

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
Einleitung	25
A. Gegenstand der Untersuchung	26
B. Gang der Untersuchung	29
C. Begriffsbestimmung	30
Kapitel 1 – Grundlagen	31
A. Überblick über die bisherige Schiedsrechtsprechung	31
I. Leitentscheidungen	31
1. World Duty Free v. Kenya	32
2. Metal-Tech v. Uzbekistan	34
II. Weitere Verfahren	35
1. Spentex v. Uzbekistan	35
2. Siemens v. Argentina	36
3. Azpetrol v. Azerbaijan	37
4. Niko v. Bangladesh	38
5. BSG Resources v. Guinea	40
B. Zusammenwirken verschiedener Anti-Korruptionsmaßnahmen	41
I. Strafrecht	41
1. Strafrechtliche Verfolgung des Investors	41
2. Strafrechtliche Verfolgung des bestechlichen Amtsträgers	43
II. Zivilrecht	44
1. Schadensersatzklage des Gaststaats	44
2. Konkurrentenklage	45
III. Politische Maßnahmen	46
Kapitel 2 – Schiedsgerichtliche Zuständigkeit	48
A. Bedeutung der Zuständigkeitsprüfung	48
B. Ausdrückliche Anti-Korruptionsklausel	49

## *Inhaltsverzeichnis*

C. In-accordance-with-domestic-law-Klausel	51
I. Varianten	52
II. Rechtsfolgen	53
1. Materiell-rechtliche Wirkung	53
2. Prozessuale Wirkung	54
III. Tatbestandsvoraussetzungen	55
1. Verletzung des Rechts des Gaststaats	56
a) Ansätze zur Konkretisierung	56
aa) Art der Rechtsverletzung	56
bb) Schwere der Rechtsverletzung	57
cc) Verhältnismäßigkeit	58
b) Begründbarkeit einer Konkretisierung des Tatbestands	59
aa) Wortlaut	59
bb) Ziel und Zweck	60
(1) Ziel und Zweck der In-accordance-with-domestic-law-Klausel	60
(2) Ziel und Zweck des Investitionsschutzabkommens	61
(a) Schaffung von Schutzgarantien	61
(b) Rechtssicherheit	61
(c) Waffengleichheit	62
(d) „Grand bargain“	63
(3) Zwischenergebnis	64
c) Ausgestaltung einer Konkretisierung des Tatbestands	64
aa) Umfang der Einschränkungen	64
bb) Bereichsausnahme für Form- und Verfahrensfehler	65
cc) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	66
(1) Anwendung im klassischen Sinne	66
(a) Voraussetzungen	66
(b) Anwendbarkeit im Investitionsschiedsverfahren	67
(c) Anwendbarkeit im Rahmen der schiedsgerichtlichen Zuständigkeitsprüfung	67
(2) Allgemeine Interessenabwägung	68
(a) Weiter Ermessensspielraum für das Schiedsgericht	68
(b) Ausklammerung von Korruption	70

d) Anwendung auf Bestechung	70
aa) Schmiergeldabrede und Investition	71
bb) Bestechlichkeit eines Amtsträgers	72
e) Zwischenergebnis	73
2. Zeitpunkt der Rechtsverletzung	73
a) Ansicht der Schiedsgerichte	74
b) Ansicht der Gaststaaten	75
c) Auslegung der Klausel	75
aa) Wortlaut	75
bb) Ziel und Zweck des	
Investitionsschutzabkommens	76
d) Abgrenzung der Implementierungs- und	
Durchführungsphase der Investition	77
aa) Abgrenzungskriterien	77
bb) Zweifelsregelung	78
cc) Umgang mit Erweiterungen einer bestehenden	
Investition	80
e) Zwischenergebnis	80
3. Vorsatz	80
4. Zurechenbarkeit der Rechtsverletzung Dritter	82
a) Rechtmäßigkeitserfordernis als Garantie- oder	
Sorgfaltspflicht?	83
aa) Schiedsrechtsprechung	83
(1) Rechtmäßigkeitsklausel als objektiver	
Standard	83
(2) Bedeutung von „good faith“ des Investors	84
bb) Auslegung der In-accordance-with-domestic-law-	
Klausel	85
(1) Wortlaut	86
(2) Ziel und Zweck	87
(a) In-accordance-with-domestic-law-Klausel	87
(b) Investitionsschutzabkommen als solches	87
cc) Zwischenergebnis	90
b) Inhalt der Sorgfaltspflicht	90
aa) Rechtsquellen	91
bb) Sorgfaltsanforderungen im Einzelnen	92
(1) Sorgfältige Auswahl des Dritten	92
(2) Vertragsschluss	92
(3) Überprüfung des Dritten	93
(4) Dokumentationspflicht	93

