20 ff.; § 4 South Africa Foreign Sovereign Immunity Act 1979, abgedruckt ebenda S. 34 ff.

¹⁵ z.B. BVerfGE 16, 27 (34); Trendtex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria [1977] 1 QB 529, 566; BGE 86 (1960) I, 23 (27), i. S. République Arabe Unie gegen Dame X; S.E.E.E. v. Socialist Federal Republic of Yugoslavia, Hoge Raad, Entscheidung vom 26. Oktober 1973, NYIL 5 (1974), 290 (293).

¹⁶ *Europäisches Übereinkommen über die Staatenimmunität* vom 16. Mai 1972, BGBl. 1990, II, S. 35 ff.; dazu ausführlich unten, unter § 4, C. I. 2.

¹⁷ Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, in ILC-Report from 43th Session, ILM 30 (1991), 1565–1574; Heß, B., The *International Law Commission's* Draft Convention on the Jurisdictional Immunities of States and Their Property, European Journal of International Law 4 (1993), 269–282.

¹⁸ Revised Articles for a Convention on State Immunity der *International Law Association*, abgedruckt in *International Law Association*, Report of the 66th Conference (1994), S. 22 ff.

¹⁹ Eine ausführliche Darstellung von Lösungswegen sowie eine eingehende Erörterung des Problems in seiner völkerrechtlichen Perspektive findet sich bei Trooboff, O., Foreign State Immunity: Emerging Consensus on Principles, RdC 200 (1986–V), 235–431 (298–318).

²⁰ BVerfG, Beschluß vom 10. April 1963, BVerfGE 16, 27 (61, 62); LG Frankfurt a/M, Entscheidung vom 2. Dezember 1975, NJW 29 (1976), 1044; BVerfG, Beschluß vom 31. Dezember 1977, BVerfGE 46, 342, 393; östOGH, Entscheidung vom 10. Dezember 1961, JBl. 1962, 63; Art. 2 des Can. SIA (§ 4, Fn. 14); § 3 (3) (c) UK SIA (§ 4, Fn. 14); § 1603 (d) USA FSIA (§ 4, Fn. 14) für die Qualifikation einer wirtschaftlichen Betätigung („commercial activity“) als Ausnahme von der grundsätzlich gewährten Immunität ausländischer Staaten; Langkeit, J., S. 38; Seidl-Hohenveldern, I., Völkerrecht, 9. Aufl., RdNr. 1479; ders., in Festschrift für Beitzke, S. 1081–1110 (1087).

Hoheitsmacht erfordert²¹. Bei Konzessionsverträgen zwischen Staaten und ausländischen Privatfirmen zur Ausbeutung der natürlichen Reichtümer des Landes besteht für den staatlichen Partner ein unmittelbarer Zusammenhang mit der Ausübung staatlicher Gewalt. Sie sind deshalb trotz der privatrechtlichen Form den *acta iure imperii* zuzurechnen²².

Die Qualifikation der Staatstätigkeit als hoheitlich oder nichthoheitlich ist grundsätzlich nach nationalem Recht vorzunehmen²³. Hierbei wird nicht verkannt, daß es die Anwendung des allgemeinen Völkerrechts erschwert und der erwünschten Rechtseinheit entgegenwirkt, wenn für die Qualifikation auf das jeweilige nationale Recht abgestellt wird. Nach Auffassung des BVerfG²⁴ darf das nationale Recht daher nur mit der Maßgabe herangezogen werden, daß vom hoheitlichen Bereich und damit von der Immunität nicht solche Handlungen des Staates ausgenommen werden dürfen, die nach den von den Staaten überwiegend vertretenen Auffassung zum Kernbereich der Staatsgewalt gehören²⁵.

3. Unterscheidung zwischen Jurisdiktions- und Vollstreckungsimmunität

Die Frage, ob einem ausländischen Staat Immunität zukommt, kann sich in verschiedenen Abschnitten eines gerichtlichen Verfahrens stellen. Entsprechend unterscheidet man zwischen zwei Arten der Immunität²⁶. Im Erkenntnisverfahren stellt sich die Frage, ob für die Klage gegen einen ausländischen Staat inländische Jurisdiktion besteht oder ob diese durch die sog. *Jurisdiktionsimmunität* des ausländischen Staates ausgeschlossen ist. Jurisdiktionsimmunität bedeutet somit die Befreiung eines ausländischen Staates von der Rechtsprechungsgewalt inländischer Gerichte.

Die Einschränkung der Jurisdiktionsimmunität kann dazu führen, daß ein Staat verklagt und auch verurteilt wird. Weigert sich der Staat, dem Urteils-

²¹ Zu den anderen Ansichten und ihren Anknüpfungskriterien vgl. *Langkeit, J.*, S. 38, Fn. 50–53.

²² *Delaume, G.*, Economic Development and Sovereign Immunity, AJIL 79 (1985), 319–346 (321 ff.); *ders.*, in Law and Praxis of Transnational Contracts, S. 356; *Mann, F.-A.*, BYIL 42 (1967), 1–37 (16); *Regli, J.-P.*, S. 59.

²³ BVerfGE 16, 27 (62); LG Frankfurt a/M, Entscheidung vom 2. Dezember 1975, NJW 29 (1976), 1044, 1045; *Seidl-Hohenveldern, I.*, Völkerrecht, 9. Aufl., RdNr. 1477.

²⁴ BVerfGE 16, 27 (63); BVerfGE 46, 342 (393/394).

²⁵ Zum maßgebenden anwendbaren Recht für die Beantwortung der Frage, nach welchem Recht der Immunitätseinwand vor einem Schiedsgericht zu beurteilen ist vgl. unten, unter § 4, B. II.

²⁶ Für die Abschaffung der Unterscheidung *Bernini, G./van den Berg, A.*, in *Lew, J. D. M.* (ed.), Contemporary Problems ..., S. 359–373 (360).

spruch freiwillig nachzukommen, so fragt sich, ob eine Zwangsvollstreckung in sein Vermögen grundsätzlich zulässig ist, und falls dies zu bejahen ist, welche Vermögensgegenstände im einzelnen der Pfändung unterworfen sind. Das sind Probleme der sog. *Vollstreckungs- oder Exekutionsimmunität*²⁷.

B. Immunität vor dem Schiedsgericht

Bereits im Schiedsverfahren kann die Jurisdiktionsimmunität von Bedeutung sein. Staaten haben sich gelegentlich in der Schiedsinstanz auf ihre Immunität berufen, um die Zuständigkeit des Schiedsgerichts zu bestreiten. Vollstreckungsimmunität hingegen kann im Schiedsverfahren noch keine Rolle spielen, weil einem Schiedsgericht grundsätzlich keine Zwangsbefugnisse zukommen. Ist die Rede also in diesem Abschnitt von Immunität, so ist damit die Jurisdiktionsimmunität gemeint.

I. Regelungen in internationalen Abkommen

1. Das Weltbankübereinkommen

Das *WBÜ* verpflichtet seine Mitgliedstaaten nicht dazu, bei Investitionsstreitigkeiten mit Investoren aus anderen Mitgliedstaaten auf Schieds- oder Vergleichsverfahren vor einem *ICSID*-Schiedsgericht zurückzugreifen. Entscheiden sie sich aber für die *ICSID*-Schiedsgerichtsbarkeit, so kommen die Vorschriften des *WBÜ* zur Anwendung. Nach Art. 25 Abs. 1 Satz 2 *WBÜ* sind beide Parteien an eine *ICSID*-Schiedsabrede gebunden. Daraus wird übereinstimmend gefolgert, daß jeder Einwand von Seiten des Anlagestaates bezüglich der Immunität vor einem *ICSID*-Schiedsgericht ausgeschlossen ist²⁸. Dem ist beizupflichten. Weder Staat noch Investor können die

²⁷ Bouchez, L.-J., JIntArb 8 (1) (1991), 81–115 (74 ff.); Delaume, G., in Lew, J. D. M. (ed.), *Contemporary Problems ...*, S. 313–331 (318 ff.); ders., *De l'efficacité des sentences transnationales intéressant un Etat: une ponderation s'impose*, in *Etudes de Droit International en l'Honneur de Pierre Lalive* 1993, S. 469–482 (479); Jacquet, J.-M., *L'Etat operateur du commerce international*, Clunet 116 (1989–II), 621–690 (686); Langkeit, J., S. 33; Leboulanger, P., *Les contrats entre Etats ...*, S. 303 ff.

²⁸ Delaume, G., *Le CIRDI et l'immunité des Etats*, Rev. arb 1983, 143–161 (144); ders., AJIL 79 (1985), 319–346 (343); ders., in Lew, J. D. M. (ed.), *Contemporary Problems ...*, S. 23–39; ders., in Lew, J. D. M. (ed.), *ibid.*, S. 313–331 (316); ders., *Sovereign Immunity and Transnational Arbitration*, 3 Arb. Int (1987), 28–45 (32); von Mehren, A. T./Croff, C., *International Arbitration between Private Parties and Governments: Treaty and Statutory Developments*, in Aksen, G./von Mehren, R. B. (eds.), *International Arbitration between Private Parties and Govern-*

Schiedsvereinbarung einseitig auflösen oder ihr die Wirkung entziehen. Folglich ist es dem beteiligten Staat verwehrt, die Durchführung des Schiedsverfahrens unter Berufung auf seine Immunität zu vereiteln.

Der Ausschluß der Immunität folgt nicht nur aus Art. 25 Abs. 1 Satz 2 *WBÜ*, sondern auch aus Sinn und Zweck des Übereinkommens. Hauptziel des *WBÜ* ist es, eine verbindliche und effektive Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zu gewährleisten. Dieses Ziel ließe sich jedoch nicht erreichen, könnte ein beteiligter Staat unter Hinweis auf seine Immunität die Einleitung oder den Gang eines *ICSID*-Schiedsverfahrens behindern. Insofern ist die Immunitätseinrede im Rahmen eines *ICSID*-Schiedsverfahrens ausgeschlossen. Folglich erübrigt sich in seinem Anwendungsbereich jegliche Prüfung, ob eine Schiedsvereinbarung als Immunitätsverzicht anzusehen ist oder gar, ob der Investitionsstreitigkeit *acta iure gestionis* oder *acta iure imperii* des beteiligten Staates zugrunde liegen.

2. Genfer Europäisches Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit

Das *Genfer Europäisches Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit* (EÜ) wurde am 21. April 1961 zur Unterzeichnung aufgelegt und trat für die Bundesrepublik Deutschland am 25. Januar 1965 in Kraft²⁹. Es ist auf Schiedsvereinbarungen anwendbar, die zwischen Parteien aus verschiedenen Vertragsstaaten im Rahmen internationaler Handelsgeschäfte geschlossen werden³⁰. In diesem Anwendungsbereich regelt es Fragen des Schiedsverfahrens und des Schiedsspruches.

ments, S. 67–109 (84); *Regli, J.-P.*, S. 163; wohl auch *Weil, P.*, RdC 128 (1969–III), 95–240 (223).

²⁹ BGBl. 1965, II, 107; am 18. August 1998 war das Übereinkommen für weitere 27 Staaten in Kraft, darunter aber nicht Griechenland [YCA XIII (1998), S. 1103]; vgl. dazu *Gottwald, P.*, in Münchener Kommentar ZPO, Band 3 §§ 803–1048, EGZPO, GVG, EGGVG, Internationales Zivilprozeßrecht, München 1992, S. 1974–2004; *Kaiser, R.*, Das Europäische Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21. April 1961, Zürich 1967; *Klein, E.*, Das Europäische Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, ZZP 76 (1963), 342–370; *Maier, H.-J.*, Europäisches Übereinkommen und UN-Übereinkommen über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Köln 1966; *Mezger, E.*, Das Europäische Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, RabelsZ 29 (1965), 231–301; *Schlosser, P.*, in Stein/Jonas Komm. zur ZPO, 21. Aufl., 1994, Band 7, vor § 1044 A III – B, RdNr. 31 ff.

³⁰ Art. 1 Abs. 1 Satz 4 EÜ; der Begriff des internationalen Handelsgeschäfts ist weit auszulegen. Er erfaßt alle Geschäfte, die mit dem internationalen Wirtschaftsverkehr in Zusammenhang stehen: *Mezger, E.*, RabelsZ 29 (1965), 231–301 (240 ff.).

Eine ausdrückliche Regelung der Immunität vor Schiedsgerichten findet sich im *EÜ* nicht. Jedoch trifft das Übereinkommen eine Aussage zum Problem der subjektiven Schiedsfähigkeit von juristischen Personen des öffentlichen Rechts: Gemäß Art. II Abs. 1 *EÜ* haben im Anwendungsbereich des Übereinkommens die „juristischen Personen, die nach dem für sie maßgebenden Recht juristische Personen des öffentlichen Rechts sind, die Fähigkeit, wirksam Schiedsvereinbarungen zu schließen“. Es fragt sich daher, ob dieser Regelung eine Aussage zum Immunitätsproblem zu entnehmen ist.

Die Entstehungsgeschichte des Übereinkommens³¹ gibt darüber zwar keinen Aufschluß. Dennoch spricht für einen Immunitätsausschluß folgende am Sinn und Zweck des Art. II Abs. 1 *EÜ* orientierte Überlegung: Die Einwände der Schiedsunfähigkeit und der Immunität sind in den wesentlichen Punkten miteinander vergleichbar³², da beide Einreden darauf abzielen, die Gerichtsbarkeit eines Schiedsgerichts zu bestreiten. Beide stützen sich auf Privilegien, die ein Staat aus seiner Souveränität ableitet und die in einem Schiedsverfahren nicht zum Tragen kommen, weil Schiedsgerichte als private Gerichte tätig werden.

Könnte sich ein Staat im Rahmen des *EÜ* vor einem Schiedsgericht auf seine Immunität berufen, so würde er gerade das erreichen, was Art. II Abs. 1 *EÜ* hinsichtlich der Schiedsunfähigkeit verhindern wollte: Der Staat könnte sich unter Berufung auf souveräne Hoheitsakte einseitig vom Schiedsvertrag lösen. Ein solches Recht – auch wenn es auf Immunität basierte – widerspräche jedoch der Regelung des Art. II Abs. 1 *EÜ*, laut der juristische Personen des öffentlichen Rechts wirksame, also bindende

³¹ *Kaiser, R.*, S. 16ff.

³² Zahlreiche Autoren betonen den engen Zusammenhang zwischen dem Einwand der Schiedsunfähigkeit und der Immunität: so z.B. *Berger, K.-P.*, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit 1992, S. 127; *Carabiber, C.*, L'arbitrage international de droit privé, Paris 1960, S. 134ff.; *Delvolvé, J.-L.*, Anmerkung zu Cour d'Appel de Rouen, Entscheidung vom 13. November 1984, Société Européenne d'Études et d'Entreprises (S.E.E.E.) c. République de Yougoslavie, Rev. arb 1985, 115; *Leboulanger, P.*, Les contrats entre États ..., S. 288; *Level, P.*, Anmerkung zu Cour cass., Entscheidung vom 2. Mai 1964, Galakis c. Agent Judiciaire du Trésor Public, Clunet 93 (1966), 649 (650); *Paulsson, I.*, May a State Invoke its Internal Law to Repudiate Consent to International Commercial Arbitration? 2 Arb. Int (1986), 90–103 (98); *Reymond, C.*, Rev. arb 1985, 517–542 (522); *Ribs, J.*, Ombres et incertitudes de l'arbitrage pour les personnes morales de droit public français, JCP, La Semaine Juridique, 1990 I, 3465; *Vedel, G.*, Rev. arb 1961, 116–130 (127); so auch ICC-Schiedsspruch Nr. 3493 vom 16. Februar 1983, S.P.P. (Middle East) Ltd., Southern Pacific Properties Ltd. v. Arab Republic of Egypt, The General Company for Tourism and Hotels (EGOTH), YCA IX (1984), 11 und ICC-Schiedsspruch Nr. 2321/1974, Soleh Boneh International Ltd. and Water Resources Development International v. Republic of Uganda and National Housing and Construction Corporation of Uganda, YCA II (1976), 133.

und nicht widerrufliche Schiedsabreden treffen können. Daher ist festzustellen, daß nach Sinn und Zweck des Art. II Abs. 1 EÜ auch die Immunitätseinrede eines Staates im Schiedsverfahren ausgeschlossen ist. Ein Staat kann sich folglich im Anwendungsbereich des EÜ weder auf Immunität noch auf subjektive Schiedsunfähigkeit berufen.

II. Behandlung der Immunitätseinrede durch internationale Schiedsgerichte

Nur wenige Schiedsgerichte mußten sich bislang mit der Immunitätseinrede eines Staates auseinandersetzen³³. Im Ergebnis wiesen sie alle den Immunitätseinwand zurück, wenngleich mit unterschiedlichen Begründungen:

1. Im Falle *Société de Grands Travaux de Marseille (S.G.T.M.) v. East Pakistan Industrial Development Corporation (E.P.I.D.C.)*³⁴ entschied der Einzelschiedsrichter, daß die Frage, ob Bangladesh Immunität im Schiedsverfahren genieße, nach dem Recht des Schiedsortes (schweizerisches Recht) und nach Völkerrecht beantwortet werden müsse³⁵. Danach gelte das Prinzip der Staatenimmunität nicht mehr in absoluter Form. Vielmehr müsse man im Einklang mit der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts zwischen *acta iure gestionis* und *acta iure imperii* unterscheiden. Nur für die letztgenannten Akte komme einem Staat Jurisdiktionsimmunität zu³⁶. Im vorliegenden Fall habe der Staat Bangladesh *iure gestionis* gehandelt und könne daher keine Immunität beanspruchen.

2. Im Falle *Soleh Boneh International Ltd. and Water Resources Development International v. Republic of Uganda and National Housing and Construction Corporation of Uganda*³⁷ wies der Schiedsrichter den Immunitätseinwand zurück und begründete seine Entscheidung wie folgt: Das Problem, ob einem Staat Immunität im Schiedsverfahren zukomme, werde weder durch das Recht des beteiligten Staates noch durch das am Sitzort des Schiedsgerichts geltende Recht noch durch sonst ein nationales Recht

³³ Ausführlich dazu Wetter, J.-G., Pleas of Sovereign Immunity and Act of Sovereignty Before International Tribunals, JIntArb 2 (1) (1985), 7–20 (8 ff.).

³⁴ ICC-Schiedsspruch Nr. 1803/1972; Auszüge des Schiedsspruchs sind in YCA V (1980), 179 abgedruckt; zum Sachverhalt eingehend Delaume, G., State Contracts and Transnational Arbitration, AJIL 75 (1981), 784–819 (789 ff.) und unten, unter § 5, D. III.

³⁵ YCA V (1980), 179 (185).

³⁶ Ibid.

³⁷ ICC-Schiedsspruch Nr. 2321/1974. Auszüge des Schiedsspruchs sind in YCA II (1976), 133 ff. sowie in Clunet 102 (1975), 938 ff. mit Anmerkung Derains, Y. abgedruckt.

geregelt³⁸. Eine Lösung sei vielmehr in der Vereinbarung der Parteien, hilfsweise im Völkerrecht, zu suchen³⁹. Das Immunitätsprinzip sei trotz unterschiedlicher Handhabung durch nationale Gerichte weltweit anerkannt und im Völkerrecht verankert. Das Prinzip besage, daß Gerichte und sonstige Organe des einen Staates nicht gegen Organe oder Vertreter des anderen Staates vorgehen dürfen; dies gelte jedenfalls dann, wenn die Aktivitäten dieses anderen Staates *als acta iure imperii* anzusehen seien⁴⁰.

Schon aus dieser Definition ergebe sich, daß der Immunitätsgrundsatz nur im Verhältnis eines Staates, seiner Gerichte und seiner sonstigen Hoheitsträger auf der einen Seite und einem anderen Staat bzw. dessen Vertretern auf der anderen Seite anwendbar sei. Ein Schiedsrichter hingegen sei weder Vertreter noch Organ irgendeines Staates. Die Befugnisse des Schiedsrichters leiteten sich einzig und allein aus der Parteivereinbarung ab. Das Immunitätsprinzip finde somit in einem Schiedsverfahren *ex definitione* keine Anwendung. Daher komme es auch nicht auf die Frage an, ob eine Schiedsvereinbarung als Immunitätsverzicht auszulegen sei. Ein Staat sei kraft des Grundsatzes *pacta sunt servanda* an eine Schiedsvereinbarung gebunden und die Unterscheidung *acta iure gestionis* – *acta iure imperii* spiele im Schiedsverfahren keine Rolle.

3. Auch im Falle *S.P.P. (Middle East) Ltd., Southern Pacific Properties Ltd. v. The Arab Republic of Egypt, The Egyptian General Company for Tourism and Hotels (EGOTH)*⁴¹ wurde dem beteiligten Staat keine Immunität gewährt. Das Schiedsgericht ließ sich dabei von folgenden Überlegungen leiten: Auf die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien seien sowohl das Recht des beteiligten Staates, also ägyptisches Recht, als auch allgemeine Prinzipien des Völkerrechts anwendbar. Den allgemeinen Prinzipien gebühre im Konfliktfall der Vorrang. Ägyptisches Recht dürfte daher nur angewendet werden, soweit es mit den Völkerrechtsregeln im Einklang stehe⁴². Aus diesen Feststellungen zum anwendbaren Recht zog das Schiedsgericht auch Schlüsse im Hinblick auf das Immunitätsproblem⁴³. So dienten nach Ansicht des Gerichtes die allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts vornehmlich dem Schutz ausländischer Investoren. Dieser Schutzzweck gebiete, daß sich ein beteiligter Staat im Schiedsverfahren nicht auf Immunität berufen könne. Daher müsse die Schiedsabrede als Immunitätsverzicht gedeutet werden.

³⁸ Clunet 102 (1975), 939.

³⁹ Clunet 102 (1975), 940.

⁴⁰ a. a. O.

⁴¹ ICC-Schiedsspruch Nr. 3493/1983, abgedruckt in ILM 22 (1983), 752 ff. sowie in Rev. arb 1986, 105 ff.; zum Sachverhalt vgl. unten, unter § 5, D. I.

⁴² ILM 22 (1983), 771; Rev. arb 1986, 116.

⁴³ ILM 22 (1983), 772; Rev. arb 1986, 117.

4. Ebenso verwarfen die Schiedsrichter im Falle *Westland Helicopters Ltd. v. The Arab Organisation for Industrialization, United Arab Emirates, Saudi Arabia, Qatar, Egypt, Arab British Helicopter Company (ABH)*⁴⁴ die Immunitätseinrede, die von Ägypten erhoben worden war. Das Schiedsgericht führte hierzu aus, es müsse zunächst der Unterschied zwischen Jurisdiktions- und Vollstreckungsimmunität beachtet werden. Nur die erstgenannte Form der Immunität könne im Schiedsverfahren eine Rolle spielen⁴⁵. Die Immunität eines Staates, der an einem Schiedsverfahren beteiligt sei, müsse nach dem am Schiedsort geltenden Recht, im vorliegenden Fall nach schweizerischem Recht, beurteilt werden. Nach schweizerischer Rechtsauffassung verzichte ein Staat durch Unterzeichnung einer Schiedsklausel stillschweigend auf seine Immunität. Infolgedessen könnten weder Ägypten noch die drei anderen beteiligten Staaten Immunität im Schiedsverfahren beanspruchen.

5. Schließlich setzte sich auch der Einzelrichter im Verfahren zwischen *Ipitrade International v. Ministry of Defence of Nigeria*⁴⁶ mit der Immunität des Schiedsbeklagten auseinander und kam zu dem Ergebnis, das nigerianische Verteidigungsministerium genieße keine Immunität. Zur Begründung führte der Schiedsrichter aus, Nigeria habe sich freiwillig einem Schiedsverfahren vor der *IntHK*-Paris und der Anwendung schweizerischen Rechts auf den Hauptvertrag unterworfen. Nach diesem Recht sei Nigeria an seine vertraglichen Abmachungen, darunter auch an die Schiedsabrede gebunden. Staatliche Immunität entbinde von dieser Verpflichtung nicht⁴⁷.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß die Immunitätseinrede im Schiedsverfahren die Ausnahme geblieben ist. Staaten berufen sich nur höchst selten vor Schiedsgerichten auf diesen Einwand⁴⁸. Drei der Fälle, in denen dies dennoch vorkam, wiesen zudem die Besonderheiten auf, daß sich die beteiligten Staaten bereits aus anderen Gründen nicht an die Schiedsvereinbarung gebunden fühlten und nur hilfsweise Immunität bean-

⁴⁴ ICC-Schiedsspruch Nr. 3879/1984, ILM 23 (1984), 1071 (1089); zum Sachverhalt vgl. unten, unter § 5, D. II.

⁴⁵ ILM 23 (1984), 1089.

⁴⁶ ICC-Schiedsspruch Nr. 2949/1978, Auszüge abgedruckt bei *Leboulanger, P.*, *Les contrats entre Etats ...*, S. 301.

⁴⁷ *Leboulanger, P.*, *ibid.* S. 301.

⁴⁸ Im Schiedsverfahren zwischen Saudi-Arabien und der Arabian American Oil Company (Aramco) (§ 1, Fn. 26) sahen sich die Schiedsrichter durch die Immunität des beteiligten Staates dazu veranlaßt, auf das Schiedsverfahren nicht irgendein nationales Recht, sondern Völkerrecht anzuwenden; vgl. dazu *Fischer, P.*, *Bemerkungen zur Lehre von Alfred Verdross über den „quasi-völkerrechtlichen“ Vertrag im Lichte der neuesten Entwicklung*, in *Festschrift für Alfred Verdross*, S. 379–401 (379), sowie unter, unter § 6, B. I. 1. Im Aramco-Fall diene die Immunität somit nicht dazu, die Zuständigkeit des Schiedsgerichts zu bestreiten.

spruchten. So behaupteten die Staaten in *S.G.T.M., S.P.P. und Westland Helicopters*-Fälle, die Schiedsvereinbarung sei für sie gar nicht bindend geworden⁴⁹. Bemerkenswert ist weiterhin, daß in keinem Fall ein Schiedsgericht der Immunitätseinrede stattgab. Die Schiedsrichter bedienten sich in ihren Entscheidungen allerdings unterschiedlicher Begründungen. Trotz aller Unterschiede kann festgehalten werden, daß kein einziges Schiedsgericht dazu bereit war, mit Rücksicht auf die Immunitätseinrede eines Staates seine Zuständigkeit zu verneinen⁵⁰.

III. Stand der Rechtslehre und Ansichten nationaler Gerichte

Der Stand der Rechtslehre bietet ein ähnliches Bild wie die Rechtsprechung internationaler Schiedsgerichte. Zwar herrscht im Ergebnis Einigkeit darüber, daß ein Staat im Schiedsverfahren keine Immunität beanspruchen kann⁵¹. Doch bestehen erhebliche Unterschiede, was die Begründung dieses

⁴⁹ Siehe ausführlich dazu unten, unter § 5, D.

⁵⁰ So auch *Wetter, J.-G.*, JIntArb 2 (1) (1985), 7–20 (14): „... a plea of sovereign immunity as a bar to the exercise of jurisdiction of arbitrators has never been admitted by an arbitral tribunal ...“.

⁵¹ *Blessing, M./Burckhardt, T.*, in *Recueil des travaux suisses sur l'arbitrage international*, S. 107–123 (108); *Böckstiegel, K.-H.*, *Der Staat ...*, S. 240; *ders.*, in NJW 28 (1975), 1577–1582 (1582); *Bourel, P.*, *Arbitrage international et immunités des états étrangers – à propos d'une jurisprudence récente*, Rev. arb 1982, 119–168 (124); *Delaune, G.*, AJIL 75 (1981), 784–819 (786); *Derains, Y.*, Anmerkung zu ICC-Schiedsspruch Nr. 2321/1974, Clunet 102 (1975), 938 (943); *Fox, H.*, in *Lew, J. D. M.*, (ed.), *Contemporary Problems ...*, S. 323–331 (323); *Giardina, A.*, *L'exécution des sentences du Centre International pour le Règlement des Differends Relatifs aux Investissements*, RCDIP 71 (1982), 273–293 (288); *Goldman, B.*, Anmerkung zu Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 12. Juli 1984, Clunet 112 (1985), 130 (145); *Herdegen, M.*, RIW 35 (1988), 329–337 (336) m.w. Nach.; *Kahn, P.*, Anmerkung zu Tribunal der Grande Instance der Paris, Entscheidung vom 29. November 1972, Clunet 100 (1973), 230–238 (233); *Mann, F.-A.*, *State Contracts and International Arbitration*, in *Mann, F.-A.* (ed.), *Studies in International Law* 1973, S. 265–301 (268); *Mezghani, A.*, Rev. arb 1985, 543–584 (569); *Oppetit, B.*, Anmerkung zu Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 21. April 1982, Clunet 110 (1983), 150 (152); *ders.*, *Arbitrage et contrats d'Etat – L'arbitrage Framatome et autres c. Atomic Energy Organisation of Iran*, Clunet 111 (1984), 37–57 (55); *ders.*, Anmerkung zu Cour cass., Entscheidung vom 18. November 1986, Clunet 114 (1987), 122 (123); *Paulsson, I.*, 2 Arb. Int (1986), 90–103 (90); *Reymond, C.*, Rev. arb 1985, 517–542 (521); *Vedel, G.*, Rev. arb 1961, 116–130 (127); *Wetter, J.-G.*, JIntArb 2 (1) (1985), 7–20 (19).

Auch staatliche Gerichte stehen auf diesem Punkt: vgl. z.B. *Thai-Europe Ltd. v. Pakistan Government* (1975), 1 W.L.R. 1485 (1491); Cour cass., Entscheidung vom 18. November 1986, *Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises, Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement c. Etat français, République Socialiste Fédérale de Yougoslavie*, Clunet 114 (1987), 120 (121 ff.); ebenso Art. 9 der *Resolution des Institut de Droit International on Arbitration Between States*, State

Ergebnisses anlangt. Hier lassen sich im wesentlich drei verschiedene Begründungen unterscheiden.

1. Lehre vom Immunitätsverzicht

Die wohl überwiegende Ansicht erblickt in der Schiedsabrede einen Verzicht des Staates auf seine Immunität im Schiedsverfahren⁵². Eine Schiedsvereinbarung wäre bedeutungslos, so argumentieren die Anhänger dieser Auffassung, wenn sich ein Staat unter Berufung auf Immunität von ihr lösen könnte. Daher müsse die Schiedsvereinbarung als Immunitätsverzicht interpretiert werden⁵³.

Im Rahmen dieser Lehre bleibt allerdings unklar, welches Recht für den Immunitätsverzicht maßgebend sein soll. Ergibt sich der Verzicht bereits aus dem Völkerrecht? Oder folgt er aus einem nationalen Recht? Bejaht man letzteres, so müßte weiterhin geprüft werden, welches nationale Recht ausschlaggebend sein soll. Ist es das Recht, das auf den Hauptvertrag zwi-

Enterprises or State Entities and Foreign Enterprises vom 12. September 1989, YCA XVI (1991), 233–239 (238) = RabelsZ 54 (1990), 160–169 (164) = Rev. arb 1990, 931–936 (934).

⁵² *Blessing, M./Burckhardt, T.*, in *Recueil de travaux suisses sur l'arbitrage international*, S. 107–123 (108); *Böckstiegel, K.-H.*, *Der Staat ...*, S. 240; *ders.*, in *NJW* 28 (1975), 1577–1582 (1582); *ders.*, in *Lew, J. D. M. (ed.)*, *Contemporary Problems ...*, S. 40–49 (44); *Carabiber, Ch.*, S. 134; *Delaume, G.*, in *AJIL* 75 (1981), 784–819 (786); *ders.*, in *AJIL* 79 (1985), 319–346 (343); *ders.*, in *Lew, J. D. M. (ed.)*, *Contemporary Problems ...*, S. 313–331 (315); *ders.*, in *Law and Practice of Transnational Contracts*, S. 372; *Goldman, B.*, *Clunet* 112 (1985), 142 (145); *Herdegen, M.*, *RIW* 35 (1988), 329–337 (336); *von Hoffmann, B.*, in *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, S. 35–70 (55); *Kahn, P.*, *Clunet* 100 (1973), 230–238 (233); *Luzzatto, R.*, *International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States*, *RdC* 157 (1977–IV), 9–120 (93); *Oppetit, B.*, in *Clunet* 110 (1983), 150 (152); *ders.*, in *Clunet* 114 (1987), 122 (123); *Paulsson, I.*, 2 *Arb. Int* (1986), 90–103 (98); *Rubino-Sammaritano, M.*, *International Arbitration Law*, S. 175; *Vedel, G.*, *Rev. arb.* 1961, 116–130 (127).

⁵³ So auch Art. 12 des Europäischen Übereinkommens über die Staatenimmunität vom 16. Mai 1972, BGBl. 1990, II, S. 35ff.; § 9 UK *SIA* 1978, (§ 4, Fn. 14); § 10 *Pakistan State Immunity Ordinance* 1981, (§ 4, Fn. 14); § 11 *Singapore State Immunity Act* 1979, abgedruckt in *Materials on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, U.N. Dok. ST/LEG/SER. B/20 (1982), 28ff.; § 10 *South Africa Foreign Sovereign Immunity Act* 1981, (§ 4, Fn. 14); Sec. 17 *Australian Foreign State Immunities Act* 1985, *ILM* 25 (1986), 715ff.; § 1605 (a) (6), *USA FSIA* i.d.F. vom 16. November 1988, *ILM* 28 (1989), 398; Art. 17 des *ILC*-Entwurfs, (§ 4, Fn. 17); Art. II Abs. 2 lit. g) der Resolution des *Institut de Droit International* vom 31. August 1991, „*Contemporary Problems Concerning the Immunity of States in Relation to Questions of Jurisdiction and Enforcement*“, *AnnIDI* 64 II (1992), S. 388ff.; Art. III (A) (b) des *ILA*-Entwurfs, (§ 4, Fn. 18); vgl. darüber hinaus die ausführlichen Nachweise bei *Langkeit, J.*, S. 232 ff.

schen den Parteien anwendbar ist⁵⁴, das Recht, welches den Schiedsvertrag regelt, oder aber das Recht, nach dem sich das Schiedsverfahren richtet⁵⁵? Schließlich kommt auch in Betracht, dem Schiedsvertrag allein aus sich selbst heraus die Wirkung eines Immunitätsverzichts beizumessen, ohne diese Wirkung in einer internationalen oder nationalen Rechtsordnung zu verankern⁵⁶. Die Vertreter der Ansicht, die Schiedsabrede bilde einen Immunitätsverzicht für das Schiedsverfahren, bleiben durchweg eine Antwort auf diese Frage schuldig. Im praktischen Ergebnis jedenfalls kann sich ein Staat nach dieser Lehre in einem Schiedsverfahren niemals auf Immunität berufen. Dabei spielt es keine Rolle, ob sich das Schiedsverfahren auf *acta iure gestionis* oder auf *acta iure imperii* des Staates bezieht.

2. Bindungswirkung der Schiedsabrede

Nach einer zweiten Ansicht hat die Bindungswirkung des Schiedsvertrages Vorrang vor dem Prinzip der Staatenimmunität⁵⁷. Die Vertreter dieser Meinung argumentieren, beide Vertragspartner seien in gleicher Weise und ohne Widerrufungsmöglichkeiten an eine Schiedsabrede gebunden. Dies gelte ohne Einschränkung auch dann, wenn eine der Parteien ein Staat sei. Daher verdränge die Bindung eines Staates an eine Schiedsvereinbarung sein Recht, sich im Schiedsverfahren auf Immunität zu berufen. Nach dieser Konzeption folgt der Ausschluß der Immunität also weder aus einem nationalen Recht noch aus dem Völkerrecht⁵⁸. Statt dessen führen allein der Schiedsvertrag und die ihm entspringenden Verpflichtungen dazu, daß Immunität im Schiedsverfahren weder für *acta iure gestionis* noch für *acta iure imperii* beansprucht werden kann.

⁵⁴ So will *Peter, W.*, (Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements Second Revised and Enlarged Edition 1995, S. 289) Fragen der Immunität nach demjenigen Recht beurteilen, das auf den Hauptvertrag anwendbar ist. Zum anwendbaren Recht vgl. allgemein *Virally, M.*, Un tiers droit? Réflexions théoriques, in: *Le Droit des Relations Economiques Internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman* 1982, S. 373–385 (380ff.).

⁵⁵ Dies können drei verschiedene Rechte sein, da es den Parteien nicht verwehrt werden darf, eine unterschiedliche Rechtswahl im Hinblick auf Hauptvertrag, Schiedsvertrag und Schiedsverfahren zu treffen; *High Court, Queen's Bench Division*, Entscheidung vom 22. Dezember 1992, *Union of India v. Mc Donnell Douglas Corporation*, [1993] 3 Lloyd's Rep. 48ff. = YCA XIX (1994), 235–239; vgl. dazu unten, unter § 6, A., Fn. 4.

⁵⁶ So z.B. *Vedel, G.*, Rev. arb 1961, 116–130 (127).

⁵⁷ *Bernini, G./van den Berg, A.*, in *Lew, J. D. M.* (ed.), Contemporary Problems ..., S. 359–373 (362); *Fox, H.*, in *Lew, J. D. M.* (ed.), *ibid.*, S. 323–331 (323); *Leboulanger, P.*, Les contrats entre Etats ..., S. 302; *Wetter, J.-G.*, JIntArb 2 (1) (1985), 7–20 (14ff.).

⁵⁸ *Leboulanger, P.*, Les contrats entre Etats ..., S. 302.

3. Lehre vom völkerrechtlichen Ausschluß der Immunität

Die Anhänger dieser Lehre behaupten, Immunität werde im Schiedsverfahren nicht erst durch die Auswirkungen des Schiedsvertrages verdrängt. Auch müsse ein Staat auf seine Immunität nicht verzichten. Vielmehr komme einem Staat von vornherein keine Immunität vor einem Schiedsgericht zu⁵⁹. Dieses Ergebnis wird der völkerrechtlichen Definition des Immunitätsbegriffs entnommen. Danach bedeute Immunität das Recht eines Staates, sich nicht der Hoheitsgewalt eines anderen Staates unterwerfen zu müssen. Schiedsrichterliche Gewalt sei keine Hoheitsgewalt eines anderen Staates. Daher bestehe kein Immunitätsanspruch gegenüber einem Schiedsgericht. Diese Argumentation gleicht der Begründung, welche das Schiedsgericht im *Soleh Boneh*-Fall entwickelt hat⁶⁰. Die Immunität eines Staates ist danach bereits kraft Völkerrechts ausgeschlossen, weil der Immunitätsanspruch gegen einen fremden Staat gerichtet ist und das Schiedsgericht kein Organ eines Staates ist.

4. Zusammenfassung

Trotz unterschiedlicher Begründungen herrscht in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit und im Schrifttum Einigkeit darüber, daß ein Staat im Schiedsverfahren Immunität weder für hoheitliches noch für nichthoheitliches Handeln beanspruchen kann. Dieses Ergebnis ist für viele Autoren sogar derart selbstverständlich, daß sie auf eine Begründung dafür ganz verzichten⁶¹.

In der Tat sprechen zahlreiche Gründe dafür, Immunität im Schiedsverfahren nicht anzuerkennen. Eine Schiedsvereinbarung soll den Parteien eine verbindliche Streitentscheidung gewährleisten. Könnte ein Staat aber Immunität im Schiedsverfahren einwenden, so würde die Verbindlichkeit der Streitentscheidung oder gar die Streitentscheidung selbst in das Belieben der staatlichen Partei gestellt. Damit würden Sinn und Zweck der Schiedsabrede *ad absurdum* geführt⁶². Darüber hinaus ist zu bemerken, daß eine Schiedsvereinbarung alle anderen Formen der Streitschlichtung, wie z.B. das Klageverfahren vor einem Staatsgericht, ausschließt. Dürfte ein Staat mittels seiner Immunität frei darüber entscheiden, ob das Schiedsverfahren

⁵⁹ Bourel, P., Rev. arb 1982, 119–168 (124, 125): „*Les notions d'immunité de juridiction et d'arbitrage sont exclusives l'une de l'autre*“; Derains, Y., Clunet 102 (1975), 940 (943); Jacquet, J.-M., Clunet 116 (1989–II), 621–690 (659); Mezghani, A., Rev. arb 1985, 543–584 (569); Reymond, C., Rev. arb 1985, 517–542 (521).

⁶⁰ Oben, unter § 4, Fn. 37.

⁶¹ Oppetit, B., Clunet 111 (1984), 37 (55).

⁶² So auch Wetter, J.-G., JIntArb 2 (1) (1985), 7–20 (14).

stattfindet, so wäre die private Partei jeglicher Form der Rechtsverfolgung beraubt und sie würde praktisch rechtlos gestellt⁶³.

5. Stellungnahme: Völkerrechtlicher Ausschluß der Immunitätseinrede im Schiedsverfahren

Während somit im Grundsatz Einigkeit darüber besteht, daß einem Staat im Schiedsverfahren keine Immunität zu gewähren ist, läßt sich keinerlei Übereinstimmung hinsichtlich der rechtstheoretischen Begründung dieses Ergebnisses aufzeigen: nach der herrschenden Meinung liegt im Abschluß einer Schiedsvereinbarung ein stillschweigender Immunitätsverzicht⁶⁴. Für andere führt allein die Bindungswirkung der Schiedsabrede dazu, daß einem Staat Immunität im Schiedsverfahren nicht zukommen kann⁶⁵. Die Vertreter der Lehre vom völkerrechtlichen Ausschluß der Immunität stellen auf die völkerrechtliche Grundlage des Immunitätsbegriffs ab, welches als das Recht eines souveränen Staates auf Befreiung von der Gerichtsbarkeit eines anderen Staates herausgebildet hat. Dementsprechend ist der Immunitätsanspruch gegen einen anderen Staat und dessen Organe gerichtet. Schiedsgerichte sind aber keine Organe eines Staates. Bereits die völkerrechtliche Definition der Immunität schließe daher die Geltendmachung der Immunitätseinrede im Schiedsverfahren aus⁶⁶.

Der letztgenannten Ansicht ist beizupflichten. Immunität ist ihrer Bestimmung nach allein und einzig auf Beziehungen zwischen zwei souveränen Staaten beschränkt. Sie könnte damit im Verhältnis zwischen Staaten und Schiedsgerichten allenfalls dann eine Rolle spielen, wenn das Schiedsgericht einen anderen Staat repräsentierte. Private Schiedsgerichte leiten aber ihre Zuständigkeit nur aus der Parteivereinbarung ab und besitzen keine Hoheitsbefugnisse⁶⁷. Die Schiedsgerichtsbarkeit übt daher keine staatliche Gerichtsbarkeit aus. Vielmehr ist sie im Einklang mit der ganz überwiegenden Ansicht als eine vom Staat anerkannte⁶⁸, von diesem aber unabhängige,

⁶³ Wetter, J.-G., *ibid*; zur vergleichbaren Problematik für die Unantastbarkeit der Schiedsklausel im Falle der Aufkündigung der Schiedsabrede kraft Souveränität vgl. unten, unter § 4, D. III.

⁶⁴ Oben, unter § 4, B. III. 1.

⁶⁵ Oben, unter § 4, B. III. 2.

⁶⁶ Oben, unter § 4, B. III. 3.

⁶⁷ Vgl. Bernini, G., YCA VI (1981), 24 ff. zum italienischen Recht; Derains, Y., YCA VI (1981), 1 (14) zum französischen Recht; Foustoucos, A., YCA V (1980), 57 (70) zum griechischen Recht; Glossner, O. YCA IV (1979), 60 (70) zum deutschen Recht; Matray, L., YCA V (1980), 1 (13 ff.) zum belgischen Recht; Steyn, J., YCA VIII (1983), 3 (19) zum englischen Recht.

⁶⁸ Habscheid, W.-J., Schiedsgerichtsbarkeit und Staatsaufsicht, KTS 20 (1959), 113–120 (114) vertritt z.B. die Auffassung, daß der deutsche Gesetzgeber wegen

private Möglichkeit der Streitsentscheidung zu betrachten⁶⁹. Schiedsgerichte sind keine Repräsentanten eines Staates⁷⁰. Damit ergibt sich bereits aus dem Völkerrecht, welches einem Staat nur im Verhältnis zu anderen Staaten und deren Institutionen Immunität zubilligt, daß staatliche Immunität im Schiedsverfahren nicht in Betracht kommen kann.

Außerdem läßt sich im Bereich der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit zwischen Staaten und Privatleuten eine Rechtsüberzeugung feststellen, nach der einem Staat die Immunität im Schiedsverfahren zu verwehren sei. Dieser Rechtsüberzeugung entspricht auch eine nahezu einheitliche Staatenpraxis: Indizien für diese Praxis sind internationale Abkommen wie das *WBÜ*⁷¹ und das *EÜ*⁷². Ein weiteres Anzeichen ist die Tatsache, daß sich Staaten nur höchst selten und ausnahmsweise auf Immunität im Schiedsverfahren berufen haben⁷³. Darüber hinaus ist darauf zu verweisen, daß sich internationale Schiedsgerichte übereinstimmend weigern, der Immunitätseinrede eines Staates stattzugeben⁷⁴. Schließlich steht auch die Rechtslehre heute im Ergebnis einhellig auf dem Standpunkt, daß der Immunitätseinwand in einem Schiedsverfahren keine Rolle spielen kann⁷⁵.

Alle diese Faktoren führen zu dem Schluß, daß das Völkerrecht eine Regel herausgebildet hat, nach der ein Staat im Handelsschiedsverfahren mit einem privaten Geschäftspartner unter keinen Umständen Immunität beanspruchen kann. Die Voraussetzungen einer entsprechenden Norm des Völkergewohnheitsrechts, nämlich einheitliche Praxis, die von den betroffenen Staaten als verbindliche Rechtsregel angesehen wird (sog. *opinio iuris*)⁷⁶, sind erfüllt. Der Ausschluß jeglicher Immunität im Schiedsverfahren folgt damit bereits aus dem Völkerrecht. Eine völkerrechtliche Regel dieses Inhalts läßt sich – negativ – aus Grundlagen und Definition des Immunitätsbegriffs ableiten und – positiv – aus einer einheitlichen, von

Art. 2 GG, in dem auch der Grundsatz der Privatautonomie verankert ist, die private Schiedsgerichtsbarkeit zulassen muß.

⁶⁹ *Rosenberg, L./Schwab, K.-H./Gottwald, P.*, Zivilprozeßrecht, 15. Aufl., München 1993, § 177, S. 1103; *Habscheid, W.-J.*, KTS 20 (1959), 113–120 (114).

⁷⁰ So auch *Bourel, P.*, Rev. arb 1982, 119–168 (124); *Dérains, Y.*, Clunet 102 (1975), 940 (944); *Fox, H.*, in *Lew, J. D. M.* (ed.), Contemporary Problems ..., S. 323–331 (323); *Leboulanger, P.*, Contrats entre Etats ..., S. 302; *Mezghani, A.*, Rev. arb 1985, 543–584 (569); *Reymond, C.*, Rev. arb 1985, 517–542 (521); ICC-Schiedsspruch Nr. 2321/1974, Clunet 102 (1975), 938 (940).

⁷¹ Oben, unter § 4, B. I. 1.

⁷² Oben, unter § 4, B. I. 2.

⁷³ Oben, unter § 4, B. II., Fn. 33.

⁷⁴ Oben, unter § 4, B. II.

⁷⁵ Oben, unter § 4, B. III.

⁷⁶ *The S. S. Lotus (France v. Turkey)*, PCIJ 1927, Ser. A, No. 10; *Seidl-Hohenveldern, I.*, Völkerrecht, 9. Aufl., RdNr. 467 ff.

Rechtsüberzeugung getragenen Übung der Staaten im Bereich der Handelschiedsgerichtsbarkeit entnehmen.

Legt man diese Auffassung zugrunde, so verliert für die Immunität im Schiedsverfahren die heftig umstrittene Frage an Bedeutung, ob die Schiedsabrede auch bei hoheitlichen Streitgegenständen (*acta iure imperii*) als Immunitätsverzicht zu deuten ist. Die Unterscheidung zwischen *acta iure imperii* und *acta iure gestionis* ist gerade bei Schiedsverfahren im Rahmen von Konzessionsverträgen ausschlaggebend, zumal sie auch hoheitliche Elemente aufweisen⁷⁷. Obgleich sowohl das *Europäische Übereinkommen über die Staatenimmunität* vom 16. Mai 1972⁷⁸ als auch der Entwurf der *International Law Commission*⁷⁹ die immunitätsausschließende Wirkung von Schiedsabreden nur bei nichthoheitlichen Streitgegenständen annehmen, spricht die überwiegende Staatenpraxis nach wie vor gegen die Einschränkung auf *acta iure gestionis*⁸⁰. Bei konsequenter Anwendung der Lehre vom völkerrechtlichen Immunitätsausschluß scheint dies gerechtfertigt.

C. Immunität vor staatlichen Gerichten bei der Vollstreckung von Schiedssprüchen

Erfüllt die im Schiedsverfahren unterlegene Partei den Schiedsspruch nicht, so kann sich die obsiegende Partei gezwungen sehen, ihre Rechte mit Hilfe staatlicher Gerichte durchzusetzen. Dies geschieht in Gestalt eines Anerkennungs- gegebenenfalls auch Zwangsvollstreckungsverfahrens.

Im Verfahren der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche muß zwischen der *Vollstreckbarerklärung* (*Exequaturverfahren*) und dem anschließenden tatsächlichen Zugriff auf das Schuldnervermögen (*Zwangsvollstreckungsverfahren*) unterschieden werden. Die Vollstreckbarerklärung wird noch nicht zum Vollstreckungsverfahren im immunitätsrechtlichen Sinne gerechnet, unterfällt daher den Immunitätsregeln für das

⁷⁷ Oben, unter § 4, Fn. 22.

⁷⁸ Art. 12 des Übereinkommens, unten, unter § 4, C. I. 2.

⁷⁹ Art. 17 *ILC*-Entwurf (§ 4, Fn. 17).

⁸⁰ In den in § 4, Fn. 14, 53 genannten nationalen Vorschriften sowie in den Vorschlägen der *International Law Association* und des *Institut de Droit International* (§ 4, Fn. 53) taucht die Unterscheidung zwischen *acta iure gestionis* und *acta iure imperii* nicht auf. Ausdrücklich gegen diese Differenzierung spricht sich die Begründung zum australischen Foreign States Immunities Act aus, siehe Australian Law Reform Commission Report, Foreign State Immunity (1984), abgedruckt in ILM 23 (1984), 1398, 1400: für die Erstreckung des Immunitätsausschlusses auch auf *acta iure imperii*: Herdegen, M., RIW 35 (1989), 329–337 (336); Langkeit, J., S. 244 ff. mit vielen weiteren Nachweisen; Mann, F.-A., BYIL 42 (1967), 1–37 (15); auf *acta iure gestionis* einschränkend: Schlosser, P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 348.

Erkenntnisverfahren (Jurisdiktionsimmunität)⁸¹. Angesichts der Schlüsselrolle eines Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahrens für die Effektivität und Verlässlichkeit der Schiedsgerichtsbarkeit kommt der Immunitätseinrede in diesem Verfahrensabschnitt eine herausragende Bedeutung zu. Aufgabe der folgenden Überlegungen soll es daher sein, der Jurisdiktions- bzw. Vollstreckungsimmunität eines Staates im Verfahren der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung von Schiedssprüchen näher nachzugehen.

I. Einfluß internationaler Abkommen

Verschiedene internationale Abkommen berühren Fragen der Schiedsgerichtsbarkeit und der Staatenimmunität. Zwei von ihnen, das *WBÜ* und das *Europäische Übereinkommen über die Staatenimmunität* vom 16. Mai 1972 sollen im folgenden daraufhin überprüft werden, ob sie eine Regelung der staatlichen Immunität im Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren von Schiedssprüchen enthalten.

1. Das Weltbankübereinkommen

Mit der Unterwerfung unter ein Schiedsverfahren nach dem *WBÜ* verzichtet die staatliche Verfahrenspartei auf ihre Immunität im Exequaturver-

⁸¹ Siehe Sec. 17 (2) Australia Foreign States Immunities Act 1985, ILM 25 (1986), 715ff.; § 1605 (a) (6) USA *FSIA* 1976/1988, ILM 28 (1989), 398; vgl. auch Tribunal de Grande Instance de Paris, Entscheidung vom 6. Juli 1970, République Socialiste Fédérale de Yougoslavie c. Société Européenne d'Etudes et d'Enterprises, Clunet 98 (1971), 131, 132; Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 26. Juni 1981, S.A.R.L. Benvenuti et Bonfant c. Gouvernement de la République du Congo, Clunet 108 (1981), 843, 845; Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 21. April 1982, République Islamique d'Iran, Organisation pour les Investissements et les aides économiques et techniques de l'Iran (OIAETI) et Organisation de l'Energie Atomique de l'Iran (OEAI), c. Sociétés EURODIF et SOFIDIF et Commissariat à l'Energie Atomique, Rev. arb 1982, 204–213; Court of Appeal of Casablanca, Entscheidung vom 21. Juni 1983, Office National du Thé et du Sucre c. Philippines Sugar Company Ltd., abgedruckt in YCA XXI (1996), 627–631 (628); Cour cass., Entscheidung vom 11. Juni 1991, Société SOABI c. Etat du Sénégal, Clunet 118 (1991) 1005ff. = YCA XVII (1992), 754–756; zustimmend: *Bernini, G./van den Berg, A.*, in *Lew, J. D. M.* (ed.), *Contemporary Problems ...*, S. 359–373 (359); *Broches, A.*, in YCA XVIII (1993), 627–715 (701); *Delaume, G.*, Clunet 109 (1982), 775–843 (838); *ders.*, Rev. arb 1983, 143–161 (157); *ders.*, in *Law and Practice of Transnational Contracts*, S. 37; *Giardina, A.*, RCDIP 71 (1982), 273–293 (282); *Jacquet, J.-M.*, Clunet 116 (1989–II), 621–690 (686); *Langkeit, J.*, S. 97; *Luzzatto, R.*, RdC 157 (1977–IV), 9–120 (68); *Oppetit, B.*, Anmerkung zu Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 26. Juni 1981, Clunet 108 (1981), 846; *Rensmann, T.*, S. 266; a. A. *Mann, F.-A.*, BYIL 42 (1967), 1–37 (18ff.).

fahren⁸². Dies folgt aus dem Zusammenhang von Art. 54 und 55 des WBÜ. Das Übereinkommen unterscheidet ausdrücklich zwischen der Vollstreckbarerklärung („*enforcement*“) und dem eigentlichen Zugriff auf das Schuldnervermögen in der Zwangsvollstreckung („*execution*“). Art. 54 Abs. 1 und 2 WBÜ betreffen die Vollstreckbarerklärung; Art. 54 Abs. 3 und 55 WBÜ die Zwangsvollstreckung.

Das Exequaturverfahren ist im WBÜ abschließend geregelt. Nach Art. 54 Abs. 1 Satz 1 WBÜ erkennt jeder Vertragsstaat den im Rahmen des WBÜ erlassenen Schiedsspruch „*als bindend an und sorgt für die Vollstreckung der darin auferlegten finanziellen Verpflichtungen in seinem Hoheitsgebiet, als handle es sich um ein rechtskräftiges Urteil eines seiner innerstaatlichen Gerichte*“. Zur Erteilung des Exequatur bedarf es nach Art. 54 Abs. 2 WBÜ nur der Vorlage einer authentischen Ausfertigung des Schiedsspruches. Damit bleibt für den Einwand der Staatenimmunität im Exequaturverfahren kein Raum⁸³.

Für die Zwangsvollstreckung des vollstreckbar erklärten Schiedsspruches verweist das WBÜ auf die *lex fori* des Vollstreckungsstaates. Art. 55 WBÜ unterstreicht dabei, daß damit auch die im Vollstreckungsforum geltenden Regeln über die Staatenimmunität in der Zwangsvollstreckung Anwendung finden⁸⁴. Insofern nimmt das WBÜ keinerlei Einfluß auf die Frage der Voll-

⁸² Liberian Eastern Timber Corporation (Letco) v. The Government of the Republic of Liberia, 650 F. Supp. 73, ICSID Rev.-FILJ 3 (1987), 188 ff.; aff'd: 854 F.2d 1314 (2d Cir. 1987); siehe auch S.A.R.L. Benvenuti et Bonfant c. Gouvernement de la République du Congo (§ 4, Fn. 81), Clunet 108 (1981), 843, 845; Société SOABI c. Etat du Sénégal (§ 4, Fn. 81), Clunet 118 (1991), 1005; Broches, A., RdC 136 (1972-II), 331–410 (493); ders., YCA XVIII (1993), 627–715 (703); Delaume, G., AJIL 75 (1981), 784–819 (816); ders., AJIL 77 (1983), 784–803 (791); ders., Rev. arb 1983, 143–161 (156); ders., IntL 17 (1983), 687–698 (695); ders., AJIL 79 (1985), 319–346 (343); ders., in Lew, J. D. M. (ed.), Contemporary Problems ..., S. 313–331 (317); ders., in Law and Practice of Transnational Contracts, S. 387; ders., Recognition and Enforcement of State Contract Awards in the United States: A Restatement, AJIL 91 (1997), 476–489 (485); Giardina, A., RCDIP 71 (1982), 273–293 (288); Langkeit, J., S. 96 ff.; Lavieć, J.-P., S. 274; Regli, J.-P., S. 163; Rensmann, T., S. 271.

⁸³ Vgl. Judge Weinfeld in Letco v. Liberia (§ 4, Fn. 82), ICSID Rev.-FILJ 3 (1987), 188, 190: „*Liberia, as a signatory to the Convention, waived its sovereign immunity in the United States with respect to the enforcement of any arbitration award entered pursuant to the Convention ...*“. Beachte nunmehr § 1605 (a) (6) (B) FSIA (§ 4, Fn. 14); siehe auch Société SOABI c. Etat du Sénégal, (§ 4, Fn. 81): „*Attendu, cependant, que l'état étranger qui s'est soumis à la juridiction arbitrale a, par la-même, accepté que la sentence puisse être revêtue de l'exéquatur lequel ne constitue pas, en lui-même, un acte d'exécution de nature à provoquer l'immunité d'exécution de l'Etat considéré ...*“.

⁸⁴ Vgl. Letco v. Liberia (§ 4, Fn. 82), ICSID Rev.-FILJ 3 (1987), 188 (191) und Letco v. The Government of The Republic of Liberia, 659 F. Supp. 606 (D.D.C.

streckung⁸⁵. Ob Vollstreckungsimmunität die Zwangsvollstreckung aus einem nach dem *WBÜ* erlassenen Schiedsspruch verhindert, muß gemäß Art. 55 *WBÜ* allein von den Immunitätsgesetzen der betreffenden Mitgliedstaaten entschieden werden.

Dennoch wird ein privater Investor durch diese Regelung nicht rechtlos gestellt. Das *WBÜ* enthält ein System von Sanktionen, welches die Vollstreckung von *ICSID*-Schiedssprüchen auch dann sicherstellt, wenn der Schuldnerstaat ihre Befolgung zunächst ablehnt⁸⁶. In einem solchen Fall kann der private Investor gemäß Art. 27 Abs. 1 *WBÜ* diplomatischen Schutz seines Heimatstaates in Anspruch nehmen⁸⁷. Des weiteren verstößt ein Schuldnerstaat, der einen *ICSID*-Schiedsspruch nicht beachtet, gegen seine völkerrechtliche Verpflichtung aus Art. 53 Abs. 1 *WBÜ*. Folglich kann der Heimatstaat des Investor den Fall als eine Streitigkeit, welche die Anwendung des Übereinkommens betrifft, gemäß Art. 64 *WBÜ* dem *Internationalen Gerichtshof (IGH)* unterbreiten⁸⁸. Schließlich drohen einem

1987), *ICSID Rev.-FILJ* 3 (1987), 161 ff. In beiden Fällen scheiterte die Vollstreckung des *ICSID*-Schiedsspruches am hoheitlichen Charakter der Vollstreckungsobjekte; so auch im *Benvenuti v. Bonfant*-Fall, *ILM* 20 (1981), 881. Die *ICSID*-Musterschiedsklausel sieht daher einen ausdrücklichen Verzicht auf die Immunität in der Zwangsvollstreckung vor, vgl. *ICSID Model Clauses*, Doc. *ICSID/5/Rev.* (1.2.1993), abgedruckt in *ICSID Rev.-FILJ* 8 (1993), S. 134 ff. (Clause 15).

⁸⁵ *Broches*, A., *RdC* 136 (1972–II), 331–410 (404); *ders.*, in *YCA XVIII* (1993), 627–715 (704); *Delaume*, G., *AJIL* 75 (1981), 784–819 (817); *ders.*, *AJIL* 77 (1983), 784–803 (800); *ders.*, in *Lew, J. D. M.* (ed.), *Contemporary Problems ...*, S. 313–331 (321); *ders.*, in *Etudes de Droit International en l'Honneur de Pierre Lalive*, S. 469–482 (471); *ders.*, *AJIL* 91 (1997), 476–489 (485); *Langkeit*, J., S. 100 ff.; *Lavie*, J.-P., S. 293; *Leboulanger*, P., *Les contrats entre Etats ...*, S. 320; *Regli*, J.-P., S. 164; *Rensmann*, T., S. 272; *Schlosser*, P., *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, RdNr. 349; *ders.*, in *Stein/Jonas Kommentar zur ZPO*, 21. Aufl., 1994, Band 7 vor § 1044 C, 1, RdNr. 48.

⁸⁶ *Broches*, A., *Settlement of Disputes Arising out of Investments in Developing Countries*, in *Broches*, A., *Selected Articles ...*, S. 458–467 (463); *ders.*, *Choice-of-Law Provisions in Contracts with Governments*, in *Broches*, A., (ed.), *ibid.*, S. 523–532 (529); *Delaume*, G., *Clunet* 109 (1982), 775–843 (840); *ders.*, *AJIL* 77 (1983), 784–803 (800); *ders.*, 3 *Arb. Int* (1987), 28–75 (43); *Hirsch*, M., S. 25; *Regli*, J.-P., S. 16; *Schlosser*, P., in *Stein/Jonas, Kommentar zur ZPO*, 21. Aufl., 1994, Band 7 vor § 1044 C, 1, RdNr. 48.

⁸⁷ *Delaume*, G., *Clunet* 109 (1982), 775–843 (840); *ders.*, 3 *Arb. Int* (1987), 28–45 (43); *Giardina*, A., *RDCIP* 71 (1982), 273–293 (291); *Patzina*, von R., *Rechtlicher Schutz ausländischer Privatinvestoren gegen Enteignungsrisiken in Entwicklungsländern*, Heidelberg 1981, S. 178.

⁸⁸ *Delaume*, G., *Clunet* 109 (1982), 775–843 (841); *ders.*, *AJIL* 77 (1983), 784–803 (802); *ders.*, *IntL* 17 (1983), 687–698 (696); *ders.*, in *Lew, J. D. M.* (ed.), *Contemporary Problems ...*, S. 23–39 (35); *ders.*, in *Lew, J. D. M.* (ed.), *ibid.*, S. 313–331 (321); *ders.*, 3 *Arb. Int* (1987), 28–45 (43); *Giardina*, A., *RCDIP* 71 (1982), 273–293 (292); *Hirsch*, M., S. 25; *Patzina*, von R., S. 178.

erfüllungsunwilligen Staat negative Konsequenzen bei der Vergabe zukünftiger Kredite durch die Weltbank⁸⁹. Alle diese Sanktionen gewährleisten, daß *ICSID*-Schiedssprüche auch ohne Zwangsvollstreckungsmöglichkeit von Schuldnerstaaten befolgt werden.

2. Europäisches Übereinkommen über die Staatenimmunität

Am 16. Mai 1972 wurde das *Europäische Übereinkommen über die Staatenimmunität (EÜSt)* einschließlich Zusatzprotokoll zur Zeichnung aufgelegt⁹⁰. Es regelt den Einfluß einer Schiedsvereinbarung auf die Staatenimmunität in Art. 12 Abs. 1 *EÜSt*:

„Unterwirft sich ein Vertragsstaat bezüglich einer Streitigkeit, die in einer Zivil- oder Handelssache entstanden ist oder entstehen kann, in schriftlicher Form einem Schiedsverfahren, so kann der Staat vor einem Gericht eines anderen Vertragsstaates, auf dessen Hoheitsgebiet oder nach dessen Recht das Schiedsverfahren stattgefunden hat, keine Jurisdiktionsimmunität in Verfahren beanspruchen, die bezogen sind auf:

- (a) die Wirksamkeit oder Auslegung der Schiedsabrede;
- (b) das Schiedsverfahren;
- (c) die Nichtigerklärung des Schiedsspruches,

es sei denn, die Parteien hätten in der Schiedsabrede etwas anders vereinbart“.

Art. 12 *EÜSt* behandelt daher den Abschluß eines Schiedsvertrages nicht als generellen Verzicht auf Jurisdiktionsimmunität. Die Verzichtswirkung ist vielmehr beschränkt auf gerichtliche Verfahren, die im Zusammenhang mit der Schiedsvereinbarung, dem Schiedsverfahren oder der Aufhebung von Schiedssprüchen stehen. Die Immunität im Verfahren zur Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen wird durch Art. 12 *EÜSt* nicht eingeschränkt⁹¹. Nach der Regelung des *EÜSt* kann ein Staat daher Jurisdiktionsimmunität im Verfahren zur Anerkennung eines gegen ihn gerichteten Schiedsspruches beanspruchen⁹².

⁸⁹ Giardina, A., RCDIP 71 (1982), 273–293 (293); Patzina, von R., S. 178.

⁹⁰ BGBl. 1990, II, S. 35 ff., Text abgedruckt in ILM 11 (1972), 470; die BRD hat das Übereinkommen unterzeichnet, jedoch bisher nicht ratifiziert.

⁹¹ Der Explanatory Report on the European Convention on State Immunity and Additional Protocol, Art. 12, No. 51 (S. 21), betont, Verfahren zur Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen unterfielen nicht dem *EÜSt*; vgl. dazu Langkeit, J., S. 107.

⁹² Dieser Regelung folgend: Art. 17 *ILC*-Entwurfs (§ 4, Fn. 17). Der Vorschlag des Special Rapporteur M. Ogiso auch die Anerkennung des Schiedsspruches in Art. 17 aufzunehmen (vgl. Third Report on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, YbILC 1990 II, Part I, S. 3, 16 ff.), wurde von der *International Law Commission* mit der Begründung verworfen, daß die Anerkennung des Schiedsspruches als erster Schritt des Zwangsvollstreckungsverfahrens angesehen werden

II. Rechte einzelner Staaten

Nationale Immunitätsrechte sind sehr unterschiedlich entwickelt. In den meisten Ländern fehlt eine gesetzliche Regelung, so daß die Gerichte das Problem der Staatenimmunität durch Entscheidungen von Fall zu Fall lösen müssen⁹³. Im Unterschied dazu enthalten z.B. die Rechte der USA und Großbritanniens eine Kodifizierung dieses Rechtsbereiches⁹⁴.

1. Recht der USA

Das gegenwärtige amerikanische Recht der Staatenimmunität ist im *Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)* von 1976/1988 verankert⁹⁵. Fünf Merkmale des *FSIA* sind im Rahmen dieser Untersuchung besonders hervorzuheben:

- (1) Das Gesetz entzieht der Exekutive die Entscheidung über die Frage, ob ausländischen Staaten Immunität zu gewähren ist und legt die Verantwortung dafür in die Hand der Gerichte⁹⁶.

müsse; siehe Report of the *ILC* on the Work of its 42th Session (1 May – 20 Juli 1990), YbILC 1990 II, Part 2, S. 1, 39; ähnlich Sec. 17 des australischen Foreign States Immunities Act (§ 4, Fn. 53). Aus Sec. 17 (2) geht hervor, daß der Immunitätsausschluß in Sec. 17 (1) sich nicht auf die Vollstreckbarerklärung beziehen soll.

⁹³ So z.B. in Frankreich, in Belgien, in den Niederlanden, in der Schweiz, in Schweden, in Italien und in der BRD.

⁹⁴ Zu den Rechten anderer Staaten, die auf dem Gebiet der Immunität gesetzgeberisch tätig geworden sind vgl. *Langkeit, J.*, S. 150 (kanadischer *SIA* von 1982); S. 197 (australischer *FSIA* 1985); S. 200 ff. (Pakistan Sovereign Immunity Ordinance 1981, Singapore Sovereign Immunity Act 1979, South Africa Foreign Sovereign Immunities Act 1981).

⁹⁵ Public Law 94–583; 28 U.S.C. §§ 1330, 1602–1611, abgedruckt in ILM 15 (1976), 1388–1392, geändert durch Public Law 100–669 vom 16. November 1988, ILM 28 (1989), 398; zu dieser Reform vgl. *Berger, K.-P.*, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Staatsimmunität: Die Revision des U.S. Foreign Sovereign Immunities Act, RIW 35 (1989), 956–958; *Delaume, G.*, in Etudes de Droit International en l'Honneur de Pierre Lalive, S. 469–482 (479); *ders.*, AJIL 91 (1997), 476–489 (487); *Joly, F.*, Etats-Unis: Une réforme de 1988 restreint le domaine des immunités des Etats étrangers en matière d'arbitrage, Rev. arb 1990, 607–616; *Kahale, G.*, New Legislation in the United States Facilitates Enforcement of Arbitral Agreements and Awards Against Foreign States, JIntArb 6 (2) (1989), 57–64.

⁹⁶ *Langkeit, J.*, S. 129; *Schreuer, C.*, Das US-Gesetz über die Immunität ausländischer Staaten in der Praxis der Gerichte, RIW 31 (1985), 173–187; zur Rechtslage vor Inkrafttreten des *FSIA* vgl. *Langkeit, J.*, S. 125 ff.

- (2) Die Immunität wird für nichthoheitliches, kommerzielles Handeln („*commercial activity*“) verweigert⁹⁷, wobei dieser Begriff als regelmäßige wirtschaftliche oder auch als einzelne Wirtschaftsaktion definiert wird⁹⁸. Das Gesetz erklärt ausdrücklich, daß für die kommerzielle Natur der Tätigkeit nicht ihr Zweck sondern ihre Art entscheidend ist⁹⁹.
- (3) Ein ausländischer Staat genießt keine Jurisdiktionsimmunität vor Gerichten der Vereinigten Staaten oder des Bundesstaates in einem Fall, in dem die Durchsetzung einer von dem ausländischen Staat mit oder zugunsten einer privaten Partei getroffenen Vereinbarung beantragt wird, nach der die Parteien alle Streitigkeiten, die bezüglich eines genau bestimmten vertraglichen oder nicht vertraglichen Rechtsverhältnisses entstanden sind oder entstehen mögen, einem Schiedsverfahren vorlegen¹⁰⁰.
- (4) Ebenso genießt ein ausländischer Staat keine Jurisdiktionsimmunität in einem Fall, in dem die Vollstreckbarerklärung eines Schiedsspruchs, der gemäß einer Schiedsvereinbarung ergangen ist, nachgesucht wird, wenn (A) das Schiedsverfahren in den Vereinigten Staaten stattfindet oder stattfinden haben soll¹⁰¹; (B) die Schiedsvereinbarung oder der Schiedsspruch durch ein Abkommen oder ein anderes völkerrechtliches Übereinkommen geregelt wird oder geregelt werden kann, das für die Vereinigten Staaten in Kraft getreten ist und das zur Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen verpflichtet¹⁰²; (C) der zugrundelie-

⁹⁷ § 1605 (a) (2) *FSIA*.

⁹⁸ Zum Begriff „*wirtschaftliches Handeln*“ vgl. *Delaume, G.*, AJIL 79 (1985), 319–346 (339); *Hill, T. H.*, *RabelsZ* 46 (1982), 118–164 (155); zur unterschiedlichen Begriffsbestimmung im englischen Recht [§3 (1) UK *SIA*] vgl. unten, unter § 4, Fn. 114, 115, 116.

⁹⁹ § 1603 (d) *FSIA*; vgl. dazu *Schreuer, C.*, *RIW* 31 (1985), 173–187 (175), Fn. 36 m. w. Nach.

¹⁰⁰ § 1605 (a) (6) Abs. 1 *FSIA* i. d. F. vom 16. November 1988, *ILM* 28 (1989), 398. Bis zur Einführung von § 1605 (a) (6) in den *FSIA* haben amerikanische Gerichte den Immunitätseinwand bei gerichtlichen Hilfs- und Kontrollmaßnahmen in Schiedsverfahren nach der allgemeinen Verzichtsklausel in § 1605 (a) (1) *FSIA* beurteilt; siehe *American Law Institute*, *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* (1987), § 456 (2) (b) mit Comment d) and Reporter's Note 3; eingehend zum amerikanischen Fallrecht bezüglich des Verzichts auf Jurisdiktionsimmunität und dessen territorialen Reichweite siehe *Langkeit*, S. 131 ff.

¹⁰¹ § 1605 (a) (6) Abs. 2 (A) *FSIA* i. d. F. vom 16. November 1988.

¹⁰² § 1605 (a) (6) Abs. 2 (B) *FSIA* i. d. F. vom 16. November 1988; vgl. dazu *United States District Court of Columbia*, Entscheidung vom 22. März 1995, *Creighton Ltd. c. The Government of the State of Qatar*, *YCA* XXI (1996), 751–758, wo das *UNÜ* als ein im Sinne des § 1605 (a) (6) Abs. 2 (B) *FSIA* Übereinkommen angesehen wurde, welches die USA zur Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen verpflichtet; so auch *Seetransport Wiking Trader v. Navimpex Centrala Navala*, 989 F. 2d 572, 579 (2nd. Cir 1993), *YCA* XIX (1994), 812 ff.;

gende Streit, abgesehen von der Schiedsvereinbarung gemäß § 1605 oder § 1607 *FSIA* durch ein Gericht der Vereinigten Staaten hätte entschieden werden können¹⁰³ oder (D) wenn der ausländische Staat ausdrücklich oder stillschweigend auf seine Immunität verzichtet hat¹⁰⁴.

- (5) Bezüglich der Immunität im Zwangsvollstreckungsverfahren unterscheidet der *FSIA* Vollstreckung in hoheitlich (*objektsbezogene Vollstreckungsimmunität*) und in nichthoheitlich genutztes staatliches Vermögen (*nicht objektsbezogene Vollstreckungsimmunität*). Objektsbezogener Immunitätsschutz kann nicht durch einen Immunitätsverzicht durchbrochen werden¹⁰⁵. Hingegen ist es möglich, daß ein Staat auf seine nicht objektbezogene Vollstreckungsimmunität verzichtet¹⁰⁶. Die Schiedsvereinbarung wird als ein solcher Verzicht angesehen¹⁰⁷. Nach der Revision des *FSIA* von 1988 wird die Vollstreckung internationaler Schiedssprüche erleichtert. Zwar erfordert der *FSIA* für die Vollstreckung eines Gerichtsurteils gegen den ausländischen Staat weiter, daß das Exekutionsojekt der kommerziellen Tätigkeit dient, auf welcher der Anspruch beruht¹⁰⁸; bei der Vollstreckung eines Schiedsspruchs wird hingegen kein Nexus mehr zwischen dem in den USA belegenen Vollstreckungsobjekt und dem zugrundeliegenden Rechtsgeschäft verlangt¹⁰⁹.

Cargill International S. A. v. M/T Pavel Dybenko, 991 F. 2d 1012, 1018 (2nd Cir. 1993), = YCA XIX (1994), 835 ff.; United States District Court of New York, Entscheidung vom 15. März 1994, Concord Reinsurance Company Ltd. v. Caja Nacional de Ahorro y Seguro, YCA XX (1995), 932–936; Matter of Arbitration Between Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic of Egypt, 939 F. Supp. 907, 909 (D.D.C. 1996) = YCA XXII (1997), 1001–1012; Trans Chemical Ltd. v. China National Machinery Import and Export Corp., 978 F. Supp. (1997), 266–314 = YCA XXIII (1998), 995–1019; in Maritime International Nominees Establishment v. Guinea, 505 F.Supp. 141 (D.D.C. 1981) = ILM 1981 (669) wurde aus der Vereinbarung des *ICSID*-Schiedsverfahrens ein Verzicht auf die Jurisdiktionsimmunität in den USA gefolgert; vgl. dazu *Borris, Ch*, Die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit in den USA, Köln 1986, S. 111.

¹⁰³ § 1605 (a) (6) Abs. 2 (C) *FSIA* i.d.F. vom 16. November 1988.

¹⁰⁴ § 1605 (a) (6) Abs. 2 (D) *FSIA* i.d.F. vom 16. November 1988 i.V.m. § 1605 (a) (1).

¹⁰⁵ Umkehrschluß aus § 1610 (a) *FSIA*, der einen Verzicht auf Vollstreckungsimmunität nur für nichthoheitlich genutzte Gegenstände zuläßt.

¹⁰⁶ § 1610 (a) (1) *FSIA*.

¹⁰⁷ *Birch Shipping Corp. c. Embassy of the United Republic of Tanzania*, 507 F. Supp. 311, 312 (D.D.C. 1980); zustimmend: *Langkeit, J.*, S. 147.

¹⁰⁸ § 1610 (a) (2) *FSIA*.

¹⁰⁹ § 1610 (a) (6) *FSIA* i.d.F. vom 16. November 1988, vorausgesetzt, daß die Vollstreckung der Schiedsklausel nicht widerspricht; vgl. auch United States Court of Appel, Second Circuit, Entscheidung vom 16. März 1993, Seetransport Wiking

2. Großbritannien: Der britische *State Immunity Act* von 1978

Der britische *State Immunity Act* (*SIA*) trat am 22. November 1978 in Kraft¹¹⁰ und bestätigte den durch das *Trendtex*-Urteil des *Court of Appeal*¹¹¹ eingeleiteten Wandel des englischen Rechts zur restriktiven Immunitätslehre¹¹². Jurisdiktions- und Vollstreckungsimmunität unterliegen nach dem *SIA* zahlreichen Beschränkungen, in deren Rahmen auch eine Schiedsvereinbarung relevant werden kann.

Die Jurisdiktionsimmunität eines Staates im Verfahren zur Anerkennung eines Schiedsspruches kann nach drei Vorschriften des *SIA* ausgeschlossen sein:

- (1) Ein Schiedsvertrag kann zunächst eine Unterwerfung unter die britische Gerichtsbarkeit im Sinne des § 2 (1) UK *SIA* bilden¹¹³;
- (2) Gemäß § 3 (1) UK *SIA* wird einem Staat ferner keine Jurisdiktionsimmunität für wirtschaftliche Aktivitäten gewährt. Der Begriff wird hier weit definiert und umfaßt nicht nur Verträge über die Lieferung von Waren oder die Leistung von Diensten¹¹⁴ sowie Kredite und Kreditsicherungen¹¹⁵, sondern auch jede andere Tätigkeit, welche der Staat nicht in Ausübung hoheitlicher Gewalt („*exercise of sovereign authority*“) vornimmt¹¹⁶.
- (3) § 9 (1) UK *SIA* enthält schließlich eine ausdrückliche Regelung zu Schiedsgerichtsvereinbarungen. Laut dieser Vorschrift genießt ein aus-

Trader Schiffahrtsgesellschaft mbH & Co. Kommanditgesellschaft v. Navimpex Centrala Navala und Uzinexportimport, YCA XIX (1994), 812–820.

¹¹⁰ Sovereign Immunity Act 1978, ch. 33 abgedruckt in ILM 17 (1978), 1123.

¹¹¹ *Trendtex Trading Corp. v. Cental Bank of Nigeria* [1977] 2 W.L.R. 356 (369, 389).

¹¹² *Delaume, G.*, The State Immunity Act of the United Kingdom, AJIL 73 (1979), 185–199 (185); *ders.*, in *Etudes de Droit International en l'Honneur de Pierre Lalive*, S. 469–482 (477); *Fox, H.*, ICLQ 37 (1988), 1–29; *Herdegen, M.*, RIW 35 (1989), 329–337 (336); *Mann, F.-A.*, The State Immunity Act 1978, BYIL 50 (1979), 43–62; *Ress, G.*, Entwicklungstendenzen der Immunität ausländischer Staaten, ZaöRV 40 (1980), 217–275.

¹¹³ Vgl. auch *Oparil, R. J.*, JIntArb 3 (1986), 61–80 (68); *Reymond, C.*, Rev. arb 1985, 517–542 (525); bereits drei Jahre vor Inkrafttreten des *SIA* stellte *Lord Denning* in der Entscheidung *Thai-Europe Ltd. v. Pakistan Government* [1975] 1 W.L.R. 1485, 1491 in einem *obiter dictum* fest: „*Usually the contract contains an arbitration clause, in which case, of course, there is a voluntary submission to the jurisdiction of the arbitrators and the supervision of them by the courts*“.

¹¹⁴ § 3 (3) (a) UK *SIA*.

¹¹⁵ § 3 (3) (b) UK *SIA*.

¹¹⁶ § 3 (3) (c) UK *SIA*; die kommerzielle Tätigkeit muß nicht in Großbritannien vorgenommen worden sein, vgl. dazu *Delaume, G.*, AJIL 73 (1979), 185–199 (191).

ländischer Staat, der sich einem Schiedsverfahren schriftlich unterworfen hat, vor den Gerichten des Vereinigten Königreichs keine Immunität in Prozessen, die auf das schiedsgerichtliche Verfahren und den Schiedsspruch bezogen sind¹¹⁷. Nach wohl überwiegender Ansicht¹¹⁸ schließt diese Formulierung auch die Vollstreckbarerklärung ein¹¹⁹. Für ihre Anwendbarkeit soll außerdem unerheblich sein, ob das Schiedsverfahren in Großbritannien oder im Ausland durchgeführt worden ist¹²⁰.

Gemäß § 13 (4) UK *SIA* kann aus anerkannten Schiedssprüchen die Zwangsvollstreckung in das kommerziell genutzte Vermögen des Schuldnerstaates betrieben werden. Ein Zusammenhang zwischen dem Vollstreckungsobjekt und der wirtschaftlichen Tätigkeit, auf die sich der durchzusetzende Anspruch stützt, ist nach dem britischen Gesetz¹²¹ nicht erforderlich¹²². Faktisch wird eine Zwangsvollstreckung aber durch die Regelung des § 13 (5) UK *SIA* erheblich erschwert. Danach genügt eine vom Botschafter des Schuldnerstaates ausgestellte Bescheinigung, um nachzuweisen, daß ein Gegenstand hoheitlich verwendet wird und deshalb der Vollstreckung entzogen ist¹²³.

¹¹⁷ Vgl. auch die § 9 (1) des UK *SIA* nachgebildeten § 10 (1) Pakistan State Immunity Ordinance (1981), (§ 4, Fn. 14) und § 10 (1) South Africa Foreign Sovereign Immunity Act (§ 4, Fn. 14).

¹¹⁸ *Langkeit, J.*, S. 159, Fn. 436 m.w.Nach.; *Mann, F.-A.*, BYIL 50 (1979), 43–62 (58).

¹¹⁹ Zweifel bei *Fox, H.*, in *Lew, J. D. M.* (ed.), *Contemporary Problems ...*, S. 323–331 (326); *dies.*, ICLQ 37 (1988), 1–29 (12); kritisch zu der Regelung auch *Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 348: die Vorschrift sei international akzeptabel nur unter der Voraussetzung, daß es sich um Verfahren über Angelegenheiten *de iure gestionis* handelt.

¹²⁰ *Langkeit, J.*, S. 160 m.w.Nach.; *Mann, F.-A.*, BYIL 50 (1979), 43–62 (58); *von Mehren, A. T./Croff, C.*, in *Aksen, G./von Mehren, R. B.* (eds.), *International Arbitration ...*, S. 67–109 (82); a. A. *Oparil, R. J.*, JIntArb 3 (1986), 61–80 (75), der sich dabei aber zu stark am amerikanischen Fallrecht orientiert, wo aber durch die Einführung des § 1605 (a) (6) *FSIA* das Problem der territorialen Reichweite eines Immunitätsverzichts auf Jurisdiktionsimmunität durch die Unterzeichnung einer Schiedsklausel gelöst wurde; ähnlich *Fox, H.*, ICLQ 37 (1988), 1–29 (14), die ebenfalls mit einer Analogie zum amerikanischen Recht argumentiert.

¹²¹ Im Gegensatz etwa zu § 1610 (a) (2) *FSIA*.

¹²² Grundsätzlich können Schiedssprüche daher in das gesamte Vermögen eines Staates, das in Großbritannien belegen ist und wirtschaftlichen Zwecken dient, vollstreckt werden; vgl. *Bernini, G./van den Berg, A.*, in *Lew, J. D. M.* (ed.), *Contemporary Problems ...*, 359–373 (367); *Delaume, G.*, AJIL 73 (1979), 185–199 (194 ff.); *Trooboff, O.*, RdC 200 (1986–V), 235–373 (391); „Wirtschaftliche Zwecke“ im Sinne des § 13 (4) UK *SIA* definiert § 17 UK *SIA* als „... purposes of such transactions or activities as are mentioned in section 3 (3) above ...“.

¹²³ Kritisch zu dieser Regelung *Langkeit, J.*, S. 161 ff.

3. Rechtslage in Frankreich

Im Gegensatz zu den USA und Großbritannien besitzt Frankreich kein Gesetz zur Regelung von Immunitätsfragen. Das französische Recht der Staatenimmunität wird daher hauptsächlich durch Entscheidungen französischer Gerichte bestimmt. Diese unterscheiden strikt zwischen Jurisdiktions- und Vollstreckungsimmunität¹²⁴.

Nach der französischen Rechtsprechung verzichtet ein Staat durch Unterzeichnung einer Schiedsabrede auf seine Jurisdiktionsimmunität im Exequaturverfahren¹²⁵. Diese Ansicht wird auch von der Rechtslehre überwiegend geteilt¹²⁶. Der Verzicht wird auch dann als wirksam betrachtet, wenn der vereinbarte Ort nicht in Frankreich liegt¹²⁷. Dabei wirkt sich der Verzicht

¹²⁴ Tribunal de Grande Instance de Paris, Entscheidung vom 6. Juli 1970, République Socialiste Fédérale de Yougoslavie c. Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises (S.E.E.E.), Clunet 98 (1971), 131 (132) mit Anmerkung *Kahn, P.*; bestätigt Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 29. Januar 1975, Clunet 103 (1976), 136. Die Entscheidung wurde zwar später aus anderen Gründen aufgehoben [Cour cass., Entscheidung vom 14. Juni 1977, Clunet 104 (1977), 864]. Schließlich erhielt S.E.E.E. das Exequatur nach langjährigen Prozessen aber doch von der Cour de cassation zugesprochen, Entscheidung vom 18. November 1986, Clunet 114 (1987), 120 = ILM 26 (1987), 373; zur Odyssee des Schiedsspruches vgl. unten, unter § 6, D. III. 2., Fn. 234 ff.

¹²⁵ Tribunal de Grande Instance de Paris, République Socialiste Fédérale de Yougoslavie c. S.E.E.E. (§ 4, Fn. 124); Cour d'Appel de Rouen, Entscheidung vom 13. November 1984, S.E.E.E. c. République de Yougoslavie, Rev. arb 1985, 115, mit Anmerkung *Delvolvé, J.-L.* = Clunet 112 (1985), 473, mit Anmerkung *Oppetit, B.*; Cour cass., Entscheidung vom 18. November 1986, S.E.E.E., Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement c. Etat Français, République Socialiste Fédérale de Yougoslavie, Clunet 114 (1987), 120 mit Anmerkung *Oppetit, B.* = RCDIP 76 (1987), 786 mit Anmerkung *Mayer, P.*, = Rev. arb 1987, 149, mit Anmerkung *Delvolvé, J.-L.*; Cour cass., Entscheidung vom 11. Juni 1991, Société Soabi c. Etat du Sénégal, Clunet 1991, 1005, mit Anmerkung *Gailliard, E.* = Rev. arb 1991, 637, mit Anmerkung *Broches, A.* = RCDIP 81 (1992), mit Anmerkung *Lagarde, P.* = ILM 30 (1991), 167 mit Anmerkung *Delaume, G.*

¹²⁶ *Delaume, G.*, Clunet 108 (1982), 788–811 (809); *ders.*, Introductory Note to Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises v. Yugoslavia, Cour de cassation, Entscheidung vom 18. November 1986, ILM 26 (1987), 377–378; *Delvolvé, J.-L.*, Anmerkung zu Tribunal de Grande Instance de Paris, Entscheidung vom 8. Juli 1970 und Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 29. Januar 1975, Rev. arb 1975, 334–342 (337); *ders.*, Anmerkung zu Cour cass., Entscheidung vom 18. November 1986, Etat français c. Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises (S.E.E.E.) et autres, Rev. arb 1987, 151–156 (152); *Goldman, G.*, Les problèmes spécifiques de l'arbitrage international, Rev. arb 1980, 323–372 (335); *Leboulanger, P.*, Les contrats entre Etats ..., S. 303; *Oppetit, B.*, Clunet 108 (1981), 366 (369); *Reymond, C.*, Rev. arb 1985, 517–542 (525); zu den abweichenden Meinungen vgl. *Langkeit, J.*, S. 167 ff.

¹²⁷ *Delaume, G.*, Clunet 108 (1982), 788–811 (809). So bejahte z.B. im S.E.E.E.-Fall das Tribunal de Grande Instance de Paris [Clunet 98 (1971), 131 (132)] und

allerdings nur in solchen Verfahren aus, die auf die Schiedsabrede unmittelbar oder mittelbar bezogen sind (z.B. Verfahren zur Anerkennung von Schiedssprüchen)¹²⁸.

Neben dem Verzicht auf Jurisdiktionsimmunität erkennt die französische Rechtsprechung auch einen Verzicht auf Vollstreckungsimmunität an¹²⁹. Allerdings folgen die Gerichte aus dem Verzicht auf Jurisdiktionsimmunität noch keine Preisgabe der Exekutionsimmunität¹³⁰. Letztere müsse zwar nicht ausdrücklich erklärt werden; der Verzichtswille müsse aber unzweifelhaft und zweifelsfrei feststehen¹³¹. Schiedsabreden sind von den französischen Gerichten regelmäßig¹³² nicht als zureichende Kundgabe eines solchen Willens betrachtet worden¹³³. Von der Immunität sind außerdem nur diejenigen Vollstreckungsobjekte ausgenommen, die im Zusammenhang mit

später die Cour de cassation [Clunet 114 (1987), 120 (122)] einen Immunitätsverzicht vor französischen Gerichten, obwohl das Schiedsverfahren in der Schweiz stattgefunden hatte.

¹²⁸ Entsprechend lehnte es die Cour de cassation [Faure c. Etat Italien, Cour cass., Entscheidung vom 5. Oktober 1965, RCDIP 56 (1967), 158, 159, J.C.P. 1966 II, No. 14831; Sté Transshipping c. Etat du Pakistan J.C.P. 1966 II, No. 14831] im Einklang mit der französischen Rechtsprechung ab, eine Schiedsabrede in anderen Verfahren z.B. Klagen aus dem Hauptvertrag, als Verzicht auf Immunität zu werten.

¹²⁹ Tribunal de Grande Instance de Paris, Entscheidung vom 12. September 1978, Procureur de la République c. Ipitrade, Clunet 106 (1979), 858; Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 21. April 1982, République islamique d'Iran et al. c. Stés Eurodif et Sofidif, Rev. arb 1982, 213.

¹³⁰ République Socialiste Fédérale de Yougoslavie c. S.E.E.E. (§ 4, Fn. 124), Clunet 98 (1971), 132; République islamique d'Iran et al. c. Stés Eurodif et Sofidif (§ 4, Fn. 129), Rev. arb 1982, 212 = Clunet 110 (1983), 145 mit Anmerkung *Oppetit, B.*

¹³¹ République islamique d'Iran c. Stés Eurodif et Sofidif (§ 4, Fn. 129); Procureur de la République c. Ipitrade (§ 4, Fn. 129), 858.

¹³² Procureur de la République c. Ipitrade (§ 4, Fn. 129); Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 26. Juni 1981, Benvenuti et Bonfant S.A.R.L. c. Gouvernement de la République du Congo, Clunet 108 (1981), 843 (846); dem stimmt auch die Literatur überwiegend zu, vgl. *Consard, M.*, La soumission des Etats aux tribunaux internes, *Pédone* 1996, 336; *Fouchard, P./Gaillard, E./Goldman, G.*, Traité de l'arbitrage commercial international, Litec 1996, No 646; *Kahn, P.*, Clunet 98 (1971), 134 (137); *Pingel, I.*, Les immunités des Etats en droit international, Thèse Paris I 1993, 289; *Pingel-Lenuzza, I.*, Les immunités des Etats en droit français, DPC I 1996 5, S. 27.

¹³³ Siehe aber eine Entscheidung der Cour d'Appel de Versailles vom 9. Juli 1986, zitiert nach *Delaume, G.*, 3 Arb. Int (1987), 28–45 (38 ff.) und Cour d'Appel de Rouen, Entscheidung vom 20. Juni 1996, Société Bec Frères c. Office des Céréales de Tunisie, Rev. arb 1997, 263, mit Anmerkung *Gaillard, E.*, die eine Schiedsvereinbarung als Verzicht auf Vollstreckungsimmunität werteten; so auch *Bourel, P.*, Rev. arb 1982, 119–168 (140); *Oppetit, B.*, Clunet 110 (1983), 151, 152; *ders.*, La pratique française en matière d'immunité d'exécution, in: L'immunité d'exécution de l'Etat étranger, Cahiers du Cédin 1988, S. 49, 56.

dem durchzusetzenden Anspruch stehen¹³⁴. Die Schiedsabrede wird dann als Verzicht auf das Konnexitätserfordernis angesehen¹³⁵.

4. Rechtslage in der Schweiz

Das schweizerische Recht der Staatenimmunität ist durch die Rechtsprechung geprägt worden, da eine gesetzliche Regelung des Problemkreises nicht existiert¹³⁶. Die Frage, ob eine Schiedsvereinbarung nach schweizerischem Recht einen Immunitätsverzicht bilde, ist vom Bundesgericht im *Liamco*-Urteil¹³⁷ ausdrücklich offengelassen¹³⁸ und auch im *MINE*-Urteil¹³⁹ nicht entschieden worden. Doch hat sich die Rechtslehre bereits eingehend mit dem Problem auseinandergesetzt: Die Unterzeichnung einer Schiedsvereinbarung gilt nach einhelliger Ansicht als Verzicht auf Jurisdiktionsimmunität im Verfahren zur Anerkennung von Schiedssprüchen¹⁴⁰. Dagegen kann ein Schiedsvertrag zwar nicht generell, wohl aber bei entsprechender Formulierung im jeweiligen Einzelfall als Verzicht auf Vollstreckungsimmunität betrachtet werden¹⁴¹. Selbst wenn ein solcher Verzicht nicht vorliegt, kann nach schweizerischem Recht die Zwangsvollstreckung in das nichtthoheitlich genutzte Vermögen eines Schuldnerstaates erfolgen¹⁴². Stets muß jedoch nach der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts eine

¹³⁴ République islamique d'Iran c. Stés Eurodif et Sofidif (§ 4, Fn. 129), Clunet 111 (1984), 598, 599; vgl. auch Art. 18 (1) (c) *ILC*-Entwurf (§ 4, Fn. 17).

¹³⁵ Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 9. Juli 1992, Société Norbert Beyrard France c. République de Côte d'Ivoire, Rev. arb 1994, 133, 135 mit Anmerkung Théry, Ph.

¹³⁶ Die Schweiz hat zwar das *EÜSt* ratifiziert [in Kraft seit dem 7. Oktober 1982, dazu Walter, G., *IZPR* der Schweiz. Ein Lehrbuch, 2. Aufl. 1997/1998, S. 58 ff. m. w. Nach.], das aber mangels allzu großer Verbreitung momentan nur von untergeordneter praktischer Bedeutung ist.

¹³⁷ BGE 106 (1980), Ia, 142, Entscheidung vom 19. Juni 1980; Jamahirya Arabe Libyenne Populaire et Socialiste c. Libyan American Oil Company (*Liamco*), Rev. arb 1983, 113–117.

¹³⁸ Rev. arb 1983, 116.

¹³⁹ Entscheidung vom 4. Dezember 1985, *MINE* v. Guinea, ASDI 42 (1986), 69.

¹⁴⁰ Bernini, G./van den Berg, A., in Lew, J. D. M. (ed.), *Contemporary Problems ...*, 359–373 (364); Blessing, M./Burkhardt, T., in *Recueil de travaux suisses sur l'arbitrage international*, S. 107–123 (121); Lalive, P., Note sur la jurisprudence suisse en matière d'immunités des Etats, Clunet 114 (1987), 1000 (1004); Trooboff, O., RdC 200 (1986 V), 234–373 (390).

¹⁴¹ Lalive, P., Clunet 114 (1987), 1000–1008 (1004). Bisweilen wird aber auch vertreten, eine Schiedsabrede bilde im Zweifel einen Verzicht auf Vollstreckungsimmunität, so Bernini, G./van den Berg, A., in Lew, J. D. M. (ed.), *Contemporary Problems ...*, 359–373 (364); Lalive, J.-F., *Swiss Law and Practice in Relation to Measures of Execution Against the Property of a Foreign State*, NYIL 10 (1979), 153–166 (162).

sog. „*Binnenbeziehung*“ bestehen¹⁴³, d.h. es müssen Umstände vorliegen, die das Rechtsverhältnis so sehr an die Schweiz binden, daß es sich rechtfertigt, einen fremden Staat vor schweizerischen Behörden zur Verantwortung zu ziehen. Nur bei Vorliegen einer solchen Verbindung mit der Schweiz ist es nach Ansicht des Gerichts zulässig, einem ausländischen Staat im Verfahren zur Anerkennung- und Vollstreckung eines Schiedsspruches Jurisdiktions- und Vollstreckungsimmunität zu gewähren¹⁴⁴.

5. Bundesrepublik Deutschland: Rechtslage nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Abgesehen von den allgemeinen Regelungen des Art. 25 GG und des § 20 GVG besitzt das deutsche Recht keinerlei gesetzliche Normierung der Immunität ausländischer Staaten. Die Praxis orientiert sich daher hauptsächlich an Entscheidungen des BVerfG, die zu diesem Problemkreis ergangen sind. Bislang ist die Frage, ob ein Staat durch Unterzeichnung eines Schiedsvertrages auf seine Immunität verzichtet, noch nicht durch das BVerfG entschieden worden. Das Gericht hat in einer seiner Entscheidungen lediglich bemerkt, ein Staat könne auf seine Vollstreckungsimmunität in einem Vertrag mit einer Privatperson wirksam verzichten¹⁴⁵. Es präzi-

¹⁴² Dieser Umstand wird in der Literatur zum Teil mit der Feststellung umschrieben, das schweizerische Recht führe keine strenge Unterscheidung zwischen Jurisdiktions- und Vollstreckungsimmunität durch [so z.B. *Bernini, G./van den Berg, A.*, in *Lew, J. D. M.* (ed.), *Contemporary Problems ...*, S. 359–373 (362); *Regli, J.-P.*, S. 160; *Walter, G.*, in Festschrift zum 30-jährigen Jubiläum des Instituts für Rechtsvergleichung der Waseda Universität, S. 771–787 (784)] oder habe eine weitgehende Gleichschaltung von Jurisdiktions- und Vollstreckungsimmunität vorgenommen [so z.B. *Delaume, G.*, in *Law and Practice of Transnational Contracts*, § 12.02 (S. 4); *Lalive, P.*, *Clunet* 114 (1987), 1000–1008]. Diese Haltung des schweizerischen Rechts hat das Bundesgericht in BGE 82 (1956) I, 75 (88) i.S. *Royaume de Grèce gegen Banque Julius Bär et Cie.* sehr pointiert auf die Formulierung gebracht, daß dort, wo ein Staat von einem schweizerischen Gericht verurteilt werden könne, grundsätzlich auch eine Zwangsvollstreckung möglich sein müsse, da sonst das Urteil zu einer „bloßen Rechtsansicht“ degradiert würde.

¹⁴³ BGE 106 Ia, S. 142, 148 m.w. Nach.; dazu *Delaume, G.*, in *Etudes de Droit International en l'Honneur de Pierre Lalive*, S. 469–483 (477); *Hermann, A. H.*, in *Lew, J. D. M.* (ed.), *Contemporary Problems ...*, S. 250–263 (262); *Langkeit, J.*, S. 182; *Rensmann, T.*, S. 269; *Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 350; *Walter, G.*, in Festschrift zum 30-jährigen Jubiläum des Instituts für Rechtsvergleichung der Waseda Universität, S. 771–787 (784); *ders.*, in *IZPR der Schweiz*, S. 62 ff.

¹⁴⁴ Im Gegensatz zum Recht der Vereinigten Staaten stellt die Tatsache, daß sich der Sitz des Schiedsgerichts in der Schweiz befunden hat, jedenfalls dann keinen ausreichenden territorialen Bezug dar, wenn der Sitz nicht durch die Parteien, sondern das Schiedsgericht bestimmt worden ist, BGE 106 Ia, S. 150.

¹⁴⁵ BVerfGE 46, 342 (402).

sierte jedoch nicht, unter welchen Umständen ein Immunitätsverzicht angenommen werden könne. Die deutsche Rechtslehre vertritt dennoch mehrheitlich die Auffassung, eine Schiedsvereinbarung bedeute grundsätzlich einen Verzicht des beteiligten Staates auf seine Jurisdiktionsimmunität im Verfahren zur Anerkennung eines gegen ihn ergangenen Schiedsspruches¹⁴⁶.

Was die Vollstreckungsimmunität angeht, so steht die deutsche Rechtslehre auf dem Standpunkt, die Unterzeichnung einer Schiedsabrede sei grundsätzlich nicht als Verzicht auf den objektsbezogene Vollstreckungsschutz zu betrachten¹⁴⁷. Bezüglich des nichthoheitlichen Vermögens kann ein Schiedsvertrag nach Ansicht mancher Autoren jedoch durchaus als Verzicht auf Exekutionsimmunität gelten¹⁴⁸. Dies stehe auch im Einklang mit der Rechtsprechung des BVerfG zur Zwangsvollstreckung aus Urteilen über nichthoheitliche Tätigkeiten eines Staates¹⁴⁹. Nach dieser Rechtsprechung ist die Zwangsvollstreckung aus Titeln über *acta iure gestionis* in das nichthoheitlichen Zwecken dienende Vermögen des Staates grundsätzlich zulässig. Daraus sei nach diesen Autoren zu folgern, daß auch Schiedssprüche, die über *acta iure imperii* ergangen sind, in nichthoheitlich genutztes Vermögen vollstreckt werden können.

6. Zusammenfassende Bemerkungen zu den Rechten der einzelnen Staaten

Die Regelungen nationaler Rechte zur Frage der Immunität im Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren weisen zum Teil erhebliche Unterschiede auf. Allen Rechten ist indessen das Bestreben gemeinsam, privaten Gläubigern zur Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen zu verhelfen. So wird einhellig eine Schiedsvereinbarung als Verzicht auf die Jurisdiktionsimmunität im Anerkennungsverfahren eines Schiedsspruches angesehen¹⁵⁰. Im Bereich der Vollstreckungsimmunität bestehen durchweg

¹⁴⁶ Böckstiegel, K.-H., Arbitration and State Enterprises, S. 39; wohl auch Schlesinger, R. B./Gündisch, H.-J., Allgemeine Rechtsgrundsätze als Sachnormen in Schiedsgerichtsverfahren – Ein Beitrag zur Theorie der Entnationalisierung von Verträgen, RabelsZ 28 (1964), 4–46 (17); einschränkend Schlosser, P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 349; Nachweise auch bei Nagel, H./Gottwald, P., RdNr. 24.

¹⁴⁷ Böckstiegel, K.-H., Der Staat ..., S. 240; von Hoffmann, B., in Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, S. 35–70 (55); zahlreiche Nachweise bei Langkeit, J., S. 196, Fn. 665.

¹⁴⁸ Langkeit, J., ibid. Fn. 666.

¹⁴⁹ BVerfGE 46, 342 (364).

¹⁵⁰ § 1605 (a) (6) USA FSIA i.d.F. vom 16. November 1988, ILM 28 (1989), 398 (§ 4, Fn. 102ff.); § 9 UK SIA 1978, (§ 4, Fn. 14); so auch § 10 Pakistan State Immunity Ordinance 1981 (§ 4, Fn. 14); § 11 Singapore State Immunity Act 1979

größere Regelungsunterschiede als bei der Jurisdiktionsimmunität. Das britische¹⁵¹ und das deutsche¹⁵² Recht gewähren nur objektsbezogene Vollstreckungsimmunität, d.h. sie schützen allein hoheitlich genutztes Vermögen eines ausländischen Staates, gestatten jedoch die Vollstreckung in Eigentum, das nichthoheitlichen Zwecken dient. Nach diesen Rechten gilt eine Schiedsvereinbarung grundsätzlich nicht als Verzicht auf den – ohnehin nur objektsbezogenen – Vollstreckungsschutz.

Andere Rechte hingegen machen die Zulässigkeit einer Zwangsvollstreckung nicht nur davon abhängig, daß die betroffenen Vermögensobjekte für nichthoheitliche Aufgaben eingesetzt werden, sondern stellen zusätzliche Voraussetzungen auf. So verlangen das amerikanische¹⁵³ und das französische¹⁵⁴ Recht, daß ein Zusammenhang zwischen potentiellen Vollstreckungsobjekten und durchzusetzendem Anspruch bestehe. Nach der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts wird für den Immunitätsausschluß bei der Anerkennung und Vollstreckung eines Schiedsspruches eine „genügende Binnebeziehung“ zum Schweizer Hoheitsgebiet vorausgesetzt¹⁵⁵. Erfordernisse dieser Art werden jedoch als verzichtbar angesehen. Bei der Vollstreckung internationaler Schiedssprüche wird nach der 1988 Revision des amerikanischen *FSIA*¹⁵⁶ kein Nexus mehr zwischen Vollstreckungsobjekten und durchzusetzendem Anspruch verlangt.

III. Schiedsabrede als Verzicht auf Jurisdiktions- und Vollstreckungsimmunität. Meinungsstand in der Literatur

Die ganz überwiegende Ansicht in der Literatur betrachtet die Unterzeichnung einer Schiedsabrede als Verzicht eines Staates auf seine Jurisdiktionsimmunität im Verfahren zur Anerkennung eines Schiedsspruches¹⁵⁷.

(§ 4, Fn. 53); § 10 South Africa Foreign Sovereign Immunity Act 1981 (§ 4, Fn. 14); Sec. 17 Australian Foreign States Immunities Act 1985, ILM 25 (1986), 715 (§ 4, Fn. 53); siehe auch Art. 17 des *ILC*-Entwurfs (§ 4, Fn. 17); Art. II Abs. 2 lit. g) der Resolution des *Institut de Droit International* vom 31. August 1991, (§ 4, Fn. 53); Art. III A 2 (b) *ILA*-Entwurfs (§ 4, Fn. 18); Art. 1 Abs. 2 (ii) Permanent Court of Arbitration, Optional Rules for Arbitrating Disputes Between Two Parties of Which Only One Is a State, vom 6. Juli 1993, YCA XIX (1994), 338–361.

¹⁵¹ § 13 (4) UK *SIA* (§ 4, Fn. 14).

¹⁵² Meinungsstand der deutschen Rechtslehre oben, unter § 4, C. 5., Fn. 147 ff.

¹⁵³ § 1610 (a) (2) USA *FSIA* (§ 4, Fn. 108).

¹⁵⁴ Oben, unter § 4, C. II. 3., Fn. 134 ff.

¹⁵⁵ Oben, unter § 4, C. II. 4., Fn. 143 ff.

¹⁵⁶ § 1610 (a) (6) USA *FSIA* i.d.F. vom 16. November 1988 (§ 4, Fn. 109).

¹⁵⁷ *van den Berg, A.*, „Auswirkungen auf das schiedsgerichtliche Verfahren und die Vollstreckung von Schiedssprüchen“, Referat im Kolloquium der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (*DIS*) vom 23. April 1996, berichtet bei

Unter den Befürwortern dieser Ansicht ist die territoriale Reichweite eines solchen Verzichts jedoch umstritten: So behaupten manche Autoren, der Verzicht wirke nur vor den Gerichten des Landes, in dem das Schiedsverfahren durchgeführt worden sei¹⁵⁸. Andere stehen auf dem Standpunkt, der Verzicht sei in allen Staaten gültig, die kraft einer völkerrechtlichen Vereinbarung zur Anerkennung und Vollstreckung des durchzusetzenden Schiedsspruches verpflichtet seien¹⁵⁹. Nach einer dritten, von der Mehrheit der Autoren vertretenen Auffassung ist eine Schiedsvereinbarung als weltweit geltender Verzicht auf Jurisdiktionsimmunität anzusehen¹⁶⁰.

Letztere Meinung verdient den Vorzug. Dies ergibt sich aus den folgenden Überlegungen: die staatliche Verfahrenspartei muß nicht nur damit rechnen, daß der Schiedsspruch am Sitz des Schiedsgerichts vollstreckt wird. Auch wenn das Schiedsverfahren im territorialen Anwendungsbereich eines Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommens stattfindet, muß die staatliche Partei erkennen, daß der Schiedsspruch in den Vertragsstaaten anerkannt und vollstreckt werden kann¹⁶¹. Die private Partei muß ihrerseits ohne Rücksicht auf die Immunität des unterlegenen Staates in jedem beliebigen Land die Anerkennung ihres Schiedsspruches erlangen können. Dies ist aus zwei Gründen gerechtfertigt: Einerseits muß die Bindungswirkung eines Schiedsvertrages überall auf der Welt in gleicher Weise beachtet

Thorn, K., Staatliche Hoheitsmaßnahmen und Schiedsgerichtsverfahren, Beilage 15 zu BB Heft 37/1996, S. 15–17 (16); *Bernini, G./van den Berg, A.*, in *Lew, J. D. M.* (ed.), *Contemporary Problems ...*, S. 359–373 (360, 362); *Blessing, M./Burckhardt, T.*, in *Recueil de travaux suisses sur l'arbitrage international*, S. 107–123 (121); *Böckstiegel, K.-H.*, *Arbitration and State Enterprises*, S. 39; *Delaume, G.*, *Clunet* 108 (1982), 788–811 (795 ff., 809); *ders.*, *AJIL* 75 (1981), 784–819 (816); *ders.*, *AJIL* 79 (1985), 319–346 (343); 3 *Arb. Int* (1987), 28–45 (31); *ders.*, *JIntArb* 4 (1987), 25–43 (36); *Delvolvé, J.-L.*, *Rev. arb* 1975, 334 (337); *ders.*, *Rev. arb* 1987, 151 (152); *Goldman, B.*, *Rev. arb* 1980, 323–372 (335); *ders.*, *Clunet* 112 (1985), 142 (145); *Lalive, P.*, *L'influence des clauses arbitrales*, *RBDI* 11 (1975), 570 (579); *Leboulanger, P.*, *Les contrats entre Etats ...*, S. 302; *Luzzatto, R.*, *RdC* 157 (1977–IV), 9–120 (93); *von Mehren, A. T./Croff, C.*, in *Aksen, G./von Mehren, R. B.* (eds.), *International Arbitration ...*, 67–109 (95); *Oparil, R. J.*, *JIntArb* 3 (1986), 61–80 (69); *Paulsson, J.*, *L'immunité restreinte entérinée par la jurisprudence suédoise dans le cadre de l'exéquatour d'une sentence arbitrale étrangère rendue à l'égard d'un Etat*, *Clunet* 108 (1981), 544–549 (547 ff.); *Trooboff, O.*, *RdC* 200 (1986–V), 235–431 (393); zahlreiche Nachweise bei *Langkeit, J.*, S. 204; zu den abweichenden Meinungen vgl. *Langkeit, J.*, *ibid.* S. 205, Fn. 698.

¹⁵⁸ *Oparil, R. J.*, *JIntArb* 3 (1986), 61–78 (72 ff.); *Schlosser, P.*, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, *RdNr.* 349; zahlreiche Nachweise bei *Langkeit, J.*, S. 205, Fn. 700.

¹⁵⁹ Nachweise bei *Langkeit, J.*, *ibid.* S. 205, Fn. 701.

¹⁶⁰ Nachweise bei *Langkeit, J.*, *ibid.* S. 206, Fn. 702.

¹⁶¹ Siehe den *amicus curiae* Schriftsatz der Vereinigten Staaten in *Libyan American Oil Company v. Socialist People's Arab Jamahiriya*, abgedruckt in *ILM* 20 (1981), 162, 163.

werden. Andererseits bildet die Schiedsgerichtsbarkeit dann ein wahrhaft internationales Mittel zur Beilegung von Streitigkeiten, wenn die Anerkennung eines Schiedsspruches nirgends durch die Immunitätseinrede des beteiligten Staates vereitelt werden kann.

Noch umstrittener als das Problem der Jurisdiktionsimmunität ist die Frage, ob sich ein Staat mit Hilfe seiner Immunität der Zwangsvollstreckung aus einem Schiedsspruch entziehen kann. Ein Teil der Lehre steht auf dem Standpunkt, der Abschluß eines Schiedsvertrages könne nicht als Verzicht auf nicht objektsbezogene Vollstreckungsimmunität angesehen werden, weil in einer Schiedsklausel der Wille eines Staates nicht genügend klar zum Ausdruck komme, auf seine Vollstreckungsimmunität zu verzichten¹⁶². Nach einer zweiten Ansicht führe die Unterzeichnung einer Schiedsabrede zum Ausschluß der nicht objektsbezogenen Vollstreckungsimmunität¹⁶³. Einige wenige Autoren schließlich gehen noch einen Schritt weiter und erklären, eine Schiedsvereinbarung müsse als Verzicht auf den Vollstreckungsschutz für hoheitlich verwendetes Vermögen (d.i. objektsbezogene Vollstreckungsimmunität) interpretiert werden¹⁶⁴.

Im Ergebnis ist der Auffassung beizupflichten, die eine Schiedsklausel als Verzicht auf den nicht objektsbezogenen Vollstreckungsschutz betrachtet. Ein Staat genießt nach wohl einhelliger Meinung in der völkerrechtlichen Rechtslehre ausschließlich objektsbezogene Vollstreckungsimmunität¹⁶⁵. Wo ein Urteil oder Schiedsspruch gegen einen Staat ergehen kann, muß auch eine Zwangsvollstreckung in sein Vermögen, soweit es nichthoheitlichen Zwecken dient, zulässig sein¹⁶⁶. Wird einem Staat aber zusätzlicher, nicht objektsbezogener Vollstreckungsschutz eingeräumt, so ist eine Schiedsabrede grundsätzlich als Verzicht auf diese Art der Exekutionsimmunität anzusehen. Diese Lösung steht auch im langfristigen Interesse aller Beteiligten am internationalen Wirtschaftsverkehr. Wenn ein privater Handelspartner eines Staates die Sicherheit hat, daß ein Schiedsspruch gegen die staatliche Partei zumindest in deren nichthoheitlich genutztes Vermögen vollstreckt werden kann, so wird er eher bereit sein, mit dem Staat in ver-

¹⁶² Nachweise bei *Langkeit, J.*, S. 207, Fn. 707 ff.

¹⁶³ Nachweise bei *Langkeit, J.*, *ibid* S. 208, Fn. 716.

¹⁶⁴ Nachweise bei *Langkeit, J.*, *ibid*. S. 209, Fn. 718; vgl. auch den Vorschlag von *van den Berg* in seinem Referat vor der *DIS* (§ 4, Fn. 157), die Vollstreckungsimmunität im Falle einer Schiedsabrede drastisch einzuschränken und nurmehr bestimmte Vermögensgegenstände auszunehmen. Seine Ansicht stieß bei den Zuhören teilweise auf Widerspruch. Statt dessen wurde vorgeschlagen, im Rahmen des herkömmlichen Tests qualifizierte Nachweise für die hoheitliche Verwendung bestimmter Vermögensgegenstände zu verlangen und sich nicht auf bloße Auskünfte der betroffenen staatlichen Stellen zu verlassen.

¹⁶⁵ *Seidl-Hohenveldern, I.*, *Völkerrecht*, 9. Aufl., RdNr. 1481.

¹⁶⁶ *Seidl-Hohenveldern, I.*, *Völkerrecht*, *ibid*. RdNr. 1481.

tragliche Beziehungen zu treten. Das wiederum fördert Entwicklung und Stabilität des internationalen Handels.

IV. Zusammenfassung zur Staatenimmunität

Ein Staat kann sich vor einem Schiedsgericht, dessen Jurisdiktion er zuvor in einem gültigen Schiedsvertrag anerkannt hat, in keinem Fall auf seine Immunität berufen. Der Immunitätsausschluß ergibt sich aus den völkerrechtlichen Grundlagen des Immunitätsbegriffs. Die Immunität hat sich als ein Anspruch herausgebildet, der einzig und allein zwischen zwei Staaten und deren Organe besteht. Da ein Schiedsgericht als private, auf vertraglicher Grundlage stehende Einrichtung keinen fremden Staat repräsentiert, kann sich der Immunitätsanspruch nicht gegen das Schiedsgericht richten¹⁶⁷.

In gerichtlichen Verfahren, welche der Einleitung oder Unterstützung eines Schiedsverfahrens oder der Aufhebung eines Schiedsspruches dienen, ist die allein in Betracht kommende Jurisdiktionsimmunität eines Staates völkerrechtlich ausgeschlossen. Der Abschluß des zugrundeliegenden Schiedsvertrages gilt daher jedenfalls vor den Gerichten am Schiedsort als Immunitätsverzicht¹⁶⁸. Ein Staat kann sich in den genannten Verfahren also selbst dann nicht auf seine Immunität berufen, wenn das Schiedsverfahren *acta iure imperii* des Staates betrifft.

Im Verfahren der Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen ist zwischen Jurisdiktions- und Exekutionsimmunität zu unterscheiden. Die Vollstreckbarerklärung eines Schiedsspruches berührt allein die Jurisdiktionsimmunität eines Staates, bei der Zwangsvollstreckung aus einem Schiedsspruch ist auch die Vollstreckungsimmunität betroffen. Über den Umfang der Staatenimmunität im Exequaturverfahren hat sich noch kein internationaler Konsens gebildet¹⁶⁹. Einigkeit besteht nur, daß der Staat in diesem Verfahren keine Immunität genießt, wenn Gegenstand des Schiedsverfahrens *acta iure gestionis* gewesen sind¹⁷⁰ oder wenn der Staat ausdrücklich auf seine Immunität verzichtet hat¹⁷¹. Ob die Schiedsvereinba-

¹⁶⁷ Oben, unter § 4, B. II.

¹⁶⁸ Oben, unter § 4, B. III. 1., Fn. 52 ff.

¹⁶⁹ Langkeit, J., S. 79 ff.; Rensmann, T., S. 267 ff. m.w.Nach.

¹⁷⁰ Sec. 17 (2) i.V.m. Sec. 11 des australischen Foreign States Immunities Act (§ 4, Fn. 53); § 1605 (a) (6) i.V.m. § 1605 (a) (2) USA FSIA (§ 4, Fn. 102 ff.); Cour d'Appel de Rouen, S.E.E.E. c. Banque Mondiale, République de Yougoslavie, Etat Français, (§ 4, Fn. 125); Hoge Raad der Niederlande, Entscheidung vom 26. Oktober 1973, Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises en Liquidité volontaire v. Socialist Federal Republic of Yugoslavia, ILR 65 (1984), 360, 361; Gerechthof's- Gravenhage, Entscheidung vom 28. November 1968, N.V. Cabolent v. National Iranian Oil Company, ILR 47 (1974), 138, 144 ff.

rung ebenso wie im Aufhebungsverfahren regelmäßig als stillschweigender Immunitätsverzicht gewertet werden kann, wird dagegen nicht einheitlich beurteilt: Nach dem *EÜSt*¹⁷² umfaßt der Immunitätsausschluß nur gerichtliche Kontroll- und Unterstützungsmaßnahmen während des Schiedsverfahrens und die Aufhebung des Schiedsspruches¹⁷³. In Frankreich¹⁷⁴, in Schweden¹⁷⁵, im Vereinigten Königreich¹⁷⁶, in den USA¹⁷⁷ und in der Bundesrepublik Deutschland¹⁷⁸ wird die Schiedsvereinbarung auch als Verzicht auf die Immunität im Exequaturverfahren angesehen. Der Immunitätsausschluß in diesem Verfahren wird zum Teil zusätzlich von einem Nexus des Schiedsvertrags zum Vollstreckungsforum abhängig gemacht¹⁷⁹.

Die Schiedsvereinbarung wird nicht als Verzicht auf die Immunität im sich der Vollstreckbarerklärung anschließenden Zwangsvollstreckungsverfahren angesehen¹⁸⁰. Hier bleibt es grundsätzlich bei den allgemeinen Vor-

¹⁷¹ Sec. 17 (2) i. V. m. Sec 10 des australischen Foreign Sovereign Immunities Act (§ 4, Fn. 53); § 1605 (a) (6) (D) i. V. m. 1605 (a) (1) USA *FSIA* (§ 4, Fn. 102 ff.). Ausdrückliche Verzichtsklauseln finden sich etwa für Schiedssprüche des *Iran-U.S. Claims Tribunals* in Art. IV Abs. 3 der Claims Settlement Declaration vom 19. Januar 1981, Iran-U.S. C.T.R. 1 (1981–82), S. 9 ff.: „Any award which the Tribunal may render against either government shall be enforceable against such government in the courts of any nation in accordance with its law“; vgl. auch Ziff. 16 und 17 der General Declaration vom 19. Januar 1981, Iran-U.S. C.T.R. 1 (1981–82), S. 3 ff.; Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen, 10. Februar 1982, BGBl. 1994, II, S. 1799, Anlage II, Art. 21 Abs. 2: „Any final decision rendered by a court or tribunal having jurisdiction under this Convention relating to the rights and obligations of the Authority and of the contractor shall be enforceable in the territory of each State Party.“

¹⁷² Art. 12 *EÜSt*, oben, unter § 4, C. I. 2.

¹⁷³ Ihm folgend Art. 17 *ILC*-Entwurfs (§ 4, Fn. 17) und Sec. 17 des australischen Foreign Sovereign Immunities Act (§ 4, Fn. 53).

¹⁷⁴ Oben, unter § 4, C. II. 3.

¹⁷⁵ Svea Court of Appeals, Entscheidung vom 18. Juni 1980, Libyan American Oil Co. v. Socialist Peoples Arab Republic of Libya, ILM 20 (1981), 893, 895.

¹⁷⁶ Oben, unter § 4, C. II. 2.

¹⁷⁷ Oben, unter § 4, C. II. 1.

¹⁷⁸ Oben, unter § 4, C. II. 5.

¹⁷⁹ § 1610 (a) (2) USA *FSIA* (§ 4, Fn. 108); „Binnenbeziehungserfordernis“ des schweizerischen Rechts, (§ 4, Fn. 143).

¹⁸⁰ Vgl. Tribunal de Grande Instance de Paris, Entscheidung vom 12. September 1978, Procureur de la République c. S.A. Ipitrade International, Clunet 106 (1979), 857 ff.; Tribunal de Grande Instance de Paris, Entscheidung vom 5. März 1979, Procureur de la République et autres c. Société Liamco et autres, Clunet 106 (1979), 859 ff.; Cour cass., Entscheidung vom 14. März 1984, République islamique d'Iran et autres c. Société Eurodif et autres, Clunet 111 (1984), 598 ff. siehe auch Art. 12 Abs. 1 *EÜSt*, (§ 4, III, A, 2); Art. 17 i. V. m. Art. 18 (1) (a) (ii) *ILC*-Entwurf (§ 4, Fn. 17); Sec. 17 des australischen Foreign Sovereign Immunities Act (§ 4, Fn. 53);

schriften über die Vollstreckungsimmunität, nach denen – sofern der Staat nicht ausdrücklich auf seine Immunität in der Zwangsvollstreckung verzichtet hat – die Vollstreckung nur in staatliches Eigentum gestattet ist, das nicht hoheitlichen Zwecken dient¹⁸¹. Überdies wird in manchen Staaten¹⁸² zusätzlich vorausgesetzt, daß ein Zusammenhang zwischen potentiellen Vollstreckungsobjekten und durchzusetzendem Anspruch besteht. Im amerikanischen Recht wird nach der Revision des *FSIA* von 1988¹⁸³ kein sachlicher Zusammenhang zwischen Anspruch und Exekutionsobjekt mehr verlangt.

De *lege ferenda* sollte der Abschluß eines Schiedsvertrages als Verzicht auf Jurisdiktions- und nicht objektsbezogene Vollstreckungsimmunität betrachtet werden. Eine solche Lösung würde der Verlässlichkeit und Effektivität der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit dienen. Die Funktionsfähigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit wiederum stünde im Interesse aller am internationalen Handel Beteiligten also auch im langfristigen Interesse der Staaten selbst.

D. Souveränität eines Staates und Abschluß eines Schiedsvertrages

Die Darstellung des Immunitätsproblems wäre unvollständig ohne eine kurze Erörterung der Souveränitätseinrede, die dem Immunitätseinwand in wesentlichen Punkten ähnlich ist. Staaten berufen sich bisweilen auf ihre Souveränität¹⁸⁴, um die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts zu bestreiten. Dabei lassen sich drei Varianten dieser Einrede unterscheiden.

und § 1605 (a) (6) USA *FSIA* (§ 4, Fn. 102 ff.), welche die immunitätsausschließende Wirkung der Schiedsvereinbarung auf das Erkenntnisverfahren beschränken, wobei zum Teil die Vollstreckbarerklärung nicht zum Erkenntnisverfahren gerechnet wird.

¹⁸¹ Siehe auch Art. 18 *ILC*-Entwurf (§ 4, Fn. 17) und die Nachweise zur Staatenpraxis in *Sucharitkul, S., Seventh Report on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, YbILC 1985 II, Part 1, S. 21, 23 ff.

¹⁸² Frankreich: oben, unter § 4, Fn. 134 ; § 1610 (a) (2) USA *FSIA* (§ 4, Fn. 108).

¹⁸³ § 1610 (a) 6) USA *FSIA* i.d.V. vom 16. November 1988 (§ 4, Fn. 109).

¹⁸⁴ Zum Begriff der Souveränität vgl. oben, unter § 4, A. I., Fn. 7. Richtig verstanden ist die Souveränität nach außen mit dem Begriff der *Völkerrechtsunmittelbarkeit* gleichzusetzen. Im innerstaatlichen Rechtsbereich entspricht ihr der Begriff der *Kompetenzkompetenz*, d.h. innerstaatlich liegt die Souveränität bei der Stelle, die für die Änderung der Zuständigkeitsverteilung in diesem Gebiet verantwortlich ist und dabei die höchste Gewalt bildet; vgl. dazu *Seidl-Hohenveldern, I., Völkerrecht*, 9. Aufl., RdNr. 7, 8.

I. Souveränität als Hindernis für den Abschluß eines Schiedsvertrages?

Der Staat gibt vor, die Schiedsabrede betreffe Angelegenheiten, die einzig und allein seiner eigenen souveränen Regelungs- und Entscheidungsbefugnis unterlägen. Über solche Fragen dürften folglich nur seine eigenen Organe urteilen. Daher könne der Staat einen Schiedsvertrag in bezug auf diese Angelegenheiten nicht wirksam schließen; die Schiedsabrede sei folglich ungültig, das Schiedsgericht besitze keine Kompetenz. Diese Argumentation ist z. B. im Schiedsverfahren *Framatome, S.A. c. Atomic Energy Organisation of Iran (A.E.O.I.)* vorgetragen worden¹⁸⁵.

Schiedsgerichte¹⁸⁶ und Rechtslehre¹⁸⁷ haben solchen Ausführungen jedoch übereinstimmend und überzeugend widersprochen¹⁸⁸. Die Souveränität sei kein Hindernis für den Abschluß eines Schiedsvertrages, sondern bilde im Gegenteil die Grundlage des Vertragsschlusses¹⁸⁹. Für eine Privatperson gewährleistete der Grundsatz der Privatautonomie, daß sie bindende

¹⁸⁵ Clunet 111 (1984), 58 (74) = YCA VIII (1983), 94 (111).

¹⁸⁶ Wimbledon-Fall, PCIJ Series No. 1 (1923), S. 25; Exchange of Greek and Turkish Populations, Advisory Opinion vom 21. Februar 1925, PCIJ Series B, No. 10, S. 21; Anglo-Iranian Oil. Co-Fall, ICJ Pleadings 1952, S. 90; RCA v. China, UN Reports of International Arbitral Awards, Vol. 3, S. 1627; Saudi Arabia v. Arabian American Oil Company (Aramco), Schiedsspruch vom 23. August 1958, ILR 27 (1963), 117–233 (152); Sapphire-Fall, ILR 35 (1967), 136–192 (173); Soleh Boneh International Ltd. v. Republic of Uganda and National Housing and Constuction Corporation of Uganda, ICC-Schiedsspruch Nr. 2321/1974, Clunet 102 (1975), 938 (940); Texaco-Schiedsspruch, ILR 53 (1979) 389–512 (471); Framatome-Schiedsspruch, Clunet 111 (1984), 77 = YCA VIII (1983), 113; ICSID-Schiedsspruch vom 30. November 1979, Agip v. Government of the People's Republic of Congo, ILM 21 (1982), 726–739 (735); ICSID-Schiedsspruch vom 20. November 1984, Amco Asia Corporation v. Government of Indonesia, ILM 24 (1985), 1023–1039 (1029); ICSID-Schiedsspruch vom 25. Februar 1988, Société Ouest-Africaine des Bétons Industriels (SOABI) v. The Republic of Senegal, YCA XVII (1992), 42–72 (52).

¹⁸⁷ David, R., S. 249; Jacquet, J.-M., Clunet 116 (1989–II), 621–690 (661); Lalive, J.-F., Clunet 104 (1977), 319–389 (343); Oppetit, B., Clunet 111 (1984), 37–57 (53); Paasivirta, E., BYIL 60 (1989), 315–350 (334 ff.) mit zahlreichen Nachweisen; ders., Participation of States ..., S. 175 ff.; Reymond, C., Rev. arb 1985, 517–542 (518); Rubino-Sammartano, M., International Arbitration Law, S. 175; Weil, P., RdC 128 (1969–III), 95–240 (122); ders., Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique, in Mélanges Rousseau 1974, S. 303–328 (324).

¹⁸⁸ Vgl. auch Art 9 der Santiago de Compostela Resolution des Institut de Droit International, RabelsZ 54 (1990), 160–169 (164), = Rev. arb 1990, 931–936 (934) = YCA XVI (1991), 233–239 (239): „Dans les arbitrages entre un Etat, une entreprise d'Etat ou une entité étatique et une entreprise étrangère, la compétence du tribunal ne peut être déniée pour des motifs déduits de la souveraineté de l'Etat“; zur vergleichbaren Problematik bei der Frage der Bindung des souveränen Staates an eingegangene vertragliche Verpflichtungen siehe unter, unten § 7, B. V.

Vereinbarungen abschließen könne; für einen Staat erfülle die Souveränität diese Funktion¹⁹⁰. Dementsprechend beschränkt die Souveränität keineswegs die Fähigkeit eines Staates, Schiedsvereinbarungen zu treffen. Vielmehr vermittelt sie diese Fähigkeit:

„Ein souveräner Staat muß ausreichend souverän sein, um ein Versprechen abzugeben, das ihn sowohl nach Völkerrecht als auch nach innerstaatlichem Recht bindet“¹⁹¹.

II. Unwirksamkeit des Schiedsvertrages infolge der Unwirksamkeit des Hauptvertrages?

Am häufigsten anzutreffen ist eine zweite Variante, in welcher ein Staat behauptet, er habe kraft seiner Souveränität den Hauptvertrag zwischen sich und der privaten Partei gelöst. Da der Hauptvertrag seine Wirksamkeit verloren habe, könne auch die Schiedsabrede keinen Bestand mehr haben. Infolge dessen sei die Zuständigkeit des Schiedsgerichts entfallen. Dieser Begründung bedienten sich z.B. die Regierungen in den Schiedsverfahren *Losinger et Cie. S.A. c. Etat Yougoslave*¹⁹², *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*¹⁹³ und *Libyan American Oil Company (Liamco) v. The Government of Libyan Arab Republic*¹⁹⁴.

Ob und inwieweit die Schiedsvereinbarung vom Bestand des Hauptvertrags unabhängig sein soll, ist zunächst ein Problem der Vertragsauslegung. Es ist denkbar, daß eine Schiedsklausel sich nur auf Fragen der Vertragsabwicklung bezieht und die Rechtslage nach Beendigung des Vertrages im ganzen ihr nicht unterfallen soll. In zahlreichen Schiedsverfahren kam das Schiedsgericht jedoch zum Ergebnis, daß die Schiedsklausel weiter zu verstehen sei¹⁹⁵. Die meisten Schiedsklauseln sind umfassend formuliert und schießen auch den Fall des völligen Zusammenbruchs der Vertragsbeziehungen ein¹⁹⁶. Dies entspricht dem Parteiwillen, insbesondere dem Interesse des ausländischen Investors. Ihm soll das Schiedsgericht gerade in

¹⁸⁹ Framatome-Schiedsspruch (§ 4, Fn. 185), Clunet 111 (1984), 77; *Reymond, C.*, Rev. arb 1985, 517–542 (518).

¹⁹⁰ *Reymond, C.*, Rev. arb 1985, 517–542 (519).

¹⁹¹ Soleh Boneh, ICC-Schiedsspruch, (§ 4, Fn. 186), Clunet 102 (1975), 938 (940), Übersetzung durch die Verfasserin; vgl. auch Lord Denning in *Rahimtoola v. The Nizam of Hyderabad* [1958], AC 379, 418: „... *It is more in keeping with the dignity of a sovereign himself to the rule of law than to claim to be above it* ...“.

¹⁹² PCIJ Ser. C. Nr. 78, 1936 105 ff.

¹⁹³ Preliminary Award, 27. November 1975, ILR 53 (1979), 389–512 (393 ff.).

¹⁹⁴ ILM 20 (1981), 1–87 = Rev. arb 1980, 132–191.

¹⁹⁵ So im Fall *Lena Goldfields v. Sowjetunion*, CornellLQ 36 (1950), 42–53; im *Sapphire v. NIOC*-Fall, ILR 35 (1967), 136–192 (166).

diesem Fall Rückendeckung verschaffen. Für bloße Meinungsverschiedenheiten bei der Vertragsabwicklung könnten auch Schlichtungsklauseln ausreichen. Die Stunde des Schiedsgerichts kommt in der Regel erst, wenn eine weitere Kooperation zwischen den Parteien nicht mehr möglich ist. Ganz generell wird man sagen können, daß Parteien, die durch den Abschluß einer Schiedsvereinbarung den Willen bekundet haben, vertragliche Streitigkeiten den staatlichen Gerichten zu entziehen, dies auch für den Fall wünschen, daß die Vertragsbeziehung gescheitert ist.

Damit entspricht es dem Parteiwillen, der Schiedsklausel eine autonome Geltung unabhängig von der weiteren Gültigkeit des Hauptvertrages zu verschaffen (*Grundsatz der Autonomie oder Separabilität der Schiedsklausel*)¹⁹⁷. Eine solche unabhängige Geltung kommt sicher nicht in Betracht, wenn die Gründe, die zur Unwirksamkeit des Hauptvertrags führen, gleichzeitig die Schiedsvereinbarung treffen: etwa dann, wenn Haupt- und Schiedsvertrag unter betrügerischen Umständen zustandegekommen sind oder wenn es darum geht, ob sich die Parteien bereits abschließend über das Zustandekommen eines Vertrages geeignet haben¹⁹⁸. Eine isolierte Aufrechterhaltung der Schiedsvereinbarung ist in diesen Fällen nicht möglich¹⁹⁹. Ansonsten ist aber kein Grund ersichtlich, weshalb eine Nichtigkeit

¹⁹⁶ Vgl. z.B. Art. 90 Abs. 1 des Konzessionsvertrags im Lena Goldfields-Fall, CornellLQ 36 (1950), 42–53 (42); Art. 39 Abs. 1 des Konzessionsvertrags zwischen Sapphire und National Iranian Oil Company (NIOC), ILR 35 (1967), 136–192 (140); Art. 28 Abs. 1 der libyschen Konzessions-Abkommen, zitiert nach Markert, T., S. 82.

¹⁹⁷ Schwebel, S. M., International Arbitration: Three Salient Problems 1987, S. 3.

¹⁹⁸ So insbesondere im alten englischen Schiedsrecht [Nachweise bei Barber, H., S. 12ff.]; Goldman, B., Rev. arb 1980, 323–372 (331); Markert, T., S. 83; Mayer, P., Anmerkung zu Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 28. November 1989, Compagnie Tunisienne de Navigation (Coruvan) c. Société Comptoir Commercial André und Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 8. März 1990, Coumet és qual. et Ducler c. Société Polar-Rakennusos a Keythio, Rev. arb. 1990, 675; ders., Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire, Rev. arb 1998, 359–368; Mezger, E., Anmerkung zu Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 21. Februar 1974, Compagnie Continentale France c. S.A. Le Comptoir Agricole du Pays Bas Normand, Rev. arb 1975, 312–318; Schlosser, P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 393, m.w.Nach.; zustimmend Cass. Civ., Entscheidung vom 10. Juli 1990, Société L. et B. Cassia Associés c. Société Pia Investment Ltd., Rev. arb 1990, 851, mit Anmerkung Moitry, J. H. und Vergne, C. = Clunet 119 (1) (1992), 168–176, mit Anmerkung Loquin, E.; Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 10. Mai 1994, Sheikh Mahfouz Salem Bin Mahfouz c. Société Al Tayar, Rev. arb 1996, 66–71; Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 6. Juli 1995, Société Pigadis c. Société Prodim, Rev. arb 1997, 85 mit Anmerkung Derains, Y.; Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 14. November 1996, Gemifex c. Transgrain, Rev. arb 1997, 434 mit Anmerkung Derains, Y.; so auch Art. 6 Abs. 4 Satz 1 der 1998 Arbitration Rules of the International Chamber of Commerce, YCA XXII (1997), 345–370 (351).

des Hauptvertrages auch eine Unwirksamkeit der Schiedsklausel zur Folge haben sollte. Allein die Möglichkeit, daß es eine Partei in der Hand hat, durch die bloße Behauptung der Unwirksamkeit des (Haupt-) Vertrages ein für den Fall des Rechtsstreits vereinbartes Schiedsverfahren zu verhindern – möglicherweise aus rein prozeßtaktischen Gründen –, macht das Prinzip der Autonomie der Schiedsklausel unverzichtbar. Schnelligkeit und Einfachheit der Schiedsgerichtsbarkeit sind sonst nicht mehr gewährleistet²⁰⁰. Vor allem die Versuche einiger Staaten, sich von Schiedsverträgen zu lösen, indem sie rückwirkende Gesetze erlassen, die es einem staatlich kontrollierten Unternehmen verbieten, Schiedsklauseln zu vereinbaren, zeigen die Notwendigkeit der Anerkennung des Grundsatzes der Separabilität der Schiedsklausel auf²⁰¹.

Für das deutsche Recht hat der BGH entschieden, daß der Schiedsrichter im Zweifel nach dem Parteiwillen auch über die Gültigkeit des Hauptvertrages zu urteilen hat und daß §139 BGB insoweit nicht anwendbar ist²⁰². Mit seinem Urteil vom 7. Mai 1963 (*Gosset*)²⁰³ hat das französische Kassationsgericht den Grundstein gelegt für die Entfaltung eines eigenständigen Rechts der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit:

¹⁹⁹ Siehe aber: Cour cass., Entscheidung vom 6. Dezember 1988, *Société Navimpex Centrala Navala c. Société Wiking Trader Schiffahrtsgesellschaft Mgh.*, Clunet 117 (1) (1990), 134–141, mit Anmerkung *Niboyet-Hoegy, M.-L.* (Autonomie der Schiedsklausel im Falle eines noch nicht in Kraft getretenen Hauptvertrags); so auch Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 14. November 1996, *Société Gefimex c. Société Transgrain*, Rev. arb 1997, 434 mit Anmerkung *Derains, Y.*; United States District Court, Entscheidung vom 27. Juli 1995, *Belship Navigation, Inc. c. Sealift, Inc.* YCA XXI (1996), 799–807 (Aufrechterhaltung der Schiedsklausel eines *ab initio* nichtigen Vertrags); so auch *Harbour v. Kansa* [1992] 1 Lloyd's Rep. 81; [1993] QB 701; [1996] QB 701 (1996); High Court, Queen's Bench Division, Entscheidung vom 19. Dezember 1997, *Westacre Investment Inc. v. Judoimport – SDPR Holdings Co. Ltd. et al* YCA XXIII (1998), 836–879; sehr umfassend auch Art. 3 des Code Djiboutien de l'arbitrage international, Gesetz 79 vom 13. Februar 1984, ILM 25 (1986), 2 ff. = Rev. arb 1984, 533–543.

²⁰⁰ Mayer, P., Mandatory Rules of Law in International Arbitration, 2 Arb. Int 1986, 274–293, 322 (277); Schlosser, P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 392; Schwebel, S. M., Three Salient Problems ..., S. 4.

²⁰¹ Siehe z.B. *Elf Aquitaine Iran v. National Iranian Oil Company*, YCA XI (1986), 97, 102–103 (mit Hinweis auf die berühmten Fälle *Lena Goldfields* [1925] und *Losinger & Co.* [1936], beide Fälle bei Schwebel, S. M., Three Salient Problems ..., S. 33–37 besprochen).

²⁰² BGHZ 53, 315 = JZ 25 (1970), 730 mit Anmerkung Schlosser, P. = ZZP 83 (1970), 469 mit Anmerkung Münzberg, R.; bestätigt in BGH, NJW 32 (1979), 2567; BGH, WM 44 (1990), 1301, 1302–1303 und BGH, RIW 37 (1991), 673, 674–675.

²⁰³ Cour cass., Entscheidung vom 7. Mai 1963, RCDIP 52 (1963), 615 mit Anmerkung Motulsky, H. = JCP 1963 II. 13405, mit Anmerkung Goldman, B. = Rev. arb 1963, 60 = Gaz. Pal. 1963. II. 39 = Clunet 91 (1964), 82, mit Anmerkung Breddin, J.-D.

„In internationalen Schiedsverfahren ist die Schiedsklausel gegenüber dem Hauptvertrag rechtlich völlig selbständig und wird von einer eventuellen Unwirksamkeit des letzteren nicht berührt“.

Diese Formulierung ist in nachfolgenden Urteilen wiederholt worden. Handelte es sich zunächst nur darum, die Schiedsklausel vor eventuellen Mängeln des Hauptvertrages abzuschirmen²⁰⁴, so wurde der Grundsatz der Autonomie später dahin ausgeweitet, daß Hauptvertrag und Schiedsklausel verschiedenen staatlichen Rechtsordnungen unterstellt werden können²⁰⁵; nachher wurde jede kollisionsrechtliche Beurteilung verworfen²⁰⁶. Bestand

²⁰⁴ Cour cass., Entscheidung vom 18. Mai 1971, *Société Impex c. Société P.A.Z. Produzione Lavorazione et autres*, Rev. arb 1972, 2–9 mit Anmerkung *Kahn, P.*; Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 25. Januar 1972, *Quijano Aguiro et autres c. Maral Laporte*, Rev. arb 1973, 158–164 mit Anmerkung *Fouchard, P.*; ICC-Schiedsspruch Nr. 1526/1968, *Clunet* 101 (1974), 915; für interne Schiedsverfahren vgl. Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 8. Oktober 1998, *Sam c. Perrin*, Rev. arb 1999, 350 mit Anmerkung *Ancel, P./Gout, O.*

²⁰⁵ Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 19. Juni 1970, *Hecht c. Société Buisman's*, Rev. arb 1972, 67–76 mit Anmerkung *Fouchard, P.* = JCP 1971 II. 16927, mit Anmerkung *Goldman, B.* = *Clunet* 98 (1971), 833 mit Anmerkung *Oppetit, B.* = RDCIP 60 (1971), 692 mit Anmerkung *Level, P.*; Cour cass., Entscheidung vom 4. Juli 1972, *Hecht c. Société Buisman's* Rev. arb 1974, 89–90 mit Aufsatz *Francescakis, P.*, *Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire après l'arrêt Hecht de la Cour de cassation*, Rev. arb 1974, 67–87 = *Clunet* 99 (1972), 843 mit Anmerkung *Oppetit, B.* = RCDIP 63 (1974), 82 mit Anmerkung *Level, P.*; Cour cass., Entscheidung vom 14. Dezember 1983, Rev. arb 1984, 483 mit Anmerkung *Rondeau-River*; Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 20. Januar 1987, *Bomar Oil c. Entreprise Tunisienne d'Activité Pétrolière (E.T.A.P.)*, *Clunet* 114 (1987), 834–964 mit Anmerkung *Loquin, E.* = Rev. arb 1987, 482, mit Anmerkung *Kessedjian, C.*; Cour cass., Entscheidung vom 4. Dezember 1990, *Société ETPM et Ecofisa c. Société Gas del Estado*, Rev. arb 1991, 81 mit Anmerkung *Fouchard, P.*; zur Praxis der *IntHK* vgl. *Dimolitsa, A.*, *Autonomie et „Kompetenz-Kompetenz“*, Rev. arb 1998, 305–357 (309, Fn. 9).

²⁰⁶ Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 13. Dezember 1975, *Menicucci c. Mahieux*, Rev. arb 1977, 147–150, mit Anmerkung *Fouchard, P.* = RCDIP 65 (1976), 507, mit Anmerkung *Oppetit, P.*, = *Clunet* 104 (1977), 107, mit Anmerkung *Loquin, E.*; Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 21. Februar 1980, *General Maritime Transport Company c. Société Götaverken Arendal A.B.*, *Clunet* 107 (1980), 660–676, mit Anmerkung *Fouchard, P.* = Rev. arb 1980, 524, mit Anmerkung *Jeantet, F. Ch.* = JCP 1981. II. 19512, mit Anmerkung *Level, P.*; Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 9. Dezember 1980, *Société Aksa c. Société Narsolor*, Rev. arb 1981, 306 mit Anmerkung *Jeantet, F. Ch.*; Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 28. November 1989, *Compagnie Tunisienne de Navigation (Cotuvan) c. Société Comptoir Commercial André et Cour d'Appel de Paris*, Entscheidung vom 8. Mai 1990, *Coumet ès qual et Ducler c. Société Polar-Rakennuros a Keythio*, Rev. arb 1990, 675, mit Anmerkung *Mayer, P.*; Cour cass., Entscheidung vom 26. Juni 1990, *Société Dreistern Werk c. Société Crouzier*, Rev. arb 1991, 291, mit Anmerkung *Kessedjian, C.*; Cour cass., Entscheidung vom 25. Juni 1991, *Compagnie Tunisienne de Navigation (Cotuvan) c. Société Comptoir Commercial André*, Rev. arb 1991, 453, mit Anmerkung *Mayer, P.*; Cour d'Appel de

und Wirkung der Schiedsklausel richteten sich danach vorbehaltlich zwin-
gender Regeln des französischen Rechts und des *ordre public international*
allein nach dem gemeinsamen Willen der Parteien, ohne daß das Recht
eines bestimmten Staates anzuwenden wäre²⁰⁷. Schließlich wurde das Prin-
zip der Autonomie der Schiedsklausel durch jenes ihrer Wirksamkeit bei
internationalen Schiedsverfahren ersetzt²⁰⁸.

Auch das amerikanische²⁰⁹, das deutsche²¹⁰, das englische²¹¹, das
schweizerische²¹², das griechische²¹³ Recht und die Rechte vieler anderer

Paris, Entscheidung vom 17. Dezember 1991, Société Gatoil c. National Iranian Oil
Company, Rev. arb 1993, 281–299, mit Anmerkung *Synvet, H.*; Cour cass., Ent-
scheidung vom 20. Dezember 1993, Municipalité de Khoms El Mergeb c. Société
Dalico, Rev. arb 1994, 116–125 mit Anmerkung *Gaudemet-Tallon, H.* = Clunet 121
(1) (1994), 432–446, mit Anmerkung *Gaillard, E.* und 690–701, mit Anmerkung
Loquin, E.; Cour cass., Entscheidung vom 15. Juni 1994, Société Sonidép c. Société
Sigmoil, Rev. arb 1995, 88–101 mit Anmerkung *Gaillard, E.*; Cour d'Appel de
Paris, Entscheidung vom 7. Dezember 1994, Société 2000 c. Société Project XJ 220
ITD et autres, Rev. arb 1996 (2), 67–80, mit Anmerkung *Jarrosson, C.*; Cour
d'Appel de Paris, Entscheidung vom 20. September 1995, Société Matra Hachette c.
Société Reteitalia, Rev. arb 1996, 87–99, mit Anmerkung *Cohen, D.*; Cour d'Appel
de Paris, Entscheidung vom 13. Juni 1996, Société KFTIC c. Société Icori Estero et
autres, Rev. arb 1997, 251, mit Anmerkung *Gaillard, E.*; Cour cass., Entscheidung
vom 21. Mai 1997, Renault c. Société V 2000, Rev. arb 1997, 537–543, mit Anmer-
kung *Gaillard, E.*; Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 10. September 1997,
Société Chambon c. Société Thomson CSF, Rev. arb 1999, 121, mit Anmerkung
Bureau, D.; so auch ICC-Schiedsspruch Nr. 6840/1991, Clunet 119 (1992), 1030
(1033).

²⁰⁷ Zur Entwicklung des Prinzips der Autonomie der Schiedsklausel in der fran-
zösischen Rechtsprechung vgl. *Dimolitsa, A.*, Rev. arb 1998, 305–357 (315); *Kes-
sedjan, C.*, Anmerkung zu Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 20. Januar
1987, Société Bomar Oil c. ETAP, Rev. arb 1987, 482; *Loquin, E.*, Anmerkung zu
Cour cass., Entscheidung vom 9. November 1993 und Cour cass., Entscheidung
vom 20. Dezember 1993, Clunet 121 (2) (1994), 690–701; *Synvet, H.*, Anmerkung
zu Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 17. Dezember 1991, Société Gatoil c.
NIOC, Rev. arb 1993, 281; vgl. auch *Mezger, E./Bellet, P.*, L'arbitrage internatio-
nal dans le nouveau code de procédure civile, RCDIP 70 (1981), 611–656 (622):
„*La convention d'arbitrage internationale est pour ainsi dire immunisée contre
toute atteinte à sa validité, qu'elle provienne de la loi française ou de la loi étran-
gère motivée par des raisons autres que celles susceptibles d'affecter les contrats
en général*“.

²⁰⁸ Cour cass., Entscheidung vom 5. Januar 1999, M. Zanzi c. J. de Coninck et
autres, Rev. arb 1999, 260 mit Anmerkung *Fouchard, P.*

²⁰⁹ *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin MFG. Co.* 388 U.S. 395 (1967); *Sauer-
Getriebe KG v. White Hydraulix Inc.* 715 F.2d 348, 351 (1983); *Lawrence v. Com-
prehensive Business Service Company*, 933 F.2d 1159 (1987), *Island Territory of
Curaçao v. Solitron Devices Inc.* 356 F. Supp. 1, 11 (S.D.N.Y. 1973); *Coleman v.
National Movie-Dine Inc.*, 449 F. Supp. 945, 948 (D.C. Pa. 1978); *Information Sci-
ences Inc v. Mohawk Data Science Corp.* 43 NY 2d 198 (1978); *In re Oil Spill by
Amoco Cadiz Off Coast of France*, 659 F.2d 789, 794 (7th Cir. 1981); *People's*

Staaten²¹⁴ erkennen die Unabhängigkeit der Geltung der Schiedsklausel vom Hauptvertrag an. In den meisten Schiedsordnungen ist der Grundsatz

Security Life Insurance Company v. Monumental Life Insurance Company, 867 F.2d 809 (1989); Neal v. Hardee's Food System, Inc. 918 F. 2d, 34, 37 (5th. Cir. 1990); Eastern District of Texas, Entscheidung vom 15. November 1994, YCA XXI (1996), 730–735; Northern District of California, Entscheidung vom 24. Oktober 1996, YCA XVIII (1998), 910–918; Southern District of Texas, Entscheidung vom 28. April 1997, YCA XXIII (1998), 949–955.

²¹⁰ § 1040 Abs. 1 Satz 2 ZPO n.F. (Gesetz zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts vom 22. Dezember 1997, BGBl. 1997, I, 3224, in Kraft am 1. Januar 1998).

²¹¹ Art. 7 des Gesetzes vom 17. Juni 1996, in Kraft getreten am 31. Januar 1997, Rev. arb 1997, 93–156; vgl. dazu *Veeder, V.V.Q.C.*, La nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage de 1996: La naissance d'un magnifique éléphant, Rev. arb 1997, 3–27; zum früheren englischen Recht vgl. *Gross, P. Q. C.*, Separability Comes of Age in England: Harbour v. Kansa and Clause 3 of the Draft Bill, 11 Arb. Int (1) (1995), 85–95; *Nariman, F. S.*, Special Features of the Application of Particular Laws Relevant for the Practice of Arbitration in Common Law, in *van den Berg, A.* (Hrsg.), ICCA Congress Series No 7. Planning Efficient Arbitration Proceedings. The Law Applicable in International Arbitration, ICCA International Arbitration Congress, Vienna 3–6 November 1994, S. 480–493 (483 ff.); *Rogers, A. Q. C./Launders, R.*, Separability – The Indestructible Arbitration Clause, 10 Arb. Int (1994), 77–90.

²¹² Art. 178 Abs. 3 Schweiz. IPR-G; ATF 88A 105 (1963) und ATF 116 Ia = Rev. arb 1990, 920 mit Anmerkung *Tschanz, P.-Y.*

²¹³ *Koussoulis, St.*, Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in Griechenland, in *Gottwald, P.* (Hrsg.), Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, S. 405–420 (412, Fn. 33); Nachweise auch bei *Dimolitsa, A.*, JIntArb 5 (4) (1987), 17–66 (29 ff.); *dies.*, Rev. arb 1998, 305–357 (312).

²¹⁴ *Ägypten*: Art. 23 des Gesetzes No 27/1994 vom 18. April 1994, Rev. arb 1994, 763; *Algerien*: Art. 458 bis 1 des Legislative Decree No 93–09 vom 25. April 1993, YCA XIX (1994), 445; *Australien*: Codelfa Constructions Pty v. States Rail Authority of New South Wales (1982), 149 CLR 337 at 364; Federal Court of Australia, QH Tours Ltd. v. Ship Design & Management (Australia) Pty Ltd, (1991), 105 ALR 371; Supreme Court of Queensland, Entscheidung vom 29. Oktober 1993, YCA XX (1995), 628–650; *Belgien*: Art.1697 § 2 CJ; *Canada*: §11. 4 Federal Commercial Arbitration Act, vom 10. August 1986, YCA XIII (1988), 393–416; British Columbia Supreme Court, Vancouver, Entscheidung vom 13. September 1991, YCA XVIII (1993), 358–362; *China*: Art. 5 Revised Arbitration Rules of the China International Economic and Trade Arbitration Commission vom 1. Juni 1994, in Rev. arb 1994, 599; und Art. 19 des Schiedsgesetzes vom 31. August 1994, Rev. arb 1995, 527–534; *Italien*: Art. 808 Abs. III c.p.c, Corte di cassazione, Entscheidung vom 28. Oktober 1993, YCA XX (1995), 739–741; einen Überblick der Situation in *Latin Amerika* bietet *Naón, G.*, 5 Arb. Int (2) (1989), 137–172 (150 ff.) an; *Mexiko*: Art. 1432 des Gesetzes vom 22. Juli 1993, Rev. arb 1994, 396; *Niederlanden*: Art. 1053 Arbitration Act vom 1. Dezember 1986 abgedruckt in *Berger, K.-P.*, International Economic Arbitration 1993, S. 887 ff.; vgl. dazu *van den Berg, A.*, YCA XII (1987), 3–38 (10); *Portugal*: Art. 21 § 2 des Gesetzes No 31/86 vom 29. August 1986, Rev. arb 1991, 487; *Rumänien*: Art. 343 § 2 c.p.c geändert durch Gesetz No 59 vom 23. Juli 1993, YCA XX (1995), 592; *Rußland*: Art. 16 des Gesetzes über die internationale Wirtschaftsarbitrage vom 7. Juli 1993, YCA XIX (1994),

der Autonomie der Schiedsklausel ausdrücklich niedergelegt²¹⁵. Dies bestätigen auch Art. 3 der Santiago de Compostela Resolution vom 13. September 1989 des *Institut de Droit International*²¹⁶ und Art. 43 der *Wiener Vertragskonvention (WVK)*²¹⁷.

Sämtliche Schiedssprüche, die sich mit dem Problem auseinanderzusetzen hatten, gehen ebenfalls von dieser Doktrin aus²¹⁸. In der Literatur wird

461; Bermuda Court of Appeals, Entscheidung vom 7. Juli 1989, Sojuzneftexport (S.N.E) v. Joc Oil, YCA XV (1990), 384; Foreign Trade Arbitration Commission at the USSR Chamber of Commerce and Industry, Entscheidung vom 9. Juli 1994, XVIII (1993), 92–110; *Schweden*: Sec. 3 (1) Draft Arbitration Act, 10 Arb. Int (4) (1994), 407 ff.; AB Norrköpings Trikafabrik v. AB Per Person, NJA 1936, 521; Hermansson v. AB Asphaltbeläggningar, NJA 976, 125; *Yemeni*: mit Einschränkungen Art. 19 New Yemeni Arbitration Act vom 29. März 1992, vgl. dazu: *El-Ahdab, A.*, The New Yemeni Arbitration Act, JIntArb 11 (2) (1994), 51–76 (53); Überblick bei *Dimolitsa, A.*, Rev. arb 1998, 305–357 (313 ff.) und *Gottwald, P.*, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Generalbericht in *Gottwald, P.* (Hrsg.), Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, S. 3–160 (21, Fn. 140).

²¹⁵ Art. 21 Abs. 2 Satz 3 der *UNCITRAL*-Regeln, U.N. Doc. A 731/39; 31 UN GAOR Supp. (No. 39), S. 182 ff.; Art. 21 Abs. 2 Permanent Court of Arbitration, Optional Rules for Arbitrating Disputes Between Two Parties of Which Only One Is a State, vom 6. Juli 1993, YCA XIX (1994), 388–361; Art. 21 Abs. 2 Satz 2 Permanent Court of Arbitration, Optional Rules for Arbitration Involving International Organizations and States, in Kraft getreten am 1. Juli 1996, YCA XXII (1997), 388–408; Art. 15 Abs. 2 American Arbitration Association Rules, i.d.F. vom 1. April 1997, YCA XXII (1997); 303–319; Art. 6 Abs. 4 Satz 2 der 1998 Arbitration Rules of the International Chamber of Commerce, YCA XVII (1997), 345–370 (351); Art. 9 der Schiedsordnung des Schiedsgerichts in Ljubljana; Art. 2 Pkt. 2 der Schiedsordnung des Schiedsgerichts in Zagreb; § 1 (6) der Schiedsordnung des Schiedsgerichts in Budapest; Art. 14 der Schiedsordnung des Schiedsgerichts in Belgrad; Punkt 1.4 der Schiedsordnung des Schiedsgerichts in Kiew; Art. 26 (2) der Schiedsordnung des Schiedsgerichts in Sofia, berichtet bei *Heger, S.*, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in Osteuropa, RIW 45 (1999), 481–487 (484); so auch Art. 41 *WBÜ*; Art. 16 Abs. 1 Satz 2 *UNCITRAL*-Modellgesetz, U.N. Doc. A/RES/72.

²¹⁶ Art. 3 der Resolution lautet: „*Sauf si la convention d'arbitrage en dispose autrement, les principes généraux suivant s'appliquent*“:

(a) *La convention d'arbitrage est autonome par rapport à la relation juridique à laquelle elle se réfère*“, RabelsZ 54 (1990), 160–169 (164) = Rev. arb 1990, 931–936 (932) = YCA XVI (1991), 233–239 (237).

²¹⁷ Art. 43 WVK (BGBl. 1985, II, S. 943) lautet: „*Die Ungültigkeit, Beendigung oder Kündigung eines Vertrages, der Rücktritt einer Vertragspartei vom Vertrag oder seine Suspendierung beeinträchtigen, soweit sie sich aus der Anwendung dieses Übereinkommens oder des Vertrages ergeben, in keiner Hinsicht die Pflicht eines Staates, eine in dem Vertrag enthaltene Verpflichtung zu erfüllen, der er auch unabhängig von dem Vertrag auf Grund des Völkerrechts unterworfen ist*“; vgl. auch Art. 70 WVK (BGBl. 1985, II, S. 953: „*Folgen der Beendigung eines Vertrags*“).

²¹⁸ Losinger-Schiedsspruch, PCIJ Ser. C. No 78, (1936), S. 105 (110); implizit in *Lena Goldfields-Schiedsspruch*, (§ 4, Fn. 195); *Anglo-Iranian Oil Company Case*:

die Autonomie der Schiedsklausel einhellig befürwortet²¹⁹. Ebenso enthalten zahlreiche Konzessionsverträge eine ausdrückliche Festlegung der Autonomie der Schiedsklausel²²⁰. Es läßt sich also durchaus rechtfertigen, die Autonomie der Schiedsklausel als allgemeinen Grundsatz des Schiedsverfahrensrechts zu betrachten.²²¹ Im Falle *Lena Goldfields* wurde damit der

Memorial of the United Kingdom vom 10. Oktober 1951, ICJ Pleadings 1952, S. 119; explizit im Texaco-Schiedsspruch zur Gerichtsbarkeit, ILR 53 (1979), 389–512 (408), m.w.Nach.; im Liamco-Schiedsspruch, ILM 20 (1981), 1–87 (40); im Elf Aquitaine v. NIOC-Schiedsspruch, Rev. arb 1984, 401–421 (413 ff.) m.w.Nach.; ICC-Schiedsspruch Nr. 7263/1994, YCA XXII (1997), 92–106.

²¹⁹ *Cahier, P.*, The Strengths and Weaknesses of International Arbitration Involving a State as a Party, in *Lew, J. D. M.* (ed.), Contemporary Problems ..., S. 241–249 (243); *Catranis, A.*, RIW 28 (1982), 19–27 (20); *Cohen-Jonathan, G.*, L'arbitrage Texaco-Calasiatic contre le Gouvernement Libyen (sentence au fond du 19.1.1977), AFDI 23 (1977), 452–479 (453); *Craig, W. L./Park, W. W./Paulsson, J.*, International Chamber of Commercial Arbitration, 2nd Edition 1990, S. 67; *Derrains, Y.*, Anmerkung zu ICC-Schiedsspruch Nr. 1526/1968, Clunet 101 (1974), 918 (919); *Fouchard, P.*, Anmerkung zu ICC-Schiedsspruch Nr. 2091 vom 14. Mai 1972, Rev. arb 1975, 252–267 (258, 265); *Kahn, P.*, Clunet 109 (1982), 844–909 (850); *Lalive, J.-F.*, Clunet 104 (1974), 319–389 (328); *Lalive, P.*, RBDI 11 (1975), 570–580 (572); *ders.*, Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international, Rev. arb 1986, 329–373 (300–301); *Markert, T.*, S. 84; *Nußbaum, A.*, The Arbitration between the Lena Goldfields, Ltd. and the Soviet Government, CornellLQ 36 (1950), 31 ff. (38); *Peter, W.*, Arbitration and Renegotiation ..., S. 274 ff. m.w.Nach.; *Regli, J.-P.*, S. 46 ff.; *Reymond, C.*, Rev. arb 1985, 517–542 (520); *Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 392; *Schwebel, S. M.*, Three Salient Problems, S. 1 ff., 35–37; *Toope, S. J.*, S. 64, 70; *Weil, P.*, RdC 128 (1969–III), 95–240 (222 ff.); *ders.*, in *Mélanges Rousseau*, S. 303–328 (325).

²²⁰ Die Standardformel im Nahe Osten lautet: „*The provisions of this Agreement relating to arbitration shall continue in force notwithstanding the termination of the Agreement*“, so Art. XXIII i des Vertrages zwischen Ägypten/E.G.P.C./Chevron von 1976, zitiert nach *Fischer, P./Wälde, T.*, (§ 1, Fn. 33), Bd. 2, S. 381 ff.; identisch mit Art. 35 Abs. 14 des Vertrages NIOC/MOBIL von 1971, Selected Documents 1971 (§ 1, Fn. 48), S. 87 ff.; Art. 29 Abs. 12 des Vertrages INZ/NRAJ von 1968, Selected Documents 1968, *ibid.* S. 335 ff.; Art. 43 Abs. 12 des Vertrages LIPETCO/AUXERAP von 1968, Selected Documents 1968, *ibid.* S. 197 ff.; in den iranischen Konzessionsverträgen findet sie sich erstmals in jeweils Art. 39 lit. 12 der „*Sechser-Vertrages*“ des Jahres 1965, Selected Documents, *ibid.* Band. 4, S. 199. Ebenso ist sie in ERAP-Vertrag des Jahres 1966 (Art. 41 Sektion 12), *op. cit.* Selected Documents, *ibid.* Bd. 3, S. 171, sowie in den *service contract*-Konzessionen-AREPI und CONOCO des Jahres 1969 (jeweils Art. 38 Section 12) enthalten. Sie hat auch Eingang in Praxis anderer Staaten gefunden: so beispielsweise Art. 29 Zif. 12 des jordanischen INA-Vertrages vom 8. März 1968, Selected Documents, *ibid.* Band. 1, S. 24 und Art. 29. 4 des indonesischen ALCOA-Vertrages vom 2. April 1969, Selected Documents, *ibid.* Band. 1, S. 54; Nachweise auch bei *Regli, J.-P.*, S. 49; *Peter W.*, Arbitration and Renegotiation ..., S. 276.

²²¹ *Dimolitsa, A.*, JIntArb 5 (4) (1988), 17–66 (29); *dies.*, Rev. arb 1998, 305–357 (311); *Goldman, B.*, Rev. arb 1980, 323–372 (330); *Leboulanger, P.*, Les con-

Einwand der Sowjetunion, die Gerichtsbarkeit des Schiedsgerichts sei aufgrund der Kündigung des Vertrags entfallen, zu Recht zurückgewiesen. Eine Behandlung der Frage nach sowjetischem Recht hätte im übrigen nicht zu einem anderen Ergebnis geführt, denn gerade dieses Recht zeichnete sich durch eine besonders strenge Bindung an Schiedsklauseln aus²²².

III. Aufkündigung der Schiedsabrede kraft Souveränität?

In einer dritten Variante erklärt der Staat, er habe die Schiedsvereinbarung durch einen souveränen Hoheitsakt, z.B. einen Akt der Gesetzgebung oder der Verwaltung, aufgekündigt. So verfügte die Regierung von Bangladesh im Schiedsverfahren *Société de Grands Travaux de Marseille (S.G.T.M) c. East Pakistan Industrial Development Corporation (E.P.I.D.C)*²²³ per Erlaß, Schiedsabreden des Staatsunternehmens *E.P.I.D.C.* seien nichtig. Die Souveränität wurde hier von Bangladesh als Recht zur nachträglichen Auflösung des Schiedsvertrages verstanden. Mit derselben Argumentation versuchte auch die griechische Regierung, die Wirksamkeit von Schiedsklauseln in Verträgen zwischen dem griechischen Staat und einem Privatunternehmen²²⁴ kraft Art. 12 § 2 der Rechtsverordnung 1701/1987 für beendet zu erklären²²⁵.

Im Falle einer durch Gesetzgebung vollzogenen Aufkündigung des Schiedsvertrags, reicht die Berufung auf den Grundsatz der Autonomie der Schiedsklausel nicht aus²²⁶. Die Schiedsklausel soll durch den staatlichen Akt gerade durchbrochen werden und die objektive Schiedsfähigkeit des

trats entre Etats ..., S. 249 m.w.Nach.; Regli, J.-P., S. 51; Peter, W., Arbitration and Renegotiation ..., S. 275; ICC-Schiedssprüche Nr. 1512/1967, YCA V (1980), 171; Nr. 2694/1977, Clunet 105 (1978), 985: „material rule of the law of international commerce“; Nr. 5485/1985, YCA XIV (1989), 156, 160 : „general principle of international commercial arbitration“.

²²² Nußbaum, CornellLQ 36 (1950), S. 36 ff.; a. A. Veeder, V. V., The *Lena Gold-fields* Arbitration: The Historical Roots of Three Ideas, ICLQ 47 (1998), 747–792 (785).

²²³ ICC-Schiedsspruch Nr. 1803/1972; Auszüge des Schiedsspruches sind in YCA V (1980), 179 ff. abgedruckt.

²²⁴ Art. 33 des Vertrages vom 14. Juni 1975 zwischen: The Greek and Oceanic Exploration of Greece, Hellenic Oil Company, Wintershall Aktiengesellschaft und White Shield Greece Oil Company Inc., ratifiziert durch Rechtsverordnung 98/1975; vgl. dazu Dimolitsa, A., JIntArb 5 (4) (1987), 17–66 (30).

²²⁵ Vgl. dazu Bencheneb, A., La contrariété à la convention européenne des droits de l'homme d'une loi anéantissant une sentence arbitrale, Rev. arb 1996, 3–12; Dimolitsa, A., JIntArb 5 (4) (1987), 17–66 (30 ff.); siehe auch die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 9. Dezember 1994, Raffineries Grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce, Rev. arb 1996, 105–114 = Series A., Nr. 301–B, S. 61 ff. = Human Rights Law Journal 15 (1994), 432 ff.

Streites entfällt damit nachträglich nach der für die Beurteilung zuständigen Rechtsordnung. Ob das Autonomie-Prinzip überhaupt gegenüber hoheitlichen Eingriffen gilt, ist nicht so eindeutig. Als allgemeiner Rechtsgrundsatz läßt sich wohl nur die Autonomie gegenüber einer privatrechtlichen Beendigung des Vertrages nachweisen. Kein Staat ist außerdem verpflichtet, sein Recht stets in jeder Weise den allgemeinen Rechtsgrundsätzen anzupassen, so daß der Charakter des Autonomie-Prinzips als allgemeiner Rechtsgrundsatz für sich genommen nicht weiterhelfen würde.

Anders verhält es sich allerdings mit der Frage der fehlenden Völkerrechtskonformität einer solchen Maßnahme. Die Notwendigkeit der Orientierung an der Rechtsordnung des Konzessionsgebers für die Frage der Schiedsfähigkeit wird im nachfolgenden Paragraph mit völkerrechtlichen und verfassungsrechtlichen Erwägungen begründet²²⁷. Ist jedoch die Beendigung der Schiedsfähigkeit durch den Konzessionsgeber selbst völkerrechtswidrig, so besteht kein Grund, dessen Rechtsordnung anzuwenden. Dies gilt vor allem dann, wenn der Schiedsrichter von den Parteien ausdrücklich auch mit der Anwendung von Völkerrecht beauftragt wurde, wie in den libyschen Streitfällen²²⁸. Aber auch sonst könnte ein Schiedsrichter die Anerkennung völkerrechtswidriger Eingriffe als dem internationalen *ordre public* widersprechend ablehnen²²⁹.

Das libysche Gesetz, durch das unter anderem *Texaco* und *Liamco* verstaatlicht wurden, enthielt die Bestimmung, nach der die Entschädigung für die Enteignung von einem vom Ölministerium zu ernennenden Komitee festzusetzen sei²³⁰. Rechtsmittel gegen die Verstaatlichung waren dagegen überhaupt nicht vorgesehen. Entsprechend diesem Gesetz lehnte Libyen jede Mitwirkung in den Schiedsverfahren ab. Ähnlich verhielt es sich im Falle *Elf Aquitaine v. NIOC*. Allerdings erfolgte die Ungültigerklärung der Konzession im Jahre 1980 unter Berufung auf ein dem Vertrag vorherge-

²²⁶ *Dimolitsa, A.*, JIntArb 5 (4) (1987), 17–66 (35); *Jacquet, J.-M.*, Clunet 116 (1989–II), 621–690 (665); *Markert, T.*, S. 85; a. A. *de Aréchaga, E. J.*, in *Hossain, K.* (ed.), *Legal Aspects ...*, S. 220–233 (229).

²²⁷ Vgl. dazu unten, unter § 5, A. III.

²²⁸ Zur Bindung des Schiedsrichters an die Wahl des Völkerrechts siehe unten, unter § 8, A. II.

²²⁹ *Derains, Y.*, *Le statut des usages de commerce international devant les juridictions arbitrales*, Rev. arb 1973, 122–149; *Lalive, P.*, Rev. arb 1986, 329–373 (300–301); *ders.*, *Transnational (or Truly International) Public Policy in Sanders, P.* (Hrsg.), *ICCA Congress Series No 3*, New York 6–9 Mai 1986, S. 257–318 (295–296); *Schlosser, P.*, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, RdNr. 430.

²³⁰ Art. 5 des Gesetzes über die Verstaatlichung von BP, *Selected Documents* 1971 (§ 1, Fn. 48), S. 183 ff.; Art. 2 des allgemeinen Gesetzes, *Selected Documents* 1973 (§ 1, Fn. 48), S. 155 ff.

hendes Gesetz von 1951²³¹. Dieser Einwand war also nach der hier vertretenen Auffassung beachtlich. Er war aber wenig überzeugend, da die Konzession von Parlament und Schah ratifiziert worden war und ihr deshalb als *lex posterior* und *lex specialis* der Vorrang gebührte. Der Iran hatte den Vorrang des Gesetzes von 1951 auch erst durch ein neues Gesetz von 1980 festgeschrieben. Es handelte sich also um einen späteren Eingriff, der nur politisch unter Berufung auf die Mossadegh-Zeit gerechtfertigt wurde.

Diese spätere Aufhebung der Schiedsklausel durch Libyen und den Iran könnte gegen das völkerrechtliche Verbot des „*déni de justice*“ verstoßen. Das Verbot der Rechtsverweigerung verbietet, daß ein Gaststaat Ausländern den Zugang zu den zuständigen gerichtlichen Organen verweigert²³². Ob dieses Verbot auch für die Verweigerung der vereinbarten schiedsgerichtlichen Beilegung von Streitigkeiten gilt, wird nicht allzu häufig diskutiert²³³, dann aber meist bejaht²³⁴. Im Bereich der durch völkerrechtlichen Vertrag begründeten Schiedsgerichtsbarkeit ist eindeutig anerkannt, daß kein Staat sich seinen Verpflichtungen entziehen kann²³⁵. Für das WBÜ bestimmt dies Art. 25 Abs. 1 Satz 2 ausdrücklich²³⁶. Daraus folgern Schiedsgerichte und

²³¹ Text des Gesetzes von 1980 und der darauf gestützten Ungültigerklärung im Schiedsspruch, (§ 4, Fn. 218), Rev. arb 1984, 401–421 (404 ff.).

²³² Siehe die Darstellung bei *Garcia Amador, F. V.*, The Changing Law of International Claims, Band 1, New York 1984, S. 174; *ders.*, Responsibility of the State for Injuries Caused in its Territory to the Person or Property of Aliens – Measures Affecting Acquired Rights, Yearbook of the International Law Commission 1959, Vol. II, S. 1 ff.

²³³ Jetzt erstmals ausführlich untersucht und bejaht von *Schwebel, S. M.*, Three Salient Problems ..., S. 61 ff.

²³⁴ Ambatielos-Fall, ICJ Rep. 1952, S. 30; Anglo-Iranian-Fall, ICJ Rep. 1952, S. 93; so auch das Memorial der griechischen Regierung in Ambatielos-Fall, R.I.A.A. xii, S. 83 (95) und die UK Submissions im selben Fall, ICJ Rep. 1953, S. 10, 13; vgl. dazu; *de Aréchaga, E. J.*, L'arbitrage entre les Etats et les sociétés étrangères, in *Mélanges Gidel*, 1961, S. 377 ff. (380); *Bettems, D.*, RdNr. 216 e); *Dimolitsa, A.*, JIntArb 5 (4) (1987), 17–66 (33); *Garcia Amador, F. V.*, Responsibility of the State ..., S. 32: „non fulfilment of the arbitration clause would directly give rise to the international responsibility of the State“; *Luzzatto, R.*, RdC 157 (1977–IV), 9–120 (17, 94); *Mann, F.-A.*, BYIL 42 (1967), 1–37 (26 ff.); *ders.*, State Contracts and International Arbitration, in *Mann, F.-A.* (ed.), Studies in International Law, S. 256–301 (287–291) (ausgenommen den Fall, das staatliche Recht ist die *lex arbitri* und eine allgemeine, nicht diskriminierende Gesetzgebung hebt die Schiedsklausel auf); *Schwebel, S. M.*, Three Salient Problems ..., S. 71, 117, 127; *Weil, P.*, RdC 128 (1969–III), 95–240 (222); einschränkend *Brownlie, I.*, State Responsibility, Part 1, Oxford 1983, S. 80 m.w.Nach.; nur für den Fall, daß die Schiedsgerichtsbarkeit der einzige offenstehende Rechtsbefehl ist; Nachweise auch bei *Markert, T.*, S. 86.

²³⁵ IGH, Fall Ambatielos, ICJ Rep. 1953, 9.

²³⁶ Art. 25 WBÜ lautet: „Haben die Parteien ihre Zustimmung erteilt, so kann keine von ihnen sie einseitig zurücknehmen“.

internationale Rechtslehre übereinstimmend²³⁷, die Souveränität eines Staates könne in keinem Fall die Zuständigkeit eines ICSID-Schiedsgerichtes ausschließen. Demgemäß wies ein Schiedsgericht den Versuch Jamaikas zurück, sich nachträglich einer Schiedsklausel nach dem WBÜ zu entziehen²³⁸.

Dagegen ist die Rechtslage für den Fall der Aufkündigung einer in einem privatrechtlichen Vertrag enthaltenen Schiedsklausel durch den Staat von der völkerrechtlichen Judikatur nicht so eindeutig geklärt. Der StGH war mit der Rechtssache *Losinger* zwar mit einem derartigen Fall befaßt, kam aber nicht zu einer Entscheidung, da Jugoslawien das Schiedsgericht dann doch akzeptierte²³⁹. Im Fall *Société Commerciale de Belgique*²⁴⁰ bestritt Griechenland die Bindungswirkung eines gegen es ergangenen Schiedsspruch nicht, sondern berief sich lediglich auf akute Zahlungsschwierigkeiten, vor welchen die Achtung wohlervorbener Rechte des privaten Vertragspartners weichen müßte²⁴¹. Insofern ist dieser Fall lediglich ein Indiz dafür, daß die meisten Staaten sich verpflichtet fühlen, Schiedssprüche zugunsten von Privaten zu erfüllen, auch wenn die Schiedsvereinbarung nur in einem Vertrag mit einem Privatpartner enthalten ist. Im *Anglo-Iranian*-Fall hat der Schiedsrichter *Levi Carneiro* in der Weigerung Irans, das vertraglich vorgesehene Schiedsgericht einzusetzen, eine Rechtsverweigerung gesehen²⁴². Da diese Aussage jedoch in einer abweichenden Meinung enthalten ist – für die Mehrheitsmeinung stellte sich das Problem nicht – ist ihr Wert als Präjudiz gemindert²⁴³.

Demgegenüber ist die Haltung der durch privatrechtlichen Vertrag begründeten Schiedsgerichte eindeutig. Alle drei Schiedssprüche im libyschen Erdölstreit gingen von einer weiteren Bindung Libyens an die

²³⁷ *Alcoa Minerals of Jamaica, Inc v. Government of Jamaica*, ICSID-Schiedsspruch vom 1975, YCA IV (1979), 206–208; *Delaume*, G. JIntArb 1 (1984), 101–125 (103); *ders.*, in *Law and Practice of Transnational Contracts*, S. 363 m.w.Nach.; *Herdegen*, M., RIW 35 (1989), 329–337 (331); *Hirsch*, M., S. 51; *Lalivé*, P., in *Festschrift für Kurt Lipstein*, S. 135–155 (149); *Langkeit*, J., S.73; *Lavieć*, P., S. 264 ff.; *Leboulanger*, P., *Les contrats entre Etats ...*, S. 248 m.w.Nach.; *Markert*, T., S. 87; *Peter*, W., *Arbitration and Renegotiation ...*, S. 324; *Regli*, J.-P., S. 51 ff.; *Weil*, P., RdC 128 (1969–III), 95–240 (223).

²³⁸ *Alcoa v. Jamaica*, ICSID-Schiedsspruch zur Gerichtsbarkeit vom 6. Juli 1975, YCA IV (1979), S. 206 (Auszüge). In der Sache kam es zu keinem endgültigen Schiedsspruch, da daraufhin eine Einigung erfolgte.

²³⁹ PCIJ Series A/B Nr. 66 (1936).

²⁴⁰ PCIJ Series A/B Nr. 78, (1939).

²⁴¹ *Ibid* S. 99 ff.

²⁴² *Anglo Iranian Oil Case*, ICJ Rep. 1952, S. 165.

²⁴³ Eine ausführliche Analyse der völkerrechtlichen Rechtsprechung bei *Schwebel*, S. M., *Three Salient Problems ...*, S. 72 ff.

Schiedsklausel aus²⁴⁴. Die USA hatten sich zuvor in ihren Stellungnahmen zu diesen Verfahren ausdrücklich auf den Standpunkt gestellt, die Weigerung Libyens, sich auf das Schiedsverfahren einzulassen, bilde einen „*denial of justice*“²⁴⁵. Im Falle *Elf/NIOC* erklärte Schiedsrichter *Gomard*, es sei ein Grundsatz des Völkerrechts, daß kein Staat sich einseitig von einer Schiedsklausel lösen könne²⁴⁶. Diese Auffassung wurde auch im *Framatome/A.E.O.I.* Schiedsspruch vertreten²⁴⁷. Ein unveröffentlichter Schiedsspruch hat seine Gerichtsbarkeit in einem derartigen Fall hilfsweise darauf gestützt, daß die Aufkündigung der Schiedsklausel ein „*deni de justice*“ wäre²⁴⁸.

Aus diesen und anderen Äußerungen aus der Staatenpraxis und der Judikatur internationaler Gerichte haben schon vor geraumer Zeit autoritative Stimmen in der Völkerrechtslehre gefolgert, daß eine Schiedsvereinbarung auch dann, wenn sie dem Recht eines Vertragsstaates unterliegt, nicht mehr einseitig durch nationale Gesetzgebungsakte aufgehoben oder modifiziert werden darf²⁴⁹. Eine grundsätzliche Bindung des Staates an eingegangene Verpflichtungen entspricht dem im herkömmlichen Völkerrecht bereits aner-

²⁴⁴ Sehr deutlich Schiedsrichter *Mahmassani* im *Liamco*-Schiedsspruch, ILM 20 (1981), 1–87 (40) = Rev. arb 1980, 132–191 (144): „*Il est généralement admis en pratique et en droit international qu'une clause d'arbitrage survit à la résiliation unilatérale par l'Etat du contrat où elle figure, et qu'elle reste en vigueur même postérieurement à cette résiliation*“.

²⁴⁵ Zitate bei *Schwebel, S. M.*, *Three Salient Problems ...*, S. 86.

²⁴⁶ *Elf Aquitaine Iran c. National Iranian Oil Company*, Schiedsspruch vom 14. Januar 1982, Rev. arb 1984, 401–421 (418).

²⁴⁷ *Framatome*-Schiedsspruch, Clunet 111 (1984), 72 = YCA VIII (1983), 113; siehe auch *Soleh Boneh*-Schiedsspruch, Clunet 102 (1975), 940; *Oppetit, B.*, Clunet 111 (1984), 37 (54 ff.).

²⁴⁸ Nach *Reymond, C.*, Rev. arb 1985, 517–542 (535).

²⁴⁹ *Barberis, J.*, RdC 179 (1983 I), 145–304 (193); *Delaume, G.*, AJIL 75 (1981), 784–819 (788); *ders.*, in *Law and Practice of Transnational Contracts*, S. 366; *Derrains, Y.*, Rev. arb 1973, 122–149 (145); *ders.*, Clunet 102 (1975), 938 ff. (942, 944), der die Unwiderruflichkeit des Schiedsvertrages als Regel des *ordre public international* ansieht; *Dimolitsa, A.*, JIntArb 5 (4) (1988), 17–66 (37); *Fischer, P.*, Die internationale Konzession, S. 422; *Jacquet, J.-M.*, Clunet 116 (1989–II) 621–690, (662, 665); *Lalive, P.*, RBDI 11 (1975), 570–580 (572); *ders.*, in *Festschrift für Kurt Lipstein*, S. 135–155 (149 ff.); *ders.*, Rev. arb 1986, 329–373 (346); *Lavie, P.*, S. 264; *Leboulanger, P.*, *Les contrats entre Etats ...*, S. 248; *Mayer, P.*, Clunet 113 (1986–I), 5–78 (48 ff.); *ders.*, RdC 217 (1989–V), 319–454 (450); *Pazarci, H.*, La responsabilité internationale des Etats à l'occasion des contrats conclus entre Etats et personnes privées étrangères, RGDI 79 (1975), 354–421 (398); *Regli, J.-P.*, S. 50; *Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 430; *Weil, P.*, RdC 128 (1969–III), 95–204 (222); *ders.*, in *Mélanges Rousseau*, S. 303–328 (325); so auch *Heyman v. Darwin Ltd.* [1942] AC 35 (House of Lords); *Zenol Inc. v. Carblox Ltd.* 334, F. Supp. 866 (W.D.Pa 1971), aff.d 474 p. 2d 1 366.

kannten Grundsatz des Verbots des widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*). Bei einer einseitigen Aufkündigung der Schiedsklauseln würde sich der Staat zum Richter in eigener Sache machen²⁵⁰ und jeder Versuch eines Interessenausgleichs wäre gescheitert. Deshalb sind die Argumente für die Unantastbarkeit der Schiedsklausel zwingend²⁵¹ und der Weg, dies über das völkerrechtliche Verbot der Rechtsverweigerung zu erreichen, erscheint mit dem traditionellen Völkerrechtssystem durchaus vereinbar.

Als Folge der Schiedsvereinbarung ist das Schiedsgericht das zuständige Organ zur Entscheidung des Streits, ganz wie es das staatliche Gericht ohne eine solche Vereinbarung wäre. Gäbe man dem Staat das Recht, sich nachträglich einseitig von der Schiedsklausel zu lösen, wäre diese gerade in dem Fall, für den sie hauptsächlich gedacht ist, wirkungslos und der Staat wäre nur eine Scheinverpflichtung eingegangen. Dies ließe sich jedoch mit den in den UN-Resolution Nr. 1803 von 1962 verankerten Grundsätzen für die Behandlung von Auslandsinvestitionen nicht vereinbaren, wonach „foreign agreements entered into by, or between, sovereign states shall be observed in good faith“²⁵².

Die Annahme völkerrechtlicher Schranken der staatlichen Einwirkungsbezugnis findet eine Stärkung in der Entwicklung, welche das Recht der Staatenverantwortlichkeit genommen hat. Zwar gilt nach wie vor der Grundsatz, daß die Verletzung eines nationalen Recht unterworfenen Vertrages mit ausländischen Staatsangehörigen für einen Staat kein völkerrechtliches Delikt ist²⁵³; aber nach einer vordringenden Meinung haftet ein Staat für derartige Vertragsverletzungen völkerrechtlich dann, wenn sie diskriminierenden oder willkürlichen Charakter haben²⁵⁴. Einen solchen willkürlichen Entzug vertraglicher Rechte wird man regelmäßig in der Mißachtung eines Schiedsspruches ohne besondere Rechtfertigungsgründe sehen können. Das dritte *Restatement* des Rechts der auswärtigen Beziehungen des *American Law Institute* nennt in diesem Zusammenhang ausdrücklich die Verweigerung eines „adequate forum“ für die Regelung vertraglicher Streitigkei-

²⁵⁰ de Aréchaga, E. J., in *Mélanges Gidel*, S. 380.

²⁵¹ Ebenso Delaume, G., *AJIL* 75 (1981), 784–819 (788); Weil, P., *RdC* 128 (1969–III), 95–240 (222 ff.).

²⁵² *ILM* 2 (1963), 223.

²⁵³ Vgl. dazu unten, unter § 7, B. VI.

²⁵⁴ In diesem Sinne m.w. Nach. Schwebel, S. M., On whether the Breach by a State of a Contract with an Alien is a Breach of International Law, in: *International Law at the Time of its Codification, Essays in Honour of Roberto Ago*, Band 3, 1987, S. 401–413; *American Law Institute*, (Third) *Restatement of the Law, The Foreign Relations Law of the United States (Revised)*, 1986, Bd. 2, 1987, § 712 (2), S. 196 ff.

ten²⁵⁵; damit sind auch kraft Parteivereinbarung berufene Schiedsgerichte gemeint²⁵⁶.

Aus der Regel des Völkergewohnheitsrechts, nach welcher der Einsatz nationaler Regelungshoheit gegen schiedsvertragliche Verpflichtungen unzulässig ist²⁵⁷, ziehen die Anhänger der Lehre, welche in der die Schiedsklausel enthaltenden Konzession einen beschränkt-völkerrechtlichen Vertrag sehen, einen weiteren Schluß: Auch solche Schiedsvereinbarungen, welche dem Recht eines staatlichen Vertragspartners unterliegen, seien unabhängig von einem ausdrücklichen Verweis auf Völkerrecht gewissermaßen „stabilisiert“, in dem Sinne, daß sie der privaten Vertragspartei ein nicht einseitig entziehbares Recht auf das vereinbarte Forum verschafften²⁵⁸. Die nicht von besonderen Schuldbefreiungsgründen getragene Mißachtung einer Schiedsvereinbarung bilde daher ein völkerrechtliches Delikt.

Selbst wenn man die Annahme der Völkerrechtswidrigkeit einer Aufkündigung der Schiedsklausel für zu weitgehend hielte, sprechen völkerrechtliche Erwägungen jedenfalls dafür, solche nachträglichen Eingriffe außer Acht zu lassen. Schiedssprüche sollten von Schiedsrichtern trotz der Schiedsvertragsaufkündigung durch den betroffenen Staat gefällt werden. Sie sind häufig in anderen Staaten deshalb anerkennungspflichtig, weil der nach dem Anspruch der staatlichen Schiedsvertragspartei eingetretene Wegfall des Schiedsvertrages als *ordre public* widrig unzulässig ist. Auch die internationalen Abkommen auf dem Gebiet der Handelsschiedsgerichtsbarkeit zwingen den Schiedsrichter nicht zur Berücksichtigung nachträglicher Hindernisse für die Schiedsfähigkeit, um die Vollstreckbarkeit der Entscheidung zu gewährleisten. Der Funktion des Schiedsrichters als eines Beauftragten der Parteien entspricht es vielmehr, dem im Vertrag zum Ausdruck gekommenen Willen der Parteien nach Möglichkeit zum Durchbruch zu verhelfen. Es ist dann folgerichtig, es als allgemeinen Grundsatz des Schiedsverfahrensrechts zu betrachten, die Schiedsfähigkeit nach den in Zeitpunkt des Vertragsschlusses anwendbaren Recht zu beurteilen und nachträgliche Eingriffe unberücksichtigt zu lassen.

²⁵⁵ Ibid. § 712 (2) lit b: „A state is responsible under international law for injury resulting from ... (2) a repudiation or breach by the State of a contract with a national of another State ... (b) where the foreign national is not given an adequate forum to determine his claim of breach or is not compensated for any breach determined to have occurred.“

²⁵⁶ Ibid. § 712 Comment h: „A State may be responsible for a denial of justice under international law ... if, having committed itself to a special forum for dispute settlement, such as arbitration, it fails to honour such commitment“.

²⁵⁷ Mann, F.-A., BYIL 42 (1967), 1–37 (30ff.).

²⁵⁸ Herdegen, M., RIW 35 (1989), 329–337 (333); Pazarcı, H., RGDI 79 (1975), 354–421 (397); Regli, J.-P., S. 50; Weil, P., RdC 129 (1969–III), 95–240 (222); ders., in Mélanges Rousseau, S. 303–328 (324).

IV. Ergebnis zur Souveränität

Auch seine Souveränität gibt einem Staat nicht das Recht, sich vom geschlossenen Schiedsverträgen zu lösen. Der Staat kann daher nicht für sich in Anspruch nehmen, bestimmte Angelegenheiten unterlägen entgegen getroffener Schiedsvereinbarungen allein seiner souveränen Entscheidungsbefugnis²⁵⁹; des weiteren entbindet ihn die kraft seiner Souveränität bewirkte Auflösung des Hauptvertrages nicht von den Pflichten aus einer Schiedsvereinbarung²⁶⁰; auch ist es ihm nicht möglich, unter Hinweis auf seine Souveränität Schiedsverträge aufzukündigen²⁶¹. Diesem Ergebnis pflichten sowohl internationale Schiedsgerichte als auch die Rechtslehre bei. Es wird darüber hinaus durch das *WBÜ* (Art. 25 Abs. I Satz 2 *WBÜ*) bestätigt.

²⁵⁹ Dazu oben, unter § 4, D. I.

²⁶⁰ Dazu oben, unter § 4, D. II.

²⁶¹ Dazu oben, unter § 4, D. III.

§ 5 Die subjektive Schiedsfähigkeit des Staates und der juristischen Personen des öffentlichen Rechts

Größere Geschäfte des internationalen Handels werden heutzutage immer häufiger von ausländischen Staaten, staatlichen Sonderorganisationen (mit oder ohne eigene Rechtsfähigkeit) und staatseigenen Unternehmen abgeschlossen. Da Staaten sich ungern fremder Gerichtsbarkeit unterwerfen, haben sie anfangs die Fähigkeit der Träger solch großer Versorgungsgeschäfte, Schiedsklauseln wirksam zu vereinbaren (*subjektive Schiedsfähigkeit*), eingeschränkt oder gänzlich abgelehnt¹. Die anwachsende privatwirtschaftliche staatliche Betätigung hat aber zu der Erkenntnis geführt, daß die Rechtssicherheit im internationalen Wirtschaftsverkehr heute nur mit Hilfe der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit zu erzielen ist². Daraus erfolgte der Ruf nach einer vermehrten Beteiligung des Staates und seiner Untergliederungen am internationalen Schiedswesen. Schiedsverfahren in diesem Bereich setzen voraus, daß der „Staat“ an die Schiedsvereinbarung gebunden ist und sich nicht unter Berufung auf eigenes Recht aus seinen Vertragsverpflichtungen lösen kann. Schranken im nationalen Recht für die Unterwerfung von Staaten und ihren Stellen unter Schiedsklauseln sind infolgedessen durch nationale Gesetzgebung oder durch die Rechtsprechung nationaler Gerichte und internationaler Schiedsgerichte zum Teil aufgehoben oder erheblich reduziert worden³. Interne Beschränkungen der subjektiven Schiedsfähigkeit können daher der Wirksamkeit einer Schiedsabrede nicht entgegenstehen.

Aufgabe des folgenden Paragraphen soll es sein, die subjektive Schiedsfähigkeit des Staates und seiner juristischen Personen des öffentlichen Rechts zu untersuchen. In diesem Zusammenhang sind zunächst der Begriff der persönlichen Schiedsfähigkeit der Vertragsparteien, ihre Anknüpfung und ihre Abgrenzung zur Befugnis der juristischen Personen des öffentli-

¹ Zu den Verboten und Einschränkungen nationaler Rechte vgl. unten, unter § 5, B. I., II. und III.

² Böckstiegel, K.-H., NJW 35 (1975), 1577–1582 (1578); ders., Arbitration and State Enterprises, S. 17 ff.; ders., in Lew, J. D. M. (ed.), Contemporary Problems..., S. 40–49 (47); für den Konzessionsbereich Fischer, P., Die internationale Konzession, S. 417 ff.

³ Vgl. dazu unten, unter § 5, B. IV.

chen Rechts zum Abschluß einer Schiedsklausel und zur sachlichen Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes zu erörtern (A. I., II. und III.). Im weiteren Vorgehen wird auf nationale Regelungen eingegangen, die Schiedsverbote und Einschränkungen enthalten (B. I.). Zuallerst geht es um ihre Begründung (B. II.). Daran anschließend folgen einige Bemerkungen über ihre Abschaffung durch den Erlaß neuer „schiedsfreundlicher“ Gesetze (B. III.). Der Schwerpunkt des Abschnitts liegt in der Beachtlichkeit solcher Beschränkungen (C.). Dies wird anhand von internationalen Abkommen und Abkommensentwürfen (C. I.) sowie Entscheidungen nationaler Gerichte, internationaler Schiedsgerichte und von Stimmen aus der Lehre beantwortet (C. II. 1., 2. und 3.). Die Ergebnisse dieses Paragraphen werden aufzeigen, daß sich ein Staat nicht auf sein nationales Recht berufen kann, welches ihm und seinen juristischen Personen des öffentlichen Rechts den Abschluß von Schiedsverträgen ganz oder zum Teil verbietet. Diese Annahme gilt jedenfalls bei internationalen Streitfällen und gegenüber gutgläubigen Vertragspartnern (C. II. 4. und 5.).

In einem vierten Abschnitt am Ende dieses Paragraphen wird schließlich der Frage nachgegangen, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen ein Staat an eine Schiedsklausel gebunden ist, obwohl nur eines seiner Staatsunternehmen und nicht er selbst den Schiedsvertrag unterzeichnet hat (D.).

A. Der Begriff der persönlichen Schiedsfähigkeit der Vertragsparteien

I. Grundsatzregelungen und Anknüpfung der subjektiven Schiedsfähigkeit

Bei der subjektiven Schiedsfähigkeit handelt es sich um die rechtliche Handlungsfähigkeit der bei Abschluß des Schiedsvertrages beteiligten Personen⁴. Nach deutschem⁵ und dem IPR der meisten anderen Staaten⁶ sowie nach Art. V Abs. 1 lit. a) des *New Yorker UN-Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (UNÜ)* vom

⁴ Barber, H., S. 22; Berger, K., Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, S. 123 ff.; Lalive, P., Rev. arb 1986, 329–373 (344); Markert, T., S. 74; Regli, J.-P., S. 40; Reymond, C., Rev. arb 1985, 517–542 (529); Rubino-Sammartano, M., International Arbitration Law, S. 117; Schlosser, P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 325; ders., in Stein/Jonas Komm. zur ZPO, 21. Aufl., 1994, Band 7, § 1025, RdNr. 31; a.A. Bärmann, J., [Schiedsfähigkeit, in Festschrift für Friedrich Weber, Berlin 1975, S. 1–22 (19)] der damit die Fähigkeit anspricht, Schiedsrichter zu sein.

⁵ Art. 7 EGBGB.

⁶ Vgl. dazu Schlosser, P., in Stein/Jonas, Komm. zur ZPO 21. Aufl., 1994, Band 7, Anh. zu 1044, RdNr. 61.

10. Juni 1958⁷ und Art. VI Abs. 2 EÜ⁸ folgt die subjektive Berechtigung zum Abschluß eines Schiedsvertrags dem Personalstatut der Parteien⁹. Dazu gehört auch die Schiedsfähigkeit von Staaten und ihren Untergliederungen¹⁰. Allerdings hat sich in den letzten Jahren ein sehr starker Trend sowohl in den geschriebenen Teilen der nationalen Rechtsordnungen wie in der gerichtlichen und schiedsgerichtlichen Spruchpraxis herausgebildet, die subjektive Schiedsfähigkeit von Staaten und ihren juristischen Personen des

⁷ U.N.T.S. 330, 38, BGBl. 1961, II, S. 122; vgl. hierzu *Gottwald, P.*, in Münchener Kommentar zur ZPO, Band 3, München 1992, unter Art. V UNÜ, RdNr. 7; *Schlosser, P.*, in Stein/Jonas, Komm. zur ZPO, 21. Aufl., 1994, Band 7, Anh. zu § 1044 II, RdNr. 30. Die Bundesrepublik Deutschland hat das UNÜ am 30. Juni 1961 ratifiziert und es ist für sie am 29. September 1961 in Kraft getreten (BGBl. 1962, II, 102); Griechenland hat das UNÜ am 16. Juni 1962 ratifiziert und das Übereinkommen ist für sie am 14. Oktober 1962 in Kraft getreten.

⁸ Vgl. hierzu *Gottwald, P.*, in Münchener Kommentar zur ZPO, Band 3, München 1992 unter Art. VI EÜ, RdNr. 8; *Schlosser, P.*, in Stein/Jonas Komm. zur ZPO, 21. Aufl., 1994, Band 7, Anh. zu § 1044, RdNr. 114 ff.; ICC-Schiedsspruch Nr. 6850/1992, YCA XXIII (1998), 37–41.

Den selben Weg bestreitet Art. 34 Abs. 2 Satz a UNCITRAL-Modellgesetzes, der keine Kollisionsregel hinsichtlich der Fähigkeit der Parteien zum Abschluß eines Schiedsvertrages enthält. Auch die *Kommision zur Neuordnung des Schiedsverfahrens* sieht in ihrem *Bericht mit einem Diskussionsentwurf zur Neufassung des Zehnten Buchs der ZPO vom Februar 1994* (Hrsg. vom Bundesministerium der Justiz) von einer kollisionsrechtlichen Anknüpfung der subjektiven Schiedsfähigkeit ab. So bestimmt § 1059 Abs. 2 Nr. 1 des neuen Schiedsrechts [Gesetz zur Neuregelung des Schiedsverfahrens vom 22. Dezember 1997, BGBl. 1997, I, 3224, in Kraft am 1. Januar 1998] als Aufhebungsgrund des Schiedsspruchs das Fehlen der subjektiven Schiedsfähigkeit der Parteien, ohne diese Fähigkeit kollisionsrechtlich zu regeln; in diesem Sinne auch Art. IX Abs. 1 Satz a EÜ, der ebenso einen Aufhebungsgrund des Schiedsspruchs vorsieht, wenn die Parteien, die eine Schiedsvereinbarung geschlossen haben, *nach dem Recht, das für sie persönlich maßgebend ist*, in irgendeiner Hinsicht hierzu nicht fähig waren [Hervorhebung von der Verfasserin].

⁹ *Barber, H.*, S. 23; *Mayer, P.*, Clunet 113 (1986–I), 5–78 (53); *Regli, J.-P.*, S. 40; *Reymond, C.*, Rev. arb 1985, 517–542 (529); *Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 325 ff.; *ders.*, in Stein/Jonas, Komm. zur ZPO, 21. Aufl., 1994, Band 7, Anh. zu § 1044, II, RdNr. 31, 61; *Wetter, G.*, Choice-of-Law in International Arbitration Proceedings in Sweden, 2 Arb. Int (1986), 294–309 (296). a. A. *Mann, F.-A.*, BYIL 42 (1967), 1–37 (15); *lex arbitri* Anknüpfung; *Schwebel, S. M.*, Three Salient Problems...: *lex causae* Anknüpfung; *Goldman, B.*, The Applicable Law: General Principles of Law – The *lex mercatoria*, in *Lew, J. D. M.* (ed.), Contemporary Problems..., S. 113–125; *lex mercatoria* Anknüpfung; *Klein, E.*, Considerations sur l'arbitrage en droit international privé, Bâle 1955, S. 250 m. w. Nach.; *ders.*, Autonomie de la volonté et arbitrage, RCDIP 47 (1968), 255–284 und 479–494: *kumulative lex fori und lex arbitri* Anknüpfung.

¹⁰ *van den Berg, A.*, The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation 1981, S. 277 ff.; *ders.*, YCA XIX (1994), 491; *Langkeit, J.*, S. 83 ff.; *Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 344 ff.

öffentlichen Rechts auch dann anzunehmen, wenn für entsprechende, rein interne Angelegenheiten insoweit Einschränkungen bestehen¹¹.

Die Fähigkeit der Parteien, einen Schiedsvertrag zu schließen, bestimmt sich daher weder nach dem Schiedsvertragsstatut noch nach der *lex fori* des angerufenen staatlichen Gerichts oder nach der *lex arbitri* des Schiedsgerichts, sondern „nach dem Recht, das für sie persönlich maßgebend ist“. Der maßgebliche Anknüpfungspunkt (Staatsangehörigkeit, Wohnsitz oder gewöhnlicher Aufenthalt) wird sowohl von Art. V Abs. 1 lit. a UNÜ als auch von Art. VI Abs. 2 EÜ selbst nicht festgelegt. Darüber entscheidet im Rahmen des UNÜ das Kollisionsrecht des Exequaturstaates¹². Ebenso hat für das EÜ das jeweils mit der Sache befaßte Gericht die Frage der subjektiven Schiedsfähigkeit der Parteien nach seinem internationalen Privatrecht zu beantworten¹³. In Kontinentaleuropa stellt man im allgemeinen bei natürlichen Personen auf die Staatsangehörigkeit¹⁴, in *common-law*-Bereich zum Teil auf das Domizil ab. Bei juristischen Personen ist nach der herrschenden Auffassung in Deutschland das Recht am tatsächlichen Sitz der Verwaltung (*Sitztheorie*) entscheidend¹⁵. In der Schweiz ist hingegen gemäß Art. 154 IPR-G das Recht des Gründungsorts der Gesellschaft (*Gründungstheorie*) maßgeblich¹⁶. Manche Staaten kennen überhaupt kein Personalstatut. Das gilt vor allen Dingen für die USA¹⁷. Die Geschäftsfähigkeit wird dann entweder unselbständig angeknüpft und richtet sich nach dem auf den

¹¹ Ausführlich dazu unten, unter § 5, B. II., III. und IV. und C. I. und II.

¹² Gottwald, P., in Münchener Kommentar zur ZPO, Band 3, München 1992, unter Art. V UNÜ, RdNr. 7; Schlosser, P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 325.

¹³ Gottwald, P., in Münchener Kommentar zur ZPO, Band 3, München 1992, unter Art. VI EÜ, RdNr. 8.

¹⁴ Deutschland: Art. 7 Abs. 1 Satz 1 EGBGB; Frankreich: Art. 3 Abs. 3 des französischen *code civile*; Italien: Art. 17 des italienischen *codice civile*; Griechenland: Art. 7 des griechischen Zivilgesetzbuches; anders in der Schweiz, wo gemäß Art. 35, 36 IPR-G an den Wohnsitz angeknüpft wird; vgl. hierzu Blessing, M., Das neue internationale Schiedsgerichtsrecht der Schweiz – Ein Fortschritt oder ein Rücktritt?, in Böckstiegel, K.-H. (Hrsg.), Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz II, das neue Recht ab 1. Januar 1989, S. 13–97.

¹⁵ BGHZ 97, 269; 78, 318, 334.

¹⁶ Vgl. dazu, Barber, H., S. 24. Die Gründungstheorie wird ebenfalls im anglo-amerikanischen Rechtskreis vertreten; vgl. dazu Rubino-Sammaritano, M., International Arbitration Law, S. 118 m.w.Nach. über die verschiedenen Anknüpfungstheorien der *lex societatis*.

¹⁷ Nach § 198 Restatement of the Law 2d. Conflict of Laws besteht eine alternative Anknüpfung im Sinne des Günstigkeitsprinzips: Gemäß Abs. 1 i.V.m. §§ 187, 188 des Restatements of the Law 2d. Conflict of Laws unterliegt die Geschäftsfähigkeit prinzipiell dem Vertragsstatut. Geschäftsfähigkeit eines danach Geschäftsunfähigen wird gleichwohl angenommen, sofern der Betreffende nach seinem Wohnsitzrecht geschäftsfähig ist.

(Schieds-)Vertrag anwendbaren Recht oder nach dem am Vertragsschlußort geltenden Recht¹⁸.

II. Abgrenzung zwischen der subjektiven Schiedsfähigkeit und der Befugnis der juristischen Personen des öffentlichen Rechts zum Abschluß einer Schiedsklausel

Bei direkt mit dem Staat abgeschlossenen Konzessionsverträgen handelt es sich allerdings auf der staatlichen Seite streng genommen nicht um eine Frage der persönlichen Schiedsfähigkeit. Diese ist beim Staat stets gegeben, er kann sich nur selbst auferlegen, unter bestimmten Umständen keine Schiedsvereinbarung zu schließen¹⁹. Es handelt sich vielmehr um eine Frage der Befugnis der betroffenen Stelle zum Abschluß der Schiedsklausel²⁰. Dagegen kann bei selbständigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts ein echtes Fehlen der persönlichen Schiedsfähigkeit vorliegen. Sachlich sind beide Probleme jedoch eng verwandt und für die Frage des anwendbaren Rechts kann es keinen Unterschied machen, ob einem Staatsorgan oder einer selbständigen juristischen Person des öffentlichen Rechts die Befugnis zum Abschluß der Schiedsklausel fehlt. In beiden Fällen sind Fragen der Staatsorganisation betroffen, die nach dem Recht des betreffenden Staates zu beurteilen sind²¹.

Der Abschluß eines Schiedsvertrages durch den Staat hat auch eine verfassungsrechtliche Dimension²². Er kann zu einer Gefährdung der Rechtslage führen. Wenn gewisse Streitigkeiten der Beurteilung durch die staatlichen Gerichte entzogen werden, kann dies zum einen den Handlungsspielraum der Verwaltung erweitern, die dann nur noch der Kontrolle eines von

¹⁸ Vgl. hierzu *Born, G. B.*, International Commercial Arbitration in the United States, Commentary & Materials, 1994; *Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 326; *ders.*, in Stein/Jonas, Komm. zur ZPO, 21. Aufl., 1994, Band 7, Anh. zu § 1044, RdNr. 61.

¹⁹ Vgl. dazu *Markert, T.*, S. 74; *Mayer, P.*, Clunet 113 (1986-I), 5–78 (39 ff.).

²⁰ *Lalive, P.*, Problèmes spécifiques à l'arbitrage international, Rev. arb 1980, 341–372 (344); *Mayer, P.*, Clunet 113 (1986-I), 5–78 (45); *Rubino-Sammartano, M.*, International Arbitration Law, S.117.

²¹ *Jacquet, J.-M.*, Clunet 116 (1989-II), 621–690 (667); *Luzzatto, R.*, RdC 157 (1977-IV), 9–120 (40); *Mayer, P.*, Clunet 113 (1986-I), 5–78 (54); *ders.*, RdC 217 (1989-V), 319–454 (446); *Regli, J.-P.*, S. 43; *Reymond, C.*, Rev. arb 1985, 517–542 (530); *Vedel, G.*, Rev. arb 1961, 116–130 (124); *Wetter, G.*, 2 Arb. Int (1) (1985), 294–309 (302); so auch *Lord Templeman* in Arab Fund v. Hashim (No. 3) [1991] 2 AC 114 zitiert bei High Court, Entscheidung vom 21. Juli 1994, Westland Helicopters Ltd. v. The Arab Organisation for Industrialization, YCA XX (1995), 237–267 (250), [§ 25] der Entscheidung.

²² *Wengler, W.*, Allgemeine Grundsätze als wählbares Geschäftsstatut?, ZfRV 23 (1982), 11–40 (30) ganz allgemein für staatliche Zusagen an Ausländer.

ihr und dem Vertragspartner geschaffenen Organs unterworfen ist, zum anderen Privilegien für die privaten Vertragspartner schaffen, die mit dem Gleichheitssatz und einem fairen Wettbewerb mit anderen Marktbürgern unvereinbar sind. Der Abschluß einer Schiedsklausel durch den Staat enthält insofern außerhalb des Bereichs der rein fiskalischen Geschäfte rechtsstaatliche Risiken und es muß jeder staatlichen Rechtsordnung überlassen bleiben, inwieweit sie diese in Kauf nehmen will. Es überrascht daher nicht, daß die Schiedsgerichtsbarkeit im Bereich des Verwaltungsrechts selten ist und vielfach großer Zurückhaltung begegnet²³. Zu Recht ist also im Grundsatz anerkannt, daß die Befugnis einer staatlichen Stelle zum Abschluß der Schiedsklausel nach ihrem Recht zu beurteilen ist²⁴.

²³ Vgl. dazu: *Chapus, R.*, Droit du contentieux administratif, 4e Edition, Montchrestien 1993, S. 180; *El-Alem, M.*, L'arbitrage dans les litiges relatifs aux contrats administratifs libyens, Rev. arb 1983, 295–314; *Foussard, D.*, L'arbitrage en droit administratif, Rev. arb 1990, 3–54; *Vedel, G.*, Rev. arb 1961, 116–130 (120); in Deutschland nimmt die wohl überwiegende Meinung die Möglichkeit der schiedsgerichtlichen Beilegung verwaltungsrechtlicher Streitigkeiten bei verwaltungsrechtlichen Beziehungen koordinationsrechtlicher Art an: *Eyermann, E./Fröhler, L.*, VwGO, 9. Aufl., 1988, RdNr. 110 bis 112 zu § 40 und RdNr. 3 zu § 187; *Klinger, H.*, VwGO Kommentar, 2. Aufl., Göttingen, 1964, Anm. 134 zu § 40, S. 127; *Loos, C.*, Die Schiedsgerichtsbarkeit in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Diss. Kiel, 1984; *Redeker, K./von Oertzen, H.-J.*, VwGO Kommentar, 11. Aufl., 1994, RdNr. 20 zu § 40, S. 119, RdNr. 18 zu § 168, S. 254 und Anm. zu § 187, S. 552; *Schlosser, P.*, Schiedsgerichtsbarkeit und öffentlich-rechtlich beeinflusste Streitgegenstände, in Festschrift für Arthur Bülow, Köln 1981, S. 189–197; *Schunck, E./de Cleck, H.*, VwGO Kommentar, 3. Aufl., 1987, Anm. 13 zu § 40; *Ule, C. H.*, Verwaltungsprozeßrecht, 9. Aufl., 1987, § 5 III; ablehnend nur *Bullinger, M.*, Vertrag und Verwaltungsakt, 1962 und *Lorenz, D.*, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973, S. 209.

²⁴ ICC-Schiedssprüche Nr. 1526/1968, Clunet 101 (1974), 915; Nr. 2521/1975, Clunet 103 (1976), 997; Nr. 4381/1986, Clunet 113 (1986), 1102; Libyan American Oil Company (Liamco) v. The Government of The Libyan Arab Republic, ILM 20 (1981), 1–87: die Schiedsfähigkeit von Liamco wurde nach dem Recht von Delaware und die von Libyen nach dem libyschen Recht beurteilt; *Broches, A.*, Choice-of-Law Provisions in Contracts with Governments, in *Broches, A.* (ed.), Selected Essays..., S. 523–532 (531); *Cattan, H.*, The Law of Oil Concessions ..., S. 44; *Goldman, B.*, Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé, RdC 109 (1963–II), 347–483 (426); *Goldschmidt, W.*, Transactions between States and Public Firms and Foreign Private Firms (A Methodological Study), RdC 136 (1972–II), 203–329 (295); *Regli, J.-P.*, S. 40; *Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 69; a.A. Elf Aquitaine v. National Iranian Oil Company (NIOC), Schiedsspruch vom 14. Januar 1982, Rev. arb. 1984, 401–421: *lex contractus Anknüpfung*; so auch House of Lords, Adams v. National Bank of Greece and Athens S. A. [1961] AC 25; zum vergleichbaren Streit in der französischen Rechtsprechung siehe unten, unter § 5, B. II.

III. Sachliche Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes

Neben der Frage, ob die Parteien die persönliche Schiedsfähigkeit besitzen, ist das zweite wichtige Hindernis für die Gültigkeit einer Schiedsvereinbarung die Frage, ob der Streitgegenstand überhaupt sachlich von einem Schiedsgericht entschieden werden darf²⁵.

Das *UNÜ* bindet in Art. V Abs. 2 Satz a die Vollstreckbarkeit von Schiedssprüchen daran, daß der Streit nach dem Recht des angerufenen Staates schiedsfähig ist. In Art II Abs. 1 *UNÜ* verpflichten sich außerdem die Vertragsparteien, alle Schiedsklauseln über Streitigkeiten, deren Gegenstand durch Schiedsgerichte geregelt werden kann, anzuerkennen. Nach h.M. ist dabei genau wie in Art. V Abs. 2 Satz a *UNÜ* das Recht des angerufenen Staates für die Beurteilung der sachlichen Schiedsfähigkeit anwendbar. Die objektive Schiedsfähigkeit wird folglich entsprechend Art. V Abs. 2 Satz a *UNÜ* an die *lex fori* des Vollstreckungsstaates und nicht an das Schiedsvertragsstatut („*lex contractus*“) oder gar kumulativ an beide Rechtsordnungen angeknüpft²⁶. Dies gilt nicht nur im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens des Art. V Abs. 2 Satz a *UNÜ* sondern auch im Einredevverfahren des Art. II *UNÜ*, wo ebenfalls auf das Recht des Gerichtsstaates abgestellt wird²⁷. Dabei läßt sich in der Judikatur mancher Staaten

²⁵ Vgl. dazu *Borris, Ch.*, S. 44; *Hanotiau, B.*, L'arbitrabilité et la favor arbitrandum: un réexamen, *Clunet* 121 (2) (1994), 899–966; *ders.*, Anmerkung zu Tribunal de Commerce de Bruxelles, Entscheidung vom 5. Oktober 1994, *Société Van Hopplynus v. Société Coherent Inc.* *Rev. arb* 1995, 311–326; *Knoepfler, F.*, Anmerkung zu Tribunal Fédéral Suisse, Entscheidung vom 23. Juni 1992, *Rev. arb* 1993, 691; *Level, P.*, L'arbitrabilité, *Rev. arb* 1992, 213–240; *Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, *RdNr.* 299; *ders.*, in Stein/Jonas Komm. zur ZPO 21. Aufl., 1994, Band 7, Anh. zu § 1044 II, *RdNr.* 28, 29; *ders.*, Bald neues Recht der Schiedsgerichtsbarkeit in Deutschland, *RIW* 40 (1994), 723–728 (725); *Volz, G.*, S.137.

²⁶ *van den Berg, A.*, The New York Arbitration Convention of 1958, S. 152 ff. 369; *Hausmann, R.*, Einheitliche Anknüpfung internationaler Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen? in Festschrift für Werner Lorenz 1991, S. 359–378 (370); *Nagel, H./Gottwald, P.*, § 16, *RdNr.* 11; *Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, *RdNr.* 299; *ders.*, in Stein/Jonas, Komm. zur ZPO, 21. Aufl., 1994, Band 7, Anh. zu § 1044 II, *RdNr.* 29; *Schwab, K.-H./Walter, G.*, S. 411; *OLG Hamburg*, *IPRax* 5 (1985), 218 mit Anmerkung *Walter, G./Wakenhuth, M.*, Zur „ordnungsgemäßen“ Vertretung der Partei im Rahmen eines internationalen Schiedsverfahrens, *IPRax* 5 (1985), 200–203, so auch in Griechenland, Nachweise bei *Koussoulis, S.*, Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in Griechenland, in *Gottwald, P.* (Hrsg.), Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, S. 405–420 (414, Fn. 47).

²⁷ *Corte di Cassazione*, Entscheidung vom 27. April 1979, *Compagnia Generale Costruzioni (COGESO) SpA v. Piesanti*, *YCA* VI (1981), 229–230; *Tribunal de Première Instance de Bologne*, Entscheidung vom 18. Juli 1987, *YCA* XVII (1992), 534; *Cour d'Appel de Gênes*, Entscheidung vom 3. Februar 1990, *YCA* XVII

die vordringende Tendenz feststellen, die innerstaatlichen Kriterien für die Schiedsfähigkeit bei Fällen mit Auslandsberührung im Interesse der Effektivität internationaler Schiedsgerichtsbarkeit – vor allem im Anwendungsbereich des UNÜ – aufzulockern²⁸.

Bei einer Konzession, die von Seiten des Staates auch einen Hoheitsakt enthält, läßt sich allerdings die Frage der Fähigkeit des Staates, eine Schiedsklausel wirksam vereinbaren zu können, von jener der Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes schwer trennen. Da der Staat allein befugt ist, Hoheitsakte zu erlassen, fällt das Verbot an ihn, darüber Schiedsverträge zu schließen, mit einem allgemeinen Verbot zusammen. Bei nationalen Regelungen, welche die subjektive Schiedsfähigkeit des Staates einschränken oder verneinen, kann man zwar in der Tat von einem Verbot „*ratione personae*“ sprechen. Demnach ist dem Staat allein untersagt, Schiedsklauseln zu vereinbaren, privatrechtliche Streitigkeiten sind für andere Parteien doch schiedsfähig. Beim Verbot von Schiedsverträgen im hoheitlichen Bereich lassen sich dagegen objektive und subjektive Schiedsfähigkeit nicht mehr eindeutig trennen. Die Praxis neigt daher dazu, die Frage der objektiven Schiedsfähigkeit mit jener der persönlichen Schiedsfähigkeit zu verbinden.

So legte im *Liamco*-Verfahren der Schiedsrichter *Mahmassani* Art. 20 des libyschen Erdölgesetzes als Regel über die persönliche Schiedsfähigkeit aus²⁹. Man kann schwerlich bezweifeln, daß mit Art. 20 zugleich die objektive Schiedsfähigkeit dieses Rechtsgebiets bestimmt wurde. Diese Deutung erscheint sogar die richtigere. Geregelt wird hier nicht die Befugnis einer

(1992), 542; Corte di Cassazione, Entscheidung vom 8. August 1990, YCA XVII (1992), 545–550; ICC-Schiedsspruch Nr. 6149/1990, YCA XX (1995), 41–57; a.A. Cour d'Appel de Bruxelles, Entscheidung vom 4. Oktober 1985, YCA XIV (1989), 618; unterschiedliche Anknüpfung der objektiven Schiedsfähigkeit im Einredevverfahren des Art. II UNÜ (*lex contractus* Anknüpfung) und im Vollstreckungsverfahren des Art. V Abs. 2 Satz 4 UNÜ (*lex fori* Anknüpfung); so auch ICC-Schiedsspruch Nr. 6379/1991, YCA XVII (1992), 212; Tribunal de Commerce de Bruxelles, Entscheidung vom 5. Oktober 1994, Rev. arb 1995, 311–326 mit Anmerkung *Hanotiau, B.*

²⁸ United States Court of Appeal for the Third Circuit, *Rhône Méditerranée Compagnia Francese di Assicurazioni e Riassicurazioni v. Achille Lauro*, 712 F.2d 50 (1983) = YCA IX (1984), 474, 481; *Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614 (1985) = 105 S. Ct. 3346; District Court, Eastern District of New York, Entscheidung vom 29. März 1991, *Meadows Indemnity Company Ltd. v. Baccala & Shoop Insurance Services Inc.*, YCA XVII (1992), 686–695; vgl. dazu *Berger, K.-P.*, Das neue Recht der Schiedsgerichtsbarkeit, Köln 1998, S. 24; *Schlosser, P.*, in Stein/Jonas Komm. zur ZPO, 21. Aufl., 1994, Band 7, Anh. zu § 1044, RdNr. 84 m.w.Nach.; *ders.*, RIW 40 (1994), 723–728 (725).

²⁹ ILM 20 (1981), 1–87 (40). Der Artikel lautet in der englischen Übersetzung: „Any dispute between the Ministry of petroleum and the concession holder arising from any concession granted under this law shall be settled by arbitration in the manner set out in the Second Schedule hereto“.

Stelle zum Abschluß eines Schiedsvertrags, denn es ist kaum einzusehen, warum dann für das Erdölministerium eine eigene, von anderen Ministerien verschiedene Regelung getroffen werden sollte. Vielmehr wird ein Rechtsbereich festgesetzt. Partielle Beschränkungen der Schiedsfähigkeit im staatlichen Bereich werden deshalb in der Regel als Einschränkungen der sachlichen Schiedsfähigkeit zu verstehen sein.

Die für die Berücksichtigung des Fehlens der subjektiven Schiedsfähigkeit auf seiten des Staates sachlichen Erwägungen³⁰ müssen genauso für die Frage der objektiven Schiedsfähigkeit gelten. Denn auch hier handelt es sich nicht zuletzt um eine verfassungsrechtliche Frage. Man wird jedem Staat das Recht zu der Entscheidung zugestehen müssen, inwieweit er auf öffentlich-rechtlichem Gebiet anstelle einseitiger hoheitlicher Regelung auch Schiedsverträge zuläßt. Nur wenn der Schiedsvertrag zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nach dem Recht des Konzessionsgebers gültig war, kann sich daher der Konzessionär im Konfliktfall auf ihn berufen. Dies wurde im Schiedsspruch *Lubelski/Burundi* bestätigt. Nach der Auffassung des Schiedsrichters *Panchaud* sei die Frage der sachlichen Schiedsfähigkeit nach dem Recht des Konzessionsgebers zu beurteilen, es sei nicht anzunehmen, daß der Staat sich insofern einem anderen Recht unterwerfen wollte³¹.

B. Interne Beschränkungen der subjektiven Schiedsfähigkeit des Staates und der juristischen Personen des öffentlichen Rechts

I. Begründung

Die Besorgnis, daß Schiedsrichter weniger noch als Zivilrichter geeignet seien, die staatlichen und überhaupt öffentlichen Interessen in ihrem Konflikt mit privaten richtig zu würdigen, hat viele Gesetzgeber veranlaßt, dem Staat sowie den öffentlichen Anstalten und Gebietskörperschaften den Abschluß von Schiedsvereinbarungen zu verbieten und zwar selbst auf den Bereichen, auf denen die Zuständigkeit nicht Verwaltungsgerichten sondern Zivilgerichten zugewiesen ist³². Infolge der immer mehr stärkeren wirt-

³⁰ Vgl. dazu oben, unter § 5, III., Fn. 21 ff.

³¹ *Mojesz Lubelski v. Burundi*, Schiedsspruch vom 30. Oktober 1968, *JurPort* Anv 1969, 82–96 (88); Auszüge in *Clunet* 101 (1974), 915–918.

³² Übersicht über solche Einschränkungen bei *Böckstiegel, K.-H.*, *Arbitration and State Enterprises*, S. 14 ff.; vgl. auch *ders.*, in *Lew, J. D. M. (ed.)*, *Contemporary Problems*., S. S. 40–49 (47); *Delaume, G.*, in *Law and Practice of Transnational Contracts*, § 10.02, S. 354 ff.; *Lavie, J.-P.*, S. 249 ff.; *Regli, J.-P.*, S. 38 ff.; *Reymond, C.*, *Rev. arb* 1985, 517–542 (527); *Sanders, O.*, *Unity and Diversity in the Adoption of the Model Law*, 11 *Arb. Int* (1995), 1–37.

schaftlichen Betätigung von Staat, Kommunen, anderen Territorialverbänden, öffentlichen Körperschaften und von gemeinnützigen Betrieben sind diese Bestimmungen schon im internen Recht überholt³³. Auf dem Gebiet des internationalen Handels schaffen sie eine unerträgliche Rechtsunsicherheit. Dazu kommt, daß die europäischen Staaten bei ihrer Hilfe für die Entwicklungsländer darauf drängen, daß sich deren Regierungen, schiedsrichterlichen Instanzen für Auseinandersetzungen mit Kreditgebern und Investoren unterwerfen. Es liegt daher in deren eigenen Interesse, daß sich im internationalen Wirtschaftsverkehr die Unterwerfung unter private Schiedsgerichte auch für Staaten und andere Träger öffentlicher Gewalt sowie für die von ihnen kontrollierten Unternehmen einbürgert.

II. Rechtslage in Frankreich

Nach Art. 2060 Abs. 1 des französischen *code civil* ist der Abschluß eines Schiedsvertrages über Streitfälle, die Gebietskörperschaften (*collectivités publiques*) oder juristische Personen des öffentlichen Rechts (*établissements publics*) interessieren, verboten³⁴. Jedoch können nach Art. 2060 Abs. 2 des französischen *code civil* bestimmte Arten juristischer Personen

³³ Vgl. den Bericht von *Flamme* vor dem 2 Congrès International de l'arbitrage 1966: L'arbitrage dans les rapports entre personnes de droit privé, Travaux, S. 185 und die auf diesem Kongreß gefaßte 3. Resolution, die eine Rechtsvereinheitlichung im gemeinsamen Markt im Sinne der Abschaffung aller Verbote der subjektiven Schiedsfähigkeit von Staatsstellen u.a. so begründet: "... Considérant que cette interdiction n'est plus justifiée en présence du développement des activités industrielles et commerciales des personnes morales de droit public; considérant d'ailleurs que la jurisprudence la plus récente de la Cour de Cassation de France [scil. Urteil Galakis] a levé l'obstacle résultant de cette interdiction en ce qui concerne les litiges internationaux; considérant que le bon fonctionnement du Marché Commun requiert la suppression des obstacles encore existants pour les personnes morales de droit public à la liberté de compromettre ...".

³⁴ Früher Art. 1003 i.V.m. Art. 83 *code de procédure civile*, abgeschafft durch Art. 16 des Gesetzes Nr. 72–625 vom 5. Juli 1972, siehe dazu: *de Boissésou, M.*, Le droit français de l'arbitrage – Etude de l'arbitrage international (décret du 12. Mai 1981), arbitrages spéciaux, règlements arbitraux, Paris 1983, S. 158; *von Breitenstein, D.*, Die internationale Arbitrage im französischen Recht, in *Böckstiegel, K.-H.* (Hrsg.), Schiedsgerichtsbarkeit in Frankreich, Köln 1983, S. 15–44 (23 ff.); *Carabiber, Ch.*, S. 69; *Chapus, R.*, RdNr. 203; *ders.*, Droit administratif général, t.1, 8e Edition, Montchrestien 1994, RdNr. 423; *Foussard, D.*, Rev. arb 1990, 3–53 (8 ff.); *Goldman, B.*, Rev. arb 1980, 323–372 (333); *Lavieq, J.-P.*, S. 259 ff.; *Mezger, E./Bellet, O.*, RCDIP 70 (1981), 611–656; *Mezger, E.*, Überblick über das französische Recht der Schiedsgerichtsbarkeit nach dem Reformdekret vom 14. Mai 1980, ZZP 94 (1981), 117–165; *Regli, J.-P.*, S. 37 ff.; *Robert, J.*, L'arbitrage, droit interne, droit international privé, 5e Edition 1983, RdNr. 35 ff. (S. 27 ff.); zur Begründung dieser Regelung vgl. *Carabiber, Ch.*, ibid. S. 65 ff., 138 ff.; *Chapus, R.*, Droit du contentieux administratif, RdNr. 204.

des öffentlichen Rechts industrieller oder kaufmännischer Natur durch Rechtsverordnungen berechtigt werden, Schiedsklauseln zu vereinbaren³⁵.

Gerade im internationalen Wirtschaftsverkehr und insbesondere bei Schiffcharters ist es jedoch vorgekommen, daß der französische Staat oder öffentlich-rechtliche Unternehmen Verträge abgeschlossen haben, die Schiedsklauseln enthielten. Die Gültigkeit solcher Klauseln und die Durchsetzbarkeit der auf ihrer Grundlage ergangener Schiedssprüche war lange Zeit streitig. Mit seinem Urteil vom 10. April 1957³⁶ hat der Appellationsgerichtshof Paris erklärt, daß die genannte Regelung nicht zum „*ordre public international*“ gehöre. Damit wurde der Weg frei für eine die Härten, Zwänge und Unzuträglichkeiten des internen französischen Schiedsverfahrensrechts vermeidende und der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit wohlgesonnene Schiedssprachpraxis der französischen Gerichte. Der Kassationsgerichtshof hat diese bestätigt und präzisiert, daß Körperschaften des öffentlichen Rechts in internationalen Verträgen wirksam Schiedsklauseln vereinbaren können³⁷.

Um zu diesem Ergebnis zu kommen, wurde zunächst der klassische kollisionsrechtliche Weg eingeschlagen. In sämtlichen Fällen unterstand der Schiedsvertrag einem ausländischen Recht, das ein Schiedsverbot nicht kannte. Die Frage der Befugnis von öffentlichen Körperschaften zum Abschluß einer Schiedsklausel wurde dann nach dem Schiedsvertragsstatut und nicht nach ihrem Personalstatut beurteilt³⁸. Diese Anknüpfung wurde in

³⁵ Vgl. dazu *de Boissésou, M.*, S. 158ff.; *ders.*, Interrogations et doutes sur une évolution législative: l'article 9 de la loi du 19 Août 1986, *Rev. arb* 1987, 3–21; *Chapus, R.*, Droit du contentieux administratif, RdNr. 206ff.; *Fouchard, P.*, Une nouvelle extension de l'arbitrage en droit public: la faculté de compromettre de la Poste et de France Télécom, *Rev. arb* 1990, 945–947; *Foussard, D.*, *Rev. arb* 1990, 3–53 (16ff.); *Gaudemet, Y.*, L'arbitrage: aspects de droit public, état de la question, *Rev. arb* 1992, 241–257; *Mattei-Dawance, G.*, L'arbitrage en droit public, *Gaz. Pal.* 1987, 2, S. 470–471; Art. 23 des Accords de siège entre le Gouvernement de la République Française et l'Organisation Européenne de Telecommunications par Satellite (Eutelsat), décret No. 86–775 vom 2. Juni 1986, *J.O.* 3. Juni 1986, *Clunet* 114 (1987), 213–221.

³⁶ Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 10. April 1957, *Myrtoon Steamship c. Ministre de La Marine Marchance*, *Rev. arb* 1957, 16; *JCP* 1958 II, 10078, mit Anmerkung. *Motulsky, H.* = *RCDIP* 47 (1958), 120, mit Anmerkung *Loussouarn, Y.* = *Clunet* 85 (1958), 1002.

³⁷ Cour cass., Entscheidung vom 14. April 1964, *San Carlo c. Office National Interprofessionnel de Céréales*, *Rev. arb* 1964, 28ff., 137ff. mit Anmerkung *Robert, J.* = *JCP* 1965 II 14406, mit Anmerkung *Level, P.* = *Clunet* 92 (1965), 646, mit Anmerkung *Goldman, B.* = *RCDIP* 55 (1966), 68, mit Anmerkung *Batiffol, H.*

Cour cass., Entscheidung vom 2. Mai 1966, *Galakis c. Agent Judiciaire du Trésor Public*, *Clunet* 93 (1966), 648, mit Anmerkung *Level, P.* = *RCDIP* 56 (1967), 553, mit Anmerkung *Goldman, B.* = *Rev. arb* 1966, 99, mit Aufsatz *Carabiber, Ch.* = *JCP* 1966 II. 14798, mit Anmerkung *Ligneau, P.*

der Literatur zutreffend kritisiert³⁹. Ob ein Staat oder seine juristischen Personen des öffentlichen Rechts Schiedsverträge abschließen dürfen, ist eine Frage der Handlungsfähigkeit (*capacité*), die nach ihrem Personalstatut bestimmt werden muß⁴⁰. Immerhin zeigten diese Entscheidungen, indem sie die dogmatische Fragwürdigkeit der Lösung in Kauf nahmen, schon versteckt die Tendenz, Schiedsverträge des Staates und der juristischen Personen des öffentlichen Rechts im internationalen Rechtsverkehr für gültig zu erklären.

Endpunkt der Entwicklung ist die *Galakis*-Entscheidung des Kassationshofes. Die von der französischen *Cour de Cassation* in *San Carlo*-Fall vorgenommene Unterstellung des Schiedsvertrages unter englisches Recht wurde nicht aufgegriffen; vielmehr wurde seine Gültigkeit damit begründet, daß er „*dans les formes et suivant les usages du commerce maritime*“ (in den Formen und nach den Seehandelsbräuchen) abgeschlossen wurde⁴¹.

³⁸ So Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 10. April 1957 (§ 5, Fn. 36); Cour cass., Entscheidung vom 14. April 1964 (§ 5, Fn. 37); Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 17. Dezember 1991, *Société Gatoil c. National Iranian Oil Company*, Rev. arb 1993, 281, mit Anmerkung *Synvet, Y.*; siehe auch ICC-Schiedsspruch Nr. 2521/1975, *Clunet* 103 (1976), 997; Tribunal de 1ère Instance de Tunis, Entscheidung vom 22. März 1976, Rev. arb 1976, 268; Benteler KG und Helmut Benteler KG v. Belgium, *ad-hoc* Schiedsspruch vom 18. November 1983, Rev. arb 1989, 339 = *Journal de Tribunaux (Bruxelles)* No. 4289 (31.3.1984) = *Clunet* 111 (1984), 230 = *JIntArb* 1 (1984), 184 = *YCA X* (1985), 37.

