

NILS BÖRNSEN

Nationales Recht in
Investitions-
schiedsverfahren

Jus Internationale et Europaeum

124

Mohr Siebeck

Jus Internationale et Europaeum

herausgegeben von
Thilo Marauhn und Christian Walter

124



Nils Börnsen

Nationales Recht in Investitionsschiedsverfahren

Mohr Siebeck

Nils Börnsen, geboren 1983; Studium an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, der American University, Washington D.C. und der Université Paris I Panthéon-Sorbonne (LL.M.); Referendariat am Oberlandesgericht Köln; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Völkerrecht der Universität Bonn; seit 2015 Referent im Bundesministerium für Wirtschaft und Energie; 2016 Promotion.

e-ISBN PDF 978-3-16-154898-7

ISBN 978-3-16-154897-0

ISSN 1861-1893 (Jus Internationale et Europaeum)

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

© 2016 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

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

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

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2015/2016 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms Universität Bonn als Dissertation angenommen.

Mein herzlicher Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Stefan Talmon, LL.M. M.A., der mir bei Konzeption, Recherche und Verfassen der Arbeit wertvolle Hilfestellung gegeben hat und mich in vieler Hinsicht gefördert, angespornt und ermutigt hat. Mein ebenso herzlicher Dank gilt dem Zweitgutachter, Herrn Professor Dr. Dr. Rudolf Dolzer, der mir die Faszination für die Materie vermittelt und mich bei vielen Gelegenheiten unterstützt und gefördert hat. Herrn Professor Dr. DDr. h.c. Matthias Herdegen und Herrn Jun.-Professor Dr. Jörn Griebel, D.E.S. danke ich in diesem Zusammenhang für die Gelegenheit zur Teilnahme an den von ihnen organisierten Doktorandenkolloquien und den wertvollen Austausch über meine Arbeit.

Mein Dank gilt daneben der Studienstiftung des Deutschen Volkes für die Förderung meines Postgraduiertenstudiums an der Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne und der Konrad-Adenauer-Stiftung für die Förderung mit einem Promotionsstipendium.

Ich danke außerdem meinen ehemaligen Kolleginnen und Kollegen Ass. jur. Sophie Barends, LL.M., Prof. Dr. Charlotte Kreuter-Kirchhof, Akad. Rat a. Z. Dr. Nils Grosche, Sebastián Mantilla Blanco, LL.M., Steven W. Reinhold, Dr. Raúl I. Rodríguez Magdaleno, Holly Wesener J.D., LL.M. und Doris Gassen herzlich für Anregungen, Hilfe und Kritik. Mein größter Dank gilt schließlich meiner Familie, die mich beim Verfassen der Arbeit stets geduldig unterstützt hat.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XIII
Einleitung	1
I. Grundlagen	6
1. <i>Der Grundsatz der Bindung des Richters an das Recht</i>	6
a. Die Rechtsbindung des Richters im nationalen Recht	6
b. Die Rechtsbindung des Richters und des Schiedsrichters im Völkerrecht	7
2. <i>Das Bezugsobjekt der Bindung</i>	12
a. Primat der Rechtswahl	13
b. Mehrheit der möglichen Bezugsobjekte	13
aa. Völkerrecht und nationales Recht als getrennte Rechtsordnungen	14
bb. Der völkerrechtliche Charakter der Schiedsgerichte in Investitionsschiedsverfahren	18
c. Notwendigkeit eines Rechtsanwendungsrechts	25
d. Investitionsschutzrecht als Teilrechtsordnung des Völkerrechts	27
3. <i>Rechtsanwendungsrecht des allgemeinen Völkerrechts</i>	29
a. Grundsätzliche Anwendbarkeit nationalen Rechts im allgemeinen Völkerrecht	29
aa. Irrelevanz nationalen Rechts im Völkerrecht	33
bb. Beschränkte Bedeutung des Grundsatzes der Irrelevanz nationalen Rechts im Völkerrecht	35
cc. Die Betrachtung nationalen Rechts als Faktum	36
dd. Kritik der Betrachtung nationalen Rechts als Faktum	38
b. Völkerrechtliches Rechtsanwendungsrecht	46
aa. Existenz eines völkerrechtlichen Rechtsanwendungsrechts	46
bb. Anwendbarkeit des völkerrechtlichen Rechtsanwendungsrechts auf nationales Recht	49
(a) Fehlen exklusiver Regelungsbereiche des Völkerrechts und des nationalen Rechts	49
(b) Fehlen einer vorausgesetzten Hierarchie zwischen Völkerrecht und nationalem Recht	54
(c) Zwischenergebnis	57

c. Anwendbarkeit im Investitionsschutzrecht	58
aa. Anwendung nationalen Rechts trotz seiner Betrachtung als Faktum	59
bb. Unzulänglichkeit der Hierarchisierung des anwendbaren Rechts	62
cc. Ergebnis	66
4. <i>Das komplementäre Verhältnis zwischen Völkerrecht und nationalem Recht</i>	66
5. <i>Zusammenfassung</i>	71
II. Rechtsgrundlage der Anwendung nationalen Rechts	73
1. <i>Abgrenzungen</i>	73
a. Genetischer Einfluss des nationalen Rechts auf das Völkerrecht	73
b. Allgemeine Rechtsgrundsätze im Völkerrecht	74
c. Konformität nationalen Rechts mit Völkerrecht	77
2. <i>Völkerrechtliche Regeln mit Bezug zu nationalem Recht</i>	81
a. Verweise völkerrechtlicher Regeln auf nationales Recht als rechtliche Grundlage einer Bindung	82
aa. Begriffsbestimmung	82
bb. Differenzierung zwischen rezipierenden und nicht-rezipierenden Verweisen	86
(a) Konzeptionelle Grundlage der Differenzierung	86
(b) Praktische Bedeutung der Differenzierung	87
b. Verweise auf nationales Recht im Investitionsschutzrecht	89
aa. Rechtsbegriffe des nationalen Rechts in völkerrechtlichen Regeln als Verweise; Abgrenzung zu autonomen Begriffen	90
bb. Berücksichtigung nationalen Rechts in völkerrechtlichen Generalklauseln	96
(a) Autonome Auslegung von Generalklauseln und indizieller Charakter nationalen Rechts	97
(b) Sonderfall: Legitimate expectations im Rahmen des fair and equitable treatment Standards	99
cc. Verweise auf durch nationales Recht geschaffene Rechtslagen	102
(a) Individuelle Rechte	104
(b) Staatsangehörigkeit natürlicher Personen	107
(c) Juristische Personen	109
(aa) Existenz juristischer Personen	109
(bb) Staatszugehörigkeit juristischer Personen	112
dd. Zurechnungsregeln	113
ee. Inländergleichbehandlung	117
ff. Schirmklauseln	119
(a) Unmittelbarer Verweis auf nationales Recht	121
(b) Mittelbarer Verweis auf nationales Recht	122
(c) Zusammenwirken mit Stabilisierungsvereinbarungen	125
gg. Konformitätsklauseln	126

