



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT  
HEIDELBERG  
ZUKUNFT  
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

**„General Exception Clauses in International Investment Law  
The Recalibration of Investment Agreements via WTO-Based  
Flexibilities“**

Dissertation vorgelegt von Levent Sabanogullari

Erstgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. Burkard Hess

Zweitgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. Rüdiger Wolfrum

Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht

Die Dissertation untersucht Ausnahmetatbestände für die Verfolgung nicht-wirtschaftlicher Rechtsgüter („general exception clauses“) in internationalen Investitionsschutzabkommen.

**Kapitel 1** führt in die Thematik ein. Die Aufnahme solcher Ausnahmetatbestände ist eine vergleichsweise junge Entwicklung in der investitionsrechtlichen Vertragspraxis. Investitionsabkommen der ersten Generation folgten noch dem neoliberalen Ideal, demgemäß der Staat sich weitgehend aus der Wirtschaft herauszuhalten habe und staatliche Intervention zu sanktionieren sei. Auf Basis dieser Grundsätze kam es zu einer Reihe von expansiven Schiedssprüchen, die staatliche Regulierungen in verschiedenen gesellschaftspolitischen Kernbereichen für unvereinbar mit den einschlägigen investitionsrechtlichen Schutzstandards erklärten und eine Schadensersatzpflicht statuierten. Infolge dieser Entwicklung breitet sich unter den Staaten die Sorge aus, mit dem Eintritt in Investitionsabkommen gleichsam einen Gutteil ihrer souveränen Regulierungsgewalt aufzugeben zu haben. Man spricht insoweit von der „Legitimitätskrise“ des internationalen Investitionsrechts. Investitionsabkommen der zweiten Generation streben daher einen Ausgleich zwischen angemessenem Investitionsschutz auf der einen Seite und ausreichender souveräner Regulierungsgewalt auf der anderen Seite an. Ein weit verbreitetes Mittel um dieses Ziel zu erreichen ist die Aufnahme von Ausnahmetatbeständen für die Verfolgung nicht-wirtschaftlicher Rechtsgüter. Kann der Gaststaat nachweisen, dass die angegriffene Maßnahme ein legitimes nicht-wirtschaftliches Interesse – beispielsweise den Schutz der öffentlichen Gesundheit, der öffentlichen Moral, den Tier- oder Umweltschutz – verfolgt, sie zur Zielerreichung notwendig und weder willkürlich noch diskriminierend ist, so lässt die Ausnahmeklausel die Schadensersatzpflicht für *prima facie* Verletzungen des Investitionsabkommens entfallen.

Im Rahmen der Einleitung erfolgt zudem eine notwendige Begriffsbestimmung der untersuchten Ausnahmetatbestände sowie deren Abgrenzung von bereits vorhandenen beschränkteren Ausnahmeklauseln, anderen verwandten Vertragsbestimmungen und vertraglichen Vorbehalten. Darüber hinaus wird der Gang der Darstellung skizziert.

**Kapitel 2** nimmt eine empirische Erhebung über die Verbreitung und Typologie von Ausnahmetatbeständen für die Verfolgung nicht-wirtschaftlicher Rechtsgüter in internationalen Investitionsschutzabkommen vor. In Ermanglung einer entsprechenden Untersuchung war Anzahl wie auch Gestalt dieser Vertragsbestimmungen in den knapp 3200 abgeschlossenen Investitionsabkommen bislang weitgehend unbekannt. Das Vorhaben wurde

wesentlich erschwert durch den Mangel an einer zentralen und verlässlichen Erfassung der bi- und multilateralen Verträge. Dennoch war eine empirische Erhebung als Basis für das weitere Forschungsvorhaben unerlässlich.

Die Studie unterscheidet zunächst zwischen Klauseln, die in klassischen bilateralen Investitionsschutzabkommen vorkommen, und solchen, die in hybriden bi- und multilateralen präferentiellen Handels- und Investitionsabkommen jüngeren Datums inkorporiert werden. Ergründet wird insbesondere die tatsächliche Verbreitung von Ausnahmetatbeständen für nicht-wirtschaftliche Rechtsgüter in internationalen Investitionsabkommen. Dabei konnte ein Trend hin zur vermehrten Inkorporation solcher Klauseln in den unterschiedlichen Abkommen identifiziert werden. Geographische oder volkswirtschaftliche Faktoren beeinflussen die Neigung von Staaten zur Inkorporation von einschlägigen Ausnahmetatbeständen nicht.