³⁹ Vgl. dazu *Batiffol, H.*, *Arbitration Clauses Concluded Between French Government-Owned Enterprises and Foreign Private Parties*, *ColJTransL* 7 (1968), 32–47 (37); *Fouchard, P.*, *L'arbitrage commercial international*, S. 95–96; *Goldman, B.*, Rev. arb 1980, 323–372 (334); *Jacquet, J.-M.*, *Clunet* 116 (1989–II), 621–690 (667); *Kaiser, R.*, S. 63; *Leboulanger*, *Les contrats entre Etats...*, S. 263 m.w.Nach.; *Loquin, E.*, Anmerkung zu Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 20. Januar 1987, *Bomar Oil c. Entreprise Tunisienne d'Activité Pétrolière (ETAP)*, *Clunet* 114 (1987), 934; *Mayer, P.*, *Clunet* 113 (1986–I), 5–78 (53); *ders.*, *RdC* 217 (1989–V), 319–454 (448); *Regli, J.-P.*, S. 42; *Reymond, C.*, Rev. arb 1985, 517–542 (530) m.w.Nach.; a. A. *Robert, J.*, Anmerkung zu Cour cass., Entscheidung vom 14. April 1964, *San Carlo c. Office National Interprofessionnel de Céréales*, Rev. arb 1964, 137–140 (139).

⁴⁰ *Vedel, G.*, Rev. arb. 1961, 116–130 (124): „*On évite beaucoup de confusions et de faux problèmes si l'on pose clairement le principe, d'ailleurs indiscutable, qu'en tout état de cause c'est la loi nationale qui régit la compétence des organes de la personne publique...*“ [Hervorhebung von der Verfasserin].

⁴¹ So *Galakis*, Cour cass., Entscheidung vom 2. Mai 1966 (§ 5, Fn. 36); siehe auch Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 20. Januar 1987, *Société Bomar Oil c. Entreprise Tunisienne d'Activité Pétrolière (ETAP)*, *Clunet* 114 (1987), 934 mit zustimmenden Anmerkung *Loquin, E.*; Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 24. Februar 1994, *Ministère Tunisien de l'Équipement c. Société Bec Frères*, Rev. arb 1995, 275–289, mit Anmerkung *Gaudemet, Y.*; Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 13. Juni 1996, *Société KFTIC c. Société Icori Estero et autres*, Rev. arb 1997, 251 mit Anmerkung *Gailliard, E.*; ICC-Schiedsspruch Nr. 1939, vom 22.

Daraus kann gefolgert werden, daß es in der Zukunft für französische Gerichte gleichgültig ist, ob der Schiedsvertrag französischem oder ausländischem Recht untersteht. Jedenfalls ist das Verbot unanwendbar, soweit es sich um Schiedsabreden über Rechtsverhältnisse des internationalen Handels handelt⁴².

III. Die Regelungen anderer Staaten

(1) In den USA können grundsätzlich alle natürlichen und juristischen Personen Schiedsverträge schließen, soweit sie geschäftsfähig sind⁴³. Staatliche Unternehmen oder Stellen des Bundes sind nach herrschender Ansicht dazu nur kraft besonderer gesetzlicher Ermächtigung berechtigt⁴⁴. Teilweise wird jedoch die subjektive Schiedsfähigkeit bejaht, wenn und soweit sie im Zusammenhang mit der Befugnis steht, Verträge zu schließen. Die Rechtslage in den Einzelstaaten ist unterschiedlich. Manche Staaten haben die Befugnis staatlicher Stellen zum Abschluß von Schiedsvereinbarungen ausdrücklich anerkannt, andere verneinen sie (auf bestimmten Gebieten). Die Berechtigung einer gewöhnlich schiedsfähigen staatlichen Stelle kann nur

September 1971, zitiert nach *Lew, J.*, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, 1978, S. 548; ICC-Schiedsspruch Nr. 4381/1986, *Clunet* 113 (1986), 110.

⁴² Zur vergleichbaren Entwicklung des griechischen Rechts infolge des Urteils siehe: *Foustoucos, A.*, *L'arbitrage interne et international en droit privé hellénique*, Paris 1976, S. 259–265; Areopag, Entscheidung Nr. 565/1965, zitiert nach *Foustoucos, A.*, in *YCAV* (1980), 61; die Galakis-Entscheidung hat die (schieds-) gerichtliche Rechtsprechung in vielen anderen Staaten beeinflusst; vgl. *Tribunal de lère Instance de Tunis*, Entscheidung vom 22. März 1976, *Société Tunis d'Électricité et de Gaz (S.T.E.G.) c. Société Entrepose*, *Rev. arb* 1976, 268 mit Anmerkung *Mechri, F.*; *Tribunal de lère Instance de Tunis (Référé)*, Entscheidung vom 17. Oktober 1987, *B.E.C. – G.T.A.F. c. Etat Tunisien und Cour d'Appel de Tunis*, Entscheidung vom 1. Februar 1988, *Etat Tunisien c. B.E.C. – G.T.A.F.*, *Rev. arb* 1988, 732–738, mit Anmerkung *Mechri, F.*; *Court of Appeal of Casablanca*, Entscheidung vom 21. Juni 1983, berichtet in *YCA XXI* (1996), 627–631; Überblick bei *Leboulanger, P.*, *Les contrats entre Etats...*, S. 266 und *Reymond, C.*, *Rev. arb* 1985, 517–542 (532); Bedenken bei *Schlosser, P.*, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, RdNr. 342: „Es handelt sich der Sache nach um eine unter Tarnbegriffen vorgenommene gerichtliche Fortbildung des französischen Rechts contra legem“.

⁴³ *Borris, C.*, S. 60; *Carbonneau, T.*, *L'arbitrage en droit américain*, *Rev. arb* 1988, 3–50, (11); *Delaume, G.*, *L'arbitrage transnational et les tribunaux américains*, *Clunet* 108 (1981), 788–811 (794 ff.); *ders.*, in *Law and Practice of Transnational Contracts*, S. 355; *Hoellering, M.*, *Das Recht der Schiedsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten und seine Bedeutung für den deutsch-amerikanischen Wirtschaftsverkehr*, in *Böckstiegel, K.-H.* (Hrsg.), *Schiedsgerichtsbarkeit im deutsch-amerikanischen Wirtschaftsverkehr*, Köln 1985, S. 5–23.

⁴⁴ *Hoellering, M.*, S. 14; *Richard L. Deal & Assocs. v. Commonwealth of Virginia*, 299 S.E. 2d 346 (Va. 1983).

durch eindeutige staatliche Maßnahmen wieder eingeschränkt werden⁴⁵. Die subjektive Schiedsfähigkeit ausländischer Staatsunternehmen hat nur selten eine Rolle gespielt. Diesbezügliche Fragen werden in der Regel im Zusammenhang mit dem Einwand der Staatenimmunität behandelt⁴⁶.

(2) Nach Art. 1676 des *Code Judiciaire* vom 4. Juli 1972 war in Belgien juristischen Personen des öffentlichen Rechts untersagt, Schiedsklauseln zu vereinbaren⁴⁷. Der Staat konnte einen Schiedsvertrag nur mit besonderer gesetzlicher Ermächtigung abschließen⁴⁸. Gemäß Art. 1672 Abs. 2 Satz 1 des *Code Judiciaire* i. d. F. vom 19. Mai 1998⁴⁹ kann jede Person, welche zum Abschluß eines Vergleichs fähig oder befugt ist, einen Schiedsvertrag wirksam abschließen. Juristische Personen des öffentlichen Rechts können jedoch nach Art. 1672 Abs. 2 Satz 2 des *Code Judiciaire* n. F. eine Schiedsklausel nur bezüglich Streitigkeiten über das Zustandekommen und die Wirksamkeit eines Vertrags vereinbaren oder wenn sie dazu durch Gesetz oder durch königliches Dekret ermächtigt sind. Die Fähigkeit des Staates zum Abschluß eines Schiedsvertrags wird in der neuen Regelung nicht unterschiedlich behandelt. Nach der h.M. gelten jedoch für den belgischen Staat dieselben Einschränkungen des Art. 1672 Abs. 2 Satz 2 des *Code Judiciaire* n. F.

(3) Art. 1003 des luxemburgischen *code de procedure civile* verbietet dem Staat, den Fürsorge- und Sozialeinrichtungen und den juristischen Personen des öffentlichen Rechts den Abschluß eines Schiedsvertrags.

⁴⁵ Litton RCS Inc v. Pennsylvania Turnpike Commission, 376 F. Supp. 579 (D.C. Pa. 1974).

⁴⁶ Vgl. dazu oben, unter § 4, C. II. 1.

⁴⁷ Horsmans, G., Actualité et évolution du droit belge de l'arbitrage, Rev. arb 1990, 797–834; van Houtte, H. L'arbitrage: son territoire et ses frontières, RDIDC 49 (1976), 140–151; Keutgen, G., Le droit belge de l'arbitrage-aspects actuels, in Festschrift für Ottoarndt Glossner, Paris – Köln 1994, S. 165–176; Rivero, J., Personnes morales de droit public et arbitrage, Rev. arb 1973, 263–275; Storme, M., L'arbitrage entre personnes de droit public et personnes de droit privé, Rev. arb 1978, 113–129.

⁴⁸ Im *ad-hoc* Schiedsspruch Benteler KG et al. c. Belgium (§ 5, Fn. 38) wurde in Anlehnung an Art. II EÜ (dazu unten, unter § 5, C. I.) entschieden, daß der belgische Staat in internationalen Handelsfällen subjektiv schiedsfähig auch dann ist, wenn er es in rein internen belgischen Fällen nicht sein sollte; vgl. hierzu Hascher, D., Anmerkung zu sentence arbitrale *ad hoc*, Lausanne 18. November 1983, Benteler et autres c. Etat belge, Rev. arb 1989, 339–351; Schlosser, P., in Stein/Jonas, Komm. zur ZPO, 21. Aufl., 1994, Band 7, RdNr. 102.

⁴⁹ Law of 19 May 1998 Amending Belgian Arbitration Legislation (Doc. Chambre-1374/1 à 6–97/98) in Kraft getreten am 17. August 1998; englische Übersetzung in 15 Arb. Int (1) (1999), 101–102; zum neuen belgischen Recht vgl. Demeyere, L., 1998 Amendments to Belgian Arbitration Law: An Overview, 15 Arb. Int (3) (1999), 295–313; Hanotiau, B./Block, G., Note to the Law of 19 May 1998 Amending Belgian Arbitration Legislation, 15 Arb. Int (1) (1999), 97–100.

(4) Schiedsfähig sind gemäß Art. 867 der griechischen ZPO privatrechtliche Streitigkeiten, über deren Gegenstand die Parteien verfügen können⁵⁰. Der griechische Staat und die juristischen Personen des öffentlichen Rechts können nach Art. 49 Abs. 1 des EGgrZPO eine Schiedsabrede vereinbaren. Der Schiedsvertrag bedarf jedoch der Schriftform und er ist nur nach Erstellung eines Rechtsgutachtens durch das Plenum des Juristischen Staatsrates (*Nomikon Simvoulion*) aufgrund eines gemeinsamen Beschlusses des Finanzministers und des jeweils zuständigen Ministers wirksam. Bei internationalen Handelsverträgen finden diesbezügliche Formalitäten keine Anwendung⁵¹. Aus dieser gesetzlichen Regelung ergibt sich, daß die dispositionsfähigen privatrechtlichen Streitigkeiten des griechischen Fiskus sowie der juristischen Personen des öffentlichen Rechts schiedsfähig sind. Außerdem wird dem Staat und seiner Betriebe der Abschluß einer Schiedsklausel bei Streitigkeiten aus öffentlichen Aufträgen gestattet⁵².

Ob Steuerrechtsstreitigkeiten schiedsfähig sind, ist in der griechischen Resprechung und Lehre heftig umstritten⁵³. Der Areopag⁵⁴ sowie der Verwaltungsgerichtshof in seinen älteren Entscheidungen⁵⁵ haben die Verfassungsmäßigkeit der schiedsgerichtlichen Beilegung von steurrechtlichen Streitigkeiten im Rahmen der Entwicklungsgesetzgebung bejaht. Das Plenum des Verwaltungsgerichts hat sie hingegen in einem 1991 ergangenen Urteil⁵⁶ verneint. Der Aeropag hat sich dieser Wende nicht angeschlossen.

⁵⁰ Beys, K., Schiedsgerichtsbarkeit, Kommentar zur griechischen ZPO, Band 20, in griechischer Sprache, S. 288 ff.; ders., Die schiedsfähigen Streitigkeiten, in Festschrift für Andreas Gasis 1994, S. 417–422, in griechischer Sprache; Foustoucos, A., Conditions Required for the Validity of an Arbitration Agreement, JIntArb 5 (4) (1988), 113–129.

⁵¹ Vgl. dazu Koussoulis, S., Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in Griechenland, in Gottwald, P. (Hrsg.), Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, S. 405–420 (414, Fn. 43 ff.), so auch Art. 8 der Rechtsverordnung 736/1970; Areopag 565/1965, Epitheorissis Emporikou Dikeou 1966, 289; vgl. auch die Investitionsgesetze Nr. 2687/1953 (Art. 12); Nr. 3948/1959 (über Hydrokarbons) (Art. 28); Nr. 4171/1961 (Art. 4 § 4); Nr. 468/1976 (Erdölgesetz), (Art. 33); Nr. 849/1978 (Art. 6); Nr. 1116/1981 (Art. 15); Nr. 1262/1982 (Art. 19) (sog. Entwicklungsgesetze); Überblick bei Dimolitsa, A., JIntArb 5 (4) (1988), 17–66.

⁵² Art. 14 des Gesetzes Nr. 1418/1984; vgl. dazu Kaissis, A., Anfechtung von Schiedssprüchen, 2. Aufl., 1989, § 3.5.1.1. Anm. 128, S. 88 ff. in griechischer Sprache; zurückhaltend Skouris, V., Die Zuständigkeit für die Beilegung von Streitigkeiten aus Verwaltungsverträgen und die staatliche Schadensersatzpflicht, Armenopoulos 40 (1986), 861–879 (870, § 28) in griechischer Sprache.

⁵³ Vgl. dazu Beys, K., Anmerkung zu der Entscheidung 24/1993 des Obersten Gerichtshofes, in DIKE International 1 (1994), 184–206 (192 ff.).

⁵⁴ Areopag 1684/1984, 1470/1987.

⁵⁵ VwGH 2444, 2463/1971, 3635, 3636/1975, 988/1982; vgl. auch Senat 3356/1970, Deltion Forologikis Nomothessias 25, 999.

⁵⁶ Entscheidung 1793/1991 des Plenums des Verwaltungsgerichts.

sen⁵⁷. Die Meinungsunstimmigkeit der zwei obersten griechischen Gerichte mußte gemäß Art. 100 der gr. Verfassung durch den Obersten Sondergerichtshof (*Anotaton Idikon Dikastirion*) gelöst werden. In seinem Urteil 24/1993 wurde mehrheitlich entschieden⁵⁸, daß die schiedsgerichtliche Beilegung steuerrechtlicher Investitionsstreitigkeiten der Entwicklungsgesetzgebung verfassungskonform ist. Diese Annahme wurde von der Theorie wegen fehlender Verfügungsbefugnis über den Streitgegenstand stark kritisiert⁵⁹. Das Urteil ist jedoch, wenn auch nur mit der knappen Mehrheit von einer Stimme gefällt, im Regierungsblatt zu veröffentlichen⁶⁰ und andere Gerichte dürfen von den Erkenntnissen des Obersten Sondergerichts nicht abweichen.

(5) In Südamerika wird heute eine Unterwerfung des Staates oder staatlicher Institutionen unter eine Schiedsklausel für privatrechtliche Ansprüche zugelassen, auch soweit für die Klage vor Gericht ein ausschließlicher nationaler Gerichtsstand bestünde⁶¹. Gespalten ist hingegen die Rechtslage in den arabischen Staaten: viele von ihnen sehen keine Beschränkungen bezüglich der subjektiven Schiedsfähigkeit des Staates und seiner Einrichtungen vor, während andere diese Fähigkeit entweder generell oder teilweise für bestimmte Rechtsbereiche ausschließen⁶².

⁵⁷ Aeropag Entscheidung 981/1992.

⁵⁸ Eine Mehrheit von sechs Richtern im Gegensatz zu den fünf Richter der Minderheit.

⁵⁹ *Beys, K.*, in DIKE International 1 (1994), 184–206 (198 ff.); vgl. auch die Argumente der Minderheit, *ibid.* S. 184.

⁶⁰ Art. 21 und 51 des Gesetzes 345/1976.

⁶¹ *Layton, R.*, JIntArb 10 (2) (1993), 123–141 (131 ff.).

⁶² *El-Ahdab, A. H.*, Arbitration with the Arab Countries, Deventer 1990; *El-Hakim, J.*, Conditions de validité dans le droit des pays arabes, in *Kemicha, F.* (ed.), Euro-Arab Arbitration II, 1987, S. 131–142; *Haddad, H.-A.*, Inter-Arab Conventions on Commercial Arbitration, in *Kemicha, F.* (ed.), Euro-Arab Arbitration III, 1991, S. 48–56; *Krüger, H.*, Schiedsklauseln im Libyen-Geschäft – Ein hoffnungsloser Fall, RIW 35 (1989), 535–537; *Lavie, J.-P.*, S. 249 ff.; *Nerz, A.*, Abfassen von Schiedsklauseln in Verträgen mit saudiarabischen Parteien, RIW 33 (1987), 23–27; *Reichard, D.*, Verträge mit saudi-arabischen Auftraggebern, RIW 35 (1989), 696–698; *Saleh, S.*, Commercial Arbitration in the Arab Middle East: A Study in Sharfa and Statute Law 1984; *Sefrioui, A.*, Practice of Arbitration and New Reform Trends in the Arab World, in *Kemicha, F.* (ed.), Euro-Arab Arbitration III, 1991, S. 61–82; *Stumpf, H./Steinberger, C.*, Bedeutung von internationalen Schiedsgerichten und ihre Vereinbarung in verschiedenen Ländergruppen, RIW 36 (1990), 174–179.

IV. Neue Schiedsgesetze und die Abschaffung innerstaatlicher Einschränkungen der subjektiven Schiedsfähigkeit des Staates und seiner Einrichtungen

Seit dem Ende des zweiten Weltkrieges ist die internationale Handelschiedsgerichtsbarkeit in einer ständigen Aufwärtsentwicklung begriffen. Gerade in der letzten Zeit ist sie in das Licht breiteren Interesses gerückt und auf ihrem Gebiet zeichnet sich ein regelrechtes „Reforszenario“ ab⁶³. Die jahrzehntelangen Bemühungen um eine Harmonisierung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, die insbesondere mit dem Namen der *UNCITRAL*⁶⁴ verknüpft sind, haben weltweit Früchte getragen. Die *UNCITRAL*-Regeln⁶⁵ fanden im Laufe der Zeit zunehmende Anwendung in schiedsgerichtlichen Verfahren und das von der *UNCITRAL* ausgearbeitete Modellgesetz⁶⁶ ebenfalls steigende Akzeptanz bei den nationalen Gesetzgebern.

Infolgedessen setzte sich eine globale Kodifikationswelle in Bewegung. In vielen Ländern wurden die nationalen Verfahrensvorschriften über die Schiedsgerichtsbarkeit entsprechend, wenn auch nicht stets wörtlich übereinstimmend, dem *UNCITRAL*-Modellgesetz angeglichen. So haben viele arabische Staaten ihr Schiedsrecht ganz oder doch für internationale Streitigkeiten reformiert. Interne Beschränkungen der subjektiven Schiedsfähigkeit des Staates und der juristischen Personen des öffentlichen Rechts wurden dementsprechend außer Kraft gesetzt oder finden lediglich auf interne Verträge Anwendung. Neuregelungen werden aus Algerien⁶⁷, dem Libanon⁶⁸, Saudi Arabien⁶⁹, den Vereinigten Arabischen Emiraten⁷⁰, Qatar⁷¹, Syrien⁷², Iraq⁷³, Kuwait⁷⁴, Djibouti⁷⁵, Jemen⁷⁶, Iran⁷⁷ und Oman⁷⁸

⁶³ Vgl. auch Pfaff, D., RIW 45 (1999), Heft 2, der in seinem Editorial die internationale Schiedsgerichtsbarkeit als „Zukunftsmodell“ bezeichnet.

⁶⁴ *United Nations Commission on International Trade Law*.

⁶⁵ Oben, unter § 4, Fn. 215.

⁶⁶ Resolution der Vollversammlung der Vereinten Nationen vom 11. Dezember 1985, U.N. Doc. A/RES/40/72; vgl. dazu Broches, A., Commentary on the *UNCITRAL* Model Law on International Commercial Arbitration 1990; Calavros, C., Das *UNCITRAL*-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 1988; Hußlein-Stich, G., Das *UNCITRAL*-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 1990.

⁶⁷ Legislative decree No 93–09 vom 25. April 1993, YCA XIX (1994), 445 mit dem Art. 442 Abs. 3 des algerischen *code de procedure civile* von 1966 abgeschafft wurde, der ein Schiedsverbot im Hinblick auf die subjektive Schiedsfähigkeit des Staates und der juristischen Personen des öffentlichen Rechts vorsah; vgl. hierzu Bedjaoui, M./Membroukine, A., Le nouveau droit de l'arbitrage international en Algérie, Clunet 120 (2) (1993), 873–912; Bekhechi, M. A., L'arbitrage commercial international en droit algérien, RDIDC 71 (1994), 87–109; Issad, M., Le décret législatif algérien du 23 Avril 1993 relatif à l'arbitrage international, Rev. arb 1993, 377–400; Zouaïmia, R., Le régime des investissements étrangers en Algérie, Clunet 120 (2) (1993), 569–598.

gemeldet. Ägypten (1994)⁷⁹, Tunesien (1993)⁸⁰ und Bahrain⁸¹ haben das *UNCITRAL*-Modellgesetz in nationales Recht umgesetzt.

⁶⁸ Décret-loi Nr. 90 vom 16. September 1983 n.c.p.c. Art. 762ff. (Art. 809 n.c.p.c.: ausdrückliche Anerkennung der subjektiven Schiedsfähigkeit des Staates und der juristischen Personen des öffentlichen Rechts); vgl. *Nassar, A.*, International Arbitration in Libanon, 10 Arb. Int (1994), 295–302; *Sfeir-Slim, M.*, Le nouveau droit libanais de l'arbitrage a dix ans, Rev. arb 1993, 543–597; franz. Übersetzung des Schiedsrechts des n.c.p.c. libanais, Rev. arb 1993, 750.

⁶⁹ The Saudi Arabian Arbitration Regulation vom 27. Mai 1985, YCA XI (1986), 370; vgl. hierzu *van den Berg, A.*, Saudi Arabia, YCA IX (1984), 7.

⁷⁰ Gesetz Nr. 11 vom 24. Februar 1992, YCA XIX (1994), 463; vgl. hierzu *El-Ahdab, A.*, La nouvelle loi sur l'arbitrage de l'Etat des Emirats Unis, Rev. arb 1993, 229–253.

⁷¹ *El-Ahdab, A.*, The Qatari Arbitration Act, JIntArb 10 (2) (1993), 143–160.

⁷² *Moussali, A.*, International Arbitration in Syria: Recent Developments, JIntArb 9 (3) (1992), 45–67.

⁷³ *Jalili, M.*, International Arbitration in Iraq, JIntArb 4 (3) (1987), 109–130.

⁷⁴ Gesetz No 11 vom 28. Februar 1995, Rev. arb 1995, 671–676.

⁷⁵ Gesetz vom 13. Februar 1984, Rev. arb 1984, 533–543; *Chatterjee, S. K.*, The Djibouti Code of International Arbitration, JIntArb 4 (1) (1987), 57–67.

⁷⁶ Presidential Decree No 22 vom 29. März 1992; vgl. dazu *El-Ahdab, A.*, JIntArb 11 (2) (1994), 51–76; *Krüger, H.*, Allgemeiner Rechtszustand und internationales Privatrecht der Republik Jemen, RIW 39 (1993), 28–32 (30).

⁷⁷ Gesetz vom 17. September 1997, in Kraft getreten am 5. November 1997, YCA XXIII (1998), 565; vgl. dazu *Gharavi, H. G.*, Le nouveau droit iranien de l'arbitrage commercial international, Rev. arb 1999, 35–43; *ders.*, The 1997 Iranian International Commercial Arbitration Law: The *UNCITRAL* Model Law à L'Iranienne, 15 Arb. Int (1) (1999), 85–96.

⁷⁸ Decree No. 47/1997, vom 1. Juli 1997, YCA XXIII (1998), 570; vgl. dazu *El-Ahdab, A.*, La nouvelle loi sur l'arbitrage du Sultanat d'Oman, Rev. arb. 1997, 527–534.

⁷⁹ Gesetz No 27 vom 21. April 1994, Rev. arb 1994, 763 (Art. 1: ausdrückliche Anerkennung der subjektiven Schiedsfähigkeit des Staates und der juristischen Personen des öffentlichen Rechts) und Gesetz No. 9 vom 6. April 1997, Rev. arb 1997, 311 = YCA XXIII (1998), 564 (Übernahme des *UNCITRAL*-Modellgesetzes); vgl. dazu *El-Ahdab, A.*, The New Egyptian Arbitration Act in Civil and Commercial Matters, JIntArb 12 (2) (1995), 65–101; *Fillion-Dufouleur, B./Leboulanger, P.*, Le nouveau droit égyptien de l'arbitrage, Rev. arb 1994, 665–682.; Cour d'Appel du Caire, Entscheidung vom 19. März 1997, Organisme des Antiquités c. G. Silver Night Company, Rev. arb 1997, 283 mit Anmerkung *Leboulanger, P.* = YCA XVIII (1998), 169–174: Schiedsfähigkeit von Streitigkeiten aus einem Verwaltungsvertrag bejaht.

⁸⁰ Gesetz 93–42 vom 26. April 1993 in Kraft getreten am 27. Oktober 1993, (Art. 7: Abschlußverbot eines Schiedsvertrags für den Staat und seine Stellen bei internen Verträgen; Art. 48: Wirksame Vereinbarung einer Schiedsklausel von den juristischen Personen des öffentlichen Rechts und Gebietskörperschaften bei internationalen Verträgen) Rev. arb 1993, 721 = YCA XIX (1994), 462 (Übernahme des *UNCITRAL*-Modellgesetzes); *Kallel, S.*, The Tunesian Draft Law on International

Selbst die mittel- und südamerikanischen Länder, die aus historischen und politischen Gründen der Schiedsgerichtsbarkeit ablehnend gegenüberstanden, beginnen sich neu zu orientieren⁸². Neuordnungen gibt es in Kolumbien⁸³, Brasilien⁸⁴ und Guatemala⁸⁵. Mexiko (1993)⁸⁶ und Peru (1992/1996)⁸⁷ haben das *UNCITRAL*-Modellgesetz übernommen.

Auch in das Schiedsrecht der Volksrepublik China und der Länder Ost- und Mitteleuropas ist Bewegung geraten⁸⁸. Ein Schiedsgerichtssystem nach dem *UNCITRAL*-Modellgesetz wurde in Rußland (1993)⁸⁹, in der Ukraine

Arbitration, *JIntArb* 9 (4) (1992), 71–92; *Meziou, K./Mezghani, A.*, Le code tunisien de l'arbitrage, *Rev. arb* 1993, 521–541.

⁸¹ Decree Law No 9 vom 16. August 1994, *YCA* 20 (1995), 583.

⁸² *Echeverria, R. E./Siqueiros, J. L.*, Arbitration in Latin American Countries, in *Sanders, P.* (Hrsg.), *ICCA Congress Series No 4 IXth International Arbitration Congress*, Tokyo 31 May–3 June 1988, S. 81–97; *Garro, A.*, Commercial and Labor Arbitration in Central America, *American Bar Association* 1991; *Layton, R.*, *JIntArb* 10 (2) (1993), 123–141; *Naón, H. G.*, 5 *Arb. Int* (2) (1989), 137–172.

⁸³ Gesetz Nr. 315 vom 12. September 1996, in Kraft getreten am 16. September 1996; vgl. dazu *Samleben, J.*, Das kolumbianische Gesetz über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit, *RIW* 43 (1997), 657–659.

⁸⁴ Gesetz No. 9307 vom 23. September 1996, in Kraft getreten am 23. November 1996, *YCA* XXII (1997), 572 = *Rev. arb.* 1997, 297–310 = *ILM* 36 (1997), 1562–1577; vgl. dazu *Lee, J. B.*, Le nouveau régime de l'arbitrage au Brésil, *Rev. arb* 1997, 199–228; *Samleben, J.*, Das neue brasilianische Gesetz über die Schiedsgerichtsbarkeit, *RIW* 44 (1998), 33–35.

⁸⁵ Decree No. 67–95 vom 16. November 1995, *YCA* XXII (1997), 569.

⁸⁶ Gesetz vom 22. Juli 1993, *YCA* XIX (1994), 457; vgl. dazu *Siqueiros, J. L.*, *YCA* XIX (1994), 457; *Tenenbaum, M.*, International Arbitration of Trade Disputes in Mexico – The Arrival of the *NAFTA* and New Reforms to the Commercial Code, *JIntArb* 12 (1) (1995), 53–78; *Treviño, J.*, The New Mexican Legislation on Commercial Arbitration, *JIntArb* 11 (4) (1994), 5–39; *Zivy, I.*, La nouvelle loi sur l'arbitrage en Mexique, *Rev. arb* 1994, 295–319.

⁸⁷ Decree No. 25935 vom 7. November 1992, in Kraft getreten am 11. Dezember 1992, *YCA* XIX (1994), 460, (Art. 85: ausdrückliche Anerkennung der subjektiven Schiedsfähigkeit des Staates und seiner Betriebe bei internationalen Verträgen); Gesetz No. 26572 vom 3. Januar 1996, in Kraft getreten am 7. Januar 1996, *YCA* XXIII (1998), 571.

⁸⁸ *Horváth, E.*, Arbitration in Central and Eastern Europe, *JIntArb* 11 (2) (1994), 5–17; *Kasachstan: Basin, A. A./Frommert, R.*, Schiedsgerichtssystem Kasachstans, *WiRO* 2 (1993), 247; *Tschechien: Gesetz* 216 vom 1./3. November 1994 in Kraft getreten am 1. Januar 1995, *YCA* XX (1995), 584; vgl. dazu: *Roth, M.*, Schiedsgerichtsbarkeit in der Tschechischen Republik, *RIW* 42 (1996), 653–654; *Verny, A.*, Neues Schiedsrecht der Tschechischen und der Slowakischen Republik, *WiRO* 3 (1994), 138.

⁸⁹ Gesetz No. 5338–1 vom 7. Juli 1993, in Kraft getreten am 14. August 1993, *YCA* XIX (1994), 461; vgl. dazu: *Schmitt, H./Ahmad, M.*, Russische Föderation: Neue Verfahrensordnung des Schiedsgerichts bei der Industrie- und Handelskammer Moskau, *RIW* 42 (1996), 809–817; *Yakovlev, A.*, International Commercial Arbitration: Proceedings and Russian Courts, *JIntArb* 13 (1) (1996), 37–63.

(1994)⁹⁰, in China (1994)⁹¹, in Ungarn (1994)⁹², in Rumänien (1993)⁹³, in Bulgarien (1988/1993)⁹⁴, in Moldawien (1994)⁹⁵ und in Litauen (1996)⁹⁶ etabliert⁹⁷. Ein Gesetz über die Schiedsgerichtsbarkeit, das eine Anpassung an das *UNCITRAL*-Modellgesetz bringen soll, liegt in Kroatien als Gesetzesentwurf vor. In Polen und Weißrußland ist ebenfalls ein Schiedsgerichtsgesetz nach den Grundsätzen des *UNCITRAL*-Modellgesetzes in Ausarbeitung.

Das unter umfassenden Beteiligung der internationalen Gemeinschaft zustandegekommene Mustergesetz ist eine Kodifizierung weltweit anerkannter bzw. politisch akzeptabler Standards der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit. Auch wenn es teilweise Kompromisse enthält, auf jeden Fall hat es dazu geführt, daß die internationale Schiedsgerichtsbarkeit als besonderer Rechtsbereich anerkannt worden ist, der von nationalen Besonderheiten weitgehend befreit sein sollte⁹⁸.

⁹⁰ Gesetz vom 24 Februar 1994, in Kraft getreten am 20. April 1994, YCA XX (1995), 596 = Rev. arb 1994, 550; vgl. dazu *Kiszczyk, L.*, Ukrainisches Gesetz über internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, RIW 41 (1995), 641–650.

⁹¹ Gesetz vom 31. August 1994, in Kraft getreten am 1. September 1995, Rev. arb 1995, 527–534 = ILM 34 (1995), 650 = YCA XX (1995), 584; vgl. dazu *Glatzer, J.*, Neue Regeln über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Volksrepublik China, RIW 42 (1996), Beilage 2 zu Heft 6/1996, 11–16; *Moser, M.*, China's New International Arbitration Rules, JIntArb 11 (3) (1994), 5–24; *Nedjar, D.*, L'arbitrage international en Chine après la loi du 31 Août 1994, Rev. arb 1995, 411–426; *Trappe, J.*, Änderung der Regeln über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der VR China, RIW 44 (1998), 871–872; *Xiaowen, G.*, The Validity and Performance of Arbitration Agreements in China, JIntArb 11 (1) (1994), 47–55.

⁹² Gesetz Nr. LXXI vom 8. November 1994, in Kraft getreten am 23. November 1994, YCA XX (1995), 589; vgl. dazu *Horváth, E.*, The New Arbitration Act in Hungary, JIntArb 12 (3) (1995), 53.

⁹³ Gesetz 59 vom 23. Juli 1993, YCA XX (1995), 592; vgl. dazu *Florescu, G.*, The Evolution of Commercial Arbitration in Romania, JIntArb 10 (1) (1993), 95–104.

⁹⁴ Gesetz Nr. 60 vom 5. August 1988 geändert durch Gesetz No. 93 vom 2. November 1993, YCA XIX (1994), 449 (Art. 3: ausdrückliche Anerkennung der subjektiven Schiedsfähigkeit des Staates und seiner Stellen); vgl. dazu *Goleva, P.*, Bulgarien: Neue Bestimmungen über die Schiedsgerichtsbarkeit, WiRO 2 (1993), 131–133; *dies.*, Bulgarien: Änderung und Ergänzungen des Gesetzes über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, WiRO 3 (1994), 53–54; *Gueorgiev, E.*, La loi bulgare sur l'arbitrage commercial international, Rev. arb. 1996, 39–47; *Stalev, Z.*, YCA XIX (1994), 449.

⁹⁵ Gesetz 129–XIII vom 31. Mai 1994, WiRO 4 (1995), 346–350.

⁹⁶ Gesetz I–1274 vom 2. April 1996, YCA XXIII (1998), 568.

⁹⁷ Das russische und das ukrainische Gesetz folgen dem *UNCITRAL*-Modellgesetz nahezu wörtlich, während das bulgarische und insbesondere das ungarische Gesetz in Struktur und Formulierung abweichen. Zum ungarischen Gesetz ist auch anzumerken, daß es die Schiedsgerichtsbarkeit generell und nicht nur bezogen auf internationale Streitigkeiten regelt.

C. Die Beachtlichkeit der Beschränkungen der subjektiven Schiedsfähigkeit des Staates und der juristischen Personen des öffentlichen Rechts

I. Nationale Regelungen und Einfluß internationaler Abkommen

Eine ausdrückliche Regelung der Frage der subjektiven Schiedsfähigkeit des Staates und der juristischen Personen des öffentlichen Rechts findet sich in *Art. II Abs. 1 EÜ*⁹⁹. Danach kann sich ein Staat auf interne Beschränkungen seiner Schiedsfähigkeit nicht berufen, es sei denn, er hätte einen Vorbehalt i. S. d. *Art. II Abs. 2* des Übereinkommens erklärt. Man hat darin die Durchsetzung des Standpunktes zu sehen, daß die Schiedsunfähigkeit der juristischen Personen des öffentlichen Rechts für innerstaatliche Verhältnisse, wo sich diese Personen auch und vor allem hoheitlich betätigen, eventuell verstanden werden kann, nicht hingegen für Verträge des internationalen Handels.

Ob die in *Art. II EÜ* genannten Beschränkungen in einem bestimmten Landesrecht als eine Einschränkung der subjektiven Schiedsfähigkeit der öffentlichen Körperschaft angesehen werden oder als eine Regel über die Schiedsfähigkeit bestimmter Angelegenheiten, muß auch im Rahmen des Übereinkommens das betreffende Landesrecht entscheiden¹⁰⁰. *Art. II Abs. 1 EÜ* verbietet es zwar, juristischen Personen des öffentlichen Rechts die Schiedsfähigkeit ganz abzuerkennen, garantiert aber nicht eine Handlungsfähigkeit von Organwaltern in gleicher Weise wie bei Privatrechtssubjekten. So ist es zulässig, besondere Organisationszuständigkeiten für den Abschluß eines Schiedsvertrages vorzusehen¹⁰¹. Die Bedeutung des *Art. II*

⁹⁸ Übersicht über die Staaten, die inzwischen das *UNCITRAL*-Modellgesetz in nationales Recht umgesetzt haben bei *Berger, K.-P.*, Das neue Recht der Schiedsgerichtsbarkeit, S. 11.

⁹⁹ *Gottwald, P.*, in Münchener Kommentar zur ZPO, Band 3, München 1992, unter Art. II EÜ; *Schlosser, P.*, in Stein/Jonas Komm. zur ZPO 21. Aufl., 1994, Band 7, Anh. zu § 1044, RdNr. 102; vgl. auch die Literaturangaben oben, unter § 4, B. I. 2., Fn. 29.

¹⁰⁰ Das kann wichtige Folgen haben. So ist nach der französischen Rechtsprechung (§ 5, Fn. 34–42) das Verbot des Art. 2060 cc im letzteren Sinn zu verstehen. Das bedeutet, daß es nicht gilt, wenn sich die juristische Person des öffentlichen Rechts in einem internationalen Geschäft einem ausländischen Recht unterworfen hat; vgl. dazu *Mezger, E.*, *RabelsZ* 29 (1965), 231–301 (270).

¹⁰¹ Art. 1 § 1 des deutschen Gesetzes vom 10. Oktober 1933 über die schiedsgerichtliche Erledigung privatrechtlicher Streitigkeiten des Reiches und der Länder, wonach seitens des Bundes oder der Länder für privatrechtliche Streitigkeiten getroffene Schiedsvereinbarungen zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung des Bundesministers der Finanzen bedurften (RGBl. 1933 I, 722), ist somit mit Art. II EÜ insofern vereinbar.

Abs. 1 EÜ liegt allerdings darin, daß, wenn kein Vorbehalt gemäß *Art. II Abs. 2 EÜ* vorliegt, der private Vertragspartner von einer grundsätzlichen subjektiven Schiedsfähigkeit der staatlichen öffentlich-rechtlichen Einrichtungen ausgehen kann. Einschränkungen sind möglich, ebenso spezielle Handlungsvorschriften. Beide aber, und insbesondere die ersteren, sollten im Interesse aller am internationalen Wirtschaftsleben Beteiligten die Ausnahme bilden¹⁰².

Streitig ist, ob auch das *WBÜ* Beschränkungen der Schiedsfähigkeit ausschließt¹⁰³. Wohl zu Recht ist argumentiert worden, daß sich die Ziele des Übereinkommens nicht erreichen ließen, wenn ein Staat trotz unwiderruflicher Bindung an Schiedsverträge (*Art. 25 Abs. 1 Satz 2 WBÜ*) interne Beschränkungen einwenden könnte¹⁰⁴.

International ist die Rechtslage unbefriedigend. Denn es kann nicht sachgerecht sein, daß der betroffene Staat den eigentlichen Zweck des Schiedsverfahrens vereitelt, indem das öffentlich-rechtliche Unternehmen erst eine Schiedsklausel vereinbart und sich später auf deren Unwirksamkeit beruft. Die Schweiz schließt dies weitgehend aus: Nach *Art. 177 Abs. 2 Schweiz. IPR-G* kann ein Staat, ein staatlich beherrschtes Unternehmen oder eine sonstige staatlich kontrollierte Organisation nicht unter Berufung auf ihr eigenes Recht ihre Parteifähigkeit oder Schiedsfähigkeit in Frage stellen¹⁰⁵. Die Schweiz beurteilt somit die Schiedsfähigkeit selbständig nach eigenem

¹⁰² Vgl. den Wunsch des „*Congrès International de l'Arbitrage*“, Paris 1961 (organisiert vom Comité Français de l'Arbitrage), in *Rev. arb* 1961, 144:

„*Que soient levés les obstacles qui, dans certaines législations interdisent encore en principe aux personnes de droit public de recourir à l'arbitrage.*

Qu'en conséquence l'adhésion et la ratification données par les Etats à la Convention de Genève sur l'arbitrage international commercial de 1961 ne soient pas assorties de réserves et limitations enlevant en fait toute portée au principe posé dans l'article 2 de ladite Convention“.

¹⁰³ Für die Beachtlichkeit solcher Beschränkungen unter dem *WBÜ*: *Delaume, G.*, *JIntArb* 1 (1984), 101–125 (106); wohl auch *Peter, W.*, *Arbitration and Renegotiation*., S. 310; für den Ausschluß solcher Beschränkungen hingegen: *David, R.*, S. 251.

¹⁰⁴ *David, R.*, *ibid.* S. 251; *Langkeit, J.*, S. 75.

¹⁰⁵ *Blessing, M.*, in *Böckstiegel, K.-H.* (Hrsg.), *Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, S. 13–97; *von Hoffmann, B.*, *Anmerkungen zum neuen internationalen Schiedsrecht der Schweiz*, in *Böckstiegel, K.-H.* (Hrsg.), *ibid.*, S. 147–161; *Lalive, P.*, *Einleitung in das neue internationale Schiedsgerichtsrecht der Schweiz*, in *Böckstiegel, K.-H.* (Hrsg.), *ibid.*, S. 5–11; *Lalive, P./Gaillard, E.*, *Le nouveau droit de l'arbitrage international en Suisse*, *Clunet* 116 (2) (1989), 905–963; ICC-Schiedsspruch Nr. 6162/1990, *YCA XVII* (1992), 153–163 (159): „*The application of the principle that a State organ, having concluded an arbitration clause with a foreign, cannot thereafter invoke the nullity of its own promise by referring to its national law is considered as an international obligation in Switzerland*“. [Hervorhebung von der Verfasserin].

Recht, ohne Berücksichtigung zwingender Verbots- oder Eingriffsnormen des Auslands. Diese Normen sind erst bei der Rechtsanwendung zu beachten.

Art. 177 Abs. 2 **Schweiz. IPR-G** manifestiert einen in der internationalen Schiedspraxis anerkannten Grundsatz: die staatliche Souveränität und das schützenswerte, vom Staat selbst in zurechenbarer Weise hervorgerufene und beschränkte Vertrauen der privaten Vertragspartei in die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung begründet die Bindung des Staates an die Schiedsklausel, die vom Staat nicht nachträglich unter Berufung auf sein internes Recht widerrufen werden kann¹⁰⁶. Es handelt sich um eine Ausprägung des Verbots des „*venire contra factum proprium*“. Die Norm zählt als nationale Sachnorm des IPR zum schweizerischen internationalen *ordre public*. Zugleich fördert das schweizerische Gesetz die Bildung eines gleichlautenden Rechtssatzes des Völkergewohnheitsrechts und des transnationalen *ordre public*, der etwaiges entgegenstehendes nationales Recht überlagert¹⁰⁷.

Zusätzliche Bestätigung und Absicherung erhält der Grundsatz der Unbeachtlichkeit interner Einschränkungen der subjektiven Schiedsfähigkeit des Staates und seiner Betriebe durch Art. 27 und Art. 46 Abs. 1 der **Wiener Vertragskonvention (WVK)** vom 23. Mai 1969¹⁰⁸ und Art. 5 der **Santiago de Compostela Resolution des Institut de Droit International**¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Vgl. dazu oben, unter § 4, D. I.

¹⁰⁷ Aus diesem Grund war auch die Kommission zur Neuordnung des Schiedsverfahrens in ihrem *Bericht mit einem Diskussionsentwurf zur Neufassung des Zehnten Buchs der ZPO* vom Februar 1994 (§ 5, Fn. 8) der Auffassung, daß die im Art. 1 § 1 des Gesetzes über die schiedsgerichtliche Erledigung privatrechtlicher Streitigkeiten des Reiches und der Länder vom 10. Oktober 1933 vorgesehenen Einschränkungen (§ 5, Fn. 101) nicht mehr zeitgemäß sind (berichtet bei *Berger, K.-P.*, Das neue Recht der Schiedsgerichtsbarkeit, S. 180). Der Entwurf sah daher die Aufhebung dieses Gesetzes entsprechend dem Vorschlag der Reformkommission vor (vgl. Art. 2 § 1).

¹⁰⁸ Art. 27 WVK (BGBl. 1985, II, 937) lautet: „Eine Vertragspartei kann sich nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen, um die Nichterfüllung eines Vertrages zu rechtfertigen. Diese Bestimmung läßt Art. 46 unberührt“.

Art. 46 Abs. 1 WVK (BGBl. 1985, II, 944) lautet: „Ein Staat kann sich nicht darauf berufen, daß seine Zustimmung, durch einen Vertrag gebunden zu sein, unter Verletzung einer Bestimmung seines innerstaatlichen Rechts über die Zuständigkeit zum Abschluß von Verträgen ausgedrückt wurde und daher ungültig sei, sofern nicht die Verletzung offenkundig war und eine innerstaatliche Rechtsvorschrift von grundlegender Bedeutung betraf“.

¹⁰⁹ Art. 5 der Resolution lautet: „Un Etat, une entreprise ou une entité étatique ne peut pas invoquer son incapacité de conclure une convention d'arbitrage pour refuser de participer à l'arbitrage auquel il a consenti“, *RabelsZ* 54 (1990), 160–169 (164) = *Rev. arb* 1990, 931–936 (933) = *YCA XVI* (1991), 233–239 (238).

II. Die Behandlung der Einschränkungen durch die Lehre und internationale Schiedsgerichte

1. Unterscheidung zwischen Beschränkungen sachlicher und persönlicher Art

Staaten haben verschiedentlich behauptet, von ihnen eingegangene Schiedsvereinbarungen seien nichtig, weil Vorschriften ihres nationalen Rechts den Abschluß eines Schiedsvertrags untersagt hätten. Solche internen Beschränkungen der Schiedsfähigkeit lassen sich in zwei Gruppen unterteilen¹¹⁰, deren Abgrenzung und Unterscheidung allerdings nicht leicht fällt: Die erste Gruppe von Beschränkungen soll hier als *Beschränkung sachlicher Art* bezeichnet werden. Darunter fallen Vorschriften, die einem Staat den Abschluß von Schiedsverträgen generell oder mit Bezug auf bestimmte Angelegenheiten verbieten¹¹¹ oder die Schiedsabreden nur zulassen, falls der Streitwert einen festgesetzten Geldbetrag nicht überschreitet¹¹². Zu dieser Gruppe gehören auch Normen, welche das Zustandekommen einer Schiedsvereinbarung an die Zustimmung bestimmter Ministerien oder des Parlamentes binden¹¹³. Die zweite Gruppe von Beschränkungen betrifft allein die Person des für den Staat Handelnden. Diese Gruppe läßt sich am besten als *Beschränkungen persönlicher Art* umschreiben. Damit sind Vorschriften gemeint, welche den Abschluß von Schiedsverträgen im Namen des Staates nur ganz bestimmten Personen, Amtswaltern oder Behörden vorbehalten¹¹⁴. In der Praxis hat allerdings nur die erste Gruppe, in welcher die sachlichen Beschränkungen der Schiedsfähigkeit zusammengefaßt sind, eine bedeutsame Rolle gespielt.

¹¹⁰ David, R., S. 242 ff., 246.

¹¹¹ So wie in Frankreich (§ 5, B. II.) und in den Rechten anderer Staaten (§ 5, B. III.).

¹¹² Bestimmungen dieser Art sind z.B. im niederländischen Recht [*van den Berg*, A., YCA XII (1987), 3–38] und im syrischen Recht (Art. 44 des Code du Conseil d'Etat, Gesetz Nr. 55/21. Februar 1959: Genehmigung des Conseil d'Etat für den Abschluß von Schiedsvertrag, der den Betrag von 45.000 syrischer Pounds übersteigt) erhalten.

¹¹³ So z.B. Art. 49 Abs. 1 des EGGrZPO (§ 5, B. III. (4)); Art. 139 der iranischen Verfassung von 1979, zitiert im Framatome-Schiedsspruch, Clunet 111 (1984), 58 (69): Zustimmung des Ministerrates, i.d.R. auch des Parlamentes erforderlich; Art. 3 der saudi-arabischen Regelungen zur Schiedsgerichtsbarkeit [königliches Dekret Nr. 11/46 vom 25. April 1983, in Kraft getreten am 3. Juli 1983, ILM 22 (1983), 1052]: Zustimmung des Präsidenten des Ministerrates erforderlich.

¹¹⁴ Dieses Problem stellt sich in allen Rechtsordnungen, welche dem Staat den Abschluß von Schiedsvereinbarungen nicht völlig verbieten; vgl. hierzu David, R., S. 247.

2. Die Beachtlichkeit von Beschränkungen sachlicher Art

Innerstaatliche Beschränkungen der subjektiven Schiedsfähigkeit des Staates und seiner juristischen Personen des öffentlichen Rechts müssen im Grundsatz respektiert werden, zumal die Befugnis einer staatlichen Stelle zum Abschluß einer Schiedsklausel nach dem staatlichen Recht zu beurteilen ist¹¹⁵. Allerdings wollen zahlreiche Autoren davon insoweit eine Ausnahme machen, als gutgläubige Ausländer betroffen sind¹¹⁶. Begründet wird dies mit den Bedürfnissen des internationalen Wirtschaftsverkehrs, die keine Störungen durch eine zusätzliche Ungewißheit vertragen, mit dem Schutz des guten Glaubens gegenüber dem staatlichen Vertragspartner, welcher das entgegenstehende Recht selbst gesetzt hat¹¹⁷, mit der Schwierigkeit, in vielen Ländern die Rechtslage zu ermitteln,¹¹⁸ mit den Grundsätzen *pacta sunt servanda*,¹¹⁹ *estoppel*¹²⁰ aber auch mit der Kredit- und Glaub-

¹¹⁵ Vgl. dazu oben, unter § 5, A. III., Fn. 21, 24 und B. II., Fn. 39, 40; so auch Corte di Appello Bari, Entscheidung vom 2. November 1993, YCA XXII (1997), 738; BGH, Urteil vom 23. April 1998 – III 194/96, RIW 44 (1998), 628; a. A. Corte di Cassazione, Entscheidung vom 9. Mai 1996, YCA XXII (1997), 740.

¹¹⁶ Böckstiegel, K.-H., Arbitration and State Enterprises, S. 25 ff.; de Boissésou, M., S. 32; Delaume, G., JIntArb 1 (1984), 101–125 (106); ders., in Law and Practice of Transnational Contracts, S. 358; ders., Comparative Analysis a Basis of Law in State Contracts: The Myth of the *lex mercatoria*, TullRev 63 (1989), 575–611 (595); Derains, Y., Rev. arb 1973, 122–149 (124); ders., Clunet 102 (1975), 940 (942, 944); ders., Anmerkung zu ICC-Schiedsspruch Nr. 5030/1992, Clunet 120 (2) (1993), 1004; Fouchard, P., L'arbitrage commercial international, RdNr. 174 (S. 100 ff.); Goldman, B., Rev. arb 1980, 323–372 (334); ders., in Lew, J. D. M. (ed.), Contemporary Problems..., S. 113–125 (124); ders., Anmerkung zu Cour cass., Entscheidung vom 6. Januar 1987, Clunet 114 (1987), 638–641 (642); Jacquet, J.-M., Clunet 116 (1989–II), 621–690 (671); Kahn, P., Souveraineté de l'Etat et règlement du litige, Régime juridique du contrat d'Etat, Rev. arb 1985, 641–661; Keutgen, G., in Festschrift für Glossner, S. 165–176 (169); Lalive, P., RBDI 11 (1975), 570–580 (573); ders., Rev. arb 1986, 329–373 (344); ders., in Lew, J. D. M. (ed.), Contemporary Problems..., S. 289–297 (292); Lavie, J.-P., S. 265; Level, P., Clunet 93 (1966), 649–653 (652); Mayer, P., Clunet 113 (1986–I), 5–78 (45, 62); Naón, G., 5 Arb. Int (2) (1989), 137–172 (161); Oppetit, B., Clunet 111 (1984), 37–57 (47 ff.); Paulsson, I., 2 Arb. Int (1986), 90–103 (97); Peter, W., Arbitration and Renegotiation..., S. 273; Regli, J.-P., S. 43; Reymond, C., Rev. arb 1985, 517–542 (533 ff.); Robert, J., RdNr. 287, (S. 259 ff.) und RdNr. 430 (S. 363); Schlosser, P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 342.

¹¹⁷ Derains, Y., Rev. arb 1973, 145; *venire contra factum proprium*; Oppetit, B., Clunet 111 (1984), 37–57 (51); Reymond, C., Rev. arb 1985, 517–542 (533).

¹¹⁸ Oft können große Unterschiede zwischen geschriebenem und praktiziertem Recht auftreten. So verwies im Schiedsverfahren Framatome/AEOI, das einen Vertrag zur Errichtung eines Kernkraftwerks im Iran betraf, die beklagte Atomic Energy Organisation of Iran darauf, daß der Shah im vorrevolutionären Iran oft Entscheidungen ohne Einhaltung des gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrens getroffen hatte und wollte die damaligen Verfahrensmängel dem ausländischen Vertragspartner entgegenhalten [Schiedsspruch, Clunet 111 (1984), 58, 64].

würdigkeit des beteiligten Staates¹²¹. Die Schiedsgerichte der *IntHK*-Paris betrachten es als Verstoß gegen den *ordre public* international, wenn ein Staat sich gegenüber einem gutgläubigen Ausländer auf die Ungültigkeit der Schiedsklausel beruft¹²². Der Gutglaubensschutz ist deshalb so entscheidend, weil der Schiedsrichter im Falle der Nichtigkeit der Schiedsklausel anders als im Falle der Nichtigkeit des Hauptvertrages keinen Ausgleich über einen etwaigen Anspruch aus *culpa in contrahendo* schaffen kann. Seine Kompetenz für die Zuerkennung solcher Ansprüche wäre entfallen.

Unklar ist dagegen, welcher Rechtsordnung die Regel von der Unbeachtlichkeit sachlicher Beschränkungen zu entnehmen ist. Oftmals wird eine Zuordnung zu einem nationalen Kollisionsrecht vorgeschlagen. So erklären insbesondere französische Autoren, die Schiedsfähigkeit des französischen Staates in Verträgen des internationalen Handels sei eine Sachnorm des französischen IPR¹²³ oder eine Norm des *ordre public* international¹²⁴. In den letzten Jahren ist aber auch vielfach vertreten worden, eine Lösung des

¹¹⁹ Carabiber, C., S. 137; Fouchard, P., L'arbitrage commercial international, RdNr. 177 (S. 103); Oppetit, B., Clunet 111 (1984), 37–57 (51).

¹²⁰ ICC-Schiedssprüche Nr. 1526/1968, Clunet 101 (1974), 915; Nr. 1507/1970, Clunet 101 (1974), 913; Nr. 1939/1971, Clunet 101 (1974), 919; Nr. 2521/1975, Clunet 103 (1976), 997; Nr. 3327/1981, Clunet 109 (1982), 971; Nr. 3896/1982 (Framatome et. al. v. AEOI), Clunet 111 (1984), 58; Amco Asia c. République d'Indonésie, ICSID-Schiedsspruch vom 25. September 1983, Clunet 113 (1986), 200–252; Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 20. Januar 1987, Clunet 114 (1987), 934, mit Anmerkung Loquin, E.; vgl. auch: Gailliard, E., L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international (le principe de l'estoppel dans quelques sentences arbitrales), Rev. arb 1985, 241–258; ders., Les manoeuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international, Rev. arb 1990, 759–796; Pazarci, H., RGDI 79 (1975), 354–421 (409).

¹²¹ Carabiber, C., S. 141; Goldman, G., Rev. arb 1980, 323–372 (334); Lalive, P., Rev. arb 1980, 341–372 (344); Regli, J.-P., S. 43; Reymond, C., Rev. arb 1985, 517–542 (535); so auch im Gatoil-Entscheidung der Cour d'Appel de Paris (§ 5, Fn. 38).

¹²² ICC-Schiedssprüche Nr. 1526/1968, Clunet 101 (1974), 915 (916); Nr. 1507/1970, Clunet 101 (1974), 913; Nr. 1939/1971, auszugsweise zitiert von Derains, Y., Clunet 101 (1974), 919 und Rev. arb 1973, 145; Nr. 2521/1975, Clunet 103 (1976), 997; Nr. 3327/1981, Clunet 109 (1982), 971 (973); Nr. 1803/1972, YCA V (1980), 177; Nr. 3896/1982, Clunet 111 (1984), 58; Nr. 3881/1984, Clunet 113 (1986), 1096; Nr. 4381/1986, Clunet 113 (1986), 1102; Nr. 5103/1988, Clunet 115 (2) (1988), 1207; Nr. 5030/1992, Clunet 120 (2) (1993), 1004–1016; Nr. 7263/1994, YCA XXII (1997), 92–106; so auch im *ad-hoc* Schiedsspruch Benteler (§ 5, Fn. 38); A.A.A. Award Revere Copper and Brass v. Overseas Private Corporations ILM 17 (1978), 1321; Turiff Construction (Sudan) Ltd. v. The Sudan, zitiert nach Schwebel, S. M., Three Salient Problems., S. 88 und P. W. Schulfeldt v. Guatemala, in Schwebel, S. M., ibid. S. 11–113; vgl. dazu von Hoffmann, B., in Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, S. 35–70 (53) m.w.Nach.; Keutgen, G., in Festschrift für Glossner, S. 165–176 (169); Lalive, P., Rev. arb 1980, 341–372 (349); Mayer, P., Clunet 113 (1986–I), 5–78 (54).

Problems sei – allein oder zusätzlich zu einem nationalen Recht – einer internationalen Rechtsordnung bzw. Rechtsquelle zu entnehmen. So ist die Regel von der Schiedsfähigkeit des Staates als internationaler Handelsbrauch¹²⁵, als Norm der *lex mercatoria*¹²⁶ oder des Rechts der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit¹²⁷, als allgemeines Rechtsprinzip¹²⁸ und sogar als Bestandteil des Völkerrechts angesehen worden¹²⁹.

¹²³ *Leboulanger, P.*, Les contrats entre Etats., S. 263; *Regli, J.-P.*, S. 42; *Reymond, C.*, Rev. arb 1985, 517–542 (534); so auch in der Gatoil-Entscheidung der Cour d'Appel de Paris (§ 5, Fn. 38), Société Bec Frères (§ 5, Fn. 41) und Icori Estero-Entscheidungen (§ 5, Fn. 41) desselben Gerichts.

¹²⁴ *Derains, Y.*, Rev. arb 1973, 122–149 (145); *ders.* Clunet 101 (1974), 918 (919ff.); *Fouchard, P.*, L'arbitrage commercial international, RdNr. 174 (S. 100).

¹²⁵ *Fouchard, P.*, L'arbitrage commercial international, RdNr. 175 (S. 100); *Robert, J.*, RdNr. 287 (S. 251, Fn. 94).

¹²⁶ *Derains, Y.*, Rev. arb 1973, 122–149 (145); *ders.*, Clunet 103 (1976), 999; *ders.*, L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international, Rev. arb 1986, 375–413 (375); *Goldman, B.*, in *Lew, J. D. M.* (ed.), Contemporary Problems., S. 113–125 (124); *Lalive, P.*, Rev. arb 1986, 329–373 (329); *Leboulanger, P.*, Les contrats entre Etats., S. 263; *Mustill, L.-J.*, The new *lex mercatoria*: The First Twenty-Five Years, in Liber Amicorum Wilberforce, 1987, S. 149–183; Art. 3 Code Djiboutien de l'arbitrage international vom 31. Februar 1984, Rev. arb 1984, 533–543; ICC-Schiedssprüche Nr. 1507/1970, Clunet 101 (1974), 913; Nr. 1939/1971, Clunet 101 (1974), 919; Nr. 3327/1981, Clunet 109 (1982), 971; Nr. 5065/1986, Clunet 114 (1987), 1039; Cour cass., Entscheidung vom 10. Juli 1990, Société L. et B. Cassia Associés c. Société Pia Investment Ltd., Clunet 119 (1) (1992), 168–176, mit Anmerkung *Loquin, E.*, (in Anlehnung an den Grundsatz der Autonomie der Schiedsklausel); so auch Cour cass., Entscheidung vom 20. Dezember 1993, Comité Populaire de la Municipalité de Khoms El Mergeb c. Société Dalico Contractors, Clunet 121 (1) (1994), 432–446 mit Anmerkung *Gailliard, E.*, und Clunet 121 (2) (1994), 690–701 mit Anmerkung *Loquin, E.*; Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 24. Februar 1994, Ministère Tunisien de l'Equipeement c. Société Bec. Frères, Rev. arb 1995, 275–289 mit Anmerkung *Gaudemet, Y.*; a.A. *Delaume, G.*, Rev. arb 1983, 143–161; *ders.*, TulLRev 63 (1989), 575–611 (596); *von Hoffmann, B.*, in Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, S. 35–70 (53); *Jacquet, J.-M.*, Clunet 116 (1989–II), 621–690 (670); *Kokkini-Iatridou, D./de Waart, P. J. I. M.*, Economic Disputes between States and Private Parties: Some Legal Thoughts on the Institutionalization of Their Settlement, NILR 33 (1986), 289–333; *Loquin, E.*, Clunet 114 (1987), 934; *Mayer, P.*, Clunet 113 (1986–I), 5–78 (55); *ders.*, RdC 217 (1989–V), 319–454 (447); *Schlosser, P.*, Das Internationale an der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RIW 28 (1982), 857–867 (866).

¹²⁷ *van den Berg, A.*, Referat im Kolloquium der DIS vom 23. April 1996, berichtet bei *Thorn, K.*, Beilage 15 zu BB Heft 37/1996, S. 15–17 (16); *Berger, K.-P.*, Das neue Recht der Schiedsgerichtsbarkeit, S. 25; *Leboulanger, P.*, Les contrats entre Etats., S. 460; *Lew, J. D. M.*, S. 548; *Lörcher, G.*, Towards a Reform of the German Rules Governing Arbitration, 11 Arb. Int (1995), 391–396 (393); *Mann, F.-A.*, State Contracts and International Arbitration, in *Mann, F.-A.* (Hrsg.), Studies in International Law, S. 56–301 (273); *Paulsson, I.*, 2 Arb. Int (1986), 90–103 (98); *ad-hoc*-Schiedsspruch Benteler et. al (§ 5, Fn. 38); ICC-Schiedsspruch Nr. 1526/

Diese Annahme ist jedoch höchst zweifelhaft. Allenfalls kann insoweit von einem regionalen, nämlich europäischen *ordre public* gesprochen werden. Das UNÜ sieht in Art. V Abs. 1 lit. a) ausdrücklich vor, daß die Anerkennung und Vollstreckung eines Schiedsspruches verweigert werden kann, wenn die Parteien nach dem für sie geltenden Personalstatut nicht fähig waren, einen Schiedsvertrag abzuschließen¹³⁰. Das UNÜ kennt insofern keinen internationalen Standard für die Fähigkeit einer Partei, Schiedsklauseln zu vereinbaren, sondern unterwirft diese Frage staatlichem Recht. Auch das UNCITRAL-Modellgesetz hat zwar die Frage geprüft, ob eine Empfehlung ausgesprochen werden solle, Staatsunternehmen generell den Zugang zu internationale Schiedsgerichten zu gestatten, hat aber von einer derartigen Regelung Abstand genommen¹³¹. So hat es bei der Regel zu bleiben, daß grundsätzlich die Frage der Schiedsfähigkeit eines Staatsunternehmens nach seinem Personalstatut zu beurteilen ist.

Trotz dieser rechtstheoretischen Unklarheiten ist in der Praxis internationaler Schiedsgerichte anerkannt, daß interne Beschränkungen der Schiedsfähigkeit der Wirksamkeit einer Schiedsabrede nicht entgegenstehen. Zwei Schiedssprüche neueren Datums, *Framatome, S. A. c. A.E.O.I.*¹³² sowie *Benteler v. Belgium*¹³³ dokumentieren diese Haltung nachdrücklich. So sah es das Schiedsgericht im *Framatome*-Fall als „*allgemeinen Grundsatz*“¹³⁴ an, daß ein Staat seinen Bindungen aus einem Schiedsvertrag nicht aufgrund von Bestimmungen seines eigenen Rechts entgehen könne¹³⁵; das Schiedsgericht ließ dabei ausdrücklich offen, welcher Rechtsordnung dieser Grundsatz zu entnehmen sei¹³⁶.

Bei einer Konzession mit ihrem stark öffentlich-rechtlichen Einschlag kann indessen der Gutglaubensschutz die verfassungsrechtlichen Bedenken

1971, Clunet 101 (1974), 915; und *Company Z and Others v. State Organization ABC*, Schiedsspruch vom April 1982, YCA VIII (1983), 94.

¹²⁸ *Lalive, P.*, BRDI 11 (1975), 570–580 (573); *Regli, J.-P.*, S. 43.

¹²⁹ *Fouchard, P.*, L'arbitrage commercial international, RdNr. 177 (S. 103).

¹³⁰ Vgl. dazu oben, unter § 5, Fn. 7.

¹³¹ Vgl. dazu oben, unter § 5, Fn. 8.

¹³² Clunet 111 (1984), 72.

¹³³ Oben, unter § 5, Fn. 38.

¹³⁴ Clunet 111 (1984), 73.

¹³⁵ So auch *American Manufacturing and Trading Inc. v. Republic of Zaïre* (1997), Mealey's International Arbitration Reporter A 1 und *Westing-House v. Republic of Iran*, berichtet nach *Sornarajah, M.*, Power and Justice in Foreign Investment Arbitration, JIntArb 14 (3) (1997), 103–140 (121).

¹³⁶ Clunet 111 (1984), 72: „*Que ce principe soit considéré comme d'ordre public international, comme appartenant aux usages du commerce international ou aux principes reconnus tant par le droit des gens que par le droit de l'arbitrage international ou la lex mercatoria...*“

nicht überspielen. Auch der ausländische Vertragspartner muß die Gewaltenteilung des Gastlandes akzeptieren. Da er langfristig im Gastland operieren will, ist es für ihn zumutbar, die Rechtslage eingehend zu prüfen¹³⁷. Dies ist in der Regel durchaus möglich. In afrikanischen Ländern enthalten die Investitions- oder Bergbaugesetze oft Bestimmungen, welche die schiedsgerichtliche Beilegung von Streitigkeiten zulassen¹³⁸. Auf der anderen Seite enthalten die jüngeren Konzessionsverträge in zunehmenden Maße Vorschriften, die Investitionsstreitigkeiten der ausschließlichen Gerichtsbarkeit staatlicher Gerichte unterwerfen¹³⁹. Bleibt die Rechtslage auch danach unklar, so kann wie im Fall *Lubelski/Burundi* aus der Tatsache des Abschlusses der Schiedsvereinbarung eine Vermutung für deren Zulässigkeit abgeleitet werden¹⁴⁰. Dies entspricht dem im Völkerrecht anerkannten Grundsatz¹⁴¹, daß keinem Staat ein Handel in bösem Glauben unterstellt werden kann. Schließt ein Staat eine Schiedsvereinbarung ab, kann nicht angenommen werden, er habe die Klausel im Bewußtsein ihrer Nichtigkeit nur zur Täuschung des Vertragspartners akzeptiert. Fehlt es an einschlägigen Rechtsnormen, entscheidet die Verwaltungspraxis und damit die tatsächlich abgeschlossene Schiedsklausel über die Frage der Rechtmäßigkeit. Konzessionen bedürfen zudem sehr oft der parlamentarischen Ratifikation und eine Unzulässigkeit der Schiedsklausel ist dann kaum vorstellbar, zumal die Verfassung allein dem Ratifikationsgesetz gegenüber den Vorrang hätte.

In der Praxis dürften sich die Probleme im Hinblick auf die Befugnis des Staates zum Abschluß von Schiedsklauseln ohnehin – wie im Fall *Lubelski* auf die Staaten des französischen Rechtskreises konzentrieren, die *Art. 2060 Abs. 1 code civil* übernommen haben. Für das französische Recht hat aber der Kassationshof das Problem dadurch beseitigt, daß er erklärt hat, das Verbot des Abschlusses von Schiedsklauseln finde nur im nationalen Bereich, hingegen nicht bei Beteiligung des Staates am internationalen Wirtschaftsverkehr Anwendung¹⁴². Diese Rechtsprechung wurde von den Gerichten anderer Staaten ausdrücklich übernommen¹⁴³. Im Verfahren *Sonatrach v. Shaheen* zeigte sich ein amerikanisches Distriktgericht auf-

¹³⁷ Markert, T., S. 76ff.; Sornarajah, M, JIntArb 14 (3) (1997), 103–140 (122); Vedel, G., Rev. arb 1961, 116–130 (119).

¹³⁸ Oben, unter § 2, Fn. 1, Fn. 8ff.

¹³⁹ Zur sog. „Renationalisierung“ von Konzessionsverträgen, vgl. unten, unter § 7, B. VII.

¹⁴⁰ Im Fall *Lubelski/Burundi* (§ 5, Fn. 31) entschied das Schiedsgericht, daß die Unterwerfung der Regierung von Burundi unter den Schiedsvertrag die persönliche Schiedsfähigkeit des Staates zeige, ILM 10 (1971), 152.

¹⁴¹ Lac Lanoux-Schiedsspruch, Spanien c. Frankreich, RIAA XII, 282, 305.

¹⁴² Vgl. dazu oben, unter § 5, B. II., Fn. 41.

¹⁴³ Oben, unter § 5, Fn. 42.

grund von Sachverständigengutachten überzeugt, daß diese Rechtsprechung auch in Algerien Gültigkeit besitze¹⁴⁴. Angesichts dessen erscheint der Schluß des Schiedsrichters im Fall *Lubelski*, daß es sich in Burundi ebenso verhalten müsse, nicht überraschend¹⁴⁵.

Ist damit die fehlende Befugnis der staatlichen Stelle, einen Schiedsvertrag abzuschließen, grundsätzlich zu beachten, so muß dies genauso gelten, wenn diese Befugnis an die Zustimmung einer anderen staatlichen Stelle geknüpft war und letztere fehlte¹⁴⁶. Etwas anderes gilt dagegen für die Frage, ob die für eine Staatsgesellschaft handelnden Organe tatsächlich vertretungsberechtigt waren¹⁴⁷. Hier wäre eine Anknüpfung an das Vollmachtsstatut anzunehmen¹⁴⁸. Da der Vertrag in der Regel im Gastland abgeschlossen wird, führt zwar das Fehlen der Vertretungsmacht nicht zur Unanwendbarkeit des Rechtes des Konzessionsgebers, doch könnten dann eher privatrechtliche Grundsätze von Treu und Glauben herangezogen werden, um die Wirksamkeit der Schiedsklausel aufrechtzuerhalten¹⁴⁹.

Die Frage der staatlichen Bindung an Schiedsklauseln, die nach innerstaatlichem Recht mit Mängeln behaftet sind, müßte allerdings dann anders beurteilt werden, wenn man in der die Schiedsklausel enthaltenden Konzession einen beschränkt-völkerrechtlichen Vertrag sehen würde¹⁵⁰. Bei konsequenter Anwendung dieser Auffassung wären bei der Frage der Gültigkeit der Schiedsabrede die völkerrechtlichen Regeln anzuwenden, wonach inner-

¹⁴⁴ 585 F. Supp. 57, 65 (S.D.N.Y. 1983), allerdings unter der Geltung des Art. 442 Abs. 3 *c.p.c.*, der dem algerischen Staat und seinen juristischen Personen des öffentlichen Rechts den Abschluß eines Schiedsvertrags untersagte; zum neuen Schiedsrecht in Algerien und zur Abschaffung dieses Verbots vgl. oben, unter § 5, Fn. 67.

¹⁴⁵ So werden auch in Belgien die entsprechenden einschränkenden Bestimmungen im Anwendungsbereich des EÜ durch dessen Art. II Abs. 1 verdrängt, vgl. dazu oben, unter § 5, Fn. 48.

¹⁴⁶ Ebenso *Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 351 ff. (356).

¹⁴⁷ Im *Framatome v. AEOI-Schiedsverfahren* [Clunet 111 (1984), 58 = YCA VIII (1983), 100] kam das Schiedsgericht zum Ergebnis, daß die Staatsgesellschaft AEOI die persönliche Schiedsfähigkeit und ihr Präsident auch die entsprechende Vertretungsmacht besaß. Allerdings hätte er die Zustimmung anderer Gesellschaftsorgane benötigt. Dies könnte jedoch nach Auffassung des Schiedsgerichts die Klausel nicht unwirksam machen.

¹⁴⁸ Dafür auch *Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 369; eine *lex contractus* Anknüpfung nimmt hingegen *Wetter, G.*, 2 Arb. Int (1) (1985), 294–309 (302) an.

¹⁴⁹ *Markert, T.*, S. 77.

¹⁵⁰ Ausführlich zur Frage der Einordnung von Konzessionsverträgen in das Völkerrecht unten, unter § 7, B.

staatliche Mängel beim Abschluß von völkerrechtlichen Verträgen für die Wirksamkeit nach außen nur beschränkt zu berücksichtigen sind¹⁵¹.

3. Die Beachtlichkeit von Beschränkungen persönlicher Art

Die Befugnis einer bestimmten Person, einen Schiedsvertrag im Namen eines Staates abzuschließen, ist ein allgemeines Problem der Außenvertretungsbefugnis von Staaten¹⁵². Das innerstaatliche Rechtssystem kann seinen Organen die Vereinbarung eines Schiedsvertrags verbieten. Wenn diese Organe gegenüber fremden Staatsangehörigen solche Verpflichtungen eingehen, so wird vermutet, daß sie verfassungsmäßig gehandelt haben und innerhalb ihrer Handlungsbefugnis tätig geworden sind¹⁵³. Grundsätzlich brauchen ausländische Staatsangehörige Zusicherungen der höchsten Behörden eines souveränen Staates nicht anzuzweifeln¹⁵⁴. Verweigert ein solches Staatsorgan die Anerkennung dieser Verpflichtungen, so handelt es treuwid-

¹⁵¹ In Anlehnung an Art. 46 WVK (§ 5, Fn. 108); bejahend: *Barberis, J.*, RdC 179 (1983-I), 145–304 (192); *Ebenroth, C. T./Bader, T. O.*, Wirksame Staatenbindung in internationalen Investitionsverträgen, WM 45 (1991), 661–667 (664); *Herdagen, M.*, RIW 35 (1989), 329–337 (331); ablehnend: *Sornarajah, M.*, JIntArb 14 (3) (1997), 103–140 (122).

¹⁵² Zum Problem allgemein: *Jacquet, J.-M.*, Clunet 116 (1989-II), 621–690 (674); *Lalive, P.*, Rev. arb 1980, 341–372 (345); *Mayer, P.*, Clunet 113 (1986-I), 5–78 (47); *ders.*, RdC 217 (1989-V), 319–454 (446); *Meron, T.*, Repudiation of *Ultra Vires* in State Contracts and the International Responsibility of States, ICLQ 6 (1957), 273–289; *Rubino-Sammartano, M.*, International Arbitration Law, S. 120, 169; *Seidl-Hohenveldern, I.*, Völkerrecht, 9. Aufl., RdNr. 247; für den Abschluß von sog. Stabilisierungsklauseln: *David, N.*, Clunet 113 (1986), 79–107 (92).

¹⁵³ Mit Recht hat der StGH betont, daß ein Staat davon ausgehen kann, daß der Außenminister eines anderen Staates (Ihlen-Erklärung im Ostgrönland-Fall, Series A/B 53, S. 71) sowie der Prozeßbevollmächtigte der Gegenpartei vor dem StGH (Genfer Freizonen-Fall, Series A/B 46, S. 170) ihren Staat durch Abgabe einer in ihren Kompetenzbereich fallenden Erklärung binden können; vgl. auch den Amoinil-Schiedsspruch, ILM 21 (1982), 976–1053 (1006): „...and the Tribunal only needs to point out that it is entirely normal and useful that, in transnational economic relations, the capacity of the Minister in charge of economic matters should be presumed, as is that of a Minister for Foreign Affairs in inter-State relationship...“; so auch im Lubelski-Fall (§ 5, Fn. 31), S. 88.

¹⁵⁴ Vgl. Art. 7 WVK (Vollmacht), BGBl. 1985, II, S. 930; siehe auch § 2 (7) UK SIA (§ 4 Fn. 110): „Der Leiter der diplomatischen Vertretung eines Staates im Vereinigten Königreich oder die Person, die zur Zeit dessen Aufgaben wahrnimmt, gilt als bevollmächtigt, sich im Namen dieses Staates bezüglich jeglichen gerichtlichen Verfahren der britischen Gerichtsbarkeit zu unterwerfen; und jede Person, die im Namen und mit Vollmacht eines Staates einen Vertrag geschlossen hat, gilt als bevollmächtigt, sich im Namen dieses Staates bezüglich aller aus dem Vertrag entstehender gerichtlicher Verfahren der britischen Gerichtsbarkeit zu unterwerfen“. Dieser Regelung entsprechen § 4 VI Pakistan State Immunity Ordinance (§ 4, Fn. 14) und § 3 VI USA FSIA (§ 4, Fn. 95).

rig. Von dieser Regel gibt es nur eine Ausnahme: wenn der Kompetenzmangel eines Staatsorgans zur Eingehung gewisser Verträge allgemein bekannt ist oder die andere Partei ihn vor Vertragsabschluß kannte, so entstehen keine Rechtsverpflichtungen aus völkerrechtlichem Delikt. Die tatsächliche Kenntnis oder zu vertretende Unkenntnis der anderen Vertragspartei schließt die Annahme eines Verstoßes gegen Treu und Glauben aus¹⁵⁵.

Fragen der fehlenden Vertretungsbefugnis und der Einhaltung öffentlich-rechtlicher Vorschriften über Form, Zuständigkeit und Verfahren sind gesondert nach dem Recht des Konzessionsgebers anzuknüpfen. Lediglich die sich aus etwaigen Verstößen ergebenden Rechtsfolgen für den Vertrag unterliegen der *lex contractus*¹⁵⁶. Ist das Recht des Konzessionsgebers Vertragsrecht, sind die von ihm ausgesprochenen Folgen eines Rechtsverstoßes bei Vertragsschluß auf den Vertrag anwendbar. Führt der Rechtsverstoß zur Nichtigkeit des Vertrags, muß diese hingenommen werden und es ist zweifelhaft, ob sich in solchen Fällen aus seinem Recht ein Entschädigungsanspruch aus *culpa in contrahendo* herleiten ließe¹⁵⁷. Auch eine zusätzliche Anwendung des Völkerrechts würde nicht unbedingt weiterhelfen. Denn es ist nach dem *proper law* nie ein Vertragsanspruch und damit nie eine Eigentumsposition entstanden¹⁵⁸. Das Völkerrecht kann zwar für seine Zwecke den Eigentumsbegriff selbst bestimmen, ebenso wie die Frage des Bestehens einer Staatsangehörigkeit vom Völkerrecht abweichend vom nationalen Recht beurteilt werden kann¹⁵⁹. Dies wäre jedoch im einzelnen erst nachzuweisen und eine Begründung hierfür dürfte angesichts der grundsätzlichen Unterwerfung des Vertrags unter die Rechtsordnung des Konzessionsgebers nur schwer möglich sein.

¹⁵⁵ Vgl. dazu *Lalive P./Gaillard, E.*, Clunet 116 (2) (1989), 905–963: teleologische Reduktion des Art. 177 Abs. II Schweiz. IPR-G, wenn der private Vertragspartner von einschlägigen innerstaatlichen Einschränkungen der subjektiven Schiedsfähigkeit des Staates und seiner juristischen Personen des öffentlichen Rechts Kenntnis erlangt hat oder hätte erlangen müssen.

¹⁵⁶ Vgl. dazu oben § 5, Fn. 22 und unter § 5, C. II. 2.

¹⁵⁷ *Jacquet, J.-M.*, Clunet 116 (1989–II), 621–690 (668, 674); *Mayer, P.*, Clunet 113 (1986–I), 5–78 (57, 59); *ders.*, RdC 127 (1989–V), 319–454 (448); *Regli, J.-P.*, S. 43; *Vedel, G.*, Rev. arb 1961, S. 117–130 (124); vgl. auch Conseil d'Etat, Avis du 6. März 1986 (Eurodisneyland), Section des Travaux Publics No. 339710, E.D.C.E. 1987, S. 178; a.A. *Barberis, J.*, RdC 179 (1983–I), 145–304 (192); *Oppetit, B.*, Clunet 111 (1984), 37–57 (51); *Peter, W.*, Arbitration and Renegotiation..., S. 273; *Synvet, Y.*, Rev. arb 1993, 281: unter bestimmten Umständen sei die Schiedsklausel wirksam.

¹⁵⁸ *Mann, F.-A.*, State Contracts and State Responsibility, AJIL 54 (1960), 572–591 (580).

¹⁵⁹ *Jennings, R. Y.*, State Contracts in International Law, BYIL 37 (1961), 156–182 (162 ff.).

Bei einer Anwendbarkeit der allgemeinen Rechtsgrundsätze als *proper law* ist die Rechtslage kaum anders zu beurteilen. Auch hier wird in der Regel eine sich aus dem Recht des Konzessionsgebers ergebende Unwirksamkeit zu beachten sein. Dafür sprechen die schon oben bei der Schiedsfähigkeit angesprochenen verfassungsrechtlichen Gesichtspunkte¹⁶⁰. Die innere Ordnung des Konzessionsgebers ist grundsätzlich zu respektieren, das Völkerrecht weist jedem Staat die Entscheidung selbst zu, ob und wie er sich am internationalen Wirtschaftsverkehr beteiligen will¹⁶¹. Eine ursprüngliche Gültigkeit des Vertrages nach dem staatlichen öffentlichen Recht ist deshalb notwendig¹⁶².

Auch der Grundsatz von Treu und Glauben in Form des *venire contra factum proprium* bzw. des *estoppel* nach *common law* ändert hieran nichts¹⁶³. Die Bedeutung des *estoppel* gerade im internationalen Wirtschaftsrecht ist erst jüngst in einem *ICSID*-Schiedsspruch betont worden¹⁶⁴. Nach der Rechtsprechung etwa des BGH können jedoch öffentlich-rechtliche Zuständigkeitsregeln nicht unter Berufung auf Treu und Glauben außer Acht gelassen werden¹⁶⁵. Nach der englischen Rechtsprechung kann zwar auch die Krone aufgrund von *estoppel* gebunden sein. Dies gilt jedoch dann nicht, wenn der Vertrag „*ultra vires*“ nicht nur für den vertragsschließenden Beamten, sondern auch für das gesamte „*department*“ bzw. die Körperschaft war¹⁶⁶. Denn öffentliche Stellen werden nicht nur für sich, sondern auch im Interesse der Allgemeinheit tätig. Verfassungsrechtliche Vorgaben berühren außerdem nicht bloß das Interesse der handelnden Stelle, sondern auch des ganzen Volkes¹⁶⁷. Das Argument, der Staat könne sich über vorgesehene gesetzliche Beschränkungen hinwegsetzen¹⁶⁸, ist deshalb unzutreffend. Man wird allenfalls dann, wenn alle erforderlichen Zustimmungsakte

¹⁶⁰ Vgl. oben, unter § 5, Fn. 21 ff.

¹⁶¹ Gramlich, L., S. 380 ff.

¹⁶² Cattani, H., The Law of Oil Concessions ..., S. 115 ff.

¹⁶³ Kahn, P., Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international, Clunet 116 (1986–I), 305–327 (323); Mayer, P., Clunet 113 (1986–I), 5–78 (58); ders., RdC 127 (1986–V), 319–454 (450); a.A. Pazarci, H., RGDI 79 (1975), 354–421 (409).

¹⁶⁴ Amco Asia v. Indonesia, Teilspruch zur Gerichtsbarkeit vom 25. September 1983, ILM 23 (1984), 351, 381 = Clunet 1131 (1) (1986), 200–252; dazu Gaillard, E., Rev. arb 1985, 241–258; so auch Fatouros, A.A., Government Guarantees ..., S. 253 ff.; Hirsch, M., S. 54.

¹⁶⁵ BGHZ 47, 30, 39; 92, 164, 175.

¹⁶⁶ Islington Vestry v. Hornsey UDC [1990] 1 Ch. 685; Rhyll U.D.C. v. Rhyll Amusements, Ltd. [1959] 1 All E.R. 257 Ch.D.

¹⁶⁷ Mayer, P., Clunet 113 (1986–I), 5–78 (59); ders., RdC 217 (1989–V), 319–454 (450); der allerdings für Akte der Regierung im Gegensatz zu Akten der Verwaltung eine unbedingte Bindung annimmt.

¹⁶⁸ Böckstiegel, K.-H., Der Staat ..., S. 102.

vorliegen, jedoch an einem unwesentlichen Formfehler leiden, *estoppel*-Grundsätze anwenden können¹⁶⁹.

Der Schutz des Konzessionärs kann deshalb nur über die Anwendung der Grundsätze der *culpa in contrahendo* erfolgen¹⁷⁰. Allerdings wird man bei ihrer Anwendung Zurückhaltung zu üben haben. Der Schutzzweck der öffentlich-rechtlichen Norm, welche den Vertrag unwirksam macht, darf nicht auf dem Umweg über einen Schadensersatzanspruch zunichte gemacht werden. Es ist stets streng zu prüfen, ob der Konzessionär nicht von der tatsächlichen Rechtslage zumutbarerweise – insbesondere angesichts des erheblichen Umfangs des Projekts – Kenntnis erlangen konnte¹⁷¹ und ob die vertragsschließende staatliche Stelle wirklich eine derartige Stellung innehatte, daß der Konzessionär ohne weiteres von deren Befugnis zum Vertragsschluß ausgehen konnte. Sind im Vertrag öffentlich-rechtliche Regelungen, etwa steuerrechtlicher Art, enthalten, die von der allgemeinen Gesetzgebung des Konzessionsgebers abweichen, wird der Konzessionär, sofern der Vertrag nicht in Gesetzform ratifiziert wurde, zu prüfen haben, unter welchen Bedingungen nach dem Recht des Konzessionsgebers Ausnahmeregelungen möglich sind, welche in der Normenhierarchie unterhalb der Gesetzesebene angesiedelt sind.

Ein treuwidriges, zum Schadensersatz verpflichtendes Verhalten des Konzessionsgebers wird allerdings dann anzunehmen sein, wenn dieser in Kenntnis der Ungültigkeit des Vertrages den Konzessionär erhebliche Aufwendungen tätigen läßt. Diese Aufwendungen bilden einen Vertrauens- und nicht nur einen Nichterfüllungsschaden. Bei einem andauernden Vertrag wird außerdem an eine Bestätigung der ursprünglichen unwirksamen Ver-

¹⁶⁹ So die Tendenz des BGH, der unter Berufung auf § 242 BGB dann auch Gemeinden keine Berufung auf Formfehler gestattet, BGHZ 21, 59, 65. Ähnlich auch die Erwägungen im Framatome-Schiedsspruch (§ 5, Fn. 120), Clunet 111 (1984), 64 ff.

¹⁷⁰ Vgl. dazu BGHZ 6, 330, 333; 92, 164, 175; Conseil d'Etat, Société des Huileries de Chauny et Comptoir auxiliaire d'Huileries, Rec. C.E. 1964, 245 ff.

¹⁷¹ Zur Informationspflicht über etwaige innerstaatliche Beschränkungen siehe: ICC-Schiedssprüche Nr. 3327/1981, Clunet 109 (1982), 971; Nr. 3896/1982 Clunet 113 (1983), 914 (Framatome-Schiedsspruch) mit Anmerkung *Jarvin, S.*; Nr. 4381/1986, Clunet 113 (1986), 1102; Schiedsspruch vom 14. April 1986, Atlantic Triton c. République de Guinée, berichtet nach *Kahn, P.*, Clunet 116 (1989-I), 305–327 (320); ICSID-Schiedsspruch Klöckner v. Kamerun vom 3. Mai 1985, Clunet 114 (1987), 163; ICSID-Schiedsspruch vom 20. Mai 1992, S.P.P. v. Arab Republic of Egypt, ILM 32 (1993), 933; *Jacquet, J.-M.*, Clunet 116 (1989-II), 621–690 (671, 675); *Lalive, P.*, Rev. arb 1986, 329–373 (345); *Lankarani-El Zein, L.*, Quelques remarques sur la sentence S.P.P. c. la République Arabe d'Egypte, RBDI 27 (2) (1994), 533–558 (545); *Markert, T.*, S. 174; *Mayer, P.*, Clunet 113 (1986-I), 5–78 (57); *ders.*, RdC 127 (1989-V), 319–454 (449); *Oppetit, B.*, Clunet 111 (1984), 37–57 (51); *Rubino-Sammartano, M.*, International Arbitration Law, S. 174.

einbarung zu denken sein¹⁷². Der unbefriedigende Verweis des Konzessionärs auf Schadensersatzansprüche aus *culpa in contrahendo* wird deshalb die Ausnahme sein.

4. Ergebnis zu der Beachtlichkeit der Beschränkungen der subjektiven Schiedsfähigkeit des Staates und der juristischen Personen des öffentlichen Rechts

Die Praxis tendiert heute dazu, Vorschriften nationalen Rechts, welche einem Staat den Abschluß von Schiedsverträgen ganz oder zum Teil untersagen, grundsätzlich unbeachtet zu lassen. Dies gilt jedenfalls in Verträgen des internationalen Handels und gegenüber gutgläubigen Vertragspartnern¹⁷³. Unklarheit herrscht hingegen darüber, wie sich Mängel auswirken, welche die Vollmacht der handelnden Person zum Abschluß eines Schiedsvertrages betreffen¹⁷⁴. Eine sachgerechte Lösung des Problems enthält der Vorschlag, wonach ein Staat an einen Schiedsvertrag, den ein vollmachtsloser Vertreter für ihn geschlossen hat, jedenfalls dann gebunden ist, wenn der Staat den Rechtsschein einer Bevollmächtigung hervorgerufen hat und wenn mit der Ausführung des Hauptvertrages begonnen worden ist¹⁷⁵.

5. Zusammenfassung

Es besteht demnach eine weltweit verbreitete Tendenz, in internationalen Fällen öffentlich-rechtliche Körperschaften an einer einmal von ihnen unterschriebenen Schiedsklausel festzuhalten, selbst wenn sie oder die handelnden Organe nach ihrem nationalen Recht nicht fähig waren, sich an die schiedsrichterliche Streiterledigung zu binden. Zunehmend werden dabei die legitime Erwartung des anderen Vertragsteils auf Vertrauensschutz oder allgemeine Gutgläubenserwägungen ins Feld geführt. Diese Art der Argumentation täuscht jedoch die Existenz einer dem Heimatrecht des beteiligten Staates übergeordnete Rechtsregel vor¹⁷⁶. Sofern der fragliche Staat nicht auf der Ebene des Völkerrechts gebunden ist, kann es sich immer nur

¹⁷² So die Annahme im *Framatome v. AEOI-Fall* (§ 5, Fn. 120), *Clunet* 111 (1984), 67; *Pazarci, H.*, *RGDIP* 79 (1975), 354–421(409).

¹⁷³ Vgl. dazu oben, unter § 5, C. II. 2.

¹⁷⁴ Vgl. dazu oben, unter § 5, C. II. 3.

¹⁷⁵ *Fox, H.*, in *Lew, J. D. M.* (ed.), *Contemporary Problems...*, S. 323–331 (331); *Jacquet, J.-M.*, *Clunet* 116 (1989–II), 621–690 (674); *Mayer, R.*, *Clunet* 113 (1986–I), 5–78 (60, 61); *ders.*, *RdC* 217 (1989–V), 319–454 (448, 450); *Paulsson, I.*, 2 *Arb. Int* (1986), 90–103 (98); *Reymond, C.*, *Rev. arb* 1985, 517–542 (534); in Anlehnung an Art. 46 *WVK* (§ 5, Fn. 108); so auch *Regli, J.-P.*, S. 43.

¹⁷⁶ So in der Tat *Paulsson, I.*, 2 *Arb. Int* (1986), 90–103 (90); *Reymond, C.*, *Rev. arb* 1985, 517–542 (534).

darum handeln, ihm vorzuhalten, daß er in seiner eigenen Rechtsordnung universell anerkannte Grundsätze des Vertrauensschutzes nicht verschmäht. Nicht in jedem Fall eines unbefugten Handels eines Organwalters kommt man aber damit zur Verbindlichkeit des Schiedsvertrags. Schon gleich gar nicht ist es ein taugliches Argument, das oberste Executivorgan eines Staates habe den Schiedsvertrag unterzeichnet.

Fragen der subjektiven Schiedsfähigkeit der Vertragsparteien und der objektiven Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes betreffen die Organisation des staatlichen Vertragspartners und sind nach seinem Heimatsrecht zu beurteilen. Mängel in der Vertretungsmacht des handelnden Staatsorgans oder in der Einhaltung von Zuständigkeits- Form- oder Verfahrensvorschriften führen daher stets zur Unwirksamkeit des Schiedsvertrags. Die sich aus etwaigen Verstößen ergebenden Rechtsfolgen für den Vertrag könnten gegebenenfalls eine Staatshaftung nach völkerrechtlichen Grundsätzen auslösen.

D. Bindung des Staates an eine Schiedsvereinbarung, die lediglich eines seiner Unternehmen unterzeichnet hat

Die Parteifähigkeit des Staates ist zu unterscheiden von der Frage, ob der Staat, obwohl nur ein Staatsunternehmen die Schiedsvereinbarung unterzeichnet hat, Partei des Schiedsvertrags geworden ist. Dies wird man jedenfalls dann annehmen müssen, wenn das Staatsunternehmen, unabhängig von seiner Qualifikation als juristische Person nach nationalem Recht, unzweifelhaft als Agent oder Vertreter der Regierung gehandelt hat¹⁷⁷. Ansonsten sind strenge Maßstäbe anzulegen, die nicht unbedingt mit Durchgriffsgrundsätzen bei der Beurteilung materieller Haftungsfragen übereinstimmen müssen; der Abschluß einer Vorvereinbarung durch den Staat oder die Zeichnung des die Schiedsklausel enthaltenden Vertrages durch den aufsichtsführenden Minister reichen dafür ebensowenig aus, wie die teilweise finanzielle Ausstattung des Staatsunternehmens durch den Staat und die enge Kontrolle durch Regierungsorgane¹⁷⁸.

¹⁷⁷ ICC-Schiedsspruch im Verfahren Nr. 3572/1982, Deutsche Schachtbau und Tiefbohrgesellschaft mbH und al. v. The Government of the State of R'as Al Khaimal and Rakoil, YCA XIV (1989), 111; *ad hoc* Schiedsspruch vom 5. Februar 1988, Wintershall AG et al v. The Government of Qatar, ILM 28 (1989), 795; für den umgekehrten Fall (Bindung des Staatsunternehmens in ein gegen den Staat eingeleitetes Schiedsverfahren) siehe: Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 16. Juni 1988, Société Swiss Oil c. Société Petrograb et République du Gabon, Rev. arb 1989, 309–327 mit Anmerkung Jarrosson, C. = ILM 29 (1990), 562 mit Anmerkung Delaume, G.

¹⁷⁸ Wetco Entscheidung des BGH in SchwJIntR 1981, 446 ff.; ICC-Schiedsspruch Nr. 2138/1974, Clunet 102 (1975), 934 mit Anmerkung Derains, Y.; Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 25. Januar 1972, Rev. arb 1973, 158, mit Anmerkung

Im folgenden Abschnitt wird anhand von drei grundlegenden Schiedssprüchen auf die Frage eingegangen, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen der Staat an eine Schiedsabrede gebunden ist, wenngleich nicht er selbst, sondern eines seiner Staatsunternehmen den Schiedsvertrag abgeschlossen hat.

**I. *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. (S.P.P)*
v. *The Arab Republic of Egypt and The Egyptian General
Organisation for Tourism and Hotels (EGOTH)***

Am 23. September 1974 schlossen *Southern Pacific Properties Ltd. (S.P.P.)*, eine Gesellschaft mit Sitz in Hong Kong, der Staat Ägypten und die *Egyptian General Organisation for Tourism and Hotels (EGOTH)*, ein rechtlich verselbständiger ägyptischer Staatsbetrieb, einen Vertrag über den Bau eines Hotelkomplexes in Ägypten direkt neben den berühmten Königspyramiden. Dieses Abkommen (*Heads of Agreement*) sah keinen Streit-schlichtungsmechanismus vor. Nach weniger als drei Monaten später schlossen am 12. Dezember 1974 *S.P.P.* und *EGOTH* einen zusätzlichen *joint venture* Vertrag ab, der eine Schiedsklausel vor einem Schiedsgericht der *IntHK-Paris* enthielt. Der zuständige ägyptische Touristikminister unterzeichnete diesen Vertrag im Anschluß an die Worte „*approved, agreed and ratified*“. Infolge heftiger politischer Reaktionen gegen das Projekt stellte die Regierung von Ägypten das ganze Vorhaben ein. *S.P.P.* forderte dann von ihr Schadensersatz wegen Vertragsbruchs vor einem *IntHK-Schiedsgericht*. Im Schiedsverfahren wendete Ägypten ein, die Schiedsvereinbarung sei für sie gar nicht bindend geworden. Die Unterzeichnung des *joint venture* Vertrages durch den aufsichtsführenden Touristikminister sei nur als eine Bestätigung der Vertretungsmacht von *EGOTH* zum wirksamen Abschluß einer Schiedsabrede zu verstehen; sie bedeutete hingegen keinesfalls eine Bindung des souveränen Staates selbst an das Schiedsverfahren.

Fouchard, P.; contra Cass. comm., Entscheidung vom 16 Mai 1972, Rev. arb 1972, 62; Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 18. März 1983, Rev. arb 1983, 491, mit Anmerkung Robert, J.; Cour d'Appel der Paris, Entscheidungen vom 13. November 1980 und 10. Februar 1981, Rev. arb 1982, 283, mit Anmerkung Lepoittevin, P.; Interlocutory Award in Oil Field of Texas Inc. v. The Islamic Republic of Iran et al, Award No ITL 10- 43- FT vom 9. Dezember 1982, Decision by the Full Tribunal 1 Iran – US C.T.R. S. 347; Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 30. November 1988, Société Korsnas Marma c. Société Durand-Auzias und Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 14. Februar 1989, Société Ofer Brothers c. The Tokyo Marine and Fire Insurance Co Ltd. et autres, Rev. arb 1989, 681–709, mit Anmerkung Tschanz, P.-Y.

Die Schiedsrichter wiesen diese Einwendung zurück und betrachteten den ägyptischen Staat als Partei des Schiedsverfahrens¹⁷⁹. Ägypten setzte dann ein Verfahren gegen *S.P.P.* vor den französischen Gerichten in Gang. Der *IntHK*-Schiedsspruch wurde für ungültig erklärt. Das Schiedsgericht habe nach Ansicht der französischen *Cour d'Appel de Paris* zu Unrecht den beteiligten Staat als Partei des Schiedsverfahrens angesehen¹⁸⁰. Die Revision gegen das Urteil wurde abgelehnt¹⁸¹. Den Akt der Unterzeichnung des *joint venture* Vertrages durch den Minister hat die französische *Cour de Cassation* lediglich als Ausübung von Aufsichtsbefugnissen gegenüber dem Staatsbetrieb gedeutet und die Aufhebung des Schiedsspruches, der auf Verurteilung auch des Staates selbst lautete, bestätigt¹⁸².

II. *Westland Helicopters Ltd. v. The Arab Organisation for Industrialization (AOI), United Arab Emirates, Saudi Arabia, Qatar, Egypt and the Arab British Helicopter Company (ABH)*

Im *Westland Helicopter*-Fall, der *cause célèbre* unter den Schiedssprüchen gegen nicht ausdrücklich unterworfenen Staaten, hatte am 27. Februar 1978 die britische Gesellschaft *Westland Helicopters Ltd.* mit der 1975 von Ägypten, den Vereinigten Arabischen Emiraten, Saudi Arabien und Qatar

¹⁷⁹ ICC-Schiedsspruch Nr. 3493 vom 16. Februar 1983, ILM 22 (1983), 752–784, anerkannt durch District Court of Amsterdam, Entscheidung vom 12. Juli 1984, *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. The Arab Republic of Egypt*, ILM 24 (1985), 1040 = YCA X (1985), 400 = Rev. arb 1986, 87; das Exequatur wurde von den englischen Gerichten durch die Entscheidungen des High Court of Justice (Commercial Court) vom 19. März 1983 und des Court of Appeal gleichen Datums YCA X (1985), 504 wegen Vollstreckungsimmunität abgelehnt; vgl. dazu *Cahier, P.*, in *Lew, J. D. M.* (ed.), *Contemporary Problems ...*, S. 241–249 (243); *Delaume, G.*, in *Law and Practice of Transnational Contracts*, S. 368; *Jacquet, J.-M.*, Clunet 116 (2) (1989–II), 621–690 (676); *Lalive, P.*, in *Lew, J. D. M.* (ed.), *Contemporary Problems ...*, S. 289–297 (292); *Leboulanger, P.*, *Etat, politique et arbitrage – L'affaire du Plateau des Pyramides*, Rev. arb 1986, 3–28; *ders.*, *Groupes d'Etat(s) et arbitrage*, Rev. arb 1989, 415–443 (417).

¹⁸⁰ *Cour d'Appel de Paris*, Entscheidung vom 12. Juli 1984, *Arab Republic of Egypt v. Southern Pacific Properties Ltd. et al*, ILM 23 (1984), 1048 = Clunet 112 (1985), 130 mit Anmerkung *Goldman, B.* = YCA X (1985), 113 = Rev. arb 1986, 75.

¹⁸¹ *Cour cass.*, Entscheidung vom 6 Januar 1987, Clunet 114 (1987), 638 mit Anmerkung *Goldman, G.* = Rev. arb 1987, 469 mit Anmerkung *Leboulanger, P.*

¹⁸² Der *IntHK*-Schiedsspruch wurde durch den *ICSID*-Schiedsspruch vom 20. Mai 1992, *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ILM 32 (1993), 933 = YCA XIX (1994), 51–104 bestätigt; vgl. dazu *Delaume, G.*, *L'affaire du Plateau des Pyramides et le CIRDI. Considérations sur le droit applicable*, Rev. arb 1994, 39–67; *Lankarani El-Zein, L.*, RBDI 27 (2) (1994), 533–558; *Rambaud, P.*, *L'affaire „des Pyramides“: suite et fin*, AFDI 39 (1993), 567–576.

gegründeten *Arab Organisation for Industrialization (AOI)* ein Abkommen (*Shareholder Agreement*) abgeschlossen, in welchem die gemeinsame Produktion von Hubschraubern vereinbart worden war. Der Vertrag sah die Errichtung einer Aktiengesellschaft (*Joint Stock Company*) mit dem Namen „*The Arab British Helicopters Company*“ (*ABH*) vor und enthielt eine Schiedsabrede nach schweizerischem Recht. Nachdem die Mitgliedstaaten der Organisation mit Ausnahme Ägyptens deren Auflösung und Liquidation beschlossen hatten, strengte *Westland* das den Regeln der *IntHK-Paris* unterliegende Schiedsverfahren auch gegen die Mitgliedsstaaten an¹⁸³. Das Schiedsgericht nahm in analoger Anwendung gesellschaftlicher Grundsätze eine gesamtschuldrechtliche Haftung aller Beteiligten an und setzte sich mit einem Zwischenspruch gegen die Mitgliedsstaaten auch verfahrensrechtlich über die rechtliche Verselbständigung von *AOI* hinweg¹⁸⁴.

Der Kritik an diesem Schiedsspruch¹⁸⁵ wird man zumindest zugeben müssen, daß eine zulässige Unterwerfung unter die schiedsgerichtliche Kompetenz einerseits und ein möglicher Haftungsdurchgriff nicht unbedingt synchron laufen. In beiden Fällen läßt das völkerrechtliche Interventionsverbot es nur unter bestimmten Voraussetzungen zu, daß die Zwischenschaltung einer Einheit mit eigener Rechtspersönlichkeit nach dem innerstaatlichen Recht des betroffenen Staates außer Acht gelassen wird¹⁸⁶. Diese Voraussetzungen sind bei der Erstreckung schiedsgerichtlicher Kompetenz auf einen ursprünglich nicht direkt beteiligten Staat besonders eng zu fassen; jedenfalls kann der mögliche Haftungsdurchgriff allein die fehlende Unterwerfungserklärung nicht ersetzen. Am ehesten wird man eine solche Erstreckung bei einem klaren Rechtsmißbrauch durch innerstaatliche Einwirkung auf die Rechtspersönlichkeit des ursprünglichen Vertragspartners oder dessen Vermögen begründen können. Selbst in diesem Fall bleibt aber immer noch das Bedenken, daß der Rechtsmißbrauchsgedanke grundsätz-

¹⁸³ ICC-Schiedsspruch Nr. 3879 vom 5. März 1984, ILM 23 (1984), 1071–1089 = Clunet 112 (1985), 232, vgl. dazu *Cahier, P.*, in *Lew, J. D. M.* (ed.), *Contemporary Problems ...*, S. 241–249 (243); *Delaume, G.*, in *Law and Practice of Transnational Contracts*, S. 369; *Lalive, P.*, in *Lew, J. D. M.* (ed.), *Contemporary Problems ...*, S. 289–297 (291).

¹⁸⁴ „*Equity, in common with the principles of international law, allows for the corporate veil to be lifted, in order to protect third parties against an abuse which would be to their detriment*“, Schiedsspruch in ILM 23 (1983), 1071, S. 32 des Schiedsspruches; bestätigt durch BG Entscheidung vom 24. September 1986, Rev. arb 1987, 205 mit Anmerkung *Budin, R.*; vgl. dazu *Leboulanger, P.*, Rev. arb 1989, 415–443 (430).

¹⁸⁵ *Cahier, P.*, in *Lew, J. D. M.* (ed.), *Contemporary Problems ...*, S. 241–249 (243): „*A trend by arbitrators to extend their jurisdiction to parties not formally privy to the contract*“; hiergegen wiederum *Lalive, P.*, in *Lew, J. D. M.* (ed.), *Contemporary Problems ...*, S. 289–297 (290).

¹⁸⁶ Zum Haftungsdurchgriff vgl. AG Bonn, NJW 1988, S.1393.

lich nur der Inanspruchnahme bestimmter Rechtsposition entgegenwirkt und darüber hinaus keine Kompetenzverschiebungen trägt. Zu Recht wurde deshalb der Schiedsspruch später durch Entscheidung des Genfer Kantongerichts auf Antrag Ägyptens, AOI und ABH wegen des Fehlens einer wirksamen Unterwerfung unter die schiedsgerichtliche Gerichtsbarkeit teilweise aufgehoben¹⁸⁷. Diese Aufhebung wurde vom schweizerischen Bundesgericht durch Entscheidung vom 19. Juli 1988¹⁸⁸ bestätigt.

III. *Société de Grands Travaux de Marseille (S.G.T.M.)*

c. *East Pakistan Industrial Development Corporation (E.P.I.D.C.)*

Die eigene Rechtspersönlichkeit eines Staatsunternehmens oder einer anderen vom Staat beherrschten Organisationseinheit, die Partei einer Schiedsvereinbarung ist, kann zwar den dahinterstehenden Staat von der „Jurisdiktion“ des Schiedsgerichts abschotten. Wenn aber der Staat ein solches verselbständiges Unternehmen durch Hoheitsakt auflöst oder seines Vermögenssubstrates entkleidet, dann liegt es nahe, an eine Erstreckung der schiedsgerichtlichen Zuständigkeit auf den bislang formell unbeteiligten Staat selbst zu denken. In einer derartigen Aushöhlung der Schiedsvereinbarung durch den Staat dürfte aus völkerrechtlichen Sicht regelmäßig der diskriminierende Zugriff auf fremdenrechtlich geschützte Interessen der privaten Vertragspartei und die mißbräuchliche Ausübung nationaler Regelungshoheit liegen¹⁸⁹.

Dem *Société de Grands Travaux de Marseille*-Fall lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Das französische Unternehmen *Société de Grands Travaux de Marseille (S.G.T.M.)* hatte 1965 mit dem ostpakistanischen Staatsunternehmen *East*

¹⁸⁷ Genfer Kantongericht, Entscheidung vom 3. November 1987, The Arab Organisation for Industrialisation (AOI), The Arab British Helicopters Company (ABH) and The Arab Republic of Egypt v. Westland Helicopters Ltd., United Arab Emirates, Saudi Arabia and Qatar, berichtet nach *Leboulanger, P.*, Rev. arb. 1989, 415–443 (434)= YCA XX (1995), 238.

¹⁸⁸ YCA XVI (1991), 175–182; vgl. dazu *Leboulanger, P.*, Rev. arb. 1989, 415–443 (437); durch Endurteil eines ICC-Schiedsgerichts vom 28. Juni 1993 [YCA XX (1995), 238] wurde Westland Schadensersatz zugesprochen. Dieser Spruch wurde am 29. Oktober 1993 vom District Court of the Southern District of New York [YCA XX (1995), 922–924] für vollstreckbar erklärt. Auf gerichtliche Verfügung des englischen High Court am 9. Juli 1993 hin wurde die Einleitung eines Exekutionsverfahrens von den englischen Gerichten genehmigt [berichtet in YCA XX (1995), 238]. Einspruch gegen diese Verfügung wurde abgelehnt [High Court, Entscheidung vom 21. Juli 1994, Westland Helicopters Ltd. v. The Arab Organisation for Industrialisation (AOI), YCA XX (1995), 237–267].

¹⁸⁹ Hierzu etwa *Böckstiegel, K.-H.*, Arbitration and State Enterprises, S. 45 ff.

Pakistan Industrial Development Corporation (E.P.I.D.C.) einen Vertrag über den Bau einer Erdgaspipeline in Ostpakistan geschlossen. Der Vertrag enthielt eine Schiedsklausel. Nachdem es 1969 zu Streitigkeiten gekommen war, benannten die Parteien übereinstimmend einen Einzelschiedsrichter. Das Schiedsverfahren sollte in Genf durchgeführt werden. Noch während des Verfahrens spaltete sich Ostpakistan im Jahre 1971 von Pakistan ab und wurde zum unabhängigen Staat Bangladesh. In der Folgezeit verfügte der Präsident von Bangladesh durch mehrere Erlasse, daß *E.P.I.D.C.* aufgelöst wurde und daß alle ihre Aktiva auf die neugegründete *Bangladesh Industrial Development Corporation (B.I.D.C.)* übergingen. Verbindlichkeiten sollten vom *B.I.D.C.* jedoch nur übernommen werden, soweit diese unstreitig seien. Weiterhin erklärte der Präsident, daß von *B.I.D.C.* bzw. *E.P.I.D.C.* getroffene Schiedsabreden als ungültig angesehen würden. Schließlich wurde dann auch die neugegründete Gesellschaft sicherheitshalber aufgelöst. Ihre Aktiva gingen auf die Regierung über.

S.G.T.M. ersuchte trotzdem den Einzelschiedsrichter, die Schiedsbeklagte *E.P.I.D.C.* durch das Unternehmen *B.I.D.C.* sowie die Regierung von Bangladesh, beide als Rechtsnachfolger von *E.P.I.D.C.* zu ersetzen. In dem nach den Verfahrensregeln der *IntHK*-Paris und dem Genfer Kantongericht durchgeführten Schiedsverfahren gab der Schiedsrichter dem Ersuchen auch im Hinblick auf die Regierung von Bangladesh statt¹⁹⁰. Die Maßnahmen der Regierung seien völkerrechtswidrig. Der Schiedsrichter gelangte im Sinne einer völkerrechtskonformen Reduktion des Heimatrechts der aufgelösten Gesellschaften zu einer Universalsukzession des Staates und erstreckte die Schiedsvereinbarung auf den Staat selbst. Das schweizerische Bundesgericht¹⁹¹ sah demgegenüber in dem Schiedsspruch eine Kompetenzüberschreitung. Nach Ansicht des Gerichts hätte der Anwendbarkeit des Rechts von Bangladesh als Personalstatut der Staatsunternehmen trotz des diskriminierenden Charakters der staatlichen Liquidationsmaßnahmen nicht der *ordre public* entgegengesetzt werden dürfen.

Diese etwas dürftig begründete Entscheidung hat schroffe Kritik hervorgerufen¹⁹². Das schweizerische Bundesgericht hat es hierbei versäumt zu prüfen, ob ein entschädigungsloser Entzug einer prozessualen Position wie

¹⁹⁰ ICC-Schiedsspruch Nr. 1803/1972, YCA V (1980), S. 177; hierzu *Schwebel*, S. M., Three Salient Problems, S. 47.

¹⁹¹ BGE 102 ATF Ia 574, Entscheidung vom 5. Mai 1976, SchwJIR 34 (1978), S. 387 = YCA V (1980), 179 ff.; hierzu *Delaume*, G., AJIL 75 (1981), 784–819 (789 ff.); *ders.*, in Law and Practice of Transnational Contracts, S. 371; *Herdegen*, M., RIW 35 (1989), 329–337 (330); *Lalive*, P., Jurisprudence suisse de droit international privé, SchwJIntR 34 (1978), S. 392 ff.

¹⁹² *Böckstiegel*, K.-H., Arbitration and State Enterprises, S. 45 ff. m. w. Nach.; *Delaume*, G., AJIL 75 (1981), 784–819 (789): „In fact it's truly a horror-case“; *ders.*, in Law and Practice of Transnational Contracts, S. 372; *Herdegen*, M., RIW 35

eine entschädigungslose Enteignung völkerrechtswidrig ist und deswegen unberücksichtigt bleiben muß. Es wäre wenig verwunderlich, wenn private Investoren infolge dieser Judikatur Streitigkeiten einer nationalen Rechtsordnung unterbreiten, welche auf kollisionsrechtlicher Ebene die Berücksichtigung völkerrechtlicher Ordnungsgrundsätze in stärkerem Maße sicherstellt.

IV. Zusammenfassung

Bei Schiedsvereinbarungen mit einem ausländischen Staatsunternehmen mag dem privaten Vertragspartner daran gelegen sein, den fremden Staat selbst zusätzlich als Partei an die Schiedsklausel zu binden und der Kognitionsbefugnis des Schiedsgerichts zu unterwerfen. An die Unzweideutigkeit einer ausdrücklichen Unterwerfungserklärung des Staates wird man dann besonders strenge Maßstäbe anzulegen haben¹⁹³. Denn mit einer solchen Schiedsvereinbarung sind regelmäßig Einschränkungen der staatlichen Regelungsgewalt verbunden. Unklarheiten gehen zu Lasten desjenigen, der sich auf die Schiedsklausel beruft.

Die Bindung des Staates an eine Schiedsvereinbarung, die nicht er selbst sondern einer seiner Betriebe unterzeichnet hat, ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn durch die innerstaatliche Einwirkung auf die Rechtspersönlichkeit oder das Vermögen des Staatsunternehmens zu einem eindeutigen Rechtsmißbrauch kommt. Fragen der fehlenden Völkerrechtskonformität eines derartigen Eingriffs und der Unbeachtlichkeit von entschädigungslosen Entzügen vermögensrechtlicher Rechtspositionen ausländischer Vertragspartner unter Anwendung der Theorie des funktionellen Durchgriffs auf den dahinter stehenden Staat sind jedoch nicht mit der Frage der Erstreckung der Schiedsvereinbarung auf den unbeteiligten Staat zu vermi-

(1989), 329–337 (330); von Hoffmann, B., in Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, S. 35–70 (55); Lalive, P., SchJIntR 34 (1978), 397.

¹⁹³ Vgl. auch Art. 7 der Santiago de Compostela Resolution des *Institut de Droit International*, RabelsZ 54 (1990), 160–169 (164) = Rev. arb 1990, 931–936 (934) = YCA XVI (1991), 233–239 (238): „L'accord d'une entreprise d'état à un arbitrage n'implique pas par lui-même que l'Etat consent à être partie à cet arbitrage“; IC-SID-Schiedsspruch Amco Asia et al. v. The Republic of Indonesia, ILM 23 (1984), Clunet 114 (1987), 200: „The agreement to arbitration is not to be construed restrictively, nor as a matter of fact, broadly or liberally. It is to be construed in a way which leads to find out and to respect the common will of the parties ...“ [§ 14 (1) des Schiedsspruchs]; so auch im ICSID-Schiedsspruch vom 25. Februar 1988, Société Ouest-Africaine des Bétons Industriels (SOABI) v. The Republic of Senegal, YCA XVII (1992), 42–72, (52); vgl. auch Jacquet, J.-M., Clunet 116 (1989–II) (2), 621–690 (677): „Principe de l'interprétation stricte des clauses compromissoires, lorsque celles-ci sont opposées à un Etat“; Lalive, P., Rev. arb 1980, 341–372 (347).

schen. Dies bestätigt die Rechtsprechung nationaler Gerichte, welche eine wirksame Unterwerfung des Staates unter die schiedsgerichtliche Kompetenz mißbilligten, solange nicht er selbst den Schiedsvertrag abgeschlossen hat.

Bei Verträgen mit ausländischen Staatsunternehmen wird im Hinblick auf die erstrebte Einbeziehung des fremden Staates selbst nicht immer mit der erforderlichen Präzision bei der Formulierung zu Werke gegangen, wobei Vertrauen auf schiedsrichterlichen Interventionismus ebenso mitschwingen mag wie die fehlende Einigung in der Sache. An ähnlichen Formulierungshürden straucheln manche Investoren bei der Abfassung von Klauseln, die gegen gesetzgeberische Eingriffe des Staates in vertragliche Rechtspositionen schützen sollen¹⁹⁴.

¹⁹⁴ Zu diesen sogenannten Stabilisierungsklauseln siehe unten, unter § 9, B.

§ 6 Das auf das Schiedsverfahren anwendbare Recht

A. Mögliche Anknüpfungspunkte

Während bei den Schiedsrichtern Einigkeit darüber besteht, daß sich ein Staat und seine juristischen Personen des öffentlichen Rechts nicht auf interne Beschränkungen ihrer subjektiven Schiedsfähigkeit berufen können, um die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts zu bestreiten, läßt sich keinerlei Übereinstimmung hinsichtlich des auf das Schiedsverfahren anwendbaren Rechts feststellen¹. Dies ist nicht überraschend. Findet der staatliche Richter in seinen eigenen Kollisionsnormen immer einen festen Ausgangspunkt vor, von dem aus die Bestimmung des anwendbaren Verfahrensrechts vorgenommen werden kann, so fehlt ein solcher für einen Schiedsrichter. Es gibt derzeit kein überstaatliches Kollisionsrecht, aufgrund dessen ein internationaler Schiedsrichter in der Lage wäre, das auf das Schiedsverfahren anwendbare Recht zu bestimmen. Das Schiedsgericht hat keine *lex fori*².

Aus diesem Mangel folgt, daß ein Schiedsgericht nicht zwangsläufig an eine bestimmte Rechtsordnung gebunden ist³. Es kann zwar dem Recht des

¹ Zu den in der Schiedsgerichtspraxis und in der Lehre in diesem Zusammenhang geäußerten Ansichten vgl. unten, unter § 6, B.

² Vgl. dazu Böckstiegel, K.-H., Der Staat ..., S. 93, 94; ders., in Festschrift für Beitzke, 1979, S. 443–458 (446); Carabiber, Ch., S. 90 ff.; Catranis, A., RIW 28 (1982), 19–27 (23); Fouchard, P., Arbitrage commercial international, S. 533 ff.; Gentinetta, J., Die *lex fori* internationaler Schiedsgerichte, Bern 1973, S. 83 ff., 192 ff.; Goldmann, B., RdC 109 (1963–II), 347–483 (443); Gruss, H.-J., ZaöRV 39 (1979), 782–806 (787); von Hoffmann, B., Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, Die Bestimmung des maßgeblichen Rechts, Frankfurt a/M 1970, S. 57; Loquin, E., Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage internationale, Clunet 110 (1983), 292–345; Maniruzzaman, A. F. M., International Commercial Arbitration: The Conflict of Laws Issues in Determining the Applicable Substantive Law in the Context of Investment Agreements, NILR 40 (1993), 201–237 (215), m.w.Nach.; von Mehren, A., To What Extent is International Commercial Arbitration Autonomous? in: Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman, 1982, S. 217–227; Schlosser, P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 209, 726, m.w.Nach.; Stoll, J., S. 83; ICC-Schiedsverfahren Nr. 1512/1971, Clunet 101 (1974), 907 und 911; so auch im Aminoil-Schiedsverfahren, (§ 1, Fn. 30), The Government's Memorial (December 1980), Pleadings, Bk. 5, §§ 3.39–3.42, S. 67–69, berichtet bei Maniruzzaman, A. F. M. *ibid.*

Staates an seinem Sitz folgen. Die Anwendung der *lex fori* ist aber nur eine der möglichen Lösungen. Oft hat ein internationaler Schiedsrichter den Sitz des Schiedsgerichts selbst festzulegen. Die Anwendung der *lex causae* ist wiederum nicht unbedingt geboten. Die ist erst noch zu bestimmen und in den nationalen Rechten ist anerkannt, daß das auf den Vertrag und das auf das Schiedsverfahren anwendbare Recht verschieden sein können⁴.

Einfacher ist allerdings die Situation für institutionelle Schiedsrichter. Wählen die Parteien eine institutionelle Schiedsgerichtsorganisation, so wird das Verfahren nach deren Schiedsordnung durchgeführt⁵. Die Verfahrensregeln können recht flexibel sein und die Wahl des anwendbaren Rechts den Parteien, oder bei fehlender Parteivereinbarung den Schiedsrichtern überlassen. Bei nationalen Schiedsinstitutionen ist meist auch das staatliche Verfahrensrecht am Sitz des Schiedsgerichts anwendbar⁶. Die wichtigste Eigenart der von der *IntHK*-Paris organisierten Schiedsverfahren besteht demgegenüber darin, daß sie nicht nach dem Vorbild der anderen europäischen Schiedsgerichtsorganisationen Schiedsverfahren nur an ihrem Sitz nach dem dort geltenden Recht durchführt. Vielmehr haben es die Parteien und, subsidiär, der Schiedsgerichtshof in der Hand, in jedem Einzelfall den

³ a. A. *Sandrock, O.*, Welche Verfahrensregeln hat ein Internationales Schiedsgericht zu befolgen? in Festschrift für Ottoarnd Glossner, Heidelberg 1994, S. 281–309 (303). Nach seiner Ansicht existiere zumindest im deutschen internationalen Verfahrensrecht eine – rechtspolitisch wohlbegründete – Kollisionsregel, die vorschreibe, daß internationale Schiedsgerichte ihren Verfahren im Prinzip die Normen ihrer *lex fori* zugrunde zu legen hätten, wobei sich die *lex fori* nach dem Ort ihres formalen Sitzes bestimme.

⁴ Siehe etwa die Entscheidung des House of Lords im Falle *James Miller & Partner v. Whitworth Street Estates* [1970] 1 All E.R. 796; High Court, *Queen's Bench Division*, Entscheidung vom 22. Dezember 1992, *Union of India v. Mc Donnell Douglas Corporation*, [1993] 3 Lloyd's Rep. 48 ff. = YCA XIX (1994), 235–239; vgl. auch *Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 257 ff.

⁵ Art. 15 der neuen *IntHK*-Schiedsordnung in Kraft seit dem 1. Januar 1998, ILM 36 (1997), 1604–1619 = YCA XXII (1997), 345–369; vgl. dazu *Habscheid, W. J.*, Die sogenannte Schiedsgerichtsbarkeit der *Internationalen Handelskammer*. Zur neuen Fassung (ab 1.1.1998) ihrer Schiedsgerichtsordnung, RIW 44 (1998), 421–425; *Koch, Ch.*, Die neue Schiedsgerichtsordnung der *Internationalen Handelskammer*, RIW 45 (1999), 105–108; *Lionnet, K.*, ICC Rules of Arbitration 1998, Beilage 13 zu BB Heft 37/1997, S. 15–18; Art. 1 Abs. 2 *UNCITRAL*-Schiedsordnung, (§ 4, Fn. 215); § 1 der Schiedsgerichtsordnung der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (*DIS*), in Kraft seit 1. Juli 1998, in YCA XXIII (1998), 288–306; Art. 1 der Arbitration Rules der American Arbitration Association, i.d.F. vom 1. April 1997, YCA XXII (1997), 303–319; ausdrücklich auch Art. IV Abs. I lit. a *EU* [Der Text des Artikels ist unten, unter § 6, B. III. 1. und 2.) wiedergegeben].

⁶ BGHZ 55, 162; 52, 184 (187); LG Berlin, KTS 1966, 182 ff.; RGZ 116, 194; RG JW 1928, 1223; *Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 243, m. w. Nach.; *Schwab, K.-H./Walter, G.*, S. 458.

Ort des Schiedsverfahrens festzulegen⁷. *ICSID*-Schiedsgerichte⁸ sowie das *Iran-U.S. Claim Tribunal*⁹ beruhen auf besonderen völkerrechtlichen Abkommen und verfügen über ihre eigene abschließende Verfahrensordnung, welche die Anwendung nationalen Rechts ausschließt.

Größere Schwierigkeiten gibt es hingegen für ein *ad-hoc* Schiedsgericht. Die Lage wird dadurch kompliziert, daß als Quelle des anwendbaren Verfahrensrechts nicht nur nationale Rechtsordnungen in Frage kommen, sondern im *Aramco*¹⁰- und *Texaco*-Schiedsspruch¹¹ das Schiedsverfahren als völkerrechtlich angesehen und im *Aminoil*-Schiedsspruch in erster Linie auf Grundsätze der transnationalen Schiedsgerichtsbarkeit und erst hilfsweise auf das Recht am Sitz des Schiedsgerichts zurückgegriffen wurde¹². Im *Liamco*-Verfahren¹³ ließ Schiedsrichter *Mahmassani* die Frage der Natur des Schiedsverfahrens offen¹⁴, wenngleich er die Wirksamkeit der Schiedsklausel nach völkerrechtlichen Grundsätzen bestimmte und auf das Schiedsverfahren den Entwurf eines Vertrages über das Schiedsverfahren der *International Law Commission* der Vereinten Nationen von 1958 anwandte. Schiedsrichter *Lagergren* betrachtete dagegen im *BP*-Verfahren sein Schiedsverfahren als dänisches¹⁵. Auch im *Alsing*¹⁶-, *Sapphire*¹⁷- und *Elf*

⁷ So auch für die Schiedsverfahren vor dem Arbitration Institute der Stockholm Chamber of Commerce, berichtet bei *Söderlund, Ch.*, Verfahrensfragen im Rahmen der Internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Beilage 13 zu BB Heft 37/1997, S. 18–24 (19); zur Frage, welchem Recht ein von der *IntHK* betreutes Schiedsverfahren untersteht: vgl. unten, § 6, unter B. III. 1. und 4.).

⁸ Vgl. dazu § 2, B. III. 2. f). Art. 44 *WBÜ* lautet: „Jedes Schiedsverfahren wird gemäß diesem Abschnitt und, sofern die Parteien nichts anderes vereinbaren, gemäß der Schiedsordnung geführt, die im Zeitpunkt der Zustimmung der Parteien zum Schiedsverfahren gilt. Ergibt sich eine Verfahrensfrage, die weder in diesem Abschnitt noch in der Schiedsordnung noch in einer anderen von den Parteien angenommenen Regelung behandelt ist, so wird sie vom Gericht entschieden“.

⁹ Rechtsgrundlagen abgedruckt in YCA VII (1982), 255 ff. Umfangreiche Bibliographie in YCA XIV (1989), 466; vgl. auch *Rensmann, T.*, S. 147 ff.

¹⁰ ILR 27 (1963), 117–233 (155) = RCDIP 52 (1963), 272–363 (305); zum Schiedsspruch siehe unten, unter § 6, B. I. 1.

¹¹ ILM 17 (1978), 1–37 (9 Abs. 16) = ILR 53 (1979), 389–512 (433); zum Schiedsspruch siehe unten, unter § 6, B. I. 2.

¹² ILM 21 (1982), 976–1053 (999); so auch im *ad-hoc* Schiedsspruch im Fall *Saudi Arabian Hotel Company v. Insurance Company of a European Country*, Entscheidung vom 30. Januar 1984 (*Mahsoun Behjat Jalal*, Einzelrichter), in YCA X (1985), 39 ff.

¹³ Rev. arb 1980, 132–191 (137, 144, 147) = ILM 20 (1981), 1–87 (42) = ILR 62 (1982), 140–236 (180).

¹⁴ Zu den unterschiedlichen Deutungen in der Literatur über die Ausführungen des Einzelschiedsrichters *Mahmassani* zum anwendbaren Verfahrensrecht vgl. *Rensmann, T.*, S. 133.

¹⁵ ILR 53 (1979), 297–388 (309 ff.); zum Schiedsspruch siehe unten, unter § 6, B. II. 4. c).

Aquitaine-Verfahren¹⁸ wurde das Recht des Staates am Sitz des Schiedsgerichts angewandt.

Der Unterschied erschöpfte sich allerdings nicht nur in der Wahl verschiedener Rechtsordnungen. Im *Aramco*-Schiedsspruch postulierte das Schiedsgericht die notwendige Verankerung von Schiedsverfahren zwischen einem Staat und einer Privatperson im Völkerrecht¹⁹, während im *Sapphire*-Schiedsspruch davon ausgegangen wurde, daß die Wahl des Sitzes des Schiedsgerichts mit der Anwendung des am Sitz geltenden Verfahrensrechts übereinstimmen muß²⁰. Demgegenüber sahen sich die Schiedsrichter in den Verfahren *BP*, *Liamco*, *Elf Aquitaine* und *Aminoil* grundsätzlich frei, eine Schiedsordnung zu bestimmen, soweit sie von den Parteien nicht bereits festgelegt war²¹.

Aufgabe dieses Paragraphen soll es daher sein, auf die in der Schiedsgerichtspraxis und in der Lehre vertretenen Ansichten zum anwendbaren Schiedsverfahrensrecht einzugehen (B.). Zunächst geht es um die Frage, ob es ein zwingend vorgegebenes Verfahrensrecht für Streitigkeiten aus Konzessionsverträgen gibt. Als solches kämen lediglich das Völkerrecht (B. I.) und das Recht des Staates am Sitz des Schiedsgerichts (B. II.) in Betracht. Die zwingende Anwendung beider Rechtsordnungen wird anhand von Normen internationaler Abkommen und autonomer Rechte (B. III. 1.) und unter Bezugnahme auf die Rechtspraxis (B. III. 3.) verneint. Im weiteren Vorgehen werden die Kriterien für die Bestimmung des anwendbaren Verfahrensrechts herausgearbeitet (C.). Schließlich muß auf die Theorie von

¹⁶ ILR 23 (1956), 633–658 (639); zum Schiedsspruch siehe unten, unter § 6, B. II. 4. a).

¹⁷ ILR 35 (1967), 136–192 (168); zum Schiedsspruch siehe unten, unter § 6, B. II. 4. b).

¹⁸ *Elf Aquitaine* (Iran) c. National Iranian Oil Company (NIOC), Schiedsspruch vom 14. Januar 1982, Rev. arb 1984, 401–421 (französische Übersetzung). Auszüge aus dem englischen Original, YCA XI (1986), 97–105.

¹⁹ Schiedsspruch, ILR 27 (1963), 117–233 (155): „*Considering the jurisdictional immunity of foreign states, recognized by international law in a spirit of respect for the essential dignity of sovereign power, the tribunal is unable to hold that arbitral proceedings to which a sovereign state is a party could be subject to the law of another state ...*“ [Hervorhebung von der Verfasserin].

²⁰ Schiedsspruch, ILR 35 (1967), 136–192 (169): „... *The arbitration should be governed by a law of procedure and it should be subject to the supervision of a state authority, such as the judicial sovereignty of a state ...*“ [Hervorhebung von der Verfasserin].

²¹ Deutlich Schiedsrichter *Mahmassani* im *Liamco*-Schiedsspruch, Rev. arb 1980, 136–192 (147): „*Selon un principe admis en droit international, les règles de procédure arbitrale doivent être déterminées par l'accord des parties, ou à défaut d'un tel accord, par décision du Tribunal arbitral, et ce indépendamment de la loi locale du siège de l'arbitrage*“ [Hervorhebung von der Verfasserin].

anationalen Schiedssprüchen hingewiesen werden (*D.*). Im Ergebnis wird gezeigt, daß Zweckmäßigkeitsgründe in der Regel für die Zuordnung von Schiedssprüchen zu einer nationalen Rechtsordnung sprechen, um das Risiko der geringeren Vollstreckbarkeitschancen eines in einem anationalen Verfahrensrecht verankerten Schiedsspruches zu vermeiden.

B. Zwingende Anwendung eines bestimmten Rechts

I. Anwendung des Völkerrechts

1. Das *Aramco*-Schiedsverfahren

Streitgegenstand des *Aramco*-Schiedsverfahrens²² war ein Konzessionsvertrag zwischen Saudi Arabien und der kalifornischen Gesellschaft *Aramco*. Als Sitz des Schiedsgerichts hatten die Parteien Genf festgelegt. Sie hatten keine ausdrückliche Rechtswahl hinsichtlich des Rechtes getroffen, welches das Schiedsverfahren beherrschen sollte (*Schiedsverfahrensstatut, lex arbitri*²³), sondern das Schiedsgericht ermächtigt, das anwendbare Verfahrensrecht zu bestimmen²⁴.

Bei der Festlegung des Schiedsverfahrensstatuts verneinte das Schiedsgericht zunächst die Anwendbarkeit der Heimatsrechte der Schiedsparteien²⁵. Mit der Wahl eines neutralen Sitzes hätten die Parteien die Anwendung saudi-arabischen Rechts ausschließen wollen²⁶. Amerikanisches Recht müsse ausscheiden „*not only because the seat of the Tribunal is not in the United States, but also because of the principle of complete equality of the Parties in the proceedings before the arbitrators*“²⁷. Wegen des Grundsatzes der Staatenimmunität könne auch das am Sitz des Schiedsgerichts gel-

²² Saudi Arabia v. *Aramco*, ILR 27 (1963), 117–233 = RCDIP 52 (1963), 272–363; vgl. zum Schiedsspruch: *Bettems, D.*, RdNr. 72; *Bishop, D. R.*, YCA XXIII (1998), 1131–2010 (1144); *Broches, A.*, Settlement of Disputes Arising out of Investment in Developing Countries, in *Broches, A.* (ed.), Selected Essays ..., S. 458–467 (460); *Delaume, G.*, IntL 17 (1983), 687–698 (689); *ders.*, in Law and Practice of Transnational Contracts, S. 379; *El-Kosheri, A.*, RdC 147 (1975–IV), 219–393 (315); *Leboulanger, P.*, Les contrats entre Etats ..., S. 269; *Redfern, A.*, The Arbitration Between the Government of Kuwait and Aminoil, BYIL 55 (1984), 65–110 (80); *Regli, J.-P.*, S. 58; *Rensmann, T.*, S. 123 ff.; *White, R.*, ICLQ 30 (1981), 1–19 (7).

²³ Dieser Begriff wurde von *Mann, F.-A.*, *Lex facit arbitrum*, Liber Amicorum für Martin Domke 1967, S. 157–183 geprägt.

²⁴ Die Schiedsvereinbarung ist in ILR 27 (1963), 229 abgedruckt.

²⁵ ILR 27 (1963), 117–233 (154).

²⁶ ILR 27 (1963), 117–233 (154).

²⁷ ILR 27 (1963), 117–233 (156).

tende Genfer Recht nicht zur Anwendung gelangen²⁸. Das Prinzip „*par in parem non habet jurisdictionem*“ verbiete es, einen souveränen Staat dem Verfahrensrecht eines anderen Staates zu unterwerfen. Außerdem schließe dasselbe Prinzip die Möglichkeit aus, daß der Sitzstaat oder ein anderer Staat das Recht zur Überwachung und Kontrolle des Schiedsverfahrens ausübe²⁹. Scheide somit die Anwendung nationalen Rechts aus, so bleibe nur noch der Rückgriff auf das Völkerrecht³⁰.

Das *Aramco*-Schiedsgericht behandelt daher Schiedsverfahren zwischen Staaten und ausländischen Privatunternehmen wie zwischenstaatliche Schiedsverfahren. Kategorisch wird festgestellt, daß solche „gemischte“ Schiedsverfahren nicht vom Recht eines anderen Staates beherrscht werden können, sondern direkt („*ex lege*“) dem Völkerrecht unterstehen³¹. Diese Überlegungen sind schon zum damaligen Zeitpunkt ganz überwiegend auf Kritik gestoßen³². Mittlerweile sind die Argumente des Schiedsrichters *Sauser-Hall* von der Rechtsentwicklung überholt worden. Denn nach heute nahezu einhelliger Staatenpraxis gilt in Schiedsverfahren zwischen Staaten und ausländischen Privaten der Abschluß eines Schiedsvertrages als Immunitätsverzicht im Hinblick auf die Kontroll- und Hilfsfunktionen des Sitzstaates oder des Staates, dessen Recht das Schiedsverfahren unterstellt worden ist³³.

²⁸ Schiedsspruch, ILR 27 (1963), 117–233 (155): „*The jurisdictional immunity of the states (the principle par in parem non habet jurisdictionem) excludes the possibility, for the juridical authorities of the country of the seat of exercising their right of supervision and interference in the arbitral proceedings which they have in certain cases ...*“.

²⁹ Schiedsspruch, ILR 27 (1963), 117–233 (155): „... *Any interference by the latter state would constitute an infringement of the prerogatives of the state which is a party to the arbitration ...*“.

³⁰ Schiedsspruch, ILR 27 (1963), 117–233 (156): „*It follows that the arbitration, as such, can only be governed by international law ...*“.

³¹ Schiedsspruch, ILR 27 (1963), 117–233 (156): „*The arbitration tribunal ... is directly subject to public international law as a result of the jurisdictional immunity of States ...*“ [Hervorhebung von der Verfasserin].

³² *Batiffol, H.*, Le droit international privé et la sentence *Aramco*, RCDIP 53 (1964), 647–662, weist auf den Widerspruch hin, einerseits der privaten Partei jede völkerrechtliche Persönlichkeit zum Abschluß eines internationalen Vertrages abzusprechen und auf der anderen Seite, ihr das Recht einzuräumen, ein internationales Gericht anrufen zu können, (662); *Lalive, P.*, Aspects procéduraux de l'arbitrage entre un Etat et un investisseur étranger dans la Convention du 18 Mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, in *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées*, 1969, S. 125–126; Nachweise auch bei *Leboulanger, P.*, Contrats entre Etats ..., S. 269.

³³ Vgl. ausführlich dazu oben, unter § 4, C. I. 1.

Die These des *Aramco*-Schiedsgerichts, daß ein zwischen einem Staat und einem ausländischen Privatunternehmen vereinbartes Schiedsverfahren wegen des Grundsatzes der Staatenimmunität wie ein zwischenstaatliches Schiedsverfahren direkt dem Völkerrecht untersteht, ist durch die nachfolgende Staatenpraxis widerlegt. Das moderne Recht der Staatenimmunität geht vielmehr von der Verankerung „gemischter“ Schiedsverfahren im Recht des Sitzstaates (oder eines anderen von den Parteien gewählten Rechtes) aus³⁴. Denn die Deutung der Schiedsvereinbarung als Immunitätsausschluß beruht auf der Annahme, daß die staatliche Verfahrenspartei durch die Unterwerfung unter ein „gemischtes“ Schiedsverfahren stillschweigend auf die Immunität gegenüber typischerweise mit einem Schiedsverfahren verbundenen staatlichen Hilfs- und Kontrollmaßnahmen verzichtet hat³⁵.

Durch die staatliche Überwachung sollen darüber hinaus der Verfahrensablauf auf seine Ordnungsmäßigkeit hin kontrolliert und die Einhaltung fundamentaler Prozeßgarantien durch das Schiedsgericht gewährleistet werden. Wünschen sich die Parteien eine geringere Einmischung staatlicher Gerichte, dann haben sie es an der Hand, für das Schiedsverfahren einen Sitz mit sehr liberalen Regeln für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit, wie etwa in Frankreich oder Belgien zu wählen³⁶. Ob dabei die so gewählten staatlichen Gerichte darauf verzichten, auf ihr nationales Recht und dessen Verfahrensregeln zurückzugreifen, ist ohnehin ungewiß³⁷. Der bloße Wunsch der Vermeidung staatlicher Eingriffe reicht im übrigen nicht aus, um einem Schiedsgericht einen völkerrechtlichen Charakter zu verleihen. Völkerrechtliche Schiedsgerichte beruhen auf zwischenstaatlichen Verträgen und ein Schiedsgericht kann sich nicht aus eigener Machtvollkommenheit zum Völkerrechtsorgan machen. Sein völkerrechtlicher Charakter wäre erst noch zu belegen. Daß Verträge zwischen Staat und einer Privatperson unmittelbar dem Völkerrecht unterstellt werden können, ist immer noch lebhaft umstritten³⁸. Schiedsrichter *Dupuy* ordnete im *Texaco*-Schiedsverfahren

³⁴ Vgl. dazu unten, unter § 6, B. II. 5. und III. 1. und 2.

³⁵ Allerdings nicht unbedingt gegenüber einer späteren Vollstreckung des Schiedsspruchs. Siehe z.B. Art. 55 *WBÜ*, wonach die Regeln über die staatliche Immunität vom Übereinkommen unberührt bleiben; vgl. dazu § 2, B. III. 2. f) und § 4, C. I. 1.

³⁶ Zur Lockerung der Kontrolle durch die staatlichen Gerichte im Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren von Schiedssprüchen in diesen Rechten vgl. unten, unter § 6, D. I. 2. b) und c).

³⁷ So unterliegen sowohl „nationale“ als auch „internationale“ Schiedsverfahren aus der Perspektive dieser Rechtsordnungen jeweils dem inländischen Recht. Für das französische Recht folgt dies aus Art. 1504 i. V.m. 1502 *ncpc*; vgl. auch Art. 1 Abs. 2 *UNCITRAL*-Modellgesetz; Art. 176 Abs. 1 Schw. IPR-G; ausführlich dazu unten, unter § 6, C. I. 1. c).

³⁸ Vgl. dazu ausführlich unten, unter § 7.

den gesamten Vertrag und damit auch die Schiedsvereinbarung dem Völkerrecht zu und nahm folgerichtig ein völkerrechtliches Schiedsverfahren an³⁹. Schließt man dagegen eine völkerrechtliche Zuordnung von Konzessionsverträgen aus, so kann auch das Schiedsgericht kaum völkerrechtlichen Charakter haben, zumal die zu behandelnden Rechtsfragen nicht völkerrechtlich sein werden.

2. Das *Texaco*-Schiedsverfahren

a) *Historischer Hintergrund*

In drei Schiedssprüchen⁴⁰, die über die Rechtmäßigkeit der Verstaatlichung der Erdölindustrie in Libyen Anfang der siebziger Jahre zu befinden hatten, wurde die Kontroverse um die Möglichkeit der Verankerung von Schiedsverfahren zwischen einem Staat und einer Privatperson im Völkerrecht nochmals aufgegriffen.

Der tatsächliche Hintergrund der Schiedsverfahren stimmte im wesentlichen überein. In allen drei Fällen ging es um die Verstaatlichung von Rechtspositionen, die Libyen amerikanischen und britischen Unternehmen in Konzessionen zur Erdölausbeutung gewährt hatte. Die Konzessionsverträge enthielten identische Schiedsklauseln, die auf dem Mustervertrag zum libyschen Erdölgesetz (*Petroleum Law*) aus den Jahren 1955 und 1965 beruhten⁴¹. Die von der Verstaatlichung betroffenen Unternehmen *BP*, *TOPCO/California Asiatic Oil Co.* und *Liamco* leiteten jeweils das in der Schiedsklausel vorgesehene Schiedsverfahren ein. Libyen weigerte sich in sämtlichen Fällen an der Konstituierung des Schiedsgerichts sowie am weiteren Verfahren teilzunehmen. Aufgrund einer entsprechenden Ermächtigung in der Schiedsvereinbarung ernannte der Präsident des *Internationalen Gerichtshofs (IGH)* im *TOPCO-Fall René-Jean Dupuy*, im *BP-Fall Gunnar Lagergren* und im *Liamco-Fall Sobhi Mahmassani* als Einzelschiedsrichter. Die Parteien hatten in keinem der drei Schiedsverfahren eine ausdrückliche

³⁹ Vgl. dazu unten, unter § 6, B. I. 2.

⁴⁰ *BP Exploration Company (Libya) Ltd. v. Government of the Libyan Arab Republic*, Entscheidung vom 10. Oktober 1973, (*Lagergren*, Einzelschiedsrichter), ILR 53 (1979), 297–388 = YCA V (1980), 143–167 = Rev. arb 1980, 117–131; *Texaco Overseas Petroleum Company/California Asiatic Oil Company v. Government of the Libyan Arab Republic*, Entscheidung vom 19. Januar 1977, (*Dupuy*, Einzelschiedsrichter), ILR 53 (1979), 389–512 = YCA IV (1979), 177–187 = ILM 17 (1978), 1–37; *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic*, Entscheidung vom 12. April 1977, (*Mahmassani*, Einzelschiedsrichter), ILR 62 (1982), 140–236 = ILM 20 (1981), 1–87 = Rev. arb 1980, 132–191.

⁴¹ Die Schiedsklauseln ist abgedruckt in: ILR 53 (1979), 302.

Rechtswahl im Hinblick auf das Verfahrensrecht getroffen, sondern die Schiedsrichter ermächtigt, sowohl die Verfahrensregeln als auch den Sitz des Schiedsgerichts zu bestimmen.

b) Die Erkenntnisse des Einzelschiedsrichters Dupuy

Schiedsrichter Dupuy legte in den von ihm vorab erlassenen Verfahrensregeln Genf als Sitz des Schiedsgerichts fest⁴². Bei der Bestimmung des Schiedsverfahrensrechts schloß er sich im Ergebnis der *Aramco*-Lösung an und unterstellte das Schiedsverfahren direkt dem Völkerrecht⁴³. Dupuy war zwar der Ansicht, daß sich die Argumentation des *Aramco*-Schiedsspruches in vollem Umfang auf den *Texaco*-Fall übertragen lasse⁴⁴, begründete die Anwendbarkeit des Völkerrechts aber zusätzlich mit einer entsprechenden (stillschweigenden) Rechtswahl der Parteien.

Zunächst betonte er die Bedeutung der Parteiautonomie für die Bestimmung des anwendbaren Verfahrensrechts⁴⁵. Er kam zu dem Ergebnis, daß die Schiedsparteien das Verfahren jeglichem nationalem Recht entziehen wollten. Da aber ein Schiedsverfahren nicht in einem Rechtsvakuum existieren könne, müsse es also vom Völkerrecht beherrscht werden⁴⁶. Indizien für den Willen der Parteien zur Unterstellung des Verfahrens unter das Völkerrecht seien:

- (1) Die Klausel, daß der Einzelschiedsrichter durch den Präsidenten des *Internationalen Gerichtshofs (IGH)* ernannt werden sollte⁴⁷;
- (2) Die Tatsache, daß die Schiedsparteien nicht gegen die von Dupuy vorab festgelegten Verfahrensregeln protestiert hätten, in denen es hieß: „... *the arbitration shall be governed by the Rules of Procedure to the exclusion of the local law* ...“⁴⁸;

⁴² ILM 17 (1978), 1–37 (6); vgl. zum Schiedsspruch: *Bettems, D.*, RdNr. 73; *Bishop, D. R.*, YCA XVIII (1998), 1131–2010 (1144); *Broches, A.*, Settlement of Disputes Arising Out of Investment in Developing Countries, in *Broches, A.* (ed.), Selected Essays ..., S. 458–467 (460); *Delaume, G.*, IntL 17 (1983), 687–698 (689); *ders.*, in Law and Practice of Transnational Contracts, S. 379; *Leboulanger, P.*, Les contrats entre Etats ..., S. 269; *Paulsson, J.*, Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin, ICLQ 30 (1981), 358–387 (378); *Redfern, A.*, BYIL 55 (1984), 65–110 (81); *Rensmann, T.*, S. 131 ff.; *White, R.*, ICLQ 30 (1981), 1–19 (7).

⁴³ ILM 17 (1978), 1–37 (8, Ziff. 13) = ILR 53 (1979), 389–512 (433).

⁴⁴ ILM 17 (1978), 1–37 (8, Ziff. 13 a.E).

⁴⁵ ILM 17 (1978), 1–37 (7, Ziff. 11): „*The parties themselves are entitled freely to choose the law of procedure applicable to the arbitration* ...“.

⁴⁶ ILM 17 (1978), 1–37 (9, Ziff. 16).

⁴⁷ ILM 17 (1978), 1–37 (8, Ziff. 14).

⁴⁸ ILM 17 (1978), 1–37 (9, Ziff. 15).

- (3) Die Tatsache, daß der Schiedsrichter nach den „*Rules of Procedure*“ die Kompetenz habe, die Verfahrensregeln zu modifizieren und zu ergänzen, da diese Gestaltungsfreiheit typisches Merkmal völkerrechtlicher Schiedsverfahren sei⁴⁹.

Gegen die Anwendbarkeit des Völkerrechts spreche auch nicht die *Sapphire*-Entscheidung⁵⁰, in der von der Unterwerfung des Verfahrens unter das Sitzrecht ausgegangen war. Das im *Sapphire*-Schiedsspruch ausschlaggebende Argument der einfacheren Vollstreckbarkeit eines im nationalen Recht verankerten Schiedsspruches könne im *TOPCO*-Fall nicht durchgreifen, da es bei dem von *Dupuy* zu entschiedenen Schiedsverfahren nach dem Willen der Parteien um „*an arbitration on matters of principle*“ handele. Erwägungen zur Vollstreckbarkeit fielen daher nicht in seine Entscheidungskompetenz⁵¹. Im übrigen könne der *Sapphire*-Schiedsspruch nicht auf den *TOPCO*-Fall übertragen werden, weil Vertragspartner des privaten Unternehmens dort nicht ein souveräner Staat, sondern ein davon zu unterscheidendes Staatsunternehmen gewesen sei⁵².

Sofern Schiedsrichter *Dupuy* bei der Unterwerfung des Schiedsverfahrens unter das Völkerrecht auf das Immunitätsargument des *Aramco*-Schiedsgerichts abstellt, kann auf die bereits geäußerte Kritik verwiesen werden⁵³. Ihm gelingt es also ebenfalls nicht, überzeugend nachzuweisen, daß Schiedsverfahren zwischen einem Staat und einem Privatunternehmen *ex lege* dem Völkerrecht unterstehen. *Dupuy* begründet die völkerrechtliche Verankerung des Schiedsverfahrens allerdings in einem zweiten Argumenta-

⁴⁹ Ebenda. *Dupuy* verweist auf Art. 21 der Rules of Arbitration and Conciliation for the Settlement of International Disputes Between Two Parties One of Which Only is a State, die 1962 vom Ständigen Schiedsgerichtshof ausgearbeitet worden sind [vgl. dazu oben, unter § 2, Fn. 20; die revidierten Schiedsregeln in der Fassung vom 6. Juli 1993 sind in YCA XIX (1994), 388–361 abgedruckt] sowie auf Art. 13 Abs. 2 der *ILC Draft Convention on Arbitral Procedure* [Der Text des Konventionsentwurfs findet sich in YbILC 1953 II, S. 201, 208 ff. sowie U.N. Doc. A/CN.4/92 (1955), Commentary on the Draft Convention on Arbitral Procedure].

⁵⁰ Vgl. dazu unten, unter § 6, B. II. 4. b).

⁵¹ ILM 17 (1978), 1–37 (7, Ziff. 12).

⁵² ILM 17 (1978), 1–37 (7 Ziff. 12). *Dupuy* stellt zu formal auf die separate Rechtspersönlichkeit der *NIOC* ab. Es bedarf vielmehr einer funktionellen Betrachtung, die berücksichtigt, ob das Staatsunternehmen als Organ des Staates gehandelt hat; vgl. Elf Aquitaine Iran v. National Iranian Oil Company, Entscheidung vom 14. Januar 1982 (B. *Gomard*, Einzelschiedsrichter), YCA XI (1986), 97–105 (104): „*A contract with a foreign oil company for the exploitation of petroleum in Iran entered into by NIOC cannot be treated differently from a contract signed by the State itself as a party with respect to the obligation under international law to respect agreements on arbitration*“; vgl. zum „funktionellen Durchgriff kraft Einflußsphäre“ oben, unter § 3, B. II. 3.

⁵³ Vgl. dazu oben, unter § 6, B. I. 1.

tionsstrang mit der verfahrensrechtlichen Parteiautonomie und sieht in dem von ihm zu entscheidenden Fall genügende Anhaltspunkte für eine stillschweigende Wahl des Völkerrechts als Verfahrensstatut. Er läßt jedoch bei der Erforschung des Parteiwillens die Auswirkungen einer völkerrechtlichen *lex arbitri* auf die Vollstreckbarkeit des Schiedsspruches außer Betracht, da die Parteien lediglich eine feststellende bzw. deklaratorische Entscheidung (*on matters of principle*) gewollt hätten⁵⁴. Dabei übersieht er aber, daß die Entscheidung „*on matters of principle*“ nur eine Vorstufe zur primär begehrten Festsetzung der Entschädigungsansprüche sein sollte. Daher hätte er bei der Bewertung der Parteiinteressen mitberücksichtigen müssen, ob ein dem Völkerrecht unterstellter Schiedsspruch leicht zu vollstrecken ist⁵⁵.

II. Anwendung des Verfahrensrechts des Staates am Sitz des Schiedsgerichts

1. Der theoretische Ansatz

Die zwingende Anknüpfung des Schiedsverfahrens an das Recht des Staates am Sitz des Schiedsgerichts wurde vor allem von *Mann* verfochten⁵⁶. Nach seiner Auffassung ist die Schiedsgerichtsbarkeit mit der Justizhoheit desjenigen Staates verbunden, dessen Verfahrensrecht anwendbar ist. Er betont damit den prozessualen oder jurisdiktionellen Charakter der Schiedsgerichtsbarkeit auf Kosten des vertraglichen. Das frühere englische Recht hatte sich dieser Theorie angeschlossen⁵⁷ und wurde lange Zeit als

⁵⁴ ILM 17 (1978), 1–37 (7, Ziff. 12).

⁵⁵ So ausdrücklich im BP-Schiedsverfahren [ILR 53 (1979), 297–388 (309)] und implizit auch im Sapphire-Fall [ILR 35 (1967), 136–192 (168)]; vgl. dazu unten, unter § 6, B. II. 4. b) und c).

⁵⁶ *Mann, F.-A.*, in *Liber Amicorum for Martin Domke* 1967, S. 157–183 (161): „*Every arbitration is a national arbitration, that is to say, subject to a specific system of national law*“; *ders.*, BYIL 42 (1967), 1–37 (6); siehe auch *Park, W. W.*, *The lex loci arbitri and International Commercial Arbitration*, ICLQ 32 (1983), 21–52; *Redfern, A.*, BYIL 55 (1984), 65–110 (85); *Sauser-Hall, G.*, *L’arbitrage en droit international privé*, AnnIDI Vol. 44 I (1952), 469 ff.; *Schlesinger, R. B./Gündisch, H.-J.*, *RabelsZ* 28 (1964), 4–46 (15); so auch Art. 1 Abs. 2 der 1957 in Amsterdam Resolution des *Institut de Droit International*, AnnIDI, Vol. 47 II (1957), 479–484 (480): „... *Ce choix [scil. le lieu où l’arbitrage doit siéger] implique qu’elles [scil. les parties] entendent soumettre l’arbitrage privé à la loi du pays de ce siège* ...“ [Hervorhebung von der Verfasserin]; zahlreiche Nachweise bei *Regli, J.-P.*, S. 55 ff.

⁵⁷ Im Verfahren *Gregg v. Raytheon* [(1980) 2 W.L.R. 905, insb. 917] zögerten *Lord Denning* und der *Court of Appeal* jedenfalls nicht, ein Schiedsverfahren der *IntHK* auf englischem Boden gemäß englischem Verfahrensrecht zu überwachen, obwohl nach der ursprünglichen Vereinbarung das Schiedsverfahrensrecht eigentlich in Genf stattfinden sollte und eine Wahl des englischen Verfahrensrechts auszuschließen war; so auch *High Court, Queen’s Bench Division*, Entscheidung vom 22.

jenes Recht betrachtet, welches der territorialistischen Konzeption von Schiedsgerichtsbarkeit am stärksten verhaftet war⁵⁸. Das neue englische Recht ist von der Theorie der zwingenden Anknüpfung des Schiedsverfahrens an das Recht des Staates am Sitz des Schiedsgerichts abgekommen⁵⁹. Art. 34 des am 31. Januar 1997 in Kraft getretenen neuen **Arbitration Act** gewährt den Parteien das Recht, das Schiedsverfahren frei auszugestalten und eine vom Sitzrecht abweichende *lex arbitri* zu wählen unter dem Vorbehalt der Beachtung zwingender gesetzlicher Vorschriften, die im *Schedule 1* im Anschluß an den 4. Abschnitt des **Arbitration Act** abschließend aufgeführt sind⁶⁰.

Dezember 1992, *Union of India v. Mc Donnell Douglas Corporation*, [1993] 3 Lloyd's Rep. 48 ff. = YCA XIX (1994), 235–239; Supreme Court of India, Entscheidung vom 7. Mai 1992, in YCA XVIII (1993), 403–414; House of Lords, Entscheidung im Falle *Channel Tunnel Group Ltd. v. Balfour Beatty Construction Ltd.* [1993] AC 334 = [1993] 1 All E.R. 664; siehe auch *Park, W. W.*, ICLQ 32 (1983), 21–52 (24); *ders.*, National Law and Commercial Justice. Safeguarding Procedural Integrity in International Arbitration, TulLR 63 (1989), 647–709 (666).

⁵⁸ Bereits unter der Geltung des früheren Rechts gab es dennoch gewichtige Stimmen zugunsten der kollisionsrechtlichen Vereinbarungsfreiheit der Parteien: *Whitworth Street Estates v. J. Miller & Partners* [1970] AC 583, 616 (per *Lord Wilberforce*); *Bulk Oil (Zug) AG v. Transania Ltd.* SA [1973] 1 Lloyd's Rep. 129 (Schiedsverfahren nach englischem Recht in Genf wurde als gänzlich unproblematisch empfunden); *Naviera Amazonica Peruana SA v. Compania Internacional de Seguros de Peru*, [1988] 1 Lloyd's Rep. 116, 120 (per *Kerr, L. J.*); Court of Appeal, Entscheidung vom 20. Mai 1993, *Star Shipping A.S. c. China National Foreign Trade Transportation Corporation (The Star Texas)*, [1993] 2 Lloyd's Rep. 445–453 = YCA XXII (1997), 815–827 („*The actual selection of the place of arbitration does not of itself give rise to an implied choice of law*“); a. A. Mann, F.-A., Schiedsrichter und Recht, in Festschrift für Werner Flume, Köln 1978, S. 593–619; *ders.* Zur Nationalität des Schiedsspruches, in Festschrift für Walter Oppenhoff, München 1985, S. 215–226; siehe auch die Argumentation von *Justice Saville* in *Union of India v. Mc Donnell Douglas* [1993] 3 Lloyd's Rep. 48, S. 50: „*English law does admit of at least the theoretical possibility that the parties are free to chose to hold their arbitration in one country but subject to the procedural laws of another, but against that is the undoubted fact that such an agreement is calculated to give rise to great difficulties and complexities*“, und die folgenden Entscheidungen von *Lord Mustill* in *The Channel Tunnel Case* [1993] 2 W.L.R. 262, 281 und *Justice Potter* in *Sumitomo Heavy Industries v. Oil and Natural Gas* [1994] 1 Lloyd's Rep. 45.

⁵⁹ Gesetz vom 17. Juni 1996, in Kraft getreten am 31. Januar 1997, Rev. arb 1997, 93–156.

⁶⁰ Art. 34 des Gesetzes enthält eine Liste der Befugnisse des Schiedsgerichts zur Regelung von Verfahrens- und Beweisfragen. Diese Befugnisse können allerdings nur dann ausgeübt werden, wenn die Parteien keine diesbezüglichen Vereinbarungen getroffen haben. Damit kommt im englischen Recht der verfahrensrechtlichen Parteiautonomie der Vorrang zu. Fehlt eine ausdrückliche oder stillschweigende Parteivereinbarung, dann obliegt es den Schiedsrichtern, die Einzelheiten des Verfahrensablaufs festzulegen; vgl. dazu *Haas, U.*, Die Reform des englischen Schiedsverfahrensrechts – Der englische Arbitration Act 1996, ZZPInt 2 (1997), 409–432 (413,

2. Kritik

Der Theorienstreit um die Rechtsnatur der Schiedsgerichtsbarkeit kann bei der Bestimmung des anwendbaren Verfahrensrechts dahingestellt bleiben⁶¹. Unabhängig davon, ob man ihren vertraglichen oder ihren verfahrensrechtlichen Charakter hervorhebt, ist ein Schiedsrichter kein Organ des Staates ist. Mit seiner Tätigkeit nimmt er keine öffentliche Aufgabe wahr, sondern trägt lediglich dem Willen der Parteien Rechnung⁶². Dies zeigt sich auch daran, daß die Parteien ihm das Mandat jederzeit wieder entziehen oder ihm die Befugnis erteilen können, als *amiable compositeur* zu entscheiden. Ein Schiedsrichter leitet somit seine Entscheidungskompetenz allein aus der Parteivereinbarung ab. Die Anknüpfung des Schiedsverfahrens an das Recht des Staates am Sitz des Schiedsgerichts ist daher nicht zwingend⁶³. Die Parteivereinbarung bildet die einzige schiedsgerichtliche „*lex fori*“. Die Parteien sind in ihrer Verfahrenseinzelausgestaltung bis hin zur Grenze des *ordre public* an die zwingenden Normen des gewählten Rechts ebenso wenig gebunden wie an diejenigen des Rechts, welches anwendbar wäre, wenn sie eine Rechtswahl unterlassen hätten. Dementsprechend greift das Recht des Schiedsortes nur subsidiär und hilfsweise zu den Parteivereinbarungen ein.

426); Maxwell, K., International Arbitration in England, in Gottwald, P. (Hrsg.), Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, S. 315–363 (320); Mustill, L.-J., La nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage de 1996: philosophie, inspiration, aspiration, Rev. arb 1997, 29–43 (39); Reymond, C., L'arbitration Act, 1996. Convergence et originalité, Rev. arb 1997, 45–68 (60); Triebel, V./Plaßmeier, H., Das neue englische Schiedsgerichtsrecht, Beilage 13 zu BB Heft 37/1997, S. 2–14; Veeder, V. V. Q. C., Rev. arb 1997, 3–27 (9); Weigand, F.-B., Das neue englische Schiedsverfahrensrecht, RIW 43 (1997), 904–911 (905).

⁶¹ David, R., S. 133 („Begriffsjurisprudenz“); Poznanski, B., The Nature and Extent of an Arbitrator's Powers in International Commercial Arbitration, JIntArb 4 (3) (1987), 71–108: „Die Handelsschiedsgerichtsbarkeit ist konsensual, weil sie auf einer Vereinbarung der Parteien beruht, ihren Streit von einer dritten Partei entscheiden zu lassen. Sie ist hoheitlich („juridicial“) insoweit, als für eine endgültige Streitentscheidung gesorgt wird, welche, wie ein Gerichtsurteil, die Möglichkeit der Vollstreckung in sich birgt ...“; Schlosser, P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 40 ff.; zahlreiche Nachweise bei Haas, U., Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer und internationaler Schiedssprüche, Berlin 1991, S. 65 ff.

⁶² David, R., S. 474: „Les juridictions arbitrales ne sont pas des juridictions quasi-étatiques, leur compétence est fondée sur l'accord intervenu entre les parties“, mit Beispielen aus der Rechtsprechung Schweizer Gerichte; Lalive, P., Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse, Rev. arb 1976, 155–185 (159); Leboulanger, P., Les contrats entre Etats ..., S. 270 ff.

⁶³ Loquin, E., Clunet 110 (1983), 292–345 (298); Schlosser, P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 458.

Als dogmatische Argumentationshilfe zur zwingenden Anwendung des Rechts am Schiedsort verweist *Mann* auf das Dulden des Staates eines Schiedsverfahrens auf seinem Boden. Das ist sicher richtig. Dasselbe gilt aber nicht nur für den Staat des festgestellten Sitzes, sondern auch für jeden Staat, in dem sich einzelne Sitzungen, Handlungen oder Rechtsakte abspielen. Wählen die Parteien einen Ort als Sitz ihres Schiedsverfahrens, so bemißt sich das gesamte Schiedsverfahrensrecht nicht notwendigerweise nach dessen geltenden Verfahrensregeln⁶⁴. Denn der Gleichlauf von Schiedsverfahrensstatut und Hilfs- bzw. Kontrollfunktionen wird auch bei Schiedsverfahren, die einem staatlichen Recht unterliegen, zunehmend durchbrochen. Einerseits werden bestimmte Unterstützungsmaßnahmen, wie z. B. Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes⁶⁵ oder Anordnungen zur Beschaffung von Beweismaterial⁶⁶, während des Verfahrens auch bei nicht-inländischen Schiedsverfahren gewährt. Andererseits sehen eine Reihe von Rechtsordnungen den fakultativen oder zwingenden Ausschluß der Aufhebungsmöglichkeiten bei internationalen Schiedsverfahren vor⁶⁷. Bei der Wahl eines geeigneten Sitzes ist jedenfalls die Bedeutung der staatlichen Intervention nicht so groß, daß deshalb das gesamte Verfahrensrecht danach ausgerichtet werden müßte. Gibt man darüber hinaus den Parteien die Möglichkeit einer materiellrechtlichen Rechtswahl hinsichtlich des anwendbaren Verfahrensrechts⁶⁸, dann besteht zudem keinerlei Grund mehr, warum sie nicht von vornherein kollisionsrechtlich das ihnen genehme staatliche Recht wählen können⁶⁹.

⁶⁴ Art. 19 *UNCITRAL*-Modellgesetz; Art. 182 Abs. I Satz 2, Abs. II Schweiz. IPR-G; Art. 1036 nied. ZPO; dabei können die Parteien oder die Schiedsrichter entsprechend der *dépeçage* des IPR verschiedene Rechtsordnungen für unterschiedliche Verfahrensteile für anwendbar erklären; vgl. Art. 182 Abs. II Schweiz. IPR-G: „... soweit nötig ...“.

⁶⁵ Vgl. § 1033 ZPO n.F.; Art. 1 Abs. 2 i. V. m. Art. 9 *UNCITRAL*-Modellgesetz; Art. 1074 Abs. 2 nied. ZPO; Art. 11 des neuen englischen Rechts, Rev. arb 1997, 98.

⁶⁶ § 1050 ZPO n.F.; Art. 14 Abs. 2 der *IntHK*-Schiedsordnung von 1998; Art. 44 des neuen englischen Rechts, Rev. arb 1997, 114; siehe zum Recht der Vereinigten Staaten 28 U.S.C. § 1782: „*The district court for the district in which a person resides or is found may order him to give testimony or statement or to produce a document or other thing for use in a foreign or international tribunal ...*“. „*Tribunal*“ wird dabei auch im Sinne eines internationalen privaten Schiedsgerichts verstanden; vgl. Application of Technostroyexport, 853 F. Supp. 695 (S.D.N.Y. 1994), 695, 697; vgl. auch Kaufmann-Kohler, G, Le lieu de l'arbitrage à l'aune de la mondialisation. Réflexions à propos de deux formes récentes d'arbitrage, Rev. arb 1998, 517–536 (524, Fn. 28); Smit, H., A-national Arbitration, TulLRev 63 (1989), 629–645 (639).

⁶⁷ Vgl. dazu unten, unter § 6, D. I. 2.

⁶⁸ Vgl. dazu unten, unter § 6, B. III. 1.

3. Zusammenfassung zur Lehre der zwingenden Anwendung des Verfahrensrechts des Staates am Sitz des Schiedsgerichts

Die Ansicht *Manns*, das Sitzrecht sei zwingend als Verfahrensrecht anzuwenden, ist demnach nicht haltbar. Er selbst nimmt eine Rechtswahl der Parteien für das Verfahren an, solange das Recht des Staates am Sitz des Schiedsgerichts als *lex arbitri* eine solche Rechtswahl zuläßt⁷⁰. Insofern sind die Schiedsrichter nicht zwingend an das Verfahrensrecht der *lex fori* gebunden. Die Auffassung *Manns* reduziert sich also nur auf eine Vermutung zugunsten der Anwendung des Verfahrensrechts des Staates am Sitz des Schiedsgerichts.

4. Die schiedsgerichtliche Praxis

a) Das *Alsing*-Schiedsverfahren

Sowohl der *Alsing*- als auch der *Sapphire*-Schiedsspruch verankern im Gegensatz zu den *Aramco*- und *Texaco*-Entscheidungen Schiedsverfahren zwischen einem Staat und einer Privatperson wie internationale private Schiedsverfahren im nationalen Recht. Der *Alsing*-Schiedsspruch⁷¹ beruhte auf einem Rechtsstreit zwischen der *Alsing Trading Co.* und dem griechischen Staat über einen zwischen den Streitparteien geschlossenen Vertrag, der *Alsing* das Monopol zur Lieferung von Zündhölzern an Griechenland einräumte⁷². Die Parteien hatten den Rechtsstreit zunächst einem zweiköpfigen Schiedsgericht unterbreitet, das in Athen tagte. Da sich die beiden

⁶⁹ So implizit BGH, KTS 1970, 24 (27); Joseph Müller AG gegen Bergesen, Schweizerisches Bundesgericht, Entscheidung vom 26. Februar 1982, BGE 108 Ib, S. 89; zustimmend *Fouchard, P.*, L'arbitrage commercial international, RdNr. 503; *Gentinetta, J.*, Die *lex fori* ..., S. 293; *Markert, T.*, S. 97; *Mezger, E.*, *RabelsZ* 29 (1965), 231–301 (244); *Paasivirta, E.*, Participation of States ..., S. 69; *Paulsson, J.*, Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why it Matters, *ICLQ* 32 (1983), 53–61; *Regli, J.-P.*, S. 63; *Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 230, 455; *Schwab, K.-H./Walter, G.*, S. 457; a. A. *Berger, K.*, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, S. 341; *Catranis, A.*, *RIW* 28 (1982), 19–27, (21); *Mann, F.-A.*, in *Liber Amicorum* for Martin Domke, S. 157–183 (160–162); *ders.*, Internationale Schiedsgerichte und nationale Rechtsordnung, *ZHR* 130 (1968), 97–129; *Sandrock, O.*, in *Festschrift für Glossner*, S. 281–309 (295).

⁷⁰ *Mann, F.-A.*, in *Liber Amicorum* for Martin Domke, S. 157–183 (161).

⁷¹ *Alsing Trading Company, Ltd. and Svenska Tändsticks, Aktiebolaget v. The Greek State*, Entscheidung vom 22. Dezember 1954 (*Python*, Umpire), *ILR* 23 (1956), 633–658; vgl. zum Schiedsspruch: *Delaume, G.*, in *Law and Practice of Transnational Contracts*, S. 378; *Rensmann, T.*, S. 126ff.

⁷² Siehe ausführlich zum Hintergrund des Rechtsstreits *Schwebel, St.*, *The Alsing Case*, *ICLQ* 8 (1959), 320–345.

Schiedsrichter nicht einigen konnten, wurde die Sache dem Präsidenten des Schweizerischen Bundesgerichts *Python* zur Entscheidung als „*Umpire*“ vorgelegt. Das weitere Verfahren fand in Lausanne statt.

Python wählte als Ausgangspunkt für die Bestimmung des anwendbaren Verfahrensrechts das Genfer Protokoll von 1923⁷³, zu dessen Vertragsstaaten alle Länder zählten, mit denen das Schiedsverfahren Berührungspunkte aufwies⁷⁴. Das Verfahren sei ein internationales (privates) Schiedsverfahren im Sinne von Art. 1 des Genfer Protokolls⁷⁵. Es unterstehe daher nach Art. 2 des Protokolls dem Parteiwillen und dem Recht des Staates, auf dessen Gebiet das Schiedsverfahren stattfindet⁷⁶. Das Recht des Sitzstaates sei aber trotz des Wortlauts („und“) ⁷⁷ nur subsidiär anwendbar. Das bedeute, daß der Parteiwille auch den zwingenden Vorschriften des Sitzrechtes vorgehe⁷⁸. Die Parteien hätten zwar keine Rechtswahl getroffen, das Schiedsgericht sei aber ermächtigt worden, das Verfahrensrecht zu bestimmen. Aufgrund dieser Ermächtigung gelangte *Python* zur Anwendung schweizerischen Bundesrechts⁷⁹ mit der Begründung „*that in the present stage of arbitral procedure the case is one of the exclusive competence of a Swiss federal judge, exercising his powers in Switzerland*“⁸⁰.

b) Das *Sapphire*-Schiedsverfahren

Im *Sapphire*-Fall⁸¹ hatte der Einzelrichter *Pierre Cavin* einen Rechtsstreit zwischen dem iranischen Staatsunternehmen *National Iranian Oil Com-*

⁷³ Genfer Protokoll über die Schiedsklauseln vom 24. September 1923, RGBL 1925 II, S. 47 ff.

⁷⁴ ILR 23 (1956), 638 ff.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ ILR 23 (1956), 639.

⁷⁷ Art. 2 des Genfer Protokolls lautet in deutscher Übersetzung: „Für das Verfahren in Schiedssachen einschließlich der Zusammensetzung des Schiedsgerichts ist der Parteiwille und die Gesetzgebung des Landes maßgebend, auf dessen Gebiet das Schiedsverfahren stattfindet“.

⁷⁸ ILR 23 (1956), 639 unter Berufung auf die Schweizer Rechtsprechung; kritisch hierzu *Gentinetta, J.*, Die *lex fori* ..., S. 264.

⁷⁹ Schiedsverfahren mit Sitz in Lausanne fallen in die kantonale Kompetenz. Daher wäre ohne die abweichende Bestimmung des Schiedsrichters aufgrund der entsprechenden Ermächtigung durch die Parteien das waadtländische Zivilprozeßrecht anwendbar gewesen; siehe ILR 23 (1956), 639.

⁸⁰ ILR 23 (1956), 639.

⁸¹ *Sapphire International Petroleum Ltd. v. National Iranian Oil Company*, ILR 35 (1967), 136–192 = ICLQ 13 (1964), 1011–1021; vgl. zum Schiedsspruch: *Bishop, D. R.*, YCA XVIII (1998), 1131–2010 (1144); *Delaume, G.*, IntL 17 (1983), 687–698 (689); *ders.*, in *Law and Practice of Transnational Contracts*, S. 378; *El-Kosheri, A.*, RdC 147 (1975–IV), 219–393 (316); *Leboulanger, P.*, Les contrats

pany (NIOC) und der kanadischen Gesellschaft *Sapphire International Petroleum Ltd.* zu entscheiden. *Sapphire* verlangte von NIOC Entschädigung für die Nichterfüllung eines zwischen den Parteien geschlossenen Konzessionsvertrages. Der Vertrag sah ein fakultatives Vergleichsverfahren vor⁸². Im Falle des Scheiterns des Vergleichsverfahrens sollte die Streiterledigung durch ein dreiköpfiges Schiedsgericht erfolgen⁸³. Wenn sich die Parteien oder die von den Parteien ernannten Schiedsrichter nicht auf die Konstituierung des Schiedsgerichts einigen könnten, war die Ernennung eines Einzelschiedsrichters durch den Präsidenten des Schweizerischen Bundesgerichts vorgesehen⁸⁴. *Sapphire* leitete wegen ihrer Forderungen das vertraglich vorgesehene Schiedsverfahren ein. NIOC weigerte sich, am Verfahren teilzunehmen. Daher ernannte der Präsident des Schweizerischen Bundesgerichts den Schweizer Bundesrichter *Cavin* als Einzelschiedsrichter. *Cavin* bestimmte Lausanne als Sitz des Schiedsgerichts und unterstellte das Verfahren dem am Sitz geltenden waadtländischen Prozeßrecht.

Ausgangspunkt der Überlegungen *Cavins* zum anwendbaren Verfahrensrecht ist der Grundsatz der Parteiautonomie⁸⁵. Er verwirft die Möglichkeit eines anationalen Schiedsverfahrens. Aus der Gegenüberstellung zu dem im Konzessionsvertrag vorgesehenen Vergleichsverfahren ergebe sich, daß die Parteien mit der schiedsrichterlichen Streiterledigung einen vollstreckbaren Titel erlangen wollten, welcher den Streit endgültig und umfassend beenden sollte⁸⁶. Weiteres Indiz für den Willen der Parteien, das Schiedsverfahren nationalrechtlich zu verankern, sei die Ausgestaltung des Verfahrens als „truly judicial procedure“ durch die detaillierte Regelung des Verfahrensablaufs in der Schiedsvereinbarung⁸⁷. Daraus zieht er folgenden Schluß⁸⁸:

entre Etats ..., S. 270; *Redfern*, A., BYIL 55 (1984), 65–110 (81); *Regli*, J.-P., S. 56, 58; *Rensmann*, T., S. 127ff.; *White*, R., ICLQ 30 (1981), 1–19 (7).

⁸² Art. 39 (1) des Vertrages, abgedruckt in: ILR 35 (1967), 140.

⁸³ Art. 39 (2) i. V.m. Art. 41 des Vertrages, ILR 35 (1967), 140.

⁸⁴ Art. 41 (1) und (2) des Vertrages, ILR 35 (1967), 140. Hilfsweise sollte das Bestimmungsrecht auf den Präsidenten des höchsten Gerichts Dänemarks, Schwedens oder Brasiliens übergehen; vgl. Art. 41 (3) des Vertrages.

⁸⁵ ILR 35 (1967), 169: „Authority is to be found, in doctrine and case law, which gives the parties the right to make a free choice of the law of procedure to be applied to the arbitration“.

⁸⁶ ILR 35 (1967), 168: „The parties have thus unequivocally shown their mutual desire to use arbitration in order to obtain a decision which will settle once and for all their possible differences ... They have shown an intention to obtain a judgment and not simply an advisory opinion which bind them only by way of agreement ...“.

⁸⁷ Ebenda.

⁸⁸ ILR 35 (1967), 169.

„The judicial authority thus conferred upon the arbitrator necessarily implies that the arbitration should be governed by a law of procedure, and that it should be subject to the supervision of a State authority ...“

Obwohl *Cavin* nicht ausdrücklich von nationalem Verfahrensrecht spricht, ergibt sich aus dem Zusammenhang mit der geforderten staatlichen Kontrolle des Schiedsverfahrens, daß er die Möglichkeit eines völkerrechtlichen Verfahrensstatuts ausschließt. Hinsichtlich der Bestimmung des anwendbaren nationalen Rechts geht *Cavin* davon aus, daß die Parteien mit der Wahl des Sitzes regelmäßig auch die Anwendung des am Sitz geltenden Verfahrensrechts wollten. Da ihm die Wahl des Sitzes überlassen worden sei, hätten die Parteien der Anwendung des Sitzrechts konkludent zugestimmt⁸⁹. Auch alle anderen möglichen Anknüpfungspunkte verweisen auf das am Sitz des Schiedsgerichts geltende waadtländische Recht. Denn Lausanne sei nicht nur Sitz des Schiedsgerichts, sondern auch Sitz der Ernennungsinstanz, Wohnsitz des Einzelschiedsrichters sowie der Ort, an dem das Verfahren tatsächlich stattgefunden habe⁹⁰.

c) Das BP-Schiedsverfahren

Der Einzelschiedsrichter *Lagergren* bestimmte im BP-Fall⁹¹ Kopenhagen als Sitz des Schiedsgerichts⁹². Im Gegensatz zu den parallelen Verfahren im *Texaco*-⁹³ und *Liamco*-Fall⁹⁴ unterstellte er das Schiedsverfahren dem Recht des Sitzstaates, also dänischem Recht. Er verwarf den völkerrechtlichen Lösungsansatz des *Aramco*-Schiedsspruches⁹⁵ und lehnte sich im wesentlichen an die Argumentation der *Sapphire*-Entscheidung an⁹⁶.

⁸⁹ Ebenda.

⁹⁰ Ebenda.

⁹¹ BP Exploration Company (Libya) Ltd. v. Government of the Libyan Arab Republic, ILR 53 (1979), 297–388 = Rev. arb 1980, 117–131 = YCA V (1980), 143–167; vgl. zum Schiedsspruch *Bishop, D. R.*, YCA XVIII (1998), 1131–2010 (1144); *Bettems, D.*, RdNr. 73; *Broches, A.*, Settlement of Disputes Arising Out of Investment in Developing Countries, in *Broches, A.* (ed.), Selected Essays ..., S. 458–467 (460); *Delaume, G.*, IntL 17 (1983), 687–698 (689); *ders.*, in Law and Practice of Transnational Contracts, S. 378; *El-Kosheri, A.*, RdC 147 (1975–IV), 219–393 (317); *Leboulanger, P.*, Les contrats entre Etats ..., S. 270; *Paasivirta, E.*, Participation of States ..., S. 72; *Paulsson, J.*, ICLQ 30 (1981), 358–387 (377); *Rensmann, T.*, S. 134 ff.; *White, R.*, ICLQ 30 (1981), 1–19 (7).

⁹² ILR 53 (1979), 308.

⁹³ Vgl. dazu oben, unter § 6, B. I. 2.

⁹⁴ Vgl. dazu oben, unter § 6, B. Fn. 13, 14, 15.

⁹⁵ Vgl. dazu oben, unter § 6, B. I. 1.

⁹⁶ ILR 53 (1979), 310. Dort beruft sich *Lagergren* auch auf den *Al-sing*-Schiedsspruch.

Ansatzpunkt für die Verankerung des Schiedsverfahrens im nationalen Recht war für ihn der Wille der Verfahrensparteien. Mit der Unterwerfung unter ein Schiedsverfahren hätten die Parteien das Bestreben zum Ausdruck gebracht, einen effektiven Vollstreckungstitel zu erlangen⁹⁷. Da ein nationaler Schiedsspruch effektiver sei als ein vom Völkerrecht beherrschter, sei von der Unterstellung des Schiedsverfahrens unter ein nationales Recht auszugehen⁹⁸. Das zweite Argument für eine nationalrechtliche Verankerung des Schiedsverfahrens beruht auf Zweckmäßigkeitserwägungen. Da ihm von den Parteien die Befugnis eingeräumt worden sei, das anwendbare Verfahrensrecht zu bestimmen, sei es „*both convenient and constructive*“ an ein entwickeltes nationales Rechtssystem anzuknüpfen⁹⁹. Das am Sitz des Schiedsgerichts geltende Recht sei besonders geeignet, da es Schiedsgerichten ein großes Maß an Gestaltungsfreiheit einräume¹⁰⁰.

d) Zusammenfassende Würdigung der Schiedspraxis

Sowohl der *Alsing*- als auch der *Sapphire*-Schiedsspruch bekräftigen die Tendenz, das Schiedsverfahren zwischen einem Staat und einer Privatperson wie gewöhnliche internationale private Schiedsverfahren im nationalen Recht zu verankern. *Python* setzt im *Alsing*-Schiedsspruch die Unterstellung des Schiedsverfahrens unter ein nationales Recht ohne nähere Begründung voraus. Er gelangt allerdings zu einer gewissen Lösung vom nationalen Recht, da er vom Primat des Parteiwillens gegenüber den zwingenden Vorschriften des Sitzrechts ausgeht. *Cavin* lehnt dagegen im *Sapphire*-Schiedsspruch die Entnationalisierung des Schiedsverfahrens ausdrücklich ab. Er begründet die Notwendigkeit der „Erdung“ im nationalen Recht zum einen mit dem stillschweigenden Parteiwillen, einen vollstreckbaren Titel erstreiten zu wollen, zum anderen mit dem Charakter des Schiedsverfahrens als „*truly judicial procedure*“.

Ebenso geht Schiedsrichter *Lagergren* im *BP*-Schiedsspruch von einer regelmäßigen Verankerung von Schiedsverfahren zwischen einem Staat und einer Privatperson in einem nationalen Recht aus. Seine Ausführungen

⁹⁷ ILR 53 (1979), 309: „*By providing for arbitration as an exclusive mechanism for resolving contractual disputes, the parties to an agreement, even if one of them is a State, must, however, be presumed to have intended to create an effective remedy ...*“.

⁹⁸ ILR 53 (1979), 309: „*The effectiveness of an arbitral award that lacks nationality – which it may if the law of the arbitration is international law – generally speaking is smaller than that of an award founded on the procedural law of a specific legal system partaking of its nationality ...*“.

⁹⁹ Ebenda.

¹⁰⁰ Ebenda.

lassen aber durchaus Raum für eine Verweisung auf das Völkerrecht im Rahmen der Parteiautonomie¹⁰¹. Er hält allerdings eine Unterstellung des Schiedsverfahrens unter das Völkerrecht wegen des noch nicht ausreichenden Entwicklungsstandes völkerrechtlicher Verfahrensregeln und wegen der geringeren Effektivität des resultierenden Schiedsspruchs für unzweckmäßig. Daher kann man nach *Lagergrens* Ansicht ohne besondere Anhaltspunkte nicht von einer stillschweigenden Wahl des Völkerrechts ausgehen.

5. Ergebnis

Die direkte Unterstellung von Schiedsverfahren zwischen einem Staat und einer Privatperson unter das Völkerrecht aufgrund von Immunitätserwägungen – wie sie noch in den *Aramco*-¹⁰² und *Texaco*-Schiedssprüchen¹⁰³ vertreten wurde – ist nicht mehr haltbar. Die meisten „gemischten“ Schiedsverfahren werden hingegen wie Schiedsverfahren zwischen Privaten behandelt¹⁰⁴. Andererseits ist die Anknüpfung des Schiedsverfahrens an das Recht des Staates am Sitz des Schiedsgerichts nicht zwingend. Die Schiedsgerichtspraxis schließt die Möglichkeit einer kollisionsrechtlichen („*ex contractu*“) Zuordnung zum Völkerrecht nicht aus. Die Rechtswahl kann auch konkludent erfolgen. Es bedarf jedoch klarer Anhaltspunkte dafür, daß die Parteien das Schiedsverfahren dem Völkerrecht unterstellen wollten, da ein in einem nationalen Recht verankerter Schiedsspruch in der Praxis nach wie vor größere Vollstreckungschancen hat als ein völkerrechtlicher Schiedsspruch¹⁰⁵.

In der neueren Schiedsgerichtspraxis werden Schiedsverfahren zwischen einem Staat und einer Privatperson weiter an das Recht des Staates am Sitz des Schiedsgerichts angeknüpft. Das Schiedsgericht im Verfahren *Elf Aquitaine Iran v. National Iranian Oil Company*¹⁰⁶ hatte seinen Sitz in Kopenhagen. Die Parteien hatten keine Vereinbarung im Hinblick auf das anwend-

¹⁰¹ *Greenwood, Ch.*, State Contracts in International Law – The Libyan Oil Arbitrations, BYIL 53 (1982), 27–81 (36); *Paulsson, J.*, ICLQ 30 (1981), 358–387 (377).

¹⁰² Oben, unter § 6, B. I. 1.

¹⁰³ Oben, unter § 6, B. I. 2.

¹⁰⁴ *Böckstiegel, K.-H.*, The Legal Rules Applicable in International Commercial Arbitration Involving States or State-Controlled Enterprises, in International Arbitration, 60 Years of ICC Arbitration – A Look at The Future, ICC Publication No. 412 (1984), 117, 150: „*In the great majority of international commercial arbitration cases, the fact that one of the parties is a state or state controlled corporation will not lead to any changes and therefore the procedural law will be determined in the same way as in commercial arbitration between enterprises*“; vgl. auch dazu *Luzzatto, R.*, RdC 157 (1977–IV), 9–120 (87).

¹⁰⁵ So ausdrücklich im BP-Fall, oben, unter § 6, B. II. 4. c), Fn. 97, 98.

¹⁰⁶ Schiedsspruch, oben, unter § 6, Fn. 18.

bare Verfahrensrecht getroffen. Einzelschiedsrichter *Gomard* unterstellte das Schiedsverfahren dänischem Recht. Im Fall *Wintershall AG et al. v. The Government of Qatar*¹⁰⁷ sollte das Schiedsverfahren nach Parteivereinbarung gemäß den *UNCITRAL*-Schiedsregeln durchgeführt werden. Nachdem der Sitz des Schiedsgerichts in Den Haag festgelegt wurde, wandten die Schiedsrichter niederländisches Recht als *lex arbitri* auf das Schiedsverfahren an. Im *Aminoil*-Verfahren¹⁰⁸ wiesen die Schiedsrichter auf die Beachtung der zwingenden Vorschriften des Sitzrechts hin¹⁰⁹. Dabei handelte es sich jedoch nicht um eine Aussage zur Rechtslage, sondern nur um Mahnungen zur Vorsicht vor vielleicht enger Einstellung staatlicher Gerichte¹¹⁰.

Viel spricht allerdings gegen die Unterstellung eines Schiedsverfahrens unter ein anderes Recht als das am Schiedsort geltende. Gleichwohl gibt es keinen Grund, eine klar in diesem Sinne getroffene Vereinbarung der Parteien nicht zu respektieren¹¹¹. Im folgenden Abschnitt wird daher auf die Frage eingegangen, ob die verfahrensrechtliche Parteiautonomie in internationalen Abkommen und staatlichen Rechten anerkannt ist (*III. 1.*) und ob die Rechtspraxis im konzessionären Bereich eine solche parteiautonome Bestimmung des anwendbaren Verfahrensrechts bestätigt (*III. 2.*).

III. Parteiautonome Bestimmung des anwendbaren Verfahrensrechts

1. Die Freiheit der Parteien zur unmittelbaren Verfahrensausgestaltung nach den neueren internationalen Übereinkommen und den autonomen Rechten

Grundsätzlich gilt für das Schiedsverfahren in den verschiedenen internationalen Abkommen, Schiedsordnungen institutioneller Schiedsgerichtsorga-

¹⁰⁷ Entscheidung vom 5. Februar 1988, ILM 28 (1989), 798, 801, Schiedsrichter *J. R. Stevenson, I. Brownlie, B. M. Cremades*.

¹⁰⁸ ILM 21 (1982), 976–1053; so auch im Falle *Algerian State Enterprise v. African State Enterprises*, Entscheidung vom 30. Mai 1979 in ICC-Schiedssprüche Nr. 3099 und 3100, YCA VII (1982), 87: Beachtung der zwingenden Regelungen des Schweizer Konkordats.

¹⁰⁹ Art. IV Abs. 1 der Schiedsvereinbarung lautete: „*Unless otherwise agreed, and subject to any mandatory provisions of the procedural law of the place in which the arbitration is held, the Tribunal shall prescribe the procedure applicable to the arbitration on the basis of natural justice and of such principles of transnational arbitration procedure as it may find applicable ...*“ [Hervorhebung von der Verfasserin].

¹¹⁰ Schiedsspruch, *ibid.* § 3: „... *it is not open to doubt that the Parties have chosen the French legal system for everything that is implied in the statement in Article IV of the Arbitration Agreement*“.

¹¹¹ *Paulsson, J.*, ICLQ 30 (1981), 358–387 (364).

nisationen und in den autonomen Rechten das Prinzip der Parteiautonomie¹¹².

(1) Nach Art. V Abs. 1 lit. d) UNÜ darf die Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruches versagt werden, wenn „die Bildung des Schiedsgerichts oder das schiedsrichterliche Verfahren der Vereinbarung der Parteien, oder, mangels einer solchen Vereinbarung, dem Recht des Landes, in dem das schiedsrichterliche Verfahren stattfand, nicht entsprochen hat“. Somit kommt im Rahmen des UNÜ der Parteiautonomie der Vorrang zu¹¹³. Nur für den Fall, daß die Parteien keine Vereinbarung hinsichtlich des anwendbaren Verfahrensrechts getroffen haben, ist nach dem UNÜ das Recht des Staates subsidiär als Prüfungsmaßstab heranzuziehen, in dem das Schiedsverfahren stattgefunden hat¹¹⁴.

(2) Nach Art. IV Abs. 1 lit. a) EÜ „steht es den Parteien einer Schiedsvereinbarung frei zu bestimmen, daß ihre Streitigkeiten einem ständigen Schiedsgericht unterworfen werden; in diesem Fall wird das Verfahren nach der Schiedsordnung des bezeichneten Schiedsgerichts durchgeführt“. Wählen die Parteien aber ein *ad hoc*-Schiedsgericht, so können sie nach Art. IV Abs. 1 lit. b) Ziff. 3 EÜ „die von den Schiedsrichtern einzuhaltenden

¹¹² Böckstiegel, K.-H., in Festschrift für Beitzke, S. 443–458 (445); Gottwald, P., Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Generalbericht in Gottwald, P. (Hrsg.), Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, S. 3–160 (54); Haas, U., Die Anerkennung ..., S. 77; Paulsson, J., ICLQ 30 (1981), 358–387 (368); Schlosser, P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 448 ff.; Schwab, K.-H., Kollisionsrechtliche Fragen des deutschen internationalen Schiedsverfahrensrechts, in Festschrift für Martin Luther, 1976, S. 163–178 (167 ff.); Schwab, K.-H./Walter, G., S. 451 ff.

¹¹³ Corte App. Florenz, Entscheidung vom 13. April 1978; SchwBG, Entscheidung vom 26. Februar 1982, zitiert nach Schlosser, P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 448, Fn. 2; Trib. de l'ère Instance de Genève, Entscheidung vom 18. März 1986, Maritime Int. Nominees Establishment c. Republique de Guinea, YCA XII (1987), 514, 522; van den Berg, A., The New York Arbitration Convention of 1958, S. 325 ff.; Fouchard, P., L'arbitrage commercial international, RdNr. 518, 519; Goldman, G., RdC 109 (1963–II), 347–483 (387); Haas, U., Die Anerkennung ..., S. 77; Rensmann, T., S. 47; Schlosser, P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 448; ders., in Stein/Jonas Komm. zur ZPO, 21. Aufl., 1994, Anh. zu § 1044, Rdnr. 76; Schwab, K.-H., in Festschrift für Martin Luther, S. 164–178 (168); Schwab, K.-H./Walter, G., S. 451; a. A.: Mann, F.-A., in Festschrift für Flume, 1978, S. 593–619 (604).

¹¹⁴ Zum Streit über die Grenzen der parteiautonomen Bestimmung des anwendbaren Verfahrensrechts durch zwingende Verfahrensregeln des Sitzstaates siehe: Münzberg, R., Die Schranken der Parteivereinbarung in der privaten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 1970, S. 101 ff.; Schlosser, P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 448 ff.; Schwab, K.-H., in Festschrift für Martin Luther, S. 164–178 (168); Schwab, K.-H./Walter, G., S. 451 ff. m. w. Nach.; vgl. auch Joseph Müller AG gegen Bergesen, Schweizerisches Bundesgericht, Entscheidung vom 26. Februar 1982, BGE 108 Ib, S. 85, 88 ff.

*Verfahrensrichtlinien festlegen*¹¹⁵. Ebenso wie Art. V Abs. 1 lit. a) *UNÜ* gibt daher auch Art. IV Abs. 1 lit. b) Ziff. 3 des *EÜ* den Parteien und hilfsweise in Abs. 3 den Schiedsrichtern die Möglichkeit der Wahl des Verfahrensrechts ohne ausdrückliche Bindung an das Sitzrecht¹¹⁶.

(3) In den Verfahrensregeln der Schiedsgerichtsorganisationen, soweit sie nicht von national gebundenen Organisationen stammen, ist das Prinzip der verfahrensrechtlichen Parteiautonomie ausdrücklich niedergelegt. Art. 32 Abs. 7 *UNCITRAL-Schiedsregeln* verlangt nur, daß der Schiedsspruch entsprechend den Regeln am Ort, wo er ergeht, registriert wird. Ansonsten wird in Art. 1 Abs. 2 und Art. 33 Abs. 2 *UNCITRAL-Schiedsregeln* auf die bindenden Regeln des anwendbaren Verfahrensrechts verwiesen, ohne dieses näher zu spezifizieren. Nach Art. 15 der *Schiedsgerichtsordnung der IntHK von 1998* sind „auf das Verfahren vor dem Schiedsrichter die Bestimmungen der *IntHK Schiedsgerichtsordnung* anzuwenden und, soweit diese keine Vorschriften enthält, die Bestimmungen, die von den Parteien, oder, falls sie es unterlassen, die von dem Schiedsrichter getroffen werden, gleichgültig, ob sie sich dabei auf eine nationale Prozeßordnung beziehen oder nicht“¹¹⁷. Demgegenüber bestimmte Art. 16 der *IntHK-Schiedsgerichtsordnung von 1955*, daß die Schiedsrichter in Ermangelung der Verfahrenswahl durch die Parteien, das Recht des Staates am Sitz des Schiedsgerichts anzuwenden hatten¹¹⁸.

¹¹⁵ Haas, U., Die Anerkennung ..., S. 81; Rensmann, T., S. 47; Schlosser, P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 451; ders., in Stein/Jonas Komm. zur ZPO, 21. Aufl., 1994, Anh. zu § 1044, RdNr. 104; Schwab, K.-H., in Festschrift für Martin Luther, S. 164–178 (170); Schwab, K.-H./Walter, G., S. 455.

¹¹⁶ Zur umstrittenen Frage, ob die durch das *EÜ* gewährte Verfahrensausgestaltungsfreiheit durch den *ordre public* der *lex fori* beschränkt ist, siehe Schlosser, P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 451 m.w.Nach.; Schwab, K.-H., in Festschrift für Martin Luther, S. 164–178 (170).

¹¹⁷ Die Anknüpfung des Verfahrensstatuts an die Rechtswahl der Schiedsrichter, soweit eine Partevereinbarung nicht vorliegt, wurde schon im Jahre 1975 durch Art. 11 der Reform der *IntHK-Schiedsordnung*, eingeführt. Mit diesem Artikel wurde die subsidiäre Bezugnahme des Art. 16 der *IntHK-Schiedsgerichtsordnung* von 1955 auf das am Sitz des Schiedsgerichts geltende Recht herausgenommen; vgl. hierzu Böckstiegel, K.-H., in Festschrift für Beitzke, S. 443–458 (445); Lionnet, K., Überlegungen zur Vereinbarung des auf das schiedsrichterliche Verfahren anwendbaren Rechts, in Glossner, O., (Hrsg.), Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit 1989, Heidelberg 1990, S. 52–63; Paulsson, J., ICLQ 30 (1981), 358–387 (365).

¹¹⁸ Art. 16 war unter dem Einfluß der 1952er Resolution von Sienna des *Institut de Droit International* entstanden und folgte der Doktrin, daß mangels anderweitiger Regelung der Parteien das Schiedsgericht das Prozeßrecht des Schiedsgerichtssitzes anzuwenden habe.

(4) Aus Art. 1493 Abs. 2 franz. *ncpc* kann man eine weitere gesetzgeberische Bestätigung der verfahrensrechtlichen Autonomie entnehmen¹¹⁹. Selbst das Schw. IPR-G, das in Art. 176 Abs. 1 seinen Anwendungsbereich an sich zwingend vom Schiedsgerichtssitz bestimmt, gibt den Parteien in Art. 182 Abs. 1 kollisionsrechtliche Verfahrensautonomie¹²⁰. Dasselbe gilt für das griechische¹²¹, das italienische¹²² und das Recht anderer Staaten¹²³. Nur in Schweden ist das territoriale Kriterium zwingend¹²⁴.

(5) Die Rechtsprechung hat sich in mehreren Staaten mit Schiedssprüchen zu befassen gehabt, die auf dem Territorium eines Staates vereinbarungsgemäß nach dem Recht eines anderen Staates ergangen waren. Die Rechtswahl wurde immer anerkannt¹²⁵.

¹¹⁹ Dekret Nr. 81–500 vom 12. Mai 1981, abgedruckt in Böckstiegel, K.-H. (Hrsg.), Schiedsgerichtsbarkeit in Frankreich 1983, S. 103 ff. insb. aus: „... *pour les arbitrages se déroulant en France ou pour ceux à l'égard desquels les parties ont prévu l'application de la loi de procédure française* ...“ [Hervorhebung von der Verfasserin].

¹²⁰ Schweizer Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (in Kraft getreten am 1. Januar 1989), abgedruckt in: Böckstiegel, K.-H. (Hrsg.), Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz (II) (1989), das neue Recht ab 1. Januar 1989, S. 199 ff.; a. A. Bucher, E., Die Schweiz als traditioneller Sitzort internationaler Schiedsgerichtsbarkeit, in Böckstiegel, K.-H. (Hrsg.), *ibid.*, S. 119–145 (129), der auf die Geltung der zwingenden Sitznormen aus dem Anfechtungskatalog des Art. 190 Abs. 2 Schweiz. IPR-G hinweist und eine kollisionsrechtliche Verweisung ablehnt; ihm zustimmend Rensmann, T., S. 50.

¹²¹ Art. 886 der gr. ZPO; vgl. dazu Koussoulis, S., Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in Griechenland, in Gottwald, P. (Hrsg.), Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, S. 405–420 (415).

¹²² Art. 816 al. 2 c.p.c.; Abdruck des reformierten italienischen Rechts in IPRax 1996, 225 ff.

¹²³ § 794 Abs. 1 der japanischen ZPO; Art. 1091 Satz 1 der brasilianischen ZPO; Sec. 684.05 Florida International Arbitration Act vom 1. Oktober 1986, ILM 26 (1987), 970; Hawaii International Arbitration, Mediation and Conciliation Act, Hawaii Rev. Stat., Sec. 658 D–4 (d) (Supp. 1989), zitiert nach Rensmann, T., S. 54; zahlreiche Nachweise bei Gottwald, P., Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Generalbericht, in Gottwald, P. (Hrsg.), Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, S. 3–160 (54, Fn. 392).

¹²⁴ Foreign Arbitration Act, Section I, 5, in Schlosser, P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 230.

¹²⁵ Aus neuerer Zeit: Bulk-Oil (Zug) AG v. Transania Oil Ltd. S.A. [1973] 1 Lloyd's Rep. 129 (Englisches Schiedsverfahren in Genf); Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 6. Mai 1976 (Schiedsverfahren in Paris als möglicherweise englischem Recht unterstehend angesehen), zitiert nach Schlosser, P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 230; Präsident der Rechtsbank Zutphen, YCA VIII (1982), 399 (Schiedsverfahren in Brüssel nach französischem Recht); Supreme Court of India, Entscheidung vom 16. Januar 1987 (Schiedsverfahren in London nach indischem Recht), zitiert nach Schlosser, P.,

Bei rechtsvergleichender Betrachtung internationaler Abkommen, Verfahrensregeln institutioneller Schiedsgerichtsorganisationen, autonomer Rechte, sowie Entscheidungen nationaler Gerichte läßt sich die Rechtswahl der Parteien als Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des Schiedsverfahrensstatuts herauskristallisieren. Die verfahrensrechtliche Parteiautonomie ist im *UNÜ*¹²⁶ und im *EÜ*¹²⁷ garantiert. Nationale Rechte billigen den Parteien die Möglichkeit zu, kraft kollisionsrechtlicher Verweisung ein vom Sitzrecht abweichendes Recht zu bestimmen¹²⁸. Der Freiheit der Parteien zur Ausgestaltung des Verfahrens ist sonst in den Schiedsgerichtsordnungen institutioneller Schiedsorganisationen Beachtung geschenkt¹²⁹. Nationale Gerichte haben weiterhin die kollisionsrechtliche Rechtswahl im Hinblick auf das anwendbare Verfahrensrecht immer respektiert¹³⁰. Ob diese prozessuale Parteiautonomie durch die Rechtspraxis bestätigt wird, soll im nachfolgenden Abschnitt untersucht werden.

2. Rechtstatsächlicher Befund

Der Überblick über die verschiedenen Rechtsquellen hat gezeigt, daß die Parteien die Freiheit haben, das Schiedsverfahrensrecht selbst zu bestimmen. Indessen ist die ausdrückliche Wahl des anwendbaren Verfahrensrechts im Konzessionsbereich sehr selten¹³¹.

Wenn überhaupt Vereinbarungen hinsichtlich des auf das Schiedsverfahren anwendbaren Rechts getroffen werden, dann gibt es folgende Alternativen:

ibid.; *Hiscox v. Outhwaite*, [1991] 3 W.L.R. 297 (Schiedsspruch in Frankreich nach englischem Recht).

¹²⁶ Art. V Abs. 1 lit. d. *UNÜ*.

¹²⁷ Art. IV Abs. 1 lit. a *EÜ*.

¹²⁸ Vgl. dazu oben, unter § 6, B. III. 1. (4).

¹²⁹ Art. 32 Abs. 7 i.V.m. Art. 1 Abs. 2 und Art. 33 Abs. 2 *UNCITRAL*-Schiedsregeln; Art. 15 der *IntHK*-Schiedsordnung von 1998; so auch Art. 14 Abs. 1 der London Court of International Arbitration Rules i.d.F. vom 1. Januar 1998, YCA XXIII (1998), 366–393; ähnlich die Schiedsordnungen der Schiedsgerichte in Zagreb, Kiew, Prag, Budapest, Ljubljana und Sofia, berichtet nach *Heger, S.*, RIW 45 (1999), 481–487 (485, Fn. 26).

¹³⁰ Vgl. dazu oben, unter § 6, B. III. 1. (5).

¹³¹ *El-Kosheri, A.*, RdC 147 (1975–IV), 219–393 (315); *Markert, T.*, S. 98; *Regli, J.-P.*, S. 65; vgl. zur abnehmenden Bedeutung der Rechtswahl auf dem Gebiet des Schiedsverfahrensrechts: *Basedow, J.*, Vertragsstatut und Arbitrage nach neuem IPR, in *Glossner, O.* (Hrsg.), Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit 1987, S. 3, 13ff.; *Derains, Y.*, International Commercial Arbitration in Civil Law Countries, in *Sanders, P.* (Hrsg.), ICCA Congress Series No 4, IX International Arbitration Congress, Tokyo 31 May–3 June 1988, S. 230–253 (242); *Lionnet, K.*, in *Glossner, O.* (Hrsg.), Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit 1989, S. 52–63 (60).

- (1) Die Parteien verweisen auf das Verfahrensrecht des Konzessionsgebers¹³²;
- (2) Öfter wird auf die Verfahrensregeln einer institutionalisierten Schiedsgerichtsordnung zurückgegriffen. So wurde in Art. 22 E des *Revised Agreements Persien/APOC* von 1933 bestimmt, daß die vom *StIGH* angewandten Schiedsregeln befolgt werden sollten¹³³. In Art. 34 (F) des Vertrags *Abu Dhabi/Mitsubishi* von 1968 hieß es, der Schiedsrichter solle sich bei der Aufstellung von Verfahrensregeln von den einschlägigen Verfahrensregeln des *IGH* leiten lassen¹³⁴;
- (3) Manche Konzessionsverträge verbinden ein transnationales Schiedsverfahrensstatut mit einem nationalen materiellen Recht¹³⁵;
- (4) Es wurde weiter aus der Rechtswahl hinsichtlich des anwendbaren materiellen Rechts der Schluß gezogen, das Schiedsverfahren müsse auch demselben Recht unterstellt werden¹³⁶;
- (5) Andere Konzessionen sehen ein delokalisiertes Schiedsverfahren vor mit dem Hinweis, daß die Schiedsrichter *ex aequo et bono* entscheiden

¹³² So der Vertrag vom 23. Oktober 1963 zwischen der Regierung von Bahamas und der Gesellschaft Home Lines Incl. und die im selben Jahr abgeschlossenen Verträge der Vereinigten Arabischen Emiraten mit Philips und Ente Nazionale Idrocarburi (ENI), berichtet nach *Regli, J.-P.*, S. 66; Concession Agreement between the Government of the Republic of Ghana and Amalgamated Diamond Co. (Ghana) Ltd. von 1976, berichtet nach *Toope, S. J.*, S. 21.

¹³³ Berichtet nach *Markert, T.*, S. 98.

¹³⁴ Selected Documents (§ 1, Fn. 48), 1968, S. 45ff.; vgl. auch das „*Pipeline Construction Agreement*“ von 1965 zwischen Syrien und einem Konsortium englischer Unternehmen, der die Anwendung der Schiedsregeln der *IntHK* vorsieht, berichtet nach *Cattan, H.*, *The Law of Oil Concessions* ..., S. 167 und Art. 34 F des Agreements zwischen Abu Dhabi und Pan Ocean Oil Co. vom 7. Juni 1970, zitiert nach *Delaume, G.*, in *Law and Practice of Transnational Contracts*, § 14.05, S. 38, Fn. 14, der eine ähnliche Regelung zum Art. 34 (F) des Vertrages zwischen Abu Dhabi und Mitsubishi für das anwendbare Verfahrensrecht enthält.

¹³⁵ Agreement between the Government of Panama and Foreign Investors for the Development of the Cerro Colorado Copper Deposition vom 25. Februar 1976; Concession Agreement between the Government of the Republic of Liberia and the Liberia Gold and Diamond Corporation, vom 20. September 1976; Financing Agreement between Three Parties including the Islamic Republic of Mauritania for the Establishment of a New Mining Company vom 14. Mai 1975; Financing Agreement between the Government of the Republic of Liberia and LISCO, The Liberian Iron and Steel Corporation, vom 5. Juni 1975; Master Agreement between the Government of the Republic of Indonesia and the Investors for the Asahan Hydroelectric and Aluminium Project, vom 7. Juli 1975, berichtet nach *Toope, S. J.*, S. 20.

¹³⁶ Agreement between the Government of Qatar and Holcar Oil Co. of The British West Indies, vom 1. Januar 1976; Operating Agreement between Lesotho National Development Corporation and O'Okiep Cooper Co. von 1976, berichtet nach *Toope, S. J.*, S. 21.

und auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze und die Handelsbräuche zurückgreifen können¹³⁷;

- (6) Ansonsten wird meist nur bestimmt, das Schiedsgericht solle die Verfahrensregeln selbst festlegen¹³⁸.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß die Vertragspartner eines Konzessionsvertrages offenbar davon ausgehen, daß die Schiedsrichter das anwendbare Verfahrensrecht selbst bestimmen können, wenn die Parteien keine diesbezügliche Vereinbarung getroffen haben. Diese Auffassung wird auch von der Lehre allgemein gebilligt¹³⁹. Damit verbleibt aber bei fehlender ausdrücklicher oder stillschweigender Rechtswahl immer noch die Frage, nach welchen Kriterien der Schiedsrichter gerade bei Konzessionsstreitigkeiten das anwendbare Verfahrensrecht festzulegen hat. Dieser Frage wird im folgenden nachgegangen.

C. Kriterien für die Bestimmung des Verfahrensrechts

I. Die Maßgeblichkeit der territorialen Anbindung des Schiedsverfahrens an ein bestimmtes nationales Recht

1. Das Recht des Staates am Sitz des Schiedsgerichts als subsidiärer Anknüpfungspunkt

a) Die Funktionen des Schiedsverfahrensstatuts

Mit der „*Erdung*“¹⁴⁰ oder „*Lokalisierung*“ des Schiedsverfahrens und des Schiedsspruches in einem bestimmten nationalen Recht soll neben rechtspolitischer Regelungsbeschränkung¹⁴¹ vor allem Rechtsklarheit im Sinne der von den Parteien erwünschten Vorhersehbarkeit der anzuwendenden Rechtsordnung¹⁴² und der Zuständigkeit der staatlichen Gerichte als „*juge d'appui*“ oder Kontrollinstanz geschaffen werden¹⁴³. Die meisten nationa-

¹³⁷ Contract for the Sale and Purchase of Liquified Natural Gas between Société Nationale d'Algerie and El Paso Algeria Corp. of Delaware, USA vom 28. Oktober 1975; Mining Concession between the Government of Haiti and Société Franco-Haitienne de Mines, vom 15. Januar 1976, zitiert nach *Toope*, S. J., S. 22.

¹³⁸ Vgl. dazu oben, unter § 2, B. II.

¹³⁹ *El-Kosheri*, A., RdC 147 (1975–IV), 219–393 (314); *Fouchard*, P., L'arbitrage commercial international, S. 321; *Regli*, J.-P., S. 63; *Schlosser*, P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 237.

¹⁴⁰ Vgl. die klassische Formulierung von *Raape*, L., Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 1961, S. 557: „Das Schiedsgericht schwebt nicht über die Erde, es schwebt nicht in der Luft, es muß irgendwo landen, irgendwo erden“.

¹⁴¹ *Fouchard*, P., La loi-type de la C.N.U.D.C.I. sur l'arbitrage commercial international, Clunet 114 (1987), 861–900 (869) (regulatorische „Bescheidenheit“).

len Rechtsordnungen gehen davon aus, daß die Kompetenz staatlicher Gerichte zur Unterstützung und Kontrolle von Schiedsverfahren außer bei der Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruches parallel zum Schiedsverfahrensstatut läuft¹⁴⁴. Dieser Gleichlauf ist allerdings nicht zwingend. Er wird etwa beim vorläufigen Rechtsschutz und bei der Beschaffung von Beweismitteln durchbrochen¹⁴⁵. Für die übrigen Hilfsfunktionen vor Erlaß des Schiedsspruches kann aber festgestellt werden, daß staatliche Gerichte in der Praxis nur in inländische Schiedsverfahren helfend eingreifen¹⁴⁶. Die Parallelität von Schiedsverfahrensstatut und internationaler Zuständigkeit gilt auch für die Aufhebung des Schiedsspruches¹⁴⁷.

¹⁴² Schlosser, P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 242; die Sitzanknüpfung soll die Schwierigkeiten vermeiden, die bei der Zuordnung eines Schiedsverfahrens nach Indizienschwerpunkten entstehen.

¹⁴³ Art. 2 Abs. I des Genfer Protokolls über die Schiedsklausel vom 24. September 1923, (RGBl. 1925, II, 47) lautet: „Für das Verfahren in Schiedssachen einschließlich der Zusammensetzung des Schiedsgerichts ist der Parteiwille und die Gesetzgebung des Landes maßgebend, auf dessen Gebiet das Schiedsverfahren stattfindet“; vgl. auch: Berger, K.-P., Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, S. 340–347 m.w.Nach.; von Hoffmann, B., Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit ..., S. 64, der allerdings eine zwingende territoriale Anknüpfung (unter der Prämisse, daß das Schiedsrecht keine territoriale Kollisionsnorm enthält) ablehnt; Kronke, H., RIW 44 (1998), 257–265 (261); Mann, F.-A., in Festschrift für Flume, S. 593–619 (596); ders., in Festschrift für Oppenhof, München 1985, S. 215–226 (219); Redfern, A., BYIL 55 (1984), 65–110 (85); Rensmann, T., S. 42ff.; Reymond, C., La nouvelle loi suisse et l'arbitrage international. Réflexions de droit comparé, Rev. arb 1989, 385–413 (391); Smit, H., TulLR 63 (1989), 629–645 (631).

¹⁴⁴ Gottwald, P., Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Generalbericht in Gottwald, P. (Hrsg.), Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, S. 3–160 (70–72); siehe rechtsvergleichend Schlosser, P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 593; ders., Unterstützung und Kontrolle der Schiedsgerichte durch staatliche Gerichte ausgewählter Länder, in Böckstiegel, K.-H. (Hrsg.), Schiedsgerichtsbarkeit im Umfeld von Politik, Wirtschaft und Gerichtsbarkeit (1992), S. 51–64 (62).

¹⁴⁵ Vgl. dazu oben, unter § 6, B. II. 2., Fn. 65, 66.

¹⁴⁶ Vgl. Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 UNCITRAL-Modellgesetz; Art. 1025 Abs. 1 i. V. m. 1025 Abs. 2 ZPO n.F.; Art. 1073 Abs. 1 i. V. m. Art. 1974 nied. ZPO. Das Schw. IPR-G hält strikt an dem Prinzip des Gleichlaufs von internationaler Zuständigkeit zur gerichtlichen Hilfeleistung und Schiedsverfahrensstatut fest, siehe Art. 176 Abs. 1 i. V. m. Art. 179 Abs. 2, 180 Abs. 3, 184 Abs. 2, 185 Schw. IPR-G; vgl. zum französischen Recht Tribunal de Grande Instance de Paris, Entscheidung vom 11. Mai 1987, Les Silos du Sud-Ouest S.A. c. Société des Engrais du Bénin S.E.B., Rev. arb 1988, 699, 701ff. (Ablehnung des Antrages auf Ernennung eines Schiedsrichters für ein Verfahren, das nicht in Frankreich stattfindet und nicht französischem Recht unterliegen sollte).

¹⁴⁷ Vgl. §§ 1025 Abs. 1 i. V. m. 1059 ZPO n.F.; Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 34 UNCITRAL-Modellgesetz; Art. 1073 Abs. 1 i. V. m. Art. 1064 ff. nied. ZPO; Art. 176 Abs. 1 i. V. m. Art. 190 Abs. 2 und 191 Schweiz. IPR-G; siehe auch rechtsverglei-

*b) Wahl des Sitzes des Schiedsgerichts
als stillschweigende Wahl des Verfahrensrechts*

Bei der Wahl des Sitzes des Schiedsgerichts durch die Parteien kommt in Betracht, dies als stillschweigende Wahl des Verfahrensrechts anzusehen¹⁴⁸. Das ist naheliegend angesichts der traditionell engen Bindung des Schiedsverfahrens an das Recht des Sitzes und der Bedeutung, welche der Gerichtsstandsklausel für die Rechtswahl auch sonst zugemessen wird (*quid eligit iudicem eligit ius*)¹⁴⁹. Die Regeln, nach denen staatliche Gerichte in das Schiedsverfahren eingreifen, sind außerdem diejenigen des Orts des Schiedsverfahrens, denn die örtlichen Gerichte wenden immer ihr Verfahrensrecht („*lex fori*“) an¹⁵⁰. Allerdings ist es auch möglich, daß die Gerichte am Ort des Schiedsverfahrens ein nicht ihrem Verfahrensrecht folgendes Schiedsverfahren als außerhalb ihrer Jurisdiktionsgewalt liegend schlichtweg ignorieren¹⁵¹.

chend *Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 757.

¹⁴⁸ *Fouchard, P.*, L'arbitrage commercial international, S. 327; *Klein, F.-E.*, The Law to be Applied by the Arbitrators to the Substance of the Dispute, in *Liber Amicorum Pieter Sanders*, Deventer 1982, S. 189–296 (195); *Regli, J.-P.*, S. 67; *Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 243 ff., 459 ff.; ICC-Schiedsspruch Nr. 5029 vom 16. Juli 1976, zitiert nach *Schlosser, P.*, *ibid.* Rdnr. 244, Fn. 9.

¹⁴⁹ *Trotzis & Sykias v. Monarch Lines* [1968] 1 Lloyd's Rep. 337 (AC) zitiert nach *Park, W. W.* ICLQ 32 (1983), 21–52 (24); *Scherk v. Alberto-Culver Co.* 417 U.S. 506, 519; Entscheidung des indischen Supreme Court vom 7. Mai 1992, YCA XVIII (1993), 403–414; High Court, Entscheidung vom 22. Dezember 1992, *Union of India v. Mc Donnell Douglas Corporation*, [1993] 3 Lloyd's Rep. 48 ff. = YCA XIX (1994), 235–239; Court of Appeals Brussels, Entscheidung vom 15. Oktober 1992, YCA XVIII (1993), 612–615; dagegen: *Mobil v. Asamera*, 43 NY 2d. 276, 401 N.Y.S. 2d 186 (1977); *Libyan Maritime Co. v. Gotaverken Arendal*, Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 21. Februar 1980, Clunet 107 (1980), 660 und Rev. arb 1980, 524.

¹⁵⁰ *Sauser-Hall, G.*, AnnIDI Vol. 44 (1952), I, 537.

¹⁵¹ Die Schweizer Gerichte lehnen jede Befassung mit Schiedsverfahren auf Schweizer Boden, die nicht dem Schweizer Verfahrensrecht folgen, ab. Siehe die berühmte Entscheidung des Kantongerichts Waadt S.E.E.E. v. Jugoslawien, RCDIP 47 (1958), 358, Revision zurückgewiesen, BG *ibid.* 366 ff.; vgl. auch BG, SN *Repal/Société des Raffineries du Rhône*, RCDIP 58 (1969), 106; demgegenüber hat das Schweizerische Bundesgericht kürzlich für ein in Genf stattfindendes Schiedsverfahren zwischen einer Internationalen Organisation und einem Privatunternehmen [Groupement d'Entreprises Fougerolle et Consorts c. CERN, Entscheidung vom 21. Dezember 1992, BGE 118 Ib, S. 562, 568] ausdrücklich anerkannt, daß die Parteien sich durch Verweisung auf eine anationale Rechtsordnung vom Sitzrecht emanzipieren können.

Die Parteien und, subsidiär, die Schiedsrichter haben freilich das Recht, die prozessualen Vorschriften zu wählen, die über das Verfahren herrschen sollen¹⁵². Sowohl die verfahrensrechtliche Parteiautonomie als auch die eigenständige prozessuale Regelungsbefugnis der Schiedsrichter finden aber ihre Grenze an den zwingenden Vorschriften des Prozeßrechts der *lex fori*: diejenigen Verfahrensregeln, deren Einhaltung am Sitz des Schiedsgerichts zwingend vorgeschrieben ist, können weder von den Parteien mittels einer abweichenden Vereinbarung noch vom Schiedsgericht selbst durch einen gegenteiligen Beschluß abgeändert oder außer Kraft gesetzt werden. Die zwingenden Normen des Prozeßrechts der *lex fori* bilden vielmehr den unabänderlichen Rahmen, innerhalb dessen das Schiedsverfahren abzulaufen hat und an den sowohl die Parteien als auch das Schiedsgericht gebunden sind¹⁵³.

*c) Regelungen multilateraler Übereinkommen
und nationaler Rechte*

(1) *Art. V Abs. 1 lit. d) UNÜ* stellt für das Schiedsverfahren hilfsweise zu den Parteivereinbarungen auf das Recht des Staates ab, wo das Verfahren stattgefunden hat. Diese subsidiäre Anknüpfung gilt immer, wenn eine ausdrückliche oder schlüssige Parteivereinbarung fehlt, selbst dann, wenn der Schiedsort von den Schiedsrichtern festgelegt wurde. Eine Anknüpfung gemäß dem hypothetischen Parteiwillen geht der Orientierung nach dem Schiedsort aber nicht vor. Auch wenn die Parteien das für die Hauptsache anwendbare Recht festgelegt haben, entscheidet für das Schiedsverfahren das Recht am Sitz des Schiedsgerichts¹⁵⁴.

(2) Im Gegensatz zu *Art. V Abs. 1 lit. d) UNÜ* fehlt im Rahmen des *EÜ* eine Vorschrift über die subsidiäre Geltung eines staatlichen Rechts, wenn keine Parteivereinbarung hinsichtlich des anwendbaren Verfahrensrechts getroffen worden ist. In diesem Fall haben die Schiedsrichter nach *Art. IV*

¹⁵² Vgl. dazu oben, unter § 6, B. III. 1.

¹⁵³ Berger, K.-P., Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, S. 340ff.; Mann, F.-A., in Liber Amicorum for Martin Domke, S. 157–183 (160–162); Sandrock, O., in Festschrift für Glossner, S. 281–309 (287), m.w.Nach.; Sauser-Hall, G., AnnIDI Vol. 47 (1957) I, S. 394, 396; Bank Mellat v. Helleniki Techniki S.A. [1983] 3 W.L.R. 783 (789); Naviera Amazonica Peruana S.A. v. Compania Internacional de Seguros de Peru, [1988] 1 Lloyd's Rep. 116, 119; Urteil des Appellationsgerichts Florenz vom 13. April 1978, YCA IV (1979), 294; vgl. auch First Secretariat Note: Possible Features of a Model Law, U.N. Doc. A/CN. 9/207 (14. Mai 1981), RdNr. 19.

¹⁵⁴ Schlosser, P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 240ff., 454; Schwab, K.-H., in Festschrift für Martin Luther, S. 164–178 (169); Schwab, K.-H./Walter, G., S. 452.

Abs. 3 Satz 1 EÜ den Ort des Verfahrens bzw. die einzuhaltenden Verfahrensregeln festzulegen; einigen sich die Schiedsrichter nicht, so kann der Präsident der Handelskammer oder das besondere Komitee um diese Festlegung ersucht werden. Die Frage nach dem subsidiär anzuwendenden staatlichen Recht dürfte sich daher in der Regel nicht stellen. Sie kann wohl nur dann auftreten, wenn keine Partei entsprechende Anträge bei dem Präsidenten der Handelskammer oder dem besonderen Komitee stellt. In diesem Fall muß dann das am Ort des Verfahrens geltende Verfahrensrecht angewendet werden¹⁵⁵.

(3) Das *UNCITRAL-Modellgesetz* knüpft seinen Anwendungsbereich nach *Art. 1 Abs. 2* ebenfalls an den Ort des Schiedsverfahrens an. In *Art. 19 UNCITRAL-Modellgesetz* wird den Parteien zwar das Recht eingeräumt, das Schiedsverfahren frei zu bestimmen. Dieses Gestaltungsrecht wird aber ausdrücklich unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit den zwingenden Vorschriften des Modellgesetzes gestellt. Somit besteht im Geltungsbereich des *UNCITRAL-Modellgesetzes* nur die Möglichkeit einer materiellrechtlichen Verweisung auf ein ausländisches Verfahrensrecht¹⁵⁶. Allerdings ist der Katalog der zwingenden Vorschriften auf ein Minimum reduziert worden¹⁵⁷. Die Eingriffsbefugnisse der Gerichte am Ort des Verfahrens sind ebenfalls streng begrenzt¹⁵⁸.

(4) Nach § 1025 *Abs. 1 ZPO n.F.* sind die Vorschriften des neuen 10. Buches künftig dann zwingend anzuwenden, wenn der von den Parteien, von der Schiedsinstitution oder vom Schiedsgericht nach § 1042 *Abs. 1 ZPO n.F.* festgelegte Ort des Schiedsverfahrens in Deutschland liegt¹⁵⁹.

¹⁵⁵ *Gentinetta, J.*, Die Befreiung der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit von der „nationalen Umklammerung“. Das europäische Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21. April 1961, RIW/AWD 15 (1969), 46–54 (49); *ders.*, Die *lex fori* ..., S. 311 ff.; *Mezger, E.*, *RabelsZ* 1965, 231–301 (275); *Schwab, K.-H.*, in *Festschrift für Martin Luther*, S. 164–178 (170); *Schwab, K.-H./Walter, G.*, S. 454; a.A. *Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 454.

¹⁵⁶ *Holtzmann, H./Neuhaus, J.*, A Guide to the *UNCITRAL-Model Law on International Commercial Arbitration* (1989), S. 564 m.w.Nach.; sehr kritisch zu dieser Regelung *Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 230: „Es ist ein großer Rücktritt, daß das *UNCITRAL-Modellgesetz* wieder strikt das territoriale Kriterium anwendet und den Parteien keine kollisionsrechtlichen Freiheiten zuläßt“.

¹⁵⁷ Art. 18; 23 Abs. 1; 24 Abs. 2 und 3; 30 Abs. 2; 31 Abs. 1, 3 und 4; 32; 33 Abs. 1 (außer lit. b), 2, 4 und 5 *UNCITRAL-Modellgesetz*; siehe *Analytical Commentary ob Draft Text*, U.N. Doc. A/CN. 9/264 (25. März 1985), Rdnr. 3, abgedruckt bei *Holtzmann, H./Neuhaus, J.*, S. 583.

¹⁵⁸ Siehe Art. 5 *UNCITRAL-Modellgesetz*.

¹⁵⁹ Mit dem „Ort des Schiedsverfahrens“ ist nicht etwa der tatsächliche Tagungs-ort des Schiedsgerichts oder der Ort, an dem wesentliche Teile der Beweisaufnahme

Mit dem neuen Recht ist demnach in Anlehnung an Art. 1 Abs. 2 des *UNCITRAL-Modellgesetzes* im deutschen Schiedsrecht das Territorialitätsprinzip eingeführt.

Die Sitzfestlegung in Deutschland bestimmt also die Anwendbarkeit des deutschen Rechts auf das Schiedsverfahren und damit auch die Qualifizierung des daraus resultierenden Schiedsspruchs als „deutsch“ und nicht wie bisher umgekehrt die Vereinbarung der Anwendbarkeit des deutschen Schiedsrechts¹⁶⁰. Die Parteien können also nicht mehr wie im früheren Recht¹⁶¹ für ein Schiedsverfahren mit Sitz in Deutschland die Wahl eines

stattgefunden haben oder der sonstige objektive Schwerpunkt des Schiedsverfahrens gemeint. Das Gesetz stellt vielmehr auf den Sitz des Schiedsverfahrens als formales Legaldomizil ab, das einzig den Zweck hat, für eine territoriale Anbindung dieses Verfahrens an das deutsche Schiedsgesetz zu sorgen, ohne aber zugleich ausdrücklich Schiedsrichter oder Parteien fest an diesen Ort zu binden; vgl. Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 28. Oktober 1997, *Société Procédés de préfabrication pour le béton c. Libye*, Rev. arb 1998, 399 mit Anmerkung *Leurent, B.*; siehe auch *Berger, K.-P.*, Das neue Recht der Schiedsgerichtsbarkeit, S. 16 ff.; *Mann, F.-A.*, ZHR 130 (1968), 97–129 (106); *ders.*, in Festschrift für Oppenhof, S. 215–226 (218); *Rensmann, T.*, S. 208; *Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 242 ff.

¹⁶⁰ Zum früheren deutschen Recht und zur Anknüpfung des Begriffs des „ausländischen Schiedsspruchs“ an das angewandte Verfahrensrecht vgl. *Berger, K.-P.*, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, S. 67 ff.; *Gottwald, P.*, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Generalbericht, in *Gottwald, P.* (Hrsg.), Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, S. 3–160 (103); *Haas, U.*, Die Anerkennung ..., S. 43 ff.; *Mann, F.-A.*, in *Liber Amicorum for Martin Domke* S. 157–183; *ders.*, in Festschrift für Flume 1978, S. 593–619, *ders.*, in Festschrift für Oppenhof, S. 215–226 (215, 219 ff.); *Nagel, H./Gottwald, P.*, § 16, RdNr. 69; *Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 457 ff.; *ders.*, in *Stein/Jonas*, Komm. zur ZPO, 21. Aufl., 1994, § 1044, RdNr. 10; *Schwab, K.-H./Walter, G.*, S. 269 m.w.Nach.; der prozessuale Standpunkt wird heute noch in Griechenland [Nachweise bei *Koussoulis, S.*, Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in Griechenland, in *Gottwald, P.* (Hrsg.), Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, S. 405–420 (409, Fn. 18)] und in Japan vertreten [Nachweise bei *Gottwald, P.*, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Generalbericht in *Gottwald, P.* (Hrsg.), Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, S. 3–160 (103)]; vgl. auch Art. 97 des kroatischen und slowenischen IPR-Gesetzes, wonach nach einem ausländischen Verfahrensrecht in Kroatien oder Slowenien ergangene Schiedssprüche als ausländische Schiedssprüche zu betrachten sind, berichtet nach *Heger, S.*, RIW 45 (1999), 481–487 (482, Fn. 7).

¹⁶¹ § 1034 Abs. 2 ZPO; vgl. dazu *Geimer, R.*, in *Zöller, R.*, ZPO Komm. 21. Aufl., 1999, § 1044, RdNr. 4, 4a; *Gottwald, P.*, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Generalbericht in *Gottwald, P.* (Hrsg.), Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, S. 3–160 (54, Fn. 392); *Maier, H. J.*, in *Lüke, G./Walchshöfer, A.* (Hrsg.), Münchener Kommentar zur ZPO, Band 3, §§ 803–1048, EGZPO, GVG, EGGVG, Internationales Zivilprozeßrecht, München 1992, § 1044, RdNr. 2; *Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 230, 459; *Schütze, A.*, in *Schütze, A./Tscherning, D./Wais, W.*, Handbuch des Schiedsverfahrens, 2. Aufl., 1990, RdNr. 381; a.A. *Mann, F.-A.*, in *Liber Amicorum for Martin Domke*,

fremden Schiedsrechts vereinbaren und so die Geltung des deutschen Schiedsrechts völlig ausschließen¹⁶². Die zwingenden Bestimmungen des deutschen Rechts, einschließlich derjenigen über die Zuständigkeit deutscher Gerichte, bleiben vielmehr künftig für diese Verfahren stets anwendbar, denn kraft der gesetzlich angeordneten territorialen Anbindung in § 1025 Abs. 1 ZPO n.F. unterliegt das Verfahren zwingend dem deutschen Schiedsrecht. Wählen die Parteien dennoch ein fremdes Schiedsrecht, so finden die Normen des fremden Rechts nicht kraft ihres hoheitlichen Geltungsanspruchs Anwendung, sondern werden durch Verweisung der Parteien zum Bestandteil des Vertrages. Ihnen kommt also lediglich die Qualität einer in Bezug genommenen Schiedsordnung zu, gelten dann nur insoweit als sie nicht mit den zwingenden Bestimmungen des deutschen Schiedsrechts kollidieren.

(5) Dem Trend der Anknüpfung des Schiedsverfahrensrechts an den Sitz des Schiedsgerichts haben sich auch das belgische¹⁶³, das niederländische¹⁶⁴, das österreichische¹⁶⁵ und nunmehr das englische Recht¹⁶⁶ angeschlossen¹⁶⁷. Selbst das französische Recht, das für „internationale“ Schiedsverfahren¹⁶⁸ liberale Sonderregelungen vorsieht, hält am Territorialitätsprinzip weiter fest. Sofern ein Schiedsgericht seinen Sitz in Frankreich hat, bleibt es – wenn es auch „international“ ist – französischem Recht unterworfen. Zwar können die Parteien gemäß Art. 1494 *ncpc* das Schiedsverfahren durch entsprechende Vereinbarung einem ausländischen Verfahrensrecht unterwerfen. Dabei handelt es sich aber nur um die Möglichkeit einer materiellrechtlichen¹⁶⁹ Verweisung¹⁷⁰, da jeder in Frankreich erlas-

S. 157–183 (160–162); Sandrock, O., in Festschrift für Glossner, S. 281–309 (295); Schwab, K.-H./Walter, G., S. 269 ff., 456 ff.; Nachweise zur Rechtsprechung und Literatur bei Rensmann, T., S. 51 ff.

¹⁶² a. A. Kronke, H., Internationale Schiedsverfahren nach der Reform, RIW 44 (1998), 257–265 (260, Fn. 38).

¹⁶³ Art. 1717 Abs. 1 u. 2 des *code judiciaire*.

¹⁶⁴ Art. 1073 Abs. 1 nied. ZPO.

¹⁶⁵ Implizit öOGH, Entscheidung vom 17. November 1971, JBl. 1974, 629; öOGH, Entscheidung vom 1. Februar 1980, JBl. 1981, 437.

¹⁶⁶ Art. 2 des neuen englischen Rechts in Rev. arb 1997, 94.

¹⁶⁷ Rechtsvergleichender Überblick bei Sandrock, O., in Festschrift für Glossner, S. 281–309 (298, Fn. 25).

¹⁶⁸ „International“ sind nach Art. 1492 *ncpc* Schiedsverfahren, welche die Interessen des internationalen Handels berühren; zum Begriff der „internationalen Schiedsgerichtsbarkeit“ und seinen verschiedenen Anknüpfungspunkten vgl. Barber, H., S. 7 ff.; Gottwald, P., Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Generalbericht, in Gottwald, P. (Hrsg.), Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, S. 3–160 (5); Haas, U., Die Anerkennung ..., S. 44 ff.; für Griechenland vgl. Koussoulis, S., Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in Griechenland, in Gottwald, P. (Hrsg.), Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, S. 405–420 (407 ff.).

sene „internationale“ Schiedsspruch gemäß Art. 1504 *ncpc* von französischen Gerichten an den in Art. 1502 *ncpc* aufgezählten Aufhebungsgründen gemessen werden kann¹⁷¹.

Insgesamt sind insofern die Argumente für eine Übereinstimmung von Sitz und Verfahren gewichtig und in der 1957 in Amsterdam verabschiedeten Resolution des *Institut du Droit International* findet das Recht des Sitzes stets Anwendung, es sei denn, die Parteien hätten ausdrücklich für Sitz und Verfahren verschiedene Rechtsordnungen gewählt und dies war zumindest nach einer dieser beiden Rechtsordnungen zulässig¹⁷².

