

Philipp Stompfe

Die Gestaltung und Sicherung internationaler
Investor-Staat-Verträge in der arabischen Welt
am Beispiel Libyens und Katars



Nomos



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 22

zugleich Band 10 der Schriftenreihe des

International Investment Law Centre Cologne (IILCC)

Philipp Stompfe

Die Gestaltung und Sicherung internationaler
Investor-Staat-Verträge in der arabischen Welt
am Beispiel Libyens und Katars



Nomos



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., 2016

ISBN 978-3-8487-3398-9 (Nomos Verlag, Baden-Baden, Print)

ISBN 978-3-8452-7712-7 (Nomos Verlag, Baden-Baden, ePDF)

ISBN 978-3-03751-839-7 (Dike Verlag, Zürich/St. Gallen)

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.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	25
Einleitung	35
Gegenstand der Untersuchung und Gang der Darstellung	42
1. Kapitel: Rechtliche Rahmenbedingungen	45
A. Einführung	45
I. Grundlagen national-arabischer Rechtsordnungen	45
1. Das Wirken Al-Sanhuris	47
2. Rezeption des ägyptischen Rechts in arabischen Staaten	49
3. Konsequenzen für die Anwendung modernen Rechts	51
II. Bedeutung des islamischen Rechts für moderne arabische Rechtsordnungen	51
1. Kodifizierung im national-arabischen Recht	53
2. Würdigung	54
III. Renationalisierung von Investor-Staat-Verträgen mit arabischen Staaten	55
IV. Länderstudien	60
1. Länderstudie Libyen	60
a) Historie	60
b) Wirtschaftsdaten	62
c) Zentrale Rechtsgrundlagen	63
2. Länderstudie Katar	64
a) Staatsform und Reformierung des Rechtssystems	65
b) Wirtschaftsdaten	66
c) Besonderheiten	68
B. Grundsätze des islamischen Rechts	69
I. Einführung	69
II. Rechtsquellen des islamischen Rechts	71
1. Primäre Rechtsquellen	72
a) Koran	72
b) Sunna	75
2. Sekundäre Rechtsquellen	77
a) Konsens (Ijma)	77

Inhaltsverzeichnis

b) Analogie (Qiyas)	80
3. Islamische Rechtsschulen der Sunniten	82
a) Hanafitische Rechtsschule	84
b) Malikitische Rechtsschule	85
c) Schafitische Rechtsschule	86
d) Hanbalitische Rechtsschule	88
4. Fazit	90
III. Vertragsrechtliche Grundprinzipien	91
1. Einführung	91
2. Vertragsfreiheit	93
a) Restriktive Auffassung	94
b) Extensive Auffassung	95
3. Grundsatz von pacta sunt servanda	97
4. Würdigung	98
C. Staatsrechtliche Grundlagen Libyens und Katars	101
I. Libyscher Staatsaufbau	102
1. Herrschaft Muammar al-Gaddafi	102
a) Legislative	103
b) Exekutive	105
c) Judikative	106
2. Nationale Übergangsregierung (Transitional National Council)	109
3. Stellungnahme	110
II. Katarischer Staatsaufbau	111
1. Einführung	111
2. Exekutive	114
3. Legislative	115
4. Judikative	117
D. Zivilrechtliche Grundlagen der libyschen und katarischen Rechtsordnung	119
I. Grundprinzipien des Vertragsrechts	120
1. Zustandekommen von Verträgen	120
2. Libysche Verwaltungsvertragsverordnung	121
a) Regelungsinhalt	121
b) Würdigung und rechtliche Einordnung	123
3. Vertrags- und Gestaltungsfreiheit	124
4. Möglichkeit der richterlichen Korrektur von Verträgen	127
5. Vertragsauslegung	128
6. Fazit	130