hh. Klauseln zum anwendbaren Recht	133
(a) Klauseln zum anwendbaren Recht in völkerrechtlichen Verträgen	134
(b) Klauseln zum anwendbaren Recht in Investitionsverträgen	138
ii. Schiedsklauseln	141
3. Keine Anwendung nationalen Rechts ohne verweisende völkerrechtliche Regel	143
a. Keine Schließung von Regelungslücken im Völkerrecht durch nationales Recht	144
b. Keine unmittelbare Anwendung nationalen Rechts	147
III. Bestimmung des anwendbaren nationalen Rechts	150
1. Auswahl des anwendbaren nationalen Rechts	150
2. Dynamik der Verweise	153
3. <i>Iura novit curia</i>	159
a. Bedeutung des Prinzips	159
b. Geltung im allgemeinen Völkerrecht	160
c. Geltung im Investitionsschutzrecht	163
4. Auslegungsmethodik	167
a. Res judicata	168
aa. Prozessuale und materiell-rechtliche Bedeutung des Prinzips	168
bb. Geltung im allgemeinen Völkerrecht	169
cc. Geltung in Investitionsschiedsverfahren im Hinblick auf nationale Gerichtsentscheidungen	172
(a) Ablehnung in prozessualer Hinsicht	172
(b) Ausdifferenzierung einer möglichen materiell-rechtlichen Bindungswirkung	173
(c) Bewertung	175
b. Auslegungsgrundsätze	178
aa. Vergleich zur Auslegung des Völkerrechts durch nationale Gerichte	178
bb. Vergleich zur Auslegung fremden nationalen Rechts durch nationale Gerichte	179
cc. Auslegung nationalen Rechts durch internationale Gerichte	180
(a) Grundsatz der Übernahme der Auslegungsgrundsätze des nationalen Rechts	180
(b) Ausnahme autonomer Auslegung	182
dd. Auslegung nationalen Rechts durch Investitionsschiedsgerichte	184
(a) Anwendung der Auslegungsgrundsätze des nationalen Rechts	184
(b) Grenzen der Anwendung der Auslegungsgrundsätze des nationalen Rechts	185
(aa) Fehlerhafte und rechtsmißbräuchliche Auslegung des nationalen Rechts	186

(bb) Keine Anwendung zwingender Vermutungsregeln und Beweisregeln des nationalen Rechts	188
(cc) Abgrenzung zur Anwendung völkerrechtlicher Auslegungsregeln bei der Anwendung völkerrechtlicher Regeln	192
ee. Zusammenfassung	195
IV. Grenzen der Anwendung nationalen Rechts	198
1. <i>Problemstellung</i>	198
a. Möglichkeit von Normkonflikten durch Verweise auf nationales Recht	198
b. Begriff des Normkonflikts in diesem Zusammenhang	201
c. Nicht erfasste Normkonflikte	201
d. Theoretische Lösungsansätze	202
aa. Umgang anderer Rechtsordnungen mit entsprechenden Normkonflikten	202
(a) Anwendung fremden Rechts im Internationalen Privatrecht	202
(b) Anwendung des Völkerrechts im nationalen Recht	205
(c) Anwendung des Völkerrechts im Europarecht	208
(d) Normkonflikte innerhalb des Völkerrechts	211
bb. Übertragbarkeit auf die Anwendung nationalen Rechts im Völkerrecht	213
2. <i>Kollisionsregeln zur Vermeidung und Auflösung von Normkonflikten zwischen anwendbarem nationalen Recht und Völkerrecht</i>	214
a. Konfliktvermeidung	215
aa. Auslegung des nationalen Rechts	215
bb. Auslegung des Verweises	219
(a) Vertragswortlaut	220
(b) Gewöhnliche Bedeutung	220
(c) Zusammenhang	220
(aa) Interner Zusammenhang	221
(bb) Externer Zusammenhang	226
(d) Ziel und Zweck	231
(e) Treu und Glauben	233
b. Konfliktlösung	234
aa. Anwendung interner Kollisionsregeln	234
(a) <i>lex specialis derogat legi generali</i>	236
(b) <i>lex posterior derogat legi priori</i>	236
(c) <i>lex superior derogat legi inferiori</i>	239
bb. Anwendung externer Kollisionsregeln	241
(a) Bestimmungen zum anwendbaren Recht	241
(aa) Kollisionsrechtliche Funktion von Klauseln zum anwendbaren Recht	242
(bb) Häufige Unvollständigkeit von Klauseln zum anwendbaren Recht	244

(cc) Vorrang vor allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Kollisionsrechts	244
(dd) Zwischenergebnis	247
(b) Internationaler Ordre Public	247
(aa) Begriffseinordnung	247
(i) Nationaler „internationaler“ Ordre Public	247
(ii) „Echter“ internationaler Ordre Public	249
(iii) Zwischenergebnis	255
(bb) Anwendbarkeit des echten internationalen Ordre Public	255
(cc) Inhalt des echten internationalen Ordre Public	257
(i) Ius Cogens	258
(ii) Menschenrechte	260
(iii) Sicherheitsratsresolutionen	261
(iv) Allgemeine Rechtsgrundsätze	262
(v) Gewohnheitsrechtlicher Mindeststandard	264
cc. Überblick über die Anwendbarkeit nationalen Rechts in Investitionsschiedsverfahren	267
(a) Bei Klagen auf Grundlage völkerrechtlicher Investitionsschutz- verträge (treaty claims)	267
(b) Bei Klagen auf Grundlage vertraglicher Schiedsklauseln (contract claims)	270
 V. Fazit	 272
 Zusammenfassung in Thesen	 273
 Literaturverzeichnis	 279
Entscheidungsregister	293
Sachregister	311

Abkürzungsverzeichnis*

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AJIL	American Journal of International Law
Art.	Artikel
ASEAN	Association of Southeast Asian Nations
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
Bd.	Band
BDGVR	Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhofes
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BIT	Bilateral Investment Treaty
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGK	Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BYIL	British Yearbook of International Law
c.	contre
CAFTA	Central America Free Trade Agreement
CAFTA-DR	Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement
Cass.	Cour de Cassation
civ.	civile
Corp.	Corporation
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
ebd.	ebenda
ECT	Energy Charter Treaty

* Ohne Abkürzungen des allgemeinen Sprachgebrauchs

XIV

Abkürzungsverzeichnis

EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJIL	European Journal of International Law
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EuG	Gericht der Europäischen Union (zuvor: Gericht Erster Instanz)
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
FILJ	Foreign Investment Law Journal (ICSID Review)
Fn.	Fußnote
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
Hrsg.	Herausgeber
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
I.L.M.	International Legal Materials
I.L.R.	International Law Reports
i. V. m.	in Verbindung mit
IAmCHR	Inter-American Court of Human Rights
ICC	International Chamber of Commerce
ICJ	International Court of Justice
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
ICSID (AF)	International Centre for Settlement of Investment Disputes (Additional Facility)
ICTY	International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia
IGH	Internationaler Gerichtshof
IGH-Statut	Statut des Internationalen Gerichtshofs
IIA	International Investment Agreement
ILA	International Law Association
ILC	International Law Commission
Inc.	Incorporated
IPrax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
ITLS	International Tribunal for the Law of the Sea
JDI	Journal du Droit International
Kap.	Kapitel
LCA	London Court of Arbitration
lit.	Litera
LLC	Limited Liability Company
Ltd.	Limited
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MPEPIL	Max Planck Encyclopedia of Public International Law