## Inhaltsverzeichnis

(5) Investor als juristische Person	94
cc) Intensität der Sorgfaltsanforderungen	94
c) Beweislast für die Sorgfaltspflichtverletzung	95
d) Zwischenergebnis	96
5. Sonderfall: „trading in influence“	97
a) Bedeutung der Unterscheidung von „trading in influence“ und Bestechung	97
b) Kausalität	99
IV. Zwischenergebnis	100
D. Begründung der schiedsgerichtlichen Zuständigkeit trotz Korruption	100
I. Abdingbarkeit der In-accordance-with-domestic-law-Klausel	101
1. Pacta sunt servanda	101
2. Investitionsbegriff nach Art. 25 Abs. 1 ICSID-Konvention	102
a) Salini-Test	103
b) Rechtmäßigkeitserfordernis	103
c) Treu und Glauben	105
aa) Vertretene Ansichten	105
bb) Stellungnahme	106
3. Zwischenergebnis	107
II. Lösungsansätze	107
1. Investitionsrechtliche Anerkennung der Investition durch bestechlichen Amtsträger	108
2. Scheitern des Korruptionseinwands wegen Fehlverhaltens des Gaststaats	109
3. Strafverfolgung wegen Bestechung/Bestechlichkeit als Voraussetzung für die Erhebung des Korruptionseinwands	109
III. Überprüfung der Ansätze	110
1. Investitionsrechtliche Anerkennung der Investition durch einen bestechlichen Amtsträger	110
a) Begriff der Anerkennung	111
b) Voraussetzungen für verbindliche einseitige staatliche Erklärungen	111
2. Scheitern des Korruptionseinwands wegen Fehlverhaltens des Gaststaats?	113
a) Dogmatische Ansatzpunkte	113

b) Zurechnung der Handlungen des bestechlichen Amtsträgers zum Gaststaat	115
aa) ILC Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts als Grundlage für die Zurechnung	115
bb) Unterscheidung zwischen Amtsgeschäft und Straftat in Form der Bestechlichkeit	116
(1) Zurechnung des Amtsgeschäfts	116
(2) Zurechnung der Bestechlichkeit	117
c) Zwischenergebnis	119
3. Strafverfolgung wegen Bestechung/Bestechlichkeit als Voraussetzung für die Erhebung des Korruptionseinwands	119
a) Dogmatischer Anknüpfungspunkt	120
aa) Acquiescence	120
bb) Estoppel	122
(1) Funktionsweise	122
(2) Estoppel im Völkerrecht	123
cc) Überschneidung der Rechtsinstitute	125
dd) Stellungnahme	126
b) Acquiescence und Estoppel in investitionsrechtlichen Korruptionsfällen	128
aa) Bedeutung des Handelns/Unterlassens einer Strafverfolgungsbehörde	128
bb) Bedeutung völkerrechtlicher Verpflichtungen zur Korruptionsbekämpfung	129
cc) Wena Hotels v. Egypt	130
dd) Ablauf nationaler Verjährungsfristen	131
c) Zwischenergebnis	132
4. Sachverhalt zur Begründung der schiedsgerichtlichen Zuständigkeit in Korruptionsfällen	132
IV. Zwischenergebnis	134
 Kapitel 3 – Zulässigkeit der Schiedsklage	136
A. Ungeschriebenes Rechtmäßigkeitserfordernis (Implementierungsphase)	137
I. Rechtmäßigkeit der Investition als ungeschriebener Vertragsinhalt	137
1. Energy Charter Treaty	138
a) Leitentscheidung Plama v. Bulgaria	138