2. Kritik

Gegen die Geltung des Rechtes des Staates am Sitz des Schiedsgerichts bei Konzessionsschiedsverfahren wurde eingewandt, gerade hier sei die Ortswahl nicht von rechtlichen Erwägungen, sondern von eher zufälligen Bequemlichkeitserwägungen abhängig¹⁷³. Unterstellen die Parteien das

¹⁶⁹ Im Gegensatz zur kollisionsrechtlichen Verweisungsfreiheit, aufgrund derer sich die Parteien über die ohne Rechtswahl maßgebliche Rechtsordnung einschließlich ihrer zwingenden Normen hinwegsetzen dürfen, können die Parteien im Rahmen einer materiellrechtlichen Verweisung nur die dispositiven Normen ersetzen, vgl. etwa *Martiny, D.*, in *Reithmann, Ch./Martiny, D.* (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht*, 5. Aufl., Köln 1996, RdNr. 47.

¹⁷⁰ *Mezger, E.*, Diskussionsbeitrag, in: *International Law Association*, Report of the 60th Conference (1982), S. 282, 283; *Sandrock, O.*, in *Festschrift für Glossner*, S. 281–309 (299); *Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 145, 211.

¹⁷¹ Die Aufhebbarkeit „internationaler“ Schiedssprüche läßt sich nicht durch Parteivereinbarung ausschließen: siehe *Cour d'Appel de Paris*, Entscheidung vom 17. Mai 1983, *Société Techni Omport Professionel c. Société Electro Scientific Industries*, Rev. arb 1987, 311, 313; *Cour d'Appel de Paris*, Entscheidung vom 10. September 1993, *Société European Gas Turbines SA c. Société Westman International Ltd.*, RCDIP 83 (1994), 349–354.

¹⁷² Art. 2 Abs. 1 der Resolution lautet: „*A défaut de siège déterminé en vertu de l'article premier, les parties sont censées avoir investi les arbitres du droit de fixer le lieu où siégera le tribunal arbitral, et ce choix détermine la loi applicable à l'arbitrage dans la mesure indiquée par les dispositions qui suivent*“, AnnIDI Vol. 47 (1957), II, 479–484 (480).

¹⁷³ *Cattan, H.*, The Law of Oil Concessions ..., S. 171; *Leboulanger, P.*, Les contrats entre Etats ..., S. 271; *Lew, J. D. M.*, S. 252–253; *Lionnet, K.*, in *Glossner, O.* (Hrsg.), *Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit* 1989, S. 52–63 (58); *Paasivirta, E.*, Participation of States ..., S. 69 ff.; *Paulsson, J.*, ICLQ 32 (1983), 53–61 (55); *Rensmann, T.*, S. 59; *Sandrock, O.*, Welches Kollisionsrecht hat ein Internationales Schiedsgericht anzuwenden? RIW 38 (1992), 785–795 (787); *Toope, S. J.*, S. 39; *Tschanz, P.-Y.*, IntL 18 (1984), 245–281 (259); vgl. das Beispiel von *Derains, Y.*, Diskussionsbeitrag in Rev. arb 1980, 367, 368, wo die Entscheidung der Parteien zwischen Genf und Zürich danach getroffen wurde, welcher der Orte

Schiedsverfahren einer internationalen Schiedsordnung, wie derjenigen der *IntHK*-Paris, werden sie vielfach sogar die positive Erwartung haben, daß sie sich damit einem „wirklich“ internationalen Schiedsverfahren unterworfen haben, das von der Herrschaft des Sitzrechts gelöst ist¹⁷⁴. In manchen Verträgen wird zwar ausdrücklich der Sitz des Schiedsgerichts bestimmt, dem Schiedsrichter jedoch die Aufstellung der Verfahrensregeln überlassen¹⁷⁵. Darüber hinaus wurden das Primat der Parteiautonomie¹⁷⁶ als notwendiger Ausfluß der Spezifität der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit und auch in Konzessionsschiedsverfahren geltend und die fehlende hoheitliche Legitimierung der Schiedsgerichtsbarkeit¹⁷⁷ ins Feld geführt, um die Maßgeblichkeit der territorialen Anbindung in Frage zu stellen.

eine direkte Flugverbindung nach New York hatte; siehe auch Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 21. Februar 1980, *General National Maritime Transport Company c. Société Götaverken Arendal A.B.*, *Clunet* 107 (1980), 660, 668: „... *Le lieu des opérations d'arbitrage, uniquement choisi pour assurer leur neutralité, n'est pas significatif et ne peut être considéré comme une manifestation de volonté implicite des parties de se soumettre, ne serait-ce qu'à titre subsidiaire, à la loi procédurale française* ...“ [Hervorhebung von der Verfasserin]; so auch Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 9. Dezember 1981, *Société Aksa c. Société Norsolor*, *Rev. arb* 1981, 306, mit Anmerkung *Jeantet, F. Ch.*; Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 20. Dezember 1984, *Commandement des Forces aériennes de la République Islamique d'Iran c. Société Bendone Derossi International*, *Rev. arb* 1985, 418 mit Anmerkung *Synvet, H.*

¹⁷⁴ *Fragistas, Ch.*, *Arbitrage étranger et arbitrage international en droit privé*, *RCDIP* 49 (1960), 1–20 (17); siehe auch *GNMTC c. Götaverken* (§ 6, Fn. 173), *Clunet* 107 (1980), 667 ff.

¹⁷⁵ Art. 43 Abs. 5 des *LIPETCO/AUXERAP*-Vertrages von 1968, in *Selected Documents* (§ 1, Fn. 48), 1968, 197 ff.: „*The place of the arbitration shall be Geneva. The procedure of arbitration shall be determined by the arbitrators*“; siehe auch Art. 63 und 65 des *Vertrages Sonatrach/Getty* von 1968, *ibid.* S. 253 ff.

¹⁷⁶ *Craig, W. L./Park, W. W./Paulsson, J.*, S. 271 ff.; *Gentinetta, J.*, *Die lex fori* ..., S. 215; *Goldmann, G.*, *RdC* 109 (1963–II), 347–483 (480); *ders.* *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives*, *Clunet* 106 (1979), 475–505 (491); *Fouchard, P.*, *L'arbitrage commercial international* ..., S. 23–27, 355–356, 378; *Fouchard, P./Gaillard, E./Goldman, B.*, *Traité de l'arbitrage commercial international*, S. 654; *Lionnet, K.*, in *Glossner, O.* (Hrsg.), *Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit* 1989, S. 52–63 (58); *Regli, J.-P.*, S. 61 ff.; zahlreiche Beispiele bei *Sandrock, O.*, *RIW* 38 (1992), 785–795 (787).

¹⁷⁷ *Gentinetta, J.*, *Die lex fori* ..., S. 80; von *Hoffmann, B.*, *Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit* ... S. 64: „*Nach Ablehnung der öffentlich-rechtlichen Theorie kann auch nicht angenommen werden, daß ein besonderes staatliches Interesse besteht, die auf seinem Territorium stattfindenden privaten Handlungen seinem Recht zu unterstellen. Für eine zwingende territoriale Anknüpfung besteht kein sachlicher Grund*“.

3. Das Recht des Staates am Sitz des Schiedsgerichts als entscheidender Anknüpfungspunkt im konzessionären Bereich

Dem Verfahrensrecht des Staates am Sitz des Schiedsgerichts kommt zwar heutzutage doch teilweise keine zwingende Anwendung zu¹⁷⁸, jedoch liegt in der einverständlichen Bestimmung des Schiedsortes die stillschweigende Vereinbarung über die Anwendung des dort geltenden Sitzrechts, zumal wenn der Einzelschiedsrichter oder Vorsitzende des Schiedsgerichts aus dem Sitzland stammt¹⁷⁹. Ist der Sitz nicht von den Parteien gewählt, sondern vom Schiedsrichter bestimmt, so hat die Anwendung des Verfahrensrechts am Schiedsort immer noch den Vorteil, daß die Eingriffsbefugnisse der staatlichen Institutionen in das Schiedsverfahren eindeutig zu bestimmen sind¹⁸⁰. Hat darüber hinaus die Ernennungsautorität des Schiedsrichters noch einen Bezug zum örtlichen Recht – im Falle *Sapphire* wurde Schiedsrichter *Cavin* vom Präsidenten des Schweizerischen Bundesgerichts¹⁸¹, im Falle *Elf/NIOC* Schiedsrichter *Gomard* vom Präsidenten des dänischen obersten Gerichtshofes ernannt¹⁸² – so ist auch noch eine Stütze im Parteiwillen vorhanden.

Die subsidiäre Abstellung auf den Sitz des Schiedsgerichts, die ihre ausdrückliche Bestätigung in vielen internationale Abkommen gefunden hat¹⁸³, dient zudem dem Zweck, über die großen Schwierigkeiten hinwegzukommen, welche alle Versuche gebracht haben, die Zuordnung eines Schiedsverfahrens zu einem bestimmten Recht nach dem Indizienschwerpunkt zu bestimmen¹⁸⁴. Mann wollte klare Anknüpfungspunkte, eine Funktion, die außer einer ausdrücklich erklärten oder schlüssig erkennbar gemachten Entscheidung von Personen nur ein örtlicher Anknüpfungspunkt leisten kann. Gerade deshalb kann man sich an solchen Entscheidungen von Personen orientieren, wenn sie verlautbart wurden. Haben Parteien, Schiedsrichter oder Dritte befugtermaßen den Sitz des Schiedsgerichts festgelegt, so besteht kein Grund, damit die Voraussetzungen des territorialen Kriteriums

¹⁷⁸ Vgl. dazu oben, unter § 6, B. III. 1. und 2.

¹⁷⁹ *Basedow, J.*, in *Glossner, O.* (Hrsg.), *Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit* 1987, S. 3 ff.; die Regel gewinnt Bedeutung dadurch, daß in fast 80 % der Schiedsverfahren vor der *IntHK* die Parteien bereits in der Schiedsvereinbarung oder spätestens zu Beginn des Hauptverfahrens den Ort des Schiedsverfahrens festlegen; zu dieser Zahl, *Reiner, A.*, *ICC-Schiedsgerichtsbarkeit, Ein Handbuch für die Praxis*, Wien 1989, S. 143, Fn. 316.

¹⁸⁰ Vgl. dazu oben, unter § 6, Fn. 143.

¹⁸¹ Oben, unter § 6, B. II. 4. b).

¹⁸² Oben, unter § 6, Fn. 18, 106.

¹⁸³ Vgl. dazu oben, unter § 6, C. I. 1. c) (1) und (2).

¹⁸⁴ *Schlosser, P.*, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, RdNr. 242.

in vielen Gesetzen und multilateralen Übereinkommen nicht als erfüllt anzusehen. Ihrem Sinn wird vielmehr besonders entsprochen, weil so eine klare Anknüpfung gewährleistet ist, auch wenn die Schiedsrichter aus Praktikabilitätsgründen an unterschiedlichen Orten tätig werden.

Die These vom nationalen Binnenrecht als Begrenzungsmaßstab der Parteiautonomie¹⁸⁵ verliert darüber hinaus angesichts der Konvergenz von Autonomiebedürfnissen der Praxis und Liberalität moderner nationaler Regelungen¹⁸⁶ zunehmend an Bedeutung. Letztlich entscheidet das Sitzrecht über die Zulässigkeit der Rechtswahl und den Umfang der Parteiautonomie, weil den Gerichten des Staates am Sitz des Schiedsgerichts insoweit eine wenn auch rudimentäre Prüfungskompetenz zukommt¹⁸⁷. Diese durch das nationale Recht mediatisierte Parteiautonomie tritt an die Stelle der früher geforderten umfassenden kollisionsrechtlichen Parteiautonomie¹⁸⁸, ohne daß dadurch eine unauflösbare Antinomie zwischen Territorialität und Liberalität der Schiedsgerichtsbarkeit, verstanden als Optimierung der parteiautonomen Rechtsgestaltung¹⁸⁹, hergestellt würde.

Letztendlich entspricht das Prinzip der Sitzanknüpfung nicht nur der souveränen Regelungsbefugnis des nationalen Gesetzgebers der Sitzlandes¹⁹⁰, sondern, ähnlich wie die moderne Dogmatik zum „*lex fori*“-Grundsatz nationaler Gerichte¹⁹¹ und zur Rechtswahlfreiheit im Internationalen Privatrecht¹⁹², auch der Zweckmäßigkeit und praktischen Vernunft¹⁹³. Der Sitz

¹⁸⁵ von Hoffmann, B., Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit ..., S. 74.

¹⁸⁶ Zum Verfahrensrecht vgl. oben, unter § 6, B. III. und unten, unter § 6, D. I. 1., 2. und 3.; zum Kollisionsrecht und materiellen Recht unten, unter § 7 und § 8; die dispositiven Sachnormen und die Kollisionsnormen der Sitzrechtes geben die Regelungsbefugnis an die Parteien weiter, ohne dadurch allerdings die staatliche Regelungsverantwortung völlig zu negieren.

¹⁸⁷ Vgl. dazu oben, unter § 6, C. I. 1. b).

¹⁸⁸ Vgl. generell, dazu David, R., S. 307; von Hoffmann, B., Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit ..., S. 66ff.

¹⁸⁹ Vgl. dazu Coing, H., Einführendes Referat, in Coing, H./Ellwood, L. A./Fouchard, P./Waehler, J. P./Vondracek, T./Koschucharoff, A./Lando, O./Migliazza, A. (eds.), Materielles Recht und Verfahrensrecht, Frankfurt a/M 1972, S. 9–23 (20): „Je mehr die staatlichen Rechtsordnungen der Parteiautonomie Spielraum gewähren, desto leichter wird es sein, durch die Kautelar-Jurisprudenz und die Ausgestaltung der Schiedsabreden zu einer Einheitlichkeit oder Harmonisierung der in Betracht kommenden Rechtsordnungen zu kommen“.

¹⁹⁰ Böckstiegel, K.-H., Die UNCITRAL-Verfahrensordnung für Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit und das anwendbare Recht, RIW 28 (1982), 706–712 (709); Mann, F.-A., ZHR 130 (1968), 97–129 (104).

¹⁹¹ Vgl. dazu Geimer, R., Internationales Zivilprozeßrecht, 3. Aufl., Köln 1997, RdNr. 320ff.; Schütze, R., Deutsches Internationales Zivilprozeßrecht, Berlin, New York 1985, S. 15.

¹⁹² Gamilscheg, F., Rechtswahl, Schwerpunkt und mutmaßlicher Parteiwille im internationalen Vertragsrecht, AcP 1958/1959, 303–341, wonach im internationalen

wird in vielen Fällen ohne Probleme bestimmbar. Dementsprechend bildet die Anknüpfung des Schiedsverfahrens an das Recht am Sitz des Schiedsgerichts einen den Bedürfnissen der Schiedsgerichtsbarkeit in konzessionären Bereich dienenden Grundsatz.

II. Anwendung der *lex causae*

In der Literatur wurde die Auffassung vertreten, aus einer Rechtswahlklausel über das in der Hauptsache anwendbare Recht könnten auch Rückschlüsse auf einen hypothetischen Parteiwillen hinsichtlich des Schiedsverfahrensstatuts gezogen werden¹⁹⁴. Dieser Ansicht hat sich aber kein Schiedsgericht angeschlossen¹⁹⁵. Man ist heutzutage von einer einheitlichen Anknüpfung von Schiedsverfahrens- und Hauptsachenstatut mit Recht abgekommen¹⁹⁶. Der Rückgriff auf die *lex causae* für die Bestimmung des auf das Schiedsverfahren anwendbaren Rechts ist zunächst deshalb verfehlt, weil das auf die Hauptsache anzuwendende Recht häufig selbst erst im Schiedsspruch aufgefunden wird und überdies mit rein verfahrensrechtlichen Fragen nichts gemein hat. Bei der Bestimmung der *lex causae* spielen außerdem Gedanken der Sachnähe eine ausschlaggebende Rolle, die Wahl einer neutralen Rechtsordnung wird die große Ausnahme sein¹⁹⁷. Demge-

Schuldrecht die Bedürfnisse des Verkehrs die wirksamste und stärkste Quelle des internationalen Privatrechts darstellen; vgl. auch *Kegel, G.*, Internationales Privatrecht, 7. Aufl., München 1995, § 2, II 2, S. 110: „*Dem Verkehr ist gedient, wenn man leicht und sicher geht*“.

¹⁹³ Vgl. zur Präferenz der internationalen Wirtschaftspraxis für Kalkulierbarkeit und Vernunft im Rahmen der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, *Böckstiegel, K.-H.*, Das UNCITRAL-Modell-Gesetz für die internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, RIW 30 (1984), 670–678 (675).

¹⁹⁴ *Varma, A.*, Texaco Overseas Petroleum Company v. Libyan Arab Republic, ColJTransL 18 (1979), 259–288; mit Einschränkungen auch *Gruss, H.-J.*, ZaöRV 39 (1979), 782–806 (788).

¹⁹⁵ Ausdrücklich abgelehnt im Aramco-Schiedsverfahren (§ 6, Fn. 10), ILR 27 (1963), 117–233 (156): „*In considering that the arbitration, as such, is governed by the Law of Nations, the Arbitration Tribunal does not intend to apply this Law to the merits of the dispute, since the law governing the merits of the dispute is independent of the law governing the arbitration itself*“ [Hervorhebung von der Verfasserin]; auch in Sapphire-, BP-, und Aminoil-Schiedssprüchen wurde zwar auf das Schiedsverfahren das Recht am Sitz des Schiedsgerichts angewandt (vgl. oben, unter § 6, B. II. 4. und 5.), auf die Hauptsache aber ein anderes materielles Recht (vgl. dazu unten, unter § 7 und 8).

¹⁹⁶ *Mann, F.-A.*, in Festschrift für Oppenhof, S. 215–226 (219); *Markert, T.*, S. 101; *Paasivirta, E.*, Participation of States ..., S. 121; *Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 257 ff. 453 ff.; zur vergleichbaren Problematik bei der einheitlichen Anknüpfung von Schiedsvertrag und Schiedsverfahren siehe *Schlosser, P.*, *ibid.* RdNr. 214 ff., 254.

genüber gehen die Parteien bei der Wahl des Schiedsverfahrensstatuts von Überlegungen der Neutralität des gewählten Schiedsortes und dessen Verfahrensrechts aus unter gleichzeitiger Gewährleistung gewisser justizförmiger Verfahrensgarantien¹⁹⁸.

Haben die Parteien selbst in ihrer Schiedsvereinbarung darüber entschieden, an welchem Ort das Schiedsgericht zukünftig domiziliert sein soll, so findet sich dieser Sitz im Regelfall nicht in dem Heimatstaat einer der beiden Parteien oder dort, wo über den Vertrag verhandelt worden ist, wo eine seiner Hauptverpflichtungen erfüllt werden soll oder wo eine Nebenleistung (z.B. Finanzierung) erbracht wird, sondern in einem „neutralen“ Drittstaat. Denn keine der Parteien ist normalerweise gewillt, ihrem Partner einen „Heimvorteil“ in der Weise zuzugestehen, daß ein eventuell in Zukunft erforderlich werdendes Schiedsverfahren auf dem Territorium seines Heimatstaates oder des Erfüllungsortes seiner eigenen Hauptverpflichtung abläuft, mit der Folge, daß der ergehende Schiedsspruch die gleiche Nationalität wie diejenige ihres Vertragspartners oder seiner Erfüllungleistung aufweise¹⁹⁹.

Nur in Ausnahmefällen kann sich eine Partei aufgrund ihres wirtschaftlichen oder sonstigen Übergewichts mit einer solchen Forderung gegenüber ihrem Vertragspartner durchsetzen. Im Regelfall werden die Parteien den Sitz des Schiedsgerichts an einen Ort verlegen, zu welchem der Vertrag, die Verhandlungen zum Abschluß desselben, die Leistungen zur Erfüllung der aus ihm erwachsenen Verpflichtungen und eventuelle Nebenabsprachen keine faktischen Beziehungen aufweisen. Der ausgewählte Schiedsort hat mit anderen Worten weder mit den Parteien noch mit dem Vertrag irgendwas zu tun, sondern wird nur deshalb ausgewählt, weil er sich an einem aus der Sicht der Parteien „neutralen“ und verkehrsgünstigen Ort befindet²⁰⁰.

Scheidet damit die *lex causae* als Anknüpfungspunkt des Schiedsverfahrensstatuts aus, dann bietet sich für den Schiedsrichter die Möglichkeit an,

¹⁹⁷ Nur im Quisqueya-Vertrag zwischen der Dominikanischen Republik und der kanadischen Gesellschaft Falconbridge wurde das neutrale New Yorker Recht gewählt, zitiert nach *Bartels, M.*, S. 108.

¹⁹⁸ Vgl. dazu oben, unter § 6, Fn. 173.

¹⁹⁹ Zu den möglichen Anknüpfungspunkten der „Nationalität“ eines Schiedsspruchs und zur heutigen fast einhellig vertretenen Ansicht der Anknüpfung am Sitz des Schiedsgerichts vgl. oben, unter § 6, Fn. 160.

²⁰⁰ Teilweise fügt man auch die Klausel „*Schiedsort Paris*“ allein deshalb in eine Vereinbarung ein, weil man sich auf ein Schiedsverfahren nach den Regeln des in Paris beheimateten Internationalen Schiedsgerichtshofs der *IntHK* geeinigt hat, und zwar in Unkenntnis der Tatsache, daß es die Verfahrensregeln der *IntHK* erlauben, auch andere Orte als Paris zum Schiedsort zu bestimmen; vgl. dazu oben, unter § 6, Fn. 7 und B. III. 1. (4), Fn. 117 ff.

auf das Verfahrensrecht des Staates am Sitz des Schiedsgerichts zurückzugreifen, um die *lex arbitri* festzulegen. Die Frage, ob ein solcher Rückgriff heute noch vertretbar ist oder ob man von einer „*Entnationalisierung*“ des Rechts der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit von der nationalrechtlichen Verankerung sprechen kann, steht im Mittelpunkt des nachfolgenden Abschnitts.

D. Die Lösung des Schiedsverfahrens vom Recht des Staates am Sitz des Schiedsgerichts

Seit 1960 wird vor allem in Frankreich²⁰¹ die Bezugnahme auf völkerrechtliche²⁰² oder transnationale²⁰³ Verfahrensgrundsätze ohne jede Bindung an die Rechtsordnung des Sitzlandes oder eines anderen Landes als ausreichender Verfahrensrahmen für internationale Schiedsverfahren angesehen (*pactum facit arbitrum*). Anationale²⁰⁴ oder delokalisierte Schiedssprüche²⁰⁵ (*sentences flottantes, floatings awards*)²⁰⁶ sind inzwischen ein Topos

²⁰¹ Ausgehend von der mit der Entscheidung *Gosset* der Cour de Cassation vom 7. Mai 1963 postulierten juristischen Autonomie der Schiedsklausel (§ 4, Fn. 203) ist in Frankreich die Lehre entwickelt worden, in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit bestimme sich das zur Anwendung kommende Verfahrensrecht unabhängig von dem am Sitz des Schiedsgerichts geltenden oder nach anderen kollisionsrechtlichen Gesichtspunkten ermittelten staatlichen Recht allein nach dem Parteiwillen: *Fouchard, P.*, *L'arbitrage commercial international ...*, S. 496 ff.; *Fragistas, Ch.*, RCDIP 49 (1960), 1–20 (14); *Goldman, B.*, RdC 109 (1963–II), 347–483 (380): „*Every investigation of a theory corresponding to the nature of international arbitration leads ineluctably to an autonomous, not a national system ...*“; *Robert, J.*, *L'arbitrage ...*, RdNr. 340 ff.

²⁰² Vgl. dazu unten, unter § 6, D. IV.

²⁰³ Vgl. dazu unten, unter § 6, D. III.

²⁰⁴ *van den Berg, A. J.*, *The New York Arbitration Convention of 1958*, S. 29; *ders.*, *Recent Enforcement Problems under The New York and ICSID Conventions*, 5 Arb. Int 1989, 2–20; *Bucher, A.*, *Zur Lokalisierung internationaler Schiedsgerichte in der Schweiz*, in *Festschrift für Max Keller* 1989, S. 565–574 (572); *Herdegen, M.*, RIW 35 (1989), 329–337 (332); *ders.*, *Internationales Wirtschaftsrecht*, 2. Aufl., 1995, S. 98 ff.; *Park, W.*, TuLR 63 (1989), 647–709 (664); *Rensmann, T.*, S. 31 ff.; *International Law Association/British Branch Committee on the Enforcement of International Arbitral Awards, Delocalised Arbitrations and the New York Convention*, 1982, S. 5.

²⁰⁵ *American Arbitration Association, Report on Delocalised Arbitration*, Arb. J 39 (1984), S. 58; *Böckstiegel, K.-H.*, *Zu den Thesen von einer „delokalisierten“ internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, in *Festschrift für Walter Oppenhof*, 1985, S. 1–10; *Paulsson, J.*, ICLQ 32 (1983), 53–61; *Toope, S. J.*, S. 17.

²⁰⁶ *Dasser, F.*, *Internationale Schiedsgerichte und lex mercatoria*, Zürich 1989, S. 271; *Gottwald, P.*, *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, Generalbericht in *Gottwald, P.* (Hrsg.), *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, S. 3–160 (103); *Herdegen, M.*, *Internationales Wirtschaftsrecht*, S. 99; *Klein, F.-E.*, Schw.Jb.Int.R 24 (1967),

der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit²⁰⁷. Derselbe Begriff wird auch bei Schiedsverfahren zwischen einem Staat und einer ausländischen Privatperson verwendet²⁰⁸. Als solche werden diejenige Schiedssprüche bezeichnet, die in einem Verfahren ergehen, das nach dem Willen der Parteien keinem nationalen Recht unterliegen soll²⁰⁹.

Die Idee eines Schiedsspruches, der von den Fesseln des nationalen Rechts gelöst ist, wurde in den fünfziger und sechziger Jahren zur Überwindung des nur unzureichend auf die Bedürfnisse des internationalen Handels eingestellten rechtlichen Regimes der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit entwickelt²¹⁰. Bei Schiedsverfahren zwischen einem Staat und einer Privatperson besteht weiterhin ein besonderer Grund nach Lösung des Schiedsverfahrens vom nationalen Recht: Die private Verfahrenspartei wird sich nicht dem Recht und damit der Regelungsgewalt des staatlichen Vertragspartners unterstellen wollen, während der beteiligte Staat nicht bereit sein wird, sich der Rechtsordnung eines anderen Staates zu unterwerfen²¹¹. Dieser Interessengegensatz erscheint häufig nur durch die Entnationalisierung des Schiedsverfahrens auflösbar²¹².

S. 87, 89; als „*floating arbitration*“ werden in der englischen Rechtsprechung auch Schiedsverfahren bezeichnet, bei denen einer der Parteien im Hinblick auf das Verfahrensstatut ein Optionsrecht eingeräumt worden ist, das erst im Streitfall ausgeübt werden muß; vgl. *Star Shipping A.S. v. China National Foreign Trade Transportation Corporation* [1993] 2 Lloyd's Rep. 445, 449 (per *Lloyd L. J.*), 452 (per *Steyn, L. J.*). Sofern das Verfahrensstatut bereits vor Ausübung des Optionsrechts bestimmt werden muß, wird die Anknüpfung zunächst anhand objektiver Kriterien vorgenommen.

²⁰⁷ *Berger, K.-P.*, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, S. 342; von *Mehren, A.*, in *Etudes offertes à Goldman*, S. 217–227; *Redfern, A./Hunter, M.*, S. 81 ff.; *Park, W. W.*, ICLQ 32 (1983), 21–52; *ders.*, TulLR 63 (1989), 647–709 (651); *Paulsson, J.*, ICLQ 30 (1981), 358–387; *Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 188 ff.

²⁰⁸ Hoge Raad der Niederlande, Entscheidung vom 7. November 1985, *Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises en liquidité v. Socialist Federal Republic of Yugoslavia*, abgedruckt in *Gaja, G.*, (Hrsg.), *International Commercial Arbitration: New York Convention* (Stand: März 1981), V. 35, S. 1, 3. Dort werden anationale Schiedssprüche definiert als „*awards made by arbitrators which, as a consequence of the procedural rules adopted by the parties in their agreement, cannot be deemed to have been given according to the law of a particular country*“.

²⁰⁹ Zu den in der Literatur und der Rechtsprechung anderen benutzten Begriffen für die Bezeichnung von Schiedssprüchen, die verfahrensrechtlich nicht auf einer staatlichen Gesetzgebung beruhen, siehe *Rensmann, T.*, S. 32.

²¹⁰ Vgl. etwa *International Chamber of Commerce, Enforcement of International Arbitration Awards*, IHK-Broschüre, Nr. 174 (1953), S. 7.

²¹¹ Vgl. dazu oben, unter § 2, A.

²¹² *Herdegen, M.*, Internationales Wirtschaftsrecht, S. 98; von *Mehren, A./de Aréchaga, J. E.*, *L'arbitrage entre Etats et entreprises étrangères*, Final Report, AnnIDI 63 (1989), I, S. 191–201; vgl. auch das von der englischen Delegation der Interna-

Seit den fünfziger Jahren haben sich die rechtlichen Rahmenbedingungen für die internationale private Schiedsgerichtsbarkeit wesentlich verändert. Eine große Reformbewegung hat eingesetzt, in deren Verlauf eine Vielzahl von Staaten ihre Schiedsverfahrensrechte modernisieren (*I. 1. und 2.*). Allen Reformgesetzen ist die Deregulierung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit gemeinsam: Den Verfahrensparteien wird eine fast unbeschränkte Gestaltungsfreiheit zur Bestimmung des anwendbaren Verfahrensrechts eingeräumt, die nur noch in grundlegenden rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien ihre Grenzen findet²¹³. Mit der um sich greifenden Liberalisierung und Harmonisierung der staatlichen Schiedsverfahrensrechte schwindet gleichzeitig das praktische Bedürfnis nach Anerkennung anationaler Verfahrensregelungen in der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit (*I. 3.*).

Bei Schiedsverfahren zwischen einem Staat und einer ausländischen Privatperson setzt sich ein rechtsordnungsloser Schiedsspruch erheblichen rechtstheoretischen Einwänden aus (*II.*). Die *lex mercatoria* eignet sich außerdem nicht als Schiedsverfahrensstatut, da noch kein ausreichender Bestand an Normen zur Regelung des Schiedsverfahrens nachgewiesen worden ist (*III.*). Selbst wenn die Parteien ihr Verfahren kraft Rechtswahl dem Völkerrecht unterstellen können (*IV. 1.*), hat ein völkerrechtlicher Schiedsspruch in der Praxis geringere Vollstreckungsschancen als eine auf einem nationalen Recht beruhende Schiedsentscheidung (*IV. 2.*). Insofern bleiben die praktische Entbehrlichkeit der Bestimmung des anwendbaren Rechts und die Verankerung des Schiedsspruchs in einer nationalen Rechtsordnung nach wie vor bestehen.

I. Entnationalisierungstendenzen im Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit

Die Entwicklung des Rechts der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit seit den fünfziger Jahren hat sich den Problemen, die mit der Verankerung internationaler Schiedsverfahren im nationalen Recht verbunden sind, nicht verschlossen. Im international privatrechtlichen Schiedsbereich läßt sich eine stetige Lockerung der traditionellen Verknüpfung des Schieds-

tional Law Association in ihrer 1982 in Montreal abgehaltenen Konferenz vorgebrachte Argument der Unvorhersehbarkeit der maßgeblichen Verfahrensregelungen des Forums im Zeitpunkt der Streitbeilegung langfristiger Verträge und der damit verbundenen Rechtsunsicherheit, zitiert nach *Broches, A., Settlement of Disputes Arising out of Investment in Developing Countries*, in *Broches, A. (ed.), Selected Articles ...*, S. 458–467 (461).

²¹³ Vgl. dazu oben, unter § 6, C. I. 1. b) und unten, unter § 6, D. I. 2.; so auch *Kronke, H.*, RIW 44 (1998), 257–265 (264).

verfahrensrechts mit dem nationalen Recht beobachten, ohne daß allerdings die nationalrechtlichen Bande völlig gekappt werden. Dieser Trend spiegelt sich sowohl in multilateralen Übereinkommen (I. 1.) als auch im autonomen Recht (I. 2.) wider.

1. Regelungen internationalen Abkommen

Der erste wichtige Schritt auf dem Weg zur Lösung des Schiedsverfahrens vom nationalen Recht hat sich mit dem *UNÜ* vollzogen, das im bereits zitierten *Art. V Abs. 1 lit. d) UNÜ* den Parteien die Freiheit einräumt, unabhängig von den zwingenden Normen des nationalen Rechts das Schiedsverfahren auszugestalten²¹⁴. Die Entnationalisierung des Schiedsverfahrens bleibt aber unvollkommen, da die traditionellen Schnittstellen zum nationalen Recht erhalten bleiben. Das *UNÜ* ist vom Leitbild des Schiedsspruchs geprägt, der von der Rechtsordnung am Sitz des Schiedsgerichts beherrscht und von den dortigen Gerichten mit Wirkung *erga omnes* aufgehoben werden kann²¹⁵. Im übrigen betrifft das *UNÜ* nur die Perspektive des Exekuturgerichts. Nehmen die Parteien also während des Schiedsverfahrens die Hilfe staatlicher Gerichte in Anspruch oder wird die Aufhebung des Schiedsspruchs begehrt, greift die vom nationalen Recht ungebundene Verfahrensgestaltungsfreiheit des *Art. V Abs. 1 lit. d) UNÜ* nicht ein.

Eine weiter reichende Befreiung des Schiedsverfahrens vom nationalen Recht ist im *EÜ* vorgesehen²¹⁶. *Art. IV Abs. 1 und Art. IX Abs. 1 lit. d) EÜ* garantieren die Freiheit, das Schiedsverfahren ohne Bindung an nationalrechtliche Schranken zu gestalten²¹⁷. Im Gegensatz zum *UNÜ* gilt diese

²¹⁴ Vgl. dazu oben, unter § 6, B. III. 1.

²¹⁵ *Art. V Abs. 1 lit. e) UNÜ* lautet: „(1) Die Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruchs darf auf Antrag der Partei, gegen die er geltend gemacht wird, nur versagt werden, wenn diese Partei der zuständigen Behörde des Landes, in dem die Anerkennung und Vollstreckung nachgesucht wird, den Beweis erbringt, e) daß der Schiedsspruch für die Parteien noch nicht verbindlich geworden ist oder daß er von einer zuständigen Behörde des Landes, in dem oder nach dessen Recht er ergangen ist, aufgehoben oder in seinen Wirkungen einstweilen gehemmt worden ist“.

Ob das *UNÜ* auch die Anerkennung und Vollstreckung anationaler Schiedssprüche garantiert, wird unten, unter § 6, D. IV. 2. untersucht.

²¹⁶ Vgl. Schlosser, P., RIW 28 (1982), 857–867 (862): „... zum erstenmal ... ein Stück übernationaler Privatgerichtsverfassung“.

²¹⁷ *Art. IX Abs. 1 lit. d) EÜ* lautet: „(1) Ist ein unter dieses Übereinkommen fallender Schiedsspruch in einem Vertragsstaat aufgehoben worden, so bildet dies einem anderen Vertragsstaat nur dann einen Grund für die Versagung der Anerkennung oder der Vollstreckung, wenn die Aufhebung in dem Staat, in dem oder nach dessen Recht der Schiedsspruch ergangen ist, ausgesprochen worden ist, und wenn sie auf einem der folgenden Gründe beruht:

Garantie nicht nur für den Exequaturrichter, sondern auch während des Schiedsverfahrens²¹⁸.

2. Autonomes Recht

a) Reduzierung der zwingenden Normen für internationale Schiedsverfahren

Die modernen Kodifikationen des Rechtes der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit reduzieren die für internationale Schiedsverfahren geltenden zwingenden Normen auf ein Minimum. Der Verfahrensgestaltungsfreiheit der Parteien sind im wesentlichen nur noch durch die Grundsätze der Gleichbehandlung der Parteien und des rechtlichen Gehörs Grenzen gesetzt²¹⁹.

b) Ausschluß der Aufhebbarkeit internationaler Schiedssprüche

Eine Reihe von Rechtsordnungen sehen neuerdings die Möglichkeit vor, daß in internationalen Schiedsverfahren die Anfechtung des Schiedsspruchs am Sitz des Schiedsgerichts ausgeschlossen werden kann:

(1) Belgien hatte durch seine Reformgesetzgebung aus dem Jahre 1985 für dort stattfindende internationale Schiedsverfahren kraft Gesetzes die Möglichkeit der Aufhebung des Schiedsspruches ausgeschlossen, wenn die Schiedsparteien weder die belgische Staatsangehörigkeit noch ihren Wohnsitz in Belgien hatten (*Art. 1717 Abs. 4 des Code Judiciaire*). Schiedsverfahren mit Sitz in Belgien blieben aber, auch wenn sie vom Anfechtungsausschluß des *Art. 1717 Abs. 4 des Code Judiciaire* erfaßt sind, dem belgischen Recht unterworfen²²⁰. Nach *Art. 1717 Abs. 4 des Code Judiciaire n. F.* haben Schiedsparteien, welche weder die belgische Staatsangehörigkeit noch ihren Wohnsitz in Belgien haben, nunmehr allein die Möglichkeit, die

d) die Bildung des Schiedsgerichts oder das schiedsrichterliche Verfahren hat der Vereinbarung der Parteien oder, mangels einer solchen Vereinbarung, den Bestimmungen des Artikels IV nicht entsprochen“.

²¹⁸ Vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. b) EÜ.

²¹⁹ Vgl. dazu oben, unter § 6, C. I. 1. b).

²²⁰ Dasser, F., S. 44; van Houtte, H., La loi belge du 27 Mars 1985 sur l'arbitrage international, Rev. arb 1986, 29–42 (35); Park, W. W., TulLR 63 (1989), 647–709 (695); Vanderelst, A., Increasing the Appeal of Belgium as an International Arbitration Forum? The Belgian Law of March 27, 1985, Concerning the Annulment of Arbitral Awards, JIntArb 3 (1) (1986), 77–86; zur Kritik an dieser Regelung siehe Demeyere, L., 15 Arb. Int (3) (1999), 294–313 (307 ff.).

Anfechtbarkeit des Schiedsspruchs in der Schiedsvereinbarung selbst oder in einer späteren Vereinbarung auszuschließen²²¹.

(2) Das 1989 in Kraft getretene Schweizer Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPR-G) sieht vor, daß internationale Schiedssprüche, die in der Schweiz ergangen sind, grundsätzlich der Anfechtung unterliegen. *Art 192 Abs. 1 Schw. IPR-G* eröffnet aber Schiedsparteien, die ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt außerhalb der Schweiz haben, die Möglichkeit, die Anfechtbarkeit des Schiedsspruchs schon in der Schiedsvereinbarung auszuschließen. Gemäß *Art. 192 Abs. 2 Schw. IPR-G* werden Schiedssprüche, die in der Schweiz ergangen sind und für welche die Anfechtbarkeit wirksam ausgeschlossen worden ist, im Vollstreckungsverfahren wie ausländische Schiedssprüche nach dem *UNÜ* vollstreckt²²².

(3) Der oberste schwedische Gerichtshof hat in einer Entscheidung aus dem Jahre 1989 auch für das schwedische Recht²²³ die Möglichkeit eröffnet, in internationalen Schiedsverfahren, die außer dem Sitz des Schiedsgerichts keine Verbindung zu Schweden aufweisen, die Anfechtbarkeit des Schiedsspruchs durch ausdrückliche Erklärung auszuschließen²²⁴.

c) Lösung von der Bindung an die Aufhebungsentscheidung des Sitzstaates

Eine weitere Lockerung der traditionellen Verknüpfung des Schiedsspruchs mit dem Recht und den Gerichten seines „Heimatstaates“ sieht das französische Recht vor. Die Anerkennungs- und Vollstreckungsversagungsgründe in *Art. 1502 ncp* berücksichtigen nicht mehr die Aufhebung des Schiedsspruches in dem Staat, dessen Recht das Schiedsverfahren unterliegt. Französische Gerichte sind also bei der Beurteilung der Wirksamkeit des Schiedsspruches nicht – wie in *Art. V Abs. 1 lit. e) UNÜ* vorgesehen²²⁵ –

²²¹ Zum neuen Recht vgl. *Demeyere, L.*, 15 Arb. Int (3) (1999), 294–313 (308); *Hanotiau, B./Block, G.*, 15 Arb. Int (1) (1999), 97–100 (99).

²²² *Art. 192 Schweiz. IPR-Gesetzes* ist in das neue tunesische Schiedsverfahrensrecht rezipiert worden; vgl. *Art. 78 Abs. 6 i. V. m. Art. 80 ff. des tunesischen code de l'arbitrage* vom 26. April 1993, in *Rev. arb* 1993, 721 ff.

²²³ Siehe nunmehr *Sec. 52 des schwedischen Entwurfs für ein neues Schiedsverfahrensgesetz*; vgl. *The Draft Swedish Arbitration Act: The „Presentation“ of June 1994*, 10 Arb. Int (1994), 407–442 (424).

²²⁴ *Soleh Boneh International Ltd. et Water Resources Development (International) Ltd. c. La République de l'Ouganda et la National Housing and Construction Corporation of Uganda*, Entscheidung vom 18. April 1989, *Clunet* 117 (1990), 597, 598: „*En l'espèce, les parties n'entretiennent aucun lien de rattachement avec la Suède. Il peut être considéré que de telles parties ont la faculté – même avant la survenance du litige – de convenir de limiter leur droit d'attaquer la sentence arbitrale devant la justice suédoise pour des vices de forme.*“

²²⁵ Oben, unter § 6, Fn. 215.

an die Aufhebungsentscheidung des „Heimatstaates“ gebunden²²⁶. Wegen Art. VII Abs. 1 *UNÜ* gilt dies auch um Anwendungsbereich des *UNÜ*.

3. Zusammenfassung

Im Lichte der geschilderten Entnationalisierungstendenzen im Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit nimmt das praktische Bedürfnis nach völliger Lösung vom nationalen Recht durch Vereinbarung eines anationalen Schiedsverfahrens allmählich ab²²⁷. Das moderne Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit bietet den Schiedsparteien Gestaltungsmöglichkeiten, durch die im Ergebnis die mit anationalen Schiedsverfahren verfolgten Zwecke weitgehend erreicht werden können, ohne sich den Unwägbarkeiten eines völlig vom nationalen Recht gelösten Verfahrens auszusetzen. Von fortwirkender praktischer Bedeutung werden anationale Schiedssprüche in Zukunft allerdings bei Schiedsverfahren zwischen einem Staat und einer ausländischen Privatperson bleiben, da sich trotz der Harmonisierung und Deregulierung der staatlichen Schiedsverfahrensrechte die widerstreitenden Interessen der Schiedsverfahrensparteien häufig nur durch eine Lösung des Verfahrens vom nationalen Recht versöhnen lassen. Ob und unter welchen Voraussetzungen Schiedsverfahren zwischen Staaten und Privatpersonen entnationalisiert werden können, wird eingehend in den folgenden Abschnitten erörtert.

II. Der rechtsordnungslose Schiedsspruch

Dem negativen Befund, daß ein anationaler Schiedsspruch von keinem nationalen Recht beherrscht wird²²⁸, muß die Frage folgen, ob er damit rechtsordnungslos (*II.*) ist oder einem nicht-nationalen Recht unterliegt (*III.*, *IV.*).

1. Die Parteiautonomie als Bewertungsmaßstab für die Verbindlichkeit und Rechtswirksamkeit des Schiedsverfahrens

Im Zuge der Vorarbeiten zum *UNÜ* wurde die Ansicht vertreten, daß internationale private Schiedssprüche keiner Anbindung an eine Rechtsord-

²²⁶ Cour cass., Entscheidung vom 23. März 1994, *Société Hilmarton Ltd. c. Société Omnium de Traitement et de Valorisation (OTV)*, Clunet 121 (1992), 701 mit Anmerkung *Gailliard, E.*= Rev. arb 1994, 327 mit Anmerkung *Jarrosson, Ch.*

²²⁷ Zustimmung: *Dasser, F.*, S. 273; *Paulsson, J.*, The Extent of Independence of International Arbitration from the Law of the Situs, in *Lew, J. D. M.* (ed.), *Contemporary Problems ...*, S. 141–148 (148).

²²⁸ Siehe die Definition oben, unter § 6, D., Fn. 209.

nung bedürfen, sondern ihre Verbindlichkeit aus der Parteivereinbarung selbst schöpfen könnten. Damit wurde ein Gedanke aufgegriffen, der von der französischen Rechtsprechung in den dreißiger und vierziger Jahren für „internationale“ Verträge entwickelt worden war²²⁹. Vor diesem Hintergrund forderte die *IntHK*-Paris 1953 in einem Bericht an die Vereinten Nationen die Anerkennung eines Schiedsspruchs, der völlig vom nationalen Recht gelöst sein sollte²³⁰. Dieser „internationale“ Schiedsspruch sollte ausschließlich in der Parteiautonomie gegründet sein, der die Qualität einer Rechtsquelle zugeschrieben wurde²³¹. Der für die Ausarbeitung des *UNÜ* zuständige Ausschuß des *ECOSOC* wies den Gedanken eines völlig vom nationalen Rechts gelösten „internationalen“ Schiedsspruches zurück²³².

2. Der rechtsordnungslose Schiedsspruch in der Praxis

Die Idee des rechtsordnungslosen Schiedsspruchs hat auch in der Rechtsprechung staatlicher Gerichte ihren Widerhall gefunden. Als klassisches Beispiel für einen solchen Schiedsspruch gilt der 1956 in einem Verfahren zwischen der *Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises S.A. (S.E.E.E)* und Jugoslawien ergangene Schiedsspruch²³³, der erst nach einer langjährigen Odyssee vor schweizer²³⁴, uruguanischen²³⁵ und niederländischen²³⁶

²²⁹ In einer berühmten Entscheidung aus dem Jahre 1940 (Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 24. April 1940, *Société des Services Contractuels des Messageries Maritimes c. Comité de la Bourse d'Amsterdam et Mouren*, Recueil Sirey 1942, S. 29 ff. mit Anmerkung *Niboyet, J. P.*) hatte es die Pariser Cour d'Appel für möglich gehalten, daß „internationale“ Verträge der Herrschaft eines jeden nationalen Rechts entzogen werden können. Die Notwendigkeit einer Verankerung in einem staatlichen Recht betont dagegen die Cour de cassation in einer Entscheidung vom 21. Juni 1950 [*Etat Français c. Comité de la Bourse d'Amsterdam et Mouren*, RCDIP 39 (1950), 609 ff. mit Anmerkung *Batiffol, H.*]: „... tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat“.

²³⁰ International Chamber of Commerce, Enforcement of International Arbitral Awards, *IHK*-Brochüre, Nr. 174 (1953), S. 7.

²³¹ Ebenda, S. 8.

²³² Report of the Committee on the Enforcement of International Arbitral Awards, U.N. Doc. E/2704 and Corr. 1 (28.3.1955), § 44: „... To accept the idea put forward by the ICC that „international“ awards should be completely independent of national laws ... at the exclusion of any control by national courts might lead to injustice and abuse“.

²³³ *Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises c. République Populaire Fédérative de Yougoslavie*, Entscheidung vom 2. Juli 1956 (*Ripert, Panchaud*), Clunet 86 (1959), 1074 ff. = ILR 24 (1957), 761 ff.

²³⁴ Entscheidung des waadtländischen Kantongerichts vom 12. Februar 1957, *Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises S.A. c. République Populaire Fédérative de Yougoslavie*, RCDIP 47 (1958), 359 ff.; Schweizerisches Bundesgericht, Entscheidung vom 18. September 1957, RCDIP 47 (1958), 366 f. mit Anmerkung *Aubert, J. F.*

Gerichten in Frankreich²³⁷ für vollstreckbar erklärt wurde²³⁸. Die Entscheidung der *Cour d'Appel de Paris* im Verfahren zwischen *General National Maritime Transport Co. und. Société Götaverken Arendal A.B.*²³⁹ gilt als zweites klassisches Urteil zur Theorie des rechtsordnungslosen Schiedsspruches²⁴⁰. Als weiteres Beispiel für einen aus der Sicht des entscheidenden

²³⁵ Corte Suprema, ohne Datum, Clunet 93 (1966), 175.

²³⁶ Präsident der Rechtsbank Rotterdam, Entscheidung vom 9. November 1971, *Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises v. Socialist Federal Republic of Yugoslavia*, NYIL 3 (1972), 294; *Gerechthof's-Gravenhage*, Entscheidung vom 8. September 1972, *Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises en liquidité volontaire v. Socialist Republic of Yugoslavia*, NYIL 4 (1973), 390 ff. = ILR 65 (1984), 357 ff.; Hoge Raad, Entscheidung vom 26. Oktober 1973, NYIL 5 (1974), 290 ff. = ILR 65 (1984), 360 ff.; *Gerechthof's-Gravenhage*, Entscheidung vom 25. Oktober 1974, Rev. arb 1974, 322 ff.; Hoge Raad, Entscheidung vom 7. November 1975, abgedruckt in *Gaja, G.*, (Hrsg.), *International Commercial Arbitration ...*, V. 35, S. 11.

²³⁷ Tribunal de Grande Instance de Paris, Entscheidung vom 8. Juli 1970, *République Socialiste Fédérale de Yougoslavie c. Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises*, Clunet 98 (1971), 131 ff. mit Anmerkung *Kahn, P.*; Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 29. Januar 1975, Clunet 103 (1976), 136 ff. mit Anmerkung *Oppetit, B.*; Cour cass., Entscheidung vom 14. Juni 1977, Clunet 104 (1977), 864 ff. mit Anmerkung *Oppetit, B.*; Cour d'Appel de Orléans, Entscheidung vom 9. Dezember 1981, *Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises c. République Socialiste Fédérale de Yougoslavie et autres*, Rev. arb 1983, 63 ff. mit Anmerkung *Delvolvé, J.-L.*; Cour d'Appel de Rouen, Entscheidung vom 13. November 1984, S.E.E.E. c. Banque Mondiale, *République de Yougoslavie, Etat Français*, Clunet 112 (1985), 473 mit Anmerkung *Oppetit, B.*; Tribunal de Grande Instance de Paris, Entscheidung vom 3. Juli 1985, *République Socialiste de Yougoslavie c. S.E.E.E., B.R.C.E., B.N.P., Société Générale, Crédit Lyonnais, Air France et autres*, Clunet 112 (1985), 911 ff. mit Anmerkung *Oppetit, B.*; Cour cass., Entscheidung vom 18. November 1986, *Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises, Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement c. Etat Français, République Socialiste Fédérale de Yougoslavie*, Rev. arb 1987, 149 = Clunet 114 (1987), 120 mit Anmerkung *Oppetit, B.*

²³⁸ Siehe zusammenfassend zu den vielfältigen Versuchen, den S.E.E.E.-Schiedsspruch vor staatlichen Gerichten zu vollstrecken, *Delaume, G.*, *IntArb* 4 (1987), 25–43; *Paulsson J.*, in *Lew, J. D. M.* (ed.), *Contemporary Problems ...*, S. 141–148.

²³⁹ Clunet 107 (1980), 660 ff. mit Anmerkung *Fouchard, Ph.*; zum parallel in Schweden stattfindenden Vollstreckungsverfahren Schwedischer Oberster Gerichtshof, Entscheidung vom 13. August 1979, *General National Maritime Transport Co. v. Götaverken Arendal Aktiebolag*, YCA VI (1981), 237; vgl. zu dieser Entscheidung; *Haas, U.*, *Die Anerkennung ...*, S. 121 ff.; *von Hoffmann, B.*, *Zur Nationalität internationaler Schiedssprüche*, IPRax 1 (1981), 30–32; *Paulsson, J.*, ICLQ 30 (1981), 358–387 (372 ff.); *Rensmann, T.*, S. 85 ff.

²⁴⁰ Bestätigt in Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 9. Dezember 1980, *Société Aksa c. Société Norsolor*, Rev. arb 1981, 306 ff. mit Anmerkung *Jeantet, F. Ch.*; Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 20. Dezember 1984, *Commandement des Forces Aériennes de la République Islamique d'Iran c. Société Bendone Derossi International*, Rev. arb 1985, 418 ff. mit Anmerkung *Synvet, H.*; unter dem Eindruck der *Götaverken*-Rechtsprechung der Pariser Cour d'Appel ist bei der Re-

staatlichen Gerichts rechtsordnungslosen Schiedsspruch wird zuweilen die Entscheidung *Benidai Trading Co. Ltd. v. Gouws & Gouwa (Pty.) Ltd.*²⁴¹ des südafrikanischen Obersten Gerichtshofs angeführt²⁴².

3. Rechtstheoretische Einwände

Der rechtsordnungslose Schiedsspruch ist denselben Einwänden ausgesetzt wie der rechtsordnungsloser Vertrag (*contrat sans loi, regulatory contract*)²⁴³. Die Parteivereinbarung kann aus sich heraus keine rechtliche Verpflichtung erzeugen, sondern bedarf, um Rechtsverbindlichkeit zu erlangen, einer übergeordneten Norm²⁴⁴. Für den Fall des Streites zwischen den Vertragsparteien über die Gültigkeit der geschlossenen (Schiedsverfahrens-) Vereinbarung²⁴⁵ ist ein externer Entscheidungsmaßstab erforderlich, um die

form des französischen Rechts der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit von 1981 ausdrücklich festgeschrieben worden (Art. 1504 *ncpc*), daß Schiedssprüche, die in Frankreich ergangen sind, dort auch aufgehoben werden können; vgl. hierzu *Haas, U.*, Die Anerkennung ..., S. 122; *Mann, F.-A.*, in Festschrift für Oppenhof, S. 215–226 (226); *Park, W.*, ICLQ 32 (1983), 21–52 (31, 32).

²⁴¹ Entscheidung vom 16. Juni 1977, YCA VII (1982), 351 ff.

²⁴² *Paulsson, J.*, in *Lew, J. D. M.* (ed.), *Contemporary Problems* ..., S. 141–148 (145 Fn. 14).

²⁴³ *Böckstiegel, K.-H.*, Der Staat ..., S. 125 ff.; *von Hoffmann, B.*, Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit ..., S. 69 ff.; *Merk, H.*, Investitionsschutz durch Stabilisierungsklauseln, 1990, S. 125; *Münzberg, R.*, S. 133 ff.; *Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 197 ff.; *Schwab, K.-H./Walter, G.*, S. 380 m.w.Nach.; *Smit, H.*, TuILR 63 (1989), 629–645 (631); *Stoll, J.*, S. 28 ff. 84 ff. für die rechtsordnungslosen Schiedssprüche; vgl. zuletzt die durch die Rechtsprechung der Pariser Cour d'Appel ausgelösten Debatte über die Frage, ob die Anerkennung der rechtlichen Unabhängigkeit der Schiedsklausel vom Hauptvertrag zu einer „*convention d'arbitrage sans loi*“ führt. In diesem Sinne wurde von einigen Literaturstimmen die Dalico-Entscheidung der Cour d'Appel de Paris (Comité Populaire de la Municipalité d'El Mergib c. Société Dalico Contractors, Entscheidung vom 26. März 1991, Rev. arb 1991, 456 ff. mit Anmerkung *Gaudemet-Tallon, H.*) verstanden, siehe *Gaudemet-Tallon, H.*, S. 469; *Gaillard, E.*, Anmerkung zur letztinstanzlichen Entscheidung der Cour de cassation, Clunet 121 (1994), 433, 438. Die Cour de cassation stellte in ihrer Entscheidung vom 20. Dezember 1993 klar, daß aus Sicht der französischen Gerichte die Verbindlichkeit der Schiedsklausel in einer Sachnorm des französischen Internationalen Privatrechts wurzelt (§ 4, Fn. 206).

²⁴⁴ *Park, W. W.*, ICLQ 32 (1981), 21–52 (26): „*The paradox of a legal obligation independent of a legal order suggests Athena springing full-blown from the head of Zeus: a binding commitment, free from any municipal law, just appears*“; siehe auch *Amin Rasheed Shipping Corp. v. Kuwait Insurance Co.* [1983] 2 Lloyd's Rep. 365, 370 (per Lord Diplock): „*Contracts are incapable of existing in a legal vacuum*“; vgl. speziell zu Schiedsvereinbarungen *Star Shipping A.S. v. China National Foreign Trade Transportation Corporation* [1993] 2 Lloyd's Rep. 445, 450 (per Steyn, L. J.).

Wirksamkeit der Parteivereinbarung beurteilen zu können²⁴⁶. Dieser Einwand läßt sich auch nicht dadurch überwinden, daß man behauptet, die Parteien schüfen durch ihre Vereinbarung ihre eigene Rechtsordnung (*lex contractus*)²⁴⁷. Damit würde sich der Streit um die Wirksamkeit der Parteivereinbarung einfach auf die Ebene des Bestehens der *lex contractus* verlagern, für deren Existenz ebenfalls keine übergeordneten rechtlichen Kriterien vorhanden wären²⁴⁸.

Auch der Grundsatz *pacta sunt servanda* vermag die Konstruktion des rechtsordnungslosen Schiedsspruchs bzw. Vertrages nicht zu stützen, da er für sich genommen keinen Gültigkeitsmaßstab für die Parteivereinbarung beinhaltet. *Sohn und Baxter* haben dies auf die prägnante Formel gebracht²⁴⁹:

„Pacta sunt servanda is undoubtedly the basic norm of any system of law dealing with agreements ... [But] what is pactum and how it is to be servandum are questions which must be answered by a legal system of law ...“.

In jedem Schiedsverfahren muß darüber hinaus damit gerechnet werden, daß die Hilfe staatlicher Gerichte in Anspruch genommen werden muß, sei es für Aushilfsmaßnahmen oder für die Aufhebungsklagen oder für die Vollstreckung des Schiedsspruchs²⁵⁰. In allen diesen Fällen können die staatlichen Richter die Rechtmäßigkeit des Schiedsspruchs nur auf Grund

²⁴⁵ Siehe zur Anknüpfung der Schiedsverfahrensvereinbarung an das Verfahrensstatut *Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 257 ff.

²⁴⁶ Siehe die Literaturangaben oben, unter § 6, Fn. 243.

²⁴⁷ Zur Lehre *Verdrosses* vom „rechtsordnungslosen Vertrag“ und zu der Unterstellung von Konzessionsverträgen unter eine „*lex contractus*“ vgl. unten, unter § 7, D.

²⁴⁸ Vgl. dazu *Stoll, J.*, S. 31.

²⁴⁹ *Sohn, L. B./Baxter, R. B.*, Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens, *AJIL* 55 (1961), 545–584 (569); vgl. auch *Gaillard, E.*, Trente ans de *lex mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit, *Clunet* 122 (1995), 5–30 (10 ff.).

²⁵⁰ Außerhalb des *WBÜ* [§ 2, B. III. 2. ff.)] gibt es keine Schiedssprüche, die blindlings anzuerkennen wären. Auch wenn in einem bilateralen Staatsvertrag nur die generelle Vorschrift steht, daß Schiedssprüche wechselseitig anerkennungsfähig seien (§ 10, D. III. und IV.), kann dies füglich nicht im Sinne eines Verzichtes auf jede Kontrolle gemeint sein; vgl. zum Verhältnis von Schiedsgericht und staatlichem Gericht: *Böckstiegel, K.-H.*, Schiedsgerichte und staatliche Gerichte. Neue Entwicklungen und Folgerungen für Vertrags- und Schiedsgerichtspraxis, *RIW/AWD* 25 (1979), 161–166; *Gottwald, P.*, Die sachliche Kontrolle internationaler Schiedssprüche durch staatliche Gerichte, in *Festschrift für Heinrich Nagel*, Münster 1987, S. 54–69; *Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 586 ff.; *Schwab, K.-H./Walter, G.*, S. S. 381; vgl. auch *Paulsson, J.*, *ICLQ* 32 (1983), 53–61 (54): „To seek to avoid national jurisdictions would be misguided. Indeed, the international arbitral system would ultimately break down if

des nationalen Rechts beurteilen²⁵¹. Das gilt auch, wenn vor dem staatlichen Gericht über die Einrede des Schiedsvertrags zu entscheiden ist²⁵². Freilich gibt es in der Praxis auch zahlreiche Schiedsverfahren, die ohne jegliche Einschaltung staatlicher Gerichte geführt werden. Vor dem Abschluß des Verfahrens läßt sich aber noch nicht vorhersagen, ob die Hilfe eines staatlichen Gerichts in Anspruch genommen werden kann. Keine Partei kann sich daher auf eine von jedem staatlichen Recht gelöste sog. „freie“ Schiedsgerichtsbarkeit verlassen²⁵³.

4. Zusammenfassung

Die völlige Lösung des Schiedsverfahrens von den Normen eines staatlichen Rechts wäre nur möglich, wenn eine supranationale Rechtsordnung in verfahrensrechtlichen Beziehung bestehen würde oder wenn eine von allen Schranken des nationalen Rechts gelöste Parteiautonomie gäbe, kraft derer die Parteien das auf das Schiedsverfahren anwendbare Recht selbst bestimmen könnten. Eine solche supranationale Rechtsordnung existiert jedoch heute noch nicht. Auch eine von allen Schranken des nationalen Rechts völlig gelöste Parteiautonomie kann nicht anerkannt werden. Die h. M. sieht in der Parteiautonomie zu Recht keine den Parteien originär zustehende Rechtsmacht, sondern die Gestattung der Parteifreiheit durch die Rechtsordnung. Ein internationales Schiedsverfahren bedarf insofern, um funktionsfähig zu sein, schon deshalb der Anbindung an eine bestimmte nationale Rechtsordnung und deren Gerichtsbarkeit, weil mangels einer tatsächlich existierenden entsprechenden supranationalen Autorität nur die nationale, staatliche Gerichtsbarkeit zu rechtsverbindlichen, durchsetzbaren Entscheidungen insbesondere über den Abschluß und die Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung sowie die Vollstreckbarkeit des Schiedsspruchs fähig ist.

no national jurisdictions could be called upon to recognise and enforce awards“ [Hervorhebung von der Verfasserin].

²⁵¹ Vgl. etwa § 1061 ZPO n. F. i. V. m. Art. V Abs. 1 lit. e) UNÜ.

²⁵² Vgl. etwa § 1061 ZPO n. F. i. V. m. Art. V Abs. 1 lit. a) UNÜ.

²⁵³ Vgl. zur freien Schiedsgerichtsbarkeit vor allem *Fouchard, P.*, *L'arbitrage commercial international*, S. 41 ff. und die Auseinandersetzung von *Münzberg, R.*, S. 76 mit diesem Buch; siehe auch *Gentinetta, J.*, *Die lex fori ...*, S. 145 und gegen ihn *Ernemann, A.*, *Zur Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche nach § 1044 ZPO*, Bielefeld 1979, S. 105 ff.; nur das malaysische Recht erkennt in bestimmten Fällen die Möglichkeit „rechtsordnungsloser“ Schiedsverfahren. Für Schiedsverfahren, die der *UNCITRAL*-Schiedsordnung oder den Regeln des *Regional Centre for Arbitration* in Kuala Lumpur unterstellt sind, verzichtet Malaysia auf seinen Regelungsanspruch auch dann, wenn die Parteien kein anderes nationales oder anationales Recht gewählt haben und alle weiteren Anknüpfungspunkte nach Malaysia verweisen; siehe Sec. 34 (1) *Arbitration Act*, wiedergegeben bei *Rensmann, T.*, S. 67.

III. Die Lehre vom gewohnheitsrechtlich entstandenen „anationalen“ Handelsrecht (*lex mercatoria*) und ihre Anwendbarkeit auf das Schiedsverfahren

Die nationalen Rechtsordnungen werden demnach anationale Schiedssprüche allenfalls anerkennen, wenn an die Stelle des „abgewählten“ nationalen Rechts eine anationale Rechtsordnung als Schiedsverfahrensstatut tritt. Im folgenden Abschnitt soll daher untersucht werden, ob und gegebenenfalls unter welchen Bedingungen Schiedsverfahren von einer anationalen Rechtsordnung beherrscht werden können. Als anationale *lex arbitri* kommen die *lex mercatoria* (III.) und das Völkerrecht (IV.) in Betracht.

Die Diskussion um die Existenz der *lex mercatoria* als dritte Rechtsordnung neben staatlichem Recht und Völkerrecht wird vorwiegen für den Bereich des materiellen Rechtes geführt²⁵⁴. *Fouchard*²⁵⁵ und *Gentinetta*²⁵⁶ gebührt das Verdienst, diesen Gedanken auf das Schiedsverfahren übertragen zu haben. Den jüngsten groß angelegten Versuch, Schiedssprüche einer transnationalen Rechtsordnung zu unterstellen, bildet die Santiago de Compostella Resolution des *Institut de Droit International* aus dem Jahre 1989 mit dem Titel „*Arbitration Between States, State Enterprises or State Entities and Foreign Enterprises*“²⁵⁷, die unter der Federführung *Arthur von Mehrens* ausgearbeitet wurde. Bevor auf die verschiedenen Modelle des in der *lex mercatoria* verankerten Schiedsspruchs näher eingegangen wird (III. 2.), soll zunächst die theoretische Begründung der *lex mercatoria* als dritte Rechtsordnung skizziert werden (III. 1.).

1. Das Modell der *lex mercatoria* als dritte Rechtsordnung

Fouchard, *Gentinetta* und *von Mehren* knüpfen an die Anfang der sechziger Jahre vor allem mit Blick auf das materielle Recht entwickelte Lehre von der (neuen) *lex mercatoria* als dritte Rechtsordnung an²⁵⁸. Bei der *lex*

²⁵⁴ Zur Frage der Zuordnung von Konzessionsverträgen zur *lex mercatoria* vgl. unten, unter § 7, C. II. 2.; zur Bindung des Schiedsrichters an die Wahl sonstiger nationaler Regeln für das auf die Hauptsache anwendbare Recht vgl. unten, unter § 8, A. III.; zur Anwendung der *lex mercatoria* bei fehlender Rechtswahl vgl. unten, unter § 8, B. II.

²⁵⁵ *Fouchard, P.*, L'arbitrage commercial international, S. 41 ff.

²⁵⁶ *Gentinetta, J.*, Die *lex fori* ..., S. 148 ff.

²⁵⁷ Santiago de Compostella Resolution des *Institut de Droit International* vom 12. September 1989, AnnIDI 63 (1990), II, S. 324 ff.

²⁵⁸ Siehe zur *lex mercatoria* aus der Masse der Literatur vor allen Dingen folgen-
de Monographien und Aufsätze: *Highet, K.*, The Enigma of the *lex mercatoria*, TuILR 63 (1989), 613–628; *Lagarde, P.*, Approche critique de la *lex mercatoria*, in: Etudes offertes à Goldman, S. 125–150; *Lando, O.*, The *lex mercatoria* in Inter-

mercatoria handelt es sich um ein anationales Recht, das allgemeine Rechtsgrundsätze und gewohnheitsrechtliche Regeln, nicht dagegen staatliches oder staatsvertragliches Recht beinhaltet, deren Geltungsgrund nicht im nationalen Recht zu suchen sei. *Goldman*²⁵⁹ bezeichnet die *lex mercatoria* als eine Rechtsordnung, die sich von den staatlichen Rechtsordnungen und vom Völkerrecht unterscheidet, ohne völlig unabhängig zu sein. Der internationale Wirtschaftsverkehr werde heutzutage von diesem „Welthandels-gewohnheitsrecht“ regiert²⁶⁰.

Der internationale Handel sei in mehr oder weniger straffen Gemeinschaften organisiert, einerseits in formellen Branchenorganisationen, andererseits in einer reichlich diffusen internationalen Gemeinschaft der Kaufleute (*communauté des commerçants*²⁶¹ oder *societas mercatorum*²⁶²). Diese Gemeinschaften sollten eigene Regeln entwickelt haben, die von den Beteiligten als verbindlich betrachtet werden²⁶³. Sie enthalten Lücken, verbunden mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen befänden sie sich aber auf dem besten Weg, eine eigentliche Rechtsordnung zu werden, die neben oder über den staatlichen Rechtsordnungen stehe. Ihre Durchsetzung liege in der Hand der Handelsschiedsrichter als „*juges naturels*“ des internationalen Handels²⁶⁴. Den Handelsschiedsgerichten komme eine doppelte Funktion zu:

national Commercial Arbitration ICLQ 34 (1985), 747–768; Lorenz, W., Die *lex mercatoria*: eine internationale Rechtsquelle? In Festschrift für Karl Neumayer, 1986, S. 407–429; Mustill, L.-J., in Liber Amicorum for the Rt. Hon. Lord Wilberforce, 1987, S. 149–183; Spikhoff, A., Internationales Handelsrecht vor Schiedsgerichten und staatlichen Gerichten, RabelsZ 56 (1992), 116–141; Stoecker, C. W. O., The *lex mercatoria*. To What Extent does it Exist? JIntArb 7 (1) (1990), 101–125; Triebel, V./Petzold, E., Grenzen der *lex mercatoria* in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, RIW 34 (1988), 245–250; Weise, P.-F., *Lex mercatoria* – materielles Recht vor der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, Diss. Frankfurt a/M, 1990.

²⁵⁹ Frontières du droit et „*lex mercatoria*“, Archives de Philosophie du Droit 9 (1964), 177–192; ders., Clunet 106 (1979), 475–505; ders., in Lew, J. D. M. (ed.), Contemporary Problems ..., S. 113–125; ders., Nouvelles réflexions sur la *lex mercatoria*, in Etudes de Droit International en l'Honneur de Pierre Lalive, 1993, S. 241–255.

²⁶⁰ Fouchard, P., L'arbitrage commercial international, S. 41 (§ 71), S. 401 ff. (§§ 576 ff.); Goldman, B., Archives de Philosophie du Droit 9 (1964), 177–192 (178).

²⁶¹ Fouchard, P., L'arbitrage commercial international, S. 25 (§ 43), S. 402 (§§ 577, 579); Goldman, B., Archives de Philosophie du Droit 9 (1964), 177–192 (191).

²⁶² Goldman, B., in Etudes de Droit International en l'Honneur de Pierre Lalive, S. 241–255 (247 ff.).

²⁶³ Fouchard, P., L'arbitrage commercial international, S. 42 ff. (§§ 73 ff.) für das Schiedsverfahrensrecht und S. 407 ff. (§§ 587 ff.) für das materielle Recht; Goldman, B., in Etudes de Droit International en l'Honneur de Pierre Lalive, S. 241–255 (242 ff.).

sie seien zum einen Rechtsprechungsorgan der *societas mercatorum*²⁶⁵, zum anderen seien sie auch Rechtserzeugungsorgan, da sie die *lex mercatoria* fortentwickeln²⁶⁶. Die Einhaltung der Normen der *lex mercatoria* und der Entscheidungen der internationalen Handelsschiedsgerichte sei mit außerstaatlichen Sanktionen bewehrt²⁶⁷. Daher könne die Rechtsformqualität der durch die *societas mercatorum* geschaffenen Regeln nicht unter Hinweis auf fehlende Durchsetzungsmechanismen in Frage gestellt werden²⁶⁸.

Ob die *lex mercatoria* bereits heute den Entwicklungsstand einer ausgereiften Rechtsordnung erreicht habe, wird von ihren Verfechtern nach wie vor vorsichtig beurteilt. Sie sei aber zumindest eine Rechtsordnung „*en voie de formation*“²⁶⁹. Entscheidend sei, daß die *lex mercatoria* jedenfalls schon heute die Funktion einer Rechtsordnung erfüllen könne²⁷⁰.

2. Die *lex mercatoria* als Schiedsverfahrensstatut

Fouchard überträgt das in erster Linie im Hinblick auf das materielle Recht entwickelte Modell der *lex mercatoria* als dritte Rechtsordnung auf das Schiedsverfahren. Wegen der Überalterung und Lückenhaftigkeit der nationalen Schiedsverfahrensrechte entwickle sich in der „*communauté des commerçants*“ ein autonomes Schiedsverfahrensrecht²⁷¹. Dieses Recht entstehe aus drei Erscheinungsformen der Handelspraxis: Standardschiedsklauseln, Schiedsordnungen internationaler Handelsorganisationen und verfahrensrechtlichen Entscheidungen internationaler Schiedsgerichte (bzw. anderer Organe internationaler Schiedsorganisationen)²⁷². *Fouchard* räumt

²⁶⁴ *Lando, O.*, ICLQ 34 (1985), 747–768 (752) schreibt dem Schiedsrichter sogar die Rolle eines „*social engineer*“ zu, der die anzuwendende materielle Rechtsnorm frei wählen können soll; vgl. auch dazu *Fouchard, P.*, L’arbitrage commercial international, S. 25 (§ 43); *Mustill, L.-J.*, in *Liber Amicorum Wilberforce*, S. 149–183 (155).

²⁶⁵ *Fouchard, P.*, ebenda.

²⁶⁶ *Fouchard, P.*, L’arbitrage commercial international, S. 26 (§ 47), S. 45 ff. (§ 77); *Goldman, B.*, in *Lew, J. D. M.* (ed.), *Contemporary Problems ...*, S. 113–125 (113): die *lex mercatoria* werde durch die Schiedsgerichte „*revealed and clarified*“.

²⁶⁷ *Fouchard, P.*, L’arbitrage commercial international, S. 47 (§ 83), S. 407 (§ 585), und S. 466 ff. (§§ 649 ff.); *Goldman, B.*, *Archives de Philosophie du Droit* 9 (1964), 177–192 (191).

²⁶⁸ *Fouchard, P.*, L’arbitrage commercial international, S. 407 (§ 585); *Goldman, B.*, *Archives de Philosophie de Droit* 9 (1964), 177–192 (191).

²⁶⁹ *Goldman, B.*, in *Etudes de Droit International en l’Honneur de Pierre Lalive*, S. 241–255 (250); siehe auch *Fouchard, P.*, L’arbitrage commercial international, S. 25 (§§ 44 ff.), S. 407 (§ 586).

²⁷⁰ *Goldman, B.*, *Clunet* 106 (1979), 474–505 (497 ff.).

²⁷¹ *Fouchard, P.*, L’arbitrage commercial international, S. 41 (§ 71).

allerdings ein, daß die internationale Gemeinschaft der Kaufleute noch nicht hinreichend entwickelt sei, um bereits jetzt von einer völligen Lösung der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom nationalen Recht ausgehen zu können. Er sieht aber schon erste Ansätze zur Herausbildung einer verfahrensrechtlichen *lex mercatoria* und prognostiziert eine weitere Verfestigung zu einer umfassenden, das internationale Schiedsverfahren beherrschenden Rechtsordnung²⁷³.

Gentinetta ist skeptisch, ob man heute schon de *lege lata* von der Existenz einer gewohnheitsrechtlich verankerten verfahrensrechtlichen *lex mercatoria* ausgehen kann²⁷⁴. Für ihn ist „die Entstehung einer neuen, von der internationalen Gesellschaft der Käufer und Verkäufer getragenen *lex mercatoria* nicht anders denkbar als auf der Basis allgemeiner Rechtsgrundsätze“²⁷⁵. Diese spiegelten das übereinstimmende Rechtsbewußtsein der Völker wider²⁷⁶. Allgemein seien diejenigen Rechtsgrundsätze, die durch Rechtsvergleichung übereinstimmend bei der Mehrheit der führenden Rechtsordnungen gefunden werden könnten²⁷⁷. Durch Rechtsvergleichung lasse sich ein hinreichend konkretes, funktionsfähiges anationales Schiedsrecht entwickeln²⁷⁸. Um diese These zu untermauern, formuliert *Gentinetta* aufgrund einer rechtsvergleichenden Analyse einen ausgewählten Katalog allgemeiner Rechtsgrundsätze für das Schiedsverfahren²⁷⁹. Eine vollständige Erarbeitung allgemeiner verfahrensrechtlicher Rechtsgrundsätze sei jedoch nur durch „jahrelange weltweite Teamarbeit“ möglich²⁸⁰.

Unter der Federführung *Arthur von Mehren* hat sich nunmehr auch das *Institut de Droit International* in seiner aus dem Jahre 1989 Santiago de Compostella Resolution der Idee eines transnationalen Schiedsverfahrensrechts bei Schiedsverfahren zwischen einem Staat und einer ausländischen Privatperson angeschlossen²⁸¹. Damit wird die noch in der Amsterdamer Resolution vertretene Ansicht aufgegeben, daß das Schiedsverfahren stets dem Sitzrecht unterstehen müsse²⁸². Nach *Art. 6 Abs. 1 der neuen Resolu-*

²⁷² Ebenda, S. 42 ff. (§§ 73 ff.).

²⁷³ Ebenda, S. 25 ff. (§§ 44 ff.).

²⁷⁴ *Gentinetta, J.*, Die *lex fori* ..., S. 148, 192 f.

²⁷⁵ Ebenda, S. 148.

²⁷⁶ Ebenda, S. 145.

²⁷⁷ Ebenda, S. 147.

²⁷⁸ Ebenda, S. 150.

²⁷⁹ Ebenda, S. 151 ff.

²⁸⁰ Ebenda, S. 150.

²⁸¹ Siehe Fn. 254; vgl. auch die Berichte *A. von Mehrens* und des Zweitberichterstatters *E. Jimenez de Aréchaga*, AnnIDI 63 (1989) I, 30 ff. (Preliminary Report), S. 100 ff. (Draft Report), S. 191 ff. (Final Report).

²⁸² Siehe oben, unter § 6, Fn. 172.

tion können die von den Parteien vereinbarten Verfahrensregeln sowohl nationalen Rechtsordnungen als auch anationalen Rechtsquellen, wie „Prinzipien des Völkerrechts“ oder „allgemeinen Rechtsgrundsätzen“, entstammen²⁸³. Fehlt eine Parteivereinbarung, so kann das Schiedsgericht nach Art. 6 Abs. 2 i. V. m. Art. 4 die Regeln selbst festlegen und dabei auf „allgemeine Rechtsgrundsätze der Schiedsgerichtsbarkeit“ zurückgreifen oder das Recht anwenden, das von den Gerichten des Sitzrechts angewendet würde²⁸⁴. Ob ein nach dem vorgeschlagenen transnationalen Verfahrensrecht erlassener Schiedsspruch vor nationalen Gerichten Chancen auf Anerkennung und Vollstreckung hätte, wird in der Resolution offengelassen²⁸⁵. Von Mehren und sein Mitberichterstatter Jimenez de Aréchaga räumen ein, daß die Resolution des *Institut de Droit International* weitgehend rechtspolitischen Charakter hat²⁸⁶.

²⁸³ Art. 6 Abs. 1 der Resolution lautet: *„Les parties ont pleine autonomie pour déterminer les règles et principes de procédure et le droit matériel qui doivent être appliqués par les arbitres. En particulier (1) les diverses questions soulevées peuvent être respectivement soumises à des règles et principes différents.*

et (2) ces règles et principes peuvent être empruntés à différents systèmes nationaux ainsi qu' à des sources non nationales, comme les principes du droit international, les principes généraux du droit et les usages du commerce international“ [Hervorhebung von der Verfasserin], Text wiedergegeben in Rev. arb 1990, 931–936 (933) = RabelsZ 54 (1990), 160–169 (164) = YCA XIV (1991), 233–239 (238).

²⁸⁴ Art. 6 Abs. 2 der Resolution lautet: *„Dans la mesure où les parties ont laissé la question ouverte, le tribunal recherche les règles et principes nécessaires, parmi les sources indiquées à l'article 4“.*

Art. 4 der Resolution lautet: *„Lorsque la validité de la convention d'arbitrage est contestée, le tribunal tranche la question en appliquant une ou plusieurs des sources de droit suivantes: la loi choisie par les parties, la loi déclarée applicable selon le système de droit international privé désigné par les parties, les principes généraux de droit international public ou privé, les principes généraux de l'arbitrage international, ou la loi qui serait appliquée par les juridictions du lieu où le tribunal siège. En faisant ces choix, le tribunal sera guidé, en chacun des cas, par le principe in favorem validitatis“.* [Hervorhebung von der Verfasserin].

²⁸⁵ Kritisch dazu Rigaux, F., in RabelsZ 54 (1990), 139–143 (141): *„Die Kühnheit dieses Verfahrens und dessen innere Logik sollten über einen gewissen Zirkel nicht hinwegtäuschen: Einerseits regeln die genannten Vorschriften ein „entlokalisiertes“ Schiedsverfahren; andererseits ist jedoch sein Wert von der Haltung staatlicher Gerichte abhängig, die sie bei ihrer Anrufung gegenüber solchen Schiedssprüchen einnehmen ...“.*

²⁸⁶ von Mehren, A./de Aréchaga, J. E., Final Report, AnnIDI 63 (1989), I, S. 201 (§ 28): *„The „correctness“ of the position taken by the Resolution cannot be demonstrated in doctrinal or theoretical terms. The proposals made reflect the evolution, particularly during the several last decades, of international practices and understandings. In addition, they meet the functional test of providing elements that the form of dispute resolution in question requires if it is to serve as a reasonably efficient and expeditious process and provide just and principled adjudication“.* [Hervorhebung von der Verfasserin].

3. Die *lex mercatoria* in der Praxis staatlicher Gerichte

Trotz vielfach in der Literatur geäußelter theoretischer Bedenken gegen das Modell der *lex mercatoria* als dritte Rechtsordnung²⁸⁷ wird ihre Rechtsqualität in der Praxis zunehmend anerkannt. Die staatlichen Schiedsverfahrensrechte und die Rechtsprechung staatlicher Gerichte, die sich mit der Rechtsqualität der *lex mercatoria* auseinandersetzen, beziehen sich allerdings überwiegend auf das in Schiedsverfahren anwendbare materielle Recht²⁸⁸. Nur wenige Gerichtsentscheidungen befassen sich unmittelbar mit der Frage, ob die *lex mercatoria* aus der Sicht des staatlichen Richters das Schiedsverfahren beherrschen kann.

(1) Die Unterstellung eines Schiedsverfahrens unter die *lex mercatoria* hat bisher nur in einer Entscheidung der italienischen *Corte di Cassazione* grundsätzlich Anerkennung gefunden²⁸⁹. Nach Ansicht des Gerichts seien Schiedsverfahren, die in den Anwendungsbereich des *EÜ* fallen, stets von der *lex mercatoria* beherrscht²⁹⁰. Diese Annahme ist nicht zutreffend²⁹¹. Art. IX Abs. 1 *EÜ*, der die Möglichkeit der Aufhebung des Schiedsspruchs „in dem Staat, ... nach dessen Recht der Schiedsspruch ergangen ist“, vorsieht, demonstriert, daß das *EÜ* vom Leitbild eines im nationalen Recht verankerten Schiedsverfahrens geprägt ist²⁹². Trotz der anfechtbaren Ausführungen der *Corte di Cassazione* zur stillschweigenden Unterwerfung unter das *EÜ* bleibt die für die vorliegende Untersuchung wichtige Aussage festzuhalten, daß die Unterstellung des Schiedsverfahrens unter die *lex mercatoria* grundsätzlich für möglich gehalten wird.

(2) Das OLG Frankfurt hat sich in zwei Urteilen unter der Geltung des früheren deutschen Schiedsrechts mit der Möglichkeit eines von einer nicht-staatlichen Rechtsordnung beherrschten Schiedsverfahrens auseinandergesetzt²⁹³. Das Gericht hielt ein anationales Schiedsverfahrensstatut zwar prinzipiell für denkbar, den Nachweis der Existenz einer prozessualen

²⁸⁷ Siehe dazu unten, unter § 6, D. III. 4.

²⁸⁸ Vgl. dazu unten, unter § 8, A. III. und B. II.

²⁸⁹ Fratelli Damiano s.n.c. c. August Tropfer & Co., Entscheidung vom 8. Februar 1982, YCA IX (1984), 418 ff.

²⁹⁰ „... *The European Convention of 1961, which regulates „mercantile“ arbitration* ...“, [Hervorhebung von der Verfasserin], YCA IX (1984), 421.

²⁹¹ Siehe etwa die Kritik bei van den Berg, A., YCA IX (1984), 383; Schlosser, P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 91 m. w. Nach.

²⁹² Klein, E., ZZP 76 (1963), 342–370 (353) hat dies so formuliert: „Anfang und Abschluß des Verfahrens bleiben somit einer bestimmten Rechtsordnung unterstellt, nur beim dazwischen liegenden Vorgang soll der Wille der Parteien die Macht haben, die gesetzlichen Fesseln zu sprengen“; zustimmend: Münzberg, R., S. 129; Schwab, K.-H./Walter, G., S. 474.

lex mercatoria bisher jedoch nicht für erbracht²⁹⁴. Nach § 1042 Abs. 3 Satz 1 ZPO n. F. können die Parteien die Verfahrensregeln vorbehaltlich der zwingenden gesetzlichen Vorschriften selbst bestimmen. Bei letzteren handelt es sich über die Vorschriften der Absätze 1 und 2 des § 1042 ZPO n. F. hinaus um diejenigen Bestimmungen, die ihrerseits weder ausdrücklich noch ihrem Sinn und Zweck nach unter dem Vorbehalt anderweitiger Parteivereinbarungen stehen. Soweit hinsichtlich der in Rede stehenden Verfahrensfrage weder eine zwingende Vorschrift zu beachten ist noch eine Vereinbarung der Parteien vorliegt und das Gesetz auch keine dispositiven Regelungen enthält, kann das Verfahren gemäß § 1042 Abs. 4 Satz 1 ZPO n. F. vom Schiedsgericht nach freien Ermessen bestimmt werden.

Aus der Systematik der einzelnen Absätze des § 1042 ZPO n. F. ergibt sich also, daß in erster Stelle die zwingenden gesetzlichen Vorschriften, an zweiter die Parteivereinbarungen, an dritter die dispositiven gesetzlichen Regelungen und an vierter Stelle das schiedsrichterliche Ermessen für die Gestaltung des Verfahrens maßgeblich sind.

(3) Die englische Rechtsprechung hat unter der Geltung des alten englischen Rechts die rechtliche Verankerung von Schiedsverfahren in der *lex mercatoria* kategorisch abgelehnt. Von Lord Justice Kerr²⁹⁵ stammt das Wort:

„Despite suggestions to the contrary by some learned writers under other systems, our jurisprudence does not recognise the concept of arbitral procedures floating in the transnational firmament, unconnected with any municipal system of law“²⁹⁶.

Das von Kerr beschriebene Phänomen des Transnationalismus deckt sich allerdings nicht mit dem hier zugrunde gelegten Begriff des anationalen Schiedsverfahrens. Das „transnationale“ Schiedsverfahren im Sinne Kerrs ist nämlich „*unconnected with any municipal system of law*“, das der Inter-

²⁹³ Urteil vom 11. März 1981, IPRax 2 (1982), 149–150; Urteil vom 26. Oktober 1983, RIW 30 (1984), 400–402, mit Anmerkung Dielmann, J.

²⁹⁴ „Das es eine überstaatliche oder extrastaatliche Privat- oder Prozeßordnung bisher nicht gibt ...“ [Hervorhebung von der Verfasserin], Urteil vom 13. November 1981, IPRax 2 (1982), 149–150 (150); fast wortgleich in Urteil vom 26. Oktober 1983, RIW 30 (1984), 400.

²⁹⁵ Bank Mellat v. Helliniki Techniki, S.A. [1984] QB 291 (301).

²⁹⁶ Die Ablehnung anationaler Schiedsverfahren ist in mehreren Entscheidungen unter Berufung auf die zitierte Formulierung aus Bank Mellat bestätigt worden: Naviera Amazonica Peruana S.A. v. Compania Internacional de Seguros de Peru, [1988] 1 Lloyd's Rep. 116, 119 (per Kerr, L. J.); Forsikringsaktieselskapet Vesta v. Butcher, [1989] 1 Lloyd's Rep. 331 = [1989] A.C. 352; Union of India v. Mc Donnell Douglas Corporation, [1993] 3 Lloyd's Rep. 48, 50 = YCA XIX (1994), 235–239 (per Saville, J.); S.A. Coppée Lavalin N.V. v. Ken-Ren Chemicals and Fertilizers Ltd. (in liquidation in Kenya); Voest-Alpine A.G. v. Ken-Ren Chemicals and Fertilizers Ltd. (in liquidation in Kenya), [1994] 2 W.L.R., 631, 640.

vention staatlicher Gerichte *völlig* entzogen ist. Die vorliegende Untersuchung basiert dagegen gerade auf der Prämisse, daß auch in anationalen Schiedsverfahren (spätestens im Stadium der Vollstreckung) auf die Unterstützung staatlicher Organe zurückgegriffen werden muß²⁹⁷.

Wenn *Kerr* also feststellt, daß das englische Recht „transnationale“ Schiedsverfahren nicht anerkennt, ist zunächst nur gesagt, daß die Parteien eines Schiedsverfahrens das Eingreifen staatlicher Gerichte nicht völlig ausschließen können. Da die Vereinbarung eines anationalen Schiedsverfahrensstatuts nach der hier vertretenen Auffassung nicht ohne weiteres mit einem völligen Verzicht auf die Unterstützung staatlicher Gerichte gleichgesetzt werden kann, bleibt offen, ob *Kerr* mit der Verbannung des „Transnationalismus“ aus der englischen Rechtsordnung auch die Wahl der *lex mercatoria* als Schiedsverfahrensstatut ausschließen wollte²⁹⁸.

4. Kritische Würdigung

Ausgangspunkt für die Bewertung eines von der *lex mercatoria* beherrschten Schiedsverfahrens soll die Perspektive des staatlichen Richters sein²⁹⁹. Für ihn stellt sich die Frage der möglichen Unterstellung eines Schiedsverfahrens unter die *lex mercatoria* nicht als abstraktes rechtsphilosophisches Problem, sondern im Rahmen der Auslegung einer Norm seiner *lex fori*, welche den Begriff „Recht“ oder „Rechtsordnung“ enthält. Aus diesem Ansatz folgt, daß die Frage der Rechtsqualität der *lex mercatoria* nicht pauschal positiv oder negativ beantwortet werden kann³⁰⁰.

²⁹⁷ Siehe oben, unter § 6, D. II. 3.

²⁹⁸ Allerdings deutete sich im englischen Recht schon unter dem damaligen Schiedsrecht eine zunehmende Offenheit für eine Lösung vertraglicher Beziehungen vom nationalen Recht kraft Parteivereinbarung an: vgl. etwa Court of Appeal, Entscheidung vom 4. Juli 1980, Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrgesellschaft mbH v. R'as al-Khaimah National Oil Co [1987] 3 W.L.R., 1023; dazu *Park, W. W.*, TulLR 63 (1989), 647–709 (666) und unten, unter § 8, Fn. 95 ff. und die Entscheidung *Star Shipping A.S. v. China National Foreign Trade Transportation Corporation Douglas Corporation*, [1993] 2 Lloyd's Rep. 445, 452 (per *Steyn, L. J.*), wo angenommen wurde, das anationale Schiedsverfahrensrecht beeinträchtigt die Gültigkeit einer Schiedsklausel unter englischem Recht nicht (Die Schiedsklausel sah eine Schiedsgerichtsbarkeit „in Beijing or London in defendant's opinion“ vor); zum Art. 34 des neuen englischen Rechts aus dem Jahre 1996 siehe oben, unter § 6, Fn. 60.

²⁹⁹ *Herdegen, M.*, RIW 35 (1989), 329–337 (331); *Stoecker, C. W. O.*, JIntArb 7 (1) (1990), 105–125 (117).

³⁰⁰ Siehe zur Kritik an der *lex mercatoria* vor allen Dingen: *Böckstiegel, K.-H.*, in Festschrift für Beizke, S. 443–458 (456); *Dasser, F.*, S. 398 ff.; *Lagarde, P.*, in Etudes offertes à Berthold Goldman, S. 125–150; *Mustill, L.-J.*, in Liber Amicorum Wilberforce, S. 149–183; *Rensmann, T.*, S. 113 ff.; *Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 197 ff. m.w.Nach.; *ders.*, in

Ob die *lex mercatoria* die in einer konkreten Norm vorausgesetzten Funktionen des „Rechts“ erfüllen kann, wird im Rahmen der Untersuchung der Zuordnung von Konzessionsverträgen zu einer autonomen Welthandelsrechtsordnung beantwortet³⁰¹. An dieser Stelle reicht es zu sagen, daß die Anerkennung der Rechtsqualität der *lex mercatoria* funktionell auf das in Schiedsverfahren anwendbare materielle Recht beschränkt ist. Sofern der Gesetzgeber auch im Hinblick auf das Schiedsverfahrensrecht anordnen würde, daß der *lex mercatoria* Rechtsqualität zukommt, wäre der staatliche Richter an diese Anordnung gebunden. Bisher gibt es allerdings noch keine nationalen Schiedsgesetze, die ausdrücklich festschreiben, daß die *lex mercatoria* als Schiedsverfahrensstatut fungieren kann³⁰².

Das Schiedsverfahrensstatut hat grundsätzlich zwei Funktionen: Zum einen gibt es dem entscheidenden Richter einen Bestand an zwingenden und dispositiven Normen als Entscheidungsmaßstab an die Hand. Zum anderen ordnet es das Schiedsverfahren einer Rechtsordnung zu, die während des Verfahrens ihre Gerichte zur Hilfeleistung und Kontrolle zur Verfügung stellt und nach Erlaß des Schiedsspruches der unterlegenen Partei eine Aufhebungsmöglichkeit bietet³⁰³. Da die *societas mercatorum* keine zentralen Rechtsprechungs- und Durchsetzungsorgane kennt, können die Schiedsverfahrensparteien, die ihr Verfahren der *lex mercatoria* unterstellen, grundsätzlich nicht auf externe Organe zurückgreifen, welche das Schiedsverfahren unterstützen und kontrollieren.

Die fehlende Verknüpfung der *lex mercatoria* mit korrespondierenden Hilfs- und Kontrollorganen muß jedoch nicht unbedingt gegen ihre Eignung als Schiedsverfahrensstatut sprechen. Der Gleichlauf von Schiedsverfahrensstatut und Hilfs- bzw. Kontrollfunktionen wird nämlich auch bei Schiedsverfahren, die einem staatlichen Recht unterliegen zunehmend durchbrochen³⁰⁴. Problematischer ist allerdings, ob die *lex mercatoria* als Bewertungsmaßstab für die Verbindlichkeit und Rechtswirksamkeit des Schiedsverfahrens geeignet ist. Hier steht der Nachweis eines hinreichenden Bestandes an gewohnheitsrechtlichen Normen noch aus. Selbst *Goldman* räumt ein „that it is difficult to say that such [an international customary] procedure has already come into being“³⁰⁵. Auch der von *Gentinetta* vorge-

RIW 28 (1982), 857–867 (866); *Schwab, K.-H./Walter, G.*, S. 380; *Smit, H.*, TulL-Rev 63 (1989), 629–645 (633); *Spickhoff, A.*, RabelsZ 56 (1992), 116–141 (125), *Stoecker, C. W. O.*, JIntArb 7 (1) (1990), 101–125 (117); *Stoll, J.*, S. 42 ff.

³⁰¹ Vgl. dazu unten, unter § 7, C. II. 2. c).

³⁰² Zu den nationalen Rechtsordnungen, die den Schiedsrichtern erlauben, die Hauptsache nach der *lex mercatoria* zu entscheiden vgl. unten, unter § 8, A, III und B, II.

³⁰³ Vgl. dazu oben, unter § 6, C. I. 1. a).

³⁰⁴ Vgl. dazu oben, unter § 6, Fn. 65, 66.

schlagene Rückgriff auf allgemeine Rechtsgrundsätze führt zu wenig überzeugenden Ergebnissen³⁰⁶.

Sieht man die allgemeinen Rechtsgrundsätze mit *Gentinetta* als Spiegel des „*übereinstimmenden Rechtsbewußtseins der Völker*“, so wird im Einzelfall schwierig sein, konkrete Verfahrensbestimmungen aus einer rechtsvergleichenden Gesamtschau des Rechts der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit abzuleiten³⁰⁷. Ohne Schwierigkeiten kann man zwar die Grundsätze der Gleichberechtigung der Parteien und der Gewährung rechtlichen Gehörs als (zwingende) allgemeine Rechtsgrundsätze identifizieren³⁰⁸. Hinsichtlich der Konkretisierungen dieser Grundsätze wird es kaum ein „*übereinstimmendes Rechtsbewußtsein der Völker*“ geben. Denn gerade das Verfahrensrecht enthält eine Vielzahl von technischen Regeln, die von Zweckmäßigkeitserwägungen bestimmt und in den einzelnen Rechtsordnungen unterschiedlich normiert sind³⁰⁹.

5. Fazit

Zusammenfassend ist festzustellen, daß sich die *lex mercatoria* als Schiedsverfahrensstatut nicht eignet, da noch kein ausreichender Bestand an Normen zur Regelung des Schiedsverfahrens nachgewiesen worden ist. Die Idee des von der *lex mercatoria* beherrschten Schiedsverfahrens hat auch in der Praxis staatlicher Gerichte nur geringe Resonanz gefunden³¹⁰. Eine überraschende Renaissance hat die These der prozessualen *lex mercatoria* in der Santiago de Compostella Resolution des *Institut de Droit International* erlebt³¹¹. Es bleibt abzuwarten, ob die Vorschläge des *Institut de Droit*

³⁰⁵ *Goldman, B.*, in *Lew, J. D. M. (ed.), Contemporary Problems ...*, S. 113–125 (124); siehe auch *Dasser, F.*, S. 70; *von Hülsen, H.-V.*, Die Gültigkeit von internationalen Schiedsvereinbarungen, Berlin 1973, S. 5; *Stoecker, Ch.*, JIntArb 7 (1) (1990), 101–125 (114 ff.); *Toope, St.*, S. 41.

³⁰⁶ Vgl. die kritischen Kommentare bei *Ernemann, A.*, S. 105 ff.; *Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 191 ff.

³⁰⁷ So generell zur Problematik allgemeiner Rechtsgrundsätze als Teil der *lex mercatoria* *Mustill, L.-J.*, in *Liber Amicorum Wilberforce*, S. 149–183 (155 f.).

³⁰⁸ *Ernemann, A.*, S. 103.

³⁰⁹ *Ernemann, A.*, S. 106.

³¹⁰ Vgl. dazu oben, unter § 6, D. III. 3.

³¹¹ Siehe zu weiteren Literaturstimmen, die eine Verankerung des Schiedsverfahrens in der *lex mercatoria* für möglich halten: *Avanessian, A.*, The New York Convention and Denationalised Arbitral Awards, JIntArb 8 (1) (1991), 5–29 (14); *Base-dow, J.*, in *Glossner, O. (Hrsg.), Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit* 1987, S. 3, 10 (Verankerung des Schiedsvertrags in der *lex mercatoria*); *Goldman, B.*, in *Lew, J. D. M. (ed.), Contemporary Problems ...*, S. 113–125 (124); *Toope, S.*, S. 41 („*an emerging procedural lex mercatoria*“).

International auf die Praxis eine größere Anziehungskraft ausüben werden als die Schriften *Fouchards* und *Gentinetas*.

IV. Völkerrecht als maßgebliches Verfahrensrecht bei Schiedsverfahren zwischen einem Staat und einer ausländischen Privatperson

Hält man die Verankerung des Schiedsverfahrens bei Konzessionsverträgen in der *lex mercatoria* aus den obigen Gründen noch nicht für möglich, so kommt als anationale *lex arbitri* nur das Völkerrecht in Betracht. In der schiedsgerichtlichen Praxis hat das Völkerrecht eine große Rolle gespielt³¹². Dies läßt sich darauf zurückführen, daß der Gaststaat es als unzumutbar empfindet, sich der Rechtsordnung eines anderen Staates zu unterwerfen. Der private Vertragspartner des Staates will sich aber nicht dem Risiko aussetzen, daß das Gastland seine Rechtsordnung nachträglich ändert und die vertraglich abgesicherten Rechte des Privatunternehmens beeinträchtigt³¹³. Angesichts der geringen Verlässlichkeit der allgemeinen Rechtsgrundsätze als rechtliche Basis für eine Großinvestition, ist es nicht verwunderlich, daß man versucht hat, Schiedsverfahren zwischen einem Staat und einer ausländischen Privatperson dem Völkerrecht zu unterstellen, um Privatunternehmen nicht dem nationalen Recht ihres Partners auszuliefern.

Eine direkte („*ex lege*“) Zuordnung von Schiedsverfahren zwischen Staaten und ausländischen Privatpersonen zum Völkerrecht aufgrund von Immunitätserwägungen trifft heutzutage nicht mehr zu³¹⁴. Die schiedsgerichtliche Praxis geht vielmehr von einer nationalrechtlichen Verankerung „gemischter“ Schiedsverfahren aus. Die Möglichkeit einer kollisionsrechtlichen („*ex contractu*“) Einordnung von „gemischten“ Schiedsverfahren in das Völkerrecht ist allerdings nicht ausgeschlossen³¹⁵. In diesem Abschnitt sollen daher die rechtlichen Voraussetzungen für die Unterstellung „gemischter“ Schiedsverfahren unter eine völkerrechtliche *lex arbitri* näher untersucht werden (IV. 1.). Nachdem eine kollisionsrechtliche völkerrechtliche Zuordnung bejaht wird, ist der Frage nachzugehen, ob angesichts der geringeren Vollstreckungschancen eines anationalen Schiedsspruchs einem Privatunternehmen nutzt, das Schiedsverfahren dem Völkerrecht zu unterstellen (IV. 2.).

³¹² Vgl. dazu oben, unter § 6, B. I. 1.

³¹³ Zur Befugnis der staatlichen Vertragspartei, beim Bestehen eines öffentlichen Interesses, nicht diskriminierend und gegen Bezahlung einer angemessenen, prompten und effektiven Entschädigung in den Konzessionsvertrag einzugreifen vgl. unten, unter § 9, A. III.

³¹⁴ Vgl. dazu oben, unter § 6, B. I. 1.

³¹⁵ Vgl. dazu oben, unter § 6, B. I. 2. und 5.

1. Rechtliche Voraussetzungen der Wahl des Völkerrechts als Verfahrensstatut in Schiedsverfahren zwischen Staaten und ausländischen Privatunternehmen

Sowohl in der Praxis³¹⁶ als auch in der Literatur³¹⁷ ist heute unumstritten, daß „gemischte“ Schiedsverfahren in der Regel wie Schiedsverfahren unter ausschließlicher Beteiligung von Privatpersonen behandelt werden. Es ist also vom Grundsatz der nationalrechtlichen Verankerung des Schiedsverfahrens auszugehen. Dementsprechend kann ein Schiedsverfahren zwischen einem Staat und einem ausländischen Unternehmen nur kraft verfahrensrechtlichen Parteiautonomie „*ex contractu*“ dem Völkerrecht unterstellt werden. Diese Freiheit der Parteien zur Ausgestaltung des Verfahrensrechts gilt jedoch in keiner Rechtsordnung schrankenlos. Es bedarf daher im folgenden der genauer Überprüfung, ob sich die Wahl des Völkerrechts als *lex arbitri* innerhalb der durch die nationalen Kollisionsrechte gesetzten Schranken der Parteiautonomie bewegt³¹⁸.

a) *Legitimes Interesse an der Wahl des Völkerrechts*

Das durch die Parteiautonomie den Vertragspartnern eingeräumte Wahlrecht unterliegt in einigen Rechtsordnungen dem Vorbehalt, daß ein legitimes Interesse an der Wahl des fremden Rechts bestehen muß³¹⁹. Für Schiedsverfahren zwischen Staaten und Privaten wird man den Parteien das berechtigte Interesse an der Wahl des Völkerrechts schon deshalb nicht absprechen können, weil das Völkerrecht gleichsam das „Heimatrecht“³²⁰

³¹⁶ Siehe oben, unter § 6, B. I. 2. und 5.

³¹⁷ Vgl. dazu die in § 6, Fn. 104 Literaturangaben; so auch Mann, F.-A., BYIL 42 (1967), 1–37 (6ff.); ders., AnnIDI 63 (1989) I, 69–70.

³¹⁸ Siehe zum Verhältnis der verfahrensrechtlichen Parteiautonomie zum Völkerrecht Münzberg, R., S. 157ff.; Regli, J.-P., S. 64; zur entsprechenden Problematik im Hinblick auf das materielle Recht vgl. unten, unter § 8, A. II.

³¹⁹ Vgl. etwa American Law Institute, Restatement of the Law, Second, Conflicts of Laws, 1971, Section 187 (2) (a) („*reasonable basis for the parties' choice*“); siehe auch aus der älteren Literatur rechtsvergleichend: Böckstiegel, K.-H., Der Staat ..., S. 92, 122; Mann, F.-A., RBDI 11 (1975), 562–567 (565); Schlosser, P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 231; Velten, R., S. 27. Das Erfordernis eines „*berechtigten Interesses*“ an der Rechtswahl wird in zunehmenden Maße aufgegeben, vgl. etwa zu Art. 3 Abs. 1 des Europäischen Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19. Juni 1980, (EVÜ) (80/934/EWG), Abl. der EG Nr. 266/1–19 vom 9. Oktober 1980, (BGBl. 1986, II, S. 810ff.) = RabelsZ 46 (1982), 196–220. Trotzdem verlangen einige Stimmen im Anwendungsbereich des Art. 27 Abs. 1 EGBGB ein „*anerkanntes Interesse*“, so etwa Kegel, G., § 18, I, S. 483ff. Auch in der Schweiz ist durch Art. 116 Abs. 1 IPR-G die Schranke des „*vernünftigen Interesses*“ aufgegeben worden.

der beteiligten staatlichen Schiedsverfahrenspartei ist. Im übrigen berücksichtigt die Wahl des Völkerrechts sowohl das Interesse des staatlichen Vertragspartners, sich nicht auf das Recht eines dritten Staates einzulassen, als auch den Willen der privaten Partei, sich nicht dem Recht und damit der Regelungsbefugnis³²¹ des Gastlandes zu unterwerfen.

*b) Eignung völkerrechtlicher Normen zur Regelung
von Schiedsverfahren zwischen Staaten und Privatpersonen*

Gegen die Möglichkeit der kollisionsrechtlichen Verweisung auf das Völkerrecht als Verfahrensstatut wird angeführt, daß es keine passenden völkerrechtlichen Normen für Schiedsverfahren zwischen Staaten und Privatpersonen gebe³²². Insbesondere kenne das Völkerrecht keine zwingenden Normen, die den Schutz der schwächeren Schiedspartei garantierten³²³. Da aber die Parteiautonomie auf der Grundannahme beruhe, daß jede Rechtsordnung durch ihre zwingenden Regeln einen Interessenausgleich zwischen der rechtlichen Gestaltungsfreiheit der Schiedsparteien und dem Schutz der Schwächeren sowie wichtigen Gemeinschaftsinteressen gewähren wolle, könne nach Sinne und Zweck der Parteiautonomie Völkerrecht nicht zu den wählbaren Rechtsordnungen gehören³²⁴.

Diese Argumentation vermag allerdings nicht zu überzeugen. Das Völkerrecht bildet ein praktikables Instrument zur Regelung von Schiedsverfahren zwischen Staaten und Privatpersonen. Für zwischenstaatliche Schiedsverfahren haben sich viele verfahrensrechtliche Regeln gewohnheitsrechtlich verfestigt³²⁵. Ein großer Teil dieser Regeln eignet sich ohne weiteres

³²⁰ Böckstiegel, K.-H., Der Staat ..., S. 122; Mann, F.-A., RBDI 11 (1975), 562–567 (565); Velten, R., S. 28.

³²¹ Siehe zur Frage, ob auch Schiedsverfahren mit nationaler *lex arbitri* kraft Völkerrechts „stabilisiert“ sind: Herdegen, M., RIW 35 (1989), 329–337 (333); Mann, F.-A., BYIL 42 (1967), 1–37 (30). Beachte zur Stabilisierung „gemischter“ Schiedsverfahren aufgrund der Eigentumsgarantie des Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention (vom 20. März 1952, BGBl. 1956, II, S. 1880 ff.) Stran Greek Refineries and Stratis Anderadis v. Greece, Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Entscheidung vom 9. Dezember 1994 (§ 4, Fn. 225).

³²² Ernemann, A., S. 96.

³²³ Ernemann, A., S. 96; Münzberg, R., S. 160.

³²⁴ Schlosser, P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 204 für Schiedsverfahren zwischen Privatpersonen.

³²⁵ Siehe zur zwischenstaatlichen Schiedsgerichtsbarkeit: Caron, D., The Nature of the Iran-United States Claims Tribunal and the Evolving Structure of International Dispute Resolution, AJIL 84 (1990), 104–156 (111 ff.); Gray, Ch./Kingsbury, B., Developments in Dispute Settlement. Inter-State Arbitrations since 1945, BYIL 63 (1992), 97–134; vgl. auch Nations Unies, Manuel sur le règlement pacifique des

zur Übertragung auf „gemischte“ Schiedsverfahren. Das folgt bereits daraus, daß sich eine Vielzahl von verfahrensrechtlichen Normen für zwischenstaatliche Schiedsverfahren aus entsprechenden Vorschriften in den nationalen Zivilprozeßordnungen entwickelt haben³²⁶. Verbleibende Lücken können über allgemeine Rechtsgrundsätze i. S. v. Art. 38 Abs. 1 lit. c) des IGH-Statuts geschlossen werden.

Im Hinblick auf den Einwand, daß es im Völkerrecht keine zwingenden Vorschriften für das Schiedsverfahren gebe, darf nicht außer Acht gelassen werden, daß es in den modernen nationalen Schiedsverfahrensrechten nur noch wenige zwingenden Normen gibt. Diese Regeln bilden im wesentlichen Ausformungen des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Parteien und der Gewährung rechtlichen Gehörs. Gerade diese beiden Grundsätze gehören aber auch im Völkerrecht zu den fundamentalen Verfahrensprinzipien, die der Dispositionsbefugnis der Parteien und des Schiedsgerichts entzogen sind³²⁷.

c) Fehlen völkerrechtlicher Hilfs- und Kontrollorgane

Das Fehlen völkerrechtlicher Organe zur Unterstützung und Kontrolle des Schiedsverfahrens spricht darüber hinaus nicht gegen die kollisionsrechtliche Verweisung auf das Völkerrecht³²⁸. Hinsichtlich der Kontrollfunktion ist anzumerken, daß eine Reihe nationaler Rechtsordnungen bei „internationalen“ Schiedsverfahren ebenfalls auf deren Überwachung verzichten³²⁹. Trotzdem ist eine kollisionsrechtliche prozessuale Verweisung auf diese Rechtsordnungen möglich. Das Fehlen völkerrechtlicher Hilfsorgane steht nur dann unter der Praktikabilitätsgesichtspunkten der kollisionsrechtlichen Verweisung auf das Völkerrecht entgegen, wenn man davon ausgeht, daß die Zuständigkeit zur Ausübung von Hilfsfunktionen und das anwendbare Verfahrensrecht notwendig parallel laufen. Wie bereits oben dargestellt, ist der Gleichlauf von Verfahrensstatut und Unterstützungszuständigkeit aber nicht zwingend³³⁰.

différends entre Etats (1992), S. 59 ff.; siehe auch die Nachweise in den Arbeiten der *International Law Commission* zu ihrer „*Draft Convention on Arbitral Procedure*“ (§ 6, Fn. 49), mit den Berichten von G. Scelle (YbILC 1950 II, S. 114 ff.; 1951 II, S. 111 ff. und 1952 II, S. 1 f.).

³²⁶ Siehe *Lauterpacht, H.*, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (1927), S. 203 ff.

³²⁷ Siehe Kommentar zu Art. 30 *ILC Draft Convention* (§ 6, Fn. 49, S. 322), S. 110; Art. 14 *ILC Draft Convention* (§ 6, Fn. 49); zustimmend auch *Regli, J.-P.*, S. 64.

³²⁸ a. A. *Gruss, H.-J.*, *ZaöRV* 39 (1979), 782–806 (787); *Münzberg, R.*, S. 162 ff.; *Redfern, A.*, *BYIL* 55 (1984), 65–110 (81).

³²⁹ Siehe dazu oben, unter § 6, D. I. 2. b) und c).

Die vorangehende Untersuchung hat also im Ergebnis gezeigt, daß sich die Wahl des Völkerrechts als Verfahrensstatut bei Schiedsverfahren zwischen Staaten und Privatpersonen innerhalb der Grenzen der Parteiautonomie bewegt³³¹. Nunmehr sollen noch kurz die Modalitäten der Rechtswahl erörtert werden.

*d) Anwendbarkeit des Völkerrechts
kraft stillschweigender Rechtswahl*

Wie im internationalen Vertragsrecht kann die Wahl des Schiedsverfahrensrechts sowohl ausdrücklich als auch stillschweigend erfolgen. Für die Annahme einer stillschweigenden Unterwerfung des Schiedsverfahrens unter das Völkerrecht bedarf es allerdings deutlicher Anhaltspunkte, da ein vom Völkerrecht beherrschter Schiedsspruch in der Praxis geringere Vollstreckungschancen hat als ein in- oder ausländischer Schiedsspruch³³². In der Rechtsprechung anerkannte Anknüpfungspunkte für die Feststellung des stillschweigenden Parteiwillens zur Verankerung des Verfahrens in einem bestimmten nationalen Recht sind etwa der vereinbarte Ort der Hinterlegung des Schiedsspruches³³³, die Unterwerfung unter die „nationale“ Schiedsordnung³³⁴ oder die Bestimmung nationaler Gerichte als Instanz zur Schiedsrichterernennung³³⁵.

Indizien für eine stillschweigende Wahl des Völkerrechts als *lex arbitri* sind demnach die Vereinbarung der Hinterlegung des Schiedsspruches bei einer überstaatlichen Institution oder die Bestimmung einer völkerrechtlichen Ernennungsinstantz bei fehlgeschlagener Schiedsrichterernennung durch die Parteien³³⁶. Auch die Bezugnahme auf eine von einer überstaatli-

³³⁰ Siehe dazu oben, unter § 6, Fn. 65, 66.

³³¹ So auch *Fragistas, Ch.*, RCDIP 49 (1960), 1–20 (14 ff.) (allerdings auch für Schiedsverfahren zwischen Privatpersonen); *Rensmann, T.*, S. 143; *Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 61, 205, 456; *ders.*, RIW 28 (1982), 857–867 (865); *White, R.*, ICLQ 30 (1981), 1–19 (7); wohl auch *Gruss, H.-J.*, ZaöRV 39 (1979), 782–806 (88); *Regli, J.-P.*, S. 66, 72; zweifelnd: *Luzzatto, R.*, RdC 157 (1977–IV), 9–120 (90); *Markert, T.*, S. 95 ff., 98, 101.

³³² Siehe dazu unten, unter § 6, D. IV. 2. Beachte allerdings, daß nach der hier vertretenen Auffassung auch „gemischte“ Schiedssprüche mit völkerrechtlicher *lex arbitri* nach dem *UNÜ* vollstreckt werden können.

³³³ Siehe etwa *Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 236 m. w. Nach.

³³⁴ BGH, Entscheidung vom 10. Mai 1984, NJW 37 (2) (1984), 2763–2764: (Recht des Staates New York bei Vereinbarung der Anwendbarkeit der Schiedsregeln der American Arbitration Association).

³³⁵ *Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 236 m. w. Nach.; vgl. auch *Schwab, K.-H.*, in Festschrift für Martin Luther, S. 163–178 (172); *Schwab, K.-H./Walter, G.*, S. 458 ff.

chen Organisation erlassene Schiedsordnung kann Indiz für den Willen der Parteien sein, das Schiedsverfahren im Völkerrecht zu verankern. Als Verweis auf das Völkerrecht kann man etwa die Vereinbarung der vom Büro des *Ständigen Schiedsgerichtshofes* im Jahre 1962 ausgearbeiteten „*Rules of Arbitration and Conciliation for the Settlement of International Disputes Between Two Parties of Which Only One is a State*“ verstehen³³⁷. Auch der Verweis auf die Verfahrensregeln des *StGH* oder des *IGH*, die man in einigen Konzessionsverträgen findet, ist als konkludente Wahl des Völkerrechts aufzufassen³³⁸. Obwohl das auf den materiellen Vertrag anwendbare Recht und das Schiedsverfahrensstatut nicht übereinstimmen müssen³³⁹, kann man schließlich auch die Verankerung des materiellen Vertrags im Völkerrecht als Indiz für den Willen zur „Internationalisierung“ des Schiedsverfahrens ansehen³⁴⁰.

e) Anwendbarkeit des UNÜ auf Schiedssprüche mit völkerrechtlicher *lex arbitri*

Hält man das UNÜ mit der hier vertretenen Auffassung³⁴¹ generell auf anationale Schiedssprüche für anwendbar, ergeben sich grundsätzlich keine Besonderheiten, wenn die Parteien eines „gemischten“ Schiedsverfahrens Völkerrecht als *lex arbitri* wählen³⁴². Eine völkerrechtliche *lex arbitri* dürfte die Anerkennungschancen des Schiedsspruches – im Vergleich zu

³³⁶ Vgl. *Texaco v. Libya*, ILM 17 (1978), 1–37 (S. 8, Ziff. 14), wo der Rückgriff auf das Völkerrecht mit der Wahl des Präsidenten des *Internationalen Gerichtshofes* als Ernennungsinstanz begründet wird; a.A. Schiedsrichter *Lagergren* in BP-Schiedsverfahren, ILR 53 (1979), 297.

³³⁷ Dies erwägt auch *Mann, F.-A.*, BYIL 42 (1967), 1–37 (12). Die revidierten Schiedsregeln in der Fassung vom 6. Juli 1993 (§ 4, Fn. 215) gehen allerdings in Art. 1 Abs. 3 und Art. 32 Abs. 7 von der Unterstellung des Verfahrens unter nationales Recht aus.

³³⁸ Vgl. dazu oben, unter § 6, Fn. 134.

³³⁹ Vgl. dazu oben, unter § 6, C. II.

³⁴⁰ *Fischer, P.*, Die internationale Konzession, S. 426; *Markert, T.*, S. 96.

³⁴¹ Vgl. dazu unten, unter § 6, D. IV. 2.

³⁴² Die Anwendbarkeit des UNÜ auf völkerrechtliche Schiedssprüche in Schiedsverfahren zwischen Staaten und (ausländischen) Privaten bejahen ausdrücklich: *Ministry of Defense of the Islamic Republic of Iran v. Gould*, 887 F. 2d 1357 (9th Cir. 1989); *Iran Aircraft Industries and Iran Support and Renewal Co. v. AVCO*, 980 F. 2d 141 (2nd Cir. 1992). Ebenso: *Herdegen, M.*, RIW 35 (1989), 329–337 (336); *ders.*, Diskussionsbeitrag, in: *Böckstiegel, K.-H.* (Hrsg.), Rechtsfortbildung durch Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, 1989, S. 131–132; *Rensmann, T.*, S. 229; *Schlosser, P.*, in *Festschrift für Arthur Bülow* 1981, S. 189–197; *ders.*, RIW 28 (1982), 857–867 (865); *ders.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 61. Zweifelnd für beschränkt-völkerrechtliche Verträge: *Seidl-Hohenveldern, I.*, *International Economic Law*, 2. Aufl., 1992, S. 49.

einem Schiedsspruch, der nach dem Willen der Parteien von der *lex mercatoria* beherrscht werden soll – sogar erhöhen, zumal im Gegensatz zur *lex mercatoria* die Qualität des Völkerrechts als Rechtsordnung heute in der Praxis nicht in Frage gestellt wird.

2. Vollstreckbarkeit eines auf anationalem Verfahrensrecht beruhenden Schiedsspruches

Die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche bildet den entscheidenden Test für die internationale Effektivität anationaler Schiedssprüche. Durch das UNÜ ist die einfache und zügige Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche in 145 Staaten garantiert³⁴³. Im folgenden soll daher ausführlicher untersucht werden, ob anationale Schiedssprüche vom UNÜ erfaßt werden.

a) Anationale Schiedssprüche und das UNÜ

Im Rahmen des UNÜ, das weltweit das wichtigste rechtstechnische Mittel zur Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen bildet, ist heftig umstritten, ob denationalisierte Schiedssprüche in dessen Anwendungsbereich fallen³⁴⁴.

³⁴³ Stand 18. August 1998, YCA XXIII (1998), 580.

³⁴⁴ *Ablehnend*: van den Berg, A., The New York Arbitration Convention of 1958, S. 34 insb. 40, 325; *ders.*, Non-domestic Arbitral Awards under the 1958 New York Convention, 2 Arb. Int (1986), 191–219; *ders.*, 5 Arb. Int (1989), 2–20; *ders.*, YCA XIV (1989), 539; Böckstiegel, K.-H., in Festschrift für Oppenhof, S. 1–10 (6); Redfern, A., BYIL 55 (1984), 65–110 (79); Schwab, K.-H./Walter, G., S. 473; ILA British Branch Committee on the Enforcement of International Arbitral Awards, Delocalised Arbitrations and the New York Convention 1982, S. 7; *zustimmend*: Broches, A., Settlement of Disputes Arising out of Investment in Developing Countries, in Broches, A. (ed.), Selected Essays ..., S. 458–465 (461); Herdegen, M., RIW 35 (1989), 329–337 (336); Luzzatto, R., RdC 157 (1977–IV), 9–120 (91); von Mehren, A. T./Croff, C., in Aksén, G./von Mehren, R. B. (eds.), International Arbitration ..., S. 67–109 (97); von Mehren, R. B./Kourides, P. N., International Arbitrations Between States and Foreign Private Parties. The Libyan Nationalizations, AJIL 75 (1981), 476–552 (508); Schlosser, P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 62; *ders.*, in Stein/Jonas, Komm. zur ZPO, 21. Aufl., 1994, vor § 1044, RdNr. 7 m.w.Nach.; Smit, H., TullLR 63 (1989), 629–645 (641); Toope, St, S. 38 ff. und 116 ff.; *zweifeln*: Berger, K.-P., Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, S. 343; Bouchez, L.-J., JIntArb 8 (1) (1991), 81–115 (108); von Hoffmann, B., IPRax 1 (1981), 30–32; Markert, T., S. 105; Park, W. W., ICLQ 32 (1983), 21–52 (28); *ders.*, TullLR 63 (1989), 647–709 (665); vgl. zum Ganzen: Haas, U., Die Anerkennung ..., S. 123 ff. m.w.Nach.; Rensmann, T., S. 207 ff. m.w. Nach.

Der Anwendungsbereich des *UNÜ* ist in Art. 1 Abs. 1 geregelt. Danach ist das Übereinkommen „auf die Anerkennung von Schiedssprüchen anzuwenden, die ... in dem Hoheitsgebiet eines anderen Staates als desjenigen ergangen sind, in dem die Anerkennung und Vollstreckung nachgesucht wird“³⁴⁵. Im übrigen erstreckt sich das Übereinkommen auch auf Schiedssprüche, „die in dem Staat, in dem die Anerkennung und Vollstreckung nachgesucht wird, nicht als inländische anzusehen sind“³⁴⁶.

Zur Begründung der These, daß Art. 1 Abs. 1 Satz 1 *UNÜ* die Verankerung des Schiedsspruchs in einem nationalen Recht voraussetzt, berufen sich einige Literaturstimmen auf Art. V Abs. 1 lit. a) *UNÜ*³⁴⁷. Dieser Vorschrift zufolge kann die Anerkennung und Vollstreckung eines Schiedsspruches versagt werden, wenn der Vollstreckungsschuldner „den Beweis erbringt, ... daß die Parteien die [Schieds-] Vereinbarung nach dem Recht, dem die Parteien sie unterstellt haben, oder, falls die Parteien hierüber nichts bestimmt haben, nach dem Recht des Landes, in dem der Schiedsspruch ergangen ist, ungültig ist“. Aus dieser Formulierung lassen sich jedoch keine Aussagen über das auf das Schiedsverfahren anwendbare Recht ableiten, da sie sich allein auf die Schiedsvereinbarung bezieht und das Statut der Schiedsabrede und das Verfahrensstatut nicht übereinstimmen müssen³⁴⁸. Im übrigen spricht Art. V Abs. 1 lit. a) *UNÜ* von „dem Recht, dem die Parteien [die Schiedsvereinbarung] unterstellt haben“, ohne die Rechtswahl auf anationale Rechtsordnungen einzuschränken.

Aus der Tatsache, daß Art. V Abs. 1 lit. e) *UNÜ*³⁴⁹ in seinem zweiten Halbsatz die Aufhebung des Schiedsspruches zu den Gründen der Versagung der Anerkennung zählt, wird vielfach abgeleitet, daß das *UNÜ* die Aufhebbarkeit und damit die Verankerung in einem nationalen Recht voraussetzt³⁵⁰. Art. V *UNÜ* enthält jedoch einen abschließenden Katalog der gegen die Vollstreckbarkeit möglichen Einreden, die als Ausnahmetatbestände eng auszulegen sind. Zu den dort enumerierten Gründen der Versagung der Anerkennung zählt nur die Aufhebung des Schiedsspruchs, nicht jedoch die fehlende Aufhebbarkeit noch der Einwand, daß der Schiedsspruch keinem nationalen Recht unterliegt³⁵¹. Aus Art. V. Abs. 1 lit. e)

³⁴⁵ Art. 1 Abs. 1 Satz 1 *UNÜ*.

³⁴⁶ Art. 1 Abs. 1 Satz 2 *UNÜ*.

³⁴⁷ So etwa *van den Berg, A.*, The New York Arbitration Convention of 1958, S. 37.

³⁴⁸ Siehe zum möglichen Auseinanderfallen von Schiedsvertrags- und Verfahrensstatut: *Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 257 ff.

³⁴⁹ Der Text des Artikels ist oben, in § 6, Fn. 215 wiedergegeben.

³⁵⁰ Siehe insbesondere *van den Berg, A.*, The New York Arbitration Convention of 1958, S. 37.

UNÜ zweiten Halbsatz kann man daher keinen Ansatzpunkt für das Postulat der notwendigen Verankerung des zu vollstreckenden Schiedsspruches in einem nationalen Recht entnehmen.

Art. V Abs. 1 lit. d) UNÜ, der einzige Grund der Versagung der Anerkennung, der direkt das Verhältnis des Schiedsverfahrens zum nationalen Recht anspricht³⁵², bestätigt vielmehr, daß auch Schiedssprüche, die von keinem nationalen Recht beherrscht werden, unter das UNÜ fallen. Nach dieser Vorschrift ist das Recht des Staates am Sitz des Schiedsgerichts nicht zwingend anwendbar, sondern es greift nur ein, wenn die Parteien keine Vereinbarung über das Verfahren bzw.³⁵³ über das auf das Verfahren anwendbare Recht getroffen haben. Art. V Abs. 1 lit. d) UNÜ enthält daher keine Anhaltspunkte dafür, daß die dort gewählte Parteiautonomie auf die Wahl nationaler Rechtsordnungen beschränkt sein soll³⁵⁴.

b) Ergebnis

Als Ergebnis läßt sich also festhalten, daß aus Art. V Abs. 1 lit. a) und e) zweiter Halbsatz UNÜ keine Beschränkung des Übereinkommens auf Schiedssprüche, die in einem nationalen Recht verankert sind, abgeleitet werden kann. Man muß Art. V Abs. 1 lit. d) UNÜ vielmehr als Bestätigung der Möglichkeit ansehen, bei entsprechender Parteivereinbarung das Verfahren vom nationalen Recht lösen zu können. Diese Annahme folgt nicht nur aus dem Zusammenhang der oben erwähnten Artikel des Übereinkommens,

³⁵¹ Auch *van den Berg, A.*, [The New York Arbitration Convention, S. 40] räumt ein, daß die Anationalität des Schiedsspruchs nicht ohne weiteres nach Art. V UNÜ als Vollstreckungshindernis geltend gemacht werden kann. Er will dem Vollstreckungsbeklagen allerdings die Möglichkeit einräumen, im Sitzstaat ein Gerichtsurteil zu erstreiten, in dem festgestellt wird, daß der Schiedsspruch nicht unter das Sitzrecht fällt. Dieses Feststellungsurteil stünde dann einer Aufhebungserklärung gemäß Art. V Abs. 1 lit. e) UNÜ gleich. Gegen diese analoge Anwendung des Art. V Abs. 1 lit. e) UNÜ spricht aber der Ausnahmecharakter der Gründe der Versagung der Anerkennung. Wie *van den Berg* jedoch aber der Hoge Raad der Niederlande in *Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises v. Yugoslav State*, Entscheidung vom 7. November 1975, unten, unter § 6, D. IV. 2. c).

³⁵² Der Text des Art. V Abs. 1 lit. d) UNÜ ist oben, unter § 6, B. III. 1. wiedergegeben.

³⁵³ Art. V Abs. 1 lit. d) UNÜ garantiert neben der unmittelbaren Verfahrensausgestaltungsfreiheit auch die kollisionsrechtliche Parteiautonomie, siehe oben, unter § 6, B. III. 1.

³⁵⁴ Siehe auch *Joseph Müller gegen Bergesen*, Schweizerisches Bundesgericht, Entscheidung vom 26. Februar 1982, BGE 108 IB, S. 90: „Die Parteiautonomie im Sinne von Art. V Abs. 1 lit. d) UNÜ verschafft den Parteien die Möglichkeit, statt einer staatlichen eine vollkommen eigen gestaltete Verfahrensordnung aufzustellen“. Das Bundesgericht hatte allerdings über ein Schiedsverfahren zu entscheiden, das die Parteien ausdrücklich dem Recht des Staates New York unterstellt hatten.

sondern auch aus Sinn und Zweck und aus der Entstehungsgeschichte des *UNÜ*.

Mit dem *UNÜ* sollte das Vollstreckungsregime der Genfer Abkommen von 1923 und 1927³⁵⁵ reformiert werden³⁵⁶. Sinn und Zweck des Übereinkommens bestehen also darin, die Vollstreckung nicht-inländischer Schiedssprüche gegenüber dem Rechtszustand unter den Genfer Abkommen so weit wie möglich zu erleichtern. Mit diesem „*pro-enforcement bias*“³⁵⁷ des *UNÜ* würde es sich nicht vertragen, den in Art. 1 Abs. 1 *UNÜ* definierten Anwendungsbereich des Übereinkommens über seinen Wortlaut hinaus einzuengen. Die Entstehungsgeschichte des *UNÜ* läßt auch keine eindeutigen Rückschlüsse auf die Frage ziehen, ob anationale Schiedssprüche unter den Anwendungsbereich des Übereinkommens fallen³⁵⁸. Daraus, daß seine Schöpfer es abgelehnt haben, anationale Schiedssprüche neu zu schaffen³⁵⁹, kann man nicht entnehmen, daß Übereinkommen sei auf solche Schiedssprüche nicht anwendbar, sollten sie anderweit entstehen.

Da es in diesem Abschnitt darum geht, ob rechtliche Risiken für die Vollstreckung anationaler Schiedssprüche bestehen, kommt es weniger auf die Stichhaltigkeit dogmatischer Erörterungen zur Anwendbarkeit des *UNÜ* auf nicht-staatliche Schiedssprüche als auf die tatsächliche Haltung nationaler Gerichte in diesem Punkt an. Angesichts der Seltenheit anationaler Schiedssprüche ist die Rechtsprechung sehr spärlich. Sie soll indessen im folgenden analysiert werden, um die hier vertretene Annahme zu bestätigen, daß das *UNÜ* die Verankerung des Schiedsspruches in einem staatlichen Recht nicht voraussetzt.

c) Rechtsprechung

(1) Zum *UNÜ* liegen aus jüngster Zeit zwei sich widerstrebende höchst-richterliche *obiter dicta* vor. Das Schweizer Bundesgericht hat in der Entscheidung *Müller AG v. Bergesen*³⁶⁰ ausgeführt, das *UNÜ* gewähre voll-

³⁵⁵ Protokoll über die Schiedsklausel vom 24. September 1923, RGBI. 1925, II, S. 47 ff.; Abkommen zur Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 26. September 1927, RGBI. 1930, II, S. 1068 ff.

³⁵⁶ Siehe etwa *van den Berg, A.*, The New York Convention of 1958, S. 583; vgl. auch Art. VII Abs. 2 *UNÜ*.

³⁵⁷ *Parsons & Whittemore Overseas Co. v. Société Générale de l'Industrie du Papier (Ratka)*, 508 F. 2d 969, 973 (2d Cir. 1974); siehe auch *Ministry of Defence of the Islamic Republic of Iran v. Gould*, 969 F. 2d 764, 770 (9th Cir. 1992).

³⁵⁸ Vgl. zum Ganzen *Rensmann, T.*, S. 212 ff.

³⁵⁹ Report of the Committee on the Enforcement of International Arbitral Awards, U.N. Doc. E/2704 and Corr. 1 (28.3.1955), § 44.

³⁶⁰ Schiedsspruch oben, unter § 6, Fn. 354.

kommene Parteiautonomie und die Parteien könnten anstelle einer staatlichen auch eine selbst gestaltete Verfahrensordnung wählen³⁶¹. Demgegenüber erklärte der italienische Kassationshof³⁶², das *UNÜ* setze ein rechtliches Band mit dem Recht des Staates, dem die Parteien das Verfahren unterworfen hätten, oder mit dem Recht des Staates, auf dessen Territorium das Verfahren durchgeführt werde, voraus.

(2) Direkter wurde der niederländische *Hoge Raad* mit dieser Frage konfrontiert. Er hatte in dem Verfahren *S.E.E.E. v. Jugoslawien*³⁶³ zu entscheiden, ob ein im Kanton Waadt ergangener Schiedsspruch vollstreckbar war, obwohl das Kantongericht entschieden hatte, es handle sich nicht um einen Waadter Schiedsspruch, da Waadter Verfahrensrecht nicht angewandt worden sei. Der *Hoge Raad* hielt in seiner ersten Entscheidung³⁶⁴ den Schiedsspruch trotzdem für einen ausländischen im Sinne von Art. 1 Abs. 1 *UNÜ* und war der Auffassung, daß Art. V Abs. 1 lit. d) *UNÜ* auch die Möglichkeit gebe, nicht nationale Schiedssprüche zu vollstrecken³⁶⁵. In seiner zweiten Entscheidung³⁶⁶ lehnte er aber die Anerkennung des Schiedsspruchs ab, weil die Verweigerung der Anerkennung durch das waadtländische Kantongericht als einziger in Betracht kommender zuständiger Behörde³⁶⁷ einer Aufhebung des Schiedsspruches im Sinne von Art. V Abs. 1 e) *UNÜ* gleichzusetzen sei. Eine völlige Lösung des Schiedsverfahrens von jeglichem nationalen Recht schien also dem *Hoge Raad* nicht möglich.

³⁶¹ BGE 108 Ib, 85.

³⁶² Cass. ForIt 1982 I Sp. 2285, 2288, Fratelli Damiano s.n.c. c. August Tropfer & Co., Entscheidung vom 8. Februar 1982, YCA IX (1984), 418 ff. (421).

³⁶³ Zur Odyssee dieses Schiedsverfahrens vor verschiedenen staatlichen Gerichten vgl. oben, unter § 6, Fn. 234 ff.

³⁶⁴ Urteil des *Hoge Raad* vom 26. Oktober 1973, *Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises en liquidité volontaire v. Socialist Federal Republic of Yugoslavia*, NYIL 5 (1974), 290 ff. = ILR 65 (1984), 360 ff. = ILM 14 (1975), 77 ff., das die Entscheidung des Gerichtshof's in den Haag vom 8. September 1972 aufhob [*Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises en liquidité volontaire v. Socialist Republic of Yugoslavia*, NYIL 4 (1973), 390 f. und 5 (1974), 291 = ILR 65 (1984), 356] und die Sache an den Gerichtshof in Den Haag zurückverwies.

³⁶⁵ ILR 65 (1984), 363.

³⁶⁶ Entscheidung vom 7. November 1975, *Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises en liquidité volontaire v. Socialist Federal Republic of Yugoslavia*, oben, unter § 6, Fn. 236. In der Vorinstanz hatte der Haager Gerichtshof die Vollstreckung abgelehnt, da sie im Widerspruch zu einem zwischen französischen und der jugoslawischen Regierung geschlossenen Vergleich stünde und somit gegen den niederländischen *ordre public* [Art. V Abs. 2 lit. b) *UNÜ*] verstoße, Entscheidung vom 25. Oktober 1974, Rev. arb 1974, 322 ff.

³⁶⁷ „Competent authority“ im Sinne von Art. V Abs. 1 lit. e) *UNÜ*.

Anders entschied über die Anerkennung desselben Schiedsspruchs allerdings für Frankreich die *Cour d'Appel* de Rouen³⁶⁸. Das S.E.E.E.-Schiedsverfahren sei nicht dem waadtländischen Recht unterworfen gewesen. Die Parteien hätten das Verfahren vielmehr von nationalen Rechten gelöst und ihr eigenes Verfahren geregelt. Dies bilde aber nach Ansicht des Appellationsgerichts kein Hindernis für die Vollstreckung nach dem UNÜ³⁶⁹. Der Schiedsspruch sei darüber hinaus verbindlich und nicht von Schweizer Gerichten aufgehoben worden³⁷⁰.

(3) Erstaunlicherweise wurde bei dem Versuch, den *Liamco*-Schiedsspruch vor französischen³⁷¹, amerikanischen³⁷², schwedischen³⁷³ und Schweizer³⁷⁴ Gerichten zu vollstrecken, die Anwendbarkeit des UNÜ jeweils vorausgesetzt, obwohl der Schiedsrichter das Schiedsverfahren dem Völkerrecht unterstellt hatte³⁷⁵. Auch in der Stellungnahme der amerikanischen Regierung als *amicus curiae* im Vollstreckungsverfahren vor amerikanischen Gerichten heißt es lapidar, daß das UNÜ anwendbar sei, „because the United States has undertaken a treaty commitment in the Convention to recognize and enforce in United States courts foreign arbitral awards made in the territory of states who are members of the Convention“³⁷⁶. *Switzer-*

³⁶⁸ Entscheidung vom 13. November 1984, S.E.E.E. c. Banque Mondiale, République de Yougoslavie, Etat Français, Clunet 112 (1985), 473 ff. mit Anmerkung *Oppetit, B.* Das Urteil wurde durch die Cour de cassation bestätigt. Allerdings waren die Aussagen der Cour d'Appel de Rouen zum UNÜ nicht Gegenstand des Verfahrens vor der Cour de cassation; vgl. Entscheidung vom 18. November 1986, Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises, Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement c. Etat Français, République Socialiste Fédérale de Yougoslavie, Clunet 114 (1987), 120 ff.

³⁶⁹ Clunet 112 (1985), 487: „Attendu que la „loi de procedure“ réglant l'arbitrage peut être aussi bien une autre loi étatique que la convention des parties ...“.

³⁷⁰ Clunet 112 (1985), 487.

³⁷¹ Tribunal de Grande Instance de Paris, Entscheidung vom 5. März 1979, Procureur de la République c. Société Liamco, Clunet 106 (1979), 857 ff. mit Anmerkung *Oppetit, B.*

³⁷² *Libyan American Oil Co. v. Socialist People's Libyan Jamahiriya*, 482 F. Supp. 1175 (D.D.C. 1980), vacated after settlement 684 F. 2d 1032 (D.C. Cir. 1981); siehe auch Brief for the United States as *amicus curiae*, abgedruckt in ILM 20 (1981), 161 ff.

³⁷³ Svea Court of Appeals, Entscheidung vom 18. Juni 1980, *Libyan American Oil Company v. Socialist People's Arab Republic of Libya*, ILM 20 (1981), 893 ff.

³⁷⁴ Schweizerisches Bundesgericht, Entscheidung vom 19. Juni 1980, Sozialistische Libysche Arabische Volks-Jamahiriya gegen *Libyan American Oil Company (Liamco)*, BGE 106 Ia, S. 142 ff.

³⁷⁵ Vgl. dazu oben, unter § 6, Fn. 13, 14, 15.

³⁷⁶ Die Vereinigten Staaten haben den Reziprozitätsvorbehalt nach Art. 1 Abs. 3 Satz 1 UNÜ angebracht; vgl. *Multilateral Treaties Deposited With the Secretary-*

*land is such a State*³⁷⁷. Für die Anwendbarkeit des UNÜ nach Art. 1 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 UNÜ wurde also jeweils ein rein territorialer Test für ausreichend erachtet. Der Frage des auf den *Liamco*-Schiedsspruch anwendbaren Verfahrensrechtes wurde keine Bedeutung beigemessen.

(4) Schiedssprüche des *Iran-U.S. Claims Tribunals* unterfallen nach Ansicht des amerikanischen *Court of Appeals for the Ninth Circuit*³⁷⁸ dem Anwendungsbereich des UNÜ³⁷⁹. Dabei sei es unerheblich, ob der Schiedsspruch als niederländisch oder völkerrechtlich zu qualifizieren sei³⁸⁰.

d) Fazit

Art. 1 Abs. 1 Satz 1 UNÜ erfaßt nach seinem Wortlaut auch anationale Schiedssprüche, die außerhalb des Vollstreckungsstaates ergangen sind. Weder aus Art. V Abs. 1 lit. a) und e) UNÜ noch aus der Entstehungsgeschichte des Übereinkommens läßt sich eine Einschränkung auf Schiedssprüche ableiten, die dem Recht des Staates unterliegen, in dem sie ergangen sind. Art. V Abs. 1 lit. d) UNÜ und der generelle „*pro-enforcement bias*“ des Übereinkommens belegen vielmehr, daß das UNÜ auch Schiedssprüchen Wirksamkeit verleihen soll, die kraft Parteivereinbarung vom nationalen Recht emanzipiert sind. In der Rechtsprechung wird ebenfalls eine Beschränkung des Art. 1 Abs. 1 Satz 1 UNÜ auf nationale Schiedssprüche abgelehnt. Immerhin wird am Beispiel des *S.E.E.E.*-Schiedsspruches und der unterschiedlichen Erkenntnisse französischer und niederländi-

General, Status as at 31. Dezember 1994, U.N. Doc. ST/LEG/SER.E/13 (1995), S. 882.

³⁷⁷ Brief for the United States as *amicus curiae*, 16. Juni 1980, abgedruckt in ILM 20 (1981), 161, 162 (S. 34 im Original); Supplemental Memorandum, 7. November 1980, ebenda, S. 164, 170 (S. 12 im Original) [Hervorhebung von der Verfasserin].

³⁷⁸ *Ministry of Defence of the Islamic Republic of Iran v. Gould*, 887 F. 2d 1357 (9th Cir. 1989), cert. denied 110 S.Ct. 1319 (1990), der die Vollstreckbarkeit des Schiedsspruches des *Iran-US. Claim Tribunals* vom 22. Juni 1984 [Gould Marketing Inc. v. Ministry of Defence of the Islamic Republic of Iran, Iran-U.S. C.T.R. 6 (1984 II), S. 272)] nach dem UNÜ erklärte; bestätigt in *Iran Aircraft Industries and Iran Helicopter and Renewal Company v. AVCO Corporation*, 980 F. 2d 141 (2nd Cir. 1992); siehe auch *Ministry of Defence of the Islamic Republic of Iran v. Gould*, 969 F. 2d 764 (9th Cir. 1992). In dieser Entscheidung überprüfte der Court of Appeals for the 9th Circuit den Schiedsspruch des *Iran-US. Claim Tribunals* am Maßstab des Art. V Abs. 1 lit. c) UNÜ, kam aber zu dem Ergebnis, daß das *Iran-US-Claims Tribunal* seine Kompetenz nicht überschritten habe.

³⁷⁹ 887 F. 2d 1357: „*The fairest reading of the Convention itself appears to be that it applies to the enforcement of non-national awards*“.

³⁸⁰ Zur umstrittenen Qualifizierung der Schiedssprüche des *Iran-U.S. Claims Tribunals* siehe: *Rensmann, T.*, S. 147ff.

scher Gerichte hinsichtlich der Vollstreckbarkeit eines anationalen Schiedsspruchs deutlich, daß ein anationaler Schiedsspruch schwerer vollstreckbar ist als ein auf einem staatlichen Recht beruhendes Urteil. Insoweit ist Schiedsrichter *Lagergren* zuzustimmen, wenn er im *BP*-Schiedsverfahren festgestellt hat, daß die Effektivität eines anationalen Schiedsspruchs in der Praxis geringer ist als diejenige einer in einem bestimmten nationalen Recht verankerten Entscheidung³⁸¹.

*e) Ergebnis zur Vollstreckbarkeit eines anationalen
Schiedsspruchs nach dem UNÜ*

Die Denationalisierung des Schiedsverfahrens kann im Rahmen der Anerkennung und Vollstreckung nach dem *UNÜ* schwierige Fragen hervorrufen. Bei allzu großer Lockerung oder gar Lösung der Bindung des Schiedsspruchs an eine nationale Rechtsordnung laufen die Parteien jedenfalls das Risiko, daß ein staatliches Gericht dies zum Anlaß für die Ablehnung der Vollstreckung nimmt³⁸². Ein anationaler Schiedsspruch bleibt mit einem gewissen rechtlichen Makel behaftet. Die Odyssee der Vollstreckbarerklärung des *S.E.E.E.*-Schiedsspruches, die mehrfach vor Scheiwer, französische und niederländische Gerichte geführt hat, illustriert, welch hohen Preis die Entnationalisierung von Schiedssprüchen bei deren Durchsetzung fordern kann. Den Parteien, ihren Anwälten und auch den Schiedsrichtern³⁸³ muß daran gelegen sein, das Risiko der Ablehnung der Vollstreckung des Schiedsspruchs gar nicht erst einzugehen.

Speziell bei Schiedssprüchen im Konzessionsbereich tritt dieses Risiko allerdings gegenüber den Schwierigkeiten bei der Vollstreckung mit der Staatenimmunität³⁸⁴ und unter Umständen der angelsächsischen „*act of state doctrine*“³⁸⁵ zurück. Bei den bisherigen Vollstreckungsversuchen lagen die Schwierigkeiten stets bei Staatenimmunitätseinwänden und nicht etwa

³⁸¹ Vgl. dazu oben, unter § 6, B. II. 4. c), Fn. 97, 98.

³⁸² Vgl. dazu *Bouchez, L.-J.*, JIntArb 8 (1) (1991), 81–115 (110): „*Internationalization or delocalization of the arbitral proceedings may deprive the parties of the benefits of the liberal provisions of multinational conventions regarding recognition and enforcement of „foreign“ as opposed to „international“ awards ...*“; so auch *Böckstiegel, K.-H.*, Der Staat ..., S. 96; *Delaume, G.*, AJIL 75 (1981), 784–819 (813); *Schlesinger, R. B./Gündisch, H.-J.*, RabelsZ 28 (1964), 4–46 (18).

³⁸³ Vgl. Art. 35 der 1.1.1998 Verfahrensregeln der *IntHK*, YCA XVII (1997), 345–370 (362): „*In all matters not expressly provided for in these Rules, the Court and the Arbitral Tribunal shall act in the spirit of these Rules and shall make every effort to make sure that the Award is enforceable at law*“ [Hervorhebung von der Verfasserin].

³⁸⁴ Vgl. dazu oben, unter § 4, C.

³⁸⁵ Vgl. dazu unten, unter § 8, Fn. 230.

bei Bedenken aufgrund der Anationalität des Schiedsspruches, wie es im *Liamco-Fall* gewesen wäre³⁸⁶. Deshalb wird die Auffassung vertreten, daß gerade bei Konzessionen die Befreiung von der Einmischung durch nationale Gerichte in das Verfahren durch die Entstaatlichung des Verfahrens die Nachteile bei der Vollstreckbarkeit aufwiege³⁸⁷.

V. Zusammenfassung

Die Forderung nach Anerkennung anationaler Schiedssprüche, die in einem Verfahren ergehen, das nach dem Willen der Parteien keinem nationalen Recht unterliegen soll, war ursprünglich eine Reaktion auf die nur unzureichende Ausrichtung nationaler Schiedsverfahrensrechte auf die Besonderheiten der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit. Die seit den achtziger Jahren verabschiedeten Reformgesetze bekräftigen durch die zwingende territoriale Anknüpfung der *lex arbitri* prinzipiell den staatlichen Regelungsanspruch, räumen aber gleichzeitig den Verfahrensparteien durch die Rückführung der zwingenden Normen auf einen Kern fundamentaler rechtsstaatlicher Garantien einen fast unbeschränkten Gestaltungsspielraum ein. Mit der Deregulierung der nationalen Schiedsverfahrensrechte entfällt allmählich das Bedürfnis nach völliger Lösung internationaler privaten Schiedsverfahren vom staatlichen Recht. Damit verschiebt sich der praktische Anwendungsbereich der Rechtsfigur des anationalen Schiedsspruchs auf Schiedsverfahren zwischen Staaten und Privatpersonen, in denen die widerstreitenden Interessen der Verfahrensparteien häufig nur durch die Entnationalisierung des Schiedsverfahrens zum Ausgleich gebracht werden können.

Hinter dem Begriff des anationalen Schiedsverfahrens verbergen sich unterschiedliche rechtliche Konstruktionen. Die Forderung nach Lösung des internationalen privaten Schiedsverfahrens vom nationalen Recht war zunächst mit der Vorstellung verbunden, daß das Schiedsverfahren ausschließlich in der Parteivereinbarung ohne Rückbindung an eine nationale oder anationale Rechtsordnung verortet werden könnte. Das Modell des rechtsordnungslosen Schiedsspruchs begegnet jedoch denselben Bedenken wie der *contat sans loi*: Auch ein Schiedsspruch kann seine Verbindlichkeit nur aus einer übergeordneten Norm ableiten. Größere Suggestivkraft hat die Verankerung des anationalen Schiedsspruchs in der *lex mercatoria*. Die Anerkennung der Rechtsqualität der *lex mercatoria* beschränkt sich aber

³⁸⁶ Vgl. dazu oben, unter § 6, Fn. 371 ff.

³⁸⁷ von Mehren, R. B./Kourides, P. N., AJIL 75 (1981), 476–552 (509); Regli, J.-P., S. 74.

funktionell auf das im Schiedsverfahren anwendbare materielle Recht und läßt sich nicht auf das Schiedsverfahrensstatut übertragen.

Die Entnationalisierung des Schiedsverfahrens steht auf einer sicheren Basis, wenn das Schiedsverfahren dem Völkerrecht unterworfen wird. Die vorliegende Studie hat demonstriert, daß Schiedsverfahren zwischen Staaten und Privatpersonen *ex contractu* dem Völkerrecht unterstellt werden können. Die Vollstreckbarkeit eines auf einem nicht-staatlichen Recht beruhenden Schiedsspruchs bleibt allerdings nach wie vor zweifelhaft. Mag die Denationalisierung des Schiedswesens auf den ersten Blick attraktiv wirken, in der Praxis wird man damit den Parteien aber einen schlechten Dienst erweisen, was am Beispiel der mehrfachen Versuche, anationale Schiedssprüche für vollstreckbar zu erklären, deutlich wird. Eine völlige Autonomie der Schiedsgerichtsbarkeit gegenüber der staatlichen Gerichtsbarkeit ist nicht wünschenswert. Die Schiedsgerichtsbarkeit muß stets in einem nationalen Kontext eingebettet sein³⁸⁸. Die Wirtschaft selber hat sich ohnehin fast ausnahmslos gegen Entnationalisierungstendenzen ausgesprochen, weil sie eher die Kalkulierbarkeit und Vollstreckbarkeit im Rahmen der internationalen Schiedsgerichtsverfahren zu gefährden scheinen.

Das in der Tat in der internationalen Schiedspraxis bestehende Bedürfnis, die Autonomie der Parteien und die daraus per Ermächtigung sich ergebende Autonomie der Schiedsrichter von unnötigen Fesseln des nationalen Rechts auch am Sitz des Schiedsgerichts zu befreien, kann nur dadurch befriedigt werden, daß man das Verfahrensrecht des Staates am Sitz des Schiedsgerichts mit internationalem Einheitsrecht verbindet. Anwendbar wären dann in erster Linie internationale Verfahrensgrundsätze, daneben aber auch die zwingenden Normen des Staates am Sitz des Schiedsgerichts. Dabei wäre als Sitzort ein Staat mit liberalen Verfahrensregeln zu wählen. Diese Lösung ist gerade bei der Anwendung der *UNCITRAL*-Regeln mög-

³⁸⁸ So auch Böckstiegel, K.-H., in Festschrift für Oppenhof, S. 1–10 (10); Gottwald, P., Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Generalbericht in Gottwald, P. (Hrsg.), Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, S. 3–160 (54, 104); Haas, U., Die Anerkennung ..., S. 127 m.w.Nach.; von Hoffmann, B., IPRax 1 (1981), 30–32; Kaufmann-Kohler, G., Rev. arb 1998, 516–536 (535); Lando, O., Conflict-of-Law Rules for Arbitrators, in Festschrift für Zweigert, S. 157–178 (162): „*Arbitration can only survive as long as it is tolerated by States*“; von Mehren, A., in Etudes offertes à Goldman, S. 217–227 (218); Nagel, H./Gottwald, P., § 16, RdNr. 90; Redfern, A., BYIL 55 (1984), 65–110 (78, 85, 86); Rubino-Sammartano, M., International Arbitration Law, S. 281 ff.; selbst der eifrige Befürworter der Entnationalisierung der Schiedsgerichtsbarkeit Paulsson, J., räumt ein [ICLQ 32 (1983), 53–61 (57)]: „*Having thus reaffirmed that arbitration may be detached from the law of the situs, I hasten to add that I doubt this feature of international arbitration has much of an impact in practice. Competent counsel will in all cases seek to have the process conform to local rules as a matter of prudence*“ [Hervorhebung von der Verfasserin].

lich. Den Parteien ist zwar das Recht zur freien Ausgestaltung des Verfahrens eingeräumt³⁸⁹. Dieses Recht wird aber unter dem Vorbehalt der Beachtung der zwingenden Normen der auf das Schiedsverfahren anwendbaren Rechtsordnung gestellt. Als diese Rechtsordnung wäre dann das Recht des Staates am Sitz des Schiedsgerichts angesehen. Damit ließen sich die Vorteile der übernationalen Herkunft der *UNCITRAL*-Regeln mit denen der besseren Vollstreckbarkeit durch ergänzende Anwendung zwingender nationaler Normen vereinbaren. Für künftige *ad hoc*-Konzessionsschiedssprüche dürfte deshalb die *UNCITRAL*-Verfahrensordnung die gegebene Grundlage für das Verfahren sein, soweit von den Parteien nichts Abweichendes bestimmt wurde.

Eine Verbindung transnationalen Rechts mit den zwingenden Regeln eines liberalen Forums (Frankreich) wurde von *Aminoil* und Kuwait in deren Schiedsvereinbarung gewählt³⁹⁰. Statt der *UNCITRAL*-Regeln stellte das Schiedsgericht hier seine eigene Verfahrensordnung auf. Die Lösung ist in einem Fall, in dem beide Parteien im Schiedsverfahren einvernehmlich zusammenwirken, durchaus vertretbar. In Fällen wie dem libyschen, in denen eine Partei das Verfahren boykottiert, erscheint dagegen die Orientierung an einer vorgegebenen Verfahrensordnung wie den *UNCITRAL*-Regeln vorzuziehen, um nicht zusätzliche Angriffsflächen für den Vorwurf der Voreingenommenheit zu bieten.

³⁸⁹ Art. 19 *UNCITRAL*-Modellgesetz.

³⁹⁰ Art. IV Abs. 1 der Schiedsvereinbarung oben, unter § 6, Fn. 109 wiedergegeben.

§ 7 Die Zuordnung von Konzessionsverträgen

A. Möglichkeit einer direkten Zuordnung zu einer Rechtsordnung

Die Frage der rechtlichen Qualität der vertraglichen Beziehungen zwischen Staaten und privaten Investoren in einem Konzessionsvertrag ist eines der umstrittensten rechtstheoretischen Probleme unserer Zeit. Die Schwierigkeiten beruhen darauf, daß es wegen der Besonderheiten dieser Vertragsverhältnisse zu Überschneidungen zwischen bisher als privat- und öffentlich-rechtlich bezeichneten Rechtsgebieten kommt. Die überkommene Aufteilung in Privat- und Völkerrecht genügt hier nicht mehr¹. Auf der einen Seite können solche Vertragsbeziehungen nicht völkerrechtlicher Natur sein, da Private nicht Subjekte des Völkerrechts sind, auf der anderen Seite wäre es nicht sachgerecht, rechtliche Erscheinungsformen, die sicherlich über die Sphäre von Privatinteressen hinausgehen, allein dem Privatrecht zuzuordnen. Letzteres ist insbesondere dann verfehlt, wenn die rechtlichen Interessen zwischen den Vertragsparteien durch die Beteiligung souveräner Staaten nicht immer ausgewogen sind.

Bei einer Konzession spielt der beteiligte Gaststaat eine Doppelrolle: er ist Vertragspartner und nationaler Gesetzgeber zugleich. Soweit sein nationales Recht für den Vertrag maßgeblich ist, könnte er versuchen, durch nachträgliche Änderung dieses Rechts auf den Vertrag einseitig und zu seinen Gunsten einzuwirken. Eine solche Befugnis des Gaststaates, sein Recht gezielt zu ändern, würde allerdings für den Privatunternehmer ein unüberschaubares und deshalb besonders schwerwiegendes nichtkommerzielles Investitionsrisiko bergen. Aus diesem Grund ist die Investorenseite begreiflicherweise seit jeher darum bemüht, den Vertrag einer Rechtsordnung zu unterstellen, die dem Zugriff des Gaststaates entzogen ist. Ausdruck derartiger Bemühungen sind einerseits die Rechtswahlklauseln, die nicht selten in Konzessionen aufgenommen werden² und andererseits – für

¹ Vgl. dazu folgendes Diktum aus *Libyan Arab Foreign Investment Company (LAFICO) v. The Republic of Burundi*, Schiedsspruch vom 4. März 1991 (*J. Salmon, A. Bentoumy, M. Santara*, Schiedsrichter), ILR 96 (1994), 279 ff. (330): „*This case involves a dispute between a State and a public company controlled by another State ... It follows that this arbitration is half-way between classic public international law and private international law*“.

² Siehe dazu ausführlich unten, unter § 8, A.

den Fall der fehlenden Rechtswahl – eine objektive Anknüpfung, der sämtliche Konzessionen unterliegen sollen.

Folgt man dieser Überlegung, dann liegt es am nächsten, den Vertrag kraft Rechtswahl vom Recht des Konzessionsgebers zu lösen und ihn einer anderen nationalen Rechtsordnung zu unterstellen. Dazu mußte sich das Gastland dem Recht eines fremden Staates unterwerfen. Durchsetzen konnte sich diese Lösung jedoch nicht, weil der Konzessionsgeber sie als mit seiner Souveränität unvereinbar ansah³. Deshalb haben große Teile der Lehre sowie der *Texaco*-Schiedsspruch eine direkte („*ex lege*“) Zuordnung der sogenannten „internationalisierten“ Verträge ohne den Umweg über Kollisionsregeln vorgenommen. Zugeordnet wurden die Verträge dabei meist dem Völkerrecht (*B.*) – teils als beschränkt-völkerrechtliche Verträge⁴, oder als dem „*droit international des contrats*“ als einem neuen Teilgebiet des Völkerrechts zugehörig⁵, oder wegen ihrer besonderen Natur als internationale Konzessionen⁶ – ansonsten den allgemeinen Rechtsgrundsätzen (*C. I.*) oder einer „dritten“ Rechtsordnung, sei es einem „*transnationalen*“ Recht (*C. II. I.*) oder der *lex mercatoria* (*C. II. 2.*). Vertreten wurde daneben auch die Konstruktion eines rechtsordnungslosen Vertrags (*D.*).

Die Notwendigkeit einer *ex lege* Zuordnung internationaler Konzessionen kann sich vor allem auf zwei Überlegungen stützen. Zum einen ist angesichts des öffentlich-rechtlichen Charakters einer Konzession die Übernahme internationalprivatrechtlicher Methoden nicht unbedenklich⁷. Weisen zum anderen Konzessionen tatsächlich einen völkerrechtlichen Charakter auf, dann wäre es verfehlt, kollisionsrechtlich vorzugehen. Allerdings läßt sich die Frage der Zulässigkeit einer direkten Unterstellung von Konzessionen unter eine anationale Rechtsordnung nicht vom Ergebnis dieser Zuordnung trennen. Ist eine solche Einordnung nachweisbar, so scheidet ein kollisionsrechtlicher Ansatz aus. Ansonsten wäre zu prüfen, inwieweit die kollisionsrechtliche Methode den Besonderheiten stark öffentlich-rechtlich geprägter Sachverhalte gerecht werden kann (*E.*).

³ David, N., *Clunet* 113 (1986), 79–107 (93), Schlosser, P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 203; Verhoeven, J., Arbitrage entre Etats et entreprises étrangères: des règles spécifiques? *Rev. arb* 1985, 609–640 (620).

⁴ Böckstiegel, K.-H., Der Staat ..., S. 145; ders. in Festschrift für Beitzke, S. 443–458 (456).

⁵ Weil, P., RdC 128 (1969–III), 95–240; ders., *Mélanges Rousseau*, S. 303–328 (316 ff.); ders., in Festschrift für Reuter, S. 549–582 (549 ff.).

⁶ Fischer, P., Die internationale Konzession, S. 96 ff.

⁷ Fischer, P., Die internationale Konzession, S. 346; Stoll, J., S. 80.

B. Die Zuordnung von Konzessionsverträgen zum Völkerrecht

I. Die Begründung von vertraglichen Ansprüchen des Investors aus dem Völkerrecht

1. Die Lehre vom beschränkt-völkerrechtlichen Vertrag

Eine Reihe von Autoren hält vertragliche Rechte ausländischer Unternehmen gegen Staaten für unmittelbar aus dem Völkerrecht begründbar⁸. *Böckstiegel* spricht vom „beschränkt-völkerrechtlichen Vertrag“, *Weil* von einem „*droit international de contrats*“ als „*Summe der Regeln des Völkerrechts, die sich auf die Verträge beziehen, die zwischen einem Staat und einem gebietsansässigen Fremden geschlossen werden*“; *Fischer* konzentriert sich auf die „internationale Konzession“, ein aus seiner Sicht genuin völkerrechtliches Rechtsgebilde, das sich im Spannungsverhältnis zwischen Völkerrecht und staatlichem Recht befindet. Seit dem Erlaß des *Texaco*-Schiedsspruches, in dem die These der völkerrechtlichen Grundlegung von Konzessionsverträgen aufgegriffen wurde⁹, diskutiert man stark über die Internationalisierung von Konzessionsverträgen.

Dogmatisch untermauert wurde der Lösungsansatz der völkerrechtlichen Einordnung von Konzessionsverträgen durch *Böckstiegel* mit der Theorie vom „beschränkt-völkerrechtlichen“ Vertrag¹⁰. Nach dieser Theorie sind

⁸ *Alt, O.*, Neue Schiedssprüche zum Recht der Verstaatlichung, *östZöfFR* 35 (1985), 265–304 (272); *Barberis, J.*, *RdC* 179 (1983–I), 145–304 (203); *Böckstiegel, K.-H.*, *Der Staat ...*, S. 303 ff. insb. S. 310; *Fatouros, A.*, *International Law and the Internationalized Contract*, *AJIL* 74 (1980), 134–141 (134); *Fischer, P.*, Die internationale Konzession, S. 451; *Greenwood, Ch.*, *BYIL* 53 (1982), 27–81 (44); *Gruss, H.-J.*, *ZaöRV* 39 (1979), 782–806 (789); *Herdegen, M.*, *RIW* 35 (1989), 329–337 (332); *Hirsch, M.*, S. 126; *Hyde, J.-N.*, *RdC* 105 (1962–I), 265–374 (267, 306); *Kuusi, J.*, *The Host State and The Transnational Corporation: An Analysis of Legal Relationships*, 1979, S. 67; *Lalive, P.*, in *Festschrift für Kurt Lipstein*, S. 135–155 (148 ff.); *Lillich, R. B.*, *The Law Governing Disputes under Economic Development Agreements: Reexamining the Concept of „Internationalization“*, in *Lillich, R./Brower, C. N.* (eds.), *International Arbitration in the 21st Century: Awards, „Judicialization“ and Uniformity?* Boston 1994, S. 61–114 (68); *Paasivirta, E.*, *Participation of States ...*, S. 73 ff.; *Pazarci, H.*, *RGDI* 79 (1975), 354–421 (388); *Regli, J.-P.*, S. 45 ff.; *Schanze, E.*, *Investitionsverträge im internationalen Wirtschaftsrecht*, S. 121; *Schlosser, P.*, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, *RdNr.* 155 ff.; *Seidl-Hohenveldern, I.*, *RBDI* 11 (1975), 567–570 (568); *Stoll, J.*, S. 51; *Weil, P.*, *RdC* 128 (1969–III), 95–240 (189); *ders.* in *Mélanges Rousseau*, S. 303–328 (316); *ders.*, in *Festschrift für Reuter*, S. 549–582 (572).

⁹ Vgl. dazu unten, unter § 7, B. I. 2. a).

¹⁰ *Böckstiegel, K.-H.*, *Der Staat ...*, S. 310; vgl. dazu *Bettems, D.*, *RdNr.* 95 ff.; *Gruss, H.-J.*, *ZaöRV* 39 (1979), 782–806 (793); *Jacquet, M.*, *Clunet* 116 (1989–II), 621–690 (631); *Leboulanger, P.*, *Les contrats entre Etats ...*, S. 209; *Regli, J.-P.*,

Vereinbarungen zwischen Staaten und ausländischen Privatunternehmen dem Völkerrecht zuzuordnen, soweit sie folgende Merkmale aufweisen: sie müssen auf „hoher“ Ebene, d.h. von staatlicher Seite durch zum Abschluß völkerrechtlicher Verträge befugte Stellen, geschlossen sein; der Vertrag ist nicht rein privatrechtlicher Natur, vielmehr erlegt er dem staatlichen Partner Verpflichtungen zu *ad-hoc* Gesetzesänderungen oder zur Vornahme oder Unterlassung bestimmter hoheitlicher Maßnahmen auf; weiter sind Rechtswahl- und Schiedsklauseln für einen solchen Vertrag charakteristisch¹¹. Im Abschluß eines derartigen *inter pares* geschlossenen Vertrags liege die Anerkennung des privaten ausländischen Partners als Völkerrechtssubjekt durch den Staat¹². Diese Völkerrechtspersönlichkeit der ausländischen Privatperson sei konstitutiv, abgeleitet von der des staatlichen Partners, wirke nur ihm gegenüber und sei auf den Gegenstand der Vertragsbeziehungen beschränkt¹³. Dem privaten Vertragspartner stehe nach diesem Ansatz ein unmittelbar völkerrechtlicher Anspruch auf Einhaltung der Vereinbarungen gegen den Staat zu. Der staatliche Vertragspartner bleibe unabhängig von späteren Änderungen seiner eigenen Rechtsordnung an die Vereinbarung mit dem privaten ausländischen Partner gebunden. Soweit er durch Hoheitsakte im Tatsächlichen die vertraglichen Rechte des anderen Teils beeinträchtige, handle er widerrechtlich, d.h. hier: völkerrechtswidrig.

2. Das Völkerrecht in der Schiedspraxis

a) *Der lybische Erdölstreit*

aa) Das *Texaco*-Schiedsverfahren

Schiedsrichter *Dupuy* ist im *Texaco*-Schiedsverfahren¹⁴ dieser Lehre beigetreten. Er schließt die Anwendung jedes staatlichen Rechts aus und ordnet Konzessionsverträge insgesamt dem Völkerrecht zu, zumal sie „*a truly international character*“ besitzen. Durch die Entwicklung in Rechtsprechung¹⁵ und Lehre¹⁶ glaubt er die Entscheidung des *StIGH* im Falle der

S. 140; *Schanze, E.*, Investitionsverträge im internationalen Wirtschaftsrecht, S. 121; *Stoll, J.*, S. 52.

¹¹ *Böckstiegel, K.-H.*, Der Staat ..., S. 378; vgl. auch *Fischer, P.*, Die internationale Konzession, S. 441; *Wengler, W.*, RGDI 76 (1972-I), 313–345 (316).

¹² *Böckstiegel, K.-H.*, Der Staat ..., S. 184, 195, 344.; *ders.*, RIW/AWD 19 (1973), 117–121 (120).

¹³ *Böckstiegel, K.-H.*, Der Staat ..., S. 344; *Seidl-Hohenveldern, I.*, RBDI 11 (1975), 567–570 (570): „*The private partner is recognised as a subject of only those rights and duties, as are embodied in the contracts concerned*“.

¹⁴ Vgl. zum Schiedsverfahren oben, unter § 6, B. I. 2.

¹⁵ Aus der französischen Rechtsprechung erwähnt er [§ 30 des Schiedsspruches, ILM 17 (1978), 1–37] den Fall *Hecht c. Société Buisman's*, RCDIP 60 (1971),

Serbischen Anleihen¹⁷ widerlegen zu können; dieses Gericht hatte im Jahre 1929 die Regel aufgestellt, daß jeder Vertrag, der nicht zwischen Staaten abgeschlossen wird, einem nationalen Rechtssystem unterstehen müsse¹⁸. Diese Regel kann nach Meinung des Schiedsrichters keine Geltung mehr beanspruchen. Vielmehr komme für solche Verträge nur eine Rechtsordnung in Betracht: das Völkerrecht in seiner Gestalt als „*international law of contracts*“; dies sei nicht nur für völkerrechtliche Verträge (*treaties*) sondern auch für Verträge zwischen Staaten und Privatunternehmen zuständig. Zur weiteren Begründung seiner Auffassung bezeichnet er die hier interessierenden Vereinbarungen als „*internationalisierte Verträge*“, weil folgende Elemente vorliegen¹⁹:

S. 692 (Cour d'Appel de Paris), RCDIP 63 (1964), S. 82 (Cour de cassation) und eine neuere Entscheidung der Cour d'Appel de Paris, RCDIP 65 (1976), S. 507. Er verweist auch auf die folgenden Schiedsfälle: *Lena Goldfields v. Sowjetunion*, CornellIQ 36 (1950), 42–53; *Petroleum Development Ltd. v. Sheik of Abu Dhabi*, ILR 18 (1951), 144–161; *Petroleum Development (Qatar) Ltd. v. Ruler of Qatar*, ILR 18 (1961), 161–164; *Saudi-Arabien v. Arabian American Oil Company (Aramco)*, ILR 27 (1963), 117–233 und *Sapphire International Petroleum Ltd. v. National Iranian Oil Company (NIOC)*, ILR 35 (1967), 136–192.

¹⁶ Böckstiegel, K.-H., *Der Staat ...*, S. 303; *ders.* RIW/AWD 19 (1973), 117–121 (120); *ders.*, NJW 28 (1975), 1577–1582 (1577); *ders.*, *Besondere Aspekte der Wirtschafts-Schiedsgerichtsbarkeit mit Parteien aus Entwicklungsländern*, NJW 34 (1981), 1862–1867; *Garcia Amador, F. V.*, Yb. Int. Law Com. – U.N. Doc. A/CN.4/119 II, S. 32; *Seidl-Hohenveldern, I.*, RBDI 11 (1975), 567–570.

¹⁷ PCIJ, Series A/B Nr. 20 (1929), S. 41; siehe dazu *An, T.*, JWTL 21 (4) (1987), 95–146 (97); *Baloro, J.*, *The Legal Status of Concession Agreements in International Law*, 19 Comp. Int. Law Journal Southern Africa (1986), 410–447 (437); *Giardina, A.*, *State Contracts: National Versus International Law?* ItYIL 5 (1980/1981), 147–170 (149); *Greenwood, Ch.*, BYIL 53 (1982), 27–81 (42); *Jacquet, J.-M.*, Clunet 116 (1989–II), 621–690 (623); *Kahn, P.*, Clunet 92 (1965), 338–390 (384); *Lalive, J.-F.*, Clunet 104 (1977), 319–389 (334); *Lillich, R. B.*, in *Lillich, R. B./Brower, C. N.* (eds.), *International Arbitration in the 21st Century ...*, S. 61–114 (63); *Nwogugu, E.-I.*, S. 247; *Paasivirta, E.*, *Participation of States ...*, S. 77; *Regli, J.-P.*, S. 123; *Schanze, E.*, *Investitionsverträge im internationalen Wirtschaftsrecht*, S. 116; *Sornarajah, M.*, JWTL 15 (1981), 187–217 (196); *Vedel, G.*, Rev. arb 1961, 116–130 (118); *Weil, P.*, RdC 128 (1969–III), 95–240 (116); *White, R.*, ICLQ 30 (1981), 1–19 (5); ähnlich auch in den Fällen *France v. Caratheodory*, Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 5. Januar 1928, 4 Ann. Dig. (1927–1928), 166; *Rex v. The International Trustee for the Protection of Bondholders* [1937] AC 500, 567; *Bonython and Others v. Commonwealth of Australia* [1951] AC 201, 221; diese klassische These wurde vor dem *SiGH* von Jugoslawien im Falle *Losinger and Companie*, (PCIJ, Series C, No 78, S. 32) vertreten und vor dem *IGH* sowohl von Iran im Falle *Anglo-Iranian Oil Company* (CIL, Mémoires et Plaidoiries, S. 286 ff.) als auch von Norwegen im Falle *Certain Norwegian Loans* (CIL, Mémoires et Plaidoiries, I. S. 126).

¹⁸ „*Tout contrat qui n'est pas un contrat entre Etats en tant que sujets du droit international a son fondement dans une loi nationale*“.

- (1) *Der Verweis in der Rechtswahkklausel auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze als anwendbares Recht*²⁰: nur durch sie wird ein „*equilibre contractuel*“ (ein vertragliches Gleichgewicht) ermöglicht, das den ausländischen Investor vor Gesetzesänderungen des Gaststaates schützt.
- (2) *Die Schiedsklausel*²¹: sie liefert ein Indiz dafür, daß die Parteien die Anwendung des Rechts des Vertragsstaates ausschließen wollen.
- (3) *Der Bezug auf „economic development agreement“*²²: diese Vereinbarungen zielen auf den gegenseitigen Vorteil der Vertragspartner ab. Sie

¹⁹ Vgl. dazu auch *Baloro, J.*, 19 Comp. Int. Law Journal Southern Africa (1986), 410–447 (445); *Bettems, D.*, RdNr. 73; *Catranis, A.*, RIW 28 (1982), 19–27 (22); *Fatouros, A.*, AJIL 74 (1980), 134–141 (134); *Giardina, A.*, ItYIL 5 (1980/1981), 147–170 (158); *Gruss, H.-J.*, ZaöRV 39 (1979), 782–806 (786, 790); *Lalive, J.-F.*, Clunet 104 (1977), 319–389 (335); *Markert, T.*, S. 108.

²⁰ Die Rechtswahkklausel lautete in allen drei Konzessionsverträgen der lybischen Regierung mit BP, Texaco und Liamco identisch: „*This Concession shall be governed by and interpreted in accordance with the principles of the law of Libya common to the principles of international law and in the absence of such common principles then by and in accordance with the general principles of law, including such of those principles as may have been applied by international tribunals*“, [Art. 28 Ziff. 7 der Verträge]. Die Identität der Verträge jedenfalls in diesem Punkt macht den Vergleich der unterschiedlichen Problemlösungen, welche die drei Schiedsrichter finden mußten, besonders interessant.

²¹ Vgl. dazu den Sapphire-Schiedsspruch, ILR 35 (1967), 136–192 (172): „*If no positive implication can be made from the arbitration clause, it is possible to find there a negative intention, namely to reject the exclusive application of iranian law*“; siehe auch House of Lords, Cie Tunisienne de Navigation S. A. v. Cie d'Armement Maritime S.A. [1971] AC 572; im Schiedsspruch Société d'Electricité d'Athènes et du Pirée et al. c. Etat Hellénique [unveröffentlicht, zitiert nach Weil, P., RdC 128 (1969–III), 95–240 (169)] wurde die Schiedsklausel als entscheidendes und ausreichendes Indiz für die Internationalisierung des Vertrages angesehen; so auch im ICC-Schiedsspruch Nr. 5030/1992, Clunet 120 (2) (1993), 1004–1016 mit Anmerkung *Derains; zustimmend: Carbonneau, Th.*, The Elaboration of a French Court Doctrine on International Commercial Arbitration: A Study in Liberal Civilian Judicial Creativity, TuILRev 55 (1980), 1–62; *Lalive, P.*, in Festschrift für Lipstein, S. 135–155 (149). *Lillich, R. B.*, in *Lillich, R. B./Brower, C. N.* (eds.), International Arbitration in the 21st Century ..., S. 61–114 (73); *ablehnend: An, T.*, JWTL 21 (4) (1987), 95–146 (122) mit Hinweisen auf Konzessionen, die zwar eine schiedsgerichtliche Streitbeilegung vorsehen, die Verträge aber einem staatlichen Recht (dem Recht des Konzessionsgebers) unterstellt werden; *Bettems, D.*, RdNr. 108 m.w.Nach.; *Bowett, D.-W.*, State Contracts With Aliens: Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach, BYIL 59 (1988), 49–74 (52); *Delaume, G.*, AJIL 75 (1981), 784–819 (798); *Fatouros, A.*, Government Guarantees ..., S. 136; *Jaenicke, G.*, Comments on Bouchez: The Prospects for International Arbitration: Disputes between States and Private Enterprises, in *A. Soons* (ed.), International Arbitration: Past and Prospects, Dordrecht 1990, S. 155–165 (158); *Paasivirta, E.*, Participation of States ..., S. 80ff. m.w.Nach.; *Toope, S. J.*, S. 82.

²² Vgl. auch den Sapphire-Schiedsspruch ILR 35 (1967), 136–192 (136), den S.E.E.E. v. Yugoslavia-Schiedsspruch, Clunet 86 (1959), 1075 und den Iran-

setzen ihre Gleichheit voraus; deswegen kann die private Partei dem Recht des Vertragsstaates nicht unterstehen.

- (4) *Die Stabilisierungsklauseln*²³: sie beabsichtigen, das Recht des Vertragsstaates auszuschließen und den Vertrag einem Recht „*sui generis*“, nämlich dem Völkerrecht zu unterwerfen.

bb) Das BP-Schiedsverfahren

Bei der Auslegung der gleichlautenden Rechtswahlklausel kam Schiedsrichter *Lagergren* hingegen im BP-Fall zum folgenden Ergebnis hinsichtlich des auf den Vertrag anwendbaren *proper laws*: Nach seiner Ansicht gibt es zwei *proper laws*, nämlich einmal die Grundsätze, welche dem liby-

U.S. *Claims Tribunal*-Schiedsspruch im Falle Iranian Consortium, 16 Iran-U.S. C.T.R. (1988), S. 27; im *Revere Copper & Brass, Inc. v. Overseas Private Investment Corporation (OPIC)*-Schiedsspruch vom 24. Februar 1978, ILM 17 (1978), 1321–1383 = ILR 56 (1980), 258–327 schien dem Schiedsgericht der Charakter des Konzessionsvertrags zwischen *Revere Copper* und der jamaikanischen Regierung als „*long term international development agreement*“ als ein ausreichendes Indiz, um den Vertrag dem Völkerrecht zuzuordnen. Diesen Punkt hält auch *Lalive, P.*, in Festschrift für Kurt Lipstein, S. 135–155 (148) für entscheidend. a.A.: im *Aramco*-Schiedsspruch, ILR 27 (1963), 117–233 (157): „*The Tribunal must first ascertain what is, in municipal law, the nature of the concession, as the Law of nations does not contain any principles regarding the characterization of this legal institution ...*“ [Hervorhebung von der Verfasserin]; so auch im *Anglo-Iranian Oil Company*-Fall, ICJ. Rep. 1952, S. 112; im *Lubelski v. Burundi*-Schiedsspruch (§ 5, Fn. 31); im *ICSID*-Schiedsspruch vom 21. Oktober 1983 im Falle *Klöckner v. Cameroon* (§2, Fn. 70); im *ICSID*-Schiedsspruch im Falle *Letco v. Liberia* (§ 2, Fn. 70) und im *Iran-U.S. Claims Tribunal*-Schiedsspruch im Falle *Amoco International Finance Corporation*, 15 Iran-U.S. C. T. R. 15 (1987), S. 234; vgl. dazu auch *Dimolitsa, A.*, JIntArb 5 (4) (1988), 17–66 (37); *Greenwood, Ch.*, BYIL 53 (1982), 27–81 (52); *Gruss, H.-J.*, ZaöRV 39 (1979), 782–806 (792); *Hyde, J.-N.* RdC 105 (1962–I), 265–374 (271); *Kahn, P.*, Clunet 109 (1982), 844–909 (855); *Lillich, R. B.*, in *Lillich, R. B./Brower, C. N.* (eds.), *International Arbitration in the 21st. Century ...*, S. 61–114 (73); *Mayer, P.*, Clunet 113 (1986–I), 5–78 (38); *Paasivirta, E.*, *Participation of States ...*, S. 93; *Regli, J.-P.*, S. 142; *Wengler, W.*, RGDI 76 (1972), 313–345 (316).

²³ Vgl. dazu *Alt, O.*, östZöfFR 35 (1985), 265–304 (282ff.); *Greenwood, Ch.*, BYIL 53 (1982), 27–81 (53); *Gruss, H.-J.*, ZaöRV 39 (1979), 782–806 (792); *Lalive, J.-F.*, RdC 181 (1983–III), 9–283 (200), der dann die Geltung transnationalen Rechts annimmt; *Markert, T.*, S. 109; *Paasivirta, E.*, *Participation of States ...*, S. 84; siehe aber den ICC-Schiedsspruch Nr. 1434/1975, Clunet 103 (1976), 979–982, wo angenommen wurde, daß die Parteien, wenn sie das Recht des Gaststaates hätten wählen wollen, eine Stabilisierungsklausel in den Vertrag aufgenommen hätten. Aus dem Vorliegen einer Stabilisierungsklausel wäre dann die Wahl *des internationalen Gaststaatsrechts* zu schließen. Insoweit markiert diese Entscheidung eine interessante Umkehrung der Vermutung für das Völkerrecht zu einer Vermutung für das Recht des Konzessionsgebers.

schen Recht und dem Völkerrecht gemeinsam sind und, wenn solche nicht existieren, dann zum anderen die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Völkerrechts im Sinne des Art. 38 Abs. 1 lit. c) des *IGH-Statuts*²⁴. Mit dieser Auslegung gab Schiedsrichter *Lagergren* dem Völkerrecht ein erhebliches Gewicht bei der Beurteilung der Streitigkeit. Zunächst wurde das Völkerrecht herangezogen, um die Rechtsnormen des libyschen Rechts zu überprüfen. Bestand diese Rechtsordnung die Prüfung nicht, so kam das Völkerrecht in Form der allgemeinen Rechtsgrundsätze, die gemäß Art. 38 Abs. 1 lit. c) des *IGH-Statuts* eine Rechtsquelle des Völkerrechts sind, zum Zuge. *Lagergren* gelang es dank dieser Auslegung, sich zur Beurteilung der Nationalisierungsgesetze genügend Spielraum zu verschaffen²⁵. Insbesondere konnte er das Verhalten des libyschen Staates anhand des Völkerrechts messen.

cc) Das *Liamco*-Schiedsverfahren

Anders ist Schiedsrichter *Mahmassani* im *Liamco*-Fall verfahren. Er wollte das Rechtssystem ermitteln, welches die Parteiautonomie rechtfertigt und die im Konzessionsvertrag enthaltene Rechtswahlklausel autorisiert. Von Anfang an wird in seinem Schiedsspruch klargestellt, daß es sich dabei um ein kollisionsrechtliches System handelt. Der Schiedsrichter geht von keinem nationalen Recht aus, um die Gleichheit der Parteien nicht zu verletzen. Vielmehr sucht er die einschlägige Regel bei den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des internationalen Privatrechts²⁶. Er sieht keinen Grund, Bedenken gegen die Rechtswahlklausel geltend zu machen, da sowohl die allgemeinen Rechtsgrundsätze als auch das lybische Recht auf das Gleiche hinauslaufen, nämlich daß die Parteien eines gemischten privatrechtlich/öffentlich-rechtlichen Vertrages befugt sind, die Rechtsordnung zu wählen, der sie ihre vertraglichen Rechtsverhältnisse unterwerfen wollen und daß diese Parteiautonomie ein allgemeiner Grundsatz sowohl des nationalen Rechts als auch des Völkerrechts ist²⁷.

²⁴ ILR 53 (1979), 297–357 (329): „*The governing system of law is what that clause expressly provides, viz. in the absence of principles common to the law of Libya and international law, the general principles of law ...*“.

²⁵ Vgl. dazu unten, unter § 9, B. IV.

²⁶ Rev. arb 1980, 132–191 (137): „... *Le tribunal saisi doit se guider sur les principes généraux régissant les conflits de lois en droit international privé*“.

²⁷ Rev. arb 1980, 132–191 (139): „... *C'est un principe universel accepté aussi bien en droit interne qu'en droit international que les parties à un contrat à caractère mixte à la fois public et privé, sont libres de choisir dans leur contrat la loi devant régir leurs relations contractuelles*“.

Für Schiedsrichter *Mahmassani* war das *proper law* des Konzessionsvertrages zwischen Libyen und *Liamco* zunächst einmal das libysche Recht. Er schränkte diese Feststellung aber dadurch wieder ein, daß nur solche Normen des libyschen Rechts zum *proper law* werden konnten, die mit dem Völkerrecht übereinstimmten²⁸. Damit hat sich Schiedsrichter *Mahmassani* genügend Freiraum gelassen, das Verhalten der Parteien auch nach dem Völkerrecht zu beurteilen. Zum einen stellt er vor dem Hintergrund seiner speziellen Kenntnisse fest, daß das islamische Recht integraler Bestandteil des libyschen Rechts sei, das im wesentlichen identisch mit den Grundsätzen des Völkerrechts sei²⁹. Zum anderen sind auch nach seiner Ansicht die „*principes du droit international*“ in Art. 38 Abs. 1 lit. c) des IGH-Statuts in Bezug genommen³⁰.

b) Weitere Schiedssprüche

aa) *Revere Copper v.*

Overseas Private Investment Corporation (O.P.I.C.)

Auch in der Streitigkeit zwischen der amerikanischen *Revere Copper* Gesellschaft mit der ebenfalls amerikanischen Investitionsversicherung *Overseas Private Investment Corporation (OPIC)* stand die Frage des auf den Vertrag zwischen der *Revere Copper* und der jamaikanischen Regierung anwendbaren Rechts in Vordergrund³¹. Der Versicherungsfall wäre nur dann eingetreten, wenn die im Zuge eines Regierungswechsels in Jamaika vorgenommenen Steuererhöhungen eine Enteignung bildeten, die mit internationalem Recht unvereinbar wäre. *OPIC* wandte gegen die Ansicht der *Revere Copper* ein, daß der Vertrag zwischen dem Investor und der Regierung Jamaikas von 1967 dem jamaikanischen Recht unterstellt war und deshalb durch die Steuererhöhungen nicht gebrochen wurde. Der Konzessionsvertrag selbst enthielt keine ausdrückliche Rechtswahl der Vertragspartner³². Aus diesem Grund mußte das Schiedsgericht eine objektive Anknüpfung des Vertrages vornehmen.

²⁸ Rev. arb 1980, 132–191 (139): „*La loi régissant les contrats de concession de Liamco ... est d'abord la loi de Libye quand cette dernière est en accord avec le droit international, et subsidiairement les principes généraux du droit. Par conséquent, la loi principale applicable au contrat dans lesdites concessions est la loi interne libyenne ... ceci a pour effet d'exclure toute partie de loi libyenne interne qui serait en conflit avec les principes du droit international*“.

²⁹ Rev. arb 1980, 132–191 (140–142).

³⁰ Rev. arb 1980, 132–191 (139).

³¹ Schiedsspruch oben, unter § 7, Fn. 22.

³² ILR 56 (1980), 258–327 (271).

Das Schiedsgericht akzeptierte zunächst die Ansicht der Versicherung, daß der Vertrag der Rechtsordnung des Konzessionsgebers unterworfen war. Es beschränkte aber diese Zuordnung der Konzession zum jamaikanischen Recht auf die „ordinary purposes“ des Vertrags³³. Es war der Ansicht, daß trotz der grundsätzlichen Anwendbarkeit jamaikanischen Rechts weiterhin auf die Prinzipien des völkerrechtlichen Fremdenrechts zurückgegriffen werden müsse³⁴. Im folgenden setzte sich das Schiedsgericht mit den Standpunkten *Dupuys* im *Texaco*-Schiedsspruch auseinander und gelangte dann im Ergebnis zu einer objektiven Anknüpfung des Vertrages an das Völkerrecht³⁵. Im Gegensatz zum *Texaco*-Schiedsspruch beschränkte aber das *Revere Copper*-Schiedsgericht die Anwendung des Völkerrechts auf die Grundsätze, die sich im Völkerrecht hinsichtlich der Konzessionsverträge entwickelt haben. Wegen der Feststellung des Gerichts, der Vertrag sei grundsätzlich dem jamaikanischen Recht unterworfen, konnten andere Grundsätze des Völkerrechts nicht zur Streitentscheidung herangezogen werden³⁶.

bb) Kuwait v. *American Independent Oil Company (Aminoil)*

Im *Aminoil*-Fall³⁷ ging es vornehmlich um Maßnahmen des kuwaitischen Staates, die auf die Tätigkeit des amerikanischen Unternehmens *Aminoil* in Kuwait enteignende Wirkung hatten. Die Frage des *proper laws* des Konzessionsvertrages war dabei von ausschlaggebender Bedeutung, weil nur danach beurteilt werden konnte, ob die Maßnahmen einen Vertragsbruch

³³ Ebenda.

³⁴ Schiedsspruch, ILR 56 (1980), 258–327 (271): „We regard these principles as particularly applicable where the question is, as here, whether action taken by a government contrary to and damaging to the economic interests of aliens are in conflict with the undertakings and assurances given in good faith to aliens as an inducement to their making the investments affected by the action“.

³⁵ ILR 56 (1980), 258–327 (275).

³⁶ Kritisch zu der Entscheidung: *Delaume, G.*, AJIL 75 (1981), 784–819 (802); *Dolzer, R.*, Nationale Investitionsversicherung und völkerrechtliches Enteignungsrecht: Bemerkungen zum *Revere Copper Fall*, ZaöRV 42 (1982), 480–509 (495 ff.).

³⁷ *American Independent Oil Company (Aminoil) v. Kuwait*, Schiedsspruch vom 24. März 1982, Schiedsrichter *Paul Reuter, Hamed Sultan, Sir Gerald Fitzmaurice*, ILM 21 (1982), 976–1053; vgl. zum Schiedsspruch: *Burdeau, G.*, Droit international et contrats d'états. La sentence *Aminoil c. Koweit* du 24 Mars 1982, AFDI 28 (1982), 454–470; *Cohen-Jonathan, G.*, AFDI 23 (1977), 452–479; *Greenwood, Ch.*, BYIL 53 (1982), 27–81; *Kahn, P.*, Clunet 109 (1982), 844–868; *Mann, F.-A.*, The *Aminoil Arbitration*, BYIL 54 (1983), 213–221; *Mengel, H.-J.*, Erhöhter völkerrechtlicher Schutz durch Stabilisierungsklauseln in Investitionsverträgen zwischen Drittstaaten und privaten Investoren, RIW 29 (1983), 739–811 (743–745); *Tschanz, P.-Y.*, IntL 18 (1984), 245–281; *Verhoeven, J.*, Droit international des contrats et droit des gens, RBDI 14 (1978/1979), 209–230.

bildeten. Die Parteien hatten sich im Vorfeld des Verfahrens auf ein *Arbitration Agreement*³⁸ geeinigt, das in Art. III Abs. a Satz 2 vorsah:

„The law governing the substantive issues between the Parties shall be determined by the Tribunal, having regard to the quality of the Parties, the transnational character of their relations and the principles of law and practice in the modern world“³⁹.

Bei der Auslegung dieser Klausel war nach der Ansicht des Schiedsgerichts zu berücksichtigen, daß Kuwait als Staat mit der Wahrung der Interessen der Allgemeinheit betraut war. Dies hatten die Parteien mit dem Hinweis auf den Rechtscharakter (*quality*) der Vertragspartner klargestellt. Gleichzeitig mußte aber auch der transnationale Charakter der vertraglichen Beziehungen bei der Interpretation der Rechtswahlklausel in Rechnung gestellt werden. Ergebnis der Abwägung des *Aminoil*-Schiedsgerichts war eine ähnliche Lösung, wie sie das *Revere Copper*-Schiedsgericht gefunden hatte. Auch hier wurde eine Teilung des *proper law* vorgenommen: Grundsätzlich ist das staatliche (kuwaitische) Recht das maßgeblich anwendbare Recht. Dies gilt aber nur für „*matters over which it is the law most directly involved*“⁴⁰. Für alle anderen Fragen sind die allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts als Rechtsquelle nach Art. 38 Abs. 1 lit. c) *IGH*-Statuts maßgeblich. Im Vordergrund der Auslegung des *Aminoil*-Schiedsgerichts stand neben dem Interessenausgleich zwischen den Parteien der Wille, auf das transnationale Verhältnis der Parteien rechtliche Regeln anzuwenden, die den besonderen Gegebenheiten des internationalen Handelsverkehrs angepaßt sind.

In der Entscheidung wurde die Anwendung von Völkerrecht nicht auf das Konzept der „Internationalisierung“ von Konzessionsverträgen gestützt. Stattdessen benutzte das Schiedsgericht für die Anwendung des Völkerrechts ein Argument, das schon Schiedsrichter *Mahmassani* im *Liamco*-Schiedsspruch vorgebracht hatte: Das Völkerrecht sei über das islamische Recht Bestandteil des kuwaitischen Rechts. Als solches müsse es auf den Vertrag angewandt werden. Ergebnis der Auslegung der im *Arbitration Agreement* enthaltenen Klausel, die ersichtlich bereits auf einen Ausgleich der konkurrierenden Interessen des Investitionsschutzes und der Bedürfnisse eines staatlichen Gemeinwesens abzielte, war also eine Bevorzugung des nationalen Rechts des staatlichen Vertragspartners⁴¹.

³⁸ Vom 23. Juni 1979, abgedruckt in ILM 21 (1982), 979–981.

³⁹ ILM 21 (1982), 979–981 (1980).

⁴⁰ ILM 21 (1982), 976–1053 (1000).

⁴¹ Zu den Grenzen der Bindung des Staates an seine eingegangenen vertraglichen Verpflichtungen durch unverzichtbare Souveränitätsansprüche im *Aminoil*-Schiedsspruch vgl. unten, unter § 7, B. V. 2. b) cc).

cc) *Agip v. Congo*

Das Schiedsverfahren zwischen der Republik Kongo und der italienischen Gesellschaft *AGIP*⁴² fand vor einem *ICSID*-Schiedsgericht statt und betraf Nationalisierungsmaßnahmen der kongolesischen Regierung gegenüber dem ausländischen Unternehmen. Der Konzessionsvertrag vom 2. Januar 1974, der Enteignungsmaßnahmen vorbeugen sollte, die alle anderen in der Erdölförderung tätigen Unternehmen im Kongo betrafen, enthielt in Art. 15 eine Rechtswahlklausel. Zum einen wurde ausdrücklich auf das *WBÜ* hingewiesen, das auch die Volksrepublik Kongo ratifiziert hatte. Zum anderen hieß es:

„Congolese law, supplemented if necessary by any principles of international law, shall be applicable“⁴³.

Diese Rechtswahlklausel deutet auf ein Übergewicht des nationalen Rechts bei der Auslegung des Vertrages, der Feststellung eines rechtswidrigen Verhaltens einer der Parteien oder der Rechtsfolge einer eventuellen Vertragsverletzung hin. Dementsprechend prüfte das Schiedsgericht die Maßnahmen des kongolesischen Staates⁴⁴ zuerst anhand des staatlichen Rechts. Nachdem es aus der Verfassung der Volksrepublik Kongo keine Bedenken gegen die Enteignungsmaßnahmen entnehmen konnte, stellte das Gericht immerhin fest, daß die Maßnahmen jedenfalls die Verpflichtung mißachteten, Verträge einzuhalten⁴⁵. Dennoch konnte daraus nicht abgeleitet werden, daß die Eingriffe nach der Rechtsordnung der Volksrepublik Kongo rechtswidrig waren, weil es dem Staat frei stand, jederzeit diese Rechtsordnung zu ändern. Kraft der Regel *lex posterior derogat lex anterior* würde ein späteres Gesetz auch die Verpflichtung zur Einhaltung von Verträgen verdrängen⁴⁶. Aus dem Recht Kongos folgte also kein Vertragsbruch, obwohl das Schiedsgericht bereits festgestellt hatte, daß das Verhalten des Staates dem Inhalt des Vertrages widersprach⁴⁷.

⁴² *AGIP SpA v. Government of the People's Republic of Congo*, *ICSID*-Schiedsspruch vom 30. November 1979, Schiedsrichter *Trolle, Dupuy und Rohani*, RCDIP 71 (1982), 92–105 = ILM 21 (1982), 726–739 = YCA VIII (1983), 133 (Auszüge) = ILR 67 (1984), 318–344; zum Schiedsspruch *Batiffol, H.*, RCDIP 71 (1982), 105–109.

⁴³ Auszüge des Vertrages sind in ILM 21 (1982), 727 abgedruckt.

⁴⁴ Verpflichtung zur Übertragung aller Gesellschaftsanteile an den Staat.

⁴⁵ Diese Verpflichtung ergibt sich aus Art. 1134 *code civile*, der integraler Bestandteil des kongolesischen Rechts ist.

⁴⁶ Diesen Gedanken deutet auch das Schiedsgericht an, wenn es sagt: „*The contested Order is itself part of Congolese law and it must be established why it cannot, as such, be considered as providing a juridical basis for the measures taken pursuant to it*“, ILM 21 (1982), 735; kritisch zu diesem Punkt: *Ramnaud, P.*, *Premiers enseignements des arbitrages du CIRDI*, AFDI 28 (1982), 471–491 (488).

Das Schiedsgericht griff deshalb in seinem Schiedsspruch den Widerspruch zweier Normen des nationalen Rechts auf (Verpflichtung zur Vertragseinhaltung einerseits – Nationalisierungsmaßnahmen der Regierung von Kongo andererseits, welche diese Verpflichtung verdrängen), um die in der Rechtswahlklausel geforderte „Notwendigkeit“ („if necessary“) einer Lückenfüllung durch das Völkerrecht zu bejahen. Insofern wurde die inhaltliche Kollision der Normen des kongolesischen Rechts benutzt, um diesen Widerspruch aufzulösen⁴⁸.

dd) *S.P.P. Middle East Ltd. v. Egypt*

Im Schiedsverfahren zwischen der in Hong Kong niedergelassenen *Southern Pacific Properties Ltd.*, ihrer Tochter *S.P.P. Middle East Ltd.* und der Arabischen Regierung Ägypten⁴⁹ trafen wiederum Parteien aufeinander, die durch einen *joint venture* Vertrag miteinander verbunden waren. Das *joint venture* enthielt keine Regelung über das auf den Vertrag anwendbare Recht. Dem Schiedsgericht oblag deshalb die Aufgabe, das *proper law* anhand der vorhandenen Indizien⁵⁰ festzulegen.

Grundsätzlich war der Vertrag nach übereinstimmender Ansicht aller Beteiligten⁵¹ dem Recht Ägyptens unterworfen. In einer längeren Auseinandersetzung mit den Theorien der Internationalisierung von Konzessionsverträgen⁵² befand das Schiedsgericht, daß das nationale Recht des staatlichen Partners, das wegen der starken Verbindung des Vertrages zu Ägypten objektiv den „engsten Bezug“ habe, die allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts mitumfasse. Das ägyptische Recht könne aber nur insoweit Wirkung haben, als es nicht gegen diese Grundsätze verstoße⁵³.

⁴⁷ ILM 21 (1982), 734.

⁴⁸ ILM 21 (1982), 735.

⁴⁹ ICC-Schiedsspruch vom 16. Februar 1983, oben, unter § 5, Fn. 179, Schiedsrichter *Bernini, El Ghatit und Littman*, ILM 22 (1983), 752–784 = Rev. arb 1986, 105–129.

⁵⁰ Das Schiedsgericht nennt sie die „*circumstances of the case*“, ILM 22 (1983), 752–784 (768).

⁵¹ Des Gerichts und der Parteien.

⁵² ILM 22 (1983), 752–784 (769–771).

⁵³ ILM 22 (1983), 771. So auch die Argumentation des *ICSID*-Schiedsgerichts in seiner Entscheidung vom 20. Mai 1992, YCA XIX (1994), 51–104 = ILM 32 (1993), 933–1038, § 80 des Schiedsspruchs: „*The law of the Arab Republic of Egypt, like all municipal legal systems is not complete or exhaustive, and where a lacunae occurs it cannot be said that there is agreement to the application of a rule of law which, ex hypothesi, does not exist. In such case it must be said that there is „absence of agreement“ and, consequently, the second sentence of Art. 42 Abs. 1 would come into play ...*“; sehr kritisch zum ICC-Schiedsspruch *Bowett, D.-W.*, BYIL 59 (1988), 49–74 (53, Fn. 20); *Delaume*, G. AJIL 75 (1981), 784–819

3. Zusammenfassung der Schiedsgerichtspraxis

Die angeführten Schiedssprüche sind nicht unbedingt repräsentativ für die Schiedssprüche der letzten Jahre im Bereich der Konzessionsverträge. Denn es sind auch Schiedsverfahren zu finden, die deutlich auf eine Anbindung des Konzessionsvertrags an ein nationales Recht abzielen⁵⁴. Vergleicht man aber die oben erwähnten Schiedssprüche, so lassen sich einige Zusammenhänge und Parallelen erkennen:

Eine *ex lege* Anwendung des Völkerrechts wurde nur vom Schiedsrichter Dupuy im *Texaco*-Verfahren erwogen. In Anlehnung an die Theorie der „Internationalisierung“ von Verträgen zur wirtschaftlichen Entwicklung („*economic development agreements*“) ordnet er den von ihm zu beurteilenden Konzessionsvertrag dem Völkerrecht insgesamt zu und nähert sich damit der Theorie Böckstiegers vom beschränkt-völkerrechtlichen Vertrag⁵⁵. Nach seiner Ansicht enthalten solche Verträge ihre bindende Kraft aus dem Völkerrecht („*Grundlegung*“ des Konzessionsvertrags); gleichzeitig ist aber das Völkerrecht das *proper law* des Vertrages⁵⁶.

Mit der Ansicht, Konzessionsverträge seien dem Völkerrecht direkt zuzuordnen, ist Schiedsrichter Dupuy allein geblieben. Von allen anderen Schiedsrichtern wurde eine *ex lege* Unterstellung unter das Völkerrecht abgelehnt. So wurde im *Agip*-Schiedsverfahren das Völkerrecht nur zur Schließung von Lücken herangezogen, die aus der Sicht des Schiedsgerichts in der eigentlich anwendbaren staatlichen Rechtsordnung bestanden⁵⁷. Zwar war diese Lückenfüllung in dem Vertrag der *Agip* mit der Volksrepublik Kongo ausdrücklich vereinbart. Dies schließt jedoch nicht aus, daß

(786 ff.); Paasivirta, E., Participation of States ..., S. 143 ff.; kritisch zum ICSID-Schiedsspruch: Lankarani, El-Zein, L., RBDI 27 (2) (1994) 533–558 (544); zustimmend zum ICC-Schiedsspruch: Lillich, R. B., in Lillich, R. B./Brower, C. N. (eds.), International Arbitration in the 21st Century ..., S. 61–114 (87); Velten, R., S. 72; so auch die Urteile des *Iran-U.S. Claims Tribunals* in den Fällen: Sea-Land Service, Inc. v. The Islamic Republic of Iran, Ports and Shipping Organization of Iran, 6 Iran-U.S. C.T.R. (1984), S. 149; Phelps Dodge Corp. and Overseas Private Investment Corporation v. Iran, ILM 25 (1986), 619; Sedco, Inc. and National Iranian Oil Company v. Iran, ILM 25 (1986), 629.

⁵⁴ So der ICC-Schiedsspruch vom 5. März 1984 im Falle *Westland Helicopters Ltd. v. Arab Organization for Industrialization, UAE, Saudi Arabia, Qatar, Egypt, Arab British Helicopter Company*, ILM 23 (1984), 1071–1089 = Clunet 112 (1985), 232. Dort hatten die Parteien ausdrücklich angeordnet: „*This agreement shall be governed by and construed in accordance with the laws of Switzerland*“, [Art. 12.2 des Shareholder Agreement vom 27. März 1978].

⁵⁵ Oben, unter § 7, B. 1., Fn. 10 ff.

⁵⁶ Zu der Unterscheidung zwischen der „*Grundlegung*“ des Vertrages und dem *proper law* siehe unten, unter § 7, B. II.

⁵⁷ Vgl. dazu oben, unter § 7, Fn. 48.

auch andere Schiedsgerichte vorhandene Lücken durch das Völkerrecht ausfüllen würden, wenn die Parteien eine ausdrückliche, dahingehende Regelung nicht getroffen haben. Im Vertrag der *Revere Copper* mit der Regierung Jamaikas fehlte z.B. jegliche Rechtswahlklausel. Dennoch ging das Schiedsgericht ähnlich wie im *Agip*-Verfahren davon aus, daß das grundsätzlich anwendbare Recht (das nationale Recht Jamaikas) durch Völkerrecht ergänzt werden könne. Das Völkerrecht sei am besten geeignet, um das Handeln des Staates zu beurteilen⁵⁸. Für das *Revere Copper*-Schiedsgericht war allerdings Voraussetzung für die Wahrnehmung einer solchen „lückenfüllenden“ Funktion, daß das Völkerrecht die objektiv engste Beziehung zum Vertrag zwischen dem Investor und dem Staat hatte. Auch hier kam das Schiedsgericht erst nach Anwendung der kollisionsrechtlichen Regeln zu dem Ergebnis, daß es grundsätzlich möglich sei, das Völkerrecht zur Streitentscheidung heranzuziehen.

Ein anderer Ansatz, der zur Anwendung völkerrechtlicher Normen führt, ist in den Schiedsverfahren *Liamco* und *Aminoil* festzustellen: Völkerrecht kann nicht über eine Vereinbarung der Parteien oder über Lückenfüllung auf die Konzessionen einwirken. Vielmehr wurde das Völkerrecht und seine allgemeinen Rechtsgrundsätze als Bestandteil des jeweils anwendbaren nationalen Rechts angesehen, so daß es einen Widerspruch zwischen Völkerrecht und staatlichem Recht im eigentlichen Sinne nicht geben konnte⁵⁹. Demgegenüber sind nach dem *S.P.P.*-Schiedsspruch nur solche Normen des hauptsächlich anwendbaren nationalen Rechts auf die Streitigkeit anzuwenden, die den Test am Völkerrecht bestehen. Alle Normen des nationalen Rechts, die den Regeln des Völkerrechts widersprechen, sind nicht Bestandteil des *proper law*⁶⁰.

⁵⁸ So auch im BP-Fall, oben, unter § 7, B. I. 1.; im *ICSID*-Schiedsspruch im Falle *Letco v. The Government of the Republic of Liberia*, Entscheidung vom 31. März 1986, ILM 26 (1987), 647–677 (658): „*The law of the contracting State is recognized as paramount within its own territory, but is nevertheless subjected to control by international law ...*“ [Hervorhebung von der Verfasserin]; so auch *Iran-U.S. Claims Tribunal*-Schiedsspruch im Falle *CMI International Inc. v. Ministry of Roads and Transportation et al.*, Iran-U.S. C.T.R. (1983), S. 263, und *ICC*-Schiedsspruch Nr. 4761/1984, Clunet 113 (1986), 1137.

⁵⁹ *Liamco*-Schiedsspruch, Rev. arb 1980, 132–191 (141): „... *Ces principes généraux sont généralement incorporés dans la plupart des systèmes de droit reconnus, et en particulier dans la législation libyenne, y compris ses codes modernes et la loi islamique*“.

Aminoil-Schiedsspruch, ILM 21 (1982), 976–1053 (100, 1001): „... *Kuwait law is a highly evolved system as to which the Government has been at pains to stress that „established public international law is necessarily a part of the law of Kuwait“ ... Indeed ... international law constitutes an integral part of the law of Kuwait*“.

⁶⁰ Schiedsspruch, ILM 22 (1983), 752–784 (771): „*We find that reference to Egyptian law must be construed so as to include such principles of international*

4. Eigene Stellungnahme

Die Lösung von Schiedsrichter *Mahmassani* im *Liamco*-Schiedsverfahren, der sich das *Aminoil*-Schiedsgericht angeschlossen hat, verdient den Vorzug. Indem das Völkerrecht und seine allgemeinen Rechtsgrundsätze zum Bestandteil des anwendbaren staatlichen Rechts erklärt werden, entsteht ein *blend* (harmonisches Gemisch)⁶¹ von Völkerrecht und nationalem Recht, das geeignet ist, Streitigkeiten zwischen Gastland und Investor angemessen zu lösen. Eine solche Methode ist gleichzeitig praktikabel und souveränitätsschonend, weil sie das nationale Recht des staatlichen Vertragspartners bevorzugt. Im Rahmen dieser Auffassung kommt dem Völkerrecht gleichwohl eine bedeutsame Rolle zu. Denn es dient als Korrektiv der grundsätzlich anwendbaren Rechtsordnung des Konzessionsgebers. Infolgedessen können nur solche Normen des Rechts des Gastlandes auf den Vertrag angewandt werden, die mit dem Völkerrecht vereinbar sind.

II. Die Unterscheidung zwischen der „Grundlegung“ des Vertrags und dem auf den Vertrag anwendbaren Recht („proper law“)

1. Die Begründung der Trennung

Nach allen theoretischen Auffassungen, denen sich die oben untersuchten Schiedssprüche mit Ausnahme des *Texaco*-Schiedsspruches angeschlossen haben, gibt es keine objektiv vorgegebene Kategorie von Verträgen, die unmittelbar dem Völkerrecht unterstellt sind. Stets wird der subjektive Wille des Staates gefordert, sich auch völkerrechtlich zu binden⁶². Ist das

law as may be applicable and that the national laws of Egypt can be relied upon only as much as they do not contravene said principles“.

⁶¹ *Tschanz, P.-Y.*, IntL 18 (1984), 245–281 (262); wörtlich nennt er es einen „selected blend of the Host State Law and International Law“.

⁶² *Bowett, D. W.*, BYIL 59 (1988), 49–74, (54); *David, N.*, Clunet 113 (1986), 79–107 (100); *El-Kosheri, A.*, RdC 147 (1975–IV), 219–393 (327); *Garcia-Amador, F. V.*, in *Annuaire de la Commission de Droit International Vol. 2* (1959), Doc. A/CN.4/119, S. 31; *Giardina, A.*, IYIL 5 (1980/1981), 147–170 (160); *van Hecke, G. A.*, Le projet de convention de l'OECD sur la protection des biens étrangers, RGDIP 68 (1964) (2), 641–664 (644); *Jacquet, J.-M.*, Clunet 116 (1989–II), 621–690 (631); *Leboulanger, P.*, Les contrats entre Etats ..., S. 228; *Mayer, P.*, Clunet 113 (1986–I), 5–78 (22): „On ne pourra pas admettre que le contrat d'Etat stricto sensu est par nature régi par le droit international; il faudra un choix exprès, ou au moins indubitable“; *Regli, J.-P.*, S. 131 m.w.Nach.; *Sornarajah, M.*, JWTL 15 (1981), 187–217 (203); *Verhoeven, J.*, Rev. arb 1985, 609–640 (622); *Weil, P.*, RdC 128 (1969–III), 85–240 (174–176); *ders.*, in *Festschrift für Reuter*, S. 549–582 (580); a. A. *Elombi, G.*, ICSID Awards and the Denial of Host State Laws, JIntArb 11 (3) (1994), 61–68 (61); *Herdegen, M.*, RIW 35 (1989), 329–337 (332) und das *Aminoil Memorial in Aminoil-Fall*: „Even if the parties in the present case had not

ationale Recht des Staates als anwendbar gewählt, so fehlt es an dem Willen, sich darüber hinaus zu verpflichten⁶³. Ebenso spricht die vereinbarte Zuständigkeit nationaler Gerichte gegen eine völkerrechtliche Bindung.

Die Einordnung ins Völkerrecht erfolgt also anhand einer Kombination subjektiver und objektiver Faktoren. Spielen aber subjektive Faktoren eine bedeutsame Rolle, bleibt noch zu fragen, welche Wirkung der in den Verträgen zumeist enthaltenen Rechtswahlklausel zukommt. Zulässigkeit und Wirksamkeit solcher Rechtswahlklauseln sind weitgehend anerkannt⁶⁴. Da in aller Regel nicht schlicht das Völkerrecht gewählt ist, sondern die Anwendung allgemeiner oder gemeinsamer Rechtsgrundsätze vereinbart wird, entsteht ein scheinbarer Widerspruch zwischen der als anwendbar vorausgesetzten und der gewählten Rechtsordnung. Gelöst wird dieser Widerspruch im *Texaco*-Schiedsspruch dadurch, das zwei Ebenen unterschieden werden: die „Grundlegung“ des Vertrags („*la loi dont dérive le caractère obligatoire du contrat*“) und das auf den Vertrag anwendbare Recht („*proper law*“ des Vertrages – „*la loi qui régit le contrat*“) ⁶⁵. Diese Unterscheidung wird vor allem von der französisch-sprachigen Literatur im Anschluß an *Weil*⁶⁶ für fundamental gehalten⁶⁷, während *common-law* Autoren ihr zurückhaltend gegenüberstehen⁶⁸.

chosen these general principles as the applicable law, it is submitted that the selection of general principles would result from an „objective determination“ by the arbitrators in accordance with the general principles of international private law ...“ [Hervorhebung von der Verfasserin] zitiert nach *Maniruzzaman, A. F. M.*, Conflict of Laws Issues in International Arbitration: Practice and Trends, 9 Arb. Int (4) (1993), 371–403 (398).

⁶³ Allerdings kam das Schiedsgericht im *S.P.P.*-Verfahren, aufbauend auf einer Anerkennung des Prozesses der Internationalisierung, zu einem anderen Ergebnis. Obwohl nach übereinstimmender Ansicht aller Beteiligten das Recht Ägyptens das „*governing law*“ war, legte das Schiedsgericht das Völkerrecht als Maßstab für das Handeln des Staates [Abbruch des *joint venture* zwischen *S.P.P.* und *Egyptian General Company for Tourism and Hotels (EGOTH)*] an und ließ nur solche Normen des nationalen Rechts zur Anwendung gelangen, die mit dem Völkerrecht vereinbar waren, vgl. zum Schiedsspruch und zu seiner Kritik oben, unter § 7, Fn. 53.

⁶⁴ Siehe näher dazu unten, unter § 8, A.; einschränkend nur *Fischer, P.*, Die internationale Konzession, S. 350ff.

⁶⁵ ILR 53 (1979), 297–388 (353); vgl. dazu: *Barberis, J.*, RdC 179 (1983–I), 145–304 (203); *Catranis, A.*, RIW 28 (1982), 19–27 (21); *David, N.*, Clunet 113 (1986), 79–107 (100); *Dimolitsa, A.*, JIntArb 5 (4) (1988), 17–66 (36); *Gruss, H.-J.*, ZaöRV 39 (1979), 782–806 (789); *Jacquet, J.-M.*, Clunet 116 (1989–II), 621–690 (633); *Markert, T.*, S. 110ff.; *Paasivirta, E.*, Participation of States ..., S. 73; so auch im *Revere Copper-Fall*, ILM 17 (1978), 1321–1383 (1337).

⁶⁶ *Weil, P.*, in *Mélanges Rousseau*, S. 303–328 (315ff.); *ders.*, in *Festschrift für Reuter* S. 549–582 (559).

Die gesonderte Anknüpfung der Grundlegung entspricht einem rechtstheoretischen Interesse, nämlich der Frage, woher der Vertrag seine rechtsverbindliche Kraft herleitet, „in welchem Recht die Parteiautonomie einschließlich der Befugnis, ein proper law für den Vertrag zu bestimmen, überhaupt wurzelt“⁶⁹. Die Feststellung des proper law beantwortet weiterhin die Frage, nach welchem Recht die Vertragsabwicklung stattfindet. Wird der Unterschied vollzogen, können sich im Falle eines Vertragsbruchs auf der Grundlegungs-Ebene weitere Rechtsfolgen ergeben, als dies nur bei der Anknüpfung an das proper law der Fall wäre. Mit anderen Worten: der Vertrag wird durch die völkerrechtliche Grundlegung von Änderungen des nationalen Rechts des Konzessionsgebers abgesichert, da die völkerrechtliche Bindung insoweit Vorrang hat⁷⁰. Ein vom Völkerrecht verschiedenes proper law behält allerdings seinen Einfluß, denn das Völkerrecht sanktioniert nur die Bindung an das proper law, ersetzt dieses jedoch nicht⁷¹. Die Bindung nach Völkerrecht kann deshalb nicht weiter gehen als die nach dem proper law⁷². Die völkerrechtliche Grundlegung führt auch nicht not-

⁶⁷ Barberis, J., RdC 179 (1983-I), 145–304 (191, 203); Bettems, D., RdNr. 92 m.w.Nach.; David, N., Clunet 113 (1986), 79–107 (100); van Hecke, G., AnnIDI 57 I, (1977), S. 193; Jacquet, J.-M., Clunet 116 (1989-II), 621–690 (633); Lalive, P., in Festschrift für Lipstein, S. 135–155 (151); Regli, J.-P., S. 115; vgl. auch: Alt, O., östZöfR 35 (1984/1985), 265–304 (272); Böckstiegel, K.-H., Der Staat ..., S. 76; Gruss, H.-J., ZaöRV 39 (1979), 782–806 (790); Tschanz, P.-Y., IntL 18 (1984), 245–281 (259).

⁶⁸ Böckstiegel, K.-H., Der Staat ..., S. 79; siehe die Antworten von Mann, F.-A., AnnIDI 57 I (1977) S. 228; Seidl-Hohenveldern, I., AnnIDI 57 I (1977), S. 233 und Wortley, AnnIDI 57 I (1977), S. 244 auf den Fragebogen von van Hecke; die Unterscheidung wurde auch im Schiedsverfahren Société d'Electricité d'Athènes et du Pirée et al. c. Etat Hellenique erwähnt (§ 7, Fn. 21). Schiedsrichter Paul Guggenheim fand, es handle sich um eine Frage der Doktrin, die im vorliegenden Fall nicht gelöst werden mußte.

⁶⁹ Böckstiegel, K.-H., Der Staat ..., S. 78.

⁷⁰ Alt, O., östZöfR 35 (1985), 265–304; Ammann, U., S. 104; Frick, H., S. 50; Mc Nair, BYIL 53 (1957), 1–19 (10); Seidl-Hohenveldern, I., Investitionen in Entwicklungsländern und das Völkerrecht, S. 37; ders., RBDI 11 (1975), 567–575 (568); Shawcross, L., The Problems of Foreign Investment in International Law, RdC 102 (1961-I), 335–363; Verdross, A., östZöfR 9 (1958/1959), 449–462; ders., ZaöRV 18 (1957/1958), 635–651 (545).

⁷¹ Vgl. dazu: Jennings, R. Y., BYIL 37 (1961), 156–182, (156): „The proper law of a state contract is normally the municipal law of the contracting state ... But the difficult case arises where the State has itself changed the local law; for since the contract is created in the local municipal law one subsists in that law, it follows that it may be terminated within that law ...“ [Hervorhebung von der Verfasserin].

⁷² Asante, S. K. B., International Law and Foreign Investment: a Reappraisal, ICLQ 37 (1988), 588–628 (611); Baloro, J., 19 Comp. Int. Law Journal Southern Africa (1986), 410–447 (420); Brown, R., Choice-of-Law Provisions in Concession and Related Contracts, 39 ModelLReview (1976), 525–643 m.w.Nach.; David, N., Clunet 113 (1986), 79–107 (104); El-Kosheri, A., RdC 147 (1975-IV), 219–393

wendig zu einer Unwandelbarkeit des Vertrages. Selbst die Anhänger der Theorie der völkerrechtlichen Einordnung nehmen an, das erst noch in Entstehung begriffene Völkerrecht auf diesem Gebiet erkenne durchaus eine Anpassung des Vertrages an geänderte äußere Umstände oder öffentliche Interessen des Gaststaates an⁷³.

(318); *Geiger, R.*, 23 ICLQ (1974), 73–104 (77); *Jaenicke, G.*, Consequences of a Breach of an International Agreement Governed by International Law, by General Principles of Law, or by Domestic Law of the Host State, in *Dicke, D. C.* (ed.), Foreign Investment in the Present and a New International Economic Order, Fribourg 1987, S. 177–193; *Paasivirta, E.*, BYIL 60 (1989), 315–350 (316); *Peters, P.*, in Essays in Honour of Cornelis Carel Albert Voskuil, S. 231–245, S. 233; *Sornarajah, M.*, JWTL 15 (1981), 187–217 (187ff.); a.A. im Losinger-Fall, PCIJ Series C, No 78, S. 32: „*Le principe pacta sunt servanda s'impose non seulement à propos d'accords directement conclus entre états mais aussi pour ceux passés entre un état et des étrangers*“; so auch die Pleadings von Frankreich in Certain Emprunts Norvégiens, ICJ Pleadings II, S. 61; Elf Aquitaine-Schiedsspruch (§ 6, Fn. 18), Rev. arb 1984, 401–421 (402): „*Un Etat qui a lui-même conclu un contrat international ... n'est pas libre de changer cette lex contractus par une législation ultérieure* ...“ [Hervorhebung von der Verfasserin].

⁷³ *de Aréchaga, E. J.*, International Law in the Past Third of a Century, RdC 159 (1978–I), 1–343 (308); *Asante, S. K. B.*, Stability of Contractual Relations in the Transnational Investment Process, ICLQ 28 (1979), 401–423; *ders.*, ICLQ 37 (1988), 588–628 (612); *Baloro, J.* 19 Comp. Int. Law Journal Southern Africa (1986), 410–447 (411); *Bartels, M.*, S. 110; *Bettems, D.*, RdNr. 212ff.; *Böckstiegel, K.-H.*, Der Staat ..., S. 177; *Bouchez, L.-J.*, JIntArb 8 (1) (1991), 81–115 (88); *Brown, R.*, 39 Model Law Review (1976), 625–643 (633); *Catranis, A.*, RIW 28 (1982), 19–27 (24); *Cohen-Jonathan, G.*, AFDI 23 (1977), 452–459 (471); *Fatouros, A.*, Government Guarantees ..., S. 263; *Fischer, P.*, Die internationale Konzession, S. 410 (aber nur bei Fehlen von Stabilisierungsklauseln); *Frick, H.*, S. 49; *Giardina, A.*, ItYIL 5 (1980/1981), 147–170 (166); *Greenwood, Ch.*, BYIL 53 (1982), 27–81 (54) und das Libyan Memorandum in BP Fall; *van Hecke, G.*, RGDIP 68 (2) (1964) 641–664 (642); *Higgins, R.*, RdC 176 (1982–III), 259–392; *Jacquet, J.-M.*, Clunet 116 (1989–II), 621–690 (653); *Latife, P.*, in Festschrift für Kurt Lipstein, S. 135–155 (154); *Maniruzzaman, A. F. M.*, JIntArb 9 (4) (1992), 141–171 (143); *Mann, F.-A.*, AJIL 54 (1960), 572–591 (581); *ders.*, RBDI 11 (1975), 562–567 (565); *Mengel, H.-J.*, RIW 29 (1983), 739–811 (740); *Paasivirta, E.*, BYIL 60 (1989), 315–350 (316) m.w. Nach.; *Pazarci, H.*, RGDI 79 (1975), 354–421 (396); *Redfern, A.*, BYIL 55 (1984), 65–110 (92); *Regli, J.-P.*, S. 44; *Salacuse, J.-W.*, BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries, IntL 24 (1990), 655–675 (660); *Schwarzenberger, G.*, S. 144; *Seidl-Hohenveldern, I.*, Investitionen in Entwicklungsländern und das Völkerrecht, S. 37; *Sornarajah, M.*, 15 JWTL (1981), 187–217 (192); *Stoll, J.*, S. 52; *Toope, S. J.*, S. 81; *Touscoz, J.*, Le régime juridique international des hydrocarbures et le droit international du développement, Clunet 100 (1973), 296–323; *Tschanz, P.-Y.*, Contrats d'Etat et mesures unilatérales de l'Etat devant l'arbitre international, RCDIP 74 (1985), 47–84 (81); *Vedel, G.*, Rev. arb 1961, 116–130 (128); *Verhoeven, J.*, Rev. arb 1985, 609–640 (624); *Weil, P.*, RdC 129 (1969–III), 95–240 (212); *ders.*, in Mélanges offerts à Reuter, S. 549–582 (564); *Wengler, W.*, RGDI 76 (1972), 313–345 (328); *ders.*, RBDI (1978–1979), 415–424 (418); vgl. auch *Lord Radcliffe* im Fall *Kahler v. Midland Bank* [1950]

2. Kritik der Unterscheidung

Nur Schiedsrichter *Dupuy* unterscheidet im *Texaco*-Schiedsverfahren strikt zwischen den beiden Zuordnungsebenen. Sowohl Schiedsrichter *Lagergren* im *BP*-Fall als auch Schiedsrichter *Mahmassani* im *Liamco*-Fall suchen lediglich nach dem anwendbaren Kollisionsrecht. Wenn man von rechtstheoretischen Gesichtspunkten absieht, ist dies die richtige Frage: denn die Parteiautonomie kann man nur aus den IPR-Regeln hergeleitet werden. Es ist also verständlich, wenn Schiedsrichter *Lagergren* das dänische internationale Privatrecht als „*natürliche Lösung*“ wählt⁷⁴. Auch Schiedsrichter *Mahmassani* gelangt im *Liamco*-Verfahren unter Heranziehung der „*principes généraux régissant les conflits de lois en droit international privé*“ zum Grundsatz der Parteiautonomie und damit zur Anwendbarkeit der in der jeweiligen Rechtswahlklausel festgelegten Rechtsordnung⁷⁵.

Bei dem Internationalisierungsstreben von Schiedsrichter *Dupuy* fällt folgendes auf⁷⁶: Er will die Verträge einem absoluten *pacta sunt servanda* unterstellen, dessen Existenz er im Völkerrecht ansiedelt; dies ist eine materiellrechtliche Regel. Um die Anwendung des Völkerrechts zu rechtfertigen, sucht er jedoch Anhaltspunkte im Vertrag selbst, was auf einen kollisionsrechtlichen Vorgang hinausläuft, zumal das Völkerrecht erst durch eine Rechtswahl der Parteien eingreift. Die Linie zwischen kollisionsrechtlicher Parteiautonomie und materiellrechtlicher Privatautonomie wird somit nicht klar gezogen. Untersteht ein Vertrag dem Völkerrecht nur wegen einer entsprechenden Rechtswahlklausel, dann wird die Internationalisierung zu einer Banalität. Man sucht doch nach einer „höheren“ Norm „*in which the*

AC, S. 56: „*The private international law of the forum not merely sustains but, because it sustains, may also modify or dissolve the contractual bond*“; a. A. *Ammann, U.*, S. 104; *Barberis, J.*, RdC 179 (1983–I), 145–304 (200); *Lalive, J.-F.*, Clunet 104 (1977), 319–389 (339); *Verdross, A.*, ZaöRV 18 (1957/1958), 635–651 (648); *ders.*, RdC 181 (1983–III), 9, (110); *Wildhaber, L.*, Multinationale Unternehmen und Völkerrecht, in *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* 18 (1978), S. 7–61 (39); das *Texaco*-Schiedsspruch, in *Gruss, H.-J.*, ZaöRV 39 (1979), 782–806 (797); das UK Memorial in *Anglo-Iranian Oil Company Case*, ICJ Pleadings 1952, S. 86–93; kritisch zu diesem Schiedsspruch *O’Connell, D. P.*, A Critique of the Iranian Oil Litigation, ICLQ 4 (1955), 267–293 (270) und das Memorial der Schweizer Regierung im Fall *Losinger & Cie A.G.*, PCIJ Series C. Nr. 78 (1936), S. 32.

⁷⁴ Für diese Lösung spricht auch die berühmte Entscheidung des *StGH* im Falle der Serbischen Anleihen, oben, unter § 7, Fn. 17.

⁷⁵ Vgl. dazu oben, unter § 7, B. I. 2. a) cc).

⁷⁶ Vgl. dazu *Fatouros, A.*, AJIL 74 (1980), 134–141 (134); *Rigaux, F.*, Des Dieux et des héros. Réflexions sur une sentence arbitrale RCDIP 67 (1978), 435–459 (449); *Verhoeven, J.*, RBDI 14 (1978/1979), 209–230 (215).

*clause designating the applicable law is found and from which that same clause will draw its binding force*⁷⁷. Die Grundlage dieser Norm kann nicht ebenfalls in der Rechtswahl liegen. Demnach kann Internationalisierung nur bedeuten, daß das Völkerrecht aus eigenem Geltungswillen anwendbar ist; dies setzt allerdings eine entsprechende völkerrechtliche Norm voraus. *Dupuy* vermag diese Norm nicht näher zu konkretisieren und verweist lediglich auf die leere Form „*international law of contracts*“⁷⁸.

3. Zusammenfassung

Eine objektive Kategorie von Verträgen, die aufgrund ihres Inhalts *per se* dem Völkerrecht unterfallen würden, gibt es im Konzessionsbereich nicht. Vom Standpunkt der Befürworter des Völkerrechtscharakters ist zumindest eine Entinternationalisierung durch Wahl des nationalen Rechts und der nationalen Gerichtsbarkeit möglich⁷⁹. Die subjektiven Kriterien tauchen dann aber hinterher noch einmal bei der Bestimmung des *proper law* auf⁸⁰. Offenbar wird eine Art *renvoi* auf ein *proper law* aufgrund völkerrechtlicher Kollisionsregeln angenommen⁸¹. Damit reduziert sich jedoch die Rolle der Grundlegung im Völkerrecht darauf, als eine Art Ersatz-IPR zu fungieren, welches die völkerrechtliche Parteiautonomie gewährleistet⁸². In der Tat wird die Trennung zwischen Grundlegung und *proper law* zum Teil als das öffentlich-rechtliche Gegenstück zur privatrechtlichen Trennung zwischen IPR und materiellem Recht bezeichnet⁸³. Mit dem Anspruch der Grundlegung läßt sich eine bloße Rolle als Kollisionsnorm aber nur schwer vereinbaren und Kollisionsregeln passen schlecht ins Völkerrecht, welches den anderen Rechtsordnungen übergeordnet ist und nicht auf gleicher Ebene mit ihnen konkurriert.

Als Besonderheit der Grundlegung gegenüber dem IPR bleibt allerdings, daß sich die Verpflichtungskraft des Vertrages aus der Grundlegung und nicht aus dem *proper law* ableiten soll⁸⁴. Beim IPR ist dies aber nicht der

⁷⁷ § 26 des Schiedsspruchs, oben, unter § 7, B. I. 2. a) aa).

⁷⁸ § 31 des Schiedsspruches, *ibid*.

⁷⁹ *Weil, P.*, *Principes généraux du droit et contrats d'Etat*, in: *Le Droit des Relations Economiques internationales*, Etudes offertes à Berthold Goldman, S. 387–414 (409).

⁸⁰ *Catranis, A.*, RIW 28 (1982), 19–27 (22); *Stern, B.*, *Trois arbitrages, un même problème, trois solutions – Les nationalisations pétrolières libyennes devant l'arbitre international*, Rev. arb 1980, 3–43 (20 ff.).

⁸¹ So ausdrücklich *Weil, P.*, in *Mélanges Rousseau*, S. 303–328 (319).

⁸² Deutlich bei *Regli, J.-P.*, S. 149: die völkerrechtliche Grundlegung bestehe in der Möglichkeit der freien Rechtswahl, die als allgemeiner Rechtsgrundsatz Bestandteil des Völkerrechts ist.

⁸³ *Regli, J.-P.*, S. 116; *Stern, B.*, Rev. arb 1980, 3–43 (13 ff.).

Fall, denn die Wirksamkeit des Vertrages richtet sich nach dem *proper law*. Daß ein Vertrag seine Verbindlichkeit aus einer bestimmten Rechtsordnung herleitet, kann nämlich nichts anderes bedeuten als die Anwendung der Normen dieser Rechtsordnung auf sein Zustandekommen und Wirksamwerden⁸⁵. Wie jedoch die Verpflichtungskraft aus der Grundlegung stammen soll, wenn das *proper law* den Vertrag regiert, bleibt unklar. Beim Vertragsstatut soll es sich nach den Anhängern der Grundlegung um ein echtes *proper law* und nicht lediglich um in den Vertrag inkorporierte Regeln handeln⁸⁶. Letztere Deutung widerspräche auch dem Parteiwillen, der auf eine echte Rechtswahl gerichtet ist.

Allein die hier verteidigte Lehre der Unterscheidung zwischen Grundlegung und *proper law* vermag dem Hauptanliegen gerecht zu werden, das man mit der Suche nach einem nicht-nationalen Geltungsgrund von Schiedssprüchen und Schiedsverträgen verfolgt, nämlich den privaten Vertragspartner gegen eine ihn schädigende einseitige Änderung des nationalen Rechts zu schützen. Gerade dem entspricht auch die Beobachtung⁸⁷, daß Völkerrecht meist zur Wahrung eines Mindeststandards an Vertragsgerechtigkeit neben dem Recht des Investitionsstaats herangezogen wird. Mit der Frage der Bindung des Staates an seine eingegangenen vertraglichen Verpflichtungen und ihren Grenzen aus Souveränitätsgründen setzten wir uns im Abschnitt E dieses Paragraphen auseinander. Zuvor soll aber einiges über die Theorie der Anerkennung einer Völkerrechtspersönlichkeit des Investors im Rahmen des beschränkt-völkerrechtlichen Vertrags gesagt werden, um zu prüfen, ob die Lehre der völkerrechtlichen Zuordnung von Konzessionsverträgen weiteren theoretischen Bedenken ausgesetzt ist.

⁸⁴ Vgl. zum folgenden: *Catranis, A.*, RIW 28 (1982), 19–27 (22); *Leboulanger, P.*, Les contrats entre Etats ..., S. 230; *Markert, T.*, S. 117; *Mayer, P.*, Le mythe de l'„ordre juridique de base“ ou Grundlegung“, in: Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman, S. 199–216; *Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 206; *Verhoeven, J.*, Rev. arb 1985, 609–640 (627).

⁸⁵ Art. 31 EGBGB bzw. Art 8 EVÜ.

⁸⁶ *Mosler*, AnnIDI vol. 58 II (1979); S. 74; *Seyer-Stedt*, AnnIDI vol. 58, II, (1979), 75; a.A. *El-Kosheri, A.*, RdC 147 (1975–IV), 219–393 (327); *Rigaux, F.*, RCDIP 67 (1978), 435–459 (448).

⁸⁷ *Redfern, A./Hunter, M.*, S. 114.