NAFTA	North American Free Trade Agreement
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NSiZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OAU	Organisation of African Unity
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
P.L.C.	Public limited company
PCA	Permanent Court of Arbitration
RdC	Recueil des Cours
RGDIP	Revue Générale de Droit International Public
R.I.A.A.	Reports of International Arbitral Awards
Reg.Nr.	Registration Number
Rep.	Report
Rn.	Randnummer
Rz.	Randziffer
S.A.R.L.	Société à responsabilité limitée (fr.)
S.L.	Sociedad de responsabilidad limitada (span.)
S.p.A.	Società per Azioni (ital.)
S.R.L.	Societatea cu raspundere limitata (rum.) <i>auch:</i> Sociedad de Responsabilidad Limitada (arg.)
SCC	Stockholm Chamber of Commerce
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren (German Arbitration Journal)
sog.	sogenannte, sogenannter
StIGH	Ständiger Internationaler Gerichtshof
u. a.	und andere <i>auch:</i> unter anderem
U.S.	United States <i>auch:</i> United States Reports
UN	United Nations
UN Doc.	United Nations Document
UN GA	United Nations General Assembly
UN-Charta	Charta der Vereinten Nationen
UNCIO	United Nations Conference on International Organization
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
UNTS	United Nations Treaty Series
v.	versus <i>auch:</i> vom
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume

WTO	World Trade Organization
WVRK	Wiener Vertragsrechtskonvention
YCA	Yearbook of Commercial Arbitration
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Einleitung

Die Anwendung fremden Rechts gleicht nicht selten einem „Sprung ins Dunkle“.¹ Neben die Unvertrautheit mit dem fremden Recht tritt die Möglichkeit, dass die Anwendung fremden Rechts zu Ergebnissen führt, die vom eigenen Rechtsempfinden nicht gedeckt sind oder ihm sogar widersprechen.² Die Anwendung fremden Rechts ist „schwierig, zeitraubend und fehleranfällig“ und Auslöser „unguter Gefühle“.³ Diese Aussagen stammen aus dem Internationalen Privatrecht, in dem die Anwendung fremden Rechts heute, im Gegensatz zu früheren Zeiten, gang und gäbe ist. Denn erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts setzte sich auf Grundlage der Arbeiten von *Savigny* und *Mancini* die Ansicht durch, dass die Anwendung fremden Rechts nicht nur, wie zuvor vielfach angenommen, bloßer *Comitas* unter den Staaten geschuldet ist, sondern einer völkerrechtlichen Pflicht der Staaten entspricht.⁴ Zuvor waren staatliche Rechtsordnungen hinsichtlich der Anwendung des Rechts anderer Staaten häufig von Zurückhaltung geprägt und sind es teilweise bis heute.

Man könnte annehmen, dass internationalen Richtern der Sprung ins Dunkle erspart geblieben ist, ist deren Aufgabe gerade doch, nationalen Rechtsordnungen gleichsam enthoben, die Anwendung internationalen Rechts, das weltweit einheitlichen Prinzipien folgt. Autonomie und Universalität des Völkerrechts legen die Vermutung nahe, dass ein völkerrechtliches Gericht nur dieses Recht anwenden muss. Diese Annahme täuscht. Gleich welche Art internationaler Gerichte man betrachtet, stets finden sich in deren Entscheidungen Beispiele für die Anwendung nationalen Rechts als für dieses Gericht grundsätzlich fremdes Recht, wenngleich sich auch hier bisweilen Zurückhaltung wahrnehmen lässt.

Die Bandbreite der internationalen Gerichte, auf die man eine solche Untersuchung erstrecken könnte und auf die solche bereits unternommen worden sind,⁵ ist

¹ *Raape*, Internationales Privatrecht, Band I, 5. Aufl. 1961, S. 90; zitiert in BVerfGE 31, S. 58, 73.

² *Raape*, Internationales Privatrecht, Band I, 5. Aufl. 1961, S. 90 f.

³ v. *Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Band I Allgemeine Lehren, 2. Aufl. 2003, S. 534.

⁴ *Mancini*, 1 *Journal du droit international privé* (1874), S. 221, 229 ff. unter Bezugnahme auf v. *Savigny*, *Traité de droit romain*, tome VIII, 2. Aufl. 1860, S. 31.

⁵ Zum allgemeinen Völkerrecht *Lipstein*, 27 *Transactions of the Grotius Society* (1941), S. 142 ff. sowie *ders.*, 29 *Transactions of the Grotius Society* (1943), S. 51 ff.; *Cassese*, *Il diritto interno nel processo internazionale*, 1962; *Stoll*, *Droit interne et juridictions internationales*,

groß. Hinzu tritt die Zunahme der Foren, in denen solche Verfahren geführt werden können, sowohl permanenter Art in Form von internationalen Gerichtshöfen als auch in *ad hoc* Strukturen internationaler Schiedsgerichtsbarkeit.⁶ Man kann dabei grundsätzlich vier Arten von internationalen Verfahren unterscheiden: Verfahren zwischen Privaten verschiedener Nationalität, Verfahren zwischen Staaten, Verfahren zwischen Privaten und einem fremden Staat, sowie, mittlerweile – im Hinblick auf regionalen und internationalen Menschenrechtsschutz –, Verfahren zwischen Privaten und ihrem Heimatstaat.⁷

Diese Untersuchung konzentriert sich auf Verfahren der dritten Art, und zwar im Speziellen auf Verfahren zwischen ausländischen Investoren und Staaten. Solche Verfahren haben gerade in den vergangenen zwei Jahrzehnten stark zugenommen. Sie finden häufig auf Grundlage des Washingtoner Übereinkommens zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten vom 18. März 1965⁸ statt, mit dem auch das *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*, eine der fünf Institutionen der Weltbank-Gruppe, gegründet wurde. Sie werden aber auch auf Grundlage anderer Schiedsverfahrensordnungen, wie etwa der Schiedsregeln der Kommission der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht (*United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL*), der internationalen Handelskammer (*International Chamber of Commerce, ICC*) oder nationaler Handels-

1962; *Jenks*, in: ders., *The Prospects of International Adjudication*, 1964, S. 547 ff.; *Marek*, 66 RGDIP (1962), S. 260 ff.; *Strebel*, 36 ZaöRV (1976), S. 168 ff.; *Danilowicz*, XII Polish Yearbook of International Law (1983), S. 153 ff.; *Sorel*, in: *Droit International et Droits Internes, Développements Récents*, 1998, S. 133 ff.; *Santulli*, *Le statut international de l'ordre juridique étatique*, 2001; zum Europarecht s. etwa *Rodriguez Iglesias*, in: Capotorti et al. (Hrsg.), *Du droit international au droit de l'intégration, Liber Amicorum Pierre Pescatore*, 1987, S. 583 ff.; *Dubouis*, in: *Droit International et Droits Internes, Développements Récents*, 1998, S. 163 ff.; zur Europäischen Menschenrechtskonvention s. etwa *Mosler*, in: *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, Vol. 1, 1972, S. 521 ff.; *van der Meersch*, 1 *Human Rights Law Journal* (1980), S. 13 ff.; *Bindschedler-Robert*, in: Diez u. a. (Hrsg.), *Festschrift für Rudolf Bindschedler*, 1980, S. 597 ff.; *Trabelsi-Mathari*, in: *Droit International et Droits Internes, Développements Récents*, 1998, S. 187 ff.; zum Investitionsschutzrecht vgl. *Begic*, *Applicable Law in International Investment Disputes*, 2005; *Sasson*, *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration*, 2010; *Kjos*, *Applicable Law in Investor-State Arbitration*, 2013.

⁶ S. zu diesem Phänomen etwa *Burke-White*, 25 *Michigan Journal of International Law* (2004), S. 963, 965 ff.

⁷ Vgl. auch *Illinois Central Railroad Company v. United Mexican States (General Claims Commission – United States and Mexico)*, 31 March 1926, 20 *AJIL* (1926), S. 794, 796 f., allerdings ohne Verfahren der vierten Art und mit weiterer Differenzierung bei Verfahren der dritten Art.

