

Christoph Hölken

Systemische Integration von Investitionsschutzabkommen



Nomos

facultas



DIKE

Studien zum Internationalen Investitionsrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Marc Bungenberg, LL.M., Universität des Saarlandes

Prof. Dr. Stephan Hobe, LL.M., Universität zu Köln

Prof. Dr. August Reinisch, LL.M., Universität Wien

Prof. Dr. Andreas R. Ziegler, LL.M., Universität Lausanne

In Kooperation mit dem

International Investment Law Centre Cologne (IILCC)

Prof. Dr. Stephan Hobe, LL.M.

Prof. Dr. Bernhard Kempen

Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel

Prof. Dr. Burkhard Schöbener

Band 25

zugleich Band 13 der Schriftenreihe des

International Investment Law Centre Cologne (IILCC)

Christoph Hölken

Systemische Integration von Investitionsschutzabkommen



Nomos

facultas



DIKE

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

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2017

ISBN 978-3-8487-4192-2 (Nomos Verlag, Baden-Baden, Print)

ISBN 978-3-8452-8461-3 (Nomos Verlag, Baden-Baden, ePDF)

ISBN 978-3-03751-936-3 (Dike Verlag, Zürich/St. Gallen)

ISBN 978-3-7089-1610-1 (facultas Verlag, Wien)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. 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 Wintersemester 2016/2017 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten bis Oktober 2016 berücksichtigt werden.

Meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Burkhard Schöbener gebührt mein besonderer Dank für seine vielfältige Unterstützung bei der Anfertigung dieser Arbeit. Zahlreiche Gedanken der Untersuchung ergaben sich erst aufgrund seiner wertvollen Impulse und Anregungen. Seine fortwährende Bereitschaft zur Diskussion hat es mir ermöglicht, die Thesen und Argumentationslinien der Arbeit stets kritisch zu hinterfragen. Dadurch hat sein fachliches und persönliches Engagement maßgeblich zum Gelingen der Untersuchung beigetragen. Danken möchte ich ferner Herrn Professor Dr. Bernhard Kempen für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie den Herausgebern für die Aufnahme der Arbeit in diese Schriftenreihe.

Die Arbeit entstand während meiner Beschäftigung am International Investment Law Centre Cologne der Universität zu Köln. Dem damaligen Geschäftsführer, Herrn Professor Dr. Jörn Griebel, bin ich ebenfalls zu außerordentlichem Dank verpflichtet. Es waren seine herausragenden Vorlesungen zum Internationalen Investitionsrecht an der Universität zu Köln, die mir einen Zugang zu diesem Rechtsgebiet eröffnet haben. Seine Hilfsbereitschaft und unser ständiger Austausch zu investitionsrechtlichen Fragestellungen führten dazu, dass mir ein exzellentes Umfeld zur Anfertigung dieser Untersuchung zur Verfügung stand.

Dem Förderverein des International Investment Law Centre Cologne e.V. danke ich für die Unterstützung meiner wissenschaftlichen Tätigkeit in den vergangenen Jahren. Besonders dankbar bin ich für die großzügige Übernahme eines Teils der Druckkosten durch den Verein.

Mein Dank gilt ferner Frau Deborah Irrgang, die mich in den vergangenen Jahren stets liebe- und verständnisvoll unterstützt hat. Sie hat zudem die Fertigstellung dieser Untersuchung durch Korrekturarbeiten gefördert.

Vorwort

Schließlich möchte ich meinen Eltern für ihre uneingeschränkte Unterstützung danken, die meine Ausbildung und damit auch diese Dissertation erst ermöglicht haben. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Köln, im Mai 2017.

Christoph Hölken

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
Einleitung	23
A. Die Fragmentierung des Völkerrechts in Regelungsbereiche	24
B. Gründe der Fragmentierung des materiellen Völkerrechts sowie der Proliferation von Spruchkörpern	26
I. Rechtsstrukturelle Besonderheiten des Völkerrechts	27
II. Der Fragmentierung förderliche politische Gründe	30
C. Fragmentierung als Problem für das Internationale Investitionsrecht	32
D. Der Zusammenhang von Einheit, Fragmentierung und systemischer Integration	33
E. Zielsetzung und Gang der Untersuchung	34
Teil 1 – Systemische Integration und das Verhältnis investitionsrechtlicher Normen zu anderen Völkerrechtsnormen	37
A. Das Verhältnis des Internationalen Investitionsrechts zum Völkerrecht	38
I. Einheitskonzeptionen	39
1. Formelle Einheit	39
2. Materielle Einheit	41
3. Logische Einheit	42
4. Auswirkung der Einheitskonzeptionen auf die Relevanz völkerrechtlicher Normen im Internationalen Investitionsrecht	44
a) Rechtsvermutung zugunsten der Berücksichtigung sonstiger Völkerrechtsnormen	45
b) Widerlegung der Rechtsvermutung für self-contained regimes	45

II. Pluralistische Konzeptionen	47
1. Autonomie der jeweiligen Regelungsbereiche	48
a) Dogmatisch-pluralistische Argumente am Beispiel des Europa- und Welthandelsrechts	48
aa) Völkerrecht und Europarecht	48
aaa) Klageabweisung durch das EuG im Kadi- Fall	49
bbb) Verfahren vor dem EuGH im Kadi-Fall	50
ccc) Vergleich der Ansätze zum Verhältnis des Völkerrechts zum Europarecht	51
bb) Völkerrecht und WTO-Recht	52
cc) Zwischenergebnis	54
b) Soziologisch-pluralistische Argumente	54
2. Kommunikative Kompatibilität der Regelungsbereiche	56
3. Auswirkung der pluralistischen Konzeptionen auf die Relevanz völkerrechtlicher Normen im Internationalen Investitionsrecht	58
III. Bewertung	59
1. Defizite der Einheitskonzeptionen und des autonomiebetonenden Pluralismus	60
2. Vorteile der Konzeption einer kommunikativen Kompatibilität der Regelungsbereiche	62
3. Mögliche Einwände gegen eine kommunikative Kompatibilität	63
a) Existenz eines regelungsbereichsübergreifenden Diskurses im Völkerrecht	63
b) Fehlende dogmatische Anknüpfung	65
4. Vereinbarkeit der Konzeption kommunikativer Kompatibilität mit der Praxis im Internationalen Investitionsrecht	66
a) Investitionsrechtliche Dogmatik als Mittelpunkt	67
b) Rechtsanwendung im Internationalen Investitionsrecht als Teil eines regelungsbereichsübergreifenden Diskurses	69
IV. Zwischenergebnis	72
B. Das Konzept der systemischen Integration	73
I. Die Bedeutung von Art. 31 Abs. 3 lit. c) WVRK für das Konzept der systemischen Integration	74