III. Die Anerkennung einer Völkerrechtspersönlichkeit des Investors im Rahmen des beschränkt-völkerrechtlichen Vertrages

1. Die theoretische Konstruktion

Dupuys Ausführungen zur völkerrechtlichen Grundlegung von Konzessionsverträgen werfen die Frage nach der Völkerrechtspersönlichkeit des ausländischen Unternehmens auf. Denn die Annahme eines beschränkt-völkerrechtlichen Vertrages wäre ohne die Anerkennung des Unternehmens als Subjekt des Völkerrechts ausgeschlossen. Aus diesem Grund geht ein Teil der Völkerrechtslehre davon aus, daß der Staat ein Privatunternehmen als Völkerrechtssubjekt anerkennen, ihm aber nur solche Befugnisse verleihen kann, die zum Abschluß eines Vertrags, zu seiner Unterstellung unter internationales Recht und zur Geltendmachung der vertraglichen Rechte nötig seien⁸⁸. Nach Ansicht von *Böckstiegel* ist die Fähigkeit des ausländischen Unternehmens, Träger völkerrechtlicher Rechte und Pflichten zu sein, von dem Staat als geborenem Völkerrechtssubjekt, von seinem Zugeständnis, im Verhältnis zu ihm, dem Staat, die Stellung eines Völkerrechtssubjekts einzunehmen, abgeleitet⁸⁹. Im Vertragsschluß liege zugleich implizit die Anerkennung als Völkerrechtssubjekt. Die Völkerrechtspersönlichkeit des Unternehmens beruht also hiernach nicht auf dem Vertrag selbst, was einen Zirkelschluß bedeuten würde, sondern auf einem dem Vertragsschluß logisch vorausgehenden einseitigen Anerkennungsakt des vertragschließenden Staa-

⁸⁸ *Barberis, J.*, RdC 179 (1983-I), 145–304 (206); *Bettems, D.*, RdNr. 95 ff. m.w.Nach.; *Böckstiegel, K.-H.*, Der Staat ..., S. 195; *ders.*, AWD 19 (1973), 117–121 (120); *Catranis, A.*, RIW 28 (1982), 19–27 (23); *Fischer, P.*, Die internationale Konzession, S. 441; *ders.*, Das transnationale Unternehmen als Phänomen in der Völkerrechtsgeschichte, Völkerrecht und Rechtsphilosophie, Festschrift für Stephan Verosta, S. 345–370 (345); *Garcia Amador, F. V.*, Annuaire de la Commission de Droit International, Vol. 2 (1959), U.N. Doc. A/CN.4/119, S. 32; *Giardina, A.*, ItYIL 5 (1980/1981), 147–170 (150); *Greenwood, Ch.*, BYIL 53 (1982), 27–81 (44); *Gruss, H.-J.*, ZaöRV 39 (1979), 782–806 (793); *Lalive, P.*, in Festschrift für Kurt Lipstein, S. 135–155 (144); *Jennings, R. Y.*, BYIL 37 (1961), 156–182 (156); *Leboulanger, P.*, Les contrats entre Etats ..., S. 209; *Lillich, R. B.*, in *Lillich, R. B./Brower, C. N.* (eds.), International Arbitration in the 21st Century ..., S. 61–114 (68); *Mayer, P.*, Clunet 113 (1986-I), 5–78 (20); *Regli, J.-P.*, S. 130 m.w.Nach.; *Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 206; *Schwarzenberger, G.*, S. 5 ff.; *Seidl-Hohenveldern, I.*, RBDI 11 (1975), 567–570 (570); *ders.*, Völkerrecht, 9. Aufl., RdNr. 607; *Vedel, G.*, Rev. arb 1961, 116–130 (130); *Verdross, A.*, ZaöRV 18 (1957/1958), 635–651 (648); *Weil, P.*, RdC 128 (1969-III), 95–240 (185); *Wengler, W.*, RGDI 76 (1972), 313–345 (320); *White, R.*, ICLQ 30 (1981), 1–19 (12); *Wildhaber, L.*, in Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht 18 (1978), S. 7–61 (42).

⁸⁹ *Böckstiegel, K.-H.*, Der Staat ..., S. 195.

tes. Die Rechtspersönlichkeit wird also durch einseitiges völkerrechtliches Rechtsgeschäft begründet.

2. Dogmatische Bedenken gegen die Anerkennung des Privatinvestors als Völkerrechtssubjekt

Die Auffassung der Anerkennung einer beschränkten Völkerrechtspersönlichkeit des Privatunternehmens ist nicht frei von Bedenken. Fraglich ist zunächst, ob es einen einseitig bindenden Anerkennungsakt geben kann. Bei der völkerrechtlichen Anerkennung handelt es sich um ein einseitiges Rechtsgeschäft des Völkerrechts, bei dem das anerkennende Subjekt einen bestimmten Sachverhalt als einen völkerrechtlichen feststellt, in der Absicht, ihn als rechtmäßigen gegen sich geltend zu lassen. Im allgemeinen wird zwischen *deklaratorischer* und *konstitutiver* Anerkennung unterschieden. Erstere betrifft die Anerkennung der Staaten, letztere die anderer Völkerrechtssubjekte. Im Fall des ausländischen Privatunternehmens kann es sich demnach nur um letztere Art der Anerkennung handeln⁹⁰. Als Beispiel für die konstitutive Anerkennung wird jene internationaler Organisationen genannt. Daraus versucht man eine Analogie zu ziehen⁹¹: da das Völkerrecht keinen *numerus clausus* der Rechtspersonen kenne, sei es dem einzelnen Staate auch möglich, ein Privatunternehmen auf die Ebene des Völkerrechts zu heben und es mit beschränkten Befugnissen auszustatten.

Diese Argumentation ist jedoch nicht überzeugend. Denn die Anerkennung internationaler Organisationen ist stets mit der Übertragung von Funktionen innerhalb des Völkerrechtssystems verbunden. Im Bereich von Konzessionsverträgen soll dagegen ein Privatunternehmen anerkannt werden, dessen Bezug zur internationalen Gemeinschaft nur darin bestünde, daß Verpflichtungen aus einem bestimmten Vertrag zu völkerrechtlichen Verpflichtungen erklärt würden. Eigene Funktionen in der Völkerrechtsgemeinschaft soll es jedoch nicht erhalten. Darüber hinaus ist zur Gründung einer internationalen Organisation der zustimmende Wille mindestens zweier Völkerrechtssubjekte erforderlich und durch die Anerkennung als Völkerrechtssubjekt wird der Organisation die Wahrnehmung gemeinsamer Interessen der Staaten übertragen. Ob die Völkerrechtsordnung es einzelnen Staaten erlaubt, Individuen ohne weiteres auf die völkerrechtliche Ebene zu heben, wenn kein zwischenstaatlicher Bezug besteht, ist deshalb zweifelhaft⁹².

⁹⁰ Markert, T., S. 115 ff.; Stoll, J, S. 57 ff.

⁹¹ Böckstiegel, K.-H., Der Staat ..., S. 197.

⁹² Ablehnend Catranis, A., RIW 28 (1982), 19–27 (23); Lando, O., Renegotiation and Revision of International Contracts, An Issue in the North-South Dialogue, GYIL 23 (1980), 37–59 (39): „A State cannot elevate such a company to the

Außerdem vermag diese Theorie nicht zu erklären, warum der Staat die Verleihung der Rechtspersönlichkeit nicht rückgängig machen kann⁹³. Als völkerrechtliche Grundlage für ein Verbot der Entziehung käme nur das Verbot der Rechtsverweigerung in Betracht. Aber einen zumutbaren Rechtsschutz kann der Ausländer auf anderem Wege erhalten und mangels einer expliziten Anerkennung, die in der Praxis beim Abschluß eines beschränkt völkerrechtlichen Vertrages kaum vorkommt⁹⁴, besteht keine Vertrauensgrundlage dafür, daß er sich auf eine Stellung als Völkerrechtssubjekt verlassen könnte.

Das ganze theoretische Gefüge erweist sich insofern als künstlich. Eine juristische Persönlichkeit im Bezug auf einen einzigen Vertrag und nur gegenüber dem Vertragspartner erscheint recht eigenartig⁹⁵. Außerdem verliert die Konstruktion ihren eigenen Sinn, wenn die Rechtsfähigkeit des Unternehmens durch den Staat beseitigt werden kann. Hat es der einzige Gründerstaat jederzeit in der Hand, die einmal verliehene Völkerrechtspersönlichkeit mit gleicher Rechtsmacht wieder aufzuheben, so ist wiederum die Grundlage eines beschränkt-völkerrechtlichen Vertrages entzogen. Die These der Anerkennung einer Völkerrechtspersönlichkeit des Investors, die eine Voraussetzung zur Annahme der Lehre der völkerrechtlichen Zuordnung von Konzessionsverträgen bildet, kann also nicht befriedigen. Dementsprechend bleiben auch die Einwände gegen die Theorie der völkerrechtlichen Grundlage von Konzessionsverträgen bestehen. Entscheidend für die Frage, ob die Lehre vom beschränkt-völkerrechtlichen Vertrag als Bestandteil des geltenden Völkerrechts anzusehen ist, muß jedoch sein, ob sich rechtstatsächlich nachweisen läßt, daß Staaten und Unternehmen ihre Rechtsbeziehungen als auf der Ebene des Völkerrechts angesiedelt betrachten.

„knighthood“ of being a subject of international law by mere agreement. Only states may enjoy this status“ [Hervorhebung von der Verfasserin]; Markert, T., S. 116; Stoll, J., S. 56; Toope, S. J., S. 85 ff.

⁹³ Catranis, A., RIW 28 (1982), 19–27 (23); Seidl-Hohenveldern, I., Völkerrecht, 9. Aufl., RdNr. 607; Stoll, J., S. 60; a. A. Schlosser, P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 206.

⁹⁴ Näher dazu im folgenden Abschnitt IV.

⁹⁵ Bettems, D., RdNr. 104; Catranis, A., RIW 28 (1982), 19–27 (23); Giardina, A., ItYIL 5 (1980/1981), 147–170 (150); Leboulanger, P., Contrats entre Etats ..., S. 210; Markert, T., S. 117; Mayer, P., Clunet 113 (1986–I), 5–78 (20); Merkt, H., S. 135; Rigaux, F., RCDIP 67 (1978), 444, 445; Stoll, J., S. 61; Verhoeven, J. RBDI 14 (1978/1979), 220 spricht sogar von *non-sense*; Wengler, W., RGDI 76 (1972), 313–345 (320).

IV. Rechtstatsächlicher Befund

Fischer hat versucht, anhand einzelner an sich völkerrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Elemente in den von ihm untersuchten Konzessionsverträgen den Nachweis zu erbringen, daß die Parteien ihre Rechtsbeziehungen zum Völkerrecht zuordnen möchten. Insbesondere in älteren Verträgen werden den Konzessionären weitgehende Privilegien und Immunitäten gewährt⁹⁶. Etliche Konzessionen enthalten Meistbegünstigungsklauseln, wie völkerrechtliche Verträge⁹⁷. Oft bedarf der Abschluß solcher Verträge der parlamentarischen Ratifizierung des Konzessionsgebers, woraus eine Parallele zum Abschluß völkerrechtlicher Verträge zu ziehen wäre⁹⁸. Dazu kommt noch der häufige Verweis in Konzessionsverträgen auf das Völkerrecht oder die allgemeinen Rechtsgrundsätze, die durch Art. 38 Abs. 1 lit. c) des IGH-Statuts als Völkerrechtsquelle anerkannt sind⁹⁹.

Fischer verkennt aber, daß der Nachweis dieser einzelnen völkerrechtstypischen Elemente in Konzessionsverträgen für sich genommen nicht ausreicht, um die Lehre vom beschränkt-völkerrechtlichen Vertrag in Anlehnung an die Vertragspraxis zu bestätigen. Vielmehr müßte nachgewiesen werden, daß die Parteien ihre Rechtsbeziehungen insgesamt als auf dem Boden des Völkerrechts stehend betrachten. Dies müßte sich am besten anhand der Rechtswahlklauseln nachweisen lassen. Eine direkte und ausschließliche Wahl des Völkerrechts kommt jedoch in der Rechtswirklichkeit, wie auch die Anhänger der Theorie der völkerrechtlichen Einordnung von Konzessionsverträgen zugeben, so gut wie nie vor¹⁰⁰.

Einer solchen Rechtswahl könnte Art. XXVIII des Vertrages zwischen *Baruch Foster* und Äthiopien entsprechen, in dem für nicht ausdrücklich äthiopischem Recht unterstellte Bereiche die allgemeinen Grundsätze des

⁹⁶ *Fischer, P.*, Die internationale Konzession, S. 319.

⁹⁷ *Ibid.* S. 329 ff.

⁹⁸ *Böckstiegel, K.-H.*, Der Staat ..., S. 233; *Fischer, P.*, Die internationale Konzession, S. 328; *Nwogugu, E.-I.*, S. 248; *Verdross, A.*, ZaöRV 18 (1957/1959), 635–651 (643).

⁹⁹ Allerdings variiert die Praxis auch hier: sie erstreckt sich vom Verweis auf „allgemeine Rechtsgrundsätze“ über jenen auf „gemeinsame Rechtsgrundsätze“ des Rechts des Konzessionsgebers und des Rechts des Heimatstaates des Konzessionärs bis zu einer Kombination derselben in einem Subsidiaritätsverhältnis; vgl. auch *Baloro, J.*, 19 Comp. Int. Law Journal Southern Africa (1986), 410–447 (438); *Weil, P.*, RdC 128 (1969–III), 95–240 (161 ff.); näher dazu unten, unter § 7, C. I. und unter § 8, A. III.

¹⁰⁰ *Fatouros, A.*, AJIL 74 (1980) 134–141 (135) (*extremely rare if not unheard of*); *Fischer, P.*, Die internationale Konzession, S. 353 (*relativ selten*); *Mayer, P.*, Clunet 113 (1986–I), 5–78 (39) (*ne se rencontre pratiquement jamais*); *Regli, J.-P.*, S. 13; *Weil, P.*, RdC 128 (1969–III), 95–230 (175) (*relativement rare*).

internationalen Rechts für anwendbar erklärt wurden¹⁰¹. Selbst diese Bestimmung aber wurde vom Schiedsrichter dahingehend interpretiert, daß die allgemeinen Rechtsgrundsätze im Sinne von Art. 38 Abs. 1 lit. c) des IGH-Statuts gemeint waren und damit die den Rechtssystemen gemeinsamen Rechtsgrundsätze, nicht jedoch das Völkerrecht als solches¹⁰². Auch in Art. 29.1 des Vertrages zwischen *Alcoa* und Indonesien ist das Völkerrecht nur mit der Einschränkung gewählt, daß seine Regeln jeweils einschlägig sein müssen¹⁰³. Am ehesten entspricht einem Verweis auf das Völkerrecht Art. 22 F des Abkommens zwischen Persien und *Anglo-Persian Oil Company* vom 29. April 1933, der für den Schiedsspruch auf Art. 38 des *StIGH*-Statuts abstellt¹⁰⁴. Diese Formulierung spricht allerdings eher dafür, daß bei der Interpretation des Abkommens Völkerrecht herangezogen werden sollte, als dafür, daß die Parteien das Abkommen als völkerrechtlichen Vertrag betrachteten. Die vom *Fischer* zitierten übrigen Verträge¹⁰⁵ enthalten alle noch Verweise auf allgemeine Rechtsgrundsätze oder außerhalb des Völkerrechts stehende Rechtsquellen. Eine solche ergänzende Wahl des Völkerrechts läßt sich jedoch als besondere Ermächtigung an den Schiedsrichter deuten, fremdenrechtliche Regeln anzuwenden¹⁰⁶.

¹⁰¹ Art. XXVIII lautete „Whenever in this Agreement specific provision is made for the application of Ethiopian law, such law shall (subject to the provision of subparagraph (b) of paragraph 3 of Article XXVII hereof) govern; otherwise, this Agreement shall in all respects be governed by and interpreted in accordance with generally recognized principles of international law“, zitiert nach Markert, T., S. 119.

¹⁰² *Lalive, J.-F.*, RdC 181 (1983–III), 9–283 (78).

¹⁰³ Art. 29.1 des Vertrages lautete: „Any such dispute referred for settlement by arbitration ... shall be decided in accordance with such rules of international law within the meaning of that term as provided in Article 38 (1) of the Statute of the International Court of Justice as may be applicable ...“, zitiert nach Bartels, M., S. 110.

¹⁰⁴ „The award shall be based on the juridical principles contained in article 38 of the Statute of the Permanent Court of International Justice ...“, zitiert nach Kuusi, J., S. 67; siehe auch das Qatar Anglo-Persian Oil Company Agreement vom 1935 zitiert nach Kuusi, J., *ibid* ... S. 67–68; Art. 22 des Konzessionsvertrages vom 1958 zwischen Tunesien und Compagnie des Transports Par Pipelines au Sahara und Art. 41 des Vertrages vom 1966 zwischen NIOC und ERAP zitiert nach Pazarci, H., RGDI 79 (1975), 354–421 (359) und Weil, P., RdC 128 (1969–III), 85–240 (162); so auch Art. 46 des Abkommens zwischen NIOC und Iran vom 29. Oktober 1954, zitiert nach Verdross, A., ZaöRV 18 (1957/1968), 635–651 (643).

¹⁰⁵ *Fischer, P.*, Die internationale Konzession, S. 353. So der Vertrag von 1962 zwischen Vietnam und ausländischen Erdölgesellschaften: „The arbitrators shall base their decision on equity and the principles of international law“ und Art. 6 lit. P Ziff. 3 der Verfahrensbestimmung des Vertrages vom 19. Februar 1969 zwischen Somalia und einem deutschen Konsortium: „The arbitration proceedings shall be conducted in conformity with the principles and rules normally applied by international tribunals“.

Auch Art 42 Abs. 1 WBÜ¹⁰⁷ bezieht sich nicht auf das Völkerrecht als mögliche Grundlegung des Vertrags. Nach diesem Artikel hat das Schiedsgericht bei fehlender Rechtswahl der Parteien primär die durch das internationale Privatrecht des Konzessionsgebers berufenen Regeln anzuwenden. An zweiter Stelle und nur solange die nationalen Regeln entweder Lücken aufweisen oder gegen das Völkerrecht verstoßen, kann der Schiedsrichter auf die einschlägigen Regeln des Völkerrechts zurückgreifen. Somit kommt dem Völkerrecht nur eine *ergänzende* oder – bei Völkerrechtswidrigkeit des staatlichen Rechts – *korrigierende* Funktion zu¹⁰⁸. Dies wurde ausdrücklich betont in der Entscheidung eines *ad hoc*-Komitees nach dem WBÜ, in der der Schiedsspruch *Klöckner v. Kamerun* aufgehoben wurde¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Gruss, A., ZaöRV 39 (1979), 782–806 (803); Markert, T., S. 119; Stoll, J., S. 110.

¹⁰⁷ Art. 42 Abs. 1 WBÜ lautet in seiner deutschen Übersetzung: „Das Gericht entscheidet die Streitigkeit gemäß den von den Parteien vereinbarten Rechtsvorschriften. Liegt eine solche Vereinbarung nicht vor, so wendet das Gericht das Recht des Vertragsstaates, der Streitpartei ist, – einschließlich seines internationalen Privatrechtes – sowie die einschlägigen Regeln des Völkerrechts an“.

¹⁰⁸ Broches, A., RdC 136 (1972–II), 331–410 (392); ders., in YCA XVIII (1993), 627–715 (669); Ball, M., in Lew, D. M., (ed.), Contemporary Problems ..., S. 297–312 (310); Bettems, D., RdNr. 68 mit zahlreichen Beispielen aus der Rechtsprechung ICSID-Schiedsgerichte; Bouchez, L.-J., JIntArb 8 (1) (1991), 81–115 (103); Delaume, G., in Lew, J. D. M. (ed.), Contemporary Problems ..., S. 23–39 (31); ders., in Law and Practice of Transnational Contracts, S. 5; ders., Rev. arb 1994, 39–67 (53); Elombi, G., JIntArb 11 (3) (1994), 61–68 (66); Foeth, G., S. 263; Hirsch, M., S. 134; Jaenicke, G., in Soons, A. (ed.), International Arbitration. Past and Prospects ..., S. 155–165 (159); Kahn, P., Clunet 116 (1989–I), 305–327 (312); Kurkowski, E., Role and Jurisprudence of the International Centre for Settlement of Investment Disputes, Revue de Droit International 71 (1993), 151–194; Lillich, R. B., in Lillich, R. B./Brower, C. N. (eds.), International Arbitration in the 21st Century ..., S. 61–114 (88); Maniruzzaman, A. F. M., NILR 40 (1993), 201–237 (234); Paasivirta, E., Participation of States ..., S. 118; Shihata, I. F. I./Parra, A. R., Applicable Substantive Law in Disputes Between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration Under the ICSID Convention, in van den Berg, A. (Hrsg.), ICCA Congress Series No 7. Planning Efficient Arbitration Proceedings. The Law Applicable in International Arbitration, ICCA Arbitration Congress, Vienna 3–6 November 1994, S. 294–319 (310); Sornarajah, M., JIntArb 14 (3) (1997), 103–140 (112ff.); Stoll, J., S. 143.

¹⁰⁹ ICSID-Schiedsspruch vom 21. Oktober 1983, oben, unter § 2, Fn. 70 (§ 69 des Schiedsspruchs) und *ad-hoc* Komitee Entscheidung vom 3. Mai 1984, ebenda: „Art. 42 gives international principles a dual role, that is complementary (in the case of a „lacuna“ in the law of the state), or corrective, should the State's law not conform on all points to the principles of international law: in both cases the arbitrator may have recourse to the „principles of international law“ only after having inquired into and established the content of the law of the State party to the dispute ...“ [Hervorhebung von der Verfasserin]; ebenso die Entscheidung des *ad hoc*-Komitees im Fall *Amco Asia v. Indonesien* vom 16. Mai 1986, oben, unter § 2, Fn. 70: „Art. 42 (1) of the Convention authorizes an ICSID tribunal to apply rules

Nur wenn die Wahl der allgemeinen Rechtsgrundsätze in den verwendeten Rechtswahlklauseln als Wahl des Völkerrechts angesehen wird, kommt man zu einer gewissen Verbreitung von völkerrechtlichen Schiedsklauseln¹¹⁰. Bei einer solchen Rechtswahl liegt es jedoch nah, daß die Parteien nur die Anwendung des Rechts einer Partei vermeiden und deshalb auf neutrale, durch Rechtsvergleichung zu ermittelnde, allgemeine Grundsätze zurückgreifen wollten. Insbesondere dann, wenn Bezug auf die den Rechtsordnungen beider Parteien gemeinsamen Rechtsgrundsätze genommen wird, ist das Völkerrecht ausgeschlossen¹¹¹.

Auf vertragliche Rechtswahlklauseln kann die Theorie des beschränkt-völkerrechtlichen Vertrages also nicht gestützt werden. Unterscheidet man zwischen Grundlegung und *proper law*, ist das auch an sich nicht notwendig. Fraglich bleibt dann jedoch, worin die Anerkennung des Privatunternehmens als Völkerrechtssubjekt liegen und wie sich die Geltung der Lehre von der völkerrechtlichen Einordnung von Konzessionsverträgen ansonsten nachweisen läßt. Die Anhänger der Internationalisierungstheorie behaupten, eine Bindung des Staates an eingegangene Verpflichtungen erfolge nur mit der völkerrechtlichen Zuordnung von Konzessionsverträgen. Auf solche Argumente wird im folgenden eingegangen.

of international law only to fill up lacunae in the applicable domestic law and to sensure precedence to international law norms where the rules of applicable domestic law are in collision with some norms ...“ [Hervorhebung von der Verfasserin] und Amco Asia Corporation et al. v. The Republic of Indonesia *ICSID*-Schiedsspruch vom 5. Juni 1990 ebenda, § 29 des Schiedsspruchs; siehe auch Agip v. Kongo, *ICSID*-Schiedsspruch vom 30. November 1979, oben, unter § 2, Fn. 70 (§ 83 des Schiedsspruchs); Letco v. Liberia, *ICSID*-Schiedsspruch vom 31. März 1986, ebenda; Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) v. Republic of Sri Lanka, *ICSID*-Schiedsspruch vom 27. Juni 1990, ebenda; a.A. S.P.P. v. Egypt, ICC-Schiedsspruch vom 16. Februar 1983 (§ 7, Fn. 49), bestätigt von *ICSID*-Schiedsspruch vom 20. Mai 1992, (§ 7, Fn. 53).

¹¹⁰ So Fischer, P., Die internationale Konzession, S. 362; vgl. auch die Auslegung des § 6 des Abkommens von 1977 zwischen Kuwait und Aminoil: „*There cannot be principles common to Kuwait and New York which don't form part of generally recognized principles of law. If one then asks which is the legal system to which such verbiage refers, it can only be public international law of which the generally recognized principles of law are a constituent part ...*“ [Hervorhebung von der Verfasserin], zitiert nach Mann, F.-A., BYIL 54 (1983), 213–221 (217); vgl. auch dazu Kahn, P., Clunet 116 (1989–I), 305–327 (310); Leboulanger, P., Les contrats entre Etats ..., S. 220; Paasivirta, E., Participation of States ..., S. 84 ff.; Weil, P., in Etudes offertes à Berthold Goldman, S. 387–414 (398, 408); so auch Art. 40 of the Executive Director's Report hinsichtlich des Begriffs „*international law*“ im Art. 42 Abs. 1 WBÜ: „*International law as used on this context should be understood according to its meaning in Article 38 (1) of the Statute of the International Court of Justice ...*“, zitiert nach Hirsch, M., S. 138.

¹¹¹ Vgl. dazu Art. 46 des Vertrages vom 20. Oktober 1954 zwischen Iran und NIOC zitiert nach Regli, J.-P., S. 13.

V. Die Gründe einer völkerrechtlichen Grundlegung

1. Die Anerkennung der staatlichen Bindungsfähigkeit

Kern der Streitigkeiten zwischen einem Investor und dem Gastland ist in der Regel die einseitige Aufkündigung des Vertrages durch den staatlichen Vertragspartner wegen geänderter äußerer rechtlicher und tatsächlicher Umstände. Dementsprechend ist das Begehren des Investors meist darauf gerichtet, dieses als Eingriff in seine vertraglich gewährten Rechte empfundene Verhalten des Staates rückgängig zu machen. Hilfsweise strebt er finanzielle Wiedergutmachung des erlittenen Schadens an. Voraussetzung eines solchen Begehrens ist aber notwendigerweise, daß das Verhalten des Gaststaates eine Vertragsverletzung bildet. In der Mehrzahl der untersuchten Schiedssprüche im Konzessionsbereich hat es sich für die Schiedsrichter als nicht schwierig erwiesen, einen Widerspruch zwischen dem Wortlaut der Verträge – also den eingeräumten Rechten der Unternehmen – und dem Verhalten des Staates festzustellen¹¹². Dies allein reicht aber nicht aus, um eine Vertragsverletzung anzunehmen. Denn ein rechtswidriger Vertragsbruch setzt voraus, daß der Staat an seine vertraglichen Verpflichtungen gebunden ist und daß es sich bei der Einräumung einer bestimmten Rechtsstellung in einem auf konsensualer Basis ausgehandelten Konzessionsvertrag nicht mehr um einen einseitigen, jederzeit zurücknehmbaren Hoheitsakt handelt, sondern um die Eingehung einer im Synallagma stehenden Verpflichtung, die grundsätzlich solange einzuhalten ist, als auch die dafür eingegangene Verpflichtung der Gegenseite eingehalten wird¹¹³.

Ist der Konzessionsvertrag dem Recht des Konzessionsgebers unterstellt und hat der Staat nicht ausdrücklich auf sein Recht zu späteren gesetzgeberischen und verwaltungsmäßigen Maßnahmen verzichtet¹¹⁴, so können in

¹¹² Vgl. dazu Schiedsrichter *Lagergrens* Feststellung im BP-Fall: „... *No elaborate reasons are required to resolve the third issue in this case. The BP Nationalisation Law, and the actions taken thereunder by the respondent do constitute a fundamental breach of the BP Concession ...*“, ILR 53 (1979), 297–388 (329); siehe auch den Schiedsspruch im Fall AGIP v. Congo, ILM 21 (1982), 726–739 (734); „... *It cannot be denied that the measures taken under the nationalisation law ignored the obligation of the contracting State to perform the contract ...*“.

¹¹³ *Baloro, J.*, 19 Comp. Int. Law Journal Southern Africa (1986), 410–447 (422); *Bouchez, L.*, JIntArb 8 (1) (1991), 81–115 (86); *Ebenroth, C.-T./Bader, T. O.*, WM 45 (1) (1991), 661–667 (662); *El-Kosheri, A.*, RdC 147 (1975–IV), 219–393 (335); *Frick, H.*, S. 48; *Gruss, A.*, ZaöRV 39 (1979), 782–806 (789); *Herdegen, M.*, RIW 35 (1989), 329–337 (330); *Hirsch, M.*, S. 136; *Lalive, J.-F.*, Clunet 104 (1977), 319–389 (339); *Maniruzzaman, A. F. M.*, JIntArb 9 (4) (1992), 141–171 (141); *Markert, T.*, S. 111; *Mayer, P.*, Clunet 113 (1986–I), 5–78 (41); *Velten, R.*, S. 82; *Verdross, A.*, ZaöRV 18 (1957/1958), 635–651 (646); *Weil, P.*, RdC 128 (1969–III), 95–240 (136).

Ausnahmefällen und gegen Entschädigung des Investors vertragliche Eingriffe des Gastlandes im Interesse des Gemeinwohls angenommen werden¹¹⁵. Eine rechtliche Bindung an den Vertrag (im Sinne einer vom Staat nicht einseitig entziehbaren Rechtsposition des Privatinvestors) kann somit nicht aus der Rechtsordnung des Konzessionsgebers abgeleitet werden. Es muß also eine von dieser Rechtsordnung unabhängige Grundlage existieren, von der aus die Bindung des Staates an den Vertrag herührt. Aus diesen Gründen steht in fast jeder Schiedsgerichtsentscheidung die Frage nach der Bindung an den Vertrag im Vordergrund und die Schiedsrichter waren regelmäßig gezwungen, zu diesem Problem Stellung zu nehmen. Infolgedessen sind die Schiedssprüche geeignet, darüber Aufschluß zu geben, auf welchem Weg eine Bindung angenommen oder abgelehnt werden kann.

2. Die Schiedsgerichtspraxis

Die internationale Schiedsgerichtsjudikatur geht im Grundsatz davon aus, daß Staaten gegenüber ausländischen Investoren nach internationalem Recht bindende Verpflichtungen eingehen können, ohne daß dem ihr staatlicher Souveränitätsanspruch entgegenstünde. Vielmehr könne die Möglichkeit des Staates, sich auch gegenüber Einzelpersonen vertraglich unwiderruflich zu binden, als Ausdruck der Souveränität betrachtet werden¹¹⁶.

a) *Der libysche Erdölstreit*

aa) Das BP-Schiedsverfahren

Schiedsrichter *Lagergren* sieht einen engen Zusammenhang zwischen der Rechtswahlklausel¹¹⁷ des von ihm zu beurteilenden Konzessionsvertrages und der Bindungswirkung des Vertrages. Der Abschnitt, in dem er die Bindung an den Vertrag begründet, nimmt den Wortlaut seiner Entscheidung über die Rechtswahlklausel wieder auf:

¹¹⁴ Zu diesen spezifischen staatlichen Garantien und zu den sogenannten Stabilisierungsklauseln siehe unten, unter § 9, B.

¹¹⁵ Vgl. dazu die Literaturangaben oben, in § 7, Fn. 73; zum unverzichtbaren völkerrechtlichen Recht des Staates zur Enteignung ausländischer Rechte siehe unten, unter § 9, A. IV.

¹¹⁶ Zur vergleichbaren Problematik bei Abschluß einer Schiedsvereinbarung siehe die in § 4, Fn. 186, 187 ff. Literatur- und Rechtsprechungsangaben.

¹¹⁷ Der Text der einheitlichen Rechtswahlklausel aller Konzessionsverträge im libyschen Erdölstreit ist oben, unter § 7, Fn. 20 wiedergegeben.

„The BP Nationalisation Law, and the actions taken therunder ... do constitute a fundamental breach of the BP concessions as they amount to a total repudiation of the agreement and the obligation ... thereunder, and, on the basis of rules of applicable systems of law too elementary and voluminous to require or permit citation, the tribunal so holds“¹¹⁸.

Allerdings entzieht sich Schiedsrichter *Lagergren* mit dieser apodiktischen Begründung der Notwendigkeit, sich eindeutig über die Herleitung der rechtlichen Verbindlichkeit des Vertrages zu äußern. Er verweist auf seine Auslegung der Rechtswahlklausel und die von ihm als *proper law* bezeichnete Rechtsordnung gibt dem Vertrag gleichzeitig die bindende Kraft. Die genaue Herkunft der Bindungswirkung kann also nur in Verbindung mit der Entscheidung über das anzuwendende Recht ermittelt werden¹¹⁹.

Insofern stammt die verpflichtende Wirkung des Vertrages nach *Lagergrens* Entscheidung sowohl aus dem libyschen Recht als auch aus dem Völkerrecht. Allerdings hält Schiedsrichter *Lagergren* es für überflüssig, die konkreten Normen dieser beiden Rechtsordnungen zu benennen. Aus dem Zusammenhang läßt sich aber immerhin vermuten, daß er an den Grundsatz *pacta sunt servanda* zumindest gedacht haben muß; der Hinweis auf die „elementary rules“ legt dies jedenfalls nahe. Eine klare Stellungnahme *Lagergrens* zu dem hier interessierenden Problem der Herleitung der Bindungswirkung bei Anwendung des Völkerrechts findet sich jedoch nicht.

bb) Das *Liamco*-Schiedsverfahren

Ausführlich hat hingegen Schiedsrichter *Mahmassani* im *Liamco*-Schiedsspruch zur Frage der Herleitung der Bindung des Staates an einen Vertrag Stellung genommen. Unter der Überschrift „*Inviolabilité*“ weist er nach, daß der Schutz der Verträge sowohl im libyschen Zivilrecht als auch im islamischen Recht gewährleistet wird. Die laut der Rechtswahlklausel notwendige Prüfung, ob derselbe Grundsatz auch im Völkerrecht existiert, bringt *Mahmassani* dann zu folgendem Ergebnis:

„Ledit droit libyen ... apparaît clairement être en accord avec le droit international à cet égard, ainsi que le montrent les réglementations et la coutume internationales“.¹²⁰

Später heißt es dann weiter:

„la coutume et la jurisprudence internationale ont toujours admis la proposition que *pacta sunt servanda*“¹²¹.

¹¹⁸ ILR 53 (1979), 297–388 (329).

¹¹⁹ Zur Auslegung der Rechtswahlklausel von Schiedsrichter *Lagergren* siehe oben, unter § 7, B. I. 2. bb).

¹²⁰ Rev. arb 1980, 132–191 (160).

Nach der Ansicht *Mahmassanis* wird also die bindende Kraft der Verträge, ohne die die Feststellung eines Vertragsbruches nicht möglich wäre, durch die gemeinsame Anwendung des libyschen Rechts und des Völkerrechts erreicht. Der Grundsatz *pacta sunt servanda* erfüllt seine Wirkung in diesem Zusammenhang insoweit, als er mit den Prinzipien des libyschen Rechts übereinstimmt.

cc) Das *Texaco*-Schiedsverfahren

Schiedsrichter *Dupuy* prüft im *Texaco*-Schiedsverfahren seinerseits, ob der Grundsatz *pacta sunt servanda* im libyschen Recht und auch im Völkerrecht existiert. Unter dem Gesichtspunkt der bindenden Kraft der Konzessionsverträge gelangt er zu dem Ergebnis, daß in beiden Rechtsordnungen das Prinzip der Vertragstreue anerkannt sei¹²². Indem er die in Frage stehenden Konzessionsverträge dem Völkerrecht zuordnet, ergibt sich für ihn auch die Bindungskraft dieser Verträge aus dem Völkerrecht. Der Vertragsbruch der Nationalisierungsmaßnahmen der libyschen Regierung führe *per se* zum Völkerbruch mit den sich daraus herleitenden Konsequenzen, wie seine Ausführungen zur *restitutio in integrum* zeigen¹²³.

b) Weitere Schiedssprüche

aa) *Revere Copper v. O.P.I.C.*

In dem Schiedsverfahren zwischen der *Revere Copper* und der Versicherungsgesellschaft *O.P.I.C.* stellte sich in der Hauptsache die Frage, ob die (Steuer-) Maßnahmen des jamaikanischen Staates eine Vertragsverletzung bildeten. Auch in dieser Entscheidung kam also wesentlich darauf an, ob der Gaststaat an den Vertrag gebunden war. Nach ausführlicher Auseinandersetzung mit dem Konzept der „Internationalisierung“¹²⁴ kam das Schiedsgericht zu dem Ergebnis:

„... we have concluded that, so far as international law is concerned, the Government of Jamaica was bound by its commitments under the provisions of the 1967 Agreement“¹²⁵.

¹²¹ Rev. arb 1980, 132–191 (161).

¹²² ILM 17 (1978), 1–37 (18).

¹²³ Schiedsspruch *ibid.* §109 unter Bezugnahme auf die Völkerrechtspraxis in den Fällen: *Mavrommatis-Fall*, PCIJ (1925), Series A, No 5, 51; *Chorzow-Fall*, PCIJ (1928), Series A, No 17; *Tempel von Oéah-Vihéar Dar*, ICJ-Rep. 1962, S. 36 ff.; zu dieser Annahme und ihrer Kritik vgl. unten, unter § 9, A. IV. 3., Fn. 144 ff. und 4. b), Fn. 178 ff.

¹²⁴ Vgl. dazu oben, unter § 7, B. I. 2. b) aa).

¹²⁵ ILR 56 (1980), 258–327 (284) = ILM 17 (1978), 1321–1383 (1340, 1342).

Zur Begründung dieses Ergebnis zitiert das Schiedsgericht den *Sapphire*-Schiedsspruch¹²⁶. Daraus läßt sich ableiten, daß auch für das *Revere Copper*-Schiedsgericht der völkerrechtliche Grundsatz *pacta sunt servanda* maßgeblich die bindende Wirkung des Vertrages bestimmt.

bb) *S.P.P.* v. Ägypten

Im Schiedsverfahren *S.P.P.* v. Ägypten befaßte sich das Schiedsgericht mit der Frage der bindenden Wirkung des Vertrages. Das Schiedsgericht sah diese Frage im Mittelpunkt der Streitigkeit und erkannte unter Hinweis auf die Schiedssprüche im lybischen Erdölstreit:

„... the common principles emerging from the three arbitrations whereby the executive or even the legislative act of a sovereign power can be treated as a breach of contract“¹²⁷.

Im folgenden wägt das Schiedsgericht das so gefundene Prinzip *pacta sunt servanda* gegen das ebenfalls völkerrechtlich garantierte Recht des Staates, auf seinem Territorium enteignende Maßnahmen zu ergreifen, ab. Auch das *S.P.P.*-Schiedsgericht erkennt also den Grundsatz *pacta sunt servanda* als maßgeblich für den von ihm zu beurteilenden Konzessionsvertrag an. Daß es diesen Grundsatz nicht absolut setzt und Einschränkungen vornimmt, widerspricht dem nicht. Zumindest war nach Ansicht des Schiedsgerichts der völkerrechtliche Grundsatz *pacta sunt servanda* entscheidend dafür, daß der ägyptische Staat an dem Vertrag festgehalten wurde.

cc) *Aminoil* v. Kuwait

Auch im *Aminoil*-Fall stand die Frage, ob der Vertrag für beide Parteien verbindlich war, im Mittelpunkt des Verfahrens. Das Schiedsgericht, in dessen Entscheidung durchgehend das Bemühen nach einem Ausgleich der unterschiedlichen Interessen zu erkennen ist, betont in diesem Zusammenhang:

„While attributing its full value to the fundamental principles of *pacta sunt servanda* ...“¹²⁸.

¹²⁶ ILR 35 (1967), 136–192 (181): „... it is a fundamental principle of law, which is constantly being proclaimed by international courts, that contractual undertakings must be respected. The rule „*pacta sunt servanda*“ is the basis of every contractual relationship“ [Hervorhebung von der Verfasserin], in *Revere Copper*-Schiedsspruch, ILR 56 (1980), 258–327 (283).

¹²⁷ ILM 22 (1983), 752–784 (774).

¹²⁸ ILM 21 (1982), 976–1053 (1023).

Mit diesen Worten erkannte das Schiedsgericht an, daß in der Regel eine Bindung an den Vertrag angenommen werden muß. Grundlage einer derartigen Verpflichtung ist dabei der Grundsatz *pacta sunt servanda*. Mit Hilfe dieses Prinzips wurde der Staat, der sich von dem Vertragsinhalt lösen wollte¹²⁹, an den Vertrag gebunden. Das Schiedsgericht schränkte aber diese Bindung insofern ein, als es eine Modifizierung der vertraglichen Bestimmungen im Laufe der Vertragszeit feststellte¹³⁰.

3. Zusammenfassung der Schiedsgerichtspraxis

Den oben vorgestellten Schiedssprüchen kann man zunächst entnehmen, daß sich alle Schiedsgerichte entweder ausdrücklich oder zumindest implizit zur Frage der Bindungswirkung eines Konzessionsvertrages geäußert haben. Bis auf das *Aminoil*-Schiedsgericht, das in seinem Schiedsspruch die staatlichen Interessen im Rahmen eines langfristigen Vertrages höher einschätzte als die anderen Schiedssprüche¹³¹, gelangten alle Schiedsgerichte zu einer Bindung des Staates an den Vertrag, mit anderen Worten waren die Schiedsrichter zumindest grundsätzlich der Auffassung, daß der geschlossene Vertrag verpflichtende Wirkung besaß.

Der Grundsatz *pacta sunt servanda* hat damit in allen Schiedssprüchen eine ausschlaggebende Rolle gespielt. So beriefen sich die Schiedsrichter in den *Liamco*-¹³², *Texaco*-¹³³ und *S.P.P.*-Schiedsverfahren¹³⁴ ausdrücklich auf diesen Grundsatz, um den Staat an den Vertrag zu binden. Auch das *Revere Copper*-Schiedsgericht¹³⁵ greift implizit auf dieses Prinzip zurück, wenn es in seiner Begründung den *Sapphire*-Schiedsspruch¹³⁶ zitiert, in welchem der Grundsatz ebenfalls zur Stützung des Vertrages benutzt wurde¹³⁷. Der

¹²⁹ Dieser hatte im Verlauf des Verfahrens vorgetragen, der Vertrag sei ein „*framework of relationships ... capable of changing continuously to meet changing circumstances ...*“, The Government's Memorial, 3.28, zitiert nach Tschanz, *P.-Y.*, *IntLaw* 18 (1984), 245–281 (277).

¹³⁰ *ILM* 21 (1982), 976–1053 (1023).

¹³¹ So auch *Oppetit, B.*, *Clunet* 111 (1984), 37–57 (56).

¹³² Vgl. dazu oben, unter § 7, Fn. 120 ff.

¹³³ Vgl. dazu oben, unter § 7, Fn. 122 ff.

¹³⁴ Vgl. dazu oben, unter § 7, Fn. 127.

¹³⁵ Vgl. dazu oben, unter § 7, Fn. 125.

¹³⁶ Vgl. dazu oben, unter § 7, Fn. 126.

¹³⁷ Weitere Schiedssprüche, die diesen Grundsatz angewandt haben, sind: *Sentence intérimaire rendue dans l'affaire Nr. 2321/1974*, *Clunet* 102 (1975), 938 ff. Das Schiedsgericht betont ausdrücklich, daß auch Staaten an den Grundsatz gebunden seien und sich deshalb nicht von dem Vertrag lösen können, ebenda S. 940. Ähnlich auch das Schiedsgericht im *Framatome v. AEOI*-Fall, *Clunet* 111 (1984), 58–80 (77). Auch dort wurde das Staatsunternehmen mittels des Grundsatzes *pacta sunt servanda* an den Vertrag mit dem ausländischen Unternehmen gebunden: „... le

oben als Ausnahme angeführte *Aminoil*-Schiedsspruch lehnt die Bindung an den Vertrag nicht ab; grundsätzlich geht das Schiedsgericht im Gegenteil ebenfalls davon aus, daß der Staat durch den Grundsatz *pacta sunt servanda* an den mit dem ausländischen Unternehmen geschlossenen Vertrag gebunden ist. Dieser Schiedsspruch hat als Ausgangspunkt einen verpflichtenden Vertrag, dessen Inhalt sich jedoch im Laufe der Vertragszeit allmählich änderte. Ein Recht des Staates, den Vertrag als nicht bindend zu mißachten, räumte auch das *Aminoil*-Schiedsgericht nicht ein.

4. Eigene Stellungnahme

Die Ansicht des *Aminoil* Schiedsgerichts verdient den Vorzug¹³⁸. Auf der einen Seite muß dem Staat unterstellt werden, beim Eingehen von Verpflichtungen in gutem Glauben zu handeln. Deshalb muß eine rechtliche Bindung gewollt sein und nicht nur eine von ihm nachträglich wieder zu beseitigende Scheinverpflichtung. Der Staat kann sich gemäß Treu und Glauben nicht über ein Versprechen nach Gutdünken hinwegsetzen, das er freiwillig abgegeben und das ihm gewisse Vorteile gebracht hat¹³⁹. Ein Anspruch des Staates, jede Konzession einseitig zurückzunehmen, ohne dafür auch nur Gründe angeben zu müssen, erscheint untragbar. Andererseits sind aber auch die Forderungen der Konzessionäre in ihrer extremsten Form unhaltbar.

Grundsätzlich steht die völkerrechtlich garantierte Staatensouveränität einer wirksamen Bindung von Staaten nicht entgegen¹⁴⁰. Gerade die Bin-

principe fondamentale de la force obligatoire des engagements librement conclus (pacta sunt servanda) ... s'applique aussi bien au contrat litigieux qu'aux accords interétatiques conclus par l'Etat iranien“. Kritisch zu dieser Entscheidung *Oppetit, B.*, *Clunet* 111 (1984), 37–57 (38, 40); insbesondere hält er es für nicht zulässig, auf den Vertrag Völkerrecht anzuwenden, da die Parteien als *proper law* das nationale, iranische Recht vereinbart hatten. Weitere Entscheidungen, die den Grundsatz *pacta sunt servanda* anwenden, sind: ICC-Schiedssprüche Nr. 2216/1974, *Clunet* 102 (1975), 917 ff.; Nr. 3540/1980, *Clunet* 108 (1981), 915 ff.

¹³⁸ So auch: *Asante, S. K. B.*, *ICLQ* 37 (1988), 588–628 (615); *Böckstiegel, K.-H.*, *Der Staat ...*, S. 312; *Brown, R.*, 39 *ModelLR* (1976), 625–643 (636); *Geiger, R.*, *ICLQ* 23 (1974), 73–104 (101); *Hirsch, M.*, S. 4; *Jennings, R. Y.*, *BYIL* 37 (1961), 156–182 (176); *Maniruzzaman, A. F. M.*, *JIntArb* 9 (4) (1992), 141–171 (168); *Redfern, A.*, *BYIL* 55 (1984), 65–110 (93); *Weil, P.*, *RdC* 128 (1969–III), 95–240 (215); *Wengler, W.*, *RGDI* 76 (1972), 313–345 (336).

¹³⁹ Vgl. dazu Abschnitt 1, Paragraph 8, Halbsatz 1 der Resolution 1803 („*Permanent Sovereignty Over Natural Resources*“), wo es heißt: „*Foreign investment agreements freely entered into by or between States shall be observed in good faith ...*“; GAOR 17th Sess. A/PV. 1194, S. 1133–1134.

¹⁴⁰ Zur Frage, ob die staatliche Souveränität ein Hindernis für den Abschluß eines Schiedsvertrags bildet vgl. oben, unter § 4, D. I.

dungsfähigkeit ist vielmehr als Ausdruck dieser Souveränität zu betrachten. Etwas anderes kann jedoch gelten, wenn die vertragliche Einschränkung der Souveränitätsausübung ein Maß erreicht, das einer Souveränitätsaufgabe gleichkommt¹⁴¹. Wo hier im Einzelnen die Grenze zu ziehen ist, muß anhand einer Gesamtwürdigung des konkreten Falls festgestellt werden. Dabei rückt die Annahme einer faktischen Souveränitätsaufgabe in einem bestimmten Bereich um so näher, je länger der Zeitraum ist, für welchen der Staat auf die Ausübung bestimmter Souveränitätsrechte verzichtet hat. Dies gilt besonders bei der Vergabe von Rechten an Bodenschätzen oder anderen natürlichen Ressourcen, weil deren Vorkommen in der Regel ohnehin beschränkt ist und damit eine sehr lange Vertragsdauer einem praktischen Verzicht oder Verkauf dieser oft einzigen Ressourcen eines Landes gleichkommt.

Dementsprechend urteilte das Schiedsgericht im Fall *Aminoil*, auf die Ausübung des Verstaatlichungsrechts könne nur für eine „*relatively limited period*“ verzichtet werden¹⁴². Was eine im Einzelfall begrenzte Zeitspanne ist¹⁴³, richtet sich nach den Besonderheiten des konkreten Vertrages. Zu berücksichtigen ist ferner, welche Bedeutung der jeweilige Souveränitätsverzicht für die Volkswirtschaft des betreffenden Landes hat. Dabei kommt es neben dem Umfang des Projektes vor allem auch darauf an, inwieweit der langfristige Souveränitätsverzicht durch angemessene, unter Umständen auch progressiv gestaltete Gegenleistungen des Investors ausgeglichen wird. Um diesen Kriterien vor allem langfristig gerecht werden zu können, ist es erforderlich, die Verträge so flexibel zu gestalten, daß sie auch unter veränderten ökonomischen Rahmenbedingungen ein ausgeglichenes Verhältnis zwischen Investor und Gaststaat gewährleisten. Denn ungeachtet aller formalen Kriterien wird man immer dann geneigt sein, einen Souveränitätsverzicht als zu weitgehend und unzulässig anzusehen, wenn er zum Nachteil des Gaststaates zu unangemessenen hohen Gewinnen auf Seiten des Investors führt.

Aus dem Vorhergehenden läßt sich ableiten, daß selbst die sogenannten beschränkt-völkerrechtlichen Verträge eine volle Gleichheit zwischen Staat

¹⁴¹ Auf diesen bedeutsamen Unterschied zwischen Souveränitätsaufgabe (*alienation*) und Ausübungsbeschränkung (*limitation of exercise*) weist zutreffend das Schiedsgericht im *Texaco-Fall* hin, ILM 17 (1978), 1–37 (26, § 77); siehe auch *Anglo-Iranian-Fall*, ICJ Pleadings 1952, S. 90; *Radio Corporation of America v. China*, Entscheidung vom 13. April 1935, 3 RIAA S. 1627; *Aramco-Fall*, ILR 27 (1963), 117–233 (168); *Agip v. Kongo*, ILM 21 (1982), 726–739 (735).

¹⁴² *Aminoil-Fall*, ILM 21 (1982), 976–1053 (1023 § 95); bestätigt im Fall *Amoco v. Iran*, Entscheidung vom 14. Juli 1987 des *Iran-US Claims Tribunal*, Iran-U.S. C. T. R. 15 (1987–II), S. 189, 243 § 179.

¹⁴³ Im *Aminoil-Fall* wurden 60 Jahre, im *Amoco-Fall* 35 Jahre als zu lange angesehen (§ 189 der Entscheidung).

und Privatunternehmen nicht begründen können. Der Staat ist immer an das öffentliche Interesse gebunden¹⁴⁴ und er darf dies souverän bestimmen¹⁴⁵. Die einzige Gleichheit, wovon die Rede sein kann, ist die Gleichheit mit dem Staat in seiner Eigenschaft als Fiskus; dazu bedarf es aber nicht des Rückgriffes auf das Völkerrecht. Außerdem kann dem Prinzip *pacta sunt servanda* keine solche Wirkung zuerkannt werden, daß die Handlungsfähigkeit des Staates gegenüber seinem privaten Partner „gelähmt“ ist. Einseitige, willkürliche Maßnahmen des Staates, welche die Rechtsposition des Vertragspartners beeinträchtigen, sind ausgeschlossen; auch ein Verzicht auf einige Aspekte der Souveränität ist möglich¹⁴⁶. Auf gewisse elementare Rechte, die sich gegenüber seinem Volke als Pflichten erweisen, darf der Staat jedoch nicht verzichten.

¹⁴⁴ So Wengler, W., RBDI 14 (1978/1979), 415–424 (415); vgl. auch die Aussage von Lord Denning in *Czarnikow v. Rolimpex* [1977] 3 W.L.R. S. 686: „... *A government cannot fetter its duty to act for the public good. It cannot bind itself – by an implication in the contract – not to perform its public duties ...*“ [Hervorhebung von der Verfasserin] und das Minderheitsvotum in *United States Trust Co. v. New Jersey*, 431 U.S. 1 (1977); näher zu den Regelungen im englischen Recht hinsichtlich der Abänderbarkeit von Konzessionsverträgen unten, unter § 9, A. III. 2. c).

¹⁴⁵ Amerasinghe, C. F., *Dispute Settlement Machinery in Relations Between States and Multinational Enterprises – With Particular Reference to the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, IntL 11 (1977), 45–59 (46); de Aréchaga, E. J., in Hossain, K. (ed.), *Legal Aspects of the New International Economic Order*, S. 220–233; Delaume, G., TuILR 63 (1989), 575–611 (605); Geiger, R., ICLQ 23 (1974), 73–104 (101); Gess, K. N., *Permanent Sovereignty Over Natural Resources – An Analytical Review of the United Nations Declaration and its Genesis*, ICLQ 13 (1964), 398–449; Giardina, A., ItYIL 5 (1980/1981), 147–170 (165); Gruss, A., ZaöRV 39 (1979), 782–806 (797); Leben, Ch., Clunet 113 (1986–II), 895–957 (915, 948); Maniruzzaman, A. F. M., JIntArb 9 (4) (1992), 141–171 (144); Paasivirta, E., BYIL 60 (1989), 315–350 (328); ders., *Participation of States ...*, S. 172, 182 ff.; Peters, P., in *Essays in Honour of Voskuil*, S. 231–245 (234); Rosenbergh, D., *Le principe de souveraineté des Etats sur leurs ressources naturelles*, Paris 1983; Salem, M., *Vers un nouvel ordre économique international, à propos de travaux de la 6ème session extraordinaire des Nations Unies*, Clunet 102 (1975), 753–800 (786); Sornarajah, M., JWTL 15 (1981), 187–217 (200); Velten, R., S. 148; Voss, J., *The Protection and Promotion of Foreign Direct Investment in Developing Countries: Interests, Interdependencies, Intricacies*, ICLQ 31 (1982), 686–708 (691); Weil, P., in *Festschrift für Reuter*, S. 549–582 (570); vgl. auch Principle 5.2 Abs. 1 der Seoul Declaration of the 62nd Conference of the *International Law Association* on the Progressive Development of Principles of Public International Law Relating to a New International Economic Order: „*Permanent Sovereignty which emanates from the principle of self-determination is inalienable*“, in NILR 33 (1986), 326–333.

¹⁴⁶ Vgl. dazu unten, unter § 9, A. II.; so auch Principle 5.2 Abs. 2 der Seoul Declaration on the Progressive Development of Principles of Public International Law Relating to a New International Economic Order, *ibid.*: „*A State may, however, accept obligations with regard to the exercise of such sovereignty by treaty or by contract freely entered into*“.

5. Ergebnis

Der völkerrechtliche Grundsatz *pacta sunt servanda* spielt im internationalen Wirtschaftsrecht eine dominierende Rolle. Die schiedsgerichtliche Praxis im konzessionären Bereich geht in den oben untersuchten Schiedssprüchen allgemein davon aus, daß Verträge eine genügende Stabilität besitzen müssen, um die für beide Seiten bedeutsame Sicherheit zu gewährleisten und daß sie grundsätzlich bindend sind. Diese Bindung ist aber nicht schrankenlos. Zwar ist allgemein anerkannt, daß ein souveräner Staat seine eingegangenen Verpflichtungen einhalten muß. Es hieße aber die Besonderheiten einer Konzession zu vernachlässigen, wollte man den Staat unter Berufung auf seine vertragliche Bindung strikt an dem von ihm abgeschlossenen Vertrag festhalten. Seine Souveränität, zu der auch gehört, Entscheidungen über die Struktur seiner Wirtschaftsordnung frei und ohne äußere Beeinflussung zu treffen, steht zunächst einmal gegen eine Bindung, die an einem Verzicht elementarer Rechte grenzt.

Wird aber dem Staat das unverzichtbare Recht anerkannt, aus Gründen des öffentlichen Wohles, undiskriminierend und gegen Bezahlung einer prompten, angemessenen und effektiven Entschädigung an den Investor, in den Vertrag eingreifen zu dürfen¹⁴⁷, so bleibt noch fraglich, ob ein solcher Eingriff eine *per se* Völkerrechtsverletzung bildet, wenn man Konzessionsverträge unmittelbar dem Völkerrecht unterstellt.

VI. Vertragsbruch und Völkerrechtsverletzung

Staaten müssen grundsätzlich an ihren in dem Vertrag gegebenen Willenserklärungen festhalten. Das heißt aber nicht, daß eine Verletzung des völkerrechtlichen Grundsatzes *pacta sunt servanda* gleichzeitig auch eine Völkerrechtsverletzung ist¹⁴⁸. Mögen die Schiedsrichter dieses Prinzip her-

¹⁴⁷ Näher zu dieser staatlichen Befugnis unten, unter § 9, A. III.

¹⁴⁸ *Amerasinghe, C. F.* State Breaches of Contracts With Aliens and International Law, AJIL 58 (1964), 881–913 (897 ff.); *An, T.*, JWTL 21 (4) (1987), 95–146 (98); *de Aréchaga, E. J.*, in *Hossain, K.* (ed.), Legal Aspects of the New International Economic Order, S. 220–233 (228); *Asante, S. K. B.* United Nations Efforts at International Regulation of Transnational Corporations, in *Hossain, K.* (ed.), *ibid.*, S. 123–136 (161); *ders.*, Stability of Contractual Relations, in *Hossain, K.* (ed.), *ibid.* S. 240–261 (241); *Bettems, D.*, RdNr. 212 ff.; *Bowett, D. W.* BYIL 59 (1988), 49–74 (55); *Brown, R.*, 39 ModelLReview (1976), 625–642 (632) m.w.Nach.; *Frick, H.*, S. 48; *Geiger, R.*, ICLQ 23 (1974), 73–104 (77); *Giardina, A.*, ItYIL 5 (1980/1981), 147–170 (165); *Gruss, A.*, ZaöRV 39 (1979), 782–806 (793, 801); *van Hekke, G.*, RGDIP 68 (2) (1964), 641–664 (658); *Lalive, P.*, in Festschrift für Kurt Lipstein, S. 135–155 (143); *Leboulanger, P.*, Les contrats entre Etats ..., S. 209; *Mann, F.-A.*, AJIL 54 (1960), 572–591 (580 ff.); *ders.*, State Contracts and State Responsibility, in *Mann, F.-A.* (ed.), Studies in International Law, Oxford 1973, S. 302–326

angezogen und daraus die Bindungswirkung des Vertrages abgeleitet haben¹⁴⁹, sie setzten trotzdem den Konzessionsvertrag nicht einem völkerrechtlichen Vertrag (*treaty*) gleich¹⁵⁰. In keinem Schiedsspruch wird der Vertrag dem Völkerrecht so unterstellt, daß das Völkerrecht „den Vertrag decke und entsprechend ein Vertragsbruch wie bei Verträgen zwischen Staaten ein Verstoß gegen das Völkerrecht sei“¹⁵¹.

Allerdings haben Staaten als Kläger vor internationalen Gerichte behauptet, schon der Bruch eines Vertrages mit Ausländern sei *per se* eine Völkerrechtsverletzung¹⁵², was bei einem Völkerrechtscharakter von Konzessions-

(320); Markert, T., S. 120 ff.; Paasivirta, E., BYIL 60 (1989), 315–350 (319); ders., Participation of States ..., S. 92, 158; Pazarcı, H., RGDI 79 (1975), 354–421 (395); Schwebel, S. M., in Essays in Honour of Roberto Ago, Vol. III, S. 401–413; Stoll, J., S. 97 ff.; Toope, S. J., S. 87; Velten, R., S. 96 ff.; Weil, P., RdC 128 (1969–III), 95–240 (133, 188); Wengler, W., RGDI 76 (1972), 313–345 (328); White, R., 30 ICLQ (1981), 1–19 (5); vgl. auch American Restatement of Foreign Relations Law (Third): „A State party to a contract with a foreign national is liable for breach of that contract under applicable national law, but not every repudiation or breach by a State of a contract with a foreign national constitutes a violation of international law“ [Hervorhebung von der Verfasserin], zitiert nach Asante, S. K. B., ICLQ 37 (1988), 588–628 (612).

¹⁴⁹ Vgl. dazu oben, unter § 7, B. V. 2. und 3.

¹⁵⁰ Aramco-Fall, ILR 27 (1963), 117–233 (165): „As the Agreement of 1933 has not been between two states, but between a State and a private American corporation, it is not governed by public international law ...“; so auch im Texaco-Fall, ILR 53 (1979), 389–512 (457); ICSID-Schiedsspruch vom 8. August 1980, Benvenuti & Bonfant-Fall, YCA VIII (1983), 144; ICSID-Schiedsspruch vom 20. November 1984, Amco Asia et al v. Indonesien, ILM 24 (1985), 1023–1039 (1031); so auch in Delagoa-Eisenbahnkonzessions-Fall, Tinoco-Konzessionen-Fall und im Shufeldt-Fall zitiert nach Stoll, J., S. 101 ff.

¹⁵¹ Böckstiegel, K.-H., Der Staat ..., S. 285.

¹⁵² Frankreich, ICJ Pleadings, Case of Certain Norwegian Loans, Band 2, S. 61; Großbritannien, ICJ Pleadings, Anglo-Iranian Oil Co. Case, S. 78; Schweiz, Fall Losinger, PCIJ Series C. No 78, S. 32; so auch im Ambatielos-Fall, ICJ Rep. 1952, 309; vgl. auch die Tendenz der Völkerrechtslehre, die den Grundsatz *pacta sunt servanda* als zum völkerrechtlichen Fremdenrecht gehörend ansieht und die absolute Bindung (*sanctity of state contracts*) im Rahmen des völkerrechtlichen Fremdenrechts bejaht, in Stoll, J., S. 99; in Art. 2 (a) (2) des Abkommens von Teheran vom 14. Februar 1971, ILM 10 (1971), 248, erklärten die Golfstaaten einen Bruch der individuellen Konzessionsverträge durch einseitige Maßnahmen für ausgeschlossen; so auch Art. 12 (1) vom 1961 Harvard Draft Convention on the Responsibility of States, zitiert nach Pazarcı, H., RGDI 78 (1975), 354–421 (411); Resolution of the International Bar Association von 1958, 7th Conference Report (1958), 159, zitiert nach Lillich, R. B. in Lillich, R. B./Brower, C. N. (eds.), International Arbitration in the 21st Century ..., S. 61–114 (64): „... International Law recognizes that the principle of *pacta sunt servanda* applies to the specific engagements of States towards other States or the Nationals of other states and that in consequence a taking of private property in violation of a specific State contract is contrary to international law ...“ [Hervorhebung von der Verfasserin]; Art. 10 Abs. 1 Satz 5

verträgen logisch wäre. Weder der *IGH* noch der *StIGH* brauchten jedoch über diese Frage zu entscheiden. Im Falle *Losinger* hatte sich der Fall erledigt, bevor eine Entscheidung durch den *StIGH* getroffen wurde, während im Falle der Norwegischen Anleihen der *IGH* seine Gerichtsbarkeit von Anfang an ablehnte. Im *Anglo-Iranian Oil Co.*-Fall stand das Vorliegen eines Doppeltatbestandes Völkerrecht – Landesrecht zur Diskussion. Großbritannien vertrat die These, der Konzessionsvertrag zwischen dem Iran und der Anglo-Iranian sei zugleich ein völkerrechtlicher Vertrag (*treaty*) zwischen Iran und Großbritannien. Der *IGH* lehnte diese Behauptung ab. Die *ratio decidendi* der Entscheidung geht zwar nur hin, daß, wenn ein Gaststaat einem fremden Investor einen besonderen Status zugesteht, dieser Vorgang sich nicht als völkerrechtlicher Vertragsschluß deuten läßt, sofern man die Vertragsfähigkeit von Privatpersonen im Völkerrecht verneint. Aus der Wortwahl des Urteils¹⁵³ geht aber hervor, daß das Schiedsgericht offenbar davon ausging, nur Verträge zwischen Staaten könnten völkerrechtliche Verträge sein. Andere Entscheidungen des *StIGH* wie diejenige im Falle der *Mavrommatis*-Konzessionen¹⁵⁴ sind für die hier zu entscheidende Frage nicht einschlägig, da es in ihnen um durch völkerrechtlichen Vertrag abgesicherte Rechte aus Vereinbarungen zwischen Staaten und Einzelpersonen ging¹⁵⁵.

Aus der völkerrechtlichen Schiedspraxis sind zunächst diejenigen Fälle als nicht unmittelbar relevant auszuschneiden, in denen nach dem zwischen Gaststaat und Heimatstaat des Investors geschlossenen völkerrechtlichen Schiedsvertrag nicht nur Völkerrechtsverletzungen, sondern alle (auch privatrechtlichen) vertraglichen Ansprüche von Angehörigen der Vertragsstaaten gegen die Regierung des anderen Vertragsstaats der Gerichtsbarkeit des Schiedsgerichts unterworfen wurden. Demgemäß entschieden die Schieds-

der Energiecharta vom 17. Dezember 1994, BGBl. 1997, II, S. 18: „Jede Vertragspartei erfüllt alle Verpflichtungen, die sie gegenüber einem Investor oder einer Investition eines Investors einer anderen Vertragspartei eingegangen ist“; vgl. zum Ganzen: Baloro, J., 19 Comp. Int. Law Journal Southern Africa (1986), 410–447 (419); Bettems, D., RdNr. 207 ff.; Brown, R., 39 ModelLRview (1976), 625–642 (632); Maniruzzaman, A. F. M., JIntArb 9 (4) (1992), 141–172 (142); Paasivirta, E., BYIL 60 (1989), 315–350 (316 ff.); ders., Participation of States ..., S. 153, 199 m.w.Nach.; Sornarajah, M., 15 JWTL (1981), 187–217 (199); Weil, P., RdC 128 (1969–III), 95–240 (133 ff. 208 ff.) m.w.Nach.

¹⁵³ „The Court cannot accept the view that the contract signed between the Iranian Government and the Anglo-Persian Oil Company has a double character. It is nothing more than a concession contract between a government and a foreign corporation. The United Kingdom Government is not party to the contract, there is no privity of contract between the Government of Iran and the Government of the United Kingdom ...“, ICJ Rep. 1952, S. 112.

¹⁵⁴ PCIJ Series A/B No. 14 (1925).

¹⁵⁵ So auch Stoll, J., S. 9 ff.

gerichte in diesen Fällen nur, daß eine Vertragsverletzung, nicht aber, daß eine Völkerrechtsverletzung vorlag¹⁵⁶. Wenn die Schiedsrichter in einer Vertragsverletzung zugleich auch eine Völkerrechtsverletzung gesehen haben, zogen in aller Regel zusätzliche Umstände wie eine Rechtsverweigerung oder den willkürlichen Charakter des staatlichen Aktes heran¹⁵⁷.

So beurteilte Schiedsrichter *Lagergren* im *BP-Fall* die Nationalisierungsmaßnahmen der libyschen Regierung als diskriminatorisch und willkürlich und schon deswegen als *per se* rechtswidrig¹⁵⁸. Er hielt den Vertrag kraft Parteiautonomie für verbindlich, kam aber bei der Abwägung des Eigentumsinteresses des Investors und der Souveränität des Anlagestaates zu dem Schluß, daß die Verwirklichung des Allgemeinwohles das Interesse des Investors an der Vertragseinhaltung überwiegt. Eine Völkerrechtsverletzung lag nach seiner Ansicht nicht vor, es besteht nur der Anspruch auf billige Entschädigung¹⁵⁹.

Schiedsrichter *Dupuy* betrachte im *Texaco-Fall* den von ihm zu beurteilenden Konzessionsvertrag als insgesamt dem Völkerrecht zugeordnet¹⁶⁰. Dementsprechend ging er von einer absoluten völkerrechtsvertraglichen Bindung aus, die den Staat verpflichte, den Vertrag einzuhalten. Aus diesem Grunde sei die Nationalisierung des Vermögens eines Ausländers, der aufgrund eines „internationalisierten“ Vertrages in dem betroffenen Staate tätig geworden ist, schlicht unwirksam und der Vertragsbruch erfülle gleichzeitig den Tatbestand eines völkerrechtlichen Delikts¹⁶¹. Dieses Ergebnis widerspricht aber sowohl der herrschenden Völkerrechtsdoktrin als

¹⁵⁶ Eine eingehende Analyse solcher Fälle findet sich in dem als klassische Untersuchung zum Thema geltenden Aufsatz von *Amerasinghe, C. F.*, *AJIL* 58 (1964), 881–913 (888 ff.).

¹⁵⁷ Vgl. auch *Brown, R.*, 39 *ModelLR* (1976), 625–642 (632); *Fatouros, A.*, *Government Guaranties ...*, S. 245, 266 ff.; *Maniruzzaman, A. F. M.*, *JIntArb* 9 (4) (1992), 141–172 (165); *Mann, F.-A.*, *AJIL* 54 (1960), 572–591 (582, 590); *ders.*, *State Contracts and State Responsibility*, in *Mann, F.-A. (ed.)*, *Studies in International Law*, S. 302–326 (313); *ders.*, *RBDI* 11 (1975), 562–567 (564); *Pazarci, H.*, *RGDI* 79 (1975), 354–412 (395); *Seidl-Hohenveldern, I.*, *RdC* 198 (1986–III), 9–264 (189); *Stoll, J.*, S. 14; *Weil, P.*, *RdC* 128 (1969–III), 95–240 (313); *ders.*, in *Mélanges Rousseau*, S. 303–328 (318); *Wengler, W.*, *RGDI* 766 (1972), 313–345 (328); so auch *Third American Restatement of Foreign Relations Law of the United States*: „A State is responsible for breach or repudiation only if such breach is discriminatory or motivated by non-commercial considerations and compensatory damages are not paid, or where the foreign national is denied an adequate forum to determine his claim for breach or compensation for any breach determined to have occurred“, zitiert nach *Asante, S. K. B.*, *ICLQ* 37 (1988), 588–628 (612).

¹⁵⁸ *ILR* 53 (1979), 279–388 (329).

¹⁵⁹ *ILR* 53 (1979), 279–388 (354).

¹⁶⁰ Vgl. dazu oben, unter § 7, B. I. 2. a) aa).

¹⁶¹ *ILR* 53 (1979), 389–512 (479).

auch der Schiedspraxis der letzten Jahrzehnte. Eine völkerrechtliche Zuordnung von Konzessionsverträgen mit der sich daraus ableitenden Konsequenz der Gleichsetzung von jedem Vertragsbruch mit einer völkerrechtlichen Vertragsverletzung läßt sich gewohnheitsrechtlich nicht nachweisen. Soweit in diesen Verträgen auf das Völkerrecht Bezug genommen wird, wird dies in der Völkerrechtslehre nur dahin interpretiert, daß die Rechte und Pflichten der Parteien untereinander unter Anwendung der einschlägigen Normen des Völkerrechts bestimmt werden müssen und daß das Völkerrecht als Korrektiv des nationalen Rechtes dienen soll, wenn das staatliche Recht mit völkerrechtlichen Normen nicht vereinbar ist¹⁶². In keinem Fall wird hingegen angenommen daß ein Staat mit der Vertragsverletzung notwendigerweise einen Völkerrechtsbruch begeht.

Die Völkerrechtspraxis ist auch in diesem Zusammenhang eindeutig: daß sich die Entwicklungsländer auf ein Recht zu Verstaatlichungsmaßnahmen berufen und bei einem Kurswechsel in der nationalen Wirtschaftspolitik auch die Zulässigkeit einer Abänderung bzw. Aufhebung vertraglicher Verpflichtungen betonen, erscheint offenkundig¹⁶³. Aber auch die Haltung der kapitalexportierenden Länder zu den Nationalisierungsmaßnahmen widerspricht dem nicht.

„Die Heimatstaaten der nationalisierten Unternehmen haben regelmäßig lediglich die Entschädigungsansprüche der betroffenen Unternehmen unterstützt, das Recht zur Nationalisierung der vertraglichen Vermögensrechte nicht in Frage gestellt, keine Rückgängigmachung der Nationalisierung gefordert und haben sich, soweit bekannt, ebensowenig wie die betroffenen Unternehmen auf einen völkerrechtlichen Charakter der Verträge Staat – Auslandsunternehmen berufen ...“¹⁶⁴.

Die Schiedspraxis läßt sich damit als Anwendung fremdenrechtlicher Vorstellungen deuten und die Gleichsetzung von „internationalisierten“ und völkerrechtlichen Verträgen findet weder in der schiedsgerichtlichen Rechtsprechung noch in der Staatenpraxis Anhaltspunkte. Die Schiedsrichter haben ständig zwischen der Anwendung einer Norm *ex contractu* und *ex lege* unterschieden¹⁶⁵. Entsprechend begründen sie die Heranziehung des Satzes *pacta sunt servanda* aus der kollisionsrechtlichen Verweisung auf das Völkerrecht, nicht dagegen aus einer vom Völkerrecht befohlenen Anwendung des Satzes. Eine völkerrechtliche Bindung ist insbesondere in dem Fall abzulehnen, wo beim Vertragsbruch eine Entschädigung an den

¹⁶² Vgl. dazu oben, unter § 7, B. I. 2. a) bb) und b) dd).

¹⁶³ Vgl. dazu oben, unter § 7, Fn. 73.

¹⁶⁴ Petersmann, E. U., „Entwicklungsvölkerrecht“, „Droit International du Développement“, „International Economic Development Law“: Mythos oder Wirklichkeit? Jahrbuch für Internationales Recht 17 (1974), S. 145 ff. (176).

¹⁶⁵ Vgl. dazu oben, unter § 7, B. I. 3.; so auch in Benvenuti et Bonfant-Fall, ILM 21 (1982), 740–766.

Investor bezahlt wird¹⁶⁶. Auch die Staatenpraxis spricht trotz der angeführten zweckbedingten Äußerungen von Klägern vor dem *IGH* oder dem *StGH* nicht für die Völkerrechtswidrigkeit des Vertragsbruchs eines Konzessionsvertrags ohne weitere erschwerende Umstände¹⁶⁷. Das Verhalten des Vereinigten Königreichs bei der Vergabe von Erdölkonzessionen in der Nordsee¹⁶⁸ widerspricht den eigenen Ausführungen zur Unverletzbarkeit von Verträgen mit Ausländern im Falle *Anglo-Iranian*. Für die Mehrheit der Staaten, welche die „*Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten*“¹⁶⁹ unterzeichnet haben, die Investitionen grundsätzlich als innere Angelegenheiten des jeweiligen Staates behandelt, ist die völkerrechtliche Zuordnung ohnehin nicht akzeptabel.

Weder die Vertrags- noch die Staatenpraxis noch die internationale Judikatur bestätigen damit die Lehre vom beschränkt-völkerrechtlichen Vertrag. Die vor einer vor allem im Ölbereich starken Renationalisierung gekennzeichnete Entwicklung der Konzessionsverträge dürfte sowieso über diese Lehre hinweggegangen sein. Solchen „*Renationalisierungstendenzen*“ im konzessionären Bereich und der Debatte über eine „*Neue Wirtschaftsordnung*“ im Rahmen der Vereinten Nationen ist im folgenden Abschnitt nachzugehen.

VII. Die „*Renationalisierung*“ von Konzessionsverträgen

1. Die „*Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten*“ und die Ablehnung einer völkerrechtlichen Grundlegung

Die Nachkriegsentwicklung wurde in der internationalen Wirtschaftsordnung von der Unzufriedenheit der Entwicklungsländer mit den überkommenen völkerrechtlichen Regelungen auf dem Gebiet der internationalen wirtschaftlichen Beziehungen geprägt. Die Diskussion um eine „*Neue Weltwirtschaftsordnung*“ ist in vollem Gang¹⁷⁰. Die Hauptforderungen dieser Politik sind: die Herstellung der fortwährenden Souveränität über natürliche Res-

¹⁶⁶ Böckstiegel, K.-H., Der Staat ..., S. 284.

¹⁶⁷ Amerasinghe, C. F., AJIL 59 (1964), 881–913 (886 ff.).

¹⁶⁸ Wengler, W., RBDI 14 (1978/1979), 415–424 (416); siehe die Darstellung bei Higgins, R., RdC 176 (1982 III), 259–392 (305 ff. 349 ff.).

¹⁶⁹ UN-Generalversammlung Resolution 3021 (S–VI) vom 1. Mai 1974, ILM 13 (1974), 715 ff.; ausführlich dazu unten, unter § 7, B. VII.

¹⁷⁰ Leben, Ch. [Clunet 113 (1986–II), 895–957 (897)] spricht von einer „*veritable ivresse du nouvel ordre economique international*“; vgl. auch: An, T., JWTL 21 (4) (1987), 95–146 (126), m.w.Nach.; Delaume, G., AJIL 75 (1981), 784–819 (796); ders., TulLR 63 (1989), 575–611 (583 ff.); Kuusi, J., S. 164 ff.; Makarczyk, J., Principles of a New International Economic Order – a Study of International Law in the Making, Dordrecht 1988; Mengel, H.-J., RIW 29 (1983), 739–811 (740 ff.) mit zahl-

sources, eine bessere Kontrolle der Tätigkeit multinationaler Unternehmen¹⁷¹ und ein verstärkter und erleichterter Technologietransfer. Gemeinsames Merkmal der verschiedenen Regelungsbestrebungen in diesem Bereich ist die Betonung der nationalen Regelungskompetenz des Gaststaates, die neben den besonders intensiv diskutierten Fragen der Enteignung auch die nunmehr als Investitionsmaßnahmen bezeichneten staatlichen Eingriffe umfassen sollte¹⁷². Die Betonung dieser nationalen Regelungskompetenz ist keinesfalls nur als Bekräftigung der aufgrund der Souveränität der Staaten bestehenden Kompetenz zur Regelung wirtschaftlicher Sachverhalte zu verstehen. Sie war vielmehr darauf gerichtet, in dem weithin nicht geregelten Feld der internationalen Wirtschaftsbeziehungen einen Konsens über die Legitimation der Entwicklungsländer zu schaffen, durch einzelstaatliche Maßnahmen ausländische Wirtschaftsaktivitäten im Hinblick auf eigene wirtschafts- und entwicklungspolitische Zielsetzungen zu steuern.

Diese Entwicklung fand insbesondere in der Arbeit der Vereinten Nationen ihren Niederschlag, in denen die Entwicklungsländer inzwischen eine zweidrittel Mehrheit besitzen. In der Resolution 1803 (XVII) vom 14. Dezember 1962, „*Resolution on Permanent Sovereignty Over Natural Resources*“¹⁷³ wurde zwar das souveräne Recht der Staaten über ihre Bodenschätze betont, gleichzeitig aber auch unterstrichen, daß „*the owner shall be paid appropriate compensation in accordance with the rules in force in the State taking such measures in the exercise of sovereignty and in accordance with international law*“¹⁷⁴. Diese Resolution, in der die Ent-

reichen Nachweisen; Sornarajah, M., Supremacy of the Renegotiation Clause in International Contracts, JIntArb 5 (1988), 97–114 (99).

¹⁷¹ Siehe § 57 des Draft Code of Conduct of Transnational Corporations von 1987/1988: „*It is acknowledged that States have the right to nationalize or expropriate in their territory and that appropriate compensation is to be paid by the State concerned, in accordance with the applicable rules and principles.*“

§ 59 lautet: „*Disputes between States and entities of transnational Corporations, which aren't amicably settled between the parties shall be submitted to competent national courts or authorities. Where the parties so agree, or have agreed, such disputes may be referred to other mutually acceptable dispute settlement procedures ...*“ [Hervorhebung von der Verfasserin], zitiert nach Spröte, W., Negotiations on a United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations, GYIL 33 (1990), 331–348; vgl. auch Ebenroth, C.-T./Bader, T. O., WM (1) (1991), 661–667 (662); Wallace, D. Jr./Shanks, R. B., Model Foreign Investment Law, with Annotations, International Law Institute 1996, Obligations VII: „*An approved foreign investor is subject to all the laws of the Republic ...*“.

¹⁷² Vgl. dazu Mezghani, A., Rev. arb 1985, 543–584 (553): „*La compétence des tribunaux étatiques locaux est signe et support de la souveraineté nationale*“.

¹⁷³ U.N. Doc. A/5217 (1962); vgl. auch Report of the Economic and Social Council, Permanent Sovereignty Over Natural Resources, Report of the Secretary General, U. N. Doc. A/9716 (1976).

¹⁷⁴ § 4 der Resolution, ILM 2 (1963), 225.

wicklungsländer sich kompromißbereit zeigten¹⁷⁵, war von ihnen nicht so sehr in der Überzeugung mitverabschiedet worden, daß sie gerecht sei, sondern aus der Einsicht, daß eine weitgehende Konfrontation mit den Industrieländern auch für sie keinen Nutzen bringen würde¹⁷⁶.

Schon 1966 zeigte sich, daß diese nachgiebige Haltung nur vorübergehender Natur war. In einer weiteren „*Resolution on Permanent Sovereignty over Natural Resources*“¹⁷⁷ gab es keinen Hinweis auf die Einhaltung des geltenden Völkerrechts, sondern der Schwerpunkt wurde erneut auf die nationale Regelung der Problematik der Ausbeutung natürlicher Ressourcen gelegt¹⁷⁸. Auch 1971 und 1972 blieben die Resolutionen der Generalversammlung¹⁷⁹ auf dieser eingeschlagenen Linie und fügten noch hinzu, daß eine Einmischung in die souveräne Beherrschung der nationalen Ressourcen eine Verletzung der UN-Charta bilde. In 1973 hieß es, daß die Generalversammlung energisch die Bestrebungen unterstütze „*to regain effective control over natural resources*“¹⁸⁰. In dieser Resolution wird ausdrücklich daraufhingewiesen, daß die Entscheidung zur Verstaatlichung und Entschädigung bei den jeweiligen nationalen Rechts- und Gesetzgebungsorganen liege¹⁸¹. Die kompromißbereite Haltung der Entwicklungsländer in der Frage des Schutzes ausländischer Investitionen, insbesondere zur Verwertung von natürlichen Ressourcen, war dahingeschwunden. Der Grund liegt wohl darin, daß diese Länder das Vertrauen in die Nützlichkeit solcher Investitionen für die eigene Entwicklung weitgehend verloren hatten¹⁸².

¹⁷⁵ Vgl. auch Gess, K.-N., ICLQ 13 (1964), 398–449.

¹⁷⁶ Vgl. die Entstehungsgeschichte, Schwebel S. M., Story of the U.N.'s Decision on Permanent Sovereignty Over Natural Resources, American Association Journal (A. B. A. J.), 1963, S. 463 ff.

¹⁷⁷ Generalversammlung Resolution 2158 (1966).

¹⁷⁸ „*The exploitation of natural resources in each country shall always be conducted in accordance with its national laws and regulations*“.

¹⁷⁹ Resolution 2692 (XXVI) on Permanent Sovereignty Over Natural Resources of Developing Countries and Expansion of Domestic Sources of Accumulation for Economic Development (1970) und Resolution 3016 (XXVIII) on Permanent Sovereignty over Natural Resources of Developing Countries (1972).

¹⁸⁰ Generalversammlung Resolution 3171 (XXVIII) 1973, AJIL 68 (1974), 381–383 (382).

¹⁸¹ Punkt 3 der Resolution, wo es heißt, daß Streitfälle über die Höhe und die Zahlungsweise von Entschädigungen wegen Enteignung in Übereinstimmung mit dem Recht des enteignenden Staates geregelt werden müssen.

¹⁸² Symptomatisch ist eine Erklärung des chilenischen Präsidenten Allende gewesen, der im Zusammenhang mit der Verstaatlichung der chilenischen Kupferindustrie ausführte: „*Fremde Investitionen haben sich nicht als geeignete Mittel erwiesen, zur Entwicklung armer Länder beizutragen, sondern sie dienen eher dazu, zum wirtschaftlichen Wachstum der Industriestaaten beizutragen*“, zitiert nach Mengel, H.-J., RIW 29 (1983), 739–811 (741).

Ihren Höhepunkt erreichte diese Haltung der Entwicklungsländer gegenüber dem Schutzbedürfnis fremder Investoren in ihren Ländern auf der Konferenz von mehr als hundert blockfreien Staaten 1973 in Algier. Das völkerrechtliche Prinzip der Staatenverantwortlichkeit wurde schlichtweg abgelehnt. Stattdessen faßte man einen Beschluß, der das Ob der Verstaatlichung, das Wie und die Art und Modalitäten einer Entschädigung den einzelnen Staaten überließ¹⁸³. Diese Entwicklung führte dann schließlich zur Verabschiedung der „*Charter of Economic Rights and Duties of States*“ (C.E.R.D.S.)¹⁸⁴, als Teil der „*Declaration on the New International Economic Order*“¹⁸⁵. Die „*Charter*“ nahm endgültig Abschied von dem überkommenen Prinzip der Staatenverantwortlichkeit. Nirgends wird darin darauf Bezug genommen, daß die Verstaatlichung nicht diskriminatorisch und zum öffentlichen Wohl erfolgen muß, noch darauf, daß die Entschädigung „*adequate and effective*“ sein muß und daß bei Nichterfüllung dieser Grundsätze der Heimatstaat des Investors völkerrechtliche Ansprüche anmelden kann¹⁸⁶.

¹⁸³ „*Nationalization carried out by States as an expression of their sovereignty, in order to safeguard their natural resources, implied that each State is entitled to determine the amount of possible compensation and its mode of payment and that any dispute which might arise should be settled in accordance with the national legislation of each State ...*“. Erklärung der 4. Konferenz der Staats- und Regierungschefs der blockfreien Staaten am 5/9. September 1973 in Algier.

¹⁸⁴ Generalversammlung Resolution 3281 (XXIX) vom 12. Dezember 1974, ILM 14 (1975), 251–261.

¹⁸⁵ Generalversammlung Resolution 3021 (S–VI) vom 1. Mai 1974, U.N. GAOR, Supp. (No. 1) 3, U.N. Doc. A/9559 (1974) = ILM 13 (1974), 715–719; vgl. dazu Salem, M., Clunet 102 (1975), 753–800.

¹⁸⁶ Art. 2 Abs. 2 lit. c) der Charta lautet in seiner deutschen Übersetzung: „*Jeder Staat hat das Recht ..., ausländisches Vermögen zu verstaatlichen, zu enteignen oder das Eigentum daran zu übertragen; in diesem Fall soll der diese Maßnahmen betreffende Staat unter Berücksichtigung seiner einschlägigen Rechts- und sonstigen Vorschriften und aller von ihm für wesentlich erachteten Umstände eine angemessene Entschädigung zahlen. Ist die Frage der Entschädigung im Einzelfall umstritten, so wird sie nach dem innerstaatlichen Recht des verstaatlichenden Staates und vor seinen Gerichten beigelegt*“ [Hervorhebung von der Verfasserin]; vgl. dazu Amerasinghe, C. F., IntL 11 (1977), 45–59 (46); An, T., JWTL 21 (4) (1987), 95–146 (129); de Aréchaga, E. J. in Hossain, K. (ed.), Legal Aspects of the New International Economic Order ..., S. 220–233 (223); Asante, S. K. B., ICLQ 37 (1988), 588–628 (613); Bouchez, L., JIntArb 8 (1) (1991), 81–115 (85); Giardina, A., ItYIL 5 (1980/1981), 147–170 (161); Greenwood, Ch., BYIL 53 (1982), 27–81 (43, 56); Gruss, A., ZaöRV 39 (1979), 782–806 (798); Leben, Ch., Clunet 113 (1986–II), 895–957 (896); Mengel, H.-J., RIW 28 (1983), 739–745 (740); Salacuse, J.-W., IntL 24 (1990), 655–675 (659); Sornarajah, M., JWTL 15 (1981), 187–217 (206); Tomuschat, C., Die Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten, ZaöRV 36 (1976), 444–491; Weil, P., in Festschrift für Reuter, S. 549–582 (552); Weston, B. H., The Charter of Economic Rights and Duties of States and the Deprivation of Foreign-Owned Wealth, AJIL 75 (1981), 437–475; inhaltlich identisch mit

Auch in der Frage der Streiterledigung weicht die *Charta* von Resolution 1803 (XVII) ab. Während dort eine internationale Streiterledigung subsidiär zur nationalen Gerichtsbarkeit vorgesehen ist, stehen beide in der *Charta* im Falle einer freien Vereinbarung zwischen den Parteien fakultativ nebeneinander und zwar auf internationaler Ebene [im Gegensatz zu Resolution 1803 (XVII)] auch in der Form von Verhandlungen oder einer Schlichtung. Die Vereinbarung, im Falle einer Streitigkeit über die Entschädigung internationale Instanzen anzurufen, kann nach der *Charta* auch schon vor dem Entstehen der Streitigkeit getroffen werden, während bei Resolution 1803 (XVII) streitig ist, ob zunächst der nationale Rechtsweg erschöpft sein muß¹⁸⁷. Der Staat hat jedoch die Möglichkeit, durch seine Weigerung, einer solchen Vereinbarung zuzustimmen, die Anrufung eines Schiedsgerichts zu verhindern. Da die *Charta* auch nicht mehr die Anrufung internationaler Entscheidungsinstanzen empfiehlt, wie die Resolution 1803 (XVII) gemacht hat¹⁸⁸, bildet dieser Weg wohl den Ausnahmefall. Die *Charta* schließt jedoch (völker-) vertragliche Regelungen über eine internationale Streiterledigung, wie sie unter anderem auch die Investitionsschutzabkommen enthalten¹⁸⁹, nicht aus. Selbst wenn nationale Gerichte allein zuständig sind, so kommen sie wohl kaum umhin, die einschlägigen Vorschriften und Regeln des Völkerrechts zu beachten.

Der Grund für die reservierte Haltung der Entwicklungsländer gegenüber der internationalen Gerichtsbarkeit liegt wohl in der Furcht, diese könnte die von der westlichen Lehre vertretenen Meinungen über die Staatenverantwortlichkeit zum Nachteil der Dritten Welt anwenden. Die Entwicklungsländer wollten also mit Hilfe der *Charta* das Ende der Bedeutung des Völkerrechts für Eingriffe in fremdes Eigentum feststellen lassen. Die *Charta* erkennt nicht nur keinerlei Verpflichtung zur Zahlung einer Entschädigung an, sondern sie gibt in letzter Konsequenz den Staaten ein souverä-

der *Charta* ist in diesem Punkt die Lima-Deklaration der *UNIDO* aus dem Jahre 1975, berichtet nach Banz, M., Völkerrechtlicher Eigentumsschutz durch Investitionsabkommen – insbesondere die Praxis der BRD seit 1959, Tübingen 1987, S. 150. Sie unterstreicht zwar die Rolle der Industrie für die Entwicklung der Dritten Welt, ihr § 32 bestätigt jedoch die Möglichkeit einer Nationalisierung in Übereinstimmung mit dem nationalen Recht ebenso wie die Verpflichtung der Industriestaaten, für die in der Kolonialzeit aus den jetzigen Entwicklungsländern gezogenen Vorteile volle Entschädigung zu zahlen.

¹⁸⁷ Nachweise bei Banz, M., S. 150.

¹⁸⁸ § 4 der UN-Resolution 1803 (XVII) lautet: „*In any case where the question of compensation gives rise to controversy, the national jurisdiction of the state taking such measures shall be exhausted. However, upon agreement by sovereign States and other Parties concerned, settlement of the dispute should be made through arbitration or international adjudication*“ [Hervorhebung von der Verfasserin], ILM 2 (1963), 225.

¹⁸⁹ Vgl. dazu unten, unter § 10, D. III. und IV.

nes Recht zur jederzeitigen Nationalisierung ungeachtet bestehender Zusagen.

In der Tat kann man nicht ohne weiteres annehmen, die *UN-Generalversammlung* habe die Funktion eines internationalen Gesetzgebers, auch nicht, ihre Mehrheit könne Rechte und Pflichten auch für diejenigen Staaten schaffen, die eine Resolution ablehnen¹⁹⁰. *UN-Resolutionen* können aber zusammen mit allgemein anerkanntem Völkerrecht eine Völkerrechtsquelle bilden. So können sie der Ausdruck von Völkergewohnheitsrecht sein oder als Ausgangspunkt neuen Gewohnheitsrechts wirken, wenn sich die Staatenpraxis an ihnen orientiert¹⁹¹. Daß die Gruppe der Industriestaaten bei der Abstimmung in der *UN-Generalversammlung* gegen die *Charta* abgestimmt hat¹⁹², nimmt nicht jede rechtsverbindliche Kraft der *Charta* ab¹⁹³. Vielmehr deutet die mit großer Mehrheit angenommene *Charta* auf einen Bruch mit dem traditionellen Völkerrecht hin. Genügt die Mehrheit der Entwicklungsländer zur Rechtssetzung nicht, dann kann die Minderheit der Industriestaaten die Fortgeltung alten Rechts nicht mehr legitimieren: der Grundsatz der Staatengleichheit erfordert, daß ein nur von den Industriestaaten getragenes „*Recht*“ keine Pflichten für die übrigen Staaten der Welt schaffen kann.

Angesichts dieser Sachlage kann man der *Charta* eine begrenzte rechtsüberzeugende Kraft zusprechen. Immerhin gehört sie zum sogenannten „*Entwicklungsrecht*“ (*droit de développement*), das aufgrund von Bedürfnissen Rechte schaffen soll. Horn¹⁹⁴ sieht in *UN-Resolutionen* die Grundlagen eines internationalen *ordre public*. Der internationale Richter oder Schiedsrichter darf sie nicht unbeachtet lassen, will er dem Vorwurf der Einseitigkeit entgehen. Als Ausdruck des berechtigten Wunsches der Entwicklungsländer auf Selbstbestimmung und Entwicklung bekräftigt die *Charta* die heutige Tendenz, Konzessionsverträge als Institute des nationalen Rechts zu qualifizieren und sie ausschließlich der nationalen Gesetzgebungssouveränität zu unterwerfen.

¹⁹⁰ Vgl. dazu Tomuschat, C., *ZaöRV* 36 (1976), 444–491 (486).

¹⁹¹ Vgl. dazu das *Liamco-Schiedsspruch*, *Rev. arb* 1980, 132–191 (157): „... *Le Tribunal a conclu que lesdites résolutions, si elles ne sont pas une source unanime du droit, sont du moins la preuve de la tendance dominante récente de l'opinion internationale concernant le droit de souveraineté des Etats sur leurs ressources naturelles* ...“.

¹⁹² Zur Entstehungsgeschichte siehe ausführlich Salem, M., *Clunet* 102 (1975), 753–800.

¹⁹³ a. A. Schiedsrichter Dupuy im *Texaco-Schiedsverfahren*, in Catranis, A., *RIW* 28 (1982), 18–27 (24) und Gruss, A., *ZaöRV* 39 (1979), 782–806 (798).

¹⁹⁴ Horn, N., Die Entwicklung des internationalen Wirtschaftsrechts durch Verhaltenslinien, *Rebels Z* 44 (1980), 423–454.

2. Neuere Konzessionsverträge und die ausschließliche Anwendung innerstaatlichen Rechts

Die Frage der Unterwerfung von Konzessionsverträgen unter die nationale Gerichtsbarkeit wurde zum Teil oben in Zusammenhang mit der gerichtlichen Beilegung von Konzessionsstreitigkeiten und der *Calvo*-Doktrin erörtert¹⁹⁵. Zu dem dort Gesagten kann hinzugefügt werden, daß jüngere Verträge in zunehmendem Maße die ausschließliche Anwendung des Rechts des Konzessionsgebers vorsehen¹⁹⁶. In zahlreichen Investitionsgesetzen¹⁹⁷ und bilateralen Investitionsschutzverträgen¹⁹⁸ werden

¹⁹⁵ § 2, B. IV.

¹⁹⁶ Art. XVII (a) des Agreements between the Government of Jamaica and Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. vom 6. Oktober 1976, in *Fischer, P./Wälde, T.*, Band 5, S. 31; Agreement between Papua New Guinea and Damper Mining Company Ltd. vom 22. März 1976, *ibid.* Band 3, S. 141; Agreement between Republic of Zaïre and OTRAG vom 22. Oktober 1978, AFDI 24 (1978), 920–926; Accord d'exploitation et de production entre Libyan National Oil Corporation and Occidental of Libya vom 7. Februar 1974, ILM 16 (1975), 645–670; Art. 28 des Vertrages Kuwait/KNPC/Hispanica de Petroleos von 1967, Selected Documents 1968 (§ 1, Fn. 48), S. 155 ff.; Art. 25 des Service Contract zwischen NIOC und Ultramar Company vom 7. August 1978 und Art. 24 des Joint Venture Operation Agreement vom 20. Dezember 1977 zwischen British National Oil Co. and Texaco North Sea U.K. Ltd and Texaco North Sea U.K. Co.; Art. XII des Agreements of Economic Cooperation zwischen Niederlanden und Malaysia von 1971, zitiert nach *An, T.*, JWTL 21 (4) (1987) 95–146 (135); zahlreiche Nachweise bei *Delaume, G.*, in *Law and Practice of Transnational Contracts*, S. 25 ff. und *Toope, S. J.*, S. 21 ff.; vgl. dazu *Peter, W.*, Arbitration and Renegotiation ..., S. 142: „There is a clear trend of host countries to impose their municipal law as the law exclusively governing state contracts ...“.

¹⁹⁷ *Afghanistan*: Art. 18 Foreign and Domestic Private Investment Law vom 20. Februar 1967; *Chile*: Art. 34 (1) Decree Law 600 on Foreign Investment Statute vom 13. Juli 1974, ILM 13 (1974), 1176; *Ecuador*: Art. 71 Ley Minería vom 21. August 1985; *Fiji*: Art. 6 Mining Ordinance vom 16. Dezember 1966; *Guatemala*: Art. 9 Ley de Hidrocarburos vom 15. September 1983 und Art. 17 Ley de Minería vom 3. Juli 1985; *Honduras*: Art. 87 Ley de Hidrocarburos vom 31. Oktober 1984; *Jamaica*: Art. 11 Pioneer Industries (Encouragement) Law von 1949; *Jugoslawien*: Art. 27 Law on Foreign Investment vom 8. Januar 1989, ILM 28 (1989), 1543; *Korea*: Art. 26 *joint-venture* Law vom 8. September 1984, ILM 24 (1985), 806; *Kuba*: Chapter XII (Solution of Conflicts) des Foreign Investment Acts vom 5. September 1995, ILM 35 (1996), 331; *Mexiko*: Art. 168 Ley Hidrocarburos vom 11. Januar 1978; *Moçambique*: Art. 26 Foreign Investment Law vom 18. August 1984; *Mongolia*: Art. 11 Foreign Investment Law vom 23. März 1990, ILM 30 (1991), 263; *Rußland*: Art. 23 Decree of the UdSSR Supreme Soviet putting into effect the Fundamentals of Legislation on Investment Activity in the UdSSR vom 10. Dezember 1990; § 29 Regulations on Joint Stock Associations and Limited Liability Associations vom 19. Juni 1990, 30 ILM (1991), 266, Art. 50 Abs. 1 des Law of the Russian Federation on Suboil Nr. 2395–1 vom 21. Februar 1992, zitiert nach *Yakovlev, A.*, JIntArb 13 (1) (1996), 37–63; *Venezuela*: Art. 9 Ley Hidrocarburos vom Juli 1968; *Vietnam*: Art 25 Law on Foreign Investment vom 30. Juni 1990, ILM 30

außerdem Streitigkeiten lediglich den Gerichten des Gastlandes unterbreitet¹⁹⁹. Schiedsgerichte sehen sich daher daran gehindert, dem Konzept der Internationalisierung von Konzessionsverträgen zu folgen und auf die Bindung an das nationale Kollisionsrecht zu verzichten²⁰⁰.

Darin ist ein stärker werdender Trend zur *Entinternationalisierung*²⁰¹ oder *Renationalisierung*²⁰² zu erkennen. Das gilt allerdings hauptsächlich

(1991), 930; *Zambia*: Art. 98 Mines and Mineral Act von 1969; zahlreiche Nachweise bei *An, T.*, JWTL 21 (4) (1987), 95–146 (133 ff.) und *Merk, H.*, S. 154 ff.

¹⁹⁸ Art. 8 des Übereinkommens zwischen Sri-Lanka und der Schweiz vom 23. September 1981, zitiert nach *Bettems, D.*, RdNr. 57 ff.; Art. 29 des Investitionsschutzvertrages (*IFV*) zwischen Union Economique Belgo-Luxembourgeoise und Sri-Lanka vom 5. April 1982; Art. 2 des *IFV* zwischen Schweden und Sri-Lanka vom 13. April 1982; Art. 20 § 2 des *IFV* zwischen Union Economique Belgo-Luxembourgeoise und China vom 4. Juni 1984, ILM 24 (1985), 538, anders aber Art. 10 § 3 über die Entschädigung; Art. 10 des *IFV* zwischen Frankreich und Guinée Equatoriale vom 3. März 1982; Art. 10 des *IFV* zwischen Frankreich und Panama vom 5. November 1982; Frankreich und Nepal vom 2. Mai 1983; Frankreich und Pakistan vom 1. Juni 1983; Art. 9 des *IFV* zwischen Frankreich und China vom 2. Mai 1984 anders aber Art. 10 § 3; Frankreich und Haiti vom 23. Mai 1984; Art. III (3) des *IFV* zwischen UK und Philippines vom 3. Dezember 1980 zitiert nach *Bettems, D.*, RdNr. 57 ff.; Art. XII (a) des *IFV* zwischen Australien und China vom 11. Juli 1988, ILM 28 (1989), 121, anders aber Art. XII (b) über die Entschädigung; Art. 12 des *IFV* zwischen Australien und Vietnam vom 5. März 1991, ILM 30 (1991), 1064; so auch die *IFV* von Kroatien mit Argentinien (Art. 9 Abs. 2), mit Chile (Art. 8 Abs. 2), mit Italien (Art. 9 Abs. 3 Satz 1), mit China (Art. 8 Abs. 2), mit Griechenland (Art. 9 Abs. 2), mit FYROM (Art. 7 Abs. 3 Satz a), mit Rumänien (Art. 9 Abs. 2 Satz a), mit der Russischen Föderation (Art. 8 Abs. 2 Satz a), mit den USA (Art. 10 Abs. 2 Satz a) und mit der Slowakei (Art. 8 Abs. 2 Satz a), zitiert nach *Sajko, K.*, Uniform Law Review 1998–2/3, 657–669 (662); vgl. dazu *Lavie, P.*, S. 119, der von einem „renvoi du droit de l'Etat d'accueil“ spricht; so auch *Peter, W.*, Arbitration and Rengotiation ..., S. 259: „There is a strong policy trend of host countries to impose in most investment agreements their municipal law ...“.

¹⁹⁹ Bauexportverträge unterliegen in jedem Fall dem im Gaststaat geltenden öffentlichen Bau- und Grundstücksrecht, den Bauzulassungsnormen, den technischen Standards, den Sicherheitsvorschriften, den Arbeitsschutzvorschriften und vergleichbaren Regelungen.

²⁰⁰ *Sapphire-Fall*, ILR 35 (1967), 136–192 (171); *BP-Fall*, ILR 53 (1979), 297–388 (326); *Liamco-Fall*, ILM 20 (1981), 1–87 (62); *Elf-Aquitaine-Fall* vom 14. Januar 1982, Rev. arb 1984, 401–420 (409); *Aminoil-Fall*, ILM 21 (1982), 976–1053 (1000); *ICSID-Schiedssprüche* in den Fällen: *AGIP v. Congo*, vom 30. November 1979, RCDIP 71 (1982), 92–105, 98; *Klöckner c. République Unie du Cameroun*, vom 21. Oktober 1983, Clunet 111 (1984), 409–454 (425); *Amco Asia v. République d'Indonesie*, vom 20. November 1984, ILM 24 (1985), 1023–1039; *Letco v. République du Libéria*, vom 14. Mai 1986, ILM 26 (1987), 647–677 (657).

²⁰¹ *An, T.*, JWTL 21 (4) (1987), 95–146 (121, 126); *Böckstiegel, K.-H.*, in Festschrift für Beizke, 443–458 (455); *Cherian, J.*, S. 12; *Fischer, P.*, Die internationale Konzession, S. 428; *Giardina, A.*, ItYIL 5 (1980/1981), 147–170 (161) m.w.Nach.; *Kuusi, J.*, S. 164; *Merk, H.*, S. 152.

für Erdölkonzessionen²⁰³ und für jene Fälle, in denen etwa wegen des relativ günstigen Investitionsklimas oder im Interesse der Erlangung einer Konzession neue Konzessionäre bereit sind, auf dieser Basis ihr Rechtsverhältnis mit dem Konzessionsgeber zu begründen. Die Situation in Libyen ist ein gutes Beispiel. Enthielten die früheren – wie die dem libyschen Erdölstreit zugrunde liegenden – Konzessionsverträge praktisch alle Internationalisierungselemente (Stabilisierungsklauseln, Rechtswahlklauseln mit Verweis auf das Völkerrecht, Schiedsklauseln), so gesteht ein Vertrag vom 10. Mai 1969 der US-Gesellschaft *Ashland Libyan Company* ein internationales Streitbeilegungsverfahren nur für technische Angelegenheiten zu. Auch wenn bei Mineralien vielfach noch Rechtswahlklauseln mit der Wahl nicht-nationaler Grundsätze vereinbart werden, kommen auch dort wegen des Auftretens von Staatsgesellschaften auf seiten der Konzessionsgeber beschränkt-völkerrechtliche Verträge nicht mehr in Betracht. Tritt auf staatlicher Seite allein eine Staatsgesellschaft auf, ist der Souveränitätsvorbehalt des Konzessionsgebers von vornherein gewahrt; ein Heben des Konzessionärs auf die staatliche Ebene ist insofern ausgeschlossen²⁰⁴.

VIII. Ergebnis zur Theorie der völkerrechtlichen Grundlegung von Konzessionsverträgen

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß sich die Theorie der Zuordnung von Konzessionsverträgen zum Völkerrecht weder auf die Vertrags- noch auf die Staatenpraxis noch auf die schiedsgerichtliche Rechtsprechung stützen kann. Angesichts der rechtstheoretischen Einwände, denen sich diese Lehre ausgesetzt ist, überrascht dies nicht.

²⁰² *Mulack, G.*, Rechtsprobleme der Erdölkonzessionsabkommen im Nahen Osten, Studium zum internationalen Wirtschaftsrecht und Atomenergierecht, Bd. 48 (1972), S. 248.

²⁰³ *El-Kosheri, A./Riad T. F.*, The Law Governing a New Generation of Petroleum Agreements: Changes in the Arbitration Process, ICSID Rev.-FILJ 1 (1986), S. 257: „*An objective observer could not fail to recognize that there is a clear generalized movement towards the relocation of the petroleum agreements in the domestic system of the host country*“; einschränkend: *Delaume, G.*, in Law and Practice of Transnational Contracts, S. 15–16; siehe aber denselben Autor in AJIL 75 (1981), 784–819 (796); a.A. *Oppetit, B.*, Clunet 111 (1984), 37–57 (38) und *Toope, S. J.*, S. 18, 21; demgegenüber weist *Igbokwe, V. C.*, Developing Countries and the Law Applicable to International Arbitration on Oil Investment Disputes. Has the Last Word Been Said? JIntArb 14 (1) (1997), 99–124 (124) darauf hin: „*The internationalisation theory is an endangered species at the brink of extinction*“; zurückhaltend *Velten, R.*, S. 20.

²⁰⁴ *Fischer, P.*, Die internationale Konzession, S. 449 Anm. 42; *Gramlich, L.*, S. 167.

Die Unterscheidung zwischen jenen beiden Rechtsordnungen, aus der einerseits der Vertrag seine verbindliche Kraft entnimmt („*Grundlegung*“) und aus der andererseits das auf den einmal als verbindlich zustandegewonnenen betrachteten Vertrag „*anwendbare*“ Recht hergeleitet wird („*proper law*“), verkennt den Sinn und die Rolle des Internationalen Privatrechts. Denn die Wirksamkeit eines Vertrags richtet sich gemäß den überkommenen Grundsätzen des IPR nach dem *proper law*. Unterliegt ein Vertrag deutschem Recht, so gewinnt er auch seine Verpflichtungskraft aus diesem Recht und es wäre abwegig zu behaupten, die Verpflichtungskraft des Vertrags folge aus dem IPR des oft nur zufällig örtlich zuständigen Gerichts.

Die Konstruktion einer beschränkten Völkerrechtspersönlichkeit des privaten Unternehmens führt zu dogmatischen und praktischen Ungereimtheiten. Zunächst ist es fraglich, ob es einen einseitigen Anerkennungsakt des vertragsschließenden Staates überhaupt geben kann, der ihm erlaubt, Privaten ohne weiteres auf die völkerrechtliche Ebene zu heben. Außerdem kann diese Theorie nicht erklären, warum der Staat, welcher der Privatpartei eine völkerrechtliche Persönlichkeit anerkannt hat, diese nicht einseitig wieder entziehen kann. Derartige Bedenken werden von der Vertragspraxis insoweit bestätigt, als eine direkte und ausschließliche Wahl des Völkerrechts nicht in Betracht kommt. Die verwendeten Rechtswahlklauseln lassen sich stets als Wahl der allgemeinen Rechtsgrundsätze oder als besondere Ermächtigung an den Schiedsrichter deuten, auch das völkerrechtliche Fremdenrecht anzuwenden.

Darüber hinaus ist es inzwischen unbestritten, daß ein Staat aus Gründen der Wahrung des öffentlichen Wohls unter gewissen Umständen eine einmal gewährte Konzession einseitig zurücknehmen kann, soweit er dem ausländischen Investor eine angemessene, prompte und effektive Entschädigung gewährt. Der völkerrechtliche Grundsatz *pacta sunt servanda* kann auf Konzessionsverträge nicht als allgemeine Regel angewandt werden. Der Schwerpunkt der Argumentation liegt dabei weniger bei dem zu formalen Gesichtspunkt, daß dieser Grundsatz nur für solche Verträge Gültigkeit haben kann, an denen Staaten oder sonstige Völkerrechtssubjekte auf beiden Seiten beteiligt sind. Entscheidendes Gewicht ist vielmehr der Überlegung beizumessen, daß sich bei diesen Verträgen, obwohl oft von wirtschaftlichen Fakten überdeckt, das Allgemeininteresse in der Person des staatlichen Partners und das Individualinteresse in der Person des Investors gegenüberstehen und gegeneinander abgewogen werden müssen. Diese Kollision, die sich aus der Doppelrolle des Staates als Vertragspartner einerseits und Gesetzgeber und Executive andererseits ergibt, führt zwangsläufig zu dem Ergebnis, daß die rechtliche Stellung des Staates stärker, die aus der staatlichen Souveränität abgeleitete Enteignungshoheit höherwertig als die vertragliche Bindung gegenüber der ausländischen Einzelperson ist²⁰⁵. Das

bedeutet, daß ein Vertragsbruch nur unter dem Gesichtspunkt einer völkerrechtsmäßigen oder -rechtswidrigen Enteignung zu beurteilen ist.

Die ursprüngliche Internationalisierungsthese beruhte auf zwei wirtschaftlichen/institutionellen Prämissen. Sie ging erstens davon aus, daß Privatinvestitionen aus Industriestaaten einen bedeutsamen, wenn nicht den bedeutendsten Beitrag zur Entwicklung der Länder der Dritten Welt leisten. Sie postulierte weiter, daß die notwendigerweise langfristigen Investitionen nur dann getätigt würden, wenn kraft materiellen Rechts feststünde, daß das Investitionsregime über den voraussichtlichen Investitionszeitraum festschreibbar wäre; angesichts der notorischen institutionellen Instabilität der politischen Systeme der Entwicklungsländer müßte eine derartige materielle Ordnung jenseits des Landesrechts in der internationalen Ordnung verankert werden.

Die Gegenthesen der Befürworter einer „*Neuen Wirtschaftsordnung*“ lassen sich wie folgt umreißen²⁰⁵: Die der Internationalisierungsthese entsprechenden Prämissen verkörperten die alte Weltwirtschaftsordnung. Die Weiterungen der These einer Internationalisierung von Konzessionsverträgen versteinerten die bestehenden wirtschaftspolitischen Asymmetrien. Es sei zweifelhaft, ob ausländische Privatinvestitionen Motor der Entwicklung seien; vielmehr dienten sie der wirtschaftlichen Konterkarierung der gerade gewonnenen politischen Unabhängigkeit der neuen Nationalstaaten. Kapital- und Technologietransfers seien grundsätzlich der Wirtschaftsplanung und der umfassenden Kontrolle der Gaststaaten zu unterwerfen, bestehende Investitionen seien im Sinne geänderter Planungsvorstellungen nach Maßgabe der staatlichen Souveränität revisibel. Zur institutionellen Sicherung der wirtschaftspolitischen Autonomie sei schließlich jeder Versuch zurückzuweisen, die vertraglichen Transfers anderen Rechtsordnungen als jenen des jeweiligen Landesrechts zu unterstellen.

Wenngleich sich der Nachweis einer völkerrechtlichen Grundlegung nicht erbringen läßt, so ist dennoch nicht zu leugnen, daß die völkerrechtliche Problematik von Vereinbarungen zwischen ausländischen Investoren allmählich ins Bewußtsein innerhalb der internationalen Gemeinschaft rückt und solche Vereinbarungen nicht mehr als ausschließlich innere Angelegenhei-

²⁰⁵ Frick, H., S. 49 ff.; Schwarzenberger, G., S. 6, 116, 161, 162.

²⁰⁶ Die politischen und ökonomischen Vorstellungen sind zusammengefaßt in der Vorlage für die 3. Generalversammlung der *UNIDO* in Neu Delhi vom 21. Januar bis 8. Februar 1980: *United Nations Industrial Development Organization*, Industry 2000. New Perspectives, ID/CONF. 4/3 vom 30. August 1979, Teil 2, Kap 4: „Towards the Lima Target: Restructuring and Redeployment [of the International Division of Labour]“; vgl. auch Corea 1980 und Girvan, N., *Corporate Imperialism; Conflict and Expropriation – Transnational Corporations and Economic Nationalism in the Third World*, New York 1976, ins. S. 11 ff., 188 ff. und 200 ff.

ten des jeweiligen Gaststaates betrachtet werden können. Diese Tendenz bestätigt die Einrichtung des *Internationalen Zentrums zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (ICSID)*. Auch hier wurden nicht die Vertragsbeziehungen zwischen Gaststaaten und Investoren zu völkerrechtlichen „erhoben“, wohl aber wurden sie zu einem völkerrechtlichen Tatbestand gemacht²⁰⁷.

Läßt sich damit die Lehre der völkerrechtlichen Zuordnung von Konzessionsverträgen keinerlei nachweisen, so bleibt noch zu fragen, ob Konzessionsverträge unter eine andere Rechtsordnung unterstellt werden können, die vom Einfluß jedes nationalen Rechts abgeschrmt ist.

C. Zuordnung zu einem nationalen Recht

I. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze als Grundlage vertraglicher Rechte des Investors

Jeder Beobachter des internationalen Rechts- und Wirtschaftslebens stößt auf das ständig zunehmende Bestreben der Praxis, internationale Vertragsverhältnisse einem übernationalen oder zumindest nicht-nationalen Vertragsstatut zu unterstellen und sie demzufolge von den Fesseln des staatlichen Rechts zu lösen. Schiedsklauseln, die ausdrücklich oder sinngemäß auf multinationale „*allgemeine Rechtsgrundsätze*“ als die von den Schiedsrichtern anzuwendenden Sachnormen verweisen, spielen hierbei eine große, weiterhin wachsende Rolle. Dementsprechend greifen eine Reihe von Schiedsrichtern auf diese Rechtsgrundsätze zurück und ordnen ihnen den Konzessionsvertrag zu.

1. Die schiedsgerichtliche Praxis

a) *Lena Goldfields Company Ltd. v. Sowjetunion*

Lena Goldfields Company Ltd., ein britisches Unternehmen, schloß 1925 mit der Regierung der UdSSR einen Konzessionsvertrag über den Abbau von Gold und Kohle in einem großflächigen sibirischen Konzessionsgebiet. Der Umschwung der Wirtschaftspolitik unter der Ägide Stalins von 1928 traf den Konzessionär 1929 durch einen Aufruf zum Klassenkampf auf dem Werksgelände und durch eine militärische Besetzung aller Anlagen,

²⁰⁷ In diesem Zusammenhang spricht Böckstiegel [Der Staat ..., S. 101] treffend von der Ergänzung völkerrechtlicher und die Staaten bindender Normen mit *Schutzwirkung* für die Verträge zwischen Staaten und ausländischen Investoren, während er im Hinblick auf die bilateralen Investitionsschutzverträge von einer *Erhebung* der Verträge zu völkerrechtlichen Verpflichtungen ausgeht (ibid. S. 151).

Gebäude und Produktionsstätten, sowie die Beschlagnahme der Geschäftspapiere²⁰⁸. Der Investor betrieb daraufhin das vertraglich vorgesehene Schiedsverfahren²⁰⁹. Das dreiköpfige Schiedsgericht, bestehend aus einem schweizerischen Vorsitzenden und einem sowjetischen sowie einem britischen Beisitzer, kam zustande; jedoch wurde der sowjetische Schiedsrichter vor der mündlichen Verhandlung zurückgezogen. Die Klägerin begehrte Ersatz des Nichterfüllungsschadens einschließlich des entgangenen Gewinns, hilfsweise den Wert der Bereicherung der Gegenseite durch faktische Konfiskation des Betriebsvermögens. Sie trug dazu vor, daß für die Frage des internen Rechtsverhältnisses zwar das nationale, also sowjetische Recht anzuwenden sei, nicht jedoch bezüglich des Substanzschutzes der Konzession.

Nach Feststellung des zu zweit entscheidenden Schiedsgerichts hatten die Parteien keine bestimmte Rechtswahlklausel getroffen. In Art. 89 des Vertrages war vorgesehen:

„The parties base their relations with regard to this Agreement on the principle of goodwill and good faith as well as on the reasonable interpretation of the terms of the Agreement“²¹⁰.

Die Schiedsrichter folgten der Rechtsbehauptung der Klägerin und gingen davon aus, daß zur Grundfrage des Bestands der Konzession die allgemeinen Rechtsgrundsätze gemäß Art. 38 Abs. 1 lit. c) des *IGH*-Statuts anzuwenden seien²¹¹. Sie stellten fest, daß zu diesen Rechtsgrundsätzen das Bereicherungsprinzip zähle, das auch Bestandteil des geltenden sowjetischen Rechts wie der anderen kontinentalen Rechtsordnungen und damit Grundlage des klägerischen Anspruchs sei²¹².

²⁰⁸ Vgl. dazu CornellLQ 36 (1950), 42–53 (49); *Veeder, V. V.*, ICLQ 47 (1998), 747–792.

²⁰⁹ Art. 90 Ziff. 1 des am 18. August 1925 abgeschlossenen Vertrags lautete: „*All disputes and misunderstandings in regard to the construing or fulfilment of this Agreement and of all schedules thereto, on the declaration of either of the parties, are examined and settled by the Court of Arbitration*“, zitiert nach Verdross, A., *ZaöRV* 18 (1957/1958), 635–651 (642).

²¹⁰ Abdruck der Klausel bei *Mc Nair*, *The General Principles of Law Recognised by Civilized Nations*, International and Comparative Law Center, Selected Readings 1964, S. 69 ff., 84 ff.

²¹¹ Schiedsspruch vom 3. September 1930, Schiedsrichter *Stutzer und Scott*, CornellLQ 36 (1950), 42–53; vgl. zum Schiedsspruch[*Barberis, J.*, RdC 179 (1983–I), 145–304 (197); *Geiger, R.*, ICLQ 23 (1974), 73–104 (81); *Kuusi, J.*, S. 70 ff.; *Leboulanger, P.*, *Les contrats entre Etats* ..., S. 222; *Maniruzzaman, A. F. M.*, JIntArb 9 (4) (1992), 141–171 (147); *Markert, T.*, S. 125; *Paasivirta, E.*, *Participation of States* ..., S. 87; *Schanze, E.*, *Investitionsverträge im internationalen Wirtschaftsrecht* ..., S. 117; *Toope, S. J.*, S. 70; *Weil, P.*, RdC 129 (1969–III), 95–240 (179); *ders.*, in *Etudes offertes à Goldman*, S. 387–414 (396).

²¹² Vgl. insoweit den Abdruck in CornellLQ 36 (1950), 42–53 (50 ff.).

b) *Petroleum Development Ltd. v. Sheik of Abu Dhabi*

Streitgegenstand des Schiedsverfahrens zwischen *Petroleum Development Ltd. v. Sheik of Abu Dhabi*²¹³ war eine Petroleumlangezeitkonzession, welche der Scheich von Abu Dhabi 1939 mit einer britischen Gesellschaft geschlossen hatte. Der Vertrag erstreckte sich auf „*the whole of the lands which belong to the rule of the Ruler of Abu Dhabi and its dependencies and all the islands and the sea waters which belong to that area*“²¹⁴. Nach Vertragsschluß entwickelte sich die rechtliche Doktrin, daß auch der Kontinentalsockel der Ausbeutungshoheit des Küstenstaats unterliege. Der Scheich konzessionierte 1949 für diesen Bereich eine amerikanische Konkurrenzgesellschaft. Die britische Konzessionärin rief das vertraglich vereinbarte Schiedsgericht an. Art. 17 des Vertrages vom 11. Januar 1939 sah folgendes vor:

- „(1) The Ruler and the Company both declare that they intend to execute this Agreement in a spirit of good intention and integrity and to interpret it in a reasonable manner.
- (2) The Ruler and the Company both declare that they base their work in this Agreement on goodwill and sincerity of belief and on the interpretation of this Agreement in a fashion consistent with reason“²¹⁵.

In seinem Schiedsurteil stellte *Lord Asquith of Bishopstone* zunächst fest, daß im Fall der Anwendung eines staatlichen Rechts auf den Vertrag nur die Rechtsordnung des Konzessionsgebers in Betracht käme²¹⁶. Er fügte aber sodann hinzu, daß die komplexen Rechtsbeziehungen eines Konzessionsvertrages diesem unterwickelten nationalen Recht nicht unterstellt werden könnten²¹⁷. Englischrecht (das Heimatrecht der Konzessionärin) scheide wegen des Wortlauts der im Art. 17 des Vertrages enthaltenen Klau-

²¹³ Schiedsspruch vom September 1951, Schiedsrichter *Lord Asquith of Bishopstone*, ILR 18 (1951), 144–161; vgl. zum Schiedsspruch: *Baloro, J.*, 19 Comp. Int. Law Journal Southern Africa (1986), 410–447 (439); *Barberis, J.*, RdC 179 (1983–I), 145–304 (197); *Bishop, D. R.*, YCA XXIII (1998), 1131–2010 (1146); *Geiger, R.*, ICLQ 23 (1974), 73–102 (81); *Leboulanger, P.*, Les contrats entre Etats ..., S. 222; *Markert, T.*, S. 125; *Paasivirta, E.*, Participation of States ..., S. 87; *Schanze, E.*, Investitionsverträge im internationalen Wirtschaftsrecht, S. 117; *Sornarajah, M.*, JWTL 15 (1981), 187–217 (202).

²¹⁴ Entscheidungsabdruck: AJIL 47 (1953), 156.

²¹⁵ Zitat des Artikels bei *Mc Nair* (§ 7, Fn. 210); so auch im Konzessionsvertrag zwischen der *Petroleum Development (Qatar) Ltd.* mit dem Scheich of Qatar vom 17. Mai 1935: „*The Sheik and the Company declare that they base action upon this Agreement on the basis of good faith and pure belief and upon the interpretation of this Agreement in a manner consistent with reason ...*“, zitiert nach *Verdross, A.*, ZaöRV 18 (1957/1958), 635–651 (644).

²¹⁶ Schiedsspruch ILR 18 (1951), 144–161 (149): „... *If any municipal system of law were applicable, it would prima facie be that of Abu Dhabi*“.

sel ebenso aus²¹⁸. Bei der Auslegung dieser Klausel kam der Schiedsrichter zu dem Ergebnis, daß

„the terms of that Clause invite, indeed prescribe, the application of principles rooted in the good sense and common practice of civilized nations, *a sort of modern law of nature*“²¹⁹.

2. Der Meinungsstand in der Literatur

Schiedsrichter haben somit oft auf allgemeine Rechtsgrundsätze zurückgegriffen und sie auf die Rechtsbeziehungen eines Konzessionsvertrags angewandt. Entsprechend hat eine Anzahl von Autoren die Ansicht vertreten, die allgemeinen, von den Kulturvölkern anerkannten Rechtsgrundsätze seien als das maßgebliche, jenen Vereinbarungen zugrunde liegende Normengefüge anzusehen. So schrieb *Mc Nair* 1957²²⁰, Rechte und Pflichten könnten nicht im Vakuum existieren, sondern müßten in ein rechtliches System eingebettet sein, welches über Gültigkeit, Anwendbarkeit und Interpretation von Verträgen befände²²¹. Verträge zwischen Regierungen und fremden Unternehmen unterlägen, auch soweit sie „internationalisiert“ seien, nicht dem Völkerrecht *stricto sensu*, da es sich bei letzterem um eine Rechtsordnung zwischen Staaten handle. Sie müßten vielmehr in der Regel den allgemeinen, von den Kulturvölkern anerkannten Rechtsgrundsätzen unterstellt werden²²².

²¹⁷ Ebenda: „... *It would be fanciful to suggest that in this very primitive region there is any settled body of legal principles applicable to the construction of modern commercial instruments*“.

²¹⁸ Ebenda: „*Nor can I see any basis on which the municipal law of England could apply. On the contrary, Clause 17 of the Agreement ... repels the notion that the municipal law of any country, as such, could be appropriate*“.

²¹⁹ Schiedsspruch ILR 18 (1951), 144–161 (149) [Hervorhebung von der Verfasserin]; so auch Schiedsrichter *Sir Alfred Bucknill* im Schiedsverfahren zwischen Ruler of Qatar und International Marine Oil Company Ltd. [Schiedsspruch vom Juni 1953, ILR 20 (1953), 534–547], der die allgemeinen Rechtsgrundsätze von „*justice, equity and good conscience*“ anwandte; vgl. zu diesem Schiedsspruch *Paasivirta, E.*, *Participation of States ...*, S. 87, 124; *Sornarajah, M.*, *JWTL* 15 (1981), 187–217 (202); ihm zustimmend Schiedsrichter *Cavin* im *Sapphire*-Schiedsverfahren [Schiedsspruch, § 6, B. II. 4. b)], der zu dem Ergebnis kam, daß es sich bei den in Rede stehenden Konzessionen um Verträge „*sui generis*“ handle „*auf die nur die allgemeinen Regeln über die Erfüllung von Verträgen, die in den Gesetzen und in der Praxis der zivilisierten Völker ihren Niederschlag gefunden haben, angewendet werden können*“, ILR 35 (1967), 136–192 (170); ausführlich zu diesen Erkenntnissen des Schiedsgerichts unten, unter § 8, B. II., Fn. 136 ff.

²²⁰ *BYIL* 33 (1957), 1–19.

²²¹ *Ibid.* S. 7.

²²² *Ibid.* S. 10; vgl. dazu: *Baloro, J.*, 19 *Comp. Int. Law Journal Southern Africa* (1986), 410–447 (434); *Bettems, D.*, *RdNr.* 114; *van Hecke, G.*, *RGDIP* 68 (2) (1964), 641–664 (657); *Markert, T.*, S. 124; *Regli, J.-P.*, S. 135; *Paasivirta, E.*, *Par-*

Zweigert kam vor der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht zu dem Ergebnis²²³:

„Verträge zwischen staatlichen und nicht staatlichen Partnern unterlägen in Ermangelung einer ausdrücklichen Verweisung auf nationale Rechtsordnungen den allgemeinen Rechtsgrundsätzen stets dann, wenn die Struktur des Vertrages von solcher Art sei, daß sich seine Ansiedlung in einem nationalen Rechtssystem nach den übereinstimmenden Interessen beider Vertragspartner verbiete“.

Als Indizien für einen solchen Sachverhalt sieht *Zweigert* wiederum Elemente der „Internationalisierung“ wie den Abschluß des Vertrages auf „hoher Ebene“, Schieds- und Rechtswahlklauseln an²²⁴. Dagegen lehnt er wie *Mc Nair* den rechtsordnungslosen Vertrag ab²²⁵; es handle sich bei derartigen Verträgen vielmehr um „*Zwischengebilde*“ zwischen völkerrechtlichen und innerstaatlichen Verträgen²²⁶.

3. Kritik

Die Vertreter der Zuordnung von Konzessionsverträgen zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen lassen nicht immer klar erkennen, ob die allgemeinen Rechtsgrundsätze *ex lege* oder über ein Kollisionsrecht gelten. Nicht zu den Anhängern einer solchen Zuordnung können jedenfalls diejenigen Autoren gezählt werden, welche die Zulässigkeit der Wahl der allgemeinen Rechtsgrundsätze lediglich im Rahmen einer vom IPR des Forums gewährten Parteiautonomie befürworten²²⁷. Im *Sapphire*-²²⁸, *Abu-Dhabi*-²²⁹ und rudimentär im *Lena Goldfields*-Schiedsspruch²³⁰ gingen der Anwendung der allgemeinen Rechtsgrundsätze kollisionsrechtliche Erwägungen voraus. Desgleichen stellen *Cattan*²³¹ und *Mulack*²³² in erster Linie auf die kolli-

tipication of States ..., S. 135; *Schanze, E.*, Investitionsverträge im internationalen Wirtschaftsrecht ..., S. 120; *Sornarajah, M.*, JWTL 15 (1981), 187–217 (201); *Stoll, J.*, S. 36ff.

²²³ Berichte Heft 5 (1964), S. 194–214, ins. 203.

²²⁴ Ibid. S. 208–209.

²²⁵ Zur Lehre *Verdrosses* vom „rechtsordnungslosen“ Vertrag vgl. unten, unter § 7, D.

²²⁶ Ibid. S. 209.

²²⁷ *Schlesinger, R. B./Gündisch, H.-J.*, *RabelsZ* 28 (1964), 4–46 (29): „Eine direkte Verweisung auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze ist denkbar; ob aber im Einzelfall eine solche Verweisung vorliegt und als wirksam anerkannt wird, ist nach dem IPR derjenigen Rechtsordnung zu beurteilen, die kraft der institutionellen Verankerung des Schiedsgerichts das „Forum“ stellt ...“.

²²⁸ Schiedsspruch, ILR 35 (1967), 136–192 (170ff.).

²²⁹ Schiedsspruch, ILR 18 (1951), 144–161 (149).

²³⁰ Schiedsspruch, *CornellLQ* 36 (1950), 42–53 (42).

²³¹ *Cattan, H.*, *The Law of Oil Concessions* ..., S. 68, 103.

²³² *Mulack, G.*, S. 182.

sionsrechtliche Parteiautonomie ab und sehen die allgemeinen Rechtsgrundsätze nur als Auffangsrechtsordnung bei fehlender Rechtswahl in Erdölkonzessionen.

In Zielrichtung und Ergebnis ähnelt die Lehre der Zuordnung von Konzessionsverträgen zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Theorie ihrer völkerrechtlichen Grundlegung. Durch Anwendung einer Rechtsordnung, die vom Konzessionsgeber nicht einseitig beeinflussbar ist, wird den Sicherungsinteressen des Konzessionärs Rechnung getragen. Dabei vermeidet diese Auffassung die dogmatischen Probleme mit der Anerkennung des Ausländers als Völkerrechtssubjekt. Sie kann sich auch viel stärker auf die Vertrags²³³- und Schiedspraxis²³⁴ stützen. Die Wahl allgemeiner oder den Parteien gemeinsamer Rechtsgrundsätze im Vertrag in verschiedenen Formen ist in Konzessionsverträgen sehr häufig. In den meisten Schiedsordnungen werden darüber hinaus Handelsbräuche als Rechtsquelle erwähnt²³⁵. Bei Schiedsrichtern spielen letztlich rechtsvergleichende Erwägungen, die auf die Gewinnung allgemeiner Rechtsgrundsätze zielen können, und Handelsbräuche eine große Rolle²³⁶.

Die Zuordnung von Konzessionsverträgen zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen bleibt indessen nicht ohne Widerspruch. Zunächst fragt es sich, ob diese wirklich eine echte Rechtsordnung bilden, die geeignet ist, dem Vertrag Geltung zu verschaffen. Dies kann man wohl nur unter Rückgriff auf naturrechtliche Erwägungen bejahen und so ist es kein Zufall, wenn Lord Asquith im *Abu Dhabi*-Schiedsspruch von einem „modern law of

²³³ Vgl. die Rechtswahlklausel im lybischen Erdölstreit oben, unter § 7, Fn. 20; im Schiedsvertrag zwischen Aminoil und Kuwait wurde ausdrücklich auf eine transnationale Schiedsgerichtsbarkeit verwiesen: „*The parties hereby submit the said differences and disagreements to transnational arbitration provided in the following articles*“, zitiert nach Markert, T., S. 126; Nachweise auch bei Toope, S. J., S. 22.

²³⁴ Vgl. dazu oben, unter § 7, C. 1.

²³⁵ Art. 33 Abs. 3 der UNCITRAL-Regeln lautet: „*In all cases the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account the usages of the trade applicable to the transactions*“; so auch Art. 17 Abs. 2 der IntHK-Schiedsordnung i. d. F. vom 1. Januar 1998, YCA XXIII (1997), 345–369: „*In all cases, the Arbitral Tribunal shall take account of the provisions of the contract and the relevant trade usages*“; ähnlich § 14 der Schiedsordnung des Schiedsgerichts in Budapest; Art. 42 der Schiedsordnung des Schiedsgerichts in Bukarest; Art. 38 der Schiedsordnung des Schiedsgerichts in Zagreb; Art. 46 der Schiedsordnung des Schiedsgerichts in Belgrad; Punkt 8.4 der Schiedsordnung des Schiedsgerichts in Kiew; Art. 36 der Schiedsordnung des Schiedsgerichts in Sofia; § 13 der Schiedsordnung des Schiedsgerichts in Moskau; Art. 50 der Schiedsordnung des Schiedsgerichts in Minsk; Art. 12 der Schiedsordnung des Schiedsgerichts in Jekaterinburg, berichtet bei Heger, S., RIW 45 (1999), 481–487 (485).

²³⁶ Vgl. nur im Liamco-Schiedsspruch oben, unter § 7, B. I. 2. a) cc). Nachweise auch bei Bettems, D., RdNr. 129.

nature“ spricht²³⁷. Aber merkwürdig bleibt dann, daß dieses Naturrecht nur für Ausländer, nicht dagegen als Menschenrecht für jedermann gelten soll²³⁸.

Die Einwände gegen eine Einstufung der allgemeinen Rechtsgrundsätze als Rechtsordnung sind vor allem praktischer Natur²³⁹. Die Heranziehung allgemeiner Rechtsgrundsätze abstrakter Natur wie etwa des Grundsatzes *pacta sunt servanda* als Grundlage von Konzessionsverträgen stößt auf folgende dogmatische Bedenken²⁴⁰: Der Grundsatz *pacta sunt servanda* gilt sicher in allen Ländern, aber er sagt nichts über seine konkrete Reichweite aus. Er ist zwar abstrakt gültig, aber nicht stets im konkreten Fall anwendbar. Stellt man bei Konzessionsverträgen auf diesen Grundsatz ab, so kommt man mit der h.M zu dem Ergebnis, daß sich die staatliche Seite aus Gründen der Wahrung des Gemeinwohls von ihren Vertragspflichten lösen und die vertraglichen Rechte des Investors im Gemeinwohlinteresse enteignen kann²⁴¹.

Es gibt darüber hinaus noch andere Grundsätze, welche den Grundsatz *pacta sunt servanda* in bestimmten Fällen verdrängen können. So gehört zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht nur der Grundsatz *pacta sunt servanda*, sondern auch der Vorbehalt *clausula rebus sic stantibus*²⁴². Zusammengekommen geraten diese beiden Grundsätze aber in einen Konflikt, der sich allein durch den Hinweis auf ein Regel-Ausnahme-Verhältnis nicht lösen läßt. Hier hilft nur die Heranziehung ergänzender Entscheidungsregeln, mit denen der Ausnahmetatbestand hinreichend klar umschrieben wird. Solche Entscheidungsregeln besitzen aber keineswegs den Charakter allgemeiner Rechtsgrundsätze, sondern sind von nationaler zu nationaler Rechtsordnung verschieden.

²³⁷ Oben, unter § 7, Fn. 219.

²³⁸ Stoll, J., S. 91.

²³⁹ Für unbrauchbar halten die allgemeinen Rechtsgrundsätze: *Leboulanger, P.*, Les contrats entre Etats ..., S. 220; *Markert, T.*, S. 126; *Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 191 ff.; *Stoll, J.*, S. 38 ff.; *Wengler, W.*, ZfRV 23 (1982), 11–40; kritisch auch *Bettems, D.*, RdNr. 124 ff.; *Mann, F.-A.*, RBDI 11 (1975), 562–567 (566), der auf die Unbrauchbarkeit der allgemeinen Rechtsgrundsätze hinweist, solange sie als eine Wahl des Völkerrechts angesehen werden; *Redfern, A./Hunter, M.*, S. 114; *Rigaux, F.*, Droit public et droit privé dans les relations internationales, Paris 1977, S. 386; *Toope, S. J.*, S. 71.

²⁴⁰ Vgl. dazu auch oben, unter § 6, D. II. 3.; siehe auch den Schiedsspruch des *Iran-U.S. Claims-Tribunals* im Falle *Anaconda-Iran Inc. v. Government of the Islamic Republic of Iran et al.*, Iran-U.S. C. T. R. 13 (1986), S. 199, 231: „*It is not sufficient to invoke pacta sunt servanda. As contract law differs from one nation to another and national contract laws differ from international treaty law, one also has to determine in which legal content this rule is invoked*“.

²⁴¹ Vgl. dazu oben, unter § 7, Fn. 73 und unten, unter § 9, A. IV.

²⁴² Vgl. dazu unten, unter § 9, A. I.

Ohne Rückgriff auf einzelne positive staatliche Rechtsordnungen lassen sich hier wohl schwerlich alle Fragen lösen. Nicht bestritten werden soll, daß im Einzelfall durch Rechtsvergleichung oft gemeinsame Grundsätze gewonnen werden können, die praktisch durchaus anwendbar sind²⁴³. Aber in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen eine Rechtsordnung zu sehen und ihnen generell Konzessionsverträge zuzuordnen, würde ein recht vollständiges System voraussetzen, das sie nicht bilden. Die Anwendung allgemeiner, durch Rechtsvergleichung konkretisierter Rechtsgrundsätze ist nur insoweit möglich, als sie innerhalb einer positiven Rechtsordnung angeordnet wird. Dies ist der Fall im Völkerrecht aufgrund von Art. 38 Abs. 1 lit. c) des IGH-Statuts, wodurch die allgemeinen Rechtsgrundsätze auf die Beziehung zwischen Völkerrechtssubjekten Anwendung finden, und im europäischen Gemeinschaftsrecht, wo aufgrund besonderer Anordnung²⁴⁴ im Bereich der außervertraglichen Haftung die Gemeinschaft den durch ihre Organe verursachten Schaden nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die den Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten gemeinsam sind, ersetzt. Dagegen kommen derartige konkretisierte Rechtsgrundsätze isoliert als verpflichtende Grundlage für Verträge nicht in Betracht.

4. Zusammenfassung der Kritik an der Lehre der Zuordnung von Konzessionsverträgen zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen

Insgesamt ergibt sich hinsichtlich der Tauglichkeit allgemeiner Rechtsgrundsätze als Grundlage für Rechte aus Vereinbarungen zwischen Regierungen und fremden Investoren folgendes Dilemma: Allgemeine Rechtsgrundsätze, wie *pacta sunt servanda*, sind als logische Konstitutionsprinzipien allen Rechtsordnungen vorgegeben; es mag auch ethische Grundprinzipien geben, die in allen Rechtsordnungen anerkannt sind. Sie besitzen jedoch keine Normqualität. Sie können nur in einer positiven (nationalen) Rechtsordnung „*lebendig*“ werden, die ihnen ein Substrat verleiht. Andernfalls können sie durch Rechtsvergleichung zwar ein System

²⁴³ So wurde im Falle der *Société Riale v. Ethiopia*, vom 15 Januar 1929, [Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes, tome 8 (1928), 742] eine Art „*droit public européen*“ herangezogen.

²⁴⁴ Art. 288 Abs. 2 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG) vom 7. Februar 1992 (Vertrag von Maastricht, BGBl. 1992, II, S. 1253, in Kraft getreten am 1. November 1993 gem. Bek. vom 18. Oktober 1993, BGBl. 1993, II, S. 1947) in der Fassung vom 2. Oktober 1997 (Vertrag von Amsterdam, BGBl. 1998 II, 386. Der Vertrag ist am 1. Mai 1999 für alle 15 Mitgliedstaaten in Kraft getreten, BGBl. 1999, II, 296): „*Im Bereich der außervertraglichen Haftung ersetzt die Gemeinschaft den durch ihre Organe oder Bediensteten in Ausübung ihrer Amtstätigkeit verursachten Schaden nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind*“ [Hervorhebung von der Verfasserin].

mehr oder minder brauchbarer Regelungen zur Lösung bestimmter Sachverhaltsfragen sein, eine eigenständige Rechtsordnung sind sie indes nicht, sondern sie bedürfen ihrerseits der Bezugnahme in einer positiven Rechtsordnung²⁴⁵.

Allgemeine Rechtsgrundsätze, auch in konkretisierter Form, vermögen daher keine Grundlage für vertragliche Verpflichtungen abzugeben. Etwas anderes wäre es, wenn sie zum Inhalt einer neuen, über den staatlichen Rechtsordnungen stehenden „*transnationalen*“ Rechtsordnung geworden wären, die ebenso wie die staatlichen Rechtsordnungen effektiv bestünde und die ihre Rechtssubjekte definierte. Ob eine solche, neben dem Völkerrecht und den nationalen Rechtsordnungen bestehende, „*dritte*“ Rechtsordnung als Grundlage für Konzessionsverträge in Frage kommt, soll im nächsten Abschnitt untersucht werden.

II. Die Begründung von Rechten des Investors aus einer transnationalen, vom Völkerrecht zu unterscheidenden Rechtsordnung

1. Die Lehre von einer „*dritten*“ Rechtsordnung

a) Der theoretische Ansatz

Nachdem sich die Ungeeignetheit der allgemeinen Rechtsgrundsätze als Grundlegung von Konzessionsverträgen erwiesen hat, ist zu fragen, ob es eine umfassende „*transnationale*“ Rechtsordnung gibt, die neben oder über den staatlichen Rechtsordnungen steht und aus der sich die vertraglichen Ansprüche des Investors gegen einen fremden Staat ableiten lassen. Dies bejaht ein Teil des Schrifttums, der, wie die Vertreter der bereits besprochenen Lösungsansätze, den Investor vor künftigen gesetzgeberischen Maßnahmen des Gaststaates schützen will, ohne dabei das klassische Verständnis des Völkerrechts zu durchbrechen, wie dies im *Texaco*-Schiedsspruch und im Werk von *Böckstiegel* durch die Zubilligung einer gewissen Völkerrechtspersönlichkeit an den Investor geschah. Diese zwischen Völkerrecht und nationalem Recht auszusiedelnde „*dritte*“ Rechtsordnung²⁴⁶ wird neben der Verwendung des von *Jessup* entlehnten Begriffs des „*transnationalen Rechts*“²⁴⁷ auch als „*Privatvölkerrecht*“²⁴⁸ oder „*internationales Wirtschaftsvertragsrecht*“²⁴⁹ bezeichnet.

²⁴⁵ *Kassis, A.*, *Théorie générale des usages de commerce – droit comparé, contrats et arbitrage internationaux, lex mercatoria*, Paris 1984, S. 534; *Merkt, H.*, S. 127; *Virally, M.*, in *Etudes offertes à Berthold Goldman*, S. 373–385 (381).

²⁴⁶ *Fatouros, A.*, *Government Guarantees ...*, S. 288; vgl. dazu *Baloro, J.*, 19 *Comp. Int. Law Journal Southern Africa* (1986), 410–447 (441).

Der Begriff des internationalen Wirtschaftsrechts erfuhren insofern einen gewissen Bedeutungswandel: Diente er zuerst der Kennzeichnung einer Gruppe von Normen eines bestimmten Inhalts, nämlich der Regeln des innerstaatlichen Rechts und/oder des Völkerrechts, die sich mit internationalen Wirtschaftssachverhalten befassen, so wird er nun auch zur Bezeichnung einer eigenständigen Rechtsordnung gegenüber Völkerrecht und nationalem Recht verwendet, die ihrem Ursprung nach von diesen Rechtsordnungen verschieden sein soll. Andere Autoren lassen die genaue Einordnung dieser „dritten“ Ordnung offen²⁵⁰. Sehr stark privatrechtlich orientiert ist dagegen die vor allem in Frankreich verbreitete Auffassung, nach der Konzessionsverträge einer transnationalen *lex mercatoria* der „*société des commerçants*“ unterliegen würden²⁵¹. *Lalive*²⁵² kombiniert beide Auffassungen, indem er als Inspirationsquellen des transnationalen Rechts sowohl die allgemeinen Rechtsgrundsätze als auch die *lex mercatoria* und zusätzlich nationale Rechte und das Völkerrecht heranzieht.

Diese „transnationale“ Rechtsordnung soll nach Ansicht ihrer Vertreter diejenigen Rechtsbeziehungen erfassen, die sich weder vom Völkerrecht noch vom staatlichen Recht her begreifen ließen, zu denen die Vertragsbeziehungen zwischen Staaten und ausländischen Privatpersonen zählen²⁵³. Das „*internationale Wirtschaftsvertragsrecht*“ stehe dabei sowohl zum Völkerrecht als auch zum nationalen Recht in einem unabhängigen Verhältnis²⁵⁴, was vor allem bedeutet, daß seine Normen weder durch innerstaat-

²⁴⁷ *Jessup, P. C.*, Transnational Law 1956, S. 2 ff., 70 ff. Dieses Recht umfaßt „all law which regulates actions or events that transcend national frontiers“ und soll dem Richter bei der Beurteilung eines internationalen Rechtsverhältnisses aus der Vielzahl der in Betracht kommenden Rechtsquellen und Regelungen die Auswahl der jeweils sachgerechtesten Entscheidungsgrundlage ermöglichen.; vgl. dazu *Bettems, D.*, RdNr. 112; *Regli, J.-P.*, S. 136.

²⁴⁸ *Rengeling, H.-W.*, Privatrechtliche Verträge, Berlin 1971, S. 192.

²⁴⁹ *Borchers, K. G.*, Verträge von Staaten mit ausländischen Privatpersonen, Göttingen 1966, S. 199.

²⁵⁰ *El-Koshery, A.*, RdC 147 (1975–IV), 219–393 (327), der von einer *lex petroleum* spricht, „une branche spécialisée de la *lex mercatoria* formée par les usages transnationaux pratiqués universellement dans le domaine pétrolier“; *Kahn, P.*, Clunet 92 (1965), 338–390 (387); *ders.*, Clunet 116 (1989–I), 305–327 (306); *Lalive, P.*, in Festschrift für Lipstein, S. 135–155 (148); *Pazarci, H.*, RGDI 79 (1975), 354–421 (391) (droit „quasi-international“); *Rigaux, F.*, in Etudes offertes à Goldman, S. 261–279 und *ders.*, Droit public ..., S. 412; wohl auch *Gruss, A.*, ZaöRV 39 (1979), 782–806 (793); Nachweise bei *Weil, P.*, RdC 128 (1969–III), 95–240 (179 ff.).

²⁵¹ Ausführlich dazu unten, unter § 7, C. II. 2.

²⁵² *Lalive, J.-F.*, Contracts Between a State or a State Agency and a Foreign Company, ICLQ 13 (1964), 987–1021; *ders.*, RdC 181 (1983–III), 9–283 (48).

²⁵³ Fast übereinstimmend hierzu *Borchers, K. G.*, S. 199; *Lalive, J.-F.*, SchJBIIntR 19 (1962), 273 ff., 296; *Rengeling, H.-W.*, S. 229.

liche noch durch völkerrechtliche Akte außer Kraft gesetzt werden können. Als adäquate rechtliche Sanktion eines Vertragsbruchs wird die Boykottierung durch andere, potentielle Vertragspartner angesehen²⁵⁵.

Rechtssubjekte des Bereichs der „dritten“ Rechtsordnung sind nach dieser Konzeption alle Menschen, ohne das es, wie im Völkerrecht ihrer Mediatisierung durch den Heimatstaat bedürfte. Vom „*internationalen Wirtschaftsvertragsrecht*“ sollen wiederum nur die sogenannten „*internationalisierten*“ Verträge umfaßt sein, die sich durch den Vertragsschluß auf „*hoher Ebene*“ sowie durch Rechts- oder Schiedsklauseln auszeichnen²⁵⁶. Den inhaltlichen Kernbestand dieser Rechtsordnung bilden die allgemeinen Rechtsgrundsätze, welche teilweise sogar als ihr „*Geltungsgrund*“ angesehen werden. Es sollen daneben aber auch gewohnheitsrechtliche Regeln innerhalb dieser transnationalen Gemeinschaft bestehen, eine zentrale „*transnationale*“ Rechtssetzungsinstanz ist von vornherein nicht vorgesehen. Als dieser Rechtsordnung angehörige und sie fortentwickelnde Rechtsprechung werden insbesondere die Schiedssprüche zwischen Staaten und ausländischen Investoren angesehen.

Vereinbarungen zwischen Staaten und ausländischen Investoren sollen diesem „*internationalen Wirtschaftsvertragsrecht*“ unterfallen, mit der Folge, daß sich auch Art und Umfang der vertraglichen Bindung des staatlichen Partners aus dieser Rechtsordnung ergeben würden. Eine diesbezügliche, eigenständige gewohnheitsrechtliche Regel wird aber von keinem der Autoren benannt. Aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die danach vorrangig auf solche Vereinbarungen anzuwenden wären, werden hinsichtlich der Bindung des Staates unterschiedliche Folgerungen gezogen: zum Teil wird mit dem Grundsatz *pacta sunt servanda* die strikte Bindung auch der staatlichen Seite an das Vereinbarte begründet²⁵⁷, zum Teil wird die Bindung im Hinblick auf die Verantwortung des Staates für das Allgemeinwohl eingeschränkt²⁵⁸. *Borchers* schließlich geht ebenfalls von der herausgehobenen Stellung des staatlichen Partners aus, meint dann aber, daß das Gastland gegenüber der fremden Person auch vertraglich auf einen Teil der Souveränitätsrechte zur Wahrnehmung des Allgemeininteresses verzichten

²⁵⁴ Anders *Pazarci, H.*, RGDIP 79 (1975), 354–421, für den die „*quasi-internationalisierte*“ Verträge einer dem Völkerrecht untergeordneten Rechtsordnung unterstehen.

²⁵⁵ So z. B. *Rengling, H.-W.*, S. 255, welcher die These von der „dritten“ Rechtsordnung wohl am weitesten ausgebaut hat.

²⁵⁶ *Borchers, K. G.*, S. 201; *Fatouros, A.*, Government Guarantees ..., S. 293.

²⁵⁷ Nachweise bei *Stoll, J.*, S. 45; *Rengling* ist der Ansicht, es folge aus dem Wesen und Begriff des privatvölkerrechtlichen Vertrages, daß die Interessen des Staates nicht höher bewertet werden müßten als die Interessen des nichtstaatlichen Partners.

²⁵⁸ So z. B. *Pazarci, H.*, RGDIP 79 (1975), 354–421 (398).

könne. Dies sei in gewissen Fällen zu vermuten und finde im übrigen im Recht des Staates auf Selbsterhaltung seine Grenze²⁵⁹.

b) Der Mangel an Substanz einer „dritten“ Rechtsordnung

Bei allen Vertretern, die eine Unterstellung von Konzessionsverträgen unter eine „transnationale“ Rechtsordnung befürworten, fehlt es an konkreten Rechtsnormen, denen diese Verträge zugeordnet werden könnten. Mangels einer zentralen Rechtssetzungsgewalt für die „transnationale Gemeinschaft“ müßte die „transnationale“ Rechtsordnung aus gewohnheitsrechtlichen Regeln bestehen. Bisher wurde aber von keinem der Autoren eine einzige solche gewohnheitsrechtliche Regel in ihrer Geltung nachgewiesen. Die Schiedssprüche entwickeln ebensowenig spezifische „transnationale“ Regeln; sie kamen, soweit sie nicht innerstaatliches Recht oder Völkerrecht anwandten, über die Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze nicht hinaus, ganz abgesehen davon, daß sie sich selbst wohl nicht als Gerichte einer „transnationalen“ Rechtsordnung verstanden.

Damit bliebe auch hier nichts anderes als der Rückgriff auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze, die, wie gezeigt wurde²⁶⁰, weder eine eigene Rechtsordnung bilden noch allein zur Lösung eines konkreten Sachverhalts geeignet sind. Die Existenz einer neben Völkerrecht und nationalem Recht stehenden Rechtsordnung, der Verträge zwischen Staaten und ausländischen Investoren zugeordnet werden könnten, läßt sich somit positiv nicht belegen²⁶¹. Wenn die allgemeinen Rechtsgrundsätze im Völkerrecht Anwendung finden, dann aufgrund positiver Ermächtigung in Art. 38 Abs. 1 lit c) des IGH-Statuts; wenn Schiedsrichter allgemeine Rechtsgrundsätze anwenden, dann aufgrund kollisionsrechtlich zulässiger Rechtswahl durch die Par-

²⁵⁹ Borchers, K. G., S. 208.

²⁶⁰ Vgl. dazu oben, unter § 7, C. I. 3.

²⁶¹ Ago vergleicht die Annahme einer dritten, zwischen Völkerrecht und Landesrecht gesiedelten Ordnung, mit dem Korb, in dem Sokrates von Aristophanes gestellt wurde, zwischen Fußboden und Zimmerdecke, zitiert nach Cattani, H., *The Law of Oil Concessions* ..., S. 144; so auch Barberis, J., RdC 179 (1983-I), 145–302 (180); Bettems, D., RdNr. 117; Delaume, G., TuILR 63 (1989), 575–611 (576); Giardina, A., ItYIL 5 (1980/1981), 147–170 (155); Mann, F.-A. RBDI 11 (1975), 562–567 (563): „Every contract by whoever made must be subject either to a national system of law or to public international law, for these are the only legal orders known to us ...“; Markert, T., S. 127; Mayer, P., Clunet 113 (1986-I), 5–78 (22); Regli, J.-P., S. 139 m.w.Nach.; Schanze, E., *Investitionsverträge im internationalen Wirtschaftsrecht*, S. 135; Stoll, J., S. 45 ff.; Virally, M., in *Etudes offertes à Goldman*, S. 373–385; Weil, P., RdC 128 (1969–III), 95–204 (184); siehe auch die Tagungen des *Institut der Droit International* in Oslo und Athen, AnnIDI Vol. 57, I, (1977), S. 207 ff. (Frage 18) und AnnIDI, Vol 58, II, (1979), S. 55, 74, 79, 81, wo der Lehrsatz „*tertium non datur*“ hervorgehoben wurde.

teien. Aber als autonomer Geltungsgrund kommen allgemeine Rechtsgrundsätze oder „*transnationales*“ Recht kaum in Betracht.

2. Zuordnung zur *lex mercatoria*

a) Die *lex mercatoria* als Vertragsstatut von Konzessionsverträgen

Selbst wenn man davon ausgeht, daß der Staat als Sanktionsträger für ein Rechtssystem entbehrlich ist, so müßte doch eine Rechtsgemeinschaft als Träger dieses Systems vorhanden sein. Eine „*genossenschaftliche*“²⁶² Begründung würde die Existenz eines solchen dritten Rechtssystems bestätigen. Dies versuchen die Anhänger der Lehre der *lex mercatoria*²⁶³. Danach werden Vertragsverhältnisse des internationalen Handels nicht von den Normen staatlichen Rechts beherrscht, sondern von einem außenstaatlichen internationalen Handelsrecht. Diese *lex mercatoria* stütze sich primär auf internationale Handelsbräuche. Darunter werden Branchenusancen und Formulare, aber auch übergreifende allgemein im internationalen Handel verwendete Klauseln verstanden. Muster derartiger Klauseln sind die *Inco-terms* und die „*Einheitliche Richtlinien für Dokumentenakkreditive*“ der *IntHK*-Paris, die in der Praxis eine auf diesem Gebiet fehlende nationale Gesetzgebung ersetzen²⁶⁴.

Auch Schiedsrichter behelfen sich oft mit dem Verweis auf die Vertragspraxis und Handelsbräuche, ohne auf nationale Rechte zurückzugreifen. Insofern sind die internationalen Schiedsgerichte für die Anhänger der *lex mercatoria* die den nationalen Gerichten im staatlichen Recht entspre-

²⁶² So ausdrücklich: *Fouchard, P.*, *L'arbitrage commercial international*, S. 407 ff.; *Rengeling, H.-W.*, S. 224.

²⁶³ Zu dieser Lehre siehe die Literaturangaben oben, unter § 6, D. IV., Fn. 258; vgl. auch *Gaillard, E.*, *Thirty Years of lex mercatoria: Towards the Discriminating Application of Transnational Rules*, in *van den Berg, A.* (Hrsg.), *ICCA Congress Series No 7. Planning Efficient Arbitration Proceedings. The Law Applicable in International Arbitration*, ICCA XIIth International Arbitration Congress, Vienna 3–6 November 1994, S. 570–590; *Kappus, A.*, „Conflict Avoidance“ durch „*lex mercatoria*“ und UN-Kaufrecht, *RIW* 36 (1990), 788–794; *Lowenfeld, A. E.*, *Lex mercatoria – An Arbitrator's View?* 6 *Arb. Int* (1990), 178–190; *Schmitthoff, C.*, *Das neue Recht des Welthandels*, *RabelsZ* 28 (1964), 47–77; *ders.*, *The Unification of the Law of International Trade*, 5 *JBusL* (1968), 105–119; *ders.*, *Nature and Evolutions of the Transnational Law on Commercial Transactions*, in: *The Transnational Law of International Commercial Transactions*, Deventer 1982, S. 19–31; *Wilkinson, V. L. D.*, *The new lex mercatoria – Reality or Academic Fantasy?* *JIntArb* 12 (2) (1995), 103–117; Nachweise auch bei *Bettems, D.*, *RdNr.* 113; *Kuusi, J.*, S. 92–99; *Leboulanger, P.*, *Les contrats entre Etats ...*, S. 220 ff.; *Regli, J.-P.*, S. 136; *Schlösser, P.*, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, *RdNr.* 194 ff.; *Stoll, J.*, S. 43 ff.

²⁶⁴ Vgl. statt anderen: *Fouchard, P.*, *L'arbitrage commercial international*, S. 411.

chende Durchsetzungsinstanz²⁶⁵. Dazu treten noch informelle Sanktionen wie die Sicherheitsleistung durch Hinterlegung eines Geldbetrages vor Beginn eines Schiedsverfahrens²⁶⁶, die Veröffentlichung der Namen derjenigen Parteien, die einen Schiedsspruch nicht befolgen²⁶⁷, Boykottmaßnahmen²⁶⁸ und der Entzug von Mitgliedschaftsrechten in Handelsorganisationen²⁶⁹.

b) Kritische Würdigung

Die Schwäche dieser Auffassung liegt auf der Hand²⁷⁰; ebenso wenig wie im nationalen Bereich handelt es sich bei internationalen Formularverträgen um Recht. Handelsbräuche wirken nicht wie Normen des objektiven Rechts „von außen“ auf die vertragliche Regelung ein, sondern sie werden im Wege der Auslegung zu deren Bestandteil und sie bedürfen der Rezeption durch staatliches Recht, um Rechtsquelle zu werden²⁷¹. Angesichts der

²⁶⁵ Zu der Rolle von internationalen Schiedsgerichten im Rahmen der Lehre von der *lex mercatoria* vgl. oben, unter § 6, D. IV. 1., Fn. 264 ff.

²⁶⁶ Fouchard, P., L'arbitrage commercial international, S. 468 ff. (§§ 652 ff.); Goldman, B., Archives de Philosophie du Droit 9 (1964), 177–192 (192).

²⁶⁷ Fouchard, P., L'arbitrage commercial international, S. 471 ff. (§§ 657 ff.); Goldman, B., ibid. S. 191.

²⁶⁸ Fouchard, P., ibid. S. 476 (662); Goldman, B., ibid. S. 191.

²⁶⁹ Fouchard, P., ibid. S. 476 ff. (§ 663 ff.).

²⁷⁰ Für den Mangel an Substanz der *lex mercatoria* siehe die Literaturangaben oben, unter § 6, D. IV. 4., Fn. 300; vgl. auch: von Bar, C., Internationales Privatrecht, München 1987, RdNr. 103 ff.; Batiffol, H., Problèmes de base de philosophie du droit, Paris 1979, S. 105; Bettems, D., RdNr. 119 ff.; Delaume, G., TullReview 63 (1989), 575–611 (576); Giardina, A., ItYIL 5 (1980/1981), 147–170 (155); Hight, K., TullReview 63 (1989), 613–628 (624); Jacquet, J.-M., Clunet 116 (1989–II), 621–690 (628); Kegel, G., S. 93; Klein, F.-E., in Liber Amicorum Pieter Sanders (1982), S. 189–206 (200); Lorenz, W., in Festschrift für Karl Neumayer (1986), S. 407–429; Luzzatto, R., RdC 157 (1977–IV), 9–120 (24); Markert, T., S. 128; Mayer, P., Clunet 113 (1986–I), 5–78 (23); Simitis, S., Aufgaben und Grenzen der Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht, JuS 6 (1966), 209–219 (213); Toope, S. J., S. 95; Triebel, V./Petzold, E., RIW 34 (1988), 245–250; von Hoffmann, B., Grundsätzliches zur Anwendung der „*lex mercatoria*“ durch internationale Schiedsgerichte, in Festschrift für Gerhard Kegel, S. 215–233 äußert sich eher zurückhaltend. Er gesteht im Bereich der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit den Parteien das Recht zur Wahl der *lex mercatoria* (S. 228), die er allerdings insbesondere als Zusammenfassung allgemeiner Rechtsgrundsätze begreift (S. 220) und sieht die *lex mercatoria* zudem als Ansatz zur Ausfüllung von Lücken im anwendbaren Recht durch die Schiedsrichter; vgl. auch ICC-Schiedsspruch Nr. 4237/1984, YCA X (1984), 52, 55 [„The contents of the supposed *lex mercatoria* are not easy to determine“].

²⁷¹ BGH 29. November 1961, JZ 1963, 167; Böckstiegel, K.-H., in Festschrift für Beitzke, S. 443–458 (457); Capelle, K.-H./Canaris, C.-W., Handelsrecht 21. Aufl., München 1989, S. 234; von Hoffmann, B., Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit.

Heterogenität der Branchen und Märkte bestehen außerdem berechnete Zweifel, ob es im internationalen Handelsverkehr eine einheitliche Gemeinschaft der Kaufleute gibt, aus deren Praxis und Bewußtsein sich autonomes Gewohnheitsrecht bilden kann²⁷².

Die These der Anhänger der *lex mercatoria*, daß die *societas mercatorum* nicht nur autonome Normen erzeugt, sondern mit der Handelsschiedsgerichtsbarkeit auch eine autonome Judikative besitzt, deren Entscheidungen durch anationale Sanktionen ohne staatliche Intervention Effektivität verliehen wird, überzeugt ebenfalls nicht. Die als Rechtsprechungs- und Rechtserzeugungsorgan der Gemeinschaft der Kaufleute apostrophierte internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit existiert nicht als übergreifende Institution²⁷³. Schiedsrichter fühlen sich in erster Linie den Parteien des Schiedsverfahrens verpflichtet. Dafür, daß sie darüber hinaus von dem Bewußtsein erfüllt sind, einer übergeordneten Gemeinschaft der Kaufleute zu dienen, gibt es bisher kaum praktische Belege. Die Schiedssprüche, in denen auf die *lex mercatoria* zurückgegriffen wurde²⁷⁴, sind außerdem im Rahmen der *IntHK*-Paris gefällt²⁷⁵. Parteien dieser Schiedssprüche sind aber in der Regel private Unternehmen. Insofern können die Erkenntnisse dieser Schiedssprüche nicht ohne weiteres auf Konzessionsverträge übertragen werden²⁷⁶. Die *lex mercatoria* mag als solche heute nachweisbar sein; ihre Bedeutung für Verträge zwischen Staaten und ausländischen Privatinvestoren muß aber beschränkt sein, da sich für diese Vertragsverhältnisse andere Anforderungen stellen als für Rechtsbeziehungen zwischen privaten Kaufleuten.

Schließlich hängt die Effektivität der von den „Merkatoristen“ angeführten anationalen Sanktionen, wie z. B. der Verfall einer Sicherheitsleistung, der Entzug von Mitgliedschaftsrechten und Boykottmaßnahmen wegen des staatlichen Gewaltmonopols²⁷⁷ stets von staatlicher Duldung oder Unterstützung ab²⁷⁸. Im übrigen erweisen sich die genannten Maßnahmen nur bei geschlossenen und korporativ organisierten Märkten als wirksam²⁷⁹.

keit ..., S. 26; ders., „*Lex mercatoria*“ vor internationalen Schiedsgerichten, IPRax 4 (1984), 106–108 (107); Schlosser, P., RIW 1982, 857–867 (866); ders., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 197 ff.

²⁷² Dasser, F., S. 390; Giardina, A., ItYIL 5 (1980/1981), 147–170 (156); Lagarde, P., in Etudes offertes à Goldman, S. 125–150 (133); Schlosser, P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 197.

²⁷³ Dasser, F., ibid. S. 390; Schlosser, P., RIW 28 (1982), 857–867 (866).

²⁷⁴ Vgl. ausführlich dazu unten, unter § 8, A. III. und B. II.

²⁷⁵ Eine Auswahl dieser Schiedssprüche werden seit 1974 jährlich im *Journal de Droit International* abgedruckt; vgl. dazu aber die Warnungen des ehemaligen General Secretary der *IntHK* in Clunet 104 (1977), 874, 876.

²⁷⁶ So auch Toope, S. J., S. 94 m.w.Nach. und S. 391; Velten, R., S. 95.

²⁷⁷ Vgl. zu diesem Aspekt insbesondere Stoll, J., S. 49 ff.

c) Ergebnis

Die Theorie von der *lex mercatoria* als eigenständige Rechtsordnung, der Konzessionsverträge unterliegen könnten, ist weder rechtsquellentheoretisch haltbar noch rechtspolitisch erforderlich. Das von den Kaufleuten partiell errichtete Klauselwerk, das allein hinreichend konkrete und praktikable Regelungen enthält, wird auch bei Anwendung nationaler Rechte von diesen genügend im Rahmen der Privatautonomie und der Beachtung von Handelsbräuchen berücksichtigt²⁸⁰. Erst mit der Einbettung der internationalen Handelspraktiken in nationales Recht entfällt aber das Bedenken gegen ein von einer Gruppe von Privatleuten autonom gesetztes Welthandelsrecht²⁸¹.

Bei den allgemeinen Rechtsgrundsätzen ist zwar der Rechtscharakter an sich nicht bestritten, als Entscheidungsgrundlage sind sie allerdings nur beschränkt tauglich. Es ist darüber hinaus zweifelhaft, ob es eine einheitliche Gemeinschaft der international tätigen Kaufleute gibt. Wenn es auch diese bestünde, könnte man die Staaten, die als Glieder der Völkerrechtsgemeinschaft einer anderen Gemeinschaft angehören, nicht ohne weiteres einbeziehen²⁸². Gerade für die öffentlich-rechtlich geprägte Konzession ist

²⁷⁸ Dasser, F., S. 390; Münzberg, R., S. 70ff.; Schlosser, P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 197; vgl. auch Mustill, M., International Arbitration in a Changing World, Arbitration 60 (1994), S. 199, 203: „*The progressive decline of commercial, and it must regrettably be said, of professional ethical standards has made it quite clear that international arbitration no longer retains the internal disciplines which it once possessed to any degree sufficient to protect it against a self-interested refusal by the parties and some of their lawyers to honour the promises made when, long before, the draftsman of the contract inserted an arbitration clause. Whether one likes it or not, it is only the courts, which have the power to compel the parties, their lawyers (and, exceptionally, the arbitrators) to do by compulsion what they should have done of their own accord*“ [Hervorhebung von der Verfasserin].

²⁷⁹ Dasser, F., S. 390; Münzberg, R., S. 70ff.; vgl. auch Reisman, W. M., Systems of Control in International Adjudication and Arbitration (1992), S. 8: „*National, legal and general cultural heterogeneity, the larger number of actors and the increased randomness of arbitrator combinations, all of which are characteristic of contemporary international arbitration, make latent social controls such as peer pressure and common values of personal conscience more ephemeral and marginal and, on the whole, less effective than in more homogenous national settings*“.

²⁸⁰ Vgl. dazu die Regelungen in den Schiedsordnungen oben, unter § 7, Fn. 235; ähnlich Art. VI Abs. 1 S. 3 EÜ; Art. 28 Abs. 4 UNCITRAL-Modellgesetz; § 1051 Abs. 4 ZPO n.F.

²⁸¹ Friedman, W., The Changing Structure of International Law, S. 175: „*It is indeed little short of frightening to think of groups of governments and private parties establishing autonomous legal orders of their own, quasi-international ad-hoc communities subject neither to national nor to international authorities*“.

²⁸² Weil, P., in Etudes offertes à Goldman, S. 387–414 (407).

eine Konzeption, die auf der Gleichberechtigung und Homogenität der wirtschaftlich Tätigen beruht, unbrauchbar. Staatliches öffentliches Recht kann nicht durch Handelsbräuche überspielt werden. Abgesehen davon kann die *lex mercatoria* gerade für Konzessionsverträge nicht in Betracht kommen, weil ihre Normen keine Rechtsqualität besitzen. Einen eigentlichen Gesetzgeber des internationalen Handels gibt es derzeit nicht. Die *societas mercatorum* ist weiterhin zu wenig homogen und organisiert, um Recht setzen zu können. Es fehlt auch eine Judikative. Zwar wird immer auf die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit verwiesen; eine solche existiert aber außerhalb von einzelnen Branchenorganisationen als Institution nicht. Die Schiedsrichter sind nur den Parteien verantwortlich, von welchen sie eingesetzt und beauftragt worden sind und nicht einer diffusen übernationalen Gemeinschaft von Kaufleuten.

Alles in allem hat die Ansicht, die *lex mercatoria* bilde eine geschlossene lückenlose Rechtsordnung, die als Vertragsstatut von Konzessionsverträgen dienen kann, einen schweren Stand. Eine überzeugende Begründung steht noch aus. Dessen sind sich auch die Vertreter dieser Theorie bewußt. Sie sprechen zwar geläufig von „Rechtsordnung“, präzisieren aber immer wieder, es handle sich bloß um ein „Recht im Werden“, das eine Tendenz aufweise, autonom zu werden²⁸³. Somit verbleibt lediglich die Möglichkeit, daß Schiedsgerichte das, was die *lex mercatoria* ausmacht, im Rahmen einer Billigkeitsentscheidung berücksichtigen, die zu treffen sie befugt sind²⁸⁴, sofern die Parteien eine derartige *ex aequo et bono* Entscheidung gewollt haben²⁸⁵. Die ausdrückliche Anordnung der Parteien, auf der Basis der *lex mercatoria* zu entscheiden, kann deshalb als Ermächtigung umgedeutet werden, nach Billigkeit zu entscheiden, wobei die „Billigkeit“ durch feste Regeln der *lex mercatoria* konkretisiert wird.

D. Der rechtsordnungslose Vertrag

Die These vom rechtsordnungslosen Vertrag von Verdross²⁸⁶, der sich Bourquin²⁸⁷ und Kipp²⁸⁸ angeschlossen haben, besagt, daß gewisse Verein-

²⁸³ Vgl. die Literaturangaben oben, unter § 6 Fn. 273 und 305; Nachweise auch bei Stoll, J., S. 46.

²⁸⁴ Vgl. ausführlich dazu unten, unter § 8, B. II.

²⁸⁵ So auch von Hoffmann, B., IPRax 4 (1984), 106–108 (107); Triebel, V./Pertzold, E., RIW 34 (1988), 245–250 (246).

²⁸⁶ ZaöRV 18 (1957/1958), 635–651; vgl. dazu Asante, S. K. B., ICLQ 37 (1988), 588–628 (612); Bowett, D. W., BYIL 59 (1988), 49–74 (50); Fischer, P., in Festschrift für Alfred Verdross 1980, S. 379–401; Giardina, A., ItYIL 5 (1980/1981), 147–170 (153); Goldschmidt, W., RdC 136 (1972–II), 203–329 (258); Markert, T., S. 128; Mayer, P., in Etudes offertes à Goldmann, S. 199–216 (202);

barungen zwischen Staaten und fremden Privatpersonen weder dem Völkerrecht noch dem nationalen Recht unterzuordnen seien, sondern eine eigene Rechtsordnung zwischen den Parteien bildeten. Die so bestehende *lex contractus* sei ausschließliche, aber auch genügende Grundlage für rechtliche Ansprüche des privaten Partners aus der Vereinbarung; der Grundlegung in einer weiteren Rechtsordnung bedürfe es demgegenüber nicht. Voraussetzung hierfür sei, daß eine solche Vereinbarung gewisse Elemente einer „*Internationalisierung*“ aufweise, vor allem, daß sie auf hoher Ebene, d.h. von staatlicher Seite von der auch zum Anschluß völkerrechtlicher Verträge befugten Stelle, geschlossen und nicht ausdrücklich nationalem Recht unterstellt ist.

Als Indiz für den Parteiwillen, den Vertrag zu „*internationalisieren*“, sei ferner die Vereinbarung einer Schiedsklausel zu werten. Da derartige Abkommen zwar nicht zwischen Völkerrechtssubjekten geschlossen würden, der Staat aber die fremde Privatperson wie einen Gleichgestellten behandle, seien die Vereinbarungen als „*quasi-völkerrechtliche*“ Verträge zu bezeichnen. Dieser Terminus war bereits vorher von anderer Seite verwendet worden²⁸⁹. Ein solcher *quasi-völkerrechtlicher* Vertrag wäre jeglichem staatlichen Einfluß entzogen; auch ein nachträgliches Gesetz könnte an der Bindung des staatlichen Vertragspartners nichts ändern. Die Parteien sollten sich bei diesen Vereinbarungen bemühen, alle denkbaren Probleme im Vertragstext zu regeln und dadurch einen Rückgriff auf weitere Rechtsquellen überflüssig zu machen. Außerdem werde mit dem Abschluß einer derartigen Vereinbarung eine eigene Rechtsordnung begründet, die nur *inter pares* gelte, deren Geltungsgrund der Grundsatz „*pacta sunt servanda*“ sei und die alle Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien erschöpfend regelt. In einer Konzession zwischen Tunesien und der französischen *Compagnie des transports par pipe-line au Sahara* heißt es tatsächlich: „*La présente convention constitue la loi des parties*“²⁹⁰.

Schanze, E., Investitionsverträge im internationalen Wirtschaftsrecht, S. 120; Stoll, J., S. 28; Weil, P., RdC 128 (1969–III), 95–203 (177).

²⁸⁷ Bourquin, M., Arbitration and Economic Development Agreements, 15 Bus Law (1959/1960), 860.

²⁸⁸ Kipp, H., Verträge zwischen staatlichen und nicht staatlichen Partnern, BerD-GesVöR 5, S. 133–193; siehe auch die zustimmenden Auffassungen von Schmitt-hoff, C. M., RabelsZ 28 (1964), 47–77; Wengler, W., Die Funktion der richterlichen Entscheidungen über internationale Rechtsverhältnisse, RabelsZ 16 (1951), 1–31 (15).

²⁸⁹ z.B. von Schwarzenberger zitiert nach Verdross, A., ZaöRV 18 (1957/1958), 635–651 (638); diese Bezeichnung wurde auch im Sapphire-Schiedsspruch [§ 6, B. II. 4. b)] verwendet.

²⁹⁰ Zitiert nach Weil, P., RdC 128 (1969–III), 95–204 (163); El-Kosheri, A., RdC 147 (1975–IV), 219–393 (331) sieht hingegen im Sapphire-Schiedsspruch eine Bestätigung der Theorie du „*contrat sans loi*“.

Gegen die Konstruktion eines Vertrages, welcher die Verbindlichkeit aus sich selbst heraus bezieht oder eine Rechtsgemeinschaft für sich bildet, wurden von vielen Seiten Einwände erhoben²⁹¹. Jeder Vertrag untersteht notwendigerweise einer Rechtsordnung, die ihn trägt. Das zeigt sich schon bei der Beurteilung der Frage, ob der Vertrag überhaupt zustande gekommen ist. Dafür können die Parteierklärungen nur Bewertungsgegenstand, nicht aber Bewertungsmaßstab sein. Außerdem setzt jede Rechtsordnung der Privatautonomie der Parteien Schranken, die dem Schutz der Vertragsparteien selbst, außenstehender Dritter sowie der Allgemeinheit dienen. Ein privatautonomer Ausschluß jedweder Rechtsordnung würde demgegenüber dazu führen, daß die Garantie eines gerechten Interessenausgleichs von vornherein fehlt²⁹². Schließlich können in einem Vertrag wirklich nicht alle denkbaren rechtlichen Probleme soweit geregelt werden, daß ein Rückgriff auf andere Grundsätze entbehrlich bleibt²⁹³. *Verdross* selbst hat später klargestellt, daß die allgemeinen Rechtsgrundsätze auf den Vertrag sehr wohl Anwendung finden könnten, nur seien sie keine konkrete Rechtsordnung. Sie würden allein zur Auslegung der *lex contractus* herangezogen, welche die Verhältnisse zwischen den Parteien weiter regelt²⁹⁴. Damit handelt es

²⁹¹ So schon in *Aramco-Schiedsspruch*, ILR 27 (1963), 117–233 (165): „*It is obvious that no contract can exist in vacuo, i.e. without being based on a legal system*“ [Hervorhebung von der Verfasserin]; zustimmend: *Barberis, J.*, RdC 179 (1983–I), 145–304 (179, 204); *Batiffol, H.*, Aspects philosophiques du droit international privé, Paris 1956, no 43; *ders.*, Problèmes des contrats internationaux, Cours de l'Institut des Hautes Etudes Internationales, Paris 1961–1962 II, S. 121; *ders.*, RCDIP 53 (1964), 647–662; *Bowett, D. W.*, BYIL 59 (1988), 49–74 (50); *Fatouros, A.*, Government Guarantees ..., S. 286; *Geiger, R.*, ICLQ 23 (1974), 73–104 (78); *Giardina, A.*, ItYIL 5 (1980/1981), 147–170 (154); *Goldschmidt, W.*, RdC 136 (1972–II), 203–329 (258); *von Hoffmann, B.*, Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit ..., S. 69; *Mann F.-A.* The Proper Law of Contracts Concluded by International Persons, BYIL 35 (1959), 34–57 (49); *ders.*, RBDI 11 (1975), 562–567 (562); *Markert, T.*, S. 129; *Merkt, H.*, S. 125; *Mc Nair*, BYIL 33 (1957), 1–19 (7); *Redfern, A./Hunter, M.*, S. 71; *Regli, J.-P.*, S. 115; *Seidl-Hohenveldern, I.*, RBDI 11 (1975), 567–570 (567); *Smit, H.*, TulLReview 63 (1989), 629–645 (631); *Stoll, J.*, S. 30 ff.; *Toope, S. J.*, S. 58; *Weil, P.*, RdC 128 (1969–III), 95–204 (182); abgelehnt auch im Texaco-Schiedsspruch zitiert nach *Lalive, J.-F.*, Clunet 104 (1977), 319–389 (334).

²⁹² Siehe die Bedenken von *Batiffol, H.*: „*Une telle conception admettrait une liberté dangereuse pour les faibles, pleine de surprises pour les tiers, laissant les juges ou les arbitres dans un embarras excessif, les obligeant à forger eux-mêmes en réalité un système nouveau qui devrait comporter des précisions dont aucun système ne peut se passer mais qu'il est artificiel de fabriquer après coup*“, in RCDIP 53 (1964), 647–662 (655).

²⁹³ So ausdrücklich im *Anaconda-Iran, Inc. v. Iran-Schiedsspruch des Iran-U.S. Claims Tribunals*, 13 Iran-U.S. C.T.R. (1986 IV), 199, 230: „*The doctrine of pacta sunt servanda is not a rule which per se suffices to resolve the remaining issues raised in this case*“.

sich bei dieser Lehre lediglich um eine Variante der Theorie der Zuordnung von Konzessionsverträgen zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen²⁹⁵.

E. Zuordnung über ein Kollisionsrecht

Eine direkte Zuordnung von Konzessionsverträgen zu einer nationalen Rechtsordnung ohne den Umweg über Kollisionsregeln läßt sich somit nicht nachweisen. Dementsprechend standen oft sowohl in der Literatur²⁹⁶ als auch in den Schiedssprüchen²⁹⁷ bei der Frage, welcher Rechtsordnung Konzessionsverträge unterliegen müßten, internationalprivatrechtliche Erwägungen am Anfang. So wandte Schiedsrichter *Lagergren* im *BP-Fall* dänisches Kollisionsrecht als IPR des Forums an²⁹⁸, während Schiedsrichter *Cavin* im *Sapphire-Fall* dahingestellt ließ, ob auf Schweizer IPR als Recht des Staates am Sitz des Schiedsgerichts oder auf die allgemeinen Grundsätze des IPR abzustellen sei²⁹⁹. In den *Aramco*-³⁰⁰ und *Liamco*-³⁰¹ Verfahren gelangten die Schiedsrichter unter Bezugnahme auf die „*allgemeinen Grundsätze des internationalen Privatrechts*“ zum Grundsatz der Parteiautonomie und damit zur Anwendbarkeit der in den jeweiligen Rechtsklauseln festgelegten Rechtsordnungen, Rechtsgrundsätze und sonstigen Normenengefüge.

²⁹⁴ *Verdross, A.*, Zwei Schweizer Schiedssprüche über quasi-völkerrechtliche Verträge, SchJIntR 21 (1964), 15 ff. 24; *ders.*, Gibt es Verträge, die weder dem innerstaatlichen Recht noch dem Völkerrecht unterliegen?, 6 ZfRV (1965), 129–134; vgl. dazu *Baloro, J.*, 19 Comp. Int. Law Journal Southern Africa (1986), 410–447 (440); ähnlich auch *Kipp, H.*, S. 182.

²⁹⁵ Ähnlich *Böckstiegel, K.-H.*, Der Staat ..., S. 131; *Weil, P.*, RdC 128 (1969–III), 95–203 (183).

²⁹⁶ *Bettems, D.*, RdNr. 94 m.w.Nach.; *Catranis, A.*, RIW 28 (1982), 19–27 (23); *Cattan, H.*, The Law of Oil Concessions ..., S. 68; *Delaume, G.*, RBDI 14 (1968), 362; *El-Kosheri, A.*, RdC 147 (1975–IV), 219–393 (322); *Giardina, A.*, ItYIL 5 (1980/1981), 147–170 (160); *Goldschmidt, W.*, RdC 136 (1972–II), 203–329 (245); *Lalive, J.-F.*, ICLQ 13 (1964–II), 987–1021 (999, 1006); *ders.*, RdC 181 (1983–III), 9–283 (41 ff.); *Leboulanger, P.*, Les contrats entre Etats ..., S. 231; *Mann, F.-A.*, The Law Governing State Contracts, BYIL 21 (1944), 11–33 (19); *ders.*, in Festschrift für Domke, S. 157–183 (167); *ders.*, RBDI 11 (1975), 562–567 (564); *Markert, T.*, S. 129; *Mayer, P.*, Clunet 113 (1986–I), 5–78 (22); *von Mehren, R. B./Kourides, P. N.*, AJIL 75 (1981), 476–552 (510); *Regli, J.-P.*, S. 144; *Stoll, J.*, S. 67; *Vedel, G.*, Rev. arb 1961, 116–130 (129); *White, R.*, ICLQ 30 (1981), 1–19 (17).

²⁹⁷ Vgl. dazu oben § 7, B. I. 3. und II. 2.

²⁹⁸ Schiedsspruch, ILR 52 (1979), 297–388 (326).

²⁹⁹ Schiedsspruch, ILR 35 (1967), 136–192 (170).

³⁰⁰ Schiedsspruch, ILR 27 (1963), 117–233 (156).

³⁰¹ Schiedsspruch, Rev. arb 1980, 132–191 (137).

Bei der Bestimmung des anwendbaren Kollisionsrechts gab es also zwischen den Schiedsrichtern keine Einigkeit, was daraus zu erklären ist, daß gerade ihnen – jedenfalls, soweit es sich im *ad-hoc* Schiedsgerichte handelte – keine *lex fori* automatisch vorgegeben war³⁰². Trotzdem haben die Schiedsrichter versucht, das maßgebliche Recht für die von ihnen zu beurteilenden Vertragsbeziehungen zwischen Staaten und ausländischen Investoren über eine internationalprivatrechtliche Fragestellung aufzufinden. Allerdings könnte man den Versuch, die maßgebliche Rechtsordnung über Kollisionsregeln zu bestimmen, für ein überflüssiges Bemühen halten. Bei ausdrücklicher Rechtswahl wenden Schiedsrichter stets das gewählte Recht an und bei fehlender Rechtswahl bietet sich unter Zugrundelegung allgemeiner kollisionsrechtlicher Prinzipien zunächst das Recht des Konzessionsgebers als anwendbares Recht auf den Vertrag an, es sei denn, man würde eine schlüssige Rechtswahl annehmen³⁰³. Da ohnehin jedes Kollisionsrecht zum selben Ergebnis käme, könnte man auf eine Bestimmung des anwendbaren IPR verzichten. Dementsprechend enthalten etliche der behandelten Schiedssprüche keine Ausführungen zum angewandten Kollisionsrecht³⁰⁴.

Selbst wenn im Einzelfall ein Schiedsrichter in der Lage ist, ein zutreffendes Ergebnis ohne ausdrückliche Anwendung eines bestimmten Kollisionsrechts zu finden, ist jedoch die Sache nicht so einfach. Für den Rechtswahlvertrag gilt das gleiche, was für die Zuordnung von Konzessionsverträgen generell in dieser Untersuchung festgestellt wurde. Parteiautonomie bedeutet nicht nur die Freiheit zur Rechtswahl, sondern zugleich auch die Bindung an diese. Eine derartige Bindung bedarf jedoch wie jeder andere Vertrag der Grundlegung in einer bestimmten Rechtsordnung, welche die Antworten darauf liefern wird, ob eine Rechtswahl überhaupt vorliegt und wie sie auszulegen ist und ob nur eine ausdrückliche oder auch eine stillschweigende Rechtswahl in Betracht kommen kann³⁰⁵. Daß es hier nicht um einfache Fragen geht, zeigt beispielsweise der *Sapphire*-Fall, in dem der Schluß von Schiedsrichter *Cavin*, die Anwendung iranischen Rechts sei nicht gewollt, nicht unangefochten blieb³⁰⁶.

³⁰² Vgl. dazu oben, unter § 6, Fn. 2.

³⁰³ So etwa *Lord Asquith* im *Abu Dhabi*-Fall, oben, unter § 7, C. I. 1. b), Fn. 216.

³⁰⁴ *Lena Goldfields*-Fall, oben, unter § 7, C. I. 1. a); *Abu Dhabi*-Fall, oben, unter § 7, C. I. 1. b); *Ruler of Qatar v. International Marine Oil Company*-Fall, oben, unter § 7, C. I. 1., Fn. 219; *Aminoil*-Fall, oben, unter § 7, B. I. 2. b) bb).

³⁰⁵ Vgl. dazu den *Aramco*-Schiedsspruch, wo von der Notwendigkeit der Grundlegung des Rechtswahlvertrages ausgegangen wurde, zitiert nach *Batiffol*, *H.*, RCDIP 53 (1964), 647–662 (655).

³⁰⁶ Kritisch etwa *Delaume*, *G.*, *Des stipulations de droit applicable dans les accords de prêt et de développement économique et leur rôle*, RBDI 4 (1968), 336–364 (348).

Das Prinzip der Parteiautonomie kann sich somit immer nur auf eine konkrete Rechtsordnung beziehen, auch wenn es sich dabei um ein in der Wissenschaft allgemein anerkanntes Prinzip handelt³⁰⁷. Auf allgemeine Grundsätze des internationalen Privatrechts für sich genommen, ohne Bezug zu einer konkreten Rechtsordnung, läßt sich die Privatautonomie für Konzessionsverträge ebensowenig gründen wie die Bindung an den materiellen Inhalt der Vereinbarung auf den Satz *pacta sunt servanda*. Deshalb war es durchaus berechtigt, wenn sich die meisten Schiedsrichter darum bemüht haben, mangels einer bestimmten *lex fori*, welcher die Vertragsbeziehungen zwischen Gaststaat und ausländischen Investoren zugeordnet werden könnten, das anwendbare Kollisionsrecht zu bestimmen³⁰⁸. Mögen einige von ihnen Konzessionsverträge unter eine nationale Rechtsordnung unterstellt und deren Kollisionsrecht angewandt haben³⁰⁹, während andere sich für die Anwendung allgemeiner Grundsätze des IPR entschieden haben³¹⁰. Gleichwohl läßt es sich feststellen, daß die Auffindung der maßgeblichen Rechtsordnung zur Beurteilung der Vertragsbeziehungen zwischen Staaten und Privatunternehmen über ein Kollisionsrecht den meisten Schiedsrichtern als unausweichlich erschien.

F. Anwendung eines bestimmten nationalen Kollisionsrechts

I. *Lex fori*- bzw. *lex arbitri* Lösung

Die Anknüpfung an das Recht des Sitzes des Schiedsgerichts ist zweifellos die traditionellste Lösung. Für national gebundene institutionelle Schiedsgerichte, die allerdings im Konzessionsbereich eine geringere Rolle spielen, ist dies nahezu selbstverständlich³¹¹. Diese Lösung hat den Vorteil der Klarheit und Einfachheit und sie bietet einen eindeutigen rechtlichen Ausgangspunkt für die Grundlegung der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie³¹². Die Anwendung der *lex fori* für das Kollisionsrecht wurde wie beim Verfahrensrecht³¹³ vor allem von *Mann*³¹⁴ vertreten. Recht nahe steht

³⁰⁷ Ausführlich dazu unten, unter § 8, A. I.

³⁰⁸ Zur sogenannten „*voie directe*“ d.h. zur direkten Anwendung bestimmter Rechtssätze ohne den Umweg über ein Kollisionsrecht bei der Bestimmung des auf die Hauptsache anwendbaren Rechts siehe unten, unter § 8, B. II. 2., Fn. 149.

³⁰⁹ So im BP-Schiedsverfahren, oben, unter § 7, Fn. 298.

³¹⁰ So in den Aramco- und Liamco-Verfahren, oben, unter § 7, Fn. 300 und Fn. 301.

³¹¹ Vgl. dazu oben, unter § 6, A., Fn. 5 ff.

³¹² Vgl. dazu oben, unter § 6, C. I. 1.

³¹³ Vgl. dazu oben, unter § 6, B. II.

dieser Auffassung die Meinung, daß das angewandte Kollisionsrecht stets dem Verfahrensrecht entsprechen müsse³¹⁵. Mit Ausnahme der sehr seltenen Fällen, in denen die Parteien ein nicht mit dem Recht des Staates am Sitz des Schiedsgerichts übereinstimmendes Verfahrensrecht wählen, wird hier die Übereinstimmung vom Verfahrensrecht und Recht am Sitz des Schiedsgerichts vorausgesetzt³¹⁶.

Haben die Parteien den Sitz des Schiedsgerichts ausdrücklich bestimmt, dann ist die Anwendung des am Sitz des Schiedsgerichts geltenden Verfahrensrechts angesichts des Vorhandenseins einer Grundlage im Parteiwillen sicherlich gerechtfertigt³¹⁷. Unproblematisch ist sie auch dann nicht, denn gerade bei Konzessionsverträgen beruht die Wahl, sofern nicht überhaupt Bequemlichkeitserwägungen ausschlaggebend waren, eher auf der Absicht, ein reibungsloses Verfahren zu gewährleisten, als auf der Absicht, inhaltliche Aussagen zu treffen³¹⁸. Haben hingegen die Parteien in ihrer Schiedsvereinbarung den Sitz eines eventuellen Schiedsgerichts noch nicht im voraus bestimmt und wird er erst vom Schiedsrichter festgelegt, so kann die Anwendung der IPR-Regeln desjenigen Staates, auf dessen Territorium sich der Sitz des Schiedsgerichts befindet, ohnehin nicht überzeugen³¹⁹. Die Lehre *Manns* führt hier zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Denn bevor nicht der Sitz des Schiedsgerichts festgelegt ist, kann man auch nicht wissen, welches Kollisionsrecht anwendbar und – als Folge hiervon – welches das maßgebliche Vertragsstatut ist. Eine solche Rechtsunsicherheit ist für die Parteien mißlich, wenn von ihnen Entscheidungen zu treffen sind, die von dem maßgeblichen Vertragsstatut beeinflusst werden. Die Frage der

³¹⁴ BYIL 21 (1944), 11–33; *ders.*, in Festschrift für Domke, S.157–183 (167); *ders.*, BYIL 42 (1967), 1–37 (6ff.); ebenso *Sauser-Hall, G.*, AnnIDI 44 I (1952), 571ff.; Art. 11 der Amsterdamer Resolution des *Institut de Droit International* vom 26. September 1957, AnnIDI 47 II (1957), 479, 484, oben, unter § 6, Fn. 56 wohl auch *Schlessinger, R. B./Gündisch, H.-J.*, *RabelsZ* 28 (1964), 4–46 (19); *Lew, J. D. M.*, S. 245; so in *Amin Rasheed Shipping Corp. v. Kuwait Insurance Co.* [1984] 1 AC 50, 60–65; *Deutsche Schachtbau-und-Tiefbohrergesellschaft mbH v. R'as Al Khaimah National Oil Co* [1987] 2 All E.R. 769, 774 (AC), per *Lord John Donaldson M. R.*

³¹⁵ von *Hoffmann, B.*, *Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit ...*, S. 110; *Klein, F.-E.*, *SchwJahrIntR* 24 (1967), 106 (beide mit der Einschränkung, daß das Verfahrensrecht auch von der strikten Rechtsbindung befreien kann).

³¹⁶ Vgl. dazu oben, unter § 6, C. I. 1. b).

³¹⁷ Vgl. dazu oben, unter § 6, C. I. 3.; so auch: *Klein, F.-E.*, in *Liber Amicorum für Pieter Sanders*, S. 189–206 (195).

³¹⁸ Vgl. dazu oben, unter § 6, C. 2. und die Literaturangaben in Fn. 173 desselben Paragraphs.

³¹⁹ *Böckstiegel, K.-H.*, in Festschrift für Beitzke, S. 443–458 (447); *Fouchard, P.*, *L'arbitrage commercial international*, S. 365; *Goldman, B.*, *RdC* 109 (1963–II), 372; *Leboulanger, P.*, *Les contrats entre Etats ...*, S. 271; *Lew, J. D. M.*, S. 252; *Tschanz, P.-Y.*, *IntL* 18 (1984), 245–281 (259).

anwendbaren Rechtsordnung ist für die Rechtsbeziehungen der Parteien und für deren Planungsbedürfnisse von entscheidender Bedeutung. Sie muß deshalb nach Kriterien bestimmt werden können, die bereits beim Vertragsschluß bekannt sind und sie kann nicht von einer zufälligen oder bewußten Entscheidung des Schiedsrichters zu einem späteren Zeitpunkt abhängen.

Die Heranziehung des Rechtes des Staates am Sitz des Schiedsgerichts ist deshalb bedenklich. Schiedsrichter *Lagergren* versuchte im *BP*-Verfahren diese Einwände dadurch zu entkräften, daß er die Wahl des dänischen Rechts am Sitz des Schiedsgerichts nicht als zwingend erachtete, sondern sie aufgrund seines schiedsrichterlichen Ermessens vornahm und zusätzlich damit begründete, das dänische Recht gebe der Parteiautonomie besonders breiten Raum³²⁰. Eine solche ergebnisorientierte Vorgehensweise ist jedoch nicht verallgemeinerungsfähig und setzt den Schiedsrichter leicht dem Vorwurf der Voreingenommenheit aus.

Ist die Heranziehung der *lex fori* aus den geschilderten Gründen mehreren gewichtigen Einwänden ausgesetzt, so überrascht es nicht, daß sie vom internationalen Schrifttum immer mehr aufgegeben wird³²¹ und die im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit geltenden Normen ihre zwingende Anwendbarkeit nicht bestätigen. Das *UNÜ* verlangt nirgends die zwingende Anwendung bestimmter Kollisionsnormen. Das *EÜ* geht von der grundsätzlichen Geltung der Rechtswahl der Parteien aus und sieht vor, daß der Schiedsrichter bei fehlender Rechtswahl die von ihm für richtig erachteten Kollisionsnormen anzuwenden hat³²². Art. 33 Abs. 1 Satz 2 der *UNCI*-

³²⁰ Schiedsspruch, ILR 53 (1979), 297–288 (326); vgl. dazu oben, unter § 6, B. 3. c).

³²¹ *Basedow, J.*, in *Glossner, O.* (Hrsg.), Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit 1987, S. 1, 16; *Berger, K. P.*, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, S. 352–361; *Böckstiegel, K.-H.*, in *Festschrift für Beitzke*, S. 443–458 (446–448); *Craig, W. L./Park, W. W./Paulsson, J.*, S. 283ff.; *Croff, C.*, The Applicable Law in an International Commercial Arbitration: Is it still a Conflict of Laws Problem? *IntL* 16 (1982), 613–645 (623); *Derains, Y./Lalive, P.*, Possible Conflict of Laws Rules and the Rules Applicable to the Substance of the Dispute, in *Sanders, P.* (Hrsg.), *UNCITRAL's Project for a Model Law on International Commercial Arbitration*, Deventer 1984, S. 169–195 (174); *Drobnig, U.*, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und wirtschaftliche Eingriffsnormen, in *Festschrift für Gerhard Kegel* 1987, S. 95–118 (101ff.); *Fouchard, P.*, L'arbitrage commercial international, S. 378ff.; *Goldman, B.*, *RdC* 109 (1963–II), 347 (366ff.); *Gottwald, P.*, in *Festschrift für Nagel*, S. 54–69 (63); *Kronke, H.*, *RIW* 44 (1998), 257–264 (262, Fn. 45) m.w.Nach.; *Lalive, P.*, *Rev. arb* 1976, 155–185; *Lando, O.*, The Law Applicable to the Merits of the Dispute, 2 *Arb. Int* (1986), 104–115 (112); *Lew, J. D. M.*, S. 245–284; *Naón, H. A.*, Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration, Tübingen 1992, S. 41; *Redfern, A./Hunter, M.*, S. 125ff.; *Sandrock, O.*, *RIW* 38 (1992), 785–795; *Toope, S. J.*, S. 47.

³²² Art. VII Abs. 1 S. 2 *EÜ* lautet: „Haben die Parteien das anzuwendende Recht nicht bestimmt, so hat das Schiedsgericht das Recht anzuwenden, auf das die Kollisionsnormen anzuwenden hat“.

TRAL-Verfahrensregeln³²³, Art. 28 Abs. 2 des UNCITRAL-Modellgesetzes³²⁴ und Art. 17 Abs. 1 Satz 2 der Schiedsgerichtsordnung der IntHK-Paris enthalten fast wortgleiche Bestimmungen³²⁵. Auch die herrschende Lehre³²⁶ und die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit³²⁷ gehen davon aus, daß bei fehlender Rechtswahl die Bestimmung der anzuwendenden Kollisionsregeln dem Schiedsgericht obliegt.

II. Anwendung eines anderen nationalen Kollisionsrechts. Das Recht des Konzessionsgebers als maßgebliches IPR

Das Problem des anwendbaren Kollisionsrechts ist allerdings mit der Bestimmung durch das Schiedsgericht nicht gelöst, sondern lediglich auf eine andere Ebene verlagert. Es bleibt noch zu untersuchen, nach welchen Kriterien ein Schiedsrichter das maßgebliche IPR aufzufinden hat. Ist eine *lex fori*-Lösung aus den geschilderten Gründen nicht sachgerecht, so käme als nächstes noch die *lex causae* in Betracht. Haben die Parteien eine Vereinbarung über das anwendbare Recht getroffen, so entscheidet das Schiedsgericht nach dem von den Parteien gewählten Recht; bei fehlender Rechtswahl käme eine Kollisionsordnung mit engem tatsächlichen Bezug zum Streitfall zur Anwendung. Der Rückgriff auf die *lex causae* kann aber als generelle Regel nicht befriedigen. Deshalb hat sich kein Schiedsgericht dieser Orientierung angeschlossen. Gegen die Heranziehung der *lex causae*

sionsnormen hinweisen, von denen auszugehen das Schiedsgericht jeweils für richtig erachtet.“

³²³ Art. 33 Abs. 1 Satz 2 der UNCITRAL-Schiedsordnung lautet: „Fehlt eine solche Bezeichnung durch die Parteien, so hat das Schiedsgericht jenes Recht anzuwenden, das von den Kollisionsnormen, die es im betreffenden Fall für anwendbar erachtet, bezeichnet wird“.

³²⁴ Art. 28 Abs. 2 UNCITRAL-Modellgesetz lautet: „Haben die Parteien das anzuwendende Recht nicht bestimmt, so hat das Schiedsgericht das Recht anzuwenden, welches das von ihm für anwendbar erachtete Kollisionsrecht bestimmt“.

³²⁵ Art. 17 Abs. 1 Satz 2 der IntHK-Schiedsregeln i. d. F. vom 1. Januar 1998 lautet: „In the absence of any such agreement, the Arbitral Tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate“; vgl. auch Art. V der Erklärung der algerischen Regierung vom 19. Januar 1981 „Concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran“ und zahlreiche andere Nachweise bei Sandrock, O., RIW 38 (1992), S. 790.

³²⁶ David, R., S. 341; Fouchard, P., L'arbitrage commercial international, S. 378 ff.; Goldman, B., RdC 109 (1963-II), 467; Lalive, P., Rev. arb 1976, 155–185 (175); Lando, O., in Festschrift für Zweigert, S. 157–178; einschränkend aber nicht ablehnend: Schlosser, P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 728.

³²⁷ Nachweise bei Craig, W. L./Park, W. W./Paulsson, J., § 17; vgl. dazu auch unten, unter § 8, B. II.

als maßgebliches Kollisionsrecht werden zwei Arten von Einwänden erhoben: Bei erfolgter Rechtswahl wird die Parteivereinbarung über das anwendbare Recht stets materiellrechtlich aufgefaßt und ein *Renvoi* greift nicht Platz³²⁸. Bei nicht erfolgter Rechtswahl soll die zu suchende Kollisionsregel erst dazu dienen, die *lex causae* zu ermitteln, was zu einem Zirkelschluß führt.

Scheiden somit *lex fori* und *lex causae* zur Bestimmung des anwendbaren IPR aus, so verbleibt wohl als ernsthaft in Betracht kommende Rechtsordnung diejenige des Konzessionsgebers³²⁹. Für sie spricht zunächst, daß bei einer Konzession nicht nur privatrechtliche, sondern vor allem öffentlich-rechtliche Kollisionsprobleme auftauchen, zu deren Lösung die Rechtsordnung des Konzessionsgebers am ehesten berufen erscheint. Darüber hinaus ist für die Frage, inwieweit öffentlich-rechtliche Normen des Gaststaates in den Vertrag eingreifen, nur seine Rechtsordnung zuständig³³⁰. Das Problem der Berücksichtigung fremder öffentlich-rechtlicher Normen außerhalb der *lex contractus* wird im Rahmen der Bestimmung des anwendbaren materiellen Rechts im folgenden Paragraphen erörtert³³¹. An dieser Stelle reicht es zu sagen, daß Rechtsordnungen und Gerichte über die Rechtmäßigkeit fremder Hoheitsakte nicht abschließend entscheiden können. Dies ist darauf zurückzuführen, daß jeder Staat sich Entscheidungen auf dem Gebiet des eigenen öffentlichen Rechts als Ausdruck seiner Souveränität vorbehält.

Dem Wesen einer Konzession entspricht es, daß durch diese von Privatpersonen Funktionen erfüllt werden, welche das Gastland selbst nicht erfüllen kann oder will³³². Daraus, daß die Privatperson somit gewissermaßen in Ausübung von Staatsfunktionen tätig wird, ergibt sich eine wichtige Konsequenz für die hier gestellte Problematik. Denn es ist gewiß nicht zu bestreiten, daß jene Normen, durch welche der Staat die Erfüllung ihm eigener

³²⁸ Fouchard, P., L'arbitrage commercial international, S. 363; Lalive, P., Rev. arb 1976, 155–185 (170).

³²⁹ Amerasinghe, C.-F., AJIL 58 (1964), 881–913 (905); An, T., JWTL 21 (4) (1987), 95–146 (125); de Aréchaga, E. J., RdC 159 (1978–I), 1–343 (305); Baloro, J., 19 Comp. Int. Law Journal Southern Africa (1986), 410–447 (437); Bettems, D., RdNr. 61 ff.; Bowett, D. W., BYIL 59 (1988), 49–74 (53); Fischer, P., Die internationale Konzession, S. 347; Giardina, A., ItYIL 5 (1980/1981), 147–170 (152); Jacques, J.-M., Clunet 116 (1989–II), 621–690 (623, 636); Redfern, A., BYIL 55 (1984), 65–110 (87); Regli, J.-P., S. 125; Schanze, E., Investitionsverträge im internationalen Wirtschaftsrecht, S. 135; Vedel, G., Rev. arb 1961, 116–130 (127); Wengler, W., RGDI 76 (1972), 313–345; a.A. Mayer, P., Clunet 113 (1986–I), 5–78 (18 ff.).

³³⁰ Ausführlich dazu: Stoll, J., S. 71 ff.

³³¹ Vgl. dazu unten, unter § 8, C. III.

³³² Vgl. dazu oben, unter § 1, A.

Funktionen regelt, in dem Sinne „*innere*“ sind, als sie zwar durch das Völkerrecht erfaßt werden können³³³ und mit der zunehmenden Internationalisierung des Rechts auch erfaßt werden, aber (jedenfalls formell) niemals durch solche eines anderen Staates ersetzt werden können³³⁴. Normen, die daher diese Funktionen und deren Übertragung an Privatpersonen³³⁵ regeln, sind ihrer Natur nach in sachlicher Hinsicht solche, die das Wesen des Staates unmittelbar berühren³³⁶.

Die „*Staatswesentlichkeit*“ des Konzessionsinhalts wird in formeller Hinsicht auch dadurch manifestiert, daß höchste Staatsorgane beim Abschluß des Vertrages tätig werden. Diese inneren und äußeren Merkmale unterscheiden einen Konzessionsvertrag von jenen Rechtsgeschäften internationaler Natur, für deren kollisionsrechtliche Bewältigung das IPR herangezogen wird. Abschluß und Erfüllung des Vertrages erfolgen nämlich zumeist im Inland des Konzessionsgebers, so daß selbst unter Zugrundelegung kollisionsrechtlicher Tests (Anwendung der *lex loci contractus* oder der *lex loci executionis*) für das Konzessionsverhältnis als solches kaum ein Anknüpfungspunkt zu einer fremden (innerstaatlichen) Rechtsordnung gegeben ist³³⁷. Darüber hinaus kommt bei nicht erfolgter Rechtswahl der Parteien unter Heranziehung des IPR-Grundsatzes der Anwendung der Kollisions-

³³³ Zur kumulativen Anwendung eines staatlichen Rechts (des Rechts des Konzessionsgebers) mit dem Völkerrecht oder den allgemeinen Rechtsgrundsätzen siehe: ICC-Schiedsspruch Nr. 1803/1972, Société des Grands Travaux de Marseille (France) c. Etat Pakistan Industrial Development Corporation, YCA V (1980), 183 (staatliches Recht, solange es mit Völkerrecht übereinstimmt); ICC-Schiedsspruch Nr. 3380/1980, Clunet 108 (1981), 929 (staatliches syrisches Recht zusammen mit dem Völkerrecht und der *lex mercatoria*); ICC-Schiedsspruch Nr. 3327/1981, Clunet 109 (1982), 973; so auch im Falle S.P.P. c. Egypte (§ 7, Fn. 49 und Fn. 53); Framatome et al. c. Atomic Energy Organization of Iran, ICC Nr. 3896 vom 30. April 1982, Clunet 111 (1984), 58–80, insb. 70, 73: „*Il y a toujours lieu de présumer que l'Etat en question a voulu agir conformément aux principes ou règles du droit des gens, et non pas en violation de ceux ci*“.

³³⁴ Cherian, J., S. 22 spricht sogar von einer Vermutung der Einwilligung des ausländischen Investors, sich unter die Gerichtsbarkeit des Gaststaates zu unterstellen.

³³⁵ Fischer, P., Die internationale Konzession, S. 348 spricht hierzu vom „*innerstaatlichen Konzessionsrecht*“.

³³⁶ Für den Hauptgegenstand heutiger Konzessionen ist die Entwicklung, welche die Behandlung der Angelegenheit „*dauernde Souveränität über Naturreichtümer*“ durch die Resolutionen der Vereinten Nationen genommen hat (§ 7, B. VII.), hinreichend Beweis für die zentrale Bedeutung, die diesen Staatsfunktionen und dem sie regelnden Rechtsbereich zukommt; vgl. z.B. Abs. 2 der Prämbel der Resolution 3015 (XXVIII) vom 18. Dezember 1972 der Generalversammlung der Vereinten Nationen in diesem Sachbereich, (U N. Doc. A/C. 2/L. 1272/Rev. 1, S. 1), in welcher die Problematik der „*dauernden Souveränität über Naturreichtümer*“ als „*lebenswichtige Fragen*“ („*vital issues*“) bezeichnet werden.

³³⁷ Fischer, P., Die internationale Konzession, S. 348.

ordnung mit engem tatsächlichen Bezug zum Streitfall nur diejenige des Konzessionsgebers in Betracht³³⁸.

Gegen die Zuordnung von Konzessionsverträgen zum Recht des Konzessionsgebers wurden folgende Argumente vorgebracht³³⁹: Das noch nicht ausgereifte nationale Rechtssystem enthalte keine einschlägigen Vorschriften, die zur Lösung komplexer Konzessionsrechtsverhältnisse herangezogen werden könnten³⁴⁰. Ein Rückgriff auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze erscheine somit als unerlässlich. Die Rechtsordnung des Konzessionsgebers könne darüber hinaus keinen ausreichenden Schutz gegen nachträgliche Aufhebung oder Einschränkung der Vereinbarungen zwischen Gaststaat und ausländischem Investor bieten, da sie vom Gaststaat jederzeit zu eigenen Gunsten abgeändert werden kann.

Das erste Argument greift heute nicht mehr. In der Zwischenzeit verfügen viele Kapitalimportstaaten über ein überschaubares, lückenloses Investitionsrecht³⁴¹. Die Investitionsgesetze geben klare Auskunft über Rechte und Pflichten des Investors ab und sie kommen dem Wunsch von Privatunternehmen nach einem vollständigen Rechtssystem entgegen, welches die Bedürfnisse des internationalen Wirtschaftsverkehrs nach Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit befriedigt. Die Heranziehung der allgemeinen Rechtsgrundsätze als ergänzende oder korrigierende Rechtsquelle³⁴² zum Zwecke

³³⁸ Das Prinzip des Anwendung der Kollisionsordnung mit dem engem tatsächlichen Bezug bei fehlender Rechtswahl ist weltweit anerkannt; vgl. dazu Art. 4 EVÜ; Section 9 und 10 der Inter-American Convention on Applicable Law to International Arrangements vom März 1994, zitiert nach *de Mur D. R.*, Law Applicable to International Contracts in Latin America, in *van den Berg, A.* (Hrsg.), ICCA Congress Series No 7. Planning Efficient Arbitration Proceedings. The Law Applicable in International Arbitration, XIIth International Arbitration Congress, Vienna 3–6 November 1994, S. 501–517 (507); § 1051 Abs. 2 ZPO n.F.; zahlreiche Nachweise bei *Maniruzzaman, A. F. M.*, NILR 40 (1993), 201–237 (209 ff.); vgl. auch ICC-Schiedssprüche Nr. 2886/1977, Clunet 105 (1978), 996; Nr. 4434/1983, Clunet 110 (1983), 893; Nr. 5118/1986, Clunet 114 (1987), 1027; Nr. 4650/1985, YCA XII (1987), 111.

³³⁹ *Elombi, G.*, JIntArb 11 (3) (1994), 61–68 (61); *Nassar, N.*, Internationalization of State Contracts: *ICSID*, The Last Citadel, JIntArb 14 (3) (1997), 185–207 (192); *Peters, P.*, in *Essays Voskuil*, S. 231–245 (233); *Sornarajah, M.*, JIntArb 14 (3) (1997), 103–140 (109).

³⁴⁰ *Société Riale v. Ethiopia*, Recueil des Décisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes, 8 (1929), S. 742; *Abu Dhabi-Fall*, ILR 18 (1951), 144–161 (149); *Aramco-Fall*, ILR 27 (1963), 117–233 (168–170); *Ruler of Qatar-Fall*, ILR 20 (1953), 534–547 (541); Cour cass., Entscheidung vom 29. Oktober 1971, *National Commercial Bank v. Entreprise Jean Lefebvre*, Clunet 102 (1975), 314 mit Anm. *Fouchard*; Nachweise auch bei *Giardina, A.*, ItYIL 5 (1980/1981), 147–170 (153) und *Paasivirta, E.*, Participation of States ..., S. 122.

³⁴¹ Vgl. ausführlich dazu unten, unter § 10, B.

³⁴² Vgl. dazu oben, unter § 7, B., Fn. 108.

der Vermeidung eines *non-liquet* bedeutet außerdem nicht, daß das nationale Recht des Konzessionsgebers völlig außer acht gelassen wird. Je mehr die Entwicklungsländer ihre Gesetzgebung modernisieren, um den heutigen Umständen und Besonderheiten des Welthandels Rechnung zu tragen, desto weniger werden die Schiedsrichter dazu neigen, allgemeine Rechtsgrundsätze heranzuziehen, um ein vermutlich unvollkommenes staatliches Recht zu ergänzen³⁴³.

Dem zweiten Argument der Rechtsunsicherheit, die daraus entstehen würde, daß der Gaststaat aus Gründen der Wahrung des Gemeinwohls, undiskriminierend und gegen Bezahlung einer angemessenen, prompten und effektiven Entschädigung in die Konzession eingreifen und die vertraglich gewährten Rechte des Investors aufheben oder wesentlich einschränken kann, ist folgendes entgegenzuhalten: Die Frage der Berechtigung des staatlichen Vertragspartners zur Beseitigung oder Beschränkung bestimmter Rechtsstellungen des Privatunternehmens ist nicht mit der Frage zu verwechseln, ob seine Rechtsordnung als anzuwendendes IPR in Betracht kommen kann. Denn das entscheidende Problem ist hier, ob die Anwendung des Kollisionsrechts des Konzessionsgebers sachgerecht, einwandfrei und praktisch befriedigend ist. Dabei treten die Eingriffsmöglichkeiten des Gaststaates in den Vertrag und deren Grenzen in den Hintergrund. Der Versuch aber, durch Rechtswahl-, Schieds- und Stabilisierungsklauseln solche Eingriffe zu verhindern oder zu erschweren, spricht wohl eher dafür, daß die Möglichkeit derartiger Maßnahmen als grundsätzlich gegeben angesehen wird, als dafür, daß der Vertrag als auf einer völlig anderen Ebene liegend betrachtet wird³⁴⁴.

Die rechtliche Praxis bestätigt diese Überlegungen: wird eine innerstaatliche Rechtsordnung gewählt, so ist es jene des Konzessionsgebers³⁴⁵,

³⁴³ Bowett, D. W., BYIL 59 (1988), 49–74 (53); Cattan, J., The Law of Oil Concessions, S. 77.

³⁴⁴ Cohen-Jonathan, G., AFDI 23 (1977), 452–479 (472); Delaume, G., RBDI 4 (1968), 336–364 (348 ff.); Markert, T., S. 114; Verhoeven, J., Rev. arb 1985, 609–640 (616); Weil, P., in Mélanges Rousseau, S. 310–328 (322): „*La fréquence des clauses d'intangibilité constitue ainsi un indice en faveur, sinon de la thèse de la mutabilité illimitée du contrat internationalisé, du moins d'une conception nuancée reconnaissant à l'Etat le pouvoir de modification et de résiliation sous certaines conditions et dans certaines limites*“.

³⁴⁵ So z. B. die neuesten *production-sharing* Verträge Indonesiens. Für viele Sektion XV Zi. 2.1 des Wendel-Phillips-Vertrages vom 4. Februar 1970: „*The laws of the Republic of Indonesia shall apply to this Contract*“, PLAA, Sup. XXVI Indonesia, A-23. Diese Formel entspricht Sektion 14 Zi. 2 des Modells 1968, Selected Documents (§ 1, Fn. 48), Band 2, S. 98; so auch die Rechtswahlklauseln in den folgenden ICSID-Schiedsverfahren: *Società Adriano Gardella SpA v. Government of Ivory Coast* (Fall Nr. ARB/74/1) (1983) 1, ICSID Rep. 282; *Atlantic Triton Company Ltd. v. People's Revolutionary Republic of Guinea* (Fall Nr. ARB/84/1)

höchst selten diese gemeinsam mit der des Heimatstaates des Konzessionärs³⁴⁶; bisher ist kein Fall bekannt, in welchem nur die Rechtsordnung eines fremden Staates als auf ein Konzessionsverhältnis anwendbar vereinbart wurde³⁴⁷. Das einzige Beispiel, das zur Illustration eines solchen Falles von *Borchers*³⁴⁸ und *Böckstiegel*³⁴⁹ angeführt wird, ist jenes des *Red Line*-Abkommens von 1928. Bei diesem Instrument geht es jedoch nicht um einen Vertrag zwischen Irak und den Gesellschaften, wie es die genannten Autoren irrtümlicherweise annehmen. Die Vereinbarung wurde hingegen zwischen britischen und amerikanischen Gesellschaften und einer französischen Gesellschaft *inter se* abgeschlossen³⁵⁰; es handelt sich hier somit um einen privatrechtlichen Vertrag zwischen multinationalen Gesellschaften, auf den nach dem Willen der Parteien englisches Recht³⁵¹ anzuwenden ist und der wie jedes andere Abkommen zwischen Privatpersonen mit Auslandsberührung den Regeln des IPR unterliegt. Er fällt daher aus dem Kreis jener Abkommen, welche den Gegenstand dieser Untersuchung bilden, heraus.

Schiedsgerichte haben darüber hinaus oft auf das IPR des Konzessionsgebers zurückgegriffen³⁵². So wurde im *Aramco*-Schiedsspruch für die Frage

(1985), ILM 24 (1984), 340 (Art. 9); Mobil Oil Corporation, Mobil Petroleum Company, Inc. and Mobil Oil New Zealand Ltd. v. New Zealand Government (Fall Nr. ARB/87/2), unveröffentlichte Streitbeilegung vom 26. November 1990 (Art. 7.7); Société d'Etudes de Travaux et de Gestion SET MEG S.A. v. Republic of Gabon (Fall Nr. ARB/87/1), unveröffentlichte Streitbeilegung vom 21. Januar 1992 (Art. 27); Vacuum Salt Products Ltd. v. Government of the Republic of Ghana (Fall Nr. ARB/92/1) (1994), 9 ICISID Rev.-FILJ 72 (Art. 39).

³⁴⁶ So Art. 11 des Vertrages vom 10. November 1928 zwischen der Post- und Telegraphenverwaltung der tschechoslowakischen Republik und der Radio Corporation of America: „*This Agreement, as to the obligations or responsibilities hereunder of the Corporation and the Administration respectively, shall be construed, interpreted and enforced according to the laws of the state of New York, U.S.A. and the Republic of Czechoslovakia respectively*“, AJIL 30 (1936), 523. Im konzessionären Bereich ist aber selbst eine solche Regelung eine Ausnahme, die nur durch den Konzessionsgegenstand (Telegraphenverbindung zwischen dem Konzessionsgeber und den U.S.A.) selbst gerechtfertigt ist, der materiell zu zwei Rechtsordnungen echte Anknüpfungsmomente bietet.

³⁴⁷ *Fischer, P.*, Die internationale Konzession, S. 349.

³⁴⁸ *Borchers, K.-G.*, S. 157.

³⁴⁹ *Böckstiegel, K.-H.*, Der Staat ..., S. 86, Fn. 41.

³⁵⁰ Parteien des Vertrages waren: D'Arcy Exploration Company Ltd., The Anglo-Saxon Petroleum Company Ltd., Compagnie Française de Pétroles, Near East Development Corporation, Participations and Investment Ltd. and Türkisch Petroleum Company, Ltd., in *Hurewitz, J.*, Diplomacy in the Near and Middle East, Band II, Toronto 1956, S. 162.

³⁵¹ Art. 24 des Abkommens lautete: „*This Agreement shall be construed according to and be governed by english law*“, *ibid.* S. 176.

³⁵² Nachweise bei *Paasivirta, E.*, Participation of States ..., S. 102 ff.

der Qualifikation saudi-arabisches Recht angewandt mit der Begründung, dies sei die *lex rei sitae*³⁵³. Eine derartige Argumentation ist zwar wenig überzeugend, weil es hier nicht um sachenrechtliche Probleme ging, für deren Lösung die Heranziehung der *lex rei sitae* geboten gewesen wäre. Im Ergebnis war jedoch der Rückgriff auf saudi-arabisches Recht durchaus richtig³⁵⁴. Denn in diesem Fall handelte es sich darum, ob saudi-arabisches Verwaltungsrecht auf den Vertrag anwendbar war. Darüber konnte nur das staatliche Recht des Konzessionsgebers selbst entscheiden. Auch in *Ami-noil*-Fall wurde primär staatliches Recht (das kuwaitische Recht) als *proper law* angewandt³⁵⁵. Den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Völkerrechts wurden Einflußmöglichkeiten insoweit offengelassen, als das Schiedsgericht sie zum Bestandteil des nationalen Rechtes erklärte. Das *WBÜ* stellt schließlich in Art 42 Abs. 1 bei fehlender Rechtswahl auf das Kollisionsrecht des Konzessionsgebers ab³⁵⁶.

³⁵³ Schiedsspruch, ILR 27 (1963), 117–233 (162); vgl. auch Art. 2 des chilenischen Mineralgesetzes vom 21. Januar 1982: „*Mining concessions are real property rights distinct and independent from the ownership of the surface property*“ und das französische Mineralgesetz vom 16. August 1956, zitiert nach *An, T.*, JWTL 21 (4) (1987), 95–146 (131).

³⁵⁴ Ebenso: *Batiffol, H.*, RCDIP 53 (1964), 647–662; *Goldman, B.*, RdC 109 (1963–II), 351–483 (420); *Regli, J.-P.*, S. 18.

³⁵⁵ Schiedsspruch, ILM 21 (1982), 976–1053 (1000); vgl. dazu: *Bettems, D.*, RdNr. 75; *Redfern, A.*, BYIL 55 (1984), 65–110 (87, 93); *Tschanz, P.-Y.*, IntLaw 18 (1984), 245–281 (262); *Velten, R.*, S. 67.

³⁵⁶ *Ball, M.*, in *Lew, D. M.* (ed.), *Contemporary Problems ...*, S. 297–312 (310); *Broches, A.*, RdC 136 (1972–II), 331–410; *ders.*, in *ICSID, Analysis of Documents Concerning the Origin and Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, Vol. 1, 1970, S. 192–194: „*It was quite clear that the laws of the host State country would be of primary importance and that international law itself would in the first place refer to them*“; *Elombi, G.*, JIntArb 11 (3) (1994), 61–68 (62, 66); *Maniruzzaman, A. F. M.*, NILR 40 (1993), 201–237 (233); *Tschanz, P.-Y.*, IntL 18 (1984), 245–281 (262); vgl. auch die *ICSID*-Schiedssprüche in den folgenden Fällen: *Benvenuti v. Bonfant*, ILM 21 (1982), 740–766 (758); *Agip v. Congo*, ILM 21 (1982), 726–739; *Amco v. Indonesia*, ILM 25 (1986), 1441–1465 (1443); *Letco v. Liberia*, ILM 26 (1987), 647–677 (657).

In derselben Richtung auch Art. 16 des „*Accord sur le règlement des litiges en matière d'investissements entre Etats hôtes d'investissements arabes et les ressortissants des autres Etats arabes*“ vom 20. August 1976: „*Le Tribunal tranche le litige conformément aux règles contenues dans le présent accord, ainsi qu' aux règlements pris par le Conseil. En cas d'absence de tels textes, le Tribunal applique la loi de l'Etat hôte partie au litige – y compris les règles de conflit de lois qui lui sont propres. Le Tribunal applique également les règles du droit international qu'il juge convenables*“, [Hervorhebung von der Verfasserin], zitiert nach *Rycx, J.-F.*, L'accord sur le règlement des litiges entre Etats hôtes d'investissements arabes et ressortissants des autres Etats arabes et ses perspectives, *Rev. arb* 1981, 259–280; so Art. 199 des *American Law Institute's Draft Rules on the Principles of Interna-*

Aus diesen durch die bisher bekannt gewordenen rechtstatsächliche Praxis und schiedsgerichtliche Judikatur erhärteten Überlegungen läßt sich also für den konzessionären Bereich ableiten, daß bei fehlender Rechtswahl unter Zugrundelegung kollisionsrechtlicher Tests das Recht des Gaststaates – von Böckstiegel³⁵⁷ als „Auffangsrechtsordnung“ bezeichnet – als einzige maßgebliche Rechtsordnung zur Anwendung in Betracht kommt.

G. Ergebnis der Zuordnung von Konzessionsverträgen

Die Frage der Qualifikation der Rechtsbeziehungen zwischen Gaststaaten und ausländischen Investoren in einem Konzessionsvertrag ist eines der meistdiskutierten rechtlichen Probleme. Die Schwierigkeiten liegen darin, daß angesichts der Eigentümlichkeiten dieser rechtlichen Beziehungen die Grenzen zwischen Privat- und Völkerrecht verwischt sind. Dementsprechend lassen sich Konzessionsverträge nicht mehr uneingeschränkt in ein bestimmtes nationales Recht einordnen. Eingedenk der staatlichen Befugnis zur nachträglichen Änderung des Vertragsrechts haben sich die Privatinvestoren darum bemüht, den Vertrag in einer Rechtsordnung zu verankern, die von hoheitlichen Eingriffen des nationalen Gesetzgebers abgeschirmt bleibt.

Die Unterstellung eines Vertrages, der selbst die Übertragung staatlicher souveräner Rechte zum Gegenstand hat, unter die Rechtsordnung eines fremden Staates war mit dem völkerrechtlichen Prinzip der souveränen Gleichheit von Staaten kaum vereinbar. Aus diesem Grund suchte man zunächst Zuflucht zu anationalen Normen, um die Beziehungen zwischen Staaten und fremden Privatunternehmen aus dem staatlichen Recht herauszulösen und die Investoren von Gesetzesänderungen des Gastlandes zu schützen, ihnen Gewähr für die Sicherheit ihrer Investitionen zu bieten und damit letztlich auch den Entwicklungsländern zu dienen, die auf das Vertrauen ausländischer Investoren angewiesen sind. Im Rahmen der sogenannten „*Internationalisierungslehre*“ wurden Konzessionsverträge zum Völkerrecht³⁵⁸, zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen³⁵⁹, zu einem transnationalen Recht³⁶⁰ oder zu der *lex mercatoria*³⁶¹ zugeordnet, während vereinzelt die Konstruktion eines rechtsordnungslosen Vertrages vertreten wurde³⁶².

tional Law Governing Treatment of Foreign Property Rights, zitiert nach *Baloro, J.*, 19 Comp. Int. Law Journal Southern Africa (1986), 410–447 (437).

³⁵⁷ Böckstiegel, K.-H., Der Staat ..., S. 106 und die dort angeführte Literatur.

³⁵⁸ Vgl. dazu oben, unter § 7, B.

³⁵⁹ Vgl. dazu oben, unter § 7, C. I.

³⁶⁰ Vgl. dazu oben, unter § 7, C. II. 1.

³⁶¹ Vgl. dazu oben, unter § 7, C. II. 2.

³⁶² Vgl. dazu oben, unter § 7, D.

Die verschiedenen Lösungsansätze stießen auf erhebliche dogmatische Einwände und lassen sich rechtstatsächlich nicht nachweisen. Auch die schiedsgerichtliche Judikatur hat sich den Einordnungsversuchen in das Völkerrecht oder in „*Grenzgebiete*“ zwischen Völkerrecht und nationalem Recht nicht angeschlossen. Inhaltlich sind die durch die „*Internationalisierungslehre*“ für anwendbar vorgeschlagenen Normenkomplexe entweder zu dürftig (allgemeine Rechtsgrundsätze) oder zu unbestimmt (transnationales Recht, *lex mercatoria*) oder aber schlicht ungeeignet, die Vertragsbeziehungen zwischen privaten Investoren und Gaststaat im Zusammenhang mit wirtschaftlichen Großvorhaben direkt zu regeln (Völkerrecht). Darüber hinaus ist der Schutz des Investors vor nachfolgenden Rechtsänderungen durch Vertragsinternationalisierung weder in voller Konsequenz verwirklicht noch schlüssig begründet worden.

Insofern drängt sich bei Konzessionen eine Anknüpfung an das Recht des Gaststaates als dem „*centre de gravité*“ des Vertrages auf. Die alten Argumente, dieses Recht sei nicht genügend entwickelt, um die komplexen Konzessionsrechtsverhältnisse regeln zu können, sind heute unzutreffend. Aber auch wertungsmäßig scheint es überzogen, einen fremden Investor, um ihn vor willkürlichen Gesetzgebungsmaßnahmen des Konzessionsgebers zu schützen, mit dem Gastland rechtlich auf die gleiche Stufe zu stellen und von Beziehungen *inter pares* zu sprechen. Insgesamt folgt, daß kollisionsrechtlich wählbare Sachrechte jenseits des nationalen Rechts und des Völkerrechts im Sinne einer „*dritten Ordnung*“ nicht bestehen und daß insofern der Leitsatz aus dem serbischen Anleihenfall von 1929, daß jeder Vertrag, der nicht ein Vertrag zwischen Staaten als Subjekte des internationalen Rechts ist, seine Grundlegung in einem Landesgesetz hat, für praktische Zwecke weitergilt³⁶³.

³⁶³ Schanze, E., Investitionsverträge im internationalen Wirtschaftsrecht, S. 135.

§ 8 Die Bedeutung von Rechtswahlklauseln in Konzessionsverträgen

A. Anwendbares Recht bei ausdrücklicher Rechtswahl

Eines der fundamentalen Prinzipien der Lehre vom IPR ist das Recht der Parteien eines internationalen Vertrages, die Rechtsordnung, der sie ihre Verhältnisse unterstellen (*kollisionsrechtliche Verweisung*) oder deren Normen sie zum Vertragsinhalt machen (*materiellrechtliche Verweisung*) wollen, wählen zu können¹. Rechtswahlklauseln sind auch im konzessionären Bereich sehr häufig anzutreffen². Es erscheint daher sinnvoll, zum Zwecke einer allgemeinen Erörterung der Rechtswahlproblematik auf die bisherigen wichtigsten wissenschaftlichen Aussagen darüber zu verweisen³ und im folgenden nur jene Aspekte herauszugreifen, die – wie es der Fragestellung dieser Untersuchung entspricht – die rechtlichen Besonderheiten des internationalen Konzessionsphänomens betreffen.

¹ *El-Kosheri, A.*, RdC 147 (1975–IV), 219–393 (326); *Fischer, P.*, Die internationale Konzession, S. 345 ff.; *Kegel, G.*, § 18, S. 471 ff.; *Lalive, P.*, L'état en tant que partie à des contrats de concession ou d'investissement conclus avec des sociétés privées étrangères, in *UNIDROIT* (Hrsg.), New Directions in International Trade, Band I, Dobbs Ferry New York 1977, S. 317, 325; *Lew, J. D. M.*, S. 75; *Markert, T.*, S. 141; *Regli, J.-P.*, S. 60, 146 ff.

² Vgl. dazu unter, unter § 8, A. I., Fn. 12 ff.

³ Die Frage der Rechtswahl stand am Beginn der wissenschaftlichen Befassung mit dem internationalen Konzessionsphänomen; vgl. *Baloro, J.*, 19 Comp. Int. Law Journal South Africa (1986), 410–447 (438); *Barberis, J.*, RdC 179 (1983–I), 145–304 (196); *Böckstiegel, K.-H.*, Der Staat ..., S. 86 ff.; *ders.*, RIW/AWD 19 (1973), 117–121; *ders.*, in Festschrift für Beitzke, S. 443–458 (448); *ders.*, Arbitration and State Enterprises ..., S. 28; *ders.*, in *Lew, J. D. M.* (ed.), Contemporary Problems ..., S. 40–49 (45); *Brown, R.*, 39 ModelLReview (1976), 625–643 (627 ff.); *Borchers, K.-G.*, S. 186 ff.; *Cattan, H.*, The Law of Oil Concessions ..., S. 86 ff.; *Fischer, P.*, Die internationale Konzession, S. 345; *Leboulanger, P.*, Les contrats entre Etats ..., S. 206 ff.; *Mann, F.-A.*, BYIL 21 (1944), 11–33; *ders.*, BYIL 35 (1959), 34–57; *McNair*, The General Principles ..., S. 74 ff.; *Nwogugu, E.-I.*, S. 244; *Regli, J.-P.*, S. 13 ff.; *Rengeling, H.-W.*, S. 54 ff.; *Schlesinger, R. B./Gündisch, H.-J.*, RabelsZ 28 (1964), 4–46; *Verdross, A.*, ZaöRV 18 (1957/1958), 635–651 (643); *ders.*, östZöfR 9 (1958/1959), 449–462; *Weil, P.*, in Mélanges offerts à Reuter, S. 549–582 (549).

I. Bindung des Schiedsrichters an die Rechtswahl

Treten Privatpersonen verschiedener Nationalitäten in ein vertragliches Rechtsverhältnis, so ergibt sich als Ausfluß der Parteiautonomie, daß sie befugt sind, die Rechtsordnung zu wählen, der sie ihr Vertragsverhältnis unterwerfen wollen. In ihrer Rechtswahl sind die Parteien grundsätzlich frei⁴. Sie brauchen kein sachnahes Recht zu bestimmen, sondern sie können auch ein „neutrales“ Recht wählen⁵. Ihre Rechtswahl kann auch konkludent erfolgen. Das Schiedsgericht muß das gewählte materielle Recht stets anwenden, denn die Bindung des Schiedsrichters an die Rechtswahl bildet einen allgemeinen Grundsatz des Schiedsverfahrensrechts, der zum transnationalen *ordre public* gehört⁶.

⁴ Kegel, G., § 18, 1, c, S. 483; Kronke, H., RIW 44 (1998), 257–264 (262); Lando, O., The Law Applicable to the Merits of the Dispute, in Lew, J. D. M. (ed.), Contemporary Problems ..., S. 101–112; so auch ICC-Schiedsspruch Nr. 5505/1987, YCA XII (1988), S. 119; für die Schranken dieser Rechtswahl aus der Natur des Rechtsverhältnisses und der Anwendung des *ordre public international* eines Drittlandes siehe Batiffole, H./Lagarde, P., Droit international privé, 7ème édition, Vol. II (Paris 1983), S. 272; Berger, K.-P., Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, S. 348; vgl. auch die Resolution des Institut de Droit International aus dem Jahre 1989 in Santiago de Compostela (§ 6, Fn. 257): „L'application de la loi étrangère normalement compétente ne peut être écartée que si les effets en sont manifestement contraires à l'ordre public“, Rabels Z 54 (1990), 160–169 (168).

⁵ Blessing, M., Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law, in van den Berg, A. (Hrsg.), ICCA Congress Series No 7. Planning Efficient Arbitration Proceedings. The Law Applicable in International Arbitration, XIIth International Arbitration Congress, Vienna, 3–6 November 1994, S. 391–446 (394); ders., Choice of Substantive Law in International Arbitration, JIntArb 14 (2) (1997), 39–65.