⁸ *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, UNTS Bd. 575, S. 159, Reg.Nr. 8359, in Kraft getreten am 14. 10.1966; abgedruckt in: *Paparinskis, Basic Documents on International Investment Protection*, 2012, S. 681 ff. (No. 66); für die Bundesrepublik Deutschland ratifiziert mit Gesetz v. 25.2.1969, BGBl. 1969 II S. 369, in Kraft gem. Bekanntmachung vom 30.5.1969, BGBl II S. 1191, mit Wirkung vom 18.5.1969.

kammern, durchgeführt.⁹ In diesen Verfahren spielt nationales Recht, wie sich zeigen wird, besonders häufig eine Rolle. Denn das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien ist nicht nur durch völkergewohnheitsrechtliche und völkervertragliche Schutzstandards zugunsten Fremder geprägt. Der Fremde ist zugleich auch Rechtsunterworfener des nationalen Rechts des Empfangsstaates wie auch seines Heimatstaates. Zudem können individuelle Vereinbarungen zwischen dem Empfangsstaat und dem ausländischen Investor getroffen worden sein, die ihrerseits in eine nationale oder internationale Rechtsordnung eingebettet sein können. Investitionsschiedsverfahren stehen damit in der Tradition zwischenstaatlicher Verfahren, in denen der Heimatstaat für seine Staatsangehörigen diplomatischen Schutz gegenüber dem Empfangsstaat ausübte, wie auch der *Mixed Arbitral Tribunals*, die vor allem Ende des 19. Jahrhunderts bis Mitte des 20. Jahrhunderts auf Grundlage völkerrechtlicher Friedensverträge ähnliche Klagen verhandelten.¹⁰ Investitionsschiedsgerichte nehmen insofern auch immer wieder auf Entscheidungen sowohl des Ständigen Internationalen Gerichtshofs (StIGH) und des Internationalen Gerichtshofs (IGH) als auch der *Mixed Arbitral Tribunals* Bezug. Die Untersuchung erstreckt sich in diesem Umfang deshalb auch auf Entscheidungen dieser Gerichte und Schiedsgerichte als Vorläufer der heutigen Investitionsschiedsverfahren.

Das Verhältnis der Investitionsschiedsgerichte zu nationalem Recht hat sich dabei im Laufe der Zeit gewandelt. In frühen Entscheidungen – wie etwa den berühmten Schiedsverfahren *Lena Goldfields gegen Sowjetunion*¹¹ oder *Texaco gegen Libyen*¹² und *LIAMCO gegen Libyen*¹³ – basierte das Schiedsverfahren allein auf der Schiedsabrede in einem Konzessionsvertrag zwischen Investor und Empfangsstaat. Im Vordergrund stand deshalb die Frage, ob und inwieweit Völkerrecht überhaupt statt des grundsätzlich anwendbaren nationalen Rechts des Empfangsstaats angewendet werden konnte. Durch die wachsende Verbreitung bilateraler und multilateraler Investitionsschutzabkommen mit materiellem und prozessuellem Schutz zugunsten Privater und die zunehmende Inanspruchnahme des ICSID-Streitbeilegungsmechanismus basieren viele Schiedsgerichte heute dagegen unstreitig auf einer völkervertraglichen Grundlage. Im Vordergrund

⁹ Bis Ende 2012 waren 61 % aller bekannten Investitionsschiedsverfahren ICSID-Verfahren, 26 % UNCITRAL-Verfahren, 5 % SCC-Verfahren und 8 % sonstige Verfahren; s. *UNCTAD*, World Investment Report 2013, UN Doc. UNCTAD/WIR/2013, S. 110 f.; *UNCTAD*, IIA Issues Note No. 1, May 2013, S. 4.

¹⁰ Zu letzteren s. etwa *Rousseau*, *Droit international public*, Tome I, 1970, S. 381 ff.

¹¹ *Lena Goldfields, Ltd. v. The Soviet Government*, Award, 3 September 1930, 36 *Cornell Law Quarterly* (1950), S. 42 ff.

¹² *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, Award on the Merits, 19 January 1977, 53 *I.L.R.* (1979), S. 389 ff.

¹³ *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic*, Award, 12 April 1977, 62 *I.L.R.* (1982), S. 140 ff.

steht dann meist die Frage, ob und inwieweit nationales Recht neben dem zweifellos anwendbaren Völkerrecht überhaupt noch Anwendung findet – jedenfalls, wenn die Klage auf völkerrechtliche Schutzstandards gestützt ist.¹⁴ Mittlerweile basiert die Mehrzahl der Klagen auf der vorgetragenen Verletzung eines völkerrechtlichen Investitionsschutzvertrags.¹⁵

Diese Entwicklung spiegelt sich im Ausgangspunkt der folgenden Untersuchung wider. Sie soll den Versuch bilden, den in vielen bisherigen Untersuchungen gängigen Standpunkt einer übergeordneten Perspektive, von dem aus das Verhältnis von nationalem Recht und Völkerrecht global beschrieben werden soll, zu verlassen und durch einen relativen Standpunkt zu ersetzen, der sich auf den Blick des Völkerrechts auf das nationale Recht beschränkt. Statt also der allgemeinen Frage nach dem in Investitionsschiedsverfahren anwendbaren Recht nachzugehen, sucht die folgende Untersuchung zunächst nur eine Antwort auf die eingegrenztere Frage, wann und inwieweit in diesen Schiedsverfahren nationales Recht anzuwenden ist. Natürlich lässt sich diese Frage nicht beantworten, ohne zugleich zumindest mittelbar auch zur Anwendbarkeit des Völkerrechts und zum Verhältnis von Völkerrecht und nationalem Recht Stellung zu nehmen. Wie sich zeigen wird, eröffnet der Wechsel des Betrachtungsstandpunkts jedoch klarere Perspektiven auf vermeintlich Bekanntes und bietet zugleich die Möglichkeit, ein konsistenteres Bild der Anwendung nationalen Rechts durch Schiedsgerichte in Investitionsschiedsverfahren zu zeichnen.

Die übergeordnete These der Untersuchung lautet vor diesem Hintergrund, dass ein Schiedsgericht in Investitionsschiedsverfahren nach Maßgabe des Völkerrechts auch nationales Recht anwenden muss. Es ist dann an nationales Recht genauso gebunden wie an anwendbares Völkerrecht und darf den „Sprung ins Dunkle“ nicht verweigern. Wie weit diese Bindung reicht, richtet sich indes nach Völkerrecht.

Im Folgenden sollen dazu zunächst die theoretischen Grundlagen einer Anwendung nationalen Rechts im Völkerrecht untersucht werden (Kapitel I). Dem folgt eine Untersuchung der Rechtsgrundlage der Anwendung nationalen Rechts in Investitionsschiedsverfahren. Dies umfasst eine Analyse der Fälle, in denen in Investitionsschiedsverfahren typischerweise nationales Recht angewendet wird (Kapitel II). Im Anschluss daran soll die Bestimmung des konkret anwendbaren Rechts durch die Schiedsgerichte betrachtet werden; dies schließt unter anderem die Frage einer möglichen Bindungswirkung nationaler Gerichts- und Verwaltungsentscheidungen und die Auslegung nationalen Rechts ein (Kapitel III).

¹⁴ S. zu diesem Wandel *Orrego Vicuña*, 8 Max Planck Yearbook of United Nations Law (2004), S. 341 ff.