II. Systemische Integration bei kommunikativer Kompatibilität	76
1. Systemische Integration auf Ebene der Auslegung als Erkenntnisprozess	78
2. Systemische Integration auf Ebene der Auslegung als juristischer Argumentation	79
III. Untersuchungsebenen für eine systemische Integration von Investitionsschutzabkommen	81
1. Ebene der Auslegung	81
2. Ebene des anwendbaren Rechts	83
IV. Zwischenergebnis	85
C. Zwischenergebnis	86
Teil 2 – Systemische Integration auf Ebene der Auslegung	89
A. Die Berücksichtigungsfähigkeit bzw. -bedürftigkeit von Völkerrechtsnormen bei der IIT-Auslegung und die Überzeugungskraft kohärenzsteigernder Argumente	90
I. Berücksichtigungsbedürftigkeit gem. Art. 31 Abs. 3 lit. c) WVRK	91
1. Einschlägiges Völkerrecht	92
2. Anwendbarkeit in den Beziehungen der Vertragsparteien	93
a) Restriktive Auslegung	94
b) Extensive Auslegung	95
c) Bewertung	96
3. Rechtsfolge	98
II. Berücksichtigungsfähigkeit durch comparative reasoning	101
1. Grundsätze des comparative reasoning	102
a) Gegenstand und Abgrenzung	102
b) Vereinbarkeit mit dem Staatenkonsens	104
c) Zwischenergebnis	105
2. Faktische Präzedenzwirkung als comparative reasoning	106
a) Gemeinsamkeiten zum comparative reasoning	107
b) Feststellung einer einschlägigen faktischen Präzedenz	108
c) Auswirkung auf die Auslegung eines IIT	110
d) Zwischenergebnis	111
3. Umkehrschlüsse als comparative reasoning	112
a) Zulässigkeit von Umkehrschlüssen	112

b)	Unzulässigkeit von Umkehrschlüssen	113
c)	Bewertung	114
aa)	Umkehrschluss als notwendiges Pendant zum comparative reasoning bei hinreichender Vergleichbarkeit	115
bb)	Umkehrschluss als historische Auslegung	116
III.	Zusammenführung der Ergebnisse	117
B.	Begründung einer Vergleichbarkeit durch Anknüpfung an den Wortlaut	119
I.	Das Völkerrecht als Bezugspunkt für die „gewöhnliche Bedeutung“ von Begriffen	120
1.	Extensive Auslegung	121
2.	Restriktive Auslegung	122
3.	Bewertung	122
II.	Auslegung von Notstandsklauseln im Licht des WTO-Rechts	125
1.	Die Argentinien-Fälle	125
2.	Anknüpfung an den Wortlaut durch das Schiedsgericht Continental v. Argentina	127
3.	Bewertung	127
a)	Vergleichbarkeit durch Anknüpfung an den Wortlaut	128
b)	Fehlende Vergleichbarkeit in systematischer und teleologischer Hinsicht	128
c)	Möglichkeit eines an Art. XXI GATT anknüpfenden comparative reasoning	130
4.	Zwischenergebnis	131
III.	Auslegung des Enteignungstatbestandes im Licht der EGMR-Rechtsprechung und des Fremdenrechts	131
1.	Der Enteignungstatbestand im Internationalen Investitionsrecht, im Fremdenrecht sowie im 1. ZP der EMRK	132
a)	Konzeption im Fremdenrecht und im Internationalen Investitionsrecht	132
b)	Konzeption in Art. 1 des 1. ZP der EMRK	133
2.	Sachlicher Schutzbereich	135
a)	Vergleichbarkeit durch Anknüpfung an den Wortlaut	135
b)	Entgegenstehende systematische Argumente	136

3. Enteignung	137
a) Entschädigungspflicht für staatliche Maßnahmen zum öffentlichen Wohl?	139
b) Auslegung des Enteignungsbegriffes im Licht von Art. 1 des 1. ZP der EMRK	140
aa) Anknüpfung an den Wortlaut durch die Schiedsgerichte	140
bb) Bewertung	141
aaa) Fehlende Vergleichbarkeit in systematischer Hinsicht	141
bbb) Fehlende Vergleichbarkeit als Argument zugunsten einer restriktiveren Auslegung	144
c) Auslegung des Enteignungsbegriffes im Licht des Fremdenrechts	145
4. Zwischenergebnis	147
IV. Zwischenergebnis	148
C. Begründung einer Vergleichbarkeit durch Anknüpfung an das Telos	148
I. Auslegung von Notstandsklauseln im Licht des gewohnheitsrechtlichen Notstandstatbestands	149
1. Anknüpfung an das Telos durch die Schiedsgerichte CMS v. Argentina, Enron v. Argentina sowie Sempra v. Argentina	150
2. Bewertung	152
II. Auslegung des national treatment-Standards im Licht der WTO-Rechtsprechung	154
1. Vergleichbarkeit durch Anknüpfung an das Telos	154
a) Telos von Art. III:4 GATT	155
b) Telos in IITs	155
c) Bewertung	157
2. Vergleichbarkeit bei Berücksichtigung des Wortlautes	158
3. Vergleichbarkeit bei Berücksichtigung der Systematik	160
4. Zwischenergebnis	163
III. Auslegung von fet-Standards im Licht des gewohnheitsrechtlichen Fremdenrechts	163
1. Differenzierung unterschiedlicher fet-Klauseln	164

