

Katrin Winninghoff

Notklauseln in US-BITs und anderen internationalen Wirtschaftsverträgen

Erhaltung staatlicher Handlungsfähigkeit in Notfällen
zu Lasten des Vertragspartners oder Investors?



Nomos

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Inhaltsverzeichnis	7
Abkürzungsverzeichnis	17
A. Einleitung	21
§ 1: Hintergrund und Gegenstand der Arbeit	21
I. Die Krise in Argentinien und die staatlichen Maßnahmen	22
II. Juristische Folgen auf internationaler Ebene	24
1. Die ICSID-Verfahren	26
2. Neue Fragen und deren Hintergrund	29
III. Gegenstand und Vorgehen der Arbeit	31
§ 2: Auswahl der Vertragsklauseln	33
I. Vertragsklauseln in BITs	34
1. US-BITs	34
2. Treaties on Friendship, Commerce and Navigation	35
3. Sonstige Investitionsschutzverträge	36
II. Vertragsklauseln in multilateralen Verträgen des Wirtschaftsvölkerrechts	36
1. General Agreement on Tariffs and Trade	37
2. General Agreement on Trade in Services	37
3. Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights	37
4. North American Free Trade Agreement	37
5. Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union	38
6. OECD-Kodizes	38
III. Fazit	38
B. Gewohnheitsrechtlicher und traditioneller Rahmen	39
§ 3: Risikoverteilung im gewohnheitsrechtlichen Fremdenrecht	39
I. Schäden durch Maßnahmen des Staates	40
II. Schäden durch Aufständische oder sonstige Ereignisse	41
§ 4: Der gewohnheitsrechtliche Notstand	42
I. Notstand im Gewohnheitsrecht	43
1. Der Entwurf der International Law Commission	44
2. Abgrenzung zu anderen gewohnheitsrechtlichen Rechtfertigungsgründen	45
	7

a.	Höhere Gewalt	45
b.	Selbstverteidigung und Gegenmaßnahmen	45
c.	Persönlicher Notstand	46
d.	Einwilligung	46
3.	Überblick über die historische Entwicklung	46
a.	Wissenschaft	46
b.	Entwicklung anhand von Fällen	48
aa.	Caroline	48
bb.	Russian Fur Seals	49
cc.	Company General of the Orinoco Case	49
dd.	Russian Indemnity Case	50
ee.	Serbian Loans Case	50
ff.	Société Commerciale de Belgique	50
gg.	Torrey Canyon	51
hh.	Gabčíkovo Nagymaros Project	51
ii.	Fisheries Jurisdiction Case	52
jj.	M/V Saiga Case	52
kk.	ICSID-Schiedsgerichtsentscheidungen zu Argentinien	52
4.	Die Voraussetzungen des Notstands im Einzelnen	53
a.	Essentielles Interesse	53
b.	Schutz vor einer schweren und unmittelbaren Gefahr	54
c.	Einziges Mittel	55
d.	Keine Schädigung essentieller Interessen des anderen Staates oder der Gemeinschaft	56
e.	Kein Ausschluss durch Verpflichtung	57
f.	Keine Eigenverursachung durch den Staat	57
g.	Ius cogens	59
h.	Fazit	59
5.	Zeitliche Beschränkung der Rechtfertigung und Schadensersatz	59
6.	Gerichtliche Überprüfbarkeit und Beweislast	60
II.	Bedeutung für die Risikoverteilung im Gewohnheitsrecht	60
§ 5:	Kategorien vertraglicher „Schutzvorschriften“	61
I.	<i>Vital interest</i> -Klauseln in Schiedsvereinbarungen	61
1.	Geschichtliche Entwicklung	62
2.	Inhalt der <i>vital interests</i> -Klausel	63
II.	Kategorien von Schutznormen in Verträgen	64
1.	Schutznormen im engeren Sinn	65
a.	Schutzklauseln	65
b.	Regelungsvorbehalt	65
2.	Schutznormen allgemein	66
a.	Vertragsbeendigung	66
b.	Vertragsanpassung	67
c.	Vertragssuspendierung	67
d.	Vertragsausnahme	68

