

Leonard von Bargaen

Rechtsfortbildung durch Investitionsschiedsgerichte

Analyse anhand der rechtlichen Bewertung
von moral damages im Investitionsrecht



Nomos

Streitbeilegung und Streitvermeidung im Zivilrecht –
Schriftenreihe des Munich Center for Dispute Resolution

herausgegeben von Beate Gsell, Wolfgang Hau und
Caroline Meller-Hannich

Band 7

Leonard von Bargaen

Rechtsfortbildung durch Investitionsschiedsgerichte

Analyse anhand der rechtlichen Bewertung
von moral damages im Investitionsrecht



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

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

Zugl.: Halle-Wittenberg, Univ., Diss., 2020

ISBN 978-3-8487-7026-7 (Print)

ISBN 978-3-7489-1085-5 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2020 von der Juristischen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg als Dissertation angenommen.

Mein Interesse am Internationalen Investitionsschutzrechts wurde während des Schwerpunktstudiums an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn geweckt.

Mein besonderer Dank gilt zunächst meiner Doktormutter Frau Prof. Dr. Caroline Meller-Hannich für ihre Unterstützung bei der Betreuung dieser Arbeit. Durch ihre konstruktiven Hinweise und Ermutigungen hat sie entscheidend zum Gelingen meiner Arbeit beigetragen. Ebenfalls herzlich bedanken möchte ich mich bei Herrn Jun.-Prof. Dr. Azar Aliyev, LL.M. für die freundliche und zügige Übernahme des Zweitgutachtens sowie bei Herrn Prof. Dr. Rosenau für sein Mitwirken als Vorsitzender der Prüfungskommission. Zudem möchte ich Herrn Prof. (em.) Dr. Eberhard Schilken für seine unbürokratische Hilfe bei der Herstellung des Kontakts zu meiner Doktormutter und seine wohlwollende Empfehlung herzlich danken.

Ein herzlicher Dank gebührt auch meinem Bruder Nikolaus, der durch stete Hilfsbereitschaft, fachliche Diskussionen, seine konstruktiven Anregungen und nicht zuletzt durch sorgfältiges Korrekturlesen in hohem Maße zum Gelingen meiner Arbeit beitrug. Ich hoffe ihm diese Unterstützung auch während seiner Promotionszeit geben zu können.

Mein ganz besonderer Dank gilt Antonia für ihren fortwährend motivierenden Zuspruch und insbesondere auch dafür, dass sie mir nach der Geburt unserer Tochter Romy für die Fertigstellung dieser Arbeit den „Rücken freigehalten hat“.

Nicht zuletzt möchte ich meinen Eltern für ihren steten Rückhalt und ihre Unterstützung auch im Hinblick auf die Finanzierung dieser Arbeit ganz herzlich danken.

Köln, den 17.09.2020

Leonard von Bargaen

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	13
Teil 1	15
1) Einleitung	15
2) Problemstellung	17
3) Gegenstand und Gang der Darstellung	18
4) Auslegung und Rechtsfortbildung	19
a) Definition und Abgrenzung	24
i) Abgrenzung zur Analogie	24
ii) Abgrenzung zur teleologischen Reduktion	25
iii) Zwischenergebnis	26
b) Grundlagen und Vorstufen der Rechtsfortbildung im internationalen Investitionsrecht	26
i) Der Präzedenzfall	26
ii) Jurisprudence Constante	28
iii) Persuasive Authority	29
c) Wie funktioniert „Rechtsfortbildung“ im Bereich der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit? Probleme bei Rechtserzeugung und Rechtsanwendung	31
i) Das durch Investitionsschiedsgerichte angewendete materielle Recht	32
ii) Fehlender Instanzenzug in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit	37
iii) Grenzen der Rechtsfortbildung im Investitionsrecht	40
iv) Entwicklung des Begriffs der Rechtsfortbildung für das internationale Investitionsrecht	43
v) Zwischenergebnis	44
vi) Bedürfnis nach Rechtsfortbildung allgemein Vertrauen in den Rechtsstaat und die Rolle der Judikative	46 47
vii) Bedürfnis nach Rechtsfortbildung im internationalen Investitionsrecht?	48
viii) Zwischenergebnis	51