2. Anknüpfung an das Telos nicht-verweisender fet-Klauseln	165
a) Die Diskussion um das Verhältnis zum international minimum standard	165
b) Bewertung	166
3. Anknüpfung an das Telos verweisender fet-Klauseln	167
4. Zwischenergebnis	168
IV. Auslegung des denial of justice im Licht der EMRK sowie des IPbpR	169
1. Art. 6 EMRK	169
2. Art. 14 Abs. 1 IPbpR	171
3. Bewertung	172
a) Vergleichbarkeit durch Anknüpfung an das Telos	173
b) Fehlende Vergleichbarkeit in systematischer Hinsicht	174
V. Zwischenergebnis	176
D. Zwischenergebnis	177
Teil 3 – Systemische Integration auf Ebene des anwendbaren Rechts	179
A. Berücksichtigungsbedürftigkeit aufgrund eines Normverweises	180
I. Jurisdiction über außerhalb eines IIT begründete völkerrechtliche Ansprüche	181
1. Einzubeziehende völkervertragsrechtliche oder völkergewohnheitsrechtliche Ansprüche	182
2. Abgrenzung zu materiell-rechtlichen Normverweisen	185
3. Enge und weite Streitbeilegungsklauseln	186
4. Extensive Auslegung weiter Streitbeilegungsklauseln	187
a) Wortlautargumente	188
b) Systematische Argumente	188
c) Teleologische Argumente	189
d) Zwischenergebnis	190
5. Restriktive Auslegung weiter Streitbeilegungsklauseln	191
a) Wortlautargumente	192
b) Systematische Argumente	193
c) Teleologische Argumente	194
d) Zwischenergebnis	195
6. Bewertung weiter Streitbeilegungsklauseln	195
a) Wortlautargumente	195

b)	Systematische Argumente	197
aa)	Doctrine of separability	197
bb)	Umkehrschluss zu umbrella clauses	198
cc)	Umkehrschluss zu Staat-Staat- Streitbeilegungsklauseln	199
dd)	Implizite Beschränkung auf das jeweilige IIT	200
c)	Teleologische Argumente	201
d)	Zwischenergebnis	202
7.	Zwischenergebnis	203
II.	Das Völkerrecht als anwendbares Recht im investitionsrechtlichen Schiedsverfahren	204
1.	Die Bedeutung des anwendbaren Rechts im investitionsrechtlichen Schiedsverfahren	204
2.	Explizite Rechtswahl in IITs	205
a)	Weite Rechtswahlklauseln	206
b)	Qualifizierte Rechtswahlklauseln	208
c)	Enge Rechtswahlklauseln	210
3.	Implizite Rechtswahl bei Fehlen einer Rechtswahlklausel	211
4.	Das anwendbare Recht gemäß der ICSID-Konvention	213
a)	Rechtswahl im IIT als ‚Vereinbarung‘ i.S.d. Art. 42 Abs. 1 S. 1 ICSID-Konvention	213
b)	Nachträgliche Vereinbarung der Rechtswahl durch die Streitparteien gemäß Art. 42 Abs. 1 S. 1 ICSID- Konvention	215
c)	Die Rolle des Völkerrechts beim Fehlen einer Vereinbarung gemäß Art. 42 Abs. 1 S. 2 ICSID- Konvention	218
aa)	Ergänzende und korrigierende Funktion des Völkerrechts	219
bb)	Gleichwertige Rolle des Völkerrechts im anwendbaren Recht	220
cc)	Bewertung	220
5.	Das anwendbare Recht gemäß anderen Schiedsordnungen	221
6.	Zwischenergebnis	223
III.	Treatment in accordance with international law-Klauseln	224
1.	Ausgangskonstellation	225

2. Umfang des Verweises auf das Völkerrecht	226
a) Extensive Auslegung	226
b) Restriktive Auslegung	227
c) Bewertung	228
aa) Wortlautargumente	228
bb) Systematische Argumente	229
cc) Teleologische Argumente	230
aaa) Bedenken gegen eine grenzenlose Einbeziehung des Völkerrechts	230
bbb) Ausschließliche Einbeziehung investitionsschützender Normen	231
ccc) Keine Begrenzung auf bereits justiziable Normen	233
d) Zwischenergebnis	234
3. Auslegung des Völkerrechts als Gegenstand des Verweises	235
a) Regelungsgehalt des Völkergewohnheitsrechts	236
aa) Inhaltliche Bestimmung des internationalen Mindeststandards	236
bb) Völkervertragsrecht als Beleg für paralleles Völkergewohnheitsrecht	238
b) Abgeschlossene Regelungsbereiche des Völkervertragsrechts	241
aa) Exklusive Zuständigkeit eines anderen Spruchkörpers	241
bb) (Bewusstes) Fehlen eines Rechtsdurchsetzungsmechanismus	244
4. Zwischenergebnis	246
IV. Fair and equitable treatment-Klauseln	246
1. Völkerrecht als impliziter Maßstab in nicht- verweisenden fet-Klauseln	247
2. Principle of legality	248
3. Exkurs: Legitimate expectations	249
4. Zwischenergebnis	253
V. Schirmklauseln (umbrella clauses)	253
1. Ausgangskonstellation	254