⁶ Craig, W. L./Park, W. W./Paulsson, J., S. 301: „We are aware of any ICC arbitration where the arbitrators have refused to recognize the parties' contractual choice of law“; Dimoliatis, A., JIntArb 5 (4) (1988), 17–66 (57); Fouchard, P., L'arbitrage commercial international, S. 356; Haas, U., Die Anerkennung ..., S. 85; van Hecke, G., AnnIDI 57, I (1977), S. 259: „Il faut admettre comme „principe général de droit international privé“ à la fois le principe de l'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux, son application aux contrats conclus par un Etat et enfin le caractère illimité de cette autonomie dans le choix du droit applicable“; Lalive, P., Rev. arb. 1986, 329–373 (351 ff.), welcher in der schrankenlosen Rechtswahlfreiheit der Parteien zur Bestimmung des anwendbaren materiellen Rechts einen allgemeinen Grundsatz des IPR im Sinne der allgemeinen, von den Kulturvölkern anerkannten Rechtsgrundsätze des Art. 38 Abs. 1 lit (c) des IGH-Statuts sieht; Lando, O., in Lew, J. D. M. (ed.), Contemporary Problems ..., S. 101–112 (104); Leboulanger, P., Contrats entre Etats ..., S. 231 ff.; Markert, T., S. 141; Mayer, P., in Etudes offertes à Goldmann, S. 199–216 (215); Paulsson, J., Rev. arb 1990, 55–100 (79); Sandrock, O., Die Fortbildung des materiellen Rechts durch die internationale Schiedsgerichtsbarkeit, in Böckstiegel, K.-H. (Hrsg.), Rechtsfortbildung durch internationale Schiedsgerichtsbarkeit, S. 21–81 (67) (kollisionsrechtliche „Ur“-Norm); Schlosser, P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 731; Stoll, J., S. 70 ff.; Toope, St. J., S. 47 ff.; vgl. auch das viel zi-

Dasselbe Prinzip gilt auch für Verträge zwischen Staaten und Privatunternehmen. Tritt der Staat als Privatrechtsträger (*iure gestionis*) auf, so kann er das Vertragsverhältnis ganz oder teilweise⁷ unter die Rechtsordnung eines anderen Staates unterstellen. Probleme entstehen allerdings dann, wenn der Staat im Rechtsverhältnis als souveränes Subjekt auftritt, wenn er also in der ihm eigentümlichen Hoheitsgewalt als Träger souveräner Rechte handelt, was bei einer Konzession gerade der Fall ist. Aus diesen Gründen können die vom IPR entwickelten Prinzipien befruchtend auch für Konzessionsverträge wirken, man muß sich aber hüten, sie bedenkenlos und unkritisch auf den konzessionären Rechtsbereich zu übertragen, zumal hier ganz andere Voraussetzungen gegeben sind.

Die Kritik an dem Prinzip der Rechtswahlfreiheit der Paretien wendet sich deshalb nicht gegen die abstrakte Anerkennung dieses Grundsatzes, sondern gegen seine konkrete Anwendbarkeit auf Konzessionen. Zum einen wird bezweifelt, ob angesichts der ganz überwiegenden Verknüpfung der Konzession mit dem Recht des Konzessionsgebers überhaupt ein anerkennenswertes Interesse an der Wahl einer anderen Rechtsordnung als seines Rechtes oder des Völkerrechts bestehen könne⁸. Der zweite Ansatz der Kritik knüpft am öffentlich-rechtlichen Charakter der Konzession an⁹. Definitionsgemäß ist eine Konzession mit der Übertragung von Hoheitsrechten verbunden. In manchen Ländern, so in der Bundesrepublik Deutschland, erfolgt die Konzessionsvergabe durch Verwaltungsakt und eine Rechtswahl ist damit von vornherein ausgeschlossen. Aber auch für öffentlich-rechtliche Verträge ist sie keineswegs so selbstverständlich zulässig wie für Schuldverträge.

tierte obiter dictum des *StIGH* im Fall der serbischen Anleihen (§ 7, Fn. 17), Series A, Nr. 20, 1, 42: „*L'Etat serbe aurait pu vouloir soumettre ses emprunts à une loi, soit en général, soit sous certains rapports; si c'était prouvé, rien ne pourrait s'y opposer*“ [Hervorhebung von der Verfasserin]; so auch Hoge Raad vom 13. Mai 1966, NJ 1967, Nr. 3; im Texaco-Schiedsspruch, ILM 17 (1978), 1–37 (3, 11); im Liamco-Schiedsspruch, Rev. arb 1980, 132–191 (139); im Letco-Schiedsspruch, ILM 26 (1987), 647–677 (657); die ICC-Schiedssprüche Nr. 1581/1971, zitiert nach *Derains, Y.*, in *Clunet* 101 (1974), 887; Nr. 5485/1987, YCA XIV (1989), 156, und Nr. 6379/1990, YCA XVII (1992), 212.

⁷ So anerkannte der *StIGH* im Fall der serbischen Anleihen, daß die Schuldbegründung nach serbischem Recht, hingegen die Regelung des Anleihendienstes nach französischem Recht zu beurteilen sei, PCIJ Series A, Nr. 20, 1, S. 41.

⁸ *Bettems, D.*, RdNr. 101 ff.; *Fischer, P.*, Die internationale Konzession, S. 346.

⁹ *Stoll, J.*, S. 71 ff.; generell kritisch gegenüber der Anwendung privatrechtlicher Regeln auf Konzessionen: *An, T.*, JWTL 21 (4) (1987), 95–146 (112): „*The Transnational Economic Development Contract is a contract with administrative characteristics and not a contract in private international law. Obviously it cannot be governed by lex voluntatis*“ [Hervorhebung von der Verfasserin]; *Asante, S. K. B.*, ICLQ 28 (1979), 401–423; *Verhoeven, J.*, RBDI 14 (1978/1979), 209–230 (223).

Das erste Argument wird durch die rechtliche Praxis bestätigt: wie oben schon gezeigt, kommt bei der Rechtswahl eines nationalen Rechts für den Konzessionsbereich nur die Rechtsordnung des Konzessionsgebers in Betracht¹⁰. Lediglich im *Quisqueya*-Vertrag zwischen der Dominikanischen Republik und der kanadischen Gesellschaft *Falconbridge* wurde das neutrale New Yorker Recht gewählt¹¹. Am plausibelsten ist die zwingende Geltung des nationalen Rechts des Konzessionsgebers in den Fällen, in denen als Vertragspartner des Staates eine dessen Recht unterstehende Tochtergesellschaft auftritt. Dann weisen die traditionellen Anknüpfungskriterien in der Tat alle auf das Recht dieses Staates.

Nun gehört es aber zu einem der bekanntesten Merkmale internationaler Konzessionsverträge, daß sie fast in jedem Fall eine Rechtswahlklausel enthalten, die sehr häufig auf außerstaatliche Rechtsnormen verweist. So kann man Rechtswahlklauseln finden, die hinsichtlich des materiellen Rechts auf das nationale Recht des Privatunternehmens¹², auf das nationale Recht eines dritten Staates¹³, auf zwei nationale Rechtssysteme (des Gastlandes und des Investors)¹⁴, auf ein nationales Recht und zusätzlich auf das „*principle of good will and good faith*“¹⁵, auf das Völkerrecht¹⁶, auf die Rechtsgrundsätze, die den nationalen Rechtssystemen der Vertragsparteien gemeinsam sind¹⁷, auf die von den zivilisierten Staaten anerkannten Rechtsgrundsätze¹⁸, ausschließlich auf den Vertrag selbst¹⁹, evtl. zusätzlich auf *bona*

¹⁰ Nachweise oben, unter § 7, Fn. 196 und 345; und bei *Peter, W.*, Arbitration and Renegotiation ..., S. 260 ff.; vgl. auch Art. 49 des Ghana-Valco Agreements von 1961; Art. 16 des Refinery Agreements zwischen der Regierung von Nigeria und Shell-BP vom 25. Juli 1962, zitiert nach *Nwogugu, E.-I.*, S. 248.

¹¹ *Bartels, M.*, S. 108.

¹² Management and Technical Assistance Agreement vom 8. Februar 1962 zwischen Volta Aluminium Co. (VALCO) und Kaiser Aluminium Technical Services, zitiert nach *Regli, J.-P.*, S. 13.

¹³ Art. 24 Group (Red Line) Agreements vom 13. Juli 1928 zwischen Irak und Türkisch Petroleum Company (englisches Recht), zitiert nach *Regli, J.-P.*, *ibid.* S. 13.

¹⁴ Art. 11 des Abkommens zwischen der Radio Corporation of America und der tschechoslowakischen Postverwaltung vom 10. November 1928, zitiert nach *Verdross, A.*, ZaöRV 18 (1957/1958), 635–651(643); Art. 39 des Abkommens zwischen Sheikh vom Kuwait und Japanese Arabian Oil Co. Ltd., zitiert nach *Peter, W.*, Arbitration and Renegotiation ..., S. 260.

¹⁵ Art. 89 des Lena Goldfields Abkommens, oben, unter § 7, C. I. 1. a), Fn. 208 ff.; Abkommen zwischen Qatar und Anglo-Persian Oil Company von 1935, zitiert nach *Baloro, J.*, 19 Comp. Int. Law Journal South Africa (1986), 410–447 (438).

¹⁶ Näher dazu im folgenden Abschnitt A. II.

¹⁷ Art. 23 des Petroleum Concession Agreements vom 16. Juni 1975 zwischen Arab Republic of Agypt, Egyptian General Petroleum Corporation, General Petroleum Company und Egyptian Petroleum Development Company Ltd. (EPEDECO).

*fides*²⁰, auf die Lösung, daß die Schiedsrichter selbst in der Klausel beauftragt werden als „*amiable compositeurs*“ oder „*ex aequo et bono*“ zu entscheiden²¹, oder auf Rechtsgrundsätze, die sich einer Kategorisierung entziehen²², verweisen²³. Die Bezugnahme auf ein bestimmtes staatliches Recht oder ein bestimmtes Rechtssystem oder auf Teile eines solchen Rechts oder Rechtssystems bedeutet nicht immer notwendigerweise eine Rechtswahl für dieses Recht oder Rechtssystem als solche (*kollisionsrechtliche Verweisung*); sie muß vielmehr oft als eine Rezeption von Vorschriften dieses Rechts oder Rechtssystems in den Vertrag interpretiert werden mit der Wirkung, daß diese Vorschriften dann den Charakter vertraglicher Regelungen erhalten (*materiellrechtliche Verweisung*).

Ein praktisches Bedürfnis für eine Rechtswahl besteht also ganz offensichtlich. Darüber hinaus gibt Art. 42 Abs. 1 S. 1 *WBÜ* den Parteivereinbarungen über das materielle anwendbare Recht absolute Priorität²⁴. Das *WBÜ* stellt zwar nicht spezifisch auf Konzessionen ab, sondern es gilt für alle Investitionsstreitigkeiten, die vor einem *ICSID*-Schiedsgericht ausgetragen werden. Darunter fallen aber viele Konzessionsverträge²⁵ und auch bei anderen Investitionsverträgen wird ein ähnliches Überwiegen des Bezugs zum Gastland festzustellen sein wie bei Konzessionen.

Gewichtiger ist das Argument, der öffentlich-rechtliche Charakter von Konzessionsverträgen verbiete die Rechtswahl. In diesem Zusammenhang

¹⁸ Näher dazu im folgenden Abschnitt A. III.

¹⁹ Clause 31 des „Cerro Colorado“ Panama Vertrages von 1976, oben, unter § 1, Fn. 49.

²⁰ Vertrag zwischen Tunesien und Compagnie des Transports par Pipeline au Sahara von 30. Juni 1958 und Abkommen vom 11. Januar 1939 zwischen Petroleum Development Company (Trucial Coast) Ltd. und Sheikh von Abu Dhabi, zitiert nach *Regli, J.-P.*, S. 14.

²¹ Vertrag vom 3. Januar zwischen S.E.E.E und der jugoslawischen Regierung, Art. 34 des Vertrages zwischen Griechenland und CECOP vom 3. März 1960 und Vertrag zwischen République Malgache und AGIP vom 13. Dezember 1968, zitiert nach *Regli, J.-P.*, *ibid.* S. 15.

²² *People's Democratic Republic of Yemen Proposed Model of Petroleum Investment Agreement* (1985), zitiert nach *Peter, W.*, *Arbitration and Renegotiation ...*, S. 262; *Syrian Contract for the Exploration, Development and Production of Petroleum* vom 21. August 1985, *ILM* 26 (1987), 1186.

²³ Eine ausführliche Darstellung findet sich in *Böckstiegel, K.-H.*, *Der Staat ...*, S. 84 ff., wo Beispiele für jeden dieser Fälle zitiert sind.

²⁴ Der Text des Artikels ist oben, unter § 7, Fn. 107 wiedergegeben; vgl. dazu *Broches, A.*, *Settlement of Disputes Arising out of Investment in Developing Countries*, in *Broches, A.* (ed.), *Selected Essays ...*, S. 458–467 (464); *Hirsch, M.*, S. 118; *Paasivirta, E.*, *Participation of States ...*, S. 137 mit zahlreichen weiteren Nachweisen; *Schlosser, P.*, in *Stein/Jonas, Komm. zur ZPO*, 21. Aufl., 1994, Band 7/2, München 1994, Anh. zu §1044, II, III, RdNr. 46.

²⁵ Siehe etwa den Fall *Alcoa v. Jamaica*, oben, unter § 2, Fn. 70.

kann zwar dahingestellt bleiben, daß in manchen Ländern Konzessionen durch Verwaltungsakt vergeben werden. Denn zu beurteilen ist ein spezifischer Konzessionsvertrag und die hier interessierenden internationalen Konzessionen mit Schiedsklauseln werden stets in Vertragsform abgeschlossen. Doch erscheint eine Rechtswahl auch bei einem öffentlich-rechtlichen Vertrag kaum denkbar²⁶. Hoheitsrechte, und die Vergabe eines Abbaurechts bei einer Konzession wird von der Rechtsordnung des Gaststaates als hoheitlich verstanden, können nur nach der Rechtsordnung des Konzessionsgebers vergeben werden²⁷. Mag ein nationales Recht bestimmen, daß Hoheitsrechte in gleicher Weise wie von der früheren Kolonialmacht zu vergeben sind. Es handelt sich dann jedoch nicht um eine Anwendung des fremden Rechts als solches, sondern um eine Inkorporation in das nationale Recht²⁸. Dasselbe gilt auch bei der Wahl der allgemeinen Rechtsgrundsätze, zumal sie nicht aufgrund eigener Geltung oder des Anwendungsbefehls einer dritten Rechtsordnung anwendbar sein können, sondern einer entsprechenden Anordnung des nationalen Rechts bedürfen.

Angesichts der empirisch feststellbaren weiten Verbreitung von Rechtswahlklauseln in Konzessionsverträgen wäre es allerdings verfehlt, einen Schluß auf ihre Unwirksamkeit zu ziehen. Denn dem Gaststaat kann nicht unterstellt werden, er habe solche Klauseln im Bewußtsein ihrer Nichtigkeit vereinbart. Vielmehr besteht offenbar eine gemeinsame Rechtsüberzeugung von Staaten und Privatunternehmen, derartige Klauseln anzuerkennen. Die völkerrechtliche Zulässigkeit von Rechtswahlklauseln im Konzessionsbereich läßt sich infolgedessen aus dem rechtstatsächlichen Befund ableiten. Sie wird darüber hinaus durch die ausdrückliche Anerkennung des Grundsatzes der Rechtswahlfreiheit der Parteien im *WBÜ* als eines völkerrechtlichen Vertrages mit Beteiligung vieler Staaten bestätigt. Die ganz herrschende Lehre erkennt außerdem solche Bestimmungen an, wie die mit 47 zu 2 Stimmen bei 6 Enthaltungen verabschiedete Athener Resolution des *Institut de Droit International* aus dem Jahre 1979 zeigt²⁹.

²⁶ van Hecke, G., AnnIDI 57 I, (1977), 200 zum französischen Recht; Mayer, P., Clunet 113 (1986–I), 5–78 (11); nach der Habid Bechara-Entscheidung des Conseil d'Etat, Sirey 1952 III 67, kann ein *contrat administratif* nur französischem Recht unterliegen.

²⁷ Batiffol, H., RCDIP 53 (1964), 647–662 (652); El-Kosheri, A., RdC 147 (1975–IV), 219–393 (320, 326); Stoll, J., S. 74, 80.

²⁸ So wäre auch der Schiedsspruch im Fall Société Riale v. Äthiopien, Rec. TAM 8 (1929), 742 zu verstehen, in dem die Gewährung eines Alkoholmonopols als öffentlich-rechtlich angesehen wurde und nur in Ermangelung eines ausgebildeten äthiopischen Verwaltungsrechts ein „*droit public européen*“ angewandt wurde.

²⁹ Art. 1 der Resolution lautet: „*Les contrats entre un Etat et une personne privée étrangère sont soumis aux règles de droit choisies par les parties, ou, à défaut d'un tel choix, aux règles de droit avec lesquelles le contrat comporte le rattachement le plus étroit*“, AnnIDI 58 II (1979), 192; so auch Art. 6 der Santiago de Com-

Der Konflikt zwischen tatsächlicher Praxis und rechtstheoretischer Ausgangsposition könne, nach *Markert*³⁰, dadurch aufgelöst werden, daß man zwei Ebenen unterscheidet. Zum einen den Konzessionsvertrag, in dem sich die staatliche Seite zur Rechtsübertragung verpflichtet. Hier gelte der Grundsatz, daß die Verwaltung sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben auch privatrechtlicher Mittel bedienen kann, wenn dies das jeweilige nationale Recht zuläßt. In dieser Ebene bestehen deshalb keine Bedenken gegenüber einer Rechtswahl. Dazu müsse jedoch ein dem nationalen öffentlichen Recht des Konzessionsgebers unterliegender Akt treten³¹, durch welchen das Recht tatsächlich übertragen wird³².

Diese Ansicht verdient den Vorzug. Sie wird darüber hinaus durch die Praxis bestätigt. Schon in der älteren Vertragspraxis war es üblich, daß zum Vertragsschluß die Ratifikation durch ein Staatsorgan hinzutreten mußte³³. Bei den neuen Konzessionsverträgen wird die Wirksamkeit des Vertrages an eine Ratifikation durch Gesetz geknüpft, welche dem Vertrag erst Wirkung verleihen soll³⁴. Wie oben gezeigt³⁵, wird bei dreiseitigen Verträgen zwischen Staat, Staatsgesellschaft und Konzessionsgeber die schiedsgerichtliche Beilegung nur für Streitigkeiten zwischen der Staatsgesellschaft und dem Konzessionär vorgesehen, während für Streitigkeiten zwischen dem Gastland und dem Konzessionär die nationalen Gerichte zuständig bleiben³⁶. Die Vertragspraxis erbringt also den Beweis einer Umsetzung von

postela Resolution des *Institut de Droit International* aus dem Jahre 1989 (§ 6, Fn. 257): „*Les parties ont pleine autonomie pour déterminer les règles et principes de procédure et de droit matériel qui doivent être appliqués par les arbitres ...*“, *RabelsZ* 54 (1990), 160–169 (164).

³⁰ *Markert, T.*, S. 144.

³¹ Vgl. *Fischer, P.*, Die internationale Konzession, S. 362, der von „konzessionären Vollzugsklauseln“ spricht.

³² Vgl. dazu auch *El-Kosheri, A.*, *RdC* 147 (1975–IV), 219–393 (325).

³³ Art. 32 des Vertrages Saudi-Arabien/Socal (später Aramco) (§ 1, Fn. 2). Die Tatsache, daß diese Konzession durch einen im Schiedsspruch [ILR 27 (1962) 117–233 (167)] als „royal decree“ bezeichneten Rechtsakt ratifiziert wurde und die Veröffentlichung in Saudi-Arabien vorgesehen war, spricht dafür, daß schon damals die Notwendigkeit der Umsetzung ins saudi-arabische Recht gesehen wurde; so auch das Revised Agreement Persien/APOC, zitiert nach *Markert, T.*, S. 23, das gemäß der persischen Verfassung vom Parlament ratifiziert wurde.

³⁴ Art. 30 des Vertrages Syrien/Syrian Petroleum Co./Pecten Ash Sham Co. et al., *ILM* 26 (1987), 1186 ff. und Art. 27 des Vertrages der indonesischen staatlichen Ölgesellschaft PETRAMINA/PT Stanvac von 1963, *ILM* 3 (1963), 248 ff.

³⁵ § 2, B. III. 3., Fn. 61 ff.

³⁶ Auch die Schiedsklausel, die dem Verfahren *Lubelski v. Burundi* vom 30 Oktober 1968 [Auszüge in *Clunet* 101 (1974), 915–918] zugrunde lag spricht für eine gesonderte Behandlung der öffentlich-rechtlichen Ebene [Art. 11 lautete: „*Toutes contestations relatives à l'interprétation ou l'exécution des présentes seront de la compétence de la Cour d'Arbitrage International de Paris, sauf dans le domaine*“].

Konzessionsverträgen ins staatliche Recht, wobei eine Rechtswahl im Hinblick auf den Vertrag selbst durchaus als wirksam anerkannt wird.

Aus alledem ergibt sich, daß einer Rechtswahl der Parteien im Konzessionsbereich nichts im Wege steht und daß der Schiedsrichter eine solche Rechtswahl befolgen muß. In den für internationale Streitigkeiten geschaffenen Schiedsordnungen wird dieser Grundsatz ausdrücklich vorgesehen, so Art. 31 Abs. 1 S. 1 der *UNCITRAL*-Verfahrensregeln³⁷, Art. 17 der Verfahrensregeln der *IntHK*-Paris vom 1. Januar 1998³⁸ und Art. 28 Abs. 1 S. 1 des *UNCITRAL*-Modellgesetzes³⁹. Auch Staatsverträge enthalten ihn, so Art. VII Abs. 1 S. 1 *EU*⁴⁰, implizit das *UNÜ*, das in Art. V Abs. 1 Satz a die Rechtswahl der Parteien bezüglich der Schiedsabrede für verbindlich erklärt, was für die anderen Teile des Vertrages auch gelten muß⁴¹. Die nationalen Rechte fast aller Staaten⁴² und die Schiedspraxis folgen darüber hinaus dieser Regel⁴³. Das ist auch logisch geboten, zumal der Schiedsrichter sein Mandat von den Parteien erhält und an die Rechtswahl der Parteien gebunden ist, ohne dies weiter juristisch rechtfertigen zu müssen⁴⁴.

relevant de l'ordre public national de Burundi, auquel cas le concessionnaire accepte la juridiction des Tribunaux du Burundi“, zitiert nach Markert, T., S. 145]. Konsequenter durchgeführt ist die Trennung im Vertrag Haiti/SMH von 1976, abgedruckt bei Fischer, P./Wälde, T. W., (§ 1, Fn. 33), Band 3, S. 327 ff., der lediglich die Bedingungen festlegt, unter denen die Gesellschaft Anspruch auf die Konzessionserteilung hat und den Inhalt dieser erst noch zu erteilenden Konzession beschreibt.

³⁷ Oben, unter § 4, Fn. 215.

³⁸ Oben, unter § 4, Fn. 215.

³⁹ Oben, unter § 5, Fn. 66; ähnlich Art. 46 der Schiedsordnung des Schiedsgerichts in Belgrad; Art. 38 der Schiedsordnung des Schiedsgerichts in Zagreb; Punkt 8.1 der Schiedsordnung des Schiedsgerichts in Kiew; § 14 der Schiedsordnung des Schiedsgerichts in Budapest; Art. 10 der Schiedsordnung des Schiedsgerichts in Ljubljana; Art. 12 der Schiedsordnung des Schiedsgerichts in Jekaterinburg; Art. 36 der Schiedsordnung des Schiedsgerichts in Sofia; § 13 der Schiedsordnung des Schiedsgerichts in Minsk, berichtet bei Heger, S., RIW 45 (1999), 481–487 (485).

⁴⁰ Vgl. dazu Gottwald, P., in Münchener Kommentar ZPO, Band 3 §§ 803–1048, EGZPO, GVG, EGGVG, Internationales Zivilprozeßrecht, München 1992, unter Art. VII *EU*; Schlosser, P., in Stein/Jonas, Kommentar zur ZPO, 21. Aufl., 1994, Band 7, Anh. zu § 1044, RdNr. 128, 129.

⁴¹ Lew, J. D. M., S. 85.

⁴² Art. 1496 *ncpc*; Art. 46 des neuen englischen Schiedsrechts (§ 6, Fn. 59); § 1051 Abs. 1 ZPO n.F. vgl. dazu Berger, K.-P., Das neue Recht der Schiedsgerichtsbarkeit, S. 20, 261; Art. 187 Abs. 1 Schw. IPR-G; Art. 1054 Abs. II S. 1 nied. ZPO; Art. 834 ital. cpc; für Schweden siehe Wetter, G., 2 Arb. Int (1986), 294–305 (296); einen Überblick der Rechtslage in Latin America bietet de Mur, D. R., in van den Berg, A. (Hrsg.), ICCA Congress Series No 7, an; Nachweise auch bei Gottwald, P., Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Generalbericht in Gottwald, P. (Hrsg.), Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, S. 3–160 (74) und Schlosser, P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 725 ff.

⁴³ Nachweise bei Lew, J. D. M., S. 86 ff.

Der Konzessionsgeber erklärt mithin mit seiner Zustimmung zu einer Entscheidung durch den Schiedsrichter zugleich auch sein Einverständnis damit, daß der Schiedsrichter die im Vertrag getroffene Rechtswahl respektiert. Die Zulässigkeit und Verbindlichkeit der Rechtswahl ist infolge dessen stets dann gegeben, wenn nach dem Recht des Konzessionsgebers der Streit sachlich schiedsfähig ist.

II. Bindung an die Wahl des Völkerrechts

1. Der rechtstheoretische Streit

Wendet daher ein Schiedsrichter im Falle der ausdrücklichen Rechtswahl das gewählte Recht an, so bleibt zu fragen, ob er auch an die Rechtswahl des Völkerrechts als *proper law* des Konzessionsvertrages gebunden ist. Die Eignung des Völkerrechts als eine Rechtsordnung, der solche Verträge unterstellt werden können, ist besonders umstritten, soweit man davon ausgeht, daß es sich bei Verträgen zwischen Staaten und fremden Staatsangehörigen nicht schon *eo ipso* um völkerrechtliche Verträge handelt, weil der Privatperson die hierfür erforderliche Völkerrechtspersönlichkeit fehlt⁴⁵.

Auch die allgemeine internationalprivatrechtliche Lehre ist in der Frage gespalten, ob in Verträgen zwischen Personen, die nicht Völkerrechtssubjekte sind, eine kollisionsrechtliche Verweisung auf das Völkerrecht zulässig ist⁴⁶. So sind hierüber *Mann* und *Sumampouw* gegensätzlicher Auffassung. *Mann* versucht, dem Einwand der mangelnden Völkerrechtspersönlichkeit mit einer Analogie bezüglich des nationalen Rechts zu begegnen:

„Nothing prevents a contract between the German State and a Dutch firm to be submitted to French Law ... normally applicated to French people ... Similarly the fact that one party is not a State should not prevent the contract from being submitted to public international law ...“⁴⁷.

⁴⁴ *Ebenroth, C.-T.*, JZ 42 (1987), 265–271 (268); *Fouchard, P.*, L’arbitrage commercial international, S. 356; *Lew, J. D. M.*, S. 83; *Mayer, P.*, in *Etudes offertes à Goldman*, S. 199–216 (215).

⁴⁵ Vgl. dazu das Zitat des *Aramco-Schiedsspruches* (§ 7, Fn. 150): siehe auch *Sapphire-Schiedsspruch*, ILR 35 (1967), 136–192 (173); *ICC-Schiedsspruch* Nr. 3327/1981, Clunet 109 (1982), 971 ff.

⁴⁶ Vgl. hierzu die Antworten auf den Fragebogen von *van Hecke, G.*, AnnIDI 57 I (1977), 209 ff.; siehe auch *Goldschmidt, W.*, RdC 136 (1972–II), 203–329 (280 ff.); *Münzberg, R.*, S. 164 ff.; *Stoll, J.*, S. 77 ff.

⁴⁷ *Mann, F.-A.*, RBDI 11 (1975), 562–567 (564); ihm zustimmend: *Hermann, A. H.*, in *Lew, J. D. M.* (ed.), *Contemporary Problems ...*, S. 250–263 (260); *Lillich, R. B.*, in *Lillich, R. B./Brower, C. N.* (eds.), *International Arbitration in the 21st Century ...*, S. 61–114 (114); *Nwogugu, E.-I.*, S. 249; *Schwebel, S.*, *The Law Applicable in International Arbitration Application of Public International Law*, in *van den Berg, A.* (Hrsg.), *ICCA Congress Series No 7. Planning Efficient Arbitration Pro-*

Sumampouw lehnt dagegen insoweit Völkerrecht als *proper law* ab: wende man es auf die Beziehungen zwischen Privaten an, so erstrecke man es auf einen ganz anders strukturierten Bereich, für dessen Probleme es nicht geschaffen sei⁴⁸.

In der Tat besitzen Privatpersonen nicht die Fähigkeit, völkerrechtliche Verträge zu schließen. Die Konstruktion einer beschränkt-völkerrechtlichen Persönlichkeit des Privatunternehmens hat sich außerdem als künstlich und unpraktikabel erwiesen⁴⁹. Die Bezugnahme auf das Völkerrecht wäre infolge dessen als Rezeption der einschlägigen Normen in den Vertrag zu interpretieren, mit der Folge, daß diese völkerrechtlichen Normen den Charakter vertraglicher Regelungen erhalten⁵⁰. Trotzdem hat das *Institut de Droit International* in seiner 1979 in Athen mit großer Mehrheit verabschiedeten Resolution die Möglichkeit der Unterstellung unter die allgemeinen Rechtsgrundsätze oder das Völkerrecht bejaht. Nach Art. 2 dieser Resolution können der Staat und die fremde Privatperson eine oder mehrere nationale Rechtsordnungen, solchen Rechtsordnungen gemeinsame Grundsätze, die allgemeinen Rechtsgrundsätze, in internationalen Wirtschaftsbeziehungen angewandte Rechtsprinzipien oder das Völkerrecht wählen und diese Rechtsquellen auch miteinander kombinieren⁵¹.

Dafür spricht, daß gerade Konzessionsverträge auch öffentlich-rechtliche Fragen regeln, die schwerlich einer anderen nationalen Rechtsordnung als derjenigen des Konzessionsgebers unterworfen werden können. Das Interesse der Parteien eines Konzessionsvertrages, ihren Vertrag dem Völkerrecht zu unterstellen, ist deshalb anzuerkennen, weil das Völkerrecht die einzige Rechtsordnung ist, die unabhängig von jedem innerstaatlichen Recht besteht und die ausschließt, daß das *proper law* durch einseitige Modifikationen zum Nachteil eines Vertragspartners geändert wird⁵².

ceedings. The Law Applicable in International Arbitration, ICCA XIIth International Arbitration Congress, Vienna 3–6 November 1994, S. 562–569; Seidl-Hohenveldern, I., RBDI 11 (1975), 567–570 (569); ders., RdC 198 (1986-III), 9–264 (99); Velten, R., S. 28 ff.

⁴⁸ Sumampouw, M., Rechtswahl im Vertragsrecht, RabelsZ 30 (1966), 337–348 (347).

⁴⁹ Vgl. dazu oben, unter § 7, B. III. 2.

⁵⁰ Stoll, J., S. 79 m. w. Nach.

⁵¹ Art. 2 der Resolution lautet: „*Les parties peuvent notamment choisir comme loi du contrat, soit un ou plusieurs droits internes ou les principes communs à ceux-ci, soit les principes généraux du droit, soit les principes appliqués dans les rapports économiques internationaux, soit le droit international, soit une combinaison de ces sources de droit*“, AnnIDI 58 II (1979), 194.

⁵² So im Aramco-Schiedsspruch: „*Public international law should be applied to the effects of the concession, when objective reasons lead it [scil. the tribunal] to conclude that certain matters cannot be governed by any rule of the municipal law of any state, as in the case in all matters relating to transport by sea, to the sover-*

Zudem weisen Mann⁵³ und Böckstiegel⁵⁴ darauf hin, daß gerade die Wahl des Völkerrechts praktische Bedürfnisse befriedigt. Staaten sind nicht immer bereit, dem Drängen ihrer privaten Vertragspartner nachzugeben und ihre Rechtsverhältnisse der Rechtsordnung eines fremden Staates zu unterstellen. Andererseits sind auch die privaten Investoren nicht immer willens, sich dem Recht des staatlichen Vertragspartners zu unterwerfen. In einem solchen Fall bietet das Völkerrecht eine für beide Seiten „gesichtswahrende Ausweichmöglichkeit“⁵⁵.

Diese Ansicht ist aber erheblichen Einwänden ausgesetzt⁵⁶. Zum einen sind sie dogmatischer Natur. Das Völkerrecht ist keine Rechtsordnung, die anderen Rechtsordnungen gleichgeordnet ist oder deren Anwendungsbe-
reich mit ihnen konkurriert, sondern es bestimmt die Grenzen seiner Anwendbarkeit selbst⁵⁷. Zum anderen fragt es sich, ob das Völkerrecht ausreichend geeignete Normen für derartige Verträge bereithält⁵⁸. Die *Wiener Vertragsrechtskonvention* (WVK) beschränkt sich auf Staatsverträge und sie wird auf Verträge mit Privaten nicht angewandt⁵⁹. Die völkerrechtlichen

eighty of the state on its territorial waters and to the responsibility of states for the violation of its international obligations“, ILR 27 (1963), 117–233 (172); vgl. auch Böckstiegel, K.-H., Der Staat ..., S. 99; Mann, F.-A., BYIL 35 (1959), 34–57 (46); ders., RBDI 11 (1975), 562–567 (565); von Mehren, R. B./Kourides P. N., AJIL 75 (1981), 476–552 (511).

⁵³ Mann, F.-A., BYIL 35 (1959), 34–57 (46).

⁵⁴ Böckstiegel, K.-H., Der Staat ..., S. 85.

⁵⁵ Ausdruck benutzt von Velten, R., S. 28.

⁵⁶ An, T, JWTL 21 (4) (1987), 95–146 (115 ff.); Bettems, D., RdNr. 97 ff.; El-Kosheri, A., RdC 147 (1975-IV), 219–393 (327); Goldschmidt, W., RdC 136 (1972-II), 203–329 (245); Luzzatto, R., RdC 157 (1977-IV), 9–120 (87 ff.); Markert, T., S. 148; Mayer, P., Clunet 113 (1986-I), 5–78 (22); Rigaux, F., RCDIP 67 (1978), 448; Sereni, A. P., International Economic Institutions and the Municipal Law of States, RdC 96 (1959-I), 129–239 (210) weist darauf hin: „An attempt at applying international law to private relations would be tantamount to seeking to apply matrimonial laws of France or England to relations between cats and dogs“; Sornarajah, M., JIntArb 14 (3) (1997), 103–140 (119); Stoll, J., S. 79 ff.; Toope, S. J., S. 56 ff. und 78 ff.; Tschanze, P.-Y., IntL 18 (1984), 245–281 (258).

⁵⁷ Jacquet, J.-M., Principe d'autonomie et contrats internationaux, Paris 1983, S. 148 ff. insb. 154, 162.

⁵⁸ Ago, AnnIDI vol. 58 II (1979), 52; Amerasinghe, C. F., AJIL 58 (1964), 881–913 (905); Bowett, D. W., BYIL 59 (1988), 49–74 (54); Cattani, H., The Law of Oil Concessions ..., S. 68: „By definition public international law is not applicable to contracts between a state and a private party“; Friedmann, W. G., Some Impacts of Social Organization on International Law, AJIL 50 (1956), 475–513 (483, 484); Lew, J. D. M., S. 403; Redfern, A., BYIL 55 (1984), 65–110 (80 ff.); Verhoeven, J., RBDI 14 (1978/1979), 209–230 (217); ders., Rev. arb 1985, 609–640 (625); selbst Weil, P., RdC 128 (1969-III), 95–240 (191) räumt ein: „A l'heure actuelle ce chapitre nouveau du droit international n'a pas sans doute atteint encore ni une grande richesse ni une réelle précision“.

Sanktionen, wie etwa die Repressalie, können einer Privatperson ohnehin nicht zur Verfügung stehen⁶⁰. Aus diesen Gründen verstehen die meisten Befürworter einer Wählbarkeit des Völkerrechts eine solche Wahl als Wahl der allgemeinen Rechtsgrundsätze als Bestandteil des Völkerrechts⁶¹.

Auf die Ungeeignetheit des Völkerrechts als *proper law* von Verträgen zwischen Staaten und fremdem Privatpersonen wiesen auch Teilnehmer der Diskussion im Plenum des *Institut de Droit International* hin; es komme insoweit nur als „*Vertragsinhalt*“ oder zur Heranziehung „*in analoger Weise*“ in Betracht⁶². Eine Einbeziehung von Völkerrecht hat demnach nicht die Wirkung, daß Völkerrecht *proper law* des Vertrages ist, sondern sie wird als eine bloße materiellrechtliche Verweisung angesehen. Die Vertragspraxis bestätigt diese Überlegungen, indem die ausschließliche Wahl des Völkerrechts so gut wie nie vorkommt⁶³. Sollten die Parteien auf das Völkerrecht verwiesen haben, so läßt sich eine solche Rechtswahlklausel stets als Wahl der allgemeinen Rechtsgrundsätze oder als Ermächtigung an den Schiedsrichter deuten, auch das völkerrechtliche Fremdenrecht anzuwenden.

2. Die Schiedspraxis

Die Schiedspraxis teilt derartige Bedenken jedoch nicht. Alle drei Schiedsrichter im libyschen Erdölstreit gingen ganz selbstverständlich von der Zulässigkeit der in den Verträgen enthaltenen Rechtswahlklausel mit Verweis auf gemeinsame Rechtsgrundsätze und das Völkerrecht aus⁶⁴, mögen sie auch diese Klausel unterschiedlich ausgelegt haben:

Schiedsrichter *Lagergren* im *BP-Fall* hielt die allgemeinen Rechtsgrundsätze für anwendbar, wenn gemeinsame Prinzipien des libyschen Rechts

⁵⁹ a. A. vereinzelt *Mann, F.-A.*, RBDI 11 (1975), 562–567 (565).

⁶⁰ *Wengler, W.*, Observations in AnnIDI 57 I (1977), 235.

⁶¹ So *Alt, O.*, östZöfR 35 (1985), 265–304 (290); *Goldman, B.*, Observations, in AnnIDI 58 II, (1979–II), 54; *van Hecke, G.*, AnnIDI 57 II (1978), 111; *Seyrstedt, F.*, AnnIDI 57 I (1978), 262; siehe auch *Fischer, P.*, Die internationale Konzession, S. 357, 451: vorrangige Bedeutung der allgemeinen Rechtsgrundsätze in diesem Bereich des Völkerrechts, a. A. *Paasivirta, E.*, Participation of States ..., S. 91.

⁶² So z. B. *Ago*, AnnIDI 58 (1979–II), S. 52; „*Völkerrecht komme nur als contenu du contrat in Frage*“; [Übersetzung und Hervorhebung von der Verfasserin]; *Mosler*, *ibid.*, S. 74: „*Man könne nicht direkt auf Normen verweisen, die nur die Beziehungen zwischen Staaten regeln, sondern sie analog anwenden*“ [Übersetzung von der Verfasserin]; *Seyrstedt, F.*, *ibid.* S. 75; die große Mehrheit im *Institut* schien jedenfalls nicht davon auszugehen, daß es sich bei Vereinbarungen zwischen Staaten und fremden Privatpersonen *per se* um völkerrechtliche Verträge handeln könnte.

⁶³ Vgl. dazu oben, unter § 7, B. IV.

⁶⁴ Der Text der Rechtswahlklausel ist oben, unter § 7, Fn. 20 wiedergegeben.

und des Völkerrechts fehlten⁶⁵. Schiedsrichter *Dupuy* ist im *Texaco-Fall* anders verfahren: Der Bezug in der Rechtswahlklausel auf das libysche Recht ändere nichts an der grundsätzlichen Unterstellung des Vertrages unter das Völkerrecht bzw. die allgemeinen Rechtsgrundsätze. Eine Interpretation der Rechtswahlklausel müsse vielmehr den Gedanken der „*Internationalisierung*“ berücksichtigen. Zum einen bedeute dies, daß das nationale Recht als *lex contractus* auf Grund der Parteiautonomie in die internationale Rechtsordnung inkorporiert werde. Zum anderen verweise ja schon der letzte Absatz der Rechtswahlklausel darauf, daß die allgemeinen Rechtsprinzipien angewandt werden sollen. Diese ergäben sich aber aus den Rechtsgrundsätzen der nationalen Rechtsordnungen, wobei insoweit auch auf die libysche Rechtsordnung Bezug genommen werden könne⁶⁶.

Richtiger erscheint die Interpretation der Rechtswahlklausel durch Schiedsrichter *Mahmassani* im *Liamco-Fall*. Die Parteien hätten sich für die Anwendung des libyschen Rechts entschieden, d.h. für das libysche öffentliche und Privatrecht, das islamische Recht und „*le droit naturel et l'équité*“. Das Völkerrecht funktioniere lediglich als Korrektiv⁶⁷. Durch zahlreiche Beispiele stellt der Schiedsrichter die Konformität dieser Rechtssysteme außer Zweifel. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze betrachtet er als sekundäre Rechtswahl, der infolge der weitgehenden Übereinstimmung des libyschen Rechts mit dem Völkerrecht nur geringe Bedeutung zukommt⁶⁸.

⁶⁵ Schiedsspruch, ILR 53 (1979), 297–257 (327–329).

⁶⁶ Schiedsspruch, Clunet 104 (1977), 350–389 (363).

⁶⁷ So auch im *Revere Copper-Fall*, ILM 17 (1978), 1321–1383 (1331): „*Whatever the position may be under municipal law, it would be contrary to well established principles of international law to leave the question of state responsibility to the alien party to the determination by that State as to what it lawfully could or could not do*“; im *Agip-Fall*, ILM 21 (1982), 726, 735: „*These observations concerning congolese law do not dispense the Tribunal from examining the nationalization from the point of view of international law*“; im *Benvenuti-Fall*, ILM 21 (1982), 758; *Letco-Fall*, ILM 26 (1987), 647–677 (658); vgl. Schiedsrichter *Lauterpacht* im *Fall Certain Norwegian Loans* vom 6. Juli 1957, ICJ Rep. 1957, 9, 37: „*An „international contract must be subject to some national law; however, this does not mean, that that national law is a matter which is wholly outside the orbit of international law ... The question of conformity of national legislation with international law is a matter of international law*“ [Hervorhebung von der Verfasserin]; zustimmend: *Bowett, D.-W.*, BYIL 59 (1988), 49–74 (54); *Brown, R.*, 39 ModellReview (1976), 625–643 (633); *Hirsch, M.*, S. 140; *Jacquet, J.-M.*, Clunet 116 (1989–II), 621–690 (635); *Jennings, R. Y.*, BYIL 37 (1961), 156–182 (156, 181); *Lankarani-El Zein, L.*, RBDI 27 (2) (1994), 533–558 (555); *Lillich, R. B.*, in *Lillich, R. B./Brower, C. N.* (eds.), *International Arbitration in the 21st Century ...*, S. 92; *Paasi-virta, E.*, *Participation of States ...*, S. 148: „*The role of international law is therefore best perceived as providing the basis for the international ordre public which all tribunals must respect*“; *Seidl-Hohenveldern, I.*, *Völkerrecht*, 9. Aufl., RdNr. 1631.

Auch Schiedsrichter *Gomard* im Verfahren *Elf/NIOC* hielt die dortige Rechtswahl ohne weiteres für zulässig und bindend⁶⁹.

3. Ergebnis

Möge insofern die Wählbarkeit des Völkerrechts als *proper law* eines Konzessionsvertrages auf dogmatische Einwände stießen und sich durch die Vertragspraxis nicht bestätigen lassen. Eins steht indessen fest: Wird in einer Schiedsklausel auf das Völkerrecht als anwendbares Recht verwiesen, so haben die Schiedsrichter eine solche Rechtswahl zu beachten, selbst wenn nach ihrer eigenen Auffassung die Parteien keine Rechtssubjekte des Völkerrechts sind⁷⁰. Die praktischen Risiken haben die Vertragspartner durch eine solche Rechtswahl in Kauf genommen. Art. 2 der Resolution des *Institut de Droit International* aus dem Jahre 1979 zeigt, daß eine Wahl des Völkerrechts nicht von vornherein den allgemeinen Grundsätzen widerspricht. Hat der Gaststaat eine solche Rechtswahlklausel vereinbart, so spricht deren Abschluß für ihre Wirksamkeit nach dessen Kollisionsrecht. Der Schiedsrichter bleibt mithin nach dem allgemeinen Rechtsgrundsatz des Schiedsverfahrensrechts verpflichtet, den in der Rechtswahlklausel zum Ausdruck kommenden Parteiwillen zu respektieren.

III. Bindung an die Wahl sonstiger nicht nationaler Regeln

1. Die Vertragspraxis

Die Rechtstatsachen aus dem Umfeld der Schiedsgerichtsbarkeit im Rohstoffbereich zeigen, daß die Parteien den Schiedsrichtern gelegentlich auch einen Entscheidungsmaßstab vorgeben, der nicht in Rechtsregeln national-rechtlichen Ursprungs besteht⁷¹. In der Praxis finden sich vor allen Dingen

⁶⁸ Schiedsspruch, Rev. arb 1980, 132–191 (139 ff.)

⁶⁹ Schiedsspruch, Rev. arb 1984, 401–421 (408 ff.). Die Rechtswahlklausel in Art. 41 Abs. 5 lautet: „... *Il est convenu que le Tribunal arbitral ou l'arbitre unique, pour rendre leur sentence, ne sera en aucune façon tenu au respect d'une règle de droit spécifique, mais il aura le pouvoir de fonder sa sentence sur des considérations d'équité et sur les principes de droit généralement reconnus, en particulier le droit international*“.

⁷⁰ Auch *Wengler*, W., AnnIDI 57 I (1978), 234 ff. und RGDIP 76 (1972), 313–345 (319) bestreitet nicht, daß die Parteien vorschreiben können, daß der Vertragsinhalt nach völkerrechtlichen Kriterien zu bestimmen sei. Sie können jedoch nicht die völkerrechtlichen Sanktionen anwendbar machen.

⁷¹ *An*, T., JWTL 21 (4) (1987), 95–146 (110); *Barberis*, J., RdC 179 (1983–I), 145–304 (197); *Böckstiegel*, K.-H., in Festschrift für Beitzke, S. 443–458 (456);

Formeln wie „*allgemeine, von den Kulturvölkern anerkannte Rechtsgrundsätze*“⁷², „*allgemein anerkannte Rechtsprinzipien*“⁷³, „*Rechtsprinzipien, die den Rechtsordnungen der Heimatstaaten der Parteien gemeinsam sind*“⁷⁴. Oft treffen die Vertragspartner keine Rechtswahl, sondern der Vertrag wird den Prinzipien des guten Glaubens (*bonne foi*)⁷⁵, des guten Willens (*de la bonne volonté*), der Vernunft (*de la raison*), oder der Billigkeit (*de l'équité*)⁷⁶ unterstellt.

Die Parteien können es den Schiedsrichtern sicherlich zur Aufgabe machen, den Rechtsstreit nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen (etwa mit dem Zusatz, wie sie allen zivilisierten Völkern gemeinsam seien) zu entscheiden und das Verfahren danach zu gestalten⁷⁷. Soweit aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen Normen abzuleiten sind, die Entscheidungen konkreter

Maniruzzaman, A. F. M., JIntArb 9 (4) (1992), 141–171 (147); *Nwogugu*, E.-I., S. 250; *Pazarci*, H., RGDIP 70 (1975), 354–421 (359); *Weil*, P., RdC 128 (1969–III), 95–240 (160, 161); *ders.*, in *Etudes offertes à Goldman*, S. 387–414 (388).

⁷² Vgl. dazu das Qatar-Anglo Persian Oil Company Agreement von 1935, zitiert nach *An*, T., JWTL 21 (4) (1987), 95–146 (110); Art. 46 § b des iranischen Erdölkonsortiums von 1954, zitiert nach *Weil*, P., RdC 128 (1969–III), 95–240 (161); Art. 40 des Vertrages zwischen NIOC-AGIP von 1957 und Art. 39 des Vertrages zwischen Kuwait und der japanischen Gesellschaft Arabian Oil Co. zitiert nach *Pazarci*, H., RGDIP 70 (1975), 354–421 (360).

⁷³ Art. 35 des Vertrages zwischen der nationalen irakischen Erdölgesellschaft und ERAP, zitiert nach *Pazarci*, H., RGDIP 70 (1975), 354–421 (360).

⁷⁴ Art. 46 § a des iranischen Erdölkonsortiums von 1954, *ibid.* (§ 8, Fn. 72); Art. XXIII des Vertrages zwischen der Syrischen Republik, Syrian Petroleum Co und Pecten Ash Sham Company, Syria Shell Petroleum Development B. V., Deminex Petroleum Syria GmbH für die Exploration, Entwicklung und Production von Erdöl vom 21. August 1985, ILM 26 (1987), 1186–1228; vgl. auch das 1973 Agreement der Parteien in Aminoil-Schiedsverfahren, ILM 21 (1982), 976–1053 (1000) wonach, „... *the agreement between them (the parties) shall be given effect, and must be interpreted and applied in conformity with principles common to the laws of Kuwait and of the State of New York, U.S.A., and in the absence of such common principles, then in conformity with the principles of law normally recognized by civilized states in general, including those which have been applied by international tribunals*“.

⁷⁵ Art. 89 des Vertrages UdSSR-Lena Goldfields von 1925 (§ 7 Fn. 210); Art. 17 des Abu-Dhabi-Petroleum Development Vertrages (§ 7, Fn. 215) und zahlreiche Beispiele bei *Bettems*, D., RdNr. 124 und *Weil*, P., in *Etudes offertes à Goldman*, S. 387–414 (388).

⁷⁶ Vgl. auch § 1051 Abs. 3 ZPO n.F.; Art. 187 Abs. 2 Schw. IPR-G; Art. 28 Abs. 3 UNCITRAL-Modellgesetz.

⁷⁷ *Weil*, P., in *Etudes offertes à Goldman*, S. 387–414 (404); vgl. auch Art. 5 der Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria Concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran vom 19. Januar 1981, Iran-U.S. C.T.R. 1 (1983), 9ff. und Section 10 der Inter-American Convention on Applicable Law to International Contractual Arrangements vom März 1994, zitiert

Fallfragen erlauben, kann ein wirksamer und anerkennungspflichtiger Schiedsspruch entstehen, ohne daß die Rechtsordnung identifiziert werden müßte, der er untersteht⁷⁸. Nach Art. 2 der Resolution des *Institut de Droit International* aus dem Jahre 1979 haben die Vertragsparteien außerdem die Möglichkeit, Rechtsgrundsätze als „*loi du contrat*“ zu wählen und zwar gemeinsame Grundsätze mehrerer Rechtsordnungen, die allgemeinen Rechtsgrundsätze oder die in internationalen Wirtschaftsbeziehungen angewandten Rechtsprinzipien⁷⁹.

Gegenüber einer Entscheidung als „*amiable compositeur*“ oder „*ex aequo et bono*“ bieten die allgemeinen Rechtsgrundsätze einen höheren Grad an Rechtsbindung, zumal der Billigkeitsentscheidung dann zwingend eine vorgeschriebene Rechtsvergleichung zugrunde liegen muß⁸⁰. Damit sind Rechtswahlklauseln, die auf allgemeine Rechtsgrundsätze verweisen, genauso zulässig, wie die Vereinbarung, ein Schiedsgericht solle nach Billigkeit befinden⁸¹. Entsprechendes gilt bei einer Wahl der *lex mercatoria*⁸². Hier ist eine Entscheidung *ex aequo et bono* unter besonderer Berücksichtigung der Handelsbräuche und der internationalen Schiedspraxis zu treffen, was dem Billigkeitscharakter der *lex mercatoria* entspricht⁸³.

nach *de Mur, D. R.*, in *van den Berg, A.* (Hrsg.), ICCA Congress Series No 7, S. 501–517 (508).

⁷⁸ *von Hoffmann, B.*, in Festschrift für Kegel, S. 215–233 (221 ff.).

⁷⁹ Der Text des Artikels 2 der Resolution ist oben, unter § 8, Fn. 51 wiedergegeben.

⁸⁰ Zweifelnd: *Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 732.

⁸¹ *Gentinetta, J.*, S. 204; *Haas, U.*, Die Anerkennung ..., S. 92; *von Hoffmann, B.*, IPRax 4 (1984), 106–108 (107); *ders.*, in Festschrift für Kegel, S. 215–233 (226); *ders.*, Die Novellierung des deutschen Schiedsverfahrensrechts IPRax 6 (1986), 337–340 (337); *Lagarde, P.*, in *Etudes offertes à Goldman*, S. 125–150 (148); *Lando, O.*, ICLQ 34 (1985), 747–768 (754/755, 756) m.w.Nach.; *Schlesinger, R. B./Gündisch, H.-J.*, RabelsZ 28 (1964), 4–46 (32 ff.); *Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 751; *Weise, P.-F.*, S. 137; a.A. *Wengler, W.*, Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat, RCDIP 71 (1982), 467–501 (469).

⁸² ICC-Schiedssprüche Nr. 1375/1965, Auszüge bei *Derains, Y.*, Rev. arb 1973, 122–149 (131); Nr. 1776/1970, Auszüge bei *Derains, Y.*, Rev. arb 1972, 99–121 (101); Nr. 1890/1972, zitiert nach *Lew, J. D. M.*, S. 118; Nr. 3321/1979, Akxa c. Norsolor, unveröffentlicht, Auszüge im Urteil der Cour d'Appel de Paris vom 9. Dezember 1980, Rev. arb 1981, 306; Nr. 3327/1981, Clunet 109 (1982), 971–975; Nr. 4650/1985, Interim Award, YCA XII (1987), 111–113; Nr. 5065/1986, Clunet 114 (1985), 1041; Elf Aquitaine Iran c. National Iranian Oil Company, 14. Januar 1982, Preliminary Award in YCA XI (1986), 97 ff.; insb. 99 ff.

⁸³ *Bredin, J.-D.*, La loi du juge, in *Etudes offertes à Goldman*, S. 15–27 bezeichnet die *lex mercatoria* als „*équité in neuem Gewand*“; vgl. auch *Mann, F.-A.*, England rejects „delocalized“ Contracts and Arbitration ICLQ 33 (1984), 193–198 (197): „*The purpose [scil. of the lex mercatoria] is to substitute ill defined equity*

2. Die Rechtsprechung nationaler Gerichte

In einer Reihe von Schiedsverfahren wurden die allgemeinen Rechtsgrundsätze oder die *lex mercatoria* als auf die Hauptsache maßgebliches Recht angewandt⁸⁴. Da nationale Rechtsordnungen Schiedsverfahren in der Regel keiner materiellen Kontrolle unterwerfen, wird die kollisionsrechtliche Entscheidung des Schiedsgerichts über das in der Hauptsache anwendbare Recht grundsätzlich nicht von staatlichen Gerichten überprüft⁸⁵. Bei entsprechender Rechtswahl der Parteien, wird ein Schiedsspruch nicht nur deshalb aufgehoben bzw. wird ihm nicht nur deshalb die Anerkennung versagt, weil er in der Hauptsache im Einklang mit dem Parteiwillen nach einem nationalen Recht gefällt wurde⁸⁶. Es liegt vielmehr nach Art. V Abs 1 lit. c) UNÜ eine unzulässige Abweichung vom Schiedsauftrag vor, wenn die Schiedsrichter eine Rechtswahl, in der auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze zurückgegriffen wurde, mißachtet haben.

(1) So hat das OLG Frankfurt einen Schiedsspruch nicht aufgehoben, bei dem das Schiedsgericht trotz Wahl des englischen Rechts seine Entscheidung nur teilweise auf englisches Recht gestützt, im übrigen aber „*in common sense manner*“ entschieden hatte⁸⁷. Das OLG sah hierin keine Billigkeitsentscheidung, denn eine solche liege nur vor, „*wenn das Schiedsgericht seinen Spruch losgelöst von jeder Rechtsordnung begründet und nur nach allgemeinen Billigkeits- und Gerechtigkeitsgesichtspunkten entschieden hätte*“. Der BGH als Revisionsinstanz hat dies zwar dahin eingeschränkt, das Schiedsgericht habe nur das Verhalten der Parteien „*in a common sense manner*“ gewürdigt, nicht aber Rechtsfragen in dieser Weise gelöst⁸⁸. Er sah also gar keine Anwendung der allgemeinen Rechtsgrund-

for rules of law ...“; auch für *Goldman, B.*, Clunet 106 (1979), 475–505 (480) gilt die Ermächtigung zu Billigkeitsentscheidung als implizite Wahl der *lex mercatoria*; so auch die ICC-Schiedssprüche Nr. 1850/11. Oktober 1972, Clunet 107 (1980), 967; Nr. 3267/1979, YCA VII (1982), 97; Nr. 3540/1980, Clunet 108 (1981), 915–921 und Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 3. November 1977, Mechemma c. Troisem, Rev. arb 1980, 560–568; kritisch hingegen: *Craig, W. L./Park, W. W./Paulsson, J.*, § 8.05; noch plastischer *Mustill, L. J.*, Contemporary Problems in International Arbitration: A Response, Int.Bus.Law 1989, S. 161 ff. (162): „*Amiable composition and lex mercatoria have nothing in common at all, except that each has a name in a foreign language*“.

⁸⁴ Siehe die ausführliche Übersicht bei *Dasser, F.*, S. 180 ff.

⁸⁵ Siehe etwa *Dasser, F.*, *ibid.* S. 348; *Derrins, Y./Lalive P.*, in *Sanders, P.* (Hrsg.), *UNCITRAL's Project for a Model Law on International Commercial Arbitration*, S. 169–195 (172); *Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 725.

⁸⁶ Vgl. *Dasser, F.*, *ibid.* S. 349; *Gottwald, P.*, in *Festschrift für Nagel*, S. 54–69 (62); *Schlosser, P.*, *ibid.* RdNr. 732, 863.

⁸⁷ OLG Frankfurt a/M, RIW 30 (1984), 400.

sätze. Aber auch diese Entscheidung zeigt das Bestreben, keine allzu strengen Maßstäbe an die Rechtsbindung der Schiedsgerichte anzulegen.

(2) Der österreichische Oberste Gerichtshof hat in *Pabalk Ticaret Ltd. Sirketi v. Norsolor* entschieden, daß ein auf die *lex mercatoria* und den Grundsatz von Treu und Glauben gestützter Schiedsspruch nicht den Schiedsauftrag überschreitet (§ 595 Z. 5 öZPO), nicht gegen zwingendes Recht (§ 595 Z. 6 öZPO) verstößt und daher nicht aufgehoben werden kann⁸⁹. Der Schiedsspruch wurde später auch in Frankreich vollstreckt⁹⁰. Anders hatte noch das OLG Wien als Vorinstanz entschieden⁹¹. In dieser Entscheidung wurde aber nur die fehlende Ermächtigung durch die Parteien beanstandet. Bei einer ausdrücklichen Wahl durch die Parteien hätte auch das OLG Wien keine Bedenken gehabt.

(3) Auch in England hat sich die Rechtsprechung zum internationalisierten Konzept der *lex mercatoria* im Bereich der Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen bekannt, obwohl englische Gerichte außerhalb solcher Verfahren dem grundsätzlichen Verbot des „*contrat existing in a legal vacuum*“ anhängen⁹². In der Entscheidung *Orion Cia Española de Seguros v. Belfort Maatz*⁹³ sah Richter Megaw durch die Befreiung des

⁸⁸ BGHZ 96, 40, 45 = RIW 31 (1985), 970 = WM 39 (1985), 1485.

⁸⁹ öOGH Entscheidung vom 18. November 1982, IPRax 4 (1984), 99 mit Anmerkung von Hoffmann, B. = RIW 29 (1983), 868, mit Anmerkung Seidl-Hohenveldern, I. = KTS 44 (1983), 666, mit Anmerkung Schlosser, P. = JWTL 17 (1983), 358, = Rev. arb 1983, 513–523 = YCA IX (1984), 159 mit Anmerkung Melis, W.; vgl. dazu Kappus, A., RIW 36 (1990), 788–794 (792); Stoecker, C. W. O., JIntArb 7 (1) (1990), 101–125 (123); Triebel, V./Petzold, E., RIW 34 (1988), 245–250 (248); ähnlich die ICC-Schiedssprüche Nr. 3131/1979, YCA IX (1984), 109, 116; Nr. 3820/1981, YCA VII (1982), 134, 135.

⁹⁰ Tribunal de Grande Instance de Paris, Entscheidung vom 4. März 1981, Clunet 108 (1981), 836–843, mit Anmerkung Kahn, P.; Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 15. Dezember 1981, YCA VII (1983), 362; Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 19. November 1982; Tribunal de Grande Instance de Paris (Ordonnance sur requête), Entscheidung vom 20. Juni 1983, Rev. arb 1983, 465–477; Cour cass., Entscheidung vom 9. Oktober 1984, ILM 24 (1985), 360; im Rechtsstreit Société Fougereolle c. Banque de Proche Orient hat nunmehr der französische Kassationshof einen Schiedsspruch aufrechterhalten, in dem sich das Schiedsgericht auf die allgemeinen Rechtsprinzipien des internationalen Handelsrechts berief, Cour cass., Entscheidung vom 9. Dezember 1981, Clunet 109 (1982), 931 mit Anmerkung Oppetiti, B. = Rev. arb 1982, 183 mit Anmerkung Couchez, G.; auch der italienische Kassationshof hat sich auf die *lex mercatoria* berufen, Urteil vom 8. Februar 1982, Riv.dir.int.priv. e proc. 1982, 829, zitiert nach Kappus, A., RIW 36 (1990), 788–794 (792).

⁹¹ Cour d'Appel de Vienne, Entscheidung vom 29. Juni 1982, OLG Wien, AG 6 (1982), 165, Rev. arb 1983, 513–523.

⁹² Vgl. dazu oben, unter § 6, D. IV. 3., Fn. 295 ff.

⁹³ [1962] 2 Lloyd's Rep. 257, 264 (QB).

Schiedsrichters von der Anwendung bestimmter Rechtsregeln den Rechtsbindungswillen und damit den Vertragscharakter in Frage gestellt. Anders äußerte sich allerdings schon *Lord Denning, M.R.*, in der Entscheidung *Eagle Star Insurance Co. Ltd. v. Yuval Insurance Co. Ltd.*⁹⁴, in der er eine Ermächtigung zu Billigkeitsentscheidungen als „*entirely reasonable*“ bezeichnete.

Geklärt wurde die Rechtslage durch die Entscheidung des *Court of Appeal* im Fall *Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrgesellschaft v. Ras al Khaimah National Oil Co.*⁹⁵, wo die Vollstreckbarkeit eines Genfer Schiedsspruches bestätigt wurde, welcher die Vertragspflichten der Parteien aus den „*internationally accepted principles of law governing contractual relations*“ abgeleitet hatte⁹⁶. Auch das *House of Lords* nahm später keinerlei Anstoß an der in der oben erwähnten Entscheidung des *Court of Appeal* von *Sir John Donaldson M. R.* geäußerten Rechtsauffassung, daß es einer Bestimmung des Vertragsstatutes im Schiedsverfahren nicht notwendig bedürfe⁹⁷. Freilich ist zu berücksichtigen, daß das englische *Court of Appeal* die Frage, inwieweit sich ein Schiedsentscheid auf die *lex mercatoria* stützen kann, lediglich unter dem Blickwinkel des eng gefaßten *ordre public* im Rahmen der Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruches prüfen konnte. Sowohl das Schweizer Recht am Sitz des Schiedsgerichts als auch die Schiedsordnung der *IntHK*-Paris, welche die Parteien für anwendbar erklärt hatten, gestatten eine Entscheidung der Schiedsrichter nach der *lex mercatoria*. Wie ein englisches Gericht einen Fall entscheiden würde, in dem ein Schiedsgericht mit Sitz in London den Schiedsspruch auf die *lex mercatoria* gestützt hätte, wird durch das Urteil in der Sache *Deutsche Schachtbau* nicht vorgezeichnet⁹⁸.

⁹⁴ [1978] 1 Lloyd's Rep. 357, 362 (AC).

⁹⁵ Entscheidung vom 24. März 1987, [1987] 2 All E.R. 769, 77 = 3 W.L.R. 1023 = YCA XIII (1988), 522; vgl. dazu *Paasivirta, E.*, Participation of States ..., S. 136; *Park, W. W.*, TulLReview 63 (1989), 647–709 (673); *Stoecker, C. W. O.*, JIntArb 7 (1) (1990), 101–125 (123).

⁹⁶ Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrgesellschaft mbH v. The Government of the State of R'as Al Khaimah (UAE) and the R'as Al Khaimah Oil Company, ICC-Schiedsspruch Nr. 3572/1982, (*P. Folliet, B. Haug, C. Barclay*), YCA XIV (1989), 11 ff.

⁹⁷ House of Lords in Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrgesellschaft m.b.H. v. Shell International Petroleum Co. Ltd. (Trading as Shell International Trading Co.) [1988] 2 All E.R. 883 = [1988] 3 W.L.R. 230; vgl. dazu *Boyd, St./Veeder, V. V.*, Le développement du droit anglais de l'arbitrage depuis la loi 1979, Rev. arb 1991, 209–261 (241).

⁹⁸ *Haas, U.*, Die Anerkennung ..., S. 97; a.A. *Kappus, A.*, RIW 36 (1990), 788–794 (792); *ders.*, Einzug der „*lex mercatoria*“ in das englische House of Lords IPRax 10 (1990), 133–135, welcher die Ansicht vertritt, daß mit dieser Entscheidung die *lex mercatoria* in das englische House of Lords Einzug gehalten hat; zum

(4) Noch weiter ist das *Tribunal de Grande Instance de Paris* in einer der Entscheidungen zum bereits erwähnten Verfahren *S.E.E./Jugoslawien* gegangen⁹⁹. Es erklärte ausdrücklich, die allgemeinen im internationalen Handel anwendbaren Vertragsrechtsgrundsätze seien Recht, eine Entscheidung, die auf sie gestützt wird, sei keine Billigkeitsentscheidung¹⁰⁰. Damit setzte sich das Gericht allerdings in Widerspruch zu der 1950 ergangenen Entscheidung *Messageries maritimes* des Kassationshofes, nach der jeder nicht völkerrechtlicher Vertrag in einem nationalen Recht verankert sein muß¹⁰¹.

3. Nationale Rechte

Die modernen nationalen Kodifikationen des Rechts der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit erlauben den Schiedsrichtern ebenfalls, die Hauptsache nach der *lex mercatoria* zu entscheiden. Die Vorschriften über das in der Hauptsache anwendbare Recht verwenden den Begriff „*Rechtsvorschriften*“ („*règles de droit, rules of law*“)¹⁰², um neben staatlichen Rechtsordnungen auch die *lex mercatoria* als möglichen Entscheidungsmaßstab einzuschließen¹⁰³. Während das französische, das niederländische und das Schweizer Recht auch die objektive Anknüpfung an die *lex mercatoria*

vergleichbaren Streit hinsichtlich des Art. 46 Abs. 1 Satz b des neuen englischen Recht siehe *Haas, U.*, ZZPInt 2 (1997), 409–432 (427); *Triebel, V./Plafmeister, H.*, Beilage 13 zu BB Heft 37/1997, S. 2–14 (11); *Weigand, F.-B.*, RIW 43 (1997), 904–911 (908).

⁹⁹ Tribunal de Grande Instance de Paris, Clunet 108 (1981), 836.

¹⁰⁰ So auch Cour cass., Entscheidung vom 22. Oktober 1991, *Compania Valenciana de Cementos Portland SA c. Société Coal, Inc.*, Clunet 119 (1) (1992), 117–186, mit Anmerkung *Goldman, B.* = Rev. arb 1992, 457–461, mit Anmerkung *Lagarde, P.* = RCDIP 81 (1992), 113 mit Anmerkung *Oppetit, B.*; Cour. cass., Entscheidung vom 15. Juni 1994, *Société Sonidep c. Société Sigmoid*, Rev. arb 1995, 88–101, mit Anmerkung *Gailliard, E.*

¹⁰¹ Vgl. dazu oben, unter § 6, Fn. 229; ob der Kassationshof an dieser Entscheidung festhält, ist allerdings zweifelhaft angesichts der unten, § 8, B. II., bei Fn. 153 ff. zitierten Entscheidungen.

¹⁰² § 1051 Abs. 1 ZPO n.F.; Art. 1496 *ncpc*; Art. 1054 nied. ZPO; Art. 187 Abs. 1 Schweiz. IPR-G; Art. 28 Abs. 1 *UNCITRAL*-Modellgesetz; Art. 4 des Djiboutian Code on International Arbitration vom 13. Februar 1984 (§ 4, Fn. 199).

¹⁰³ In der Gesetzgebung zum neuen niederländischen Schiedsverfahrensrecht ist ausdrücklich erwähnt, daß unter den Begriff „*Rechtsvorschriften*“ auch die *lex mercatoria* fällt, vgl. *Berger, K.-P.*, International Economic Arbitration, S. 557, Fn. 398; siehe auch die Begründung zu § 1051 Abs. 1 ZPO n.F.: „*Ihr [scil. der Parteiautonomie] wird in besonderem Maße dadurch Rechnung getragen, daß die Parteien die maßgeblichen „Rechtsvorschriften“ wählen können; sie sind also nicht auf die Wahl der Gesamtrechtsordnung eines bestimmten Staates beschränkt, sondern sie können Rechtsvorschriften, ... die auf internationaler Ebene erarbeitet worden sind, wählen*“, BT-Drs. 211/96, S. 164.

zulassen, ist nach § 1051 Abs. 2 ZPO n.F. in Anlehnung an Art. 28 Abs. 2 des *UNCITRAL*-Modellgesetzes die Anwendung der *lex mercatoria* nur bei entsprechender Rechtswahl gestattet¹⁰⁴.

4. Zusammenfassung und Schlußfolgerung

Staatliche Rechtsordnungen räumen internationalen Schiedsgerichten in wachsendem Maße die Möglichkeit ein, in der Hauptsache nach der *lex mercatoria* zu entscheiden, ohne damit eine Billigkeitsentscheidung zu treffen. Gleichzeitig bemühen sich aber die nationalen Gesetzgeber durch die Formulierung „*Rechtsvorschriften*“ klarzustellen, daß die *lex mercatoria* kein neben staatlichen Rechtsordnungen gleichberechtigtes Recht ist. Die Anerkennung der Rechtsqualität der *lex mercatoria* bleibt daher funktionell auf das in internationalen Schiedsverfahren anwendbare materielle Recht begrenzt und wird teilweise zusätzlich an die Bedingung einer entsprechenden Rechtswahl geknüpft.

Ein Schiedsrichter, der eine ausdrückliche Rechtswahlklausel beachtet, seine Entscheidung nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen oder nach der *lex mercatoria* zu fällen, muß sich keine Bedenken über die Vollstreckbarkeit seiner Entscheidung machen¹⁰⁵. Dies gilt wohl auch für den Fall, daß in der Parteivereinbarung der Vertrag allein als für die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien maßgeblich erklärt wird. Die Wirkung des hierfür zitierten¹⁰⁶ Art. 21 der Konzession zwischen Tunesien und der *Compagnie des Transports par Pipeline au Sahara* vom 30. Juni 1958 wurde ohnehin durch die in Art. 22 enthaltene Ermächtigung an den Schiedsrichter, Rechtsprinzipien anzuwenden¹⁰⁷, relativiert. Dies bestätigt, daß auch solche Fälle,

¹⁰⁴ *Berger, K.-P.*, Das neue Recht der Schiedsgerichtsbarkeit, S. 20, 261; *Rensmann, T.*, 105; ausführlich hierzu unten, unter § 8, B. II. 2.

¹⁰⁵ Die *International Law Association* hat jedenfalls 1992 bei ihrer Tagung in Kairo folgende Empfehlungen beschlossen: „Die Tatsache, daß ein internationaler Schiedsrichter einen Schiedsspruch auf transnationale Regeln (allgemeine Rechtsprinzipie, vielen Rechtsordnungen gemeinsame Regeln, Völkerrecht, Handelsbräuche, et.c) gestützt hat, anstatt auf das Recht eines bestimmten Staates, soll nicht die Gültigkeit und Vollstreckbarkeit des Schiedsspruches beeinträchtigen, (1) wenn sich die Parteien verständigt haben, daß der Schiedsrichter transnationale Regeln anwendet, oder (2) wenn die Parteien nicht über das anwendbare Recht gesprochen haben“, Resolution sur les règles transnationales avec présentation par Gaillard, E., Rev. arb 1994, 211; ders., in van den Berg, A. (Hrsg.), ICCA Congress Series, S. 570–589 (581).

¹⁰⁶ Der Text des Artikels ist oben, unter § 7, Fn. 290 wiedergegeben.

¹⁰⁷ „Le tribunal arbitral ou l'arbitre aura les pouvoirs d'amiable compositeur et ne sera obligé de suivre aucune règle particulière de droit, mais il pourra, s'il estime qu'il l'echet, fonder ses décisions provisoires et sa sentence sur les principes

bei denen lediglich die *lex contractus* das Vertragsverhältnis regelt, wie die Wahl der allgemeinen Rechtsgrundsätze zu behandeln sind.

B. Anwendbares Recht bei fehlender Rechtswahl

I. Vermutung zugunsten des staatlichen Rechts?

Falls die Parteien weder ausdrücklich noch konkludent ein bestimmtes materielles Recht gewählt haben, so bietet sich unter Zugrundelegung der überkommenen kollisionsrechtlichen Prinzipien zunächst das Recht des Konzessionsgebers als anwendbares Recht an¹⁰⁸. Die üblichen im internationalen Vertragsrecht verwendeten Anknüpfungen sprechen für die Heranziehung des Rechtes des Gaststaates¹⁰⁹. Zu seiner Rechtsordnung bestehen die engsten Beziehungen: der Vertrag ist in seinem Land zu erfüllen, er wird sogar meist auch dort geschlossen, so daß bei Anwendung der IPR Prinzipien der *lex loci contractus* und *lex loci solutionis* sein Recht in Betracht kommt¹¹⁰. Tritt als privater Vertragspartner eine inländische Toch-

de droit et en particulier de droit international“, zitiert nach Weil, P., RdC 128 (1969–III), 95–240 (162).

¹⁰⁸ An, T., JWTL 21 (4) (1987), 95–146 (114); Bouchez, L.-J., JIntArb 8 (1) (1991), 81–115 (103); Delaume, G., TulLReview 63 (1989), 575–611 (579); El-Kosheri, A., RdC 147 (1975–IV), 219–393 (329); Jacquet, J.-M., Clunet 116 (1989–II), 621–690 (636); Maniruzzaman, A. F. M., NILR 40 (1993), 201–237 (213); Markert, T., S. 151; vgl. auch Art. 11 der Amsterdamer Resolution des Institut de Droit International aus dem Jahre 1957: „The rules of choice of law in force in the state of the seat of the arbitral tribunal must be followed to settle the law applicable to the substance of the difference“, AnnIDI 47, II, (1957), 491 ff., 496; so auch in Jemen (Art. 45 Arbitration Act) und in Schweden, berichtet bei Gottwald, P., Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Generalbericht in Gottwald, P. (Hrsg.), Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, S. 3–160 (75).

¹⁰⁹ An, T., JWTL 21 (4) (1987), 95–146 (131 ff.); Cherian, J., S. 22; Ramazani, R. K., Choice-of-Law Problems and International Oil Contracts: A Case Study, ICLQ 11 (1962), 503–518 (509) der bezüglich des Konzessionsvertrages zwischen der National Iranian Oil Company und Pan American International Oil Company bemerkte: „The application of the (objektive) tests of sovereignty, nationality of the agent, the place of contracting and the place of performance would indicate that the applicable law is Iranian law. Furthermore, other tests such as the nature of the subject-matter and the place where it is situated, *lex loci rei sitae*, would also indicate the same because the subject-matter is Iranian Petroleum located within the Iranian domain“.

¹¹⁰ So auch der Schiedsspruch Wintershall A.G. v. Government of Qatar, ILM 28 (1989), 795 ff. siehe auch die ICC-Schiedssprüche Nr. 805, Doc. Nr. 410/81, vom 24. Oktober 1951; Nr. 1009, Doc. Nr. 410/514, vom 13. November 1957; Nr. 1005, Doc. Nr. 410/592, vom 10. April 1958; Nr. 1082, Doc. Nr. 410/744, vom 15. Juni 1960; Nr. 1001, Doc. Nr. 410/777, vom 12. Oktober 1960; Nr. 1446, Doc. 410/1435, vom 4. Juli 1966; Nr. 1445, Doc. 410/1492, vom 18. Januar 1967; Nr. 1177,

tergesellschaft auf, so stimmt sogar das Personalstatut beider Parteien überein. Die für den Vertrag charakteristische Leistung der Übertragung öffentlich-rechtlicher Befugnisse wird vom Konzessionsgeber erbracht. Die Rohstofferschließungskonzession gibt dem Konzessionär ein dingliches Nutzungsrecht an Grund und Boden im Land des Konzessionsgebers, so daß dessen Recht auch die *lex rei sitae* ist¹¹¹. Aber auch außerhalb des Rohstoffbereiches wird bei *management*¹¹²- und *turnkey contracts*¹¹³, bei Lizenzabkommen über den Technologietransfer¹¹⁴ oder anderen Typen von Lizenzabkommen¹¹⁵ bei fehlender Rechtswahl auf das Recht des staatlichen Vertragspartners zurückgegriffen, weil seine Rechtsordnung jene mit dem engsten tatsächlichen Bezug zum Streitfall ist¹¹⁶.

Angesichts dessen verliert für den Konzessionsbereich die heftig umstrittene Frage, ob allgemein eine Vermutung zugunsten der Anwendung des Rechts der staatlichen Vertragspartner anzuerkennen ist, an Bedeutung. Eine solche Vermutung hatten, wie oben schon ausgeführt, der *StGH* im Falle der serbischen Anleihen¹¹⁷ und das Reichsgericht¹¹⁸ aufgestellt. Auch der

Doc. Nr. 410/1614, vom 13. März 1968; Nr. 1529, Doc. Nr. 410/1658, vom 10. Juli 1968; Nr. 1442, Doc. Nr. 410/1665, vom 25. September 1968; ICC-Schiedsspruch vom 30. Oktober 1968, im *Lubelski v. Burundi-Fall* (§ 5, Fn. 31); Nr. 1687, Doc. Nr. 410/1855, vom 10. Juni 1970; Nr. 1592, Doc. 410/1914, vom 18. November 1970; Nr. 1505, Doc. 410/1940, vom 13. Januar 1971; Nr. 1846, Doc. Nr. 410/1953, vom 24. Februar 1971; Nr. 6560/1990, YCA XVII (1992), 226, der Schiedsspruch im Falle *Revere Copper v. O.P.I.C.* (§ 7, Fn. 22) und der Schiedsspruch des *Iran U.S. Claims-Tribunals* im Falle *Amoco International Finance Corporation*, 15 Iran-U.S. C. T. R. (1987), S. 234; zahlreiche Nachweise bei *Maniruzzaman*, A. F. M., NILR 40 (1993), 201–237 (211).

¹¹¹ So im *Aramco-Schiedsspruch* (§ 7, D. 2., Fn. 353 ff.).

¹¹² *Davis, M.*, Choice of Applicable Law in International Construction Contracts, in *Uff, J./Jones, E.* (eds.), International and ICC Arbitration, 1990, S. 213–227; *Westerling, G.*, Construction and Management Contracts, in *Horn, N./Schmitthoff, C.* (eds.), The Transnational Law of International Commercial Transactions, 2. Aufl., 1982, S. 175, 181–183.

¹¹³ *Oberreit, W. W.*, Turnkey Contracts and War: Whose Risk?, in *Horn, N./Schmitthoff, C.*, (ed.), *ibid.*, S. 191–196.

¹¹⁴ *Plaff, D.*, International Licencing Contracts, Transfer of Technology and Transnational Law, in *Horn, N./Schmitfohh, C.*, (eds.), *ibid.*, S. 199, 208–209; siehe auch Licencing Guide for Developing Countries (World Intellectual Property Organization, Nr. 620E, 1977), S. 635; vgl. dazu *Delaume, G.*, TulLReview 63 (1989), 575–611 (579) und *Maniruzzaman*, A. F. M., NILR 40 (1993), 201–237 (213) m. w. Nach.

¹¹⁵ ICC-Schiedsspruch vom 16. Juni 1960, zitiert nach *Maniruzzaman*, A. F. M., *ibid.* S. 213.

¹¹⁶ Vgl. dazu oben, unter § 7, D. 2., Fn. 338; so auch im *Aminoil-Schiedsverfahren* [§ 7, B. I. 2. b) bb)], wo das Recht „with which the contract has the closest connection“ angewandt wurde, zitiert nach *Tschanz, P.-Y.*, IntL 18 (1984), 245–281 (262).

Schiedsspruch im Falle *Ruler of Qatar v. International Marine Oil Company, Ltd.* sieht in der Beteiligung des Herrschers von Katar am Vertrag ein Indiz zugunsten der Anwendung des Rechts des Gastlandes¹¹⁹.

In der jüngeren Literatur ist dagegen sehr umstritten, ob diesem Umstand überhaupt Indizwirkung zukommt¹²⁰. Begibt sich der Staat auf die Ebene der Gleichordnung, wie bei rein fiskalischen Verträgen, so muß er konse-

¹¹⁷ Oben, unter § 7, Fn. 17; vgl. auch den Aramco-Schiedsspruch: „*The law in force in Saudi Arabia should also be applied to the content of the Concession because this State is a Party to the Agreement, as grantor, and because it is generally admitted, in private international law, that a sovereign State is presumed, unless the contrary is proved, to have subjected its undertakings to its own legal system. This principle was mentioned by the Permanent Court of International Justice in its Judgements of Juli 12th 1929 concerning the Serbian and Brazilian Loans*“ [Hervorhebung von der Verfasserin], ILR 27 (1963), 117–233 (117) = RCDIP 52 (1963), 272–363 (314).

¹¹⁸ RGZ 126, 196, 207. Dagegen sah das House of Lords hierin nur ein Indiz unter anderen, Rex. v. International Trustee for the Protection of Bondholders Akt, [1937] 2 All E.R. 164, 167–168: „*The circumstance that a Government is a party is entitled to great weight in drawing the appropriate inference but is not conclusive and is only one factor in the problem*“; so auch in den Fällen: The Metamorphosis [1953] 1 All. E.R. 725; The Assunzione [1954] 1 All E.R. 278, 293.

¹¹⁹ Schiedsspruch vom Juni 1953, Schiedsrichter Sir Alfred Bucknill, ILR 20 (1953), 534–547 (544).

¹²⁰ Zustimmung: Mann, F.-A., RBDI 11 (1975), 562–567 (564): „*The rule that in looking for the proper law of transactions with States very great, though by no means overriding, weight has to be given to the character of the State party is universal, supported by common sense and applicable to legislative instruments with particular force*“; siehe aber Zweifel vom selben Autor, BYIL 35 (1959), 34–57 (48): „... *The Permanent Court of International Justice cannot have intended, by a dictum unsupported by reasons, to negative a progressive development of the law by a doctrine of internationalization*“; Schwarzenberger, G., S. 5; ablehnend: Regli, J.-P., S. 123 ff., 152 mit Beispielen aus der Rechtsprechung der Cour de cassation; Sandrock, O., RIW 38 (1992), 785–795 (787, Fn. 23, 24) mit zahlreichen Nachweisen; Schlosser, P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 735; so auch das Aminoil Memorial im Verfahren Aminoil v. Kuwait: „*The old dictum of the Serbian Loans Case, always of doubtful value in the particular case of loan contracts, can hardly be relied upon as representing modern law and practice ... In long-term investment contracts such as oil concession agreements there can be no such presumption. Indeed, the presumption, if any, should be the other way round: for common sense and experience show that no private party to a long-term contract with a State can be presumed to have implicitly accepted the law of the State as the „proper law“, with the obvious risks following therefrom*“ [Hervorhebung von der Verfasserin], Aminoil Counter-Memorial (5. Januar 1981), Vol. 1 (Text), Pleadings, Bk. 4, § 240, S. 109; vgl. auch dazu die Antworten auf Frage 12 des Fragebogens von van Hecke, G., AnnIDI 57 I, (1977), 209 ff. bezüglich der Weitergeltung des Dictums des StGH und die fast einstimmige Ablehnung der Vermutung zugunsten der Anwendung des staatlichen Rechts von den Mitgliedern des Institut de Droit International.

quenterweise gleich wie ein Privater behandelt werden¹²¹. Bei Konzessionsverträgen mit ihrem stark öffentlich-rechtlichen Charakter erscheint hingegen eine Vermutung zugunsten des Rechts des staatlichen Vertragspartners eher gerechtfertigt¹²². Das zeigt auch Art. 42 Abs. 1 *WBÜ*, wonach bei Fehlen einer Rechtswahlvereinbarung das Recht des Investitionslandes heranzuziehen ist¹²³.

Aus alledem läßt sich ableiten, daß es einer Vermutung zur vorrangigen Anwendung des Rechts des Konzessionsgebers gegenüber allen anderen nationalen Rechtsordnungen nicht bedarf. Vielmehr ist es umstritten, ob nicht bei fehlender Rechtswahl anstelle des Rechts des Konzessionsgebers die allgemeinen Rechtsgrundsätze angewandt werden sollten und unter welchen Voraussetzungen eine schlüssige Wahl dieser Rechtsprinzipien angenommen werden kann. Etliche Schiedssprüche und ein Teil der Literatur¹²⁴ bejahen ihre Anwendung auch ohne entsprechende Rechtswahl. Deshalb erscheint es sachgerecht, auf diese Schiedssprüche und theoretische Auffassungen näher einzugehen.

¹²¹ *Delaume, G.*, TullReview 63 (1989), 575–611 (578); *El-Kosheri, A.*, RdC 147 (1975–IV), 219–393 (328); *Leboulanger, P.*, Les contrats entre Etats ..., S. 204; so auch Rex. v. International Trustee for the Protection of Bondholders Aktiengesellschaft, [1937] AC, 531: „In every case where a Government be a party or not the general principle which determines the proper law of the contract is the same“.

¹²² Ebenso *Böckstiegel, K.-H.*, Der Staat ..., S. 106; *Dimolitsa, A.*, JIntArb 5 (4) (1988), 17–66 (59); so auch im *Aramco-Fall*: „... *The tribunal ... decides to apply the law which corresponds best to the nature of the legal relationship between the parties ... This is the law of the country with which the contract has the closest natural and effective connection, unless another law is designated by the conclusive conduct of the parties. Relying on objective considerations, the tribunal believes that the governing law should coincide with the economic milieu where the operation is to be carried out ...*“ [Hervorhebung von der Verfasserin], Schiedsspruch, ILR 27 (1963), 117–233 (167); a. A. *Regli, J.-P.*, S. 152 und der BP-Schiedsspruch: „It is erroneous to assume, as has been done doctrinally, on the basis of the territorial sovereignty of the State where the physical seat of an international arbitral tribunal is located, that the *lex arbitri* necessarily governs the applicable conflicts of law rules“, ILR 53 (1979), 297–388 (326).

¹²³ So in den *ICSID*-Schiedssprüchen in den Fällen: *Benvenuti v. Congo*, vom 8. August 1980 (§ 2, Fn. 70); *Klöckner v. Cameroon*, vom 21. Oktober 1983, *ibid.* und *Letco v. Liberia* vom 31. März 1986, *ebenda*; vgl. dazu *Hirsch, M.*, S. 133 ff.

¹²⁴ *Böckstiegel, K.-H.*, Der Staat ..., S. 113 ff. (wenn die Kriterien des beschränkt-völkerrechtlichen Vertrags nicht erfüllt sind); *Mc Nair*, BYIL 33 (1957), 1–19 (5 ff.); *Zweigert, K.*, BerDGesVöR 5 (1964), 194–214 (205 ff.).

II. Anwendung der allgemeinen Rechtsgrundsätze und der *lex mercatoria*?

1. Die Schiedspraxis

Im Fall *Lena Goldfields* wurden die allgemeinen Rechtsgrundsätze als Vertragsstatut der zugrundeliegenden Konzession angewandt, soweit nicht die Durchführung des Vertrages in der Sowjetunion betroffen war¹²⁵. Die entscheidende Klausel dafür war wohl Art. 89 des Vertrages¹²⁶, in dem auf die Rechtsprinzipien des guten Glaubens und des guten Willens zurückgegriffen wurde. Auch im *Abu Dhabi*-Schiedsspruch ging Schiedsrichter *Lord Asquith of Bishopstone* primär davon aus, daß nach traditionellen kollisionsrechtlichen Prinzipien das Recht des Konzessionsgebers das *proper law* des Vertrages wäre¹²⁷; er hielt dieses Recht jedoch nicht für anwendbar angesichts seiner Ungeeignetheit, die komplexen Rechtsverhältnisse zwischen einem Staat und einem ausländischen Investor zu regeln¹²⁸. Statt dessen sah er in Art. 17 des Konzessionsvertrages¹²⁹ eine schlüssige Wahl der allgemeinen Rechtsgrundsätze¹³⁰.

Dieser Auffassung hat sich später Schiedsrichter *Sir Alfred Bucknill* im *Ruler of Qatar v. International Marine Oil Company*-Fall angeschlossen. In der Beteiligung des Herrschers von Katar an der Konzession war nach seiner Ansicht ein Indiz zugunsten der Anwendung des Rechts des Gastlandes zu sehen¹³¹. Islamisches Recht konnte aber im vorliegenden Fall nicht in Betracht kommen, weil der Vertrag, dessen Gültigkeit von keiner Seite bestritten wurde, in wesentlichen Teilen diesem Recht zuwiderlief. Aus diesem Grund befürwortete er die Anwendung der Rechtsprinzipien von „*justice, equity and good conscience*“¹³². Ähnlich ist auch Schiedsrichter *Paul Guggenheim* im seinem Schiedsspruch vom 7. Juli 1966 im Falle *Société d'Electricité d'Athènes et du Pirée et al. c. Etat Hellénique* verfahren¹³³. Bei fehlender Rechtswahl zog er die allgemeinen, von den Kulturvölkern anerkannten Rechtsgrundsätze i.S. des Art. 38 Abs. 1 lit (c) des IGH-Statuts als *proper law* des Vertrages heran¹³⁴. Er schränkte aber ihre

¹²⁵ Schiedsspruch oben, unter § 7, C. I. 1. a), Fn. 208.

¹²⁶ Der Text des Artikels ist oben, unter § 7, Fn. 210 wiedergegeben.

¹²⁷ Oben, unter § 7, Fn. 216.

¹²⁸ Oben, unter § 7, Fn. 217.

¹²⁹ Der Text des Artikels ist oben, unter § 7, Fn. 215 wiedergegeben.

¹³⁰ Schiedsspruch, oben, unter § 7, C. I. 1. b), Fn. 219.

¹³¹ Schiedsspruch, ILR 20 (1953), 534–547 (544).

¹³² Schiedsspruch, *ibid.* S. 545.

¹³³ Schiedsspruch oben, unter § 7, Fn. 21.

¹³⁴ „*Le choix du droit applicable incombe au tribunal arbitral lui-même. Or celui-ci considère comme particulièrement indiqué en l'espèce l'application par ana-*

Anwendbarkeit auf die Konzession dahin ein, daß er feststellte, die allgemeinen Rechtsgrundsätze bildeten keine komplette Rechtsordnung und insofern greife staatliches Recht (das griechische Recht) daneben teilweise ein¹³⁵.

Entzündet hat sich allerdings die Diskussion über die Anwendung der allgemeinen Rechtsgrundsätze bei fehlender Rechtswahl im Falle *Sapphire v. NIOC*¹³⁶. Schiedsrichter *Cavin* hob den öffentlich-rechtlichen Charakter eines Konzessionsvertrages hervor. Bei den in Rede stehenden Verträgen handle es sich um „*sui generis*“ Verträge, für die nur die allgemeinen Rechtsgrundsätze als Vertragsstatut in Betracht kämen¹³⁷. Die Anwendung des staatlichen iranischen Rechts lasse sich angesichts der Möglichkeit des souveränen Staates, sein Recht einseitig zu ändern und damit die vertraglich verliehenen Rechte des Investors aufzuheben oder erheblich einzuschränken, als nicht sachgerecht erscheinen.

Seine Ansicht glaubt der Schiedsrichter anhand vertraglicher Indizien begründen zu können. Dabei setzte er den Schwerpunkt nicht so sehr auf die Schiedsklausel, die er als ein eindeutiges Indiz für den Parteiwillen hält, das iranische Recht auszuschließen. Vielmehr sei Art. 38 des Konzessionsvertrages entscheidend, in dem sich die Parteien verpflichteten, den Vertrag nach dem Rechtsprinzip des guten Glaubens auszuführen und sowohl den Geist als auch den Buchstaben des Vertrages zu beachten. Daraus sei zu entnehmen, daß die Parteien nicht die Anwendung eines bestimmten nationalen Rechts, sondern die Anwendung der allen Rechtssystemen gemeinsamen allgemeinen Rechtsgrundsätze gewollt hätten. Einen weiteren Indiz zur Maßgeblichkeit der allgemeinen Rechtsgrundsätze als *proper law* der streitigen Konzession liefere Art. 37 Abs. 2 des Vertrages, in dem hinsichtlich der Auslegung der *force-majeure* Klausel ausdrücklich auf die Grundsätze des internationalen Rechts zurückgegriffen wurde. Schließlich sei es auf die ansonsten vertragliche Praxis der *NIOC* zu verweisen, insbesondere auf ihre Verträge mit dem internationalen Erdölkonsortium und der *AGIP*, in denen auf die gemeinsamen Rechtsgrundsätze abgestellt wurde.

2. Kritik

Diese Überlegungen sind vielen Einwänden ausgesetzt. Enthält der Vertrag zwischen *Sapphire* und *NIOC* keine Wahl hinsichtlich des anwendba-

logie des principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées, au sens de l'art. 38, ch. I, lit. c) du Statut de la Cour Internationale de Justice“, zitiert nach Weil, P., *Etudes offertes à Goldman*, S. 387–414 (396).

¹³⁵ Zum Schiedsspruch vgl. Weil, P., RdC 128 (1969–III), 95–240 (169).

¹³⁶ Schiedsverfahren oben, unter § 6, B. II. 4. b).

¹³⁷ So im *Aramco-Schiedsspruch*, ILR 27 (1963), 117–233 (170).

ren materiellen Rechts, so kann der Schiedsrichter diese Lücke in Anlehnung an die sonst mit dem *Sapphire*-Konzessionsvertrag identischen Verträge der *NIOC* nicht nachträglich korrigieren. Schiedsrichter *Cavin* stellt darüber hinaus überwiegend auf das Interesse des ausländischen Investors ab, seine Rechte durch einseitige Änderung des staatlichen Rechts nicht aufgehoben zu sehen. Rechtswahlklauseln erfüllen gerade die Funktion, den privaten Investor vor willkürlichen Änderungen des auf den Vertrag anwendbaren staatlichen Rechts zu schützen. Die Beseitigung der an sich sach nächsten Rechtsordnung des Konzessionsgebers kann nicht unter Berufung auf die Interessen einer Partei gerechtfertigt werden.

Es ist überdies zweifelhaft, ob mit der Anwendung abstrakter und zu ihrer Konkretisierung der Rechtsvergleichung bedürftiger allgemeiner Rechtsgrundsätze dem Rechtssicherheitsstreben und den Planungsbedürfnissen der Parteien Genüge getan wird. Legt man die überkommenen kollisionsrechtlichen Prinzipien zugrunde, so kommt bei fehlender Rechtswahl jene Rechtsordnung in Betracht, mit der der Vertrag am engsten verknüpft ist¹³⁸. Bei langfristigen Verträgen, die im Land des Konzessionsgebers abgeschlossen und auf seinem Territorium durchzuführen sind, ist diese Rechtsordnung diejenige des Gaststaates. Das Prinzip der Anwendung der Kollisionsordnung mit dem engsten tatsächlichen Bezug zum Streitfall gilt folgerichtig auch für den internationalen Schiedsrichter¹³⁹.

¹³⁸ Vgl. dazu oben, unter § 7, Fn. 338; so auch im § 1051 Abs. 2 ZPO n.F. (*engste Verbindung*); Art. 187 Abs. 1 Schw. IPR-G (*engster Zusammenhang*); Art. 28 Abs. 1 S. 1 EGBGB (*engste Verbindung*); § 1 Abs. 1 öster. IPR-G (*stärkste Verbindung*); Art. 5 Abs. I des chinesischen Außenwirtschaftsvertragsgesetzes von 1985, abgedruckt bei *Horn, N./Schütze, R.* (Hrsg.), *Wirtschaftsrecht der VR China*, S. 438, 439 (*closest and most real connection*); Art. 834 der italienischen c.p.c. i.d.F. vom 17. April 1994; Art. 13 Abs. III Benelux IPR Abkommen (nicht ratifiziert: *liens les plus étroits*), zitiert nach *Berger, K.-P.*, *Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit*, S. 357; Section 9 (1) der Inter-American Convention on Applicable Law to International Contractual Arrangements, beschlossen im März 1994 in Mexiko: „Had the parties not chosen the applicable law or if their choice had become ineffective, the contract shall be governed by the law of the State with closer links“ berichtet bei *de Mur, D. R.*, in *van den Berg, A.* (Hrsg.), *ICC Congress Series No 7*, S. 501–517 (507); vgl. auch dazu die ICC-Schiedssprüche Nr. 1717/1972, *Clunet* 101 (1974), 890; Nr. 2730/1982, *Clunet* 111 (1984), 914 mit Anmerkung *Derains Y.*; Nr. 4996/1985, *Clunet* 113 (1986), 1132; Nr. 5314/1988, *YCA XX* (1995), 35–40; zustimmend: *Delaume, G.*, in *Law and Practice of Transnational Contracts*, § 3.01; *Hirsch, M.*, S. 125, 133; *Kegel, G.*, § 18 I 1 d, S. 488; *Lalive, P.*, *Rev. arb* 1986, 329–373 (355); *Lando, O.*, in *Festschrift für Zweigert*, S. 157–178 (169); *Tschanz, P.-Y.*, *IntL* 18 (1984), 245–281 (262).

¹³⁹ *Lalive, P.*, *Rev. arb* 1986, 329–373 (356); ICC-Schiedssprüche Nr. 3742/1983, *Clunet* 111 (1984), 911 mit zust. Anmerkung *Derains, Y.*, S. 912, 913 (*nul doute partie des principes généraux du droit international privé*); Nr. 4132/1983, *YCA X* (1985), 49; Nr. 4237/1984, *YCA X* (1985), 52, 55 (*die bisher veröffentlichten Schiedssprüche zeigen eine Bevorzugung der Kollisionsnorm des engsten Zusam-*

Das Argument des Schiedsrichters *Cavin*, aus der Wahl eines internationalen Schiedsgerichts sei der Schluß auf eine negative Rechtswahl in Form des Ausschlusses des Rechts des Konzessionsgebers zu ziehen, ist zudem sehr problematisch¹⁴⁰. Denn dem Bestreben des Investors nach einer neutralen Entscheidungsinstanz wird genauso gut durch die materiellrechtliche Anwendung des Rechts des Konzessionsgebers gedient. Dies wird durch jene Konzessionsverträge bestätigt, die eine Wahl der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit mit der Anwendbarkeit des Rechts des Konzessionsgebers verbinden¹⁴¹. Zahlreiche Autoren halten darüber hinaus die Vereinbarung einer Schiedsklausel für ein eindeutiges, für sich genommen aber nicht ausreichendes Indiz zur Internationalisierung des Vertrages¹⁴².

Ebensowenig kann aus der *force-majeure* Klausel im *Sapphire*-Vertrag eine Rechtswahl für den gesamten Vertrag abgeleitet werden. Denn die Klausel sollte nur so ausgelegt werden, daß die internationalen Handelsbräuche in diesem Bereich berücksichtigt werden müßten. In ihr ein entscheidendes Indiz zur Internationalisierung des ganzen Vertrages zu sehen, scheint verfehlt. Schließlich sollte auch Art. 38 des Konzessionsvertrages, der auf den Grundsatz des guten Glaubens bei der Vertragsdurchführung verweist, so interpretiert werden, daß er ein dem Recht des Konzessionsgebers bereits immanentes Rechtsprinzip hervorhebt¹⁴³. In jedem anderen

menhangs; dieser liegt in der Rechtsordnung des Landes, wo die Partei, welche die charakteristische Leistung erbringt, ihre Hauptverwaltung hat; Nr. 5717, ICC Bull. Nr. 2, 1990, S. 22; Entscheidung des *Iran-U.S. Claims Tribunals* im Falle *Harnischfeger Corp. v. Ministry of Roads and Transportation, Iran-U.S. C. T. R. 7* (1984), S. 90, 99.

¹⁴⁰ Siehe aber die zustimmenden ICC-Schiedssprüche Nr. 1337 vom 9. Juni 1965, [unveröffentlicht, Auszüge bei *Loquin, E., L'amiable composition en droit comparé et international*, Paris 1980, 326]; Nr. 1472, Doc. Nr. 410/1636, vom 8. Mai 1968; Nr. 1641/1969, *Clunet* 101 (1974), 888; Nr. 2152/1972; Nr. 2291/1975; Nr. 2583/1976; Nr. 1859, 1973, berichtet bei *Croff, C.*, *IntL* 16 (1982), 613–645 (636, 637); Nr. 1569/14. Oktober 1979, (Auszüge bei *Derains, Y.*, *Rev. arb* 1973, 135); Nr. 4840/1986 – Teilentscheid, in *International Construction Law Review* 3 (1985/1986), 277, 283 ff; Nr. 5065/1986, *Clunet* 114 (1987), 1039; vgl. auch ICC-Schiedsspruch Nr. 3572 (*DTS v. Rakoil*), *YCA XIV* (1989), 11, 117, wo das Schiedsgericht mangels ausdrücklicher Rechtswahl der Parteien die „*international anerkannten Rechtsgrundsätze für vertragliche Beziehungen*“ für anwendbar erklärte, weil dies die Praxis der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit über Ölkonzessionen sei und daher „*den Parteien bekannt gewesen sein und als ihr implizierter Wille angesehen werden müsse*“.

¹⁴¹ Oben, unter § 7, Fn. 21.

¹⁴² Siehe die Darstellung bei *Kuusi, J.*, S. 140 ff. für die *OPEC*-Staaten; Art. 23 und 27 des *Bougainville-Kupferabkommens*, abgedruckt bei *Schanze, E.*, *Investitionsverträge im internationalen Wirtschaftsrecht*, S. 209, 241, 243.

¹⁴³ *Delaume, G.*, *RBDI* 4 (1968), 336–364 (349); *ders.*, in *Law and Practice of Transnational Contracts*, § 1.13; *El-Kosheri, A.*, *RdC* 147 (1975–IV), 219–393 (310,

Vertrag würde die Gutgläubensklausel in diesem Sinne verstanden werden. Zweifelsfrei ist diese Annahme bei späteren iranischen Verträgen wie z.B. bei der PEGUPCO-Vereinbarung von 1965. Sie enthält denselben Verweis auf die Durchführung des Vertrages gemäß Treu und Glauben, erklärt aber gleichzeitig iranisches Recht für anwendbar¹⁴⁴.

3. Rechtstheoretische Bedenken gegen die Anwendung der allgemeinen Rechtsgrundsätze und der *lex mercatoria* bei fehlender Parteirechtswahl

Im übrigen bleiben die grundsätzlichen Bedenken gegen eine Anwendung der allgemeinen Rechtsgrundsätze als *proper law*¹⁴⁵. Der offensichtliche Einwand besteht darin, daß die anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze für eine unmittelbare Rechtsanwendung untauglich sind, ihre Umsetzung in wirkliche Rechtsnormen mit einem hohen Aufwand an rechtsvergleichender Grundlagenforschung verbunden ist und damit durch den Schiedsrichter in einem konkreten Verfahren überhaupt nicht bewältigt werden können. Ein weniger sorgfältiges Verfahren der Ermittlung allgemeiner Rechtsgrundsätze ist jedoch mit dem Makel einer gewissen Willkürlichkeit behaftet¹⁴⁶. Nach dem bisher Gesagten kann außerdem eine Vertragsbeziehung nur einer lebenden, geltenden Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit unterstellt werden. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze bilden aber weder ihrem Inhalt noch ihrer Geltungskraft nach ein Rechtssystem, das als *proper law* für Verträge geeignet wäre. Denn sie sind keine geschlossene, lebende Rechtsordnung, die Verträge Geltungskraft verleihen und Regeln über Zustandekommen, Gültigkeit und Haftung bereithalten würde. Gleiches gilt auch für die Rechtsgrundsätze der internationalen Wirtschaftsbeziehungen, auf die in Art. 2 der Resolution des *Institut de Droit International* aus dem Jahre 1979 verwiesen wird, sofern man sie nicht als eigenständige Rechtsordnung begreift. Der gegenteilige Vorschlag von *Lalive*, diese Rechtsgrundsätze als Teil des „*droit transnational*“ aufzufassen, wurde im Plenum des *Institut* mit 34 gegen 18 Stimmen abgelehnt¹⁴⁷.

327); Schanze, E., Investitionsverträge im internationalen Wirtschaftsrecht, S. 116 betrachtet diese Gutgläubensklausel als „*salvatorische Klausel*“.

¹⁴⁴ Delaume, G., RBDI 4 (1968), 336–364 (349).

¹⁴⁵ Vgl. dazu § 7, C. I. 3. und 4.

¹⁴⁶ von Hoffmann, B., Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit ..., S. 115–117; ders., IPRax 4 (1984), 106–108 (106).

¹⁴⁷ AnnIDI 58 (1979–II), S. 74 und 82.

4. Regelungen internationaler Abkommen und nationaler Rechte

Dogmatisch ist überdies zweifelhaft, ob überhaupt eine schlüssige Wahl der allgemeinen Rechtsgrundsätze möglich ist¹⁴⁸. Die nationalen Kollisionsregeln verweisen stets nur auf ein anderes nationales Recht und nicht auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze¹⁴⁹. So sieht Art. VII EÜ vor, daß das Schiedsgericht das Recht nach den Kollisionsnormen bestimmt, deren Anwendung es in dem zu entscheidenden Rechtsstreit für angemessen hält.

¹⁴⁸ *Ablehnend*: von Hoffmann, B., Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit ..., S. 115; Markert, T., S. 156; Park, W. W., TulLReview 63 (1989), 647–709 (671); *zustimmend*: El-Kosheri, A., RdC 147 (1975–IV), 219–393 (333); Mc Nair, BYIL 33 (1957), 1–19 (10); das französische Recht: Art. 1496 *ncpc*; wohl auch das niederländische Recht, vgl. dazu van den Berg, A., YCA II (1987), S. 25 und das schweizerische Recht: Dasser, F., S. 335; Lalive, P./Gaillard, E., Clunet 116 (1989), 905–963 (946); Reymond, C., Rev. arb 1989, 385–413 (406); a. A. Bucher, A., Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Basel, Frankfurt a/M, 1989; nach Art. 6 Abs. II i. V. m. Art. 4 der Santiago de Compostela Resolution des Institut de Droit International (§ 6, Fn. 257) kann das Schiedsgericht „allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechts oder des internationalen Privatrechts“ anwenden, wenn keine Rechtswahl vorliegt, RabelsZ 54 (1990), 160–169 (165); vgl. auch Section 10 der Inter-American Convention on Applicable Law to International Contractual Arrangements vom März 1994: „Apart from the provisions of the proceeding sections and when appropriate, rules, customs and general principles of commercial law shall be applied, as well as the uses and commercial practices generally accepted to meet the requirements imposed by justice and equity in the solution of specific cases“, berichtet bei de Mur, D. R., in van den Berg, A. (Hrsg.), ICCA Congress Series, S. 501–517 (507).

¹⁴⁹ Giardina, A., ItYIntL 5 (1980/1981), 147–170 (160); Verhoeven, J., Rev. arb 1985, 609–640 (619); siehe aber die sogenannte „voie directe“, wonach das Schiedsgericht entsprechend der Parteiautonomie anstelle der Parteien das materiell anwendbare Recht nach dem Vertragsschwerpunkt *direkt* bestimmen kann; vgl. dazu: Blessing, M., JIntArb 14 (2) (1997), 39–65; Gottwald, P., Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Generalbericht in Gottwald, P. (Hrsg.), Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, S. 3–160 (77); Haas, U., Die Anerkennung ..., S. 95; Maniruzzaman, A. F. M., NILR 40 (1993), 201–237 (225) mit zahlreichen weiteren Beispielen; so auch Art. 28 Abs. 1 der Schiedsordnung der American Arbitration Association (§ 4, Fn. 215); Art. 22.3 der Arbitration Rules des London Court of International Arbitration vom 1. Januar 1998, YCA XXIII (1998), 366–393; Art. 46 der Arbitration Rules des Netherlands Arbitration Instituts vom 1. Januar 1998, YCA XXIII (1998), 394–423; Art. 59 der World Intellectual Property Organization (WIPO) Mediation, Arbitration and Expedited Arbitration Rules vom 1. Oktober 1994, ILM 34 (1995), 559 und nun Art. 17 der IntHK-Schiedsordnung i. d. F. vom 1. Januar 1998 im Gegensatz zum Art. 13 Abs. 3 der Schiedsordnung i. d. F. vom 1. Juni 1975, der auf den kollisionsrechtlichen Weg verwies; kritisch zur neuen Vorschrift: Habscheid, W. J., RIW 44 (1998), 421–425 (423); Art. 187 Abs. I Schweiz. IPR-G; Art. 39 des ägyptischen Gesetzes Nr. 27/1994 (§ 5, Fn. 79); so auch die ICC-Schiedssprüche Nr. 3380/1983, Clunet 110 (1983), 897; Nr. 6840/1991, Clunet 119 (1992), 1031; Nr. 6500/1992, Clunet 119 (1992), 1015.

Auch Art. 28 Abs. 2 des *UNCITRAL*-Modellgesetzes verweist die Schiedsrichter im Gegensatz zu den Parteien auf die Anwendung des durch Kollisionsnormen ermittelten „*Rechts*“¹⁵⁰.

Haben die Parteien keine ausdrückliche oder stillschweigende Rechtswahl getroffen, so hat das Schiedsricht nach § 1051 Abs. 2 ZPO n.F. „*das Recht des Staates anzuwenden, mit dem der Gegenstand des Verfahrens die engste Verbindung aufweist*“. Diese Regelung lehnt sich insoweit an Art. 28 Abs. 2 des *UNCITRAL*-Modellgesetzes an, als für die Bestimmung des anwendbaren Rechts durch die Schiedsrichter im Gegensatz zur Rechtswahl durch die Parteien (§ 1051 Abs. 1 ZPO n.F.) keine transnationale „*Rechtsvorschriften*“, sondern nur das „*Recht*“ also ausschließlich nationale Rechtsordnungen in Betracht kommen. Die Unterwerfung unter ein nationales Recht ist ein unentbehrlicher Notbefehl, solange ein internationales Normsystem fehlt. Nur ausnahmsweise kann durch „internationale Sachnormen“ eine Korrektur der kollisionsrechtlich maßgeblichen Binnenrechtsordnung vorgenommen werden. Im Bereich der Staatenverantwortlichkeit bei willkürlichen Enteignungen ist z.B. die Tendenz, die Regeln des völkerrechtlichen Fremdenschutzes, insbesondere des Eigentumsschutzes, zum Bestandteil des Rechtes des beteiligten Staates zu erklären, sehr ausgeprägt¹⁵¹.

5. Die Rechtsprechung nationaler Gerichte

Staatliche Gerichte wenden auch stets nationale Rechtsordnungen und nicht transnationales Recht an¹⁵². Allein die französische Rechtsprechung scheint dazu zu neigen, in der „negativen“ Rechtswahl der Parteien die stillschweigende Wahl transnationaler Rechtsgrundsätze zu sehen.

(1) Im Falle *Fougerolle c. Banque du Proche Orient* ging es um die Vollstreckung eines Schiedsspruches, der in Genf nach der Schiedsordnung der *IntHK*-Paris ergangen war¹⁵³. Die Parteien hatten keine Rechtswahl getroffen. Die Schiedsrichter entschieden den Rechtsstreit auf der Grundlage der *lex mercatoria* („*principes généraux des obligations généralement applicables dans le commerce international*“). *Fougerolle* wehrte sich

¹⁵⁰ *Berger, K.-P.*, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, S. 388, *Calavros, C.*, S. 129; *Dasser, F.*, S. 295.

¹⁵¹ Vgl. dazu oben, unter § 7, Fn. 59 ff.

¹⁵² Siehe das obiter dictum von *Sir John Donaldson, M. R.* im Fall *Amin Rasheed Shipping Corp. v. Kuwait Insurance Co. The Al Wahab* [1983] 1 All E.R. 873, 879: „*I find the concept of a supranational or transnational body of law difficult to accept. It seems to me that all private law has a nationality, although I fully accept that laws of different nationalities may be identical*“ [Hervorhebung von der Verfasserin].

¹⁵³ Der Schiedsspruch ist nicht veröffentlicht.

gegen die Vollstreckung des Schiedsspruchs vor französischen Gerichten mit der Begründung, die Schiedsrichter hätten ohne Ermächtigung als *amiable compositeurs* entschieden. Die Pariser *Cour d'Appel* verwarf diesen Einwand¹⁵⁴ und die *Cour de cassation* bekräftigte die Entscheidung der Vorinstanz¹⁵⁵.

(2) Im Schiedsverfahren zwischen dem französischen Unternehmen *Norsolor* und der türkischen Gesellschaft *Pabalk Ticaret Sirketi*, das in Wien nach der Schiedsordnung der *IntHK*-Paris stattfand, wandte das Schiedsgericht die „*lex mercatoria internationale*“ an¹⁵⁶. *Pabalk* betrieb die Vollstreckung des Schiedsspruches in Frankreich. *Norsolor* versuchte, die Vollstreckung mit der Begründung abzuwenden, daß die Schiedsrichter unter Verstoß gegen Art. 13 Abs. 4 der Schiedsordnung der *IntHK*-Paris i.d.F. vom 1. Januar 1975 ohne Ermächtigung durch die Parteien nach Billigkeit entschieden hätten¹⁵⁷. Das *Tribunal de Grande Instance de Paris* lehnte diesen Einwand ab¹⁵⁸.

(3) Ähnlich entschied sich ein Schiedsgericht im Verfahren zwischen der spanischen Gesellschaft *Compania Valenciana de Cementos Portland* und der amerikanischen *Primary Coal Inc.*¹⁵⁹ für die Anwendung der *lex merca-*

¹⁵⁴ *Cour d'Appel de Paris*, Entscheidung vom 12. Juni 1980, *Clunet* 109 (1982), 933, 934 mit Anm. *Oppetit, B.*: „... *Qu'il résulte des énonciations de leur sentence qu'ils se sont implicitement mais nécessairement référés à un usage du commerce international s'imposant avec la force de l'évidence ... considérant qu'en se déterminant ainsi selon des règles de droit les arbitres ont statué dans les termes du compromis ...*“.

¹⁵⁵ *Cour cass.*, Entscheidung vom 9. Dezember 1981, *Clunet* 109 (1982), 935, 936 mit Anmerkung *Oppetit, B.* = *Rev. arb* 1982, 131 mit Anmerkung *Couchez, G.* „... *attendu que l'arrêt relève exactement qu'en se référant aux „principes généraux des obligations généralement applicables dans le commerce international“, les arbitres n'ont fait que se conformer à l'article 8 de l'acte de mission, de définir le droit applicable à l'accord conclu*“.

¹⁵⁶ ICC-Schiedsspruch Nr. 3131 vom 3. Januar 1979, (*B. Cremades, J. Ghestin, R. Steiner*), *Rev. arb* 1983, 525 ff.

¹⁵⁷ Vgl. auch Art. 13 Abs. 4 *IntHK*-Schiedsordnung i.d.F. vom 1. Juni 1975, abgedruckt in *Böckstiegel, K.-H.* (Hrsg.), *Recht und Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit der Internationalen Handelskammer* (1986), S. 101 ff.: „*Der Schiedsrichter entscheidet nach billigem Ermessen, falls beide Parteien ihn hierzu ermächtigen*“; so auch Art. 17 Abs. 3 der *IntHK*-Schiedsordnung i.d.F. vom 1. Januar 1998, abgedruckt in *YCA XXII* (1997), 342–369.

¹⁵⁸ *Tribunal de Grande Instance de Paris*, Entscheidung vom 4. März 1981, *Clunet* 108 (1981), 836, 839 mit Anmerkung *Kahn, Ph.*: „*Attendu qu'il est indéniable que les arbitres ont, conformément à l'article 13 du règlement susvisé, appliqué la loi désignée par la règle de conflit qu'ils ont jugé appropriée, en l'espèce, les principes généraux des obligations généralement applicables dans le commerce international; ... attendu, dès lors, que les arbitres n'ont ni en fait, ni en droit, statué comme amiables compositeurs; qu'ils se sont donc bien prononcés dans les termes du compromis*“.

toria, weil sich die Parteien nicht auf die Vereinbarung ihres jeweiligen Heimatrechts einigen konnten und damit nach Ansicht des Schiedsgerichts zum Ausdruck gebracht hatten, die Anwendung eines „wahrhaftig internationalen Rechts zu wollen“¹⁶⁰, denn dies sei „die einzige Möglichkeit von dem Moment an, wo ein auf die Anwendung eines nationalen Rechts gerichteter Wille der Parteien nicht ersichtlich ist“. Die im Schiedsverfahren unterlegene spanische Gesellschaft focht den Schiedsspruch vor der Pariser *Cour d'Appel* an¹⁶¹. Die Anfechtungsklage stützte sich u.a. auf das Argument, daß der Schiedsrichter sein Mandat überschritten habe, indem er entgegen Art. 13 Abs. 3 der Schiedsordnung der *IntHK*-Paris in ihrer Fassung vom 1. Juni 1975 kein „Recht“, sondern die *lex mercatoria* angewandt habe. Die Pariser *Cour d'Appel* verwarf das Anfechtungsbegehren¹⁶². Die Berufung gegen diese Entscheidung wurde von der *Cour de cassation* zurückgewiesen¹⁶³.

Auch die *UNIDROIT* Vertragsgrundsätze gehen von der Möglichkeit einer solchen negativen Rechtswahl aus¹⁶⁴. Hierbei handelt es sich jedoch um Indizien, die der Verifizierung durch weite Anhaltspunkte bedürfen¹⁶⁵. Häufig deutet die fehlende Rechtswahl darauf hin, daß sich die Parteien nicht auf die Anwendung eines bestimmten nationalen Rechts einigen konn-

¹⁵⁹ ICC-Schiedsspruch Nr. 5953 vom 1. September 1988, Teilschiedsspruch, Rev. arb 1990, 701 ff.

¹⁶⁰ Rev. arb 1990, 711 ff. (*un droit purement international*).

¹⁶¹ Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 13. Juli 1989, Rev. arb 1990, 637 ff. mit Anmerkung *Lagarde, P.* = Clunet 117 (1) (1990), 430 mit zustimmender Anmerkung *Goldman, B.*, S. 443, 440.

¹⁶² „Considérant ... que l'arbitre ... a décidé d'appliquer l'ensemble des principes et usages du commerce dénommé *lex mercatoria*, dispositions de caractère international ayant vocation, à défaut de compétence législative déterminée, à s'appliquer pour la solution du litige ... Considérant que en statuant ainsi, l'arbitre s'est conformé à la mission dont il était investi ...“.

¹⁶³ Cour cass., Entscheidung vom 22. Oktober 1991, (§ 8, Fn 100): „... qu'en se référant à „l'ensemble des règles du commerce international dépagées par la pratique et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales“, l'arbitre a statué en droit ainsi qu'il en avait l'obligation conformément à l'acte de mission ...“.

¹⁶⁴ *UNIDROIT* Draft Principles for International Commercial Contracts, *UNIDROIT* Doc. 40 Rev. 5, S. 1, Art. 1.1 Abs. 4 (b): „Diese Grundsätze können angewandt werden, wenn die Parteien kein anwendbares Rechtssystem oder keine anwendbaren Rechtsregeln bestimmt haben“.

¹⁶⁵ von *Hoffmann, B.*, in Festschrift für Kegel, S. 215–233 (230); *Jarvin, S.*, Anmerkung zu ICC-Schiedsspruch Nr. 5118/1986, Clunet 114 (1987), 1028, 1029; *Texaco*-Schiedsspruch, ILM 17 (1978), 1–37 (16); vgl. auch ICC-Schiedsspruch Nr. 4650/1985, YCA XII (1987), 111, 112, wo das Schiedsgericht eine ausdrückliche Rechtswahl für die Anwendung der *lex mercatoria* forderte; so auch die ICC-Schiedssprüche Nr. 1422/1966, Clunet 101 (1974), 884 ff.; Nr. 4237 vom 17. Februar 1984, YCA X (1985), 52 und Nr. 5118/1986, Clunet 114 (1987), 1027.

ten, ohne daß dies in gleichem Umfang auch für andere nationale Rechte gelten müßte¹⁶⁶. Womöglich hielten die Parteien eine Rechtswahl auch für überflüssig, weil die Anwendbarkeit eines nationalen Rechts auf der Hand lag. Die Nichteinigung der Parteien kann schließlich auch dazu führen, jedenfalls die ihren nationalen Rechtsordnungen gemeinsamen Regeln (*tronc commun*) anzuwenden¹⁶⁷. Auch wenn man sich bereits im Grenzbe-
reich zur *lex mercatoria* befindet, geht es doch um die Anwendung eines Desiderats nationaler Rechtsordnungen. Für die primäre Anwendung anationaler Rechtssätze bleibt insofern kein Raum.

Nur für den Fall, daß die Parteien ausdrücklich zu erkennen geben, das Schiedsgericht solle sich an kein bestimmtes nationales Recht gebunden fühlen, kann man die konkludente Wahl der *lex mercatoria* oder der allgemeinen Rechtsgrundsätze bejahen¹⁶⁸. Wenden die Schiedsrichter ohne ausdrückliche Ermächtigung anationale Rechtsgrundsätze an, so wird nach Ansicht der meisten Länder hierin die Usurpation der Stellung eines *amiable compositeur* durch den Schiedsrichter gesehen und das Schiedsgericht wird seine Befugnisse überschreiten¹⁶⁹. Ein deutscher Schiedsspruch wäre

¹⁶⁶ Vgl. auch Siehr, K., Sachrecht im IPR, transnationales Recht und *lex mercatoria*, in Holl, W./Klinke, U. (Hrsg.), Internationales Privatrecht, Internationales Wirtschaftsrecht. Referate eines Symposiums der Alexander von Humboldt-Stiftung vom 26. bis 30. September 1983 in Ludwigsburg, Köln 1985, S. 103–126 (123): „Es gibt heute noch keinen Rechtssatz, daß bei fehlender Rechtswahl die Schiedsgerichte die *lex mercatoria* anwenden dürfen“.

¹⁶⁷ Rubino-Sammartano, M., International Arbitration Law, S. 274; ders., The Channel Tunnel and the Tronc-Commun Doctrine, JIntArb 10 (3) (1993), 59–65.

¹⁶⁸ Spickhoff, A., ReabelsZ 56 (1992), 116–141 (120ff. 134ff.); so auch Urteil des Kantongerichts Vaud, ASA Bull. 1987, 131, 135, zitiert nach Berger, K.-P., Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, S. 390; für Österreich: Fasching, H. W., Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., 1990, RdNr. 2211; einen Überblick der internationalen Rechtslage bietet Gottwald, P., Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Generalbericht in Gottwald, P. (Hrsg.), Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, S. 3–160 (82ff.) an.

¹⁶⁹ BGH, Entscheidung vom 26. September 1985, NJW 39 (1986), 1436, 1437 = RIW 31 (1985), 970, 972; vgl. auch Cour d'appel de Bruxelles, Entscheidung vom 30. Dezember 1969, Entreprise générale de travaux F. Bourgeois et Fils S.A. c. Reding, Pas.1970 II, 73, 74; Dasser, F., S. 348; Gottwald, P., in Festschrift für Nagel, S. 54–69 (65) m.w.Nach.; ders., Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Generalbericht in Gottwald, P. (Hrsg.), Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, S. 3–160 (87); Haas, U., Die Anerkennung ..., S. 194 m.w.Nach.; von Hoffmann, B., IPRax 4 (1984), 106–108; Loquin, E., Clunet 110 (1983), 292–345 (329); Mann, F.-A., ICLQ 33 (1984), 193–198 (196,197); Markert, T., S. 157; Mustill, L.-J., in Liber Amicorum Lord Wilberforce, S. 149–183 (160); Park, W. W., TuILRreview 63 (1989), 647–709 (672); Rensmann, T., S. 100; Schlosser, P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 863; ders., in Stein/Jonas, Komm. zur ZPO, 21. Aufl., 1994, Anh. zu § 1044 RdNr. 71; Triebel, V/Petzold, E., RIW 34 (1988), 245–250 (249); vgl. auch den ICC-Schiedsspruch Nr. 5118/1986, Clunet 114 (1987), 1027, 1029, in dem die Schiedsrichter feststellen, daß die Wahl eines

deshalb nach § 1059 Abs. 2 Nr. 1 d) ZPO n.F. aufzuheben. Die Anerkennung eines entsprechenden ausländischen Schiedsspruches wäre nach Art. V Abs. 1 lit. c) *UNÜ* (Überschreitung der Grenzen der Schiedsabrede oder der Schiedsklausel) oder auch Art. V Abs. 2 lit. a) *UNÜ* (Verstoß gegen den *ordre public*) bzw. § 1061 ZPO n.F. zu versagen, soweit sich nicht über die Meistbegünstigungsklausel des Art. VII *UNÜ* etwas anderes ergibt¹⁷⁰.

6. Ergebnis

Infolgedessen verbietet es sich für den Schiedsrichter in aller Regel, bei fehlender ausdrücklicher Ermächtigung allgemeine oder gemeinsame Rechtsgrundsätze im materiellrechtlichen Bereich anzuwenden¹⁷¹. Dies wurde auch im *Aminoil*-Fall bestätigt. Paragraph III Abs. 2 Satz 2 des *Arbitration Agreements* vom 23. Juni 1979¹⁷² enthielt eine Rechtswahlklausel, welche dem Schiedsgericht einen weiten Beurteilungsspielraum zur Ermittlung des anwendbaren materiellen Rechts gab. Zur Interpretation dieser Klausel zog das Schiedsgericht eine frühere aus dem Jahre 1973 bei Abschluß des ursprünglichen Vertrages Parteivereinbarung heran, wo die Parteien sich darauf geeignet haben, daß der Vertrag

„must be interpreted and applied, in conformity with the principles common to the laws of Kuwait and of the State of New York, USA, and in the absence of such common principles, then in conformity with the principles of law normally

nationalen Rechts durch die Parteien die Anwendung der *lex mercatoria* ausschließt; weitere Nachweise bei *Rubino-Sammartano, M.*, Le „tronc commun“ des lois nationales en présence (réflexions sur le droit applicable par l'arbitre international), *Rev. arb* 1987, 133–138 (134/135); eine Billigkeitsentscheidung wird nach Art. 33 Abs. 2 *UNCITRAL*-Regeln und Art. 28 Abs. 3 *UNCITRAL*-Modellgesetz auch nur bei ausdrücklicher Ermächtigung erlaubt; so auch § 1051 Abs. 3 ZPO n.F.; a.A. das Schiedsgericht im Verfahren *Wintershall AG et al. v. The Government of Qatar*, *ILM* 28 (1989), 795, 823, das ohne zur Entscheidung *ex aequo et bono* ermächtigt worden zu sein, eine in dem zwischen den Parteien streitigen Konzessionsvertrag enthaltene Frist zur Aufgabe eines Ölfördergebietes verlängerte, um der von ihm gegebenen Auslegung des Vertrages Geltung zu verschaffen.

¹⁷⁰ *Gottwald, P.*, in Festschrift für Nagel, S. 54–69 (65); *Haas, U.*, Die Anerkennung ..., S. 195; *Nagel, H./Gottwald, P.*, § 16, RdNr. 87; *Schlosser, P.*, KTS 44 (1983), 670; *ders.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 192 ff., 863; *Sonnauer, H.*, Die Kontrolle der Schiedsgerichte durch die staatlichen Gerichte, 1992, 84; *Triebel, V./Petzold, E.*, *RIW* 34 (1988), 245–250 (249).

¹⁷¹ a.A. *Lando, O.*, *ICLQ* 34 (1985), 747–768 (754); so auch die ICC-Schiedssprüche Nr. 1375/1965, Nr. 1569/1970, Nr. 1859/1973, in *Rev. arb* 1973, 133, 135; Nr. 1641/1969, *Clunet* 101 (1974), 888; Nr. 2375/1975, *Clunet* 103 (1976), 973; Nr. 2291/1975, *Clunet* 103 (1976), 989; Nr. 4338/1984, *Clunet* 112 (1985), 982; Nr. 5065/1986, *Clunet* 114 (1987), 1039; *zweifeln*d: *Weil, P.*, in *Etudes offertes à Goldman*, S. 387–414 (411).

¹⁷² Der Text ist oben, unter § 7, Fn. 39 wiedergegeben.

recognised by civilized States in general, including those which have been applied by international Tribunals“¹⁷³.

Im Wege einer konformen Auslegung beider Vereinbarungen entschied das Schiedsgericht, anwendbar sei sowohl staatliches (kuwaitisches) Recht, welches das Völkerrecht inkorporiert habe, als auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze als Rechtsquelle [Art. 38 Abs. 1 lit. (c) des *IGH-Statuts*] des Völkerrechts¹⁷⁴.

Auch die neuere Praxis des *ICSID* befürwortet die Anwendung des nationalen Rechts des Konzessionsgebers. Im Schiedsspruch *Liberian Eastern Timber Corp. v. Liberia* wurde bei fehlender Rechtswahl das Recht Liberias für anwendbar erklärt¹⁷⁵. In der Entscheidung des *ad-hoc* Komitees nach dem *WBÜ*, welches den Schiedsspruch *Klöckner v. Kamerun* aufgehoben hat, wurde als Überschreitung der Befugnisse des Schiedsgerichts und damit als Grund für eine Aufhebung des Schiedsspruches betrachtet, daß trotz ausdrücklicher Rechtswahl des staatlichen Rechts auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze zurückgegriffen wurde¹⁷⁶. Die Aufhebung des *ICSID*-Schiedsspruches im Falle *Amco Asia v. Indonesien* durch ein anderes *ad-hoc* Komitee stützte sich auch darauf, daß die einschlägigen Bestimmungen des indonesischen Rechts außer Acht zugunsten der Anwendung der allgemeinen Rechtsgrundsätze gelassen wurden¹⁷⁷.

C. Grenzen des Anwendungsbereiches der *lex contractus*

I. Gespaltene Rechtswahl

Nachdem das anwendbare materielle Recht bestimmt wurde, bleibt noch zu fragen, ob auch sämtliche im Zusammenhang mit der Vertragseentwicklung auftretenden Probleme nach diesem *proper law* zu beurteilen sind. Zunächst kommt es im Konzessionsbereich sehr häufig vor, daß die Schiedsvereinbarung eine gespaltene Rechtswahl enthält (*dépêçage* oder *split proper law*)¹⁷⁸. So sah die Schiedsvereinbarung im *Aramco-Fall*¹⁷⁹

¹⁷³ ILM 21 (1982), 1000.

¹⁷⁴ ILM 21 (1982), 1000; a. A. das Aminoil-Memorial, oben, unter § 7, Fn. 62.

¹⁷⁵ Schiedsspruch vom 31. März 1986, oben, unter § 2, Fn. 70.

¹⁷⁶ *ICSID Rev.-FILJ* 1 (1986), 89 ff., 109 ff. a. A. im S.P.P. Schiedsspruch, oben, unter § 7, Fn. 53.

¹⁷⁷ ILM 25 (1986), 1441 ff. 1459 f.

¹⁷⁸ *Gottwald, P.*, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Generalbericht in *Gottwald, P.* (Hrsg.), Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, S. 3–160 (75); *Hanotiau, M. B.*, *Dépêçage in Choice-of-Law: An Analysis*, in: *Le contrat économique international stabilisé et évolution* (1973), 1-A-3; *Peters, P.*, in *Essays in Honour of Voskuil*, S. 231–245 (236); *Regli, J.-P.*, S. 151, der eine Zersplitterung der *lex contractus* als

vor, daß Angelegenheiten innerhalb der Gerichtsbarkeit Saudi-Arabiens dem nationalen Recht unterworfen werden müssen, Angelegenheiten außerhalb der Gerichtsbarkeit Saudi-Arabiens hingegen dem vom Schiedsgericht für anwendbar gehaltenen Recht. Das Schiedsgericht deutete dies so, daß der Konzessionsvertrag seine rechtliche Verbindlichkeit vom staatlichen Recht erhalte und im Prinzip saudisches Privatrecht anwendbar sei. Da Saudi-Arabien jedoch die wohlerworbenen Rechte des Privatunternehmens respektieren müsse und das rudimentäre saudische Konzessionsrecht durch den Konzessionsvertrag ergänzt worden sei, seien in erster Linie der Vertrag als „*fundamental law of the parties*“ und hilfsweise die üblichen Verfahrensweisen der Ölindustrie heranzuziehen¹⁸⁰. Ähnlich argumentierte die kuwaitische Regierung im Schiedsverfahren Kuwait v. *Aminoil* Verfahren:

„It should be recognized, of course, that an agreement as complex as a concession agreement may be subject to more than one system of law, in that certain matters may fall to be determined under one system, others under another“¹⁸¹.

In zahlreichen anderen Fällen haben die Schiedsrichter das staatliche Recht des Gastlandes angewandt auf Angelegenheiten, die ausschließlich seiner Gerichtsbarkeit unterfallen (wie z.B. bei Vorschriften bezüglich der Ausbeutung von natürlichen Ressourcen, Sicherheits- oder Steuerrechtsregelungen)¹⁸². Zusätzlich wurde auf das Völkerrecht oder die allgemeinen

durch die Natur der Sache angeboten sieht; a.A. *Lalive, J.-F.*, ICLQ 13 (1964), 987–1021 (1010), welcher das *dépêchage* für eine artifizielle und unrealistische Prozedur hält; weitere Nachweise bei *Maniruzzaman, A. F. M.*, NILR 40 (1993), 201–237 (231).

¹⁷⁹ Art. IV des Schiedsvertrages, ILR 27 (1963), 117–233 (231).

¹⁸⁰ Siehe auch *Lena Goldfields-Fall*, CornellLQ 36 (1951), 42–53 (31); *Sapphire-Fall*, ILR 35 (1967), 136–192 (136); den Fall *Société d'Electricité d'Athènes et du Pirée et al. c. Etat Hellenique* (§ 7, Fn. 21); *Revere Copper-Fall*, ILR 56 (1980), 257–330 (258); *S.P.P.-Fall*, ILM 22 (1983), 752–784; *Kuwait v. Aminoil-Fall*, ILR 66 (1984), 518–627; *Wintershall A.G. et al. v. Government of Qatar* ILM 28 (1989), 795; *Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrergesellschaft m.b.H. (DST) (FRG) et al. v. The Government of the State of R'as Al Khaimah (UAE) and the R'as Al Khaimah Oil Company (RATOIL)*, ICC-Schiedsspruch Nr. 3572/1982, YCA XIV (1989), S. 111; *Mobil Oil Iran Inc. et al. v. Iran and NIOC (Partial Award in den Fällen Nr. 74, 76, 81, 150-311-74/76/81/159-3 vom 14 Juli 1987)*, YCA XII (1988), S. 288; so auch im *Texaco-Fall*, ILR 53 (1979), 389–512 (393); *BP-Fall*, ILR 53 (1979), 297–388; *Liamco-Fall*, ILR 62 (1982), 140–236; vgl. auch *Greenwood, C.*, BYIL 53 (1982), 27–81; *Mann, F.-A.*, BYIL 55 (1983), 213–221; von *Mehren R. B./Kourides, P. N.*, AJIL 75 (1981), 476–452 (476); *Redfern, A.*, BYIL 55 (1984), 65–110; auch im Falle der serbischen Anleihen [PCIJ Series A., No. 20, S. 42] nahm das StGH an: „*L'Etat serbe aurait pu vouloir soumettre ses emprunts à une autre loi, soit en général, soit sous certains rapports*“ [Hervorhebung von der Verfasserin].

¹⁸¹ Pleadings BK. 3, The Government's Memorial von Mai 1980, S. 3.38 S. 60; siehe auch The Government's Counter-Memorial vom Dezember 1980, Pleadings BK. 5 §§ 3-85-3.86, S. 84; §§ 3.87-3.89, S. 84–85; § 3.97, S. 88–89.

Rechtsgrundsätze oder sonstige nicht nationale Regeln zurückgegriffen, um die Befugnis des Staates, seine Gesetzgebung nachträglich zu ändern und somit die vertraglich gewährten Rechte des privaten Investors einseitig aufzuheben, auf ihre Völkerrechtskonformität hin zu prüfen oder um die dem ausländischen Privatunternehmen auszahlende Entschädigung im Falle einer rechtmäßigen oder rechtswidrigen Enteignung festzusetzen¹⁸³.

Im Konzessionsbereich werden darüber hinaus einzelne im Vertrag enthaltene Begriffe nach internationalen Maßstäben definiert. Das häufigste Beispiel dafür ist die Auslegung der *force-majeure* Klausel, die etwa nach Art. 37 Abs. 2 des *Sapphire*-Vertrages gemäß den Grundsätzen des internationalen Rechts ausgelegt werden sollte¹⁸⁴. Bei solchen Regelungen handelt es sich jedoch nicht um eine echte Rechtswahl, sondern lediglich um eine materiellrechtliche Verweisung, d.h. um eine Inkorporierung in den Vertrag vergleichbar mit der Aufnahme zusätzlicher Vertragsbestimmungen¹⁸⁵.

Der Schiedsrichter muß die gesplante Rechtswahl in aller Regel beachten, zumal seine Bindung an die ausdrückliche Parteirechtswahl ein allgemeiner Grundsatz des Schiedsverfahrensrechts ist. Die Zersplitterung der *lex contractus* wirkt außerdem keine konzessionsspezifischen Probleme auf. Vielmehr spricht die Tatsache, daß sie im Konzessionsbereich sehr häufig anzutreffen ist, für ihre weitgehende Anerkennung.

II. Berücksichtigung zwingenden Privatrechts außerhalb der *lex contractus*

Ist damit eine gesplante Rechtswahl zu berücksichtigen, so verbleibt die Frage, ob auch ohne ausdrückliche Weisung der Parteien Rechtsnormen außerhalb des gewählten Vertragsstatuts zu beachten sind. Im Rahmen der Untersuchung der subjektiven Schiedsfähigkeit des Staates und der juristischen Personen des öffentlichen Rechts wurde eine diesbezügliche Sonderanknüpfung nach dem allgemeinen Personalstatut bejaht¹⁸⁶. Bei der Frage

¹⁸² *Maniruzzaman, F. A. M.*, NILR 40 (1993), 201–237 spricht hierfür von einem reservierten Bereich des nationalen Rechts; vgl. auch AnnIDI, Vol. 58, II, (1979), S. 195.

¹⁸³ *Paasivirta, E.*, Participation of States ..., S. 105–133; ICCA Report (Series No. 2), S. 188–189.

¹⁸⁴ Schiedsspruch, ILR 35 (1967), 136–192 (140); siehe auch Art. 16.3. des Vertrages Amuretani/AGIP von 1971: „*L'intention des parties est que le terme „force majeure“ reçoive l'interprétation la plus conforme aux principes et usages du droit international*“, zitiert nach Markert, T., S. 159; vgl. auch dazu Nwogugu, E.-I., S. 250.

¹⁸⁵ *Delaume, G.*, RBDI 4 (1968), 336–364 (349); *El-Kosheri, A.*, RdC 147 (1975–IV), 219–393 (327).

¹⁸⁶ Vgl. dazu oben, unter § 5, A. II.

von Sonderanknüpfung im Bereich des Privatrechts handelt es sich jedoch nicht nur um die gesonderte Anknüpfung der Befugnis staatlicher Organe zum Abschluß einer Schiedsvereinbarung. Es geht vor allen Dingen darum, ob und inwieweit sich die Parteien über die zwingende staatliche Normierung einzelner Sachverhalte hinwegsetzen können, indem sie ihren Vertrag einem anderen Recht unterstellen, oder ob Eingriffsnormen des Forumstaates, des Vertragsstatuts oder selbst eines dritten Staates zwingend und ohne Rücksicht auf das den Vertrag beherrschende Recht zum Zuge kommen. Im Licht der zentralen Bedeutung dieser Frage tritt diejenige nach dem auf den Vertrag anwendbaren materiellen Recht oft in den Hintergrund¹⁸⁷.

Zu den Einschränkungen der Anwendung des gewählten Rechts durch Eingriffsnormen (*lois de police – mandatory rules of law*) ist zunächst zu bemerken, daß diese nicht nur dann in Betracht kommen, wenn die Parteien das anwendbare materielle Recht bestimmt haben. Sie beschränken vielmehr auch den Umfang der Anwendung des objektiv bestimmten Vertragsstatuts. Sie müssen nicht dem ohne Rechtswahl anzuwendenden Recht (Schwerpunkt) angehören, sondern können auch dann eingreifen, wenn der Vertrag zu dem Staat, der sie erlassen hat (Erlaßstaat) nur eine geringe objektive oder eine subjektive Verknüpfung aufweist¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Schanze, E., Investitionsverträge im internationalen Wirtschaftsrecht, S. 131 ff. sieht das Rechtswahlproblem als hierdurch relativiert an.

¹⁸⁸ Derains, Y., Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale, in Etudes offertes à Goldman, S. 29–46; Derains, Y./Lalive, P., in Sanders, P. (Hrsg.), UNCITRAL's Project for a Model Law on International Commercial Arbitration, S. 169–195 (179); Francescakis, Ph., Quelques précisions sur les „lois d'application immédiate“ et leurs rapports avec les règles de conflit de lois, RCDIP 55 (1966), 1–18; Gottwald, P., Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Generalbericht, in Gottwald, P. (Hrsg.), Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, S. 3–160 (79); Hochstrasser, D., Choice-of-Law and „foreign“ Mandatory Rules in International Arbitration, JIntArb 11 (1) (1994), 57–86 (68); von Hoffmann, B., Staatliche Hoheitsakte im internationalen Wirtschaftsverkehr, Referat im Kolloquium der DIS vom 23. April 1996, berichtet bei Thorn, K., Beilage 15 zu BB Heft 37/1996, S. 15–17 (15); Juenger, F. K., Lex mercatoria und Eingriffsnormen, in Festschrift für Rittner, S. 233–249; Kronke, H., RIW 44 (1998), 257–264 (262); Lazareff, S., Mandatory Extraterritorial Application of National Law, 11 Arb. Int (1) (1995), 137–150; Lorenz, E., Die Rechtswahlfreiheit im internationalen Schuldvertragsrecht, RIW 33 (1987), 569–584; Maniruzzaman, A. F. M., International Arbitration and Mandatory Public Law Rules in the Context of State Contracts: An Overview, JIntArb 7 (3) (1990), 53–64 (57); Mann, F.-A., Eingriffsgesetze und Internationales Privatrecht, in Festschrift für Wahl, S. 139–160; Mayer, P., 2 Arb. Int (1986), 276–293, 322; Nagel, H./Gottwald, P., § 16, RdNr. 47; vgl. auch das American Restatement Second of Conflicts of Laws, Sec. 187 (2) (b), berichtet nach Maniruzzaman, A. F. M., JIntArb 7 (3) (1990), 53–64 (54); selbst im viel zitierten Fall der serbischen Anleihen wurde vom StGH angenommen: „before proceeding to determine which this law is, [scil. the municipal law of some country] it should, however, be observed, that it may happen that the law which may be held by the Court to be

Im Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit ist die Frage der Anwendung von Eingriffsnormen in jüngster Zeit anhand einiger Fälle heftig diskutiert worden¹⁸⁹. Man unterscheidet zwischen den *Eingriffsnormen des Rechtes des Staates am Schiedsort, des Vertragsstatuts* und den sogenannten *Normen des ausländischen „öffentlichen“ Rechts*.

(1) Wirtschaftliche Eingriffsnormen des Schiedsorts spielen in der Praxis internationaler Schiedsgerichte naturgemäß überhaupt keine Rolle. Die Erklärung dafür liegt auf der Hand. Ein neutraler Schiedsort hat in der Regel keinerlei inhaltlichen Bezug zum streitigen Rechtsverhältnis. Private Schiedsgerichte sind zudem nicht Organe eines Staates und daher auch nicht – außerhalb ihres von den Parteien bestimmten Aufgabenkreises – zur Durchsetzung der Rechtsvorschriften irgendeines Landes verpflichtet. Insbesondere sind sie nicht Hüter der Gesetzlichkeit des Schiedsortes, mögen sie auch von vielen Autoren als Hüter eines wahrhaft internationalen *ordre public* angesehen werden¹⁹⁰.

(2) Die Beachtung von Eingriffsnormen des Vertragsstatuts hält *Derains* für eine Selbstverständlichkeit¹⁹¹. Tatsächlich lassen sich dafür eine ganze Reihe von Schiedssprüchen als direkte oder indirekte Belege anführen. So haben zahlreiche Schiedsgerichte kartellrechtliche Zweifel an der Gültigkeit von Verträgen anhand der einschlägigen kartellrechtlichen Vorschriften des Vertragsstatuts überprüft¹⁹². Die Beachtung des Außenwirtschaftsrechts

applied to the obligations in the case, may in a particular territory be rendered inoperative by a municipal law of this territory that is to say, by legislation enacting a public policy the application of which is unavoidable even though the contract has been concluded under the auspices of some foreign law“ [Hervorhebung von der Verfasserin], PCIJ Series A Nr. 20/21, S. 41.

¹⁸⁹ *Drobnig, U.*, in Festschrift für Kegel, S. 95–118; *Gentinetta, J.*, Die *lex fori* ..., S. 209–212; *Lando, O.*, ICLQ 34 (1985), 747–768 (764 ff.); *Lew, J. D. M.*, S. 531 ff.; *Lörcher, G.*, Wie zwingend sind in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit zwingende Normen einer „dritten“ Rechtsordnung?, BB-Beilage 17/1993, S. 3–8; *Robert, J.*, L'arbitrage ..., S. 280; *Schnyder, A. K.*, Anwendung ausländischer Eingriffsnormen durch Schiedsgerichte, RabelsZ 59 (1995), 293–308; *Zhilson, A. N.*, Mandatory and Public Policy Rules in International Commercial Arbitration, NILR 42 (1995), 81–119; für den Bereich des WBÜ, siehe *Hirsch, M.*, S. 127 ff.

¹⁹⁰ *Lalive, P.*, Rev. arb 1986, 329–373; *ablehnend, Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 741, der ein geringes Bedürfnis für einen Rückgriff auf *ordre public international* sieht.

¹⁹¹ *Derains, Y.*, in Etudes offertes à Goldman, S. 29–46 (36 ff.); *Derains, Y./Lalive, P.*, in *Sanders, P.* (Hrsg.), UNCITRAL's Project for a Model Law on International Commercial Arbitration, S. 169–195 (180).

¹⁹² So wendete ein Schiedsgericht koreanisches Kartellrecht an [ICC-Schiedsspruch Nr. 4132/1983, YCA X (1985), 49, 50] und mehrere Schiedsgerichte haben aufgrund des Kartellrechts der Europäischen Gemeinschaften die Gültigkeit von Verträgen geprüft, die dem Recht eines Mitgliedstaates unterlägen [ICC-Schieds-

eines Staates wird gelegentlich dadurch erleichtert, daß die Schiedsrichter bereits bei der kollisionsrechtlichen Anknüpfung des betroffenen Vertrages auf jene Vorschriften Bezug nehmen, so daß auf diese Weise die Einheit von Vertragsstatut und Anknüpfung der Eingriffsnorm hergestellt wird¹⁹³. Die Erheblichkeit der Eingriffsnormen des Vertragsstatuts ergibt sich schließlich auch indirekt aus jenen Schiedssprüchen, welche die Anwendung von Eingriffsnormen eines anderen Landes als des Vertragsstatuts ablehnen¹⁹⁴.

(3) Besonders aufschlußreich sind diejenigen Schiedssprüche, die sogenannten Normen ausländischen „öffentlichen“ Rechts angewendet haben. Nach *Schiffer*¹⁹⁵ sind

„Normen ausländischen „öffentlichen“ Rechts unabhängig von dem als *lex causae* grundsätzlich anwendbaren Recht (Schuldstatut) durch ein internationales Schiedsgericht anzuwenden, wenn eine „enge Verbindung“ zwischen dem zu beurteilenden Sachverhalt sowie dem Erlaßstaat der Normen besteht und diese geltungswillig sind.“

Dies gilt vor allem für Wettbewerbs- oder Kartellrecht eines Drittstaates, das nach dem Auswirkungsprinzip extraterritoriale Geltung beansprucht (vgl. § 130 Abs. 2 deutsches GWB) oder für Art. 85 EG-Vertrag¹⁹⁶.

sprüche Nr. x (1964), Auszug bei *Derains, Y.*, Rev. arb 1964, 131; Nr. 1397/1966, Auszug bei *Derains, Y.*, Clunet 101 (1974), 878; Nr. 2811/1978, Auszug bei *Derains, Y.*, Clunet 106 (1979), 984; Nr. 4604/1984, Auszug bei *Derains, Y.*, Clunet 112 (1985), 973], wenn das Schiedsgericht seinen Sitz außerhalb des Landes des Kartellgesetzgebers hatte.

¹⁹³ Deutlich in ICC-Schiedsspruch Nr. 2930/1982, YCA IX (1984), 105, 107; dieser Teil fehlt im Bericht von *Derains, Y.*, Clunet 111 (1984), 914 (dort ICC-Schiedsspruch Nr. 2730); ähnlich jedenfalls im Ergebnis ICC-Schiedsspruch Nr. 3180/1980, ausführlicher Auszug bei *Derains, Y.*, Clunet 105 (1981), 932.

¹⁹⁴ ICC-Schiedsspruch Nr. 2136/1974, kurzer Auszug bei *Derains, Y.*, in *Etudes offertes à Goldman*, S. 29–46 (40).

¹⁹⁵ *Schiffer, K. J.*, Normen ausländischen „öffentlichen“ Rechts in internationalen Handelsschiedsverfahren, Köln 1990; *ders.*, Sonderanknüpfung ausländischen „öffentlichen“ Rechts in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, ZvgIRWiss 90 (1991), 390–410 (408); *ders.*, Sonderanknüpfung ausländischen „öffentlichen“ Rechts durch Richterrecht in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, IPRax 11 (1991), 84–87; *ders.*, Zwingende Normen einer „dritten“ Rechtsordnung in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit? BB- Beilage 5/1994, 22–23.

¹⁹⁶ *Société Aplix c. Société Velcro*, Cour d'Appel de Paris, Rev. arb 1994, 164; so auch *Böckstiegel, K.-H.*, in Festschrift für Beitzke, S. 443–458; *Drobnig, U.*, in Festschrift für Kegel, S. 95–118 (107); *von Hoffmann, B.*, in Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, S. 35–70 (58); *Klein, E.*, in *Liber Amicorum für Pieter Sanders*, S. 189–206 (204); *Lando, O.*, in Festschrift für Zweigert, S. 157–178 (183); *Loquin, E.*, Clunet 110 (1983), 292–345 (342); *Mayer, P.*, 2 Arb. Int (1986), 274–293 (285); *Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 740; a.A. *Heini, A.*, Die Anwendung wirtschaftlicher Zwangsmaßnahmen im internationalen Privatrecht, in Berichte der Deutschen Gesellschaft

In älteren Schiedssprüchen wird die Berücksichtigung ausländischen „öffentlichen“ Rechts regelmäßig abgelehnt, wobei zwischen wirtschaftsrechtlichen und politischen Normen ausländischen „öffentlichen“ Rechts unterschieden werden kann. So hielt ein Schiedsgericht der *IntHK*-Paris einen französischen Recht unterliegenden Vertrag für gültig, durch den mexikanische Zollbestimmungen umgangen werden sollten¹⁹⁷. Politische Verbotsgesetze bleiben in aller Regel unbeachtlich. Dies unterstrich Schiedsrichter *Lalive*, als sich eine pakistanische Bank gegenüber dem indischen Kläger auf pakistanische Feindhandelsgesetze berief¹⁹⁸. Er lehnte es ab, die indische Vertragspartner in Anwendung dieses Sondergesetzes als „Feind“ zu qualifizieren. Zur Begründung seiner Entscheidung stützte er sich auf die Natur und die Neutralität der Schiedsgerichtsbarkeit, welche die Nichtbeachtung nationaler politischer Erwägungen (*local political considerations*)¹⁹⁹ erfordere. Ähnlich verhielt es sich beim *Götaverken*-Schiedsspruch der *IntHK*-Paris, in der die libyschen Boykottgesetze gegenüber Israel als auf einen schwedischen Recht unterliegenden Vertrag nicht anwendbar betrachtet wurden²⁰⁰. Neuere Schiedssprüche neigen dagegen eher zu einer Berücksichtigung drittstaatlichen Rechts²⁰¹.

für Völkerrecht, 22 (1982), 37–53; *ders.*, Der materiellrechtliche *ordre public* im neuen Schweizer Recht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, in Festschrift für Habscheid, 1989, S. 153–159; *Mann, F.-A.*, Sonderanknüpfung und zwingendes Recht im internationalen Privatrecht, in Festschrift für Beitzke, S. 607–624 (617); für den Bereich des *WBÜ* auch ablehnend: *Hirsch, M.*, S. 126.

¹⁹⁷ Schiedsspruch 1399/14. April 1966, Auszüge bei *Lew, J. D. M.*, S. 550; ICC-Schiedsspruch Nr. 1512/1971, *Clunet* 101 (1974), 907; so auch die Entscheidung des Schiedsgerichts des Warenvereins der Hamburger Börse vom 31. Mai 1974, zitiert nach *Drobnig, U.*, in Festschrift für Kegel, S. 95–118 (110) und die ICC-Schiedssprüche Nr. 1704/1977, *Clunet* 105 (1978), 977; Nr. 6379/1990, *YCA* XVII (1992), 212; Nr. 6294/1991, *Clunet* 118 (1991), 1050; *zustimmend*: Entscheidung des Schiedsgerichts des Neusser Produktmarkts e.V. vom 7. Juli 1981, zitiert nach *Schiffer, K.-J.*, Normen ausländischen „öffentlichen“ Rechts in internationalen Handelsschiedsverfahren, S. 41; *Arbitral Tribunal of the Royal Dutch Grain and Feed Trade Association* vom 13. August 1981, *YCA* VII (1982), 141–144.

¹⁹⁸ ICC-Schiedsspruch Nr. 1664, vom 15. März 1972, Doc. 410/2104, abgedruckt bei *Lew, J. D. M.*, S. 545.

¹⁹⁹ So auch *Sons & Co. Ltd. v. Ungarische Baumwolle AG* [1939], 2 K.B. 678 (AC) [ungarisches Ausfuhrverbot bei einem englischem Recht unterliegenden Vertrag nicht berücksichtigt] und *National Bank of Greece and Athens S.A. v. Metliss* [1958] AC 509 [griechisches Moratorium bei englischer Anleihe und englischem Erfüllungsort unbeachtlich]; vgl. auch die ICC-Schiedssprüche Nr. 1512-I Doc. 410/1598, vom 13. Dezember 1967; Nr. 1512-III Doc. 410/1935, vom 24. Februar 1971; Nr. 2977/2978/3033/1978, *YCA* VI (1981), 133, 137; Nr. 1512-II, Doc. 410/1812, vom 14. Januar 1979, in *Clunet* 101 (1974), 904 = *YCA* II (1976), 128–130.

²⁰⁰ Schiedssprüche in den Fällen 2977/2978/3033 von 1978, Auszüge *YCA* VI (1981), 133–137.

Dies ist nicht der Ort auf den Streit über die Berücksichtigung ausländischen „öffentlichen“ Rechts als Tatsache oder als Rechtsnorm einzugehen oder die verschiedenen Verästelungen der sogenannten „*Sonderanknüpfungstheorie*“ und der Theorie der „*bloß materiellrechtlichen Berücksichtigung*“ von Drittstaatsnormen im einzelnen aufzuzeigen²⁰². Es genügt, den Kern des Streits zwischen beiden Theorien und seine Bedeutung für unsere Überlegungen kurz darzustellen. Nach der Lehre von der „*bloß materiell-rechtlicher Berücksichtigung*“ solcher Normen, der sich jedenfalls bisher die deutsche Rechtsprechung fast ausnahmslos angeschlossen hat²⁰³, sind Eingriffsnormen ausländischer Staaten (Drittstaatsnormen) von den staatlichen Gerichten des zuständigen Landes nicht unmittelbar anzuwenden, sondern deren Wirkung ist lediglich als meist leistungshindernde Tatsache (Datum, Faktum) über das Leistungsstörungsrecht des Forums zu berücksichtigen²⁰⁴. Nach der Lehre von der „*Sonderanknüpfung*“ greifen dagegen solche Normen in Durchbrechung des gewählten Vertragsstatuts wie auch entgegen der sonst anwendbaren *lex fori* unmittelbar auf den Sachverhalt ein²⁰⁵. Der praktische Unterschied zwischen beiden Lehren ist gering. Er läuft im wesentlichen darauf hinaus, daß nach der Lehre von der „*bloß materiellrechtlichen Berücksichtigung*“ von Drittstaatsnormen nur die Tatsache des Leistungshindernisses selbst der Rechtsordnung des betreffenden Drittstaates entnommen wird, während man für die Bestimmung der Rechts-

²⁰¹ ICC-Schiedssprüche Nr. 1859/1973, Auszüge bei *Derains, Y.*, Rev. arb 1973, 122; Nr. 2136/1974, Auszüge bei *Derains, Y.*, in *Etudes offertes à Goldman*, S. 29–46 (40); Nr. 1704/1977, Auszüge bei *Derains, Y.*, *Clunet* 105 (1978), 977, 979; Nr. 2119/1978, *Clunet* 106 (1979), 997; Nr. 3281/1981, Auszüge bei *Derains, Y.*, *Clunet* 109 (1982), 990; Nr. 2730/1982, *Clunet* 111 (1984), 914; Nr. 2930/1982, *YCA IX* (1984), 105–108; Nr. 3916/1982, *Clunet* 111 (1984), 930; Nr. 4265/1984, *Clunet* 111 (1984), 922; Nr. 5505/1987, *YCA XIII* (1988), 110–121; Nr. 6500/1992, *Clunet* 119 (1992), 1015; Vereniging Amsterdamse Graahandel, Berufungsschiedsurteil vom 11. Januar 1982, *Tijdschrift voor Arbitrage* 1982, S. 72, 73, englische Übersetzung *YCA VIII* (1983), 158, 160 ff.

²⁰² Ausführlich zum Rechtsstreit: *van Hecke, G.*, *International Contracts and Domestic Legislative Policies*, in *Festschrift für Mann* 1977, S. 183–191; *Schiffer, K.-J.*, in *ZvglRWiss* 90 (1991), 390–410 mit zahlreichen Nachweisen; *Schnyder, A. K.*, *RabelsZ* 59 (1995), 293–308.

²⁰³ Nachweise bei *Schiffer, K.-J.*, Normen ausländischen „öffentlichen“ Rechts in internationalen Handelsschiedsverfahren, S. 135.

²⁰⁴ Engagierter Vertreter dieser Theorie ist neben der Rechtsprechung u. a. *Mann, F.-A.*, Zu den öffentlichen Ansprüchen ausländischer Staaten. Ein Rückblick nach 30 Jahren, in *Festschrift für Kegel*, S. 365–388 m. w. Nach.

²⁰⁵ *Martiny, D.*, Der deutsche Vorbehalt gegen Art. 7 des *EG-Schuldvertragsübereinkommens* vom 19.6.1980 seine Folgen für die Anwendung ausländischen zwingenden Rechts, *IPRax* 7 (1987), 277–280 (279); *Radtke, R.*, Schuldstatut und Eingriffsrecht, *ZvglRWiss* 84 (1985), 325–357 (338); *Schiffer, K.-J.*, Normen ausländischen „öffentlichen“ Rechts in internationalen Handelsschiedsverfahren, S. 167; so auch Art. 7 *EVÜ* und Art. 19 des Schw. *IPR-G*.

folgen dieser Leistungsstörung wiederum auf das Vertragsstatut zurückgreift. Nach der „*Sonderanknüpfungslehre*“ dagegen ist auch die Rechtsfolge dieser Störung unmittelbar der einschlägigen Drittstaatsnormen zu entnehmen. Im Ergebnis sind sich beide Vorgehensweisen jedoch in den allermeisten Fällen außerordentlich ähnlich²⁰⁶.

Wie vor allem *Schlosser*²⁰⁷, *Drobnig*²⁰⁸ und *Schiffer*²⁰⁹ herausgearbeitet haben, sind internationale Schiedsgerichte zumindest in der Theorie für die Berücksichtigung bzw. Anwendung der hier interessierenden drittstaatlichen ordnungspolitischen Normen nicht schlechter, sondern im Gegenteil sogar besser geeignet als staatliche Gerichte (jeweils ausländischer Staaten). Dafür sind mehrere Gründe verantwortlich: Zum einen sind Schiedsgerichte schon mangels eines klar definierten eigenen Forums nicht im gleichen Maße wie ein staatliches Gericht dazu verpflichtet, die zwingenden ordnungspolitischen Vorschriften gerade der eigenen *lex fori* auf Kosten der zwingenden Normen anderer Länder – also der hier interessierenden Drittstaaten – zum Durchbruch zu verhelfen²¹⁰. Zum anderen sind sie aber auch unmittelbar freier in der Anwendung der zwingenden Normen der betroffenen Drittstaaten als ein staatliches Gericht: denn auch hierbei sind sie nicht an die Anweisung des IPR eines bestimmten Forums gebunden, die unter Umständen sehr eng sein kann. Vielmehr werden sich gerade internationale Schiedsgerichte schon aus rein praktischen Gründen in besonderem Maße darum bemühen, die zwingenden Normen desjenigen Landes (bzw. all derjenigen Länder²¹¹) anzuwenden, in denen ihr Schiedsspruch später u.U. vollstreckt werden soll²¹². In diesem Sinne bestimmt auch Art. 35 der Schiedsordnung der *IntHK-Paris* i.d.F. vom 1. Januar 1998, daß

²⁰⁶ *Martiny, D.*, IPRax 7 (1987), 277–280; *Schiffer, K.-J.*, Normen ausländischen „öffentlichen“ Rechts in internationalen Handelsschiedsverfahren, S. 101.

²⁰⁷ *Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 209, 726.

²⁰⁸ *Drobnig, U.*, in Festschrift für Kegel, S. 95–118.

²⁰⁹ *Schiffer, J. K.*, Normen ausländischen „öffentlichen“ Rechts in internationalen Handelsschiedsverfahren, S. 53 ff.

²¹⁰ Vgl. dazu auch oben, unter § 6, Fn. 2.

²¹¹ Zu den Schwierigkeiten bei inhaltlichem Widerspruch zwischen den Eingriffsnormen von verschiedenen Rechtsordnungen, welche Anwendung auf den Vertrag erheischen vgl. *Naón, H. G.*, Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration, S. 93 ff.; *Schiffer, K.-J.*, Normen ausländischen „öffentlichen“ Rechts in internationalen Handelsschiedsverfahren, S. 198.

²¹² So die ICC-Schiedssprüche Nr. 1859/1973, Auszüge bei *Derains, Y.*, Rev. arb 1973, 122; Nr. 2136/1974, Auszüge bei *Derains, Y.*, Rev. arb. 1986, 408; Nr. 4132/1983, YCA X (1985), 49; vgl. auch dazu *Goldman, B.*, RdC 109 (1963-II), 347–483 (351 ff., 433); *Lew, J. D. M.*, S. 537: „*An arbitrator must ensure that his award does not offend the national public policy of the place where enforcement is sought*“; viele Nachweise bei *Drobnig, U.*, in Festschrift für Kegel, S. 95–118

„... The Court and the Arbitral Tribunal shall make every effort to make sure that the Award is enforceable at law“²¹³.

Aus diesem Grund sprechen sich die meisten Stimmen für die kumulative Beachtung der wirtschaftlichen Eingriffsnormen aller derjenigen Länder aus, mit denen die Streitsache in einem erheblichen Kontakt steht²¹⁴. Dieser kollisionsrechtlichen Maxime entspricht auch die Mehrzahl der neueren Schiedssprüche²¹⁵. Zahlreiche Autoren unterstreichen darüber hinaus, daß die Anwendung der einschlägigen wirtschaftlichen Eingriffsnormen aller beteiligten Staaten nicht nur im Interesse der Realisierbarkeit des einzelnen Schiedsspruches liegt. Von ihr profitiert vielmehr auch die ganze Einrichtung der Schiedsgerichtsbarkeit. Denn auf diese Weise wird der Verdacht entkräftet, die Schiedsgerichte eröffneten den Parteien einen Weg, auf dem sie sich zwingenden wirtschaftsspolitisch motivierten Normen der durch einen internationalen Vertrag berührten Länder entziehen können²¹⁶.

III. Berücksichtigung öffentlich-rechtlicher Normen außerhalb der *lex contractus*

Die Berücksichtigung zwingenden Privatrechts außerhalb der *lex contractus* wirkt im Konzessionsbereich allerdings keine besonderen Probleme auf.

(112); siehe auch Art. 9 der Draft Recommendations der *IntHK* on the Law Applicable to International Contracts: „*Even when the arbitrator does not apply the law of a certain country as the law applicable to the contract, he may nevertheless give effect to the mandatory rules of the law of that country the contract or parties have a close contact to the contract in question, especially where the arbitral award is likely to be enforced there, and if and in so far as under the law of that country those rules must be applied whatever be the law applicable to the contract*“ [Hervorhebung von der Verfasserin], zitiert nach *Lando, O.*, in Festschrift für Zweigert, S. 157–178 (176).

²¹³ Der vollständige Text dieses Artikels ist oben, unter § 6, Fn. 383 wiedergegeben.

²¹⁴ *Böckstiegel, K.-H.*, in Festschrift für Beitzke, S. 443–458 (454); *Drobnig, U.*, in Festschrift für Kegel, S. 95–118 (112); *Klein, E.*, in *Liber Amicorum* für Pieter Sanders, S. 189–206 (204); *Lando, O.*, in Festschrift für Zweigert, S. 157–178 (173); *Loquin, E.*, *Clunet* 110 (1983) 292–345 (342); *Schiffer, K.-J.*, *ZvglRWiss* 90 (1991), 390–410 (406); *Schlosser, P.*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RdNr. 740; etwas zurückhaltend: *Derains, Y.*, in *Etudes offertes à Goldman*, S. 29–46 (43 ff.).

²¹⁵ Vgl. dazu oben, unter § 8, B. II., Fn. 201 ff.

²¹⁶ *Drobnig, U.*, in Festschrift für Kegel, S. 95–118 (116 ff.); *Hochstrasser, D.*, *JintArb* 11 (1) (1994), 57–86 (63); *Lando, O.*, in Festschrift für Zweigert, S. 157–178 (170); *Loquin, E.*, *Clunet* 110 (1983), 292–345 (342); *Markert, T.*, S. 162; *Schiffer, K.-J.*, Normen ausländischen „öffentlichen“ Rechts in internationalen Handelsschiedsverfahren, S. 82; zahlreiche Nachweise bei *Maniruzzaman, A. F. M.*, *JintArb* 7 (3) (1987), 53–64 (61).

Zudem kommt als drittstaatliche Rechtsordnung mit zwingenden Regeln praktisch vor allem das Recht des Gaststaates in Betracht, wenn dieses nicht ohnehin das *proper law* ist. Der erhebliche Kontakt dieses Rechts mit der Streitsache ist darüber hinaus stets gegeben und eine Berücksichtigung kann deshalb den berechtigten Erwartungen der Parteien entsprechen. Zwingendes Privatrecht des Konzessionsgebers wird jedoch allenfalls eine geringe Rolle spielen. Das als „*loi d'application immédiate*“ genannte Arbeitsrecht betrifft nicht direkt das Verhältnis zwischen dem Konzessionsgeber und dem Konzessionär²¹⁷. Vielmehr bestehen die konzessionspezifischen Probleme in der Berücksichtigung des öffentlichen Rechts des Konzessionsgebers. Zu diesem öffentlichen Recht zählen neben Verstaatlichungen auch andere staatliche öffentlich-rechtliche Maßnahmen, wie z.B. schleichende Enteignungen auf steuerlichem Wege oder Kapitalexpportkontrollen, welche das vertragliche Gleichgewicht gefährden können²¹⁸.

Im Zusammenhang mit der Berücksichtigung des öffentlichen Rechts eines Drittstaates bedarf es zunächst des Hinweises, daß kein Staat die Durchsetzung seines öffentlichen Rechts auf dem Territorium eines anderen Staates erzwingen kann, weil dies eine Verletzung der Souveränität dieses anderen Staates bedeuten würde²¹⁹. Der BGH hat in Anlehnung an das Territorialitätsprinzip die Anwendbarkeit ausländischen öffentlichen Rechts im Inland grundsätzlich abgelehnt²²⁰. Die Literatur hat sich dieser Auffassung nicht angeschlossen, so in einer einstimmig verabschiedeten Resolution des *Institut du Droit International* aus dem Jahre 1975²²¹. Präzise Anwendungskriterien werden allerdings auch hier nicht genannt. Einigkeit scheint nur insoweit zu bestehen, als öffentlich-rechtliche Ansprüche eines Staates nicht vor fremden Gerichten durchgesetzt werden können²²².

Andererseits spielen öffentlich-rechtliche Vorschriften eine wichtige Rolle, weil sie einen unmittelbaren Einfluß auf die Gültigkeit vertraglicher Bestimmungen oder auf ihre Durchsetzungsmöglichkeit haben können. Wenn etwa die Parteien im Rahmen ihrer vertraglichen Verpflichtungen vor-

²¹⁷ Der Konzessionsvertrag kann allerdings auch allgemeine Bestimmungen für die vom Konzessionär abzuschließenden Arbeitsverträge enthalten und im diesem Zusammenhang können Konflikte zwischen dem Konzessionsgeber und dem Konzessionär auftreten; siehe hierzu *Staff Regulations Case Griechenland v. Hellenic Electric Railways* von 1928, geschildert bei *Wetter, G./Schwebel, S. M.*, BYIL 40 (1964), 183–232 (195 ff.).

²¹⁸ *Markert, T.*, S. 164; *Paasivirta, E.*, *Participation of States ...*, S. 167.

²¹⁹ *Böckstiegel, K.-H.*, in *Festschrift für Beitzke*, S. 443–458 (454); *Markert, T.*, S. 165; *Stoll, J.*, S. 73.

²²⁰ BGHZ 31, 367, 370 ff.

²²¹ AnnIDI 56, (1975), 410, 550.

²²² Siehe die Resolution des *Institut du Droit International* vom 1. September 1977, AnnIDI 57 II, (1977), 328.

gesehen haben, daß eine Leistung auf dem Territorium eines bestimmten Staates erfüllt werden muß, können sie sich nicht über das öffentliche Recht dieses Staates hinwegsetzen, falls dieses Recht die streitige Handlung verbietet und damit der betreffenden Partei die Erfüllung der Vertragspflicht unmöglich macht.

Allerdings sind zwei Ebenen zu trennen²²³: diejenige der *Gerichtsbarkeit* und diejenige des *anwendbaren Rechts*. Während öffentlich-rechtliche Fragen in Angelegenheiten eines fremden Staates als Vorfragen in einem rechtlichen Verfahren entschieden werden können und müssen²²⁴ – die Frage der Wirksamkeit von Enteignungen stellt sich immer wieder²²⁵ – wird allgemein davon ausgegangen, daß öffentlich-rechtliche Ansprüche in der Hauptsache von anderen Gerichten als denen des betreffenden Staates nicht verbindlich festgestellt werden können²²⁶. In der Literatur wird dieser Fragenkreis meist im Zusammenhang mit der Staatenimmunität unter Hinweis auf den Grundsatz *par in parem non habet imperium* behandelt²²⁷. Es erscheint jedoch besser die „Immunität“ fremder Hoheitsakte erst gar nicht unter den üblichen Begriff der Staatenimmunität zu subsumieren. Denn bei der Staatenimmunität handelt es sich um das Recht eines Staates auf Befreiung von der Hoheitsgewalt – insbesondere der Gerichtsbarkeit – anderer Staaten²²⁸. In der hier zu behandelnden Frage geht es hingegen um etwas völlig anderes: Die „Immunität“ des fremden Staates hinsichtlich seiner Hoheitsakte bezieht sich nicht auf die Gerichtsbarkeit, sondern auf das materielle Recht anderer Staaten²²⁹. Mit anderen Worten ist die Ausnahme von der Gerichtsbarkeit nicht als Pflicht des Gerichtsstaates zu verstehen,

²²³ Die folgenden Abschnitte schließen vor allem an die Ausführungen von *Mayer, P.*, *Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence* RCDIP 68 (1979), 1–29, 349–388; *ders.*, *Les lois de police étrangères* Clunet 108 (1981), 277–345 (301 ff.) an; ihm folgend: *Derains, Y./Lalive, P.*, in *Sanders, P.* (Hrsg.), *UNCITRAL's Project for a Model Law on International Commercial Arbitration*, S. 169–195 (180); *Markert, T.*, S. 165; *Matray, L.*, *Embargos und Leistungsverbote*, Referat im Kolloquium der DIS vom 23. April 1996, berichtet bei *Thorn, K.*, Beilage 15 zu BB Heft 37/1996, S. 15–17 (16); *Tschanz, P.-Y.*, RCDIP 74 (1985), 47–84 (73).

²²⁴ Vgl. stellvertretend *Kegel, G.*, § 23, S. 843.

²²⁵ Vgl. z. B. den berühmten Tabak-Fall in der deutschen Rechtsprechung, Oberlandesgericht Bremen, Entscheidung vom 21. August 1959, Archiv des Völkerrechts 9 (1961), 318 ff.

²²⁶ Vgl. *Kegel, G.*, *ibid.*; *Markert, T.*, S. 165; *Polter, D. M.*, S. 76 m. w. Nach.; *Seidl-Hohenveldern, I.*, *Völkerrecht*, 9. Aufl., Rdnr. 1487; *Stoll, J.*, S. 73.

²²⁷ *Stoll, J.*, S. 73 m. w. Nach.

²²⁸ Vgl. dazu oben, unter § 4, A. I.

²²⁹ So auch *Wengler, W.*, *Völkerrecht*, Bd. 2, Heidelberg 1964, S. 949 Anm. 1, welcher bei dieser Art der Ausnahme aus der Jurisdiktion ebenfalls „Immunität“ nur in Anführungszeichen gebraucht.

keine Herrschaftsgewalt auszuüben, sondern sie erwächst aus einem Kompetenzmangel. Der andere Staat ist nicht erst befreit von der Gerichtsbarkeit, sondern von vornherein ihr nicht unterlegen.

Aus den getroffenen Aussagen ergibt sich, daß es bei der Frage der Berücksichtigung des öffentlichen Rechts eines Staates nicht darum geht, welches öffentliche Recht auf ein bestimmtes Problem anzuwenden ist, sondern ob das fremde öffentliche Recht auf den zu beurteilenden zivilrechtlichen Sachverhalt auswirkt oder nicht. Das fremde öffentliche Recht wird anders gesagt ohnehin berücksichtigt. Es bleibt nur zu fragen, ob das Gericht die Auswirkungen der in einer anderen Rechtsordnung getroffenen Regelung auf einen bestimmten Vertrag anerkennen wird oder nicht. Somit entspricht diese Verfahrensweise derjenigen bei der materiellrechtlichen Berücksichtigung drittstaatlichen zwingenden Rechts.

Demzufolge ist für das Schiedsgericht die Frage der öffentlich-rechtlichen Gültigkeit der staatlichen Maßnahme eine Vorfrage, die am staatlichen öffentlichen Recht zu messen ist, während ihre Berücksichtigung auf der Vertragsebene nach dem *proper law* zu entscheiden ist²³⁰. Dem Schiedsrichter steht keine Kompetenz zu, sich direkt über die Gültigkeit eines Hoheitsaktes auszusprechen²³¹. Entscheidet er trotzdem über seine Wirksamkeit, so

²³⁰ Selbst dies wird jedoch von den amerikanischen Gerichten infolge der „*Act of State Doctrine*“ abgelehnt; *Underhill v. Hernandez*, 168 US 250 (1897): „... *The Courts of one country will not sit in judgement on the acts of the governments of another, done with its territory*“. Diese Doktrine verbietet den Gerichten, Hoheitsakte, welche ein ausländischer Staat innerhalb seines Staatsgebietes vorgenommen hat, auf ihre Gültigkeit und Gesetzmäßigkeit hin zu überprüfen; zum Begriff dieser Doktrine im amerikanischen Recht vgl. *Ebenroth, C. T./Dillon, T. J.*, JIntArb 10 (2) (1993), 5–28 (25); *Strebel, H.*, Staatenimmunität. Die Europaratkonvention und die neuen Gesetze der Vereinigten Staaten und Großbritanniens, *RabelsZ* 44 (1980), 68–98 (70 ff.); *Toope, S. J.*, S. 151 ff.; *Wetter, G.*, JIntArb 2 (1) (1985), 7–20 (16) mit zahlreichen Beispielen aus der Rechtsprechung amerikanischer Gerichte; unter Bezugnahme auf diese Doktrine hatte das Gericht im *Liamco-Fall* [United States District Court for the District of Columbia, *Libyan American Oil Co. (Liamco) v. Socialist People's Libyan Jamahiriya*, 482 F.Supp. 1175 (D.D.C. 1980), vacated after settlement 684 F. 2d 1932 (D. Cir. 1981)] die Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruches abgelehnt. Nach Section 15 des Gesetzes Nr. 100–669 vom 16. November 1988, *ILM* 28 (1989), 398 zur Revision des *FSIA* (§ 4, Fn. 95) wird es nunmehr Staaten verwehrt, Anerkennungsverfahren eines Schiedsspruches durch Berufung auf diese Doktrine zu blockieren; zur vergleichbaren Doktrine im englischen Recht („*principle of non-jusciability of disputes between foreign sovereign States*“) vgl. *Wetter, G.*, *ibid.*; so auch *Lord Wilberforce* im Falle *Gas & Oil Co. v. Hammer* [1982] AC 888, at 931–932; *Lord Oliver*, im Falle *J.H. Rayner (Mincing Lane) Ltd. v. Department of Trade and Industry* [1990] 2 AC 418 (499); [13] der Entscheidung des High Court vom 21. Juli 1994 im Falle *Westland Helicopters Ltd. (UK) v. The Arab Oranization for Industrialisation (Egypt)*, *YCA XX* (1995), 237–267.

²³¹ Ähnlich: *Batiffol, H.*, *RCDIP* 71 (1982), 109.

überschreitet er seine Befugnisse, einen konkreten Parteienstreit zu beurteilen und nicht die gesamte Rechtslage verbindlich festzustellen und gefährdet somit die Vollsteckbarkeit seines Schiedsspruchs²³².

Die Vertragspraxis bestätigt diese Überlegungen. Bei vielen vereinbarten Schiedsklauseln wird der hoheitliche Bereich von ihnen ausdrücklich oder implizit ausgeschlossen²³³. Auch die schiedsgerichtliche Judikatur hat sich diesen Auffassungen angeschlossen. So kam das Schiedsgericht im *Framatome v. AEOI*-Verfahren zum Schluß, die Entscheidung des Iran, auf die Nutzung der Kernenergie für die Zukunft zu verzichten, sei als Ausdruck der Souveränität des Iran seiner Kompetenz entzogen. Dagegen könne es sehr wohl über die Folgen dieser Entscheidung für den Vertrag über die Errichtung eines Kernkraftwerkes mit *Framatome* urteilen²³⁴.

Insofern kann der Schiedsrichter einen staatlichen Eingriffsakt in den Vertrag nicht aufheben, sondern lediglich feststellen, daß der Staat zur Aufhebung dieser Maßnahme verpflichtet ist bzw. daß die gewährten Rechte des ausländischen Investors von diesem Akt unberührt bleiben²³⁵. Das gilt bei staatlichen Eingriffen mit normativen Charakter. Greift hingegen der souveräne Staat durch einen Einzelakt in den Vertrag ein und hebt dabei die Rechte des Privatinvestors einseitig auf, so verliert dieser Akt bei einer Entscheidung des Schiedsgerichts über seine Nichtanwendbarkeit auf die Vertragsbeziehung sogleich seine Wirkung. Dies ist eine notwendige Folge der sachlichen Schiedsfähigkeit des Streites, die nach dem in Zeitpunkt des Vertragsschlusses anwendbaren Recht zu beurteilen ist. Nachträgliche Eingriffe bleiben somit von den Schiedsrichtern unberücksichtigt.

Alles in allem ist bei der Prüfung der Gültigkeit einer Maßnahme als Vorfrage nach dem staatlichen Recht von den Schiedsrichtern Zurückhaltung geboten. Denn, wenn der Konzessionär den staatlichen Akt nicht erfolgreich vor den staatlichen Verwaltungsgerichten angegriffen hat, so kann daraus ein Schluß über seine Gültigkeit nach dem staatlichen Recht gezogen werden. Bis zur formellen Aufhebung wird er nach diesem Recht zumindest wirksam sein. Kommt der Schiedsrichter trotzdem zu dem Ergebnis, daß die Maßnahme auch nach dem staatlichen Recht angreifbar wäre, so darf er sie aufheben, sondern lediglich sie auf den bestimmten Fall nicht berücksichtigen.

²³² *Tschanz, P.-Y.*, RCDIP 74 (1985), 47–84 (62, Fn. 42).

²³³ Vgl. dazu oben, unter § 2, B. III., 3, Fn. 61 ff.

²³⁴ *Clunet* 111 (1984), 77; vgl. dazu *Reymond, C.*, *Rev. arb* 1985, 517–542 (541).

²³⁵ *Mayer, P.*, *Clunet* 113 (1986–I), 5–78 (52); *Tschanz, P.-Y.*, RCDIP 74 (1985), 47–84 (70, 76).

§ 9 Materiellrechtliche Grundprobleme eines Konzessionsvertrages

Die Abhandlung aller bei einem Konzessionsvertrag auftretenden materiellrechtlichen Probleme würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Insofern erscheint es sinnvoller, sich auf die rechtlichen Möglichkeiten des Konzessionsgebers zur Entziehung seiner vertraglich eingegangenen Verpflichtungen zu konzentrieren. Nachdem nachgewiesen wurde, daß der Staat an einen Vertrag gebunden ist¹, soll im folgenden Abschnitt auf die Frage eingegangen werden, ob ein Abweichen von der ursprünglichen vertraglichen Bindung aufgrund nachträglicher Veränderungen der Umstände möglich ist (A.). Dies wird sowohl mit den privatrechtlichen Argumenten der *clausula rebus sic stantibus* (I.) und der Neuverhandlungspflicht (II.) begründet als auch mit den öffentlich-rechtlichen Argumenten der Heranziehung des französischen Rechtsinstituts des *contrat administratif* und vergleichbarer Regelungen in anderen Rechtsordnungen (III.) oder unter Berufung auf das unverzichtbare staatliche Recht zur Enteignung (IV.).

Daran anschließend ist einiges über die sogenannten *Stabilisierungsklauseln* zu sagen die darauf abzielen, den Privatinvestor vor nachträglichen Änderungen der Gesetzgebung des Gastlandes oder vor einseitigen Eingriffen in den Vertrag zu schützen (B.). Nach einer Prüfung ihrer Typologie (I.), ihres angeblichen völkerrechtlichen Verbotes (II.) und ihrer Vereinbarung in nationalen Gesetzgebungen (III.) soll die Stabilisierung des öffentlichen Rechts herausgearbeitet werden (IV.). Dabei handelt es sich vornehmlich um die Frage des Wertes von Stabilisierungsklauseln und um ihre rechtliche Wirkung im Falle eines Vertragsbruchs sowohl bei Anwendung des Rechts des Konzessionsgebers (IV. 1.) als auch der allgemeinen Rechtsgrundsätze als *proper law* des Vertrages (IV. 2.).

A. Die Anpassung der vertraglichen Beziehungen an veränderte Umstände

Bei einem langfristigen Vertrag stellt sich von Zeit zu Zeit ein Problem, das bei einem gewöhnlichen kurzfristigen Handelsgeschäft nicht anzutreffen ist: das der Anpassung der Vertragsbeziehungen an unverschuldete, unvor-

¹ Vgl. dazu oben, unter § 7, B. V.

hersehbare, fundamental veränderte wirtschaftliche und politische Umstände. Aus diesem Grund steht die Frage der Anpassung des Konzessionsvertrages an derartige Umstände im Vordergrund der Diskussion. Im folgenden sind zunächst die privatrechtlichen, vertragsimmanenten Ansätze für eine Änderung des Vertrages zu analysieren (*I. und II.*). Dabei soll untersucht werden, ob ein Recht des Gastlandes zur Anpassung der Konzession allein auf diese Ansätze gestützt werden kann. Daran anschließend werden die öffentlich-rechtlichen Argumente dargestellt, die eine Vertragsanpassung rechtfertigen könnten (*III.*).

I. Die *clausula rebus sic stantibus*

1. Der theoretische Ansatz

Konzessionsverträge stehen im Spannungsfeld von Stabilisierung und Flexibilität². Die Stabilisierung langfristiger Austauschbeziehungen ist ein Hauptanliegen von Verträgen. Diese Funktion betont der Rechtsgrundsatz *pacta sunt servanda*. Flexibilität ist andererseits notwendig angesichts der andauernden Wandlungen der Umwelt des Vertrages. Je langfristiger und komplexer der Vertrag ist, desto schwerer ist es, derartige Änderungen bereits beim Vertragsabschluß vorzusehen.

Der Gedanke, die wirtschaftliche und finanzielle Lage beider Vertragspartner bei der Durchführung eines Konzessionsvertrags zu berücksichtigen, ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, der unter der Lehre von *clausula rebus sic stantibus* Eingang ins Völkergewohnheitsrecht gefunden hat³. Ebenso wie der Satz, daß Verträge gehalten werden müssen, auf den Grundsatz von Treu und Glauben beruht, ist auch die Lehre von der *clausula rebus sic stantibus* ein Ausfluß dieses allgemeinen Rechtsprinzips: Verträge sind nach Treu und Glauben auszulegen und zu erfüllen. Das gilt für Verträge zwischen Staaten genauso wie für Verträge zwischen einem Staat und einem

² Cattan, H., The Evolution of Oil Concessions ..., S. 11: „*The oil concession is a species of long-term contract which has to reconcile two apparently conflicting needs: stability and evolution. These two needs are, in fact, two independent conditions in an oil concession*“; Leben, Ch, Clunet 113 (1986–II), 895–957 (949).

³ Alenfeld, J., Die Investitionsförderungsverträge (IFV) der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt a/Main 1971, S. 103; Ammann, U., S. 110; Asante, S. K. B., in Hossain, K. (ed.), Legal Aspects of the New International Economic Order, S. 240–261 (242); ders., ICLQ 37 (1988), 588–628 (612); David, N., Clunet 113 (1986), 79–107 (98); Geiger, R., ICLQ 23 (1974), 73–104 (85); Köbler, R., Die „*clausula rebus sic stantibus*“ als allgemeiner Rechtsgrundsatz 1990; Maniruzzaman, A. F. M., JIntArb 9 (4) (1992), 141–171 (148); Markert, T., S. 176; Somarajah, M., JIntArb 5 (1988) (2) 97–114 (101, 113); Velten, R., S. 113; Wälde, T. W., North/South Economic Cooperation and International Economic Development Law: Legal Process and Institutional Considerations, GYIL 23 (1980), 59–90.

Investor⁴. Eine schwerwiegende Ungleichheit der Verpflichtungen, welche durch einen nach Abschluß des Vertrages eingetretenen Umstand verursacht wird, berechtigt jede Seite, die Aufnahme von Verhandlungen über die Anpassung des Vertrages zu verlangen⁵ und, wenn diese scheitern, das im Vertrag eingesetzte Schiedsgericht anzurufen. Letztlich berechtigt sie jede Seite, die Erfüllung des Vertrages zu verweigern.

Die nachstehenden Ausführungen über die Bedeutung der *clausula rebus sic stantibus* bei völkerrechtlichen Verträgen können angesichts des öffentlich-rechtlichen Charakters einer Konzession praktisch unverändert auf derartige Verträge übertragen werden. Im Schrifttum werden allerdings alle denkbaren Ansichten von der vorbehaltlichen Anerkennung bis zur kategorischen Ablehnung der Geltung der *clausula rebus sic stantibus* vertreten⁶. Dabei haben die Befürworter weit gewichtigere Argumente auf ihrer Seite als die Gegner. Die Anerkennung eines Rechts des Gastlandes zur Anpassung der Konzession an veränderte Umstände ruft zwar zunächst insofern Bedenken wach, als man zu einer Relativierung des Prinzips *pacta sunt ser-*

⁴ Vgl. Ziff. 8 der UN-Resolution 1803 (XVII) (§ 7, Fn. 173): „*Foreign investment agreements freely entered into by or between sovereign States shall be observed in good faith*“ [Hervorhebung von der Verfasserin].

⁵ Die Bedeutung solcher Anpassungen für den Bestand langfristiger Verträge zwischen Regierung und Investor betonen auch Jennings, R. Y., BYIL 37 (1961), 156–182 (177 ff.); Mann, F.-A., BYIL 35 (1959), 34–37.

⁶ Zustimmend: Ammann, U., S. 111; Asante, S. K. B., in Hossain, K. (ed.), Legal Aspects of the New International Economic Order, S. 240–261 (242); ders., ICLQ 37 (1988), 588–628 (612); Böckstiegel, K.-H., Der Staat ..., S. 330 ff., der vehement für eine Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* plädiert, da gerade sie in der Lage sei, die notwendige Flexibilität im Verhältnis zwischen dem Staat und dem Privatinvestor zu gewährleisten; El-Koshi, A., RdC 147 (1975–IV), 219–393 (334); Maniruzzaman, A. F. M., JIntArb 9 (4) (1992), 141–171 (158), m.w.Nach.; Seidl-Hohenveldern, I., Investitionen in Entwicklungsländern und das Völkerrecht, S. 39; Sornarajah, M., JIntArb 5 (1988) (2) 97–114 (113); ablehnend: Velten, R., S. 113 ff. (119); eher ablehnend auch Markert, T., S. 178; zweifelnd: David, N., Clunet 113 (1986), 79–107 (98); die OPEC hat in ihrer Resolution XVI 90 vom 24/25. Juni 1968 den Erwerb von Regierungsbeteiligungen an Konzessionen mit dem Prinzip der *clausula rebus sic stantibus* gerechtfertigt. Die Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen (ILC), die mit dem Entwurf der Wiener Vertragskonvention befaßt war, zählte die *clausula rebus sic stantibus* zum allgemeinen Vertragsrecht, zu den Grundregeln vertraglicher Beziehungen und ging von ihrer Anerkennung in der überwiegenden Theorie und Praxis des Völkerrechts aus; vgl. dazu Geiger, R., ICLQ 23 (1974), 73–104 (83, 101). Auch im Principle 2 der Seoul Declaration (1986) der International Law Association (ILA) on the Progressive Development of Principles of Public International Law Relating to a New International Economic Order [62th Conference NILR 33 (1986), 326–333] findet die *clausula rebus sic stantibus* ihre ausdrückliche Anerkennung, selbst wenn das Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen dieser Klausel und dem Grundsatz *pacta sunt servanda* betont wird.

vanda nur höchst ungern Hand bieten möchte. Die Gründe für eine in der Regel positive Beurteilung eines solchen Rechts erweisen sich doch als sehr stark und zwingend. Die Zulässigkeit der einseitigen Lösung vom Vertrag jedenfalls in eng gezogenen Grenzen entspricht einem in der Kulturwelt anerkannten Rechtsgrundsatz. Auch die Privatrechte pflegen der betroffenen Partei in Fällen dieser Art den Rücktritt oder die Kündigung zu gestatten oder ihr sonst Gelegenheit zur Umgestaltung oder Beendigung des Vertrages zu bieten. Man denke nur an die deutsche Doktrin des *Wegfalls der Geschäftsgrundlage*⁷, an die englische⁸ und amerikanische⁹ Doktrin der „*frustration*“ oder an die französische Doktrin der „*imprévision*“¹⁰. Wenn sich aber schon der Einzelne, dessen Leben auf einem begrenzten Zeitraum beschränkt ist, ausnahmsweise von seinen Verträgen lösen kann, wenn selbst das seiner Natur nach stabilere bürgerliche Recht nicht an den Wandel der Verhältnisse vorbeigehen kann, so hat das erst recht für das wandelbare Leben der Staaten und Völker und in besonderem Masse für Verträge von langer und unbestimmter Dauer zu gelten.

Das Völkerrecht kennt in Art. 62 der *Wiener Vertragskonvention (WVK)* vom 23. Mai 1969 für Staatsverträge¹¹ die *clausula rebus sic stantibus*¹². Allerdings weist die Formulierung des Art. 62 der WVK bereits darauf hin, daß der Beendigungsgrund der *clausula rebus sic stantibus* nur unter engen

⁷ Geiger, R., ICLQ 23 (1974), 73–104 (91 ff.); Kröll, S., Ergänzung und Anpassung von Verträgen durch Schiedsgerichte, Diss. Köln 1998, S. 127; Lando, O., GYIL 23 (1980), 37–59 (49 ff.); Maniruzzaman, A. F. M., JIntArb 9 (4) (1992), 141–171 (155); Markert, T., S. 176 m. w. Nach.

⁸ Geiger, R., ICLQ 23 (1974), 73–104 (87); Kröll, S., S. 135; Maniruzzaman, A. F. M., JIntArb 9 (4) (1992), 141–171 (148). Markert, T., S. 177.

⁹ Geiger, R., ibid; Maniruzzaman, A. F. M., ibid; Markert, T., ibid; so auch American Restatement (Second) of Contracts Sec. 261 (1979): „Where, after a contract is made, a party's performance is made impracticable without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his duty to render that performance is discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary“ und Uniform Commercial Code, Sec. 2–615 (1978), zitiert nach Maniruzzaman, A. F. M., JIntArb 9 (4) (1992), 141–171 (149).

¹⁰ Geiger, R., ICLQ 23 (1974), 73–104 (94); Maniruzzaman, A. F. M., JIntArb 9 (4) (1992), 141–171 (153); Markert, T., ibid.

¹¹ BGBl. 1985, II, S. 928 ff.

¹² Art. 62 Abs. 1 WVK lautet: „(1) Eine grundlegende Änderung der beim Vertragsschluß gegebenen Umstände, die von den Vertragsparteien nicht vorausgesehen wurde, kann nicht als Grund für die Beendigung des Vertrages oder den Rücktritt von ihm geltend gemacht werden, es sei denn,

a) das Vorhandensein jener Umstände bildete eine wesentliche Grundlage für die Zustimmung der Vertragsparteien, durch den Vertrag gebunden zu sein, und
b) die Änderung der Umstände wurde das Ausmaß der auf Grund des Vertrages noch zu erfüllenden Verpflichtungen tiefgreifend umgestalten“.

Voraussetzungen als streng beschränkte Ausnahme geltend gemacht werden kann¹³. Die Auflösung oder Revision eines Vertrages ist in Anlehnung an die *clausula rebus sic stantibus* nur in sehr engen Grenzen und bei schwerwiegenden Veränderungen der tatsächlichen Verhältnisse möglich¹⁴. Vom Notstand abgesehen kommen hauptsächlich jene Fälle in Frage, in denen aufgrund des Wandels der Verhältnisse der Vertragszweck, jedenfalls aus der Sicht einer der Parteien, nicht mehr erfüllt wird. Auf Konzessionsverträge bezogen dürfte namentlich eine deutliche Verschiebung des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung diesem Tatbestand entsprechen¹⁵. Wir erinnern in diesem Zusammenhang an die Ausführungen über das kooperative Wesenselement derartiger Verträge¹⁶. Wann eine Veränderung der Verhältnisse als grundlegend beurteilt werden muß, kann nur im konkreten Fall und unter vorsichtiger Abwägung der Interessen beider Parteien entschieden werden. Dabei ist allerdings ausdrücklich festzuhalten, daß die *clausula rebus sic stantibus* nicht zur Anwendung kommen darf, wenn die Partei, die sich darauf beruft, für die Veränderung der Verhältnisse verantwortlich gemacht werden kann.

2. Die Gerichts- und Schiedsgerichtspraxis

Staaten haben sich bei vielen Angelegenheiten auf die *clausula rebus sic stantibus* berufen¹⁷. Die Gegenseite hat dabei nicht die Geltung des Prinzips der Vertragsanpassung an veränderte Umstände in Frage gestellt. Vielmehr hat sie lediglich das tatsächliche Vorliegen der behaupteten wesentlichen Änderung der Umstände bestritten¹⁸. So hielt das Schiedsgericht im *Alsing-Fall*¹⁹ Zahlungsschwierigkeiten Griechenlands angesichts dessen

¹³ Art. 62 Abs. 2 WVK lautet: „(2) Eine grundlegende Änderung der Umstände kann nicht als Grund für die Beendigung des Vertrages oder den Rücktritt von ihm geltend gemacht werden

a) wenn der Vertrag eine Grenze festgelegt oder

b) wenn die Vertragspartei, welche die grundlegende Änderung der Umstände geltend macht, diese durch Verletzung einer Vertragsverpflichtung oder einer sonstigen, gegenüber einer anderen Vertragspartei bestehenden internationalen Verpflichtung selbst herbeigeführt hat.

¹⁴ David, N., Clunet 113 (1986) 79–107 (98 ff.); Weil, P., RdC 128 (1969–III), 95–240 (221); Schiedsspruch RCA v. Tschechoslowakei, AJIL 30 (1936), 523, 536.

¹⁵ Fischer, P., Die internationale Konzession, S. 406 ff.

¹⁶ Oben, unter § 1, A.

¹⁷ Geiger, R., ICLQ 23 (1974), 73–104 (85); Maniruzzaman, A. F. M., JIntArb 9 (4) (1992), 141–171 (163); Velten, R., S. 119.

¹⁸ Nationality Decrees in Tunis and Morocco (1923), PCIJ Series B, No 4, S. 29; Case of Free Zones of Upper Savoy in the District of Gex, PCIJ Series A/B, No 46 (1932), 156–158; Advisory Opinion on International Status of S.W.Africa, ICJ Rep. 1950, S. 132–133.

wirtschaftlicher Lage bei Vertragsschluß für durchaus vorsehbar; selbst in der Unterbrechung der Vertragsbeziehungen durch den Zweiten Weltkrieg sah es in Anbetracht der langen Vertragsdauer nichts Unvorhersehbares²⁰. Im Falle der *Mavrommatis*-Konzessionen war eine Anpassung der Verträge durch völkerrechtlichen Vertrag vorgeschrieben. Der *StGH* entschied²¹, daß die Konzessionen demgemäß tatsächlich auch anzupassen seien, erklärte sich jedoch für nicht zuständig, Aussagen über die Art und Weise der vorzunehmenden Anpassung zu machen.

Schiedsrichter *Mahmassani* hielt im *Liamco*-Fall die Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* für zulässig und bestimmte mit Hilfe dieser Norm den Prüfungsmaßstab für die Rechtmäßigkeit der Verstaatlichung durch die libysche Regierung²². Auch im *Aminoil*-Schiedsspruch wurde die *clausula rebus sic stantibus* als Rechtsgrundsatz erwähnt. Das Schiedsgericht hat zwar dieses Prinzip nicht ausdrücklich angewandt, sondern allein eine Modifizierung des Abkommens zwischen der *Aminoil* und Kuwait festgestellt. Dabei handle es sich aber nicht um eine „von außen“ Vertragsanpassung an veränderte Umstände. Vielmehr sei durch die sich im Laufe der Vertragsdauer wandelnden Verhältnisse zu einer Modifizierung des Vertragsinhaltes „von innen“ gekommen²³. Letztlich wurde in einer Entscheidung des *Iran-U.S. Claims Tribunals* auf die *clausula rebus sic stantibus* zurückgegriffen, um die Lösung des Iran vom Vertrag zu rechtfertigen²⁴.

3. Zusammenfassung

Ergebnis der Prüfung der Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* als Mittel der Milderung der Härten, welche durch die strenge und absolute Geltung des Grundsatzes *pacta sunt servanda* entstehen können, ist, daß dieses Prinzip bei vorsichtiger Beurteilung als Teil des Völkergewohnheitsrechts und als allgemeiner Rechtsgrundsatz anzuerkennen ist²⁵. Allerdings

¹⁹ Oben, unter § 6, B. II. 4. a).

²⁰ Alsing-Schiedsspruch, oben, unter § 6, Fn. 71, ILR 23 (1956), 633–658 (653 ff.).

²¹ PCIJ Series A/B, Nr. 14 (1925), 45 ff. insbes. 50.

²² Rev. arb 1980, 132–191 (162).

²³ ILM 21 (1982), 976–1053 (1023).

²⁴ *Questech Inc. v. Ministry of National Defence of Iran*, Entscheidung Nr. 191-59-1, vom 25. September 1985, 9 Iran-U.S. C.T.R., S. 107 = AJIL 80 (1986), 362; a.A. William L. Pereira Associates Iran v. Iran, 5 Iran-U.S. C.T.R. 198 (1984), S. 211 und Phillips Petroleum Co. Iran v. Iran, 21 Iran-U.S. C.T.R. S. 79, 111.

²⁵ Vgl. dazu Jennings, R. Y.: „The principle pacta sunt servanda needs elaboration and definition to particular situations. It never will gain strength if it is allowed to be used as a mere incantation“ [Hervorhebung von der Verfasserin], zitiert nach Pazarci, H, RGDI 79 (1975), 354–421 (396).

wird bei Konzessionsverträgen der schmale Anwendungsbereich der *clausula rebus sic stantibus*-Regel des Art. 62 der WVK, der ein Element der Unbilligkeit und ein starkes Überraschungselement voraussetzt, durch die in der Kautelarpraxis entwickelten Sicherungstechniken weiter eingeschränkt. Detaillierte und umfassende Vertragswerke versuchen, mögliche Änderungen der den Konzessionsvertrag bestimmenden Umstände vorausschauend zu erfassen und zu regeln. So verteilen Garantie- und Risikoklauseln das Risiko für das Eintreten oder Ausbleiben bestimmter Umstände auf die Vertragsparteien. Verbleibende Lücken bei der vertragsspezifischen Erfassung künftiger Veränderungen der Vertragsumstände werden durch generelle Anpassungsklauseln, die eine automatische oder konsultative Vertragsanpassung vorsehen, geschlossen. Auf derartige und vergleichbare Anpassungs- und/oder Neuverhandlungsklauseln soll im folgenden eingegangen werden.

II. Neuverhandlungspflicht

1. Typologie der Neuaushandlungsklauseln

Der Gedanke einer Neuverhandlungspflicht bei veränderten Umständen drängt sich deshalb auf, weil Neuverhandlungen bei Konzessionen eher die Regel als die Ausnahme sind²⁶. Von dem Umfang der Vertragsänderung ausgehend wird zwischen drei Arten von derartigen Klauseln unterschieden²⁷:

²⁶ Die detaillierteste Untersuchung bei Wälde, T. W., Revision of Transnational Investment Agreements: Contractual Flexibility in Natural Resources Development, LawAm 10 (1978), 265; Fallstudien bei Peter, W., Arbitration and Renegotiation ..., S. 231 ff.; siehe auch Asante, S. K. B., ICLQ 28 (1979), 401–423 (414); ders., in Hossain, K. (ed.), Legal Aspects of the New International Economic Order, S. 240–261 (249) mit Beispielen aus neueren Konzessionsverträgen; Baloro, J., 19 Comp. Int. Law Journal Southern Africa (1986), 410–447 (415); Bartels, M., S. 51 ff.; Seidl-Hohenveldern, I., Völkerrecht, 9. Aufl., RdNr. 1629; vgl. Annual Report of the Secretary-General of the ICSID Administrative Council von 1974 und 1975 (zitiert bei Asante, S. K. B., in Hossain, K. (ed.), ibid. S. 250), wo die Bedeutung der Neuverhandlungs- und Revisionsklauseln als Konfliktvorbeugungs- und beilegungsmechanismen hervorgehoben wurde; siehe auch Art. 24 des China/Japan Agreements concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, ILM 28 (1989), 575: „Both contracting parties shall establish a Joint Committee, consisting of representatives of the Governments of both contracting parties for the purpose of reviewing the implementation of the present Agreement and the matters related to investment between the two counties ...“; Sornarajah, M., JWTL 15 (1981), 187–217 (214).

²⁷ Bartels, M., Revisions- und hardship-Klauseln in internationalen Verträgen über Rohstoffschließung, in Horn, N./Fontaine, M./Maskow, D./Schmitthoff, C. M. (Hrsg.), Die Anpassung langfristiger Verträge, Frankfurt a/M 1984, S. 117–120; Boughaba, M., Les clauses d'adaptation économique et monétaire dans les contrats

- (1) *Die Anpassungsklauseln*, die entweder automatisch wirken oder ein Anpassungsverfahren durch die Einschaltung eines Schiedsgutachters oder durch Neuverhandlungen vorschreiben;
- (2) *Die traditionellen force majeure-Klauseln*, die auf Vertragsbeendigung wegen grundlegender Änderung vertragsrelevanter Umstände zielen und *die modernen hardship-Klauseln*, die wegen unzumutbarer Veränderung von Vertragsumständen eine Anpassung des Vertrages, meist im Wege der Neuverhandlung, vorschreiben, und
- (3) *Die Neuverhandlungs- oder Revisionsklauseln*.

Zahlreiche Konzessionsverträge enthalten einen einfachen Hinweis darauf, daß der Vertrag erneut zum Diskussionsgegenstand gemacht werden kann²⁸. Häufig wird vereinbart, daß über bestimmte Einzelheiten zu einem späteren Zeitpunkt noch einmal verhandelt werden soll²⁹. Dieser Aufschub ist notwendig, wenn ein Vorhaben sich noch in einer frühen Phase befindet und wichtige Gegebenheiten noch nicht geklärt sind³⁰.

Neuverhandlungsklauseln enthalten als erstes wesentliches Element einen bestimmten Auslöser für die Neuaushandlung. Dieser greift entweder nach einem bestimmten Zeitlauf oder beim Eintritt eines anderen Ereignisses ein, wie z.B. der völligen Rückzahlung der ursprünglich getätigten Investition³¹.

privés internationaux, Lausanne 1984; Eekert, L., Langfristige Erdgaslieferverträge, in Nicklisch, F. (Hrsg.), Der komplexe Langzeitvertrag ..., S. 171–186; Horn, N., Die Anpassung langfristiger Verträge im internationalen Wirtschaftsverkehr. Vertragsklauseln und Schiedspraxis, in Horn, N./Fontaine, M./Maskow, D./Schmitthoff, C. M. (Hrsg.), ibid. S. 9–71; Kröll, S., S. 138 ff.; Nelle, A., Neuverhandlungspflichten – Neuverhandlungen zur Vertragsanpassung und Vertragsergänzung als Gegenstand von Pflichten und Obliegenheiten, München 1993; Peter, W., in Nicklisch, F. (Hrsg.), ibid., S. 119–150; Schmitthoff, C. M., Zur praktischen Anwendung der hardship-Klausel, in Horn, N./Fontaine, M./Maskow, D./Schmitthoff, C. M. (Hrsg.), ibid. S. 99–100; Strohbach, H., Force majeure and hardship Clauses in International Commercial Contracts and Arbitration. The East-German Approach, JIntArb 1 (1) (1984), 39–51.

²⁸ So das Agreement zwischen der Regierung von Papua New Guinea und Bougainville Copper Ltd. von 1974 und das On-Shore (Voltain Basin) Petroleum Production Agreement zwischen der Regierung von Ghana und Shell Exploration and Production Company of Ghana Ltd. S. 47 (b), zitiert nach Asante, S. K. B., in Hos-sain, K. (ed.), Legal Aspects of the New International Economic Order, S. 240–261 (255).

²⁹ So z.B. das Abkommen zwischen Ghana und Valco (Kaiser) von Juli 1984, zitiert nach Leben, Ch., Clunet 113 (1986–II), 895–957 (950).

³⁰ Zahlreiche andere Beispiele bei Peter, W., in Nicklisch, F. (Hrsg.), Der komplexe Langzeitvertrag ..., S. 119–150 (131); ders., Arbitration and Renegotiation ..., S. 243 ff.

³¹ Clause 42 des OK-Tedi Copper Agreements zwischen Papua New Guinea und Dampier Mining Co. Ltd. von 1976, zitiert nach Peter, W., in Nicklisch, F. (Hrsg.), ibid., S. 119–150 (129).

Eine Neuverhandlungsklausel sollte auch Maßstäbe für den Umfang der Vertragsabänderung festlegen³². Das Neuaushandlungsverfahren sieht als erstes vor, daß die auslösenden Elemente für die Neuaushandlung eingetreten sein. Nachdem die Bedingungen zur Anwendung der Neuaushandlungsklausel erfüllt sind, besteht der zweite Schritt in der Pflicht der Parteien, tatsächlich und ernsthaft auf Neuaushandlungen einzutreten. Falls eine Partei die Neuaushandlungen verweigert, zieht die Verletzung dieser Vertragspflicht rechtliche Folgen nach sich, welche entweder direkt durch die Neuaushandlungsklausel bestimmt, oder in einem Gerichts- oder Schiedsverfahren ermittelt werden.

In der Regel kann aus Neuaushandlungsklauseln nicht die Pflicht der Parteien zu einer Einigung abgeleitet werden³³. Im Falle des Scheiterns der Verhandlungen wird oft das Einschalten einer dritten Person vorgesehen. Über ihre rechtliche Qualifikation und ihre Befugnisse hat sich eine ausgiebige Debatte entsponnen³⁴. Streitig ist, ob es sich bei dieser Person um einen Dritten handelt, dem die Parteien eine Vertragsergänzung im Sinne einer rechtsgestaltenden Leistungsbestimmung überlassen haben, oder um einen Sachverständigen, dem auch die Aufgabe übertragen wurde, bestimmte Umstände klarzustellen oder tatsächliche Anspruchsvoraussetzungen festzustellen³⁵, oder um einen Schiedsrichter, der nach dem Parteiwillen an Stelle des staatlichen Gerichts entscheiden soll³⁶.

³² So begrenzen manche Klauseln den Umfang der Vertragsänderung, indem sie nur ein bestimmtes Gebiet erfassen, wie z.B. das Fiskalsystem [„Rochelois“ Bauxite Agreement zwischen Haiti und Reynolds Mining Corporation, zitiert nach *Peter, W.*, in *Nicklisch, F.* (Hrsg.), *ibid.* S. 133] oder indem die Klauseln ausdrücklich den Umfang der Vertragsabänderung durch einigermaßen objektive Maßstäbe festlegen, wie z.B. die Erhaltung des ursprünglichen vertraglichen Gleichgewichts. Die Klausel kann sich sehr gut jedoch auf subjektive Maßstäbe wie z.B. Fairness und Gerechtigkeit beziehen.

³³ Clause 26.4 „Asahan“ Bauxite Agreement zwischen der Regierung der Republic of Indonesien und Investoren für Asahan Hydroelectric and Aluminium Project von 1975, zitiert nach *Peter, W.*, in *Nicklisch, F.* (Hrsg.), *ibid.* S. 135.

³⁴ *Boughaba, M.*, S. 296 ff.; *Horn, N.*, in *Horn, N./Fontaine, M./Maskow, D./Schmithoff, C. M.* (Hrsg.), *Die Anpassung langfristiger Verträge*, S. 9–71 (58); *Leboulanger, P.*, *Les contrats entre Etats ...*, S. 240; *Markert, T.*, S. 183; *Nicklisch, F.*, *Instrumente der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit zur Konfliktregelung bei Langzeitverträgen*, RIW 24 (1978), 633–642; *Peter, W.*, in *Nicklisch, F.* (Hrsg.), *Der komplexe Langzeitvertrag ...*, S. 119–150 (136); *ders.*, *Arbitration and Renegotiation ...*, S. 249 m.w.Nach.; zur Abgrenzung nach deutschem Recht zwischen der Vertragsanpassung durch einen Dritten als Leistungsbestimmung von der Tätigkeit eines Schiedsrichters oder eines Schiedsgutachters siehe *Gottwald, P.*, in *Rebmann, K./Säcker, F. J.* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, Schuldrecht. Allgemeiner Teil §§ 241–432, 3. Aufl., München 1994, unter § 317 BGB RdNr. 15 ff.

Handelt es sich um einen Schiedsrichter und prüft er nur, ob die Voraussetzungen für eine Neuaushandlung vorliegen, so bewegt er sich unzweifelhaft im Rahmen seiner eigentlichen Schiedsrichteraufgabe. Ein Schiedsrichter könnte jedoch auch eine Abänderung des Vertrages an Stelle der Parteien ins Auge fassen³⁷. Dabei gerät er aber in die Gefahr, anstatt gemäß seinem Mandat den Vertrag für die Parteien auszulegen, diesen für die Parteien zu formulieren. Dazu ist er jedoch – wie es im *Aminoil*-Schiedsspruch deutlich betont wurde³⁸ – nicht berechtigt. Zwar gibt es in der Schiedspraxis durchaus Entscheidungen, die eine Vertragsauflösung aufgrund von *force majeure* annehmen³⁹. Die Anpassung ist dagegen nicht üblich, sofern dem Schiedsrichter hierfür nicht eine Klausel mit sehr genauen Maßstäben vorgegeben ist. Der Schiedsrichter kann eine Entscheidung, die nicht mehr Rechtsentscheidung, sondern Fortentwicklung des Vertrages zur Anpassung

³⁵ Zur Unterscheidung nach deutschem Recht zwischen einem Schiedsrichter und einem Schiedsgutachter siehe ausführlich *Kröll, S.*, S. 248 ff. mit Nachweisen zu den in der Praxis maßgeblichen Abgrenzungskriterien; für das englische Recht vgl. *Kröll, S.*, S. 260 ff.

³⁶ Kombinationen in ein und demselben Vertrag sind ebenso denkbar. So kann dem Dritten nicht nur die Anpassung einer Leistung an veränderte Umstände (Leistungs[bestimmungs]vorbehalt) übertragen werden, sondern auch die Entscheidung über die Frage des tatsächlichen Vorliegens einer grundlegenden Änderung der Vertragsumstände; vgl. dazu *Gottwald, P.*, in Münchener Kommentar zum BGB, unter § 317 BGB, RdNr. 16.

³⁷ Nach einer Studie von *Schmitthoff, C. M.*, „Hardship and Intervener Clauses“ JBusLaw 17 (1980), S. 83–84 ist eine schiedsgerichtliche Ergänzung oder Anpassung von Verträgen in Frankreich und in Belgien, ausgeschlossen; so auch in China, in Kolumbien und in der Türkei (beschränkt auf die Ergänzung), zitiert nach *Kröll, S.*, S. 8. In einer Vielzahl von Ländern (so in Tschechien, in Ägypten, in Äthiopien und in den USA) sind hingegen solche Befugnisse im Schiedsgesetz ausdrücklich geregelt; so auch Art. 1 Abs. 2 bulgarisches Gesetz über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit; Art. 1020 Abs. 4 c niederländisches Gesetz über die Schiedsgerichtsbarkeit; Section 1 Abs. 2 des Entwurfs des schwedischen Schiedsrechts, zitiert nach *Kröll, S.*, In Spanien, in Griechenland und in der Schweiz können die Parteien einen Schiedsrichter mit der Ergänzung und der Anpassung von Verträgen beauftragen; für den entsprechenden Streit im englischen Recht vgl. *Kröll, S.*, ..., *ibid.* S. 9, 38 ff., 64 ff., 89 ff., 115 ff., 132 ff., 142 ff., 160 ff., 189 ff.; zahlreiche Nachweise zur rechtlichen Lage bei *Peter, W.*, in *Nicklisch, F.* (Hrsg.), *Der komplexe Langzeitvertrag* ..., S. 119–150 (137, Fn. 41); *ders.*, *Arbitration and Renegotiation* ..., S. 250 ff.

³⁸ ILM 21 (1982), 976–1053 (1016, § 74): „... generally speaking, a tribunal cannot substitute itself for the parties in order to make good a missing segment of their contractual relations – or to modify a contract – unless that right is conferred upon it by law, or by the express consent of the parties ...“.

³⁹ Vgl. z.B. die Entscheidungen des *Iran-U.S. Claims Tribunals* in den Fällen *Mobil Oil v. Iran*, 16 Iran-U.S. C. T. R., S. 3, 39 und *Philips Petroleum v. Iran*, 21 Iran-U.S. C. T. R., S. 79, 108., wo eine Vertragsbeendigung wegen hoheitlicher Gewalt selbst beim Fehlen einer entsprechenden *force-majeure*-Klausel angenommen wurde.

an veränderte Umstände ist, nur dann treffen, wenn er hierzu von den Parteien eindeutig ermächtigt wurde⁴⁰. Solche Anpassungsklauseln sind jedoch sehr selten⁴¹.

Die Parteien, die einen Konzessionsvertrag in langwierigen Verhandlungen mühsam bis ins Detail ausarbeiten, sind in der Regel nicht bereit, einem Dritten derart weitgehende Befugnisse zu übertragen⁴². Die Sicherheitsinteressen des Konzessionärs machen es für ihn nicht akzeptabel, daß er schon nach relativ kurzer Zeit mit einer Neudefinition der vertraglichen Pflichten aufgrund einer nicht vorher kalkulierbaren Billigkeitsentscheidung rechnen muß. Die geringe Verbreitung solcher Schiedsklauseln ist deshalb nicht lediglich auf mangelnde Vorsorge der Kautelarpraxis, sondern durchaus auf aner kennenswerte Parteiinteressen gegründet. Für den Schiedsrichter verbietet es sich daher, ohne besonderen Auftrag hierzu von der streitentscheidenden Rolle zur Rolle desjenigen, welcher den Vertrag für die Parteien neu schreibt, überzugehen.

Aus alledem läßt sich festhalten, daß Schiedsrichter den Vertrag nur dann an veränderte Umstände anpassen dürfen, wenn:

- (1) Im Vertrag ein Anpassungsrecht der Parteien ausdrücklich vorgesehen wird;
- (2) Das anwendbare Prozeßrecht eine gewisse Entscheidungsfreiheit des Schiedsrichters toleriert;
- (3) Dasselbe Recht dem Schiedsrichter eine Billigkeitsentscheidung gestattet.

⁴⁰ *Medicus, D.*, Allgemeiner Teil des BGB 6. Aufl., 1994, RdNr. 344; *Oppetit, B.*, L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de „hardship“, *Clunet* 101 (1974), 794–814 (808); Schiedsspruch Mocupia/Inveko der *IntHK* von 1977 nach der (positiven) Exequatur-Entscheidung der Cour d'Appel de Paris, *Rev. arb.* 1980, 538 ff.; a. A. *Kröll, S.*, S. 104 ff., 120; eine solche Ermächtigung liegt noch nicht darin, daß die Schiedsrichter mit den Befugnissen des *amiable compositeur* ausgestattet werden: ICC-Schiedssprüche Nr. 2694/1977, *Clunet* 105 (1978), 1985 und Nr. 3938/1982 *Clunet* 111 (1984), 926. Ein Teil der Schiedspraxis erlaubt dem Schiedsrichter dann allerdings zwar nicht die Anpassung des Vertrages insgesamt, aber doch ein Abgehen von der strikten Auslegung der Einzelverpflichtungen; so ICC-Schiedsspruch Nr. 3327/1981, *Clunet* 109 (1982), 971 mit kritischen Anmerkung *Derains, Y.*

⁴¹ Vgl. dazu das Sierra Leone Tonkolili-Iron Ore Agreement, in dem es heißt: „If either the Government or the Company shall request a revision under paragraphs (a) or (b) of this clause and the two parties shall be unable to agree as to the extent of the revision, the question shall be submitted to arbitration“, zitiert nach *Markert, T.*, S. 184, siehe ferner auch *Kröll, S.*, S. 47 ff.

⁴² *Bartels, M.*, S. 115 zitiert folgende Klausel aus äthiopischen Abkommen: „... the ... Arbitral Tribunal shall have no power or authority to make any new agreement between the parties hereto“; so auch *Berger, K.-P.*, *International Economic Arbitration*, S. 82; *Kröll, S.*, S. 64, *Loquin, E.*, *L'amiable composition ...*, RdNr. 504 ff.

Da eine Anzahl von Rechtsordnungen die Schiedsgerichtsbarkeit als Mittel der Vertragsabänderung nicht akzeptieren, hat die Praxis verschiedene Ausweichmöglichkeiten in Betracht gezogen. Bevor aber diese Möglichkeiten geschildert werden, soll auf die Frage eingegangen werden, ob eine Pflicht zu Neuverhandlungen auch beim Fehlen von Neuaushandlungsklauseln angenommen werden kann.

2. Die Neuverhandlungspflicht als allgemeiner Rechtsgrundsatz

Während der Grundsatz *pacta sunt servanda* die Parteien zu strikter Vertragserfüllung verpflichtet, gewährleistet die im Völkerrecht existierende Norm der Neuverhandlungspflicht (*duty to renegotiate*) eine gewisse Flexibilität im Verhältnis zwischen den Vertragsparteien und ihren unterschiedlichen Interessen. In ihrem Kern besagt diese Regel, daß sowohl die Parteien eines Vertrages als auch die durch sonstige Beziehungen eng verbundenen Staaten verpflichtet sind, in Verhandlungen einzutreten, falls sich Schwierigkeiten in der Vertragserfüllung oder in übrigen Rechtsbeziehungen für die andere Partei ergeben⁴³.

Die Neuverhandlungspflicht hat sich daher als ein Mittel erwiesen, dem starren Prinzip der Vertragstreue, welches der Rechtsgrundsatz *pacta sunt servanda* aufstellt, die Härte zu nehmen. Aus diesem Grund kann sie auch für Konzessionsverträge eine große Rolle spielen⁴⁴. Denn besonders bei Konzessionen besteht ein Bedürfnis für eine Norm, welche die Vertragsparteien zur Rücksichtnahme auf die Interessen der anderen Partei verpflichtet. Darüber hinaus beruht die Vertragserfüllung bei einer Konzession nicht auf Freiwilligkeit, sondern es besteht eine rechtliche Bindung an den Vertrag. Insofern kann auch bei einem solchen Vertrag die Vertragserfüllung für eine der beiden Parteien durch veränderte Umstände mit Schwierigkeiten verbunden sein. Hinzu kommt, daß durch die regelmäßig langfristige Bindung an den Vertrag eine Konzession besonders gefährdet ist, von geänderten Umständen betroffen zu werden. Dies bedingt, daß grundsätzlich ein prakti-

⁴³ So betonte der *IGH* im North Sea Continental Shelf-Urteil [North Sea Continental Shelf, Judgement ICJ Rep. 1969, 3, 47 ff.], daß die Parteien tatsächlich zu einer „meaningful ... negotiation“ bereit sein müssen; so auch der *StGH* im Fall Railway Traffic between Lithuania and Poland, Entscheidung vom 15. Oktober 1931, Advisory Opinion, Series A.P. Nr. 42, 108, 116; vergleichbar äußerte sich der *IGH* im Fall der Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgement, ICJ Rep. 1974, 33.

⁴⁴ Im Rahmen internationaler Wirtschaftsverträge definiert *Horn* die Neuverhandlungspflicht als: „die Pflicht der Parteien eines bestehenden Vertrags, den Vertrag durch Vereinbarungen an veränderte Umstände anzupassen und zu diesem Zweck miteinander Verhandlungen zu führen ...“, in Neuverhandlungspflicht, AcP 181 (1981), 255–288 (256), vgl. auch Kröll, A., S. 188; Nelle, A., S. 24 ff.

sches Bedürfnis für eine rechtliche Verpflichtung besteht, auf beiden Seiten verhandlungsbereit zu sein⁴⁵.

3. Die schiedsgerichtliche Praxis

a) *Revere Copper v. O.P.I.C.-Fall*

Im Fall *Revere Copper v. OPIC*⁴⁶ richtete die Regierung von Jamaika, die mit der *Revere Copper* sowie mit anderen ausländischen Unternehmen langfristige Bauxitabbauverträge abgeschlossen hatte, an die in Jamaika operierenden ausländischen Investoren folgende Forderung:

„The government of Jamaica cannot be bound by them any longer. For Jamaica to survive we must negotiate new contracts and new benefits for our things sold abroad“⁴⁷.

Zur Begründung wurde angeführt, daß die fundamentalen Voraussetzungen für die Verträge weggefallen und die Verträge „von der Geschichte“ überholt seien⁴⁸. Daraufhin kam es im Laufe des Jahres 1974 zu Neuverhandlungen der abgeschlossenen Verträge; diese endeten damit, daß die ausländischen Gesellschaften, u.a. die *Revere Copper*, einige der Vorschläge der Regierung akzeptierten und zwischen der Regierung sowie der *Revere Copper* ein vorläufiges Abkommen geschlossen wurde⁴⁹.

Es muß jedoch offen bleiben, ob die Gesellschaft den Eintritt in die Neuverhandlungen als Ausdruck einer Rechtspflicht ansah, oder ob die Verhandlungen nicht wegen des faktischen Drucks der Regierung zustande kamen. Es spricht vieles dafür, daß der Gefahr der Verstaatlichung, die nach dem Regierungswechsel in Jamaika bestand, zunächst von allen aus-

⁴⁵ So wurde das Erfordernis der Bereitschaft zu Neuverhandlungen mit Regierungen in den Entwurf des Verhaltenskodexs von transnationalen Korporationen aufgenommen, UN-ECOSOC 1979: Transnational Corporations Code of Conduct, E/C.10/AC.2/8, Section 5; vgl. auch § 11 des Draft UN Code of Conduct on Transnational Corporations, U.N. Doc. E/C.10/1982/6 vom 5. Juni 1982, ILM 22 (1983), 192–206; Section 12 UN Draft Code of Conduct on Transnational Corporations, ST/CTC/103, vom 31. Mai 1990; ähnlich Code of Conduct on the Transfer of Technology, UN Doc. TD/Code TOT 20, 9–10.

⁴⁶ Zum Sachverhalt vgl. oben, unter § 7, B. I. 2. b) aa).

⁴⁷ ILR 56 (1980), 258–327 (265); vgl. auch die Argumentation des Ministers von Jamaika: „*The renegotiation of contracts with the aluminium companies is not only a necessity and the right of a sovereign nation, but an obligation to the people. These considerations outweigh the sanctity of contractual agreements*“ [Hervorhebung von der Verfasserin], zitiert im Schiedsurteil der American Arbitration Association vom 24. August 1978, ILM 17 (1978), 1321–1383 (1325).

⁴⁸ ILR 56 (1980), 258–327 (265).

⁴⁹ ILR 56 (1980), 258–327 (266).

ländischen Unternehmen durch die Aufnahme von Verhandlungen und Zugeständnissen bei den folgenden Vertragsabschlüssen begegnet werden sollte.

Das Schiedsgericht selbst ging in seiner Entscheidung nicht auf diesem Punkt ein. Es untersuchte allein die Forderung nach Neuverhandlung unter dem Gesichtspunkt der Nichterfüllung des alten Vertrages. Dabei sah es das Verhalten des Staates von Jamaika als eine Erfüllungsverweigerung an. Für die Beurteilung des weiteren Verhaltens der Regierung war es nicht notwendig über eine Rechtspflicht zur Neuverhandlung des ursprünglichen Vertrages zu entscheiden. Aus den Äußerungen der Regierung von Jamaika und dem nachfolgenden Verhalten der *Revere Copper* läßt sich aber noch nicht definitiv ableiten, daß beide Parteien von einer echten Rechtspflicht ausgingen, als sie die Neuverhandlungen des Vertrages aufnahmen.

b) Aminoil v. Kuwait-Fall

Mehr Aufschluß über die Neuverhandlungspflicht gibt das *Aminoil*-Schiedsverfahren⁵⁰. Das Schiedsgericht ging ausführlich auf die Verpflichtung der Parteien ein, den ursprünglich abgeschlossenen Vertrag zwischen Kuwait und der *Aminoil* neu zu verhandeln. Grundlage dieser Verpflichtung war allerdings nicht eine eigenständige Rechtsnorm, sondern eine Vereinbarung der Parteien im bereits 1961 abgeschlossenen *Supplement Agreement*⁵¹. Dort hatten die Vertragsparteien eine Neuverhandlung des Konzessionsvertrags unter der Voraussetzung vereinbart, daß sich die Konzessionsbedingungen im Nahen Osten allgemein änderten.

Da diese vertragliche Grundlage der Neuverhandlungspflicht existierte, bestand zunächst für das Schiedsgericht kein Anlaß, über eine eigenständige Pflicht zu entscheiden. Dennoch mußte das Schiedsgericht sich darüber klar werden, welche Anforderungen an die ordnungsgemäße Erfüllung der vertraglich vereinbarten Neuverhandlungspflicht gestellt werden müssen. Zu diesem Zweck griff es auf das Völkerrecht zurück und entnahm ihm die Voraussetzungen einer Neuverhandlungspflicht. Unter ausdrücklichem Hinweis auf die Entscheidung des IGH im *North Sea Continental Shelf*-Fall⁵² und des Schiedsgerichts im *Lac Lanoux*-Fall⁵³ forderte es von den Verhandlungsparteien:

⁵⁰ Zum Sachverhalt vgl. oben, unter § 7, B. I. 2. b) bb).

⁵¹ ILM 21 (1982), 976–1053 (982–992).

⁵² Oben, unter § 9, Fn. 43.

⁵³ RIAA Vol. XII (1963), 281 ff. Schiedsrichter: *Pétren, Bolla, Reuter, De Vischer, de Luna*.

„... good faith as proper to be understood; sustained upkeep of the negotiations over a period appropriate to circumstances; awareness of the interests of the other party; and a persevering quest for an acceptable compromise“⁵⁴.

Diesen aus dem Völkerrecht abgeleiteten Maßstab, in der Ausformung, welche ihm die internationalen (Schieds-) Gerichte gegeben haben, legte das Schiedsgericht an die Parteien und ihre Verhandlungen an. Es stellte dabei fest, daß beide Parteien zunächst die Pflicht zu verhandeln zutreffend gesehen und anerkannt hätten. Dieser Pflicht hätten sie nach Ansicht des Schiedsgerichts in der Folge ausreichendem Maße Genüge getan⁵⁵.

c) Schiedsgerichtsbarkeit der IntHK-Paris

In den Streitigkeiten zwischen Staaten und privaten Investoren lassen sich somit keine eindeutigen Beispielsfälle finden, in denen die Schiedsgerichte eine eigenständige, völkerrechtlich ausgestaltete Rechtspflicht angenommen hätten, welche die Parteien zu Neuverhandlungen des ursprünglichen Vertrages verpflichtete. In der Handelsschiedsgerichtsbarkeit, die nach den Verfahrensregeln der IntHK-Paris verfährt, ist dies dagegen anders⁵⁶.

Die Schiedsgerichte der IntHK-Paris gehen grundsätzlich von der Pflicht aus, die abgeschlossenen Verträge einzuhalten. Der Grundsatz *pacta sunt servanda* steht hier im Vordergrund und besitzt den Vorrang. Die Heranziehung des Rechtsgrundsatzes des guten Glaubens sollte allerdings die unzumutbaren Härten der strikten Anwendung dieses Prinzips auswiegen. Daraus folgt gleichzeitig, daß die Schiedsgerichte der IntHK-Paris bereit sind, eine eigenständige Neuverhandlungspflicht anzuerkennen. Die Parteien müssen also dann auf berechtigte Änderungswünsche der anderen Seite eingehen, wenn eine entsprechende Klausel im Vertrag nicht enthalten ist⁵⁷. Damit hat eine Erweiterung der Neuverhandlungspflicht auch auf Verträge stattgefunden, die bisher wegen des Fehlens einer besonderen dahinstehenden Vereinbarung nicht neu zu verhandeln waren⁵⁸.

⁵⁴ ILM 21 (1982), 976–1053 (1014).

⁵⁵ ILM 21 (1982), 976–1053 (1014): „A scrutiny of the negotiations fails to reveal any conduct on either side that would constitute a shortcoming in respect of Article 9 of the Supplemental Agreement [diese Klausel enthielt die Pflicht zu Neuverhandlungen], or to the general principles that ought to be observed in carrying out an obligation to negotiate ...“.

⁵⁶ ICC Publication No. 325, Adaptation of Contracts 1978.

⁵⁷ ICC-Schiedsspruch Nr. 2291/1975, Clunet 103 (1976), 989, 990: „Les conventions doivent s'interpréter de bonne foi, chaque partie ayant l'obligation d'avoir à l'égard de l'autre un comportement qui ne puisse lui nuire et la renégociation raisonnable étant coutumière dans les contrats économiques internationaux“.

⁵⁸ Derains, Y., Anmerkung zu ICC-Schiedsspruch Nr. 2291/1975, Clunet 103 (1976), 989 (992): „... quelles que soient les dispositions prévues par les parties

Voraussetzung einer Neuverhandlungspflicht kann also zum einen die ausdrückliche Aufnahme einer Revisionsklausel in den Vertrag selbst sein⁵⁹. Ändern sich die Umstände, die nach der Revisionsklausel gemeinsam vorausgesetzt sind, dann verpflichten sich beide Parteien, Verhandlungen über eine Anpassung aufzunehmen. Zum anderen kann aber auch in dem Fall, daß eine Revisionsklausel fehlt, eine Neuverhandlungspflicht bestehen. Voraussetzung ist nur, daß bei bzw. nach Vertragsabschluß unerwartete Umstände auftreten, welche die Vertragserfüllung verhindern oder gar unmöglich machen. Diese Umstände können sowohl die allgemeinen Marktverhältnisse, die Wechselkurse als auch die vereinbarten Preise sein. Dabei besteht diese Verpflichtung in jedem Stadium der Vertragserfüllung. Ihr Ziel ist nicht allein die Vermeidung unzumutbarer Härten, sondern auch die einvernehmliche Lösung aller die Parteien unvorhergesehen treffenden Probleme. Damit steht hinter dieser vertraglichen Nebenpflicht die Ansicht, schiedsgerichtliche Streitigkeiten überhaupt zu vermeiden. Aus diesem Grund versuchen die Parteien jede entstehende Schwierigkeit ernsthaft und gutwillig durch Verhandlungen zu lösen.

d) Zusammenfassung

Schiedsprüche der *IntHK*-Paris gehen im Ergebnis weiter als die schiedsgerichtliche Rechtsprechung im Konzessionsbereich. Denn sie erkennen eine eigenständige Pflicht der Parteien eines internationalen Austauschvertrages an, auf die andere Seite Rücksicht zu nehmen⁶⁰. Veränderte Umstände sind in diesem Rechtssystem mit Verhandlungen zu lösen, ein starres Beharren auf der Vertragserfüllung ist nur unter Verletzung der Vertragspflicht möglich. In der vorhandenen Schiedsgerichtspraxis zwischen Staaten und privaten Investoren findet sich eine so weit gehende Regel nicht. Allerdings wird auch in diesen Schiedssprüchen auf die dem Völkerrecht entnommene Neuverhandlungspflicht zurückgegriffen. Das *Aminoil*-Schiedsgericht benutzt die im Völkerrecht entwickelten Kriterien, um die

pour faire face à l'éventualité d'une modification des circonstances extérieures aux contrats, elles se doivent de tenter de le renégocier si l'application stricte de ces expositions, ou leur absence, ne permet pas de surmonter des difficultés inattendues“.

⁵⁹ Vgl. zu solchen Klauseln bspw. ICC-Schiedsspruch Nr. 2478/1974, Clunet 102 (1975), 925 ff. mit Anmerkung *Derains, Y.*; zu diesen Revisionsklauseln auch *Jarvin, S.*, Anmerkung zu ICC-Schiedsspruch Nr. 3938/1982, Clunet 111 (1984), 926–938 (929 ff.); *Oppetit, B.*, Clunet 101 (1974), 794–814 m. w. Nach.

⁶⁰ So äußerte sich ein Partner im Lamco Project: „A concession agreement may be described as an agreement to make concessions“, zitiert nach *Asante, S. K. B.*, in *Hossain, K. (ed.)*, Legal Aspects of the New International Economic Order, S. 240–261 (249).

Erfüllung der Neuverhandlungspflicht beurteilen zu können⁶¹. Auch wenn das Rechtssystem, das innerhalb der Schiedsgerichtsbarkeit der *IntHK*-Paris besteht, seine eigenen Charakterzüge aufweist, die nicht unbedingt auf andere Schiedsverfahren übertragen werden können, ist es dennoch nicht fernliegend, daß auch in Streitigkeiten zwischen Parteien eines Konzessionsvertrages, die nicht im Rahmen der *IntHK*-Paris ausgetragen werden, eine Norm wie die Neuverhandlungspflicht besteht⁶².