II. Werkvertragliche Grundlagen	131
1. Grundkonzeption und wesentliche Charakteristika	132
2. Rechte und Pflichten der Vertragsparteien	133
3. Fälligkeit des Werklohnes und Vergütung	135
4. Zulässige Beauftragung von Subunternehmern	137
5. Décennale-Haftung	141
6. Zusammenfassung	144
2. Kapitel: Die Gestaltung internationaler Investor-Staat-Verträge in der arabischen Welt	147
A. Einführung	147
B. Erscheinungsformen internationaler Investor-Staat-Verträge	149
I. Konzession	149
1. Terminologische Reichweite der internationalen Konzession	151
a) Auswirkungen des Definitionsansatzes Fischers	152
b) Problem des grenzüberschreitenden Elementes	153
c) Ergebnis	153
2. Eigentumsrechtliche Charakteristika der Konzession	154
3. Rechtsnatur der Konzession	155
a) Konzession als öffentlich-rechtlicher Akt	155
b) Konzession als gemischt privatrechtlich/öffentlich-rechtlicher Akt	157
c) Stellungnahme	158
II. Joint Venture	160
1. Eigentumsrechtliche Charakteristika des Joint Ventures	161
2. Formen des Joint Ventures	163
a) Contractual Joint Ventures	164
b) Equity Joint Venture	165
3. Joint Venture-Regelungen im libyschen und katarischen Recht	167
a) Libyen: Gesetz Nr. 207/2012	167
b) Katar	169
aa) Gesetz Nr. 5/2002	169
(1) Sachlicher Anwendungsbereich	169
(2) Personeller Anwendungsbereich	170
(3) Art. 68 Gesetz Nr. 5/2002	171

Inhaltsverzeichnis

bb) Entwurf (Draft Law) zur Novellierung von Gesetz Nr. 5/2002	173
(1) Personeller Anwendungsbereich	173
(2) Joint Venture-Gesetzgebung	174
(3) Modifizierung von Art. 68 Gesetz Nr. 5/2002	176
(4) Rechtliche Einordnung	176
c) Rechtsvergleich	177
d) Ergebnis	179
III. Service-Vertrag	180
IV. Rechtliche Qualifikation	182
C. Rechtspolitische Entwicklungen internationaler Investor-Staat- Verträge	183
I. Gestaltungsrechtliche Entwicklung internationaler Investor-Staat-Verträge	183
II. Allgemeine Entwicklung der Staatsbeteiligung	185
1. Gesetzlich kodifizierte Regelungen arabischer Rechtsordnungen	186
2. Interessendualität von investitionsrechtlicher Handlungsfreiheit und staatlicher Kontrolle	188
3. Auswirkungen der staatlichen Mehrheitsbeteiligung auf die Projektstruktur	191
4. Fazit	192
D. Fallstudien	192
I. Das libysche Hafenbauprojekt (Zuwarah Development Port Project)	193
1. Grunddaten des Projektes	193
2. Projektgesellschaft	195
3. Rechtliche Projektstruktur	195
a) Memorandum of Understanding	196
b) Investor-Staat-Vertrag	196
aa) Vertragliche Grundlagen	196
bb) Vertragsinhalt	197
(1) Vertragliche Verpflichtungen der Projektgesellschaft	197
(2) Vertragliche Verpflichtungen des Gastgeberstaates	198
4. Staatliche Kontrollmechanismen	199
5. Zusammenfassende Würdigung	200