2. Umfang des Verweises auf das Völkerrecht	255
a) Einbeziehung unilateraler Versprechen des nationalen Rechts in den Anwendungsbereich von umbrella clauses	255
b) Übertragbarkeit auf völkerrechtliche Verpflichtungen	257
aa) Auslegung in der Schiedspraxis	257
bb) Bewertung	258
3. Zwischenergebnis	260
VI. Most favoured nation treatment-Klauseln	260
1. Regelungsgehalt und Abgrenzung zu Normverweisen	261
2. Mfn-Klauselvarianten	263
3. Umfang der möglichen Bezugnahme auf das Völkerrecht	264
a) Anwendungsbereich und ejusdem generis-Prinzip	264
b) Bezugnahme auf materiell-rechtliche Schutzstandards	265
c) Bezugnahme auf Regeln zur Streitbeilegung	266
aa) Anwendung auf Streitbeilegungsklauseln	267
bb) Keine Anwendung auf Streitbeilegungsklauseln	268
cc) Bewertung	269
4. Zwischenergebnis	273
VII. Zwischenergebnis	273
B. Kohärenz durch Vermeidung eines Normkonfliktes	275
I. Konfliktdefinitionen im Völkerrecht	276
1. Konflikt stricto sensu / joint-compliance test	278
2. Konflikt medio sensu / violation test	279
3. Konflikt lato sensu / Zielkonflikte	280
4. Bewertung	282
II. Der Zusammenhang des Konfliktbegriffes mit der Tatbestandsauslegung	285
1. Vermeidung eines Normkonfliktes durch Auslegung als juristischer Argumentation	286
2. Kohärenzsteigernde Auslegung aus Respekt vor gleichrangigen Regelungsrationaltäten	286
a) Norm des anderen Regelungsbereichs ist anwendbar und einschlägig	287
b) Exkurs: Norm des anderen Regelungsbereichs ist unanwendbar	288

III. Vermeidung von Konflikten zur Begründung einer Normakkumulation	290
1. Anwendbarkeit der völkergewohnheitsrechtlichen exhaustion of local remedies rule	291
a) Ausgangskonstellationen	292
b) Argumente zugunsten einer Anwendung im investitionsrechtlichen Schiedsverfahren	293
c) Argumente gegen eine Anwendung im investitionsrechtlichen Schiedsverfahren	295
d) Bewertung	296
aa) Prüfungsmaßstab der Normakkumulation, wenn das IIT keine inhaltliche Regelung trifft	297
bb) Auslegung der völkergewohnheitsrechtlichen Regel	298
cc) Auslegung der IITs	299
aaa) Telos	299
bbb) Systematik	301
dd) Zwischenergebnis	302
2. Anwendbarkeit der völkergewohnheitsrechtlichen Notstands Ausnahme	302
a) Ausgangskonstellation	303
b) Argumente zugunsten einer Anwendung im Internationalen Investitionsrecht	306
c) Argumente gegen eine Anwendung im Internationalen Investitionsrecht	307
d) Bewertung	308
aa) Prüfungsmaßstab der Normakkumulation, soweit das IIT eine ähnliche inhaltliche Regelung enthält	308
bb) Auslegung der völkergewohnheitsrechtlichen Regel	310
aaa) Ausschlussstatbestand des Art. 25 Abs. 2 lit. a) ASR	310
bbb) Zuordnung zur Primär- oder Sekundärebene	313
cc) Auslegung der Notstandsklausel in IITs	314
aaa) Zuordnung zur Primär- oder Sekundärebene	315
bbb) Widersprechende Regelungsanordnungen	316

dd) Zwischenergebnis	318
3. Zwischenergebnis	318
IV. Normkonflikte zwischen dem Enteignungstatbestand und weiteren völkerrechtlichen Normen	319
1. Regelungsgehalt des Enteignungstatbestandes	320
2. Konflikte zwischen dem Enteignungstatbestand und Gebotsnormen	321
a) Gebotsnormen, welche sich nicht auf die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen des Enteignungstatbestandes beziehen	322
b) Gebotsnormen, welche die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen des Enteignungstatbestandes betreffen	325
3. Konflikte zwischen dem Enteignungstatbestand und Erlaubnisnormen	326
a) Zwangslizenzen im Welthandelsrecht	327
b) Konfliktpotential zwischen der Erlaubnis zu Zwangslizenzen und dem Enteignungstatbestand	328
V. Normkonflikte zwischen anderen investitionsrechtlichen Schutzstandards sowie weiteren völkerrechtlichen Normen	330
VI. Konfliktauflösung	332
VII. Zwischenergebnis	334
C. Zwischenergebnis	335
Schlussbetrachtungen	337
A. Das Verhältnis des Internationalen Investitionsrechts zum Völkerrecht	338
B. Systemische Integration auf Ebene der Auslegung	340
C. Systemische Integration auf Ebene des anwendbaren Rechts	341
D. Zusammenfassung und Ausblick	342
Literaturverzeichnis	345

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
a.A.	Andere Ansicht
AdV	Archiv des Völkerrechts
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AJIL	American Journal of International Law
Art.	Artikel
ASR	ILC Articles on State Responsibility
BIT	Bilateral Investment Treaty
bspw.	beispielsweise
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
BYIL	British Yearbook of International Law
CETA	Comprehensive Economic and Trade Agreement der EU und Kanada (in der Entwurfsfassung vom 29.2.2016)
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
DSU	Dispute Settlement Understanding
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJLS	European Journal of Legal Studies
EJIL	European Journal of International Law
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EU	Europäische Union
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Zeitschrift Europarecht
f(f).	folgend(e)
fet	fair and equitable treatment
FCN-Treaty	Friendship, Commerce, and Navigation Treaty
FTC	Free Trade Commission des North American Free Trade Agreement
FYIL	Finnish Yearbook of International Law
Hrsg.	Herausgeber
ICC	International Chamber of Commerce
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
ICSID	International Centre for the Settlement of Investment Disputes

Abkürzungsverzeichnis

ICSID Review - FILJ	ICSID Review – Foreign Investment Law Journal
IIL	International Investment Law
IIT	International Investment Treaty
IJGLS	Indian Journal of Global Legal Studies
ILC	International Law Commission
IILJ	Institute for International Law and Justice, New York University School of Law
ILSA	International Law Students Association
IPwskR	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte
JIDS	Journal of International Dispute Settlement
JWT	Journal of World Trade
JWIT	Journal of World Investment and Trade
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht
LCIA	London Court of International Arbitration
LJIL	Leiden Journal of International Law
LP ICT	The Law and Practice of International Courts and Tribunals
MJIL	Michigan Journal of International Law
m.a.W.	mit anderen Worten
mfn	most-favored-nation (treatment)
mglw.	möglicherweise
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NAFTA	North American Free Trade Agreement
NoJIL	Nordic Journal of International Law
o.g.	oben genannte(n)
Rn.	Randnummer
s.	siehe
S.	Seite
SCC	Stockholm Chamber of Commerce
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
SPS	WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures
str.	strittig
TBT	WTO Agreement on Technical Barriers to Trade
TDM	Transnational Dispute Management
TPA	Trade Promotion Agreement
TRIMS	WTO Agreement on Trade-Related Investment Measures
TRIPS	WTO Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
u.a.	unter anderem
u.g.	unten genannte(n)