Inhaltsverzeichnis

d) Rechtsfortbildung am Beispiel der Entwicklung der <i>moral damages</i> im Investitionsrecht	52
i) Entwicklung der <i>moral damages</i> : echte, rechtserzeugende Rechtsfortbildung oder Rechtsfortbildung im Sinne einer bloß normkonkretisierenden Rechtsanwendung?	56
ii) Die historischen Wurzeln von immateriellem Schadensersatz im Völkerrecht	59
iii) Die wichtigsten Fälle internationaler Investitionsschiedsgerichte	62
(1) Benvenuti & Bonfant v Kongo	62
(2) Biloune v Ghana	63
(3) Desert Line v Yemen	64
(4) Pey Casado v Chile	65
(5) Biwater Gauff v Tansania	66
(6) Funnekotter v Simbabwe	67
(7) Siag v Ägypten	68
(8) Lemire v Ukraine	69
(9) The Rompetrol Group N.V. v Romania	70
(10) Oxus Gold v Usbekistan	71
(11) Europe Cement v Turkey und Cementownia ‘Nowa Huta’ v Turkey	71
iv) Drei grobe Phasen der Entwicklung	73
v) Zwischenergebnis	76
vi) Rechtsfortbildung unter Betrachtung ausgewählter Aspekte	77
(1) Überblick über immateriellen Schadensersatz in den wichtigsten internationalen Rechtsordnungen	78
(2) Der Begriff des immateriellen Schadens im Investitionsrecht	81
(3) Völkerrechtliche Grundlagen der Funktion und der Voraussetzungen von <i>moral damages</i> im Investitionsrecht	85
(a) Grundlagen der investitionsschiedsgerichtlichen Urteile zu <i>moral damages</i>	86
(i) Das von der ILC kodifizierte Völkergewohnheitsrecht	86
(ii) Der Fall <i>The Factory at Chorzów</i> des ständigen internationalen Gerichtshofs aus dem Jahr 1927	89
(iii) Zwischenergebnis	92

(b)	Einordnung immateriellen Schadensersatzes (<i>moral damages</i>) im Hinblick auf seine Funktion	93
(c)	Zwischenergebnis	97
(d)	Das Dilemma der Rechtsprechung hinsichtlich der Funktion von <i>moral damages</i>	97
(e)	Unterschiedliche Ansätze zur Funktion	101
(f)	Immaterieller Schaden als “punitive damage”?	102
(4)	Die Voraussetzung „vorsätzliche Schädigung“, die “exceptional circumstances” sowie die Entwicklung weiterer Funktionen der <i>moral damages</i> in der Rechtsprechung internationaler Investitionsschiedsgerichte	103
(a)	Die Entwicklung der “exceptional circumstances”	104
(b)	Böswilliges bzw. vorsätzliches Verhalten	106
(c)	Kritische Würdigung	110
(d)	Sanktionierungs- und Genugtuungsfunktion	111
(e)	Argumente zur Erweiterung der Funktion der <i>moral damages</i> im Investitionsrecht jenseits schiedsgerichtlicher Urteile	120
(i)	Die faktische Wirkung einer Verurteilung zur Zahlung von <i>moral damages</i>	120
(ii)	Das Zins-Argument	122
(iii)	Widersprüche bei der Gegenargumentation	124
(f)	Zusammenfassung und unterstützende Ansätze in der Literatur	125
(g)	Mögliche Gründe für die Entwicklung höherer Hürden und weiterer Funktionen	127
(h)	Zwischenergebnis	129
(5)	Inhalt und Umfang des Anspruchs auf <i>moral damages</i>	130
(a)	Betrachtung der ausschließlich finanziellen Entschädigung	130
(b)	Die Entwicklung von Fallgruppen zur Konkretisierung des Anspruchs	131
(c)	Die Beeinträchtigung der Reputation	134
(d)	Zwischenergebnis	137
(6)	Grundlagen der Kompetenz zur Entscheidung über <i>moral damages</i>	137
(a)	Kritische Würdigung und Entwicklung möglicher Anknüpfungspunkte	148
(b)	Zwischenergebnis	153