4. Eignung des Schiedsverfahrens für Konfliktvermeidung und Beilegung von Konzessionsstreitigkeiten

Charakteristisch für Langzeitverträge ist, daß sie sich in der Regel über einen längeren Zeitraum erstrecken, sehr komplexe Leistungsbeziehungen begründen und auch während der Ausführung eine Kooperation der Vertragspartner und häufig weiterer Beteiligter erfordern. Aus der Eigenart der genannten Verträge ergeben sich spezifische Probleme bei ihrer Abwicklung. Oft können die Ausführungshandlungen nicht in allen Einzelheiten vorausbestimmt werden⁶³. Die Verträge sind ferner in höherem Maße für Störungen anfällig als kurzfristige Lieferverträge. Aus diesen und ähnlichen Gründen werden schon während der Abwicklung der Verträge eine Reihe von unaufschiebbaren Zwischenentscheidungen erforderlich, um das Projekt überhaupt realisieren zu können. Notwendig kann es auch sein, den Vertrag nachträglich zu ergänzen oder zu konkretisieren⁶⁴.

In den besonderen Vertragsstrukturen liegen also auch bereits Gründe für zahlreiche Konflikte und zwar teilweise Konflikte, die bei gewöhnlichen Lieferverträgen gar nicht auftreten. Entwickeln sich daraus offene Streitigkeiten, so steht für diese das klassische Instrument der Schiedsgerichtsbarkeit zur Verfügung. Die Vertragspraxis hat jedoch vielfältige Formen der Bewältigung von Konflikten außerhalb der eigentlichen Schiedsverfahren ausgebildet⁶⁵. In neuester Zeit rückt das Ziel der Streitvermeidung durch

⁶¹ Vgl. dazu oben, unter § 9, A. II. 3. b), Fn. 52 ff.

⁶² So wohl *Lando, O.*, GYIL 23 (1980), 37–59 (52 ff.); *Velten, R.*, S. 113; *Wälde, T. W.*, LawAm. 10 (1978), 272; *ablehnend Markert, T.*, S. 182; *Peter, W.*, in *Nicklisch, F.* (Hrsg.), Der komplexe Langzeitvertrag ..., S. 119–150 (128).

⁶³ Vgl. z.B. den Konzessionsvertrag zwischen einem Konsortium deutscher Firmen und dem Staat Qatar über die Erkundung und Erschließung eines Erdöl- und Gasfeldes vor der Küste Qatars, der Gegenstand eines *ad-hoc*-Schiedsverfahrens war, ILM 28 (1989), 795, 813. Hinsichtlich der Ausbeutung etwaiger Gasvorkommen sah der Vertrag vor, daß sich die Parteien auf einen Modus einigen würden.

⁶⁴ *Kröll, S.*, S. 272 ff.; *Weick, G.*, Vorbeugung und Beilegung von Konflikten in internationalen Verträgen, in Festschrift für H. Coing 1982, S. 543–564.

⁶⁵ *Hoellering, M.-F.*, Emerging Techniques of Private Dispute Resolution in Long-Term Contracts, in *Nicklisch, F.* (Hrsg.), Der komplexe Langzeitvertrag ...,

eine sachgerechte Vertragsgestaltung in den Vordergrund. Auszugehen ist dabei von der häufig vernachlässigten Tatsache, daß Streitschlichtungsklauseln nicht nur *ex-post* entstandene Meinungsverschiedenheiten lösen, sondern daß sie präventiv die Parteien dazu veranlassen sollen, Streitigkeiten zu vermeiden und den Konflikt ohne Einschaltung Dritter beizulegen⁶⁶.

Das herkömmliche Schiedsgerichtsverfahren bei komplexen Konzessionsverträgen verleitet die Beteiligten oft dazu, ihren Konflikt über eine Zeitspanne während der Vertragserfüllung ungelöst zu lassen und erst dann um eine Schlichtung zu ersuchen, nachdem geleistet wurde und die wirtschaftliche Beziehung beendet ist. Das Normalverfahren der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit kann insofern nur noch *statisch* die Rechtspositionen der Vertragsparteien nachträglich feststellen und die Vertragsmäßigkeit-oder/-Widrigkeit ihres damaligen Verhaltens beurteilen. Es ist aber nicht in der Lage, *dynamisch* dem Ablauf der Vertragsdurchführung und den dabei auftretenden kleineren und größeren Meinungsverschiedenheiten oder sogar Streitigkeiten zu folgen.

Eine wirksame Lösung wäre, auf den Konflikt selber einzugehen und das zugrundeliegende Problem unverzüglich zu lösen. Es ist wichtig, daß Unstimmigkeiten, die vor dem Auslaufen der Verträge auftauchen, angegangen werden, noch während die wirtschaftliche Beziehung zwischen den Parteien andauert, da diese Beziehung eine wesentliche Eindämmung überhöhter Forderungen der Parteien bewirkt. Es ist auch ratsam, eine „abgestufte“ Konfliktlösung vorzusehen, bei der direkte Zusammenkünfte der Beteiligten auf verschiedenen Betriebsebenen vorgeschrieben werden, bevor der Konflikt einem Dritten zur bindenden Entscheidung überlassen wird.

S. 523–541; Horn, N., in Horn, N./Fontaine, M./Maskow, D./Schmitthoff, C. M. (Hrsg.), Die Anpassung langfristiger Verträge, S. 9–71 (68ff.); Myers, J. J., Why Conventional Arbitration is not Effective in Complex Long-Term Contracts, in Nicklisch, F. (Hrsg.), *ibid.*, S. 503–522; Nicklisch, F., RIW 24 (1978), 633–642; Peter, W., in Nicklisch, F. (Hrsg.), *ibid.*, S. 119–150 (139ff.); Schanze [Investitionsverträge im internationalen Wirtschaftsrecht, S. 170ff.] spricht von einem „selbstdurchsetzenden Vertrag“, bei dem beide Parteien in jedem Einzelpunkt von Vertragsabschluß bis zur letzten Erfüllungshandlung der Auffassung sind, sie stünden sich durch die fortgesetzte Erfüllung des Vertrages besser als durch seinen Bruch; ders., Verträge ohne Zivilprozeß – „Prozeßrecht“ in Verträgen: Mechanismen zur Substitution der gerichtlichen Intervention in Investitionsverträgen, in Nicklisch, F. (Hrsg.), *ibid.*, S. 463–473; Wälde, T. W., RabelsZ 42 (1978), 28–86.

⁶⁶ Kröll, S., S. 285ff.; vgl. auch Sornarajah, M., JIntArb 5 (1988), 97–114 (102): „*The structuring of a contract to avoid conflicts is preferable to the technique of drafting an inflexible contract with a sword of Damocles hanging over the state party, threatening consequences such as arbitral awards, attachments in pursuit of such awards, and litigation in pursuit of property subject to the contract in foreign courts*“ [Hervorhebung von der Verfasserin].

Um die Vorteile der Schiedsgerichtsbarkeit auch bei Konzessionsverträgen voll zur Geltung zu bringen, ist es also erforderlich, bereits während der Vertragsdurchführung mit geeigneten Maßnahmen einzugreifen, um Meinungsverschiedenheiten beizulegen, einstweilige Maßnahmen anzuordnen, Beweise zu sichern, notwendige (technische) Entscheidungen zu treffen, den Vertrag zu ergänzen und auf diese Weise die Entstehung ernsthafter Streitigkeiten zu verhindern.

III. Öffentlich-rechtliche Argumente für eine Vertragsanpassung

1. Bei Anwendung des Rechts des Konzessionsgebers als *proper law* des Vertrages

Die bisherige Untersuchung hat gezeigt, daß die vertragsimmanenten privatrechtlichen Ansätze der *clausula rebus sic stantibus* und der Neuverhandlungspflicht zu einer Vertragsanpassung an veränderte Umstände führen können. Sind aber solche Bestimmungen nicht im Vertrag selbst vorgegeben, dann ist umstritten, ob darauf ein Recht des Gastlandes zur Anpassung des Konzessionsvertrags an die geänderten Verhältnisse gestützt werden kann. Aus diesem Grund führen die Verfechter der Abänderbarkeit von Konzessionsverträgen ihren öffentlich-rechtlichen Charakter ins Feld, um die Befugnis der staatlichen Seite zu begründen, sich von ihren vertraglich eingegangenen Verpflichtungen infolge der geänderten Umstände lösen zu können.⁶⁷

Untersteht ein Konzessionsvertrag dem Recht des Gaststaates und bestehen keine spezifischen Zusagen zum Schutz gegen spätere gesetzgeberische oder verwaltungsmäßige Maßnahmen⁶⁸, so kann der staatliche Vertragspartner in den Vertrag aus Gründen des öffentlichen Interesses eingreifen⁶⁹. Er braucht nur in der Normenhierarchie gegenüber dem Konzessions-

⁶⁷ *Asante*, S. K. B., ICLQ 28 (1979), 401–423 (403 ff.); *Cohen-Jonathan*, G., AFDI 23 (1973), 452–479 (471); *Geiger*, R., ICLQ 23 (1974), 73–104 (101); *Regli*, J.-P., S. 44 ff.; *Weil*, P., RdC 128 (1969–III), 95–240 (217 ff.).

⁶⁸ Die Sondersituation bei Bestehen einer Stabilisierungsklausel wird unten, unter § 9, B. erörtert.

⁶⁹ *Jennings*, R. Y., BYIL 37 (1961), 156–182 (161); *Mann*, F.-A., AJIL 54 (1960), 572–591 (580); *Mayer*, P., Clunet 113 (1986–I), 5–78 (48); *Weil*, P., RdC 128 (1969–III), 95–240 (228): „*Le contrat régi par le droit de l'état contractant est soumis aux fluctuations de ce droit*“; selbst der sonst gegenüber der nationalen Souveränität wenig sensible Texaco-Schiedsspruch neigt dazu: „*Dans l'hypothèse où l'état nationaliseur a conclu avec une entreprise étrangère un contrat prenant sa source dans le droit interne de cet état et entièrement régi par lui, le règlement de la situation nouvelle, créée par la nationalisation, relèvera des dispositions légales et réglementaires en vigueur*“ [Hervorhebung von der Verfasserin], zitiert nach *Kahn*, P., Clunet 109 (1982), 844–909 (851).

vertrag höherrangige rechtliche Mittel zu benutzen, um diesen zu ändern. Sein Verwaltungs- bzw. Verfassungsrecht könnte zwar strenge Anforderungen an die Ausübung eines solchen Rechtes stellen aber dies ist jedenfalls in Staaten ohne ausgeprägte Verfassungstradition nicht allzu wahrscheinlich.

Allerdings läuft die einseitige Abänderbarkeit eines Konzessionsvertrages nicht immer reibungslos ab, wie am Beispiel der thailändischen *Teak Forest*-Konzession zu sehen ist⁷⁰. Der Konzessionär hatte sich ausdrücklich der gegenwärtigen und künftigen Gesetzgebung Thailands, insbesondere auch der künftigen Steuergesetzgebung, unterworfen. Der Vertrag enthielt eine detaillierte Regelung der Abgaben. Das Ministerium erhob später neue, im Vertrag nicht vorgesehene allgemeine Abgaben. Die Gesellschaft klagte vor den thailändischen Gerichten, verlor in erster und letzter Instanz, gewann aber immerhin vor dem Berufungsgericht.

Erfolgt die neue Regelung in Gesetzesform und bezieht sie sich eindeutig auch auf die vertraglichen Rechte des Konzessionsgebers, dann handelt es sich um die Wahrnehmung der Gesetzgebungskompetenz des Gaststaates, die zu seinen wesentlichen Aufgaben gehört. Versucht der Konzessionär diese Regelung gerichtlich anzugreifen, so hat er geringe Erfolgsaussichten. Damit reduziert sich in einem solchen Fall die Rolle des Schiedsrichters darauf, den Konzessionsvertrag nach seinem *proper law* für beendet zu erklären und dem Konzessionsgeber die nach diesem Recht vorgesehene Entschädigung zuzusprechen. Einen gewissen Schutz könnte allenfalls noch das Völkerrecht bieten, sei es, weil es ausdrücklich in die Rechtswahlklausel mit aufgenommen wurde, sei es, weil es in das Recht des Konzessionsgebers inkorporiert wurde⁷¹ oder weil es der Schiedsrichter mit einem von ihm zu beachtenden *ordre public international* als selbstverständlich unvereinbar ansieht, völkerrechtswidrige Akte zu beachten⁷².

Es bleiben trotzdem noch drei Fragen offen:

- (1) Zu prüfen ist zunächst, ob dieser einseitige Eingriff in die Rechte des Konzessionärs eine Enteignung im völkerrechtlichen Sinne darstellt, was angesichts der wenig aussagekräftigen Regeln des Völkerrechts über schleichende Enteignungen nicht einfach zu entscheiden ist⁷³.

⁷⁰ Schildert bei Wetter, G./Schwebel, S. M., BYIL 40 (1964), 183–232 (210ff.).

⁷¹ Wie in den *Liamco*- [§ 7, B. I. 2. a) cc)] und *Aminoil*- [§ 7, B. I. 2. b) bb)] Schiedssprüchen.

⁷² *Lalive*, P., Rev. arb 1986, 329–373.

⁷³ *Bishop*, D. R., YCA XVIII (1998), 1131–2010 (1161ff.) mit zahlreichen Beispielen aus der Rechtsprechung des *Iran-U.S. Claims Tribunals*; *Brown*, R., 39 ModelReview (1976), 625–643 (634); *Dolzer*, R., Indirect Expropriation of Alien Property, 1 ICSID Rev.-FILJ (1986), 41; *Higgins*, R., RdC 176 (1982–III), 259–391; *Voss*, J., ICLQ 31 (1982), 686–708 (702); siehe auch § 712 (g) des *American Law*

- (2) In einer zweiten Stufe ist die völkerrechtliche Konformität der etwaigen Enteignung zu prüfen. Nach der Rechtsprechung internationaler (Schieds-) Gerichte muß eine Enteignung, um zulässig zu sein, in einem ordentlichen Rechtsverfahren erfolgen und zumindest überwiegend im öffentlichen Interesse liegen⁷⁴. Sie darf weder diskriminierend wirken noch gegen vertragliche Zusagen verstoßen. Schließlich ist eine Entschädigung zu zahlen.
- (3) Bezüglich der Höhe der Entschädigung bei einer rechtmäßigen Enteignung gilt die sogenannte *Hull-Formel* von der „*prompt, adequate and effective compensation*“⁷⁵, die eine Verpflichtung einschließt, den vollen Wert, welchen die enteigneten Vermögenswerte zum Zeitpunkt der Durchführung der Maßnahme bzw. ihres öffentlichen Bekanntwerdens hatten, zu entschädigen. Umstritten ist allerdings, ob die Entschädigung im vorliegenden Fall diesen völkerrechtlichen Mindeststand erreichen muß. Der *Hull-Formel* werden seitens der Staaten der Dritten Welt andere Berechnungsarten entgegengesetzt, die auf geringere Entschädigungshöhen hinauslaufen⁷⁶. Die Begriffe, welche diese Berechnungsarten und damit die Entschädigungssummen in ihrer Höhe charakterisieren sollen, reichen dabei von „*just*“⁷⁷, über „*equitable*“⁷⁸ oder „*appropriate*“⁷⁹ bis zu „*fair compensation*“⁸⁰. Kombiniert werden diese Versu-

Institute Restatement of the Law : The Foreign Relations Law of the United States (1987): „*The law of expropriation applies not only to avowed expropriation in which the government formally takes title to property, but also to other actions of the government that have the effect of „taking“ the property in whole or in large part, outright or in the stages („creeping expropriation“)*“, berichtet nach *Trooboff, P. D.*, *The Revised Restatement of the Foreign Relations Law of the United States. Reaffirmation of Established International Legal Principles Governing State Responsibility Toward Foreign-Owned Investment*, in *Dike, D.* (ed.), *Foreign Investment in the Present and a New International Economic Order*, Fribourg 1987, S. 201–217.

⁷⁴ Ausführlich zum völkerrechtlichen Recht zur Enteignung unten, unter § 9, A. IV.

⁷⁵ Erklärungen der Bundesrepublik Deutschland, Frankreich, des Vereinigten Königreichs in Antwort auf eine Reserve von Portugal bezüglich des Art. 1 des Ersten Protokolls der Europäischen Konvention für die Menschenrechte, BGBl. 1979, II, S. 1044 und 1981, II, S. 1021; siehe auch die Erklärung des US-Präsidenten, *The Dept. of State Bull.* Vol. 83 No 2080 (1983), 38–40.

⁷⁶ Vgl. dazu beispielsweise den Streit über die Höhe der Entschädigung bei der Formulierung der Section 54 über Nationalisierung und Entschädigung des UN-Draft Code of Conduct on Transnational Corporations, U.N. Doc. E/C.10/1082/6 vom 5. Juni 1982, ILM 22 (1983), 192–206, wo einmal von „*adequate*“, einmal von „*prompt, adequate and effective*“ und einmal von „*appropriate*“ compensation gesprochen wird; siehe auch *Sornarajah, M.*, *JIntArb* 14 (3) (1997), 103–140 (124).

⁷⁷ *American Law Institute Restatement of the Foreign Relations Law of the US* (Revised) § 712 (Tent. Draft. No 3, 1982); Art. 3 (iii) der *OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property*, ILM 7 (1968), 124; Art. 10 *Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens*, entworfen u.a.

che, über die Formel die Höhe der Entschädigung zu senken, mit der Forderung, die Entschädigungssumme nicht mehr von einem internationalen Schiedsgericht bestimmen zu lassen, sondern die nationalen Gerichte ausschließlich dafür für zuständig zu erklären⁸¹. Beim augenblicklichen Stand des Völkerrechts muß insofern davon ausgegangen werden, daß diese Entschädigung nicht der *Hull*-Formel entspricht, sondern nur einen Teil des Schadens ausgleicht⁸².

Angesichts der oben geschilderten Schwierigkeiten und Ungewißheiten wird privaten Investoren davon abgeraten, das Recht des Gastlandes als *proper law* des Konzessionsvertrags zu wählen. Ob ihre Situation günstiger ist, wenn die allgemeinen Rechtsgrundsätze angewandt werden, ist nunmehr zu untersuchen.

2. Bei Anwendung der allgemeinen Rechtsgrundsätze als *proper law* des Vertrages

a) Grundsätzliche Anerkennung des Rechtes des Konzessionsgebers zur Anpassung von Konzessionsverträgen

Die Rechtslage könnte für den Konzessionär weniger prekär sein, wenn die allgemeinen Rechtsgrundsätze als *proper law* des Vertrages herangezogen wären. Hier ist allerdings nach dem oben Ausgeführten⁸³ zu unterscheiden zwischen der Gültigkeit eines öffentlich-rechtlichen Aktes, die sich

von *Sohn und Baxter*, zitiert nach *Trooboff, D.*, in *Dike, D.* (ed.), *Foreign Investment ...*, S. 201–217.

⁷⁸ So Schiedsrichter *Mahmassani* in *Liamco-Fall*, Rev. arb 1980, 132–191 (190); Chapter 26, Art. 15 § 3 Satz b Common Market for Eastern and Southern Africa, Treaty Establishing, Kampala, Uganda 5. November 1993, ILM 33 (1994), 1067.

⁷⁹ § 4 UN-Res. 1803 (XVII) (§ 7, Fn. 173); Art. 2 (c) UN-Res. 3281 (XXIX) (§ 7, Fn. 184); Principle 5.5. Seoul Declaration on the Progressive Development of Principles of Public International Law Relating to a New International Economic Order, 62th Conference *International Law Association*, NILR 33 (1986), 326–333; Section IV § 1 World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment vom 21. September 1992, ILM 31 (1992), 1363.

⁸⁰ Benvenuti et Bonfant-Fall, ILM 21 (1982), 760–761.

⁸¹ *Higgins* bemerkt [RdC 176 (1982–III), 259–393 (288)], daß international überhaupt die Tendenz besteht, völkerrechtliche Maßstäbe bei der Höhe der Entschädigung zu vernachlässigen; so wurde in Art. 2 Abs. 2 der UN-Res. 3281 (XXIX) („*Charta der wirtschaftlichen Pflichten und Rechte der Staaten*“) der Verweis auf internationales Recht bei der Frage der Rechtmäßigkeit der Entschädigung ausdrücklich abgelehnt, vgl. dazu auch oben, unter § 7, B. VII. 1.

⁸² *Dolzer, R.*, Stichwort Expropriation and Nationalization, in *Encyclopedia of Public International Law*, Band 8.

⁸³ Oben, unter § 8, C. III.

nach dem staatlichen Recht beurteilt und seinen Auswirkungen auf den Vertrag, die nach dem *proper law* anzuerkennen sind.

Als erstes muß man prüfen, ob es einen Widerspruch zwischen den vertraglich eingegangenen Verpflichtungen des Konzessionsgebers und der öffentlich-rechtlichen Maßnahme gibt. Die Hoheitsgewalt steht bekanntlich dem souveränen Staat jederzeit zu und sein öffentliches Recht bleibt neben der Konzession anwendbar⁸⁴. Dementsprechend erkannte das Schiedsgericht im *Aminoil* Fall an, daß Kuwait *Aminoil* berechtigterweise die Einhaltung des arabischen Erdölebargos von 1977 auferlegt hatte, obwohl der Vertrag hierzu nichts vorsah⁸⁵. Allerdings könnten ausdrückliche und eindeutige vertragliche Bindungen die staatlichen Befugnisse zu öffentlich-rechtlicher Regelung begrenzen. Dies wurde sowohl in den verschiedenen Schiedssprüchen zwischen Griechenland und *Hellenic Electric Railways*⁸⁶ als auch im *Texaco*-Schiedsspruch angenommen⁸⁷. Im letzteren Fall wurde entschieden, daß das unverzichtbare Recht zur Nationalisierung seine Grenzen an internationalen Verpflichtungen findet, welche der souveräne Staat freiwillig mit einem ausländischen Investor eingegangen ist. Der Abschluß eines solchen „internationalisierten“ Vertrages, der Beschränkungen der Ausübung des Rechtes zur Nationalisierung vorsieht, könne als Ausdruck der staatlichen Souveränität angesehen werden, die dadurch nicht in unzulässiger Weise eingeschränkt werde⁸⁸.

Fehlt es an solchen vertragsimmanenten Bindungen, dann hat es der souveräne Staat immer in der Hand, aus öffentlichen Gründen in den Konzessionsvertrag einzugreifen⁸⁹. Nur das Gebot, gegenüber dem Vertragspartner gemäß Treu und Glauben zu handeln, beschränkt die staatlichen Eingriffsmöglichkeiten⁹⁰. Selbst in diesem Fall hat aber der Schiedsrichter keine

⁸⁴ *Delaume, G.*, RBDI 4 (1968), 336–363 (360); *El-Kosheri, A.*, RdC 147 (1975–IV), 219–393 (326ff.); *Kahn, P.*, Clunet 92 (1965), 338–390 (387); *Leboulanger, P.*, Les contrats entre Etats ..., S. 205; *Tschanz, P.-Y.*, IntL 18 (1984), 245–281 (248); *Weil, P.*, RdC 128 (1969–III), 95–240 (228).

⁸⁵ ILM 21 (1982), 976–1053 (1008).

⁸⁶ Geschildert bei *Wetter, G./Schwebel, S. M.*, BYIL 40 (1964), 183–232 (194ff.).

⁸⁷ *Gruss, H.-J.*, ZaöRV 39 (1979), 782–806 (797); vgl. auch Art. 44 des Master Agreements über die Errichtung der Selebi Phikwe Kupfer- und Nikelmine in Botswana, berichtet nach *Markert, T.*, S. 187, Fn. 99, wo die staatlichen Verpflichtungen auf interessante Weise erweitert werden.

⁸⁸ Näher dazu unten, unter § 9, A. IV. 3. und 4.; vgl. auch Art. 40 Abs. 3 des „Gesetzes über ausländische Investitionen in der RSFSR“ vom 4. Juli 1991: „Eine einseitige Änderung der Bedingungen eines Konzessionsvertrages ist unzulässig, sofern im Vertrag nicht anderes vereinbart wurde“.

⁸⁹ *Bartels, M.*, S. 110: „A reference to international law does not necessarily abolish the host country government's power, according to domestic law, to cancel the effect of the contractual clause by promulgating a general legal rule“.

Kompetenz, sich direkt über die Gültigkeit des Hoheitsaktes zu entscheiden oder ihn aufzuheben⁹¹. Er kann nur feststellen, daß der Erlaß der Maßnahme einen Vertragsbruch bildet, welcher die internationale Staatenverantwortlichkeit hervorruft. Einen Anspruch auf bestimmte Rahmenbedingungen hat der Konzessionär allerdings auch dann nicht, wenn er bei Vertragsabschluß vom Weiterbestehen eines bestimmten öffentlich-rechtlichen Regimes als selbstverständlich ausgegangen ist.

*b) Das französische Rechtsinstitut des contrat administratif
als Argument für eine einseitige Abänderbarkeit
von Konzessionsverträgen*

Um die Befugnis des Konzessionsgebers zur einseitigen Abänderbarkeit von Konzessionsverträgen zu begründen, wird traditionell das französische Rechtsinstitut des *contrat administratif* herangezogen. Diese Ansicht wurde meist von Friedmann vertreten⁹² und sie hat einen großen Anklang insbesondere im arabischen Raum gefunden, der von der französischen Rechts-tradition geprägt ist⁹³. Sie wird sowohl in der Form vertreten, bei Konzessionen handele es sich um einen verwaltungsrechtlichen Vertrag i.S. des französischen Rechts⁹⁴ als auch in der Form, das Rechtsinstitut des *contrat administratif* sei ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, der auf einen Konzessionsvertrag Anwendung finde⁹⁵.

⁹⁰ So wurde im Nuclear Tests Fall [Nuclear Tests Case (Australien v. Frankreich) 1974, ICJ, 20. Dezember 1974, 252, 268] betont, daß „one of the basic principles governing the creation and performance of legal obligations, whatever their source, is the principle of good faith“ [Hervorhebung von der Verfasserin]; vgl. auch Markert, T, S. 187; Mayer, P., Clunet 113 (1986-I), 5–78 (51); Paasivirta, E., BYIL 60 (1989), 315–350 (316 ff.); ders., Participation of States ..., S. 153 ff., 197 ff.; Tschanz, P.-Y., IntL 18 (1984), 245–281 (258); a. A. Schwebel, S. M., in Essays in Honour of Roberto Ago, 401–413 (408–409); zahlreiche Nachweise zur sogenannten Theorie „der absolute sanctity of contracts“ bei Bettemts, D., RdNr. 207 ff.

⁹¹ Mayer, P., Clunet 113 (1986-I), 5–78 (52); Tschanz, P.-Y., IntL 18 (1984), 245–281 (258); ders., RCDIP 74 (1985), 47–84 (76).

⁹² Friedmann, W., The Changing Structure of International Law 1964, S. 200 ff.

⁹³ El-Kosheri, A. S./Riad, T. F., 1 ICSID Rev.-FILJ (1986), S. 257, 260.

⁹⁴ Kuwait im Aminoil-Schiedsverfahren, ILM 21 (1982), 876–1953 (1022), The Government's Reply at. 2.57; de Laubadère, A./Moderne, F./Delvolvé, P., Traité des contrats administratifs, Band. I, 2. Aufl., Paris 1983, S. 332 (*la réponse ne peut être qu'affirmative*).

⁹⁵ Baloro, J., 19 Comp. Int. Law Journal Southern Africa (1986), 410–447 (417); Batiffol, H., RCDIP 71 (1982) 105–108; Chatterjee, S. K., JIntArb 5 (1988) (4) 97–111 (99); Fatouros, A., in Festschrift für Rheinsteinst, S. 259–274; Geiger, R., ICLQ 23 (1974), 73–104 (95); Kahn, P., Rev. arb 1985, 673; Maniruzzaman, A. F. M., JIntArb 9 (4) (1992) 141–171 (146, 152); Paasivirta, E., BYIL 60 (1989), 315–350 (349); ders., Participation of States ..., S. 194; Weil, P., RdC 128 (1969–III), 95–

Hauptcharakteristikum des *contrat administratif* ist die Möglichkeit der einseitigen Vertragsänderung durch Gesetzgebungs- oder Verwaltungsmaßnahmen, soweit diese durch öffentliche Belange (*exigences de service public*) gerechtfertigt sind und die vorzeitige Kündigung mit einer Entschädigung gekoppelt ist⁹⁶. Bei allen Änderungen ist zu beachten, daß die finanziellen Vorteile des Konzessionärs nicht angetastet werden dürfen und das vertragliche Gleichgewicht stets aufrechterhalten bleiben muß⁹⁷.

Die meisten Schiedssprüche im Rohstoffbereich und der überwiegende Teil der Literatur gehen jedoch vom Vertragscharakter internationaler Konzessionen aus und lehnen die Anwendung der Regeln des *contrat administratif* ab⁹⁸. Die Auffassung, Konzessionsverträge seien *per se* ein *contrat administratif* läßt sich also nicht halten. Diese Annahme könnte nur dann in Betracht kommen, wenn der Vertrag insgesamt dem Recht des Konzessionsgebers unterstellt ist, dieses Recht das Rechtsinstitut des *contrat administratif* kennt und der betreffende Vertrag entsprechend ausgestaltet ist⁹⁹. Bei Anwendbarkeit der allgemeinen Rechtsgrundsätze als *proper law* des Vertrags kommt das Rechtsinstitut des *contrat administratif* nur als Wertungsgesichtspunkt zum Zuge, weil die öffentlich-rechtliche Befugnis zum Eingriff in die Konzessionen einer anderen Rechtsordnung unterliegt als dem *proper law*.

In der Tat ist die entscheidende Frage dabei nicht jene der unmittelbaren Anwendbarkeit der Regeln des *contrat administratif* oder seiner Funktion als Wertungsmaßstab. Vielmehr ist aus diesem Rechtsinstitut der Schluß zu ziehen, daß bei der Interessenabwägung zwischen dem Recht der staatlichen Vertragspartei zur einseitigen Vertragsänderung einerseits und dem Vertrauen des privaten Investors auf den Fortbestand eines bestimmten öffentlich-rechtlichen Regimes andererseits zugunsten der Abänderbarkeit entschieden werden muß. Ob eine Analogie der Regeln des *contrat admi-*

240 (214 ff.); *ders.*, in *Mélanges für Reuter*, S. 549–583 (570); Saudi-Arabien im *Aramco-Schiedsverfahren*, ILR 27 (1963), 117–233 (141).

⁹⁶ Aminoil-Schiedsspruch, ILM 21 (1982), 976–1053 (1022, § 9 1.1.): „*The public authority may proceed to a more radical step in regard to the contract, namely to put an end to it when essential necessities concerning the functioning of the State (operative of public services) are involved ...*“.

⁹⁷ Aminoil-Schiedsspruch, *ibid.*: „*The public authority can require a variation in the extent of the other party's liabilities (services, payments) under the contract. This must not however go so far as to distort (unbalance) the contract ...*“; vgl. auch den *ICSID-Schiedsspruch im Fall Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. Arab Republic of Egypt* vom 20. Mai 1992, ILM 32 (1993), 933, welcher die Mutabilität von Konzessionsverträgen unter Hinweis auf den Aminoil-Schiedsspruch begründet.

⁹⁸ Vgl. dazu oben, unter § 1, B. II., Fn. 29 und 30.

⁹⁹ *Cattan, H.*, *The Law of Oil Concessions ...*, S. 75.

nistratif in anderen Rechtsordnungen zu finden ist, bleibt hiernach zu untersuchen.

*c) Die Regelungen im deutschen, englischen
und amerikanischen Recht*

§ 60 Abs. 1 S. 1 VwVfG bestimmt, daß bei öffentlich-rechtlichen Verträgen im Falle einer wesentlichen Änderung der Verhältnisse, die für die Festsetzung des Vertragsinhalts maßgebend gewesen sind, eine Vertragspartei, der das Festhalten an der ursprünglichen vertraglichen Regelung nicht zuzumuten ist, die Anpassung des Vertragsinhalts an die geänderten Verhältnisse verlangen oder ersatzweise den Vertrag kündigen kann. Nach § 60 Abs. 1 S. 2 VwVfG kann die Behörde den Vertrag auch kündigen, um schwere Nachteile für das Gemeinwohl zu verhüten oder zu beseitigen. Eine Entschädigung für die vorzeitige Vertragskündigung ist im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen. Sie ist jedoch analog der Regelung für den Widerruf begünstigender Verwaltungsakte in § 49 Abs. 5 S. 1 VwVfG zu gewähren oder es bestehen zumindest enteignungsrechtliche Ansprüche¹⁰⁰.

Das englische Recht kennt keine Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag und unterscheidet nicht zwischen fiskalischen und verwaltungsrechtlichen Verträgen¹⁰¹. Die Abänderbarkeit von Verträgen wird dadurch erreicht, daß fast alle von der Regierung abgeschlossenen Verträge eine sogenannte „break clause“ enthalten, welche diese zur Kündigung gegen Entschädigung berechtigt¹⁰². Aus dem Eingehen einer vertraglichen Verpflichtung durch die Krone darf außerdem nicht geschlossen werden, daß sie damit zugleich die stillschweigende Verpflichtung übernommen habe, den Vertragspartner nicht durch die Ausübung ihrer hoheitlichen Befugnisse am Genuß seiner vertraglichen Rechte zu hindern¹⁰³.

¹⁰⁰ Kopp, F. O., *Verwaltungsverfahrensgesetz* 6. Aufl., München 1996, § 60 RdNr. 19 m. w. Nach.

¹⁰¹ Siehe aber Friedmann, W., *The Uses of General Principles in the Development of International Law*, AJIL 57 (1963), 279–299 (281): „Within the common law a new category of government contracts has developed, which although in theory only a particular form of private contract, has produced specifically public law principles, closely akin to those of the french *contrat administratif*“ [Hervorhebung von der Verfasserin].

¹⁰² Mitchell, J. D. B., *The Contracts of Public Authorities*, London 1954, S. 221; Turpin, C., *Government Contracts*, Harmondsworth 1972, S. 241 ff.; Nachweise auch bei An, T., JWTL 21 (4) (1987), 95–146 (106); Baloro, J., 19 Comp. Int. Law Journal Southern Africa (1986), 410–447 (411); Bowett, D.-W., BYIL 59 (1988), 49–74 (58); Maniruzzaman, A. F. M., JIntArb 9 (1992) (4), 141–171 (147); Markert, T., S. 191 ff.; Stoll, J., S. 89; Wengler, W., RBDI 14 (1978/1979), 415–424 (418).

¹⁰³ *Commissioner of Crown Lands v. Page* [1960] 2 All E.R. 726 (AC).

Weiterhin sind Verträge, welche die künftige Handlungsfreiheit der Regierung beschränken, rechtlich angreifbar. Dieses Prinzip wurde in der Entscheidung *Amphitrite v. The King* proklamiert¹⁰⁴:

„It is not competent for the government to fetter its future executive action, which necessarily be determined by the needs of the community when the question arises. It cannot by contract hamper its freedom of action in matters which concern the welfare of the State“.

Daraus ist allerdings nicht zu folgern, daß die Regierung an den Vertrag nicht gebunden sei. Vielmehr ist das Diktum so auszulegen, daß der Staat in einen Vertrag nur aus Gründen des Gemeinwohls eingreifen darf und nur soweit öffentliche Belange dies gebieten.

Geklärt wurde die Situation in der Entscheidung des *Court of Appeal* in der Sache *Czarnikow Ltd. v. Rolimpex*¹⁰⁵:

„A government cannot fetter its duty to act for the public good ... it can bind itself to perform a contract with an implication that it will not do anything to hinder or prevent the performance of its obligations thereunder ...“¹⁰⁶.

Infolgedessen sind nur solche Beschränkungen der Handlungsfähigkeit der Regierung unzulässig, die mit den Aufgaben der öffentlichen Stelle unvereinbar sind, weil sie die Erfüllung von deren Aufgaben wahrscheinlich unmöglich machen¹⁰⁷. Eine weitere Einschränkung der Vertragsbindung der öffentlichen Hand ergibt sich daraus, daß nach *Section 21 des Crown Proceedings Act* von der Krone keine *restitutio in integrum* verlangt werden kann. Und gerade bei den Lizenzverträgen für die Erdölgewinnung in der Nordsee scheute sich die britische Regierung nicht, die Modellklausel einseitig zu ändern¹⁰⁸.

¹⁰⁴ [1921] All E.R. 542 Rederiaktiebolaget Amphitrite v.R., K.B.

¹⁰⁵ [1977] 3 W.L.R 686 bestätigt durch *House of Lords* [1978] 3 W.L.R 274.

¹⁰⁶ [1978] All E.R. 81, 83; vgl. auch *Mann, F.-A.*, AJIL 54 (1960), 587–588 bezüglich des Anglo-Iranian Oil Company Falles.

¹⁰⁷ *Mitchell, J. D. B.*, S. 7, 55; *Turpin, C.*, S. 22; *ders.*, „Public Contracts“, in International Association of Legal Science, International Encyclopedia of Comparative Law (n.d) 27 : „Even in its contractual relations an administrative authority retains its governmental character and its responsibility to safeguard the public interest. Considerations of public policy, which have to be accommodated by special rules, are as much applicable to the contractual as to other activities of governmental bodies“; siehe auch *Robertson v. Minister of Pensions* [1948] 2 All E.R. 767 K.B.

¹⁰⁸ *Bowett, D.-W.*, BYIL 59 (1988), 49–74 (59); *Higgins, R.*, RdC 176 (1982–III), 259–393 (308 ff., 349 ff.); *Maniruzzaman, A. F. M.*, JIntArb 9 (4) (1992), 141–171 (150); die Folgen dieser Gesetzgebung wurde von zwei prominenten englischen Autoren so geschildert: „*The Petroleum and Submarine Pipelines Act of 1975 made substantial changes in the terms of all existing production licences, introducing, without compensation, new obligations, particularly in regard to development programme and depletion and much stricter limitations on assignments*“ [Hervorhebung von der Verfasserin], in *Daintith, T./Willoughby, G. A.*, A Manual of United

Im amerikanischen Recht werden Rechte des privaten Vertragspartners durch die Bundesverfassung als Eigentum geschützt¹⁰⁹. Ansonsten gelten dieselben Grundsätze wie im englischen Recht¹¹⁰. Verträge mit der Regierung enthalten eine sogenannte „*termination for convenience of the government*“ Klausel¹¹¹, die eine einseitige Änderung der Vertragsbestimmungen durch die Regierung zuläßt, solange diese billig (*equitable*) ist und die vertraglichen Hauptpflichten nicht aufhebt¹¹². Aufgrund dieser Klausel ist die Regierung sogar berechtigt, gegen Ersatz der Aufwendungen und teilweise Entschädigung den Vertrag einseitig zu kündigen¹¹³. Die grundsätzliche Bindung des Staates an seine vertraglichen Verpflichtungen wird dadurch eingeschränkt, daß der Staat als Vertragspartner nicht für Handlungen verantwortlich gemacht werden kann, welche der Staat als Hoheitsträger begangen hat¹¹⁴. Aufgrund der „*Hoheitsgewalt*“ (*police power*) kann der Staat auch ohne Entschädigung durch allgemeine Regelungen in vertragliche Verpflichtungen eingreifen¹¹⁵ und sie gegen Entschädigung ganz aufheben, wenn sie zum „*eminent Bereich*“ (*eminent domain*) gehören¹¹⁶.

Kingdom Oil and Gas Law, 1977, S. 30; weitere Nachweise bei *Maniruzzaman, A. F. M.*, JIntArb 9 (4) (1992), 141–171 (151); a. A. *Mitchell, J. D. B.*, S. 229, welcher in jedem Fall eine Entschädigung für erforderlich betrachtet, die allerdings nur den wirklich entstandenen Schaden und nicht den entgangenen Gewinn einschließt.

¹⁰⁹ Die sogenannte „*contract clause*“ des Art. 1 S. 10 Cl. 1 der amerikanischen Verfassung verbietet auf der Bundesstaatsebene „*any State to pass any law impairing the obligations of contracts*“. Auf der Staatsebene wird ein solcher Schutz der vertraglichen Rechte in 5th Amendment gesetzlich verankert; vgl. dazu *Baloro, J.*, 19 Comp. Int. Law Journal Southern Africa (1986), 410–447 (414); *Bowett, D.-W.*, BYIL 59 (1988), 49–74 (55); *Geiger, R.*, ICLQ 23 (1974), 73–104 (89); *Maniruzzaman, A. F. M.*, JIntArb 9 (4) (1992), 141–171 (151); *Markert, T.*, S. 192; *Paasivirta, E.*, BYIL 60 (1989), 315–350 (350); *Redfern, A.*, BYIL 55 (1984), 65–110 (100); *Wengler, W.*, RBDI 14 (1978/1979), 415–424 (420).

¹¹⁰ Ausführliche Schilderungen bei *Hyde, J.-N.*, RdC 105 (1962–I), 265–374 (294 ff.) und *Mitchell, J. D. B.*, S. 81 ff.

¹¹¹ Zur geschichtlichen Entwicklung dieser Klausel siehe *Maniruzzaman, A. F. M.*, JIntArb 9 (4) (1992), 141–171 (151).

¹¹² Vgl. die sogenannte „*changes clause*“ in Bauverträgen, in *Maniruzzaman, A. F. M.*, JIntArb 9 (4) (1992), 141–171 (152), die Negotiations Act von 1962 und die Renegotiation Act von 1951 für Waffenkäufe, zitiert bei *Maniruzzaman, ibid.*

¹¹³ In der Entscheidung *Colonial Metals v. U.S.* [494 F.2d 1355 (1974)] wurde der Regierung erlaubt, von dieser Befugnis zur einseitigen Vertragskündigung nach eigenem Ermessen in einem Fall Gebrauch zu machen, in dem der Vertrag von Anfang an ungünstig gewesen war und dies nicht erst durch spätere Ereignisse wurde.

¹¹⁴ *Horowitz v. US*, 267 U.S. 458 (1925); Ausnahmen bei vom Staat begebenen Anleihen: *Murray v. Charleston* (1878), 96 US 432; *Perry v. United States* (1935), 294 US 330 und Versicherungspolicen: *Lynch v. United States/Wilner v. USA* (1934), U.S. 571.

¹¹⁵ *Chicago & Alton R. R. v. Tranberger* 238 U.S. 67 (1915).

Diese Befugnisse sind unantastbar, soweit sie für die Aufrechterhaltung des Gemeinwohls wesentlich sind¹¹⁷.

d) Zusammenfassung der Rechtslage

Die verschiedenen Rechtsordnungen bieten also – trotz unterschiedlicher Ausgestaltung im Einzelnen – im Ergebnis ein recht einheitliches Bild. In der Regel wird überall eine grundsätzliche Befugnis der staatlichen Vertragspartei anerkannt, beim Bestehen eines öffentlichen Interesses in den Vertrag eingreifen zu dürfen¹¹⁸. Dies wird in der französischen Rechtsordnung durch eine auf der vertraglichen Ebene geltende Regelung unmittelbar erreicht, während im *common law* der Staat beim Fehlen einer einzelvertraglichen Regelung Zuflucht zu einer außervertraglichen Hoheitsgewalt nehmen kann. Die französische Lösung ist auf den allgemeinen Rechtsgrundsätzen unterliegende Verträge nicht direkt anwendbar. Aus ihr kann aber gefolgert werden, daß selbst bei Anwendbarkeit der allgemeinen

¹¹⁶ Wunderlich Contracting Co. v. United States, 351 F.2d 956 (Ct. Cl. 1965), vgl. auch D. and. L. Const. Co. and Assoc. v. United States, 402 F. 2d 990, 998 (Ct. Cl 1968).

¹¹⁷ Pennsylvania Hospital v. Philadelphia, 245 U.S. 20 (1917) „*eminent domain*“; zur „*police power*“ Mitchell, J. D. B., S. 90ff. m.w.Nach.; zur Abrenzung zwischen „*eminent domain*“ bzw. „*police power*“ und schleichender Enteignung in Art. 1110 des NAFTA-Abkommens siehe Soloway, J. A., NAFTA'S Chapter 11. The Challenge of Private Party Participation, JIntArb 16 (2) (1999), 1–14 (7 ff.).

¹¹⁸ Bowett, D.-W., Claims Between States and Private Entities: The Twilight Zone of International Law, 35 Catholic University Law Review (Summer 1986, No.4), S. 935: „*If there is a general principle to be applied, it is not the absolute sanctity of all contracts, for no such principle exists, but rather the principle of the State party's exceptional prerogative powers in relation to the contract*“ [Hervorhebung von der Verfasserin]; Geiger, R., ICLQ 23 (1974), 73–104 (101); Jacquet, J.-M., Clunet 116 (1989–II), 621–690 (655); Maniruzzaman, A. F. M., JIntArb 9 (4) (1992), 141–171 (156); Markert, T., S. 193; Mayer, P., Clunet 113 (1986–I), 5–78 (40, 48); Pazarci, H., RGDI 79 (1975), 354–421 (396); Weil, P., RdC 129 (1969–III), 95–240 (211, 217); so auch im ICSID-Schiedsspruch im Falle Amco v. Indonesia vom 21. November 1984, ILM 24 (1985), 1022, 1029 : „*However it [scil. the relationship established between Amco Asia and Indonesia] is not identical to a private contract, due to the fact that the State is entitled to withdraw the approval it granted for reasons which could not be invoked by a private contracting entity and/or to decide and implement the withdrawal by utilizing procedures which are different from those which can have and have to be utilized by a private entity*“ [Hervorhebung von der Verfasserin] und im Amoco International Finance Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran et al.-Fall, Iran U.S. Claims Tribunal, Entscheidung vom 14. Juli 1987, Iran-U.S. C.T.R. 15 (1987), S. 242–243: „*In no system of law are private interests permitted to prevail over duly established public interest, making impossible actions required for the public good*“.

Rechtsgrundsätze als *proper law* des Vertrages staatliche Eingriffe in öffentlich-rechtlich geprägte Verträge anzuerkennen sind.

Die Möglichkeit des einseitigen Eingriffs ist allerdings durchweg mit der Pflicht zur Entschädigung verbunden¹¹⁹, welche die Aufrechterhaltung des finanziellen Gleichgewichts sichert¹²⁰. Dies dürfte auch der Grund sein, weshalb die amerikanische Rechtsprechung bei monetären Verpflichtungen eine staatliche Eingriffsbefugnis nicht anerkennt¹²¹. Damit wird zum einen dem Vertrauensschutz des nichtstaatlichen Vertragspartners Rechnung getragen, zum anderen aber auch dem Umstand, daß für eine wirksame Regierung und Verwaltung eine gewisse Flexibilität erforderlich ist, um einen Schutz von Gemeinschaftsinteressen zu gewährleisten.

IV. Rechtfertigung der Abänderbarkeit von Konzessionsverträgen durch das völkerrechtliche Recht zur Enteignung

Bisher wurde beschrieben, welche dominierende Rolle der aus dem Völkerrecht stammende Grundsatz *pacta sunt servanda* im internationalen Wirtschaftsrecht einnimmt¹²². Ferner wurden sowohl die vertragsimmanenten privatrechtlichen Ansätze der *clausula rebus sic stantibus* und der Neuverhandlungspflicht¹²³ als auch die öffentlich-rechtlichen Argumente geschildert, die als Rechtfertigungsgründe für die Abänderbarkeit von Verträgen vorgebracht wurden¹²⁴. Zu diesen Einschränkungen tritt bei einem Konzessionsvertrag ein weiterer Rechtfertigungsgrund hinzu. Anders als bei Verträgen zwischen Privaten besteht auf der einer Seite der Konzession ein Subjekt, das als souveränes Gebilde existiert und darüber hinaus nicht allein Individualinteressen verfolgt, sondern auch das Allgemeininteresse

¹¹⁹ de Aréchaga, E. J., RdC 159 (1978-I), 1–344 (306): „... the agreement and the expectations therunder represent property interests, which are subject to the eminent domain of the territorial State. Since a cancellation would constitute the expropriation of the contractual rights of a foreign company, the cancellation would be subject to the payment of appropriate compensation“ [Hervorhebung von der Verfasserin]; siehe auch Resolution der Human Rights Commission 1993, C.H.R. Resolution 1993/21 UN Doc. E/CN.4/1993/L.11/Add.4 (1993).

¹²⁰ Geiger, R., ICLQ 23 (1974), 73–104 (103); Mayer, P., Clunet 113 (1986-I), 5–78 (40); Weil, P., RdC 128 (1969–III), 215; Nachweise auch bei Toope, S. J., S. 183 ff.

¹²¹ Die Mehrheit in der Entscheidung United States Trust Co. v. New Jersey 431 U.S. 1, 26 (1977) spricht von einem „special status of a State's financial obligations“.

¹²² Vgl. dazu oben, unter § 7, B. V.

¹²³ Vgl. dazu oben, unter § 9, A. I. und II.

¹²⁴ Vgl. dazu oben, unter § 9, A. III.

seiner Staatsangehörigen zu berücksichtigen hat. Somit muß der Grundsatz, daß Verträge einzuhalten sind, unter einem gewissen Vorbehalt stehen. Ein solcher Vorbehalt könnte aus dem völkerrechtlichen Recht zur Enteignung abgeleitet werden.

Aufgabe des folgenden Abschnitts sollte daher sein, zunächst die Voraussetzungen einer völkerrechtlich rechtmäßigen Enteignung herauszuarbeiten (VI. 1.). Daran anschließend wird der etwaigen Einschränkungen des staatlichen Enteignungsrechts durch die Theorie der „*wohlerworbenen Rechte*“ nachgegangen (VI. 2.). Sodann sind die Schiedssprüche zu untersuchen, die sich mit der Nationalisierung ausländischen Eigentums befaßt haben (VI. 3.). Zum Schluß wird auf den Streit über die Art und Höhe der zu zahlenden Entschädigung hingewiesen (VI. 4.). Im Ergebnis wird im diesem Teil aufgezeigt, daß das Völkerrecht einen Staat berechtigt, durch Enteignung einem Ausländer Eigentum oder eigentumsähnliche Rechte zu entziehen, wenn eine derartige Maßnahme im öffentlichen Interesse durchgeführt wird, keine Ungleichbehandlung zu Inländern erkennen läßt und eine Entschädigung bezahlt wird, wobei die Kriterien für ihre Art und Höhe heillos umstritten sind.

1. Voraussetzungen einer völkerrechtlich rechtmäßigen Enteignung

Ein Staat darf einem ausländischen Investor, der auf seinem Territorium Eigentum oder eigentumsähnliche Rechte hat, diese Rechte entziehen. Völkerrechtlich steht das Enteignungsrecht des Staates unter den Voraussetzungen, daß der Eingriff vorwiegend dem Interesse der inländischen Allgemeinheit dient (*Erfordernis der Erfüllung eines öffentlichen Zwecks*)¹²⁵, der Ausländer nicht in unzulässiger Weise diskriminiert (*Verbot der Diskriminierung*)¹²⁶, und eine angemessene, prompte und effektive Entschädigung geleistet wird (*Erfordernis der Zahlung einer Entschädigung*)¹²⁷.

¹²⁵ Dearden, R. G., Arbitration of Expropriation Disputes Between an Investor and the State under the North American Free Agreement, JWTL 19 (1) (1995), 113–127 (131); Derman, A. B., Nationalization and the Prospective Arbitration Clause, JIntArb 5 (4) (1988), 131–149; Dolzer, R., Eigentum, Enteignung und Entschädigung im geltenden Völkerrecht, Berlin 1985; Domke, M., Foreign Nationalizations Some Aspects of Contemporary International Law, AJIL 55 (1961), 585–616; Häde, U., Der völkerrechtliche Schutz von Direktinvestitionen im Ausland. Vom Fremdenrecht zum Multilateralen Investitionsabkommen, Archiv des Völkerrechts 35 (1997), 181–212 (202); Higgins, R., RdC 176 (1982–III), 259–391 (288); Leben, Ch., Clunet 113 (1986–II), 895–957 (917); Markert, T., S. 194; Velten, R., S. 142.

¹²⁶ Higgins, R., RdC 176 (1982–III), 298; Velten, R., S. 143, Fn. 16 m.w.Nach.

¹²⁷ Zum Streit über die Art und Höhe dieser Entschädigung vgl. unten, unter § 9, A. 3. d) und e).

Mißachtet das enteignende Gastland diese Voraussetzungen, dann kann der Heimatstaat des privaten Investors Ansprüche gegen ihn erheben. Infolge der völkerrechtlichen *Mediatisierung von Privatpersonen* stehen die Schutzrechte gegen eine völkerrechtliche rechtswidrige Enteignung nicht dem Einzelnen, sondern seinem Heimatstaat zu¹²⁸. Dabei nimmt der Staat allerdings nicht etwa die Interessen des Privatinvestors wahr, sondern der Anspruch beruht auf der Verletzung der Pflicht des enteignenden Staates, die Bürger des Heimatstaates des Investors in einer Weise zu behandeln, die internationalem Recht entspricht. Ungeachtet dieser Schwierigkeit entspricht es heutzutage allgemeinem Konsens, daß Enteignungen beim Bestehen eines öffentlichen Zweckes, unter Verbot der diskriminierenden Behandlung von Ausländern und gegen Entschädigung zulässig sind¹²⁹. Die Theorie, die Verletzung vertraglicher Bindungen gegenüber Ausländern sei *per se* völkerrechtswidrig, läßt sich nicht halten¹³⁰. Erkennen aber sowohl das Völkerrecht als auch die nationalen Rechtsordnungen die Befugnis staatlicher Stellen an, beim Bestehen eines öffentlichen Interesses in vertragliche Beziehungen gegen Entschädigung einzugreifen, so handelt es sich insoweit um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz¹³¹.

2. Einschränkung des Rechtes des Staates zur Enteignung ausländischen Eigentums durch die Theorie der „wohlerworbenen Rechte“?

Steht damit dem Staat das Recht zu, das seinem Territorium befindliche Eigentum eines ausländischen Investors zu entziehen, bleibt dann zu fragen, ob ihm eine derartige Befugnis selbst dann eingeräumt werden kann, wenn

¹²⁸ Schanze, E., Investitionsverträge im internationalen Wirtschaftsrecht, S. 110; Seidl-Hohenveldern, I., Völkerrecht, 9. Aufl., RdNr. 927.

¹²⁹ Amerasinghe, C.-F., AJIL 58 (1964), 881–913 (903 ff.); Bettems, D., RdNr. 208 m.w.Nach; Fatouros, A., Government Guarantees ..., S. 247; Jennings, R. Y., BYIL 37 (1961), 156–182 (170); Mayer, P., Clunet 113 (1986–I), 5–78 (50); Weil, P., RdC 128 (1969–III), 95–240 (217); § 4 UN-Resolution 1803 (XVII) 1962 (§ 7, Fn. 173); Art 2 Abs. 2 (c) UN-Resolution 3281 (XXIX) 1974 (§ 7, Fn. 184); Principle 5.5. der Seoul Declaration on a Progressive Development of Principles of Public International Law Relating to a New International Economic Order, NILR 33 (1986), 326–333; Art. 13 der Energie-Charta vom 17. Dezember 1994, ILM 33 (1995), 360; Art. 54 des UN Draft Code of Conduct on Transnational Corporations, U.N. Doc. E/1983/17/Rev. 1, Annex II, 12 (Off.Rec. ECOSOC, 1983, Supp. No.7), ILM 23 (1984), 626.

¹³⁰ Vgl. dazu oben, unter § 7, B. VI.

¹³¹ Im Schiedsspruch Telephone Co/Griechenland aus dem Jahre 1935, geschildert bei Wetter, G./Schwebel, S. M., BYIL 40 (1964), 183–232 (216 ff.), erklärte das Schiedsgericht, das Kündigungsrecht des Staates gegen Entschädigung beim Vorliegen wichtiger öffentlicher Interessen sei ein allgemeiner Grundsatz des öffentlichen Rechts.

die Rechte des Privatunternehmens durch einen Vertrag mit dem Staat gewährleistet sind. Eine solche staatliche Befugnis weisen die Befürworter der absoluten Unberührbarkeit von Konzessionsverträgen unter Berufung auf die Lehre von den „*wohlerworbenen Rechten*“ (*acquired rights*) zurück¹³². Nach ihrer Ansicht könne der von der herrschenden Lehre und Praxis angenommene Grundsatz der Zulässigkeit von Enteignungen ausländischen Privateigentums im öffentlichen Interesse keineswegs automatisch auf ausländische Vermögenswerte Anwendung finden, die nicht auf Grund der Rechtsordnung eines Staates, sondern durch einen zwischen dem Gastland und einem Ausländer abgeschlossenen Vertrag erworben und garantiert wurden. Dies beweise die Praxis sowohl der völkerrechtlichen¹³³ als auch der privaten¹³⁴ Schiedsgerichtsbarkeit. Die vertragliche Garantie laufe also auf eine unterschiedliche Behandlung vom Eigentum und wohlerworbenen Rechten hinaus¹³⁵.

¹³² *Garcia Amador, F. V.*, Forth Report on State Responsibility, Doc. A/CN. 4/119, Yearbook of the ILC, 1959, Vol. 2, S. 32, § 127; *Higgins, R.*, RdC 176 (1982–III) 259–392 (337): „*There is considerable authority for the view that international contract rights are vested rights entitled to the protection of international law ...*“; *Lillich, R. B.*, in *Lillich, R. B./Brower, C. N.* (eds.), International Arbitration in the 21st Century, S. 61–114 (102); *Shawcross, L. Q. C.*, RdC 102 (1961–I), 335–363; so auch *International Bar Association*, 7th Conference Report (1958), 458: „*International law recognizes that the principle of pacta sunt servanda applies to the specific engagements of States towards other States or the nationals of other States and that in consequence a taking of private property in violation of a specific State contract is contrary to international law*“; *International Law Association* 1958: „*The contractual obligations freely assumed by a State are no less binding than its treaty obligations*“; zahlreiche Nachweise bei *Stoll, J.*, S. 97; *Verdross, A.*, ZaöRV 18 (1957/1958), 635–651 (638); *ders.*, öZöfR 9 (1958/1959), 449–462; *Velten, R.*, S. 150ff. und *Weil, P.*, RdC 128 (1969–III), 95–240 (133ff. 209ff.).

¹³³ *Hellenic Electric Ry. Ltd. v. Greece*, Urteil vom 18. März 1930, geschildert bei *Wetter, G./Schwebel, S. M.*, BYIL 40 (1964), 183–232 (201); *Shulfeldt Claim (U.S v. Guatemala)*, Urteil vom 24. Juli 1930, 2 RIAA 1083 (1930); *Czechoslovakia v. Radio Corporation of America (RCA)*, Urteil vom 1. April 1932, AJIL 30 (1936), 523; *UK-Pleadings in Anglo-Iranian Oil Company Case*, ICJ Pleadings 1952, S. 85; *Norwegian Loans-Fall*, Urteil vom 6. Juli 1957, ICJ 9, 34, 37; *Barcelona Traction Light and Power Company Ltd*, ICJ Recueil 1970, S. 332.

¹³⁴ *Aramco-Schiedsspruch*, ILR 27 (1963), 117–233 (227): „*Since Aramco's concession is a concession for the development of national wealth, the rights and obligations of the concessionary company are in the nature of acquired rights and cannot be modified by the granting State without the company's consent*“ [Hervorhebung von der Verfasserin]; so auch im *ICSID-Schiedsspruch* im Falle *Amco Asia Corporation v. Indonesia*, ILM 24 (1985), 1023, 1035: „*... agreements lawfully made take the place of the law for those who have made them. They can only be revoked by mutual consent, or on the grounds allowed by law ...*“ [Hervorhebung von der Verfasserin].

¹³⁵ Vertreten wird diese Meinung mit mehr oder weniger ausgeprägten Nuancierungen von *White, G. M.*, in *Lillich, R. B.* (ed.), International Law of State Respons-

Gerade diese Differenzierung zwischen Eigentum und wohl erworbenen Rechten ruft aber bei den Verfechtern des „*Selbstbestimmungsrechts der Völker über ihre Naturreichtümer*“ Widerspruch hervor¹³⁶. Unter Berufung auf die Unantastbarkeit dieses Rechts wird jede Vereinbarung, welche den Staat an der Ausübung seiner Souveränität hindern könnte, für unwirksam erklärt. Das Selbstbestimmungsrecht über die natürlichen Reichtümer soll damit zu einem völkerrechtlich fundierten *ius cogens* werden, das auch vertragliche Abkommen, welche die staatliche Souveränität in unzumutbarer Weise einschränken, verdrängt¹³⁷.

Diese Ansicht verdient den Vorzug. Gerade Rohstoffkonzessionen sind langfristig angelegt und von derart hoher Bedeutung für die Gastländer, daß der Konzessionär den Gemeinwohlaspekt nicht ignorieren darf. Wer solche Vorhaben im Ausland durchführt, kann die Integration in den Gaststaat nicht verweigern. Verträge sind ohne Zweifel in der Regel einzuhalten¹³⁸. Der Staat kann auch für die Dauer eines zwischen ihm und einem Privatinvestor abgeschlossenen Vertrages wirksam darauf verzichten, in bezug auf den im Vertrag geregelten Gegenstand seine hoheitliche Gewalt auszuüben¹³⁹. Einer derartigen vertraglichen Einschränkung steht seine Souverä-

sibility for Injuries to Aliens, S. 149–212 (179–192), der zwar grundsätzliche Respektierung der wohl erworbenen Rechte fordert, aber auch Zweifel hinsichtlich der Existenz einer solchen Völkergewohnheitsregel zum Ausdruck bringt, S. 186; befürwortend auch *Kuusi, J.*, S. 54–56, der für pragmatische Lösungen auf *case-by-case*-Basis plädiert, so daß die Bindung an die vertragliche Garantie möglicherweise starken Einschränkungen unterworfen sein kann; sehr strikt noch *Schwarzenberger, G.*, S. 24 ff.; so auch *Mann, F.-A.*, AJIL 54 (1960), 572–591, der aber wirklichen Schutz nur in der Anbindung der vertraglichen Garantie an das Völkerrecht sieht. Damit wird jedoch nicht berücksichtigt, daß das Völkerrecht möglicherweise auch einen Rechtfertigungsgrund für die Nichterfüllung des Versprechens bereitstellen kann.

¹³⁶ So z. B. *de Aréchaga, E. J.*, RdC 159 (1978-I), 1–344 (306): „*The rights represented by a concession or a contract are no more exempt from expropriation than a mine or a factory*“; ders., in *Hossain, K.* (ed.), Legal Aspects of the New International Economic Order, S. 220–233 (221); die Lehre der wohl erworbenen Rechte wurde besonders heftig von *Bedjaoui* als Special Rapporteur des 2th Report on Succession in Respect of Matters Other than Treaties, Yb. of the ILC 1969, Vol. 2, 69 ff. kritisiert. Zu Anfang des Berichts weist er darauf hin, daß u. a. „*government contacts*“ im Lichte des „*right of people to dispose of their natural resources*“ untersucht werden sollten, S. 71; ein amerikanischer Richter hat sich außerdem hierfür so geäußert: „*No person has a vested right in any general rule of law or police of legislation entitling him to insist that it shall remain unchanged for its benefit*“, zitiert nach *Redfern, A.*, BYIL 55 (1984), 65–110 (100).

¹³⁷ *de Aréchaga, E. J.*, in *Hossain, K.* (ed.), *ibid.* S. 221; *Bedjaoui, M.*, *ibid.* S. 92; *Catranis, A.*, RIW 28 (1982), 19–27 (24); *Gruss, H.-J.*, ZaöRV 39 (1979), 782–806 (802).

¹³⁸ Vgl. dazu oben, unter § 7, B. V.

¹³⁹ Vgl. dazu näher unten, unter § 9, B.

nität nicht entgegen. Vielmehr sollten solche Garantien als Ausübung der staatlichen Souveränität betrachtet werden. Ist der Staat aber immer in der Lage, sich durch Vertrag in seiner Hoheitsgewalt zu beschränken, so kann er auf die Wahrnehmung des öffentlichen Interesses nicht verzichten¹⁴⁰. Wenn es öffentliche Belange zwingend gebieten, muß er seine vertraglich übernommenen Verpflichtungen den Verhältnissen anpassen und die gewährten Rechtspositionen ausländischer Privatinvestoren unter den Voraussetzungen einer völkerrechtlich rechtmäßigen Enteignung entziehen können. Beweis dafür bieten die Schiedssprüche, die im folgenden geschildert werden.

3. Die schiedsgerichtliche Behandlung des staatlichen Rechts zur Enteignung

a) Der libysche Erdölstreit und weitere Schiedssprüche

Aufschluß über die Befugnis eines Staates, unter Berufung auf das völkerrechtliche Recht zur Enteignung einen Vertrag mit einem ausländischen Partner zu beenden, gibt die internationale Schiedsgerichtspraxis:

Im libyschen Erdölstreit ging es hauptsächlich darum, ob die libyschen Nationalisierungsmaßnahmen einen Vertragsbruch gegenüber dem ausländischen Investor bildeten und deswegen völkerrechtswidrig waren. Schiedsrichter *Lagergren* betonte im *BP*-Schiedsverfahren, daß der Vertrag zwischen Libyen und dem britischen Unternehmen grundsätzlich bindende Wirkung besaß¹⁴¹. Das Verhalten Libyens, sich einseitig vom Vertrag loszulösen, bewertete er daraufhin nicht nur als willkürlich und diskriminierend („*arbitrary and discriminatory*“), sondern auch als konfiskatorisch („*confiscatory*“)¹⁴². Weitere Überlegungen stellte er dazu nicht an, sondern stieg sofort in die Diskussionsfrage der Schadensersatzfrage ein.

Sehr gründlich ging dagegen Schiedsrichter *Dupuy* der Nationalisierungsfrage im *Texaco*-Schiedsverfahren nach. Ausgangspunkt seiner Überlegungen war das unbestreitbare Recht der Staaten zur Nationalisierung ausländischen Vermögens als Ausdruck ihrer Souveränität¹⁴³. Diese Souveränität könne jedoch durch internationale Vereinbarungen beschränkt werden. Derartige Souveränitätseinschränkungen seien auch gegenüber Privaten gültig. Aus diesem Grund sei die Nationalisierung des Vermögens eines durch eine Stabilisierungsklausel geschützten Ausländers schlicht unwirksam. Dies

¹⁴⁰ Vgl. dazu oben, unter § 9, A. III.

¹⁴¹ ILR 53 (1979), 297–288 (329).

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ ILM 17 (1978), 1–37 (21): „... the right of a state to nationalize is unquestionable today ...“.

könne nicht anders sein, auch wenn man der libyschen Regierung zustimme, daß das Recht auf „ständige Souveränität über Naturreichtümer“ als *ius cogens* anzusehen sei und die Nationalisierung als Ausübung dieses Rechts erscheine¹⁴⁴.

Die Ansichten *Dupuy*s zur absoluten „sanctity“ von Konzessionsverträgen sind auf heftige Kritik gestoßen¹⁴⁵. Dennoch diene seine Entscheidung als Vorbild für den Schiedsspruch im *Revere Copper*-Fall, der ebenfalls den Staat an den Vertrag als strikt gebunden ansah. Auch nach Auffassung dieses Schiedsgerichts ist die „ständige Souveränität über Naturreichtümer“ kein Grund, welcher die Nichterfüllung des Vertrages mit dem ausländischen Unternehmen rechtfertige¹⁴⁶. Bis auf diese zwei Entscheidungen und implizit den Spruch im *Agip v. Congo*-Verfahren, der sich eher auf die spezielle Frage der Vereinbarkeit der Stabilisierungsklausel mit der staatlichen Souveränität konzentrierte¹⁴⁷, haben alle anderen Schiedssprüche den Konflikt zwischen den Interessen des privaten Investors an der Vertragserfüllung und der Souveränität des Staates zugunsten der staatlichen Entscheidungsfreiheit gelöst.

So verfolgte Schiedsrichter *Mahmassani* im *Liamco*-Fall die geschichtliche Entwicklung des Eigentumsinstituts und wies seine soziale Funktion innerhalb einer menschlichen Gemeinschaft nach¹⁴⁸. Die verbindliche Kraft der Verträge bejahte er auch gegenüber dem Staat¹⁴⁹. Im Gegensatz zu Schiedsrichter *Dupuy* wägte er die Interessen des privaten Investors an der Einhaltung des Vertrages und des Staates an der Verwirklichung des Allgemeinwohles ab und kam zum Ergebnis, daß die Nationalisierungen rechtmäßig waren, den Staat aber zur Entschädigung des enteigneten Konzessionärs verpflichteten¹⁵⁰.

¹⁴⁴ ILM 17 (1978), 1-37 (26).

¹⁴⁵ *Bettems, D.*, RdNr. 208 ff.; *Bowett, D. W.*, BYIL 59 (1988), 49-74 (60); *Cahier, P.*, in *Lew, J. D. M.* (ed.), *Contemporary Problems ...*, S. 241-249 (247); *Cantrinis, A.*, RIW 28 (1982), 19-27 (25); *Fatouros, A.*, AJIL 74 (1980), 134-141 (139); *Gruss, H.-J.*, ZaöRV 39 (1979), 782-806 (799); *Kuusi, J.*, S. 152; *Markert, T.*, S. 59; *Paasivirta, E.*, *Participation of States ...*, S. 236; *Redfern, A.*, BYIL 55 (1984), 65-110 (92); *Rigaux, F.*, RCDIP 67 (1978), 435-459 (455 ff.); a. A. *Barberis, J.*, RdC 179 (1983-I), 145-304 (199); *Greenwood, Ch.*, BYIL 53 (1982), 27-81 (61); *Lillich, R. B.* in *Lillich, R. B./Brower, C. N.* (eds.), *International Arbitration in the 21st Century ...*, S. 61-114 (99); *von Mehren, R. B. .../Kourides, P. N.*, AJIL 75 (1981), 476-552 (513-533); *Velten, R.*, S. 159; *White, R.*, ICLQ 30 (1981), 1-19 (11, 18).

¹⁴⁶ ILR 56 (1980), 258-327(284).

¹⁴⁷ ILM 21 (1982), 726-739 (735).

¹⁴⁸ Rev. arb 1980, 132-191 (155-158).

¹⁴⁹ Rev. arb 1980, 132-191 (158-162).

¹⁵⁰ Rev. arb 1980, 132-191 (166, 189).

Dieser Auffassung hat sich die Mehrheit des Schiedsgerichts im *Aminoil*-Fall angeschlossen¹⁵¹. Auch in den *ICSID*-Schiedssprüchen in den *Amco*-¹⁵² und *Letco*-Fällen¹⁵³ und in der Entscheidung des *Iran-U.S. Tribunals* im Falle *Amoco v. Iran*¹⁵⁴ wurden die Enteignungen als rechtmäßig angesehen und der Widerspruch zwischen Souveränität und Vertragstreue dadurch gelöst, daß die staatliche Souveränität als Rechtfertigungsgrund für die Nichterfüllung des Vertrages beurteilt wurde.

*b) Zusammenfassung der schiedsgerichtlichen Praxis
und eigene Stellungnahme*

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß der Überblick über die Schiedsgerichtspraxis in Enteignungs- und Nationalisierungsfällen die allgemein herrschende Unsicherheit darüber dokumentiert, ob die Nichterfüllung eines Konzessionsvertrages als rechtmäßig oder rechtswidrig anzusehen ist. Es finden sich auf der einen Seite Schiedsgerichte, die es ohne weiteres ablehnen, den Staat deshalb aus der Vertragspflicht zu „entlassen“, weil er unter Berufung auf seine Souveränität und das Interesse des Allgemeinwohls die Erfüllung des Vertrages verweigert. Dieser ablehnenden Haltung sind die Schiedsrichter in den Entscheidungen *Texaco* und *Revere Copper* gefolgt¹⁵⁵. Schiedsrichter *Mahmassani* bewertete hingegen im *Liamco*-Fall die staatliche Souveränität so hoch, daß selbst eine freiwillige Beschränkung dieser Souveränität den Staat nicht rechtlich bindet. Auch das ausdrückliche Versprechen, den Vertrag zu respektieren, konnte eine derartige Bindung nicht bewirken¹⁵⁶. Dieser Auffassung wurde in den jüngeren Schiedssprüchen in den *Aminoil*-, *Amco*-, *Letco*-, und *Amoco*-Fällen beige-pflichtet¹⁵⁷.

Letztere Meinung verdient den Vorzug. Denn sie trägt dem Umstand Rechnung, daß Konzessionsverträge in Erfüllung öffentlicher Interessen abgeschlossen werden und einem strukturpolitischen Konzept der jeweiligen Regierung, das auf der souveränen Beurteilung der sozioökonomischen Lage des Landes beruht, entsprechen. In diesem Rahmen verdienen die Verträge Respekt; der Staat kann sich von laufenden Verpflichtungen unter Berufung auf seine Gesetzgebungskompetenz nicht lösen¹⁵⁸. Anders zu

¹⁵¹ ILM 21 (1982), 976–1053(1023); kritisch demgegenüber *Sir G. Fitzmaurice* in seiner Sep. Op., *ibid.*, S. 1043, 1049 ff.

¹⁵² ILM 24 (1985), 1022, 1029.

¹⁵³ ILM 26 (1987), 647–677 (666–667).

¹⁵⁴ *Iran-U.S. C.T.R.* 15 (1987), S. 242–243.

¹⁵⁵ Vgl. dazu oben, unter § 9, Fn. 143 ff. und Fn. 146.

¹⁵⁶ Vgl. dazu oben, unter § 9, Fn. 148 ff.

¹⁵⁷ Vgl. dazu oben, unter § 9, Fn. 151, 152, 153, 154.

beurteilen sind jedoch Maßnahmen, die eine wirtschaftliche Umstrukturierung des Landes beabsichtigen und neue politische und ökonomische Grundsatzenscheidungen verwirklichen sollen¹⁵⁹. Denn es kann nicht ernsthaft behauptet werden, einmal abgeschlossene privatrechtliche – wenn auch internationalisierte – Verträge könnten den politischen Kurs eines Landes langfristig einfrieren und das Recht eines Volkes auf Selbstbestimmung, das hauptsächlich in wirtschaftlichen Entscheidungen seinen Sinn findet, mißachten¹⁶⁰.

*c) Die Überprüfung des verfolgten öffentlichen Zwecks
und des diskriminierenden Charakters einer Enteignungsmaßnahme
durch den Schiedsrichter*

Das Recht des Staates, enteignende Maßnahmen zu ergreifen, wird durch das Erfordernis eingeschränkt, daß Enteignungen nur in Erfüllung eines öffentlichen Zwecks erfolgen dürfen¹⁶¹. Die Entziehung des Eigentums

¹⁵⁸ So hat auch der amerikanische Supreme Court entschieden in *United States Trust Co. v. New Jersey*, 431 U.S. 1 (1977): „A State cannot refuse to meet its legitimate financial obligations simply because it would prefer to spend the money to promote the public good rather than the private welfare of its creditors“ (S. 28, 39).

¹⁵⁹ *Alenfeld, J.*, S. 101; *Frick, H.*, S. 49; *Geiger, R.*, ICLQ 23 (1974), 73–104 (102); *Kahn, P.*, Clunet 109 (1982), 844–909 (861); *Wengler, W.*, RBDI 14 (1978/1979), 415–424 (421); vgl. auch das Dictum des Supreme Court im Falle *Georgia v. City of Chatanooga*, 264 U.S. 472, 480 (1924): „The taking of private property for public use upon just compensation is so often necessary for the proper performance of governmental functions that the power is deemed essential to the life of the State. It cannot be surrendered, and, if attempted to be contracted away, it may be resumed at will“ [Hervorhebung von der Verfasserin].

¹⁶⁰ *Rigaux* [RCDIP 67 (1978), 435–459 (456–457)] hat das Problem insofern richtig gesehen: „Il est vain d'affirmer que le choix d'un système économique et social et le pouvoir de modifier le régime existant sont des attributs de la souveraineté nationale si le cloisonnement des catégories juridiques permet de pétrifier le droit adopté par un Gouvernement antérieur“; *ders.*, in *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, S. 399.

¹⁶¹ Im Final Draft zur State Responsibility [Yb. of the ILC 1961, Vol II, 46ff. 47] hat der Berichterstatter *Garcia-Amador* in Art. 9 II ausdrücklich festgestellt, daß „The State is responsible if the measures are not taken on the grounds of public interest ...“; vgl. auch *The Norwegian Shipowner's Claims*, RIAA, Vol. I (1948), 307, 332; RIAA, Vol. II (1949), 1035, 1039; *Amoco International Corporation v. The Government of The Islamic Republic of Iran*, Iran-U.S. C. T. R. 15 (1987), S. 222: „A very important evolution of the law has taken place ... with the progressive recognition of the right of States to nationalize foreign property for a public purpose“, so auch früher in *INA Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran*, Iran-U.S. C. T. R. 8 (1985), S. 373, 378; im Schiedsspruch *RCA/Tschechoslowakei* verlangte das Schiedsgericht den Nachweis eines „vital public interest“ für die Zulässigkeit eines Vertragsbruchs, *AJIL* 30 (1936), 523, 531; vgl. auch die bekannte Entscheidung des englischen Court of Appeal im Falle *Czarnikow v.*

eines Ausländers ist also nur dann völkerrechtlich rechtmäßig, wenn dadurch eine Interessenkollision zwischen dem privaten Interesse am Bestand des Eigentums und dem öffentlichen Interesse an der ungehinderten Verfügung über das private Eigentum gelöst wird. Die Frage, ob eine Enteignung öffentliche Zwecke verfolgt, ist nicht anhand des Völkerrechts zu entscheiden. Denn es ist Sache jedes Staates, für sich zu bestimmen, was zum allgemeinen Wohl dient¹⁶². Die Überprüfung des verfolgten öffentlichen Zwecks einer Enteignungsmaßnahme unterliegt somit keinerlei Kontrollen durch internationale Schlichtungsorgane. Für das Völkerrecht sind derartige innerstaatliche Vorgänge irrelevant.

Aus diesem Grund haben es internationale¹⁶³ und nationale¹⁶⁴ Gerichte abgelehnt, hinter den Wortlaut des vom Staat angegebenen öffentlichen Wohls zu schauen und den wahren Motiven nachzugehen¹⁶⁵. Diesem Trend hat sich ausdrücklich der *Liamco*-Schiedsspruch angeschlossen¹⁶⁶. Dazu neigt implizit auch der *Aminoil*-Schiedsspruch¹⁶⁷. Der Schiedsrichter kann

Rolimpex, [1977] 3 W.L.R. 677, 686, nach der die Regierung zur Wahrung öffentlicher Belange in den Vertrag eingreifen darf, nicht aber um Vertragspflichten zu entgehen; vgl. dazu oben, unter § 9, Fn. 105 ff.

¹⁶² Alenfeld, J., S. 121; *García-Amador F. V.*, 4. Bericht Yb. ILC 1959, Vol. II, S. 41; *Lämmerzahl, M.*, S. 97; *Markert, T.*, S. 197; *Velten, R.*, S. 142.

¹⁶³ So im Shufeldt-Fall zwischen den Vereinigten Staaten und Guatemala, RIAA 1930, II, S. 1079 ff. auf S. 1095. Ähnlich das Preparatory Committee der Völkerbund-Konferenz für die Kodifizierung des Völkerrechts (1929), Bd. 3, S. 33, LoN Doc. C. 75, M. 69, 1929, V: „*There is no question of discussing the reasons which it [scil. the State] may have for putting an end to a concession or the performance of a contract; it is merely a question of obliging it to make good performance which it caused by doing so*“; a.A. Walter Fletcher Smith Claim (U.S. c. Cuba), Urteil vom 2. Mai 1929, (Schiedsrichter C. Hale), 2 RIAA 913, 917.

¹⁶⁴ So Civil Court of Rome in Sachen AIOC v. Supor im Zusammenhang mit dem iranischen Verstaatlichungsgesetz vom 1. Mai 1952, Urteil vom 13. September 1954, ILR 22 (1955), 23 ff. auf S. 37.

¹⁶⁵ *Zustimmend: Amerasinghe, C.-F.*, State Responsibility for Injuries to Aliens, Oxford 1967, S. 135; *Fatouros, A.*, Government Guarantees ..., S. 238; *Gramlich, L.*, S. 448; *S. 448; Markert, T.*, S. 197; *Paasivirta, E.*, Participation of States ..., S. 173; *Velten, R.*, S. 143; für Staatseingriffe allgemein: *Geiger, R.*, ICLQ 23 (1974), 73–104 (102); *zurückhaltend: Hailbronner, K.*, Foreign Investment in Developing Countries in Public International Law, in *Oppermann, T./Petersmann, E.-U./Hailbronner, K.* (Hrsg.), Reforming the International Economic Order, Berlin 1987, S. 99–124 (111).

¹⁶⁶ Rev. arb 1980, 132–191 (163): „... *l'opinion générale dans la doctrine internationale est que le principe d'utilité publique n'est pas nécessairement indispensable pour la légalité d'une nationalisation ... le droit international ne s'occupe pas des mobiles, chaque Etat étant libre de juger soi-même ce qu'il considère utile ou nécessaire au bien public* ...“.

¹⁶⁷ Das Schiedsgericht akzeptierte die Tatsache, daß die Verstaatlichung der Erdölindustrie der allgemeinen Politik Kuwaits entsprach, ohne zu prüfen, ob diese

in der Tat kaum beanspruchen, die Gemeinwohlerfordernisse des beteiligten Staates besser einschätzen zu können als dieser selbst. Es wäre auch mit der privatrechtlichen Natur seines Amtes unvereinbar, würde er die verfolgten öffentlichen Belange bewerten. Stellt er fest, daß der Eingriff nach dem staatlichen Recht legal erfolgt ist, ist also dieser Eingriff grundsätzlich anzuerkennen¹⁶⁸.

Im Zuge der Enteignungsmaßnahme darf weiterhin ein ausländischer Investor gegenüber Inländern oder anderen Ausländern nicht ungleich behandelt werden¹⁶⁹. An dieser Voraussetzung wird der fremdenrechtliche Bezug des völkerrechtlichen Enteignungsrechts besonders deutlich, zumal das Verbot der Diskriminierung auf einem Vergleich der Behandlung des Inländers mit der des Ausländers beruht. Der Staat soll also zumindest bei der Entziehung des Eigentums alle Betroffenen, soweit möglich, gleich behandeln und nicht etwa den Ausländer wegen seiner Staatsangehörigkeit benachteiligen. Im Rohstoffbereich wäre es allerdings problematisch, eine diskriminierende Behandlung festzustellen. In einem Land, das 90 % seiner Exporterlöse aus dem Verkauf eines bestimmten Rohstoffs erzielt, können besondere staatliche Maßnahmen speziell für diesen Bereich kaum als diskriminierend angesehen werden¹⁷⁰.

d) Restitutio in integrum oder Schadensersatz?

Die Aufgabe des Schiedsrichters besteht somit darin, die Höhe der Entschädigung für den staatlichen Eingriff festzusetzen und nicht darüber zu entscheiden, ob die Maßnahme zulässig ist¹⁷¹. Die Befugnis zur Beurteilung der Wirksamkeit des staatlichen Aktes ist ihm in vielen Konzessionsverträgen ausdrücklich entzogen¹⁷². In ägyptischen und anderen Verträgen

Politik durch öffentliche Belange gerechtfertigt war, Schiedsspruch, ILM 21 (1982), 976–1053 (1019ff.).

¹⁶⁸ Vgl. auch das Memorial of the BP Exploration Company, Part Two vom 8. August 1972, § 140: „Whether the [Libyan] actions are characterised as not being for a public purpose, or as arbitrary or as abusive, is largely a question of terminology since the authorities often use them inter-changeably“, zitiert nach Paasivirta, E., Participation of States ..., S. 173.

¹⁶⁹ Im Staff Regulations-Schiedsspruch von 1928, Griechenland/Hellenic Electric Railways, geschildert bei Wetter, G./Schwebel, S. M., BYIL 40 (1964), 183–232 (195 ff.) betonte das Schiedsgericht, daß trotz des grundsätzlichen Bestehenbleibens der staatlichen Regelungsgewalt diese nur im landesüblichen Rahmen ohne Diskriminierung ausgeübt werden dürfe. Im BP-Schiedsspruch, ILR 53 (1979), 297–357 (329), wurde ebenfalls der diskriminierende Charakter der Maßnahme festgestellt.

¹⁷⁰ Vgl. dazu Brown, R., 39 ModLRview (1976), 625–643 (635).

¹⁷¹ Vgl. dazu oben, unter § 8, C. III.

¹⁷² So waren im Art. 11 des Lubelski-Vertrages (§ 5, Fn. 31) Rechtsfragen, welche den *ordre public* Burundis berührten, den Gerichten Burundis vorbehalten.

kann der Schiedsrichter nur über Streitigkeiten zwischen Konzessionär und nationaler Erdögesellschaft entscheiden¹⁷³. Andere Verträge sehen in einem Enteignungsfall als Rechtsfolge nur eine finanzielle Entschädigung vor¹⁷⁴. Die meisten Konzessionäre begnügen sich auch von vornherein damit, Schadensersatz zu verlangen, da andere Maßnahmen, wie die *restitutio in integrum* nicht durchsetzbar wären, zumal sie gegen die staatliche Souveränität verstoßen würden¹⁷⁵.

Beschränkt sich also die Rolle des Schiedsrichters auf die Bemessung der zu zahlenden Entschädigung, so wird seine Aufgabe dadurch nicht einfacher. Denn die Forderung nach Zahlung einer Entschädigung berührt den Kern der Beziehungen zwischen dem Staat, der sich als Souverän auch über die Naturreichtümer seines Territoriums sieht, und dem ausländischen Investor, der sich finanzielle Vorteile von seinem Engagement im Ausland versprochen hat¹⁷⁶. An der Entschädigungsfrage zeigt sich darüber hinaus das Problem der Staaten der Dritten Welt, die einerseits Anreize für Investitionen der Industriestaaten schaffen wollen, andererseits aber auch freie Hand bei der Ausübung ihrer Souveränität über die natürlichen Reichtümer haben möchten.

Während somit im Grundsatz Einigkeit darüber besteht, daß das Völkerrecht von jedem Staat verlangt, für entzogene Eigentumsrechte Entschädigung zu leisten¹⁷⁷, läßt sich keinerlei Übereinstimmung hinsichtlich ihrer

¹⁷³ Vgl. dazu oben, unter § 2, Fn. 61 ff.

¹⁷⁴ In einem Vertrag zwischen Liberia und der Düsseldorfer Gewerkschaft Exploration, [zitiert nach Böckstiegel, K.-H., Der Staat ..., S. 230 ff.] ist vorgesehen, daß die Regierung, soweit die geltenden Gesetze die vertraglich zugesicherte Befreiung von Abgaben nicht zulassen, dem Konzessionär die gezahlten Abgaben bei der Vertragsabwicklung zurückerstattet.

¹⁷⁵ So ging die Klage Amerikas und Großbritanniens im Delagoa-Eisenbahnkonzessions-Fall [zitiert nach Stoll, J., S. 13] von vornherein nur auf Entschädigung. Gleiches gilt für die Äußerungen Großbritanniens im Tinoco-Konzessionen-Fall und die der USA im Shufeldt-Fall [Tinoco-Konzessionen-Fall, AJIL 18 (1924), 129; Shufeldt-Fall, AJIL 24 (1930), 800]; zustimmend: Liamco-Schiedsspruch, Rev. arb 1980, 132–191 (168): „... on a considéré en droit international que la restitution allait à l'encontre du respect dû à la souveraineté de l'Etat nationalisant“.

¹⁷⁶ Vgl. dazu Weil, P., RdC 128 (1969-III), 95–240 (218): „... on ne pourrait mieux affirmer la prééminence des intérêts supérieurs de l'Etat sur les obligations contractuelles en même temps que la nécessité de sauvegarder l'équilibre du contrat par l'allocation d'une compensation“ mit Nachweisen zur völkerrechtlichen Schiedsgerichtsbarkeit.

¹⁷⁷ Beispielshaft dafür nur Higgins, R., RdC 176 (1982–III) 259–393 (294); die Praxis belegt allerdings, daß die „legality“ einer Maßnahme der Vermögensentziehung nicht von der Zahlung einer Entschädigung abhängig ist. Im allgemeinen wird es ausreichen, wenn das Enteignungsgesetz eine Entschädigung vorsieht und Bestimmungen über ihre administrative Festsetzung enthält; vgl. dazu Alenfeld, J., S. 125; Catranis, A., RIW 28 (1982), 19–27 (24); Sornarajah, M., Compensation

Art und Höhe feststellen. Es ist zunächst umstritten, ob Einsetzung in den vorigen Stand (*restitutio in integrum*) angeordnet oder einfach Schadenersatz ausgezahlt werden kann. Wird allein die letztere Möglichkeit bejaht, so verbleibt noch zu fragen, ob die Entschädigung nur den Ersatz des Wertes des verstaatlichten Vermögens bzw. Rechts (*damnum emergens*) oder auch den Ersatz des entgangenen Gewinns (*lucrum cessans*) und des ideellen Schadens umfassen soll.

Restitutio in integrum kann nicht begehrt werden, wenn die Enteignung rechtmäßig war. Sonst würde die Enteignung rückgängig gemacht, ein Ergebnis, daß mit ihrer Rechtmäßigkeit nicht in Einklang zu bringen ist. Im Falle einer rechtswidrigen Enteignung können ebensowenig Ansprüche Privater gegenüber fremder Staaten auf Erfüllung vertraglicher Verpflichtungen (*specific performance*) oder auf Wiedereinräumung entzogener Rechte anerkannt werden. Allerdings kam Schiedsrichter Dupuy im *Texaco-Fall* unter Bezugnahme auf die Völkerrechtspraxis¹⁷⁸ zum Schluß, *restitutio in integrum* sei im libyschen Recht die normale Folge („*the normal sanction for non-performance of contractual obligations*“) einer Vertragsverletzung; daher sei Libyen verpflichtet, den Vertrag zu erfüllen¹⁷⁹. Seine Entscheidung hat aber heftige Kritik ausgelöst¹⁸⁰ und hat in der späteren Schiedsgerichtspraxis keine Beachtung gefunden¹⁸¹. Selbst wenn man davon ausgeht,

for Expropriation. The Emergence of New Standards, JWTL 13 (1979), 108–131 (122); Verhoeven, J., RBDI 14 (1978/1979), 209–230.

¹⁷⁸ Chorzow-Fall, (PCIJ Series 1928, A. No. 17); so auch im Mavrommatis-Fall, (PCIJ Series 1925, A. No. 5), im Fall Temple of Preah, (ICJ Rep. 1962, S. 6) und im Martini-Fall, [AJIL 25 (1931), 554]. Weiter stützte sich Schiedsrichter Dupuy auf die Anträge im Anglo-Iranian-Fall, (ICJ Rep. 1952, S. 93 ff.) und dem Barcelona Traction-Fall (ICJ Rep. 1970, S. 3 ff.), in denen die Antragsteller die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes beantragt hatten.

¹⁷⁹ ILM 17 (1978), 1–37 (36, § 109 des Schiedsspruchs) = ILR 53 (1974), 389–512 (497–508) = YCA IV (1979), 177, 185.

¹⁸⁰ Bowett, D.-W., BYIL 59 (1988), 49–74 (60); Cahier, P., in Lew, J. D. M. (ed.), Contemporary Problems ..., S. 241–249 (249); Catranis, A., RIW 28 (1982), 19–27 (26); Ebenroth, C. T./Bader, T. O., WM 45 (1991) (1) 661–667 (665); Fatouros, A., AJIL 74 (1980), 134–141 (138); ders., Government Guarantees ..., S. 310–314; Giardina, A., IYIL 5 (1980/1981), 147–170 (165) unter Berufung auf die „ständige Souveränität über Naturreichtümer“; Gruss, H.-J., ZaöRV 39 (1979), 782–806 (800); Paasivirta, E., Participation of States ..., S. 238; Rigaux, F., RCDIP 67 (1978), 435–459 (441, 454); Stern, Rev. arb 1980, 3–43 (35 ff., 38); Too-pe, S. J., S. 165 m. w. Nach.; Verhoeven, J., RBDI 14 (1978/1979), 209–230 (228).

¹⁸¹ So ausdrücklich abgelehnt im Falle Amco Asia Corporation v. The Republic of Indonesia, ILM 24 (1985), 1032 § 202: „*It is obvious that this Tribunal cannot substitute itself for the Indonesian Government, in order to cancel the revocation and restore the licence; such actions are not even claimed, and it is more than doubtful that this kind of restitutio in integrum could be ordered against a sovereign state*“ [Hervorhebung von der Verfasserin]; vgl. auch Letco-Fall, ILM 26 (1987), 668.

daß die Verträge eines Landes mit ausländischen Privatinvestoren durch Nationalisierungen unberührt bleiben, folgt daraus keineswegs die Nichtigkeit der Nationalisierungsmaßnahme selbst. Ist die Souveränität des Staates und seine Freiheit, die Wirtschafts- und Sozialordnung unabhängig zu gestalten unbestritten, so kann ein Schiedsgericht solche souveränen Entscheidungen nicht außer Kraft setzen und den staatlichen Vertragspartner verpflichten, dem Privatunternehmen seine alten Rechte einzuräumen. Die Feststellung der Rechtswidrigkeit und der Entschädigungspflicht des Staates hätten ausgereicht.

Gerade dies war der Standpunkt von Schiedsrichter *Lagergren* im *BP-Fall*. Das libysche Zivilrecht kenne zwar das Prinzip der *restitutio in integrum*. Internationale Gerichte und Schiedsgerichte entscheiden sich aber im praktischen Fall für Schadensersatz und nicht für eine Einsetzung in den vorigen Stand. Möge die einseitige Beendigung des Konzessionsvertrages durch die Nationalisierungsmaßnahmen der libyschen Regierung einen Vertragsbruch bilden, sie sei aber endgültig. Der ausländische Unternehmen habe also nur ein Recht auf Schadensersatz¹⁸². Für Schiedsrichter *Mahmassani* kommt *restitutio in integrum* gar nicht in Frage, da er von Anfang an die Rechtmäßigkeit der Nationalisierungsmaßnahmen bejahte¹⁸³. Er fragt deswegen nur nach dem Umfang der von Libyen geschuldeten Entschädigung¹⁸⁴.

Die Verurteilung des Staates, bestimmte Hoheitsakte in seinem Gebiet zugunsten Privater vorzunehmen oder zu unterlassen, wäre also ein unzulässiger Eingriff in seine Souveränität. Kaum ein Staat wäre überdies bereit, derartige Anordnungen zu befolgen, so daß dem Investor mit einem solchen Schiedsspruch in der Regel auch nicht gedient wäre. Die Schiedsgerichte beschränken sich daher regelmäßig im Einvernehmen mit den Parteien darauf, über die geltend gemachten Schadensersatzansprüche zu entscheiden¹⁸⁵.

e) Bemessung der zu zahlenden Entschädigung bei rechtswidrigen und rechtmäßigen Enteignungen

Hinsichtlich der Berechnung des dem enteigneten Unternehmen zu leistenden Schadensersatzes bei langfristigen Verträgen ist im einzelnen noch vieles ungeklärt. Tendenziell wird jedoch bei Vertragsbrüchen und rechts-

¹⁸² ILR 53 (1979), 297–388 (346) = YCA V (1980), 141–145.

¹⁸³ Rev. arb 1980, 132–191 (168).

¹⁸⁴ Vgl. dazu unten, unter § 9, A. IV. 3. e).

¹⁸⁵ So § 182 des *ICSID*-Schiedsspruchs im *S.P.P.-Fall* vom 20. Mai 1992, YCA XIX (1994), 51–104, berichtet nach *Lankarani-El Zein, L.*, RBDI 27 (2) (1994), 533–558 (558).

widrigen Enteignungen ein höherer Schadensersatz zugesprochen als bei rechtmäßigen Enteignungen¹⁸⁶. Denn bei rechtswidrigen Akten soll der an die Stelle der Naturalrestitution tretende Schadensersatz in Geld so bemessen werden, daß er den Geschädigten finanziell so stellt, wie wenn der schädigende Akt nicht geschehen wäre¹⁸⁷. Wurde also der Vertrag wegen Nichteinhaltung einer abgegebenen Zusicherung oder durch eine in Widerspruch zu einer ausdrücklichen Vertragsbestimmung stehenden Enteignung beendet, so umfaßt der zu ersetzende Schaden prinzipiell nicht nur den Verlust des investierenden Kapitals an sich (*damnum emergens*), sondern er muß auch den entgangenen, zu erwartenden Gewinn (*lucrum cessans*) abdecken¹⁸⁸.

Werden Verträge hingegen durch eine rechtmäßige Enteignung beendet, so richtet sich das Maß des Schadensersatzes grundsätzlich nach dem völkerrechtlichen Standard, über dessen Gehalt, nach dem oben Ausgeführten,¹⁸⁹ jedoch kaum zuverlässige Aussagen möglich sind¹⁹⁰. Denn über das,

¹⁸⁶ So das Schiedsgericht im Amoco-Fall, Iran-U.S. C. T. R. 15 (1987-II), 189, 246 § 192 : „*Undoubtedly ... a clear distinction must be made between lawful and unlawful expropriations since the rules applicable to the compensation to be paid by the expropriating State differ according to the legal characterization of the taking*“ [Hervorhebung von der Verfasserin]; so auch im Aminoil-Fall, ILM 21 (1982), 976–1053 (1034 § 138).

¹⁸⁷ So das Urteil in dem grundlegenden Fall Chorzow Factory (§ 9, Fn. 178): „... *reparation must as far as possible wipe out all consequences of the illegal act ... payment of sum corresponding to the value which a restitution in a kind would bear*“.

¹⁸⁸ So die einhellige Auffassung der Judikatur in den Fällen, in denen eine rechtswidrige Enteignung oder ein Vertragsbruch festgestellt wurde; vgl. Sapphire-Fall, ILR 35 (1967), 136–192 (186 § 11); Benvenuti et Bonfant-Fall, ILM 21 (1982), 740, 758 (§ 4. 65); Agip-Fall, ILM 21 (1982), 726, 737 (§ 89); Amco-Fall, ILM 24 (1985), 1022, 1036, wo der Grundsatz der vollen Entschädigung als allgemeiner Rechtsgrundsatz bezeichnet wurde: „... *full compensation of prejudice ... is a principle to the main systems of municipal law, and therefore, a general principle of law, which may be considered as a source of international law*“ [Hervorhebung von der Verfasserin]; Letco-Fall, ILM 26 (1986), 670; AAPL-Fall, YCA XVII (1992), 103, 105; zur Rechtsprechung des Iran-U.S. Claims Tribunals bei rechtswidrigen Enteignungen siehe Bishop, D. R., YCA XXVIII (1998), 1131–2010 (1179); Bowett, D.-W., BYIL 59 (1988), 49–74 (69 ff.); Dearden, R. G., JWTL 29 (1995) (1), 113–127 (137 ff.); Sandrock, O., Das Haager Iranisch-U.S. amerikanische Schiedsgericht: keine nachnamenswerte Institution? Archiv des Völkerrechts 29 (1991), 104–130 (121); Schäfer, M., Der Entschädigungsstandard im allgemeinen Völkerrecht, RIW 44 (1988), 199–204; Toope, S. J., S. 170.

¹⁸⁹ Vgl. dazu oben, unter § 9, III., 1, Fn. 75 ff.

¹⁹⁰ Dolzer, R., Eigentum ..., S. 282 ff. auch in den Entscheidungen des Iran-U.S. Claims Tribunals sind zwei Entschädigungsstandards zu unterscheiden. Insbesondere in älteren Entscheidungen bestätigte das Gericht die Anwendbarkeit des Grundsatzes von der Pflicht zur Entschädigung in Höhe des vollen Wertes des enteigneten Eigentums, also i.S. der klassischen *Hull*-Formel [American International

was nach der gängigen Formel „*prompt, adequate and effective*“ als angemessen anzusehen ist, bestehen vor allem zwischen Entwicklungs- und Industrieländern divergierende Auffassungen¹⁹¹. Dementsprechend beantworten auch die Schiedsgerichte diese Frage in der Regel nicht, sondern versuchen vielmehr, einen angemessenen Entschädigungsstandard auf andere, dem individuellen Fall angepaßte Weise zu ermitteln¹⁹². So hat das Schiedsgericht im *Liamco*-Fall, nachdem es die Unbestimmtheit des völkerrechtlichen Standards festgestellt hatte, eine Entscheidung getroffen, die sich maßgeblich auf das Prinzip der Billigkeit („*equity*“) stützt¹⁹³.

Besonders bemerkenswert für die Frage des Wertes vertraglicher Vereinbarungen ist jedoch das Bestreben verschiedener Schiedsgerichte, das Maß der zu leistenden Entschädigung oder des Schadensersatzes anhand des Konzessionsvertrages zu bestimmen. Dabei werden sowohl ausdrückliche vertragliche Bestimmungen über den Schadensersatz für Vertragsbruch herangezogen als auch in Ermangelung solcher besonderer Bestimmungen Bewertungen des gesamten Vertrages vorgenommen. So hat sich das Schiedsgericht im *Letco*-Fall bei der Bestimmung der Vertragsbruchsfolgen ausdrücklich auf die entsprechenden Vereinbarungen im Konzessionsvertrag gestützt¹⁹⁴ und in diesem Zusammenhang sogar, obwohl nicht beantragt,

Group, Iran-U.S. C. T. R. 4 (1983 III), 96, 105; Tippetts, Iran-U.S. C. T. R. 6 (1984 II), S. 219]. In den neueren Entscheidungen beschränkt das Schiedsgericht hingegen den Geltungsbereich des *Hull*-Standards der vollen Entschädigung auf rechtmäßige Enteignungen, die nicht im Rahmen eines größeren, ganze Industrien verstaatlichenden Umgestaltungsprozesses durchgeführt werden [Sedco-Fall, Iran-U.S. C. T. R. 10 (1984-I), 182, 187; Sola Tiles-Fall, Iran-U.S. C. T. R. 14 (1987-I), S. 234 ff. und Ebrahimi-Fall, YCA XX (1995), 404, 413].

¹⁹¹ So auch mit ausführlicher Darstellung der verschiedenen Ansätze das Schiedsgericht im Fall *Liamco*, Rev. arb 1980, 132–191 (179 ff.) das deshalb in Ermangelung eines anerkannten Grundsatzes auf das Prinzip der *equity* zur Entscheidung des konkreten Falles zurückgreift; vgl. näher dazu unten, unter Fn. 193.

¹⁹² So ausdrücklich das Schiedsgericht im *Aminoil*-Fall, ILM 21 (1982), 976–1053 (1033 § 144), in dem eine „*appropriate*“ Entschädigung gemäß § 4 der 1803 (XVII) UN-Resolution zugesprochen wurde; vgl. *Bowett, D.-W.*, BYIL 59 (1988), 49–74 (70); *Dearden, R. G.*, JWTL 29 (1) (1995) (1), 113–127 (135); *Kahn, P.*, Clunet 109 (1982), 844–909 (863); *Mann, F.-A.*, BYIL 54 (1983), 213–221 (219); *Redfern, A.*, BYIL 55 (1984), 65–110 (105); *Seidl-Hohenveldern, I.*, Völkerrecht, 9. Aufl., RdNr. 1621a; so auch die Schiedssprüche des *Iran-US Claims Tribunals* in Sachen *INA Corp. v. Islamic Republic of Iran*, Entscheidung vom 13. August 1985, AJIL 80 (1986), 181 und *Oilfield of Texas Inc. v. Iran*, Entscheidung vom 8. Oktober, Iran-U.S. C. T. R. 1986 S. 347 ff., die sich der Forderung nach einer flexibleren Hanhabung der Entschädigungspflicht angeschlossen haben.

¹⁹³ Rev. arb 1980, 132–191 (190) = ILR 62 (1982), 140–236 (204, 209) = YCA VI (1981), 89, 107.

¹⁹⁴ ILM 26 (1987), 647–677 (668): „*as a first step in the determination of compensable damages the Tribunal has consulted the concession agreement itself*“.

eine Verurteilung zu „*specific performance*“ erwogen, weil eine solche Rechtsfolge in einer Vertragsklausel genannt war.

Auch das Schiedsgericht im *Aminoil*-Fall bezieht sich bei der Festsetzung der Schadensersatzhöhe mehrmals auf den zwischen den Streitparteien bestehenden Konzessionsvertrag. Eine explizite vertragliche Vereinbarung über die Berechnungsweise von Entschädigungen bestand zwar in diesem Fall nicht. Das Schiedsgericht hat deshalb in Übereinstimmung mit den Parteien die „*legitimate expectations*“ der Parteien zur Bemessungsgrundlage gemacht. Das Schiedsgericht stellt bei der Bestimmung dieser berechtigten Erwartungen maßgeblich auf das durch die Rechte und Pflichten der Parteien gebildete vertragliche Gleichgewicht ab, wie es in dem Vertragstext zum Ausdruck kommt¹⁹⁵. Schließlich hat sich auch das Schiedsgericht im *Liamco*-Fall zur Bestimmung der billigen Entschädigung („*equitable compensation*“) verschiedentlich auf die vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Parteien bezogen¹⁹⁶.

4. Ergebnis zum Recht des Staates zur Enteignung ausländischen Eigentums

Das Recht des Staates aus Gründen der Aufrechterhaltung des Gemeinwohles, unter Beachtung eines ordentlichen Rechtsverfahrens, nicht diskriminierend und gegen Zahlung einer Entschädigung Rechte zu enteignen, wird völkerrechtlich anerkannt¹⁹⁷. Während die Meinungen aber darüber einig sind, daß Ausländer bei Enteignungen zu entschädigen sind, gehen sie über den Umfang der Entschädigung auseinander.

Die Erfüllung vertraglicher Verpflichtungen *in natura* gegen den Willen des Gaststaates kommt nicht in Betracht. Denn mit Rücksicht auf die staatliche Souveränität sind Verurteilungen zur Vertragserfüllung ausgeschlossen¹⁹⁸. Bei rechtswidrigen Nationalisierungen kann statt dessen der geschädigte Investor den Ersatz sowohl seines Schadens als auch des entgangenen Gewinns verlangen¹⁹⁹. Problematischer ist die Frage nach der Höhe des zu ersetzenden Schadens bei einer rechtmäßigen Nationalisierung. Hier gehen Lehre und (Schieds-) Gerichte bei der Bemessung der Entschädigung von dem entstandenen Schaden, also dem Marktwert, aus, nehmen jedoch eine Minderung der Entschädigung an, wenn die Umstände des Einzelfalls dies als geboten erscheinen lassen²⁰⁰.

¹⁹⁵ ILM 21 (1982), 976–1053 (1034, §§ 148, 149).

¹⁹⁶ Rev. arb 1980, 132–191 (179 ff.) = 62 ILR (1982), 140–236 (211).

¹⁹⁷ Vgl. dazu oben, unter § 9, A. IV. 1. 2. und 3.

¹⁹⁸ Vgl. dazu oben, unter § 9, A. IV. 3. b) und d).

¹⁹⁹ Vgl. dazu oben, unter § 9, A. IV. 3. e), Fn. 186 ff.

Die Überlegung, das Eingehen des Vertrags durch die staatliche Seite erwecke die berechtigte Erwartung, der Vertrag werde auch eingehalten, könnte dazu führen, vollständigen Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu gewähren einschließlich des entgangenen Gewinns für die restliche Laufzeit des Vertrages. Es ist jedoch zweifelhaft, ob der Konzessionär wirklich erwarten kann, bei langfristigen Verträgen von der Regelungsgewalt des Konzessionsgebers verschont zu bleiben. Vor allem bei älteren Konzessionsverträgen mit sehr langen Laufzeiten und sehr vorteilhaften Bedingungen für die Konzessionäre erscheint es als unwahrscheinlich, daß eine strikte Durchführung des Vertrages von den Konzessionären ernsthaft auf Dauer erwartet wurde. Auch bei neueren Verträgen muß sich der Konzessionär bewußt sein, daß die staatlichen Interessen und die Einschätzung der öffentlichen Belange wandelbar sind. Angesichts des oft entscheidenden Einflusses des vereinbarten Projekts auf das Schicksal der ganzen Nation muß er mit öffentlichen Eingriffen von vornherein rechnen.

Diese Erwägungen sprechen dafür, bei staatlichen Eingriffen nicht pauschal eine volle Entschädigung zu gewähren. Das finanzielle Gleichgewicht muß aber erhalten bleiben²⁰¹. Der staatliche Eingriff darf den Konzessionsvertrag nicht unrentabel machen und muß weiterhin angemessene Gewinne erlauben, wobei darauf abzustellen wäre, was der Konzessionär bei Vertragsabschluß erwarten konnte. Letztlich geht es darum, eine für beide Seiten zumutbare Lösung zu finden.

B. Vertragsanpassung bei Vereinbarung einer Stabilisierungsklausel

I. Typologie der Stabilisierungsklauseln

In Konzessionsverträgen und in der nationalen Gesetzgebung des Gastlandes sind vielfach Klauseln des Inhalts vereinbart, daß sich der Staat aller einseitigen Maßnahmen seiner gesetzgeberischen oder sonstigen hoheitlich handelnden Organe enthält, die zu einer Verschlechterung der vertraglichen Situation für den privaten Investor führen könnten (*Stabilisierungsklauseln*)²⁰². Solche Klauseln sollen nicht so sehr Nationalisierungen oder ähn-

²⁰⁰ Vgl. dazu oben, unter § 9, A. IV. 3. e), Fn. 192 ff.

²⁰¹ Vgl. Reuter, P., *Droit International Public*, 4th edition, 1974, S. 207, 208: „*The most correct formulation would be that of the respect for the contractual equilibrium: to recognize the right of the State to adapt its undertakings to the necessities of its public services or its general policy, but subject to the condition of respecting a certain financial equation which constitutes the heart of the contractual undertakings*“ [Hervorhebung von der Verfasserin]; so auch Geiger, R., ICLQ 23 (1974), 73–104 (103).

lich radikale staatliche Maßnahmen verhindern, sondern den privaten Investor davor schützen, daß er durch hoheitliches Handeln seines Vertragspartners in eine schlechtere Vertragslage gebracht wird. Allerdings schließt dies nicht aus, daß sich der private Investor bei Streitigkeiten, in denen es um einseitige hoheitliche Beendigung des Vertrags durch den Gaststaat auch mittels Nationalisierung geht, auf die Stabilisierungsklausel beruft, um so die Zulässigkeit der Maßnahme zu beanstanden²⁰³. Eine derartige Möglichkeit ist für ihn insbesondere dann von Interesse, wenn die Nationalisierung im Einklang mit den hergebrachten Prinzipien des Völkerrechts steht.

Im Anschluß an Weil²⁰⁴ wird vor allem im französischen Schrifttum²⁰⁵ zwischen den Stabilisierungsklauseln im engeren Sinn, die den Konzessionär vor Gesetzesänderungen („*dem aléa législatif*“) schützen und Unantastbarkeitsklauseln, die Eingriffe in den Vertrag aufgrund der Hoheitsgewalt des Staates (den „*aléa administratif*“) abwehren sollen, unterschieden. Durch die Vereinbarung der letzteren soll dem privaten Investor ein Schutz gegen die besonderen Vorrechte eingeräumt werden, welche dem Staat im Rahmen des Vertrages zustehen²⁰⁶. Insofern geht Weil bei seiner Unterscheidung vom französischen Rechtsinstitut des *contrat administratif* aus, was problematisch ist, weil das *common law* bei der Hoheitsgewalt (*police power*) nicht zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Verträgen unterscheidet. Deshalb dürfte die Unterscheidung eher daran zu orien-

²⁰² Asante, S. K. B., in Hossain, K. (ed.), *Legal Aspects of the New International Economic Order*, S. 240–261 (245); Ball, M., in Lew, J. D. M. (ed.), *Contemporary Problems ...*, S. 297–312 (309); Bouchez, L.-J., *JIntArb* 8 (1) (1991) (1) 81–115 (86); Broches, A., *Choice-of-Law Provisions in Contracts with Governments*, in Broches, A. (ed.), *Selected Articles ...*, S. 523–532 (530); Cahier, P., in Lew, J. D. M. (ed.), *ibid.*, S. 241–249 (247); Chatterje, S. K., *JIntArb* 5 (4) (1988), 97–111 (98); Dearden, R. G., *JWTL* 29 (1) (1995), 131–149 (141); Fischer, P., *Die internationale Konzession*, S. 379; Hirsch, M., S. 142; Kahn, P., *Clunet* 109 (1982), 844–909 (849); Markert, T., S. 200 ff.; Mengel, H.-J., *RIW* 29 (1983), 739–811 (742); Paasivirta, E., *BYIL* 60 (1989), 315–350 (323); *ders.*, *Participation of States ...*, S. 161; Peter, W., *Arbitration and Renegotiation ...*, S. 214 ff.; Stoll, J., S. 108; Toope, S. J., S. 52; Weil, P., *RdC* 129 (1969–III), 95–240 (229); *ders.*, in *Mélanges Rousseau* S. 303–328.

²⁰³ Siehe ausführlich dazu unten, unter § 9, B. IV.

²⁰⁴ Weil, P., *RdC* 129 (1969–III), 95–240 (229 ff.); *ders.*, in *Mélanges Rousseau*, S. 303–328 (307).

²⁰⁵ David, N., *Clunet* 113 (1986–I), 79–107 (81 ff.); Jacquet, J.-M., *Clunet* 116 (1989–II), 621–690 (644); Leboulanger, P., *Les contrats entre Etats ...*, S. 92 ff.; Mayer, P., *Clunet* 113 (1986–I), 5–78 (7); siehe auch Art. 3190–3193 des *code civil* von Äthiopien 1960, zitiert nach David, N., *ibid.* S. 81, wo ausdrücklich zwischen Stabilisierungsklauseln im engeren Sinn und Unantastbarkeitsklauseln unterschieden wird.

²⁰⁶ Weil, P., in *Mélanges Rousseau*, S. 303–328 (308).

tieren sein, ob ein Schutz gegenüber möglicherweise diskriminierenden Einzelakten oder gegenüber normativen Regelungen gewollt ist²⁰⁷.

Die Stabilisierungsklauseln im engeren Sinn können in drei Varianten erscheinen:

- (1) Als Inkorporationsklauseln, bei welchen bestimmte Gesetze des Gaststaates zum Bestandteil des Vertrages erklärt werden²⁰⁸;
- (2) Als Rechtswahlklauseln, bei welchen das Recht des Konzessionsgebers zur Zeit des Vertragsschlusses als anwendbares materielles Recht gewählt wird²⁰⁹;
- (3) Als Verzichtsklauseln auf Gesetzgebungs- und andere Maßnahmen durch welche der Bestand des Vertrages beeinträchtigt werden könnte²¹⁰. Zum Teil wird in dieser dritten Variante nicht der Erlaß von Gesetzen verboten sondern davon gesprochen, daß nachträgliche

²⁰⁷ Tschanz, P.-Y., RCDIP 74 (1985), 47–84 (52ff.); siehe auch die Unterscheidung zwischen „gewöhnlichen“ (*ordinaires*) und „nicht-Verstaatlichungsklauseln“ (*clauses de non-nationalisation*), welche das Schiedsgericht im Aminoil-Fall vorgenommen hat. Die ersten schließen sowohl die Stabilisierungsklauseln im engeren Sinn als auch die Unantastbarkeitsklauseln ein. Demgegenüber beziehen sich die letzteren ausdrücklich auf Verstaatlichungen; ausführlich zur Typologie der Stabilisierungsklauseln im Aminoil-Fall: Chatterjee, S.-K., JIntArb 5 (4) (1988) (4) 97–111 (98); Kahn, P., Clunet 109 (1982), 844–909 (852); Mann, F.-A., BYIL 54 (1983), 213–221 (214); Mengel, H.-J., RIW 29 (1983) 739–811 (744); Redfern, A., BYIL 55 (1984), 65–110 (98); Tschanz, P.-Y., IntL 18 (1984), 245–281 (274).

²⁰⁸ Art. 4 der Convention d'Etablissement zwischen Mauretanien und Planet Oil aus dem Jahr 1986: „... la législation minière stabilisée pour la durée de la présente convention fait l'objet des textes dont la liste figure en annexe à la présente convention et en fait partie intégrante“, zitiert nach Delaume, G., RBDI 4 (1968), 336–364 (358); Nachweise auch bei Peter, W., Arbitration and Renegotiation ..., S. 217.

²⁰⁹ Master Agreement vom 8. Februar 1962 (Art. 47) zwischen der Regierung Ghana und Volta Aluminium Company Ltd. (VALCO), zitiert nach Nwogugu, E.-I., S. 171; Art. 4 des COGEMA-Vertrages in Mali aus dem Jahr 1977: „La présente Convention est régie par les lois maliennes en vigueur à la date de sa signature pour la durée définie à l'Art. 28 ci-après“, zitiert nach Bartels, M., S. 19; so in Art. 2 Abs. 1 des Investitionsschutzvertrages zwischen dem Vereinigten Königreich und Bangladesch von 1980, zitiert nach Salem, M., Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers, Clunet 113 (1986–II), 579–626 (604), ähnlich im Art. 2 Abs. 1 des Investitionsschutzvertrages zwischen dem Vereinigten Königreich und Lesotho, in Salem, M., *ibid.*; Nachweise auch bei Peter, W., *ibid.*

²¹⁰ Art. 21 des Vertrages zwischen Anglo-Iranian Oil Company und Iran, zitiert nach Verdross, A., ZaöRV 18 (1957/1958), 635–651 (646); Agreement zwischen NIOC-AGIP; NIOC-Pan American und Koweit-Shell, zitiert nach Weil, P., RdC 128 (1969–III), 95–240 (230); Art. 26 des Vertrages zwischen der Regierung von Kuweit und den Gesellschaften Kuweit National Petroleum Company, K.S.C. und Hispanica de Petróleos, S.A. vom 3. Mai 1967, zitiert nach Stoll, J., S. 109; Art. 17 Abs. I des Kuwait-Aminoil Agreements von 1948, ILR 66 (1984), 586.

Rechtsänderungen keine Wirkung auf den Vertrag haben sollen²¹¹ oder daß der Vertrag Vorrang vor nachträglich erlassenen Gesetzen hat²¹².

Unantastbarkeitsklauseln enthalten oft die Bekräftigung des allgemeinen Grundsatzes, daß Vertragsänderungen nur einvernehmlich möglich sind²¹³; sie können jedoch auch sehr umfassend formuliert und mit Stabilisierungsklauseln im engeren Sinne verbunden sein²¹⁴.

²¹¹ Art. 16 Abs. 2 der BP-Konzession in Libyen: „*This Concession shall throughout the period of its validity be construed in accordance with the Petroleum Law and the Regulations in force on the date of execution of the agreement of amendment by which this paragraph 2 was incorporated into this concession agreement. Any amendment to or repeal of such Regulations shall not affect the contractual rights of the Company without its consent*“ [Hervorhebung von der Verfasserin], zitiert im BP-Schiedsspruch, ILR 53 (1979), 297–388 (322); die Verträge mit den beiden anderen Mineralölgesellschaften wichen in der Formulierung von dem vorstehend zitierten Text nur ganz unwesentlich ab; vgl. die Schiedssprüche *Dupuy* in Sachen Texaco und *Mahmassanis* in Sachen Liamco (wo auf die Klausel 16 des Konzessionsvertrages zurückgegriffen wird) sowie *Catranis*, A., RIW 28 (1982), 19–27 (19 Fn. 13); Art. 21 des Agreements zwischen der Regierung von Liberia und Liberia Iron and Steele Corporation vom 2. Juni 1975, zitiert nach *Paasivirta*, E., *Participation of States* ..., S. 163; Art. 24 Abs. 2 des Agreements zwischen Greece und Esso Hellenic Incorporated, zitiert nach *Peter*, W., *Arbitration and Renegotiation* ..., S. 216; Art. 4 des Agreements zwischen Agip und Popular Republic of Congo, ILM 21 (1982), 726.

²¹² Vor allem in der Praxis der frankophonen Staaten Afrikas hat diese Technik allgemeine Verbreitung gefunden. Beispiel für viele ist Art. 14 des madagassischen CFP-Vertrages vom 12. Mai 1967, der gleichzeitig auch den Vorrang des Vertrages gegenüber innerstaatlichen Normen zum Ausdruck bringt: „*The State guarantees to the holder and to his associates the stability of their conditions for establishment and of their mining, legal and fiscal system as well as of the legislation and regulations in effect at the time this Convention becomes effective, to the extent that this legislation and these regulations are not contrary to the provisions of the Petroleum Code and this Convention* ...“ [Hervorhebung von der Verfasserin] zitiert nach *Fischer*, P., *Die internationale Konzession*, S. 379; Nachweise auch bei *Peter*, W., *Arbitration and Renegotiation* ..., S. 216.

²¹³ Art. 16 Abs. 1 BP-Konzession in Libyen, zitiert im BP-Schiedsspruch, ILR 53 (1979), 297–388 (322): „*The contractual rights expressly created by this concession shall not be altered except by mutual consent of the parties*“; Art. 76 des Lena Goldfields Agreements, zitiert nach *Verdross*, A., *ZaöRV* 18 (1957/1958), 635–651 (646); Art. 17 der Konzession der Kuwait Oil Company mit Kuwait aus dem Jahr 1934, zitiert nach *Markert*, T., S. 201; Art. 33 des Concession Agreements zwischen the Rule of Abu Dhabi and Maruzen Oil Co. Ltd., Daikyo Oil Co. Ltd. and Nippon Oil Co. Ltd. vom 6. Dezember 1967; Art. 21 der Konzession zwischen General Petroleum and Minerals Organization and AGIP Saudi Arabia, vom 21. Dezember 1967, zitiert nach *Paasivirta*, E., *Participation of States* ..., S. 162; Art. 33 Erdöl-konzessionsvertrages zwischen Umm Al-Quaiwain (Arabische Emirate) und der Houston Oil & Mineral Corporation (Nevada, USA), vom 5. Juli 1975, zitiert nach *Stoll*, J., S. 108; Art. X des Agreements zwischen Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) und der Regierung von Liberien, ILM 26 (1987), 647.

Relativ selten schließt die gesetzliche Stabilisierungsgarantie das gesamte Recht des Gaststaates ein²¹⁵. Häufiger als umfassende Stabilisierungsgarantien sind eingeschränkte gesetzliche Garantien. Um *quantitative* Einschränkungen handelt es sich, wenn nur bestimmte Themenbereiche (Steuer-Außenwirtschafts- Gesellschaftsrecht) von der mittelbaren oder unmittelbaren gesetzlichen Stabilisierungsgarantie erfaßt werden²¹⁶. *Qualitativ* eingeschränkt ist die Stabilisierungsgarantie, wenn nicht jede Rechtsänderung, sondern nur bestimmte, in ihrer Wirkung näher qualifizierte Änderungen, ausgeschlossen werden²¹⁷.

Stabilisierungsklauseln bezwecken im Bereich des internen Gaststaatsrechts einen möglichst umfassenden Schutz der wirtschaftlichen Interessen des Investors auf Kosten gewisser legislativer und administrativer Einflußmöglichkeiten des Gaststaates. Sie sind somit weniger für den privatrechtlichen als für den öffentlich-rechtlichen Bereich gedacht. Der Konzessionär fürchtet nicht eine Änderung des Vertragsrechts, sondern des Steuer- oder Devisenrechts oder hoheitliche Einzelmaßnahmen. Die Stabilisierungsklausel

²¹⁴ Art. 41 B der Konzession zwischen Iran und dem Konsortium: „*No general or special legislative or administrative measures or any other act whatsoever of or emanating from Iran or any governmental authority in Iran (whether central or local) shall annul this Agreement, amend or modify its provisions or prevent or hinder the due and effective performance of its terms. Such annulment, amendment or modification shall not take place except by agreement of the parties to this Agreement ...*“, zitiert nach Markert, T., S. 102; Art. 27 des Agreements zwischen Griechenland Péchiney von 1960, zitiert nach Weil, P., in *Mélanges Rousseau*, S. 303–328 (309); Art. 22 des Petroleum Agreements vom 4. Februar 1973 zwischen Sultan of Oman und Sun Group, zitiert nach Paasivirta, E., *Participation of States ...*, S. 163.

²¹⁵ Diesen Weg haben namentlich die Mitgliedsstaaten der Zentralafrikanischen Zoll- und Wirtschaftsunion gewählt [UDEAC (Art. 27 (b), Art. 35 (3))]. Die Volksrepublik China hat auch eine unbeschränkte Stabilisierungsgarantie in ihrem neuen Foreign Economic Contract Law von 1985 vorgesehen (Art. 40); siehe auch Art. 6 der Konzession Congo Compagnie des Potasses du Congo, zitiert nach Weil, P., in *Mélanges Rousseau*, S. 303–328 (309); Art. 4 der Convention of Establishment between the Islamic Republic of Mauretania and Agip SpA, Getty Oil International (Mauretania) Inc. Hispánica de Petróleos, S. A (Hispanoil) und Phillips Petroleum International Corporation Mauritania Inc. vom 29. April 1977, zitiert nach Paasivirta, E., *Participation of States ...*, S. 164; Art. 10 des Agreements zwischen French Company Uginor und the Malagasy Republic, zitiert nach Geiger, R., ICLQ 23 (1974), 73–104 (77).

²¹⁶ Foreign Investment Agreement zwischen the Republic of Chile and the Foote Mineral Company of Pennsylvania vom 25. März 1977, Clause 7 (9), zitiert nach Paasivirta, E., *Participation of States ...*, S. 164, Fn. 54, 55 m.w.Nach.; Nachweise auch bei Peter, W., *Arbitration and Renegotiation ...*, S. 218 und Weil, P., in *Mélanges Rousseau*, S. 303–328 (310 Fn. 23).

²¹⁷ Nachweise bei Weil, P., in *Mélanges Rousseau*, S. 303–328 (310 Fn. 24, 25, 26).

sein sollen, unabhängig vom jeweils gültigen Vertragsrecht, den Staat an der Ausübung seiner hoheitlichen Befugnisse aufgrund der Territorialgewalt hindern²¹⁸.

II. Völkerrechtliches Verbot von Stabilisierungsklauseln?

Manche Autoren argumentieren, Stabilisierungsklauseln verstößen gegen den Grundsatz der „ständigen Hoheitsgewalt des Staates über Naturreichtümer“ und seien deshalb völkerrechtlich verboten²¹⁹. Aus den UN-Resolutionen zur „ständigen Hoheitsgewalt über Naturreichtümer“ und insbesondere aus Art. 2 Abs. 2 lit. c) der UN-Resolution 3281 (XXIX) („*Charta der wirtschaftlichen Pflichten und Rechte der Staaten*“), welche das völkerrechtliche Recht zur Enteignung proklamiert²²⁰, läßt sich aber kein Verbot von Stabilisierungsklauseln ableiten. Dies erkennen herrschende Lehre²²¹ und

²¹⁸ Mayer, P., Clunet 113 (1986–I), 5–78 (7).

²¹⁹ de Aréchaga, E. J., in Hossain, K. (ed.), Legal Aspects of the New International Economic Order, S. 220–233 (229); Bedjaoui, M., Remanences de théories sur la „souveraineté limitée“ sur les ressources naturelles, Essays in Honour of Wolfgang Abendroth, Frankfurt 1982, S. 63–77; Giardina, A., ItYIL 5 (1980/1981), 147–170 (167) (Verstoß gegen Stabilisierungsklauseln kein Völkerrechtsverstoß wegen des *ius-cogens*-Charakters der „ständigen Hoheitsgewalt über Naturreichtümer“); Makarczyk, J., S. 195; Somarajah, M., 15 JWTL (1981), 187–217 (210); ders., JIntArb 5 (2) (1988) (2), 97–114 (103); Touscoz, J., Clunet 100 (1973), 296–333 (320 ff.); siehe auch Reporter's Comment on Section 712 des *American Law Institute's* Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States: „*Inclusion of such clauses may be resisted by some states, however, on the ground that they constitute a derogation from the States sovereignty*“, zitiert nach Paasivirta, E., BYIL 60 (1989), 315–350 (330); so etwa die Argumente der Regierung von Kuwait im Aminoil-Fall, ILM 21 (1982), 976–1053 (1021).

²²⁰ Der Text des Art. 2 Abs. 2 lit. c) der *Charta* ist oben, unter § 7, Fn. 186 wiedergegeben.

²²¹ Das *Institut de Droit International* hat sich mit einer Mehrheit von 35 zu 4 Stimmen bei 6 Enthaltungen für die Möglichkeit der Vereinbarung von Stabilisierungsklauseln ausgesprochen, AnnIDI 58 II (1979), 83 ff.; David, N., Clunet 113 (1986–I), 70–107 (87); El-Koshery, A., RdC 147 (1975–IV), 219–393 (335); Higgins, R., RdC 176 (1982–III) 259–393 (321); Hirsch, M., S. 143; Markert, T., S. 202; Peter, W., Arbitration and Renegotiation ..., S. 222; vgl. auch Art. 1 Abs. 2 der beiden Menschenrechtspakte der Vereinten Nationen: „*All peoples may, for their own ends freely dispose of their natural resources without prejudice to any obligations arising out of international economic cooperation, based upon the principle of mutual benefit and international law*“ [Hervorhebung von der Verfasserin]; der Text der beiden Verträge findet sich in der Resolution der UN-Vollversammlung 2200 A (XXIX) vom 16. Dezember 1966; vgl. auch Principle 5.2 der Seoul Declaration on the Progressive Development of Principles of Public International Law Relating to a New International Economic Order, ILA Report of the 62th Conference, Seoul 1986, NILR 33 (1986), 326–333: „*Permanent sovereignty (over natural resources, economic activities and wealth) (...) is inalienable. A State may, how-*

Schiedsgerichtspraxis an²²². Es besteht keine völkerrechtliche Schranke für befristete Garantien an ausländische Investitionen, auch dann nicht, wenn sie die Handlungsfähigkeit bezüglich Rohstoffquellen und Naturreichtümer einschränken. Verträge, die derartige Garantien enthalten, sind gerade ein Instrument der nationalen Entwicklungspolitik vieler Staaten, was im übrigen auch gegen die Bildung entgegenstehenden Gewohnheitsrechts spricht. Ein Umkehrschluß ist außerdem aus Art. 2 Satz 2 al. a der Resolution 3281 zu entnehmen. Der besagt, daß „*no State shall be compelled to grant preferential treatment to foreign investment*“. Daraus ergibt sich, daß es einem Staat sehr wohl möglich sein muß, bestimmten Investoren freiwillig bevorzugte Behandlung zu gewähren, um so die fähigsten und geeignetsten Investoren für sich zu gewinnen. Die Gesetzgebung zahlreicher Entwicklungsländer läßt darüber hinaus Stabilisierungsklauseln zu²²³.

Den Verfechtern des völkerrechtlichen Verbots von Stabilisierungsklauseln ist allerdings insoweit zuzustimmen, als der völkerrechtliche Grundsatz der „*ständigen Hoheitsgewalt*“, mag er auch diffus sein, doch für eine restriktive Auslegung von Stabilisierungsklauseln spricht²²⁴. Ein unbefristete-

ever, accept obligations with regard to the exercise of such sovereignty, by treaty or by contract, freely entered into“ [Hervorhebung von der Verfasserin].

²²² Anglo-Iranian-Fall, ICJ Pleadings 1952, S. 90; Aramco-Schiedsspruch, ILR 27 (1963), 117–233 (168) = RCDIP 52 (1963), 272–363 (315); § 71 des Texaco-Schiedsspruchs, ILM 17 (1978), 1–37; Liamco-Schiedsspruch, Rev. arb 1980, 132–191 (136); § 90 (2) des Aminoil-Schiedsspruchs, ILM 21 (1982), 976–1053 (1020 ff.); ICISID-Schiedssprüche Agip v. Kongo, ILM 21 (1982), 735 ff. und Letco v. Liberia, ILM 26 (1987), 647–677 (666).

²²³ Higgins, R., RdC 176 (1982–III) 259–392 (293); *Leben, Ch.*, Clunet 113 (1986–II), 895–957 (917 ff.); vgl. auch das Report des Generalsekretariats der Vereinten Nationen vom 7. April 1983, E/C.7/1983/5. S. 7 bezüglich der Staatenpraxis im Mineralienbereich (in China, Kolumbien, Indonesien, Botswana und Tanzania): „*In many of these contracts, Governments have delegated management to the mining companies. Fiscal regimes are comparatively favourable to companies and are generally protected by stabilization guarantees*“ [Hervorhebung von der Verfasserin].

²²⁴ Asante, S. K. B., ICLQ 37 (1988), 588–628; Jaenique, G., in A. Soons (ed.) International Arbitration, S. 155–165 (160); Sornarajah, M., JIntArb 5 (2) (1988) (2) 97–114 (105); White, R., ICLQ 30 (1981), 1–19 (16). Im Aminoil-Schiedsspruch sah die Mehrheit des Schiedsgerichts in einer breit formulierten Unantastbarkeitsklausel nicht zugleich eine Garantie der nicht-Verstaatlichung, Schiedsspruch, ILM 21 (1982), 876–1053 (1022); *abweichend*: Schiedsrichter Gerald Fitzmaurice, *ibid*, 1049; vgl. auch Revised Agreement von Juli 1984 zwischen Ghana und Kaiser Aluminium & Chemical Co. USA, wo die originalen, klassischen, alle Bereiche umfassenden Stabilisierungsklauseln durch eine sich nur auf das Steuerrecht beziehende Klausel ersetzt wurden, zitiert nach Asante, S. K. B., *ibid*. S. 615; die gleiche Einschränkung für den Abgabebereich bei der Stabilisierungsklausel des Konzessionsvertrages zwischen der Regierung von Jamaika und Kaiser Aluminium & Chemical Co. USA, nach der Änderung des Bauxitagreements durch die jamaikanische Regierung, zitiert nach Asante, S. K. B., *ibid*.

tes und absolutes Verbot der Enteignung ausländischen Vermögens könnte in der Tat als unzulässige Knebelung betrachtet werden²²⁵. Bei der Abwägung und Grenzziehung müßten sowohl die Dauer der Beschränkung als auch ihr Umfang im Verhältnis zum gesamten wirtschaftlichen Volumen des betreffenden Landes berücksichtigt werden²²⁶.

III. Stabilisierung durch nationale Gesetzgebung

Dem Gaststaat bieten sich drei Wege, um eine Vertragsstabilisierung gesetzlich zu regeln. Zum einen kann er in einem Investitionsgesetz Stabilisierungsgarantien gewähren. Darin wird dann dem Investor für die Dauer des Vertrages oder für einen Teil der Laufzeit garantiert, daß bestimmte vertragliche Regelungen und die ihnen zugrundeliegende Rechtslage unverändert bleiben²²⁷.

Anstelle der unmittelbaren Stabilisierungsgarantie kann der Gaststaat in einem Investitionsgesetz aber auch bloß mittelbare gesetzliche Stabilisierungsgarantien festsetzen. Dann wird lediglich zugelassen, daß Stabilisierungsklauseln vereinbart werden. Dabei sind zwei Varianten zu unterscheiden: In der ersten schreibt das Investitionsgesetz den Abschluß von Stabilisierungsklauseln ausdrücklich vor oder geht doch zumindest davon aus, daß jeder Konzessionsvertrag eine oder mehrere Stabilisierungsklauseln enthält²²⁸. In der zweiten Variante behält es sich der Gaststaat im Investitionsgesetz vor, Stabilisierungsklauseln zu vereinbaren²²⁹. Eine solche fakultative Stabilisierung wird regelmäßig nur bei großen Projekten als Zugeständnis an das entsprechend hohe Investitionsschutzbedürfnis des Investors in Betracht kommen. Der Wert derartiger Stabilisierungsklauseln,

²²⁵ Vgl. dazu Satz 2 Art. 1 Abs. 2 der Menschenrechtspakte, wo es heißt: „*In no case may a people be deprived of its own means of subsistence*“; so auch das Report des Generalsekretariats der Vereinten Nationen vom 7. August 1981 über die „ständige Hoheitsgewalt über Naturreichtümer“: „*Long and comprehensive „freezing clauses“ seem to run counter to the principle of permanent sovereignty over natural resources, although it may be conceivable that provisions to stabilize the fiscal regime for a reasonable period, so as to assure loan repayment for example, can be found acceptable under specific condition*“ [Hervorhebung von der Verfasserin], E/C.7/119, S. 24 § 68.

²²⁶ Vgl. § 90 (2) des Aminoil-Schiedsspruches, ILM 21 (1982), 976–1053 (1021): „*It would not be possible ... to deduce the existence of a rule of international law prohibiting a State from undertaking not to proceed to a nationalisation during a limited period of time ...*“.

²²⁷ Am weitesten verbreitet sind derartige Regelungen im frankophonen Afrika. Zahlreiche Beispiele hierfür bei Merkt, H., S. 204 ff.

²²⁸ Beispiele bei Merkt, H., *ibid.* und Weil, P., in Mélanges Rousseau, S. 303–328 (306).

²²⁹ Beispiele bei Merkt, H., *ibid.*

die allein in der nationalen Gesetzgebung vorgesehen und in den Konzessionsvertrag selbst nicht aufgenommen werden, ist allerdings zweifelhaft, zumal der Konzessionär keinen Anspruch darauf hat, daß die staatliche Gesetzgebung unverändert bleibt²³⁰. Eine Gesetzesänderung ist also durchaus zulässig²³¹.

Schließlich gibt es für den Gaststaat die Möglichkeit, den gesamten Konzessionsvertrag durch ein Begleitgesetz mit Gesetzeskraft zu versehen. Der Erlaß solcher Begleitgesetze bietet sich überall dort an, wo es keine entsprechenden Investitionsgesetze gibt²³². Das Begleitgesetz inkorporiert die Stabilisierungsvereinbarung in das intertemporale Sachrecht des Gaststaats. Selbst wenn also das Begleitgesetz nach Vertragsabschluß aufgehoben werden sollte, war die Stabilisierungsklausel vom internen Recht des Gastlandes ursprünglich ausdrücklich gedeckt und sie ist durch das mit ihr verbundene gesetzliche Rückwirkungsverbot gegen eine rückwirkende gesetzliche Aufhebung geschützt.

In gesetzlichen Stabilisierungsklauseln, die in einem Begleit-Ratifikationsgesetz enthalten sind, ein einheitliches Rechtsgeschäft („*negotium unique*“) zusammen mit dem Vertrag zu sehen und sie als vertragliche Verpflichtungen zu behandeln²³³ geht allerdings zu weit. Wurde die Stabilisierungsklausel nicht in den Vertrag aufgenommen, so deutet dies auf den Willen des Gaststaates hin, einen Vertrag ohne Gewährung von Stabilisierung abzuschließen. Dieser Wille darf nicht außer Acht gelassen werden, zumal staatliche Bindungen und Souveränitätseinschränkungen stets restriktiv auszulegen sind.

²³⁰ Vgl. dazu Nwogugu, E.-I., S. 61: „*Protective clauses included in local legislation but not incorporated in a contract between an investor and the country of operation, is of little value to the investor, being purely a unilateral measure*“.

²³¹ Gramlich, L., S. 441; Markert, T., S. 204; Weil, P., in *Mélanges Rousseau*, S. 303–328 (306).

²³² Vor allem Gaststaaten mit islamischen Recht haben diesen Weg gewählt, um die Unklarheiten über die Vereinbarkeit von Stabilisierungsklauseln mit dem insoweit wenig aufschlußreichen überkommenen islamischen Recht auszuräumen. In manchen afrikanischen Investitionsgesetzen ist doch auch der Erlaß eines Begleitgesetzes ausdrücklich vorgeschrieben; vgl. Art. 16 Code des Investissements Mauretaniens; Art. 19 des Code des Investissement Ruandas und Art. 20 des Gesetzes 74 von 1974 Tunesiens, zitiert nach Merkt, H., *ibid*.

²³³ So David, N., Clunet 113 (1986), 79–107 (95).

IV. Stabilisierung des öffentlichen Rechts

1. Bei Anwendung des Rechts des Konzessionsgebers als *proper law* des Vertrages

Stabilisierungsklauseln zielen darauf ab, die Ausübung staatlicher Gesetzgebungs- oder Verwaltungsbefugnisse einzuschränken. Sie können entweder die Gesetzgebung des Gastlandes in ihrem Rechtszustand bei Vertragsabschluß einfrieren bzw. jede Gesetzesänderung als auf den Konzessionsvertrag unanwendbar erklären oder nur einvernehmliche Vertragsänderungen zulassen²³⁴. Allerdings können sie nur die Ausübung jener hoheitlichen Befugnisse verhindern, deren Beschränkung im Vertragstext ausdrücklich vorgeschrieben ist. Der Erlaß weiterer öffentlich-rechtlicher Maßnahmen bleibt somit völlig wirksam. Dies bestätigt das Beispiel des *Selebi Phikwe-Vertrages*²³⁵, in welchem eine gegen die Stabilisierungsklausel verstoßende Maßnahme zwar als Vertragsbruch bezeichnet aber nicht für unzulässig erklärt wurde.

Somit enthält eine Stabilisierungsklausel in erster Linie ein Gebot an den Schiedsrichter, den staatlichen Akt auf den von ihm zu beurteilenden konkreten Sachverhalt nicht anzuerkennen, solange er gegen spezifische Zusagen zum Schutz vor nachträglichen gesetzgeberischen oder verwaltungsmäßigen Eingriffen verstößt²³⁶. Öffentlich-rechtliche Maßnahmen sind grundsätzlich auf den Vertrag anzuwenden, selbst bei entgegenstehendem Text, wenn es sich um normative Regelungen handelt, die aus Gründen der Wahrung des Gemeinwohles erlassen wurden und mit einer Entschädigung gekoppelt sind²³⁷. Demgegenüber drückt die Stabilisierungsklausel den Willen der Vertragsparteien aus, daß solche staatlichen Eingriffe auf den bestimmten Vertrag nicht anerkannt werden sollen²³⁸.

In zweiter Linie kann eine Stabilisierungsklausel ein Entschädigungsversprechen des Staates enthalten, ohne den Eingriff in den Vertrag selbst für unzulässig zu erklären. Erläßt der Konzessionsgeber eine neue, den Konzessionär stark belastende Steuergesetzgebung, dann ist zwar ihr Erlaß selbst nicht verboten, der Konzessionär wird aber entsprechend nach dem in dem Vertrag Vereinbarten entschädigt²³⁹. Schließlich kann eine Stabilisierungsklausel zur Präzisierung übernommenen Pflichten dienen, indem jede

²³⁴ Vgl. dazu oben, unter § 9, B. I.

²³⁵ Oben, unter § 9, Fn. 87.

²³⁶ *Tschanz, P.-Y.*, RCDIP 74 (1985), 47–84 (63).

²³⁷ Vgl. dazu oben, unter § 9, A. IV. 1. und 2.

²³⁸ *David, N.*, Clunet 113 (1986) 79–107 (83); *Fischer, P.*, Die internationale Konzession, S. 380; *Markert, T.*, S. 207; *Mayer, P.*, Clunet 113 (1986–I), 5–78 (35); *Weil, P.*, in *Mélanges Rousseau*, S. 303–328 (321).

Rechtsänderung im stabilisierten Bereich als Vertragsverletzung angesehen wird.

Legt man mithin eine Stabilisierungsklausel als Gebot der Nichtberücksichtigung durch den Schiedsrichter der staatlichen Maßnahme auf der Vertragsebene aus, so treffen jene Argumente nicht zu, staatliche Zusagen zur Gewährung eines bestimmten öffentlich-rechtlichen Regimes seien vom zweifelhaften Wert, zumal derartige Garantien dem staatlichen Recht unterliegen, das stets wandelbar sei²⁴⁰. Zielt außerdem die Stabilisierungsklausel nur auf die schiedsgerichtliche Anerkennung der Auswirkungen eines staatlichen Aktes auf den Vertrag nach seinem *proper law* und nicht auf die Überprüfung seiner Gültigkeit, so verlieren die vielfach erhobenen Bedenken, die Stabilisierungsklausel enthalte eine unzumutbare Beschränkung der staatlichen Souveränität und müsse nach jeder Rechtsordnung als nichtig betrachtet werden²⁴¹, an Gewicht.

Liegt jedoch die Aufgabe des Schiedsrichter allein darin, die dem Konzessionär zu zahlende Entschädigung für den staatlichen Eingriff festzusetzen, so wird eine Stabilisierungsklausel nicht gegenstandslos. Denn viele Einzelprojekte sind für die gesamte Volkswirtschaft des Konzessionsgebers von entscheidender Bedeutung. Die Nichtanerkennung einer staatlichen Maßnahme auf den konkreten Vertrag kann somit für den Konzessionsgeber schon einen beachtlichen Verlust an wirtschaftlicher Souveränität bedeuten. Eine generelle Ungültigkeit von Stabilisierungsklauseln daraus zu schließen, wäre aber verfehlt. Ist das Recht des Gastlandes *proper law* des Vertrags und sieht seine nationale Gesetzgebung die Möglichkeit der Vereinbarung von Stabilisierungsklauseln vor, dann ist eine solche Klausel wirksam, wenn sie bei Vertragsabschluß nach diesem Recht erlaubt war. Fehlt es an einer einschlägigen nationalen Gesetzgebung, so wird man aus der tatsächlichen Vereinbarung einer Stabilisierungsklausel auf ihre Zulässigkeit schließen können. Allerdings wird der Konzessionär bei Vertragsschlüssen mit Staatsunternehmen nicht erwarten dürfen, daß diese zu derart weitreichenden öffentlich-rechtlichen Zusagen befugt sind²⁴². Auch bei Anwendbarkeit der allgemeinen Rechtsgrundsätze als *proper law* ist es erforderlich

²³⁹ Mayer, P., Clunet 113 (1986-I), 5–78 (47 ff.); Tschanz, P.-Y., RCDIP 74 (1985), 47–84 (76).

²⁴⁰ Mann, F.-A., AJIL 54 (1960), 572–591; ders., State Contracts and State Responsibility, in Mann, F.-A. (Hrsg.), Studies in International Law, S. 302–326 (314); Mayer, P., Clunet 113 (1986-I), 5–78 (41).

²⁴¹ Verhoeven, J., RBDI 14 (1978/1979), 209–230 (222) (sofern sie als Verzicht des Staates auf hoheitliche Regelung interpretiert werden); vgl. auch Mann, F.-A., AJIL 54 (1960), 572–591 (588) (überflüssig, Polizeigewalt bleibt immer, was darüber hinausgeht, ist ohnedies internationales Delikt).

²⁴² David, N., Clunet 113 (1986-I), 79–107 (94); Mayer, P., Clunet 113 (1986-I), 5–78 (44).

angesichts des öffentlich-rechtlichen Bezuges der Stabilisierungsklauseln, daß die Vereinbarung derartiger Klauseln nach dem Recht des Konzessionsgebers zulässig war.

Eine wirksam vereinbarte Stabilisierungsklausel garantiert aber nicht unbedingt, daß die mit ihr beabsichtigten Wirkungen – nicht Berücksichtigung des staatlichen Eingriffsaktes bzw. höhere Entschädigung – tatsächlich erreicht werden. Vielmehr entscheidet das gewählte Recht darüber, ob die Stabilisierungsklausel einen perfekten Schutz vor staatlichen Maßnahmen bietet. Ist das Recht des Konzessionsgebers *proper law*, dann ist die öffentlich-rechtliche Rechtslage bei der Beurteilung der Vertragsbeziehungen voll zu berücksichtigen. Unter Heranziehung des Grundsatzes *lex posterior derogat lex anterior* kann die Unantastbarkeitsklausel wieder aufgehoben werden²⁴³. Einen Schutz dagegen könnte nur das staatliche Verfassungsrecht und in beschränktem Umfang das Völkerrecht bieten.

Beispiele hierfür bietet die Schiedspraxis. So wurde im Falle *Petrola Hellas v. Griechenland* von einem griechischen Schiedsgericht entschieden, daß der griechische Staat aufgrund des Rückwirkungsverbots der griechischen Verfassung (Art. 78 gr. Verf.) nicht berechtigt war, Stabilisierungsgarantien des Steuerrechts, die er ausländischen Privatinvestoren zugesichert hat, zurückzunehmen²⁴⁴. Andererseits prüfte das Schiedsgericht im Fall *Agip v. Regierung der Volksrepublik Kongo*²⁴⁵ die Vereinbarkeit der Nationalisierung mit dem Völkerrecht²⁴⁶. Es qualifizierte die von der Regierung eingegangenen Verpflichtungen als Stabilisierungsklauseln und hielt fest, daß der Staat dadurch gegenüber *Agip* freiwillig auf zukünftige Gesetzesänderungen verzichtet habe. Die Nichteinhaltung der Stabilisierungsklausel verstoße gegen das Völkerrecht und somit gegen das zwischen den Parteien geltende Recht, zumal in dieser Frage das kongolesische Recht durch das Völkerrecht ergänzt werde.

Schwieriger wird die Rechtslage, wenn der ganze Konzessionsvertrag dem Recht des Konzessionsgebers unterliegt²⁴⁷. In diesem Fall bieten sich

²⁴³ David, N., Clunet 113 (1986–I), 79–107 (94); Markert, T., S. 208; Peter, W., Arbitration and Renegotiation ..., S. 223; Weil, P., in Mélanges Rousseau, S. 303–328 (316).

²⁴⁴ Schiedsspruch vom 22. April 1978, auszugsweise veröffentlicht in YCA XI (1986), 105.

²⁴⁵ Schiedsspruch vom 30. November 1979, ILM 21 (1982), 726 = RCDIP 71 (1982), 92 ff.

²⁴⁶ Das Gericht umschrieb die Funktion des Völkerrechts für den vorliegenden Fall folgendermassen: „*Le recours aux principes du droit international peut intervenir soit pour combler une lacune du droit congolais, soit pour y apporter les compléments nécessaires*“.

²⁴⁷ Die Möglichkeit der Unterstellung des ganzen Konzessionsvertrages unter das Recht des Gastlandes lehnt hingegen Mayer ab [Clunet 113 (1986–I), 5–78 (42)].

zwei Möglichkeiten: entweder wird der Streit nach der „eingefrorenen“ Rechtslage zum damaligen Zeitpunkt entschieden und spätere Eingriffe bzw. Rechtsänderungen bleiben unberücksichtigt²⁴⁸ oder derartige Maßnahmen werden nur insoweit anerkannt, als die damalige Rechtslage sie zuläßt²⁴⁹. Die Lösung des totalen Einfrierens entspricht zwar dem Vertragstext, sie verstößt aber gegen die obigen Ausführungen, wonach das auf den Vertrag anwendbare Recht die öffentlich-rechtliche Lage grundsätzlich respektieren muß. Vorzuziehen ist es deshalb, die Rechtslage wie bei der Teilstabilisierung zu beurteilen. Dies bedeutet, daß sich zwingende öffentlich-rechtliche Normen in jedem Fall durchsetzen und daß nur Änderungen des Verfassungsrechts des Konzessionsgebers außer Acht bleiben müssen²⁵⁰.

²⁴⁸ *El-Kosheri, A.*, RdC 147 (1975–IV), 219–393 (335); *Fischer, P.*, Die internationale Konzession, S. 410; *Hirsch, M.*, S. 144 unter Bezugnahme auf das Prinzip der Parteiautonomie; *Lillich, R. B.*, in *Lillich, R. B./Brower, C. N.* (eds.), *International Arbitration in the 21st Century ...*, S. 105; Nachweise für diese Ansicht bei *Paasivirta, E.*, *Participation of States ...*, S. 168 ff.; vgl. auch *Mine v. Guinea*, ICSID-Schiedsspruch, 5 ICSID Rev. 95 (1990), 111.

²⁴⁹ *Brown, R.*, 39 ModILReview (1976), 625–643 (640); *David, N.*, Clunet 113 (1986), 79–107 (84); *Jacquet, J.-M.*, Clunet 116 (1989–II), 621–690 (650); *Leboulanger, P.*, *Les contrats entre Etats ...*, S. 96; *Markert, T.*, S. 208; *Weil, P.*, in *Mélanges Rousseau*, S. 303–328 (317); so auch im *Sapphire-Schiedsspruch*, ILR 35 (1967), 136–192 (171); *Revere Copper-Schiedsspruch*, ILM 17 (1978), 1331.

²⁵⁰ Für eine volle Bindungswirkung von Stabilisierungsklauseln selbst im Falle der Unterstellung des Konzessionsvertrages unter das Recht des Gastlandes treten die Autoren ein, die durch derartige Klauseln den Vertrag auf eine andere rechtliche Ebene gehoben sehen; vgl. dazu *Hirsch, M.*, S. 147 (unter Berufung auf den Rechtsgrundsatz des guten Glaubens und das Prinzip der Autonomie der Schiedsklausel); *Lillich, R. B.*, in *Lillich, R. B./Brower, Ch. N.* (eds.), *International Arbitration in the 21st Century ...*, S. 97, 100 ff. mit zahlreichen Nachweisen; *Verdross, A.*, ZaöRV 18 (1957/1968), 635–651 (647); siehe auch *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* § 712 (2) (a) (1987) Reporters' Note 10 (d): „*A State having entered into a long term contract with a foreign national, then changes its tax or regulatory laws, bringing about a sharp reduction of the expected economic value of the contract to the foreign party ... The private party may obtain ... a provision that expressly or by implication purports to „stabilize“ the arrangement by barring the State from passing certain types of legislation during the term of the contract. If coupled with an arbitration clause, such a stabilization clause will be given effect by the arbitrator*“ [Hervorhebung von der Verfasserin] zitiert nach *Lillich, R.B.*, *ibid.*, S. 106; so auch Art. III des *Association Agreements of Southeast Asian Nations (ASEAN) for the Promotion and Protection of Investments*, Manila, 15. Dezember 1987, ILM 27 (1988), 612–615. Er stellt eine Stabilisierungsklausel unter den Schutz des internationalen Vertragsrechts und schließt somit jeden gesetzlichen oder verwaltungsrechtlichen Eingriff in die durch die Klausel abgesicherten Rechte des Privatinvestors total aus; vgl. auch den *Schiedsspruch im Falle Elf Aquitaine Iran v. NIOC*, Rev. arb 1984, 401–421 (402): „*Un Etat qui a lui-même conclu un contrat international ... n'est pas libre de changer cette lex contractus par une législation ultérieure, d'autant que la convention contient par ailleurs une clause*

2. Bei Anwendung der allgemeinen Rechtsgrundsätze als *proper law* des Vertrages

Haben Stabilisierungsklauseln bei der Anwendbarkeit des Rechts des Konzessionsgebers danach nur einen eingeschränkten Wert, so kommt ihnen eine größere Wirkung zu, wenn die allgemeinen Rechtsgrundsätze *proper law* des Vertrages sind²⁵¹. Zwar bieten sie selbst in diesem Fall keine Gewähr dafür, daß der betreffende ausländische Partnerstaat die Rechtsstellung des vertragsschließenden Unternehmens nicht einseitig ohne dessen Zustimmung und zu seinen Lasten verändert. Immerhin haben solche Klauseln aber doch die Wirkung, daß derartige Eingriffe nicht sanktionslos geschehen können. Denn sie begründen die berechtigte Erwartung des Konzessionärs, daß solche Maßnahmen nicht auf den Vertrag angewandt werden dürfen, auf deren Ausübung der staatliche Vertragspartner eindeutig verzichtet hat²⁵². Bei einem Eingriff in seine garantierten Rechte wird dem Konzessionär voller Schadensersatz einschließlich des entgangenen Gewinns gezahlt werden²⁵³.

Darüber hinaus sind weitere Wirkungen von Stabilisierungsklauseln denkbar. Zwar kann sich ein internationaler Schiedsrichter über die Zulässigkeit des staatlichen Aktes nicht entscheiden. Seine Aufgabe besteht allein darin, die dem Konzessionär zu zahlende Entschädigung zuzusprechen, wenn sich die staatliche Gesetzgebung vertragswidrig ändert²⁵⁴. Doch

d'intangibilité et que, dans son préambule, les parties ont exprimé leur intention d'exécuter dans un esprit de bonne foi et de bonne volonté les stipulations de cette convention" [Hervorhebung von der Verfasserin].

²⁵¹ David, N., Clunet 113 (1986-I), 79–107 (97); Hirsch, M., S. 146; Markert, T., S. 209; Weil, P., RdC 128 (1969-III), 95–240 (221); ders., in *Mélanges Rousseau*, S. 303–328 (319 ff.).

²⁵² de Aréchaga, E. J., RdC 159 (1978-I), 1–343 (307); Baloro, J., 19 Comp. Int. Law Journal Southern Africa, (1986), 410–447 (447); Bettems, D., RdNr. 170, 211; Bouchez, L. J., JIntArb 8 (1) (1991), 81–115 (88); David, N., Clunet 113 (1986-I), 79–107 (105); Geiger, R., ICLQ 23 (1974), 73–104 (103); Giardina, A., ItYIL 5 (1980/1981), 147–170 (167); Mayer, P., Clunet 113 (1986-I), 5–78 (51); Paasi-virta, E., BYIL 60 (1989) 315–350 (330); ders., Participation of States ..., S. 170 m. w. Nach.; Redfern, A., BYIL 55 (1984), 65–110 (100); Sandrock, O., „Versteinerungsklauseln“ in Rechtswahlvereinbarungen für internationale Handelsverträge, in Festschrift für Riesefeld, S. 211–236 (219); Sornarajah, M., JWTL 29 (29) (1995), 105–129 (111); Tschanz, P.-Y., RCDIP 74 (1985), 47–84 (70); White, R., ICLQ 30 (1981), 1–19 (16).

²⁵³ Aminoil-Schiedsspruch, ILM 21 (1982), 976–1053 (1023): „These provisions are far from having lost all their value and efficacy on that account since, by impliedly requiring that nationalisation shall not have any confiscatory character, they reinforce the necessity for a proper indemnification as condition of it“ [Hervorhebung von der Verfasserin]; so auch im Liamco-Fall, ILR 62 (1982), 140–246 (213); Agip-Fall, ILM 21 (1982), 737–738; S.P.P.-Fall, ILM 22 (1983), 752.

er kann feststellen, daß die staatliche Maßnahme einen Vertragsbruch bildet und auf den von ihm zu beurteilenden Vertrag nicht anwendbar ist. Der notwendige Schutz der staatlichen Handlungsfreiheit verbietet es allerdings, jeden staatlichen Eingriff als Vertragsbruch anzusehen. Das berechnete Vertrauen des Konzessionärs in die Einhaltung der Stabilisierungsklausel gebietet hingegen, daß staatliche Zusagen, die einem Privatinvestor versprochen wurden, nicht einseitig durch das Gastland zurückgenommen werden dürfen.

3. Die schiedsgerichtliche Praxis

Die Praxis internationaler Schiedsgerichte zeigt sich gespalten bezüglich der Frage, ob die Vereinbarung einer Stabilisierungsklausel nur zu einer vollen Entschädigung des Privatinvestors beim Vertragsbruch berechtigt oder ob sie einen staatlichen Eingriff von vornherein total ausschließt:

So hätten nach Ansicht des Schiedsgerichts im *Lena Goldfields*-Fall²⁵⁵ die in Art. 75 und 76 des Vertrages zwischen *Lena Goldfields* und der Regierung der UdSSR enthaltenen Stabilisierungsklauseln hindern sollen, daß die gegenseitigen vertraglichen Rechte und Verpflichtungen der Parteien durch legislative, administrative und fiskalische Maßnahmen der Regierung geändert werden²⁵⁶. Die zahlreichen hoheitlichen Eingriffe des Gaststaates bildeten einen Vertragsbruch. Infolgedessen habe die Investorin einen Anspruch auf Befreiung von der Pflicht zur weiteren Vertragserfüllung und der Gaststaat sei seinerseits zur Herausgabe des Gewinns verpflichtet, welcher der Investorin infolge des Vertragsbruches ungerechtfertigt vorenthalten worden sei. Im *Aramco*-Fall²⁵⁷ wurden die vertraglichen Rechte des Privatinvestors, die durch eine Stabilisierungsklausel geschützt waren, als wohlerworbene Rechte bezeichnet, die völlig respektiert werden müßten²⁵⁸.

Die Nationalisierungsmaßnahmen der libyschen Regierung bildeten nach Auffassung von Schiedsrichter *Lagergren* in *BP*-Fall zwar einen Vertragsbruch, zumal sie gegen die in Art. 16 des Konzessionsvertrages zwischen dem britischen Unternehmen und Libyen verstoßen²⁵⁹, sie seien doch wirksam. Dementsprechend habe der ausländische Investor lediglich einen Anspruch auf Schadensersatz wegen des Vertragsbruchs²⁶⁰. Ein Staat, der

²⁵⁴ Vgl. dazu oben, unter § 8, C. III.

²⁵⁵ Zum Sachverhalt vgl. oben, unter § 7, C. I. 1. a).

²⁵⁶ *Lena Goldfields*-Fall, Cornell LQ 36 (1950), 42–53.

²⁵⁷ ILR 27 (1963), 117–233 (227).

²⁵⁸ So auch *Radio Corporation of America v. China*, RIAA Vol. 3 S. 1623; UK-*Leadings im Anglo-Iranian Oil Company Fall* ICJ Rep. 1952, S. 86–93.

²⁵⁹ Der Text des Artikels ist oben, unter § 9, Fn. 211, 213 wiedergegeben.

²⁶⁰ ILR 53 (1979), 297–388 (329).

freiwillig eine Stabilisierungsklausel vereinbart hat, dürfe hingegen nach Ansicht von Schiedsrichter *Dupuy* den Vertrag nicht brechen²⁶¹. Demnach sei die Nationalisierung des Vermögens eines durch eine Stabilisierungsklausel zugesicherten Ausländers schlicht unwirksam. Dieser Auffassung hat sich Schiedsrichter *Mahmassani* im *Liamco-Fall* nicht angeschlossen. Die Nationalisierungsmaßnahmen der libyschen Regierung, die aus der Verwirklichung des Allgemeinwohles veranlaßt wurden, seien rechtmäßig. Sie würden danach nur die Verpflichtung des Staates zur billigen Entschädigung begründen²⁶².

Im *Revere Copper-Fall* befand das Schiedsgericht, daß Verträge, die durch Stabilisierungsklauseln vor nachträglichen Rechtsänderungen geschützt seien, dem Völkerrecht unterlägen²⁶³. Der Gaststaat könne zwar zu jeder Zeit Steueränderungen erlassen und sich auf diese Weise über Verträge mit Privaten hinwegsetzen. Er könne sich aber nicht der völkerrechtlichen Pflicht zur Entschädigung entziehen. Demgegenüber schließe es nach der Meinung des Schiedsgerichts im *Agip-Fall* eine Stabilisierungsklausel aus, daß der Staat dem Vertragspartner Änderungen seines nationalen Rechts entgegenhalten könne mit der Folge, daß die Verstaatlichung durch die Regierung von Kongo rechtswidrig sei²⁶⁴. Aus der Vereinbarung einer Stabilisierungsklausel lasse sich nach dem Schiedsgericht in *Elf-Aquitaine-Fall* auf die Anwendbarkeit völkerrechtlicher Grundsätze schließen; habe der Staat einen Vertrag abgeschlossen, welcher dem Völkerrecht als *lex contractus* unterworfen sei, so könne er diese *lex contractus* nicht durch spätere Gesetzgebung ändern²⁶⁵.

Im *Aminoil-Fall* ging die Mehrheit des Schiedsgerichts davon aus, daß die Stabilisierungsklausel mit ihrer Formulierung, daß der Scheich von Kuwait „weder durch generelle noch spezielle Gesetzgebungs- Verwaltungsmaßnahmen oder andere Handlungen den Vertrag lösen würde“²⁶⁶, zwar eine konfiskatorische Nationalisierung ausschließe, aber nichts über eine nichtkonfiskatorische Nationalisierung aussage. Staaten könnten durch den Abschluß einer Stabilisierungsklausel auf Nationalisierungen für einen bestimmten Zeitraum verzichten²⁶⁷. Dies sei jedoch ein ernsthafter Schritt.

²⁶¹ ILM 17 (1978), 1–37 (31).

²⁶² Rev. arb 1980, 132–191 (166, 189).

²⁶³ ILR 56 (1980), 258–327 (284).

²⁶⁴ ILM 21 (1982), 726–739 (735) = YCA VIII (1983), 133, 139–140; zustimmend im Falle *Mine v. Guinea*, 5 ICSID Rev. (1990), 95, 111.

²⁶⁵ Rev. arb 1984, 401–421 (402).

²⁶⁶ Art. 17 des 1948 abgeschlossenen Investitionsvertrages, berichtet bei *Mengel, H.-J.*, RIW 29 (1983), 739–811 (743).

²⁶⁷ ILM 21 (1982), 976–1053 (1023): „No doubt contractual limitations on states right to nationalize are juridically possible“; bestätigt im Fall *Amoco, Iran-U.S. C. T. R.* 15 (1987 II), 189, 243.

Der Verzicht auf Nationalisierungsmaßnahmen müsse daher ausdrücklich mit in die Stabilisierungsvereinbarung aufgenommen werden. Die allgemein gehaltene Formulierung der Stabilisierungsklausel genüge nicht, um einen Nationalisierungsverzicht zu rechtfertigen. Stabilisierungsklauseln schützten also nur gegen die Entschädigungslosigkeit legislativer Eingriffe, nicht aber gegen die Eingriffe selbst²⁶⁸.

Genauso wurden gesetzliche Maßnahmen trotz der Vereinbarung einer Stabilisierungsklausel im *Letco v. Liberia*-Fall von den Schiedsrichtern als gerechtfertigt angesehen, wenn der Staat in gutem Glauben handelte, ein öffentliches Interesse an der Maßnahme bestand, diese nicht diskriminаторischer Natur war und eine angemessene Entschädigung gezahlt oder zumindest angeboten wurde²⁶⁹. Schließlich hat sich das *Iran-US Claims Tribunal* im *Amoco*-Fall der Ansicht der Mehrheit des Schiedsgerichts im *Aminoil*-Fall angeschlossen und eine Stabilisierungsklausel nur dann für zulässig gehalten, wenn sie eine bestimmte staatliche Maßnahme ausdrücklich verbietet und für eine relativ beschränkte Zeit vereinbart wird²⁷⁰.

4. Eigene Stellungnahme

Aus dem Überblick über die schiedsgerichtliche Praxis hinsichtlich der Frage des Wertes von Stabilisierungsklauseln läßt sich feststellen, daß eine Lösung gefunden werden muß, welche die Notwendigkeit der Aufrechterhaltung der staatlicher Handlungsfähigkeit vor allem bei die gesamte Volkswirtschaft berührenden Großprojekten mit der Notwendigkeit des Schutzes des Vertrauens des Privatinvestors in ein qualifiziertes und rechtmäßiges staatliches Versprechen, das *bona fide* zu erfüllen ist, verbindet. Dazu bietet sich besonders die Formel von *Kahn* an, wonach Stabilisierungsklauseln in der Regel respektiert werden müssen, auf Streitigkeiten aus langfristigen Verträgen aber nur eingeschränkt anzuwenden sind²⁷¹. Stabilisierungsklauseln können im Falle der Änderung der Geschäftsgrundlage eine Neuver-

²⁶⁸ ILM 21 (1982), 976–1053 (1020); a.A. der Schiedsrichter *Sir Gerald Fitzmaurice* in seiner Sep. Op. S. 1043, 1049ff. Im Ergebnis sieht er die Nationalisierung als einen klaren Verstoß gegen die Stabilisierungsklausel an: „... *although the nationalization of Aminoil's undertaking may otherwise have been perfectly lawful, considered simply in its aspect of being an act of the State, it was nevertheless irreconcilable with the stabilization clause of a concession that was still in force at the moment of the takeover*“ [Hervorhebung von der Verfasserin]; mit der Mehrheit zustimmend: *Cahier, P.*, in *Lew, J. D. M.* (ed.), *Contemporary Problems* ..., S. 241–249 (248); *Kahn, P.*, *Clunet* 109 (1982), 844–909 (859); *Tschanz, P.-Y.*, *IntL* 18 (1984), 245–281 (276); *ablehnend: Mann, F.-A.*, *BYIL* 54 (1983), 213–221 (221); *Mengel, H.-J.*, *RIW* 29 (1983), 739–811 (744).

²⁶⁹ ILM 26 (1987), 647–677 (666–667).

²⁷⁰ *Iran-U.S. C. T. R.* 15 (1987 II), S. 243.

handlung des Vertrages nicht verhindern²⁷². Durch die unnötig starre und absolute Anwendung des Grundsatzes *pacta sunt servanda* ließen sich selbst seine Ziele der Wahrung der schützenswerten Interessen beider Parteien an der Vertragsbindung- und fortsetzung nicht erreichen. Aus diesem Grunde ist eine Pflicht zu einer ständigen Neuverhandlung des Vertrags vorzuziehen, was Professor *Charlston* als „*living law*“ eines Konzessionsvertrags bezeichnet²⁷³.

Konzessionsverträge sind aufgrund ihrer Dauerwirkung dynamischer und nicht statischer Natur. Sie müssen daher nicht als etwas Unberührbares und Unwandelbares betrachtet werden, sondern als eine Rahmenkonstruktion der Vertragsbeziehungen, die änderungs- und anpassungsfähig sein muß, um den ständig wandelnden Umständen derartiger Verträge gerecht werden zu können²⁷⁴. Der Konzessionär kann nicht erwarten, aufgrund einer Stabilisierungsklausel von großen Umwälzungen verschont zu bleiben. Kriege, Revolutionen oder Umstrukturierungen der Weltwirtschaft müssen ein Rohstoffprojekt notwendigerweise berühren.

Insofern ist es schwer möglich, die Umstände abstrakt zu definieren, die ein Abgehen vom Gebot der Nichtanwendung des staatlichen Eingriffs rechtfertigen. Vielmehr muß auf den Einzelfall, insbesondere auf die vereinbarte Dauer der vertraglichen Abmachung, abgestellt werden²⁷⁵. Gerade bei

²⁷¹ *Kahn, P.*, Clunet 109 (1982), 844–909 (859); ebenso *Asante, S. K. B.*, ICLQ 37 (1988), 588–628 (615); *Catranis, A.*, RIW 28 (1982), 19–27 (25); *David, N.*, Clunet 113 (1986), 97–107 (107).

²⁷² *Chatterjee, S. K.*, JIntArb 5 (4) (1988), 97–111 (111); *David, N.*, Clunet 113 (1986–I), 79–107 (99); *El-Kosheri, A.*, RdC 147 (1975–IV), 219–393 (335); *Geiger, R.*, ICLQ 23 (1974), 74–104 (104); *Leben, Ch.*, Clunet 113 (1986–II), 895–957 (952); *Leboulanger, P.*, Les contrats entre Etats ..., S. 98 ff.; *Maniruzzaman, A. F. M.*, JIntArb 9 (4) (1992) 141–171 (165); *Peter, W.*, Arbitration and Renegotiation ..., S. 227 ff.; *Rawding, N.*, Protecting Investments under State Contracts: Some Legal and Ethical Issues, 11 Arb. Int (4) (1995), 341–372; *Redfern, A./Hunter, M.*, S. 105–106 : „*Stabilization clauses should not be viewed as to create the palace of the sleeping beauty in which time stands still*“; *Sornarajah, M.*, JWTL 15 (1981), 187–217 (214); *ders.*, JIntArb 5 (2) (1988) (2) 105–129 (107 ff.).

²⁷³ *Charlston, K. S.*, Concession Agreements and Nationalization, AJIL 52 (1958), 260–279 (265).

²⁷⁴ *Geiger, R.*, ICLQ 23 (1974), 73–104 (104): „*Economic Development Agreements cannot be understood as a rigid scheme of rights and duties, but rather as a frame of reference for future relations. They are of prospective character and therefore must provide a certain degree of flexibility*“; vgl. Powell-Lamco Project, Proceeding of the American Society of International Law (1967): „*The investment agreement would then be regarded as a mere invitation to the ball, with the substance of the terms being determined according to the tune of the particular number*“, zitiert nach *Asante, S. K. B.*, ICLQ 28 (1979), 401–423 (418).

²⁷⁵ Im Aminoil-Schiedsspruch wurde die lange Vertragsdauer von 60 Jahren als Indiz dagegen gewertet, daß auch eine Garantie der Nicht-Verstaatlichung gewollt

großen Umstrukturierungen im Land des Konzessionsgebers werden einvernehmliche Schiedsverfahren, bei denen eine Befolgung des Schiedsspruches durch den Konzessionsgeber gewährleistet erscheint, die Ausnahme sein. Praktisch konzentriert sich die Rolle des Schiedsrichters in diesem Fall darauf, die dem Konzessionär zu zahlende Entschädigung festzusetzen, da er auch mit einer Feststellung des Vertragsbruchs bzw. der Nichtanerkennung der staatlichen Maßnahme auf den Vertrag kaum mehr erreichen kann²⁷⁶. Aus diesem Grund dürfte in der Praxis die Frage der Nichtanwendung des Eingriffs auf den Konzessionsvertrag ohnehin in den Hintergrund treten.

sei; Schiedsspruch, ILM 21 (1982), 976–1053 (1023); im Amoco-Fall [Iran U.S. C. T. R. 15 (1987–II), 243] wurde eine Garantieperiode von 35 Jahren schon als eine unzumutbare Einschränkung der staatlichen Souveränität beurteilt.

²⁷⁶ *Tschanz, P.-Y.*, RCDIP 74 (1985), 47–84 (70).

Neuartige Regelungstypen und Schutzmechanismen im internationalen Investitionsrecht

§ 10 Gesetzliche und vertragliche Mechanismen des Investitionsschutzes

A. Einleitung – Die Probleme des internationalen Investitionsschutzes

Für das wirtschaftliche Wohlfühlen eines Landes sind Handel und ausländische Direktinvestitionen, unabhängig von seinem Entwicklungsstand, von größter Bedeutung. Dank des konsequenten Abbaus von Handelshemmnissen bei Ein- und Ausfuhren hat der Welthandel in den letzten Jahrzehnten beträchtlich zugenommen. Zwischen 1985 und 1996 hat sich der Anteil des Handels am weltweit erwirtschafteten Bruttoinlandsprodukt im Vergleich zu dem vorhergehenden Jahrzehnt verdreifacht und gegenüber den sechziger Jahren annähernd verdoppelt. Darüber hinaus haben sich die ausländischen Direktinvestitionen in den letzten 25 Jahren explosionsartig von jährlich 23 Mrd. auf 275 Mrd. EUR erhöht¹. Dabei fließen heute fast 60 % der Investitionen in den Dienstleistungsbereich.

Angesichts der fortschreitenden und sich verstärkenden Globalisierung von Unternehmensaktivitäten wächst das Bedürfnis nach verlässlichen internationalen rechtlichen Rahmenbedingungen, die ausländischen Investoren einen effektiven Schutz gewähren würden. Gerade hier stehen sich aber unterschiedliche Interessen seitens der Industrie- und der Entwicklungsländer gegenüber. Insofern befinden sich die Probleme des internationalen Investitionsschutzes im Spannungsverhältnis zwischen den kapitalexportierenden Staaten, welche die Kapitalinvestitionen ihrer Staatsangehörigen international gesichert sehen möchten und den Entwicklungsländern, die ihre staatliche Souveränität über den für einen ungestörten Kapitaltransfer notwendigen Investitionsschutz stellen². Nicht zuletzt deshalb gehört der

¹ Vgl. auch den World Investment Report 1997 der *UNCTAD*, oben unter Teil 1, Einleitung, Fn. 3.

Schutz von ausländischen Direktinvestitionen zu den umstrittensten Fragen des Völkerrechts³.

Das zentrale Anliegen des nachfolgenden Paragraphen besteht darin, die Investitionsförderungs- und Schutzmaßnahmen der Kapitalimport- und exportländer zu untersuchen. Zuallererst geht es um die Investitionsgesetze der Kapitalimportländer (B.). Im weiteren Vorgehen wird auf Ansätze zu einem multilateralen Investitionsschutz eingegangen (C.). Hierbei werden die Bemühungen zur Schaffung eines multilateralen Investitionsschutzabkommens, sowohl aus älterer (I.) als auch aus jüngster Zeit (II.) dargestellt. In diesem Zusammenhang gebührt den Verhandlungen über ein *Multilaterales Investitionsabkommen* im Rahmen der *OECD* besondere Aufmerksamkeit (III.). Auf der Grundlage des dadurch gewonnenen Überblicks wird zu zeigen sein, daß der mangelnde Konsens unter den Mitgliedern der Staatengemeinschaft über die Existenz und den Umfang völkergewohnheitlicher Regeln zur Behandlung ausländischer Investitionen, sowie das Scheitern der Versuche, zu einem multilateralen Investitionsschutzabkommen zu gelangen, die Kapitalexportländer veranlaßt hat, entsprechende bilaterale Verträge (*Investitionsschutzverträge* – *IFV*) mit Entwicklungsländern abzuschließen (D.). Die Bedeutung dieser bilateralen Abkommen ist einerseits darin zu sehen, daß sie Vertrauen in die rechtliche Stabilität des Entwicklungslandes hervorrufen und ausländischen Unternehmen ein attraktives Investitionsklima anzeigen sollen. Andererseits liefern sie einen Beitrag zur Bildung und Festigung eines völkerrechtlichen Standards, insbesondere, wenn sie in größerer Zahl und mit übereinstimmendem Inhalt abgeschlossen werden.

B. Die Investitionsgesetze der Kapitalimportländer

Die Entwicklungsländer erkennen in zunehmendem Maße, wie wichtig die Mobilisierung des Privatkapitals der Industriestaaten für ihren wirtschaftlichen Aufbau ist⁴. Das Bemühen, günstige Anlagevoraussetzungen zu

² Jüttner, H., S. 68 ff.; Lämmerzahl, M., S. 11 ff.; vgl. weiter den Bericht des Ausschusses für Fragen der Assoziierung der überseeischen Länder und Gebiete (Peyrefitte-Bericht), Europäisches Parlament Doc. 69 (1959), S. 27, berichtet bei Alenfeld, J., S. 23.

³ Bippus, B., Der internationalrechtliche Schutz von Investitionen im Ausland unter besonderer Berücksichtigung des diplomatischen Schutzrechtes der Staaten, 1989, S. 3; Jüttner, H., S. 184 ff.

⁴ So anerkannte z.B. die Gruppe der 77 in der sogenannten Buenos Aires Plattform von der UNCTAD-Tagung im Jahre 1983, daß private Direktinvestitionen einen bedeutenden Beitrag zur Förderung und Stärkung der nationalen (Wirtschafts-) Kapazitäten von Entwicklungsländern leisten: The Buenos Aires Platform: Final Document of the 5th Ministerial Meeting of the Group of 77, held at Buenos Aires,

schaffen, hat in diesen Ländern zu einer umfangreichen Investitionsgesetzgebung mit Schwerpunkt im öffentlichen und Verfassungsrecht geführt⁵.

In den Investitionsgesetzen gestehen die Entwicklungsländer ausländischen Investoren gerade für die Aufbauphase umfangreiche Steuervergünstigungen, besondere Abschreibungssätze und spezielle Zolltarife und Devisenerleichterungen für die Einfuhr von Maschinen und sonstigen Ausrüstungsgegenständen zu. Diese Gesetze enthalten auf der einen Seite Förderungsmaßnahmen, sind andererseits aber auch, soweit sie Eigentums- und Wettbewerbsregelungen treffen, Instrumente des rechtlichen Kapitalschutzes. In Verbindung mit langfristigen Entwicklungsprogrammen versuchen die Entwicklungsländer zugleich das Privatkapital hierdurch in wachstumsichtige Industriezweige zu lenken, sowie Anreize für eine größtmögliche Reinvestition der Gewinne zu schaffen. Für die Beilegung von zwischenstaatlichen Meinungsverschiedenheiten oder von Streitigkeiten zwischen dem ausländischen Investor und dem Gastland sehen die Gesetze in der Regel Schlichtungs- oder Schiedsverfahren vor, die oft vor einem ICSID-Schiedsgericht auszutragen sind⁶.

Trotz dieser Anreizmechanismen verbleiben für den Investor erhebliche Unsicherheiten. Diese bestehen zunächst in der politischen Instabilität vieler Entwicklungsländer, woraus sich die Gefahr einer plötzlichen und radikalen Veränderung des derzeitigen Investitionsklimas ergibt⁷. Daneben stellen die Investitionsgesetze mit ihrem System von wechselseitigen Anreiz- und Abschreckungsmechanismen sowie ihrer aktuellen wirtschaftlichen Ausrichtung aber auch ganz allgemein die Kontinuität der staatlichen

28. März–9. April 1983, zitiert nach *Maschke, O.*, Investitionsschutzabkommen – Neue vertragliche Wege im Dienste der österreichischen Wirtschaft, *öZöfR* 37 (1986), 201–259 (203).

⁵ *Ebenroth, C.-T.*, Überlegungen zur Ausgestaltung transnationaler Investitionsverträge, in *Festschrift für E. C. Stiefel* 1987, S. 147–162; *Frick, H.*, S. 36; *Gramlich, L.*, S. 15; *Häde, U.*, *Archiv des Völkerrechts* 35 (1997), 181–212 (183); *Jüttner, H.*, S. 124ff.; *Leben, Ch.*, *Clunet* 113 (1986–II), 895–957 (922ff.); *Patzina, R.*, S. 36ff.; *Siebel, U.-R.*, in *Festschrift für Glossner* 1994, S. 393–416 (406); *Sornarajah, M.*, *JWTL* 29 (2) (1995) 105–129 (110); eine detaillierte und vergleichende Übersicht bietet das Arbeitspapier, *Tentative Draft des Generalsekretariats des Rates der EG Doc. No 35/92 (ACP/FIN)* vom 20. März 1992 an.

⁶ „On the question of dispute settlement, the study of investment codes shows, the majority of the codes, while recognizing that the courts of the host State will normally have jurisdiction over disputes between the State and foreign Investors, also provide for the resolution of such disputes by such agreed mechanisms as conciliation and independent arbitration“, *Weltbank-Report* 1992, *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment*, S. 107ff. zitiert nach *Siebel, U.-R.*, in *Festschrift für Glossner*, S. 393–416 (407); vgl. dazu auch oben, unter § 2, Fn. 36.

⁷ *Frick, H.*, S. 43; *Nwogugu, E.-I.*, S. 62, 65; *Seidl-Hohenveldern, I.*, *Investitionen in Entwicklungsländern* ..., S. 51, 52.

Wirtschaftspolitik in Frage. Weitere spezifische Probleme ergeben sich daraus, daß die Investitionsgesetze oft Rechtsfolgen anordnen bzw. zu wirtschaftslenkenden Maßnahmen ermächtigen, bei denen es fraglich ist, ob sie sich noch im Rahmen der Sozialbindung des Eigentums bewegen oder schon eine Enteignung bilden. Schwierigkeiten bereitet auch die Konkretisierung der Entschädigungshöhe im Falle einer Verwirklichung des Enteignungsrisikos. Im übrigen werden die Investitionsgesetze in vielen Fällen nicht in ausreichendem Maße der Komplexität der zu beachtenden Regelungspunkte, insbesondere bei industriellen Großprojekten gerecht.

Angesichts der mangelnden Fähigkeit der innerstaatlichen Investitionsgesetzgebung, das Privatkapital der Industrieländer zu mobilisieren und ihm zugleich Schutz zu verschaffen, ergibt sich die Notwendigkeit zum Abschluß zwischenstaatlicher, bilateraler und multilateraler Kapitalschutzvereinbarungen, welche die innerstaatlichen, politischen Ordnungen überdauern und im Gegensatz zum nationalen Investitionsrecht einseitig nicht abgeändert werden können. Im folgenden Abschnitt wollen wir die multilateralen Bemühungen zur Schaffung eines internationalen Investitionsschutzabkommens einer näheren Betrachtung unterziehen, bevor auf die bilateralen Investitionsschutzverträge eingegangen wird.

C. Ansätze zu einem multilateralen Investitionsschutz

I. Multilaterale Investitionsschutzprojekte aus älterer Zeit

1. Das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen (General Agreement on Tariffs and Trade – GATT) und das Weltbankübereinkommen (WBÜ)

Ein weltweites Abkommen über den Investitionsschutz könnte zu einer Vereinheitlichung der Investitionsbedingungen führen. In einem Diskussionspapier vom Dezember 1994⁸ nennt die *Kommission der Europäischen Union (EU)* eine Reihe von Gründen, die für eine solche Vereinheitlichung sprechen. So seien klare und einheitliche Grundregeln geeignet, Befürchtungen hinsichtlich unfairer Praktiken abzumildern, Spannungen in den Handelsbeziehungen zwischen Staaten zu entschärfen sowie dem Ruf nach protektionistischen Maßnahmen zu begegnen. Könnte ein transparentes, multilaterales Abkommen das derzeit komplexe Netzwerk voneinander abweichender Investitionsschutzverträge ersetzen, wäre dadurch sichergestellt, daß für alle Teilnehmer die gleichen Regeln gelten⁹.

⁸ European Commission, Directorate General for External Economic Relations, Trade and Investment, Discussion Paper, December 1994.

⁹ European Commission, S. 18 ff.

Über lange Jahre verliefen allerdings alle Bemühungen, verbindliche multilaterale Regeln für den Investitionsschutz zu verabschieden, im Sande. Nach dem Zweiten Weltkrieg gab es hierzu wiederholt Anläufe¹⁰. Als Beispiel für einen dieser Ansätze steht die *Havanna-Charta* vom 24. März 1948¹¹. Sie enthielt einzelne Bestimmungen zum Schutz ausländischer Investitionen. Ein Teilbereich, das *Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen* (*General Agreement on Tariffs and Trade – GATT*) erlangte später große Bedeutung¹². Die *Havanna-Charta* selbst scheiterte jedoch im amerikanischen Kongreß und trat deshalb nie in Kraft. Nach weiteren vergeblichen Bemühungen¹³ kam es 1965 zur Unterzeichnung des *Weltbankübereinkommens* (*WBÜ*) und zur Gründung des *ICSID*¹⁴ mit Sitz in Washington D.C. Rechtlich selbständig, dennoch aber eng verbunden mit der Weltbank, bildet dieses Vergleichs- und Schiedszentrum den organisatorischen Rahmen für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten. Materielle Regelungen zum Schutz von Direktinvestitionen enthält das zugrundeliegende *Weltbankübereinkommen* jedoch nicht¹⁵.

2. Die Liberalisierungsinstrumente der *Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung* (*Organization for Economic Cooperation and Development – OECD*)

Im Rahmen der *Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung* (*Organization for Economic Cooperation and Development, OECD*) kam es ebenfalls zu einigen Ansätzen für einen multilateralen Investitionsschutz. Für alle Mitgliedstaaten rechtlich bindend sind der *Kodex zur Liberalisierung des Kapitalverkehrs* (*Code of Liberalisation of Capital Movements*) und der *Kodex zur Liberalisierung der laufenden unsichtbaren Transaktionen* (*Code of Liberalisation of Current Invisible Operations*) aus dem Jahre 1961¹⁶.

Der *Kapitalverkehrskodex* betrifft grenzüberschreitende Transaktionen im *OECD*-Raum, die Kapitalzuflüsse oder -abflüsse bewirken. Zu den wichtig-

¹⁰ Alenfeld, J., S. 26; Ammann, U., S. 157 ff.; Foeth, G., S. 251; Frick, H., S. 71; Jüttner, H., S. 132, 190; Salem, M., Clunet 113 (1986–II), 579–626 (592); Siebel, U.-R., in Festschrift für Glossner, S. 393–416 (408); ein historischer Überblick findet sich in Ebenroth, C.-T., *Code of Conduct*, S. 56.

¹¹ UNCTAD, Final Act and Related Documents 1948, S. 5 ff.

¹² Näher zum GATT und seinem Schlichtungssystem unten, unter § 11, D. III. 2. a).

¹³ Vgl. Ebenroth, C.-T., *Code of Conduct* ..., Rdnr. 34 ff.

¹⁴ Vgl. dazu oben, unter § 2, B. III.

¹⁵ Bippus, B., S. 218.

¹⁶ Näher dazu Huemer, S., Das Multilaterale Investitionsabkommen und die Rolle der *OECD*, Berichte und Studien der Österreichischen Nationalbank, Heft 2/1995, S. 63–70.

sten im *Kodex* enthaltenen Bereichen zählen Direktinvestitionen, Kredite, Wertpapierhandel und Immobilienverkehr. Im Jahr 1992 wurde die Liste um kurzfristige Geldmarktgeschäfte und derivative Finanzprodukte erweitert, sodaß heute nahezu alle Kapitalverkehrstransaktionen vom *Kodex* erfaßt werden. Der *Kodex für unsichtbare Transaktionen* betrifft eine breite Palette von Dienstleistungen, z.B. in den Bereichen Industrie, Handel, Banken, Versicherungen, Außenhandel, Transportwesen und Fremdenverkehr, sowie die Überweisung von Kapitalerträgen, persönlichem Einkommen und öffentlichen Mitteln.

Das Ziel der *Kodizes* ist der progressive Abbau von Grenzbarrieren in den Bereichen Kapitalverkehr und unsichtbare Transaktionen sowie die dauerhafte Sicherung des Liberalisierungsniveaus. Jedes Mitgliedsland kann bei seinem Beitritt zu den *Kodizes* oder bei Ausweitung ihres Geltungsbereichs Vorbehalte (*reservations*) gegenüber jenen Verpflichtungen anmelden, denen es zu diesem Zeitpunkt aufgrund seiner wirtschaftlichen Entwicklung noch nicht nachkommen kann. Da die Einführung von Vorbehalten zu einem späteren Zeitpunkt sowie die Aufhebung bereits durchgeführter Liberalisierungsmaßnahmen nicht möglich sind¹⁷, wird auf diese Weise das bereits erreichte Liberalisierungsniveau abgesichert (sogenannter „*Stillstandseffekt*“).

Bei ernstlichen Zahlungsbilanzschwierigkeiten oder bei schweren wirtschaftlichen oder finanziellen Störungen kann ein *OECD*-Land einzelne Liberalisierungsmaßnahmen vorübergehend außer Kraft setzen. Das *OECD*-Sekretariat ist von diesen Abweichungen (*derogations*) unverzüglich in Kenntnis zu setzen. Die Möglichkeit zur temporären Aussetzung von Liberalisierungsmaßnahmen ist jedoch nicht als Aushöhlung der Wirksamkeit der *Kodizes* zu betrachten, sondern dient im Gegenteil der Ermutigung auch der wirtschaftlich „schwächeren“ *OECD*-Länder die Liberalisierung ihrer Volkswirtschaften voranzutreiben, da eventuelle negative Auswirkungen (in Form von volkswirtschaftlichen Anpassungskosten), die als Folge von Liberalisierungsmaßnahmen vorübergehend auftreten können, durch befristete Abweichungen von den *OECD-Kodizes* gemildert werden können.

Sämtliche Vorbehalte und Abweichungen werden von der *OECD* regelmäßig auf ihre weitere Berechtigung hin geprüft. Diese Prüfungen erfolgen im Rahmen des *OECD-Kapitalverkehrskomitees* (*Committee on Capital Movements and Invisible Transactions*). Während die Inanspruchnahme von Abweichungen zeitlich beschränkt ist, besteht hinsichtlich der Aufhebung von Vorbehalten keine unmittelbare Verpflichtung des jeweiligen Mitglieds-

¹⁷ Im *Kapitalverkehrskodex* betrifft dies nur die in Liste A enthaltenen Bereiche, die jedoch die meisten Transaktionstypen enthält.

landes. Die Wirksamkeit der *Kodizes* ist auf das System der „*peer pressure*“, den „*Druck gleichgesinnter Staaten*“, zurückzuführen. Hierbei wird durch ständiges Hinterfragen der Sinnhaftigkeit von Vorbehalten und Abweichungen sowie durch das Aufzeigen von Alternativen ein kontinuierlicher Liberalisierungsdruck erzeugt. Aufgrund der im internationalen Vergleich relativen Homogenität der *OECD*-Mitgliedstaaten im Hinblick auf ihre wirtschaftliche Entwicklung und ihre wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Wertvorstellungen hat dieser Druck während der letzten Jahrzehnte im gesamten *OECD*-Raum einen deutlichen Rückgang der Grenzbarrieren im Kapitalverkehr und im Dienstleistungsbereich bewirkt.

Zu den Ansätzen für einen multilateralen Investitionsschutz im Rahmen der *OECD* zählt darüber hinaus die 1976 verabschiedete *Erklärung über internationale Investitionen und multilaterale Unternehmen*¹⁸. Ihr wichtigster Bestandteil ist das *Instrument der Inländergleichbehandlung für ausländisch kontrollierte Unternehmen* (*National Treatment Instrument for Foreign Controlled Enterprises*), das gewährleisten soll, daß Unternehmen aus anderen *OECD*-Ländern nicht schlechter gestellt werden als inländische Unternehmen. Ausnahmen sind nur in jenen Fällen zulässig, in denen aufsichtsrechtliche Erwägungen bzw. juristische oder technische Unterschiede ein Abgehen von dieser Gleichbehandlungsregel rechtfertigen. Diese Ausnahmen müssen der *OECD* zur Kenntnis gebracht werden, ihre Berechtigung wird im Rahmen des *Komitees für Internationale Investitionen und Multinationale Unternehmen* (*Committee on International Investment and Multinational Enterprises*) geprüft.

Vereinfachend lassen sich die Unterschiede zwischen dem *Gleichbehandlungsinstrument* und den *Liberalisierungskodizes* folgendermaßen zusammenfassen: Während die *Kodizes* den freien Zugang für ausländische Investitionen regeln (d.h. den Zeitraum vor der Durchführung der Investition umfassen), gewährleistet das *Gleichbehandlungsinstrument* gleiche Arbeits- und Wettbewerbsbedingungen nach der Tätigkeit der Investition. Ein weiterer Unterschied liegt in der Rechtswirksamkeit: Während die *Kodizes* für alle *OECD*-Länder rechtsverbindlich sind, hat das *Gleichbehandlungsinstrument* empfehlenden Charakter, dessen Wirksamkeit auf dem bereits beschriebenen Prinzip der „*peer pressure*“ beruht. Die *Erklärung über internationale Investitionen und multinationale Unternehmen* umfaßt zudem Bestimmungen zur Vermeidung wettbewerbsverzerrender Auswirkungen von Investitionsanreizen und zur Verhinderung widersprechender Rechtsvorschriften für in mehreren *OECD*-Ländern operierende Unternehmen sowie die „*Richtlinien für Multinationale Unternehmen*“ (*Guidelines for Multi-*

¹⁸ *OECD Declaration on International Investment and Multinational Enterprises*, ILM 15 (1976), 967.

national Enterprises)¹⁹, die Empfehlungen für das Verhalten international tätiger Unternehmen enthalten.

II. Ansätze aus jüngster Zeit

1. Die Abkommen zwischen der *Europäischen Gemeinschaft (EG)* und den Staaten Afrikas, der Karibik und des Pazifik (*AKP*) – *Lomé Abkommen*

Trotz der oben erwähnten Teilerfolge ist ein Durchbruch hin zu einem weltweiten multilateralen Investitionsschutz bisher nicht gelungen²⁰. Die Verschiedenheit der wirtschaftlichen und politischen Interessen der einzelnen Staaten und ihre oft grundsätzlich unterschiedlichen Auffassungen vom Recht im allgemeinen und vom Völkerrecht im besonderen haben die Einigung über gemeinsame Rechtspositionen erheblich erschwert. Wenn auch unter bestimmten Staatengruppen allgemein oder zu Teilfragen eine Übereinstimmung erzielt wurde, so ist letztlich ein von allen oder auch nur von den meisten Staaten anerkanntes umfassendes Abkommen noch nicht zustande gekommen²¹. Gerade in jüngster Zeit gab es aber deutliche Fortschritte auf verschiedenen Ebenen²²:

Von erheblicher Bedeutung für die Weiterentwicklung der Investitionsförderung und des Investitionsschutzes war der Umstand, daß sich die Organe der *Europäischen Gemeinschaft (EG)* (nunmehr *EU*) eingehend mit der Rolle von Investitionsschutzabkommen befaßt haben²³. Besonders deutlich

¹⁹ Annex to the Declaration of 21st June, 1976 by Governments of *OECD* Member Countries on International Investment and Multinational Enterprises, ILM 15 (1976), 969.

²⁰ *Bippus, B.*, S. 215; *Foeth, G.*, S. 252; *Frick, H.*, S. 72.

²¹ Vgl. Hearing before the *ad hoc* Sub-Committee of the Committee on Foreign Affairs of the House of Representatives, 85th Congress, 1st. Sess. 22, 1957, S. 14: „Multilateral negotiations have been found to produce unsatisfactory results and the reasons aren't difficult to perceive. There are great variances among nations as to the degree which they are prepared to bind themselves legally to accord fair treatment, even among those which in fact accord fair treatment. Differences between legal systems, between national policies, and differences as to economic interests created in each case insuperable obstacles to the establishment of uniform principles applicable to each of the many countries concerned ...“.

²² *Brewer, T. L./Young, S.*, Towards a Multilateral Framework for Foreign Direct Investment: Issues and Scenarios, *Transnational Corporations*, 4 (April 1995), S. 69ff. bezeichnen diese Ansätze in ihrer Gesamtheit als „watershed in the evolution of the framework of international agreements and institutions affecting foreign direct investment“.

²³ VO (EGW) Nr. 1274/75 des Rates vom 20. Mai 1975 über den Abschluß des Abkommens zwischen der *EG* und dem Staat Israel, Art. 18 des Abkommens; zu den Verträgen der *EG* mit Argentinien, Brasilien, Uruguay und Mexiko und den

wird dieses Interesse an den Abkommen zwischen der *EG* und den Staaten Afrikas, der Karibik und des Pazifik (*AKP*), den sogenannten *Zweiten*²⁴, *Dritten*²⁵ und *Vierten*²⁶ *Abkommen von Lomé*. Letzteres enthält ausführliche Vorschriften sowohl über die Förderung und die Finanzierung als auch über den Schutz von Investitionen²⁷.

Die *AKP*-Staaten und die *EG* erkennen zunächst die Bedeutung privater Investitionen für die Stärkung ihrer entwicklungspolitischen Zusammenarbeit sowie die Notwendigkeit an, Vorkehrungen zur Förderung derartiger Investitionen zu treffen²⁸. Zu diesem Zweck ergreifen sie Maßnahmen, um private Investoren, welche die Ziele und Prioritäten der entwicklungspolitischen *AKP-EG*-Zusammenarbeit sowie die geltenden Gesetze und Bestimmungen der einzelnen Staaten beachten, zur Mitwirkung bei ihren Entwicklungsbemühungen zu ermutigen²⁹. Darüber hinaus lassen solchen Investoren eine gerechte und angemessene Behandlung zuteil werden³⁰ und sorgen dafür, daß ein berechenbares und sicheres Investitionsklima geschaffen und erhalten wird. Zur Verbesserung dieses Klimas handeln entsprechende Abkommen aus³¹.

dort vorgesehenen Investitionsschutzklauseln siehe *Foeth, G.*, S. 254; vgl. auch *Becker, J.*, Investitionsförderung und Investitionsschutz in Entwicklungsländern. Ansätze eines Gemeinschaftskonzepts in *EG-Entwicklungsabkommen*, Europarecht 16 (1981), 139–163; *Voss, J.*, The Protection and Promotion of European Private Investment in Developing Countries. An Approach Towards a Concept for a European Policy on Foreign Investment – A German Contribution, CMLR 1981, 363–395.

²⁴ Zweites *Lomé Abkommen* zwischen der *EWG* und 58 *AKP*-Staaten vom 31. Oktober 1979, BGBl. 1980, II, 965; vgl. dazu, *Salem, M.*, Clunet 113 (1986–II), 579–626 (586); *Wegen, G.*, in *Rubin, S./Nelson, R. W.* (eds.), International Investment Disputes: Avoidance and Settlement 1985, S. 59–73 (70).

²⁵ Drittes *Lomé Abkommen* zwischen der *EWG* und 64 *AKP*-Staaten vom 8. Dezember 1984, ILM 24 (1985), 571–652 = BGBl. 1986, II, 17; vgl. dazu *Amissah, A.*, The ACP/EEC Conciliation and Arbitration Rules, 8 Arb. Int (1992), 167–184; *Salem, M.*, ibid. S. 587.

²⁶ Viertes *Lomé Abkommen* zwischen der *EWG* und 68 *AKP*-Staaten vom 15. Dezember 1989, BGBl. 1991, II, S. 2 ff.

²⁷ Kapitel 3: „Investitionen“, Art. 258–274 und Anhang LIII des Vierten *Lomé Abkommens*; vgl. auch Titel IV: „Investitionen“, Art. 60–64 und Anhang IX des Zweiten *Lomé Abkommens* sowie Titel IV: „Investitionen, Kapitalverkehr, Niederlassung und Dienstleistungen“, Art. 240–254 des Dritten *Lomé Abkommens*.

²⁸ Kapitel 3, Abschnitt 1 „Investitionsförderung“, Art. 258, Präambel des Vierten *Lomé Abkommens*; ähnlich die Präambel des IV. Titels, Kapitel 1, „Investitionen“, Art. 240 des Dritten *Lomé Abkommens*.

²⁹ Art. 258 a) des Vierten *Lomé Abkommens*; ähnlich Art. 240 a) des Dritten *Lomé Abkommens*.

³⁰ Art. 258 b) des Vierten *Lomé Abkommens*; ähnlich Art. 240 b) des Dritten *Lomé Abkommens*.

Sie fördern weiter die effiziente Zusammenarbeit zwischen AKP-Unternehmen und zwischen diesen und Unternehmen der Gemeinschaft, um den Transfer von Kapital, Managementkenntnissen, Technologien und anderen Formen des *Know-how* zu steigern³². Ferner wird ein stärkerer und stetiger Fluß privater Gelder von der Gemeinschaft in die AKP-Staaten gefördert, indem die Vertragsstaaten zur Beseitigung der Hindernisse beitragen, welche den Zugang der AKP-Staaten zu den internationalen Kapitalmärkten, insbesondere denen der Gemeinschaft, versperren³³. Dazu kommt auch die Schaffung eines günstigen Umfelds für die Entwicklung von Finanzierungseinrichtungen und die Bereitstellung der Mittel, welche für die Kapitalbildung und die Ausweitung unternehmerischer Initiativen erforderlich sind³⁴. Schließlich wird die Entwicklung der Unternehmen gefördert mit Maßnahmen, die sich als erforderlich erweisen, um die Rahmenbedingungen der Unternehmen zu verbessern und um insbesondere einen rechtlichen, administrativen und finanziellen Rahmen zu schaffen, mit dem der Aufbau und die Entwicklung eines dynamischen privaten Sektors, einschließlich der Basisunternehmen, gefördert werden kann³⁵.

Hinsichtlich des Investitionsschutzes wird festgestellt, daß im beiderseitigen Interesse zwischenstaatliche Investitionsschutz- und förderungsabkommen geschlossen werden sollten, welche auch die Grundlage für Versicherungs- und Bürgschaftssysteme bilden können³⁶. Hierbei kann jeder Vertragsstaat die Aufnahme von Verhandlungen über ein Investitionsschutz- und förderungsabkommen mit einem anderen Vertragsstaat beantragen³⁷.

³¹ Art. 258 c) des Vierten *Lomé Abkommens*; ähnlich Art. 240 c) des Dritten *Lomé Abkommens*.

³² Art. 258 d) des Vierten *Lomé Abkommens*; ähnlich Art. 241 Abs. 1 des Dritten *Lomé Abkommens*.

³³ Art. 258 e) des Vierten *Lomé Abkommens*; ähnlich Art. 241 Abs. 2 des Dritten *Lomé Abkommens*.

³⁴ Art. 258 f) des Vierten *Lomé Abkommens*; ähnlich Art. 242 des Dritten *Lomé Abkommens*.

³⁵ Art. 258 g) des Vierten *Lomé Abkommens*.

³⁶ Abschnitt 2: „Schutz der Investitionen“, Art. 260 des Vierten *Lomé Abkommens*; ähnlich Art. 63 des Zweiten *Lomé Abkommens* und Art. 243 Abs. 1 des Dritten *Lomé Abkommens*; zur Förderung europäischer Investitionen in von den AKP-Staaten betriebenen Entwicklungsvorhaben von besonderer Bedeutung können nach Art. 262 des Vierten *Lomé Abkommens* zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten auf der einen und den AKP-Staaten auf der anderen Seite auch Abkommen über spezifische Vorhaben von beiderseitigem Interesse abgeschlossen werden, wenn sich die Gemeinschaft und europäische Unternehmen an ihrer Finanzierung beteiligen; ähnlich Art. 243 Abs. 2 des Dritten *Lomé Abkommens*.

³⁷ Art. 261 Abs. 1 des Vierten *Lomé Abkommens*; ähnlich Art. 4 des Anhangs IX „Gemeinsame Erklärung zu Artikel 64 des Abkommens“ des Zweiten *Lomé Abkommens*.

Bei der Aufnahme der Verhandlungen, dem Abschluß, der Anwendung und der Auslegung bilateraler oder multilateraler Gegenseitigkeitsabkommen über die Förderung und den Schutz von Investitionen nehmen die an solchen Abkommen beteiligten Staaten keinerlei Diskriminierung zwischen den Vertragsstaaten dieses Abkommens oder ihnen gegenüber im Vergleich zu Drittländern vor³⁸. Unter „*Nichtdiskriminierung*“ verstehen die Vertragsparteien, daß bei der Aushandlung derartiger Abkommen jede Seite das Recht hat, sich auf Bestimmungen zu berufen, die in Abkommen enthalten sind, welche zwischen dem betreffenden AKP-Staat bzw. Mitgliedstaat und einem anderen Staat ausgehandelt wurden, sofern in jedem Falle die Gegenseitigkeit gewährt ist³⁹. Die Vertragsstaaten sind ferner berechtigt, eine Änderung bzw. Anpassung der nichtdiskriminierenden Behandlung zu verlangen, wenn die internationalen Verpflichtungen oder eine veränderte Sachlage dies erfordern⁴⁰.

Um die Aushandlung von bilateralen Abkommen über die Förderung und den Schutz von Investitionen zu erleichtern, sind die Vertragsparteien übereingekommen, die wichtigsten Klauseln eines Standard-Schutzabkommens zu prüfen⁴¹. Unter Zugrundelegung der zwischen den Vertragsstaaten bestehenden bilateralen Abkommen werden hierbei insbesondere folgende Fragen geprüft:

- (1) Rechtsgarantien für eine gerechte und angemessene Behandlung sowie den Schutz ausländischer Investoren;
- (2) die Meistbegünstigungsklausel für Investoren;
- (3) der Schutz bei Enteignung und Verstaatlichung;
- (4) der Kapital- und Gewinntransfer und
- (5) die internationale Schiedsgerichtsbarkeit bei Streitigkeiten zwischen dem Investor und dem Aufnahmestaat.

Angeichts der steigenden Abhängigkeit von immer mehr Unternehmen in einer wachsenden Zahl von Ländern von grenzüberschreitendem Handel und Investitionen hat sich die EU weiter für eine Stärkung des multilateralen Handelssystems eingesetzt. So hat sie sich aktiv an allen acht Verhandlungsrunden des GATT beteiligt, die schließlich zur Gründung der Welthan-

³⁸ Art. 261 Abs. 2 Satz 1 des Vierten *Lomé Abkommens*; ähnlich Art. 1 des Anhangs IX des Zweiten *Lomé Abkommens*.

³⁹ Art. 261 Abs. 2 Satz 2 des Vierten *Lomé Abkommens*; ähnlich Art. 2 b) Satz 1 des Anhangs IX des Zweiten *Lomé Abkommens*.

⁴⁰ Art. 261 Abs. 2 des Vierten *Lomé Abkommens*; ähnlich Art. 2 Abs. 2 b) Satz 2 des Zweiten *Lomé Abkommens*.

⁴¹ Anhang LIII: „*Gemeinsame Erklärung zum Dritten Teil, Titel III, Kapitel 3, Abschnitt 2*“ des Vierten *Lomé Abkommens*.

delsorganisation (WTO) am 1. Januar 1995 geführt haben⁴². Die *EU* ist bemüht, Direktinvestitionen, die als Motor für Wirtschaftswachstum und Wohlstand gelten, zu fördern und zu schützen. Ferner will sie sicherstellen, daß deren Auswirkungen sowohl im Heimat- als auch im Gastland sorgfältig überwacht werden. Aus diesen Gründen hat sie bei den Bemühungen, durch klare internationale Regeln gleiche Voraussetzungen für alle zu schaffen, die Führung übernommen. In diesem Zusammenhang hat die *EU* darauf bestanden, daß in die nächste *WTO*-Verhandlungsrunde neben den Punkten, die bereits auf der Tagesordnung stehen (Landwirtschaft, Dienstleistungen und traditionelle Aspekte der Liberalisierung, z.B. Zölle auf Industriegüter) auch Themen wie die komplexen Beziehungen zwischen Handel und Investitionen einbezogen werden, da nach ihrer Auffassung hier eine der größten Lücken im derzeitigen internationalen Regelwerk besteht.

2. Weitere regionale Ansätze zum multilateralen Investitionsschutz

Regionale Vereinbarungen über den Schutz ausländischer Investitionen gab es auch schon in der Vergangenheit⁴³. Zu erwähnen sind etwa die Abkommen zwischen einigen arabischen Staaten⁴⁴ sowie im Rahmen der *Organisation der Islamischen Konferenz*⁴⁵ oder auch das *ASEAN*⁴⁶-*Investitionsschutzabkommen*⁴⁷. Noch jünger sind die 1994 verabschiedeten *Investitionsgrundsätze der Asiatisch-Pazifischen Wirtschaftskooperation* (*Asian*

⁴² Zur sogenannten Uruguay-Runde des *GATT* und zur Schaffung der *WTO* siehe unten, unter § 11, D. III.

⁴³ Vgl. dazu Gramlich, L., S. 222; Sornarajah, M., JWTL 29 (2) (1995), 105–129 (122ff.).

⁴⁴ Agreement on Investment and Free Flow of Arab Capital among Arab Countries von 1973, zitiert nach Siebel, U.-R., in Festschrift für Glossner, S. 393–416 (408); Accord sur le règlement des litiges en matière d'investissements entre Etats hôtes d'investissements arabes et les ressortissants des autres Etats arabes vom 20. August 1976, zitiert nach Rycx, J.-F., Rev. arb 1981, 259–280; Treaty for the Investment of Arab Capital in Arab Countries vom 26. November 1980, zitiert nach Peters, P., Dispute Settlement Arrangements in Investment Treaties, NYIL 22 (1991), 91–161 (160); Arab Maghreb Union (Algerien, Libyen, Mauretanien, Marokko und Tunesien): Treaty on Promotion and Protection of Investments vom 23. Juli 1990, zitiert nach Peters, P., ibid. S. 160.

⁴⁵ Agreement for Promotion, Protection and Guarantee of Investments among Member States of the Organisation of Islamic Conference (*OIC*) von 1981, in Kraft getreten am 26. Februar 1988, zitiert nach Peters, P., ibid. S. 160.

⁴⁶ Association of Southeast Asian Nations.

⁴⁷ Agreement among the Governments of Brunei Darussalam, The Republic of Indonesia, The Republic of Philippines, The Republic of Singapore and The Kingdom of Thailand for the Promotion and Protection of Investments vom 15. Dezember 1987, abgedruckt in ILM 27 (1988), 612–614.

Pacific Economic Cooperation – APEC)⁴⁸. Die am 17. Dezember 1994 von etwa 50 Staaten unterzeichnete *Energiecharta*⁴⁹, welche ausführliche Regelungen zum Schutz ausländischer Investitionen im Energiebereich enthält, mag man ebenfalls noch als ein regionales Abkommen bezeichnen.

Auch wenn die erwähnten multilateralen Ansätze den Schutz von Direktinvestitionen insgesamt verstärken, weisen sie doch wichtige Unterschiede auf. So zeigt sich insbesondere, daß das Schutzniveau im Rahmen regionaler Vereinbarungen meist höher ist, weil gemeinsame Traditionen und Interessen vorhanden sind. Die Bestimmungen des *GATT*, die den Investitionsschutz betreffen, verankern demgegenüber zwar die gängigen Grundsätze, wie etwa den der Inländerbehandlung oder den der Meistbegünstigung⁵⁰ und ermöglichen somit ebenfalls einen relativ starken Schutz. Sie lassen jedoch zahlreiche Einschränkungen und Ausnahmen zu. Auf diese Weise tragen sie den sehr unterschiedlichen Bedürfnissen der Unterzeichnerstaaten Rechnung. Ein allgemeines, verbindliches und weltweites Abkommen über den Investitionsschutz läßt deshalb noch auf sich warten.

III. Verhandlungen über ein *Multilaterales Investitionsabkommen im Rahmen der OECD*

Seit September 1995 laufen in der *OECD* Verhandlungen über ein *Multilaterales Abkommen für Investitionen (MAI)*⁵¹. Ziel ist es, die Investitionsliberalisierung in den *OECD*-Mitgliedstaaten voranzutreiben und den Investoren ein hohes Maß an Investitionsschutz zu garantieren, einschließlich verbindlicher Regeln zur Streitschlichtung. Auch wenn der Inhalt des *MAI*

⁴⁸ Abgedruckt bei *Sornarajah, M.*, JWTL 29 (2) (1995), 105–129 (128 ff.); ferner zu regionalen Ansätzen: Common Market for Eastern and Southern Africa, Treaty Establishing, Kampala, Uganda, 5. November 1993, ILM 33 (1994), 1067, Chapter 26, Investment Promotion and Protection (Art. 159 Investment Promotion and Protection; Art. 162 Multilateral Investment Agreements); zu den Investitionsmusterverträgen des afrikanischen und asiatischen Gruppen siehe *Salem, M.*, Clunet 113 (1986–II), 579–626 (689).

⁴⁹ Vertrag über die Energiecharta, Abl. der EG Nr. L 380, S. 24 ff. = BGBl. 1997, II, 4; Art. 26: Beilegung von Streitigkeiten zwischen einem Investor und einer Vertragspartei und Art. 27: Beilegung von Streitigkeiten zwischen Vertragsparteien; ausführlich dazu *Wälde, T.*, International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty. Legal, Negotiating and Policy Implications for International Investors with Western and Commonwealth of Independent States/Eastern European Countries, JWTL 29 (5) (1995), 5–72.

⁵⁰ Näher zu diesen Grundsätzen unten, unter § 10, D. IV. 2. a).

⁵¹ *Häde, U.*, Archiv des Völkerrechts, 35 (1997), 181–212 (210 ff.); *Karl, J.*, Das Multilaterale Investitionsabkommen (MAI), RIW 44 (1998), 432–440; *Stern, B.*, International Economic Relations and the MAI Dispute Settlement System, The 7th Geneva Global Arbitration Forum, JintArb 16 (2) (1999), 118–128.

noch nicht endgültig feststeht, so sind die Verhandlungen doch so weit vorangeschritten, daß sich die Kernelemente des Abkommens deutlich abzeichnen. Das Abkommen wird voraussichtlich Maßstäbe für den künftigen internationalen Investitionsschutz setzen. Nicht nur wird es weltweit das erste multilaterale Investitionsabkommen sein, sondern zugleich auch die wichtigsten staatlichen Akteure auf dem Gebiet von Auslandsinvestitionen unter seinem Dach vereinen.

Von seinem Aufbau her entspricht das *MAI* in weiten Teilen den bilateralen Investitionsschutzverträgen⁵². Kernelemente des Abkommens sind demnach die Definition der Investition, ein umfassendes Diskriminierungsverbot, Vorschriften zum Investitionsschutz, sowie Bestimmungen zur zwischenstaatlichen und zur Investor/Gaststaat-Streitschlichtung. Das *MAI* bestätigt damit die überragende Bedeutung dieser Grundsätze für einen umfassenden und adäquaten Rechtsschutz im Gastland. Nun wäre es allerdings ein mageres Ergebnis, wenn das *MAI* am Ende nichts weiter bildete als die multilaterale Kopie eines bilateralen Investitionsförderungsabkommens. Der Wert des *MAI* bemißt sich ganz wesentlich danach, welchen Zuwachs an Investitionsschutz im weitesten Sinne es gegenüber der bisherigen Rechtslage bringen wird.

1. Die Vorteile des *MAI*

a) *Der weitere Investitionsbegriff*

Die Verhandlungsteilnehmer haben sich im Grundsatz darauf geeinigt, Vermögenswerte jeder Art im Gastland zu schützen. Voraussetzung ist allerdings, daß der betreffende Vermögensgegenstand die Merkmale einer *Investition* erfüllt. Als solche nennt das *MAI* die Anlage von Kapital im Gastland, die Gewinnerwartung sowie die Risikoübernahme. Diese recht vage Abgrenzungsformel ist das Ergebnis von intensiven Diskussionen, bei denen es darum ging, einen Ausgleich zu finden zwischen dem Bestreben, den Anwendungsbereich des *MAI* nicht auf Direktinvestitionen zu beschränken, und der Notwendigkeit, eine uferlose Ausdehnung des Begriffs der „*Investition*“ auf jeglichen Kapitalwert zu vermeiden. Sofern die oben genannten Merkmale einer „*Investition*“ erfüllt sind, werden z.B. auch Darlehen, vertragliche Ansprüche, Konzessionen und jedes sonstige bewegliche und unbewegliche Vermögen vom *MAI* geschützt⁵³. Dies gilt auch für Portfolioinvestitionen⁵⁴.

⁵² Vgl. dazu unten, unter § 10, D. III. 2. und IV. 2.

⁵³ So auch Art. IX (b) des 2. Konventionsentwurfs einer „*Internationalen Konvention zum gegenseitigen Schutz privater Vermögenswerte im Ausland*“ (sogenannten „*Abs/Shawcross Draft*“) von April 1959 der Kölner Gesellschaft zur Förderung

Mit dem weiten Investitionsbegriff des *MAI* wird der bisherige in den bilateralen Investitionsförderungsverträgen vorgesehene Schutzzumfang erheblich ausgedehnt. Letztere schützen nach ihrem Wortlaut zwar ebenso „Vermögenswerte jeder Art“; jedoch fallen darunter, jedenfalls in der Bundesrepublik Deutschland⁵⁵, nur Direktinvestitionen, einschließlich beteiligungsähnlicher Darlehen⁵⁶. Vermögenswerte jeder Art werden in den bilateralen Verträgen nur insoweit geschützt, als sie zum Vermögen des Investitionsobjekts im Gastland – der Direktinvestition – gehören.

Diese Ausdehnung des Schutzzumfangs könnte einerseits Änderungen im Zusammenhang mit der Streitschlichtung heraufbeschwören. Das Risiko der Gaststaaten, von ausländischen Investoren verklagt zu werden, wird sich möglicherweise erhöhen. Denn künftig werden nicht nur „echte“ Unternehmer klageberechtigt sein, sondern auch bloße Inhaber einer im Gastland belegenen Forderung. Die derzeitige *MAI*-Definition der Investition hat andererseits aber den Nachteil, daß nicht recht deutlich wird, wo die Grenzen des Investitionsbegriffs liegen. Im Prinzip erfüllt jede Forderung die oben genannten Merkmale einer Kapitalanlage. Eine Möglichkeit zur weiteren Eingrenzung würde darin bestehen, bestimmte Vermögenswerte vom Anwendungsbereich des *MAI* ausdrücklich auszunehmen. Hiervon wären in

des Schutzes von Auslandsinvestitionen: „*Der Begriff Vermögen (umfaßt) jede Art von Gütern, Rechten und Interessen, gleichgültig, ob sie dem Inhaber unmittelbar oder mittelbar zustehen*“, zitiert nach Alenfeld, J., S. 29; diese Formulierung wurde von der OECD in Art. 9 (c) der „*Draft Convention on the Protection of Foreign Property*“ vom 12. Oktober 1967 übernommen, ILM 7 (1967), 117; vgl. auch das Dokument „*Position communautaire sur les principes de protection des investissements dans les états ACP*“ vom 3. November 1992, das die Kommission der EG im März 1992 dem Ministerrat vorgelegt hat, zitiert nach Siebel, U., *ibid.* Das Dokument entsprach einem in Art. 60ff. und Annex IX des Vierten Lomé Abkommens niedergelegten Mandat. Darin wird als „*investissements*“ u.a. zitiert: „1.03 c): ... *les obligations, titres ... ou autres instruments financiers émis par une société, une autre entreprise, un gouvernement, d'autorités publiques ou une organisation internationale*“; zum Begriff „*investment*“ in Art. 25 des WBÜ vgl. Broches, A., RdC 136 (1972–II), 331–410 (362); Delaume, G., Clunet 109 (1982), 775–843 (800ff.); ders., in Lew, J. D. M. (ed.), *Contemporary Problems ...*, S. 23–39 (26); Hirsch, M., S. 59ff.; Ott, R., S. 37; Pirrung, J., S. 63ff. m.w.Nach.

⁵⁴ Zur Abgrenzung zwischen Direkt- und Portfolioinvestitionen siehe oben, unter Einleitung, Fn. 1, zur Einbeziehung von Portfolioinvestitionen in den Schutzbereich des *MAI* unten, unter § 10, C. III. 1. b).

⁵⁵ Vgl. dazu Art. 1 des Investitionsschutzvertrages der Bundesrepublik Deutschland mit Estland vom 12. November 1992, BGBl. 1996, II, S. 67. Dieser Vertrag entspricht – bis auf eine wohl unwesentliche Abweichung in Art. 6 – dem Wortlaut des derzeitigen deutschen Mustervertrags, Stand Februar 1991.

⁵⁶ Alenfeld, J., S. 30: „*Unsere Verträge sind also keine Investitionsförderungsverträge schlechthin, sondern Verträge zur Förderung von Direktinvestitionen*“; Jüttner, H., S. 247; a.A. Foeth, G., S. 241; Frick, H., S. 182; Siebel, H., in Festschrift für Glossner, S. 393–415 (413).

erster Linie bloße Handelsforderungen bzw. -kredite betroffen. Eine solche Klarstellung erscheint erforderlich, sofern sich das *MAI* nicht in einem konturenlosen „Weltfinanzabkommen“ auflösen soll, das jede Unterscheidung zwischen Handel und Investitionen aufgibt.

b) Indirekte Investitionen

Das *MAI* wird neben unmittelbaren Kapitalbeteiligungen auch mittelbare Investitionen schützen. Im Gegensatz hierzu haben viele bilaterale Verträge bisher nur Kapitalanlagen erfaßt, die unmittelbar aus dem Heimatstaat des Investors stammen. Angesichts der zunehmenden Tätigkeit von Investitionen über im Ausland ansässige Holdinggesellschaften (sogenannte *Brückenkopf-Investitionen*) besteht ein praktisches Bedürfnis nach Ausdehnung des Schutzbereichs⁵⁷. Weitgehend einig ist man sich, daß das *MAI* jedenfalls solche indirekten Investitionen erfassen soll, die über einen *MAI*-Vertragsstaat getätigt werden (z. B. deutsche Investitionen in den USA; Folgeinvestition in Mexiko). Strittig ist dagegen noch, ob auch Investitionen, welche über nicht *MAI*-Staaten fließen, einbezogen werden sollen (z. B. deutsche Investitionen in Venezuela; Folgeinvestition in Mexiko). Etliche Verhandlungsteilnehmer lehnen dies mit der Begründung ab, es gehe nicht an, daß nicht *MAI*-Staaten indirekt vom Schutz des Abkommens profitieren.

Während es wirtschaftliche Überlegungen nahelegen, indirekte Investitionen in möglichst weitem Umfang einzubeziehen, ist dies andererseits rechtlich nicht ohne Bedenken. Probleme könnten einerseits bei der Streit-schlichtung entstehen. Es fragt sich, wer im Falle einer Streitigkeit mit dem Gastland dazu berechtigt sein soll, diplomatischen Schutz zu gewähren: der Heimatstaat des Erstinvestors oder der Heimatstaat der Zwischeninvestition?⁵⁸ Falls Erst- und Zwischeninvestor aus einem *MAI*-Vertragsstaat stammen, haben grundsätzlich beide ein Klagerecht. Hier dürfte eine Koordinierung der Schutzausübung durch zwischenstaatliche Vereinbarungen erforderlich werden. Befindet sich die zwischengeschaltete Investition dagegen in einem nicht *MAI*-Staat, kommt eine Klageberechtigung nur für den (*MAI*)-Erstinvestor in Betracht.

⁵⁷ So umfaßt nach Art. 1 des Abkommens zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Staat Kuwait über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen vom 30. März 1994, BGBl. 1997, II, 166 der Begriff „*Kapitalanlagen*“ auch Portfolioinvestitionen.

⁵⁸ Siehe dazu schon die „*Barcelona Traction*“-Entscheidung des IGH, ICJ Rep. 1970, S. 3 ff. Danach ist in der Regel der Staat, in welchem das investierende Unternehmen seinen Sitz hat, zur Ausübung diplomatischen Schutzes berechtigt, nicht dagegen der Staat, dem die Anteilseigner des Unternehmens angehören.

Die Einbeziehung indirekter Investitionen könnte andererseits erhebliche Auswirkungen auf das nationale Garantieinstrumentarium haben. Bisher sind in Bundesrepublik Deutschland nur unmittelbare Investitionen im Ausland versicherbar⁵⁹. Künftig wäre die Möglichkeit eröffnet, den Schutz auf mittelbare Kapitalanlagen auszudehnen⁶⁰. Soweit die Zwischeninvestition gleichfalls Versicherungsschutz durch ihren Heimatstaat in Anspruch nehmen kann, könnten Kooperationsabkommen zwischen den jeweiligen Versicherungsagenturen erforderlich werden. Kommt es nämlich zu einer „Doppelversicherung“, ist fraglich, welche Versicherungsgesellschaft nach einer Entschädigungsleistung Regreßansprüche gegenüber dem Gaststaat im Wege der Subrogation geltend machen kann.

c) Nichtdiskriminierung bei der Investitionszulassung

Eine weitere wesentliche Neuerung gegenüber dem bilateralen Vertragsmodell besteht in der Erfassung der sogenannten *Vorinvestitionsphase*. Das *MAI* enthält demnach verbindliche Regeln nicht nur für die Behandlung von im Gastland niedergelassenen Unternehmen, sondern auch bereits im Hinblick auf die Zulassung von Investoren. Es gelten die Grundsätze der Inländerbehandlung⁶¹ und Meistbegünstigung⁶². Ergänzt werden die Bestimmungen durch das grundsätzliche Verbot, in Zukunft neue Investitionshindernisse einzuführen (sogenannte „*standstill*“-Prinzip). Zugleich räumt

⁵⁹ Nach § 3 der Bundesgarantien für Kapitalanlagen im Ausland [zitiert nach Schubert, H./Scheele, M., Direktinvestitionen in Osteuropa: Versicherungsalternativen, Finanzierungsinstrumente und Förderungsprogramme, RIW 45 (1999), S. 118–130 (119)] sind folgende Kapitalanlagen deutscher Unternehmen garantiefähig:

- a) Beteiligungen an ausländische Unternehmen;
- b) an ausländische Unternehmen gewährte beteiligungsähnliche Darlehen;
- c) Kapitalausstattungen von ausländischen Niederlassungen und Betriebsstätten deutscher Unternehmen,
- d) Auf Antrag können auch Erträge aus Beteiligungen und beteiligungsähnlichen Darlehen in die Deckung einbezogen werden.

⁶⁰ Vgl. auch Art. 12 a) der *MIGA*-Konvention der Weltbank vom 11. Oktober 1985, BGBl. 1987, II, 454 ff. Danach können auch Portfolioinvestitionen in Deckung genommen werden, wenn auch „*vorrangig an solche, die mit ausländischen Direktinvestitionen verbunden sind*“. Die letzte Voraussetzung wurde eingeführt, da von verschiedener Seite in Frage gestellt worden war, ob die begrenzte Garantiekapazität der *MIGA* für Portfolioinvestitionen bereitgestellt werden sollte. In Anbetracht der Tatsache, daß auch die *International Finance Corporation (IFC)* Portfolioinvestitionen fördert und diese ein großes Potential für Kapitalinvestitionen darstellen, einigte man sich auf diese Formulierung. Näher zur *MIGA*-Konvention und zu ihren Versicherungs- und Streitschlichtungsmechanismen unten, unter § 11, D. I.

⁶¹ Vgl. dazu Art. 3 Abs. 1 des deutschen Mustervertrags (§ 10, Fn. 55); näher zum Inhalt des Grundsatzes der Inländerbehandlung unten, unter § 10, D. IV. 2. a).

⁶² Art. 3 Abs. 2 des deutschen Mustervertrags (§ 10, Fn. 55).

das *MAI* ausländischen Investoren erstmals ein vor nationalen bzw. internationalen Gerichten einklagbares Recht auf Nichtdiskriminierung bei der Investitionszulassung ein. Dies ist ein bedeutsames Instrument zur Marköffnung, ist doch zu erwarten, daß die unmittelbar Betroffenen (die Investoren) ihre Rechte konsequent wahrnehmen werden⁶³.

d) Institutionelles

Ein weiterer Vorteil des *MAI* gegenüber den bilateralen Investitionsschutzverträgen besteht darin, daß künftig eine *MAI-Parties' Group* über die Einhaltung der *MAI*-Verpflichtungen wachen wird (im Vorfeld einer formellen Streitschlichtung). Bei einer eventuellen Vertragsverletzung hat es ein Gaststaat nicht allein mit dem Heimatstaat des Investors zu tun, sondern mit der Gesamtheit der Vertragspartner. Dies dürfte den Druck zu einem vertragskonformen Verhalten erhöhen. Weiterhin wird die *MAI-Parties' Group* aber auch ein ständiges Dialogforum im Hinblick auf alle investitionsrelevanten Fragen bilden. Zudem soll sie Anstöße für weitere Investitionsliberalisierungen geben. In diesem Zusammenhang ist zu erwarten, daß die *MAI-Parties' Group* – ähnlich wie schon bislang die zuständigen *OECD*-Gremien – in regelmäßigen Abständen Länderexamina abhält, in denen der jeweilige Staat die Aufrechterhaltung der noch bestehenden Investitionshindernisse rechtfertigen muß.

2. Mögliche Schwächen des *MAI*

Während bislang die Vorteile des *MAI* gegenüber den bilateralen Investitionsschutzverträgen geschildert wurden, geht es im folgenden um die Identifizierung solcher Sachgebiete, bei denen das *MAI* möglicherweise hinter dem bilateralen Standard zurückbleibt.

a) Kapitaltransferbeschränkungen

Viele bilaterale Investitionsschutzverträge enthalten eine Transfergarantie⁶⁴. Der Investor hat demnach unabhängig von der jeweiligen ökonomi-

⁶³ Stern, B., JIntArb 16 (2) (1999), 118–128 (119); hier können auf die *OECD*-Staaten noch unliebsame Überraschungen zukommen, sahen bisher die meisten bilateralen Investitionsschutzverträge doch nur ein Klagerecht in Hinblick auf die Nachinvestitionsphase vor. Hinzu kommt, daß die bilateralen Investitionsschutzverträge ganz überwiegend mit Entwicklungsländern geschlossen wurden, die in der Vergangenheit nur selten als Kapitalexporteure auftraten. Das Prozeßrisiko war für die *OECD*-Staaten deshalb bislang gering.

⁶⁴ Vgl. dazu Art. 5 des deutschen Mustervertrags (§ 10, Fn. 55).

schen und finanziellen Situation im Gastland einen Anspruch auf unbehinderten Transfer seines Gewinns und sonstiger im Zusammenhang mit der Investition stehender Zahlungen. Dagegen räumt das *MAI* den Gaststaaten aller Voraussicht nach das Recht ein, bei schwerwiegenden Zahlungsbilanzkrisen vorübergehend Transferbeschränkungen zu verhängen. Die Maßnahme muß mit den Vorschriften des *Internationalen Währungsfonds (IWF)* vereinbar sein und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren. Alle sechs Monate ist zu prüfen, inwieweit die Beschränkung aufgehoben werden kann. Es ist der Grundsatz der Meistbegünstigung zu beachten. Einige Verhandlungsteilnehmer fordern außerdem, daß zumindest im Hinblick auf Kompensationsleistungen, z.B. eine Enteignungsentschädigung, Beschränkungen generell unzulässig sind.

b) Streitschlichtung

Viele bilaterale Verträge geben dem Investor das Recht, bei Streitigkeiten mit dem Gaststaat den nationalen Rechtsweg zu beschreiten oder ein internationales Schiedsgericht anzurufen⁶⁵. Ist der Investor mit einer Entscheidung des nationalen Gerichts nicht zufrieden, so kann er zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit überwechseln und umgekehrt. Das *MAI* sieht diese Möglichkeit zwar ebenfalls vor; jedoch ist es den einzelnen Vertragsparteien gestattet, hiervon eine länderspezifische Ausnahme anzumelden. Investoren in diesen Ländern sollen danach nur die Möglichkeit haben, entweder vor ein nationales Gericht oder ein internationales Schiedsgericht zu ziehen⁶⁶. Die einmal getroffene Entscheidung ist unwiderruflich⁶⁷. Es

⁶⁵ *IFV* von Rumänien mit dem Vereinigten Königreich vom 19. März 1976; mit Österreich vom 20. September 1976; mit Frankreich vom 16. Dezember 1976; mit Benelux vom 8. Mai 1978 und mit der Bundesrepublik Deutschland vom 12. Oktober 1979, zitiert nach *Broches, A.*, *International Investment Disputes*, in *Broches, A.* (ed.), *Selected Essays ...*, S. 495–510 (510); *IFV* von Rumänien mit Kamerun vom 30. August 1980; mit Denmark vom 12. November 1980; mit Sri Lanka vom 9. Februar 1981; mit der Niederlande vom 27. Oktober 1983 und mit Tunesien vom 23. September 1987, zitiert nach *Peters, P.*, *NYIL* 22 (1991), 91–161, Appendix, S. 154; Art. VII des *IFV* von USA mit Argentinien vom 14. November 1991, *ILM* 31 (1992), 124; Art. X (2) des *IFV* von USA mit Kroatien vom 15. Januar 1993 und 13. Juli 1996, zitiert nach *Sajko, K.*, *Uniform Law Review*, 1998-2/3, 657–669 (658, 663); Art. IX des *IFV* von USA mit Jordanien vom 2. Juli 1997, *ILM* 36 (1997), 1498–1506; Art. XII des *IFV* von Australien mit China vom 11. Juli 1988, *ILM* 28 (1989), 121; Art. 12 des *IFV* von Australien mit Vietnam vom 5. März 1991, *ILM* 30 (1991), 1064; Annex G-21.1. des Canada-Chile, *Free Trade Agreements* vom 5. Dezember 1996, *ILM* 36 (1997), 1079–121; Art. 9 § 2 des Hong Kong-Japan *Agreements for the Promotion and Protection of Investment* vom 15. Mai 1997, *ILM* 36 (1997), 1423–1430.

⁶⁶ Eine solche Regelung findet sich auch in der Energiecharta (§ 10, Fn. 49) im Annex ID zu Art. 26.

zeichnet sich ab, daß eine Vielzahl von Staaten hiervon Gebrauch machen wird. Der Rechtsschutz ist somit verkürzt.

3. Zusammenfassung

Was das *MAI* realistischerweise für die Fortentwicklung des internationalen Investitionsschutzes zu leisten vermag, bleibt noch fraglich. Sicherlich wäre es unrealistisch, hierbei einen „Quantensprung“ zu erwarten. Vielmehr sind vorrangige Ziele des *MAI* die Bestätigung und Konsolidierung der einschlägigen Regeln des Völkerrechts zur Streitschlichtung, die Einbeziehung möglichst vieler Kapitalanlageformen, ein Diskriminierungsverbot bei der Investitionszulassung sowie die Verpflichtung zur fortschreitenden Investitionsliberalisierung. Diesen positiven Neuerungen stehen wahrscheinlich auch gewisse Einschränkungen des bisherigen Schutzniveaus gegenüber. Zu nennen sind hierbei vor allem die Zulässigkeit von Transferbeschränkungen sowie die Verkürzung des Rechtsschutzes des Investors im Falle eines länderspezifischen Vorbehalts, wonach die Entscheidung des Investors, eine Investitionsstreitigkeit vor die nationalen Gerichten des Gastlandes zu bringen, unwiderruflich ist und die Überwechselung zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit ausschließt.