C. Bilaterale Investitionsschutzverträge	69
§ 6: Bilateral Investment Treaties der Vereinigten Staaten von Amerika	69
I. Dogmatische Einordnung	71
1. Möglichkeiten der dogmatischen Einordnung	71
a. Entschuldigungsgrund	71
b. Rechtfertigungsgrund	72
c. Vertragsanwendungsbeschränkung	72
2. Einordnung durch Staaten und internationale (Schieds-)Gerichte	72
a. Bisherige Haltung der USA in Streitfällen	72
b. Haltung des jeweiligen Vertragspartners	73
c. Ausführungen des IGH im <i>Nicaragua</i> -Fall und im <i>Oil Platforms</i> -Fall	74
d. ICSID-Schiedsgerichte	75
3. Analyse der BIT-Bestimmung	76
a. Wortlaut	76
b. Zusammenhang	77
aa. Räumliche Stellung im Vertrag	77
bb. Art. 25 ILC-Entwurf zur Staatenverantwortlichkeit	78
c. Ziel und Zweck des Vertrages	79
4. Fazit	79
II. Inhalt der Klausel	80
1. Staatliche Handlung	80
2. Ziel der Maßnahme	81
a. Bedeutung der Begriffe “Maintenance” und “Protection“	81
aa. Maintenance	82
bb. Protection	82
cc. Eintritt der Schädigung	82
dd. Bedrohungslage	83
b. Rechtsgüter	83
aa. Public order	84
(1) Existenz des Begriff in den BITs	84
(2) Begriffsbestimmung in internationalen (Schieds-) Gerichtsverfahren	85
(3) Wortlaut	86
(a) Allgemeine Wortbedeutungen	87
(b) Brief des US-Präsidenten an den Senat anlässlich einiger BITs	88
(c) UNCTAD-Bericht	88
(d) MAI-Entwurf	89
(e) Wissenschaft	90
(4) Vertraglicher Zusammenhang	90
(a) Verwendung des Begriffs der öffentlichen Moral in älteren Verträgen	90

(b)	Zusammenspiel der beiden untersuchten Varianten	91
(c)	2. Variante der Klausel	91
(d)	Art. IV Abs. 3 BIT	92
(5)	Ziel und Zweck des BITs	94
(6)	Begriffsausfüllung	94
bb.	Its own essential security interests	95
(1)	Begriffsbestimmung in internationalen (Schieds-) Gerichtsverfahren	95
(2)	Wortlaut	98
(a)	Allgemeine Wortbedeutung	99
(b)	Briefe des US-Präsidenten an den Senat anlässlich einiger BITs	100
(c)	Entwicklung der US-Verträge	101
(d)	Exon-Florio Amendment in den USA	102
(e)	Draft Convention on the Protection of Foreign Property	106
(f)	UNCTAD-Bericht	106
(g)	Wissenschaft	106
(h)	Bestimmung der Vergleichbarkeit	107
(3)	Zusammenhang	107
(4)	Ziel und Zweck des Vertrages	108
(5)	Begriffsausfüllung	109
3.	Nexus: „Necessary for“	111
a.	Interpretation in (Schieds-)Gerichtsverfahren	111
aa.	IGH-Fälle	111
bb.	ICSID-Schiedsverfahren	112
cc.	EGMR	113
b.	Wortlaut	114
aa.	Allgemeine Wortbedeutung	114
bb.	Wissenschaft	115
c.	Zusammenhang	115
aa.	Heranziehung der necessity als völkerrechtlicher Zusammenhang	115
bb.	Heranziehung des WTO-Rechts	118
cc.	Einbeziehung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung	118
dd.	Handlungsverpflichtung aus Menschenrechtsverträgen	121
d.	Ziel und Zweck	122
e.	Konkretisierung der Voraussetzung	123
4.	Die Notklausel und das Gut Glaubens-Prinzip	123
a.	Die Notklausel und <i>abuse of rights</i>	124
b.	Die Notklausel und Eigenverursachung der Notlage	124
5.	Informationspflicht	125
6.	Zeitliche Faktoren	126
a.	Vorliegen der Voraussetzungen	126
b.	Dauer der Notsituation	126
aa.	Unbeachtlichkeit eines innerstaatlichen Notstands	127