Inhaltsverzeichnis

(7) Verhältnismäßigkeit	154
(8) Die Etablierung einer “ <i>clean hands doctrine</i> ”	157
(9) Die Berechnung der Höhe des Schadensersatzes	160
(10) Widerklage eines Staates gegen einen Investor	162
Kritische Würdigung und eigener Standpunkt	166
(11) Widerklagen im Hinblick auf Inhalt und Umfang des	
Anspruchs auf <i>moral damages</i>	169
Kritische Würdigung und eigener Standpunkt	171
(12) Geltendmachung von <i>moral damages</i> eines	
Arbeitnehmers durch das Unternehmen	172
e) Zwischenergebnis	177
5) Ergebnisse Teil 1	178
Teil 2	183
1) Rechtsfortbildung als geeignetes Instrument für größere	
Kohärenz bei <i>moral damages</i> im Investitionsrecht	183
a) Bindungswirkung gerichtlicher Entscheidungen	184
i) Bindungswirkung gerichtlicher Entscheidungen im	
nationalen Recht	184
ii) Bindung eines Investitionsschiedsgerichts an Urteile eines	
staatlichen Gerichts oder eines (anderen) (Investitions-)	
Schiedsgerichts	185
iii) Wie sehen Investitionsschiedsgerichte ihre Bindung an	
frühere Urteile?	189
iv) Das Verhältnis von Investitionsschiedsgerichten zur	
<i>jurisprudence constante</i>	194
v) Zwischenergebnis	196
b) Investitionsrecht als System?	197
i) Multilateralismus durch ähnliche Investitionsabkommen	198
ii) Multilateralismus durch Investitionsschiedsgerichtsbarkeit	200
iii) Zwischenergebnis	203
c) Veröffentlichung von Urteilen in der	
Investitionsschiedsgerichtsbarkeit	204
d) Rechtsfortbildung als Auftrag der	
Investitionsschiedsgerichtsbarkeit	206
i) Die Funktion eines Investitionsschiedsverfahrens	207
ii) Funktion des Investitionsschiedsrichters/ des	
Investitionsschiedsgerichts	209
iii) Die Funktion des Investitionsabkommens	213

iv) Einfluss investitionsschiedsgerichtlicher Entscheidungen auf spätere Entscheidungen und deren Funktion im Investitionsrecht	215
v) Zwischenergebnis	217
e) Exkurs: Präjudizieller Wert einer Entscheidung	217
i) Warum werden frühere Entscheidungen überhaupt zitiert?	219
ii) Zwischenergebnis	221
2) Welchen Anforderungen muss ein Urteil genügen, um ein geeignetes Instrument zur dauerhaften Konkretisierung der <i>moral damages</i> zu sein?	221
a) Grundsätzliche Anforderungen an eine Begründung	223
b) Ausgangspunkt der unzureichenden Begründung der Urteile zu <i>moral damages</i> Unzureichende Begründung im Hinblick auf die Kompetenz zur Entscheidung über <i>moral damages</i> und den Inhalt des Anspruchs	226
c) Erhöhte Anforderungen im Hinblick auf andere Investitionsschiedsgerichte	230
d) Erhöhte Anforderungen im Hinblick auf Staaten und die Öffentlichkeit	232
e) Erhöhte Anforderungen im Hinblick auf die gesamte Rechtsgemeinschaft	234
3) Ergebnisse Teil 2	234
Verzeichnis der zitierten Entscheidungen internationaler Gerichte	237
Literaturverzeichnis	245

Abkürzungsverzeichnis

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BIT	Investitionsvertrag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
DIS	Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit
Ebd	Ebenda
EuGH	Europäischer Gerichtshof
FET	Fair and Equitable Treatment
FPS	Full Protection and Security
GG	Grundgesetz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
ICC	International Chamber of Commerce
ICSID	International Center for Settlement of Investment Disputes
IGH	Internationalen Gerichtshof
IIA	Internationales Investitionsabkommen
ILC	International Law Commission
LCIA	London Court of International Arbitration
MFN	Most-Favoured-Nation
NAFTA	North American Free Trade Agreement
SCC	Stockholm Chamber of Commerce
TTIP	Transatlantic Trade and Investment Partnership
UN	United Nations
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNCTAD	<i>United Nations Conference on Trade and Development</i>
USD	US-Dollar
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
ZPO	Zivilprozessordnung

Abkürzungsverzeichnis

Im Übrigen wird auf das Abkürzungsverzeichnis bei *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 9. Auflage, verwiesen.