II. Das katarische Eisenbahnprojekt (Qatar Integrated Railways Project)	201
1. Grunddaten des Projektes	201
2. Vertragliche Grundlagen	203
3. Verpflichtungen der Vertragsparteien	204
4. Vertragliche Inkorporation der Katarisierung	204
5. Rechtsverhältnis zu General- und Subunternehmern	205
6. Gesellschaftsrechtliche Konstruktion des Projektes	206
a) Organisation als Joint Venture	207
aa) Projektmanagementstruktur	207
bb) Haftungsrechtliche Verantwortung des Investors	209
b) Organisation als Service-Vertrag	209
7. Institutionalisierung des Qatar Steering Committees	210
8. Zusammenfassende Würdigung	212
III. Gemeinsamkeit und Verschiedenheit der Projekte	213
E. Folgerungen	215
3. Kapitel: Investitionsschutz durch internationale Investitionsschutzabkommen (BIT's), insbesondere der BIT's Libyens und Katars	217
A. Einführung	217
I. Bedeutung von BIT's für den Investitionsschutz	219
II. Investitionsrisiken	220
B. Entwicklung des bilateralen Investitionsschutzes	223
I. Internationale Entwicklung	223
II. Entwicklung in der arabischen Welt	229
III. Zunahme ausländischer Direktinvestitionen	232
C. Anwendungsbereich	233
I. Materieller Anwendungsbereich	234
1. Grundlagen deutscher BIT's	234
2. Abgrenzungskriterien der internationalen Rechtsprechung	237
3. Vornahme der Investition „in Übereinstimmung mit den nationalen Rechtsvorschriften“	239
II. Personeller Anwendungsbereich	240
1. Natürliche Personen	241
2. Juristische Personen	242
3. Besonderheiten katarischer BIT's	243

Inhaltsverzeichnis

III. Funktionaler Anwendungsbereich	244
1. Internationale Regelungspraxis	245
2. Würdigung	246
IV. Zusammenfassung	248
D. Materiellrechtliche Schutzbestimmungen	249
I. Gerechte und billige Behandlung (fair and equitable treatment)	252
1. Einführung	252
2. Regelungsgegenstand	253
3. Rechtsnatur	255
a) FET als Reflexion des internationalen Mindeststandards	255
b) FET als autonomer Schutzstandard	257
4. Schutz berechtigter Erwartungen des Investors/ Transparenz und Stabilität rechtlicher Rahmenbedingungen	258
a) Allgemeiner Regelungsgegenstand	259
b) Divergenzen internationaler Schiedsgerichte	262
c) Erfordernis eines objektiven Beurteilungsmaßstabes	263
5. Entwicklungstendenzen der internationalen Rechtsprechung	264
a) Stärkere Berücksichtigung nationaler Interessen des Gastgeberstaates	265
b) Würdigung	266
6. Fazit	268
II. Meistbegünstigungsklauseln (Most-favoured-nation treatment)	270
1. Allgemeine Beschränkungen	272
2. Zulässige Anwendung der MFN-Klausel auf Fragen der Streitbeilegung	273
a) Bejahende Rechtsprechung	273
aa) Maffezini v. Spain	273
bb) Siemens v. Argentina	276
cc) Gas Natural v. Argentina	277
dd) Hochtief v. Argentina	279
b) Ablehnende Rechtsprechung	279
aa) Salini v. Jordan	280
bb) Plama v. Bulgaria	282

c) Würdigung	283
aa) Statuierung willkürlicher Grenzen und Voraussetzungen	284
bb) Notwendige Berücksichtigung der Inderpendenz von materiellen und prozessualen Schutzrechten	285
cc) Ergebnis	287
III. Abschirmklauseln (umbrella clauses)	287
1. Geltungsbereich	289
a) Restriktive Auslegung	289
aa) SGS v. Pakistan	289
bb) Bestätigende Rechtsprechung	292
b) Extensive Auslegung	293
aa) Interdependenz von nationalem und internationalem Recht	293
bb) SGS v. Philippines	295
cc) Ad hoc-Ausschuss in Vivendi I	297
2. Stellungnahme	298
a) Kritik an der internationalen Rechtsprechung	298
b) Kein Ausschluss nebeneinander stehender Streitbeilegungsforen	300
3. Fazit	301
IV. Voller Schutz und volle Sicherheit (full protection and security)	303
1. Schutzbereich	305
2. Haftungsmaßstab	308
a) Anwendung der „gebotenen Sorgfalt“	308
b) Problem der Berücksichtigung innenpolitischer Stabilität und Leistungsfähigkeit	310
c) Fazit	312
3. Besondere Entschädigungsklauseln in BIT's	313
a) „Erweiterte“ Entschädigungsklauseln in libyschen BIT's	314
b) Berücksichtigung des Investitionsrisikos bei der Schadenshöhe	316
4. Geltungswirkung im Kontext der Höheren Gewalt	317
a) Tatbestandsvoraussetzungen der Höheren Gewalt	317
b) Möglicher Ausschluss völkerrechtlicher Verantwortlichkeit	319