bb. Aufrechterhaltung bereits getroffener Maßnahmen	127
III. Schiedsgerichtliche Überprüfung	128
1. Genereller Ausschluss der Streitbeilegung	128
a. Schiedsklauseln in BITs	128
b. Ausschluss der Schiedsklausel durch die Notklausel	129
aa. IGH-Verfahren	129
bb. Konsequenzen der USA	131
cc. ICSID-Schiedsgerichtsentscheidungen	132
dd. Wissenschaft	132
ee. Bestimmung des Verhältnisses der Klauseln	133
2. Gerichtliche Kontrolldichte	133
a. Einordnung der Klausel als self-judging	134
aa. Formulierung in den verschiedenen BITs	135
bb. Behandlung durch den IGH	136
cc. Behandlung in den Schiedsverfahren	136
dd. Verständnis der USA	136
(1) Verständnis als self-judging	137
(2) Verständnis als nicht self-judging	139
ee. Wortlaut der Klausel	140
ff. Zusammenhang	141
gg. Ziel und Zweck	141
hh. BITs mit <i>it considers</i> -Zusatz	142
b. Margin of Appreciation	143
aa. Inhalt und Entwicklung der Doktrin	144
bb. Übertragbarkeit der Doktrin auf die BIT-Notklausel	145
(1) Argumentation der Parteien im Fall Oil Platforms	145
(2) IGH-Entscheidungen in den Fällen Oil Platforms und Nicaragua	147
(3) ICSID-Schiedsgerichtsentscheidungen	147
(4) Wissenschaft	148
(5) Verankerung der Doktrin in nationalen Rechtsordnungen	149
(6) Rechtspolitische Erwägungen	149
(7) Bedeutung der Streitbeilegungsmechanismen	150
(8) Entscheidung	150
c. Beurteilung ex ante	153
3. Beweislast	153
IV. Allgemeine Rechtsfolge und Schadensersatzpflicht	154
1. Schadensersatzpflicht bei Verstoß gegen einen BIT	155
2. Mögliche Auswirkungen der Notklausel auf die Schadensersatzpflicht	156
3. Behandlung durch Schiedsgerichte und Wissenschaft	156
a. ICSID-Schiedsgerichtsentscheidungen	157
b. Wissenschaft	158
4. Auslegung der Notklausel	160

a.	Wortlaut	160
b.	Zusammenhang	160
aa.	Art. 27 ILC-Entwurf	161
bb.	Berücksichtigung des Art. IV Abs. 3 BIT	162
c.	Ziel und Zweck	162
d.	Schlussfolgerungen aus der dogmatischen Einordnung	164
e.	Entscheidung	165
V.	Bedeutung für die Risikoverteilung	166
§ 7:	Notklauseln in einer Auswahl sonstiger Investitionsschutzverträge	167
I.	Notklauseln	167
1.	Europäische Verträge	168
2.	Sonstige Verträge	169
II.	Sonstige in Notfällen relevante Bestimmungen	171
D.	Multilaterale Verträge	173
§ 8:	Art. XXI (b) (iii) GATT	173
I.	Inhalt	174
1.	Staatliche Handlung	175
2.	Situation	175
a.	Time of War	176
aa.	Begriff im allgemeinen Völkerrecht	176
bb.	Ausweitung des Begriffes	177
cc.	Berechtigter	177
(1)	Aggressor	177
(2)	Drittstaaten	177
b.	Other Emergency in international relations	178
aa.	Wortlaut	178
bb.	Zusammenhang	180
(1)	Verhältnis zur ersten Variante „time of war“ und zu lit. i) und ii)	180
(2)	Art. XXV Abs. 5 GATT	180
(3)	Ausnahmen zugunsten der Entwicklungsländer	181
(4)	Heranziehung des Rechts der Repressalie	181
cc.	Sinn und Zweck des GATT	182
dd.	Entstehungsgeschichte	182
ee.	Berechtigter	182
ff.	Begriffsausfüllung	183
3.	Notwendigkeit zum Rechtsgüterschutz	185
a.	Protection	185
b.	Essential security interests	186
aa.	Wortbedeutung	186
bb.	Vertraglicher Zusammenhang	187
(1)	Bisherige Staatenpraxis	187