UN(O)	United Nations (Organization)
U. Pa. J. Int'l. L.	University of Pennsylvania Journal of International Law
UNCITRAL	United Nations Conference on International Trade Law
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
UNRIAA	United Nations Reports of International Arbitral Awards
VJIL	Virginia Journal of International Law
WHO	World Health Organization
WTO	World Trade Organization
YCA	Yearbook Commercial Arbitration
z.B.	zum Beispiel
ZöR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Einleitung

Das Phänomen der Fragmentierung des Völkerrechts beschreibt den Ausgangspunkt der vorliegenden Arbeit und die Frage nach den Auswirkungen der Fragmentierung auf das Internationale Investitionsrecht deren Untersuchungsgegenstand. Die Charakterisierung des Völkerrechts als fragmentiert ist zunächst zu erläutern (A.), bevor nach rechtlichen und politischen Gründen für diesen *status quo* gefragt werden kann (B.). Anschließend wird einleitend darauf einzugehen sein, welche Herausforderungen aus dieser Charakterisierung für das Internationale Investitionsrecht folgen (C.).

Zur Bewältigung der mit dem Phänomen der Fragmentierung verbundenen Herausforderungen wird in Literatur und Rechtsprechung auf das Konzept der systemischen Integration verwiesen.¹ Dieses Konzept steht in einem engen Zusammenhang zur Vorstellung einer Einheit der Rechtsordnung (D.). Nachdem damit die für die Arbeit grundlegenden Begriffe der Einheit, der Fragmentierung sowie der systemischen Integration einer ersten Einordnung unterzogen wurden, kann auf den weiteren Gang der Untersuchung zu den Möglichkeiten einer systemischen Integration von Investitionsschutzabkommen eingegangen werden (E.).

¹ Grundlegend *McLachlan*, Principle of System Integration, ICLQ (54) 2005, S. 279 (280); *ILC*, Fragmentation of International Law, Rn. 410ff.; daran anschließend griffen eine Vielzahl Autoren den Begriff (teilweise kritisch) auf, bspw.: *Baetens*, Muddling the waters of treaty interpretation, NoJIL (77) 2008, S. 197 (197ff.); *Gowlland-Debbas*, Interplay between different areas of international law, Current legal problems 2010, S. 597 (603); *Kammerhofer*, Instrumentalist non-theory, S. 155 (166ff.); *Matz-Lück*, Harmonization, systemic integration, and „mutual supportiveness“, FYIL (17) 2008, S. 39 (39ff.); *McGrady*, Fragmentation or „Systemic Integration“, JWT (42) 2008, S. 589 (589ff.); *Rosentreter*, Systemic Integration, S. 217ff.; *Sabanogullari*, Systemische Integration im Internationalen Wirtschaftsrecht, KSzW (2) 2011, S. 176 (180); *Simma/Kill*, Harmonizing Investment Protection and Human Rights, S. 678 (692ff.); *van Aaken*, Defragmentation, IJGLS (16) 2009, S. 483 (512); *Vranes*, Völkerrechtsdogmatik, ZöR (65) 2010, S. 87 (112f.); *Zabalza*, Principle of Systemic Integration, S. 236.

A. Die Fragmentierung des Völkerrechts in Regelungsbereiche

Das gegenwärtige Völkerrecht kennt als Koordinationsrecht keinen zentralen Gesetzgeber, woraus die besondere Bedeutung völkerrechtlicher Verträge als Instrument der Normsetzung resultiert.² Getragen von dem Gedanken, dass einzelne Lebensbereiche eine transnationale Bedeutung aufweisen und sich daher ausschließlich oder zumindest effektiver zwischenstaatlich regeln lassen, ist die Tendenz von Staaten zu beobachten, eine große Zahl gesonderter (vertraglicher) Regelungen spezifischer Sachgebiete vorzunehmen.³ Beispiele dafür stellen Menschenrechtsverträge, das Umweltvölkerrecht, das Welthandelsrecht oder das Internationale Investitionsrecht dar.⁴ Die Regelungen derartiger Sachgebiete sollen im Folgenden kollektiv als völkerrechtliche Regelungsbereiche bezeichnet werden. In Abgrenzung zu einem einzelnen Vertrag umfassen Regelungsbereiche wie „Menschenrechte“ oder „Welthandel“ alle mit dem jeweiligen Sachgebiet befassten Regelungen unabhängig von ihrer Rechtsquelle oder den von ihnen gebundenen Völkerrechtssubjekten. Soweit als Verallgemeinerung im Einzelfall zweckmäßig, erlaubt es diese Definition im Folgenden bspw., den aus tausenden völkerrechtlichen Verträgen (*International Investment Treaties*, IITs) bestehenden Sachbereich des internationalen Investitionsschutzes zusammenfassend als Internationales Investitionsrecht zu bezeichnen.

Auch wenn die funktionale Ausdifferenzierung völkerrechtlicher Regelungsbereiche kein völlig neues Phänomen darstellt,⁵ hat sie durch die Globalisierungstendenzen der vergangenen Jahrzehnte eine stärkere Dynamik entwickelt.⁶ Das Wachstum dieser teilweise auch als „Regelungsre-

2 Herdegen, Völkerrecht, § 15 Rn. 6; Ipsen-von Heinegg, Völkerrecht, Vor § 10 Rn. 4; Jenks, Conflict of Law-Making Treaties, BYIL (30) 1953, S. 401 (401); Matz, Koordinierung völkerrechtlicher Verträge, S. 2.

3 Jenks, Conflict of Law-Making Treaties, BYIL (30) 1953, S. 401 (403); Pauwelyn, Conflict of Norms, S. 19ff.; Herdegen, Völkerrecht, § 15 Rn. 6; Schill, Multilateralization, S. 2.