Inhaltsverzeichnis

5. Fazit	320
V. Recht auf Kapital- und Gewinntransfer	322
VI. Zusammenfassung	324
E. Streitbeilegung	326
I. Allgemeine Struktur der Streitbeilegungsregeln in deutschen BIT's	326
II. Zulässigkeitsvoraussetzungen in BIT's	329
1. Konsultationsklauseln (waiting clauses)	330
2. Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges (local remedies rule)	332
3. Gabelungsklauseln (fork in the road-clauses)	335
III. Vollstreckung von internationalen Schiedssprüchen	338
1. Vollstreckung unter Anwendung der ICSID-Konvention	341
2. Vollstreckung außerhalb des Anwendungsbereichs der ICSID-Konvention	343
a) Anerkennungserfordernis ausländischer Schiedssprüche	345
b) Ordre Public-Vorbehalt als Vollstreckungsversagungsgrund	347
aa) Ordre Public in der internationalen Rechtspraxis	347
bb) Ordre Public in den Rechtssystemen arabischer Staaten	349
(1) Rechtspolitische Grundlagen im libyschen und katarischen Recht	351
(2) Materiellrechtlicher Gehalt des national-arabischen Ordre Public	354
(a) Islamische Rechtsgrundsätze	355
(b) Zwingende zivilrechtliche Bestimmungen	356
(c) Wirtschaftsverwaltungsrechtliche Bestimmungen	359
3. Stellungnahme	360
IV. Fazit	362
F. Ausblick	363

4. Kapitel: Investitionsschutz durch nationale Investitionsgesetze	369
A. Einführung	369
I. Rechtsgrundlage der libyschen und katarischen Investitionsgesetzgebung	370
II. Dogmatischer Aufbau und investitionsschutzrechtlicher Gegenstand	371
III. Anwendungsverhältnis	372
B. Anwendungsbereich	374
I. Libysches Investitionsgesetz	374
1. Sachlicher Anwendungsbereich	374
2. Personeller Anwendungsbereich	376
II. Katarisches Investitionsgesetz	376
1. Sachlicher Anwendungsbereich	376
2. Personeller Anwendungsbereich	378
III. Rechtsvergleich	378
C. Bedeutung von Investitionsgesetzen für den Investitionsschutz	379
D. Investitionsschutzbestimmungen	383
I. Eigentumsfreiheit	383
1. Allgemeines	383
a) Formen von Eigentumsentziehungen	384
b) Bedeutung des nationalen Eigentumsschutzes für internationale Investitionen	386
2. Inhaltsbestimmung des Eigentumsbegriffs	388
a) Eigentumsrechtliche Beschränkungen im libyschen Recht	389
b) Eigentumsrechtliche Beschränkungen im katarischen Recht	390
3. Eigentumssichernde Bestimmungen im libyschen und katarischen Recht	391
a) Eigentumsschutz im libyschen Investitionsgesetz	392
b) Eigentumsschutz im katarischen Investitionsgesetz	392
c) Rechtliche Analyse des investitionsgesetzlichen Eigentumsschutzes	393
d) Rechtliche Analyse der investitionsgesetzlichen Entschädigungsregelungen	394
e) Ergebnis	398
4. Gegenstand der Eigentumsentziehung	399