¹⁵ Von den 2013 erhobenen Klagen vor einem ICSID-Schiedsgericht beruhten 74% auf einem bilateralen Investitionsschutzvertrag, s. *International Centre for Settlement of Investment Disputes*, Annual Report 2013, S. 22 (gegenüber 68% in 2012, s. Annual Report 2012, S. 26, und 67,5% in 2011 [25 von 37 Fällen], s. Annual Report 2011, S. 27).

Schließlich richtet sich der Fokus auf die Grenzen einer Bindung an nationales Recht und die Lösung eventueller Normkonflikte zwischen Völkerrecht und anwendbarem nationalen Recht (Kapitel IV). Methodisch baut die Arbeit auf einer umfassenden Auswertung von Schiedsgerichtsentscheidungen in Investitionsschiedsverfahren sowie Entscheidungen des StIGH, des IGH und der *Mixed Arbitral Tribunals* auf. Dies spiegelt sich in der Darstellung von Entwicklungslinien und Fallgruppen innerhalb der Rechtsprechungspraxis wider. Zugleich bettet die Untersuchung diese Auswertung in ein theoretisches Konzept ein, dass die Anwendung der entwickelten Grundsätze auch auf bisher unbekannte Fälle wie auch ihre Übertragung auf andere Teilgebiete des Völkerrechts erlaubt. Die zitierten Entscheidungen sind insoweit exemplarisch zu verstehen, erheben aber keinen Anspruch auf erschöpfende Darstellung, deren Versuch im Hinblick auf die uneinheitliche Veröffentlichung von Schiedsgerichtsentscheidungen in diesem Bereich ohnehin müßig wäre. Im Interesse der Lesbarkeit werden zugrundeliegende Sachverhalte der Entscheidungen zudem nur in Einzelfällen zur Veranschaulichung dargestellt.

I. Grundlagen

Die These, dass ein Schiedsgericht in Investitionsschiedsverfahren nach Maßgabe des Völkerrechts auch nationales Recht anwenden muss, setzt mehrere Annahmen voraus. Sie baut zum einen auf der Prämisse auf, dass ein Schiedsgericht überhaupt einer Bindung an das Recht unterliegen kann (1). Sie geht weiter davon aus, dass nationales Recht Gegenstand dieser Bindung sein kann (2). Das führt zu der Frage, ob es ein völkerrechtliches Rechtsanwendungsrecht, das zwischen der Anwendung von Völkerrecht und nationalem Recht koordiniert, gibt, und ob dieses auch für Schiedsgerichte in Investitionsschiedsverfahren anwendbar ist (3). Diese Annahmen ermöglichen schließlich, ein Komplementärverhältnis von Völkerrecht und nationalem Recht zu beschreiben (4).

1. Der Grundsatz der Bindung des Richters an das Recht

Die Bindung des Richters an das Recht ist ein aus nationalen Rechtsordnungen bekannter Grundsatz, der jedoch nicht ohne Weiteres auf internationale Schiedsverfahren übertragen werden kann.

a. Die Rechtsbindung des Richters im nationalen Recht

Von einer „Bindung“ des Richters an das Recht zu sprechen, geht auf die Differenzierung zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung zurück: Der Richter ist in dieser Hinsicht nur Rechtsanwender, nicht aber Rechtssetzer. Er wendet bestehendes Recht auf tatsächliche Umstände an, wird aber selbst nicht rechtsschöpfend tätig. Diese Dichotomie ist wohl eine Grundeigenschaft der meisten Rechtsordnungen.¹

Auf der Ebene nationaler Rechtsordnungen liegen dieser Sichtweise vor allem zwei Erwägungen zugrunde: Zum einen ist die Bindung des Richters an das Recht

¹ *Bettermann*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band III, 2. Aufl. 1996, § 73 Rn. 27; *Schmidt-Aßmann*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band II, 3. Aufl. 2004, § 26 Rn. 100 f.; *Jestaedt*, in: Erbguth/Masing (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen: Europarecht und nationales Recht. XIII. Deutsch-Polnisches Verwaltungskolloquium, 2005, S. 25, 27.

Ausdruck der Herrschaft des Rechts, also dem Primat des Rechts gegenüber jeder anderen Form von Herrschaftsbegründung. Die staatliche Rechtsordnung bildet dabei ein normatives Bezugssystem, das einen Rahmen um jede Ausübungsform staatlicher Gewalt spannt und eine rechtlich ungebundene Herrschaftsausübung als „Willkür“ theoretisch ausschließt. Der Richter ist als staatliches Organ damit dem Recht genauso unterworfen wie jedes andere staatliche Organ. Rechtsprechung ohne Rechtsgrundlage wäre willkürlich. Im englischen Sprachgebrauch findet dieser Ansatz in der Abgrenzung *rule of law* von *rule of man* Ausdruck.² Zum anderen findet die Bindung des Richters an das Recht eine Wurzel im Konzept der Gewaltenteilung zwischen judikativer Gewalt einerseits und exekutiver wie legislativer Gewalt andererseits. Der Richter ist danach auf die Anwendung des Rechts beschränkt, nicht aber zur Rechtsschöpfung berufen. Diese Abgrenzung ist freilich nicht völlig deckungsgleich, da – je nach Ausgestaltung der nationalen Rechtsordnung mehr oder weniger deutlich – auch das Gerichtsurteil zum Teil der Rechtsordnung wird und als Rechtsnorm eigener Art beschrieben werden kann.³ Das Phänomen der richterlichen Rechtsfortbildung steht damit unter besonderem Rechtfertigungsdruck, hebt aber den Grundsatz der Bindung des Richters an das Recht nicht auf. Denn auch hier ist der Richter nicht frei schöpfend tätig, sondern durch den staatlichen konstitutionellen Rahmen in seiner Funktion beschränkt.⁴

b. Die Rechtsbindung des Richters und des Schiedsrichters im Völkerrecht

Auf der Ebene des Völkerrechts fehlt dagegen ein solches geschlossenes normatives System als Begründungsbasis. Es mangelt dabei schon rein tatsächlich an der zentralen Ausübung von Herrschaftsgewalt, die das Objekt einer Unterwerfung unter das Recht sein könnte: Originäre Herrschaftsgewalt wird nur von den Staaten ausgeübt, die darin grundsätzlich frei und keiner anderweitigen Herrschaft unterworfen sind. Die souveräne Gleichheit aller Staaten ist ein Grundprinzip der Völkerrechtsordnung. Rechtssetzung findet weitgehend nicht in einem zentralen, institutionellen Mechanismus, sondern dezentral, über Völkervertragsrecht, Völkergewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze statt.⁵ Genauso findet Rechtsprechung gemäß dem Grundsatz *par in parem non habet imperium* nur nach freiwilliger Unterwerfung der Staaten unter die Gerichtsbarkeit eines Gerichtes statt. Soweit also im Völkerrecht von der Herrschaft des Rechts oder *rule*

² S. *Chesterman*, in: Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL, Vol. VIII, S. 1014, ebenda (para. 2).

³ S. etwa *Kelsen*, Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, 1934, S. 79 f.

⁴ Zum Problem richterlicher Rechtsfortbildung auf internationaler Ebene s. etwa *Grosche*, Rechtsfortbildung im Unionsrecht, 2011, S. 87 ff.