4 ILC, Fragmentation of International Law, Rn. 8 sowie Rn. 15.

5 Vgl. zu Konflikten zwischen völkerrechtlichen Verträgen schon Jenks, Conflict of Law-Making Treaties, BYIL (30) 1953, S. 401 (403) mit weiteren Nachweisen zu Grotius, Pufendorf und Vattel, S. 405, Fn. 1-3.

6 Fischer-Lescano/Teubner, Regimekollisionen, S. 8; Gowlland-Debbas, Interplay between different areas of international law, Current legal problems 2010, S. 597 (597f.); Hofmann/Tams, International Investment Law: Situating an Exotic Special Regime, S. 9 (10); Koskenniemi/Leino, Fragmentation of International Law,

gime“⁷ bezeichneten spezialisierten Regelungsbereiche bildet den Hintergrund der sog. Fragmentierungsdebatte. Während einzelne Autoren daran erinnern, dass das Völkerrecht stets eine klare normative und institutionelle Hierarchie vermissen ließ,⁸ wird überwiegend auf die durch die Ausdifferenzierung verstärkte Gefahr sich widersprechender vertraglicher Verpflichtungen oder Urteile internationaler Spruchkörper hingewiesen.⁹ Die Bedeutung der Thematik zeigt sich auch in den Stellungnahmen der *International Law Commission*, die im Jahr 2000 zu dem Schluss kam, dass das Thema der Fragmentierung „increasingly important issues relating to international law“¹⁰ betreffe und im Jahr 2002 eine entsprechende Study Group einsetzte.¹¹

Zur Illustration der aus der Fragmentierung entstehenden Schwierigkeiten bei der völkerrechtlichen Rechtsanwendung verweist die Study Group in ihrem vier Jahre später vorgelegten Abschlussbericht einleitend auf den

LJIL (15) 2002, S. 553 (556); *Pauwelyn*, Conflict of Norms, S. 19ff.; *Prost*, Concept of Unity, S. 4ff.; *Schill*, Multilateralization, S. 2; *Zabalza*, Principle of Systemic Integration, S. 1.

- 7 Als Regime lassen sich bspw. „principles, norms, rules, and decision-making procedures around which actor expectations converge in a given issue-area“ zusammenfassen (s. *Krasner*, Structural causes and regime consequences, *International Organization* (36) 1982, S. 185 (185); vgl. auch *Fischer-Lescano/Teubner*, Regimekollisionen, S. 18f.; *Kadelbach*, Konkretisierung, S. 31ff.; *Pulkowski*, International Regime Conflict, S. 81 m.w.N.). Weil es sich bei dem Begriff des „Regimes“ nicht um eine klar umrissene Kategorie der Völkerrechtsdogmatik handelt, untersucht die vorliegende Arbeit stattdessen Regelungsbereiche als zusammenfassende Beschreibung völkerrechtlicher Normen, die sich auf einen bestimmten Sachbereich beziehen. Damit einher geht eine Verengung des Untersuchungsgegenstands, der in der Folge auf die Interaktion unterschiedlicher völkerrechtlicher Normen fokussiert sein wird. Kritisch zu einer solchen „juristisch-reduktionistische[n] Einheitssicht“ s. *Fischer-Lescano/Teubner*, Regimekollisionen, S. 23ff.
- 8 *Koskenniemi/Leino*, Fragmentation of International Law, LJIL (15) 2002, S. 553 (556ff.).
- 9 *Hafner*, Pros and Cons ensuing from fragmentation of international law, *Michigan Journal of International Law* (25) 2003, S. 849 (850); *Leal-Arcas*, International Trade and Investment Law, S. 1; *Neumann*, Koordination des WTO-Rechts, S. 1ff.; *Sabanogullari*, Systemische Integration im Internationalen Wirtschaftsrecht, *KSzW* (2) 2011, S. 176 (176); *Reinisch*, Einleitung zum Panel „Fragmentierung des Völkerrechts“, S. 138 (138).
- 10 *ILC*, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-second session, 2000, S. 132, Rn. 731.
- 11 *ILC*, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-fourth session, 2002, S. 237, Rn. 493.

MOX Plant-Fall.¹² In diesem beehrte Irland Informationen von britischen Behörden über den Einfluss einer im Bau befindlichen Nuklearanlage an der britischen Küste auf die Irische See.¹³ Weil Großbritannien dem Begehren nicht im gewünschten Umfang nachkam, nutzte Irland zunächst den Streitbeilegungsmechanismus nach der *Convention on the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic* (OSPAR) zur Einsetzung eines Schiedsgerichts. Ein weiteres Schiedsgericht sollte nach dem Willen Irlands auf Basis der *UN Convention on the Law of the Sea* (UNCLOS) die Rechtmäßigkeit des Bauvorhabens prüfen, wobei Irland das Verfahren durch einen Antrag auf *provisional measures* beim *International Tribunal on the Law of the Sea* abzusichern suchte. In einem vierten Verfahren warf schließlich die EU-Kommission Irland vor dem EuGH vor, es habe durch die Einleitung dieser Verfahren europäisches Primärrecht verletzt, weil der Streit der ausschließlichen Zuständigkeit des EuGH unterliefe. Wie *Prost* zutreffend zusammenfasst, demonstriert der *MOX Plant*-Fall, wie im gegenwärtigen Völkerrecht derselbe Sachverhalt Anlass für eine Vielzahl an Verfahren auf Basis unterschiedlicher Rechtsgrundlagen geben kann, während die Frage der Koordination der Verfahren sowie der Interdependenz des jeweiligen materiellen Rechts weiterhin nicht abschließend geklärt ist.¹⁴

B. Gründe der Fragmentierung des materiellen Völkerrechts sowie der Proliferation von Spruchkörpern

Das Völkerrecht weist rechtsstrukturelle Besonderheiten auf, welche die Fragmentierung sowie die Proliferation von Spruchkörpern jedenfalls begünstigen (I.). Darüber hinaus existieren auch politische Gründe, aufgrund derer einzelne Staaten motiviert sein könnten, die (weitere) Fragmentierung der internationalen Rechtsordnung zu fördern (II.).