(2) Art. XXI lit. c GATT	188
(3) Art. XIX GATT	188
(4) Art. XII GATT	189
(5) Art. XX GATT	189
cc. Ziel und Zweck des Vertrages	189
dd. Entstehungsgeschichte	189
ee. Fazit	190
c. Necessary	190
aa. Allgemeine Wortbedeutung	191
bb. Zusammenhang	191
(1) Bezug zum gewohnheitsrechtlichen Notstand	191
(2) Vertraglicher Zusammenhang	192
(a) Auslegung des Begriffs in Art. XX GATT	192
(b) Übertragung auf Art. XXI lit. b iii) GATT	192
cc. Sinn und Zweck	193
d. Verhältnis der Kriterien	193
4. Informationspflicht	193
II. Gerichtliche Überprüfung	194
1. Streitbeilegungsmechanismus in der WTO	195
2. Ausschluss des Streitverfahrens	195
a. Wortlaut	195
b. Zusammenhang	196
aa. Andere Bestimmungen des GATT	196
bb. Erklärung der Vertragsparteien	196
cc. Bisherige Staatenpraxis	196
c. Sinn und Zweck des GATT	198
d. Entstehungsgeschichte	198
e. Souveränität und Politik	198
3. Kontrolldichte	198
a. Notwendigkeit für den Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen	199
aa. Umfassende Überprüfung	199
bb. Good-Faith-Prüfung	200
(1) Chapeau des Art. XX GATT	200
(2) Vorschlag Nicaraguas zur Auslegung	201
(3) Verhandlungen	201
(4) United States Tariff Commission	202
(5) Umfang der Prüfung	202
b. In Zeiten von Krieg oder schwerwiegenden internationalen Spannungen	203
aa. Umfassende Überprüfung	203
bb. Margin of Appreciation	204
III. Beweislast und Darlegungspflicht	204
IV. Dogmatische Einordnung	205

V. Allgemeine Rechtsfolgen und Schadensersatz	205
VI. Bedeutung für die Risikoverteilung	206
VII. Der GATT-Ansatz der <i>Continental</i> -Entscheidung	206
1. Bezugnahme der <i>Continental</i> -Entscheidung auf das GATT	207
2. Diskussion des GATT-Ansatzes für die BIT-Klausel	208
§ 9: Art. XIVbis:1 lit. b iii) GATS	209
I. Inhalt	210
II. Gerichtliche Überprüfbarkeit	211
III. Dogmatische Einordnung, Rechtsfolge und Beweislast	211
§ 10: Art. 73 lit. b iii) TRIPS	211
I. Wortlaut der Klausel und Zweck des Abkommens	212
II. Erklärung der Ministerkonferenz in Doha zu Art. 31 TRIPS	212
§ 11: Art. 2101 Abs. 1 lit b ii) NAFTA	213
I. Inhalt	214
1. Übertragung der GATT-Interpretation	214
2. Wortlaut	214
3. Zusammenhang	215
a. Art. 2101 NAFTA als generelle Ausnahme	215
b. Sonstige Ausnahmen	216
c. Art. 607 und 1018 NAFTA als spezielle Vorschriften	216
aa. Aufhebung der Pflichten im Bereich der Energiever-	
sorgung	216
bb. Aufhebung von Verpflichtungen im öffentlichen	
Beschaffungswesen	217
d. Art. 2003 CUSFTA	218
4. Verhandlungsdokumente	218
II. Überprüfung der Voraussetzungen	220
1. Streitbelegungsmechanismus im NAFTA	221
a. Streitbeilegung nach Kapitel 11 B	221
b. Streitbeilegung nach Kapitel 19	221
c. Streitbeilegung nach Kapitel 20	222
2. Schiedsgerichtliche Überprüfbarkeit	222
a. Wortlaut, Sinn und Zweck	222
b. Sondervorschrift in Bezug auf Investitionen	223
c. Entstehungsgeschichte	223
III. Allgemeine Rechtsfolge, Beweislast und dogmatische Einordnung	224
§ 12: Art. 347 1. und 2. Var. sowie Art. 348 AEUV	224
I. Inhalt	225
1. Schwerwiegende innerstaatliche Störung der öffentlichen	
Ordnung	226
a. Allgemeine Begriffsbestimmung	226
b. Erfordernis subversiver Kräfte	228
c. Ausnahmezustand	228
d. Begriffsausfüllung	229