⁵ Zu diesem Befund im Jahre 1966 *Kelsen*, Principles of International Law, 2. Aufl. 1966, S. 552; aus jüngerer Zeit z. B. v. *Arnauld*, Völkerrecht, 2012, S. 13 ff.

of law gesprochen wird, ist damit meist die Förderung und Durchsetzung der *rule of law* auf nationaler Ebene mit Hilfe des Völkerrechts verbunden. Deutlich zeigt sich dies etwa in einer Passage einer Entscheidung des *International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY)* von 1995:

„This Chamber is [...] satisfied that the principle that a tribunal must be established by law [...] is a general principle of law imposing an international obligation which only applies to the administration of criminal justice in a municipal setting.“⁶

Das Völkerrecht kennt also die Herrschaft des Rechts als Anforderung an nationales Recht, ist ihr aber selbst nicht unterworfen.⁷ Ebenso fehlt im Grundsatz der Bezugspunkt für eine „Gewaltenteilung“ auf völkerrechtlicher Ebene: Gibt es keine zentrale Gewalt, kann diese auch nicht entsprechend einer nationalen Gewaltenteilung aufgegliedert sein. Die Übertragung des nationalstaatlich geprägten Begriffs der *rule of law* in das Völkerrecht ist also nicht ohne weiteres möglich.⁸ Nichtsdestotrotz finden sich auch im Völkerrecht Entscheidungen, die klar von einer Bindung des internationalen Richters an das Recht ausgehen. Der IGH formulierte etwa 1974 im Fall *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*:

„[T]he court, as a court of law, cannot render judgment sub specie legis ferendae, or anticipate the law before the legislator has laid it down.“⁹

Ausgangspunkt der Begründung einer solchen Bindung des Richters an das Recht im Völkerrecht bildet zum einen die Tatsache, dass nach der heutigen Rechtsquellenlehre des Völkerrechts richterliche Entscheidungen nur ein Hilfsmittel zur Feststellung von Rechtsnormen, selbst aber keine Rechtsquelle sind. Art. 38 des IGH-Statuts benennt richterliche Entscheidungen entsprechend nur als subsidiäre Erkenntnisquelle und nicht als Rechtsquelle.¹⁰ Daraus ergibt sich, dass der internationale Richter, wenn er denn verpflichtet ist, Recht anzuwenden, dieses Recht

⁶ Vgl. ICTY, *Tadić case*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 42; kritisch dazu *Crawford*, 24 *Adelaide Law Review* (2003), S. 3, 9; vgl. auch *Aust/Nolte*, in: Zürn/Nollkaemper/Peerenboom (Hrsg.), *Rule of Law Dynamics in an Era of International and Transnational Governance*, 2012, S. 48 ff.

⁷ *Crawford*, 24 *Adelaide Law Review* (2003), S. 3, 8; vgl. aber *Fitzmaurice*, 92 *RdC* (1957 II), S. 5 ff., der im Hinblick auf Art. 14 der *Draft Declaration on the Rights and Duties of States* der *ILC* von 1949 von einer generellen Unterwerfung aller Staaten unter die Herrschaft des Rechts ausgeht.

⁸ *Crawford*, 24 *Adelaide Law Review* (2003), S. 3, 6 f., der auch in historischer Perspektive darauf verweist, dass Richter auf internationaler Ebene nicht nach dem Vorbild der nationalen Richter eingesetzt wurden, sondern ursprünglich als verhandelnde Stellvertreter der Konfliktparteien gesehen wurden.

⁹ IGH, *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, S. 3, 23 f. (para. 53).

¹⁰ S. Art. 38 Abs. 1 lit. d Statute of the International Court of Justice, 26 June 1945, United Nations Conference on International Organization (UNCIO) Vol. 15, S. 355; deutscher Text abgedruckt in BGBl. 1973 Bd. II, S. 505 ff.

jedenfalls nicht selbst schöpft. Entsprechend formulierte der IGH Fall *South West Africa* 1966:

„As is implied by the opening phrase of Article 38, paragraph 1, of its Statute, the Court is not a legislative body. Its duty is to apply the law as it finds it, not to make it.“¹¹

Der Antagonismus von Rechtsanwendung und Rechtssetzung ist dem Völkerrecht also trotz seiner dezentralen Struktur nicht fremd. Die Dezentralität des Völkerrechts führt gleichwohl zu einer Verschiebung der Begründungsbasis dieser Differenzierung. Denn der Grundsatz der souveränen Gleichheit und das Fehlen einer zentralen, obligatorischen Gerichtsbarkeit bringen mit sich, dass Staaten einem gerichtlichen Verfahren auf internationaler Ebene nur nach freiwilliger Unterwerfung ausgesetzt sein können. Art und Umfang des gerichtlichen Verfahrens sind damit vom Willen der beteiligten Staaten abhängig. Ihnen steht es frei, ein Verfahren zu wählen, das allein durch Anwendung von Recht geführt wird, oder sich für ein Verfahren zu entscheiden, bei dem der Richter nicht Recht anwendet, sondern etwa eine reine Billigkeitsentscheidung trifft. Die Grundlage der Bindung des Richters an das Recht kann im Völkerrecht vor diesem Hintergrund allein der Wille der Staaten sein, die an der Schaffung des Forums beteiligt sind.

Dementsprechend enthalten die meisten Gründungsstatute internationaler Gerichte wie auch die Verfahrensordnungen internationaler Schiedsgerichte die Differenzierung zwischen Entscheidungen auf Grundlage der Anwendung von Recht einerseits und Billigkeitsentscheidungen (Entscheidungen *ex aequo et bono*) andererseits. Art. 38 Abs. 2 des Statuts des Internationalen Gerichtshofs von 1945 enthält diese Unterscheidung ebenso wie Art. 42 Abs. 3 ICSID-Konvention von 1966 und Art. 54 Abs. 2 der ICSID *Additional Facility Rules*¹². Weitere Beispiele sind Art. 10 der *Model Rules on Arbitral Procedure* der *International Law Commission* von 1958¹³, Art. 22 der Schiedsgerichtsordnung des Schiedsgerichtsinstituts der Stockholmer Handelskammer (*Stockholm Chamber of Commerce, SCC*) von 2010¹⁴, Art. 35 der *UNCITRAL Arbitration Rules* von 2010¹⁵, Art. 35 der *Permanent Court of Arbitration (PCA) Arbitration Rules* von 2012¹⁶ oder Art. 21 der

¹¹ IGH, *South West Africa, Second Phase*, Judgment, I.C.J. Reports 1966, S. 6, 47f. (para. 89).

¹² Rules Governing the Additional Facility for the Administration of Proceedings by the Secretariat of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (Additional Facility Rules), Amended, 10 April 2006, abgedruckt in: Paparinskis, Basic Documents on International Investment Protection, 2012, S. 745 ff. (No. 72), Schedule C.

¹³ *ILC, Model Rules on Arbitral Procedure*, ILC Yearbook 1958, Vol. II., S. 80, 84.

¹⁴ Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, in force as of 1 January 2010, abgedruckt in: Paparinskis, Basic Documents on International Investment Protection, 2012, S. 933 ff. (No. 87).

¹⁵ UNCITRAL Arbitration Rules as revised in 2010, UN Doc. A/RES/65/22 of 10 January 2011, abgedruckt in: Paparinskis, Basic Documents on International Investment Protection, 2012, S. 826 ff. (No. 81).