12 *ILC*, *Fragmentation of International Law*, S. 12ff.

13 Zur Sachverhaltsdarstellung *Prost*, *Concept of Unity*, S. 38ff.

14 *Prost*, *Concept of Unity*, S. 43f.

I. Rechtsstrukturelle Besonderheiten des Völkerrechts

Unter den rechtsstrukturellen Besonderheiten des Völkerrecht ist dabei zunächst der koordinationsrechtliche Charakter des Völkerrechts hervorzuheben,¹⁵ dessen Rechtsquellen – abgesehen von vereinzelt *ius cogens*-Normen – grundsätzlich keine Hierarchie zugrundliegt.¹⁶ Während dieser Charakter der souveränen Gleichheit der Staaten als den Hauptakteuren des Völkerrechts in besonderem Maße gerecht wird, führt er gleichzeitig zu einer dezentralisierten und inhaltlich divergierenden Rechtssetzung der Staaten durch völkerrechtliche Verträge. Die damit einhergehende Problematik zeigt sich im Rahmen des Internationalen Investitionsrechts besonders eindrucksvoll, welches durch nur wenige multilaterale aber tausende bilaterale Verträge geregelt ist.¹⁷ Hinzu kommt, dass sich trotz der inhaltlichen Ähnlichkeit vieler IITs vielfache Unterschiede im Detail finden,¹⁸ die grundsätzlich eine Betrachtung jedes individuellen Vertrages erforderlich machen. Zwar stellt die Vielzahl der gesetzgeberisch tätig werdenden Rechtssubjekte und die Komplexität der daraus entstehenden Rechtsbeziehungen für sich alleine betrachtet noch nicht die Kohärenz der einzelnen Regelungsanordnungen in Frage. Es ist aber *Pauwelyn*¹⁹ zuzustimmen, dass sich durch dieses Strukturmerkmal des Völkerrechts jedenfalls das Risiko des Entstehens widersprüchlicher Normen in der Rechtsordnung erhöht.

Mit der Vielzahl der Rechtsgrundlagen geht als weiteres dem Völkerrecht systemimmanentes Charakteristikum eine stetige Proliferation der Spruchkörper einher.²⁰ Dieses resultiert zunächst daraus, dass das Völkerrecht weder ein universell zuständiges Gericht kennt noch einen vollständig internationalisierten Vollstreckungsmechanismus. So ist beispielsweise die Zuständigkeit des IGH gemäß Art. 36 IGH-Statut begrenzt auf solche

15 *Funke*, Umsetzungsrecht, S. 353; *Herdegen*, Völkerrecht, § 2 Rn. 1; *McLachlan*, Principle of System Integration, ICLQ (54) 2005, S. 279 (282); *Pauwelyn*, Conflict of Norms, S. 13ff.

16 *Zabalza*, Principle of Systemic Integration, S. 18.

17 *Griebel*, Erfolgsgeschichte des Internationalen Investitionsrechts, KSzW 2011, S. 99 (99).

18 Vgl. *Griebel*, Internationales Investitionsrecht, S. 61, der aber genauso wie *Schill*, Multilateralization, S. 364 trotz der Unterschiede die inhaltlichen Gemeinsamkeiten betont.

19 *Pauwelyn*, Conflict of Norms, S. 13f.

20 *Fischer-Lescano/Teubner*, Regimekollisionen, S. 8.

Streitigkeiten, für die die beteiligten Staaten dem Gericht ausdrücklich Zuständigkeit zugewiesen haben.²¹ Zudem etablieren die im investitionsrechtlichen Bereich besonders relevanten Rechtsgrundlagen zur Streitbeilegung, wie etwa die ICSID-Konvention und die UNCITRAL-Schiedsgerichtsordnung, keine eigenen, ständigen Foren zur Streitbeilegung, sondern stellen lediglich Verfahrensregeln und einen institutionellen Rahmen zur Verfügung.²²

Jeder völkerrechtliche Regelungsbereich muss also eine selbstständige Festlegung hinsichtlich der Durchsetzung von Rechten in Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren treffen. Damit setzt sich die durch den Charakter als Koordinationsrecht auf materieller Ebene begründete Gefahr von Widersprüchen und Konflikten auf prozessualer Ebene fort: Schon innerhalb eines einzelnen Regelungsbereiches, wie etwa dem Internationalen Investitionsrecht, kann es bei verschiedenen besetzten (Schieds-)Gerichten zu gegenläufigen Urteilen bei identischem Sachverhalt und ähnlicher Rechtsgrundlage kommen.²³ Die Gefahr verdichtet sich, wenn Gerichte unterschiedlicher Regelungsbereiche über denselben Sachverhalt zu urteilen haben, denn der Ausgangspunkt jedes Gerichts sind zunächst die Normen und Wertungen des jeweils eigenen Regelungsbereichs. So führte etwa das Schiedsgericht im Fall *Eureko v. Slovakia* aus:

In the view of the Tribunal, the proper framework for its analysis of these arguments is, in the first place, the framework applicable to the legal instrument from which the Tribunal derives its prima facie jurisdiction. Just as the Court of Justice of the European Communities has held that its own perspective is dictated by the treaties that established it, so the perspective of this Tribunal must begin with the instrument by which and the legal order within which consent originated, i.e., the first stage described above. That framework is the BIT and international law, including applicable EU law.²⁴

Auch helfen in den Fällen, in denen Gerichte unterschiedlicher Regelungsbereiche mit demselben Sachverhalt konfrontiert werden, die gebräuchlichen Mechanismen der prozessualen Konfliktvermeidung nicht weiter.

21 Auch die sog. *optional clause* des Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut setzt insoweit eine vorangegangene Zustimmung der am Streit beteiligten Staaten voraus.

22 *Griebel*, Internationales Investitionsrecht, S. 114.

23 Vgl. bspw. die gegenläufigen Feststellungen der Schiedsgerichte in den *Fällen Lauder v. Czech Republic*, Final Award, 3 September 2001 und *CME v. Czech Republic*, Partial Award, 13 September 2001.