Solange das multilaterale Vertragssystem noch nicht in allen Punkten dem aus den bilateralen Verträgen bekannten Schutzniveau entspricht, besteht ein Bedürfnis für eine anderweitige Ausfüllung der Schutzlücke. Diese Aufgabe könnten die bilateralen Investitionsschutzverträge erfüllen. Zugleich könnten sie eine Vorreiterrolle im Hinblick auf einen künftigen

⁶⁷ Vgl. Annex G-21.2 des Canada-Chile Free Trade Agreements vom 5. Dezember 1996, ILM 36 (1997), 1079–1212: „... *The selection of the chilean court or administrative tribunal shall be final and such investor or enterprise may not thereafter allege the breach in an arbitration under this section ...*“; so auch im Art. 8 Abs. 3 des IFV zwischen Chile und Kroatien von 28. November 1994, zitiert nach Sajko, K., Uniform Law Review, 1998-2/3, 657–669 (657, 664), mit weiteren Nachweisen über die vergleichbare Praxis vieler lateinamerikanischer Staaten; siehe aber Art. 4 des Änderungs und Ergänzungsprotokolls vom 14. April 1997 zum IFV zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Chile vom 21. Oktober 1991, BGBl. 1998, II, 1427: „*Unbeschadet der in Art. 10 zur Streitschlichtung zwischen einer Vertragspartei und einem Staatsangehörigen oder einer Gesellschaft der anderen Vertragspartei getroffenen Regelung haben chilenische Staatsangehörige oder Gesellschaften, die im Hoheitsgebiet der BRD eine Kapitalanlage tätigen oder getätigt haben, das Recht, jede Meinungsverschiedenheit einem Schiedsgericht im Rahmen des WBÜ zu unterbreiten. Dieses Recht kann auch dann ausgeübt werden, wenn sie vorher die Meinungsverschiedenheit den zuständigen Gerichten der BRD unterbreitet haben, und zwar dann, wenn eine Sachentscheidung vorliegt, soweit der Staatsangehörige oder die Gesellschaft der Auffassung sind, daß diese Entscheidung die Bestimmungen dieses Vertrages verletzt*“ [Hervorhebung von der Verfasserin].

Ausbau des multilateralen Investitionsschutzes übernehmen. Es spricht deshalb einiges dafür, daß die bilateralen Investitionsschutzverträge auch in der Zukunft eine nicht unbedeutende Komponente des internationalen Investitionsschutzes bilden werden. Insofern ist es ein ermutigendes Zeichen, daß parallel zu den MAI-Verhandlungen derzeit mehrere bilaterale Verhandlungen zwischen MAI-Partnern über den Abschluß eines Investitionsschutzvertrages stattfinden⁶⁸. Dies bestätigt die Erwartung, daß sich bi- und multilateraler Investitionsschutz nicht gegenseitig verdrängen, sondern ergänzen. Bilaterale Investitionsschutzverträge können daher je nach den Umständen zu einer Konsolidierung, Verbesserung, einem Zurückdrängen bzw. zu einer Initiierung neuer multilateraler Investitionsregeln eingesetzt werden. Sie können multilaterale Übereinkommen verfestigen, fortschreiben, ihnen entgegenwirken und neue Denkanstöße geben. Infolgedessen besteht eine enge Wechselwirkung zwischen multilateralem und bilateralem Investitionsschutz⁶⁹.

D. Die bilateralen Investitionsschutzverträge

I. Einleitung

Der Schutz von Auslandsinvestitionen in Entwicklungsländern auf multilateraler und weltweiter Basis erscheint zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht aktuell. Eine solche Lösung würde die nicht zu erzielende Übereinstimmung unter einer großen Mehrheit der Industrie- und Entwicklungsländer, die für das Zustandekommen eines Abkommens erforderlich wäre, bezüglich des völkerrechtlichen Schutzes von Kapitalanlagen im Ausland voraussetzen⁷⁰. Die Staatenpraxis der letzten Jahrzehnte und die sich weiterhin häufenden Streitfälle zeigen aber die immer noch multilateral kaum überbrückbare Gegensätzlichkeit der Positionen in vielen Bereichen auf. Dies gilt vor allem für den schon immer zentralen Streitpunkt der Enteignung sowie für den Umfang und die Zahlungsmodalitäten einer Entschädigung⁷¹. Es besteht nach wie vor eine so erhebliche Divergenz der Meinungen hinsichtlich dessen, was weltweit als Standard eines für Industrie- und Entwicklungsländer akzeptablen völkerrechtlichen Investitionsschutzes anzusehen ist, daß die Überwindung dieser Kluft durch den Abschluß eines noch so geschickt ausgehandelten multilateralen Abkommen nicht zu erwarten ist. Ziel der gegenwärtigen Bemühungen muß es demgegenüber sein,

⁶⁸ So wurde z.B. im Oktober 1997 ein Investitionsschutzvertrag zwischen Mexiko und der Bundesrepublik Deutschland paraphiert.

⁶⁹ Karl, J., RIW 40 (1994), 809–817 (815).

⁷⁰ Ammann, U., S. 145, 146; Jüttner, H., S. 200 ff.; Lämmerzahl, M., S. 71.

⁷¹ Vgl. dazu oben, unter § 9, A. IV. 1. und 3.

„induktiv“ den Kreis der Entwicklungsstaaten zu erweitern, die zu bilateralen völkerrechtlichen Vereinbarungen zum Schutz und zur Förderung von Investitionen mit Industriestaaten bereit sind.

Wie die Untersuchung der Vertragssysteme verschiedener Staaten im folgenden zeigen wird, ist eine bereits nicht geringe Zahl von Entwicklungsländern auf bilateraler Basis mit Kapitalexportländern in diesem Sinn übereingekommen⁷². Hier ist es in beschränktem Umfang gelungen, den beschriebenen Interessenkonflikt in ein gemeinsames Ziel umzuwandeln: Schutz von Kapitalanlagen, die zugleich einen Beitrag zum Entwicklungsprozeß leisten. Ein weltweit akzeptables multilaterales Schutzabkommen hätte sicher größere Bedeutung und mehr Einfluß auf die Haltung der Völkerrechtsgemeinschaft in Fragen des Schutzes ausländischer Privatinvestitionen als ein weit verzweigtes bilaterales Vertragssystem⁷³. Seine Verwirklichung kann aber erst Endpunkt einer Entwicklung sein, die im Verhältnis von Kapitalimportland zu Investor ein in stärkerem Maß entwicklungspolitisches Konzept der Auslandsinvestition entstehen läßt und im Verhältnis von Geber- und Nehmerstaat eine breite Basis der Übereinstimmung hinsichtlich der völkerrechtlichen Behandlung von ausländischen Kapitalanlagen schafft. Eine solche Entwicklung des Völkerrechts muß und wird entscheidend von einem immer dichter Netz zweiseitiger Verträge geformt werden, analog dem Prozeß, welcher in der Vergangenheit die zwischenstaatlich anerkannten Regeln des Fremdenrechts ebenfalls aus einer Fülle von Einzelverträgen hat entstehen lassen.

II. Die Entwicklung des bilateralen Investitionsschutzes

Früher enthielten vor allem die allgemeinen *Freundschafts- Handels- und Schiffahrtsverträge* einzelne Bestimmungen über die Behandlung von Eigentum der Bürger der Vertragsparteien im jeweils anderen Staat. Sie dienten auf diese Weise auch dem Investitionsschutz⁷⁴. Ähnliches gilt für manche *Niederlassungsverträge* oder für sonstige Übereinkommen zwischen Staaten mit wirtschaftlichem Bezug⁷⁵. Eine besondere Bedeutung

⁷² Alenfeld, J., S. 23ff.; Ammann, U., S. 125; Francis, A., Foreign Investment and International Law: A Caribbean Perspective, *Revue de Droit International* 71 (1993), 37–62; Frick, H., S. 77ff.; Jüttner, H., S. 212; Salacuse, J.-W., *IntL* 24 (1990), 655–675; Salem, M., *Clunet* 113 (1986–II), 579–626 (581); Schäfer, M., *RIW* 44 (1998), 199–204; Siebel, U.-R., in *Festschrift für Glossner*, S. 393–416 (413); Wühler, N., Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der völkerrechtlichen Praxis der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1985.

⁷³ Karl, J., *RIW* 40 (1994), 809–817 (810).

⁷⁴ Siebel, U.-R., in *Festschrift für Glossner*, S. 393–416 (413).

⁷⁵ Lämmerzahl, M., S. 76ff. Die Bundesrepublik Deutschland hat bis heute 35 *Freundschafts-, Handels- und Schiffahrts- oder Niederlassungsverträge* abgeschlos-

kommt allerdings den *Investitionsschutzverträgen im engeren Sinne (IFV)* zu. Seit dem ersten *Vertrag zur Förderung und zum Schutz von Kapitalanlagen* zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Pakistan, der am 25. November 1959 unterzeichnet wurde⁷⁶, gefolgt vom Investitionsschutzabkommen zwischen der Schweiz und Tunesien vom 19. Januar 1964⁷⁷ hat sich ein enges Geflecht solcher Übereinkommen zwischen den Staaten entwickelt. Zum 1. Januar 1997 gab es 1330 bilaterale Investitionsschutzverträge mit Beteiligung von 162 Staaten⁷⁸.

Damit hat sich ihre Zahl in nur fünf Jahren verdreifacht. Allein 1996 wurden 180 Abkommen, also an jedem zweiten Tag ein Vertrag abgeschlossen⁷⁹. Die Zahl der Investitionsschutzverträge nimmt also weltweit zu⁸⁰; insbesondere die *GUS*-Staaten und die Staaten des ehemaligen Ostblocks schließen *IFV* derzeit in verstärktem Maße ab, um ihre Attraktivität für

sen, BGBl. 1998, II, Fundstellennachweis B, Stand: 31 Dezember 1998, S. 657, 670.

⁷⁶ BGBl. 1961, II, S. 793; vgl. dazu Banz, M., S. 25; Salacuse, J.-W., IntL 24 (1990), 655–675 (657); zur Frage, wie sich im Laufe der 2. Hälfte des vergangenen und des jetzigen Jahrhunderts – parallel zur zunehmenden privatkapitalistischen Investitionstätigkeit in Entwicklungsländern – aus dem „klassischen“ Handelsvertrag in Form der Anpassung an die sich verändernden politischen und ökonomischen Bedingungen der Typ des Investitionsschutzvertrags herausgebildet hat, siehe Lämmerzahl, M., S. 74ff.

⁷⁷ Salem, M., Clunet 113 (1986–II), 579–606 (582).

⁷⁸ UNCTAD, World Investment Report 1997, Transnational Corporations, Market Insurance and Competition Policy New York/Genf 1997.

⁷⁹ Bis Juni 1996 hat die UNCTAD 1160 bilaterale Investitionsschutzverträge gezählt; vgl. UNCTAD, Press Release vom 4. Juni 1996, 6.

⁸⁰ Zu den *IFV* der Schweiz siehe Dominicé, C., La clause *CIRDI* dans les traités bilatéraux suisses de protection des investissements, in: im Dienst an der Gemeinschaft, Festschrift für Dietrich Schindler 1989, S. 457–477; Jüttner, H., S. 215; Krafft, M.-C., Les accords bilatéraux sur la protection des investissements conclus par la Suisse, in: Dicke D. C. (ed.), Foreign Investment in the Present and a New International Economic Order, S. 72–101.

Zu den *IFV* von Frankreich, siehe Jüttner, H., S. 217; Juillard, P., Les conventions bilatérales d'investissements conclus par la France, Clunet 106 (1979), 274–325; ders., Les conventions bilatérales d'investissements conclus par la France avec des pays n'appartenant pas à la zone franc, AFDI 28 (1982), 760–763.

Zu den *IFV* des Vereinigten Königreichs siehe Jüttner, H., S. 217; Mann, F.-A., British Treaties for the Promotion and Protection of Investments, BYIL 52 (1981), 241–254.

Zu den *IFV* der Niederlande siehe Jüttner, H., S. 216.

Zu den *IFV* von Japan siehe Holthus, M., Entwicklung und Förderung der japanischen Direktinvestitionen, in: Scharrer, H. (Hrsg.), Förderung direkter Investitionen. Eine Untersuchung der Maßnahmen bedeutender Industrieländer, Hamburg 1972, S. 401–467; Jüttner, H., S. 218.

Zu der Praktik anderer Staaten (Dänemark, Italien, Belgien, Luxemburg, Norwegen) siehe Jüttner, H., S. 216 und 218.

dringend benötigte Auslandsinvestitionen zu verbessern⁸¹. Auch in Lateinamerika hat sich allmählich die Einsicht durchgesetzt, daß der Wettbewerb um ausländische Investitionen nicht mehr ohne ein Netz von Investitionsschutzverträgen bestehen kann⁸².

Die Bedeutung der bilateralen Investitionsschutzverträge liegt zunächst einmal in der Absicherung der Investoren gegen politische, nicht-kommerzielle Risiken auf der Ebene völkerrechtlicher Verträge, die nicht wie die innerstaatliche Investitionsgesetzgebung der Kapitalimportstaaten die Gefahr nachteiliger Rechtsänderungen in sich bergen⁸³. Darüber hinaus dürften sie die Anlageplanungen nachhaltig beeinflussen. Mit ihren weitreichenden Garantien sollen sie maßgeblich dazu beitragen, eine den zwischenstaatlichen Kapitalabfluß fördernde Atmosphäre gegenseitigen Vertrauens zu erzeugen. Der Gesichtspunkt des Rechtsschutzes für Kapitalanlagen durch zwischenstaatliche Verträge sollte indessen nicht überschätzt werden. Denn die Verträge allein können das für die Anlage privaten Kapitals günstige Investitionsklima nicht schaffen. Ihre Wirkung auf das Investitionsklima in den kapitalimportierenden Staaten ist eher ergänzender Natur⁸⁴.

Diese Verträge dienen ferner dem Zweck, daß sich eine Vielzahl von Staaten bilateral zu einem Wohlverhalten gegenüber Vermögenswerten ausländischer Staatsangehörigen und Gesellschaften verpflichtet und damit die unabhängig davon bestehenden allgemeinen Regeln des Völkerrechts bestätigt und ergänzt⁸⁵. Die Investitionsschutzverträge sind dennoch nicht nur für den Rechtsschutz des einzelnen Investors und für die Bestätigung oder

⁸¹ Broches, A., International Investment Disputes, in Broches, A. (ed.), Selected Articles ..., S. 495–510 (507); Ebenroth, C.-T./Bippus, B., Der deutsch-sowjetische Investitionsschutzvertrag, RIW 35 (1989), Beilage 5 zu Heft 7/1989, 1–14; Ebenroth, C.-T./Borrmann, M., Investitionen in der Transformationsphase einer Volkswirtschaft – dargestellt am Beispiel der Russischen Föderation, RIW 38 (1993), Beilage 1 zu Heft 1/1993, 1–15; Kamenova, T., Bilateral Investment Agreements in the Peaceful Settlement of International Disputes in Europe, Future Prospects, in Barndonnet, D. (ed.), Hague Academy of International Law, Workshop, The Hague, 6–8 September 1990, S. 115–121; Zimmer, R., Investitionsschutz für deutsche Kapitalanlagen in den Republiken der ehemaligen Sowjetunion, RIW 40 (1994), 25–27.

⁸² Ebenroth, C.-T./Bader, T., WM 45 (1) (1991), 661–667 (663); Herdegen, M., ZvgIRWiss 94 (1995), 341–352; Oschmann, F., RIW 42 (1996), 494–496.

⁸³ Vgl. dazu Alenfeld, J., S. 26, der den Inhalt der Abkommen als „Weltgewohnheitsrecht“ qualifiziert; siehe auch Krägenau, H., Entwicklung und Förderung der deutschen Direktinvestitionen, in Scharrer, H. (Hrsg.), Förderung direkter Investitionen ..., S. 471–618 (574): „Investitionsschutzverträge können das Investitionsklima entscheidend verbessern“.

⁸⁴ Wälde, T., JWTL 29 (5) (1995) 5–72 (15): „Bilateral Investment Treaties does not, per se, significantly affect investment flows“.

⁸⁵ Alenfeld, J., S. 25; Ammann, U., S. 130; Jüttner, H., S. 219; Mann, F.-A., BYIL 52 (1981) 241–254 (249); Salacuse, J.-W., IntL 24 (1990), 655–675 (655).

Fortbildung des Völkerrechts von Bedeutung; sie bilden außerdem vielfach die Grundlage für Garantien des Exporteurstaates oder für eine versicherungsmäßige Absicherung der Auslandsinvestition⁸⁶. Gegenüber den multilateralen Konventionsentwürfen besteht der Vorteil, daß materiellrechtliche Investitionsschutzbestimmungen zwischen den Kapitalexport- und importstaaten vertraglich vereinbart werden können, die den spezifischen Bedürfnissen der Vertragsschließenden individuell entsprechen.

Für die Entwicklungsländer liegt der Hauptgrund zum Abschluß von Investitionsschutzverträgen in ihrem Bemühen um mehr Kreditwürdigkeit und um eine größere Attraktivität für ausländische Investoren. Zudem schaffen sie mit dem Abschluß von Investitionsschutzverträgen für die Investoren aus verschiedenen Industriestaaten die Voraussetzungen für eine Inanspruchnahme der nationalen Investitionsversicherung und verbessern damit auch ihr eigenes Investitionsklima⁸⁷. Investoren aus den Entwicklungsländern kommen ihrerseits ebenfalls in den Genuß der vertraglichen Bestimmungen, weil die Verträge in der Regel auf der Grundlage der Gegenseitigkeit abgeschlossen werden. Dieses Motiv gilt insbesondere für solche Entwicklungsländer, die aufgrund wachsender Zahlungsbilanzüberschüsse in der Lage sind, Investitionen in Industriestaaten vornehmen zu können. Investitionsschutzverträge werden gegenwärtig auch zwischen Entwicklungsländern abgeschlossen⁸⁸. Schutz für ihre Kapitalanlagen suchen damit vorwiegend die Staaten, die aufgrund ihrer Exporteinnahmen über ständige Zahlungsbilanzüberschüsse verfügen und für diese Überschüsse Anlagemöglichkeiten nicht nur in Industriestaaten, sondern auch in anderen Entwicklungsländern suchen. Mit der zunehmenden Anzahl von Investitionsschutzverträgen scheint sich damit die Verwirklichung eines internationalen Investitionsschutzes als immer dichter werdendes Netz bilateraler Investitionsschutzverträge anzubahnen.

⁸⁶ Alenfeld, J., S. 27; Jüttner H., S. 224; Lämmerzahl, M., S. 77.

⁸⁷ Jüttner, H., S. 220, 228.

⁸⁸ Vgl. beispielsweise die IFV von Kuwait mit Irak vom 25. Oktober 1964; mit Sudan vom 7. Mai 1969; mit Syrien vom 10. August 1969; mit Tunesien vom 14. September 1973; mit Marokko vom 3. April 1980 und mit Pakistan vom 17. März 1983, zitiert nach Salacuse, J.-W., IntL 24 (1990), 655–675 (658); so auch die IFV von Rumänien mit Gabon vom 11. April 1970; mit Ägypten vom 10. Mai 1976; mit Pakistan vom 21. Januar 1978; mit Sudan vom 8. Dezember 1979; mit Senegal vom 19. Juni 1980; mit Kamerun vom 30. August 1980; mit Sri Lanka vom 9. Februar 1981 und mit China vom 10. Februar 1983 und die IFV von Singapur mit Korea vom 28. März 1980 und mit Sri Lanka vom 9. Mai 1980; ähnlich der IFV zwischen Ägypten und Sudan vom 28. Mai 1977; zitiert nach Bettems, D., RdNr. 57; für die IFV von Kroatien siehe Sajko, K., Uniform Law Review, 1998-2/3, 657–669; für die IFV von Iran vgl. Gharavi, H. G., 15 Arb. Int (1) (1999), 85–96 (93, Fn. 36); Nachweise auch bei Peters, P., NYIL 22 (1991), 91–161 (160); Salacuse, J.-W., IntL 24 (1990), 655–675 (659); Salem, M., Clunet 113 (1986-II), 579–626 (582).

III. Der bilaterale Investitionsschutz der USA

1. Die amerikanischen *Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsverträge*

Generell lassen sich zwei Typen von Investitionsschutzabkommen unterscheiden: der eine basiert auf den üblichen *Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsverträgen* (*amerikanisches Modell*), in die lediglich spezielle Vereinbarungen über Auslandskapital und die Position der Investoren aufgenommen werden, der andere behandelt ausschließlich und detailliert die Förderung und den Schutz von Auslandsinvestitionen (*europäisches Modell*)⁸⁹. Die Bezeichnung letzterer Abkommen lautet „*Investitions- und Förderungsvertrag*“ (Schweiz), „*Vertrag über wirtschaftliche und technische Zusammenarbeit*“ (Niederlande), „*Investitionsförderungsvertrag*“ (Bundesrepublik Deutschland, Dänemark und Italien), „*Kooperationsvertrag*“ (Frankreich), „*Vertrag zum Schutz bestehender und neuer Investitionen*“ (Großbritannien), „*Investitionsschutzabkommen*“ (Belgien und Luxemburg), „*Handelsabkommen*“ (Norwegen und Schweden)⁹⁰.

Die Vereinigten Staaten von Amerika begannen 1949 als erstes Land zum Schutze des privaten Auslandsvermögens ihrer Bürger, zielstrebig ein bilaterales Vertragssystem aufzubauen. In kurzer Zeit hatten sie fast die gesamte Dritte Welt mit einem Netzwerk von gleichartigen Verträgen überzogen⁹¹. Dabei handelt es sich einmal um *Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsverträge*, in die besondere Investitionsschutzklauseln aufgenommen worden sind. Die Mehrzahl aber sind lediglich Garantieabkommen,

⁸⁹ Ammann, U., S. 127; Gudgeon, S. K., Arbitration Provisions of U.S. Bilateral Investment Treaties, in Rubin, S. J./Nelson, R. W. (Hrsg.), International Investment Disputes ..., S. 41–56; Jüttner, H., S. 212; Preiswerk, R., La protection des investissements privés dans les traités bilatéraux, Zürcher Studien zum Internationalen Recht, Zürich 1963.

⁹⁰ Vgl. dazu Salem, M., Clunet 113 (1986–II), 579–626 (581); der im internationalen Sprachgebrauch übliche Ausdruck „*Investitionsschutzabkommen*“ ist heute nicht mehr genau und es wird von den Partnern in der Dritten Welt auch nicht immer geschätzt. Vielmehr heißt der volle Titel jeweils „*Abkommen über die gegenseitige Förderung und über den gegenseitigen Schutz von Investitionen*“. An erster Stelle steht also der Gedanke der Förderung, erst dann folgt das Element des Schutzes. Die Abkommentexte folgen dann auch durchaus dieser Überlegung; vgl. dazu auch Lämmerzahl, M., S. 69; Salacuse, J.-W., IntL 24 (1990), 655–675(661).

⁹¹ Borris, Ch., S. 25; Connell, H., United States Protection of Private Foreign Investment Through Treaties of Friendship, Commerce and Navigation, Archiv des Völkerrechts 9 (1961/1962), 256–277; Frick, H., S. 103; Haubold, D., Entwicklung und Förderung der amerikanischen Direktinvestitionen, in Scharrer, H. (Hrsg.), Förderung direkter Investitionen ..., S. 89–227; Jüttner, H., S. 213; Lämmerzahl, M., S. 75; Preiswerk, R., S. 219; Salacuse, J.-W., IntL 24 (1990), 655–675 (656); Salem, M., Clunet 113 (1986–II), 579–626 (584); Wühler, N., S. 88.

deren Abschluß Voraussetzung für die Gewährung einer staatlichen Garantie ist⁹². Letztere Verträge weisen keine materiellrechtlichen Schutzbestimmungen zugunsten des Investors auf, sondern regeln ausschließlich die Beziehungen zwischen den vertragsschließenden Staaten beim Eintritt des Garantiefalls⁹³.

Die in den amerikanischen *Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsverträgen* aufgenommenen „Investitionsschutzklauseln“ garantieren in der Regel den unbehinderten Zustrom amerikanischen Kapitals in das Partnerland, die Nichtdiskriminierung der US-Auslandsunternehmen, d.h. ihre Gleichbehandlung mit Unternehmen aus dem Partnerland und aus Drittstaaten, den freien Transfer von Gewinnen und Kapital und eine prompte und angemessene Entschädigung im Enteignungsfall⁹⁴. Hinsichtlich des vorgesehenen Verfahrens zur Lösung potentieller Streitigkeiten ist in fast allen Verträgen ein Verfahren zur Streitverhütung vereinbart.

Zunächst gibt es einen allgemeinen, übergeordneten Konsultationsmechanismus zur vorbeugenden Beseitigung von Meinungsverschiedenheiten⁹⁵. Diese Konsultationen, die sich auf die „operation“, die Wirkungsweise und Durchführung des Vertrages beziehen, können von einem Vertragsstaat entweder aus eigener Initiative oder auch auf Veranlassung eines seiner Investoren in die Wege geleitet werden. Führen die Konsultationen zwischen den Regierungen nicht zur Beilegung des Konflikts, dann müssen sich die Vertragsstaaten in einer zweiten Stufe einigen, ob sie die Angelegenheit dem *IGH* unterbreiten oder den Streit auf eine andere friedliche Form beilegen⁹⁶. Die Unterbreitung der Meinungsverschiedenheit dem *IGH* oder

⁹² Investment Guarantee Agreements. Ähnlich wie die deutschen Verträge bilden sie die Grundlage für die Tätigkeit der amerikanischen Investitionsrisikogarantie (*Overseas Private Investment Corporation – OPIC*). Hier gehen sie noch über die deutschen Konditionen hinaus, weil sie zur unabdingbaren Voraussetzung einer Versicherungsmöglichkeit erhoben werden. Sie sichern der amerikanischen Regierung, wenn US-amerikanische Privatinteressen durch einen Vertragsstaat verletzt und der Investor durch die *OPIC* entschädigt wurde (Gewährleistungsfall), die Befugnis zur Geltendmachung aller seiner Rechte und Ansprüche gegen den Anlagestaat; vgl. dazu Jüttner, H., S. 110.

⁹³ Alenfeld, J., S. 24; Ammann, U., S. 127; Jüttner, H, S. 214.

⁹⁴ Frick, H., S. 130; Lämmerzahl, M., S. 80 ff. insb. 96 ff.

⁹⁵ Art. XXIV Abs. 1 des Musters des *Treaty of Friendship, Commerce and Navigation* lautet: „Each party shall accord sympathetic consideration to and shall afford adequate opportunity for consultations regarding such representations as the other party may make respect to any matter affecting the operation of the present treaty“, zitiert nach Frick, H., Anhang S. 265; vgl. weiter Frick, H., S. 167, Fn. 321; Lämmerzahl, M., S. 118; Preiswerk, R, S. 125; Wühler, N., S. 88.

⁹⁶ Art. XXIV Abs. 2 des Musters des *Treaty of Friendship, Commerce and Navigation* lautet: „Any dispute between the Parties as to the interpretation or application of the present treaty, not satisfactorily adjusted by diplomacy, shall be sub-

einem anderen *ad-hoc* Schiedsgericht setzt eine gemeinsame Antragstellung der Regierungen voraus, aus der hervorgehen muß, daß sich die Vertragspartner auf die Anrufung des (Schieds-)Gerichts geeinigt haben. Insofern kann sich eine Vertragspartei, selbst wenn sie damit den Geist des *Freundschafts-, Handels- und Schiffsahrtsvertrags* verletzen würde, jederzeit einer bindenden richterlichen Entscheidung entziehen, indem sie bewußt eine Einigung über die Art der Streitbeilegung verhindert. Eine nicht mitwirkungsbedürftige Anrufung des *IGH* bzw. eines *ad-hoc* Schiedsgerichts durch lediglich eine Vertragspartei ist in den *Freundschafts-, Handels- und Schiffsahrtsverträgen* zum Nachteil des einzelnen Investors nicht vorgesehen⁹⁷.

Immerhin ist dem Investor mit dem *WBÜ* seit dem Jahre 1965 ein Instrument an die Hand gegeben, das ihm unter Umständen einen wesentlichen effektiven, zwischenstaatlichen Rechtsschutz gewährt. Allerdings bedarf es hierzu über den Beitritt des jeweiligen Kapitalimportstaates zum Abkommen hinaus dessen besonderer schriftlicher Einwilligung, die betreffende Streitigkeit dem Schiedszentrum (*ICSID*) zu unterbreiten⁹⁸. Taucht nun ein Streitfall zwischen Investor und Entwicklungsland auf, dann kann der betreffende Staat durch die Verweigerung seiner Zustimmung, die Angelegenheit einem *ICSID*-Schiedsgericht vorzulegen, in gleicher Weise die unparteiliche Überprüfung des Falles blockieren, wie er den Streitbeilegungsmechanismus der *Freundschafts-, Handels- und Schiffsahrtsverträge* verhindern kann. Der Investor muß sich insofern den Maßnahmen des Kapitalimportstaates fügen. Erleidet er bezifferbare wirtschaftliche Schäden, so kann er möglicherweise von seinem Heimatstaat lediglich Ersatz erlangen, sofern er die Investition versichert hat.

Erklärt sich das jeweilige Entwicklungsland jedoch zur Entscheidung des Streitfalles durch ein *ICSID*-Schiedsgericht bereit, dann taucht insofern eine Kollision mit dem Streitbeilegungsverfahren der *Freundschafts-, Handels- und Schiffsahrtsverträge* auf, als das Übereinkommen jede Gewährung diplomatischen Schutzes oder sonstige Geltendmachung eines völkerrechtlichen Anspruchs durch den Heimatstaat des Investors verbietet⁹⁹. Demgegenüber sind informelle diplomatische Schritte, welche die Streitigkeit verhüten oder ihre Beilegung erleichtern sollen, jederzeit zulässig¹⁰⁰. Darunter kann auch der Konsultationsmechanismus der amerikanischen Verträge gerechnet werden.

mitted to the International Court of Justice, unless the Parties agree to settlement by some other pacific means“.

⁹⁷ Lämmerzahl, M., S. 118.

⁹⁸ Vgl. dazu oben, unter § 2, Fn. 35 ff.

⁹⁹ Art. 27 Abs. 1 *WBÜ*.

¹⁰⁰ Art. 27 Abs. 2 *WBÜ*.

Hat nun aber der Heimatstaat des Investors die Geltendmachung einer Vertragsverletzung im Wege der Ausübung diplomatischen Schutzes zugunsten seines Staatsangehörigen bereits in die Wege geleitet, dann stellt sich die Frage, ob das Streitbeilegungsverfahren des *WBÜ* oder jenes des *Freundschafts-, Handels- und Schiffahrtsvertrags* Vorrang haben soll. Eine sinnvolle Lösung des Problems zugunsten des Schiedszentrums ist möglich, wenn sich alle Beteiligten in dieser Weise einigen. Die entsprechende Bestimmung des *WBÜ* ist nämlich so gefaßt, daß das Verbot diplomatischer Schutzgewährung erst dann einsetzt, wenn die Zuständigkeit des Schiedszentrums durch Einwilligung des Kapitalimportlandes und des Investors konkret begründet ist.

Ist der Heimatstaat des Investors mit der Entscheidung des Falles in dieser Form einverstanden, dann ist seine Zustimmung gegenüber dem Anlagestaat als eine mit diesem getroffene Einigung anzusehen, entsprechend der in den Verträgen vorgesehen Möglichkeit an Stelle des *IGH* eine andere Form der Streitentscheidung zu bestimmen. Stimmt der Heimatstaat des Investors hingegen einer solchen Lösung nicht zu, dann taucht das Problem der Kollision zweier völkerrechtlicher Verträge auf. Ein Vorrang des *WBÜ* nach der Regel "*lex posterior derogat lex priori*" kommt nicht in Betracht, weil ein bilaterales Vertragswerk einem multilateralen Abkommen grundsätzlich vorgeht. Dies gilt jedoch nicht, wenn der mehrseitige Vertrag die speziellere Regelung bildet, weil er die Vertragsmaterie detaillierter und intensiver erfaßt¹⁰¹. Dies kann vom *WBÜ* ohne Zweifel behauptet werden. Es ist im Vergleich zur Regelung der *Freundschafts-, Handels- und Schiffahrtsverträge* das weit spezieller auf den Schutz des Investors und seiner Kapitalanlage ausgerichtete Instrument der Streitbeilegung und kann daher auch gegen den Willen des Heimatstaates des Investors Vorrang bei der Beilegung einer Investitionsstreitigkeit beanspruchen. Dies gilt natürlich nur im Verhältnis zu den amerikanischen Vertragspartnern, welche dem *WBÜ* beigetreten sind.

2. Die echten Investitionsförderungsabkommen der USA

Die relativ geringe Zahl der von den USA abgeschlossenen *Freundschafts-, Handels- und Schiffahrtsverträge*¹⁰², die unter anderem auf der

¹⁰¹ Frick, H, S. 170; Lämmerzahl, M., S. 119.

¹⁰² Zur Liste der in Kraft getretenen US-amerikanischen *Freundschafts-, Handels- und Schiffahrtsverträge* siehe UNTS 367, S. 68; besondere Bemerkung verdient der Vertrag zwischen den USA und Nicaragua vom 21. Januar 1956, der in Art. 5 Abs. 2 folgendes vorsieht: „Verträge zwischen Staatsangehörigen und Gesellschaften der einen Partei und Staatsangehörigen und Gesellschaften der anderen Partei, die eine schiedsgerichtliche Beilegung von Streitigkeiten vorsehen, sollen auf dem Gebiete dieser anderen Partei nicht lediglich deshalb als nicht durchsetzbar angesehen werden, weil der Ort, der für das Schiedsverfahren bestimmt ist, außerhalb dieses Ge-

starren amerikanischen Praxis, mit der das Modell der „*Treaties of Friendship, Commerce and Navigation*“ verfolgt wird, und der mangelnden Berücksichtigung der besonderen Gegebenheiten in den Vertragsstaaten zurückzuführen ist¹⁰³, hat die US-amerikanische Regierung veranlaßt, seit 1982 ein echtes Investitionsförderungsprogramm mit Entwicklungsländern in Gang zu setzen¹⁰⁴. Bis zum 2. Juli 1997 wurden 25 Verträge solcher Art abgeschlossen¹⁰⁵.

Nach den amerikanischen Investitionsförderungsabkommen sind Enteignungen, Nationalisierungen, enteignungs- und nationalisierungsgleiche Eingriffe des Gastlandes nur für öffentliche Zwecke und in einem ordentlichen Rechtsverfahren zulässig und dürfen weder diskriminierend noch gegen spezielle Vereinbarungen verstoßen; außerdem ist eine prompte und adäquate Entschädigung zu zahlen, die sich nach dem angemessenen Marktwert bemißt (*fair market value*)¹⁰⁶.

Meinungsverschiedenheiten zwischen den Vertragsparteien über die Auslegung oder Anwendung des Vertrags werden, nach Möglichkeit durch Konsultationen oder auf andere diplomatische Wege zwischen den beiden Regierungen beigelegt¹⁰⁷. Können sich die Vertragsparteien nicht einigen,

biertes liegt, oder weil die Staatsangehörigkeit von einem oder mehreren Schiedsrichtern nicht diejenige der anderen Partei ist“ [Hervorhebung von der Verfasserin]. In diesem Artikel ist eine zaghafte Preisgabe der *Calvo*-Doktrin (oben, unter § 2, B. IV.) von Nicaragua zu sehen.

¹⁰³ Jüttner, H., S. 213; Preiswerk, R., S. 219; Salacuse, J.-W., IntL 24 (1990), 655–675 (657).

¹⁰⁴ Juillard, P., Investissements, AFDI 29 (1983), 589–605; Salacuse, J.-W., IntL 24 (1990), 655–675 (657) m.w.Nach.; Salem, M., Clunet 113 (1986–II), 579–626 (584).

¹⁰⁵ Peters, P., NYIL 22 (1991), 91–161, Anhang S. 159, 161 für die Verträge bis 7. Juni 1991; siehe auch das Agreement on Trade Relations mit der Tschechoslowakei vom 12. April 1990, ILM 29 (1990), 902 und die IFV mit der Mongolei vom 23. Januar 1991, ILM 30 (1991), 515; mit Tschechien und der Slowakischen Föderativen Republik vom 22. Oktober 1991, zitiert in ILM 31 (1992), 794; mit Argentinien vom 14. November 1991, ILM 31 (1992), 124; mit Bulgarien von 1992, zitiert nach Sajko, K., Uniform Law Review, 1998-2/3, 657–669 (662), mit Kasachstan vom 19. Mai 1992, mit Rumänien vom 28. Mai 1992, mit Rußland vom 17. Juni 1992, mit Sri Lanka, zitiert in ILM 31 (1992), 794, mit Kroatien vom 15. Januar 1993 und 13. Juli 1996, zitiert nach Sajko, K., Uniform Law Review, 1998-2/3, 657–669 (658) und mit Jordanien vom 2. Juli 1997, ILM 36 (1997), 1498–1506.

¹⁰⁶ Art. III des Mustervertrags in Juillard, J., AFDI 29 (1983), 589–605 (600); vgl. auch Art. IV Abs. 1 des IFV mit Argentinien (§ 10, Fn. 105); Art. III des IFV mit Jordanien (§ 10, Fn. 105).

¹⁰⁷ Art. VIII des Mustervertrags, berichtet in Juillard, J., AFDI 29 (1983) 589–605 (603); vgl. auch. Art. X des IFV mit Polen vom 21. März 1990, ILM 29 (1990), 1191 ff. (1205): „*The parties agree to consult promptly, on the request of either party, to resolve any dispute in connection with this treaty, or to discuss any*

so ist die Streitigkeit auf Verlangen einer der beiden Vertragsparteien einem Schiedsgericht zur bindenden Entscheidung zu unterbreiten¹⁰⁸. Das Schiedsgericht fällt seine Entscheidung auf Grund der Bestimmungen des Vertrags sowie nach den allgemeinen Regeln des Völkerrechts¹⁰⁹. Sofern die Streitparteien keine abweichende Vereinbarung treffen, wird das Schiedsverfahren vom Schiedsgericht selbst unter Anwendung der *UNCITRAL*-Schiedsregeln festgelegt¹¹⁰.

Ebenso sollen Investitionsstreitigkeiten zwischen einer Vertragspartei und einem Investor der anderen Vertragspartei, soweit möglich, durch Konsultationen und Verhandlungen zwischen den Streitparteien gelöst werden¹¹¹. Kann eine solche Streitigkeit innerhalb einer Frist von sechs Monaten ab dem Zeitpunkt ihrer Geltendmachung durch eine der Streitparteien nicht beigelegt werden, so wird sie auf Verlangen des Investors:

- (1) entweder einem *ICSID*-Schiedsgericht unterworfen¹¹²; oder
- (2) einem nach den Vorschriften und dem Schiedsgerichtsverfahren der Kommission der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht

matter relating to the interpretation or application of this Treaty“; ähnlich Art. X des *IFV* mit Jordanien (§ 10, Fn. 105).

¹⁰⁸ Vgl. z.B. Art. X des *IFV* mit Jordanien (§ 10, Fn. 105): „*Any dispute between the Contracting Parties concerning the interpretation or application of the treaty, that is not resolved through consultations or other diplomatic channels, shall be submitted upon request of either Contracting party to an arbitral tribunal for binding decision in accordance with the applicable rules of international law*“.

¹⁰⁹ Vgl. Art. X des *IFV* mit Jordanien (§ 10, Fn. 105); Art. X Abs. 2 Satz a des *IFV* mit Polen (§ 10, Fn. 107).

¹¹⁰ Art. X Abs. 2 Satz b des *IFV* mit Polen (§ 10, Fn. 107).

¹¹¹ Art. VII des Mustervertrags, berichtet in *Juillard, J.*, AFDI 29 (1983), 589–605 (602); vgl. auch Art. IX Abs. 1 Satz b des *IFV* mit Jordanien (§ 10, Fn. 105): „*In the event of an investment dispute, the parties to the dispute should initially seek a resolution through consultation and negotiation*“.

¹¹² Alternativ mit einem nach den *Additional Facility Rules* des *ICSID*, den *UNCITRAL*- oder den Schiedsregeln einer anderen Institution durchgeführten Schiedsverfahren vorgesehen in: § 5 des Protokolls des *IFV* mit Senegal vom 6. Dezember 1983 und im *IFV* mit Zaire vom 3. August 1984, zitiert nach *Peters, P.*, NYIL 22 (1991), 91–161, Anhang, S. 159; Art. 6 des *IFV* mit der Türkei vom 3. Dezember 1985, ILM 25 (1986), 85; Art. IX Abs. 3 Satz A des *IFV* mit Polen (§ 10, Fn. 107); Art. VII des *IFV* mit Argentinien (§ 10, Fn. 105); so auch die *IFV* mit Kasachstan, Rumänien und Art. VI des *IFV* mit Rußland (§ 10, Fn. 105); Art. IX des *IFV* mit Jordanien (§ 10, Fn. 105); im *IFV* mit Tschechien und der Slowakischen Republik (§ 10, Fn. 105) wird ein Schiedsverfahren allein vor einem *ICSID*-Schiedsgericht oder nach den *Additional Facility Rules* des *ICSID* vorgesehen; demgegenüber wird eine Streitigkeit in den *IFV* mit Ägypten vom 29. September 1982, ILM 21 (1982), 927 und Marokko vom 22. Juli 1985, zitiert nach *Peters, P.*, *ibid.* S. 159 ausschließlich einem *ICSID*-Schiedsgericht unterbreitet.

(*UNCITRAL*-Schiedsregeln) errichteten *ad hoc*-Schiedsgericht unterbreitet¹¹³;

- (3) eventuell einer anderen, im gegenseitigen Einvernehmen vereinbarten Schiedsgerichtsinstitution zur Entscheidung vorgelegt¹¹⁴;
- (4) oder gemäß den Regeln über die Zusatzeinrichtung (*Additional Facility Rules*) zur Durchführung von Verfahren durch das Sekretariat des *ICSID* beigelegt¹¹⁵.

Besonderer Bemerkung bedarf hierzu der *IFV* zwischen Argentinien und den USA vom 14. November 1991, der eine deutliche Verbesserung des Rechtsschutzes der Investoren bringt¹¹⁶. Im Gegensatz zu den vorausgehenden Abkommen Argentinien mit der Bundesrepublik Deutschland¹¹⁷, Großbritannien und der Schweiz¹¹⁸ eröffnet das Abkommen mit den USA für den einzelnen Investor die Möglichkeit, sechs Monate nach Beginn der Streitigkeit wahlweise durch eine schriftliche Unterwerfungserklärung die Zuständigkeit des *ICSID*-Zentrums, hilfsweise der *Additional Facility Rules* des *ICSID*-Zentrums (falls der Gaststaat dem *WBÜ* nicht beigetreten ist)¹¹⁹ zu begründen, ein Schiedsverfahren nach den *UNCITRAL*-Schiedsregeln einzuleiten oder in Vereinbarung mit der anderen Streitpartei sonst ein schiedsgerichtliches Forum mit der Streitigkeit zu befassen¹²⁰. Die schrift-

¹¹³ So Art. IX Abs. 3 Satz A des *IFV* mit Polen (§ 10 Fn. 107); Art. VII des *IFV* mit Argentinien (§ 10, Fn. 105); Art. VI des *IFV* mit Rußland (§ 10, Fn. 105); Art. IX des *IFV* mit Jordanien (§ 10, Fn. 105); im Art. XII Abs. 3 des *IFV* mit der Mongolei (§ 10, Fn. 105) wird ein nach den *UNCITRAL*-Schiedsregeln durchgeführtes Schiedsverfahren als ausschließliche Streitschlichtungsmöglichkeit vorgesehen.

¹¹⁴ Art. IX Abs. 3 Satz a des *IFV* mit Polen (§ 10, Fn. 107); Art. VII des *IFV* mit Argentinien (§ 10, Fn. 105); Art. IX des *IFV* mit Jordanien (§ 10, Fn. 105); in Art. VII Abs 3 des *IFV* mit Haiti vom 13. Dezember 1983 wird ein Schiedsverfahren vor der *IntHK*, im Art. VII des *IFV* mit Panama vom 27. Oktober 1982, ILM 21 (1982), 1227 vor der International American Commercial Arbitration Commission vorgesehen; zum USA-Haiti *IFV* siehe *Unegbu, O. C.*, BITS und ICC Arbitration. Portent of a New Wave? *JIntArb* 16 (2) (1999), 93–108 (97 ff.).

¹¹⁵ Im Art. VII Abs. 2 des *IFV* mit Panama (§ 10, Fn. 114) wird ein Schiedsverfahren ausschließlich nach den *Additional Facility Rules* vorgesehen, weil Panama beim Vertragsabschluß nicht Vertragsstaat des *WBÜ* war (Panama ist dem *WBÜ* am 22. November 1995 beigetreten und er hat es am 6. Mai 1996 ratifiziert); vgl. auch Art. X Abs. 2 Satz 2 des *IFV* mit Kroatien (§ 10, Fn. 105, alternativ mit der staatlichen Gerichtsbarkeit) und Art. VI Abs. 3 Satz 1 und 2 des *IFV* mit Bulgarien (§ 10, Fn. 105); Kroatien hat das *WBÜ* am 16. Juni 1997 unterzeichnet; Bulgarien ist dem Übereinkommen noch nicht beigetreten.

¹¹⁶ Oben, unter § 10, Fn. 105.

¹¹⁷ Vom 31. Oktober 1991, BGBl. 1994, II, 3720, in Kraft getreten am 18. August 1995, BGBl. 1995, II, 903.

¹¹⁸ *Herdegen, M.*, *ZvglRWiss* 94 (1995), 341–352 (350).

¹¹⁹ Argentinien ist am 21. Mai 1991 dem *WBÜ* beigetreten und sie hat das Übereinkommen am 22. März 1996 ratifiziert.

liche Unterwerfung der Vertragspartei unter die Zuständigkeit des ICSID-Zentrums oder eines anderen vertragsgemäßen Forums wird im Abkommen selbst antizipatorisch erteilt¹²¹. Insofern markiert dieser IFV, im Hinblick auf die Regelung der Streitbeilegung, wie weit Argentinien von überkommenen Vorstellungen über die *Calvo*-Doktrin¹²² abgerückt ist.

IV. Die *Investitionsförderungsverträge* der Bundesrepublik Deutschland

1. Zweck und Gegenstand des Vertrages

Gezielte Maßnahmen zur Förderung und zum Schutz privater Direktinvestitionen sind die bilateralen *Investitionsförderungsverträge* (IFV), welche die Bundesrepublik Deutschland seit 1959 mit einer Anzahl von Entwicklungsländern abgeschlossen hat. Bislang¹²³ sind 116 derartige Verträge unterzeichnet worden, wovon 96 Abkommen in Kraft sind¹²⁴. Neben dem

¹²⁰ Art. VII Abs. 3 des IFV; so auch Art. IX Abs. 3 des IFV mit Jordanien (§ 10, Fn. 105) alternativ mit der Möglichkeit, die Streitigkeit den zuständigen Gerichten oder Verwaltungsgerichten der Vertragspartei, in deren Hoheitsgebiet die Kapitalanlage getätigt wurde, zu unterbreiten oder nach Maßgabe eines anderen zuvor vertragsgemäß vereinbarten Streitbeilegungsverfahrens beizulegen; ähnlich Art. X Abs. 2 des IFV mit Kroatien (§ 10, Fn. 105).

¹²¹ Art. VII Abs. 4 des IFV; so auch Art. IX Abs. 4 des IFV mit Jordanien (§ 10, Fn. 105).

¹²² Vgl. dazu oben, unter § 2, B. IV.

¹²³ BGBl. 1998, II, Fundstellennachweis B, Stand 31. Dezember 1998, S. 674; vgl. dazu Karl, J., RIW 44 (1998), 432–440 (433).

¹²⁴ Die Bezeichnung der deutschen Verträge ist trotz weitgehend identischem Inhalts unterschiedlich. So heißen sie „*Vertrag über die Förderung von Kapitalanlagen*“ (so die IFV mit Marokko vom 31. August 1961, BGBl. 1967, II, 1641; Guinea vom 19. April 1962, BGBl. 1964, II, 145; mit Kamerun vom 29. Juni 1962, BGBl. 1963, II, 991; mit Madagaskar vom 21. September 1962, BGBl. 1965, II, 369; mit Sudan vom 7. Februar 1963, BGBl. 1966, II, 889; mit Senegal vom 24. Januar 1964 BGBl. 1965, II, 1391; mit Niger vom 29. Oktober 1964, BGBl. 1965, II, 1402 und mit Ruanda vom 18. Mai 1967, BGBl. 1968, II, 1260); „*über die Förderung der Anlage von Kapital*“ (so der IFV mit Togo vom 23. Februar 1964, BGBl. 1964, II, 154); „*zur Förderung und zum Schutz von Kapitalanlagen*“ (so der IFV mit Pakistan vom 25. November 1959, BGBl. 1961, II, 793); „*über die gegenseitige Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen*“ (so die IFV mit der Türkei vom 20. Juni 1962, BGBl. 1965, II, 1193 und mit Bulgarien vom 12. April 1986, BGBl. 1987, II, 742); „*zur Förderung und zum gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen*“ (so die IFV mit Liberia vom 12. Dezember 1961, BGBl. 1967, II, 1537 und mit Hong Kong vom 31. Januar 1996, BGBl. 1997, II, 1848); „*über den gegenseitigen Schutz und die Förderung von Kapitalanlagen*“ (so der IFV mit Jugoslawien vom 10. Juli 1989, BGBl. 1990, II, 350); „*über die Förderung und den Schutz von Kapitalanlagen*“ (so der IFV mit Indien vom 10. Juli 1995, BGBl. 1998, II, 619); „*über die gegenseitige Förderung und den Schutz*

Schutz der Kapitalanlagen vor politischen Risiken und der Verbesserung des Investitionsklimas liegt die Bedeutung dieser Abkommen u. a. auch darin, daß sie als Rechtsgrundlage für die Bundesgarantien für Kapitalanlagen im Ausland dienen¹²⁵.

Die IFV sind auf der Grundlage eines deutschen Mustervertrages ausgehandelt worden und weichen deshalb in ihren wesentlichen Teilen kaum voneinander ab¹²⁶. Integraler Bestandteil der Verträge ist ein Protokoll, das interpretierende Erläuterungen, aber auch im Lauf der Verhandlung vereinbarte Ausnahmen zu den Bestimmungen des Mustervertrages enthält. Im Gegensatz zu den *Niederlassungsabkommen* der Bundesrepublik Deutschland lassen die IFV die nationalen Rechtsvorschriften der Vertragsparteien über die Zulassung von Investitionen unberührt¹²⁷. So wurde im Protokoll zu zahlreichen Verträgen ausdrücklich vereinbart, daß nur solche Kapitalanlagen den Schutz des Vertrages genießen, die von der anderen Vertragspartei genehmigt worden sind. Ziel der IFV ist es, die im Einklang mit den Rechtsvorschriften des Gastlandes vorgenommenen Investitionen gegen ungerechtfertigte Eingriffe der öffentlichen Hand zu schützen. Dieser Schutz soll möglichst alle Vermögenswerte des Investors im Gastland umfassen, weshalb der Begriff der Kapitalanlage weit definiert ist¹²⁸.

von *Kapitalanlagen*“ (so der IFV mit Jamaika vom 24. September 1992, BGBl. 1996, II, 58 und mit Südafrika vom 11. September 1995, BGBl. 1997, II, 2098) oder „*über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen*“. Dabei ist die letztgenannte Bezeichnung sowohl die meistbenutzte wie auch die zutreffendste, da Förderung und Schutz nicht getrennt gesehen werden können und da auch das Prinzip der gegenseitigen Verpflichtung zum Ausdruck kommt, daß Kapitalanlagen aus dem anderen Staat vertragsgemäß zu behandeln sind. Investitions- oder Eigentumsschutzklauseln gibt es auch in den *Niederlassungs-* sowie in den *Freundschafts- Handels- und Schiffsverkehrsverträgen*, welche die Bundesrepublik Deutschland mit Entwicklungsländern abgeschlossen hat (§ 10, Fn. 75).

¹²⁵ Alenfeld, J., S. 23; Frick, H., S. 171; Goltz, H., Förderung privater Kapitalanlagen (Direktinvestitionen) in Entwicklungsländern, Beilage Nr. 5/69 zu Heft 9 vom 28.2.1969, DB 22 (1969), 1–8; Jüttner, H., S. 115, 214; Köpernick, G., Das Instrumentarium des Bundes zur Förderung privater Direktinvestitionen in Entwicklungsländern, RIW 25 (1979), 669–675; Lämmerzahl, M., S. 76; Salacuse, J.-W., IntL 24 (1990), 655–675 (657); Salem, M., Clunet 113 (1986–II), 579–626 (582); vgl. dazu die Denkschrift zum IFV mit Guinea (§ 10, Fn. 124): „*Der Vertrag ist eine rechtliche Voraussetzung für die Gewährung einer Garantie im Sinne der Haushaltsgesetze mit der Wirkung, daß bei einer Garantiegewährung in der Regel nicht mehr zu prüfen sein wird, ob durch die Rechtsordnung Guineas oder in sonstiger Weise ein ausreichender Schutz der Kapitalanlage gegeben ist*“.

¹²⁶ Zum Teil enthalten sie jedoch Abweichungen, die sich auf die verschiedensten Bereiche dieser Verträge erstrecken. Deshalb ist es im Einzelfall sehr wichtig, jeweils die Vertragstexte sorgfältig auf den materiellen Gehalt und auf die Auswirkungen hin zu überprüfen.

¹²⁷ Vgl. Art. 2 Abs. 1 des deutschen Mustervertrags (§ 10, Fn. 55).

¹²⁸ Vgl. Art. 1 Abs. 1 des deutschen Mustervertrags (§ 10, Fn. 55).

2. Die materiellen Investitionsschutzbestimmungen der IFV

a) Inländerbehandlung und Meistbegünstigung – Transfermöglichkeiten

Den Schutz der privaten Direktinvestitionen sollen folgende Prinzipien gewähren:

- (1) Viele Verträge schreiben den *Grundsatz der Inländerbehandlung* fest¹²⁹. Die Vertragsparteien verpflichten sich, Investitionen aus dem anderen Staat nicht weniger günstig zu behandeln, als solche der eigenen Staatsangehörigen. Gleiches gilt für die Behandlung von Staatsangehörigen und Unternehmen bei ihrer Betätigung im Zusammenhang mit Investitionen im Gaststaat. Oft gilt die Inländerbehandlung aber nur eingeschränkt. So können Ausländern bestimmte Wirtschaftsbereiche verschlossen bleiben.
- (2) Üblich in IFV ist zudem die *Gewährung der Meistbegünstigung*¹³⁰. Die Vertragsparteien verpflichten sich, Investitionen von Staatsangehörigen oder Gesellschaften des anderen Staates und die Investoren selbst nicht weniger günstig zu behandeln als solche dritter Staaten.
- (3) Für den Investor besonders wichtig ist, ob er über Gewinne, die er durch Direktinvestitionen im Gaststaat erwirtschaftet, verfügen kann. Die IFV enthalten deshalb regelmäßig Klauseln, welche den freien Transfer des Kapitals, der Erträge und auch eventuell Liquidationserlöse gewährleisten.¹³¹

b) Eigentumsschutz und Entschädigung

Enteignungen, Verstaatlichungen oder andere Maßnahmen, die in ihrer Auswirkungen einer Enteignung oder Verstaatlichung gleichkommen, dürfen nur zum allgemeinen Wohl vorgenommen werden.¹³² Eine tatsächlich verwertbare und frei transferierbare Entschädigung, welche dem Wert der enteigneten Kapitalanlage unmittelbar vor dem Zeitpunkt entspricht, in

¹²⁹ Art. 3 Abs. 1 des deutschen Mustervertrags (§ 10, Fn. 55); vgl. auch Principle 3 der APEC Guideliness (§ 10, Fn. 48); so auch in den IFV der USA vgl. z.B. Art. XIII des Vertrages mit der Mongolei (§ 10, Fn. 105); Art. XIV Abs. 1 des Vertrages mit Tschechien und der Slowakischen Republik (§ 10, Fn. 105).

¹³⁰ Art. 3 Abs. 2 des deutschen Mustervertrags (§ 10, Fn. 55).

¹³¹ Art. 5 des deutschen Mustervertrags (§ 10, Fn. 55).

¹³² Art. 4 Abs. 2 des IFV mit Kuwait (§ 10, Fn. 57) sieht eine „*umgehende, angemessene und gerechte Entschädigung*“ vor; vgl. auch Art. 4 Abs. 2 des IFV mit Rumänien vom 25. Juni 1996, BGBl. 1998, II, 645, der ebenso eine „*umgehende*“ Entschädigung vorsieht.

dem die tatsächlich oder drohende Enteignung, Verstaatlichung oder vergleichbare Maßnahme öffentlich bekannt wurde, muß darüber hinaus an den Investor geleistet werden¹³³. Fast alle Abkommen¹³⁴ stellen klar, daß nicht nur die Entziehung, sondern auch die „*Beschränkung jeden Vermögenswertes oder Rechtes, das allein oder mit anderen Vermögenswerten oder Rechten eine Kapitalanlage bildet*“ als Enteignung zu verstehen ist und an dieselben Voraussetzungen gebunden ist wie diese¹³⁵. Mit dieser Formel soll eine schleichende Enteignung verhindert werden, bei welcher die Rechtsstellung formell zwar gewahrt, inhaltlich aber ausgehöhlt wird.

Enteignungen, Nationalisierungen, enteignungs- und nationalisierungs- gleiche Eingriffe sind dann rechtswidrig, wenn sie die Voraussetzungen, welche die IFV aufstellen, nicht erfüllen. Solche Eingriffe bilden einen Bruch des IFV, sie sind also als völkerrechtliche Delikte zu qualifizieren. Ihre Folge ist demnach nicht eine Entschädigung, sondern Schadensersatz, der regelmäßig in der Form der *restitutio in integrum* zu leisten ist. Nur in Fällen, in denen eine Naturalrestitution nicht oder nicht vollständig möglich ist, muß statt dessen Geldersatz geleistet werden, welcher dem Wert der Naturalrestitution entspricht und damit den Schaden vollständig wiedergutmacht. Das bedeutet, daß auch der entgangene Gewinn, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwarten gewesen wäre, ersetzt werden muß¹³⁶.

¹³³ Art. 4 Abs 2 des deutschen Mustervertrags (§ 10, Fn. 55); vgl. dazu *Alenfeld, J.*, S. 107 ff.; *Salacuse, J.-W.*, IntL 24 (1990), 655–675 (670); *Salem, M.*, Clunet 113 (1986–II), 579–626 (610); so auch die IFV des Vereinigten Königreichs, z.B. Art. V Abs. 1 des IFV mit Costa Rica vom 7. September 1982, zitiert nach *Salacuse, J.-W.*, *ibid.* S. 671; zu den Entschädigungsvorschriften der englischen IFV vgl. auch *Mann, F.-A.*, BYIL 52 (1981), 241–254 (246); so auch die IFV von Frankreich, z.B. Art. 5 des IFV mit Vietnam vom 26. Mai 1992, Clunet 122 (1) (1995), 218–223 und die US-amerikanischen IFV, z.B. Art. III Abs. 1 des IFV mit Jordanien (§ 10, Fn. 105); ähnlich Principle 6 der APEC-Guidelines (§ 10, Fn. 48); Art. 159 Common Market für Eastern and Southern Africa, Treaty Establishing vom 5. November 1993, ILM 33 (1994), 1067; Art. IV Abs. 3 der Richtlinien der Weltbank über die Behandlung ausländischer Direktinvestitionen, abgedruckt in ILM 31 (1992), 1379; siehe aber Art. 5 Abs. 3 des Japan-China Agreements Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment vom 27. August 1988, ILM 28 (1989), 575, der eine flexiblere Entschädigungsklausel zugunsten der Interessen des Gastlandes enthält, zitiert nach *Salacuse, J.-W.*, *ibid.* S. 671.

¹³⁴ Keine Regelung zur schleichenden Enteignung enthalten hingegen die IFV mit Haiti vom 14. August 1973, BGBl. 1975, II, 101, mit Philippinen vom 18. April 1997, BGBl. 1998, II, 1448 und mit Indien (§ 10, Fn. 124).

¹³⁵ Vgl. z.B. Protokoll zu Art. 3 des IFV mit Guinea (§ 10, Fn. 124); siehe auch *Alenfeld, J.*, S. 111; ähnlich Art. 4 des Accords zwischen Frankreich und China vom 30. Mai 1984, ILM 24 (1985), 550 und Art. 5 des IFV des Vereinigten Königreichs mit Sri Lanka vom 13. Februar 1980, ILM 19 (1980), 886.

Die Rechtmäßigkeit der Enteignung, Verstaatlichung oder vergleichbaren Maßnahme und die Höhe der Entschädigung müssen in einem ordentlichen Rechtsverfahren nachgeprüft werden können¹³⁷. Unabhängig von diesem Verfahren vor den Gerichten der Vertragspartei, welche die Enteignungsmaßnahme getroffen hat, ist der Investor, dessen Kapitalanlage enteignet worden ist, in manchen *IFV*¹³⁸ berechtigt, ein internationales Schiedsgericht nach Maßgabe des Artikels über die Beilegung von Streitigkeiten zwischen dem Gaststaat und einem Investor anzurufen. Als Kläger im innerstaatlichen Rechtsweg tritt zunächst einmal der betroffene Investor selbst auf. Eine in allen Verträgen enthaltene Subrogationsklausel berechtigt jedoch den Heimatstaat des Investors, dessen Rechte wahrzunehmen, soweit sie auf

¹³⁶ Alenfeld, J., S. 134; Lämmerzahl, M., S. 96; Salem, M., Clunet 113 (1986–II), 579–626 (615).

¹³⁷ Art. 4 Abs. 2 Satz 4 des deutschen Mustervertrags (§ 10, Fn. 55); Art. 4 Abs. 1 des *IFV* mit Malaysia vom 22. Dezember 1960, BGBl. 1962, II, 1064 sieht ein solches Rechtsverfahren ausschließlich im Hoheitsgebiet der Vertragspartei vor, in dem die Kapitalanlage enteignet worden ist; so auch Art. 3 Abs. 2 des *IFV* mit Korea vom 4. Februar 1964, BGBl. 1966, II, 841; Art. 3 Abs. 2 des *IFV* mit Iran vom 11. November 1965, BGBl. 1967, II, 2549; Art. 4 Abs. 1 des *IFV* mit Singapur vom 3. Oktober 1973, BGBl. 1975, II, 49; Art. 3 Abs. 2 des *IFV* mit Jemen vom 21. Juni 1974, BGBl. 1975, II, 1246; Art. 4 Abs. 2 des *IFV* mit Israel vom 24. Juni 1976, BGBl. 1978, II, 209; Art. 4 Abs. 2 des *IFV* mit Syrien vom 2. August 1977, BGBl. 1979, II, 422; Art. 3 Abs. 2 des *IFV* mit Ägypten vom 13. Oktober 1977, BGBl. 1977, II, 1145; Art. 4 Abs. 2 des *IFV* mit Portugal vom 16. September 1980, BGBl. 1982, II, 56; Art. 4 Abs. 2 des *IFV* mit Jugoslawien (§ 10, Fn. 124); ähnlich Art. 3 des Protokolls des *IFV* mit Katar vom 14. Juni 1996, BGBl. 1998, II, 628, sofern der Investor und der Staat Katar keine anderweitige Vereinbarung getroffen haben.

Art. 4 Abs. 2 des *IFV* mit Hong Kong (§ 10, Fn. 124); Art. 4 Abs. 2 Satz 4 des *IFV* mit Ghana vom 24. Februar 1995, BGBl. 1997, II, 2055 und Art. 5 des *IFV* mit Indien (§ 10, Fn. 124) sehen zusätzlich die Möglichkeit eines Rechtsverfahrens vor einer anderen unabhängigen Behörde der enteigneten Vertragspartei vor.

Nach Art. 3 Abs. 2 des *IFV* mit Sudan (§ 10, Fn. 124) und Art. 3 Abs. 2 des *IFV* mit Tschad vom 11. April 1967, BGBl. 1968, II, 221 kann nur die Höhe der Entschädigung nachgeprüft werden.

¹³⁸ So Ziff. 4 c) des Protokolls des *IFV* mit China vom 7. Oktober 1983, BGBl. 1985, II, 34; Art. 4 Abs. 3 Satz c) des *IFV* mit Bulgarien (§ 10, Fn. 124); Art. 4 Abs. 4 des *IFV* mit der Union der Sowjetischen Republiken vom 13. Juni 1989, BGBl. 1990, II, 342; Art. 4 Abs. 3 des *IFV* mit Kuwait (§ 10, Fn. 57); im Art. 3 Abs. 3 Satz b) des *IFV* mit Rumänien vom 12. Oktober 1979, BGBl. 1980, II, 1157 ist der Weg zur *ICSID*-Schiedsgerichtsbarkeit erst nach Abschluß des nationalen Rechtsverfahrens offen; in allen diesen Fällen werden allerdings nur Meinungsverschiedenheiten über die Höhe der Entschädigung einem internationalen Schiedsgericht unterbreitet; die Gesetzmäßigkeit jeglicher Enteignungsmaßnahmen wird hingegen ausschließlich durch die zuständigen Gerichte der Vertragspartei, welche die Enteignungsmaßnahme getroffen hat, nachgeprüft; näher hierzu unten, unter § 10, D. IV. 3. b) cc).

ihn übergegangen sind (kraft Gesetzes) oder übertragen werden (kraft Rechtsgeschäfts)¹³⁹.

*c) Die Abschirmklausel des Art. 8 Abs. 2
des deutschen Mustervertrags*

Nahezu alle Investitionsschutzverträge¹⁴⁰ enthalten eine sog. *Abschirmklausel* (*traité de couverture, umbrella clause*), nach der sich die Vertragsparteien verpflichten, jede Verpflichtung zu halten, die sie gegenüber Angehörigen des anderen Vertragsteils in Bezug auf deren Kapitalanlagen übernommen haben¹⁴¹. Durch diese Klausel werden die innerstaatlichen Verpflichtungen aus den Investitionsverträgen des Gaststaates mit Investoren des Vertragsstaates auf völkerrechtlicher Ebene abgesichert¹⁴². Es wird eine sog. Parallelverpflichtung geschaffen, nach der die Investitionsverträge der Dispositionsbefugnis des Anlagestaates insoweit entzogen sind¹⁴³. Eine Verletzung des Vertrages durch das Gastland würde dessen völkerrechtliche

¹³⁹ Art. 6 des deutschen Mustervertrags (§ 10, Fn. 55); zu den Problemen, welche dann auftreten können, wenn beide Vertragsparteien Mitgliedstaaten des *WBÜ* sind und durch die Subrogationsklausel zwei Staaten gegenüber stehen würden, was im Art. 25 des *WBÜ* verboten ist, vgl. die *IFV* von Frankreich mit Tunesien vom 30. Juni 1972, *Clunet* 100 (1973), 268, mit Ägypten vom 22. Dezember 1974; mit Malaysia vom 24. April 1975; mit Rumänien vom 16. Dezember 1976; Art. 9 des *IFV* mit Syrien vom 28. November 1977; Art. 9 des *IFV* mit Jordanien vom 23. Februar 1978, und Art. 12 Abs. 2 des *IFV* mit Sri Lanka vom 10. April 1980, *Clunet* 109 (1982), 998–1002; vgl. dazu auch *Meron, T., The World Bank and Insurance*, *BYIL* 47 (1974/1975), 301–314 (308).

¹⁴⁰ Eine Ausnahme bilden etwa die *IFV* mit Mali vom 28. Juni 1977, *BGBI.* 1979, II, 77; mit Syrien (§ 10, Fn. 137); mit Ägypten (§ 10, Fn. 137); mit Rumänien (§ 10, Fn. 138); mit Bulgarien (§ 10, Fn. 124) und mit Philippinen (§ 10, Fn. 134).

¹⁴¹ Art. 8 Abs. 2 des deutschen Mustervertrags, (§ 10, Fn. 55); vgl. auch Abschnitt 31 c der *IFV* der Niederlande mit Senegal vom 12. Juni 1965; mit Indonesien vom 7. Juli 1968; den *IFV* Frankreichs mit Ägypten (§ 10, Fn. 139) und den *IFV* der Schweiz mit Kamerun vom 28. Januar 1963, zitiert nach *Stoll, J.*, S. 94; so auch Art. III Abs. 3 des *IFV* des Vereinigten Königreichs mit Philippinen vom 3. Dezember 1980, *ILM* 20 (1981), 326, nicht aber der *IFV* mit Ägypten, zitiert nach *Stoll, J.*, *ibid.* S. 94; dazu *Mann, F.-A.*, *BYIL* 52 (1981), 241–254 (254); ähnlich Art. VII (2) des *IFV* zwischen den USA und Panama, siehe auch Art. 2 des *Abs/Shawcross-Konventionsentwurfs* über Auslandsinvestitionen (§ 10, Fn. 53); vgl. weiter *Alenfeld, J.*, S. 96 ff.; *Ammann, U.*, S. 114; *Banz, M.*, S. 71; *Mengel, H.-J.*, *RIW* 29 (1983), 739–811 (743); *Stoll, J.*, S. 94 ff; *Weil, P.*, in *Mélanges Rousseau*, S. 303–328 (315).

¹⁴² *Alenfeld, J.*, S. 96; *Banz, M.*, S. 71; *Mayer, P.*, *Clunet* 113 (1986–I), 5–78 (37); *Mengel, H.-J.*, *RIW* 29 (1983), 739–811 (743); *Salem, M.*, *Clunet* 113 (1986–II), 579–626 (605); *Seidl-Hohenveldern, I.*, *Investitionen in Entwicklungsländern*, S. 38; *ders.*, *Völkerrecht*, 9. Aufl., RdNr. 1632; *Stoll, J.*, S. 94; *Weil, P.*, *RdC* 128 (1969–III), 95–240 (123, 130).

Verantwortlichkeit begründen und den Heimatstaat zur Ausübung diplomatischer Schutzrechte berechtigen¹⁴⁴. Nicht Entschädigung wird geschuldet, sondern Schadensersatz, d.h. in erster Linie *restitutio in integrum*.

Um den Schutz des Privatinvestors gegenüber einseitig legislatorischen oder administrativen Maßnahmen des staatlichen Vertragspartners zu stärken, wurde die Auffassung vertreten, eine Stabilisierungsklausel in einer Vereinbarung zwischen dem Gastland und einem ausländischen Investor könne ähnliche Wirkung haben wie eine Abschirmklausel, die in einem IFV zwischen dem ersterem und dem Heimatstaat des Investors enthalten ist¹⁴⁵. Der Heimatstaat des Privatinvestors werde über die Stabilisierungsklausel zum direkten Vertragspartner des Gastlandes. Dadurch könne er über die allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts, die ihm Ansprüche bei Nationalisierungen gegen den anderen Staat gewährleisten, direkt gegenüber dem Gastland die dem Privatinvestor gemachten Zusicherungen geltend machen¹⁴⁶.

Diese Auffassung stieß jedoch überwiegend auf Ablehnung¹⁴⁷. In einen synallagmatischen Vertrag zwischen zwei Parteien ein Recht einer nicht beteiligten und nicht genannten dritten Partei hinein zu interpretieren, ist gewagt. Warum das Gastland einen Rechtsbindungswillen auch gegenüber dem Heimatstaat des Privatinvestors haben sollte, ist nicht ersichtlich. Eine derartige Bindung wird traditionell durch Investitionsschutzverträge erzielt. Wenn ein solcher nicht geschlossen wurde, sollte auch keine Bindung des Gastlandes gegenüber dem Heimatstaat eingegangen werden.

¹⁴³ Hierdurch werden die sich aus der Rolle des Vertragspartners „Staat“ und seines Selbstbestimmungsrechts ergebenden Beschränkungen nicht berührt; vgl. Alenfeld, J., S. 101.

¹⁴⁴ Alenfeld, J., S. 101; Stoll, J., S. 95.

¹⁴⁵ Vgl. die Klagebegründung der UK-Regierung im Anglo-Iranian Oil Company-Fall, ICJ 1952, Section C Memorial 64–125; Stoll, J., S. 94 ff., (*Lehre von der einseitigen völkerrechtlichen Verpflichtung des Gaststaates*); angedeutet schon von Wengler, W., RGDI 76 (1972), 313–345.

¹⁴⁶ Diese Ansicht stützt sich auch auf das umstrittene Atomtest-Urteil des IGH (ICJ Rep. 1974, 253, 457), in dem nur sehr geringe Anforderungen an den Bindungswillen und die äußeren Umstände für die Annahme einer völkerrechtlich einseitig verpflichtenden Erklärung gestellt wurden.

¹⁴⁷ Markert, T., S. 124; Mayer, P., Clunet 113 (1986–I), 5–78 (37); Mengel, H.-J., RIW 28 (1989), 739–745 (743); Verhoeven, J., Rev. arb 1985, 609–640 (625).

3. Streitverhütung und Streitbeilegung

a) Die Beilegung zwischenstaatlicher Meinungsverschiedenheiten

aa) Die Bestimmungen des Art. 10 des deutschen Mustervertrags

Ein Mechanismus zur Verhütung, und, wenn dies nicht gelingt, zur Beilegung von Streitigkeiten ist unverzichtbarer Bestandteil eines Investitionsschutzvertrages, wenn dieser seine praktische Zielsetzung erfüllen soll. Denn ohne den Zwang, bei nicht überbrückbaren Meinungs- und Interessengegensätzen zwischen Kapitalimport- und Heimatstaat des Investors eine unparteiische, internationale Schiedsentscheidung herbeizuführen, würde die fehlende Durchsetzbarkeit völkerrechtlicher Verhaltensnormen einen Entwicklungsstaat weit eher verleiten, die zu Gunsten des Investors übernommenen Vertragsverpflichtungen in Frage zu stellen¹⁴⁸.

Ähnlich wie im amerikanischen Vertragssystem¹⁴⁹ wird in den deutschen IFV zwischen zwei Arten von Streitfällen unterschieden: Meinungsverschiedenheiten zwischen den Vertragspartnern und Streitigkeiten zwischen dem Gastland und dem Investor¹⁵⁰. Bei den ersten vollzieht sich die Lösung potentieller Auslegungs- und Anwendungsstreitigkeiten in zwei Stufen. Auf der ersten Ebene sollen Streitigkeiten durch die Regierungen der beiden

¹⁴⁸ Zur Bedeutung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit für Investitionsstreitigkeiten siehe oben, unter § 2, A.; eine schiedsgerichtliche Streitbeilegung sehen auch: Art. 25 des Association Agreements zwischen der EG und der Türkei; Cooperation Agreement von 1978 zwischen der EG und den Maghreb Staaten (Algerien, Marokko, Tunesien) und Agreement zwischen der EG und Jugoslawien von 1983; Art. 238 des Dritten (§ 10, Fn. 25) und Art. 307 des Vierten (§ 10 Fn. 26) *Lomé Abkommens*; nicht dagegen die Agreements der EG mit den Machrek Staaten (Ägypten, Jordanien, Syrien) zitiert nach *Kuyper, P.-J., The European Community and Arbitration*, in A. Soons (eds.) *International Arbitration, Past and Prospects*, 1990, S. 181–188 (184); Art. 10 Asian-African Legal Consultative Committee, Model Bilateral Agreement on Promotion and Protection of Investments, ILM 23 (1984), 237–268; siehe aber Art. 9 des Revised Draft of Model Agreement for Promotion and Protection of Investment desselben Komitees, welcher ein innerstaatliches Streitbeilegungsverfahren vorsieht, das nach dem Recht des Gaststaats durchzuführen ist; Art. X des ASEAN Agreements for the Promotion and Protection of Investment, ILM 27 (1988), 612–614; Art. 9 des Hong Kong-Japan Agreements for the Promotion and Protection of Investments vom 15. Mai 1997, ILM 36 (1997), 1423–1430 und Mercosur (Argentinien, Brasilien, Paraguay und Uruguay), Protocol of Brasilia for the Settlement of Disputes vom 17. Dezember 1991, ILM 36 (1997), 691–199, Chapter IV, Arbitration.

¹⁴⁹ Oben, unter § 10, D. III. 1.

¹⁵⁰ Diese Unterscheidung wurde für das erste Mal im Art. 10 des IFV mit Panama vom 2. November 1983, BGBl. 1987, II, 2 vorgenommen.

Vertragsparteien beigelegt werden¹⁵¹. Da es in dieser Phase zunächst um einen einvernehmlichen Ausgleich über die Anwendung und Auslegung eines Vertragspunktes geht, erscheint es sinnvoller, noch nicht von Streitigkeiten, sondern von Meinungsverschiedenheiten zu sprechen. Diese sollen durch Konsultationen in freundschaftlichem Geist ausgeräumt werden. In diesem Sinn ist dann auch die Beilegung einer Meinungsverschiedenheit als Verhütung einer internationalen Streitigkeit anzusehen¹⁵².

Kann eine Meinungsverschiedenheit auf diese Weise innerhalb eines vernünftigen Zeitraums¹⁵³ nicht befriedigend geregelt werden, dann ist die Angelegenheit auf Verlangen einer der beiden Vertragsparteien einem Schiedsgericht zu unterbreiten¹⁵⁴. Falls beide Parteien sich darauf verständi-

¹⁵¹ Art. 10 Abs. 1 des deutschen Mustervertrags (§ 10, Fn. 55) lautet: „*Meinungsverschiedenheiten zwischen den Vertragsparteien über die Auslegung oder Anwendung dieses Vertrags sollen, soweit möglich, durch die Regierungen der beiden Vertragsparteien beigelegt werden*“; vgl. dazu Alenfeld, J., S. 170 ff.; Berger, R., Vermögensschutz im Ausland durch Investitionsschutzverträge (IFV), AWD 11 (1965), 1–11; ders., Vertrag zwischen der BRD und Pakistan zur Förderung und zum Schutz von Kapitalanlagen, RIW/AWD 12 (1966), 105–112; ders., Vertrag zwischen der BRD und der Republik Togo über die Förderung der Anlage von Kapital, AWD 13 (1967), 262–267; Foeth, G., S. 259; Frick, H., S. 234; Häde, U., Archiv des Völkerrechts 35 (1997), 181–212 (195); Lämmerahl, M., S. 119; Salacuse, J.-W., IntL 24 (1990), 655–675 (672); Wühler, N., S. 85.

¹⁵² In der Regel werden allerdings die Konsultationen erfolgreich sein, weil keiner der Beteiligten ein Interesse daran haben kann, wegen nicht gravierender Differenzen ein Schiedsgerichtsverfahren anzustreben. Dies könnte auch der Grund dafür sein, daß bisher bekannt keine aus einem IFV zwischenstaatliche Streitigkeit durch ein Schiedsgericht beigelegt wurde. Eine Konsultation gewinnt aber gerade an Bedeutung, weil die Möglichkeit besteht, ein Schiedsgericht anzurufen; sie steht somit unter dem Druck dieser Möglichkeit; vgl. dazu Salacuse, J.-W., IntL 24 (1990), 655–675 (675).

¹⁵³ Art. 11 Abs. 2 des IFV mit der Türkei (§ 10, Fn. 124) legt eine Zeitspanne von höchstens einem Jahr fest; Ziff. 4 (b) des IFV mit Indien vom 15. Oktober 1964, BuAnz. Nr. 235 vom 16. Dezember 1964 spricht von einer „angemessenen“ Frist; im Art. 9 Abs. 1 des IFV mit Rumänien (§ 10, Fn. 138) wird eine Frist von 6 Monaten nach Einleitung der Verhandlungen festgelegt; vgl. auch Art. 10 Abs. 2 des IFV mit China (§ 10, Fn. 138); Art. 10 Abs. 2 des IFV mit Ungarn vom 30. April 1986, BGBl. 1987, II, 438; Art. 10 Abs. 2 des IFV mit Uruguay vom 4. Mai 1987, BGBl. 1988, II, 272; Art. 9 Abs. 2 des IFV mit der Libanesischen Republik vom 18. März 1997, BGBl. 1998, II, 1439; Art. 9 Abs. 2 des IFV mit Ecuador vom 21. März 1996, BGBl. 1998, II, 610 stellt auf eine Frist von 6 Monaten ab dem Zeitpunkt der Vorlage einer förmlichen diplomatischen Eingabe ab.

¹⁵⁴ Art. 10 Abs. 2 des deutschen Mustervertrags (§ 10, Fn. 55) lautet: „*Kann eine Meinungsverschiedenheit auf diese Weise nicht beigelegt werden, so ist sie auf Verlangen einer der beiden Vertragsparteien einem Schiedsgericht zu unterbreiten*“; von den deutschen Handels- und/oder Niederlassungsverträgen enthalten 7 eine kompromissorische Klausel. Es handelt sich um die Verträge mit USA, Frankreich, der Niederlande, Italien, der Dominikanischen Republik, Griechenland und Spanien. Die Klauseln sind sehr unterschiedlich ausgestaltet. Sie reichen von einem knappen

gen, sehen die Verträge mit Korea¹⁵⁵ und Pakistan¹⁵⁶ statt dessen die Anrufung des *IGH* in Den Haag zur Streitentscheidung vor¹⁵⁷. Ein Schiedsgerichtsverfahren nach Art. 10 Abs. 2 des deutschen Mustervertrags kann nicht vom Investor selbst in Gang gesetzt werden, sondern ausschließlich von seinem Heimatstaat im Wege des diplomatischen Schutzes¹⁵⁸. Die Schiedsgerichtsbarkeit tritt nicht an die Stelle der staatlichen Gerichtsbarkeit, sondern ergänzt sie: Die Anrufung des Schiedsgerichts ist erst statthaft, wenn der innerstaatliche Rechtsweg vom Investor erschöpft ist¹⁵⁹. Ob der deutsche Investor gegen die Bundesrepublik Deutschland ein subjektiv-öffentliches Recht auf Einleitung des Schiedsgerichtsverfahrens hat, ist sehr zweifelhaft. Da ein *IFV* vom Staat her gesehen ein politischer Vertrag ist, dürfen politische Gesichtspunkte bei der Frage, ob ein Verfahren eingeleitet werden soll, berücksichtigt werden¹⁶⁰.

Tritt das Schiedsgericht in die eigentliche Sachenentscheidung ein, wird es in erster Linie das vorgegebene Vertragsrecht anwenden und auslegen. Im Vertrag mit Griechenland ist bestimmt, daß darüber hinaus die allgemeinen Regeln des Völkerrechts zum Zug kommen¹⁶¹. Damit sind neben dem Vertrag sowohl das Völkergewohnheitsrecht als auch die allgemeinen

Verweis auf schiedsgerichtliche Beilegung von Vertragsstreitigkeiten (so der Vertrag mit USA, BGBl. 1956, II, 487) über der Musterklausel ähnliche Bestimmungen (so die Verträge mit Griechenland, BGBl. 1965, II, 1505; mit Spanien, BGBl. 1972, II, 1041) bis zu einer Gestaltung, bei welcher dem Schiedsverfahren die sonst in Handelsverträgen übliche Konsultationen oder Schlichtung durch einen gemischten Ausschuß vorgestaltet ist (so die Verträge mit Frankreich, BGBl. 1957, II, 1661 ff; und mit der Dominikanischen Republik, BGBl. 1959, II, 1468).

¹⁵⁵ Protokoll Ziff. 11 des *IFV* vom 4. Februar 1964, BGBl. 1965, II, S. 1391.

¹⁵⁶ Art. 11 Abs. 2. des *IFV* (§ 10, Fn. 124).

¹⁵⁷ Diese Möglichkeit ist im Hinblick auf Art. 36 Ziff. 1 der *IGH*-Satzung wohl auch ohne ausdrückliche Erwähnung im Rahmen der übrigen Verträge gegeben, da eine konkurrierende Zuständigkeit mit dem vorgesehenen Schiedsgericht nicht besteht.

¹⁵⁸ Alenfeld, J., S. 170 m.w.Nach.; Berger, R., RIW/AWD 12 (1966), 105–112; Foeth, G., S. 259; Wühler, N., S. 85.

¹⁵⁹ Ziff. 7 bzw. 9 der Protokolle zu den *IFV* mit Kolumbien vom 11. Juni 1965, BGBl. 1967, II, 1552 (nie in Kraft getreten) und mit Philippinen vom 3. März 1964, BGBl. 1966, II, 549; Art. 10 Abs. 5 des *IFV* mit Israel (§ 10, Fn. 137); Art. 9 Abs. 6 des *IFV* mit Syrien (§ 10, Fn. 137); Art. 10 Abs. 6 des *IFV* mit Ägypten (§ 10, Fn. 137); zustimmend: Foeth, G., S. 259; Lämmerzahl, M., S. 119; zweifelnd: Frick, H., S. 239; ablehnend: Olmstead, C.-J., Economic Development Agreements – Part II: Agreements between States and Aliens; Choice of Law and Remedy, CalLRev 49 (1961), 504–516.

¹⁶⁰ Berger, R., RIW AWD 12 (1966), 105–112; zustimmend Foeth, G., S. 260.

¹⁶¹ Vgl. auch Art. 10 Abs. 6 des Vertrages mit Israel (§ 10, Fn. 137); Art. 11 IV Ziff. 3 c) ii) der Vereinbarung mit Saudi Arabien über die Rechtswahrung bei garantierten privaten Kapitalanlagen vom 2. Februar 1979, BGBl. 1980, II, 694; Art. 9 Abs. 4 des *IFV* mit Rumänien (§ 10, Fn. 138); Art. 10 Abs. 5 des *IFV* mit der

Rechtsgrundsätze des Art. 38 Abs. 1 lit. c) des *IGH*-Statuts Grundlage der Entscheidung¹⁶².

bb) Zuständigkeitskollision des Vertragsschiedsgerichts
und eines *ICSID*-Schiedsgerichts

Eine Kollision zwischen dem Streitbeilegungsverfahren des *IFV* und dem des *WBÜ* könnte auftauchen, wenn beide Vertragsparteien dem *WBÜ* beigetreten sind und eine Vereinbarung zwischen dem Investor und dem Vertragsland der Bundesrepublik Deutschland besteht, jede unmittelbar mit einer Investition zusammenhängende Streitigkeit dem *ICSID*-Schiedszentrum vorzulegen¹⁶³. Im Fall einer solchen schriftlich getroffenen Zuständigkeitsvereinbarung darf der Heimatstaat dem Investor keinen diplomatischen Schutz gewähren¹⁶⁴. Da aber ein Tätigwerden der Bundesregierung zugunsten eines deutschen Investors im Rahmen des Vertragssystems, also die Anrufung des vertraglichen Schiedsgerichts im Falle einer schlüssigen Völkerrechtsverletzung, die Ausübung diplomatischen Schutzes darstellen würde, stoßen an diesem Punkt zwei sich gegenseitig ausschließende völkervertragliche Regelungen aufeinander.

Art. 10 Abs. 6 des deutschen Mustervertrages strebt deshalb an, daß das Schiedsgericht nach dem *IFV* nicht angerufen werden kann, insoweit zwischen dem Staatsangehörigen oder der Gesellschaft einer Vertragspartei und der anderen Vertragspartei eine Vereinbarung nach Maßgabe des Art. 25 des *WBÜ* zustande gekommen ist¹⁶⁵. Die Bundesregierung behält sich jedoch vor, das Schiedsgericht nach dem *IFV* im Falle der Nichtbeachtung einer Entscheidung des Schiedsgerichts nach dem *WBÜ* oder im Falle der Über-

Republik Simbabwe vom 29. September 1995, BGBl. 1997, II, 1839 und Art. 10 Abs. 5 Satz 2 des *IFV* mit Katar (§ 10, Fn. 137).

¹⁶² So im Ergebnis auch Alenfeld, J., S. 171, 172; ausdrücklich wird Art. 38 des *IGH*-Statuts in Ziff. 4 c) letzter Satz des *IFV* mit Indien vom 15. Oktober 1964 (§ 10, Fn. 153) erwähnt.

¹⁶³ Alenfeld, J., S. 173; Frick, H, S. 235; Lämmerzahl, M., S. 120; Wühler, N., S. 154.

¹⁶⁴ So Art. 27 Abs. 1 *WBÜ*; vgl. weiterhin die analogen Erörterungen im Rahmen der amerikanischen Verträge, oben, unter § 9, D. III. 1.

¹⁶⁵ Art. 10 Abs. 6 Satz 1 des deutschen Mustervertrags (§ 10, Fn. 55), lautet: „Sind beide Vertragsparteien auch Vertragsstaaten des Übereinkommens vom 18. März 1965 zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten, so kann mit Rücksicht auf die Regelung in Artikel 27 Abs. 1 des Übereinkommens, das vorstehend vorgesehe Schiedsgericht insoweit nicht angerufen werden, als zwischen den Staatsangehörigen oder der Gesellschaft einer Vertragspartei und der anderen Vertragspartei eine Vereinbarung nach Maßgabe des Artikels 25 des Übereinkommens zustande gekommen ist“.

tragung kraft Gesetzes oder aufgrund Rechtsgeschäftes nach Art. 6 des Mustervertrags doch noch anzurufen¹⁶⁶.

Ein solcher möglicher Kollisionsfall ist allerdings bisher nicht in allen IFV der Bundesrepublik Deutschland ausdrücklich geregelt worden¹⁶⁷. Für diejenige von ihnen, die vor dem Inkrafttreten des WBÜ abgeschlossen worden sind, kann es eine spezifische Abgrenzung im Vertrag selbst nicht

¹⁶⁶ Art. 10 Abs. 6 Satz 2 des deutschen Mustervertrags (§ 10, Fn. 55) lautet: „Die Möglichkeit, das vorstehend vorgesehene Schiedsgericht im Fall der Nichtbeachtung einer Entscheidung des Schiedsgerichts des genannten Übereinkommens (Artikel 27) oder im Fall der Übertragung kraft Gesetzes oder aufgrund Rechtsgeschäfts nach Artikel 6 dieses Vertrages anzurufen, bleibt unberührt“.

¹⁶⁷ So enthalten folgende IFV keine entsprechende Kollisionsklausel, obwohl der Partnerstaat der Bundesrepublik Deutschland beim Vertragsabschluß schon Vertragsstaat des WBÜ war: mit Uganda vom 29. November 1966, BGBl. 1968, II, 449; mit Ghana vom 19. Mai 1967, BGBl. 1968, II, 1251; mit Indonesien vom 8. November 1968, BGBl. 1970, II, 492; mit Gabun vom 16. Mai 1969, BGBl. 1970, II, 657; mit Mauritius vom 25. Juli 1971, BGBl. 1973, II, 615; mit Singapur (§ 10, Fn. 137); mit Jordanien vom 15. Juli 1974, BGBl. 1975, II, 1254; mit Mali (§ 10, Fn. 140); mit Ägypten (§ 10, Fn. 137); mit Benin, vom 29. Juni 1978, BGBl. 1985, II, 2; mit Bangladesh vom 6. Mai 1981, BGBl. 1984, II, 838; mit Jamaika (§ 10, Fn. 124, das WBÜ wird nur bei Streitigkeiten zwischen einem Investor und einer Vertragspartei berücksichtigt); mit Kuwait (§ 10, Fn. 57, ähnlicher Fall wie beim IFV mit Jamaika); mit Peru vom 30. Januar 1995, BGBl. 1997, II, 197; mit Philippinen (§ 10, Fn. 134, ähnlicher Fall wie beim IFV mit Jamaika); mit den Arabischen Emiraten vom 21. Juni 1997, BGBl. 1998, II, 1475; mit Saudi Arabien vom 29. Oktober 1996, BGBl. 1998, II, 593 (Berücksichtigung des WBÜ nur bei Streitigkeiten zwischen dem Anlagestaat und einem Investor, alternativ mit der Gerichtsbarkeit nationaler Gerichte); mit Rumänien vom 25. Juni 1996 (§ 10, Fn. 132, ähnlicher Fall wie beim IFV mit Jamaika); mit Venezuela vom 14. Mai 1996, BGBl. 1998, II, 653 (ähnlicher Fall wie bei IFV mit Jamaika).

Folgende IFV enthalten hingegen eine WBÜ-Kollisionsklausel, obwohl der Partnerstaat nicht WBÜ-Mitgliedstaat beim Vertragsabschluß war: die IFV mit Israel (§ 10, Fn. 137); mit Oman vom 25. Juni 1979, BGBl. 1985, II, 354; mit Portugal (§ 10, Fn. 137); mit China (§ 10, Fn. 138); mit Panama (§ 10, Fn. 150); mit dem Dominikanischen Bund vom 1. Oktober 1984, BGBl. 1985, II, 1170; mit St. Vincent und die Grenadinen vom 25. März 1986, BGBl. 1987, II, 774; mit Ungarn (§ 10, Fn. 153); mit Bolivien vom 23. März 1987, BGBl. 1988, II, 254; mit Uruguay (§ 10, Fn. 153); mit Polen vom 10. November 1989, BGBl. 1990, II, 606; mit Kap Verde vom 18. Januar 1990, BGBl. 1993, II, 947; mit Argentinien (§ 10, Fn. 117); mit Litauen vom 28. Februar 1992, BGBl. 1997, II, 176; mit der Ukraine vom 15. Februar 1993, BGBl. 1996, II, 75; mit Vietnam vom 3. April 1993, BGBl. 1997, II, 2116; mit Usbekistan vom 20. April 1993, BGBl. 1997, II, 2106; mit Namibia vom 21. Januar 1994, BGBl. 1997, II, 186; mit Südafrika (§ 10, Fn. 124); mit Laos vom 9. August 1996, BGBl. 1998, II, 1466; mit der Libanesischen Republik (§ 10, Fn. 153); mit Brasilien vom 21. September 1995, BGBl. 1998, II, 602 (Berücksichtigung des WBÜ nur bei Streitigkeiten zwischen dem Anlagestaat und einem Investor); mit Katar (§ 10, Fn. 137, ähnlicher Fall wie beim IFV mit Brasilien) und mit Kuba vom 30. April 1996, BGBl. 1998, II, 746 (ähnlicher Fall wie beim IFV mit Brasilien).

geben. Würde man lediglich auf die zeitliche Reihenfolge des Inkrafttretens von *WBÜ* und *IFV* abstellen, so wäre für die späteren Verträge der Bundesrepublik Deutschland die Kollision zugunsten der einzelvertraglichen Schiedsverfahren zu lösen.

Dem steht jedoch der Spezialitätsgrundsatz entgegen. Denn das *WBÜ* bildet gegenüber den *IFV* zwar nicht hinsichtlich der Vertragspartner, aber in bezug auf den Vertragsgegenstand die speziellere Normierung, da es diesen intensiver und detaillierter regelt¹⁶⁸. Die Kollision ist daher in allen Fällen zu seinen Gunsten zu entscheiden¹⁶⁹. Zweifelhaft erscheint hingegen, ob der Vorrang des *WBÜ* aus Art. 8 Abs. 1 des deutschen Mustervertrags (*der sogenannten Besserstellungsklausel*)¹⁷⁰ abgeleitet werden kann¹⁷¹. Danach geht den Regelungen des Vertrages u. a. eine völkerrechtliche Regelung vor, welche den Kapitalanlagen des Investors eine günstige Behandlung gewährt. Die günstigere Behandlung nach dem *WBÜ* ergibt sich einerseits daraus, daß der Investor selbst als Streitpartei vor einem internationalen Schiedsgericht seine Interessen vertreten kann und andererseits aus der Tatsache, daß mit dem als ständige Institution der Weltbank bestehenden *ICSID*-Schiedszentrum ein schnelleres Verfahren gewährleistet ist. Die Vorschrift des Art. 8 Abs. 1 des deutschen Mustervertrags zielt jedoch auf den materiellen Standard der Investitionsförderung und nicht auf prozedurale Absicherungen, die im *WBÜ* enthalten sind. Aus diesem Grund kann der Vorrang des *WBÜ* gegenüber dem *IFV* nicht auf Artikel 8 Abs. 1 des deutschen Mustervertrags gestützt werden.

cc) Würdigung

Zwei besondere Vorzüge der Bestimmungen über die Streitverhütung und -Beilegung zwischenstaatlicher Meinungsverschiedenheiten des deutschen Vertragssystems sind hervorzuheben. Einmal ist es für den Rechtsschutz des Investors und seiner Kapitalanlage von erheblicher Bedeutung, daß im Streitfall allein das Verlangen seines Heimatstaats ausreicht, um ein unabhängiges Schiedsverfahren in Gang zu setzen. Das Entwicklungsland kann

¹⁶⁸ Frick, H., S. 236 Anm. 388.

¹⁶⁹ So auch Alenfeld, J., S. 176; Jüttner, H., S. 213; Patzina, R., S. 118; a.A. Lämmerzahl, M., S. 120.

¹⁷⁰ Art. 8 Abs. 1 des deutschen Mustervertrags (§ 10, Fn. 55) lautet: „Ergibt sich aus den Rechtsvorschriften einer Vertragspartei oder aus völkerrechtlichen Verpflichtungen, die neben diesem Vertrag zwischen den Vertragsparteien bestehen oder in Zukunft begründet werden, eine allgemeine oder besondere Regelung, durch die den Kapitalanlagen der Staatsangehörigen oder Gesellschaften der anderen Vertragspartei eine günstigere Behandlung als nach diesem Vertrag zu gewähren ist, so geht diese Regelung dem vorliegenden Vertrag insoweit vor, als sie günstiger ist“.

¹⁷¹ So aber Frick, H., S. 236 ff.

dieses Vorhaben daher nicht vereiteln. Zum anderen ist die reibungslose Integrierung des *WBÜ* über die Kollisionsnorm des Art. 10 Abs. 6 des Mustervertrags, sofern mehr und mehr Staaten bereit sind, sich der Zuständigkeit des *ICSID*-Schiedszentrums zu unterwerfen, ein für die Zukunft des internationalen Investitionsschutzes beachtlicher Faktor. Damit wird zur gleichen Zeit der angestrebte Multilateralisierungseffekt bilateraler Vertragssysteme¹⁷² entscheidend gefördert.

*b) Beilegung von Investitionsstreitigkeiten
zwischen einer Vertragspartei und einem Kapitalanleger
der anderen Vertragspartei*

aa) Die Bestimmungen des Art. 11 des deutschen Mustervertrags

Meinungsverschiedenheiten in bezug auf Kapitalanlagen zwischen einer der Vertragsparteien und einem Staatsangehörigen oder einer Gesellschaft der anderen Vertragspartei sollen, soweit möglich, zwischen den Streitparteien gütlich beigelegt werden¹⁷³. Kann die Meinungsverschiedenheit innerhalb einer Frist von sechs Monaten¹⁷⁴ ab dem Zeitpunkt ihrer Geltendmachung durch eine der beiden Streitparteien nicht beigelegt werden, so wird sie auf Verlangen des Staatsangehörigen oder der Gesellschaft der anderen Vertragspartei einem Schiedsverfahren unterworfen¹⁷⁵. Die Modalitäten dieses Schiedsverfahrens sind in den einzelnen Investitionsschutzverträgen jeweils unterschiedlich geregelt:

- (1) Für den Fall, daß beide Vertragsparteien auch Vertragsstaaten des *WBÜ* geworden sind, werden die Investitionsstreitigkeiten im Sinne des Artikels 11 einem Schiedsverfahren im Rahmen des vorgenannten Übereinkommens unterworfen; jede Vertragspartei erklärt beim Vertragsabschluß ihr Einverständnis zu einem solchen Verfahren¹⁷⁶.

¹⁷² Vgl. dazu oben, unter § 10, C. III. am Ende.

¹⁷³ Art. 11 Abs. 1 des deutschen Mustervertrags (§ 10, Fn. 55); siehe aber Art. 9 des *IFV* mit Indien (§ 10, Fn. 124), in welchem an erster Stelle ein Vergleichsverfahren in Übereinstimmung mit den *UNCITRAL*-Vergleichsregeln von 1980 vorgesehen wird. Stimmt eine Partei dem Vergleichsverfahren nicht zu oder verläuft das Verfahren ergebnislos, so kann eine Partei die Streitigkeiten einem Schiedsverfahren in Übereinstimmung mit den *UNCITRAL*-Schiedsregeln von 1976 unterwerfen.

¹⁷⁴ Art. 10 Abs. 2 des *IFV* mit Nepal vom 20. Oktober 1986, BGBl. 1988, II, 262 sieht eine Frist von drei Monaten nach der schriftlichen Notifizierung eines ausreichend begründeten Anspruchs vor; Art. 11 Abs. 2 des *IFV* mit Jamaika (§ 10, Fn. 124) legt eine Frist von zwölf Monaten ab dem Zeitpunkt fest, zu dem die Streitigkeit einer zuständigen Stelle für die Zwecke örtlicher Rechtsbefehle unterbreitet wurde, nicht zur Zufriedenheit der beiden Streitparteien beigelegt wurde.

¹⁷⁵ Art. 11 Abs. 2 Satz 1 des deutschen Mustervertrags (§ 10, Fn. 55).

- (2) Sind beide Vertragsparteien bereits beim Vertragsabschluß Vertragsstaaten des *WBÜ*, dann wird die Meinungsverschiedenheit einem Schiedsverfahren im Rahmen dieses Übereinkommens unterbreitet, sofern die Streitparteien keine abweichende Vereinbarung treffen¹⁷⁷.
- (3) Manche *IFV* enthalten eine *ICSID*-Schiedsklausel und schließen die Möglichkeit einer abweichenden vertraglichen Vereinbarung über das Verfahren aus¹⁷⁸. In diesem Sinne erklärt sich jede Vertragspartei unwi-

¹⁷⁶ Art. 11 Abs. 4 des deutschen Mustervertrags (§ 10, Fn. 55); so auch in Art. 11 Abs. 3 des *IFV* mit Ungarn (§ 10, Fn. 153); Art. 11 Abs. 3 des *IFV* mit Bolivien (§ 10, Fn. 167); Art. 11 Abs. 4 des *IFV* mit Kap Verde (§ 10, Fn. 167); Art. 11 Abs. 4 des *IFV* mit der Mongolei vom 26. Juni 1991, BGBl. 1996, II, 50; Art. 11 Abs. 4 des *IFV* mit Albanien vom 31. Oktober 1991, BGBl. 1994, II, 3720; Art. 11 Abs. 2 des *IFV* mit Litauen (§ 10, Fn. 167); Art. 11 Abs. 4 des *IFV* mit Estland (§ 10, Fn. 55); Art. 11 Abs. 2 des *IFV* mit der Ukraine (§ 10, Fn. 167); Art. 11 Abs. 2 des *IFV* mit Vietnam (§ 10, Fn. 167); Art. 11 Abs. 2 des *IFV* mit Lettland vom 20. April 1993, BGBl. 1996, II, 94; Art. 12 Abs. 2 des *IFV* mit Usbekistan (§ 10, Fn. 167); Art. 11 Abs. 2 des *IFV* mit Barbados vom 2. Dezember 1994, BGBl. 1997, II, 2047; Art. 11 Abs. 3 des *IFV* mit Ghana (§ 10, Fn. 137); Art. 11 Abs. 2 des *IFV* mit Laos (§ 10, Fn. 167); Art. 9 Abs. 2 des *IFV* und mit Liban (§ 10, Fn. 153); Art. 10 Abs. 2 des *IFV* mit Ecuador (§ 10, Fn. 153, alternativ mit der Gerichtsbarkeit nationaler Gerichte); Art. 6 des Protokolls des *IFV* mit Kuba (§ 10, Fn. 167).

¹⁷⁷ So in Art. 11 Abs. 2 des *IFV* mit Swasiland vom 5. April 1990, BGBl. 1993, II, 956; Art. 10 Abs. 4 des *IFV* mit Argentinien (§ 10, Fn. 117, alternativ mit der Gerichtsbarkeit nationaler Gerichte und mit einem Schiedsverfahren nach den *UNCITRAL*-Schiedsregeln); Art. 11 Abs. 2 des *IFV* mit Kasachstan vom 22. September 1992, BGBl. 1994, II, 3730; Art. 10 Abs. 5 des *IFV* mit Chile (§ 10, Fn. 67, alternativ mit der Gerichtsbarkeit nationaler Gerichte); Art. 11 Abs. 2 des *IFV* mit Jamaika (§ 10, Fn. 124, alternativ mit der Gerichtsbarkeit nationaler Gerichte); Art. 11 Abs. 2 des *IFV* mit Belarus vom 2. April 1993, BGBl. 1996, II, 85; Art. 11 Abs. 2 des *IFV* mit Slowenien vom 28. Oktober 1993, BGBl. 1997, II, 2088; Art. 11 Abs. 2 des *IFV* mit Paraguay vom 11. August 1993, BGBl. 1997, II, 2080, alternativ mit der Gerichtsbarkeit nationaler Gerichte; Art. 11 Abs. 2 des *IFV* mit Namibia (§ 10, Fn. 167); Art. 11 Abs. 2 des *IFV* mit der Republik Moldau vom 28. Februar 1994, BGBl. 1997, II, 2072; Art. 8 Abs. 2 des *IFV* mit Kuwait (§ 10, Fn. 57); Art. 10 Abs. 2 des *IFV* mit Costa Rica vom 13. September 1994, BGBl. 1997, II, 1830; Art. 10 Abs. 4 des *IFV* mit Peru (§ 10, Fn. 167, alternativ mit der Gerichtsbarkeit nationaler Gerichte und mit einem Schiedsverfahren nach den *UNCITRAL*-Schiedsregeln); Art. 11 Abs. 4 des *IFV* mit Ghana vom 24. Februar 1995 (§ 10, Fn. 137, alternativ mit einem Schiedsverfahren nach den *UNCITRAL*-Schiedsregeln); Art. 11 Abs. 2 des *IFV* mit Honduras vom 21. März 1995, BGBl. 1997, II, 2064; Art. 11 Abs. 2 des *IFV* mit Südafrika (§ 10, Fn. 124, alternativ mit einem Schiedsverfahren nach den *Additional Facility Rules* des *ICSID*); Art. 11 Abs. 2 des *IFV* mit Simbabwe (§ 10, Fn. 161); Art. 11 Abs. 2 des *IFV* mit Burkina Faso vom 22. Oktober 1996, BGBl. 1998, II, 1457; Art. 8 Abs. 3 des *IFV* mit den Arabischen Emiraten (§ 10, Fn. 167, alternativ mit der Gerichtsbarkeit nationaler Gerichte); Art. 11 Abs. 2 des *IFV* mit Kenia vom 3. Mai 1996, BGBl. 1998, II, 585; Art. 11 Abs. 2 des *IFV* mit Nicaragua vom 6. Mai 1996, BGBl. 1998, II, 637 und Art. 11 Abs. 2 des *IFV* mit Rumänien vom 25. Juni 1996 (§ 10, Fn. 132).

derrufflich und im voraus damit einverstanden, eine Streitigkeit dem *ICSID*-Schiedszentrum vorzulegen.

Das Schiedsgericht trifft seine Entscheidungen auf der Grundlage des Vertrags und gegebenenfalls anderer zwischen den Vertragsparteien geltender Übereinkünfte, des nationalen Rechts der Vertragspartei, in deren Hoheitsgebiet die Kapitalanlage belegen ist, einschließlich der Regeln des internationalen Privatrechts und der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Völkerrechts¹⁷⁹.

bb) Art. 11 Abs. 2 des deutschen Mustervertrags und das Recht des individuellen Investors zur Anrufung des Vertragsgerichts

Gemäß dem Grundsatz der Mediatisierung der Einzelperson im Völkerrecht, das traditionell die Beziehung von Staat zu Staat regelt und dem Individuum keine Rechtspersönlichkeit zugesteht, können Schadensersatzansprüche vor völkerrechtlichen Instanzen im allgemeinen nicht direkt durch die geschädigten Personen geltend gemacht werden¹⁸⁰. Die Privatpersonen können daher nur dann mit einem Schutz ihrer Interessen rechnen, wenn sich ihr Heimatstaat ihrer Ansprüche annimmt und sie gegenüber dem Staat, welcher den Schaden verursachte, auf Grund der Fiktion vertritt, daß er selbst, der reklamierende Staat, auf diese Weise in der Person seines Staatsbürgers einen Schaden erlitten habe.

Diese Regel ist Anlaß zahlreicher Schwierigkeiten. Die herrschende Praxis, welche den Schutz der Interessen der Einzelnen ihrem Heimatstaat überläßt, trägt dazu bei, die zwischenstaatlichen Beziehungen zu vergiften¹⁸¹. Hier liegt also einer der Gründe, die dafür sprechen, den Betroffene-

¹⁷⁸ So in Art. 10 Abs. 2 des *IFV* mit St. Lucia vom 16. März 1985, BGBl. 1987, II, 13; Art. 10 Abs. 2 des *IFV* mit Nepal (§ 10, Fn. 174); Art. 9 Abs. 2 des *IFV* mit Jugoslawien (§ 10, Fn. 124); Art. 9 Abs. 2 des *IFV* mit Philippinen (§ 10, Fn. 134, alternativ mit der Gerichtsbarkeit nationaler Gerichte); Art. 11 Abs. 2 des *IFV* mit Katar (§ 10, Fn. 137).

¹⁷⁹ Art. 10 Abs. 5 des *IFV* mit Peru (§ 10, Fn. 167); ähnlich Art. 10 Abs. 5 des *IFV* mit Argentinien (§ 10, Fn. 117); Art. 10 Abs. 6 des *IFV* mit Chile (§ 10, Fn. 67); Art. 8 Abs. 5 Satz c des *IFV* mit Kuwait (§ 10, Fn. 57); Art. 10 Abs. 3 des *IFV* mit Costa Rica (§ 10, Fn. 177); Art. 10 Abs. 5 des *IFV* mit Simbabwe (§ 10, Fn. 161); Art. 9 Abs. 4 des *IFV* mit Liban (§ 10, Fn. 153); Art. 9 Abs. 2 b) ii) des *IFV* mit Indien (§ 10, Fn. 124); Art. 10 Abs. 3 des *IFV* mit Venezuela (§ 10, Fn. 167).

¹⁸⁰ Alenfeld, J., S. 170; Ammann, U., S. 119; Foeth, G., S. 259; Frick, H., S. 60; Schanze, E., Investitionsverträge im internationalen Wirtschaftsrecht, S. 110; Seidl-Hohenveldern, I., Investitionen in Entwicklungsländern ..., S. 43; ders., Völkerrecht, 9. Aufl., RdNr. 927.

¹⁸¹ Ammann, U., S. 114; Seidl-Hohenveldern, I., Investitionen in Entwicklungsländern, S. 45; Wegen, G., in Rubin, S. J./Nelson, R. W (eds.), Dispute Settlement

nen selbst das Recht zu geben, ihre Ansprüche auf internationaler Ebene geltend zu machen¹⁸². Diesem Wunsch ist die Bundesrepublik Deutschland entgegengekommen, indem sie den vielfachen Bestrebungen, eine durch Vertrag zwischen Staaten begründete Schiedsgerichtsbarkeit auch privaten Investoren zu eröffnen, mit Art. 11 Abs. 2 ihres Mustervertrags entsprochen hat¹⁸³.

Zum Teil waren in der Vergangenheit in Investitionsverträgen zwischen Entwicklungsländern und Investor¹⁸⁴, vereinzelt auch in der Gesetzgebung

and Arbitration ..., S. 59–73 (69); vgl. auch *Petersmann, H.*: „*The protection of the liberty and equality of citizens is connected to the ability of individuals to invoke legal remedies against a State's trade policy*“ zitiert nach *Killmann, B.-R.*, *The Access of Individuals to International Trade Dispute Settlement*, *JIntArb* 13 (3) (1996), 142–167.

¹⁸² Folgende internationale Abkommen enthalten Regelungen, welche die Rechteinhaberschaft des Individuums im Völkerrecht im Bereich der Menschenrechte anerkennen: Art. 34 *EMRK* n.F. nach dem am 11. Mai 1994 in Strasburg unterzeichneten 11. Protokoll; EuGRZ 1994, 323 = BGBl. 1995, II, 578; dazu *Schlette, V.*, Das neue Rechtsschutzsystem der Europäischen Menschenrechtskonvention. Zur Reform des Kontrollmechanismus durch das 11. Protokoll, *ZaöRV* 56 (1996), 905–976; das Inter-American System of the Organization of American States and American Convention on Human Rights, O.A.S. Off. Rec. OEA/Ser. L./V. II. 23, Doc. 21, Rev. 6 (1979); Organization of African Unity and African Charter on Human and People's Rights, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 Rev. 5, ILM 21 (1982), 58; UN Optional Protocol, GA Res. 2200 A (XXIX) 21 U.N. Doc. E/4393, at 17 (1967), das ein individuelles Beschwerdeverfahren vor The Human Rights Committee of the International Covenant on Civil and Political Rights, G.A. Res. 2200 A (XXI), 21 UN GAOR Supp. (No. 16) at 52, U.N. Doc. A/6313 (1996), 999 U.N.T.S. 717, O vorsieht; ähnlich Accord franco-algerien en matière d'arbitrage vom 26. Juni 1963, JO, mit welchem das im Titel IV der Déclaration der principes sur la coopération par la mise en valeur des richesses du sous-sol du Sahara vom 18. März 1962 vorgesehene Schiedsgericht ins Leben gerufen worden ist, zitiert nach *Bettems, D.*, RdNr. 58; vor dem *US-Iran Claims Tribunal* treten die betreffenden iranischen und US-amerikanischen Staatsangehörigen bzw. Unternehmen im eigenen Namen und für sich selbst als Kläger auf, ohne daß ihre eigenen Regierungen ihr Klagebegehren in Prozeßstandschaft übernehmen würden oder daß sie ihm zustimmen müßten oder daß diese ein solches Klagebegehren auch nur verhindern können; vgl. dazu *Sandrock, O.*, Archiv des Völkerrechts 29 (1991), 104–130 (114).

¹⁸³ Diese Bestrebungen hat die Bundesrepublik Deutschland früher auch mit den von ihr geförderten oder selbst vorgelegten Konventionsentwürfen unterstützt; vgl. dazu Art. VII des 2. Konventionsentwurfs (1959) der Kölner Gesellschaft (Heft 3 S. 10) (§ 10, Fn. 53); Art. 7 des Konventionsentwurfs (1967) der *OECD* (§ 10, Fn. 53), sowie Ziff. 51 ff. des Entwurfs des Europarats vom 8. Mai 1959 (Europaraat Doc. 1027).

¹⁸⁴ Vgl. z.B. die Verträge zwischen der Pan American Indonesia Oil Company und Pertamina Miyak Indonesia, zwischen Aramco und Saudi Arabien, zwischen der International African American Corporation and Liberia, die Ölkonzessionsverträge Libyens und das Iran Consortium Agreement vom 1954, zitiert nach *Ammann, U.*, S. 118.

dieser Staaten¹⁸⁵, spezielle schiedsgerichtliche Regelungen getroffen worden, welche dem ausländischen Unternehmer in einem Investitionsverfahren auf die gleiche Stufe mit der Regierung des Entwicklungslandes stellten. Hierbei handelte es sich in der Regel allerdings immer um sogenannte *ad-hoc* Schiedskommissionen, die jeweils erst nach Entstehung eines Streitfalles zu errichten und personell zu besetzen waren. Damit wiesen sie jene Hauptmängel auf, welcher der internationalen *ad-hoc* Schiedsgerichtsbarkeit ganz allgemein anhaften: die Unsicherheit in der Bestellung und beiderseitigen Anerkennung der Schiedsstelle sowie die beiden Streitparteien faktisch gegebene Möglichkeit, ihre zur Einsetzung der Kommission erforderliche Mitwirkung zu versagen oder zu verzögern.

Dieser Systemmangel, aber auch die wachsende wirtschaftliche Zusammenarbeit zwischen Kapitalimportstaaten und privaten Investoren haben immer stärker die Notwendigkeit einer weltweiten streitentscheidenden Schiedsinstitution aufgezeigt¹⁸⁶. Der entscheidende Durchbruch zu einer akzeptierten Neuordnung der schiedsgerichtlichen Beilegung von Investitionsstreitigkeiten geschah, wie bekannt, mit dem im Rahmen der Weltbank ausgearbeiteten Übereinkommen, das am 18. März 1965 den Regierungen der Mitgliedstaaten zugeleitet wurde. Das durch dieses Abkommen gegründete *Internationale Zentrum zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (ICSID)* verbessert die Schutzwirkung der Einzelvereinbarungen zwischen Kapitalimportstaat und ausländischen Privatpersonen erheblich, zumal es dem einzelnen Investor erstmals Parteifähigkeit vor einem überregionalen internationalen Gericht im Streit mit der Regierung des Anlagestaats einräumt¹⁸⁷.

Aus der jüngster Zeit sind insbesondere Art. 302 des *US Omnibus Trade and Competitiveness Act* aus dem Jahre 1988¹⁸⁸ und Art. 4 Abs. 1 der *EG-Richtlinie* 3286/94 vom 1. Januar 1995¹⁸⁹ zu erwähnen, die ebenfalls privaten Investoren das Recht einräumen, den Gaststaat wegen Vertragsver-

¹⁸⁵ Vgl. Art. XII des griechischen Gesetzes Nr. 2687 vom 5. September 1953, zitiert nach *Dimolitsa, A.*, JIntArb 5 (4) (1988), 17–66 (18).

¹⁸⁶ *Ammann, U.*, S. 118; *Frick, H.*, S. 61; *Jüttner, H.*, S. 203; *Nwogugu, E. I.*, S. 255 ff.; ein Abriß der mehrfach gewordenen Vorschläge für die Schaffung einer schiedsgerichtlichen Institution zur Entscheidung von Investitionsstreitigkeiten findet sich in *Seidl-Hohenveldern, I.*, Investitionen in Entwicklungsländern, S. 45.

¹⁸⁷ Vgl. auch das Beschwerdeverfahren vor dem Inspection Panel der International Bank for Reconstruction and Development, Resolution No. 93–10 vom 22. September 1993, berichtet bei *Bradlow, D. D./Schlemmer-Schulte, S.*, The World Bank's New Inspection Panel: A Constructive Step in the Transformation of the International Legal Order, ZaöRV 54 (1994), 392–415 (398).

¹⁸⁸ 19 U.S.C. § 2411 (1988); vgl. dazu *Killmann, B.-R.*, JIntArb 13 (3) (1996), 142–167 (148) und *Lukas, M.*, The Role of Private Parties in the Enforcement of the Uruguay Round Agreements, JWTL 29 (5) (1995), 181–206 (186).

letzung vor einem Schiedsgericht zu verklagen. Ein Investor hat außerdem nach Art. 10 Abs. 1 letzter Satz i.V.m. Art. 26 Abs. 1 der *Energiecharta* aus dem Jahre 1994¹⁹⁰ die Möglichkeit, beim Bruch von Zusagen, welche der Gaststaat ihm gegenüber gemacht hat, ein Streitschlichtungsverfahren einzuleiten. Vertragstechnisch geschieht dies dergestalt, daß die Unterzeichnerstaaten in der *Energiecharta* erklären, jede andere Verpflichtung einzuhalten, die sie in bezug auf die Investition eingegangen sind. Ein Verstoß gegen eine solche Verpflichtung wird damit zu einer Verletzung der *Energiecharta* ähnlich wie bei der Abschirmklausel des Art. 8 Abs. 2 des deutschen Mustervertrags.

cc) Die Bedeutung des Vertragsgerichts
für die mit ehemaligen sozialistischen und
lateinamerikanischen Staaten abgeschlossenen *IFV*

Bei der schiedsgerichtlichen Streitbeilegung von Streitigkeiten zwischen dem Gastland und einem ausländischen Investor verpflichtet sich ein Staat die Zuständigkeit eines – ausländischen – Schiedsgerichts anzuerkennen. Dieser Gedanke war dem Rechtssystem der ehemaligen sozialistischen Staaten fremd, da sie darin eine Souveränitätsbeschränkung erblickten, die ihren politischen Überzeugungen zunächst grundsätzlich zuwiderlief. Traditionell schränkten ihre *IFV* das Recht des Investors, ein internationales Schiedsgericht anzurufen, auf zwei Fälle ein:

- (1) Für Streitigkeiten über den Umfang und das Verfahren der Entschädigung im Falle einer Enteignung; die Rechtmäßigkeit der Maßnahme konnte hingegen allein durch die innerstaatlichen Gerichte nachgeprüft werden¹⁹¹.

¹⁸⁹ Lukas, M., JWTL 29 (5) (1995), 181–206 (187), diese Richtlinie hat die frühere Nr. 2641/1984 ersetzt; vgl. dazu Art. 3 Regulation 522/1994 berichtet bei Killmann, B.-R., JIntArb 13 (3) (1996), 142–167 (152).

¹⁹⁰ Oben, unter § 10, Fn. 49.

¹⁹¹ So die Praxis der ehemaligen Sowjetunion im Art. 10 des *IFV* mit Belgium und Luxemburg vom 9. Februar 1989, ILM 29 (1990), 299; Art. 8 des *IFV* mit dem Vereinigten Königreich vom 6. April 1989, ILM 29 (1990), 366; Art. 10 des *IFV* mit der Bundesrepublik Deutschland (§ 10, Fn. 138); Art. 9 des *IFV* mit Korea vom 14. Dezember 1990, ILM 30 (1991), 762; siehe aber Art. 7 des *IFV* mit Frankreich vom 4. Juli 1989, ILM 29 (1990), 317, der alle Investitionsstreitigkeiten einem Schiedsgericht unterbreitet.

Einschränkend auch die Praxis von Rumänien in ihren *IFV* (§ 10, Fn. 65).

So auch die *IFV* von China mit Schweden vom 29. März 1981, ILM 21 (1982), 477; Art. 10 Abs. 3 des *IFV* mit Benelux vom 4. Juni 1984, ILM 24 (1985), 538; Art. 8 Abs. 3 des *IFV* mit Frankreich vom 30. Mai 1984, ILM 24 (1985), 550; Art. XII des *IFV* mit Australien (§ 10, Fn. 65); Art. 11 des *IFV* mit Japan vom 27. August 1988, ILM 28 (1989), 575; zur chinesischen Praktik vgl. Broches, A., Dis-

(2) Meinungsverschiedenheiten über den freien Transfer von Kapital und Erträgen.

Aus diesem Grund lehnten diese Staaten auch bis vor kurzem ihren Beitritt zum *WBÜ* ab, obgleich dieses der Weltbank zuzuordnen ist und somit als globale Institution gelten darf¹⁹². Ähnliche Widerstände bestanden auch gegen Versuche, ein Schiedsverfahren *sui generis* vorzusehen¹⁹³. Hier ist es der Bundesrepublik Deutschland als erstem Staat gelungen, die Volksrepublik China davon zu überzeugen, daß die Zustimmung zu einem internationalen Schiedsgericht im Rahmen des zwischen den beiden Staaten Investitionsschutzvertrages eine sehr positive Wirkung auf die internationale Staatengemeinschaft und auf mögliche Investoren ausüben würde¹⁹⁴.

pute Resolution in the Asian Pacific Region, in *Broches, A. (ed.), Selected Articles ...*, S. 468–494 (487).

Ähnlich Art. 9 des *IFV* von Ungarn mit Frankreich vom 6. November 1986, Clunet 115 (1) (1982), 201–206 und Art. 10 des *IFV* mit der Schweiz vom 5. Oktober 1988; siehe aber den *IFV* mit der Bundesrepublik Deutschland (§ 10, Fn. 153), der im Art. 11 Abs. 2 ein schiedsgerichtliches Verfahren für alle Investitionsstreitigkeiten vorsieht.

Einschränkend auch die *IFV* von Bulgarien mit Österreich vom 15. Mai 1981; Art. 4 Abs. 3 Satz c Ziff. 2 b) des Protokolls des *IFV* mit der Bundesrepublik Deutschland (§ 10, Fn. 124); mit der Niederlande vom 8. März 1988; mit Benelux vom 25. Oktober 1988.

Alle Investitionsstreitigkeiten einschließlich hingegen die *IFV* von Tschechien mit der Schweiz vom 5. Oktober 1990 und Art. 8 des *IFV* der Ukraine mit dem Vereinigten Königreich vom 10. Februar 1993, BYIL 64 (1993), 707–709.

¹⁹² Siehe aber Art. 9 des *IFV* von Ungarn mit Frankreich (§ 10, Fn. 191); Art. 8 Abs. 2 des *IFV* der Ukraine mit dem Vereinigten Königreich (§ 10, Fn. 191), wo ein Schiedsverfahren vor einem *ICSID*-Schiedsgericht alternativ mit einem vor der *IntHK*-Paris oder nach den *UNCITRAL*-Schiedsregeln durchgeführten Schiedsverfahren vorgesehen wird; so auch die *IFV* von Rumänien (§ 10, Fn. 65), wenn auch nur auf Entschädigungsstreitigkeiten einschränkend; vgl. auch *Bilateral Investment Treaty* zwischen China und der *EG*, zitiert nach *Broches, A., Dispute Resolution in the Asian Pacific Region*, in *Broches, A. (ed.), Selected Articles ...*, S. 468–494 (487).

¹⁹³ So sehen die *IFV* mit ehemaligen sozialistischen Staaten folgende Modalitäten hinsichtlich des Schiedsverfahrens:

Art. 9 des *IFV* von Ungarn mit Frankreich (§ 10 Fn. 191): ein Schiedsverfahren nach den *UNCITRAL*-Schiedsregeln.

Art. 10 Abs. 2 des *IFV* der ehemaligen Sowjetunion mit Belgium und Luxemburg (§ 10, Fn. 191): ein Schiedsverfahren vor der Stockholmer Handelskammer alternativ mit einem *ad-hoc* errichteten Schiedsgericht nach den *UNCITRAL*-Schiedsregeln.

Art. 9 Abs. 4 des *IFV* der ehemaligen Sowjetunion mit Korea (§ 10, Fn. 191): ein Schiedsverfahren nach den *UNCITRAL*-Schiedsregeln.

Art. 7 des *IFV* der ehemaligen Sowjetunion mit Frankreich (§ 10, Fn. 191): ein Schiedsverfahren nach den *UNCITRAL*-Schiedsregeln.

Art. 8 Abs. 3 des *IFV* der ehemaligen Sowjetunion mit dem Vereinigten Königreich (§ 10, Fn. 191): ein Schiedsverfahren vor der Stockholmer Handelskammer alternativ mit einem *ad-hoc* errichteten Schiedsgericht nach den *UNCITRAL*-Schiedsregeln.

Die Einsicht, daß die für die Industrialisierung der Staaten des ehemaligen Ostblocks erforderlichen Investitionen nicht nur mit eigenem Potential realisiert werden können, hat seit einigen Jahren dazu geführt, daß sich diese Staaten vermehrt zum Abschluß von bilateralen Investitionsschutzverträgen bereitfinden. Allein schon ein Blick auf die in der letzten Zeit von der Bundesrepublik Deutschland abgeschlossenen *IFV* mit früheren sozialistischen Staaten und auf die laufenden Verhandlungen mit mehreren von ihnen belegt diesen Sinnenwandel¹⁹⁵.

Die *IFV* der Bundesrepublik Deutschland mit lateinamerikanischen Staaten verweisen in der Regel¹⁹⁶ den Investor für Streitigkeiten mit dem Gastland zunächst auf den innerstaatlichen Rechtsweg, sofern keine abweichende Vereinbarung zwischen den Streitparteien getroffen worden ist¹⁹⁷. Fehlt eine solche Vereinbarung, steht dem Investor erst nach Ablauf einer

¹⁹⁴ Protokoll Ziff. 4 b) und c) des *IFV* vom 7. Oktober 1983 (§ 10, Fn. 138); vgl. dazu *Burckhardt, H.-M.*, Das deutsch-chinesische Investitionsschutzabkommen, RIW 30 (1984), 28–33.

¹⁹⁵ So hat die Bundesrepublik Deutschland in der jüngsten Zeit mit folgenden früheren sozialistischen Staaten *IFV* abgeschlossen, die keine anweichenden Bestimmungen vom Mustervertrag enthalten: mit Jugoslawien (§ 10, Fn. 124); mit Polen (§ 10, Fn. 167); mit der Tschechischen und Slowakischen Föderativen Republik vom 2. Oktober 1990, BGBl. 1992, II, 294; mit der Mongolei (§ 10, Fn. 176); mit Albanien (§ 10, Fn. 176); mit Litauen (§ 10, Fn. 167); mit Kasachstan (§ 10, Fn. 177); mit Estland (§ 10, Fn. 55); mit der Ukraine (§ 10, Fn. 167); mit Belarus (§ 10, Fn. 177); mit Lettland (§ 10, Fn. 176); mit Usbekistan (§ 10, Fn. 167); mit Slowenien (§ 10, Fn. 177), mit Georgien vom 25. Juni 1993, BGBl. 1998, II, 576, mit Moldau (§ 10, Fn. 177), mit Aserbaidshan vom 22. Dezember 1995, mit Rumänien (§ 10, Fn. 132) und mit Kroatien vom 21. März 1997, zitiert nach *Sajko, K.*, Uniform Law Review, 1998-2/3, 657–669 (658, 661); siehe aber Art. 10 des *IFV* mit Hong Kong (§ 10, Fn. 124), wo ein Schiedsverfahren nach der jeweils gültigen Schiedsgerichtsordnung der Kommission der Vereinten Nationen für Internationales Handelsrecht und kein Schiedsverfahren vor einem *ICSID*-Schiedsgericht wie im Art. 11 Abs. 4 des Mustervertrags vorgesehen wird.

¹⁹⁶ Siehe aber die *IFV* mit Guinea (§ 10, Fn. 124); mit Kolumbien (§ 10, Fn. 159); mit Ecuador vom 28. Juni 1965, BGBl. 1966, II, 825; mit Haiti (§ 10, Fn. 134); mit dem Dominikanischen Bund (§ 10, Fn. 167); mit St. Lucia (§ 10, Fn. 178); mit St. Vincent und die Grenadinen (§ 10, Fn. 167); mit Bolivien (§ 10, Fn. 167); mit Costa Rica (§ 10, Fn. 177) und mit Honduras (§ 10, Fn. 177), mit Nicaragua vom 6. Mai 1996, BGBl. 1998, II, 637 und mit Venezuela vom 14. Mai 1996, die keine abweichenden Regelungen vom Mustervertrag enthalten.

¹⁹⁷ So die *IFV* mit Panama (§ 10, Fn. 150, nicht aber für zwischenstaatliche Streitigkeiten, wo dem Mustervertrag gefolgt wird); mit Uruguay (§ 10, Fn. 153); mit Argentinien (§ 10, Fn. 117, ähnlich wie beim *IFV* mit Panama); mit Chile (§ 10, Fn. 67, ähnlich wie beim *IFV* mit Panama); mit Jamaika (§ 10, Fn. 124); mit Paraguay (§ 10, Fn. 177, wo ein Streitbeilegungsmechanismus vor staatlichen Gerichten und schiedsgerichtlichen Instanzen kumulativ vorgesehen wird); mit Peru (§ 10, Fn. 167) und mit Ecuador (§ 10, Fn. 153, ähnlich wie beim *IFV* mit Panama); siehe auch dazu *Sornarajah, M.*, JIntArb 14 (3) (1997), 103–140 (138).

bestimmten Frist¹⁹⁸ der Zugang zu Mechanismen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit offen. Dabei bildet aus lateinamerikanischer Sicht schon die Bereitschaft, sich überhaupt einem internationalen Forum für Investitionsstreitigkeiten mit einem fremden Staatsangehörigen oder einer ausländischen Gesellschaft zu unterwerfen, einen Bruch mit der *Calvo*-Doktrin¹⁹⁹ und ist insoweit ein wesentlicher Fortschritt im internationalen Investitionsschutz. Damit schwindet zur gleichen Zeit allmählich die traditionelle Ablehnung, mit welcher die Staaten Lateinamerikas lange einer Unterwerfung unter Schiedsverfahren mit ausländischen Investoren auf völkerrechtlicher Grundlage begegnet sind.

dd) Das Streitbeilegungssystem der *IFV* und die *ICSID*-Klauseln

Ähnlich wie bei zwischenstaatlichen Meinungsverschiedenheiten²⁰⁰ ist in den deutschen *IFV* bei Streitfällen zwischen einem Investor und dem Gastland dem *WBÜ* durch eine Kollisionsnorm Rechnung getragen. Sofern die staatlichen Parteien bereits beim Vertragsabschluß Vertragsstaaten des *WBÜ* sind, wird die Streitigkeit vor einem *ICSID*-Schiedsgericht ausgetragen²⁰¹. Als Alternative zur *ICSID*-Schiedsgerichtsbarkeit wird ein Regelwerk für ein *ad-hoc* Schiedsverfahren vorgesehen²⁰² und für den Fall, daß beide Vertragsparteien später auch Vertragsstaaten des *WBÜ* geworden sind, wird eine Investitionsstreitigkeit einem Schiedsverfahren im Rahmen des vorgenannten Übereinkommens unterworfen, es sei denn, die Streitparteien treffen eine abweichende Vereinbarung²⁰³. In den beiden Fällen erklären die Vertragsparteien beim Vertragsabschluß ihr Einverständnis zu einem Schiedsverfahren vor einem *ICSID*-Schiedsgericht.

In den letzten Jahren enthalten zahlreiche *IFV* anderer Länder eine *ICSID*-Klausel, wonach sich der Anlagestaat verpflichtet, Investitionsstreitigkeiten mit einem Angehörigen des anderen Vertragsstaates im Rahmen

¹⁹⁸ Art. 11 Abs. 2 des *IFV* mit Uruguay (§ 10, Fn. 153) lautet: „... Wenn binnen 18 Monaten seit Einleitung des gerichtlichen Verfahrens eine Entscheidung der zuständigen Gerichte nicht vorliegt ...“; ähnlich Art. 10 Abs. 3 Satz a des *IFV* mit Argentinien (§ 10, Fn. 117); Art. 10 Abs. 3 Satz a des *IFV* mit Chile (§ 10, Fn. 67) und Art. 10 Abs. 3 des Änderungs- und Ergänzungsprotokolls zum selben *IFV* vom 14. April 1997; Art. 11 Abs. 2 des *IFV* mit Jamaika (§ 10, Fn. 124) (12 Monate); Art. 10 Abs. 3 Satz a des *IFV* mit Peru (§ 10, Fn. 167).

¹⁹⁹ Vgl. dazu oben, unter § 2, B. IV.

²⁰⁰ Art. 10 Abs. 6 des deutschen Mustervertrags (§ 10, Fn. 165).

²⁰¹ Vgl. dazu oben, unter § 10, Fn. 177, 178.

²⁰² Art. 11 Abs. 2 i. V. m. Art. 10 Abs. 3 bis 5 des deutschen Mustervertrags (§ 10, Fn. 55).

²⁰³ Art. 11 Abs. 4 des deutschen Mustervertrags (§ 10, Fn. 176).

eines Schiedsverfahrens vor einem *ICSID*-Schiedsgericht beizulegen²⁰⁴. Derartige Bestimmungen können verschiedene Formen annehmen:

(1) Entweder ist der Anlagestaat bereits durch den *IFV* verpflichtet, Investitionsstreitigkeiten mit einem einzelnen Investor einem Schiedsverfahren vor einem *ICSID*-Schiedsgericht zu unterwerfen²⁰⁵. Für den einzelnen Investor – auch Angehöriger des Staates, welcher den *IFV* abgeschlossen hat –

²⁰⁴ Vgl. dazu *Broches, A.*, *Bilateral Investment Protection Treaties and Arbitration of Investment Disputes*, in *The Art of Arbitration, Essays on International Arbitration*, Liber Amicorum Sanders 1982, S. 63–72; *Bettems, D.*, RdNr. 57; *Delaume, G.*, *Clunet* 109 (1982), 775–843; *Hirsch, M.*, S. 55; *Kurkowski, E.*, *Revue de Droit International* 71 (1993), 151–194; *Ott, R.*, S. 86; *Sornarajah, M.*, *JIntArb* 14 (3) (1997), 103–140 (130); *Wallace, D. J./Shanks, R. B.*, S. 21, Section XII: Resolution of Disputes; *Wegen, G.*, in *Rubin, S. J./Nelson, R. W.* (eds.), *International Investment Disputes ...*, S. 59–73 (68); für Frankreich siehe: *Burdeau, G.*, *Rev. arb* 1995, 3–37 (11); *Juillard, P.*, *Clunet* 106 (1979), 274–325; nicht alle französischen *IFV* enthalten allerdings eine *ICSID*-Klausel, weil die andere Vertragspartei beim Vertragsabschluß nicht *WBÜ*-Mitgliedstaat war; vgl. z.B. *IFV* mit Haiti vom 2. Juli 1973 *Clunet* 101 (1974), 724–725; mit Malta vom 11. August 1976, zitiert nach *Juillard, P.*, *ibid.* S. 288; so auch Art. 6 des *IFV* von Frankreich mit Korea vom 22. Januar 1975, *Clunet* 102 (1975), 630–635; Art. 9 des *IFV* mit Ungarn vom 6. November 1986, *Clunet* 115 (1) (1988), 201–206 und der *IFV* mit Vietnam vom 26. Mai 1992, *Clunet* 122 (1) (1) (1995), 218–223; für die Schweiz siehe *Krafft, M.-C.*, in *Dicke, D. C.* (ed.), *Foreign Investment in the Present ...*, S. 72–101 und *Dominić C.*, in *Festschrift für Schindler*, S. 457–477; für das Vereinigte Königreich siehe *Mann, F.-A.*, *BYIL* 52 (1981), 241–254; vgl. aber den *IFV* zwischen dem Vereinigten Königreich und Belize vom 30. April 1982, zitiert nach *Wegen, G.*, *ibid.* S. 68, der keine *ICSID*-Klausel enthält, weil Belize nicht *WBÜ*-Mitgliedstaat ist.

²⁰⁵ „Each Contracting party hereby consents to submit to the *ICSID* any legal dispute arising between that Contracting State and a national or company of the other contracting State concerning ...“ [Hervorhebung von der Verfasserin]; so die Praktik des Vereinigten Königreichs in seinen *IFV* mit Ägypten vom 11. Juni 1975; mit Singapur vom 22. Juli 1975; mit Korea vom 4. März 1976; mit Jordanien vom 10. Oktober 1979; Art. 8 des *IFV* mit Sri Lanka vom 13. Februar 1980, *ILM* 29 (1980), 888; mit Bangladesh vom 19. Juni 1980; mit Malaysia vom 21. Mai 1981 und mit Paraguay vom 4. Juni 1981; vgl. auch die *IFV* zwischen Sri Lanka und Singapur, Sri Lanka und Korea vom 28. März 1980, zitiert nach *Broches, A.*, in *Liber Amicorum Sanders*, S. 63–72 (66); die *IFV* von Belgien mit Indonesien vom 15. Januar 1970; mit Korea vom 20. Dezember 1974 und mit Ägypten vom 28. Februar 1977, zitiert nach *Broches, A.*, *ibid.*; die *IFV* von Frankreich mit Ägypten vom 22. Dezember 1974; mit Marokko vom 15. Juli 1975; mit Jordanien vom 23. Februar 1978; mit Sudan vom 31. Juli 1978; mit El Salvador vom 30. September 1978; mit Syrien vom 28. November 1978; mit Paraguay vom 30. November 1978, und mit Sri Lanka vom 10. April 1980, zitiert nach *Broches, A.*, *ibid.*; so auch die *IFV* zwischen Italien und Chad vom 11. Juni 1969 und Italien und der Elfenbeinküste vom 23. Juli 1969, zitiert nach *Broches, A.*, *ibid.* und Art. VII Abs. 3 Satz b des *IFV* der USA mit Ägypten (§ 10, Fn. 112); Art. IX Abs. b des *IFV* der USA mit Polen (§ 10, Fn. 107) und Art. IX Abs. 4 des *IFV* der USA mit Jordanien (§ 10, Fn. 105); ähnlich Art. 9 Abs. 2 Satz 1 des *IFV* zwischen Kroatien und Österreich vom 19. Februar 1997, zitiert nach *Sajko, K.*, *Uniform Law Review*, 1998-2/

begründet die bilateral vereinbarte *ICSID*-Klausel nicht die Pflicht, Streitigkeiten einem *ICSID*-Schiedsgericht zu unterbreiten. Der Investor ist erst dann an das Übereinkommen gebunden, wenn er seine entsprechende Zustimmung schriftlich gemäß Art. 25 Abs. 1 des *WBÜ* erteilt hat²⁰⁶. Eine *ICSID*-Klausel wie die wiedergegebene gibt ihm die Möglichkeit, jederzeit nach seiner Wahl mittels eines Vergleichs- oder Schiedsverfahrens vor einem *ICSID*-Schiedsgericht die Verletzung des *IFV* zu rügen. *ICSID*-Klauseln in bilateralen *IFV* bedeuten also in dieser Form, daß der Anlagestaat den Angehörigen des anderen Vertragsstaates offeriert, zukünftige Streitigkeiten durch ein Verfahren vor einem *ICSID*-Schiedsgericht beizulegen; der Investor entscheidet, ob er die Offerte annehmen will.

(2) In einer zweiten Form ist die Zuständigkeit des *ICSID*-Schiedszentrums erst gegeben, wenn beide Konfliktparteien schriftlich einem Verfahren vor einem *ICSID*-Schiedsgericht zugestimmt haben²⁰⁷. In diesem

3, 657–669 (667) und Art. XII Abs. 1 des *IFV* zwischen Kroatien und Kanada vom 3. Februar 1997, zitiert nach *Sajko*, K, *ibid*.

²⁰⁶ Vgl. dazu *Ott*, R., S. 87; siehe aber *ICSID*-Schiedsspruch, *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka* vom 21. Juni 1990, (A. S. *El-Kosheri*, B. *Goldman*, S. K. B. *Asante*), *ICSID Rev.-FILJ* 6 (1991), S. 526 ff. = *ILM* 30 (1991), 577 = *Clunet* 119 (1) (1992), 216–232. In diesem Verfahren wurde Art. 8 Abs. 1 des *IFV* zwischen dem Vereinigten Königreich und Sri Lanka vom 13. Januar 1980, in dem sich die Vertragsparteien verpflichten, Streitigkeiten mit Staatsangehörigen des jeweils anderen Staates nach dem *WBÜ* zu erledigen, als Unterwerfungserklärung i.S.v. Art. 25 *WBÜ* angesehen; siehe zu diesem Schiedsspruch *Burdeau*, G., *Rev. arb* 1995, 3–37 (13 ff.); *Rambaud*, P., *Des obligations de l'Etat vis-à-vis de l'investisseur étranger* (Sentence *AAPL c. Sri Lanka*) *AFDI* 38 (1992), 501–510; sehr kritisch zu diesem Urteil: *Sornarajah*, M., *JIntArb* 14 (3) (1997), 103–140 (131 ff.); abgelehnt in *ICSID*-Schiedsspruch *Individual Opinion and Declaration in American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire* (US-Zaire *IFV* vom 3. August 1984 – Compensation for Property Damage), vom 21. Februar 1997, *ILM* 36 (1997), 1531–1561 = *YCA XXII* (1997), 60–86.

²⁰⁷ „In the event of a dispute arising between a national or a company of one Contracting Party and the other Contracting Party in connection with an investment in the territory of that other Contracting Party, it shall upon agreement by both parties to the dispute be submitted for arbitration to the International Centre for Settlement of Investment Disputes ...“ [Hervorhebung von der Verfasserin]; so Art. 9 des *IFV* zwischen der Schweiz und Sri Lanka vom 23. September 1981, *ILM* 21 (1981), 399; die *IFV* von Frankreich mit Zaire vom 5. Oktober 1972; mit Tunesien vom 25. Oktober 1972; mit Mauretien vom 22. März 1973; mit Indonesien vom 14. Juni 1973; mit Korea vom 22. Januar 1975 und mit Malaysia vom 24. April 1975; die *IFV* von Schweden mit Malaysia vom 3. März 1979 und mit Jugoslawien vom 10. November 1979, zitiert nach *Brosches*, A., in *Liber Amicorum Sanders*, S. 63–72 (65); ähnlich Art. 12 Abs. 2 Satz b des *IFV* zwischen Australien und Vietnam vom 5. März 1991, *ILM* 30 (1991), 1064; und die *IFV* von Kroatien mit Albanien vom 10. Mai 1993 (Art. 9 Abs. 2), mit Argentinien vom 2. Dezember 1994 (Art. 8 Abs. 2), mit Chile vom 28. November 1994 (Art. 8 Abs. 2), mit Griechenland vom 18. Oktober 1996 (Art. 8 Abs. 2), mit der Russischen Föderation von 20. Mai 1996

Fall enthält die Klausel nur eine bedingte Verpflichtung und begründet die Anwendbarkeit des *WBÜ* erst mit der Erfüllung der Bedingung (Zustimmung der Konfliktparteien)²⁰⁸. Infolgedessen kann sich ein Investor nicht darauf berufen, eine Vertragspartei habe bereits mit dem *IFV* die Zuständigkeit des *ICSID*-Schiedszentrums bezüglich einzelner Investitionsverträge anerkannt. Er kann nicht umhin, in den Investitionsvertrag zwischen ihm und dem Gastland eine *ICSID*-Klausel aufzunehmen. In der vorliegenden Formulierung könnte die *ICSID*-Klausel nur als Absichtserklärung gewertet werden²⁰⁹.

(3) In einer dritten Variante kommt die Anwendung des *WBÜ* dann zum Tragen, wenn der Anlagestaat auf Verlangen eines Staatsangehörigen der anderen Vertragspartei einem Schiedsverfahren vor einem *ICSID*-Schiedsgericht zugestimmt hat²¹⁰.

(Art. 8 Abs. 2), mit der Slowakei vom 12. Februar 1996 (Art. 8 Abs. 2), und mit der Schweiz vom 30. Oktober 1996 (Art. 8 Abs. 2), zitiert nach *Sajko, K.*, *Uniform Law Review*, 1998-2/3, 657–669 (662).

²⁰⁸ Nach Ansicht der schweizerischen Bundesbehörden rechtfertigen bundesstaatliche Bedenken die Vereinbarung einer nur bedingten Verpflichtung des Anlagestaates: wegen der gegenseitigen Geltung von *IFV* wären – im Fall einer Investition in der Schweiz – die schweizerischen kantonalen Behörden durch Bundesrecht an das *WBÜ* gebunden, obwohl aus der Kompetenznorm zum Anschluß von *IFV* (BV Art. 8 und 85, 2) eine derartige Befugnis zur Bindung der Kantone nicht eindeutig hervorgehe; vgl. dazu *Ott, R.*, S. 90. Dies könnte auch der Grund dafür sein, daß im Art. 9 des *IFV* zwischen der Schweiz und Panama vom 19. Oktober 1983, ILM 22 (1983), 1255 die Vereinbarung eines *ad-hoc* Schiedsgerichts nach den *UNCITRAL*-Schiedsregeln vorgesehen wird.

²⁰⁹ *Broches* sieht in derartigen Klauseln eine bloße Anerkennung des *ICSID*-Schiedszentrums als geeignetes Forum für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten, in *Liber Amicorum Sanders*, S. 63–72 (65).

²¹⁰ „*The Contracting Party in the territory of which a national of the other Contracting Party makes or intends to make an investment shall assent to any demand of the part of such national to submit, for conciliation or arbitration, to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes established by the Convention of Washington of the 18th March 1965, any dispute that may arise in connection with that investment*“ [Hervorhebung von der Verfasserin]; so die *IFV* der Niederlande mit Indonesien vom 7. Juli 1968; mit Malaysia vom 15. Juni 1971; mit Marokko vom 23. Dezember 1971; mit der Elfenbeinküste vom 31. Dezember 1971; mit Singapur vom 16. Mai 1972; mit Korea vom 16. Oktober 1974 und mit Ägypten vom 30. Oktober 1976, zitiert nach *Broches, A.*, in *Liber Amicorum Sanders*, S. 63–72 (65); vgl. auch die *IFV* des Vereinigten Königreichs mit Indonesien vom 27. April 1976; Art. 8 des *IFV* mit Bangladesh vom 19. Juni 1980; Art. X des *IFV* mit Philippinen vom 2. Januar 1981, ILM 20 (1981), 326; Art. 8 des *IFV* mit der Ukraine vom 10. Februar 1983, BYIL 64 (1993), 707–709 und Art. 9 des *IFV* mit Indien vom 14. März 1994, ILM 34 (1995), 935; so auch der *IFV* zwischen Japan und Ägypten vom 28. Januar 1977, zitiert nach *Broches, A.*, *ibid.* S. 65 und Art. 11 des *IFV* zwischen Japan und Sri Lanka vom 1. März 1982, ILM 21 (1982), 963; ähnlich die *IFV* von Kroatien mit Bosnien und Herzegowina vom 26. Februar

(4) Schließlich wird in einer vierten Form auf das *WBÜ* zurückgegriffen. Hier wird im *IFV* vorgesehen, daß der Anlagestaat die Anforderung des Investors, eine Streitigkeit einem *ICSID*-Schiedsgericht zu unterbreiten, in wohlwollender Erwägung ziehen wird (*shall give sympathetic consideration*)²¹¹. Letztere Variante bildet freilich keine Unterwerfungserklärung des Anlagestaates i. S. d. Art. 25 Abs. 1 *WBÜ*.

c) Würdigung

Insgesamt betrachtet haben sich in den letzten Jahren die individuellen Möglichkeiten der wirksamen verfahrensmäßigen Durchsetzbarkeit der Rechte ausländischer Investoren und der effektiven Lösung von Investitionsstreitigkeiten beachtlich verbessert. Dies bestätigt u. a. das im Art. 11 Abs. 2 des deutschen Mustervertrags dem einzelnen Investor gewährte Recht, bei Meinungsverschiedenheiten in bezug auf Kapitalanlagen zwischen ihm und dem Gastland ein unabhängiges internationales Schiedsgericht selbst anrufen zu können. Damit ist der ausländische Investor nicht mehr auf den Heimatstaat angewiesen, um seine Ansprüche im Wege des diplomatischen Schutzes geltendzumachen, sondern er kann selbst ein Schiedsverfahren anstrengen. Dieser direkte Zugang des Einzelnen zu einer internationalen Instanz ist zweifelsohne positiv zu bewerten.

Zum anderen ist die Berücksichtigung des *WBÜ* über die Kollisionsregel des Art. 11 Abs. 4 des deutschen Mustervertrags angesichts der immer wachsenden Zahl der *WBÜ*-Mitgliedstaaten und ihrer Bereitschaft, Investi-

1996 (Art. 7 Abs. 2), mit Bulgarien vom 25. Mai 1996 (Art. 8 Abs. 2), mit Kanada vom 3. Februar 1997 (Art. XII Abs. 2), mit Tschechien vom 5. März 1996 (Art. 8 Abs. 2), mit Chile vom 28. November 1994 (Art. 8 Abs. 2), mit der Bundesrepublik Deutschland vom 21. März 1997 (Art. 9 Abs. 2), mit Frankreich vom 3. Juni 1996 (Art. 9 Abs. 2), mit Italien vom 5. November 1996 (Art. 9 Abs. 3), mit Kuwait vom 8. März 1997 (Art. 9 Abs. 2), mit FYROM vom 6. Juli 1994 (Art. 7 Abs. 3), mit Polen vom 21. Februar 1995 (Art. 7 Abs. 2), mit Portugal vom 10. Mai 1995 (Art. 9 Abs. 2), mit Rumänien vom 8. Juni 1994 (Art. 9 Abs. 2), mit der Türkei vom 21. Februar 1996 (Art. 7 Abs. 2), mit dem Vereinigten Königreich vom 11. März 1997 (Art. 8 Abs. 1) und mit dem USA vom 13. Juli 1996 (Art. X Abs. 2), zitiert nach *Sajko, K.*, *Uniform Law Review*, 1998-2/3, 657–669 (662).

²¹¹ „*The Contracting Party in whose territory a national of the other Contracting party makes or intends to make an investment shall give sympathetic consideration to a request on the part of such national to submit, for conciliation or arbitration, to the Centre ... any dispute that may arise in connection with the investment ...*“ [Hervorhebung von der Verfasserin] so die *IFV* der Niederlande mit Senegal vom 12. Juni 1965, Exchange of Letters vom 1. Juli 1970/15. Februar 1971 Supplementing the Economic and Technical Cooperation Agreement; mit Kenya vom 11. September 1970 und mit Jugoslawien vom 16. Februar 1976, zitiert nach *Broches, A.*, in *Liber Amicorum Sanders*, S. 63–72 (65).

tionsstreitigkeiten der Zuständigkeit des *ICSID*-Schiedszentrums zu unterwerfen, ein für den internationalen Investitionsschutz erheblicher Fortschritt. Es ist die Weitsichtigkeit der deutschen Vertragsautoren zu loben, weil sie durch die Einbeziehung der Kollisionsklausel ein offenes System völkerrechtlicher Normen geschaffen haben. Die Nachahmung, welche das deutsche Vertragsmuster in anderen Staaten gefunden hat²¹², weist es als ein auch für die Zukunft taugliches Instrument des völkerrechtlichen Investitionsschutzes aus, das durch seine große geographische Verbreitung Wegbereiter eines weltweiten, multilateralen Schutzabkommens werden könnte.

V. Zusammenfassung

Internationale Investitionen als ein wesentliches Element grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs sind heute weltweit als wichtiges Instrument im Dienste universalen Fortschritts anerkannt. Zwar haben Staaten immer wieder versucht, den Kapitalbedarf für die Entwicklung der eigenen Volkswirtschaft vorab durch öffentliche Kreditaufnahme im Ausland zu befriedigen, jedoch sind selbst ehemalige sozialistische Industrie- wie Entwicklungsländer dazu übergegangen, für lebenswichtig erachtete Projekte auf dem eigenen Territorium mit Hilfe privater ausländischer Investoren zu realisieren. Die Unsicherheit und teilweise auch mangelnde Einigung über die Existenz und den Umfang des völkergewohnheitsrechtlichen Schutzes von Kapitalanlagen im Ausland führte zu einer Reihe von Schutzmaßnahmen der kapitalexportierenden Staaten zugunsten ihrer Angehörigen, die als private Investoren grenzüberschreitend tätig wurden.

Waren in den fünfziger Jahren Bestrebungen innerhalb der kapitalexportierenden westlichen Industriestaaten über private Initiative hinaus bis zu förmlichen Konventionsentwürfen vorab im *OECD*-Rahmen gediehen, so bemühen sich daneben bereits vor dem Scheitern dieser Projekte eines möglichst weltweit vereinheitlichen Investitions- (Schutz-) rechts zunächst die USA und die Bundesrepublik Deutschland sodann auch weitere maßgebliche Mitglieder dieser Internationalen Wirtschaftsorganisation, bilaterale völkerrechtlich bindende Abmachungen mit kapitalimportierenden Entwicklungsländern abzuschließen, um auf diese Weise zumindest die Investitionen der eigenen (korporierten) Staatsangehörigen im jeweiligen Partnerstaat gegen die gravierendsten nicht-wirtschaftlichen Risiken abzusichern. Diese Verträge dienen neben der Risikominimierung auch dazu, den rechtlichen Rahmen für frei fließende Investitionsströme zu schaffen und bilden somit zugleich Instrumente der Entwicklungshilfe. Andererseits tragen sie zur Bildung und Festigung eines völkerrechtlichen Standards bei.

²¹² Vgl. dazu Jüttner, H., S. 215 ff.

In den deutschen *IFV* werden den Investoren Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung gewährt. Vertraglich wird durch diese Verträge weiterhin ein grundsätzlicher Schutz der Kapitalanlagen und deren Erträge gesichert. Enteignungen sind nur zum allgemeinen Wohl und gegen unverzügliche Bezahlung einer angemessenen, frei transferierbaren Entschädigung zulässig. Für den Fall, daß Meinungsverschiedenheiten über Auslegung und Anwendung des *IFV* auftreten, sehen die Verträge regelmäßig die Bildung eines Schiedsgerichts vor. Bei zwischenstaatlichen Meinungsverschiedenheiten kann das Schiedsgericht nur von den Vertragspartnern und nicht vom Investor angerufen werden. Demgegenüber kann dieser bei Streitfällen zwischen ihm und dem Gastland ein schiedsgerichtliches Streit-schlichtungsverfahren gegen den Anlagestaat selbst einleiten. In den beiden Fällen bleibt ihm gegebenenfalls ein Gang zum *ICSID*-Schiedszentrum unbenommen, dessen Streitschlichtungsverfahren zuweilen – und immer häufiger – ausdrücklich als vorrangig vereinbart wird.

§ 11 Das gegenwärtige globale System zur Förderung des internationalen Ressourcentransfers

A. Die Förderung von Direktinvestitionen

Die Förderung des internationalen Ressourcentransfers konzentriert sich hauptsächlich darauf, einen Anreizmechanismus für Direktinvestitionen bereitzustellen. Hierzu hat sich auf nationaler und internationaler Ebene ein dichtes Regelungsnetz herausgebildet:

(1) Die *Kapitalimportstaaten* lenken den Zustrom ausländischen Risikokapitals primär durch ihre *Investitionsgesetze*¹. Diese enthalten ein differenziertes System von Anreiz- und Abschreckungsmechanismen mit dem Ziel, den Ressourcentransfer im Einklang mit der jeweiligen Wirtschaftspolitik zu steuern². Als Ergänzung zu den Investitionsgesetzen gewinnt der *Investitionsvertrag* zwischen Gaststaat und Investor immer mehr an Bedeutung³. Er erlaubt eine einzelfallbezogene Konkretisierung der Investitionsbedingungen und damit zugleich die Beseitigung von projektspezifischen Transferhindernissen. Hierbei wird die bislang hierarchisch geprägte Beziehung zwischen Gaststaat und Investor durch eine konsensuale Wirtschaftsregulierung ersetzt⁴. Besonders bedeutsam ist außerdem, daß der Investitionsvertrag durch eine entsprechende Rechtswahlklausel von der nationalen Rechtsordnung des Gastlandes gelöst und die Rechtsposition des Investors auf diese Weise gegen nachträgliche Eingriffe des Gaststaates abgesichert werden kann⁵.

(2) Die *Kapitalexportstaaten* haben zur Förderung von Direktinvestitionen im Ausland *Investitionsversicherungssysteme* geschaffen⁶. Sie gewäh-

¹ Vgl. dazu oben, unter § 10, B.

² *Ebenroth, C.-T.*, Code of Conduct ..., RdNr. 64ff. 817ff.; *Patzina, von R.*, S. 36ff.

³ *Ebenroth, C.-T.*, Zur Bedeutung der *Multilateral Investment Guarantee Agency* für den internationalen Ressourcentransfer, JZ 42 (1987), 641–649, (642); *Frick, H.*, S. 43ff.

⁴ Vgl. dazu oben, unter § 1, C. D. E. und F.

⁵ Vgl. dazu oben, unter § 8, A.

⁶ *Foeth, G.*, S. 270ff.; *Frick, H.*, S. 53; *Jüttner, H.*, S. 111ff.; *Lämmerzahl, M.*, S. 36ff.; *Schubert, H./Scheele, M.*, RIW 45 (1999), 118–130; zu den Finanzierungsalternativen der *Deutschen Investitions- und Entwicklungsgesellschaft (DEG)*, der

ren dem Investor einen vermögensrechtlichen Ersatz für den Fall des Verlustes seiner Kapitalanlage. Die Abgabe einer Kapitalgarantie ist davon abhängig, daß die Direktinvestition im Gaststaat Rechtsschutz genießt⁷ und förderungswürdig ist⁸. Weiterhin kommt die Investitionsversicherung erst dann zum Tragen, wenn materiellrechtliche Schutzregeln nicht einschlägig sind⁹.

(3) Auf *bilateraler Ebene* sind weltweit bisher ca. 1330 *Investitionsschutzverträge* abgeschlossen worden¹⁰. Grundanliegen dieser Verträge ist es, einen Rahmen zu schaffen und zu erhalten, in welchem die Investitionsströme zwischen den Ländern möglichst frei fließen können. Zu diesem

Europäischen Bank für Wiederaufbau und Entwicklung (EBRD), der Internationalen Finance Corporation (IFC) und der Europäischen Investitionsbank (EIB) siehe Schubert, H./Scheele, M., RIW 45 (1999), 118–130 (122 ff.); vgl. auch Art. 244 ff. des Dritten Lomé Abkommens (§ 10, Fn. 25) und Abschnitt 4 „Investitionsförderung“ Art. 267 ff. des Vierten Lomé Abkommens (§ 10, Fn. 26).

⁷ Nach § 10 Abs. 1 Nr. 3 des Haushaltsgesetzes 1998, BGBl. 1997, I, 3256 ff. wird das Bundesministerium der Finanzen ermächtigt, Bürgschaften, Garantien oder sonstige Gewährleistungen zur Absicherung des politischen Risikos bei förderungswürdigen Kapitalanlagen im Ausland zu übernehmen, wenn zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Land, in dem das Kapital angelegt wird, eine Vereinbarung über die Behandlung von Kapitalanlagen besteht oder, solange dies nicht der Fall ist, durch die Rechtsordnung des betreffenden Landes oder in sonstiger Weise ein ausreichender Schutz der Kapitalanlage gewährleistet erscheint; vgl. auch die Richtlinien für die Übernahme von Garantien von Kapitalanlagen im Ausland vom 7. Oktober 1993, Banz. Nr. 197 vom 19. Oktober 1993, S. 9589 ff. und § 2 a der Allgemeinen Bedingungen für die Übernahme von Bundesgarantien für Kapitalanlagen im Ausland (Fassung: November 1993); demgegenüber ist nach dem amerikanischen Investitionsgarantiesystem wichtigste Voraussetzung für die Übernahme einer Investitionsgarantie durch die *Overseas Private Investment Corporation (OPIC)* das Bestehen eines bilateralen Abkommens zwischen dem Anlageland und den USA; vgl. dazu Foreign Assistance Act vom 5. September 1961, Sec. 221 (a); *Alsop, R., The World Bank's Multilateral Investment Guaranty Agency*, ColJTransL 25 (1986/1987) 101–136; *Diaconis, J.-S., Political Risk Insurance: OPIC's Use of a „Fiduciary Agent“ to Facilitate Resolution of Subrogation Claims*, IntL 23 (1989), 271–279; *Massie, R. J., Settlement of Disputes in Overseas Investment Guaranty Contracts: The Problem of Investor Behaviour in the Host Country*, ColJTransL 12 (1973), 557–580.

⁸ § 2 a der Allgemeinen Bedingungen für die Übernahme von Garantien für Kapitalanlagen im Ausland; garantiefähig sind nur künftige Investitionen. Die Laufzeit der Versicherung liegt in den USA bei 20 Jahren, in der Bundesrepublik Deutschland bei 15, nur in Ausnahmefällen bei 20 Jahren. Die Höhe der Deckung entspricht nach dem amerikanischen System dem Einbringungswert der ursprünglichen Investition, dem deutschen Investor wird demgegenüber eine Selbstbeteiligung von 5 % auferlegt. Mit der Bearbeitung der Garantien sind in der Bundesrepublik Deutschland die *C & L Revision Aktiengesellschaft* und die *Hermes Kreditversicherung-AG* beauftragt und ermächtigt. Federführend ist die *Deutsche Revision AG*.

⁹ Vgl. dazu *Ebenroth, C.-T., JZ 42 (1987), 641–649 (642); Frick, H., S. 57.*

¹⁰ Ausführlich dazu oben, unter § 10, D. II.

Zweck enthalten die Investitionsschutzabkommen insbesondere Vorschriften zum Eigentumsschutz, zum Kapitaltransfer und zu den Rechtsschutzmöglichkeiten¹¹. Zu nennen sind weiterhin vor allem die mit den Entwicklungsländern abgeschlossenen *Doppelbesteuerungsabkommen*¹². Sie wollen die Unternehmen im Ausland vor zu hohen steuerlichen Belastungen, insbesondere der Gefahr der Doppelbesteuerung schützen. Hierzu sehen die meisten deutschen Doppelbesteuerungsabkommen vor, daß die Einkünfte der ausländischen Betriebsstätte von der deutschen Besteuerung ausgenommen werden.

(4) Auf *multilateraler Ebene* sind bisher nur wenige Investitionsförderungsmaßnahmen in Kraft getreten¹³:

- (a) Zum einen handelt es sich hierbei um das *Weltbankübereinkommen vom 18. März 1965*¹⁴, das aber keine materiellen Vorschriften zum Investitionsschutz enthält, sondern lediglich den organisatorischen Rahmen für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten durch die Schaffung des *International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID)* etabliert.
- (b) Seit dem Sommer 1986 bietet die *International Finance Corporation (IFC)* mit der „*Guaranteed Recovery of Investment Principal (GRIP)*“ ein neues Instrument zur Absicherung ausländischer Kapitalbeteiligung an Gemeinschaftsunternehmen in der dritten Welt an¹⁵.
- (c) Ein *multilaterales Investitionsversicherungssystem* gab es bis 1988 nur auf regionaler Ebene. Es handelte sich hierbei um die *Interarabische Investitionsversicherungsgesellschaft (Inter-Arab Investment Guarantee Corporation)*, die im Jahre 1974 gegründet wurde und seither erfolgreich arbeitet¹⁶.
- (d) Weitere Förderungseinrichtungen sind das in Brüssel im Rahmen des Abkommens der Europäischen Gemeinschaften mit den AKP-Ländern gegründete „*Zentrum für Industrielle Entwicklung der EG*“¹⁷, wel-

¹¹ Zum bilateralen Investitionsschutz der USA und der Bundesrepublik Deutschland vgl. oben, unter § 10, D. III. und IV.

¹² Vgl. z. B. das Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Volksrepublik China zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Steuern von Einkommen und von Vermögen, BGBl. 1986 II, S. 446 ff.

¹³ Zu den Ansätzen zu multilateralem Investitionsschutz vgl. oben, unter § 10, C.

¹⁴ Vgl. dazu oben, unter § 2, B. III.

¹⁵ Zur Funktionsweise der *GRIP* vgl. *Ebenroth, C.-T.*, JZ 42 (1987), 641–649 (642).

¹⁶ Vgl. dazu *Shihata, I. F. I.*, Arab Investment Guarantee Corporation – A Regional Investment Insurance Project, JWTL 6 (1982), 185–202.

¹⁷ Das Zentrum hat die Hauptaufgabe, die AKP-Staaten beim industriellen Aufbau sowie bei der Vermittlung von technischem und kaufmännischem Wissen zu

ches seit 1977 Entwicklungsländern des afrikanischen, karibischen und pazifischen Raumes und europäischen Unternehmen Möglichkeiten der Zusammenarbeit vermittelt und somit den industriellen Aufbau fördert sowie Technologie- und *Know-how*-Transfer unterstützt. Daneben existiert der „*UNIDO-Service zur Investitionsförderung (UNIDO Investment Promotion Service)*“¹⁸ mit Sitz in Wien, der seit 1978 die Zusammenarbeit zwischen Unternehmen in Entwicklungsländern und Firmen in Industriestaaten ebenso vermittelt.

B. Die Förderung des externen Ressourcentransfers

(1) Zu nennen sind insoweit zunächst die *Steuergesetze und Technologietransfer-Bestimmungen* des Empfängerlandes, die teilweise Vergünstigungen für bestimmte Arten bilateraler Transfergeschäfte vorsehen.

(2) Auf seiten der *Kapitalexportstaaten* bestehen am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland das *Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW)/ERP-Exportfinanzierungsprogramm*¹⁹, die *AKA-Finanzierung*²⁰ und *Bundesbürgschaften für gebundene Finanzkredite*²¹.

unterstützen. Für europäische Firmen kommen z.B. folgende Hilfeleistungen in Betracht:

- Auswahl des geeigneten AKP-Standortes sowie geeigneter AKP-Geschäftspartner;
- Ausarbeiten und Mitfinanzierung von Projektstudien;
- Regelung rechtlicher Probleme (z.B. Gesellschaftsgründungen oder Aushandlung von Managementverträgen oder Vermarktungsabkommen);
- Vermittlung von Finanzierungen, die über die Eigenmittel der Investoren hinaus notwendig sind.

¹⁸ Die *UNIDO* berät Unternehmen bei Industrievorhaben in Entwicklungsländern, die ausländisches Kapital, *Know-how* und Management erfordern und die für ein Engagement ausländischer Unternehmen geeignet sind. Neben der Vermittlung allgemeiner und spezieller Informationen kann die *UNIDO* u.a. folgende Leistungen in die Wege leiten:

- Marktstudien;
- Technisch-ökonomische Studien (*feasibility-Studies*);
- Lösung von technischen oder Management-Problemen, insbesondere während der Anlaufphase eines Vorhabens.

Vgl. zum Ganzen: Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit, Deutsche Unternehmen und Entwicklungsländer, 2. Aufl., 1982, S. 21 ff.

¹⁹ Dieses Programm der *Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW)* sieht Kredite an ausländische Importeure oder – in Ausnahmefällen – an deutsche Exporteure hinsichtlich der Lieferung von Investitionsgütern vor. Voraussetzung für die Kreditgewährung ist grundsätzlich, daß die mit dem Exportgeschäft und dem Finanzkredit verbundene Risiken durch eine Bürgschaft oder Garantie des Bundes abgedeckt sind, vgl. dazu *Schubert, H./Scheele, M.*, RIW 45 (1999), 118–130 (127).

²⁰ Die *AKA-Ausfuhrkredit-Gesellschaft mbH* ist ein konsortialer Zusammenschluß namhafter Banken der Bundesrepublik Deutschland. Sie ist auf die Finanzierung

(3) Auf *bilateraler Ebene* versuchen zahlreiche Doppelbesteuerungssysteme einerseits Transferhindernisse, welche sich aus der Gefahr einer doppelten Besteuerung des Ressourcengebers im Heimat- und Empfängerstaat ergeben, auszuräumen. Der bilaterale Ressourcentransfer wird andererseits durch die Schaffung supranationaler Binnenmärkte, wie z.B. die *EG*, verbessert.

(4) Auf *multilateraler Ebene* ist in erster Linie das *Allgemeine Zoll-Handelsabkommen (General Agreement on Tariffs and Trade GATT)* zu nennen²². Für den Bereich des Technologietransfers ist darüber hinaus die *Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums*²³ von erheblicher Bedeutung.

C. Die Schwächen des bisherigen Förderungssystems

So vorteilhaft die einzelnen, in ihrer Zielrichtung unterschiedlichen Investitionsförderungsmaßnahmen für den internationalen Ressourcentransfer auch sein mögen, ist ihr Wirkungsgrad aus einer Reihe von Gründen doch beschränkt:

(1) Die geschilderten Anreizsysteme kommen hauptsächlich Direktinvestitionen zugute. Neue Formen der grenzüberschreitenden Kooperation, wie z.B. Lizenz-, *Know-how*-, *Service*-, oder *Management*-Verträge werden nur ausnahmsweise erfaßt.

(2) Die Anreizmechanismen der Investitionsgesetze enthalten insofern Schwächen, als sie den rechtlichen Datenrahmen verändern und damit die Kontinuität der staatlichen Wirtschaftspolitik in Frage stellen.

(3) Investitionsschutzverträge gewähren in der Regel lediglich eine Absicherung gegen das Enteignungs- und Transferrisiko, die nationalen Investitionsversicherungssysteme darüber hinaus auch gegen das Kriegsrisiko.

von Lieferungen und/oder Leistungen deutscher Exporteure an ausländische Abnehmer spezialisiert.

²¹ Gebundene Finanzkredite sind Darlehen, die an deutsche Lieferungen oder Leistungen gebunden sind und der Ablösung von Verpflichtungen aus Liefer- oder Leistungsgeschäften eines deutschen Unternehmens dienen. Gedeckt werden politische und wirtschaftliche Risiken aus der Finanzierung eines förderungswürdigen Vorhabens. Dies sind vornehmlich Lieferungen von Investitionsgütern und Leistungen, die mit ihnen im Zusammenhang stehen.

²² Näher zum *GATT* und seinem Streitbeilegungssystem unten, unter § 11, D. III. 2. a).

²³ Die Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums wurde am 20. März 1983 von Belgien, Brasilien, Frankreich, Guatemala, Italien, Jugoslawien, den Niederlanden, Portugal, El Salvador, der Schweiz und Spanien unterzeichnet.

Ansichts der steigenden Zahl von Investitionsverträgen ist daneben aber auch das Risiko von zunehmender Bedeutung, daß sich der Gaststaat an seine gegenüber dem Investor eingegangenen Verpflichtungen nicht hält²⁴. Die Absicherung gegen das Enteignungsrisiko ist außerdem oft zweifelhaft, da die Entscheidung darüber, ob der Gaststaat im konkreten Fall mit seiner Maßnahme die Grenze der Sozialbindung überschritten hat, äußerst schwierig sein kann²⁵.

(4) Im Falle einer Verwirklichung des Enteignungsrisikos bereitet das Restitutionsproblem zusätzliche Schwierigkeiten²⁶. Zwar erkennen auch die Entwicklungsländer in letzter Zeit die Verpflichtung des Enteignungsstaates zur Zahlung einer angemessenen, sofortigen und effektiven Entschädigung an²⁷, gleichwohl bleibt es problematisch, auf dieser Grundlage die exakte Höhe des dem Investor zustehenden Entschädigungsanspruches zu ermitteln.

(5) Die oben genannten Schwierigkeiten lassen sich zwar durch den Abschluß eines Investitionsvertrags zwischen Gaststaat und Investor erheblich reduzieren. Er ermöglicht je nach den Erfordernissen des Einzelfalles eine Stabilisierung, Konkretisierung und Modifizierung der Investitionsbedingungen. Es ist aber nicht gesagt, daß es dem Investor gelingt, seine Vorstellungen von der Ausgestaltung des Investitionsschutzes im Investitionsvertrag durchzusetzen. Im Extremfall ist seine Verhandlungsposition so schwach, daß ein Investitionsvertrag überhaupt nicht zustandekommt. Selbst beim Abschluß eines Investitionsvertrags hat der Investor keine Garantie, daß der Gaststaat seine vertraglichen Verpflichtungen einhält²⁸. Soweit letzterer sich hierdurch gegenüber dem Investor schadenersatzpflichtig macht, bleibt ungewiß, ob und inwieweit der Investor seine Ansprüche zu realisieren vermag²⁹.

²⁴ Ausführlich dazu oben, unter § 7, B. V. und § 9.

²⁵ Problem der schleichenden Enteignung; siehe dazu oben, unter § 9, Fn. 73; zahlreiche Nachweise auch bei *Ebenroth, C.-T.*, JZ 42 (1987), 641–649, (644, Fn. 54).

²⁶ Vgl. dazu oben, unter § 9, A. IV. 3.

²⁷ Dies gilt jedenfalls im Hinblick auf bilaterale *IFV*; vgl. dazu oben, unter § 10, D. III. 2. (Fn. 106 für die amerikanischen *IFV*) und § 10, D. IV. 2. b) (Fn. 132 ff. für die deutschen *IFV*). Dagegen betonen die Entwicklungsländer auf multilateraler Ebene noch immer den Vorrang nationalen Rechts für die Festlegung der Entschädigungshöhe; vgl. dazu oben, unter § 9, A. III., Fn. 76 ff.

²⁸ Zur grundsätzlichen Befugnis des Gaststaates, beim Bestehen eines öffentlichen Interesses nicht diskriminierend und gegen Entschädigung in die vertraglichen Rechte privater Investoren einzugreifen, siehe oben, unter § 9, A. III.

²⁹ Insoweit sei hier nur auf die potentiellen Erfüllungshindernisse „*Staatenimmunität*“ und „*Act of State*“ *Doktrin* hingewiesen; siehe dazu oben, unter § 4 und § 8, Fn. 230.

(6) Die erwähnten Investitionsförderungsmechanismen sind einseitig auf eine Nord-Süd-Kooperation ausgerichtet. Die Süd-Süd-Verflechtung, die im Rahmen der Exportstrategien der Entwicklungsländer zunehmend an Bedeutung gewinnt³⁰, bleibt unberücksichtigt. Obwohl sich Investoren aus Entwicklungsländern oft mit den gleichen nicht-kommerziellen Risiken wie Investoren aus Industrienationen konfrontiert sehen, haben sie überwiegend keinen Zugang zu nationalen Versicherungssystemen³¹ und sind auf den privaten Versicherungsakt angewiesen.

(7) Alle Investitionsförderungsmechanismen gewähren dem Investor nur in wenigen Fällen begleitende Unterstützung und Beratung, z.B. im Hinblick auf die Information über günstige Standortsbedingungen, die Gesetzeslage im Gastland oder über dessen Wirtschaftslage. Der Investor bleibt damit oft im Ungewissen, ob und welche Art des Ressourcentransfers er vornehmen soll.

(8) Die bestehenden Investitionsversicherungssysteme weisen eine unzureichende Risikostreuung und als Konsequenz vergleichsweise hohe Versicherungsprämien auf, da sich die Direktinvestitionen auf wenige Länder konzentrieren. Infolge der geringen Risikostreuung bestehen nur beschränkte Möglichkeiten zur Rückversicherung. Probleme bereitet darüber hinaus die Absicherung von Transaktionen mit Investoren aus verschiedenen Staaten, zumal die nationalen Versicherungssysteme den Schutz auf ihre eigenen Staatsangehörigen beschränken.

(9) Der besondere Nachteil der gegenwärtigen Garantiesysteme auf nationaler Basis liegt jedoch in ihrer Beschränkung auf die Investoren nur weniger Industrieländer³². Die Versicherung von Großprojekten internationaler Firmenkonsortien ist insofern verwehrt. Dieser entscheidende Mangel hat die Notwendigkeit eines Versicherungssystems auf multilateraler Basis immer klar vor Augen geführt. Auf hierauf abzielende Vorschläge ist im folgenden Abschnitt einzugehen. In diesem Zusammenhang soll besonderes Augenmerk auf die *Multilaterale Investitions-Garantie-Agentur (MIGA)* gelegt werden.

³⁰ Zu den abgeschlossenen *IFV* zwischen den Entwicklungsländern siehe oben, unter § 10, D. II., Fn. 88.

³¹ Mit Ausnahmen von Kapitalanlagen, die von Indien oder Korea ausgehen, da hier nationale Versicherungssysteme bestehen. Außerdem haben inter-arabische Investitionen über die *Inter-Arab Investment Guarantee Corporation* Zugang zu überregionalem Versicherungsschutz.

³² Frick, H., S. 59.

D. Neue Instrumente zur Fortbildung des internationalen Wirtschaftsrechts

I. Die *Multilaterale Investitions- Garantie-Agentur (MIGA)*

Durch Konvention der Weltbank vom 11. Oktober 1985 wurde die Gründung der *Multilateralen Investitions-Garantie-Agentur (MIGA)* vorbereitet und durch Bezug des Mindestkapitals am 12. April 1988 vollendet³³. Am 31. Dezember 1998 war die Konvention für 135 Staaten in Kraft getreten³⁴. Sie dient dem Ziel, ausländische Investitionen in Entwicklungsländern zu fördern, wozu die *MIGA* durch die Garantie, Rück- oder Co-Versicherung ausländischer Direktinvestitionen gegen nicht-kommerzielle Risiken und durch andere Formen der Promotion ausländischer Direktinvestitionen beitragen soll³⁵.

³³ ILM 24 (1985) 1605 ff.; Gesetz vom 20. August 1987, BGBl. 1987, II, 454; die Bundesrepublik Deutschland hat am 24. Juli 1986 den am 11. Oktober 1985 von der Weltbank ihren Mitgliedstaaten vorgelegten Konventionsskizzenentwurf zur Schaffung einer *Multilateralen Investitions-Garantie-Agentur* unterzeichnet und die Konvention ist für sie am 12. April 1988 in Kraft getreten (BGBl. 1989, II, S. 47); für Griechenland ist die Konvention am 30. August 1993 in Kraft getreten.

Aus der schon umfangreichen Literatur zur *MIGA* vgl. Chatterjee, S. K., The Convention Establishing the *Multilateral Investment Guarantee Agency*, ICLQ 36 (1987), 76–91; Ebenroth, C.-T., JZ 42 (1987), 641–649; Ebenroth, C.-T./Karl, J., *Multilaterale Investitions-Garantie-Agentur (MIGA)*, RIW 35 (1989), 1–6; dies., *Die Multilaterale Investitions-Garantie-Agentur*, Kommentar 1989; Gramlich, L., Das Übereinkommen zur Errichtung einer „*Multilateral Investment Guarantee Agency*“, östZöfR 38 (1987), 1–33; Häde, U., Archiv des Völkerrechts 35 (1997), 181–212 (204); Herdegen, M., ZvgRWiss 94 (1995), 341–352, (351); Karl, J., Neue Entwicklungen beim internationalen Investitionsschutz, RIW 40 (1994), 809–817 (809); Oschmann, F., Investitionsschutz durch internationale Investitionsversicherung – Die wachsende Rolle der *MIGA* in Recht und Praxis, RIW 41 (1995), 972–976; Petersmann, H.-G., *Die Multilaterale Investitions-Garantie-Agentur (MIGA)*. Ein neues Instrument zur Fortbildung des internationalen Wirtschaftsrechts, ZaöRV 46 (1986), 758–771; Shihata, I. F. I., The *Multilateral Investment Guarantee Agency*, IntL 20 (1986), 485–497; Stern, T., *Die Multilaterale Investitions-Garantie-Agentur (MIGA)* – Ein neues versicherungsrechtliches Instrument zur Verbesserung des Schutzes deutscher Investitionen im Ausland, Köln 1990; Touscoz, J., Le règlement des différends dans la convention instituant l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (AMGI). Un développement de l'arbitrage international et du droit des investissements internationaux, Rev. arb 1988, 629–638; Voss, J., *Die Multilaterale Investitions-garantie-Agentur*, RIW 33 (1987), 89–95; ders., The *Multilateral Investment Guarantee Agency*: Status, Mandate, Concept, Features, Implications, JWTL 21 (4) (1987), 6–23.

³⁴ Übersicht zum Ratifikationsstand der *MIGA*-Konvention im Fundstellennachweis BGBl. 1998, II, Teil B: Stand 31. Dezember 1998, S. 597 ff.

1. Die historische Entwicklung der MIGA

Die geschilderten Unzulänglichkeiten im bisherigen globalen Investitionsförderungssystem haben die Idee einer internationalen Investitionsversicherungsagentur aufkommen lassen. Durch ein multilaterales Investitionsgarantiesystem könnten zudem die positiven Wirkungen der nationalen Versicherungen noch gesteigert werden, da eine breitere Risikostreuung und eine gewisse Solidarisierung der kapalexportierenden Staaten erreicht würde. Insbesondere spricht jedoch die Einbeziehung der kapitalimportierenden Länder für ein multilaterales System, da diese durch ihre „Eigenbeteiligung“ bei Garantiefällen zu einer größeren Zurückhaltung bei Eingriffen in ausländische Investitionen veranlaßt werden könnten³⁶. Obwohl vergleichbare Bemühungen der Weltbank und anderer internationaler Organisationen – etwa der *Interamerikanischen Entwicklungsbank (IDB)* und der *OECD* – zur Errichtung einer multilateralen Investitionsversicherungsagentur bereits bis in die fünfziger Jahre zurückgreifen³⁷, hat doch erst die von der Weltbank im Jahre 1981 ergriffene Initiative zur Schaffung der MIGA³⁸ zu dem im Oktober 1985 vorgelegten zeichnungsreifen Konventions-Entwurf geführt.

Diesem Erfolg lag nicht zuletzt eine durch Wirtschaftsrezession und Weltschuldkrise seit Anfang der achtziger Jahre ausgelöste Besinnung vieler Entwicklungsländer darauf zugrunde, daß Auslandsinvestitionen mit ihrer Bündelung von Kapitaltransfer, technischer Hilfe und Management einen besonders wichtigen Beitrag zur Verwirklichung nationaler Entwicklungsziele leisten können³⁹. Ein zusätzlicher Vorteil von Direktinvestitionen im Vergleich zu Bankkrediten besteht überdies darin, daß der in Auslandsinvestitionen enthaltene Kapitaltransfer eine Belastung der Zahlungsbilanz des Empfängerlandes nur dann nach sich zieht, wenn Gewinne tatsächlich erwirtschaftet werden⁴⁰.

³⁵ Report of the Executive Directors on the Convention Establishing The *Multilateral Investment Guarantee Agency* (Report) § 7; Preamble of the Convention Establishing the MIGA (abgedruckt in BGBl. 1987, II, S. 455).

³⁶ Ammann, U., S. 142; Frick, H., S. 58; Jüttner, H., S. 187; Lämmerzahl, M., S. 71.

³⁷ Zur Geschichte der Konvention vgl. im einzelnen Shihata, I. F. I., IntL 20 (1986), 485–497 (486); ferner Ebenroth, C.-T., JZ 42 (1987), 641–649 (645); Petersmann, H.-G., ZaöRV 46 (1986), 758–771 (759); Voss, J., RIW 33 (1987), 89–95 (93).

³⁸ Ansprache von Weltbank-Präsident A. W. Clausen, Gemeinsame Jahresversammlung des Internationalen Währungsfonds und der Weltbank 1981.

³⁹ Ebenroth, C.-T., JZ 42 (1987), 641–649 (641); Petersmann, H.-G., ZaöRV 46 (1986), 758–771 (759).

⁴⁰ Vgl. § 6 des Berichtes der Executiv-Direktoren (§ 11, Fn. 35).

2. Die Aufgaben der MIGA

Die Geschäftstätigkeit der MIGA umfaßt ihre Garantie- und Versicherungstätigkeit im engeren Sinne⁴¹ als auch ihre allgemeine Förderungstätigkeit ausländischer Investitionen in Entwicklungsländern⁴². Das Versicherungsgeschäft der MIGA schließt die Garantie- oder Rück- oder Co-Versicherung von Investitionen gegen vier verschiedene Arten von nicht-kommerziellen Risiken ein⁴³, nämlich:

- a) Das Transfer-Risiko, resultierend aus einer aktiven oder passiven Behinderung des Umtausches bzw. Transfers von Gewinnen durch das Gastland⁴⁴;
- b) Das Enteignungsrisiko – einschließlich des Risikos der sog. schleichen den Enteignung – infolge von legislativen oder administrativen Eingriffen oder Unterlassungen des Gastlandes⁴⁵;
- c) Das Risiko, welches aus der Nichtanerkennung vertraglicher Verpflichtungen des Gaststaates resultiert, falls der Investor keinen bzw. keinen rechtzeitigen Zugang zu einem sachverständigen (Schieds-) Gericht hat oder nicht in der Lage ist, ein Endurteil zu vollstrecken (*Vertragsrisiko*)⁴⁶;
- d) Risiken aus Krieg, Bürgerkrieg oder zivilen Unruhen⁴⁷.

Da für derartige Risiken bereits von einer Reihe nationaler und internationaler Institutionen ein Versicherungsschutz angeboten wird, stellt sich das Problem der gegenseitigen Abgrenzung zwischen diesen Institutionen und der MIGA. Dies wird von der Konvention dahin beantwortet, daß im Verhältnis zu den privaten und vor allem den staatlichen Investitionsversicherungen der großen Exportnationen die MIGA nicht etwa als Konkurrent sondern ergänzend tätig werden soll („*Prinzip der Additionalität*“)⁴⁸. Besonders eindeutig ist diese zusätzliche Versicherungstätigkeit in den Fällen jener Exportländer, die anders als die traditionellen Kapitalexporthänder wie

⁴¹ Art. 11–22 der MIGA-Konvention.

⁴² Art. 23 der MIGA-Konvention.

⁴³ Art. 11 der MIGA-Konvention.

⁴⁴ Art. 11 lit. a (i) der MIGA-Konvention.

⁴⁵ Art. 11 lit. a (ii) der MIGA-Konvention.

⁴⁶ Art. 11 lit. a (iii) der MIGA-Konvention. Das Vertragsrisiko wird nur im Falle der Verweigerung der ordnungsgemäßen Wahrung der Rechte des Garantienehmers (*denial of justice*) versichert.

⁴⁷ Art. 11 lit. a (iv) der MIGA-Konvention. Dieser Katalog gedeckter Risiken kann auf weitere nicht-kommerzielle Tatbestände ausgedehnt werden, wie z. B. Risiken von Terroranschlägen oder Entführungen [Art. 12 (b) der MIGA-Konvention].

⁴⁸ Art. 19 der MIGA-Konvention.

die USA, die Bundesrepublik Deutschland, das Vereinigte Königreich oder Japan ein eigenes – aus bilateralen Investitionsschutzverträgen und aus einer nationalen Versicherungsagentur bestehendes – Investitionsschutzsystem bisher noch nicht aufbauen konnten. Vor allem soll die *MIGA* deshalb Investoren aus kapitalexportierenden Entwicklungsländern besondere Aufmerksamkeit schenken⁴⁹. Aber selbst Investoren aus den traditionellen Kapitalexportländern gewinnen durch die *MIGA* eine Reihe zusätzlicher Vorteile: Einmal ergibt sich hier die Additionalität aus dem ungewöhnlich breit gefaßten Spektrum der durch die *MIGA* zu versichernden Investitionen. Denn hierunter fallen neben unmittelbaren Anlageinvestitionen und Direktbeteiligungen auch Portfolioinvestitionen und solche zum Teil „ideelle“ Rechtspositionen, wie Lizenz-, Franchise-, Management-, Leasing- oder Produktionsaufteilungsverträge⁵⁰.

Auch haben selbst die beim Aufbau bilateraler Investitionsschutzverträge bisher erfolgreichsten Kapitalexportländer – darunter die Bundesrepublik Deutschland – nicht mit allen in Betracht kommenden Kapitalimportländern tatsächlich bilaterale Schutzverträge abschließen können. Dies gilt besonders für die gegenüber völkerrechtlichen Bindungen ihrer Wirtschaftssouveränität hochempfindlichen lateinamerikanischen Staaten. Hier könnte die *MIGA* mit ihrer genossenschaftlichen Struktur und der angestrebten paritätischen Verteilung der Stimmrechte zwischen Kapitalexport- und Importländern⁵¹ zu einer begrüßenswerten Verbreitung des internationalen Rechtsschutzes beitragen. Es mag daher als bedeutender Erfolg gewertet werden, daß bereits vier lateinamerikanische Staaten⁵² die *MIGA*-Konvention kurz nach ihrer Auflegung unterzeichnet haben und daß die Konvention mittlerweile für die anderen fünf lateinamerikanischen Staaten⁵³ in Kraft getreten ist.

Die *MIGA* bietet aber auch noch aus der entwicklungspolitischen Sicht der Weltbank einige bedeutsame zusätzliche Vorzüge gegenüber den herkömmlichen staatlichen Investitionsschutzsystemen und privaten Versicherungssystemen. Die Agentur soll im Prinzip vor allem Investitionen in Entwicklungsländern versichern⁵⁴. Dabei wird sie eine Garantie oder Versicherung nur mit der ausdrücklichen Genehmigung der Regierung des Gastlandes abschließen⁵⁵. In Abstimmung mit dieser Regierung stellt die

⁴⁹ Art. 23 c der *MIGA*-Konvention.

⁵⁰ Art. 12 a der *MIGA*-Konvention.

⁵¹ Art. 39–42 der *MIGA*-Konvention.

⁵² Bolivien, Chile, Ecuador und Uruguay.

⁵³ Argentinien, Brasilien, Kolumbien, Paraguay und Peru.

⁵⁴ Art. 14 der *MIGA*-Konvention; Investitionen in Industrieländern können jedoch nach dem Sponsorship-System versichert werden; vgl. Art. 24 und Anlage I der *MIGA*-Konvention.

MIGA an das Investitionsprojekt des ausländischen Investors strenge entwicklungspolitische Anforderungen: Sie gewährt ihm nur dann Versicherungsschutz, wenn die Investition nach ihrer Überzeugung wirtschaftlich sinnvoll und der Entwicklung des Gastlandes förderlich ist, mit den Gesetzen und Verordnungen dieses Landes im Einklang steht und den erklärten Entwicklungszielen und -prioritäten des Gaststaates entspricht⁵⁶. Auf der anderen Seite wird die *MIGA* aber auch gegenüber dem Gastland den Abschluß eines Versicherungsvertrages von der Erfüllung gewisser Bedingungen bzw. Auflagen abhängig machen, die auf eine angemessene und gerechte Behandlung ausländischer Investitionen sowie ausreichenden Rechtsschutz abzielen⁵⁷.

Nach Art. 23 der *MIGA*-Konvention ist die Agentur schließlich gehalten, über ihre Versicherungstätigkeit hinaus das Klima für Auslandsinvestitionen in Entwicklungsländern durch ihre Forschungstätigkeit, durch Informationen für Investoren und Gastländer und auf andere Weise zu fördern. Auch kann die *MIGA* auf Antrag eines ihrer Mitgliedstaaten technische Hilfe und Unterstützung bei der Verbesserung der Rahmenbedingungen für Investitionen auf dem Staatsgebiet des betreffenden Landes leisten, z. B. bei Reformen der nationalen Investitionsgesetzgebung oder bei der Schaffung von Investitionsanreizen. Dabei soll die *MIGA* bestrebt sein, Investitionshindernisse sowohl in den Entwicklungsländern als auch in den entwickelten Staaten abzutragen.

3. Subrogation und Streitschlichtung bei der *MIGA*

Die in die Konvention eingebauten Subrogations- und Streitschlichtungsmechanismen⁵⁸ schützen die Lebensfähigkeit der *MIGA* und sorgen insbesondere dafür, daß der Versicherungsschutz der Agentur Gastländer nicht von ihrer finanziellen Verantwortung für die Folgen ihrer Maßnahmen gegen ausländische Kapitalanleger zu lasten von *MIGA* und ihrer Mitgliedstaaten entbindet⁵⁹. Sobald *MIGA* einen Versicherungsanspruch auszahlt, tritt sie in die materiellen Rechte des entschädigten Investors gegen das Gastland ein. Die kraft sogenannter Subrogation erworbenen Rechte des Versicherungsnehmers kann die *MIGA* im Wege internationaler Schiedsgerichtsbarkeit verfolgen⁶⁰. *MIGAs* Versicherungsschutz eröffnet somit inter-

⁵⁵ Art. 15 der *MIGA*-Konvention.

⁵⁶ Art. 12 d (ii) und (iii) der *MIGA*-Konvention.

⁵⁷ Art. 12 d (iv) der *MIGA*-Konvention.

⁵⁸ Art. 18 und 57 (b) nebst Anlage II der *MIGA*-Konvention.

⁵⁹ *Ebenroth, C.-T.*, JZ 42 (1987), 641–649 (646); *Petersmann, H.-G.*, ZaöRV 46 (1986), 758–771 (767); *Shihata, I. F. I.*, IntL 20 (1986), 487–497 (492); *Stern, T.*, S. 267; *Voss, J.*, RIW 33 (1987), 89–95 (91).

ationale Schiedsgerichtsbarkeit für Streitigkeiten mit dem Gaststaat unabhängig vom Bestehen eines Investitionsvertrages zwischen Investor und Gastland oder eines Investitionsschutzvertrages zwischen Gastland und Heimatstaat des Investors.

Streitigkeiten zwischen den Mitgliedstaaten über die Auslegung oder über die Anwendung der *MIGA*-Konvention sind entsprechend dem Vorbild der Weltbank dem Direktorium und in letzter Instanz dem Gouverneursrat zur Entscheidung vorzulegen⁶¹. Rechtsstreitigkeiten aus einem zwischen der *MIGA* und einem Investor geschlossenen Versicherungsvertrag sind im Wege der Schiedsgerichtsbarkeit zu entscheiden, wobei die Einzelheiten des schiedsgerichtlichen Verfahrens dem Garantie- bzw. Rückversicherungsvertrag zu entnehmen sind⁶². Andere als die Streitigkeiten über Forderungen der Agentur als Rechtsnachfolger eines Kapitalanlegers oder auch Streitigkeiten zwischen der *MIGA* und einem ehemaligen Mitgliedstaat werden in Übereinstimmung mit dem in Anlage II der *MIGA*-Konvention festgelegten Verfahren beigelegt⁶³. Klagen gegen die Agentur, ausgenommen solche aus dem Geltungsbereich der Art. 57 und 58 der *MIGA*-Konvention können schließlich nur vor einem zuständigen Gericht im Hoheitsgebiet eines Mitglieds erhoben werden, in dem die Agentur eine Geschäftsstelle besitzt oder einen Vertreter für die Entgegennahme von gerichtlichen Urkunden ernannt hat⁶⁴.

Es ist allerdings zu erwarten, daß es wegen der vielfältigen Anforderungen der Konvention an die Investition, insbesondere was deren Entwicklungsbeitrag und die Übereinstimmung mit den Entwicklungszielen und -prioritäten des Gastlandes betrifft⁶⁵, und besonders wegen der Genehmigung des Garantievertrags durch das Gastland⁶⁶ nur selten zu Investitionsstreitigkeiten zwischen dem Gaststaat und der *MIGA* kommen wird. Außerdem hat die Agentur gemäß Art. 23 b) bereits im Stadium vor Eintritt eines Garantiefalles den Auftrag, die friedliche Beilegung von Streitigkeiten zwischen Gaststaat und Investor zu fördern. Sie kann dies unter anderem dadurch tun, daß sie den Investor im Falle finanzieller Probleme dazu bewegt, Ratenzahlung zu akzeptieren und die Verpflichtung des Gaststaates durch eine Garantie absichert. Das Streitbeilegungsverfahren wird demnach

⁶⁰ Art. 18 und 57 (b) der *MIGA*-Konvention sowie Anlage II; näher dazu unten, unter § 11, D. IV. 3. a).

⁶¹ Art. 56 der *MIGA*-Konvention; näher dazu unten, unter § 11, D. IV. 3. b) aa).

⁶² Art. 58 der *MIGA*-Konvention; näher dazu unten, unter § 11, D. IV. 3. b) bb).

⁶³ Art. 57 (a) der *MIGA*-Konvention; näher dazu unten, unter § 11, D. IV. 3. b) cc).

⁶⁴ Art. 44 der *MIGA*-Konvention; näher dazu unten, unter § 11, D. IV. 3. b) dd).

⁶⁵ Art. 12 d (iii) der *MIGA*-Konvention.

⁶⁶ Art. 15 der *MIGA*-Konvention.

als *ultima ratio* zur Anwendung kommen, wenn alle anderen Vermittlungsversuche gescheitert sind.

*a) Beilegung von Streitigkeiten zwischen der MIGA
und dem Gaststaat über Forderungen der Agentur
als Rechtsnachfolger eines Investors*

Nach Art. 18 Abs. 1 Satz 1 der *MIGA*-Konvention werden bei Zahlung oder bei Zustimmung zur Zahlung der vertragsgemäßen Entschädigung an den Garantienehmer seine etwaigen Rechte oder Forderungen gegenüber dem Gastland und anderen Schuldern in bezug auf die garantierte Investition an die Agentur abgetreten⁶⁷. Die von der *MIGA* als Rechtsnachfolger des Versicherungsnehmers erworbenen Rechte können vor einem internationalen Schiedsgericht geltend gemacht werden⁶⁸. Das Streitbeilegungsverfahren der *MIGA* ist hierarchisch aufgebaut und stark an das Verfahren nach dem *WBÜ* angelehnt.

aa) Einvernehmliche Streitbeilegung

Zunächst sollen die Parteien eine einvernehmliche Lösung des Konflikts gemäß Art. 2 Anlage II der *MIGA*-Konvention versuchen. Gelingt keine freundschaftliche Streitbeilegung, so gelten die Verhandlungen als gescheitert, wenn die Parteien innerhalb einer Frist von 120 Tagen nach dem Ersuchen um Aufnahme von Verhandlungen kein einvernehmliches Ergebnis erreicht haben⁶⁹. In diesem Fall können sie ein Vergleichsverfahren anstreben, andernfalls wird ein Schiedsverfahren durchgeführt⁷⁰.

bb) Vergleichsverfahren

Die Durchführung des Vergleichsverfahrens ist fakultativ, d.h. die Parteien haben die Möglichkeit, den Streit unter Umgehung dieses Verfahrens sogleich einem Schiedsgericht zu unterbreiten⁷¹. Zunächst wird von den Parteien ein Vermittler benannt⁷², der eine relativ große Entscheidungsfrei-

⁶⁷ Besser sollte in der deutschen Sprache von einem gesetzlichen Forderungsübergang oder von einer bedingten Vorausabtretung gesprochen werden.

⁶⁸ Art. 57 (b) der *MIGA*-Konvention sowie Anlage II.

⁶⁹ Art. 2 Satz 2 Anlage II der *MIGA*-Konvention.

⁷⁰ Art. 3, 4 Anlage II der *MIGA*-Konvention.

⁷¹ Art. 3 Abs. a Anlage II der *MIGA*-Konvention.

⁷² Ist eine Einigung über den Vermittler nicht erzielt worden, so können die Parteien gemeinsam entweder den Generalsekretär des *ICSID*-Schiedszentrums oder den Präsidenten des *IGH* ersuchen, einen Vermittler zu bestellen. Das Vergleichsver-

heit besitzt und sich – ohne zwingend dazu verpflichtet zu sein – von den „*ICSID Conciliation Rules*“ leiten lassen soll. Hauptaufgabe des Vermittlers ist es, innerhalb einer Frist von 180 Tagen nach seiner Bestellung einen Bericht vorzulegen, in dem er das Ergebnis seiner Bemühungen, die zwischen den Parteien strittigen Fragen und seine Vorschläge zu deren Beilegung darlegt⁷³. Jede Partei kann diesen Vorschlägen innerhalb von 60 Tagen zustimmen und zu dem Bericht Stellung nehmen⁷⁴. Geschieht dies nicht oder kommt in dem anschließenden Meinungsaustausch keine Einigung über alle strittigen Fragen zustande, kann jede der Parteien das Schiedsverfahren einleiten⁷⁵.

cc) Schiedsverfahren

Die Vorschriften der Anlage II der *MIGA*-Konvention regeln relativ detailliert bestimmte Aspekte des Schiedsverfahrens, ohne dies dennoch abschließend auszugestalten. Der verbleibende Spielraum soll von dem Schiedsgericht ausgefüllt werden, wobei sich dieses von den „*ICSID Arbitration Rules*“ leiten lassen soll.

Nach Art. 4 Abs. 2 Satz 1 Anlage II der *MIGA*-Konvention wird das Schiedsverfahren durch eine entsprechende Mitteilung der betreibenden Partei an den oder die Gegner eingeleitet, in welcher die Art der Streitigkeit, das Schiedsklagebegehren und der Name des von der betreibenden Partei bestellten Schiedsrichters anzugeben sind. Es besteht jedoch auch die Möglichkeit, daß die Streitparteien eine andere Methode der Streitbeilegung in Anspruch nehmen. Voraussetzung hierfür ist allerdings, daß die Agentur und der betroffene Mitgliedstaat bereits vor dem Tätigwerden der *MIGA* in diesem Gastland eine entsprechende Vereinbarung getroffen haben⁷⁶. Für einen solchen Fall soll die Anlage II der *MIGA*-Konvention als Grundlage dienen („*serve as a basis*“)⁷⁷ und die Vereinbarung muß vom Direktorium

fahren ist beendet, wenn der Vermittler nicht innerhalb von 90 Tagen nach der Einigung über die Inanspruchnahme des Vergleichsverfahrens bestellt worden ist [Art. 3 Abs. b Sätze 2, 3 Anlage II der *MIGA*-Konvention].

⁷³ Art. 3 e) Anlage II der *MIGA*-Konvention; zu diesem Zweck sind die Parteien verpflichtet, redlich mit dem Vermittler zusammenzuarbeiten und ihm alle notwendigen Informationen zu übermitteln [Art. 3 d) Anlage II der *MIGA*-Konvention]. Sollte der Vermittler die Frist versäumen, sind die Parteien berechtigt, das Schiedsverfahren einzuleiten [Art. 3 g) i) Anlage II der *MIGA*-Konvention].

⁷⁴ Art. 3 d) i. V. m. 3 g) (ii) und (iv) Anlage II der *MIGA*-Konvention.

⁷⁵ Art. 3 g) (iii) und (iv) Anlage II der *MIGA*-Konvention.

⁷⁶ Art. 57 (b) Satz 2 der *MIGA*-Konvention.

⁷⁷ Die Formulierung bedeutet nicht, daß das Verfahren die gleichen Streitbeilegungsmechanismen bzw. -methoden enthalten muß. Vielmehr soll das Verfahren gemäß Anlage II der *MIGA*-Konvention als Ausgangspunkt für die Verhandlungen

mit qualifizierter Mehrheit genehmigt werden. Durch die Möglichkeit des Abschlusses einer derartigen Übereinkunft wurde vor allem den Bedenken der lateinamerikanischen Staaten aufgrund der von ihnen vielfach vertretenen *Calvo*-Doktrin Rechnung getragen⁷⁸.

Das Schiedsgericht wendet die Bestimmungen der *MIGA*-Konvention, einschlägige Übereinkünfte zwischen den Streitparteien, die Satzung und Vorschriften der Agentur, die anwendbaren Regeln des Völkerrechts, das innerstaatliche Recht des betreffenden Mitglieds sowie die Bestimmungen eines eventuell bestehenden Investitionsvertrags an. Unbeschadet der *MIGA*-Konvention kann es bei Einwilligung der Agentur *ex aequo et bono* entscheiden. Das Schiedsgericht kann eine Entscheidung nicht mit der Begründung ablehnen, daß das Recht zu dem streitigen Punkt schweigt oder unklar ist⁷⁹. Hieraus ist das Rangverhältnis von Völkerrecht und nationalem Recht nicht ersichtlich. Jedoch deuten sowohl der Kommentar⁸⁰ als auch eine Erläuterung des Vorsitzenden des *Executiv-Direktoriums* der Weltbank an⁸¹, daß im Falle eines Konflikts Völkerrecht vorrangig angewendet werden wird. Es fällt weiterhin auf, daß anders als im Art. 42 des *WBÜ* das internationale Privatrecht des beteiligten Mitgliedstaates nicht genannt wird; gleichwohl dürfte es von der Formulierung mitumfaßt sein⁸².

Kollidieren einzelne der genannten Rechtsquellen, läuft insbesondere das nationale Recht Grundsätzen des Völkerrechts zuwider, wird das Schiedsgericht letzteren den Vorrang einräumen und innerstaatliche Bestimmungen nur (noch) insoweit anwenden, als sie sich in völkerrechtlichen Rahmen halten⁸³. Die Entscheidung des Schiedsgerichts ist endgültig und für die Parteien bindend; sie unterliegt keinem Rechtsmittel, keiner Aufhebung und keinem Wiederaufnahmeverfahren⁸⁴. Jedes Mitglied erkennt den Schieds-

über ein entsprechendes bilaterales Abkommen dienen und sicherstellen, daß die Agentur hinsichtlich ihrer Behandlung mit dem durch ein Investitionsabkommen am meisten begünstigten Staat zumindest gleich gestellt wird [vgl. Art. 23 b) (ii) der *MIGA*-Konvention; Commentary IX, § 76 c, zitiert nach *Stern*, T., S. 274].

⁷⁸ Es ist insoweit möglich zu vereinbaren, daß eine Teilnahme des Gastlandes am Schiedsverfahren nach Anlage II der *MIGA*-Konvention nur nach Ausschöpfung des nationalen Rechtsweges erfolgt; Commentary IX, § 76 C, zitiert nach *Stern*, T., *ibid.*

⁷⁹ Art. 4 g) Anlage II der *MIGA*-Konvention.

⁸⁰ § 78 Commentary, IX: „(...) *In case of a conflict between rules of international law and rules unilaterally issued by either of the parties to the dispute, international tribunals apply rules of international law*“, zitiert nach *Stern*, T., S. 276.

⁸¹ „Once reference was made to „applicable rules of international law“ it would be up to the Tribunal to decide which would prevail in case of conflict. It would be assumed that it would give preference to international law“, zitiert nach *Stern*, T., *ibid.*

⁸² Vgl. Commentary IX § 78, zitiert nach *Stern*, T., *ibid.*

⁸³ Vgl. Commentary IX § 78, zitiert nach *Stern*, T., *ibid.*

spruch als bindend und in seinem Hoheitsgebiet vollstreckbar an, so als handele es sich um ein rechtskräftiges Urteil eines seiner innerstaatlichen Gerichte⁸⁵. Auf seine Vollstreckung sind die Rechtsvorschriften für die Vollstreckung von Urteilen anzuwenden, die in dem Staat gelten, in dessen Hoheitsgebiet die Vollstreckung begehrt wird⁸⁶; sie darf keine Ausnahme von dem geltenden Recht über die Immunität von der Vollstreckung schaffen⁸⁷.

b) Sonstige Formen der Streitbeilegung

Neben dem Schiedsverfahren für Streitigkeiten zwischen Agentur und Gaststaat aus abgetretenen Rechten erwähnt die *MIGA*-Konvention noch vier weitere Streitbeilegungsverfahren.

aa) Verfahren für Streitigkeiten über Auslegung und Anwendung der Konvention

Für Fragen der Auslegung oder Anwendung der *MIGA*-Konvention zwischen einem Mitglied der Agentur und der Agentur oder zwischen zwei Mitgliedern der *MIGA* sieht Art. 56 der *MIGA*-Konvention ein zweistufiges internes Entscheidungsverfahren vor⁸⁸. Zunächst wird die Frage dem Direktorium (Art. 32 der *MIGA*-Konvention) vorgelegt⁸⁹. Sollte ein von der Frage besonders betroffenes Mitglied nicht im Direktorium vertreten sein, kann es einen Vertreter *ad hoc* in das Gremium entsenden⁹⁰. Nachdem das Direktorium entschieden hat, kann jedes Mitglied verlangen, daß die Frage dem Rat (Art. 31 der *MIGA*-Konvention) vorgelegt wird, dessen Entscheidung dann endgültig ist⁹¹. Dabei darf jedoch unter dem Deckmantel einer Auslegung der *MIGA*-Konvention keine faktische Änderung derselben erfolgen; hierfür wäre eine qualifizierte Mehrheit gemäß Art. 59 nötig⁹². Von

⁸⁴ Art. 4 h) Anlage II der *MIGA*-Konvention.

⁸⁵ Art. 4 j) Satz 1 Anlage II der *MIGA*-Konvention; siehe auch zum Vergleich Art. 54 Abs. 1 *WBÜ*.

⁸⁶ Art. 4 j) Satz 2 Anlage II der *MIGA*-Konvention; diese Regelung trägt dem gemeinsamen Interesse aller Mitglieder an der finanzieller Lebensfähigkeit von *MIGA* Rechnung; vgl. Commentary, IX § 78, zitiert nach *Stern, T.*, *ibid*.

⁸⁷ Art. 4 j) Satz 3 Anlage II der *MIGA*-Konvention; vgl. auch Art. 55 *WBÜ* und die oben, unter § 4, C. I. 1., Ausführungen.

⁸⁸ Die *MIGA* folgt insoweit dem Beispiel der Weltbank und anderer internationaler Finanzinstitutionen [vgl. Commentary IX § 76 (a), zitiert nach *Stern, T.*, S. 277].

⁸⁹ Art. 56 a) Satz 1 der *MIGA*-Konvention.

⁹⁰ Art. 56 a) Satz 2 der *MIGA*-Konvention.

⁹¹ Art. 56 b) Satz 2 der *MIGA*-Konvention.

⁹² Art. 59 a) der *MIGA*-Konvention fordert eine Mehrheit von drei Fünfteln der Gouverneure, die vier Fünftel der Gesamtstimmenzahl innehaben müssen.

der Auslegungskompetenz mitumfaßt ist jedoch das Bestimmungsrecht, ob und wie weit ein konkretes Problem durch Auslegung gelöst werden kann, oder die Ausfüllung einer Lücke in der *MIGA*-Konvention durch Änderung derselben oder durch Ausübung anderer Kompetenzen erfolgen soll⁹³.

Die dargestellte Kompetenz des Direktoriums bzw. des Rates soll die Agentur davor schützen, daß ihr Recht durch unterschiedliche Auslegungen von Gerichten verschiedener nationaler Gerichtsbarkeiten aufgesplittet wird⁹⁴. Die Gremien haben auch für Detailfragen die nötige Sachkompetenz und können eventuell unerwünschte Konsequenzen der bisherigen Auslegung von Vorschriften beseitigen oder auch Lösungen für neu auftretende Probleme entwickeln, ohne die *MIGA*-Konvention mit Hilfe der rigiden Vorschriften der Art. 59 und 60 ändern zu müssen⁹⁵.

bb) Verfahren für Streitigkeiten aus einem Garantie- oder Rückversicherungsvertrag

Art. 58 der *MIGA*-Konvention sieht vor, daß jede Streitigkeit aus einem Garantie- oder Rückversicherungsvertrag zwischen den beteiligten Parteien einem Schiedsverfahren unterworfen wird. Welche Schiedsgerichtsinstitution zur Entscheidung berufen ist, wird in dem jeweiligen Vertrag bestimmt. Der *Standard Contract of Guarantee*⁹⁶ nimmt nicht auf ein bestimmtes Verfahren Bezug. In Betracht kommt in erster Linie die Vereinbarung eines *ICSID*-Schiedsgerichts, allerdings unter dem Vorbehalt, daß der Generalsekretär des *Ständigen Schiedsgerichtshofs* in Den Haag das Recht hat, den oder die Schiedsrichter zu benennen, die nicht anderweitig durch die Schiedsregeln bezeichnet sind⁹⁷. Im übrigen wird es möglich

⁹³ In Betracht kommen etwa die Anwendung des Art. 56 der *MIGA*-Konvention oder die Inanspruchnahme von Art. 2 c), nach dem die Agentur berechtigt ist, sonstige Befugnisse auszuüben, „die sich aus ihrer Tätigkeit ergeben und zur Erreichung ihres Zieles notwendig oder wünschenswert sind“.

⁹⁴ Vgl. dazu *Seidl-Hohenveldern, I./Loibl, G.*, Das Recht der internationaler Organisationen einschließlich der Supranationalen Gemeinschaften, 6. überarbeitete Aufl., 1996, RdNr. 1372.

⁹⁵ *Stern, T.*, S. 277.

⁹⁶ *Multilateral Investment Guarantee Agency*, *Standard Contract of Guarantee*, RIW 36 (1990), Beilage 11 zu Heft 6/1990, S. 8–10; vgl. auch *MIGA-General Conditions of Guarantee for Equity Investments* vom 25. Januar 1989, RIW 36 (1990), Beilage II zu Heft 6/1990, S. 10–18.

⁹⁷ Das Bestimmungsrecht des Generalsekretärs rechtfertigt sich aus der Tatsache, daß nach den *ICSID*-Regeln die Ernennungsbefugnis für den entscheidenden „Dritten Mann“ auf den Vorsitzenden des Verwaltungsrates von *ICSID* übergeht, falls sich die Parteien nicht auf einen gemeinsamen Vorschlag einigen können (Rule 4 der *ICSID Arbitration Rules* i. V. m. Art. 37 Abs. 2 Satz b und 38 des *WBÜ*). Dieser ist *ex officio* der Präsident der Weltbank (Art. 5 *WBÜ*) und damit identisch mit dem

sein, *ad hoc*-Schiedsregeln zu vereinbaren, eine andere international anerkannte Institution zu bezeichnen⁹⁸ bzw. im Vertrag gewisse Modifikationen der Schiedsregeln vorzunehmen⁹⁹.

Die Entscheidung des Schiedsgerichts ist nach Art. 3.3 der *General Conditions of Guarantee for Equity Investments* (künftig *General Conditions*)¹⁰⁰ bindend und endgültig; dieser Grundsatz soll von jedem Mitglied anerkannt werden¹⁰¹. Das anwendbare Recht ergibt sich nach Art. 3.4 der *General Conditions* in erster Linie aus dem Vertrag und aus der MIGA-Konvention; falls diese Vorschriften keine einschlägige Regelung enthalten, finden die allgemeinen Rechtsgrundsätze („*general principles of law*“) Anwendung¹⁰². Für den Fall einer Kollision von vertraglichen Bestimmungen mit der MIGA-Konvention enthält Art. 3.5 der *General Conditions* die Vermutung, daß alle Vertragsvorschriften mit der Konvention vereinbar sind. Diese Vermutung darf weder von der MIGA noch von dem Garantiennehmer angezweifelt werden¹⁰³. Gleichwohl kann ein Schiedsgericht entscheiden, daß insoweit Unvereinbarkeit besteht. Dann sollte den Vertragsbestimmungen den Vorrang gebühren¹⁰⁴.

Aus dem Wortlaut des Artikels 3.4. der *General Conditions* läßt sich nicht eindeutig ableiten, ob die Parteien durch die Vereinbarung einer derartigen Formulierung den Ausschluß des nationalen Rechts erreichen können. Hierzu werden verschiedene Auffassungen vertreten, welche dieser Vorschrift einen „internationalisierenden“ oder „delokalisierenden“ Effekt zuschreiben. Es besteht jedoch Einigkeit darüber, daß durch deren Vereinbarung ein Ausschluß nationalen Rechts erreicht wird¹⁰⁵. Völlig unklar ist auch noch, was unter den subsidiär geltenden „*general principles of law*“ zu verstehen ist. Wegen des Fehlens einheitlicher allgemeiner Regeln für Investitionsgarantieverträge und mangels schiedsgerichtlicher Urteile in diesem Bereich erscheint eine Definition der allgemeinen Rechtsgrundsätze besonders schwierig. Die Schiedsgerichte werden in diesen seltenen

MIGA-Präsidenten [Art. 32 b) Satz 4 der MIGA-Konvention]. Eine vollständige Übernahme der *ICSID Arbitration Rules* würde demzufolge die Unparteilichkeit des Schiedsgerichts gefährden.

⁹⁸ In Betracht kommen etwa die *UNCITRAL*-Regeln oder die Regeln der *IntHK* (vgl. Commentary IX, § 77, zitiert nach *Stern, T.*, S. 278).

⁹⁹ Insbesondere kommen die *ICSID Additional Facility Rules* zum Zuge.

¹⁰⁰ RIW 36 (1990), Beilage zu Heft 6/1990, S. 10–18 (11).

¹⁰¹ Vgl. auch § 2.16 der *Operational Regulations of the Multilateral Investment Guarantee Agency* vom 22. Juni 1988, zitiert nach *Stern, T.*, S. 37.

¹⁰² Vgl. dazu § 2.17 der *Operational Regulations*, *ibid.*

¹⁰³ Vgl. auch § 2.02 der *Operational Regulations*, *ibid.*

¹⁰⁴ So auch *Stern, T.*, S. 279.

¹⁰⁵ *Stern, T.*, S. 279 m.w.Nach.

Fällen¹⁰⁶ Gelegenheit haben, ihr juristisches Ermessen auszuüben und eine für den Einzelfall gerechte und zufriedenstellende Lösung zu finden.

cc) Sonstige Streitigkeiten der *MIGA*
mit Mitgliedern oder früheren Mitgliedstaaten

Andere als die bisher dargestellten Streitigkeiten, die zwischen der Agentur und einem Mitgliedstaat bzw. dessen nationaler Agentur oder zwischen der Agentur und einem früheren Mitglied bzw. dessen nationaler Agentur Streitigkeiten auftreten, werden gemäß Art. 57 a) der *MIGA*-Konvention „in Übereinstimmung mit dem in Anlage II festgelegten Verfahren beigelegt“. Da die Parteien in derartigen Fällen Völkerrechtssubjekte sind und der potentielle Anspruch der *MIGA* nicht von den Rechten eines Investors abgeleitet wird, entspricht der Rekurs zu einem internationalen Schiedsgremium dem normalen Lauf der Dinge.

Falls ein früherer Mitgliedstaat beteiligt ist, kommt das vorliegende Verfahren auch für Fälle der Auslegung und Anwendung der *MIGA*-Konvention zum Zuge, wenn eine Entscheidung durch das Direktorium oder den Rat ansonsten dazu führen würde, daß die *MIGA* zum Richter in eigener Sache würde. Die Streitbeilegungsvariante durch alternative Verfahren gemäß Art. 57 b) (ii) kommt bei Streitigkeiten mit einem früheren Mitglied nicht in Betracht, soweit sich die Forderung gegen den Staat aus Rechten ergibt, welche die Agentur als Rechtsnachfolger des Investors erworben hat. Wie bereits erläutert¹⁰⁷, kann eine Übereinkunft nach Art. 57 b) (ii) nur vereinbart werden, solange der Staat Mitglied der *MIGA* ist. Sollte diese Vereinbarung allerdings zur Zeit der Mitgliedschaft abgeschlossen worden sein, wird deren Gültigkeit nicht durch das Ausscheiden des Mitglieds berührt; sie kann deshalb weiterhin als Grundlage für die vorgesehenen Arten von Streitigkeiten dienen¹⁰⁸.

dd) Streitigkeiten zwischen der *MIGA*
und sonstigen dritten Parteien

Gemäß Art. 44 der *MIGA*-Konvention können

„Klagen gegen die Agentur, ausgenommen solche aus dem Geltungsbereich der Art. 57 und 58, nur vor einem zuständigen Gericht im Hoheitsgebiet eines Mitglieds erhoben werden, in dem die Agentur eine Geschäftsstelle besitzt oder einen

¹⁰⁶ Im Regelfall werden die Bestimmungen des Vertrags und der *MIGA*-Konvention hinreichend spezifiziert sein, um die Grundlage für eine Entscheidung bilden zu können.

¹⁰⁷ Oben, unter § 11, D. IV. 3. a) cc).

¹⁰⁸ Vgl. dazu *Stern*, T., S. 280.

Vertreter für die Entgegennahme von gerichtlichen Urkunden ernannt hat. Klagen gegen die Agentur können nicht erhoben werden, i) von Mitgliedern oder von Personen, die für Mitglieder handeln oder von diesen Rechte ableiten, oder ii) in bezug auf Personalangelegenheiten. Das Eigentum und die Vermögenswerte der Agentur, gleichwohl wo und in wessen Besitz sie sich befinden, sind jeder Form der Beschlagnahme, Pfändung oder Vollstreckung entzogen, solange nicht ein rechtskräftiges Urteil oder ein rechtskräftiger Schiedsspruch gegen die Agentur ergangen sind“.

Die *MIGA* ist also – ebensowie die Weltbank und andere internationale Finanzinstitutionen – nicht mit Immunität vor nationalen Gerichten ausgestattet¹⁰⁹. Hinsichtlich des Ausschlusses von Klagen in Personalangelegenheiten kodifiziert der Wortlaut eine allgemeine Regel betreffend die Immunität internationaler Organisationen. Für diese Fälle hat die Weltbank 1980 ein „*Administrative Tribunal*“ eingerichtet. Es ist zu erwarten, daß die *MIGA* in Zukunft eine Vereinbarung treffen wird, nach welcher die Gerichtsbarkeit dieses Tribunals auf Streitigkeiten zwischen ihr und ihrem Personal ausgedehnt wird. Schließlich kann damit gerechnet werden, daß die Agentur in den Verträgen mit ihren Gläubigern eine Schiedsklausel vereinbaren wird, um eine Klage vor nationalen Gerichte zu vermeiden.

c) Zusammenfassung

Die hierarchische Gliederung der Schiedsgerichtsbarkeit der *MIGA* bietet im Streitfall unter Rückgriff auf deren Erfahrungen und Informationen umfassende Möglichkeiten für eine Beilegung bzw. Entschärfung des Konflikts, bevor das eigentliche Schiedsverfahren eingeleitet wird. Entscheidend ist jedoch, daß das internationale Schiedsverfahren unabhängig von der Existenz einer Schiedsklausel im Investitionsvertrag zwischen Investor und Gastland bzw. eines Investitionsschutzvertrages zwischen Gast- und Heimatstaat eingeleitet wird. Hierin liegt eine erhebliche Verbesserung des Investitionsschutzes, von der auch deutsche Investoren – insbesondere bei Kapitalanlagen in einigen südamerikanischen Staaten, mit denen keine Investitionsschutzverträge bestehen – profitieren können. Unabhängig von der Subrogation der Rechte aus der Investitionsbeziehung können die Heimatstaaten der Investoren – im Gegensatz zu der *MIGA* – Wiedergutmachung wegen der Verletzung ihrer originären Rechte geltend machen und versuchen, die Investitionsstreitigkeiten im Wege zwischenstaatlicher Streitbeilegung zufriedenstellend zu lösen.

¹⁰⁹ Dies steht im Gegensatz zu Völkergewohnheitsrecht und der Ausgestaltung anderer internationaler Institutionen, wie z.B. die *UNO*.

4. Die *MIGA* als Instrument der Rechtsbildung

Die eigentliche Bedeutung der *MIGA* dürfte allerdings nicht so sehr in der versicherungsmäßigen Abdeckung finanzieller Risiken oder in der Sicherstellung einer schiedsgerichtlichen Streitbeilegung liegen, sondern in ihrem Potential zur allmählichen Bildung und Fortsetzung allgemeiner Rechtsgrundsätze des internationalen Investitionsschutzes. Denn bei der Regelung der Rechtsstellung ausländischer Investoren und beim Schutz ausländischen Eigentums handelt es sich um eines der umstrittensten und schwierigsten Rechtsgebiete überhaupt, wobei dem traditionell-westlich geprägten Rechtsanspruch auf eine vollständige, prompte und effektive Entschädigung für enteignungsähnliche Eingriffe im weitesten Sinne bereits seit langem von seiten der Entwicklungsländer die Behauptung eines „neuen internationalen Wirtschaftsrechts“ mit Ausflüssen wie der *Calvo*-Klausel entgegengestellt wurde¹¹⁰.

Zugleich kann damit gerechnet werden, daß die Streitverhindernde Rechtsschöpfungstätigkeit der *MIGA* in der Praxis weit größere Bedeutung erlangen wird als die in der Konvention vorgesehene Möglichkeit nachträglicher schiedsgerichtlicher Streitbeilegung. Denn tatsächlich wird man sich den Ablauf einer Streitigkeit über eine von der *MIGA* versicherte Investition so vorzustellen haben, daß sowohl der beteiligte ausländische Investor als auch der Gaststaat interessiert sein werden, schon im frühen Stadium eines Investitionsstreits die *MIGA* unter Vermeidung eines formellen rechtlichen Verfahrens um ihre gütliche Vermittlung bzw. Schlichtung zu ersuchen. Zu einer solchen Unterstützung ist die *MIGA* ihrerseits durch die Konvention ausdrücklich aufgefordert¹¹¹.

Angesichts ihrer genossenschaftlichen Struktur und ihrer Anlehnung an die Weltbankgruppe wird darüber hinaus kein Gastland interessiert sein, gegenüber der *MIGA* regreßpflichtig zu werden. Ein Staat, das sich seinen Verpflichtungen aus einem von der *MIGA* versicherten Investitionsabkommen oder den gütlichen Vermittlungsvorschlägen der *MIGA* in einer Investitionsstreitigkeit entzöge, müßte damit rechnen, sich zumindest innerhalb der *MIGA* selbst zu isolieren. Man darf deshalb hoffen, daß im Falle von Streitigkeiten zwischen ausländischen Investoren und Gastländern künftig mit der *MIGA* ein multilaterales Organ für die Rechtsfindung und Rechtsfortbildung, aber auch für die Schlichtung und indirekte Rechtsdurchsetzung zur Verfügung steht, das einen Rückgriff auf formelle schiedsgerichtliche Verfahrensweisen oft entbehrlich machen wird.

¹¹⁰ Vgl. dazu oben, unter § 9, A. III. 1., Fn. 76 ff.; zur *Calvo*-Doktrin siehe oben, unter § 2, B. IV.

¹¹¹ Art. 23 b i) der *MIGA*-Konvention.

II. Das *amerikanisch-kanadische Freihandelsabkommen* (*Free Trade Agreement – FTA*) und das *Nordamerikanische Freihandelsabkommen* (*North American Free Trade Agreement – NAFTA*)

Sowohl das *Freihandelsübereinkommen* vom 2. Januar 1988 zwischen den USA und Kanada (*Free Trade Agreement – FTA*)¹¹² als auch das *Nordamerikanische Freihandelsübereinkommen* vom 17. Dezember 1992 zwischen den USA, Kanada und Mexiko (*North American Free Trade Agreement – NAFTA*)¹¹³ enthalten ausdrückliche Regelungen zum Investitionsschutz. Im Kapitel 11 (*Investitionen*) des *NAFTA*-Abkommens wird allerdings die Unterwerfung des Gastlandes unter die Zuständigkeit des *ICSID*-Schiedszentrums für die Beilegung von Streitigkeiten zwischen ihm und einem ausländischen Investor im Übereinkommen selbst antizipatorisch

¹¹² Canada-United States *Free Trade Agreement* vom 2. Januar 1988, abgedruckt in ILM 27 (1988), 281 ff.; vgl. dazu: Apuzzo, A. M./Kerr, W. A., *International Arbitration – The Dispute Settlement Procedures Chosen for the Canada-U.S. Free Trade Agreement*, JIntArb 5 (4) (1988), 7–15; Bierwagen, R./Heegemann, V., *Das Freihandelsabkommen zwischen Kanada und den Vereinigten Staaten – Bestandsaufnahme aus europäischer Sicht*, RIW 35 (1989), 33–42; Castel, J.-G., *Le règlement des différends en vertu de l'Accord de Libre-Echange entre le Canada et les Etats-Unis*, Clunet 117 (2) (1990), 601–610; Mc Kinney, J. A., *Dispute Settlement under the U.S.-Canada Free Trade Agreement*, JIntArb 8 (4) (1991), 89–102; Parker, R. P., *Dispute Settlement in the GATT and the Canada-U.S. Free Trade Agreement*, JWTL 23 (3) (1989), 83–93; Weber, A., *Das amerikanisch-kanadische Freihandelsabkommen* vom 2. Januar 1988, RIW 36 (1990), 975–982.

¹¹³ Canada-Mexico-United States *North American Free Trade Agreement* vom 17. Dezember 1992, abgedruckt in ILM 32 (1993), 605 ff.; vgl. dazu: Bialos, J. P./Siegel, D. E., *Dispute Resolution under the NAFTA. The Newer and Improved Model*, IntL 27 (1993), 603–622; Burdeau, G., *Rev. arb* 1995, 3–37 (21 ff.); Dearden, R. G., JWTL 29 (1) (1995), 113–127; Eklund, C.-D., *A Primer on the Arbitration of NAFTA Chapter Eleven Investor – State Disputes*, JIntarb 11 (4) (1994), 135–171; Häde, U., *Archiv des Völkerrechts* 35 (1997), 181–212 (206); Horlick, G. N./De Busk, F. A., *Dispute Resolution under NAFTA. Building on the U.S.-Canada FTA, GATT and ICSID*, JIntArb 10 (1) (1993), 51–71; Horlick, G. N./Marti, A. L., *NAFTA Chapter 11B – A Private Right of Action to Enforce Market Access Through Investments*, JIntArb 14 (1) (1997), 43–54; Karl, J., RIW 40 (1994), 809–817 (808); Marceau, G., *NAFTA and WTO Dispute Settlement Rules. A Thematic Comparison*, JWTL 13 (2) (1997), 25–81; Naón, H. G., *Lessons for Multi-Party and Complex Cooperation Agreements*, in *International Law Association*, Report of the 67th Conference in Helsinki (1996), S. 604–617 (610 ff.); Oschmann, F., *Das Investitionsrecht des NAFTA-Abkommens – Mexikos Kehrtwende im Recht der Auslandsinvestitionen?* ZvgIRWiss 96 (1997), 242–258; Price, D. M., *An Overview of the NAFTA Investment Chapter: Substantive Rules and Investor-State Dispute Settlement*, IntL 27 (1993), 727–735; Reisman, M./Wiedman, M., *Contextual Hypotheses and Their Application in the Uruguay Round and NAFTA*, JWTL 29 (3) (1995), 5–38; Soloway, J. A., JIntArb 16 (2) (1999), 1–14; Tenenbaum, M., JIntArb 12 (1) (1995), 53–78.

erteilt. Eine einseitige Rücknahme der Zustimmung ist nach Art. 25 Abs. 1 Satz 2 des *WBÜ* nicht mehr möglich. Somit wird die Kontrolle über Einleitung und Durchführung des Schiedsverfahrens der staatlichen Partei entzogen¹¹⁴.

1. Das Streitschlichtungssystem des *amerikanisch-kanadischen Freihandelsabkommens (FTA)*

Das *FTA* schließt zwei Streitschlichtungsmechanismen ein: Streitschlichtung nach Kapitel 18 und bindende Streiterledigung nach Kapitel 19 (Antidumping- und Antisubventionsverfahren). Kapitel 19 des *FTA* enthält kein schiedsgerichtliches Verfahren, sondern schreibt lediglich die Überprüfung durch einen Streitschlichtungsausschuß („*Panel*“) bei jeglicher Änderung bestehender nationaler Antidumping- und Subventionierungsvorschriften vor¹¹⁵. Kapitel 18 legt hingegen ein bindendes Schiedsverfahren fest.

Die Streitschlichtung nach Kapitel 18 ist in drei Fällen anwendbar:

- (a) Bei einer Streitigkeit über Auslegung und Anwendung des *FTA*;
- (b) wenn eine Partei bestehende oder geplante Maßnahmen mit dem Abkommen für nicht vereinbar hält und;
- (c) wenn eine Partei der Ansicht ist, daß eine bestehende oder geplante Maßnahme eine vertragliche Vergünstigung beseitigt oder beeinträchtigt¹¹⁶.

Die Streitschlichtung in den genannten drei Fällen ähnelt dem „*GATT 1979 Understanding*“¹¹⁷. Wichtigste institutionelle Einrichtung ist die *Canada-US Trade Commission (Kommission)* zur Überwachung der Durchführung der Streitbeilegung¹¹⁸. Das Verfahren nach *FTA* ist etwas „*legalistischer*“ oder „*prozeduraler*“ als das „*GATT 1979 Understanding*“ System.

¹¹⁴ Bereits die Tatsache, daß Mexiko überhaupt ein internationales Abkommen zum materiellen Investitionsschutz abgeschlossen hat, das auch einen schiedsgerichtlichen Mechanismus für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten vorsieht, ist für sich genommen bemerkenswert. Denn Kapitel 11 des *NAFTA*-Abkommens weist viele Ähnlichkeiten mit dem Regelungsgehalt bilateraler *Investitionsschutzverträge* auf, deren Abschluß sich Mexiko unter Einfluß der *Calvo*-Doktrin bisher verweigert hatte.

¹¹⁵ Art. 1903 des *FTA*-Abkommens.

¹¹⁶ Art. 1801.1 i.V.m Art. 2011 des *FTA*-Abkommens.

¹¹⁷ Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance, *GATT BISD*, 26th Supp. 215 (1978–1979); vgl. dazu *Komuro, N.*, The WTO-Dispute Settlement Mechanism. Coverage and Procedures of the WTO Understanding, *JIntArb* 12 (3) (1995), 81–171 (100); *Pescatore, P.*, The GATT Dispute Settlement Mechanism – Its Present Situation and its Prospects, *JIntArb* 11 (1) (1993), 27–42 (28).

- (a) Zwingende Benachrichtigung über bestehende oder geplante Maßnahmen¹¹⁹;
- (b) Informationspflicht bezüglich dieser Maßnahmen¹²⁰;
- (c) Konsultationen auf Wunsch einer Vertragspartei¹²¹;
- (d) Unterbreitung des Streits an die *Kommission* im Falle des Scheiterns der Konsultationen innerhalb von 30 Tagen¹²² und
- (e) Inanspruchnahme eines bindenden Schiedsverfahrens, falls die *Kommission* nicht innerhalb von 30 Tagen den Streit beilegt¹²³; dieses Schiedsverfahren („*Panel Arbitration*“) ist obligatorisch für Streitigkeiten über die Auslegung oder Anwendung der Schutzklauseln¹²⁴; im übrigen kann die *Kommission* den Fall dem bindenden Schiedsverfahren überantworten¹²⁵.

Das Abkommen sieht ferner das Recht einer Partei vor, im Falle der Nichterfüllung eines bindenden Schiedsspruches als Retorsion die Anwendung entsprechender Vergünstigungen gegenüber der vertragsbrüchigen Partei auszusetzen¹²⁶. Für die Schiedsverfahren werden Streitschlichtungsausschüsse („*Panels*“) aus fünf Sachverständigen gebildet, deren Empfehlungen in der Regel bindend für die Kommissionsentscheidung sind. Als Maßnahmen kommen die Nichterfüllung oder Beseitigung einer vertragswidrigen Maßnahme oder auch Kompensation in Betracht¹²⁷. Die im *FTA* zugelassenen Ausgleichsmaßnahmen als vertraglicher Ausdruck der Retorsion entsprechen dem *GATT*¹²⁸. Vorteile liegen in der genaueren Regelung des Verfahrens vor dem Streitschlichtungsgremium und in den kürzeren Verfahrensfristen¹²⁹.

¹¹⁸ Art. 1802 des *FTA*-Abkommens.

¹¹⁹ Art. 1803 Abs. 1 des *FTA*-Abkommens.

¹²⁰ Art. 1803 Abs. 3 des *FTA*-Abkommens.

¹²¹ Art. 1804 des *FTA*-Abkommens.

¹²² Art. 1805 Abs. 2 des *FTA*-Abkommens.

¹²³ Art. 1806 des *FTA*-Abkommens.