¹⁶ Permanent Court of Arbitration Arbitration Rules 2012, Effective December 17, 2012, abrufbar unter <http://www.pca-cpa.org>; siehe auch Art. 33 Abs. 2 PCA Rules for Disputes bet-

Schiedsgerichtsordnung der Internationalen Handelskammer von 2012¹⁷. In allen Fällen werden Verfahren auf Grundlage des Rechts von Verfahren *ex aequo et bono* bzw. Entscheidungen des Gerichts als *amiable compositeur* unterschieden. Ungeachtet des teilweise unklaren Charakters von Entscheidungen *ex aequo et bono*¹⁸ ist unbestrittenes Element der Definition einer Entscheidung *ex aequo et bono* jedenfalls die Auflösung der Bindung des Richters an das Recht, so dass dieser die Möglichkeit erhält, eine Entscheidung ohne Anwendung bestehender rechtlicher Regeln zu treffen.¹⁹ Diese allseits anerkannte Option bildet im Umkehrschluss den Ansatzpunkt für die Begründung einer Bindung des internationalen Richters an das Recht: Durch die Absonderung der Möglichkeit der Vereinbarung einer Entscheidung ohne Anwendung bestehender Rechtsregeln wird die Entscheidung des Richters bzw. Schiedsgerichts auf Grundlage des Rechts zum Regelfall: Der Richter darf sich nur dann vom Recht lösen, wenn dies dem konstituierenden Parteiwillen entspricht.

Ein solcher Umkehrschluss wäre allerdings nicht gültig, wenn die Trennung zwischen Verfahren auf Grundlage des Rechts und Verfahren jenseits des Rechts nicht strikt alternativ zu verstehen wäre, wenn also der Richter im ersten Fall gleichwohl Entscheidungen, die nicht auf der Anwendung von Recht beruhen, treffen könnte. Das wäre etwa dann der Fall, wenn die Ermächtigung zur Entscheidung *ex aequo et bono* auch dann gälte, wenn das an sich anzuwendende Recht keine Regel enthält, die angewendet werden könnte. Die Entscheidung *ex aequo et bono* diene dann auch der Füllung von Lücken (*lacunae*) im an sich anwendbaren Recht.²⁰ Einige völkerrechtliche Abkommen von Anfang des 20. Jahrhunderts deuten auf ein solches Verständnis hin.²¹

ween Two Parties of Which Only One is a State, adopted 6 July 1993, abgedruckt in: Paparinskis, Basic Documents on International Investment Protection, 2012, S. 845 ff. (No. 82).

¹⁷ Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce, in force as of 1 January 2012, abgedruckt in: Paparinskis, Basic Documents on International Investment Protection, 2012, S. 891 ff. (No. 85).

¹⁸ S. Pellet, in: Zimmermann/Tomuschat/Oellers-Frahm/Tams (Hrsg.), The Statute of the International Court of Justice. A Commentary, 2. Aufl. 2012, Art. 38 Rn. 161 ff.

¹⁹ Ipsen, Völkerrecht, 4. Aufl. 1999, S. 212 ff., 214; Pellet, in: Zimmermann/Tomuschat/Oellers-Frahm/Tams (Hrsg.), The Statute of the International Court of Justice. A Commentary, 2. Aufl. 2012, Art. 38 Rn. 162.

²⁰ Vgl. Rousseau, Droit international public, Tome I, 1970, S. 411; ablehnend Broches, 136 RdC (1972 II), S. 331, 393.

²¹ S. etwa Art. 28 des *General Act of Arbitration* vom 26 September 1928, StIGH, Collection of Texts Governing the Jurisdiction of the Court, Ser. D, No. 6, 4. Aufl. 1932, S. 77: „Dans le silence du compromis ou à défaut de compromis, le tribunal appliquera les règles de fond énumérées dans l'article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale. En tant qu'il n'existe pas de pareilles règles applicables au différend, le tribunal jugera ex aequo et bono.“; s. ähnlich auch Art. 26 Abs. 2 *Traité de neutralité, de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage entre la Bulgarie et la Turquie du 6 Mars 1929*, ebenda, S. 341, 345, und Art. 31 *Convention de conciliation, d'arbitrage et de règlement judiciaire entre la Belgique et la Tchécoslovaquie du 23 Avril 1929*, ebenda, S. 354, 360, sowie weitere Beispiele auf den S. 352, 421, 461, 474 und 477.

Unabhängig davon, ob es solche Lücken in einer anwendbaren Rechtsordnung tatsächlich gibt,²² sprechen heute zwei Gründe gegen die Annahme einer solchen Aufweichung der strikt alternativen Trennung zwischen Verfahren auf Grundlage des Rechts und Verfahren *ex aequo et bono*: Zum einen stellen alle oben zitierten Verfahrensvorschriften nun ausdrücklich das Erfordernis einer Parteivereinbarung über eine Entscheidung *ex aequo et bono* heraus.²³ Teilweise ist die Formulierung noch verstärkt durch die Wortwahl „only if“²⁴ oder „expressly agreed“.²⁵ Eine Entscheidung *ex aequo et bono* wird insofern stets als Sonderfall betrachtet, der einer ausdrücklichen Vereinbarung bedarf. Sollte die Entscheidung *ex aequo et bono* dagegen üblicherweise tatsächlich eine komplementäre Funktion im Fall von Lücken im an sich anwendbaren Recht haben, wäre dieses Erfordernis widersinnig; konsequenter wäre in diesem Fall eine Einbindung in die Regelung des anzuwendenden Rechts, die die komplementäre Funktion näher definieren könnte. Das ist in den zitierten Vorschriften aber an keiner Stelle mehr der Fall; stets werden Entscheidungen auf Grundlage von Recht und Entscheidungen *ex aequo et bono* als *aliud* in getrennten Absätzen behandelt. Zum anderen spricht auch die Behandlung von Entscheidungen *ex aequo et bono* in der Praxis für eine strikte Abgrenzung. Der StIGH und später auch der IGH ließen in ihrer Rechtsprechung keinen Zweifel daran, dass sie eine Entscheidung *ex aequo et bono* als Sonderfall betrachteten, der nur bei ausdrücklicher Vereinbarung in Betracht kommt und ausgeschlossen ist, sobald die Anwendung von Recht vereinbart wurde:

„[S]uch power [of disregarding rights (...) and taking into account considerations of pure expediency only], which would be of an absolutely exceptional character, could only be derived from a clear and explicit provision to that effect, [...]“²⁶

Auch in Investitionsschiedsverfahren stellten Schiedsgerichte früh klar, dass eine Entscheidung *ex aequo et bono* ohne entsprechende Vereinbarung einen Annulierungsgrund wegen Kompetenzüberschreitung des Tribunals (*manifest excess of powers*) darstellt²⁷ und strikt zwischen Entscheidungen auf Grundlage von

²² Vgl. dazu etwa *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht, Band I/1, 2. Aufl. 1989, S. 79 ff.

²³ S. zu Art. 42 ICSID unter Hinweis auf die Erwägungen in den Verhandlungen zur ICSID-Konvention auch *Schreuer*, ICSID-Konvention. Kommentar, 2. Aufl. 2009, Art. 42 Rn. 260.

²⁴ Art. 22 *SCC Arbitration Rules* (2010), Art. 21 *ICC Rules of Arbitration* (2012), Art. 35 *UNCITRAL Arbitration Rules* (2010), Art. 35 *PCA Arbitration Rules* (2012).

²⁵ Art. 22 *SCC Arbitration Rules* (2010), Art. 35 *UNCITRAL Arbitration Rules* (2010), Art. 35 *PCA Arbitration Rules* (2012).

²⁶ StIGH, *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex (Second Phase)*, Order of 6 December 1930, Ser. A, No. 24, S. 10; s. später etwa IGH, *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, Judgment, I.C.J. Reports 1982, S. 18, 60; IGH, *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 1984, S. 246, 278; IGH, *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 1992, S. 351, 390 f.