2.	Krieg oder ernste, eine Kriegsgefahr darstellende internationale Spannung	230
a.	Krieg	230
b.	Ernste, eine Kriegsgefahr darstellende internationale Spannung	231
aa.	Begriff	231
bb.	Menschenrechtsverletzungen in einem Staat als Spannung	231
cc.	Beteiligte	232
3.	Anforderungen an die Maßnahmen	232
4.	Konsultations- und Kooperationspflicht	233
a.	Inhalt	233
b.	Zeitpunkt der Konsultation und Kooperation	233
II.	Administrative Kontrolle und gerichtliche Überprüfbarkeit	234
1.	Administrative Kontrolle	234
2.	Gerichtliche Kontrolle	235
a.	Überprüfung des Vorliegens der Voraussetzungen	237
b.	Missbrauch der Befugnis	238
III.	Dogmatische Einordnung	239
IV.	Beweislast	239
V.	Allgemeine Rechtsfolge und Risikoverteilung	239
§ 13:	Art. 3 der Kodizes über die Liberalisierung der laufenden unsichtbaren Operationen und über die Liberalisierung des Kapitalverkehrs	240
§ 14:	Notklauseln in sonstigen multilateralen Verträgen	242

E. Systematik und Bedeutung der Notklausel 243

§ 15:	Charakteristika der Notklauseln	243
I.	Vergleichende Zusammenfassung	243
1.	Struktur der Klauseln	243
2.	Inhalt und Rechtsfolge der Klauseln	244
a.	Bedrohungslage / Notsituation	244
b.	Geschützte Rechtsgüter	245
c.	Nexus zwischen Handlung und Rechtsgüterschutz	245
d.	Informationspflicht	246
e.	Zeitpunkt	246
f.	Rechtsfolge	246
3.	Gerichtliche Überprüfung der Klausel	246
4.	Fazit	247
II.	Erklärung der Unterschiede der Klauseln	248
1.	Unterschiede im Inhalt	248
2.	Unterschiede in der gerichtlichen Überprüfbarkeit	248
III.	Verhältnis zum gewohnheitsrechtlichen Notstand	249
1.	Unterschiede der beiden Institute	249

2. Anwendung des Notstands im Verhältnis zur Notklausel	250
a. Anwendung bei Verträgen ohne Notklausel	251
b. Anwendung bei Verträgen mit Notklausel	251
IV. Einordnung der Klausel	252
1. Verhältnis zu den vital interests	253
2. Einordnung in die Schutznormkategorien	253
V. Vergleich zu Notklauseln in Menschenrechtsverträgen	254
§ 16: Bedeutung der Notklausel	256
I. Verhältnis von Vertrag und Notklausel	256
II. Risikoverteilungsfunktion	258
III. Die Notklausel und das Verhältnis von Politik und Recht	260
IV. Fazit	261
F. Schlussteil	262
§ 17: Anmerkung zu den Argentinienfällen	262
§ 18: Ausblick	262
G. Zusammenfassung	266
H. Executive Summary	274
Anhang	277
Tabelle 1a	277
Tabelle 1b	279
Tabelle 2	281
Tabelle 3	282
Literaturverzeichnis	283