¹²⁴ Art. 1806 Abs. 1 Satz a des *FTA*-Abkommens.

¹²⁵ Art. 1806 Abs. 1 Satz b des *FTA*-Abkommens.

¹²⁶ Art. 1806 Abs. 3 des *FTA*-Abkommens.

¹²⁷ Art. 1807 Abs. 8 des *FTA*-Abkommens.

¹²⁸ Art. XXIII Abs. 2 *GATT*; § 4 Annex to the 1979 Understanding.

¹²⁹ Vgl. dazu Weber, A., RIW 36 (1990), 975–982 (982, Fn. 64) mit zahlreichen Nachweisen. Eine wichtige Entscheidung wurde am 22. Februar 1990 von der *Trade Commission* im Streit um den Handel mit Lachs und Heringen getroffen, nachdem ein abschließender Bericht eines Ausschusses am 16. Oktober 1989 vorgelegt wurde (Government of Canada, News Release No. 038 vom 22. Februar 1990: Canada and US reach agreement on salmon and herring trade dispute); weitere *Panel*-Entscheidungen ergingen im Fall der roten Erdbeeren aus Kanada (Clear Brook Pak-

2. Das Nordamerikanische Freihandelsabkommen (NAFTA)

Das NAFTA-Abkommen besteht aus acht Abschnitten, die in insgesamt 22 Kapitel untergliedert sind, und acht Anhängen. Das Investitionsrecht ist im Fünften Abschnitt, Kapitel 11 geregelt. Für dasselbe Recht ist zudem Kapitel 20 im Siebenten Abschnitt bedeutsam. Es enthält Vorschriften über die NAFTA-Kommission, die u. a. für die Auslegung des Abkommens verantwortlich ist, sowie über die Streitbeilegung zwischen den Mitgliedstaaten.

a) Das Investitionskapitel des NAFTA-Abkommens

Das 11. Kapitel selbst setzt sich aus drei Unterabschnitten (*Sections A-C*) und vier Anhängen zusammen. Unterabschnitt A enthält das *materielle Investitionsschutzrecht des Abkommens*, d. h. die gegenseitigen Pflichten zur Behandlung von Investitionen. Unterabschnitt B regelt die Mechanismen der Streitbeilegung zwischen einem Investor und einem Mitgliedstaat, mithin das *formelle Investitionsschutzrecht*. Unterabschnitt C besteht ausschließlich aus Definitionen und legt u. a. fest, was unter einer „*Investition*“ im Sinne des Abkommens zu verstehen ist.

aa) Die vertraglichen Pflichten in Bezug auf Investitionen (*materielles Investitionsschutzrecht*)

Art. 1104 verpflichtet die Vertragsstaaten, Investoren und deren Investitionen auf ihrem Gebiet die vorteilhaftere Behandlung aus Inländergleichbehandlung¹³⁰ und Meistbegünstigung¹³¹ zu gewähren. Nach Art. 1110 ist eine Enteignung zulässig, wenn sie zur Erfüllung eines öffentlichen Zwecks, nicht diskriminierend und gegen eine tatsächlich verwertbare, frei transferierbare Entschädigung erfolgt; letztere muß unverzüglich an den Investor geleistet werden und sie bemißt sich nach dem „*gerechten Marktwert*“ der Investition unmittelbar vor der Enteignung. Somit greift Art. 1110 des NAFTA-Abkommens die „*Hull-Formel*“ der „*prompt, adequate and effective compensation*“ als Entschädigungsformel auf¹³². Die Vereinbarung

_____ kers gegen United States Department of Commerce) vom 15. Dezember 1989 (1. Entscheidung des binationalen *Panel* unter Art. 1904 FTA-Abkommen: Es ging um einen Fall der gleichen oder ähnlichen Ware unter der Antidumping-Regelung; ferner eine Entscheidung eines *Panel* vom 22. Januar 1990 (Antidumping-Verfahren) und vom 7. März 1990 (Antidumping-Verfahren).

¹³⁰ Art. 1102 des NAFTA-Abkommens.

¹³¹ Art. 1103 des NAFTA-Abkommens.

¹³² Vgl. dazu § 9, Fn. 75; näher zur Enteignungsvorschrift des Art. 1110 und der dort vorgesehenen „*Hull-Formel*“ hinsichtlich der Höhe der Entschädigung bei Dearden, R. G., JWTL 29 (1) (1995), 113–127 (117); Eklund, C.-A., JIntArb 11 (4)

dieser Formel im Rahmen des *NAFTA*-Abkommens ist allerdings kein Präjudiz für den Zustand des allgemeinen Völkerrechts. Denn trotz seiner großen wirtschaftlichen und politischen Bedeutung bleibt das *NAFTA*-Abkommen eine völkerrechtliche Spezialregelung.

bb) Die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten
(*formelles Investitionsschutzrecht*)

Unterabschnitt B des 11. Kapitels regelt die Beilegung von Streitigkeiten zwischen dem Investor und dem Staat, in dessen Gebiet die Investition vorgenommen wurde.

(1) *Aktivlegitimation, Verfahren, anwendbares Recht, Vollstreckung*

Der Investor kann die im *NAFTA*-Investitionskapitel geregelten Rechte grundsätzlich selbst gegen den Gaststaat geltendmachen, und zwar sowohl wegen eigener Schäden¹³³ als auch wegen der Schäden einer von ihm kontrollierten Investition¹³⁴. Art. 1117.4 des *NAFTA*-Abkommens stellt klar, daß im letzteren Fall das lokale (Projekt-) Unternehmen („*the investment*“) nicht selbst nach Unterabschnitt B des 11. Kapitels vorgehen kann.

Das Verfahren der Streitbeilegung ist dreistufig. Zunächst sollen die Parteien versuchen, die Streitigkeit durch Verhandlungen beizulegen¹³⁵. Spätestens 90 Tage vor Erhebung einer Schiedsklage ist dem Gegner schriftlich die Absicht der Klageerhebung anzuzeigen¹³⁶. Die Schiedsklage kann frühestens 6 Monate nach Eintritt der ihr zugrundeliegenden Ereignisse erhoben werden¹³⁷ und zwar entweder:

- (a) Vor einem *ICSID*-Schiedsgericht, sofern der Heimatstaat des klagenden Investors und das Gastland dem *WBÜ* angehören; oder
- (b) Nach den *Additional Facility Rules* des *ICSID*-Schiedszentrums, sofern nur einer der beiden Staaten dem *WBÜ* beigetreten ist; oder schließlich
- (c) Nach den *UNCITRAL*-Schiedsregeln.

(1994), 135–171 (139); Karl, J., RIW 40 (1994), 809–817 (812); Oschmann, F., ZvgIRWiss 96 (1997), 242–258 (249); Soloway, J. A., JIntArb 16 (2) (1999), 1–14 (7 ff.).

¹³³ Art. 1116.1 des *NAFTA*-Abkommens.

¹³⁴ Art. 1117.1 des *NAFTA*-Abkommens: „... *on behalf of an enterprise that is a juridical person that the investor owns or controls directly or indirectly* ...“.

¹³⁵ Art. 1118 des *NAFTA*-Abkommens.

¹³⁶ Art. 1119 des *NAFTA*-Abkommens.

¹³⁷ Art. 1120 des *NAFTA*-Abkommens, allerdings vorbehaltlich des Anhangs zu Art. 1120 (Anhang 1120.1), der eine weitreichende Ausnahme zugunsten von Mexiko enthält, dazu gleich unter § 11, D. II. 2. a) bb) (2) (b).

Für Mexiko und Kanada gilt das *WBÜ* nicht. Streitigkeiten mit US-amerikanischer Beteiligung unterliegen also gegenwärtig stets den *Additional Facility Rules* des *ICSID*-Schiedszentrums. Für Investitionsstreitigkeiten zwischen Kanada und Mexiko gelten die *UNCITRAL*-Schiedsregeln¹³⁸.

Art. 1121 des *NAFTA*-Abkommens bestimmt, daß die Schiedsklage nur dann erhoben werden kann, wenn sich der betroffene Investor – und im Falle von Art. 1117 des *NAFTA*-Abkommens zusätzlich das lokale Unternehmen – schriftlich dem Schiedsverfahren unterwerfen. Art. 1131.1 des *NAFTA*-Abkommens legt fest, daß das Schiedsgericht unter Anwendung des *NAFTA*-Abkommens und der anwendbaren Regeln des Völkerrechts entscheiden soll. Der Schiedsspruch ist endgültig und für die Parteien bindend¹³⁹.

Art. 1136.5 des *NAFTA*-Abkommens sieht ein zwischenstaatliches Schiedsverfahren vor der „*Free Trade Commission*“ (*Kommission*) vor, wenn der Gaststaat einen gegen ihn erlassenen Schiedsspruch nicht erfüllt¹⁴⁰. Damit ähnelt die Vorschrift Art. 27 Abs. 1 des *WBÜ*, der bei nicht-Befolgung eines *ICSID*-Schiedsspruchs die Ausübung diplomatischen Schutzes ausnahmsweise erlaubt.

(2) Ausnahmen

(a) Behördliche Zulassungsentscheidungen

Nach Art. 1138.1 des *NAFTA*-Abkommens sind Entscheidungen der nationalen Behörden, die den Erwerb einer Investition verbieten oder einschränken, nicht Gegenstand der soeben skizzierten Streitbeilegungsmechanismen. Gemäß Art. 1138.2 des *NAFTA*-Abkommens und dem Anhang 1138.2 gilt dasselbe für Entscheidungen der kanadischen Behörden nach dem *Investment Canada Act* sowie solche der mexikanischen Behörden („*Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras*“) über Beteiligungserwerbe in der von Anhang I des Abkommens festgelegten Größenordnung.

¹³⁸ Zu den bisherigen Verfahren unter Kapitel 11 des *NAFTA*-Abkommens siehe *Thomas, J. C.*, Comments in The 7th Geneva Global Arbitration Forum, *JIntArb* 16 (2) (1999), 111–117 (113 ff.).

¹³⁹ Art. 1136.1 des *NAFTA*-Abkommens.

¹⁴⁰ Art. 1136.5 des *NAFTA*-Abkommens verweist auf Art. 2208, wonach die *Kommission* auf Antrag des Heimatstaates des Investors den Fall einem bindenden *Panel*-Verfahren zur Entscheidung unterbreitet.

(b) Der mexikanische Vorbehalt zum Schiedsverfahren

Von praktisch und dogmatisch großer Bedeutung ist die im Anhang 1120.1 des *NAFTA*-Abkommens vorgesehene Ausnahmeregelung, die allein Mexiko betrifft.

„With respect to the submission of a claim to arbitration:

- a) an investor of another Party may not allege that Mexico has breached an obligation under

- i) Section A or Article 1503 (2) (State Enterprises), or

...

Both in an arbitration under this Section and in proceedings before a Mexican court or administrative tribunal; and

- b) where an enterprise of Mexico that is a juridical person that an investor of another Party owns or controls directly or indirectly alleges on proceedings before a Mexican court or administrative tribunal¹⁴¹ *that Mexico has breached an obligation under*

- i) Section A or Article 1503 (2) (State Enterprise), or

...

the investor may not allege the breach in an arbitration under this Section“.

Der Investor darf also weder vor mexikanischen Gerichten noch vor einem nach Unterabschnitt B des 11. Kapitels angerufenen Schiedsgericht seine Klage darauf stützen, der mexikanische Staat habe seine Verpflichtungen aus Unterabschnitt A des Investitionskapitels¹⁴² verletzt. Sämtliche materiellrechtlichen Garantien sind für den einzelnen Investor gegen Mexiko also prozessual nicht durchsetzbar. Somit bleibt der Streitbeilegungsmechanismus des *NAFTA*-Abkommens für Investitionen in Mexiko lediglich für andere Fragen anwendbar, z.B. vertragliche Streitigkeiten mit Bezug auf die Investition.

cc) Zwischenstaatliche Geltendmachung der materiellen
Verpflichtungen des *NAFTA*-Investitionskapitels gegen Mexiko

Insofern haben nur die anderen Staaten und nicht ein Privatinvestor das Recht, Verletzungen der Verpflichtungen aus Unterabschnitt A des *NAFTA*-

¹⁴¹ Das Schlichtungs- und Schiedsverfahren nach Unterabschnitt B von Kapitel 11 des *NAFTA*-Abkommens steht einem solchen Unternehmen ohnehin nicht zur Verfügung, vgl. Art. 1117.4 des *NAFTA*-Abkommens, oben, unter § 11, D. II. 2. a) bb) (1).

¹⁴² Zu den vertraglichen Pflichten in bezug auf Investitionen aus Unterabschnitt A des Investitionskapitels des *NAFTA*-Abkommens vgl. oben, unter § 11, D. II. 2. a) aa).

Investitionskapitels gegen Mexiko geltendzumachen. Ohne ausdrücklich darauf einzugehen, umfaßt die breite Formulierung von Art. 2004 des NAFTA-Abkommens solche Fälle:

„Except for the matters contained in Chapter 19 (...) and except as otherwise provided in this Agreement, *the dispute settlement provisions of this Chapter shall apply* with respect to the avoidance and settlement of all disputes between the parties regarding the interpretation or application of this Agreement or *when-ever a Party considers that an actual or proposed measure of another Party is or would be inconsistent with the obligations of this Agreement* or cause nullification or impairment in the sense of Annex 2004“ [Hervorhebung von der Verfasserin].

Das zwischenstaatliche Streitbeilegungsverfahren des 20. Kapitels des NAFTA-Abkommens sieht eine Streitschlichtung vor der „*Free Trade Commission*“ (Kommission) vor¹⁴³. Das Verfahren verläuft dreistufig: Beratungen¹⁴⁴; Vermittlung durch die *Kommission*¹⁴⁵; Anrufung eines Streitschlichtungsausschusses („*Panel*“)¹⁴⁶. Letzterer entscheidet indes nicht durch verbindlichen Schiedsspruch. Es legt vielmehr einen Abschlußbericht vor, dessen Empfehlung die Parteien zu befolgen haben. Geschieht dies nicht innerhalb von 30 Tagen nach Veröffentlichung des Berichts, muß die unterlegene Partei Schadensersatz leisten oder die geschädigte Partei kann der unterlegenen entsprechende Vergünstigungen aus dem Abkommen verweigern, solange dem Streitschlichtungsausschuß-Report nicht entsprochen worden ist¹⁴⁷.

b) Ergebnis

Die Bewertung des Investitionskapitels des NAFTA-Abkommens ist somit zweischneidig. Die dem Privatinvestor eingeräumte Möglichkeit, bei Meinungsverschiedenheiten in Bezug auf Kapitalanlagen zwischen ihm und dem Gastland selbst ein Schiedsgericht anrufen zu können, ist sicher positiv zu unterstreichen. Darüber hinaus hat das Abkommen eine Kehrseite in der Investitionspolitik von Mexiko bewirkt. Denn das neue mexikanische

¹⁴³ Art. 2001 des NAFTA-Abkommens.

¹⁴⁴ Art. 2006 des NAFTA-Abkommens.

¹⁴⁵ Art. 2007 des NAFTA-Abkommens.

¹⁴⁶ Art. 2008 des NAFTA-Abkommens.

¹⁴⁷ Vgl. Art. 2017–2019 des NAFTA-Abkommens; somit ähnelt dieses Verfahren dem im Kapitel 18 des FTA-Abkommens zwischenstaatlichen Streitbeilegungsmechanismus (§ 11, D. II. 1.); zu vergleichbaren Regelungen im sogenannten Group of Three Treaty vom 13. Juni 1994, der eine Freihandelszone zwischen Kolumbien, Venezuela und Mexiko geschaffen hat und dessen Bestimmungen dem Streitbeilegungssystem des NAFTA-Abkommens inhaltlich nachgebildet sind siehe Naón, G. O., *Lessons for Multi-Party and Complex Cooperation Agreements ...*, S. 604–617 (615).

Investitionsgesetz vom 27. Dezember 1993¹⁴⁸ hat die *NAFTA*-Bestimmungen inkorporiert und das alte Gesetz aus dem Jahre 1973¹⁴⁹ außer Kraft gesetzt. Die materiellen Garantien für Investitionen in Mexiko sind jedoch entwertet, weil die Investoren sie wegen Anhang 1120.1 des *NAFTA*-Abkommens nicht geltendmachen können. Im Ergebnis ist also Mexiko der *Calvo*-Doktrin weitgehend treu geblieben. Immerhin ist nunmehr zwischen den Staaten ein verbindlicher Standard des Investitionsschutzes festgeschrieben. Diese – wenn auch – mittelbare Rechtssicherheit haben nun auch Investoren in Mexiko unter dem *NAFTA*-Abkommen.

III. Die Reform des GATT und seines Streitschlichtungsverfahrens in den Verhandlungen der Uruguay-Runde

Am 15. April 1994 wurde auf einer Ministerkonferenz in Marrakesh, Marokko, die achte Runde multilateraler Welthandelsverhandlungen, die sogenannte Uruguay-Runde abgeschlossen. Kernstück dieser Runde ist das *Welthandelsübereinkommen (WTO-Übereinkommen)*¹⁵⁰. Das Abkommen

¹⁴⁸ Ley de Inversión Extranjera, Diario Oficial (D.O.) vom 27. Dezember 1993; englischer Text abgedruckt in ILM 33 (1994), 212ff.

¹⁴⁹ Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, D.O. 9. März 1973, zitiert nach *Oschmann, F.*, ZvgIRWiss 96 (1997), 242–258 (246, Fn. 17).

¹⁵⁰ Übereinkommen vom 15. April 1994 zur Errichtung der *Welthandelsorganisation (WTO)* in Kraft für die Bundesrepublik Deutschland am 1. Januar 1995 (Bek. 18 Mai 1995), BGBl. 1995, II, 456; am 31. Dezember 1998 befand sich das Übereinkommen für insgesamt 104 Staaten (darunter auch die *EU* und Griechenland) in Kraft (Übersicht zum Ratifikationsstand des Übereinkommens im Fundstellennachweis, BGBl. 1998, II, Teil B. Stand: 31. Dezember 1998, S. 625).

Aus der Literatur zum Übereinkommen vgl. *Barth, D.*, Die Handelsregeln der neuen *Welthandelsorganisation*, NJW 43 (1994), 2811–2812; *Burdeau, G.*, Rev. arb 1995, 3–37, (30ff.); *Canal-Forgues, E./Ostriansky, R.*, New Developments in the GATT Dispute Settlement Procedures, JWTL 24 (2) (1990), 67–89; *Canal-Forgues, E.*, Le système des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), RGDIP 98 (1994), 689–707; *Mc Donald, K.*, Die US-amerikanische Reaktion auf die neue Weltwirtschaftsordnung: Eine Analyse der Umsetzung der WTO-Abkommen und deren Rechtsprechung im US-amerikanischen Recht, Zeitschrift der Deutsch-Amerikanischen Juristen-Vereinigung e.V., 23 (1998), 69–74; *Esser, M.*, Die Reform des GATT und des Streitschlichtungsverfahrens in den Verhandlungen der Uruguay-Runde, ZvgIRWiss 91 (1992), 365–382; *Giese, M.*, GATT, die Uruguay-Runde und Osteuropa, WiRO 3 (1994), 221–222; *Hilpold, P.*, Die Uruguay-Runde – Eine Bestandsaufnahme, ZvgIRWiss 83 (1994), 419–479; *ders.*, Die Fortentwicklung der WTO-Ordnung. Materielle und institutionelle Aspekte unter besonderer Berücksichtigung der Ministerkonferenz von Singapur und der nachfolgenden Umsetzungsmaßnahmen, RIW 44 (1998), 90–101; *Ipsen, K./Haltern, U.*, Rule of Law in den internationalen Wirtschaftsbeziehungen: Die *Welthandelsorganisation*,

selbst legt mit 16 Artikeln und einem Anhang in knapper Form die Grundlagen für eine neue Welthandelsordnung, die aus der gegründeten *Welthandelsorganisation* (WTO)¹⁵¹ und einer neuen rechtlichen Ordnung besteht. Diese setzt sich aus dem GATT in revidierter Form, das zur Unterscheidung nunmehr als GATT 1994 bezeichnet wird¹⁵² und einer Reihe weiterer Handelsverträge zusammen. Unter ihnen sind vor allem die *Vereinbarung über Investitionen mit Welthandelsbezug* (Trade Related Investment Measures – TRIMS)¹⁵³, das *Allgemeine Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen* (General Agreement on Trade in Services and Annexes – GATS)¹⁵⁴ und das *Übereinkommen über den Schutz welthandelsbezogener geistiger Eigentumsrechte* (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPs)¹⁵⁵ zu erwähnen.

RIW 40 (1994), 717–723; Jackson, J. H., Observations sur les résultats du cycle de l'Uruguay, RGDP 98 (1994), 675–688; Jansen, B., Die neue Welthandelsorganisation (World Trade Organization – WTO), EuZW 11 (1994), 333–342; Kohona, P. T. B., Dispute Resolution under the World Trade Organization – an Overview, JWTL 28 (2) (1994), 23–47; Komuro, N., JIntArb 12 (3) (1995), 81–171; Mora, M.-M., A GATT with Teeth: Law wins over Politics in the Resolution of Intertrade Disputes, ColJTransL 31 (1) (1993), 103–181; Oppermann, T./Beise, M., Die neue Welthandelsorganisation – Ein stabiles Regelwerk für weltweiten Freihandel? Europa-Archiv 49 (1) (1994), 195–202; Reisman, M./Wiedman, M., JWTL 29 (3) (1995), 5–38 (15 ff.); Renouf, Y., Les mécanismes d'adoption et de mise en oeuvre de règlement des différends dans le cadre de l'OMC sont-ils viables? AFDI 40 (1994), 776–791; Senti, R., GATT – WTO. Die neue Welthandelsorganisation nach der Uruguay-Runde, Institut für Wirtschaftsordnung, ETH Zürich 1994; Stoll, P.-T., Die WTO: Neue Welthandelsorganisation, neue Welthandelsordnung – Ergebnisse der Uruguay-Runde des GATT, ZaöRV 54 (1994), 241–339; Vermulst, E./Driessen, B., An Overview of the WTO Dispute Settlement System and its Relationship with the Uruguay Round Agreements, 1994 Geneva Global Arbitration Trade, JWTL 29 (2) (1995), 131–161; Wang, L., Some Observations on the Dispute Settlement System of the World Trade Organization, JWTL 29 (2) (1995), 173–178; Young, M. K., Dispute Resolution in the Uruguay Round: Lawyers Triumph over Diplomats, IntL 29 (1995), 389–408; Yüksel, A. S., GATT/WTO – Welthandelssystem/unter besonderer Berücksichtigung der Außenwirtschaftsbeziehungen der Europäischen Union, Frankfurt a/Main 1996.

¹⁵¹ *Übereinkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation* (WTO), Gesetz vom 30. August 1994, BGBl. 1994, II, 1438, 1625 = Abl. der EG 1994 Nr. 336 vom 23 April 1994.

¹⁵² Protokoll von Marrakesch zum *Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommen* von 1994, BGBl. 1994, II, 1631 ff.

¹⁵³ Annex 1A zur Schlußakte von Marrakesch, Abl. der EG Nr. 336 vom 23 April 1994, S. 11 ff.

¹⁵⁴ Annex 1B zum Marrakesch Agreement, Abl. der EG Nr. 336 vom 23. April 1994, S. 190 ff. = BGBl. 1994, II, 1643 ff.

¹⁵⁵ Annex 1C zum Marrakesch Agreement, Abl. der EG Nr. 336 vom 23. April 1994, S. 213 ff. = BGBl. 1994, II, 1730 ff.

1. Die neue institutionelle und rechtliche Ordnung des GATT bzw. der WTO

Die große Bedeutung der Uruguay-Runde liegt darin, daß mit ihr das GATT, das bisher in institutioneller und rechtlicher Hinsicht ein Provisorium bildete¹⁵⁶, eine feste, gesicherte und verbreitete Basis enthält. Das WTO-Übereinkommen sieht die Gründung der Welthandelsorganisation (WTO) und eine neue rechtliche Ordnung vor.

a) Die Welthandelsorganisation (WTO): Aufgaben, Funktionen und Aufbau

Wesentlicher Teil dieser grundlegend im WTO-Übereinkommen niedergelegten rechtlichen Ordnung sind die institutionellen Vorschriften über die Welthandelsorganisation (WTO). Die durch Art. I des WTO-Übereinkommens geschaffene Welthandelsorganisation, als deren früher Vorgänger die in der gescheiterten Havanna-Charta vom 24. März 1948 vorgesehene *International Trade Organization (ITO)* gelten kann, bildet einen erheblichen Fortschritt für die Welthandelsordnung. Denn mit ihr soll die institutionelle Schwäche des bisherigen GATT überwunden werden.

Ihre Aufgabe wird in Art. II Abs. 1 des WTO-Übereinkommens außerordentlich anspruchsvoll und weitgehend damit umschrieben, daß sie für den Bereich des GATT 1994 einen gemeinsamen institutionellen Rahmen für die Handelsbeziehungen der Mitgliedstaaten bilden soll¹⁵⁷. Neben der Verwaltung der einzelnen Regeln und Abkommen¹⁵⁸ liegt ihre Funktion ausdrücklich auch darin, den Verhandlungen zwischen den Mitgliedstaaten als *Forum* zu dienen. Darüber hinaus sind der WTO Aufgaben der Streit-schlichtung und der Überwachung der einzelstaatlichen Handelspolitik im Rahmen des sogenannten *Trade Policy Review Mechanism (TPRM)* zugewiesen.

Die neue Handelsorganisation besteht aus drei Hauptorganen: der *Ministerkonferenz* als Repräsentativorgan, dem *allgemeinen Rat* („Welthandelsrat“) und dem für administrative Aufgaben zuständigen *Sekretariat*.

¹⁵⁶ Vgl. dazu Stoll, P.-T., ZaöRV 54 (1994), 241–339 (245 m. w. Nach.).

¹⁵⁷ Art. II Abs. 1 des WTO-Abkommens lautet: „The WTO shall provide the common institutional framework for the conduct of trade relations among its Members in matters related to the agreements and associated legal instruments included in the Annexes to this Agreement“; vgl. hierzu Barth, D., NJW 43 (1994), 2811–2812 (2811); Ipsen, K./Haltern, U., RIW 40 (1994), 717–723 (719); Jansen, B., EuZW 11 (1994), 333–342 (334); Stoll, P.-T., ZaöRV 54 (1994), 241–339 (257 ff.).

¹⁵⁸ Art. III Abs. 1 des WTO-Abkommens: „implementation, administration, operation“.

Der Rat soll sich neben zusätzlichen Aufgaben, die ihm durch einzelne Abkommen und Rechtsakte zugewiesen sind¹⁵⁹, mit der Streitschlichtung und der Überwachung der Handelspolitik der Mitgliedstaaten befassen. Insoweit bedient sich das WTO-Übereinkommen jedoch nicht des Instruments der Aufgabenzuweisung, sondern bemüht eine in dieser Form eigenartige Struktur: In der Form eines *Dispute Settlement Body* (DSB) bzw. des *Trade Policy Review Body* (TPRB) werden diese beiden Aufgaben institutionell eingekleidet¹⁶⁰.

b) Die neue rechtliche Ordnung

Die bisherige rechtliche Ordnung des GATT beruhte auf dem *Allgemeinen Abkommen*, das als Regierungsabkommen vorläufig angewandt wurde¹⁶¹ und einer Reihe von Übereinkommen und Rechtsakten (die sogenannten *Kodizes*), die hauptsächlich auf die Tokio-Runde zurückgehen¹⁶². Sie unterschieden sich nach dem Mitgliederbestand¹⁶³, enthielten verschiedene Organe und Bestimmungen über die Streitschlichtung, Vorrechte der Entwicklungsländer sowie Änderungsbestimmungen und führten insgesamt zu einer Zersplitterung oder besser gesagt „*Balkanisierung*“¹⁶⁴ des GATT. Insofern war es unbestrittenermaßen eine Hauptaufgabe der Uruguay-Runde, diese Unzulänglichkeiten zu beseitigen.

Das WTO-Übereinkommen sieht eine neue rechtliche Ordnung vor, die drei Elemente enthält:

- (1) das „GATT 1994“, bei dem es sich um eine grundlegend überarbeitete Fassung des GATT handelt¹⁶⁵;
- (2) eine Reihe von „*Multilateral Trade Agreements*“, bei denen es sich um die Übereinkommen und „*legal instruments*“ in den Anhängen 1 bis 3

¹⁵⁹ Art. IV Abs. 2 Satz 3 des WTO-Abkommens.

¹⁶⁰ Ipsen, K./Haltern, U., RIW 40 (1994), 717–723 (720); Jansen, B., EuZW 11 (1994), 333–342 (335); Komuro, N., JIntArb 12 (3) (1995), 81–171 (119); Stoll, P.-T., ZaöRV 54 (1994), 241–339 (260); Vermulst, E./Driessen, B., JWTL 29 (2) (1995), 131–161 (132); Young, M. K., IntL 29 (1995), 389–408 (399); Yüksel, A. S., S. 41.

¹⁶¹ Seine Anwendung beruhte auf dem „*Protocol on Provisional Application of the GATT*“ vom 30. Oktober 1947, 55 UNTS 308.

¹⁶² Zu diesen Kodizes siehe ausführlich: Stoll, P.-T., ZaöRV 54 (1994), 241–339 (264 ff.); vgl. auch Hilpold, P., ZvglRWiss 93 (1994), 419–479 (472); Ipsen, K./Haltern, U., RIW 40 (1994), 717–723 (722); Jansen, B., EuZW 11 (1994), 333–342 (334); Komuro, N., JIntArb 12 (3) (1995), 81–171 (93).

¹⁶³ Dies lag daran, daß der Beitritt freigestellt war.

¹⁶⁴ Jackson, J. H., *The Birth of the GATT-MTN System: A Constitutional Appraisal, Law and Policy in International Business* 12 (1980), 36–58 (52).

¹⁶⁵ Art. II Abs. 4 des WTO-Übereinkommens und Anhang 1a.

des WTO-Übereinkommens handelt¹⁶⁶, die unterschiedslos in allen Mitgliedstaaten gelten und zum wesentlichen Teil die damaligen *GATT-Kodizes* ablösen;

- (3) vier nunmehr als „*plurilaterale Handelsübereinkommen*“ bezeichnete Abkommen¹⁶⁷, bei denen es sich um *GATT-Kodizes* handelt, die in revidierter Form nach dem herkömmlichen Prinzip der freigestellten Mitgliedschaft fortgeführt werden¹⁶⁸ und die nur für ihre Signatäre verbindlich sind.

Ist damit bis auf die verbliebenen vier plurilateralen Abkommen die Einheitlichkeit der rechtlichen Ordnung gewährleistet, so liegt die besondere Bedeutung der Uruguay-Runde in der Sicherstellung dieser Ordnung. Sie ergibt sich schon aus der in der Schlußakte übernommenen Verpflichtung der Staaten, das WTO-Übereinkommen im ganzen nach Maßgabe der unterschiedlichen nationalen Zustimmungsverfahren zu ratifizieren. Damit wird insbesondere das *Allgemeine Abkommen* in seiner Geltung von den Beschränkungen einer nur vorläufigen Anwendung als Regierungsabkommen befreit.

2. Das Streitschlichtungsverfahren

Die Notwendigkeit eines einheitlichen Streitbeilegungssystems ergab sich vor allem aus der Erfahrung mit den Abkommen (den sogenannten *Kodizes*) der vorhergegangenen Tokio-Runde¹⁶⁹. Diese Abkommen hatten nicht nur zur Errichtung von Organen geführt, die keine organisierte Zusammenarbeit kannten, sondern auch zu einem zersplitterten Streitbeilegungsverfahren¹⁷⁰. Das alte Streitbeilegungsverfahren wurde von den Vertragsparteien des GATT im Abschlusdokument der Uruguay-Runde durch die *Vereinbarung über Regeln und Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten* („*Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes – DSU*“)¹⁷¹ deutlich verbessert. Die Vertragsparteien des WTO-

¹⁶⁶ Vgl. dazu Stoll, P.-T., ZaöRV 54 (1994), 241–339 (253, Anm. 54 ff.).

¹⁶⁷ Art. II Abs. 3 des WTO-Übereinkommens.

¹⁶⁸ Oben, unter § 11, Fn. 163.

¹⁶⁹ Die Reform des auf Art. XXII und XXIII aufbauenden Streitbeilegungssystems des GATT ist in dem am 20. September 1986 [Doc. GATT/1395 vom 25. September 1986, Ministerial Declaration on the Uruguay Round, Min. Dec. 20. September 1986 No. 86–1572] in Form einer Ministererklärung verabschiedeten *Mandat* ausdrücklich erwähnt [Gliederpunkt E (i) des Mandats].

¹⁷⁰ Vgl. ausführlich dazu Stoll, P.-T., ZaöRV 54 (1994), 241–339 (245) m. w. Nach.

¹⁷¹ Annex 2 zum Übereinkommen von Marrakesch, Abl. der EG, Nr. 336 vom 23. April 1994 = BGBl. 1994, II, 1598, 1749.

Abkommens sind nunmehr verpflichtet, vom Streitbeilegungsverfahren, das in dieser Vereinbarung festgesetzt wird, Gebrauch zu machen, wann immer es anwendbar ist. Insoweit versucht die *WTO*, handelspolitische Willkür zurückzudrängen und einer Eskalation von Handelskonflikten vorzubeugen.

a) Der alte GATT-Streitschlichtungsmechanismus

Das *GATT* verfügte über eine Reihe von Instrumenten, um Streitigkeiten beizulegen. Dazu gehörten Konsultationen nach Art. XII des *GATT*¹⁷², Vermittlungsverfahren, Schiedsverfahren¹⁷³ und schließlich das Streitschlichtungsausschuß-Verfahren (sog. *Panel-Verfahren*), das auf Art. XXIII des *GATT* („*Zunichtemachung oder Schmälerung von Vertragsnutzen*“) beruhte¹⁷⁴. Seine Reform war das wesentliche Anliegen der Verhandlungen¹⁷⁵.

Das *Panel-Verfahren* hatte in den letzten Jahren große Bedeutung erlangt und wurde allgemein als relativ erfolgreiches Instrument der Streitbeilegung in der internationalen Wirtschaftsordnung angesehen. Als größtes Defizit dieses Verfahrens galt es, daß die ihm zugrundeliegenden Entscheidungen über die Einleitung, die Zusammensetzung, das Verfahren und schließlich die Annahme des Berichts an Entscheidungen des *GATT*-Rates gebunden

¹⁷² Art. XXII des *GATT* war zweistufig aufgebaut. Die erste Stufe war in Art. XXII Abs. 1 geregelt, der in seiner deutschen Übersetzung wie folgt lautete: „*Jede Vertragspartei wird Vorstellungen einer anderen Vertragspartei, welche die Anwendung dieses Abkommens betreffen, wohlwollend prüfen und ausreichende Gelegenheit zu Konsultationen geben*“. Führten die Gespräche zu keiner zufriedenstellenden Lösung, so konnten sozusagen auf der zweiten Stufe die Vertragsparteien als Organ des *GATT* auf Antrag Konsultationen mit einer oder mehreren Vertragsparteien führen. Man versuchte das Problem durch Verhandlungen zu lösen. Ein schiedsgerichtliches Verfahren war nicht vorgesehen. Damit waren die Möglichkeiten nach Art. XXII *GATT* erschöpft.

¹⁷³ Eingeführt durch die sogenannten „*Improvements to the GATT Dispute Settlement Rules and Procedures*“ vom 12. April 1989, BISD 36S (1990), S. 61 ff., *GATT* Document L/6489 § E of Conciliation, Improvements to the *GATT* Dispute Settlement Rules and Procedures; hierzu *Burdeau, G.*, Rev. arb 1995, 3–37 (33); *Young, M. K.*, IntL 29 (1995), 389–408 (397); bekannt auch im alten *GATT* System, vgl. die Schiedsgerichtsbarkeit im Jahre 1963 im Bezug auf den sogenannten „*chicken war*“ zwischen den USA und der EG, EC Requests Arbitration on US Change – Over to HS, Focus June 1989, 4.

¹⁷⁴ Zum früheren *Panel-Verfahren* des *GATT* siehe: *Bast, J./Schmidt, A.*, Das *GATT*-Streitschlichtungsverfahren, RIW 37 (1991), 929–934; *Burdeau, G.*, Rev. arb 1995, 3–37 (30); *Hilpold, P.*, ZvgIRWiss 93 (1994), 419–479 (472); *Komuro, N.*, JIntArb 12 (3) (1995), 81–171 (94); *Pescatore, O.*, JIntArb 11 (1) (1993), 27–42; *Vermulst, E./Driessen, B.*, JWTL 29 (2) (1995), 131–161 (134); *Yüksel, A. S.*, S. 41.

¹⁷⁵ *Komuro, N.*, JIntArb 12 (3) (1995), 81–171 (102) mit zahlreichen Nachweisen; *Stoll, P.-T.*, ZaöRV 54 (1994), 241–339 (267).

waren, die, wie alle *GATT*-Entscheidungen, dem Konsensprinzip unterlagen und daher die Zustimmung desjenigen Staates erforderten gegen den sich die Vorwürfe richteten¹⁷⁶. Folglich kam es in über der Hälfte aller (alten) 195 *GATT*-Streitschlichtungsfälle nicht zur Annahme des Schlußberichts¹⁷⁷.

*b) Die Vereinbarung über Regeln und Verfahren
zur Beilegung von Streitigkeiten der Uruguay-Runde*

Eine definitive Neuregelung und Ausrichtung der Streitbeilegung durch ein gestrafftes Verfahren und eine Verstärkung der regelorientierten Elemente erfolgte durch die im *Final Act* der Uruguay-Runde enthaltene *Vereinbarung über Regeln und Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten* (künftig *Vereinbarung*)¹⁷⁸, deren wichtige Elemente die ausdrückliche Verankerung des Rechtes auf einen Streitschlichtungsausschuß („*Panel*“), die Vereinheitlichung des Streitbeilegungsverfahrens, eine klare Regelung der Fristen für die einzelnen Verfahrensschritte, die grundsätzliche automatische Annahme der Berichte der Streitschlichtungsgremien und die Schaffung einer Berufungsinstanz sind¹⁷⁹. Mit dem beim *GATT*-Rat angesiedelten und der Ministerkonferenz unterstellten „*Dispute Settlement Body*“ (*DSB*) der Uruguay-Runde wird darüber hinaus ein ziemlich eigenständiges Organ für die Streitschlichtung geschaffen.

Angestrebt wird eine objektive Untersuchung eines jeden Falles durch unabhängige Experten. Das traditionelle Konsensprinzip des *GATT* war nicht geeignet, effektive Sanktionsmöglichkeiten bei Verstößen gegen einzelne Abkommen in die Wege zu leiten. Wenn die Parteien keine Einigung erzielen, dann beginnt beim neuen System das Verfahren vor einem Streitschlichtungsausschuß (das sog. *Panel*-Verfahren) fast automatisch. So soll nach Art. 16 Abs. 4 der *Vereinbarung* auf Antrag einer Streitpartei die Ein-

¹⁷⁶ Komuro, N., JIntArb 12 (3) (1995), 81–171 (105); Vermulst, E./Driessen, B., JWTL 29 (2) (1995), 131–161 (135).

¹⁷⁷ Die statistischen Angaben beziehen sich auf *GATT* 1994, vor allem S. 718–734. Von den insgesamt 195 Streitschlichtungsverfahren können die letzten 5 wegen der üblichen Länge des Verfahrens nicht bewertet werden. In den verbleibenden 190 begonnenen Fällen wurde bei 109 (also über 57 % der Fälle) kein Schlußbericht angenommen.

¹⁷⁸ Oben, unter § 11, Fn. 171.

¹⁷⁹ Zum Streitbeilegungsverfahren als „*Rückgrat der WTO*“ auch im Überblick Oppermann, T./Beise, M., Europa-Archiv 49 (1) (1994), 195–202 (197); vgl. ferner Hilpold, P., ZvgIRWiss 93 (1994), 419–479 (473); Ipsen, K./Halterm, U., RIW 40 (1994), 717–723 (720); Komuro, N., JIntArb 12 (3) (1995), 81–171 (114); Reisman, M./Wiedman, M., JWTL 29 (3) (1995), 5–38 (16); Senti, R., S. 33; Stoll, P.-T., ZaöRV 54 (1994), 241–339 (271 ff.); Vermulst, E./Driessen, B., JWTL 29 (2) (1995), 131–161 (138); Wang, L., JWTL 29 (2) (1995), 173–178 (174); Young, M. K., IntL 29 (1995), 398–408 (399 ff.); Yüksel, A. S., S. 42.

setzung des *Panel*-Verfahrens spätestens auf der zweiten Sitzung des *DSB* erfolgen, auf welcher der Antrag zum ersten Mal als *DSB*-Tagesordnungspunkt erscheint, sofern das *DSB* auf dieser Sitzung nicht durch Konsens beschließt, kein Schlichtungsgremium einzusetzen. Somit ist der Nachteil des früheren Systems in dieser Beziehung im Wesentlichen beseitigt.

Außerdem war bisher notwendig, die Berichte der Schlichtungsausschüsse auch mit der Stimme des betroffenen Landes anzunehmen¹⁸⁰. Sie können in Zukunft nur noch im Konsens abgelehnt werden¹⁸¹. Das gleiche gilt für die neue Berufungsinstanz gegen Schiedssprüche¹⁸²; ihr Urteil kann nur mit den Stimmen aller *WTO*-Mitglieder zurückgewiesen werden¹⁸³. Folgt das betroffene Land den Empfehlungen nicht, so können die Handelspartner Entschädigung („*Kompensation*“) verlangen und äußerstenfalls Vergeltungsmaßnahmen in einem beliebigen Sektor („*Quervergeltung* – *cross retaliation*“) ergreifen¹⁸⁴.

aa) Konsultations- und *Panel*-Phase

Vorherige Konsultationen des Art. XXII des *GATT* werden auch im neuen System beibehalten¹⁸⁵. Ist die Vertragspartei A der Auffassung, daß sie in ihren vertraglich zugesicherten Rechten durch das Verhalten eines Mitgliedstaates B geschmälert oder beeinträchtigt wird, so hat sie Anspruch auf entsprechende Verhandlungen mit diesem Staat¹⁸⁶. Das Vertragspartnerland ist verpflichtet, die Anfrage des Landes A binnen 10 Tagen zu beantworten und binnen 30 Tagen Verhandlungen mit diesem Land aufzunehmen¹⁸⁷.

Kommt es innerhalb von 60 Tagen nach Antrag des Landes A zu keinen Verhandlungen zwischen A und B, oder weigert sich B zu verhandeln, so hat A das Recht, bei der *WTO* die Bildung eines Streitschlichtungsausschusses („*Panels*“) zu beantragen¹⁸⁸. Die *WTO*-Vorschriften erfordern vom

¹⁸⁰ Oben, unter § 11, Fn. 176 und 177.

¹⁸¹ Art. 16 Abs. 4. der *Vereinbarung*. Umkehr der Konsensentscheidung („*negative consensus rule*“); vgl. dazu Komuro, N., JIntArb 12 (3) (1995), 81–171 (115); Riesman, M./Wiedman, M., JWTL 29 (3) (1995), 5–38 (17); Senti, R., S. 35; Vermulst, E./Driessen, B., JWTL 29 (2) (1995), 131–161 (146); Young, M. K., IntL 29 (1995), 398–408 (402).

¹⁸² Art. 17 der *Vereinbarung*: „*Standing Appellate Body*“.

¹⁸³ Art. 17 Abs. 14 der *Vereinbarung*: „*Adoption of Appellate Body Reports*“.

¹⁸⁴ Art. 21, 22 der *Vereinbarung*.

¹⁸⁵ Art. 4, 5 der *Vereinbarung*.

¹⁸⁶ Art. 4 Abs. 2 der *Vereinbarung*.

¹⁸⁷ Art. 4 Abs. 3 der *Vereinbarung*.

¹⁸⁸ Art. 4 Abs. 7 der *Vereinbarung*.

Schlichtungsgremium, in 6 Monaten zu einem Entscheid zu gelangen, in dringenden Fällen in 3 Monaten¹⁸⁹. Der *Panel*-Bericht ist aber weder endgültig noch verbindlich. Es handelt sich um einen Vorschlag zuhanden des *DSB*. Der Bericht gilt als angenommen, wenn das *DSB* innerhalb von 60 Tagen nicht einstimmig seine Ablehnung beschließt und keine der betroffenen Vertragsparteien Berufung einlegt¹⁹⁰. Dies ist wohl die bedeutendste Fortentwicklung des bisherigen Verfahrens in Richtung Verrechtlichung des Panelverfahrens.

bb) Ständige Berufungskammer

Die damit schon angesprochene Möglichkeit einer Berufung stellt eine weitere entscheidende Neuigkeit des Streitschlichtungsmechanismus dar¹⁹¹. Die Erforderlichkeit einer weiteren Prüfungsinstanz ergab sich insbesondere daraus, daß aufgrund des umgekehrten Konsensverfahrens¹⁹² nur noch mit dem Konsens aller beteiligten Staaten zu verhindern ist, daß der Bericht des Streitschlichtungsausschusses anerkannt und zur Grundlage möglicher weiterer Maßnahmen gemacht wird. Eine Streitpartei, welche die Richtigkeit des Berichtes in Zweifel zieht, hat insofern nicht mehr, wie früher, die Möglichkeit, durch die Erhebung einer formalen Einwendung den zur Annahme erforderlichen Konsens zu verhindern.

In Art. 17 der *Vereinbarung* ist deshalb ein „*Standing Appellate Body*“ vorgesehen, das aus sieben Personen besteht, von denen drei in jedem anderen Berufungsfall sitzen sollen. Für dieses Berufungsverfahren ist ein eigenes Verfahren in Art. 17.4 der *Vereinbarung* festgesetzt. Die *Berufungskammer* hat innerhalb von 60 Tagen zu entscheiden und ihr Ergebnis dem *DSB* mitzuteilen¹⁹³. Spricht sich das *DSB* nicht einstimmig dagegen aus, so haben die Vertragsparteien den Entscheid innerhalb von 30 Tagen anzunehmen¹⁹⁴.

¹⁸⁹ Art. 12 Abs. 8 der *Vereinbarung*.

¹⁹⁰ Art. 16 Abs. 4 der *Vereinbarung*; nach *Mora, M.-M.*, ColJTransL 31 (1) (1993), 103–181 (150): „*This provision not only eliminates one of the main stumbling blocks of the former regime but also introduces a shift of influence from the Contacting parties to the Panels and the Appellate body. This enhances the judicial nature of the Panel process*“.

¹⁹¹ Vgl. dazu *Burdeau, G.*, Rev. arb 1995 3–37 (33); *Hilpold, P.*, ZvglRWiss 93 (1994), 419–479 (474); *Komuro, N.*, JIntArb 12 (3) (1995), 81–171 (119); *Senti, R.*, S. 35; *Stoll, P.-T.*, ZaöRV 54 (1994), 241–339 (275); *Vermulst, E./Driessen, B.*, JWTL 29 (2) (1995), 131–161 (144); *Wang, L.*, JWTL 29 (2) (1995), 173–178 (177); *Young, M. K.*, IntL 29 (1995), 389–408 (403); *Yüksel, A. S.*, S. 42.

¹⁹² Oben, unter § 11, Fn. 181.

¹⁹³ Art. 17 Abs. 5 der *Vereinbarung*.

¹⁹⁴ Art. 17 Abs. 14 der *Vereinbarung*.

cc) Umsetzung der Beschlüsse

Die Umsetzung der Empfehlungen und Entscheidungen des *DSB* ist in Art. 21 der *Vereinbarung* geregelt. Auf einer Sitzung des *DSB*, die innerhalb von 30 Tagen nach der Annahme des Berichts des Streitschlichtungsausschusses oder der *Berufungskammer* abgehalten wird, unterrichtet das betreffende Mitglied das *DSB* über seine Absichten hinsichtlich der Umsetzung der Empfehlungen und Entscheidungen des *DSB*¹⁹⁵. Ist es unmöglich, die Empfehlungen und Entscheidungen sofort umzusetzen, so wird dem betreffenden Mitglied ein angemessener Zeitraum dafür eingeräumt¹⁹⁶. Als solcher gilt:

- (1) Der von dem betreffenden Mitglied vorgeschlagene Zeitraum, sofern das *DSB* diesem zugestimmt hat¹⁹⁷; oder, falls diese Zustimmung fehlt
- (1) Ein von den Streitparteien innerhalb von 45 Tagen nach Annahme der Empfehlungen und Entscheidungen gemeinsam vereinbarter Zeitraum¹⁹⁸; oder, bei fehlender Parteivereinbarung
- (1) Ein durch bindendes Schiedsverfahren innerhalb von 90 Tagen nach Annahme der Empfehlungen und Entscheidungen festgelegter Zeitraum¹⁹⁹.

Bestehen Zweifel über die Vereinbarkeit dieser Umsetzungsmaßnahmen mit einem der Übereinkommen, so soll dieser Streit wiederum in dem Streitschlichtungsmechanismus behandelt werden, wobei vorzugsweise der ehemalige Streitschlichtungsausschuß erneut zusammentreten soll²⁰⁰.

dd) Entschädigung und Aussetzung von Zugeständnissen

Wenn das unterliegende Mitglied die Empfehlungen und Entscheidungen des *DSB* nicht innerhalb einer angemessenen Frist umsetzt, kommt eine Entschädigung („*Kompensation*“) oder die Aussetzung von Zugeständnissen („*Suspension*“) von Vertragspflichten in Betracht²⁰¹. Die Kompensation

¹⁹⁵ Art. 21 Abs. 3 Satz. 1 der *Vereinbarung*.

¹⁹⁶ Art. 21 Abs. 3 Satz 2 der *Vereinbarung*.

¹⁹⁷ Art. 21 Abs. 3 Satz 3 a) der *Vereinbarung*.

¹⁹⁸ Art. 21 Abs. 3 Satz 3 b) der *Vereinbarung*.

¹⁹⁹ Art. 21 Abs. 3 Satz 3 c) der *Vereinbarung*; ungeachtet dieser Vorschrift kann nach Art. 26 Abs. 1 c der *Vereinbarung* das in Artikel 21 Abs. 3 vorgesehene Schiedsgericht auf Antrag einer der Parteien eine Entscheidung über den Umfang der zunichte gemachten oder geschmähten Vorteile treffen und Wege und Mittel zur Erzielung eines für alle Seiten zufriedenstellenden Ausgleichs vorschlagen; diese Vorschläge sind für die Streitparteien nicht bindend.

²⁰⁰ Art. 21 Abs. 5 der *Vereinbarung*.

setzt nach Art. 22 Abs. 2 Satz 1 der *Vereinbarung* voraus, daß sich die beteiligten Streitparteien darauf innerhalb einer angemessenen Frist einigen. Ist eine Einigung nicht erreicht, so kommt eine Suspension von Vertragspflichten durch den obsiegenden Staat zum Zuge, die in Art. 22 Abs. 2 Satz 2 ff. der *Vereinbarung* ausführlich geregelt wird.

Die Suspension soll, soweit möglich, in demselben Handelssektor eingeleitet werden, auf dem der Streitschlichtungsausschuß oder die *Ständige Berufungskammer* eine Vertragsverletzung festgestellt hat. Wenn sich diese Vergeltungsmaßnahme nicht als besonders praktikabel erweist, können die Gegenmaßnahmen auch andere Sektoren desselben Abkommens umfassen. Maßnahmen sollen ferner möglichst auf dem gleichen Sektor getroffen werden. Als dritte Stufe können sogar „*cross retaliation*“-Regelungen in Gang gesetzt werden, wonach auch Maßnahmen auf dem Gebiet eines anderen Abkommens ergriffen werden. Nach Art. 22 Abs. 4 der *Vereinbarung* soll der Umfang der Suspensionen, welche durch den *DSB* autorisiert werden, dem Umfang des Vorteilverlustes entsprechen. Gemäß Art. 22 Abs. 6 der *Vereinbarung* ist die Entscheidung über die Autorisation der Suspensionen wiederum an einen umgekehrten Konsens des *DSB* gebunden. Soweit die Streitpartei, gegenüber der die Suspension vollzogen werden soll, Einwendungen im Hinblick auf deren Umfang hat, ist ein besonderes Schiedsverfahren durchzuführen²⁰².

3. Würdigung

Mit dem Abschluß der Uruguay-Runde hat das *Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen* („*GATT*“) sowohl eine Fortsetzung als auch eine Erweiterung erfahren. Eine Fortsetzung, indem die neu geschaffene *Welthandelsorganisation* (*WTO*) die Grundregeln des *GATT* übernommen hat²⁰³; eine Erweiterung, indem diese Ordnung über den Güterhandel hinaus nun auch den grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr²⁰⁴ und den Schutz

²⁰¹ Art. 22 der *Vereinbarung*, vgl. dazu Jackson, J., *The WTO Dispute Settlement Understanding – Misunderstandings on the Nature of Legal Obligations*, *AJIL* 91 (1997), 60–64.

²⁰² Art. 22 Abs. 6 der *Vereinbarung*; vgl. dazu Komuro, N., *JIntArb* 12 (3) (1995), 81–171 (138); Senti, R., S. 35; Stoll, P.-T., *ZaöRV* 54 (1994), 241–339 (275); Vermulst, E./Driessen, B., *JWTL* 29 (2) (1995), 131–161 (147); die Schiedsgerichtsbarkeit kommt ferner im Art. 25 der *Vereinbarung* in Betracht als alternatives Mittel der Beilegung bestimmter Streitigkeiten, die von den Parteien klar definierte Streitfragen betreffen. Sofern in der *Vereinbarung* nichts anderes vorgesehen ist, bedarf das Schiedsverfahren der einvernehmlichen Zustimmung der Parteien, die sich auf die Verfahrensregeln einigen müssen (Art. 25 Abs. 2 der *Vereinbarung*).

²⁰³ Art. 3 des *WTO*-Übereinkommens.

²⁰⁴ Vgl. dazu oben, unter § 11, Fn. 154.

der geistigen Eigentums²⁰⁵ miteinbezieht. Gleichzeitig verhilft die Schlußakte der Uruguay-Runde dem *GATT* in seinen herkömmlichen Umrissen zu einer vom Makel des Provisoriums befreiten, einheitlichen, praktikabel und durchsetzbaren Rechtsordnung.

Mit der Entstehung der neuen *Welthandelsorganisation* 1994 haben die Vertragsparteien einen wichtigen Fortschritt auf dem Weg zu einem echten freien Welthandel erzielt. Das neue Streitschlichtungsverfahren hat das alte *GATT*-Verfahren erheblich verbessert, unter anderem durch die Abschaffung des Einstimmigkeitsprinzips für die Annahme der Beschlüsse der Streitschlichtungsausschüsse²⁰⁶. Insofern ist es nicht überraschend, daß es sich reger Inanspruchnahme erfreut²⁰⁷ und damit Zeugnis eines erheblich gewachsenen Vertrauens in die *WTO* als Institution bietet. Gleichzeitig ist dies auch Beleg für den fortschreitenden Verrechtlichungsprozeß der internationalen Wirtschaftsbeziehungen. So wurde im Rahmen der Ministerkonferenz von Singapur vom 9. bis 13. Dezember 1996²⁰⁸ die Überzeugung zum Ausdruck gebracht, daß die Ergebnisse dieser Streitschlichtungsaktivitäten unter Berücksichtigung auch der Umsetzung der Berichte der Streitschlichtungsausschüsse sowie der Tätigkeit der *Berufungsinstanz* über einen längeren Zeitraum die Wirksamkeit und Glaubwürdigkeit des Streitbeilegungssystems weiter erhöhen wird.

Es ist daher damit zu rechnen, daß das reformierte Streitbeilegungssystem erheblich zur Stärkung und Fortentwicklung der *GATT*-Rechtsordnung beitragen wird. Aus den Erfahrungen der Tokio-Runde heraus, die zu mannigfachen, verschiedenen, untereinander nur schlecht koordinierten *Kodizes* geführt und zu einer Zersplitterung sowohl der Organtätigkeit des *Kodizes* als auch des Streitschlichtungsmechanismus beigetragen hatte, haben sich die Staaten der Uruguay-Runde auf eine einheitliche Verwaltung geeinigt. Durch die Errichtung einer Organisation, die eine zuständige Autorität für den weltweiten handelspolitischen Dialog, die Konsistenz des bisher kaum überschaubaren und zerfaserten *GATT*-Systems und die Stärkung des Gewichts von internationalen Handelsregeln und Aufsichtsmaßnahmen über

²⁰⁵ Vgl. dazu oben, unter § 11, Fn. 155.

²⁰⁶ Vgl. dazu oben, unter § 11, Fn. 181.

²⁰⁷ Bis zum 26. November 1996 war die *WTO* mit 62 Streitfällen befaßt worden. Die *EU* hat dabei mehr Beschwerden eingebracht als gegen sie vorgetragen wurden. 1995 war sie in drei Fällen Beschwerdeführerin und in zehn Fällen die Beklagte, 1997 trug sie 21 Beschwerden vor, während gegen sie 13 erhoben wurden; zum sogenannten „*Bananenstreit*“ siehe: *Jürgensen, T.*, *WTO-Konformität der reformierten Gemeinsamen Marktorganisation für Bananen*, RIW 45 (1999), 241–249; *Kuschel, H.-D.*, *Bananenstreit – und kein Ende? Entscheidung des WTO-Streitschlichtungsgremiums zur Einfuhrregelung der EG*, RIW 44 (1998), 122–127.

²⁰⁸ Vgl. dazu *Hilpold, P.*, RIW 44 (1998), 90–101.

nationale Handelspolitik bildet, wird zur gleichen Zeit das ganze Welthandelssystem gestärkt.

Die weitgehende Komplexität und Intransparenz des *GATT*-Systems hat dazu geführt, daß Produzenten, Konsumenten sowie Exporteure und Importeure die *GATT*-Vorschriften, durch die sie häufig begünstigt wurden, kaum kannten und sich infolgedessen auch keine *pressure group* bilden konnten. Die nunmehr erfolgte Vereinheitlichung und Koordinierung läßt auf einen besser organisierbaren politischen Druck hoffen. Angesichts dieser Aspekte bringt die *WTO* tatsächlich eine sich zumindest entwickelnde Verrechtlichung des Welthandels mit sich; durch die hierdurch gegebene größere Kalkulierbarkeit der zwischenstaatlichen Wirtschaftsbeziehungen ist bereits sehr viel gewonnen.

Zusammenfassung

1. Mit dem Aufschwung des internationalen Warenaustausches und der Wirtschaftsverflechtung über Grenzen und Meere hinweg, wie er seit Beginn der Neuzeit zu beachten ist, aber in unserem Jahrhundert und besonders seit dem letzten Weltkrieg beschleunigt stattfindet, geht die Entwicklung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit Hand in Hand. Ihr Erfolg als effektives Mittel der Streitbeilegung von Rechtskonflikten im grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr läßt sich an der ständig waschenden Zahl internationaler Schiedsverfahren und der hohen Aufmerksamkeit durch Lehre und Praxis ablesen. Die Bemühungen internationaler Organisationen, institutioneller Schiedsgerichte und nationaler Gesetzgeber, das Recht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zu verbessern, reißen nicht ab.

2. In Konzessionsverträgen werden in zunehmendem Maße Schiedsvereinbarungen getroffen. Dies wird aus folgenden Gründen gerechtfertigt: Wenn ein Staat oder seine Institutionen mit oder ohne separate Rechtspersönlichkeit eine der Vertragsparteien ist, würde die Verweisung von Entscheidungen über vertragliche Fragen an die nationalen Gerichte dieses Staates einen möglichen Interessenkonflikt für die Richter mit sich bringen, denn sie hätten dann einen Rechtsstreit zwischen „ihrem“ Staat, der ihnen Bezüge zahlt, Beförderungen bewilligt, soziale Sicherheit bietet, und einer ausländischen Gesellschaft zu entscheiden, die nicht selten aus einer völlig anderen rechtlichen Ordnung kommt und zu der sie eine Haltung der Gleichgültigkeit, wenn nicht sogar einer gewissen Feindseligkeit haben mögen. Die Unterwerfung des staatlichen Vertragspartners unter die Hoheitsgewalt der Gerichte des Heimatstaates des ausländischen Investors wäre wiederum mit seiner Souveränität unvereinbar. Mangels eines supranationalen Handelsggerichts, das für die Schlichtung aller Streitigkeiten zwischen einem Gastland und einem fremden Privatunternehmen zuständig wäre, erscheinen internationale Schiedsgerichte als einzige verlässliche Alternative für die Beilegung von Rechtskonflikten aus einem Konzessionsvertrag.

3. Bei Verträgen mit einem ausländischen Staatsunternehmen kann die private Vertragspartei darauf vertrauen, daß der Vertrag ihren staatlichen Partner insoweit bindet, als spätere Interessenänderungen in bezug auf den Vertragsgegenstand seitens des Staatsunternehmens nicht dazu berechtigen, daß der Eigentümerstaat aus einer mit den Unternehmensbelangen kongruenten Interessenlage durch hoheitliche Maßnahmen die Vertragserfüllung

vereitelt und den staatlichen Betrieb von seiner Verbindlichkeit befreit. Vereinbarungen zwischen einem Staatsunternehmen und einer Privatpartei sind also in jedem Fall insoweit bindend, als ein Fortfall des Interesses am Vertrag kein Befreiungsgrund für das staatliche Unternehmen und daher auch kein Motiv für die Schaffung einer vordergründigen Entlassung durch den unternehmerisch aktiven Eigentümerstaat sein dürfte.

4. Ein Staat kann sich vor einem Schiedsgericht in keinem Fall auf seine Immunität berufen. Dies ergibt sich bereits aus der völkerrechtlichen Definition der Immunitätseinrede, die ausschließlich auf zwischenstaatliche Rechtsbeziehungen beschränkt ist. Private Schiedsrichter leiten hingegen ihre Zuständigkeit lediglich aus der Parteivereinbarung ab und üben keine staatliche Gerichtsbarkeit aus. Im Verfahren zur Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen wird zwischen Jurisdiktions- und Vollstreckungsimmunität unterschieden. Die Unterzeichnung eines Schiedsvertrages sollte *de lege ferenda* als Verzicht auf Jurisdiktions- und auf nicht objektsbezogene Vollstreckungsimmunität gelten. Auch seine Souveränität berechtigt einen Staat nicht, sich von einem Schiedsvertrag einseitig zu lösen.

5. Interne Beschränkungen oder Verbote der subjektiven Schiedsfähigkeit des Staates und seiner juristischen Personen des öffentlichen Rechts können bei internationalen Streitfällen gutgläubigen Vertragspartnern nicht entgegengehalten werden. Bei der Frage, ob ein Staat an eine Schiedsklausel gebunden ist, wenngleich nicht er selbst, sondern eines seiner Staatsunternehmen den Vertrag abgeschlossen hat, ist Vorsicht geboten, zumal die Unterzeichnung einer Schiedsabrede als Verzicht auf Jurisdiktionsimmunität im Anerkennungsverfahren eines Schiedsspruchs angesehen wird.

6. Der Trend, die Parteiautonomie im Schiedsverfahren zu stärken und das Schiedswesen von übermäßig einengenden nationalen Zwängen am Sitz des Schiedsgerichts zu befreien, ist grundsätzlich zu begrüßen. Ein völlig denationalisierter Schiedsspruch stößt jedoch auf erhebliche theoretische Bedenken. Die Parteiautonomie kann nur innerhalb einer gegebenen nationalen Rechtsordnung gewährt werden. Sie kann nicht dazu führen, daß sämtliche Berührungspunkte des Schiedsverfahrens mit einem staatlichen Recht gekappt werden. Das Schiedswesen ist und bleibt somit in einem nationalen Kontext eingebettet.

7. Konzessionsverträge unterstehen dem Recht des Gastlandes; das herkömmliche Rechtssystem sprengende Einordnungsversuche wie die *lex mercatoria* sind zugunsten der sorgfältigen Anwendung traditioneller Instrumente zu vermeiden. Dies mag übermäßig vorsichtig erscheinen. Bei Konzessionsverträgen kann jedoch das Schiedsgericht nur dann für beide Seiten überzeugende Lösungen finden, wenn es auf dem Boden allseits anerkannter Konzepte argumentiert. Inzwischen haben die meisten Entwicklungslän-

der moderne Investitionsgesetze erlassen, welche den Bedürfnissen des internationalen Wirtschaftsverkehrs nach Rechtssicherheit und nach einer effektiven Lösung von Streitigkeiten aus einem Konzessionsvertrag weitgehend Rechnung tragen. Somit gehört das alte Argument, die nationale Rechtsordnung des Gastlandes sei zur Beilegung der komplexen Rechtskonflikte, die bei einem Konzessionsvertrag auftreten, nicht ausreichend entwickelt, der Vergangenheit an.

8. Bei ausdrücklicher Rechtswahl wenden Schiedsrichter stets das gewählte Recht an. Fehlt es an einer Parteivereinbarung hinsichtlich des auf die Hauptsache anwendbaren Rechts, so bietet sich unter Zugrundelegung kollisionsrechtlicher Tests das Recht des Gastlandes als anwendbares materielles Recht an. Ohne ausdrückliche Ermächtigung ist es dem Schiedsrichter verwehrt, auf die *lex mercatoria* oder sonstige anationale Rechtsquellen zurückzugreifen. Ihm ist es darüber hinaus nicht gestattet, über die Gültigkeit einer staatlichen Maßnahme zu entscheiden. Seine Rolle beschränkt sich vielmehr darauf, den staatlichen öffentlich-rechtlichen Akt hinsichtlich des von ihm zu beurteilenden konkreten Sachverhalts nicht anzuerkennen.

9. Im Konzessionsbereich kann eine völlige Stabilität der Vertragsbeziehungen nicht erreicht werden. Der Staat darf beim Bestehen eines öffentlichen Interesses, undiskriminierend und gegen Bezahlung einer angemessenen, prompten und effektiven Entschädigung in den Vertrag eingreifen. Stabilisierungsklauseln sollen den Privatinvestor vor nachträglichen gesetzgeberischen und verwaltungsmäßigen Maßnahmen schützen. Ihnen kommt bei Anwendung der allgemeinen Rechtsgrundsätze als *proper law* des Vertrags eine große Wirkung zu, zumal sie beim Eingriff des staatlichen Vertragspartners in die durch Stabilisierungsklauseln zugesicherten Rechte des Konzessionärs das Privatunternehmen zum vollen Schadensersatz einschließlich des entgangenen Gewinns berechtigen.

10. Je mehr Staaten untereinander bilaterale Investitionsschutzverträge abschließen, um so verlässlicher und dichter wird das rechtliche Schutzsystem. Zuverlässigkeit kann dabei indes nur so gemeint sein, daß sich der Investor jedenfalls auf geschriebene völkerrechtliche Normen stützen kann. Auf einem anderen Blatt steht, welche Auswirkungen es hat, wenn sich die ökonomische und politische Realität in dem Empfängerland in einer Weise ändert, welche die Erfüllung dieser ökonomischen Pflichten faktisch unmöglich macht. Zwar sind politische Umschwünge selbst beim Abschluß eines Investitionsschutzvertrags denkbar, die Vertragsbrüche nicht ausschließen. Dennoch werden sich die Staaten grundsätzlich dem Schiedsgericht beugen müssen, wenn sie sich nicht einem generellen Vertrauensverlust aussetzen wollen. Gerade weil die Entwicklungsländer auf ausländische Kapitalflüsse angewiesen sind, werden sie sich daher im Regelfall vertragstreu verhalten.

11. Die wirtschaftlichen Auswirkungen des erfolgreichen Abschlusses der Uruguay-Runde lassen sich nur schwer zahlenmäßig erfassen, denn eine vollständige Umsetzung der Maßnahmen wird nicht vor dem Jahr 2005 erwartet. Trotzdem wurden noch während der laufenden Verhandlungen zur Uruguay-Runde vom *GATT*-Sekretariat, der *OECD* und der Weltbank Studien über die möglichen Auswirkungen eines Abschlusses bzw. nicht-Abschlusses erstellt. Diese dienten nicht zuletzt auch dazu, Druck auf die Verhandlungsparteien auszuüben und eine Einigung zu forcieren. Der rote Faden, der sich durch alle Bemühungen zieht, ist die Forderung nach einer Stärkung des multilateralen Handelssystems, insbesondere die Verstärkung des Streitschlichtungsverfahrens innerhalb des *GATT*, das zu einem effektiven, weithin akzeptierten und insgesamt den nationalen Streitschlichtungsprozessen angeglichenen Verfahren ausgebaut werden sollte. Nur mit Hilfe eines derartigen Mechanismus können einseitige Handelsmaßnahmen verhindert werden, welche das multilaterale Handelssystem, auf das alle Nationen zur Erhaltung ihres Wohlstandes angewiesen sind, unterlaufen und damit letztlich zerstören.

12. Es ist schwierig, ja vielleicht sogar unmöglich, über das Recht von Investitionsschutzverträgen und ihre Weiterentwicklung etwas Abschließendes zu sagen. Die Notwendigkeit der normativen Gestaltung von Wirtschaftsbeziehungen zwischen Staaten und Privatunternehmen wird aber auf diesem Wege, sofern der Bedarf an ausländischem Investitionskapital nicht durch fremde Staaten oder internationale Organisationen gedeckt wird, wohl eher zu- als abnehmen. Daß dadurch auch dem Völkerrecht ein neues Kapitel hinzugefügt wird, das sich mit Investitionsschutzverträgen zu befassen hat, wird man wohl nicht mehr bestreiten können.

Literaturverzeichnis

- Adede, A.-O.*: Legal Trends in International Lending and Investment in the Developing Countries, RdC 180 (1983–II), 9–168
- A Profile of Trends in the State Contracts for Natural Resources. Development Between African Countries and Foreign Compagnies, NYUJInt'L & Pol. 12 (1979/1980), 479ff.
- Alberti, Ulises Montoya*: Arbitration, Foreign Law and Jurisdiction in International Loan Agreements in Some Countries of Latin America, in Sanders, Pieter (Hrsg.), ICCA Congress Series No 4, IX International Congress, Tokyo 31 May–3 June 1988, Deventer 1988, S. 99–110
- Alenfeld, Justus*: Die Investitionsförderungsverträge (IFV) der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt a/Main 1971
- Alsop, Richard B.*: The World Bank's Multilateral Investment Guaranty Agency, ColJTransL 25 (1986/1987), 101–136
- Alt, Olav*: Neue Schiedssprüche zum Recht der Verstaatlichung, östZöffR 35 (1985), 265–304
- Amerasinghe Chittharanjan, F.*: State Breaches of Contracts with Aliens and International Law, AJIL 58 (1964), 881–913
- State Responsibility for Injuries to Aliens, Oxford 1967
- Dispute Settlement Machinery in Relations Between States and Multinational Enterprises – With Particular Reference to the International Centre for Settlement of Investment Disputes, IntL 11 (1977), 45–95
- American Law Institute: Third Restatement of the Law, The Foreign Relations Law of the United States (Revised), 1986, Bd. 2, 1987
- Amissah, Austin*: The ACP/EEC Conciliation and Arbitration Rules, 8 Arb. Int (2) (1992), 167–184
- Ammann, Ulrich*: Der Schutz ausländischer Privatinvestitionen in Entwicklungsländern aus völkerrechtlicher, volkswirtschaftlicher und betriebswirtschaftlicher Sicht, Zürich 1967
- An, Tang*: The Law Applicable to a Transnational Economic Development Contract, JWTL 21 (4) (1987), 95–146
- Anderson, Andrew/Rugman, Alan*: The Canada-U.S. Free Trade Agreement: A Legal and Economic Analysis of the Dispute Settlement Mechanismus, JIntArb 6 (4) (1989), 65–81
- Apuzzo, A. M./Kerr, W. A.*: International Arbitration – The Dispute Settlement Procedures Chosen for the Canada-U.S. Free Trade Agreement, JIntArb 6 (4) (1989), 7–15

- de Aréchaga*, Eduardo Jimenez: L'arbitrage entre les Etats et les sociétés étrangères, in *Mélanges Gidel*, 1961, S. 377 ff.
- International Law in the Past Third of a Century, *RdC* 159 (1978–I), 1–343
- Application of the Rules of State Responsibility to the Nationalization of Foreign-Owned Property, in Hossain, Kamal (Hrsg.), *Legal Aspects of the New International Economic Order, USA/Great Britain 1980*, S. 220–233
- Asante*, Samuel K. B.: Stability of Contractual Relations, in the Transnational Investment Process, *ICLQ* 28 (1979), 401–423
- Restructuring Transnational Mineral Agreements, *AJIL* 73 (1979), 335–371
- United Nations Efforts at International Regulation of Transnational Corporations, in Hossain, Kamal (Hrsg.), *Legal Aspects of the New International Economic Order, USA/Great Britain 1980*, S. 123–136
- Stability of Contractual Relations, in Hossain, Kamal (Hrsg.), *Legal Aspects of the New International Economic Order, USA/Great Britain 1980*, S. 240–261
- International Law and Foreign Investment: A Reappraisal, *ICLQ* 37 (1988), 588–628
- Avanessian*, Aida B.: The New York Convention and Denationalised Arbitral Awards, *JIntArb* 8 (1) (1991), 5–29
- Bärmann*, Johannes: Schiedsfähigkeit, in *Festschrift für Friedrich Weber zum 70. Geburtstag am 19. Mai 1975*, Berlin – New York 1975, S. 1–22
- Ball*, Markham: Structuring the Arbitration in Advance – The Arbitration Clause in an International Development Agreement, in Lew, Julian D. M. (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, London 1986, S. 297–312
- Baloro*, John: The Legal Status of Concession Agreements in International Law, 19 *Comp. Int. Law Journal Southern Africa* (1986), 410–447
- Banz*, Michael: Völkerrechtlicher Eigentumsschutz durch Investitionsabkommen – insbesondere die Praxis der BRD seit 1959, Tübingen 1987
- von Bar*, Christian: Internationales Privatrecht, München 1987
- Barber*, Horst: Objektive Schiedsfähigkeit und ordre public in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Frankfurt a/Main 1994
- Barberis*, Julio A.: Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale *RdC* 179 (1983 I), 145–304
- Barraz*, Pierre: The Legal Status of Oil Concessions, *JWTL* 5 (1971), 609–630
- Bartels*, Martin: Contractual Adaptation and Conflict Resolution, Deventer 1985
- Revisions- und hardship-Klauseln in internationalen Verträgen über Rohstoffschließung, in Horn, Norbert/Fontaine, Marcel/Maskow, Dietrich/Schmitthoff, Clive M. (Hrsg.), *Die Anpassung langfristiger Verträge: Vertragsklauseln und Schiedspraxis*, Frankfurt a/Main 1984, S. 117–120
- Barth*, Dietrich: Die Handelsregeln der neuen Welthandelsorganisation, *NJW* 43 (1994), 2811–2812

- Basedow, Jürgen*: Vertragsstatut und Arbitrage nach neuem IPR, in Glossner, Ottoarndt (Hrsg.), Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit 1987, S. 3 ff.
- Basin, Alma Ata/Frommert, Renate*: Schiedsgerichtssystem Kasachstans, WiRO 2 (1993), 247
- Bast, Joachim/Schmitt, Andrea*: Das GATT-Streitschlichtungsverfahren, RIW 37 (1991), 929–934
- Batiffol, Henri*: Aspects philosophiques du droit international privé, Paris 1956
- Problèmes des contrats internationaux, Cours de l'Institut des Hautes Etudes Internationales, Paris 1961–1962 II
 - Le droit international privé et la sentence Aramco, RCDIP 53 (1964), 647–662
 - Arbitration Clauses Concluded Between French Government-Owned Enterprises and Foreign Private Parties, ColJTransL 7 (1968), 32–47
 - Problèmes de base de philosophie du droit, Paris 1979
 - Anmerkung zu ICSID-Schiedsspruch AGIP v. Congo, RCDIP 71 (1982), 105
- Batiffol, Henri/Lagarde, Paul*: Droit international privé, 7ème édition, Vol. II, Paris 1983
- Becker, Jürgen*: Investitionsförderung und Investitionsschutz in Entwicklungsländern – Ansätze eines Gemeinschaftskonzepts in EG-Entwicklungsabkommen, Europarecht 16 (1981), 139–163
- Beckmann-Petey, Monika*: Neues Gesellschafts- und Investitionsrecht in Jugoslawien, RIW 35 (1989), 217–278
- Bedjaoui, Mohammed*: Remanences de théories sur la „souveraineté limitée“ sur les ressources naturelles, in Essays in Honour of Wolfgang Abendroth, Festschrift zu seinem 75. Geburtstag, Frankfurt a/Main, S. 63–77
- Bedjaoui, Mohammed/Mebroukine, Ali*: Le nouveau droit de l'arbitrage international en Algérie, Clunet 120 (2) (1993), 873–912
- Behrens, Peter*: Arbitration as an Instrument of Conflict Resolution in International Trade: Basis and Limits, in: Friedmann, Daniel/Mestmäcker, Ernst-Joachim (eds.), Conflict Resolution in International Trade, Baden-Baden 1993, S. 13–38
- Bekhechi, M. A.*: L'arbitrage commercial international en droit algérien, RDIDC 71 (1994), 87–108
- Bencheneb, Ali*: La contrariété à la convention européenne des droits de l'homme d'une loi anéantissant une sentence arbitrale, Rev. arb 1996 (2), 3–12
- van den Berg, Albert Jan*: The New York Arbitration Convention of 1958; Towards an Uniform Judicial Interpretation, Deventer 1981
- Non-domestic Arbitral Awards under the 1958 New York Convention, 2 Arb. Int (1986), 191–219
 - Recent Enforcement Problems under the New York and ICSID Conventions, 5 Arb. Int (3) (1989), 2–20

- The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975: Redundancy or Combatibility?, 5 Arb. Int (3) (1989), 214–229
- Auswirkungen auf das schiedsgerichtliche Verfahren und die Vollstreckung von Schiedssprüchen, Referat im Kolloquium der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS) vom 23. April 1996, berichtet bei Thorn, K., Staatliche Hoheitsmaßnahmen und Schiedsgerichtsverfahren, Beilage 15 zu BB Heft 37/1996, S. 15–17
- Berg, Daniel Friedrich*: Das neue kubanische Auslandsinvestitionsgesetz, RIW 43 (1997), 31–34
- Berger, Klaus Peter*: Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Staatsimmunität: Die Revision des U.S. Foreign Sovereign Immunities Act, RIW 35 (1989), 956–958
- Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, Berlin – New York 1992
- International Economic Arbitration, 1993
- Das neue Recht der Schiedsgerichtsbarkeit, Köln 1998
- Berger, Rolf*: Vermögensschutz im Ausland durch Investitionsförderungsverträge (IFV), AWD 11 (1965), 1–11
- Vertrag zwischen der BRD und Pakistan zur Förderung und zum Schutz von Kapitalanlagen, AWD 12 (1966), 105–112
- Vertrag zwischen der BRD und der Republik Togo über die Förderung der Anlage von Kapital, AWD 13 (1967), 262–267
- Bernini, Giorgio/van den Berg, Albert Jan*: The Enforcement of Arbitral Awards Against a State: The Problem of Immunity from Execution, in Lew, Julian, D. M. (ed.), Contemporary Problems in International Arbitration, London 1986, S. 359–373
- Bettems, Denis*: Les contracts entre états et personnes privées étrangères – Droit applicable et responsabilité internationale, Thèse Lausanne 1988
- Beys, Kostas*: Schiedsgerichtsbarkeit, Komm. zur gr. ZPO, Band 20, in griechischer Sprache 1994
- Anmerkung zu der Entscheidung 24/1993 des Obersten Sondergerichtshofes, „DIKE-International“ 1 (1994), 184–206
- Die schiedsfähigen Streitigkeiten, in Festschrift für Andreas Gasis 1994, S. 417–442, in griechischer Sprache
- Bialos, Jeffrey P./Siegel, Deborah E.*: Dispute Resolution under the NAFTA. The Newer and Improved Model, IntL 27 (1993), 603–622
- Bierwagen, Rainer/Heegemann, Volker*: Das Freihandelsabkommen zwischen Kanada und den Vereinigten Staaten – Bestandsaufnahme aus europäischer Sicht, RIW 35 (1989), 33–42
- Bippus, Birgit*: Der internationalrechtliche Schutz von Investitionen im Ausland unter besonderer Berücksichtigung des diplomatischen Schutzrechtes der Staaten, 1989

- Bishop, Doak R.*: International Arbitration of Petroleum Disputes: The Development of a Lex Petrolea, YCA XXVIII (1998), 1131–2010
- Blessing, Marc*: Das neue internationale Schiedsrecht der Schweiz – Ein Fortschritt oder ein Rücktritt, in Böckstiegel, K.-H. (Hrsg.), Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz (II), das neue Recht ab 1. Januar 1989, S. 13–97
- Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law, in van den Berg, A (Hrsg.), ICCA Congress Series No 7. Planning Efficient Arbitration Proceedings. The Law Applicable in International Arbitration, XIIth International Arbitration Congress, Vienna, 3–6 November 1994, S. 391–446
- Choice of Substantive Law in International Arbitration, JIntArb 14 (2) (1997), 39–65
- Blessing, Marc/Burckhardt, Thomas*: Sovereign Immunity – A Pitfall in State Arbitration, in Recueil de travaux suisses sur l'arbitrage international, 1984, S. 107–123
- Böckstiegel, Karl-Heinz*: Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen, Frankfurt a/Main 1971
- Das anwendbare Recht bei öffentlich-rechtlich geprägten Staatsaufträgen, AWD 19 (1973), 117–121
- Besondere Probleme der Schiedsgerichtsbarkeit zwischen Privatunternehmen und ausländischen Staaten oder Staatsunternehmen, NJW 28 (1975), 1577–1582
- Die Bestimmung des anwendbaren Rechts in der Praxis internationaler Schiedsgerichtsverfahren, in Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag, Berlin 1979, S. 443–458
- Schiedsgerichte und staatliche Gerichte. Neue Entwicklungen und Folgerungen für Vertrags- und Schiedspraxis, RIW/AWD 25 (1979), 161–166
- Besondere Aspekte der Wirtschafts-Schiedsgerichtsbarkeit mit Parteien aus Entwicklungsländern, NJW 34 (1981), 1863–1867
- Die UNCITRAL-Verfahrensordnung für Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit und das anwendbare Recht, RIW 28 (1982), 706–717
- Arbitration and State Enterprises – A Survey on the National and International Law and Practice, Deventer 1984
- Das UNCITRAL-Modell-Gesetz für die internationale Wirtschafts-Schiedsgerichtsbarkeit, RIW 30 (1984), 670–678
- The Legal Rules Applicable in International Commercial Arbitration Involving States or State-Controlled Enterprises, in International Arbitration 60 Years of ICC Arbitration – A Look at the Future, ICC Publications Nr. 412 (1984), 117 ff.
- Zu den Thesen von einer „delokalisierten“ internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, in Festschrift für Walter Oppenhoff zum 80. Geburtstag, München 1985, S. 1–10

- Hardship, Force-Majeure and Special Risks Clauses in International Contracts, in Horn, Norbert (Hrsg.), *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, Deventer 1985, S. 159–169
- Recht und Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit der Internationalen Handelskammer, 1986
- States in the International Arbitral Process, in Lew, Julian, D. M. (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, London 1986, S. 40–49
- Der Durchgriff auf den Staat bei Verträgen im internationalen Wirtschaftsverkehr, Völkerrecht, Recht der Internationalen Organisationen, Weltwirtschaftsrecht, in *Festschrift für Ignanz Seidl-Hohenveldern* 1988, Köln, Berlin 1988, S. 17–33
- Boguslawskij, Mark*: Das internationale Privatrecht in der UdSSR. Neue Tendenzen seiner Entwicklung unter dem Gesichtspunkt der Umgestaltung der außenwirtschaftlichen Tätigkeiten, *RIW* 34 (1988), 161–166
- de Boissésou, Matthieu*: Le droit français de l'arbitrage – Etude de l'arbitrage international (décret du 12 mai 1981), arbitrages spéciaux, réglements arbitraux, Paris 1983
- Interrogations et doutes sur une évolution législative: l'article 9 de la loi du 19 Août 1986, *Rev. arb.* 1987, 3–21
- Borchers, Klaus Günther*: Verträge von Staaten mit ausländischen Privatpersonen, Göttingen 1966
- Born, Gary B.*: *International Commercial Arbitration in the United States, Commentary & Materials* 1994
- Borris, Christian*: Die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit in den USA, Köln 1986
- Bouchez, Leo J.*: The Prospects for International Arbitration: Disputes between States and Private Enterprises, *JIntArb* 8 (1) (1991), 81–115
- Boughaba, Mohammed*: Les clauses d'adaptation économique et monétaire dans les contrats privés internationaux, Thèse Lausanne 1984
- Bourel, Pierre*: Arbitrage international et immunités des états étrangers – à propos d'une jurisprudence récente, *Rev. arb.* 1982, 119–168
- Bourquin, Maurice*: Arbitration and Economic Development Agreements, 15 *Bus. Law* (1959/1960), 860ff.
- Bowett, Derek William*: Claims Between States and Private Entities: The Twilight Zone of International Law, 35 *Catholic University Law Review*, Summer 1986 No. 4, S. 935ff.
- State Contracts with Aliens: Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach, *BYIL* 59 (1988), 49–74
- Boyd, Stewart (QC)/Veeder, V. V. (QC)*: Le développement du droit anglais de l'arbitrage depuis la loi de 1979, *Rev. arb.* 1991, 209–261

- Bradlow, Daniel D./Schlemmer-Schule, Sabine*: The World Bank's New Inspection Panel: A Constructive Step in the Transformation of the International Legal Order, *ZaöRV* 54 (1994), 392–415
- Bredin, Jean-Denis*: La loi du juge, in: *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Goldman*, Paris 1982, S. 15–27
- von Breitenstein, Detlev*: Die internationale arbitrage im französischen Recht, in *Böckstiegel, Karl-Heinz* (Hrsg.), *Schiedsgerichtsbarkeit in Frankreich*, Köln 1983, S. 15–44
- Brewer, Thomas L./Young, Stephen*: Towards a Multilateral Framework for Foreign Direct Investment: Issues and Scenarios, *Transnational Corporations*, 4 (April 1995), S. 69 ff.
- Broches, Aron*: ICSID, Analysis of Documents Concerning the Origin and Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, Vol. 1, 1970.
- The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, *RdC* 136 (1972 II), 331–410
 - The „Additional Facilities“ of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), *YCA* IV (1979), 373–379
 - Bilateral Investment Protection Treaties and Arbitration for Investment Disputes, in *The Art of Arbitration*, Liber Amicorum Pieter Sanders, Deventer 1982, S. 63–72
 - Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 1990
 - Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States of 1965. Explanatory Notes and Survey of its Application, *YCA* XVIII (1993), 627–715
 - Settlement of Disputes Arising out of Investment in Developing Countries, in *Broches, Aron* (ed.), *Selected Essays, World Bank, ICSID and other Subjects of Public and Private International Law*, Dordrecht 1996, S. 458–467
 - Dispute Resolution in the Asian Pacific Region, in *Broches, Aron* (ed.), *Selected Essays, World Bank, ICSID and other Subjects of Public and Private International Law*, Dordrecht 1996, S. 468–494
 - International Investment Disputes, in *Broches, Aron* (ed.), *Selected Essays, World Bank, ICSID and other Subjects of Public and Private International Law*, Dordrecht 1996, S. 495–510
 - Choice-of-Law Provisions in Contracts with Governments, in *Broches, Aron* (ed.), *Selected Essays, World Bank, ICSID and other Subjects of Public and Private International Law*, Dordrecht 1996, S. 523–532
- Brown, Roland*: Choice-of Law Provisions in Concession and Related Contracts, 39 *ModelLReview* (1976), 625–643
- Brownlie, Ian*: *State Responsibility, Part 1*, Oxford 1983

- Bucher, Andreas*: Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Basel, Frankfurt a/Main, 1989.
- Zur Lokalisierung internationaler Schiedsgerichte in der Schweiz, in Festschrift für Marx Keller 1989, S. 565–574
- Bucher, Eugen*: Die Schweiz als traditioneller Sitzort internationaler Schiedsgerichte, in Böckstiegel, Karl-Heinz (Hrsg.), Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz II, das neue Recht ab 1. Januar 1989, Köln 1989, S. 119–145
- Bullinger, Martin*: Vertrag und Verwaltungsakt, Stuttgart 1962
- Burdeau, Geneviève*: Droit international et contrats d'Etats. La sentence Aminoil c. Koweït du 24 Mars 1982, AFDI 28 (1982), 454–470
- Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats, Rev. arb 1995, 3–37
- Burkhardt, Hans-Martin*: Das deutsch-chinesische Investitionsschutzabkommen, RIW 30 (1984), 28–33
- Cahier, Philippe*: The Strengths and Weaknesses of International Arbitration Involving a State as a Party, in Lew, Julian, D. M. (ed.), Contemporary Problems in International Arbitration, London 1986, S. 241–249
- Calavros, Konstantinos*: Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 1988
- Canal-Forgues, Eric*: Le système de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), RGDI 98 (1994), 689–707
- Capelle, Karl-Herman/Canaris, Claus-Wilhelm*: Handelsrecht, 21. Aufl., München 1989.
- Carabiber, Charles*: L'arbitrage international de droit privé, Paris 1960
- Carbonneau, Thomas*: The Elaboration of a French Court Doctrine on International Commercial Arbitration: A Study in Liberal Civilian Judicial Creativity, TulL-Rev 55 (1980), 1–62
- L'arbitrage en droit américain, Rev. arb 1988, 3–50
- Carlson, Scott Norman*: Foreign Investment Laws and Foreign Direct Investment in Developing Countries: Albania's Experiment, IntL 29 (1995), 577–598
- Caron, David*: The Nature of the Iran-United States Claims Tribunal and the Evolving Structure of International Dispute Resolution, AJIL 82 (1990), 104–156
- Castel, J.-G.*: Le règlement des différends en vertu de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les Etats-Unis, Clunet 117 (2) (1990), 601–610
- Catranis, Alexander*: Probleme der Nationalisierung ausländischer Unternehmen vor internationalen Schiedsgerichten, RIW 28 (1982), 19–27
- Cattan, Henry*: The Law of Oil Concessions in the Middle East and North Africa 1967
- The Evolution of Oil Concessions in the Middle East and North Africa, Dobbs Ferry New York 1967

- Chapus, René*: Droit du contentieux administratif, 4e édition, Montchrestien 1993
- Droit administratif général, 8ème édition, tome 1, Montchrestien 1994
- Charlston, Kenneth S.*: Concession Agreements and Nationalization, *AJIL* 52 (1958), 260–279
- Chatterjee, S. K.*: The Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency, *ICLQ* 36 (1987), 76–91
- The Djibouti Code of International Arbitration, *JIntArb* 4 (1) (1987), 57–67
- The Stabilisation Clause Myth in Investment Agreements, *JIntArb* 5 (4) (1988), 97–111
- Cherian, Joy*: Investment Contracts and Arbitration – The World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes, Leyden 1975
- Cohen-Jonathan, Gérard*: L'arbitrage Texaco-Calasiatic contre le Gouvernement Libyen (sentence au fond du 19.1.1977), *AFDI* 23 (1977), 452–479
- Coing, Helmut*: Einführendes Referat, in Coing, Helmut/Ellwood, L. A./Fouchard, Philippe/Waehler, Jan Peter/Vondracek, Theodor Jan/Koschucharoff, Alexander/Lando, Ole/Migliazza, Alessandro (Hrsg.), *Materielles Recht und Verfahrensrecht in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, Frankfurt a/Main 1972, S. 9–23
- O'Connell, D. P.*: A Critique of the Iranian Oil Litigation, *ICLQ* 4 (1955), 267–293
- Connell, H. P.*: United States Protection of Foreign Investment Through Treaties of Friendship, Commerce and Navigation, *Archiv des Völkerrechts* 9 (1961/1962), 256–277
- Consard, M.*: La soumission des Etats aux tribunaux internes, Pédone 1996
- Craig, W. Laurence/Park, William W./Paulsson, Jan*: International Chamber of Commercial Arbitration, 2nd Edition, Oceana Publications Inc., 1990.
- Croff, Carlo*: The Applicable Law in an International Commercial Arbitration: Is it Still a Conflict of Laws Problem? *IntL* 16 (1982), 613–645
- Daintith, T./Willoughby, G. A.*: A Manual of United Kingdom Oil and Gas Law, 1977
- Dasser, Felix*: Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und lex mercatoria, Dissertation Zürich 1989
- David, Nicolas*: Les clauses de stabilité dans les contrats pétroliers. Questions d'un praticien, *Clunet* 113 (1986), 79–107
- David, René*: L'arbitrage dans le commerce international, Paris 1982
- Davis, M.*: Choice of Applicable Law in International Construction Contracts, in Uff, J./Jones, E. (eds.), *International and ICC Arbitration*, 1990, S. 213–227
- Dearden, Richard G.*: Arbitration of Expropriation Disputes Between an Investor and the State under the North American Free Trade Agreement, *JWTL* 19 (1) (1995), 113–127

- Delaume, Georges R.*: La convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, *Clunet* 93 (1966), 26–49
- Des stipulations de droit applicable dans les accords de prêt et de développement économique et leur rôle, *RBDI* 4 (1968), 336–364
 - The State Immunity Act of the United Kingdom, *AJIL* 73 (1979), 185–199
 - L'arbitrage transnational et les tribunaux américains, *Clunet* 108 (1981), 788–811
 - State Contracts and Transnational Arbitration, *AJIL* 75 (1981), 784–819
 - Experience with ICSID, in Aksen, Gerald/von Mehren, Robert B. (eds.), *International Arbitration Between Private Parties and Governments*, 1982, S. 221–272
 - Le Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements, *Clunet* 109 (1982), 775–843
 - ICSID Arbitration and the Courts, *AJIL* 77 (1983), 784–803
 - Arbitration with Governments: „Domestic“ v. „International“ Awards, *IntL* 17 (1983), 687–698
 - ICSID Arbitration: Practical Considerations, *JIntArb* 1 (1984), 101–125
 - Le CIRDI et l'immunité des Etats, *Rev. arb* 1983, 143–161
 - Economic Development and Sovereign Immunity, *AJIL* 79 (1985), 319–346
 - ICSID Arbitration, in Lew, Julian, D. M. (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, London 1986, S. 23–39
 - Sovereign Immunity and Transnational Arbitration, in Lew, Julian, D. M. (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, London 1986, S. 313–331
 - S.E.E.E. v. Yugoslavia. Epitaph or Interlude? *JIntArb* 4 (1987), 25–43
 - Sovereign Immunity and Transnational Arbitration, 3 *Arb. Int* (1987), 28–45
 - Introductory Note to Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises v. Yugoslavia, *Cour cass.*, Entscheidung vom 18. November 1986, *ILM* 26 (1987), 377–378
 - Law and Practice of Transnational Contracts 1988
 - Comparative Analysis as a Basis of Law in State Contracts: The Myth of the *lex mercatoria*, *TuLLRev* 63 (1989), 575–611
 - De l'efficacité des sentences transnationales intéressant un Etat: une pondération s'impose, in *Etudes de Droit International en l'Honneur de Pierre Lalive*, Bâle 1993, S. 469–482
 - L'affaire du Plateau des Pyramides et le CIRDI. Considérations sur le droit applicable, *Rev. arb* 1994, 39–67
 - Recognition and Enforcement of State Contract Awards in the United States: A Restatement, *AJIL* 91 (1997), 476–489

- Delvolvé*, Jean-Louis: Anmerkung zu Tribunal de Grande Instance de Paris, Entscheidung vom 8. Juli 1970 und Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 29. Januar 1975, *Rev. arb* 1975, 328
- Anmerkung zu Cour d'Appel de Rouen, Entscheidung vom 13. November 1984, *Rev. arb* 1985, 115
- Anmerkung zu Cour cass., Entscheidung vom 18. November 1986, *Rev. arb* 1987, 149
- Demeyere*, Luc: 1998 Amendments to Belgian Arbitration Law: An Overview, 15. *Arb. Int* (3) (1999), 295–313
- Derains*, Yves: Le statut des usages de commerce international devant les juridictions arbitrales, *Rev. arb* 1973, 122–149
- Anmerkung zu ICC-Schiedsspruch Nr. 1526/1968, *Clunet* 101 (1974), 915
- Anmerkung zu ICC-Schiedsspruch Nr. 2321/1974, *Clunet* 102 (1975), 938
- Anmerkung zu ICC-Schiedsspruch Nr. 2291/1975, *Clunet* 103 (1976), 989
- Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale, in: *Le droit des relations économiques internationales*, Etudes offertes à Berthold Goldman 1982, S. 29–46
- L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international, *Rev. arb* 1986, 375–413
- International Commercial Arbitration in Civil Law Countries, in Sanders, Pieter (Hrsg.), *ICCA Congress Series No 4*, IX International Arbitration Congress, Tokyo 31 May–3 June 1988, Deventer 1988, S. 230–253
- Anmerkung zu ICC-Schiedsspruch Nr. 5030/1992, *Clunet* 120 (2) (1993), 1004
- Derains*, Yves/*Lalive*, Pierre: Possible Conflict of Laws Rules and the Rules Applicable to the Substance of the Dispute, in Sanders, Pieter (Hrsg.), *UNCITRAL's Project for a Model Law on International Commercial Arbitration*, Deventer 1984, S. 169–195
- Derman*, Andrew B.: Nationalization and the Prospective Arbitration Clause, *JInt Arb* 5 (4) (1988), 131–149
- Diaconis*, John S.: Political Risk Insurance: OPIC's Use of a „Fiduciary Agent“ to Facilitate Resolution of Subrogation Claims, *IntL* 23 (1989), 271–279
- Dimolitsa*, Antonia: Arbitration Agreements and Foreign Investment – The Greek State Between Contractual Commitment and Sovereign Intervention, *JIntArb* 5 (4) (1988), 17–66
- Autonomie et „Kompetenz-Kompetenz“, *Rev. arb* 1998, 305–357
- Dolzer*, Rudolf: Nationale Investitionsversicherung und völkerrechtliches Enteignungsrecht, *Bemerkungen zum Revere Copper Fall*, *ZaöRV* 42 (1982), 480–507
- Eigentum, Enteignung und Entschädigung im geltenden Völkerrecht, Berlin 1985
- Stichwort „Expropriation and Nationalization“, in: *Encyclopedia of Public International Law*, Band 8, S. 214

- Indirect Expropriation of Alien Property, 1 ICSID Rev.-FIJL (1986), 41
- Dominicé*, Christian: La clause CIRDI dans les traités bilatéraux suisses de protection des investissements, in: im Dienst an der Gemeinschaft, Festschrift für Dietrich Schindler zum 65. Geburtstag, Basel 1989, S.455–457.
- Domke*, Martin: The Israeli-Soviet Oil Arbitration, AJIL 53 (1959), 787–806
- Foreign Nationalizations – Some Aspects of Contemporary International Law, AJIL 55 (1961), 585–616
- Mc Donald*, Kevin: Die US-amerikanische Reaktion auf die neue Weltwirtschaftsordnung: Eine Analyse der Umsetzung der WTO-Abkommen und deren Rechtsprechung im US-amerikanischen Recht, Zeitschrift der Deutsch-Amerikanischen Juristen-Vereinigung e. V. 23 (1998), 69–74
- Drobnig*, Ulrich: Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und wirtschaftliche Eignungsnormen, in Festschrift für Gerhard Kegel zum 75. Geburtstag, 26 Juni 1987, Stuttgart 1987, S. 95–118
- Ebenroth*, Carsten Thomas: Code of Conduct – Ansätze zur vertraglichen Gestaltung internationaler Investitionen, Konstanz 1987
- Überlegungen zur Ausgestaltung transnationaler Investitionsverträge, in Festschrift für Ernst C. Stiefel zum 80. Geburtstag, München 1987, S. 147–162
- Zur Bedeutung der Multilateral Investment Guarantee Agency für den internationalen Ressourcentransfer, JZ 42 (1987), 641–649
- Das Verhältnis zwischen joint venture-Vertrag, Gesellschaftssatzung und Investitionsvertrag, JZ 42 (1987), 265–271
- Ebenroth*, Carsten Thomas/*Bippus*, Birgit: Der deutsch-sowjetische Investitionsschutzvertrag, RIW 35 (1989), Beilage 5 zu Heft 7/1989, 1–14
- Ebenroth*, Carsten Thomas/*Karl*, Joachim: Die Multilaterale Investitions-Garantie-Agentur, Kommentar 1989
- Multilaterale Investitions-Garantie Agentur (MIGA), RIW 35 (1989), 1–6
- Ebenroth*, Carsten Thomas/*Bader*, Tom O./*Lamaj*, Agron: Rechtliche Rahmenbedingungen für Auslandsinvestitionen in Albanien, RIW 37 (1991), Beilage 1 zu Heft 3/1991, 1–11
- Ebenroth*, Carsten Thomas/*Bader*, Tom O.: Wirksame Staatenbindung in internationalen Investitionsverträgen, WM 45 (1991), 661–667
- Ebenroth*, Carsten Thomas/*Borrmann*, Matthias: Investitionen in der Transformationsphase einer Volkswirtschaft – dargestellt am Beispiel der Russischen Föderation, RIW 39 (1991), Beilage 1 zu Heft 1/1993, 1–15
- Ebenroth*, Carsten Thomas/*Dillon*, Thomas J.: Arbitration Clauses in International Financial Agreements – Circumventing The Act of State Doctrine, JIntArb 10 (2) (1993), 5–28
- Ebenroth*, Carsten Thomas/*Grashoff*, Dietrich: Trade-Related Investment Measures (TRIM'S) osteuropäischer Reformstaaten in der Erweiterungsphase des GATT, RIW 40 (1994), 181–189

- Echeverria*, Rafael Eyzaguirre/*Siqueiros*, José Luis: Arbitration in Latin America Countries, in Sanders, Pieter (Hrsg.), ICCA Congress Series No 4, IX International Arbitration Congress, Tokyo 31 May–3 June 1988, S. 81–97
- Eekert*, Lutz: Langfristige Erdgaslieferverträge, in Nicklisch, Fritz (Hrsg.), Der komplexe Langzeitvertrag – Strukturen und internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Heidelberg Kolloquium, Technologie und Recht 1986, S. 171–186
- Eklund*, Cheri D.: A Primer on the Arbitration of NAFTA Chapter Eleven Investor-State Disputes, *JIntArb* 11 (4) (1994), 135–171
- El-Ahdab*, Abdul Hamid: Arbitration with the Arab Countries, Deventer 1990
- The Qatari Arbitration Act, *JIntArb* 10 (2) (1993), 143–160
- La nouvelle loi sur l'arbitrage de l'Etat des Emirats Arabes Unis, *Rev. arb* 1993, 229–253
- The New Yemeni Arbitration Act, *JIntArb* 11 (2) (1994), 51–76
- The New Egyptian Arbitration Act in Civil and Commercial Matters, *JIntArb* 12 (2) (1995), 65–101
- La nouvelle loi sur l'arbitrage du Sultanat d'Oman, *Rev. arb* 1997, 527–534.
- El Alem*, Mustapha: L'arbitrage dans les litiges relatifs aux contrats administratifs libyens, *Rev. arb* 1983, 295–314
- El-Hakim*, Jacques: Conditions de validité dans le droit et la pratique des pays arabes, in Kemicha, Fathi (Hrsg.), Euro-Arab Arbitration II, 1987, S. 131–142
- El-Kosheri*, Ahmed Sadek: Le régime juridique créé par les accords de participation dans le domaine pétrolier, *RdC* 147 (1975-IV), 219–393
- El-Kosheri*, Ahmed Sadek/*Riad*, Tarek F.: The Law Governing a New Generation of Petroleum Agreements: Changes in the Arbitration Process, 1 *ICSID Rev.-FILJ* (1986), S. 257 ff.
- Elombi*, George: ICSID Awards and the Denial of Host State Laws, *JIntArb* 11 (3) (1994), 61–68
- Enderlein*, Fritz: Zur rechtlichen Selbständigkeit sozialistischer staatlicher Unternehmen in den internationalen Wirtschaftsbeziehungen, *RIW* 34 (1988), 333–336
- Ernemann*, Andreas: Zur Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche nach § 1044 ZPO, Bielefeld 1979
- Esser*, Michael: Die Reform des GATT und des Streitschlichtungsverfahrens in den Verhandlungen der Uruguay-Runde, *ZvglRWiss* 91 (1992), 365–382
- Eyermann*, Erich/*Fröhler*, Ludwig: *VwGO Komm.*, 9. Aufl. München 1988
- Farer*, Tom J.: Economic Development Agreements: A Functional Analysis, *ColJ-TransL* 10 (1971), 200–241
- Fasching*, Hans: *Zivilprozeßrecht*, 2. Aufl. 1990
- Fatouros*, Arghyris A.: *Government Guarantees to Foreign Investors*, New York 1962

- The Administrative Contract in Transnational Transactions: Reflections on the Uses of Comparison, in *Festschrift für Max Rheinstein zum 70. Geburtstag*, Tübingen 1969, S. 259–274
- International Law and the Internationalized Contract, *AJIL* 74 (1980), 134–141
- Fillion-Dufouleur, Bernard/Leboulanger, Philippe*: Le nouveau droit égyptien de l'arbitrage, *Rev. arb* 1994, 665–682
- Fischer, Peter*: Die internationale Konzession, Wien – New York 1974
- Das transnationale Unternehmen als Phänomen in der Völkerrechtsgeschichte, Völkerrecht und Rechtsphilosophie, in *Festschrift für Stephan Verosta zum 70. Geburtstag*, Berlin 1980, S. 345–370
- Bemerkungen zur Lehre von Alfred Verdross über den „quasi-völkerrechtlichen“ Vertrag im Lichte der neuesten Entwicklung, in *Festschrift für Alfred Verdross zum 90. Geburtstag* 1980, S. 379–401
- Staatsunternehmen im Völkerrecht, in *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Heft 25 (1984), Staatsunternehmen im Völkerrecht und im Internationalen Privatrecht, S. 7–28
- Some Recent Trends and Developments in the Law of Foreign Investments, in *Festschrift für Ignanz Seidl-Hohenveldern* Köln, Berlin 1988, S. 95–108
- Fischer, Peter/Wälde, Thomas W.*: A Collection of International Concessions and Related Instruments, Band 1 ff. Dobbs Ferry, New York 1981
- Florescu, Grigore*: The Evolution of Commercial Arbitration in Romania, *JIntArb* 10 (1) (1993), 95–104
- Foeth, Giseler*: Investitionen in Lateinamerika – Internationale Verträge und nationale Bestimmungen, Frankfurt a/Main 1979
- Fouchard, Philippe*: L'arbitrage commercial international, Paris 1965
- Anmerkung zu ICC-Schiedsspruch Nr. 2091/1972, *Rev. arb* 1975, 252
- La loi-type de la C.N.U.D.C.I. sur l'arbitrage commercial international, *Clunet* 114 (1987), 861–900
- Une nouvelle extension de l'arbitrage en droit public: la faculté de compromettre de la Poste et de France Télécom, *Rev. arb* 1990, 945–947
- Fouchard, Philippe/Gaillard, Emmanuel/Goldman, Berthold*: Traité de l'arbitrage commercial international, Litec 1996.
- Foussard, Dominique*: L'arbitrage en droit administratif, *Rev. arb* 1990, 3–54
- Foustoucos, Anghelos C.*: L'arbitrage interne et international en droit privé hellénique, Paris 1970
- Conditions Required for the Validity of an Arbitration Agreement, *JIntArb* 5 (4) (1988), 113–129
- Fox, Hazel*: Sovereign Immunity and Arbitration, in *Lew, Julian, D. M. (ed.), Contemporary Problems in International Arbitration*, London 1986, S. 323–331
- States and the Undertaking to Arbitrate, *ICLQ* 37 (1988), 1–29

- Fragistas*, Ch. N.: Arbitrage étranger et arbitrage international en droit privé, RCDIP 49 (1960), 1–20
- Francescakis*, Ph.: Quelques précisions sur les „lois d'application immédiate“ et leurs rapports avec les règles de conflit de lois, RCDIP 55 (1966), 1–18
- Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissaire après l'arrêt Hecht de la Cour de cassation, Rev. arb 1974, 67–87
- Francis*, Anselm: Foreign Investment and International Law: a Caribbean Perspective, Revue de Droit International 71 (1993), 37–62
- Frick*, Helmut: Bilateraler Investitionsschutz in Entwicklungsländern – Ein Vergleich der Vertragssysteme der Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland, Dissertation Mainz 1974
- Friedman*, Wolfgang Gaston: Some Impacts of Social Organization on International Law, AJIL 50 (1956), 455–513
- The Uses of General Principles in the Development of International Law, AJIL 57 (1963), 279–299
- The Changing Structure of International Law, London 1964
- Gaillard*, Emmanuel: L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international (le principe de l'estoppel dans quelques sentences arbitrales), Rev. arb 1985, 241–258
- Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international, Rev. arb 1990, 759–796
- Anmerkung zur letztinstanzlichen Entscheidung der Cour de cassation vom 20. Dezember 1993, Clunet 121 (1) (1994), 432
- Thirty Years of lex mercatoria: Towards the Discriminating Application of Transnational Rules, in van den Berg, A (Hrsg.), ICCA Congress Series No 7. Planning Efficient Arbitration Proceedings. The Law Applicable in International Arbitration, XIIth International Arbitration Congress, Vienna 3–6 November 1994, S. 570–590
- Anmerkung zu Cour cass., Entscheidung vom 15. Juni 1994, Rev. arb 1995, 88
- Trente ans de lex mercatoria. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit, Clunet 122 (1995), 5–30
- Gamilscheg*, Franz: Rechtswahl, Schwerpunkt und mutmaßlicher Parteiwille im internationalen Vertragsrecht, AcP 1958/1959, 303–341
- Garcia-Amador*, Francisco V.: The Changing Law of International Claims, Band 1, New York 1984
- Responsibility of the State for Injuries Caused in its Territory to the Person or Property of Aliens – Measures Affecting Acquired Rights, Yearbook of the International Law Commission 1959, Vol. II
- Garro*, Alejandro M.: Commercial and Labor Arbitration in Central America, American Bar Association 1991

- Gaudemet, Yves*: L'arbitrage: aspects de droit public, état de la question, *Rev. arb* 1992, 241–257
- Geiger, Rainer*: The Unilateral Change of Economic Development Agreement, *ICLQ* 23 (1974), 73–104
- Geimer, Reinhold*: Internationales Zivilprozeßrecht, 3. Aufl., Köln 1997, in Zöller, Richard, *ZPO Komm.*, 21. Aufl. Köln 1999 § 1044
- Gentinetta, Jörg*: Die Befreiung der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit von der „nationalen Umklammerung“. Das Europäische Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21. April 1961, *RIW/AWD* 15 (1969), 46–54
- Die lex fori internationaler Handelsschiedsgerichtsbarkeit, Bern 1973
- Gess, Karol N.*: Permanent Sovereignty Over Natural Resources – An Analytical Review of the United Nations Declaration and its Genesis, *ICLQ* 13 (1) (1964), 398–449
- Gharavi, Hamid G.*: Le nouveau droit iranien de l'arbitrage commercial international, *Rev. arb* 1999, 35–43
- The 1997 Iranian International Commercial Arbitration Law: The UNCITRAL Model Law à L'Iranienne, 15 *Arb. Int* (1) (1991), 85–96
- Giardina, Andréa*: State Contracts: National Versus International Law? *ItYIL* 5 (1980/1981), 147–170
- L'exécution des sentences du Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements, *RCDIP* 71 (1983), 273–293
- Giese, M.*: GATT, die Uruguay-Runde und Osteuropa, *WiRo* 3 (1994), 221–222
- Gilson, Bernard*: La loi russe sur les investissements étrangers du 4 Juillet 1991, *Clunet* 119 (2) (1992), 921–943
- Girvan, Norman*: Corporate Imperialism; Conflict and Expropriation – Transnational Corporations and Economic Nationalism in the Third World, New York 1976
- Glatter, Joachim*: Neue Regeln über internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Volksrepublik China, *RIW* 42 (1996), Beilage 2 zu Heft 6/1996, 11–16
- Glossner, Ottoarndt/Bartels, Martin*: Internationale Bergbauvorhaben und Vertragspraxis für die Beilegung von Streitigkeiten, *RIW* 28 (1982), 555–561
- Goldman, Berthold*: Frontières du droit et „lex mercatoria“, *Archives de Philosophie du Droit* 9 (1964), 177–192
- Les conflits de lois dans l' arbitrage international de droit privé, *RdC* 109 (1973 II), 347–483
- La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives, *Clunet* 106 (1979), 475–505
- Les problèmes spécifiques de l'arbitrage international, *Rev. arb* 1980, 323–372
- Anmerkung zu Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 12. Juli 1984, *Clunet* 112 (1985), 130

- The Applicable Law: General Principles of Law – The *lex mercatoria*, in Lew, Julian, D. M. (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, London 1986, S. 113–125
- Anmerkung zu Cour cass., Entscheidung vom 6. Januar 1987, *Clunet* 114 (1987), 638
- Nouvelles réflexions sur la *lex mercatoria*, in *Etudes De Droit International en l'Honneur de Pierre Lalive*, Bâle 1993, S. 241–255
- Goldschmidt*, Werner: *Transactions Between States and Public Firms and Foreign Private Firms (A Methodological Study)*, *RdC* 136 (1972-II), 203–329
- Goleva*, Polja: Bulgarien: Neue Bestimmungen über die Schiedsgerichtsbarkeit, *WiRO* 2 (1993), 131–133
- Bulgarien: Änderung und Ergänzungen des Gesetzes über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, *WiRO* 3 (1994), 53–54
- Goltz*, Horst: Förderung privater Kapitalanlagen (Direktinvestitionen) in Entwicklungsländern; *Beilage Nr. 5/69 zu Heft 9 vom 28. Februar 1969*, *DB* 22 (1969), 1–8
- Gottwald*, Peter: Die sachliche Kontrolle internationaler Schiedssprüche durch staatliche Gerichte, in *Festschrift für Heinrich Nagel*, Münster 1987, S. 54–69
- in Lücke, Gerhard/Walchshöfer, Alfred (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur ZPO*, Band 3, §§ 803–1048, *EGZPO*, *GVG*, *EGGVG*, *Internationales Zivilprozeßrecht*, München 1992
- in Rebmann, Kurt/Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2. Schuldrecht. Allgemeiner Teil. §§ 241–432. 3. Aufl., München 1994, unter § 317 BGB
- Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Generalbericht in Gottwald, P (Hrsg.), *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit. Arbitrage International – International Arbitration. Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht*, Band 9, 1997, S. 3–160
- Gramlich*, Ludwig: *Rechtsgestalt, Regelungstypen und Rechtsschutz bei grenzüberschreitenden Investitionen*, Baden-Baden 1984
- Das Übereinkommen zur Errichtung einer „Multilateral Investment Guarantee Agency“, *östZöfFR* 38 (1987), 1–33
- Gray*, Christine/*Kingsbury*, Benedict: *Developments in Dispute Settlement. Inter-State Arbitrations since 1945*, *BYIL* 63 (1992), 97–134
- Greenwood*, Christopher: *State Contracts in International Law – The Libyan Oil Arbitration*, *BYIL* 53 (1982), 27–81
- Gross*, Peter Q. C.: Separability Comes of Age in England: *Harbour v. Kansa* and Clause 3 of the Draft Bill, 11 *Arb. Int* (1) (1995), 85–95
- Gruss*, Hans Jürgen: Enteignung und Aufhebung von Erdölkonzessionen: Der Schiedsspruch im libyschen Erdölstreit, *ZaöRV* 39 (1979), 782–806

- Gudgeon*, Scott K.: Arbitration Provisions of U.S. Bilateral Investment Treaties, in Rubin, Seymour J./Nelson, Richard W. (eds.), *International Investment Disputes, Avoidance and Settlement*, 1985, S. 41–56
- Gueorguiev*, Emile: La loi bulgare sur l'arbitrage commercial international, *Rev. arb* 1996 (1) 39–47
- Haas*, Ulrich: *Anerkennung und Vollstreckung ausländischer und internationaler Schiedssprüche*, Berlin 1991
- Die Reform des englischen Schiedsverfahrensrechts – Der englische Arbitration Act 1996, *ZZPInt* 2 (1997), 409–432
- Habscheid*, Walther J.: Schiedsgerichtsbarkeit und Staatsaufsicht, *KTS* 20 (1959), 113–120
- Die sogenannte Schiedsgerichtsbarkeit der Internationalen Handelskammer. Zur neuen Fassung (ab 1. Januar 1998) ihrer Schiedsgerichtsordnung, *RIW* 44 (1998), 421–425
- Haddad*, Hamzeh A.: Inter-Arab Conventions on Commercial Arbitration, in Kemiha, Fathi (ed.), *Euro-Arab Arbitration III*, 1991, S. 48–56
- Häde*, Ulrich: Der völkerrechtliche Schutz von Direktinvestitionen im Ausland. Vom Fremdenrecht zum Multilateralen Investitionsabkommen, *Archiv des Völkerrechts* 35 (1997), 181–212
- Hahn*, Hugo J./*Gramlich*, Ludwig: Regelungstypen internationaler Investitionen, *Archiv des Völkerrechts* 21 (1983), 145–238
- Hailbronner*, Kay: Foreign Investment in Developing Countries in Public International Law, in Oppermann, Thomas/Petersmann, Ernst-Ulrich/Hailbronner, Kay (eds.), *Reforming The International Economic Order*, Berlin 1987, S. 99–124
- Hanotiau*, Bernard: Dépêche in Choice-of-Law: An Analysis, in: *Le contrat économique international stabilisé et évolution*, 1973, 1-A-3.
- L'arbitrabilité et la favor arbitrandum: un réexamen, *Clunet* 121 (2) (1994), 899–966
- Anmerkung zu Tribunal de Commerce de Bruxelles, Entscheidung vom 5. Oktober 1994, *Rev. arb* 1995, 311
- Hanotiau*, Bernard/*Block*, Guy: Note to The Law of 19 May 1998 Amending Belgian Arbitration Legislation, 15 *Arb. Int* (1) (1999), 97–100
- Hascher*, Dominique: Anmerkung zu ad-hoc sentence arbitrale Lausanne 18. November 1983, *Rev. arb* 1989, 339
- Haubold*, Dietmar: Entwicklung und Förderung der amerikanischen Direktinvestitionen, in Scharrer, Hans-Eckart (Hrsg.), *Förderung privater Direktinvestitionen. Eine Untersuchung der Maßnahmen bedeutender Industrieländer*, Hamburg 1972, S. 89–227
- Hausmann*, Rainer: Einheitliche Anknüpfung internationaler Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen? in *Festschrift für Werner Lorenz zum 70. Geburtstag*, Tübingen 1991, S. 359–378

- van Hecke, George A.*: Le projet de convention de l'OCDE sur la protection des biens étrangers, RGDIP 68 (2) (1964), 641–664
- International Contracts and Domestic Legislative Policies, in Festschrift für Frederik Alexander Mann zum 70. Geburtstag, München 1977, S. 183–191
- Heger, Susanne*: Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in Osteuropa, RIW 45 (1999), 481–487
- Heini, Anton*: Die Anwendung wirtschaftlicher Zwangsmaßnahmen im internationalen Privatrecht, in Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht 22 (1982), S. 37–53
- Der materiellrechtliche ordre public im neuen schweizerischen Recht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, in Festschrift für Walther J. Habscheid zum 65. Geburtstag, am 6. April 1989, Bielefeld 1989, S. 153–159
- Herdegen, Matthias*: Wirkungen von Schiedssprüchen in Streitigkeiten zwischen Privatpersonen und fremden Staaten, RIW 35 (1989), 329–337
- Diskussionsbeitrag, in Böckstiegel, Karl-Heinz (Hrsg.), Rechtsfortbildung durch Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, 1989, S. 189–197
- Internationales Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 1995
- Investitionsschutz in Lateinamerika, ZvglRWiss 94 (1995), 341–352
- Hermann, A. H.*: Disputes between States and Foreign Companies, in Lew, Julian, D. M. (ed.), Contemporary Problems in International Arbitration, London 1986, S. 250–263
- Heß, Burkhard*: The International Law Commission's Draft Convention on the Jurisdictional Immunities of States and Their Property, European Journal of International Law 4 (1993), 269–282
- Heuser, Robert*: Die Schiedsgerichtsbarkeit im Wirtschaftsverkehr mit der Volksrepublik China, RIW 25 (1979), 440–447
- Higgins, Rosalyn*: The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law, RdC 176 (1982-III), 259–392
- Highet, Keith*: The Enigma of the lex mercatoria, TulLReview 63 (1989), 613–628
- Hill, Thomas H.*: Sovereign Immunity and the Act of State Doctrin, Theory and Policy in United States Law, RabelsZ 46 (1982), 118–164
- Hilpold, Peter*: Die Uruguay-Runde – Eine Bestandsaufnahme, ZvglRWiss 93 (1994), 419–479
- Die Fortentwicklung der WTO-Ordnung. Materielle und institutionelle Aspekte unter besonderer Berücksichtigung der Ministerkonferenz von Singapur und der nachfolgenden Umsetzungsmaßnahmen, RIW 44 (1998), 90–101
- Hirsch, Moshe*: The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes 1993
- Hobér, Kaj*: Enforcing Foreign Arbitral Awards Against Russian Entities, 10 Arb. Int (1) (1994), 17–51

- Hochstrasser, Daniel*: Choice of Law and „Foreign“ Mandatory Rules in International Arbitration, *JIntArb* 11 (1) (1994), 57–86
- Hoellering, Michael F.*: Das Recht der Schiedsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten und seine Bedeutung für den deutsch-amerikanischen Wirtschaftsverkehr, in Böckstiegel, Karl-Heinz (Hrsg.), *Schiedsgerichtsbarkeit im deutsch-amerikanischen Wirtschaftsverkehr*, Köln 1985, S. 5–23
- *Emerging Techniques of Private Dispute Resolution in Long-Term Contracts*, in Nicklisch, Fritz (Hrsg.), *Der komplexe Langzeitvertrag – Strukturen und internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, Heidelberg Kolloquium, Technologie und Recht 1986, S. 523–541
- von Hoffmann, Bernd*: *Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, Berlin 1970
- Zur Nationalität internationaler Schiedssprüche, *IPRax* 1 (1981), 30–32
- „Lex mercatoria“ vor internationalen Schiedsgerichten, *IPRax* 4 (1984), 106–108
- Grundsätzliches zur Anwendung der „lex mercatoria“ durch internationale Schiedsgerichte, in Festschrift für Gerhard Kegel zum 75. Geburtstag, Stuttgart – Berlin – Köln – Mainz 1987, S. 215–233
- Die Novellierung des deutschen Schiedsverfahrensrechts, *IPRax* 6 (1986), 337–340
- Staatsunternehmen im Internationalen Privatrecht, in *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Heft 25 (1984), Staatsunternehmen im Völkerrecht und im Internationalen Privatrecht, S. 35–70
- Anmerkungen zum neuen internationalen Schiedsrecht der Schweiz, in Böckstiegel, Karl-Heinz (Hrsg.), *Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz (II)*, das neue Recht ab 1. Januar 1989, S. 147–161
- Staatliche Hoheitsakte im internationalen Wirtschaftsverkehr, Referat im Kolloquium der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS) vom 23. April 1996, berichtet bei Thorn, K., Staatliche Hoheitsmaßnahmen und Schiedsverfahren, Beilage 15 zu BB Heft 37/1996, S. 15–17
- Holthus, Manfred*: Entwicklung und Förderung der japanischen Direktinvestitionen, in Scharrer, Hans-Eckart (Hrsg.), *Förderung direkter Investitionen. Eine Untersuchung der Maßnahmen bedeutender Industrieländer*, Hamburg 1972, S. 401–467
- Holtzmann, Howard M./Neuhaus, Joseph*: *A Guide to the UNCITRAL-Model Law on International Commercial Arbitration*, Deventer 1989
- Horlick, Gary N./De Busk, Amanda F.*: Dispute Resolution under NAFTA – Building on the US-Canada FTA, GATT and ICSID, *JIntArb* 10 (1) (1993), 51–71
- Horlick, Gary N./Marti, Alicia L.*: NAFTA Chapter 11B – A Private Right of Action to Enforce Market Access Through Investments, *JIntArb* 14 (1) (1997), 43–54
- Horn, Norbert*: *Das Recht der internationalen Anleihen*, Frankfurt a/Main 1972
- Die Entwicklung des internationalen Wirtschaftsrechts durch Verhaltensrichtlinien, *RabelsZ* 44 (1980), 423–454
- Neuverhandlungspflicht, *AcP* 181 (1981), 255–288

- Normative Grundprobleme einer „Neuen Weltwirtschaftsordnung“, in Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag II, München 1982, S. 149–166
- Die Anpassung langfristiger Verträge im internationalen Wirtschaftsverkehr. Vertragsklauseln und Schiedspraxis, in Horn, Norbert/Fontaine Marcel/Maskow, Dietrich/Schmithoff, Clive M. (Hrsg.), Die Anpassung langfristiger Verträge: Vertragsklauseln und Schiedspraxis 1984, Frankfurt a/Main, S. 9–71
- Procedures of Contract Adaptation and Renegotiation in International Commerce, in Horn, Norbert (Hrsg.), Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance, Boston, London, Frankfurt a/Main, 1985, S. 173 ff.
- Horn, Norbert/Schütze, Rolf, A.: Wirtschaftsrecht und Außenwirtschaftsverkehr der Volksrepublik China, Berlin 1987*
- Horsmans, Guy: Actualité et évolution du droit belge de l'arbitrage, Rev. arb 1990, 797–834*
- Horváth, Eva: Arbitration in Central and Eastern Europe, JIntArb 11 (2) (1994), 5–17*
- The New Arbitration Act in Hungary, JIntArb 12 (3) (1995), 53
- van Houtte, H.: L'arbitrage: son territoire et ses frontières, RDIDC 49 (1976), 140–151*
- La loi belge du 27 Mars 1985 sur l'arbitrage international, Rev. arb 1986, 29–42
- von Hülsen, Hans-Viggo: Die Gültigkeit von internationalen Schiedsvereinbarungen, Berlin 1973*
- Huemer, Stefan: Das Multilaterale Investitionsabkommen und die Rolle der OECD, Berichte und Studien der Österreichischen Nationalbank, Heft 2/1995, S. 63–70*
- Hurewitz, Jacob Coleman: Diplomacy in the Near and Middle East, Band II, Toronto 1956*
- Hußlein-Stich, Gabrielle: Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 1990*
- Hyde, James N.: Economic Development Agreements, RdC 105 (1962-I), 265–374*
- Igbokwe, Virtus Chitto: Developing Countries and the Law Applicable to International Arbitration On Oil Investment Disputes. Has the Last Word Been Said? JIntArb 14 (1) (1997), 99–124*
- Ipsen, Knut/Halter, Ulrich R.: Rule of Law in den internationalen Wirtschaftsbeziehungen: Die Welthandelsorganisation, RIW 40 (1994), 717–723*
- Issad, Mohand: Le Décret législatif algérien du 23 Avril 1993 relatif à l'arbitrage international, Rev. arb 1993, 377–400*
- Jackson, John H.: The Birth of the GATT-MTN System: A Constitutional Appraisal, Law and Policy in International Business 12 (1980), 36–58*
- Observations sur les résultats du cycle de l'Uruguay, RGDIP 98 (1994), 675–688

- The WTO Dispute Settlement Understanding – Misunderstandings on the Nature of Legal Obligation, *AJIL* 91 (1997), 60–64
- Jacquet, Jean-Michel*: Principe d'autonomie et contrats internationaux, Paris 1983
- L'Etat opérateur du commerce international, *Clunet* 116 (1989 II), 621–690
- Jaenique, G.*: Consequences of a Breach of an Investment Agreement Governed by International Law, by General Principles of Law, or by Domestic Law of the Host State, in Dicke, Detlev Chr. (Hrsg.), *Foreign Investment in the Present and a New International Economic Order*, Fribourg 1987, S. 177–193
- Comments on Bouchez: The Prospects for International Arbitration Disputes Between States and Private Enterprises, in Soons, Alfred, A. (Hrsg.), *International Arbitration: Past and Prospects*, Dordrecht 1990, S. 155–165
- Jalili, Mahir*: International Arbitration in Iraq, *JIntArb* 4 (3) (1987), 109–130
- Jansen, Bernard*: Die neue Welthandelsorganisation (World Trade Organization – WTO), *EuZW* 11 (1994), 333–342
- Jarvin, Sigvard*: Anmerkung zu ICC-Schiedsspruch Nr. 3938/1982, *Clunet* 111 (1984), 926–938
- Anmerkung zu ICC-Schiedsspruch Nr. 5118/1986, *Clunet* 114 (1987), 1028
- Jennings, Robert Y.*: State Contracts in International Law, *BYIL* 37 (1961), 156–182
- Jessup, P. C.*: Transnational Law, New Haven (Conn.) 1956
- Joly, Françoise*: Etats-Unis: une réforme de 1988 restreint le domaine des immunités des états étrangers en matière d'arbitrage, *Rev. arb* 1990, 607–616
- Juenger, Friedrich K.*: Lex mercatoria und Eingriffsnormen, in *Festschrift für Fritz Rittner zum 70. Geburtstag*, München 1991, S. 233–249
- Jürgensen, Thomas*: WTO-Konformität der reformierten Gemeinsamen Marktorganisation für Bananen, *RIW* 45 (1999), 241–249
- Jüttner, Heinrich*: Förderung und Schutz deutscher Direktinvestitionen in Entwicklungsländern (unter besonderer Berücksichtigung der Wirksamkeit von Investitionsförderungsverträgen), Baden-Baden 1973
- Juillard, Patrick*: Les conventions bilatérales d'investissement conclues par la France, *Clunet* 106 (1979), 274–325
- Les conventions bilatérales d'investissements conclues par la France avec des pays n'appartenant pas à la zone franc, *AFDI* 28 (1982), 760–763
- Investissements, *AFDI* 29 (1983), 589–605
- Kahale, George*: New Legislation in the United States Facilitates Enforcement of Arbitral Agreements and Awards Against Foreign States, *JIntArb* 6 (2) (1989), 57–64
- Kahn, Philippe*: Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française, *Clunet* 92 (1965), 338–390

- Anmerkung zu Tribunal de Grande Instance de Paris, Entscheidung vom 29. November 1972, *Clunet* 100 (1973), 230
- Force majeure et contrats internationaux de longue durée, *Clunet* 102 (1975), 467–485
- Contrats d’Etat et nationalisation – les apports de la sentence arbitrale du 24 mars 1982, *Clunet* 109 (1982), 844–909
- Souveraineté de l’Etat et règlement du litige, *Régime juridique du contrat d’Etat*, *Rev. arb* 1985, 641–661
- Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international, *Clunet* 116 (1) (1989), 305–327
- Kaiser*, Rudolf: Das Europäische Übereinkommen über die internationale Handelschiedsgerichtsbarkeit vom 21. April 1961, Zürich 1967
- Kaissis*, Athanassios: Anfechtung von Schiedssprüchen, 2. Aufl., Thessaloniki 1989, in griechischer Sprache
- Kallel*, S.: The Tunesian Draft Law on International Arbitration, *JIntArb* 9 (4) (1992), 71–92
- Kamenova*, Tsvetlana: Bilateral Investment Agreements in the Peaceful Settlement of International Disputes in Europe: Future Prospects, in *Bardonnnet, Daniel* (ed.), *Hague Academy of International Law Workshop*, The Hague 6–8 September 1990, Dordrecht 1991, S. 115–121
- Kappus*, Andreas: „Conflict Avoidance“ durch „Lex mercatoria“ und UN-Kaufrecht 1980, *RIW* 36 (1990), 788–794
- Einzug der „lex mercatoria“ in das englische House of Lords, *IPRax* 10 (1990), 133–135
- Karl*, Joachim: Neue Entwicklugen beim internationalen Investitionsschutz, *RIW* 40 (1994), 809–817
- Das Multilaterale Investitionsabkommen (MAI), *RIW* 44 (1998), 432–440
- Kassis*, Antoine: *Theorie générale des usages de commerce – droit comparé, contrats et arbitrage internationaux, lex mercatoria*, Paris 1984
- Kaufmann-Kohler*, Gabrielle: Le lieu de l’arbitrage à l’aune de la mondialisation. Réflexions à propos de deux formes récentes d’arbitrage, *Rev. arb* 1998, 517–536
- Kegel*, Gerhard: *Internationales Privatrecht*, 7. Aufl., München 1995
- Kessedjian*, Catherine: Anmerkung zu Cour d’appel de Paris, Entscheidung vom 20. Januar 1987, *Rev. arb* 1987, 483
- Keutgen*, Guy: Le droit belge de l’arbitrage – aspects actuels, in *Festschrift für Ottoarndt Glossner zum 70. Geburtstag*, Paris – Köln – Bonn 1994, S. 165–176
- Khadjavi-Gontard*, Bardia/*Hausmann*, Rainer: Zurechenbarkeit von Hoheitsakten und subsidiäre Staatshaftung bei Verträgen mit ausländischen Staatsunternehmen, *RIW/AWD* 26 (1980), 533–544

- Killmann, Bernd-Roland*: The Access of Individuals to International Trade Dispute Settlement, *JIntArb* 13 (3) (1996), 143–169
- Mc Kinney, Joseph A.*: Dispute Settlement under the US-Canada Free Trade Agreement, *JIntArb* 8 (4) (1991), 89–102
- Kipp, Heinrich*: Verträge zwischen staatlichen und nicht-staatlichen Partnern, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* 5 (1964), 133–193
- Kiszczyk, Laurenti*: Ukrainisches Gesetz über internationale Handelsarbitrage, *RIW* 41 (1995), 641–650
- Klein, Frédéric-Edouard*: *Considérations sur l'arbitrage en droit international privé*, Bâle 1955
- Autonomie de la volonté et arbitrage, *RCDIP* 47 (1958), 255–284 und 479–494
- Das Europäische Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, *ZZP* 76 (1963), 342–370
- Internationale Schiedsverfahren und nationale Rechtsordnungen, *SchwJahrInt-Rechts* 24 (1967), 87 ff.
- The Law to be applied by the Arbitrators to the Substance of the Dispute, in *Liber Amicorum for Pieter Sanders*, Antwerpen 1982, S. 189–206
- Klinger, Hans*: *VwGO Kommentar*, 2. Aufl., Göttingen 1964
- Knack, Hans Joachim/Busch, Jost-Dietrich/Clausen, Wolfgang/Henneke, Hans-Günter/Klappstein, Walter*: *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), Kommentar*, 6. neubearbeitete und erweiterte Auflage, München 1998
- Knoepfler, François*: Anmerkung zu Tribunal Fédéral Suisse, Entscheidung vom 23. Juni 1992, *Rev. arb* 1993, 691
- Koch, Chrisopher*: Die neue Schiedsgerichtsordnung der Internationalen Handelskammer, *RIW* 45 (1999), 105–108
- Köbler, R.*: Die „*clausula rebus sic stantibus*“ als allgemeiner Rechtsgrundsatz, 1990
- Köpernick, Gerhard*: Das Instrumentarium des Bundes zur Förderung privater Direktinvestitionen in Entwicklungsländern, *RIW* 25 (1979), 669–675
- Kohona, Palitha T. B.*: Dispute Resolution under the World Trade Organization – an Overview, *JWTL* 28 (2) (1994), 23–47
- Kokkini- Iatridou, D./De Waart, P. J. I. M.*: Economic Disputes between States and Private Parties. Some Legal Thoughts on the Institutionalization of Their Settlement, *NILR* 33 (1986), 289–333
- Komuro, Norio*: The WTO-Dispute Settlement Mechanism; Coverage and Procedures of the WTO Understanding, *JIntArb* 12 (3) (1995), 81–171
- Kopp, Ferdinand O.*: *Verwaltungsverfahrenrecht*, 6. Aufl. München 1996
- Koussoulis, Stelios*: Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in Griechenland, in *Gottwald, Peter (Hrsg.), Internationale Schiedsgerichtsbarkeit. Arbitrage International – International Arbitration, Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht, Band 9*, 1997, S. 405–420

- Krägenau, Henry*: Entwicklung und Förderung der deutschen Direktinvestitionen, in Scharer, Hans-Echart (Hrsg.), Förderung direkter Investitionen. Eine Untersuchung der Maßnahmen bedeutender Industrieländer, Hamburg 1972, S. 471–618
- Krafft, Matthias-Charles*: Les accords bilatéraux sur la protection des investissements conclus par la Suisse, in Dicke, Detlev Chr. (ed.), Foreign Investment in the Present and a New International Economic Order, Fribourg 1987, S. 72–101
- Kröll, Stefan*: Ergänzung und Anpassung von Verträgen durch Schiedsgerichte, Dissertation Köln 1998, Köln, Berlin 1998
- Kronke, Herbert*: Internationale Schiedsverfahren nach der Reform, RIW 44 (1998), 257–264
- Krüger, Hilmar*: Schiedsklauseln im Libyen-Geschäft – ein hoffnungsloser Fall, RIW 35 (1989) 535–537
- Allgemeiner Rechtszustand und internationales Privatrecht der Republik Jemen, RIW 39 (1993), 28–32
- Kurkowski, Elzbieta*: Role and Jurisprudence of the International Centre for Settlement of Investment Disputes, Revue de Droit international 71 (1993), 151–194
- Kuschel, Hans-Dieter*: Bananenstreit – und kein Ende? Entscheidung des WTO-Streitschlichtungsgremiums zur Einfuhrregelung der EG, RIW 44 (1998), 122–127
- Kuss, Klaus-Jürgen*: Neues Investitionsrecht in Polen, RIW 35 (1989), 260–271
- Das neue polnische Investitionsgesetz im östeuropäischen Kontext und Wirtschaftsrecht und Rechtsschutz in Ostmitteleuropa – Polen, Tschechoslowakei, Ungarn, RIW 37 (1991), Beilage 3 zu Heft 11/1991, 1–20
- Kuusi, Juha*: The Host State and the Transnational Corporation: An Analysis of Legal Relationships 1979
- Kuyper, Pieter Jan*: The European Community and Arbitration, in Soons, Alfred, A (Hrsg.), International Arbitration, Past and Prospects, Dordrecht 1990, S. 181–188
- Lämmerzahl, Monika*: Der völkerrechtliche Schutz von Investitionen der Unternehmen kapitalistischer Industriestaaten in Entwicklungsländern (unter besonderer Berücksichtigung der USA und der BRD), Potsdam 1984
- Lagarde, Paul*: Approche critique de la lex mercatoria, in: Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman 1982, S. 125–150
- Lalive, Jean-Flavien*: Contracts between a State or a State Agency and a Foreign Company, ICLQ 13 (2) (1964), 987–1021
- Un grand arbitrage pétrolier entre un gouvernement et deux sociétés privées étrangères (arbitrage Texaco/Calasiatic c. Gouvernement Libyen), Clunet 104 (1977), 319–389
- Swiss Law and Practice in Relation to Measures of Execution Against the Property of a Foreign State, NYIL 10 (1979), 153–166

- Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents, RdC 181 (1983 III), 9–283
- Lalive, Pierre*: Aspects procéduraux de l'arbitrage entre un Etat et un investisseur étranger dans la Convention du 18 Mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, in *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées*, 1969, S. 125–126
- L'influence des clauses arbitrales, RBDI 11 (1975), 570–580
- Les règles de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse, Rev. arb 1975, 155–185
- L'Etat en tant que partie à des contrats de concession ou d'investissement conclus avec des sociétés privées étrangères, in UNIDROIT (Hrsg.), *New Directions in International Trade*, Band I, Dobbs Ferry, New York 1977, S. 317 ff.
- Jurisprudence suisse de droit international privé, SchwJIntR 34 (1978), S. 392 ff.
- Sur une notion du „Contrat International“, in *Festschrift für Kurt Lipstein aus Anlaß seines 70. Geburtstages*, Heidelberg 1980, S. 135–155
- Problèmes spécifiques de l'arbitrage international, Rev. arb 1980, 341–372
- Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international, Rev. arb 1986, 329–373
- Transnational (or Truly International) Public Policy, in Sanders, Pieter (Hrsg.), *ICCA Congress Series No 3*, New York 6–9 Mai 1986, S. 257–318
- Arbitration with States or State-Controlled Entities: Some practical Questions, in Lew, Julian, D. M. (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, London 1986, S. 289–296
- Note sur la jurisprudence suisse en matière d'immunités des Etats, Clunet 114 (2) (1987), 1000–1008
- Einleitung in das neue internationale Schiedsgerichtsrecht in der Schweiz, in Böckstiegel, Karl-Heinz (Hrsg.), *Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz (II)*, das neue Recht ab 1. Januar 1989, S. 5–11
- Lalive, Pierre/Gaillard, Emmanuel*: Le nouveau droit de l'arbitrage international en Suisse, Clunet 116 (2) (1989), 905–963
- Lando, Ole*: Renegotiation and Revision of International Contracts, An Issue in the North-South Dialogue, GYIL 23 (1980), 37–59
- Conflict-of-Law Rules for Arbitrators, in *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, Tübingen 1981, S. 157–178
- The lex mercatoria in International Commercial Arbitration, ICLQ 34 (1985), 747–768
- The Law Applicable to the Merits of the Dispute, in Lew, Julian, D. M. (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, London 1986, S. 101–112
- The Law Applicable to the Merits of the Dispute, 2 Arb. Int (1986), 104–115

- Langkeit von, Jochen*: Staatenimmunität und Schiedsgerichtsbarkeit, Dissertation Berlin 1989
- Lankarani El-Zein, Leila*: Quelques remarques sur la sentence S.P.P. c. La République Arabe d' Egypte, RBDI 27 (2) (1994), 533–558
- de Laubadère, André/Moderne, Frank/Delvolvé, Pierre*: Traité des contrats administratifs, Band 1, 2. Aufl., Paris 1983.
- Lauterpacht, Hersch*: Private Law Sources and Analogies of International Law, 1927
- Lavie, Jean-Pierre*: Protection et promotion des investissements, Paris 1985
- Layton, Robert*: Changing Attitudes Toward Dispute Resolution in Latin America, JIntArb 10 (2) (1993), 123–141
- Lazareff, Serge*: Mandatory Extraterritorial Application of National Law, 11 Arb. Int (1) (1995), 137–150
- Leben, Charles*: Les modes de cooperation entre pays en développement et entreprises multinationales dans le secteur de la production des matières premières minérales, Clunet 107 (1980), 539–604
- Les investissements miniers internationaux dans les pays en développement: Réflexions sur la décennie écoulée (1976–1986), Clunet 113 (2) (1986), 895–957
- Leboulanger, Philippe*: Les contrats entre Etats et entreprises étrangères, Paris 1985
- Etat, politique et arbitrage – L'affaire du Plateau des Pyramides, Rev. arb 1986, 3–28
- Groupes d'Etat(s) et arbitrage, Rev. arb 1989, 415–443
- Lee, João Bosco*: Le nouveau régime de l'arbitrage au Brésil, Rev. arb 1997, 199–228
- Lenga, Gerd*: Rußland: Gesetz über ausländische Investitionen, WiRO 1 (1992), 43–52
- Level, Patrice*: Anmerkung zu Cour cass., Entscheidung vom 2. Mai 1964, Clunet 93 (1966), 649
- L'arbitrabilité, Rev. arb 1992, 213–240
- Lew, Julian D. M.*: Applicable Law in International Commercial Arbitration 1978
- Lillich, Richard B.*: The Law Governing Disputes under Economic Development Agreements: Reexamining The Concept of „Internationalization“, in Lillich, Richard B/Brower, Charles N (Hrsg.), International Arbitration in the 21st Century: Awards, „Judicialization“ and Uniformity? Boston 1994. The Twelfth Sokol Colloquium, S. 61–114
- Lionnet, Klaus*: Überlegungen zu Vereinbarungen des auf das schiedsrichterliche Verfahren anwendbaren Rechts, in Glossner, Ottoarndt (Hrsg.), Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit, 1989, Heidelberg 1990, S. 52–63
- ICC Rules of Arbitration, Beilage 13 zu BB Heft 37/1997, S. 15–18

- Lörcher, Gino*: Wie zwingend sind in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit zwingende Normen einer „dritten“ Rechtsordnung? BB-Beilage 17/1993, S. 3–8
- Towards a Reform of the German Rules Governing Arbitration, 11 Arb. Int (1995), 391–396
- Loos, Christa*: Die Schiedsgerichtsbarkeit in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Dissertation Kiel 1984
- Loquin, Eric*: L'amiable compositeur en droit comparé et international, Paris 1980
- Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international, Clunet 110 (1983), 292–345
- Anmerkung zu Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 20. Januar 1987, Clunet 114 (1987), 934
- Anmerkung zu Cour cass., Entscheidung vom 9. November 1993, und Cour cass., Entscheidung vom 20. Dezember 1993, Clunet 121 (2) (1994), 690
- Lorenz, Dieter*: Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, München 1973
- Lorenz, Egon*: Die Rechtswahlfreiheit im internationalen Schuldvertragsrecht, RIW 33 (1987), 569–584
- Lorenz, W.*: Die lex mercatoria: eine internationale Rechtsquelle? in Festschrift für Karl Neumayer, 1986, S. 407–429
- Lowenfeld, Andreas E.*: Lex mercatoria – An Arbitrator's View? 6 Arb. Int (1990), 178–190
- Lukas, Martin*: The Role of Private Parties in the Enforcement of the Uruguay Round Agreements, JWTL 29 (5) (1995), 181–206
- Luzzatto, Riccardo*: International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States, RdC 157 (1977-IV), 9–120
- Maier, Hans-Jakob*: Europäisches Übereinkommen und UN-Übereinkommen über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Köln 1966
- in Lücke, G./Walchshöfer, A (Hrsg.), Münchener Kommentar zur ZPO, Band 3 §§ 803–1048, EGZPO, GVG, EGGVG, Internationales Zivilprozeßrecht, § 1044, München 1992
- Makarczyk, Jerzy*: Principles of a New International Economic Order – A Study of International Law in the Making, Dordrecht 1988
- Maniruzzaman, A. F. M.*: International Arbitration and Mandatory Public Law Rules in the Context of State Contracts: An Overview, JIntArb 7 (3) (1990), 53–64
- State Contracts with Aliens – The Question of Unilateral Changes by the State in Contemporary International Law, JIntArb 9 (4) (1992), 141–171
- Conflict of Laws Issues in International Arbitration: Practice and Trends, 9 Arb. Int (4) (1993), 371–403

- International Commercial Arbitration: The Conflict of Laws Issues in Determining the Applicable Substantive Law in the Context of Investment Agreements, NILR 40 (1993), 201–237
- Mann, Frederik-Alexander*: The Law Governing State Contracts, BYIL 21 (1944), 11–33
- The Proper Law of Contracts Concluded by International Persons, BYIL 35 (1959), 34–57
- State Contracts and State Responsibility, AJIL 54 (1960), 572–591
- State Contracts and International Arbitration BYIL 42 (1967), 1–37
- Lex facit arbitrum, in International Arbitration, Liber Amicorum for Martin Domke, Sanders, Pieter (Hrsg.), The Hague 1967, S. 157–183
- Internationale Schiedsgerichte und nationale Rechtsordnung, ZHR 130 (1968), 97–129
- Eingriffsgesetze und Internationales Privatrecht, in Festschrift für Eduard Wahl zum 70. Geburtstag am 29. März 1973, Heidelberg 1973, S. 139–160
- State Contracts and International Arbitration, in Mann, Frederik-Alexander (Hrsg.), Studies in International Law, Oxford 1973, S. 256–301
- State Contracts and State Responsibility, in Mann, Frederik-Alexander (Hrsg.), Studies in International Law, Oxford 1973, S. 302–326
- The Theoretical Approach Towards The Law Governing Contracts Between States and Private Persons, RBDI 11 (1975), 562–567
- Schiedsrichter und Recht, in Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, am 12 September 1978, Köln 1978, S. 593–619
- Sonderanknüpfung und zwingendes Recht im international Privatrecht, in Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag, Berlin 1979, S. 607–624
- The State Immunity Act 1978, BYIL 50 (1979), 43–62
- British Treaties for the Promotion and Protection of Investments, BYIL 52 (1981), 241–254
- The Aminoil Arbitration, BYIL 54 (1983), 213–221
- England Rejects „Delocalized“ Contracts and Arbitration, ICLQ 33 (1984), 193–198
- Zur Nationalität des Schiedsspruches, in Festschrift für Walter Oppenhoff zum 80. Geburtstag, München 1985, S. 215–226
- Zu den öffentlichen Ansprüchen ausländischer Staaten. Ein Rückblick nach 30 Jahren, in Festschrift für Gerhard Kegel zum 75. Geburtstag, 26 Juni 1987, Stuttgart 1987, S. 95–118
- State Corporations in International Relations, in Liber Amicorum for The Rt. Hon. Lord Wilberforce, Oxford 1987, S. 131–148
- Staatsunternehmen in internationalen Handelsbeziehungen, RIW 33 (1987), 186–193

- Marceau, G.*: NAFTA and WTO Dispute Settlement Rules. A Thematic Comparison, JWTL 13 (2) (1997), 25–81
- Markert, Thomas*: Rohstoffkonzessionen in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Baden-Baden 1989
- Martiny, Dieter*: Der deutsche Vorbehalt gegen Art. 7 des EG-Schuldvertragsübereinkommens vom 19.6.1980 – seine Folgen für die Anwendung ausländischen zwingenden Rechts, IPRax 7 (1987), 277–280
- in Reithmann, Christoph/Martiny Dieter (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, 5. Aufl., Köln 1996, RdNr. 47
- Maschke, Otto M.*: Investitionsschutzabkommen – Neue vertragliche Wege im Dienste der österreichischen Wirtschaft, östZöfR 37 (1986), 201–259
- Massie, Robert. J.*: Settlement of Disputes in Overseas Investment Guaranty Contracts: The Problem of Investor Behaviour in the Host Country, ColJTranL 12 (1973), 557–580
- Matray, Lüttich*: Embargos und Leistungsverbote, Referat im Kolloquium der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS) vom 23. April 1996, berichtet bei Thorn, K, Staatliche Hoheitsmaßnahmen und Schiedsgerichtsverfahren, Beilage 15 zu BB Heft 37/1996, S. 15–17
- Mattei-Dawance, Geneviève*: L'arbitrage en droit public, Gaz. Pal. 1987, II, 470–471
- Maxwell, Karen*: International Arbitration in England, in Gottwald, Peter (Hrsg.), Internationale Schiedsgerichtsbarkeit. Arbitrage International – International Arbitration, Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht, Band 9, 1997, S. 315–363
- Mayer, Pierre*: Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence, RCDIP 68 (1979), 1–29, 349–388
- Les lois de police étrangères, Clunet 108 (1981), 277–345
- Le mythe de l'„ordre juridique de base“ (ou Grundlegung), in: Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman 1982, S. 199–216
- Mandatory Rules of Law in International Arbitration, 2 Arb. Int (1986), 276–293, 322
- La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat, Clunet 113 (1986–I), 5–78
- L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence, RdC 217 (1989–V), 319–454
- Anmerkung zu Cour d' Appel de Paris, Entscheidung vom 28. November 1989 und Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 8. März 1990, Rev. arb 1990, 675
- Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire, Rev. arb 1998, 359–368
- Medicus, Dieter*: Allgemeiner Teil des BGB, 6. Aufl., Heidelberg 1994

- Meessen, Karl M.*: International Investment and Dispute Settlement, in Friedmann, Daniel/Mestmäcker, Ernst-Joachim (eds.), Conflict Resolution in International Trade – A Symposium, Baden-Baden 1993, S. 111–123
- von Mehren, Arthur Taylor*: To what Extent is International Commercial Arbitration Autonomous?, in: *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman* 1982, S. 217–227
- von Mehren, Arthur Taylor/Croff, Carlo*: International Arbitration Between Private Parties and Governments: Treaty and Statutory Developments, in Aksén, Gerald/von Mehren, Robert B (eds.), *International Arbitration Between Private Parties and Governments*, 1982, S. 67–109
- von Mehren, Arthur Taylor/de Aréchaga, Eduardo Jimenez*: L'arbitrage entre Etats et entreprises étrangères, Final Report, AnnIDI 63 (1989), I, S. 191 ff.
- von Mehren, Robert B./Kourides, P.*: Nicholas, International Arbitrations Between States and Foreign Private Parties. The Libyan Nationalizations, AJIL 75 (1981), 476–552
- Mengel, Hans-Joachim*: Erhöhter völkerrechtlicher Schutz durch Stabilisierungsklauseln in Investitionsverträgen zwischen Drittstaaten und privaten Investoren, RIW 29 (1983), 739–811
- Merkt, Hanno*: Investitionsschutz durch Stabilisierungsklauseln: Zur intertemporalen Rechtswahl in State Contracts, Heidelberg 1990
- Meron, Theodor*: Repudiation of Ultra Vires in State Contracts and the International Responsibility of States, ICLQ 6 (1957), 273–289
- The World Bank and Insurance, BYIL 47 (1974/1975), 301–314
- Mezгани, Ali*: Souveraineté de l'Etat et participation à l'arbitrage, Rev. arb 1985, 543–584
- Mezger, Ernst*: Das Europäische Übereinkommen über die internationale Handelschiedsgerichtsbarkeit, RabelsZ 29 (1965), 231–301
- Anmerkung zu Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 21. Februar 1974, Rev. arb 1975, 312
- Überblick über das französische Recht der Schiedsgerichtsbarkeit nach dem Reformdekret vom 14. Mai 1980, ZJP 94 (1981), 117–165
- Diskussionsbeitrag, in: International Law Association, Report of the 60th Conference (1982), S. 282 ff.
- Mezger, Ernst/Bellet, Pierre*: L'arbitrage international dans le nouveau code de procédure civile, RCDIP 70 (1981), 611–656
- Meziou, Kalthoum/Mezghani, Ali*: Le code tunésien de l'arbitrage, Rev. arb 1993, 521–541
- Mikesell, Raymond F.*: Foreign Investment in Mining Projects – Case Studies of Recent Experiences, Cambridge – Massachusetts 1983
- Mitchell, J. D. B.*: The Contracts of Public Authorities, London 1954

- Moguilevskaia*, Galina: Rahmbedingungen für ausländische, insbesondere deutsche Investitionen in der Ukraine, *WiRO* 3 (1994), 449–452
- Mora*, Miquel Montaña I.: A GATT With Teeth: Law Wins Over Politics in the Resolution of International Trade Disputes, *ColJTransL* 31 (1) (1993), 103–181
- Moser*, Michael J.: China's New International Arbitration Rules, *JIntArb* 11 (3) (1994), 5–24
- Moussali*, Antoine A.: International Arbitration in Syria: Recent Developments, *JIntArb* 9 (3) (1992), 45–67
- Münzberg*, Reinhard: Die Schranken der Parteivereinbarung in der privaten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 1970.
- Mulack*, Gunter: Rechtsprobleme der Erdölkonzessionsabkommen im Nahen Osten, Studien zum internationalen Wirtschaftsrecht und Atomenergierecht, Band 48 (1972), S. 248 ff.
- de Mur*, Delia Revoredo: Applicable Law to International Contracts in Latin America, in van den Berg, A (Hrsg.), ICCA Congress Series No 7. Planning Efficient Arbitration Proceedings. The Law Applicable in International Arbitration, XIIth International Arbitration Congress, Vienna, 3–6 November 1994, S. 501–517
- Murphy*, Ewell E.: The Andean Decisions on Foreign Investment: An International Matrix of National Law, *IntL* 24 (1990), 643–654
- Mustill*, Sir Michael: The new lex mercatoria: The First Twenty-Five Years, in *Liber Amicorum* for The Rt. Hon. Lord Wilberforce, Oxford 1987, S. 149–183
- Contemporary Problems in International Arbitration: A Response, *Int.Bus.Law* 1989, S. 161 ff.
- International Arbitration in a Changing World, *Arbitration* 60 (1994), S. 199 ff.
- La nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage de 1996: philosophie, inspiration, aspiration, *Rev. arb* 1997, 45–68
- Myers*, James J.: Why Conventional Arbitration is not Effective in Complex Long-Term Contracts, in Nicklisch, Fritz (Hrsg.), *Der komplexe Langzeitvertrag – Strukturen und internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, Heidelberg Kolloquium, Technologie und Recht 1986, S. 503–522
- Nagel*, Heinrich/*Gottwald*, Peter: Internationales Zivilprozeßrecht, 4. neubearbeitete Auflage, 1997.
- Mc Nair*, Lord Q. C.: The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations, *BYIL* 33 (1957), 1–19
- The General Principles Recognised by Civilized Nations, *International and Comparative Law Center, Selected Readings* 1964, S. 69 ff.
- Naón*, Horacio Grigera: Mandatory Provisions of Law Regarding Arbitration Agreements in Latin America, in Sanders, Pieter (Hrsg.), ICCA Congress Series No 4, IX International Arbitration Congress, Tokyo 31 May–3 June 1988, Deventer 1988, S. 121–130
- Arbitration in Latin America. Overcoming Traditional Hostility, *5 Arb. Int* (2) (1989), 137–172

- Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration, Tübingen 1992
- Lessons for Multi-Party and Complex International Commercial Arbitrations From Recent International Economic Cooperation Agreements, in International Law Association, Report of the 67th Conference in Helsinki (1996), S. 604–617
- Nariman, F. S.*: Special Features of the Application of Particular Laws Relevant for the Practice of Arbitration in Common Law, in van den Berg, A (Hrsg.), ICCA Congress Series No 7. Planning Efficient Arbitration Proceedings. The Law Applicable in International Arbitration, XIIth International Arbitration Congress, Vienna 3–6 November 1994, S. 480–493
- Nassar, Adel*: International Arbitration in Libanon, 10 Arb. Int (1994), 295–302
- Nassar, Nagla*: Internationalization of State Contracts: ICSID, The Last Citadel, JIntArb 14 (3) (1997), 185–207
- Nedjar, Didier*: L'arbitrage international en Chine après la loi du 31 Août 1994, Rev. arb 1995, 411–426
- Nelle, Andreas*: Neuverhandlungspflichten – Neuverhandlungen zur Vertragsanpassung und Vertragsergänzung als Gegenstand von Pflichten und Obliegenheiten, München 1993
- Nerz, Alexander*: Abfassen von Schiedsklauseln in Verträgen mit saudiarabischen Parteien, RIW 33 (1987), 23–27
- Nicklisch, Fritz*: Instrumente der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit zur Konfliktregelung bei Langzeitverträgen, RIW 24 (1978), 633–642
- Nolting, Ekkehard*: Hoheitliche Eingriffe als Force Majeure bei internationalen Wirtschaftsverträgen mit Staatsunternehmen? RIW 24 (1988), 511–521
- Nußbaum, Arthur*: The Arbitration Between the Lena Goldfields, Ltd. and the Soviet Government, CornellLQ 36 (1950), 31 ff.
- Nwogugu, Edwin Ifeanyichukwu*: The Legal Problems of Foreign Investment in Developing Countries, Manchester University Press 1965
- Oberreit, W. W.*: Turnkey Contracts and War: Whose Risks?, in Horn, Norbert/Schmitthoff, Clive M (eds.), The Transnational Law of International Commercial Transactions, 2. Aufl., 1982, S. 191–196
- Oetting, Torsten*: Investitionsrecht in Burma (Myanmar), RIW 42 (1996), 659–668
- Olmstead, Cecil J.*: Economic Development Agreements – Part II: Agreements Between States and Aliens. Choice-of-Law and Remedy, CalLRev 49 (1961), 504–516
- Oparil, Richard J.*: Waiver of Sovereign Immunity in the United States and Great Britain by an Arbitration Agreement, JIntArb 3 (1983), 61–80
- Oppermann, Thomas/Beise, Mark*: Die neue Welthandelsorganisation – ein stabiles Regelwerk für weltweiten Freihandel? Europa Archiv 49 (1) (1994), 195–202
- Oppetit, Bruno*: L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de „hardship“, Clunet 101 (1974), 794–814 (808)

- Anmerkung zu Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 26. Juni 1981, Clunet 108 (1981), 846
- Anmerkung zu Cour d'Appel de Paris, Entscheidung vom 21. April 1982, Clunet 110 (1983), 145
- Arbitrage et contrats d'Etat – L'arbitrage Framatome et autres c. Atomic Energy Organisation of Iran, Clunet 111 (1984), 37–57
- Anmerkung zu Cour cass., Entscheidung vom 18. November 1986, Clunet 114 (1987), 122
- La pratique française en matière d'immunité d'exécution, in: L'immunité d'exécution de l'Etat étranger, Cahiers du Cédin 1988, S. 49ff.
- Oschmann, Friedrich*: Investitionsschutz durch internationale Investitionsversicherung – Die wachsende Rolle der MIGA in Recht und Praxis, RIW 41 (1995), 972–976
- Investitionsschutzverträge in Lateinamerika, RIW 42 (1996), 494–496
- Das Investitionsrecht des NAFTA-Abkommens – Mexikos Kehrtwende im Recht der Auslandsinvestitionen? ZvgIRWiss 96 (1997), 242–258
- Ott, Regula*: Die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten durch Schiedsgerichte, Die Praxis von ICSID, Dissertation Frankfurt a/Main 1983
- Paasivirta, Esa*: Internationalization and Stabilization of Contracts Versus State Sovereignty, BYIL 60 (1989), 315–350
- Participation of States in International Contracts and Arbitral Settlement of Disputes, Helsinki 1990
- Park, William W.*: The lex loci arbitri and International Commercial Arbitration, ICLQ 32 (1983), 21–52
- Arbitration of International Contracts, 39 Bus. Law (1984), 1783–1795
- National Law and Commercial Justice: Safeguarding Procedural Integrity in International Arbitration, TulLRev 63 (1989), 647–709
- Parker, Robert P.*: Dispute Settlement in the GATT and the Canada-US Free Trade Agreement, JWTL 23 (3) (1989), 83–93
- Patzina, von Reinhard*: Rechtlicher Schutz ausländischer Privatinvestoren gegen Enteignungsrisiken in Entwicklungsländern, Heidelberg – Hamburg 1981
- Paulsson, Jan*: L'immunité restreinte entérinée par la jurisprudence suédoise dans le cadre de l'exéquat d'une sentence arbitrale étrangère rendue à l'égard d'un Etat, Clunet 108 (1981), 544–549
- Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin, ICLQ 30 (1981), 358–38
- Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why it Matters, ICLQ 32 (1983), 53–61
- May a State invoke its Internal Law to Repudiate Consent to International Commercial Arbitration? 2 Arb. Int (1986), 90–103

- The Extent of Independence of International Arbitration from the Law of the Situs, in Lew, Julian D. M. (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration* London 1986, S. 141–148
- La lex mercatoria dans l'arbitrage CCI, *Rev. arb* 1990, 55–100
- Pazarci, le dr Hüseyin*: La responsabilité internationale des Etats à l'occasion des contrats conclus entre Etats et personnes privées étrangères, *RGDI* 79 (1975), 354–421
- Pescatore, Pierre*: The GATT Dispute Settlement Mechanism – Its Present Situation and its Prospects, *JIntArb* 11 (1) (1993), 27–42
- Peter, Wolfgang*: International Investment Agreements – Types, Arbitration and Renegotiation, in Nicklisch, Fritz (Hrsg.), *Der komplexe Langzeitvertrag – Strukturen und die internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, Heidelberg Kolloquium, Technologie und Recht 1986, S. 119–151
- Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements, Second Edition Revised and Enlarged, Dordrecht 1995
- Peters, Paul*: Dispute Settlement Arrangements in Investment Treaties, *NYIL* 22 (1991), 91–161
- The Semantics of Applicable Law Clauses and the Arbitrator, in *Essays on National and International Procedural Law in Honour of Cornelis Carel Albert Voskuil*, Dordrecht 1992, S. 231–245
- Petersmann, E. U.*: „Entwicklungsrecht“, „Droit International du Développement“ „International Economic Development Law“: Mythos oder Wirklichkeit? *Jahrbuch für Internationales Recht* 17 (1974), S. 145 ff.
- Petersmann, Hans G.*: The Operation of the World Bank and the Evolution of its Institutional Functions since Bretton Woods (1944–1984), *GYIL* 26 (1983), 7–53
- Die Multilaterale Investitions-Garantie Agentur (MIGA). Ein neues Instrument zur Fortbildung des internationalen Wirtschaftsrechts, *ZaöRV* 46 (1986), 758–771
- Pfaff, Dieter*: Zukunftsmodell: Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Editorial in *RIW* 45 (1999), Heft 2.
- Pingel, I.*: Les immunités des Etats en droit international, Thèse, Paris I, 1993
- Pingel-Lenuzza, I.*: Les immunités des Etats en droit français, *DPC* I, 1996, 5.
- Pirrung, Jörg*: Die Schiedsgerichtsbarkeit nach dem Weltbankübereinkommen für Investitionsstreitigkeiten (unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage bezüglich der BRD), *Schriften zum Prozeßrecht*, Band 29, Berlin 1972
- Plaff, D.*: International Licencing Contracts, Transfer of Technology and Transnational Law, in Horn, Norbert/Schmitthoff, Clive, M. (eds.), *The Transnational Law of International Commercial Transactions*, 2. Aufl., 1982, S. 199 ff.
- Pollak, Christian/Riedel, Jürgen*: Industriekooperation mit Schwellenländern – Bedeutung – Hindernisse – Förderung, München 1984
- Polter, Dirk-Meits*: *Auslandsenteignungen und Investitionsschutz*, Berlin 1975

- Poznanski, Berbard*: The Nature and Extent of an Arbitrator's Powers in International Commercial Arbitration, *JIntArb* 4 (3) (1987), 71–108
- Preiswerk, Roy*: La protection des investissements privés dans les traités bilatéraux, *Zürcher Studien zum Internationalen Recht*, Zürich 1963
- Price, Daniel M.*: An Overview of the NAFTA Investment Chapter: Substantive Rules and Investor-State Dispute Settlement, *IntL* 27 (1993), 727–735
- Raape, Leo*: Internationales Privatrecht, 5. Aufl., Berlin, Frankfurt a/M 1961
- Radtke, Rolf C.*: Schuldstatut und Eingriffsrecht, *ZvglRWiss* 84 (1985), 325–357
- Ramazani, Rouhollah K.*: Choice-of-Law Problems and International Oil Contracts: A Case Study, *ICLQ* 11 (1962), 503–518
- Rambaud, Patrick*: Un arbitrage pétrolier: la sentence LIAMCO, *AFDI* 26 (1980), 274–292
- Arbitrage, concession et nationalisation: Quelques observations sur la sentence BP, *AFDI* 27 (1981), 222–230
- Premiers enseignements des arbitrages du CIRDI, *AFDI* 28 (1982), 471–491
- Des obligations de l'Etat vis-à-vis de l'investisseur étranger (sentence AAPL c. Sri Lanka), *AFDI* 38 (1992), 501–510
- L'affaire „des Pyramides“: suite et fin, *AFDI* 39 (1993), 567–576
- Rawding, Nigel*: Protecting Investments under State Contracts: Some Legal and Ethical Issues, *11 Arb. Int* (4) (1995), 341–372
- Razumov, Konstantin*: The Law Governing the Capacity to Arbitrate, in van den Berg, A (Hrsg.), *ICCA Congress Series No 7. Planning Efficient Arbitration Proceedings. The Law Applicable in International Arbitration*, ICCA XIIth International Arbitration Congress, Vienna 3–6 November 1994, S. 260–267.
- Redeker, Konrad/von Oertzen, Hans-Joachim*: *VwGO Kommentar*, 11. Aufl., Stuttgart, Berlin, 1994
- Redfern, Alan*: The Arbitration between the Government of Kuwait and Aminoil, *BYIL* 55 (1984), 65–110
- Redfern, Alan/Hunter, Martin*: *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Second Edition, London 1991
- Regli, Jean-Pierre*: *Contrats d'Etat et arbitrage entre Etats et personnes privées*, Ascona 1983
- Reichard, Dieter*: Verträge mit saudiarabischen Auftraggebern, *RIW* 35 (1989), 696–698
- Reiner, Andreas*: ICC-Schiedsgerichtsbarkeit, Ein Handbuch für die Praxis, Wien 1989, S. 143
- Reisman, Michael/Wiedman, Mark*: Contextual Imperatives of Dispute Mechanisms: Some Hypotheses and Their Applications in the Uruguay Round and NAFTA, *JWTL* 29 (3) (1995), 5–38

- Reisman, W. M.*: Systems of Control in International Adjudication and Arbitration, 1992
- Rengeling, Hans-Werner*: Privativölkerrechtliche Verträge, Berlin 1971
- Renouf, Yves*: Les mécanismes d'adoption et de mise en œuvre de règlement des différends dans le cadre de l'OMC sont-ils viables? AFDI 40 (1994), 776–791
- Rensmann, Thilo*: Anationale Schiedssprüche: Eine Untersuchung zu den Wirkungen anationaler Schiedssprüche im nationalen Recht, Dissertation, Bonn 1996
- Ress, Georg*: Entwicklungstendenzen der Immunität ausländischer Staaten, ZaöRV 40 (1980), 217–275
- Reuter, Paul*: Droit International Public, 4th Edition 1974
- Reymond, Claude*: Souveraineté de l'Etat et participation à l'arbitrage, Rev. arb 1985, 517–542
- La nouvelle loi suisse et le droit de l'arbitrage international. Réflexions de droit comparé, Rev. arb 1989, 385–413
- L'arbitration Act, 1996. Convergence et originalité, Rev. arb 1997, 45–68
- Ribs, Jacques*: Ombres et incertitudes de l'arbitrage pour les personnes morales de droit public français, JCP, La Semaine Juridique, 1990 I, 3465
- Rieger, Harald*: Mining Investment Contracts, in Nicklisch, Fritz (Hrsg.), Der komplexe Langzeitvertrag – Strukturen und internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Heidelberg Kolloquium, Technologie und Recht 1986, S. 105–117
- Rigaux, François*: Droit public et droit privé dans les relations internationales, Paris 1977
- Des Dieux et des héros. Réflexions sur une sentence arbitrale, RCDIP 67 (1978), 435–459
- Souveraineté des Etats et arbitrage transnational, in: Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman 1982, S. 261–279
- Rivero, Jean*: Personnes morales de droit public et arbitrage, Rev. arb 1973, 263–275
- Robert, Jean*: Anmerkung zu Cour cass., Entscheidung vom 14. April 1964, Rev. arb 1964, 137–140
- L'arbitrage, droit interne, droit international privé, 5e édition 1983
- Rogers, The Hon. Andrew Q.C./Launders, Rachel*: Separability – The Indestructible Arbitration Clause, 10 Arb. Int (1) (1994), 77–90
- Rosenberg, Dominique*: Le principe de souveraineté des Etats sur leurs ressources naturelles, Paris 1983
- Rosenberg, Leo/Schwab, Karl-Heinz/Gottwald, Peter*: Zivilprozeßrecht, 15. Aufl., München 1993
- Roth, Marianne*: Schiedsgerichtsbarkeit in der Tschechischen Republik, RIW 42 (1996), 653–654

- Rubino-Sammartano, Mauro*: Le „tronc commun“ des lois nationales en présence (réflexions sur le droit applicable par l'arbitre international), *Rev. arb* 1987, 133–138
- *International Arbitration Law* 1989
- *The Channel Tunnel and the Tronc-Commun Doctrine*, *JIntArb* 10 (3) (1993), 59–65
- Riuz del Rio, Oscar A.*: Arbitration Clauses in International Loans, *JIntArb* 4 (3) (1987), 45–69
- Ryxc, Jean-François*: L'accord sur le règlement des litiges entre états hôtes d'investissements arabes et ressortissants des autres états arabes et ses perspectives, *Rev. arb* 1981, 259–280
- Sajko, Kresimir*: The Settlement of Disputes by Bilateral Investment Treaty: The Croatian Experience, *Uniform Law Review – Revue de Droit Uniforme*, NS-Vol. III, 1998-2/3, 657–669
- Salacuse, Jeswald W.*: BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries, *IntL* 24 (1990), 655–675
- Saleh, Samir*: Commercial Arbitration in the Arab Middle-East: A Study in Sharía and Statute Law 1984
- Salem, Mahmoud*: Vers un nouvel ordre économique international, à propos de travaux de la 6ème session extraordinaire des Nations Unies, *Clunet* 102 (1975), 753–800
- *Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers*, *Clunet* 113 (1986 II), 579–626
- Samtleben, Jürgen*: Handelsschiedsgerichtsbarkeit in Lateinamerika – Aktuelle Entwicklungen, *WM* 43 (1989), 769–772
- *Das kolumbianische Gesetz über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, *RIW* 43 (1997), 657–659
- *Das neue brasilianische Gesetz über die Schiedsgerichtsbarkeit*, *RIW* 44 (1998), 33–35
- Sanders, Pieter*: Unity and Diversity in the Adoption of the Model Law, 11 *Arb. Int* (1995), 1–37
- *Bedeutung staatlicher Hoheitsmaßnahmen in der Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit*, Referat im Kolloquium der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS) vom 23. April 1996, berichtet bei Thorn, K, Staatliche Hoheitsmaßnahmen und Schiedsgerichtsverfahren, Beilage 15 zu BB Heft 37/1996, S. 15–17
- Sandrock, Otto*: „Versteinerungsklauseln“ in Rechtswahlvereinbarungen für internationale Handelsverträge, in *Festschrift für Stefan Riesenfeld aus Anlaß seines 75. Geburtstages*, Heidelberg 1983, S. 211–236
- *Are Disputes Over the Application of Article VIII, Section 2 (b) of the IMF Treaty Arbitrable?* *Int. L* 23 (1989), 933–951

- Die Fortbildung des materiellen Rechts durch die internationale Schiedsgerichtsbarkeit, in Böckstiegel, Karl-Heinz (Hrsg.), Rechtsfortbildung durch internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Köln 1989, S. 21–81
- Das Haager Iranisch-U.S. amerikanische Schiedsgericht: keine nachnamenswerte Institution? Archiv des Völkerrechts, 29 (1991), 104–130
- Welches Kollisionsrecht hat ein Internationales Schiedsgericht anzuwenden?, RIW 38 (1992), 785–795
- Is International Arbitration Inept to Solve Disputes Arising out of International Loan Agreements? JIntArb 11 (3) (1994), 33–60
- Welche Verfahrensregeln hat ein Internationales Schiedsgericht zu befolgen? In Festschrift für Ottoarndt Glossner, Heidelberg 1994, S. 281–309
- Sauser-Hall, Georges*: L'arbitrage en droit international privé, AnnIDI Vol. 44 I (1952), S. 469 ff.
- Schäfer, Martin*: Der Entschädigungsstandard im allgemeinen Völkerrecht, RIW 44 (1998), 199–204
- Schanze, Erich*: Investitionsverträge im internationalen Wirtschaftsrecht, Frankfurt a/Main 1986
- Verträge ohne Zivilprozeß – „Prozeßrecht“ in Verträgen: Mechanismen zur Substitution der gerichtlichen Intervention in Investitionsverträgen, in Nicklisch, Fritz (Hrsg.), Der komplexe Langzeitvertrag – Strukturen und die internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Heidelberg Kolloquium, Technologie und Recht 1986, S. 119–151
- Schanze, Erich/Kirchner, Christian*: Rohstofferschließungsvorhaben in Entwicklungsländern, Teil 1, Frankfurt a/Main 1977
- Schiffer, Jan K.*: Normen ausländischen öffentlichen Rechts im internationalen Handelsschiedsverfahren, Köln 1990
- Sonderanknüpfung ausländischen „öffentlichen“ Rechts durch Richterrecht in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, IPRax 11 (1991), 84–87
- Sonderanknüpfung ausländischen „öffentlichen“ Rechts in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, ZvgIRWiss 90 (1991), 390–410
- Zwingende Normen einer „dritten“ Rechtsordnung in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, BB-Beilage 5/1994, 22–23
- Schlesinger, Rudolf B./Gündisch, Herbert-Jürgen*: Allgemeine Rechtsgrundsätze als Sachnormen in Schiedsverfahren – Ein Beitrag zur Theorie der Entnationalisierung von Verträgen, RabelsZ 28 (1964), 4–46
- Schlette, Volker*: Das neue Rechtsschutzsystem der Europäischen Menschenrechtskonvention. Zur Reform des Kontrollmechanismus durch das 11. Protokoll, ZaöRV 56 (1996), 905–976
- Schlosser, Peter*: Schiedsgerichtsbarkeit und öffentlich-rechtliche beeinflusste Streitgegenstände, in Festschrift für Arthur Bülow zum 80. Geburtstag, Köln 1981, S. 189–197

- Das Internationale an der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, RIW 28 (1982), 857–867
- Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 2. völlig neubearbeitete Auflage, Tübingen 1989
- Ausländische Schiedssprüche und ordre public „international“, IPRax 11 (1991), 218–220
- Unterstützung und Kontrolle der Schiedsgerichte durch staatliche Gerichte ausgewählter Länder, in Böckstiegel, Karl-Heinz (Hrsg.), Schiedsgerichtsbarkeit im Umfeld von Politik, Wirtschaft und Gerichtsbarkeit, 1992, S. 51–64
- in Stein/Jonas Kommentar zur ZPO, 21. Aufl., 1994, Band 7, Teilband 2 §§ 946–1048, EGZPO
- Bald neues Recht der Schiedsgerichtsbarkeit in Deutschland, RIW 40 (1994), 723–728
- Schmitt, Hermann/Ahmad, Myriam*: Russische Föderation: Neue Verfahrensordnung des Schiedsgerichts bei der Industrie- und Handelskammer Moskau, RIW 42 (1996), 809–817
- Schmitthoff, Clive M.*: Das neue Recht des Welthandels, *RabelsZ* 28 (1964), 47–77
- The Unification of the Law of International Trade, *JBusLaw* 5 (1968), 105–119
- „Hardship and Intervener Clauses“ *Journal of Business Law* 17 (1980), S. 83–84
- Nature and Evolutions of the Transnational Law on Commercial Transactions, in: *The Transnational Law of International Commercial Transactions*, Deventer 1982, S. 19–31
- Zur praktischen Anwendung der hardship-Klausel, in Horn, Norbert/Fontaine, Marcel/Maskow, Dietrich/Schmitthoff, Clive M (Hrsg.), *Die Anpassung langfristiger Verträge: Vertragsklauseln und Schiedspraxis*, Frankfurt a/Main 1984, S. 99–110
- Schnyder, Anton K.*: Anwendung ausländischer Eingriffsnormen durch Schiedsgerichte, *RabelsZ* 59 (1995), 293–308
- Schreuer, Christoph*: Das US-Gesetz über die Immunität ausländischer Staaten in der Praxis der Gerichte, RIW 31 (1985), 173–187
- Schubert, Hermann/Scheele, Michael*: Direktinvestitionen in Osteuropa: Versicherungsalternativen, Finanzierungsinstrumente und Förderungsprogramme, RIW 45 (1999), 118–130
- Schütze, Rolf A.*: *Deutsches Internationales Zivilprozeßrecht*, New York 1985
- in Schütze, Rolf A/Tscherning, Dieter/Wais, Walter, *Handbuch des Schiedsverfahrens*, 2. neubearbeitete Aufl., Berlin 1990
- Schunk, Egon/de Clerck, Hans*: *VwGO Kommentar*, 3. neubearbeitete Aufl., 1977
- Schwab, Karl Heinz*: Kollisionsrechtliche Fragen des deutschen internationalen Schiedsverfahrensrechts, in *Festschrift für Martin Luther zum 70. Geburtstag am 13. Juli 1976*, München 1976, S. 164–178

- Schwab, Karl Heinz/Walter, Gerhard*: Schiedsgerichtsbarkeit, 5. Aufl., München 1995
- Schwarzenberger, Georg*: Der Schutz von Auslandsinvestitionen – Multilaterale Kodifikationsversuche 1969
- Schwebel, Stephen M.*: The Alsing Case, ICLQ 8 (1959), 320–345
- Story of the U.N.'s Decision on Permanent Sovereignty Over Natural Resources, American Association Journal (A.B.A.J.), 1963, S. 463 ff.
 - On whether the Breach by a State of a Contract with an Alien is a Breach of International Law, in Essays in Honour of Roberto Ago, Vol. III, Milano 1987, S. 401–413
 - International Arbitration: Three Salient Problems, Cambridge 1987
 - The Law Applicable in International Arbitration – Application of Public International Law, in van den Berg, A (Hrsg.), ICCA Congress Series No 7. Planning Efficient Arbitration Proceedings. The Law Applicable in International Arbitration, ICCA XIIth International Arbitration Congress, 3–6 November 1994, S. 562–569
- Sefrioui, Abdelhay*: Practice of Arbitration and New Reform Trends in the Arab World, in Kemicha, Fathi (Hrsg.), Euro-Arab Arbitration III, 1991, S. 61–82
- Seidl-Hohenveldern, Ignaz*: Investitionen in Entwicklungsländern und das Völkerrecht 1963
- The Theory of Quasi-International and Partly-International Agreements, RBDI 11 (1975), 567–570
 - Neue Entwicklungen im Recht der Staatenimmunität, in Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag, Berlin 1979, S. 1081–1110
 - International Economic Law – General Course on Public International Law, RdC 198 (1986-III), 9–264
 - International Economic Law, 2. Aufl., 1992
 - Völkerrecht, 9. neubearbeitete Aufl., Köln, Bonn, 1997
- Seidl-Hohenveldern, Ignaz/Loigl, Gerhard*: Das Recht internationaler Organisationen einschließlich der Supranationalen Gemeinschaften, 6. überarbeitete Auflage, Köln, Berlin 1996
- Senti, Richard*: GATT-WTO. Die neue Welthandelsorganisation nach der Uruguay-Runde, Institut für Wirtschaftsordnung, ETH Zürich 1994
- Sereni, Angelo Piero*: International Economic Institutions and The Municipal Law of States, RdC 96 (1959 I), 129–239
- Sfeir-Slim, Marie*: Le nouveau droit libanais de l'arbitrage a dix ans, Rev. arb 1993, 543–597
- Shawcross, The Rt. Hon. Lord. Q.C.*: Problems of Foreign Investment in International Law, RdC 102 (1961-I), 335–363
- Shihata, Ibrahim F. I.*: Arab Investment Guarantee Corporation – A Regional Investment Insurance Project, JWTL 6 (1972), 185–202

- The Multilateral Investment Guarantee Agency, *IntL* 20 (1986), 487–497
- Shihata*, Ibrahim F. I./*Parra*, Antonio R.: Applicable Substantive Law in Disputes between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration under the ICSID, in van den Berg, A (Hrsg.), *ICCA Congress Series No 7. Planning Efficient Arbitration Proceedings. The Law Applicable in International Arbitration*, ICCA XIIth International Arbitration Congress, Vienna 3–6 November 1994, S. 294–319
- Siebel*, Ulf R.: Bemerkungen zum Thema Schiedsverfahren und Investitionsschutz bei internationalen Anleihen, in *Festschrift für Ottoarndt Glossner zum 70. Geburtstag*, Paris – Köln – Bonn 1994, S. 393–416
- Siehr*, Kurt: Sachrecht im IPR, transnationales Recht und *lex mercatoria*, in *Holl, Wolfgang/Klinke, Ulrich (Hrsg.), Internationales Privatrecht, Internationales Wirtschaftsrecht. Referate eines Symposiums der Alexander von Humboldt-Stiftung vom 26. bis 30. September 1983 in Ludwigsburg*, Köln 1985, S. 103–126 (123)
- Simitis*, Spiros: Aufgaben und Grenzen der Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht, *JuS* 6 (1966), 209–219
- Skouris*, Vassilios: Die Zuständigkeit für die Beilegung von Streitigkeiten aus Verwaltungsverträgen und die Entschädigungspflicht des Staates, *Armenopoulos* 40 (1986), 861–870, in griechischer Sprache
- Smit*, Hans: A-national Arbitration, *TuLLRev* 63 (1989), 629–645
- Smith*, David N./*Wells*, Louis T.: *Negotiating Third World Mineral Agreements*, Cambridge 1975
- Söderlund*, Christer: Verfahrensfragen im Rahmen der Internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, *Beilage 13 zu BB Heft 37/1997*, S. 18–24
- Sohn*, Louis B./*Baxter*, R. R.: Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens, *AJIL* 55 (1961), 545–584
- Soloway*, Julie A.: NAFTA'S Chapter 11. The Challenge of Private Party Participation, *JIntArb* 16 (2) (1999), 1–14
- Sonnauer*, Heinz: *Die Kontrolle der Schiedsgerichte durch die staatlichen Gerichte*, München 1992
- Sornarajah*, M.: Compensation for Expropriation. The Emergence of New Standards, *JWTL* 13 (1979), 108–131
- The Myth of International Contract Law, *JWTL* 15 (1981), 187–217
- Supremacy of the Renegotiation Clause in International Contracts, *JIntArb* 5 (2) (1988), 97–114
- The UNCITRAL Model Law: A Third World Viewpoint, *JIntArb* 6 (4) (1989), 7–20
- Protection of Foreign Investment in the Asia-Pacific-Economic Co-operation Region, *JWTL* 29 (2) (1995), 105–129
- Power and Justice in Foreign Investment Arbitration, *JIntArb* 14 (3) (1997), 103–140

- Sperneac-Wolfer, C.:* Das rumänische Erdölgesetz, Investitionen auf Konzessionsbasis in Rumänien, RIW 44 (1998), 368–377
- Spickhoff, Andreas:* Internationales Handelsrecht vor Schiedsgerichten und staatlichen Gerichten, *RabelsZ* 56 (1992), 116–141
- Spröte, Wolfgang:* Negotiations on a United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations, *GYIL* 33 (1990), 331–348
- Stelkens, Paul/Bonk, Heinz Joachim/Sach, Michael/Kallerhoff, Dieter/Schmitz, Herbert/Stelkens, Ulrich:* Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 5. neubearbeitete Auflage, München 1998
- Stemberg, Harald:* Die Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten – Tendenzen und Wandel der völkerrechtlichen Ordnung wirtschaftlicher Beziehungen zwischen den Staaten, Berlin 1983
- Stern, Brigitte:* Trois arbitrages, un même problème, trois solutions – Les nationalisations pétrolières libyennes devant l’arbitre international, *Rev. arb* 1980, 3–43
- International Economic Relations and the MAI Dispute Settlement System, in *The 7th Geneva Global Arbitration Forum*, *JIntArb* 16 (2) (1999), 118–128
- Stern, Thomas:* Die Multilaterale Investitions-Garantie-Agentur (MIGA) – Ein neues versicherungsrechtliches Instrument zur Verbesserung des Schutzes deutscher Investitionen im Ausland, Köln 1990
- Stoecker, Christoph W. O.:* The lex mercatoria. To What Extent does it Exist?, *JIntArb* 7 (1) (1990), 101–125
- Stoll, Jutta:* Vereinbarungen zwischen Staat und ausländischen Investoren, Berlin 1982
- Stoll, Peter-Tobias:* Die WTO: Neue Welthandelsorganisation, neue Welthandelsordnung – Ergebnisse der Uruguay-Runde des GATT, *ZaöRV* 54 (1994), 241–339
- Storme, M.:* L’arbitrage entre personnes de droit public et personnes de droit privé, *Rev. arb* 1978, 113–129
- Strebel, Helmut:* Staatenimmunität. Die Europaratskonvention und die neuen Gesetze der Vereinigten Staaten und Großbritanniens, *RabelsZ* 44 (1980), 68–98
- Strohbach, Heinz:* Force majeure and hardship Clauses in International Commercial Contracts and Arbitration. The East-German Approach, *JIntArb* 1 (1984), 39–51
- Stumpf, Herbert/Steinberg, Christian:* Bedeutung von internationalen Schiedsgerichten und ihre Vereinbarung in verschiedenen Ländergruppen, *RIW* 36 (1990), 174–179
- Sucharitkul, Sompong:* Seventh Report on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, *YbILC* 1985 II, Part 1, S. 21 ff.
- Sumampouw, Mathilde:* Rechtswahl im Vertragsrecht, *RabelsZ* 30 (1966), 337–348
- Synvet, Hervé:* Anmerkung zu Cour d’Appel de Paris, Entscheidung vom 17. Dezember 1991, *Rev. arb* 1993, 281

- Tenenbaum, Michael*: International Arbitration of Trade Disputes in Mexico – The Arrival of the NAFTA and New Reforms to the Commercial Code, *JIntArb* 12 (1) (1995), 53–78
- Thomas, J. C.*: Comments in The 7th Geneva Global Arbitration Forum, *JIntArb* 16 (2) (1999), 111–117
- Thorn, Karsten*: Staatliche Hoheitsmaßnahmen und Schiedsgerichtsverfahren, *Beilage 15 zu BB Heft 37/1996*, S. 15–17
- Tomuschat, Christian*: Die Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten, *ZaöRV* 36 (1976), 444–491
- Toope, Stephen J.*: *Mixed International Arbitration – Studies in Arbitration Between States and Private Persons*, Cambridge 1990
- Touscoz, Jean*: Le régime juridique international des hydrocarbures et le droit international du développement, *Clunet* 100 (1973), 296–333
- Le règlement des différends dans la convention instituant l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (AMGI). Un développement de l'arbitrage international et du droit des investissements internationaux, *Rev. arb* 1988, 629–638
- Trappe, Johannes*: Streiterledigung im China-Geschäft. Schlichtung, Schiedsgericht, Gericht, *RIW* 35 (1989), 107–112
- Änderungen der Regeln über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der VR China, *RIW* 44 (1998), 871–872
- Treviño, Julio C.*: The New Mexican Legislation on Commercial Arbitration, *JIntArb* 11 (4) (1994), 5–39
- Triebel, Volker/Petzold, Eckart*: Grenzen der *lex mercatoria* in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, *RIW* 24 (1988), 245–250
- Triebel, Volker/Plaßmeier, Heiko*: Das neue englische Schiedsgerichtsgesetz, *Beilage 13 zu BB Heft 37/1997*, S. 2–14
- Trooboff, Peter D.*: Foreign State Immunity: Emerging Consensus on Principles, *RdC* 200 (1986-V), 235–431
- The Revised Restatement of the Foreign Relations Law of the United States. Reaffirmation of Established International Legal Principles Governing State Responsibility Toward Foreign-Owned Investment, in *Dike, Detlev Ch. (ed.), Foreign Investment in the Present and a New International Economic Order*, *Fribourg* 1987, S. 201–217
- Tschanz, Pierre-Yves*: The Contribution of the Aminoil Award to the Law of State Contracts, *IntL* 18 (1984), 245–281
- Contrats d'Etat et mesures unilatérales de l'Etat devant l'arbitre international, *RCDIP* 74 (1985), 47–84
- Turpin, Colin*: *Government Contracts*, *Harmonfworth* 1972
- „Public Contracts“, in *International Association of Legal Science, International Encyclopedia of Comparative Law* (n.d) 27
- Ule, C. Hermann*: *Verwaltungsprozeßrecht*, 9. Aufl., München 1987

- Unegbu*, Carl O.: BITS and ICC Arbitration. Portent of a New Wave? *JIntArb* 16 (2) (1999), 93–107
- Vagts*, Detlev F.: Dispute-Resolution Mechanisms in International Business, *RdC* 203 (1987-III), 9–94
- Vanderelst*, Alain: Increasing the Appeal of Belgium as an International Arbitration Forum? The Belgian Law of March 27, 1985, Concerning the Annulment of Arbitral Awards, *JIntArb* 3 (1) (1986), 77–86
- Varma*, Ashoka: Texaco Overseas Petroleum Company v. Libyan Arabic Republic, *ColJTransL* 18 (1979), 259–288
- Veeder*, V. V.: La nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage de 1996 – La naissance d'un magnifique éléphant, *Rev. arb* 1997, 3–27
- The Lena Goldfields Arbitration: Three Historical Roots of Three Ideas, *ICLQ* 47 (1998), 747–792
- Velten, von Rainer*: Die Anwendung des Völkerrechts auf State Contracts in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Dissertation Kiel 1986
- Verdross*, Alfred: Die Sicherung von ausländischen Privatrechten aus Abkommen zur wirtschaftlichen Entwicklung mit Schiedsklauseln, *ZaöRV* 18 (1957/1958), 635–651
- The Status of Foreign Private Interests Stemming from Economic Development Agreements with Arbitration Clauses, *östZöffR* 9 (1958/1959), 449–462
- Zwei Schweizer Schiedssprüche über quasi-völkerrechtliche Verträge, *SchwJIntR* 21 (1964), S. 15 ff.
- Gibt es Verträge, die weder dem innerstaatlichen Recht noch dem Völkerrecht unterliegen? *6 ZfRV* (1965), 129–134
- Verhoeven*, Joe: Contrats entre Etats et ressortissants d'autres Etats, in: *Le contrat économique international. Stabilité et évolution*, Brüssel – Paris 1975, S. 127 ff.
- Droit international des contrats et droit des gens, *RBDI* 14 (1978/1979), 209–230
- Arbitrage entre états et entreprises étrangères: Des règles spécifiques? *Rev. arb* 1985, 609–640
- Vermulst*, Edwin/*Driessen*, Bart: An Overview of the WTO Dispute Settlement Systeme and its Relationship with the Uruguay Round Agreements, 1994 Geneva Global Arbitration Trade, *JWTL* 29 (2) (1995), 131–161
- Verny*, A.: Neues Schiedsrecht der Tschechischen und der Slowakischen Republik, *WiRO* 3 (1994), 138
- Verwey*, Wil D./*Schrijver*, Nico J.: The Taking of Foreign Property under International Law. A New Legal Perspective, *NYIL* 15 (1984), 3–96
- Virally*, Michel: Un tiers droit? Réflexions théoriques, in: *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman* 1982, S. 373–385

- Volz, Gerhard*: Harmonisierung des Rechtes der individuellen Rechtswahl der Gerichtsvereinbarung und der Schiedsvereinbarung im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), Erlangen 1993
- Voss, Jürgen*: The Protection and Promotion of European Private Investment in Developing Counties. An Approach Towards a Concept for a European Policy on Foreign Investment – A German Contribution, CMLR 1981, 365–395
- The Protection and Promotion of Foreign Direct Investment in Developing Countries: Interests, Interdependences, Intricacies, ICLQ 31 (1982), 686–708
 - Die Multilaterale Investitionsgarantie-Agentur, RIW 33 (1987), 89–95
 - The Multilateral Investment Guarantee Agency: Status, Mandate Concept, Features, Implications, JWTL 21 (1987), 6–23
- Wälde, Thomas W.*: Transnationale Investitionsverträge – Rohstoffvorhaben in Entwicklungsländern, RabelsZ 42 (1978), 28–86
- Revision of Transnational Investment Agreements: Contractual Flexibility in Natural Resources Development, LawAm 10 (1978), 265
 - North/South Economic Cooperation and International Economic Development Law: Legal Process and Institutional Considerations, GYIL 23 (1980) 59–90
 - International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty. Legal, Negotiating and Policy Implications for International Investors With Western and Commonwealth of Independent States/Eastern European Countries, JWTL 29 (5) (1995), 5–72
- Wallace, Don Jr./Shanks, Robert B.*: Model Foreign Investment Law, with annotations, International Law Institute 1996
- Walter, Gehrhard*: Immunität in der Zwangsvollstreckung im deutschen und schweizerischen Recht, in *Recht in Ost und West*, Festschrift zum 30-jährigen Jubiläum des Instituts für Rechtsvergleichung der Waseda Universität, 1988, S. 771–787
- Internationales Zivilprozeßrecht der Schweiz. Ein Lehrbuch, 2. Aufl., Bern 1997/1998
- Walter, Gehrhardt/Wackenhuth, M.*: Zur „ordnungsgemäßen“ Vertretung der Partei im Rahmen eines internationalen Schiedsverfahrens, IPRax 5 (1985), 200–203
- Walter, Torsten*: Albanien: Gesetz über ausländische Investitionen, WiRO 3 (1994), 92–94
- Wang, Lei*: Some Observations on the Dispute Settlement System of the World Trade Organisation, JWTL 29 (2) (1995), 173–178
- Weber, Albrecht*: Das amerikanisch-kanadische Freihandelsabkommen vom 2. Januar 1988, RIW 36 (1990), 975–982
- Wegen, Gerhard*: Dispute Settlement and Arbitration, in Rubin Seymour J./Nelson, Richard W. (Hrsg.), *International Investment Disputes: Avoidance and Settlement* 1985, S. 59–73
- Weick, Günther*: Vorbeugung und Beilegung von Konflikten in internationalen Verträgen, in *Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, II, München 1982, S. 543–564

- Weigand*, Frank-Bernd: Das neue englische Schiedsverfahrensrecht, RIW 43 (1997), 904–911
- Weil*, Prosper: Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier, RdC 128 (1969-III), 95–240
- Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économiques, in *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris 1974, S. 303–328
 - Droit international et contrats d'Etat, in *Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris 1981, S. 549–582
 - Principes généraux du droit et contrats d'Etat, in: *Le droit des relations économiques internationales*, Etudes offertes à Berthold Goldman 1982, S. 387–414
- Weise*, Paul-Frank: *Lex mercatoria – materielles Recht vor der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, Dissertation, Frankfurt a/Main 1990
- Wengler*, Wilhelm: Die Funktion der richterlichen Entscheidungen über internationale Rechtsverhältnisse, *RabelsZ* 16 (1951), 1–31
- Völkerrecht, Band 2, Heidelberg 1964
 - Les accords entre Etats et entreprises étrangères sont-ils des traités de droit international? *RGDI* 76 (1972), 313–345
 - Nouveaux aspects de la problématique des contrats entre Etats et personnes privées, *RBDI* 14 (1978/1979), 415–424
 - Allgemeine Grundsätze als wählbares Geschäftsstatut? *ZfRV* 23 (1982), 11–40
 - Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat, *RCDIP* 71 (1982), 467–501
- Westerling*, G.: Construction and Management Contracts, in *Horn, Norbert/Schmitt-hoff, Clive, M. (eds.), The Transnational Law of International Commercial Transactions*, 2. Aufl. 1982, S. 175 ff.
- Weston*, Buns H.: The Charter of Economic Rights and Duties of States and the Deprivation of Foreign-Owned Wealth, *AJIL* 75 (1981), 437–475
- Wetter*, Gillis J.: Pleas of Sovereign Immunity and Act of Sovereignty Before International Arbitral Tribunals, *JintArb* 2 (1) (1985), 7–20
- Choice-of-Law in International Arbitration Proceedings in Sweden, 2 *Arb. Int* (1986), 294–309
- Wetter*, Gillis/*Schwebel*, Stephen M.: Some Little Known Cases on Concessions, *BYIL* 40 (1964), 183–232
- White*, Gillian M.: Wealth Deprivation. Creditor and Contract Claims, in: *Lillich, Richard, B. (ed.), International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*. The University of Virginia 1983, S. 149–212
- White*, Robin, C. A.: Expropriation of the Libyan Oil Concessions: Two Conflicting International Arbitrations, *ICLQ* 30 (1981), 1–19
- Wildhaber*, Luzius: Multinationale Unternehmen und Völkerrecht, in *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* 18 (1978), S. 7–61

- Wilkinson, Vanessa L. D.*: The new lex mercatoria – Reality or Academic Fantasy? JIntArb 12 (2) (1995), 103–117
- Wühler, Norbert*: Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der völkerrechtlichen Praxis der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1985
- Yakovlev, Andrei*: International Commercial Arbitration: Proceedings and Russian Courts, JIntArb 13 (1) (1996), 37–63
- Young, Michael K.*: Dispute Resolution in the Uruguay Round: Lawyer's Triumph over Diplomats, IntL 29 (1995), 389–409
- Yüksel, Ali-Sait*: GATT/WTO-Welthandelssystem unter besonderer Berücksichtigung der Außenwirtschaftsbeziehungen der Europäischen Union, Frankfurt a/Main 1996
- Xiaowen, Guo*: The Validity and Performance of Arbitration Agreements in China, JIntArb 11 (1) (1994), 47–55
- Zhilsov, A. N.*: Mandatory and Public Policy Rules in International Commercial Arbitration, NILR 42 (1995), 81–119
- Zimmer, Reinhard*: Investitionsschutz für deutsche Kapitalanlagen in den Republiken der ehemaligen Sowjetunion, RIW 40 (1994), 25–27
- Zivy, Isabel*: La nouvelle loi sur l'arbitrage au Mexique, Rev. arb 1994, 295–319
- Zouaïmia, Rachid*: Le régime des investissements étrangers en Algérie, Clunet 120 (2) (1993), 569–598
- Zweigert, Konrad*: Verträge zwischen staatlichen und nicht-staatlichen Partnern, in Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht 5 (1964), S. 194–214
- Zweigert, Konrad/von Hoffmann, Bernd*: Zur internationalen joint venture, Festschrift für Martin Luther zum 70. Geburtstag, München 1976, S. 203–212.

Sachwortverzeichnis

Abschirmklausel des deutschen Muster
IFV 513

Act-of-State-Doktrin 409

acta iure gestionis

- Abgrenzung zu den *acta iure imperii* 101
- keine Staatenimmunität für *acta iure gestionis* 100

acta iure imperii

- Abgrenzung zu den *acta iure gestionis* 101
- Qualifikation nach nationalem Recht 102
- Staatenimmunität für *acta iure imperii* 100

Additional Facility Rules des WBÜ 67

AKA-Finanzierung 539

Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen siehe GATT

allgemeine Rechtsgrundsätze

- als *proper law* eines Konzessionsvertrags bei entsprechender Parteirechtswahl 374 ff.
- als *proper law* eines Konzessionsvertrags bei fehlender Parteirechtswahl 386 ff.
- Autonomie der Schiedsklausel als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Schiedsverfahrensrechts 144
- subjektive Schiedsfähigkeit des Staates und der juristischen Personen des öffentlichen Rechts als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Schiedsverfahrensrechts 180
- Ungeeignetheit der allgemeinen Rechtsgrundsätze als maßgebliches *proper law* eines Konzessionsvertrags 332 ff., 390

– Wahl der allgemeinen Rechtsgrundsätze als Wahl der *lex mercatoria* 376

- Wahl der allgemeinen Rechtsgrundsätze als Wahl des Völkerrechts 302
- WBÜ und anwendbares Recht bei fehlender Parteirechtswahl 61
- Zuordnung von Konzessionsverträgen zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen 328 ff., 335

anationale Schiedssprüche

- Definition 235
- UNÜ und anationale Schiedssprüche 263 ff.

Andenstatut

- Entscheidung 24 vom 31. Dezember 1970 74
- Entscheidung 220 vom 11. Mai 1987 74
- Entscheidung 291 vom 21. März 1991 75

Anpassung der vertraglichen Beziehungen

- an veränderte Umstände 411 ff.
- bei Anwendung des Rechts des Konzessionsgebers als *proper law* des Vertrags 429 ff.
- bei Anwendung der allgemeinen Rechtsgrundsätze als *proper law* des Vertrags 432 ff.
- durch eine dritte Person 419

Anpassungsklauseln 417

APEC-Investitionsgrundsätze 488

ASEAN-Investitionsschutzabkommen 487

Autonomie der Schiedsklausel 138 ff., 152

- ausdrückliche Festlegung in Konzessionsverträgen 144

- in der Bundesrepublik Deutschland 139, 140
- in der Rechtslehre 143
- in Frankreich 139 ff.
- in nationalen Rechten 141
- in Schiedsgerichtsordnungen 143
- in Schiedssprüchen 143
- beschränkt-völkerrechtlicher Vertrag**
 - der theoretische Ansatz 276
 - Merkmale und Folgen 277
 - Zuordnung zum Völkerrecht 277
- Besserstellungsklausel des deutschen Muster IFV** 520
- bilaterale IFV** 496 ff.
 - der Bundesrepublik Deutschland 508 ff.
 - der USA 501 ff.
- Bindung des Staates an den Vertrag** 303 ff., 432
- Binnenbeziehung** 128
- Bundesbürgschaften für gebundene Finanzkredite** 539
- Calvo-Doktrin**
 - Andenpakt und Calvo-Doktrin 74
 - Begriff 71
 - Bruch mit der Calvo-Doktrin bei IFV 508, 509
 - WBÜ und Aufnahme der Calvo-Doktrin 75
- Calvo-Klausel**
 - Aufnahme in Konzessionsverträgen 71
 - Aufnahme in den Verfassungen süd-amerikanischer Staaten 72
- Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten**
 - Ablehnung einer völkerrechtlichen Zuordnung von Konzessionsverträgen 317, 320
 - ausschließliche Zuständigkeit nationaler Gerichte bei der Streitbeilegung 71, 321
 - Enteignung und Entschädigung in der Charta 321
- clausula rebus sic stantibus* 412 ff.
- contract of work* siehe Dienstleistungsvertrag
- contractor* 44
- contrat administratif*
 - als Argument für eine einseitige Abänderbarkeit von Konzessionsverträgen 434
 - Qualifikation eines Konzessionsvertrages als *contrat administratif* 38, 434
- culpa in contrahendo*
 - beschränkter Schutz des Konzessionsgebers im Falle der Unwirksamkeit eines Vertrags wegen Beschränkungen der subjektiven Schiedsfähigkeit des Staates unter Berufung auf *culpa in contrahendo* bei Anwendbarkeit der allgemeinen Rechtsgrundsätze als *proper law* des Vertrags 186
 - kein Recht des Konzessionärs auf Entschädigung aus *culpa in contrahendo* bei Unwirksamkeit eines Vertrags wegen Beschränkungen der subjektiven Schiedsfähigkeit des Staates bei Anwendbarkeit des Rechts des Konzessionsgebers als *proper law* des Vertrags 185
- dauernde Souveränität über Naturreichtümer** siehe *Permanent Sovereignty Over Natural Resources*
- delokalisierte Schiedssprüche** siehe **anationale Schiedssprüche**
- deni de justice*
 - durch die spätere Aufhebung der Schiedsklausel 146, 148
 - durch Nichteinlassung auf das Schiedsverfahren 149
- dépêche* 397
- Dienstleistungsvertrag** 44
- Direktinvestitionen**
 - Definition 29

- Angrenzung zur Portfolioinvestitionen 29
- Schutz in *IFV* und in *MAI* 489 ff.
- diskriminierender Charakter
 - als negative Voraussetzung einer völkerrechtlich rechtmäßigen Enteignung 441
 - Überprüfung durch den Schiedsrichter 449
- Dispute Settlement Body* des WTO-Übereinkommens 569
- Doppelbesteuerungsabkommen 569
- Durchgriffstheorie 89
- economic development agreement*
 - Begriff 47
 - Bezug auf *economic development agreement* als Indiz zur Internationalisierung eines Konzessionsvertrags 279
- Eingriffsnormen
 - Definition 400
 - Berücksichtigung außerhalb der *lex contractus*
 - von Eingriffsnormen des Rechtes am Schiedsort 401
 - von Eingriffsnormen des Vertragsstatus 401
 - von Eingriffsnormen eines ausländischen öffentlichen Rechts 402 ff.
- Einsetzung in den vorigen Stand bei Entschädigungen wegen Enteignungen 452
- Energiecharta* vom 17. Dezember 1994 488
- Enteignung
 - Rechtfertigung der Abänderbarkeit von Konzessionsverträgen durch das völkerrechtliche Recht zur Enteignung 440 ff.
 - schleichende Enteignung 430, 505, 510 ff.
 - Schutz gegen Enteignung in den *IFV* 502, 505, 510 ff.
- Voraussetzungen einer völkerrechtlich rechtmäßigen Enteignung 431, 441 ff.
- entrepreneur* 44
- Entschädigung
 - als Voraussetzung einer völkerrechtlich rechtmäßigen Enteignung 431, 441
 - Bemessung der zu zahlenden Entschädigung
 - bei rechtswidrigen Enteignungen 451, 453 ff.
 - bei rechtmäßigen Enteignungen 451, 453 ff.
- Entscheidung *ex aequo et bono*
 - Abgrenzung zur Wahl der allgemeinen Rechtsgrundsätze als *proper law* eines Konzessionsvertrags 376
 - Verbindung mit der *lex mercatoria* 376 ff., 392 ff.
 - *WBÜ* und Entscheidung *ex aequo et bono* 61
- estoppel*
 - öffentlich-rechtliche Zuständigkeitsregeln können nicht unter Berufung auf *estoppel* außer Acht gelassen werden 185
 - Unbeachtlichkeit von Einschränkungen der subjektiven Schiedsfähigkeit des Staates und der juristischen Personen des öffentlichen Rechts unter Berufung auf *estoppel* 177
- Europäisches Übereinkommen über die Staatenimmunität (EÜSt)* vom 16. Mai 1972 119
- Exekutionsimmunität siehe Vollstreckungsimmunität
- force majeure*
 - Berufung auf *force majeure* als Befreiungsgrund des Staatsunternehmens von seinen Vertragspflichten 84, 90, 92, 95
 - Qualifikation eines staatlichen Hoheitsaktes als *force majeure* 82, 95

force majeure Klauseln 418

Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA) von 1976/1988 120

- Jurisdiktionsimmunität 121
- Vollstreckungsimmunität 122

Free Trade Agreement (FTA) vom 2. Januar 1988 558 ff.

Freundschafts- Handels- und Schifffahrtsverträge 497, 501

frustration 414

funktioneller Durchgriff 86

funktionelle Organschaft 89

Gemeinschaftsunternehmen 42

Generalunternehmen 44

General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)

- Kodizes 569
- neues GATT 1994 568, 569
- Streitschlichtungssystem 570 ff.

Genfer Europäisches Übereinkommen über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit (EÜ) vom 21. April 1961

- Anknüpfung der subjektiven Schiedsfähigkeit 115, 173 ff.
- anwendbares materielles Recht
 - bei Parteirechtswahl 368
 - bei fehlender Parteirechtswahl 351, 391
- anwendbares Schiedsverfahrensrecht
 - bei Parteirechtswahl 217
 - bei fehlender Parteirechtswahl 225
- Lösung des Schiedsverfahrensrechts vom Recht des Staates am Sitz des Schiedsgerichts 238
- Staatenimmunität und EÜ 184

Gründungstheorie 156

Grundlegung von Konzessionsverträgen 289 ff., 326

Guaranteed Recovery of Investment Principal (GRIP) 538

Handelsbräuche

- Berücksichtigung bei der Bestimmung des anwendbaren materiellen Recht
 - in nationalen Rechten 381, 391 ff.
 - in Schiedsgerichtsordnungen 333
- keine wirksame Zuordnung von Konzessionsverträgen zu den Handelsbräuchen 341

hardship-Klauseln 418

Havanna-Charta vom 24. März 1948 480

höhere Gewalt siehe *force majeure*

Hull-Formel

- Aufnahme
 - in IFV 432, 505, 510
 - in NAFTA-Abkommen 561
- Bemessung der Entschädigung wegen einer Enteignung 431
- entgegengesetzte Formeln seitens der Staaten der Dritten Welt 431

imprévision 414

indirekte Investitionen siehe Portfolioinvestitionen

Inländerbehandlung

- Begriff in IFV 510
- Geltung des Grundsatzes in MAI 492

Institut du Droit International

- Amsterdamer Resolution von 1957
 - Anknüpfung des Schiedsverfahrensrechts an das Recht des Staates am Sitz des Schiedsgerichts 206, 239
 - Berücksichtigung von öffentlich-rechtlichen Normen außerhalb der *lex contractus* 407
 - Vermutung zugunsten des Rechts des Konzessionsgebers bei fehlender Parteirechtswahl hinsichtlich des in der Hauptsache anwendbaren Rechts 382
- Athener Resolution von 1979
 - anwendbares materielles Recht bei fehlender Parteirechtswahl 390
 - Rechtswahlklauseln 366

- Völkerrecht als *proper law* eines Vertrags 370 ff.
- Santiago de Compostella Resolution von 1989
 - Autonomie der Schiedsklausel 143
 - *lex mercatoria* als Schiedsverfahrensstatut 250
 - Rechtswahlklauseln 367
- institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit
 - anwendbares materielles Recht 368, 391 ff.
 - anwendbares Schiedsverfahrensrecht 197
 - Beilegung von Streitigkeiten im Konzessionsbereich und Unterwerfungsvereinbarung unter institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit 56
- Inter-American Convention on International Commercial Arbitration (Panama Convention)* vom 30. Januar 1975 76
- Interarabische Investitionsgarantiegesellschaft* 538
- International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID)*
 - anwendbares Schiedsverfahrensrecht 198
 - Aufgaben 58
 - bisherige Verfahren 65
 - *ICSID*-Klauseln in *IFV*
 - bei den amerikanischen *IFV* 506
 - bei den deutschen *IFV* 529 ff.
 - kein Ausschuß der Zuständigkeit eines *ICSID*-Schiedsgerichts durch die Souveränitätseinrede 147, 152
 - Qualifikation von *ICSID*-Schiedssprüchen als völkerrechtliche Schiedssprüche 59
 - Unterwerfungserklärung unter ein *ICSID*-Schiedsgericht
 - in *ad-hoc* Schiedsvereinbarungen 60
 - in bilateralen *IFV* 60
 - in Investitionsgesetzen 60
- Internationale Handelskammer (IntHK)*
 - anwendbares materielles Recht
 - bei Parteirechtswahl 368
 - bei fehlender Parteirechtswahl 352, 391
 - anwendbares Schiedsverfahrensrecht 197, 218 ff.
- Investition
 - Begriff
 - in *IFV* 90
 - in Konventionsentwürfen für ein multilaterales Investitionsschutzabkommen 490
 - in *MAI* 489 ff.
- Investitionsgesetze
 - Inhalt, zugesicherte Rechte ausländischer Investoren, Streitschlichtungsverfahren, verbleibende Unsicherheiten 477 ff.
 - schiedsgerichtliche Streitbeilegung von Meinungsverschiedenheiten 52, 478
 - Unterbreitung von Investitionsstreitigkeiten
 - unter die ausschließliche Zuständigkeit nationaler Gerichte 323
 - unter ein *ICSID*-Schiedsgericht 60, 478
 - Vereinbarung von Stabilisierungsklauseln 464
- Investitionsschutzvertrag (*IFV*)
 - amerikanisches Model 501 ff.
 - die *Freundschafts- Handels- und Schifffahrtsverträge* 501 ff.
 - die echten Investitionsförderungsabkommen 504 ff.
 - Eigentumsschutz und Entschädigung 502, 505
 - Investitionsschutzklauseln 502
 - Streitschlichtungsmechanismen 502, 505
 - Bedeutung 499
 - deutsches Model 508 ff.
 - Eigentumsschutz und Entschädigung 510 ff.
 - Gegenstand und Zweck 508
 - materielle Investitionsschutzbestimmungen 510
 - Streitbeilegung

- von zwischenstaatlichen Meinungsverschiedenheiten 515 ff.
 - von Investitionsstreitigkeiten zwischen einer Vertragspartei und einem Kapitalanleger der anderen Vertragspartei 521 ff.
 - Unterbreitung von Investitionsstreitigkeiten unter die ausschließliche Zuständigkeit nationaler Gerichte 323
- Investitionsversicherungssysteme 492, 536 ff.
- Iran-U.S. Claim Tribunal*
- anwendbares Schiedsverfahrensrecht 198
 - UNÜ und Schiedssprüche des *Iran-U.S. Claim Tribunal* 269
- joint venture* 42 ff.
- Beilegung von Streitigkeiten
 - zwischen dem *joint venture* und der nationalen Gesellschaft 63
 - zwischen dem *joint venture* und dem Gastland 63
 - *contractual joint venture* 42
 - *equity joint venture* 42
- Jurisdiktionsimmunität
- Abgrenzung zur Vollstreckungsimmunität 102
 - Definition 102
 - in der Bundesrepublik Deutschland 128
 - in der Schweiz 127
 - in Frankreich 125
 - Verzicht durch die Unterzeichnung einer Schiedsklausel 130, 133 ff., 135
- juristische Personen des öffentlichen Rechts
- Abschluß von Schiedsklauseln und EÜ 105, 173 ff.
 - Anknüpfung ihrer Befugnis zum Abschluß einer Schiedsklausel 157
 - Einschränkungen ihrer subjektiven Schiedsfähigkeit
 - in Frankreich 162 ff.
 - in den Rechten anderer Staaten 165
 - Preisgabe von internen Beschränkungen 169 ff.
- kollisionsrechtliche Verweisung
- im Schiedsverfahrensrecht 227
 - im materiellen Recht 361, 365
- kommerzielles Handeln
- Begriff im *FSIA* 121
 - Begriff im *SIA* 123
- Konzessionär 33
- Konzessionsgeber
- Begriff 33
 - Vermutung zugunsten seines Rechts bei fehlender Parteirechtswahl hinsichtlich des in der Hauptsache anwendbaren Rechts 382 ff.
 - Zuordnung von Konzessionsverträgen zu seinem *IPR*-Recht 352 ff. 360
- Konzessionsvertrag
- Angemessenheit des Begriffs für moderne Verträge 47
 - Definition 33
 - Rechtsnatur 36
- Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW)* 539
- lex arbitri* siehe Schiedsverfahrensstatut
- lex causae*
- als möglicher Anknüpfungspunkt des anwendbaren Schiedsverfahrensrechts 197
 - keine einheitliche Anknüpfung mit dem Schiedsverfahrensstatut 233 ff.
 - Zuordnung von Konzessionsverträgen zur *lex causae* 352
- lex contractus*
- Berücksichtigung zwingenden Privatrechts außerhalb der *lex contractus* 399
 - Berücksichtigung öffentlich-rechtlicher Normen außerhalb der *lex contractus* 406
 - Zuordnung von Konzessionsverträgen zur *lex contractus* 345

lex fori

- keine *lex fori* für Schiedsgerichte 186, 348
- Zuordnung von Konzessionsverträgen zur *lex fori* 349 ff.

lex mercatoria

- als Schiedsverfahrensstatut 249 ff., 252, 256
- als Vertragsstatut 248, 340 ff.
- nationale Rechte und *lex mercatoria* als maßgebliches materielles Recht 380
- Rechtsanwendung durch staatliche Gerichte nicht als unzulässig beanstandet 377
- subjektive Schiedsfähigkeit des Staates und der juristischen Personen des öffentlichen Rechts als Norm der *lex mercatoria* 179
- Umdeutung der Parteianordnung einer Entscheidung nach der *lex mercatoria* als Ermächtigung einer Billigkeitsentscheidung 344, 376
- UNCITRAL-Modelgesetz und Anwendung der *lex mercatoria* bei entsprechender Parteirechtswahl 381, 392
- Ungeeignetheit der *lex mercatoria* als Vertragsstatut von Konzessionsverträgen 341 ff.

libyscher Erdölstreit 203 ff.

lois de police 400

Lomé Abkommen zwischen der EG und AKP-Staaten 484 ff.

management contract 46

mandatory rules 400

materielles Recht

- bei ausdrücklicher Parteirechtswahl 361 ff.
- bei fehlender Parteirechtswahl 382 ff.
- gespaltene Rechtswahl 397

materiellrechtliche Verweisung

- im Schiedsverfahrensrecht 227
- im materiellen Recht 361, 365

Mediatisierung der Einzelperson im Völkerrecht 442, 523

Meistbegünstigung

- Begriff in IFV 510
- Geltung in MAI 492

Multilaterale Investitions-Garantie Agentur (MIGA)-Konvention vom 11. Oktober 1985

- Aufgaben 545 ff.
- lateinamerikanische Staaten und Beitritt zur MIGA-Konvention 76
- Subrogation und Streitschlichtung 547 ff.

Multilaterales Abkommen für Investitionen (MAI) 488 ff.

Neuverhandlungsklauseln

- Typologie 417 ff.
- Vereinbarung in Konzessionsverträgen 418 ff.

Neuverhandlungspflicht

- als allgemeiner Rechtsgrundsatz 422, 426
- die schiedsgerichtliche Praxis 423 ff.

New Yorker UN-Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (UNÜ) vom 10. Juni 1958

- Anknüpfung der subjektiven Schiedsfähigkeit 154, 180
- Anknüpfung der objektiven Schiedsfähigkeit 159
- anwendbares materielles Recht
 - bei Parteirechtswahl 368
 - bei fehlender Parteirechtswahl 351
- anwendbares Schiedsverfahrensrecht
 - bei Parteirechtswahl 217
 - bei fehlender Parteirechtswahl 225
- Anwendbarkeit des UNÜ auf Schiedssprüche mit völkerrechtlicher *lex arbitri* 262
- Lösung des Schiedsverfahrensrechts vom Recht des Staates am Sitz des Schiedsgerichts 327

- Vollstreckbarkeit eines auf anationalem Verfahrensrecht beruhenden Schiedsspruchs 263 ff., 269

Nichtdiskriminierung bei der Investitionszulassung 492

nicht objektsbezogene Vollstreckungsimmunität

- in der Bundesrepublik Deutschland 129
- im FSIA 122
- im SIA 124
- Verzicht durch den Abschluß einer Schiedsklausel 132 ff., 135

Niederlassungsverträge 497

Normen ausländischen öffentlichen Rechts

- Definition 402
- materiellrechtliche Berücksichtigung 404
- Sonderanknüpfung 407

North American Free Trade Agreement (NAFTA) vom 17. Dezember 1992 558, 561 ff.

objektive Schiedsfähigkeit

- Begriff 159
- Verbindung mit der subjektiven Schiedsfähigkeit in Konzessionsverträgen 160 ff., 187

objektsbezogene Vollstreckungsimmunität

- in der Bundesrepublik Deutschland 129
- im FSIA 122

Organisation der Islamischen Konferenz 487

Organization for Economic Cooperation and Development (OECD)

- Erklärung über internationale Investitionen und multilaterale Unternehmen 482
- *Kodex zur Liberalisierung des Kapitalverkehrs* 480

– *Kodex zur Liberalisierung der laufenden unsichtbaren Transaktionen* 480

öffentlicher Zweck

- als Voraussetzung einer völkerrechtlich rechtmäßigen Enteignung 441
- keine Überprüfung durch den Schiedsrichter 448

operating company 42

operator 44

ordre public

- Durchstoß des Schleiers der getrennten Rechtspersönlichkeit vom Staat und Staatsunternehmen unter Berufung auf *ordre public* 92
- WBÜ und Unzulässigkeit der *ordre public* Kontrolle eines ICSID-Schiedsspruchs 62

ordre public international

- Berufung auf interne Einschränkungen der subjektiven Schiedsfähigkeit des Staates und der juristischen Personen des öffentlichen Rechts als Verstoß gegen den *ordre public international* 175, 178
- Bindung des Schiedsrichters an die Rechtswahlklausel gehört zum *ordre public international* 362
- Einschränkungen der subjektiven Schiedsfähigkeit des Staates und der juristischen Personen des öffentlichen Rechts gehören nicht zum *ordre public international* 163
- subjektive Schiedsfähigkeit des Staates und der juristischen Personen des öffentlichen Rechts als Norm des *ordre public international* 178
- Verstoß gegen den *ordre public international* durch die Aufkündigung der Schiedsklausel kraft Souveränität 145, 152

pacta sunt servanda

- Geltung des Grundsatzes in Konzessionsverträgen 303 ff., 325

- Einschränkungen des Grundsatzes 305 ff., 308 ff., 440 ff.
- Unbeachtlichkeit von Beschränkungen der subjektiven Schiedsfähigkeit des Staates und der juristischen Personen des öffentlichen Rechts unter Berufung auf *pacta sunt servanda* 177
- Panel-Verfahren*
 - des alten *GATT*-Streitschlichtungssystems 571
 - des neuen *WTO*-Übereinkommens 572 ff.
- Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums* 540
- Parteiautonomie*
 - als Bewertungsmaßstab für die Verbindlichkeit und Rechtswirksamkeit des Schiedsverfahrens 241 ff.
 - Rechtswahlfreiheit der Parteien hinsichtlich des in der Hauptsache anwendbaren Rechts als Ausfluß der Parteiautonomie 361
- Permanent Sovereignty Over Natural Resources*
 - kein Verstoß durch den Abschluß von Stabilisierungsklauseln 462 ff.
 - *UN-Resolution* 1803 (XVII) vom 14. Dezember 1962 318
- Personalstatut*
 - als Anknüpfungspunkt der subjektiven Schiedsfähigkeit 154 ff.
 - Ermittlung 156
- Portfolioinvestitionen*
 - Definition 29
 - Einbeziehung
 - in den Schutzbereich des *MAI* 491
 - in *IFV* 491
 - in nationalen Investitionsgarantiesystemen 491
- production-sharing- Vertrag* 45
- quasi-völkerrechtlicher Vertrag* 345
- rechtsordnungslose Schiedssprüche 242 ff.
- rechtsordnungsloser Vertrag 344 ff.
- Rechtswahlklauseln*
 - Anerkennung in der schiedsgerichtlichen Praxis 368
 - Aufnahme in Konzessionsverträgen 323, 357, 364
 - Aufnahme in Schiedsgerichtsordnungen 368
 - Bindung des Schiedsrichters 361
 - Regelungen internationalen Abkommen 368
 - Regelungen nationaler Rechte 368
- Rechtsverweigerung siehe *deni de justice*
- Renationalisierung von Konzessionsverträgen 317, 324, 327
- restitutio in integrum* bei Entschädigungen infolge einer Enteignung 450 ff.
- Revisionsklauseln 418
- sachliche Schiedsfähigkeit siehe objektive Schiedsfähigkeit
- Sachnorm*
 - Autonomie der Schiedsklausel als Sachnorm des Schiedsverfahrensrechts 141
 - Schiedsfähigkeit des französischen Staates als Sachnorm des französischen *IPR* 177
- Schiedsfähigkeit*
 - von steuerrechtlichen Streitigkeiten in Griechenland 167
 - von Streitigkeiten aus internationalen Anleihen 77
 - von Streitigkeiten aus internationalen Währungsverträgen 77
 - von verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten 157
- Schiedsklausel*
 - als Indiz zur Internationalisierung eines Konzessionsvertrags 279
 - Bindung des Staates an eine Schiedsklausel, die lediglich eines

- seiner Unternehmen unterzeichnet hat 188 ff., 194
- Geltung als Verzicht auf Staatenimmunität im Schiedsverfahren 110, 112 ff., 133
 - Geltung als Immunitätsverzicht im Anerkennungs- und Vollstreckbarerklärungsverfahren von Schiedssprüchen 116 ff., 130, 133, 135, 202
 - Geltung als Verzicht auf nicht objektbezogene Vollstreckungsimmunität 116 ff., 132, 134, 135
 - Vereinbarung von Schiedsklauseln in Konzessionsverträgen 55 ff.
- Schiedsverfahrensrecht**
- Entnationalisierungstendenzen
 - in internationalen Abkommen 238
 - in nationalen Rechten 239
 - fehlende Parteirechtswahl und Bestimmung des Schiedsverfahrensrechts 222 ff.
 - mögliche Anknüpfungspunkte 196 ff.
 - parteiautonome Bestimmung des Schiedsverfahrensrechts 216 ff.
 - Rechtspraxis 220
 - Rechtsprechung nationaler Gerichte 219
 - Regelungen internationaler Abkommen 217
 - Regelungen institutioneller Schiedsgerichtsordnungen 218 ff.
 - Regelungen nationaler Rechte 219
 - zwingende Anwendung eines Rechts
 - des Verfahrensrechts des Staates am Sitz des Schiedsgerichts 206 ff., 215
 - des Völkerrechts 200, 215
- Schiedsverfahrensstatut**
- Anknüpfung an das Recht des Staats am Sitz des Schiedsgerichts
 - in Konzessionsverträgen 231
 - Regelungen internationaler Abkommen 225
 - Regelungen nationaler Rechte 226
 - Begriff 200
 - Durchbruch des Gleichlaufs mit der Unterstützungszuständigkeit des Rechts des Staates am Sitz des Schiedsgerichts 209, 260
 - Funktionen 222, 255
- Selbstbestimmungsrecht der Völker über ihre Naturreichtümer 444**
- Separabilität von Schiedsklauseln siehe Autonomie von Schiedsklauseln**
- service-contracts* 44
- Sequenzierung 34**
- Sitz des Schiedsgerichts**
- Recht des Staates am Sitz des Schiedsgerichts als subsidiärer Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des anwendbaren Schiedsverfahrensrechts 222
 - Wahl des Sitzes des Schiedsgerichts als stillschweigende Wahl des Verfahrensrechts des Staates am Sitz des Schiedsgerichts 224
- Sitztheorie 156**
- société conjointe* 42
- Sonderanknüpfung von Rechtsnormen zwingenden Privatrechts 399 ff., 404**
- Souveränität**
- als Rechtfertigungsgrund für die Anpassung eines Konzessionsvertrags an veränderte Umstände 447 ff.
 - Begriff 99
 - Bindung des Staates an den Vertrag als Ausdruck seiner Souveränität 304, 309, 433
- Souveränitätseinrede**
- als Hindernis für den Abschluß eines Schiedsvertrags 136
 - Aufkündigung der Schiedsklausel kraft Souveränität 145, 152
 - Lösung vom Hauptvertrag kraft Souveränität und Autonomie der Schiedsklausel 137, 152
- split proper law* 397
- Staatenimmunität**
- absolute 99
 - Begriff und Grundlagen 99

- Behandlung der Einrede
 - durch Schiedsgerichte 106 ff.
 - Stand der Rechtslehre 109
- maßgebliches Recht für die Beurteilung einer Schiedsklausel als Verzicht auf Staatenimmunität 110
- restriktive 100
- Verbindung mit dem Einwand der subjektiven Schiedsunfähigkeit 105
- Verzicht durch den Abschluß einer Schiedsklausel 110
- vor staatlichen Gerichten bei der Vollstreckung von Schiedssprüchen 115 ff.
- *WBÜ* und Ausschluß der Einrede der Staatenimmunität vor einem *ICSID*-Schiedsgericht 103
- Staatsunternehmen
 - Begriff 80 ff.
 - Zurechenbarkeit von hoheitlichen Eingriffen des eigenen Staates 82 ff.
- stabilisierte Schiedsklauseln 151
- Stabilisierungsklauseln
 - als Indiz zur Internationalisierung eines Konzessionsvertrags 280
 - Typologie 457 ff.
 - Wert bei Anwendung des Rechts des Konzessionsgebers als *proper law* des Vertrags 466
 - Wert bei Anwendung der allgemeinen Rechtsgrundsätze als *proper law* des Vertrags 470
- Ständige Berufungskammer* des *WTO*-Übereinkommens 574
- Ständiger Schiedsgerichtshof* 55
- State Immunity Act (SIA)* vom 22. November 1978 123
 - Jurisdiktionsimmunität im *SIA* 123
 - Vollstreckungsimmunität im *SIA* 124
- subjektive Schiedsfähigkeit
 - Abgrenzung zu der Befugnis der juristischen Personen des öffentlichen Rechts zum Abschluß einer Schiedsklausel 157
 - Abschaffung von Einschränkungen 169 ff.
- Anknüpfung
 - nach dem Personalstatut 154, 155, 163 ff., 180
 - nach dem Vertragsstatut 163
- Beachtlichkeit von Einschränkungen 173 ff., 177
 - persönlicher Art 176, 183 ff., 187 ff.
 - sachlicher Art 176, 177 ff., 187 ff.
- Begriff 154
- Einschränkungen
 - in Frankreich 162 ff.
 - in den Rechten anderer Staaten 165 ff.
- Schweizer *IPR*-Gesetz und Ausschluß der Berufung auf Einschränkungen der subjektiven Schiedsfähigkeit 174
- technical assistance contract* 46
- Transfer des Kapitals
 - Beschränkungen des Kapitaltransfers in *MAI* 493
 - Garantie in *IFV* 510
- tronc commun* 395
- ultra vires* Vertrag 185
- Unantastbarkeit der Schiedsklausel 149 ff.
- Unantastbarkeitsklauseln 460
- UNIDO-Service zur Investitionsförderung* 539
- United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)*
 - anwendbares materielles Recht
 - bei Parteirechtswahl
 - in *UNCITRAL*-Modelgesetz 368
 - in *UNCITRAL*-Schiedsregeln 368
 - bei fehlender Parteirechtswahl
 - in *UNCITRAL*-Modelgesetz 352, 392
 - in *UNCITRAL*-Schiedsregeln 352, 392
 - Modelgesetz 169
 - Schiedsregeln 143, 169

- Schiedsverfahrensrecht und *UNCITRAL*-Schiedsregeln 218, 226
- subjektive Schiedsfähigkeit und *UNCITRAL* Modelgesetz 155, 180
- Übernahme des *UNCITRAL*-Modelgesetzes durch andere Staaten 170 ff.
- venire contra factum proprium*
 - Berufung auf interne Einschränkungen der subjektiven Schiedsfähigkeit des Staates und der juristischen Personen des öffentlichen Rechts und Verstoß gegen den Grundsatz des *venire contra factum proprium* 175
 - einseitige Aufkündigung der Schiedsklausel als Verstoß gegen den Grundsatz des *venire contra factum proprium* 150
- Vereinbarung über Regeln und Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten des WTO-Übereinkommens* 572 ff.
- Vertrag zur wirtschaftlichen Entwicklung* 47
- Vertragsbruch und Völkerrechtsverletzung 312
- Völkerrecht
 - als integraler Bestandteil des nationalen Rechts 278, 283, 289 ff.
 - als Korrektiv des nationalen Rechts 281, 286, 316, 373
 - als *Lückenfüllung* Rechtsordnung 282, 285, 287
 - als maßgebliches Verfahrensrecht bei Schiedsverfahren zwischen einem Staat und einer ausländischen Privatperson 257 ff.
 - als *proper law* eines Konzessionsvertrags 369 ff.
 - Funktion im Rahmen des *WBÜ* 301
 - Wahl des Völkerrechts als Wahl der allgemeinen Rechtsgrundsätze 372
 - Zuordnung von Konzessionsverträgen zum Völkerrecht
 - die Lehre vom beschränkt-völkerrechtlichen Vertrag 276
 - die schiedsgerichtliche Praxis 277 ff., 287
 - kollisionsrechtliche Zuordnung 278, 287 ff., 294, 325
 - objektive Zuordnung 277, 287, 294, 325
- Völkerrechtspersönlichkeit des privaten Investors 276, 296 ff.
 - deklaratorische 297 ff., 325
 - konstitutive 297 ff., 325
- Vollmachtsstatut 182
- Vollstreckbarerklärung eines Schiedsspruchs 115
- Vollstreckungsimmunität
 - Abgrenzung zur Jurisdiktionsimmunität 102
 - Definition 102
 - in der Bundesrepublik Deutschland 128
 - in der Schweiz 127
 - in Frankreich 126
 - Verzicht auf nicht objektbezogene Vollstreckungsimmunität durch die Unterzeichnung einer Schiedsklausel 132, 133 ff., 135
 - *WBÜ* und aufrechterhaltene Vollstreckungsimmunität 63, 117
- Wegfall der Geschäftsgrundlage 414
- Weltbankübereinkommen zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten (WBÜ)* vom 18. März 1965 57
 - anwendbares materielles Recht
 - bei Parteirechtswahl 365
 - bei fehlender Parteirechtswahl 301, 358, 385, 397
 - Kollision des *WBÜ* mit dem Streitlichtungsmechanismus der *IFV*
 - bei den amerikanischen *IFV* 503 ff.
 - bei den deutschen *IFV* 518
 - subjektive Schiedsfähigkeit des Staates und der juristischen Personen des öffentlichen Rechts 174
 - Verpflichtung zur Befolgung von Schiedssprüchen 59

Welthandelsorganisation (WTO)

- Aufgaben, Funktionen und Aufbau 568
- neue rechtliche Ordnung 569 ff.

Welthandelsübereinkommen vom 15. April 1994 566 ff.

- neu rechtliche Ordnung 569
- Streitschlichtungsverfahren 570 ff.

Wiener Vertragskonvention (WVK) vom 23. Mai 1969

- Autonomie der Schiedsklausel 143
- *clausula rebus sic stantibus* 414
- Unbeachtlichkeit von Einschränkungen der subjektiven Schiedsfähigkeit des Staates und der juristischen Personen des öffentlichen Rechts 175

wohlerworbene Rechte 443

Zentrum für die Industrielle Entwicklung der EG 538*Zuordnung von Konzessionsverträgen*

- Möglichkeit einer direkten Zuordnung 274
- über ein Kollisionsrecht 347 ff.
- zu einer transnationalen Rechtsordnung 332 ff.
- zum internationalen Wirtschaftsvertragsrecht 336
- zum Recht des Konzessionsgebers 352 ff., 360
- zur *lex causae* 352
- zur *lex contractus* 344
- zur *lex fori* 349
- zur *lex mercatoria* 340 ff.
- zum Völkerrecht 224

Zurechenbarkeit von hoheitlichen Eingriffen dem Staatsunternehmen 86, 90 ff., 95