²⁷ *Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Annulment, 16 May 1986, 1 ICSID Reports 509, para. 28.

Recht und Entscheidungen *ex aequo et bono* zu trennen ist.²⁸ Besonders klar sieht man dies an der Anwendung von *equity* Prinzipien: Denn die Einordnung dieser Prinzipien als rechtlich oder nicht-rechtlich ist im Einzelnen nicht immer eindeutig;²⁹ nichtsdestotrotz wird auch hier deutlich zwischen solchen *equity* Prinzipien, die Teil des Rechts bilden, und solchen außerhalb des Rechts differenziert.³⁰ Zu Entscheidungen *ex aequo et bono* ist es in der Praxis folglich auch nur sehr selten gekommen.³¹

Jenseits staatlicher Rechtsordnungen bildet also der Wille der Parteien die Basis der Bindung des Richters an das Recht. Gleich wer sich auf die Schaffung oder Nutzung eines gerichtlichen Forums außerhalb staatlicher Strukturen einigt, er definiert damit die Regeln dieses Forums. Es steht den Beteiligten frei, ein Forum zu schaffen, in dem Entscheidungen nicht auf der Grundlage bestehenden Rechts getroffen werden. Die Praxis zeigt, dass das in aller Regel nicht gewollt ist: Die Anwendung von – wie auch immer geartetem – Recht stellt nach den gängigen Schiedsordnungen den Regelfall dar. Dieses Primat des Parteiwillens schließt zugleich eine abstrakt normativ hergeleitete Bindung des Richters an das Recht, wie sie aus nationalem Kontext bekannt ist und eingangs geschildert wurde, aus. *Rule of law* und Gewaltenteilung können nur innerhalb eines normativen Systems, das sie definiert, zur Begründung einer Bindung des Richters an das Recht dienen.

2. Das Bezugsobjekt der Bindung

Betrachtet man nun diesen Regelfall der Bindung des Richters an das Recht, stellt sich die direkte Folgefrage, wie das Bezugsobjekt dieser Bindung zu definieren ist, oder, anders formuliert, an welches Recht der Richter gebunden ist. Anders als in einer nationalen Rechtsordnung, in die der nationale Richter eingebunden ist, ergibt sich für den Schiedsrichter im internationalen Schiedsverfahren ohne weiteres keine „heimische“ Rechtsordnung, die das natürliche Bezugsobjekt der Bindung bildet.

²⁸ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and Others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ICSID Case No. ARB/81/2, Decision on Annulment, 3 May 1985, 2 ICSID Reports 95, paras. 77 ff.; *Maritime International Nominees Establishment (MINE) v. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/84/4, Decision on Annulment, 22 December 1989, 4 ICSID Reports 79, para. 5.03; *Zhinvali Development Limited v. Republic of Georgia*, ICSID Case No. ARB/00/1, Award, 24 January 2003, 10 ICSID Reports 6, para. 418; *CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Final Award, 14 March 2003, para. 403; vgl. zum *fair and equitable treatment* Standard auch *Mondev International Ltd v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award, 11 October 2002, para. 119.

²⁹ Vgl. etwa *Thirlway*, 60 BYIL (1989), S. 1, 49 ff.

³⁰ *Lowe*, 12 Australian Year Book of International Law (1989), S. 54, 56; *Ipsen*, Völkerrecht, 4. Aufl. 1999, S. 212 ff.; *Pellet*, in: Zimmermann/Tomuschat/Oellers-Frahm/Tams (Hrsg.), The Statute of the International Court of Justice. A Commentary, 2. Aufl. 2012, Art. 38 Rn. 170; *Schreuer*, ICSID-Konvention. Kommentar, 2. Aufl. 2009, Art. 42 Rn. 266 ff.

³¹ *S. Schreuer*, ICSID-Konvention. Kommentar, 2. Aufl. 2009, Art. 42 Rn. 276 (Stand 2009: 2 Fälle).

a. Primat der Rechtswahl

Der Ausgangspunkt der Antwort ergibt sich aus der Begründung der Bindung an das Recht selbst: Maßgeblich ist auch hier der konstituierende Parteiwille. So definieren die schon betrachteten, in Investitionsschiedsverfahren gängigerweise einschlägigen Schiedsordnungen³² stets auch das anzuwendende Recht, ähnlich wie dies in Art. 38 IGH-Statut geschehen ist. Allen gemein ist dabei das Primat der Rechtswahl: Haben sich die Parteien des jeweiligen Schiedsverfahrens auf ein bestimmtes anzuwendendes Recht geeinigt, findet dieses Anwendung. Darüber hinaus enthalten alle Artikel eine subsidiäre Regel für den Fall, dass eine solche Rechtswahl fehlt. Die Lösungen reichen dabei von der schlichten Ermächtigung des Richters, das anzuwendende Recht selbst zu bestimmen, bis zu differenzierteren Kriterien der Bestimmung des anwendbaren Rechts.

b. Mehrheit der möglichen Bezugsobjekte

Potentielle Kandidaten der Anwendung sind allerdings sehr unterschiedliche Rechtsordnungen: Völkerrecht, nationales Recht des beteiligten Empfangsstaates, eines dritten Staates oder des Forumstaates wie auch transnationales Recht, etwa in Form von internationalen Handelsbräuchen (*lex mercatoria*),³³ kommen in Betracht.³⁴ Anders als Art. 38 des IGH-Statuts, der ausschließlich auf Völkerrecht Bezug nimmt, enthalten Art. 42 ICSID und Art. 22 der SCC Arbitration Rules ausdrückliche Bezugnahmen auch auf nationales Recht; die übrigen Schiedsordnungen lassen den Begriff des Rechts in ihren Artikeln zum anwendbaren Recht ganz offen. In Frage kommen dadurch nicht nur sehr unterschiedliche Rechtsordnungen, sondern auch die Anwendung einer Kombination verschiedener Rechtsordnungen auf verschiedene Teilfragen ein und desselben Falles (sog. *dépeçage*³⁵).

Vor der näheren Betrachtung der Schiedsverfahrensordnungen sind allerdings zwei Prämissen dieser Regelungen zu verdeutlichen, um implizite Vorannahmen der weiteren Untersuchung zu vermeiden: Erstens wird in ihnen zwischen verschiedenen Rechtsordnungen differenziert und damit von vornherein Völkerrecht von nationalem Recht unterschieden; Völkerrecht und nationales Recht sind in diesem Kontext getrennte Rechtsordnungen und bilden trotz ihrer Verflechtungen

³² S.o., Kap. I 1 b, S. 9.

³³ S. dazu etwa *Gaillard*, 10 ICSID Review – FILJ (1995), S. 208 ff.; *Delaume*, 3 ICSID Review – FILJ (1988), S. 79 ff.; *Fortier*, 16 ICSID Review – FILJ (2001), S. 10 ff.; *Kahn*, 44 Indiana Law Journal (1968), S. 1, 18 ff. („*New Law Merchant*“ unter Bezug unter anderem auf *Jessup*, Transnational Law, 1956).

³⁴ Vgl. ICSID Model Clause No. 10, Commentary: „The parties are free to agree on rules of law defined as they choose. They may refer to a national law, international law, a combination of national and international law, or a law frozen in time or subject to certain modifications.“, abrufbar unter <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/model-clauses-en/main-eng.htm> (letzter Abruf am 1.8.2014).

³⁵ *Shihata/Parra*, 9 ICSID Review – FILJ (1994), S. 183, 189.