Inhaltsverzeichnis

II. Schutz der Transferfreiheit	400
1. Regelungsgehalt des libyschen Investitionsgesetzes	400
2. Regelungsgehalt des katarischen Investitionsgesetzes	403
a) Allgemeiner Regelungsgegenstand	403
b) Inhaltliche Reichweite der Transferfreiheit	404
3. Rechtsvergleichende Stellungnahme	406
E. Förderungsfunktion der libyschen und katarischen Investitionsgesetzgebung	407
F. Streitbeilegung	409
I. Vorliegen der Zustimmung im Rahmen nationaler Investitionsgesetze	410
II. Investitionsgesetzliche Streitbeilegungsklauseln als Gegenstand der internationalen Rechtsprechung	413
III. Rechtslage im libyschen und katarischen Recht	415
IV. Fazit	417
G. Folgerungen	417
5. Kapitel: Die Kautelarjurisprudenz als Schutzmechanismus internationaler Investitionen	419
A. Bedeutung der Kautelarjurisprudenz für den Investitionsschutz	420
B. Begriff der Kautelarjurisprudenz	421
C. Wissenschaftliche Ansätze	422
I. Lester Telser: Theorie der „sich selbst durchsetzenden Verträge“	424
1. Definition und Gegenstand	424
2. Rechtliche Einordnung	426
3. Analyse	428
a) Investitionsschutzrechtliche Vorteile	428
b) Investitionsschutzrechtliche Nachteile	429
c) Ergebnis	430
II. Erich Schanze: Prävalente Privatautonomie als wesentliche Gestaltungsgrundlage internationaler Wirtschaftsrechtsbeziehungen	430
1. Einführung	431
2. Definition des internationalen Wirtschaftsrechts	432

3. Bedeutung der prävalenten Privatautonomie für das internationale Investitionsrecht	434
a) Konsensuale Wirtschaftsregulierung als weitere Regelungsebene	434
b) Streitvermeidung durch kautelarische Vertragsgestaltung	437
c) Würdigung	439
aa) Einordnung der konsensualen Wirtschaftsregulierung als weitere Regelungsebene	440
bb) Investitionsschutzrechtliche Bedeutung der kautelarischen Vertragsgestaltung nach Schanze	442
III. Peter Sester: Theorie des „Going-Projects“	443
1. Problemaufriss: eingeschränkte Sicherungsmöglichkeiten der Kapitalgeber	444
2. Sicherungsrechtliche Gestaltungselemente	445
IV. Zusammenfassung	446
D. Kautelarjuristische Maßnahmen zur Sicherung des Investor-Staat-Vertrages	448
I. Konkretisierung der Kautelarjurisprudenz für die praktische Anwendung	448
II. Ausgangspunkt: Risikomanagement	450
1. Risikomanagementprozess	450
a) Risikoidentifikation	450
b) Risikobeurteilung	451
c) Risikosteuerung	452
d) Risikoüberwachung	452
2. Risikokategorisierung	453
3. Risikobewältigungsstrategien	455
a) Risikominderung	455
b) Risikoallokation	456
III. Sicherungsmechanismen zur Absorption von Investitionsrisiken	457
1. Verwendung von Bankgarantien	458
a) Funktionen der Bankgarantie	460
b) Abgrenzung zur Bürgschaft	462
c) Bankgarantien „auf erstes Anfordern“	463
aa) Darlegung des Garantiefalles	464

Inhaltsverzeichnis

bb) Erscheinungsformen	466
(1) Bietungsgarantien	467
(2) Anzahlungs- und Leistungsgarantien	468
d) Anwendbares Recht	469
aa) Kollisionsrechtliche Aspekte	469
bb) Gesetzliche Grundlagen im libyschen und katarischen Recht	471
(1) Rechtliche Entwicklung	471
(2) Rechtslage unter Gesetz Nr. 23/2010 (Libyen) und Gesetz Nr. 27/2006 (Katar)	472
(3) Stellungnahme	474
cc) Anwendung islamischer Rechtsgrundsätze	475
dd) Rechtsvergleichende Stellungnahme	476
2. Verwendung von Dokumentenakkreditiven	476
a) Erforderliche Rechtsgrundlage	478
b) Internationaler Rechtsstandard	478
c) Funktionen des Dokumentenakkreditivs	480
d) Formen des Dokumentenakkreditivs im internationalen Wirtschaftsverkehr	484
aa) Widerrufliches Akkreditiv	484
bb) Unwiderrufliches Akkreditiv	485
cc) Unwiderrufliches, bestätigtes Akkreditiv	486
dd) Unbestätigtes Akkreditiv	487
ee) Stellungnahme	488
e) Anwendbares Recht	489
aa) Bedeutung der Privatautonomie	489
bb) Rechtsverhältnisse	490
(1) Rechtsverhältnis Akkreditivbank/Akkreditivauftraggeber	490
(2) Rechtsverhältnis Akkreditivbank/Begünstigter	490
(3) Rechtsverhältnis Bestätigungsbank/Begünstigter	492
cc) Gesetzliche Regelungen im libyschen und katarischen Recht	493
(1) Grundlagen	493
(2) Rechtliche Entwicklungen in Libyen (Handelsgesetz alter Fassung)	494
(a) Generalklausel des Art. 114 LHGB a.F.	494