24 *Eureko v. Slovakia*, Award on jurisdiction, arbitrability and suspension, 26 October 2010, § 228.

Die zu den allgemeinen Rechtsprinzipien des Völkerrechts zählenden Grundsätze der *res judicata* oder des *lis pendens*²⁵ sind beispielsweise nicht anwendbar, wenn in den Klagen Anspruchsgrundlagen aus unterschiedlichen Regelungsbereichen geltend gemacht werden, weil es sich prozessual insoweit um divergierende Streitgegenstände handelt. Soweit einzelne Regelungsbereiche Organe zur autoritativen Interpretation ihrer Normen ermächtigen, wie beispielsweise der AEUV den EuGH oder das NAFTA die FTC, besteht zudem das Problem, dass für Gerichte jeweils anderer völkerrechtlicher Regelungsbereiche kein Verfahren zur Anrufung dieser Organe existiert.

Vor dem Hintergrund der Koexistenz verschiedener sachbezogener Regelungsbereiche im Völkerrecht zeigt sich also, dass die strukturellen Besonderheiten des Völkerrechts als Koordinationsrecht mit nur dezentralen Rechtsdurchsetzungsmechanismen die Gefahr von Widersprüchen und Konflikten verstärken. Dies betrifft sowohl Konflikte auf der Ebene des materiellen Rechts als auch die Möglichkeit inhaltlich miteinander unvereinbarer Rechtsprechung. Umgekehrt bedeutet dies allerdings nicht, dass das Problem der Rechtsfragmentierung auf das Völkerrecht beschränkt wäre. Vielmehr lässt sich auch im nationalen Recht eine „Aufsplitterung des Rechts in Teilrechtsordnungen“²⁶ beobachten. Selbst innerhalb einer nationalen Teilrechtsordnung sind Norm- und Wertungswidersprüche nicht ausgeschlossen,²⁷ soweit die jeweiligen Regelungen divergierende Zwecke verfolgen – Beispiele dafür bieten etwa das Verhältnis der kaufrechtlichen gegenüber der deliktsrechtlichen Haftung im Privatrecht²⁸ oder der lange Zeit bestehende Konflikt zwischen dem Sanktionsziel strafrechtlicher Geldbußen mit der Regelung des § 40 Abgabenordnung.²⁹ Wegen der angesprochenen strukturellen Besonderheiten des Völkerrechts stellt sich das Problem der Fragmentierung in diesem Zusammenhang jedoch in besonderem Maße und es ist jeweils im Einzelnen zu prüfen, ob und inwieweit sich national-rechtliche Lösungskonzepte auf das Völkerrecht transferieren lassen.

25 Vgl. zu den Grundsätzen *Reinisch*, Parallel Proceedings, S. 113 (119ff.).

26 *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, § 56 II.

27 *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, § 56 I.

28 *Vranes*, Völkerrechtsdogmatik, ZöR (65) 2010, S. 87 (105 Fn. 95).

29 Vgl. zu diesem „instruktive[n] Beispiel“ für die gegenseitige Beeinträchtigung nationaler Teilrechtsordnungen *Felix*, Einheit der Rechtsordnung, S. 369ff.

II. Der Fragmentierung förderliche politische Gründe

Die Fragmentierung des internationalen Rechts ist nicht nur Untersuchungsgegenstand der Völkerrechtswissenschaft, sondern auch der internationalen Beziehungen als einem Teilbereich der Politikwissenschaft. Dabei wird u.a. der Frage nachgegangen, aus welchen Erwägungen Staaten die Entstehung von neuen Regelungsbereichen fördern, selbst wenn diese mit anderen Regelungsbereichen, an denen sie beteiligt sind, kollidieren. Während *Pauwelyn* daran erinnert, dass den verhandelnden nationalen (Fach-)Politikern die Einbettung des gerade in Entwicklung befindlichen Regelungsbereiches in einen größeren rechtlichen Kontext möglicherweise nicht bewusst sei,³⁰ verweist *Pulkowski* auf realpolitische Strömungen innerhalb der Lehre von den internationalen Beziehungen: Danach könne Fragmentierung einen für mächtige internationale Akteure politisch wünschenswerten Zustand darstellen, denn separate sachbereichsspezifische Verträge eröffneten eine weitergehende Möglichkeit, deren Eigeninteressen zu verfolgen.³¹ Mit *Benvenisti/Downs* identifiziert er dafür vier Gründe:³²

Erstens begrenze die Aushandlung separater Verträge die Fähigkeit relativ schwächerer Staaten, den relativ stärkeren Staaten Zugeständnisse dadurch abzurufen, dass ihre Zustimmung von einem Entgegenkommen in einem anderen Sachbereich abhängig gemacht wird.³³ Obwohl zahlreiche relativ schwache Staaten existierten, könnten diese darüber hinaus keine schlagkräftige Opposition bilden, weil sie hinsichtlich ihrer politischen Interessen stark divergierten.³⁴ Durch „serial bilateralism“, also den Abschluss sehr ähnlicher bilateraler Verträge mit einer Vielzahl an schwächeren Staaten könne es so den stärkeren Staaten zudem gelingen, den Eindruck eines entstehenden Völkergewohnheitsrechts zu erwecken.³⁵

Soweit multilaterale Verträge zur Verhandlung stünden, käme es stärkeren Staaten entgegen, dass die Vielzahl an schwächeren Staaten dabei nur

30 *Pauwelyn*, Public International Law in the WTO, AJIL (95) 2001, S. 535 (538).

31 *Pulkowski*, International Regime Conflict, S. 90.

32 Vgl. *Pulkowski*, International Regime Conflict, S. 94f.

33 *Benvenisti/Downs*, Political Economy and Fragmentation, Stanford Law Review (60) 2007, S. 595 (610).

34 *Benvenisti/Downs*, Political Economy and Fragmentation, Stanford Law Review (60) 2007, S. 595 (610).

35 *Benvenisti/Downs*, Political Economy and Fragmentation, Stanford Law Review (60) 2007, S. 595 (611).