## *Inhaltsverzeichnis*

b) Stellungnahme	139
2. Sonstige Abkommen	141
II. Rechtmäßigkeit der Investition als allgemeines völkerrechtliches Gebot	141
1. Clean-hands-Doktrin	141
a) Clean-hands-Doktrin in Common-Law- Rechtsordnungen	142
b) Vergleichbare Rechtsinstitute in der kontinentaleuropäischen Rechtstradition	146
c) Anwendbarkeit der Clean-hands-Doktrin im Völkerrecht	147
aa) Bisherige Rechtsprechung internationaler Gerichte und Schiedsgerichte	147
bb) Stellungnahme	149
d) Clean-hands-Doktrin in Korruptionsfällen vor Investitionsschiedsgerichten	151
aa) Völkerrechtliche Voraussetzungen	151
bb) Ermessensspielraum	152
2. Ex turpi causa non oritur actio	154
III. Transnational Public Policy	155
1. Prüfungsebene	156
2. Begriffsbestimmung	157
3. Geltungsgrund der Transnational Public Policy im Investitionsschiedsverfahren	159
a) Gerichtlich überprüfbare Schiedsverfahren	159
b) Schiedsverfahren nach der ICSID-Konvention	161
aa) Jurisprudence constante	162
bb) Staatenkonsens	163
c) Zwischenergebnis	164
4. Transnational Public Policy und Korruption	164
a) Schmiergeldabrede	164
b) Korruptive Investition	166
aa) Bisherige Schiedsrechtsprechung	166
bb) Nationale Rechtsordnungen	168
(1) Deutschland	168
(2) Frankreich	169
(3) Niederlande	170
(4) Schweiz	171
(5) Vereinigtes Königreich	172
(6) USA	172

cc) Internationale Abkommen	173
dd) Stellungnahme	174
IV. Zwischenergebnis	176
B. „Post-establishment illegality“	177
I. Vertretene Ansichten	177
II. Stellungnahme	178
C. Zwischenergebnis	180
 Kapitel 4 – Weitere Verfahrensabschnitte	181
A. Begründetheit der Schiedsklage	181
I. Ansprüche aus Investitionsschutzabkommen	181
1. Verletzung eines investitionsrechtlichen Schutzstandards	182
a) Motivation des Gaststaats	182
b) Einhaltung rechtsstaatlicher Grundsätze	183
c) Verhältnismäßigkeit	183
d) Zwischenergebnis	184
2. Mitverschulden	185
a) Allgemein	185
b) Anspruchskürzung wegen Mitverschuldens in Korruptionsfällen	186
3. Interessenabwägung	187
4. Schadensberechnung	189
a) Grundlagen	189
aa) Entschädigung im Falle der Enteignung	189
bb) Schadensersatz bei Verletzung sonstiger Schutzgarantien	192
b) Anwendung der Grundsätze der Schadensberechnung auf Korruptionsfälle	193
aa) Direkte/indirekte Enteignungen	194
bb) Sonstige Fälle	194
II. Ansprüche aus Investor-Staat-Vertrag	195
B. Kostenentscheidung	197
I. Grundsatz der Kostenverteilung	197
II. Kostenverteilung in Korruptionsfällen	198
1. Bisherige Schiedsrechtsprechung	199
2. Stellungnahme	199