(b) Regelungen zum Akkreditiv	495
(3) Rechtliche Entwicklung in Katar	496
(4) Rechtslage unter Gesetz Nr. 23/2010 (Libyen) und Gesetz Nr. 27/2006 (Katar)	497
(5) Art. 90 Libysche Verwaltungsvertragsverordnung	500
(6) Rechtsvergleichende Stellungnahme	501
3. Sicherungsrechtlicher Vergleich von Bankgarantien und Dokumentenakkreditiven	502
4. Investitionsschutzrechtliche Kategorisierung	502
E. Kautelarjuristische Maßnahmen zur Streitbeilegung	504
I. Wirkungskreis der Kautelarjurisprudenz	505
II. Zweistufiges Streitbeilegungssystem	507
1. Herausforderungen für die Kautelarjurisprudenz	508
2. Faktor Zeit v. Faktor Kosten	510
3. Aufbau eines zweistufigen Streitbeilegungssystems	512
a) 1. Stufe: Modifizierte Verhandlungen	513
aa) Integration mediativer Elemente	514
bb) Individuelle Vertragsverwaltung und Integration verfahrensrechtlicher Bestimmungen	515
b) 2. Stufe: Expertenverfahren (Dispute Adjudication Board)	518
aa) Rechtsgrundlage und erforderliche Abgrenzungen	520
bb) Konstituierung	522
(1) Bestellung der DAB-Mitglieder	523
(2) Ständiges DAB v. Ad hoc-DAB	525
(3) Bestimmung der sachlichen Entscheidungskompetenz	527
cc) Verfahren der Streitbeilegung	528
dd) Vollstreckbarkeit der DAB-Entscheidung	530
(1) Haltung der Rechtsprechung	531
(a) ICC Schiedsspruch Nr. 10619	531
(b) Channel Tunnel Group Ltd. v. Balfour Beatty Construction Ltd.	534
(c) CRW Joint Operation v. PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK	537
(aa) Sachverhalt	537
(bb) Auffassung des ICC-Schiedsgerichts	539

Inhaltsverzeichnis

(cc) Auffassung des High Courts	540
(dd) Auffassung des Court of Appeals	542
(2) Zwischenergebnis	545
(3) Würdigung	547
(4) Ergebnis	549
4. Zusammenfassung	550
F. Fazit	551
6. Kapitel: Ergebnisse der Arbeit	553
A. Rechtliche Rahmenbedingungen	553
I. Islamisches Recht	553
II. National-arabisches Recht	554
B. Gestaltung internationaler Investor-Staat-Verträge in der arabischen Welt	555
I. Erscheinungsformen internationaler Investor-Staat-Verträge	555
II. Anteilsrechtliche Entwicklung	557
III. Fallstudien	557
C. Internationale Investitionsschutzabkommen	559
I. Allgemeine Ergebnisse	559
II. Materielle Schutzbestimmungen	560
III. Streitbeilegungsregeln	562
D. Nationale Investitionsgesetze Libyens und Katars	563
E. Kautelarjurisprudenz als Schutzmechanismus internationaler Investitionen	564
Rechtsprechungsverzeichnis	569
Literaturverzeichnis	581