## *Inhaltsverzeichnis*

C. Widerklage des Gaststaats	200
I. Zulässigkeit von Widerklagen in Investitionsschiedsverfahren	200
II. Bisherige Schiedsrechtsprechung	202
III. Stellungnahme	203
D. Abänderungsverfahren	204
I. Voraussetzungen für die Abänderung eines Investitionsschiedsspruchs	205
II. Anwendung der Abänderungsgrundsätze auf Korruptionsfälle	206
1. Überprüfung der schiedsrichterlichen Beweiswürdigung	206
2. Neuer Beweisvortrag	207
E. Zwischenergebnis	208
Kapitel 5 – Beweisverfahren	210
A. Beweislast	210
I. Begriffsbestimmung	211
II. Grundsatz der Beweislastverteilung	212
III. Beweislastverteilung in Korruptionsfällen	213
IV. Beweislastumkehr	215
1. Vertretene Ansichten	215
2. Stellungnahme	216
a) Vorbemerkung	217
b) Ablehnung einer „echten“ Beweislastumkehr	217
c) Sekundäre Darlegungslast	219
3. Zwischenergebnis	220
B. Beweiswürdigung	220
I. Beweismaß	221
1. Anwendbares Recht	221
2. Grenzen des schiedsgerichtlichen Ermessens	223
3. Beweismaß im Common Law und in kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen	224
a) Common-Law-Rechtsordnungen	224
b) Kontinentaleuropäische Rechtsordnungen	226
4. Vertretene Ansichten im Investitionsschiedsrecht	226
a) Einheitliches Beweismaß	227
b) Erhöhtes Beweismaß	228
c) Flexibler Ansatz	229

5. Stellungnahme	229
II. Beweismittel	232
1. „Red flags“	232
2. Nationales Ermittlungsverfahren	234
a) Ermittlungen im Gaststaat	234
b) Verurteilungen aus Drittstaaten	235
c) Unterbrechung des Schiedsverfahrens	236
d) Unterbliebene Ermittlungen	237
3. Zeugenaussagen	238
4. Hohe Korruptionswahrscheinlichkeit im Gaststaat	239
5. Präkludierter Beweisvortrag	240
III. Adverse Inferences	242
1. Funktionsweise	242
2. Voraussetzungen	244
3. Anwendung in schiedsgerichtlichen Korruptionsfällen	246
a) Bisherige Schiedsrechtsprechung	246
b) Stellungnahme	247
C. Amtsermittlung und Meldung an nationale Behörden durch das Schiedsgericht	248
I. Amtsermittlung	249
1. Auffassung im Schrifttum	249
2. Stellungnahme	250
II. Meldung eines Korruptionsverdachts an nationale Behörden	251
1. Meldepflicht	252
2. Melderecht	253
D. Zwischenergebnis	254
Kapitel 6 – Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse	256
A. Möglichkeit der Abkehr von der Null-Toleranz-Rechtsprechung	256
B. Materielles Recht	256
I. Investitionsschutzabkommen als Klagegrundlage	256
1. In-accordance-with-domestic-law-Klausel	257
2. Kein ausdrückliches Rechtmäßigkeitserfordernis	258
II. Investor-Staat-Vertrag als Klagegrundlage	260
C. Beweisverfahren	260

*Inhaltsverzeichnis*

Kapitel 7 – Rechtspolitische Erwägungen	263
A. Vorteile des Wert- oder Kostenersatzes in Korruptionsfällen	263
B. Zukünftiger Umgang mit Korruptionsvorwürfen de lege ferenda	264
I. Zukünftige Investitionsschutzabkommen	264
1. Jüngste Abkommen	265
2. Änderung der In-accordance-with-domestic-law-Klausel	265
3. Widerklage	266
4. Zahlung an Internationale Antikorruptions-Institutionen	268
5. Anti-Korruptionsverpflichtungen des Gaststaats	269
II. Investor-Staat-Verträge	271
III. Schiedsordnungen	272
1. Beweisverfahren	272
2. Transparenz	273
C. Ausblick	275
Literaturverzeichnis	277