In einem zweiten Schritt werden die gefundenen Klauseln typisiert. Unterschieden wird zwischen Klauseln, die in ihrer Struktur den welthandelsrechtlichen Bestimmungen des Art. XX des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens (GATT 1994) und / oder des Art. XIV des Allgemeinen Abkommens über den Handel mit Dienstleistungen (GATS) nachempfunden sind, auf der einen Seite und *sui generis* investitionsrechtlichen Ausnahmetatbestände auf der anderen Seite. Dabei wurde festgestellt, dass Staaten die welthandelsrechtlichen Bestimmungen nicht nur unreflektiert übernehmen, sondern diese an ihre regulatorische Interessen und Bedürfnisse im investitionsrechtlichen Bereich anpassen. Beispielsweise stellen Staaten häufig klar, dass Umweltschutzerwägungen von den Ausnahmetatbeständen zum Schutz menschlichen, tierischen und pflanzlichen Lebens und zur Bewahrung natürlicher Ressourcen umfasst sind. Gleichsam kodifizieren die Staaten regelmäßig die Rechtsprechung des WTO Appellate Body dahingehend, dass natürliche Ressourcen sowohl lebende wie auch nicht-lebende Ressourcen sein können.

Sodann werden die individuellen Tatbestandsmerkmale der Klauseln ihrer Häufigkeit nach erfasst, um daraus Rückschlüsse zu ziehen, welche nicht-wirtschaftlichen Interessen den Staaten im internationalen Investitionsrecht besonders schutzwürdig erscheinen, wie weit oder eng die kausale Beziehung zwischen beanstandeter Maßnahme und schutzwürdigem Interesse sein muss und ob und welche Mechanismen zum Schutz vor missbräuchlicher Anwendung der Ausnahmen existieren. Die Ergebnisse dieser Untersuchung stellen die Basis für den Fortgang des Promotionsvorhabens dar.

Das folgende **dritte Kapitel** ergründet, warum Ausnahmetatbestände für nicht-wirtschaftliche Rechtsgüter routinemäßig in internationalen Handelsabkommen vorkommen, aber erst in jüngerer Zeit in internationalen Investitionsabkommen inkorporiert werden. Als Begründung herangezogen werden sowohl die besondere historische Entwicklung der beiden Rechtssysteme wie auch die sich aus den historischen Umständen erklärenden unterschiedlichen liegenden ökonomischen Ideologien.

Zunächst wird dazu dargelegt, dass derartige Ausnahmetatbestände seit dem 19. Jahrhundert in bi- und multilateralen Handelsabkommen enthalten sind. Skizziert wird vor allem die Entwicklung der Klauseln von frühen Versionen in bilateralen Handelsabkommen, über ihre Ableger in den ersten multilateralen Handelsabkommen in den 1920er Jahren, bis hin zu ihren modernen Versionen im GATT 1994 und im GATS. Diese Historiographie wird mit der Entwicklungsgeschichte des internationalen Investitionsrechts kontrastiert, in der Ausnahmetatbestände für nicht-wirtschaftliche Rechtsgüter weder zur Zeit des Abschlusses der ersten Investitionsabkommen in den 1950er und 1960er Jahren noch in ihrer Blütezeit in den 1990er Jahren eine Rolle gespielt haben. Die Gründe für diese Diskrepanz werden in den besonderen historischen Umständen verortet, die ausschlaggebend für die Entwicklung der beiden modernen Rechtssysteme waren. Das GATT 1949 auf der einen Seite, war von dem Bestreben geprägt, nach der Weltwirtschaftskrise und dem Protektionismus der 1920er und 1930er Jahren einen Ausgleich zwischen zwischenstaatlichem Freihandel und innerstaatlicher sozialer Stabilität zu finden. Ausnahmetatbestände für die Verfolgung nicht-wirtschaftlicher Rechtsgüter waren dabei Teil dieses Bestrebens. Hingegen beschränkte sich das Ansinnen der ersten Investitionsabkommen im historischen Umfeld von Dekolonialisierung und neuentstandenen kommunistischen Blocks auf den Schutz von Investoren aus kapitalexportierenden (entwickelten) Staaten vor Enteignungen in kapitalimportierenden (Entwicklungs-)Ländern. Ausnahmetatbestände, die den Eigentumsschutz ausgehöhlt hätten, waren nicht vorgesehen.

Aus diesen Zielrichtungen ergeben sich die den Rechtssystemen zugrunde liegenden ökonomischen Ideologien, die ihrerseits Anteil daran haben, dass Ausnahmeklauseln im Handels- nicht aber im Investitionsrecht existieren. So folgt das internationale Handelsrecht dem Konzept des so genannten „eingebetteten Liberalismus“ („embedded liberalism“). Der Begriff beschreibt ein sozioökonomisches System, in welchem der grundsätzliche Wirtschaftsliberalismus in die Verfolgung gesellschaftspolitischer Interessen durch die Staaten „eingebettet“ ist. Staatliche Intervention zur Verfolgung nicht-wirtschaftlicher Interessen ist dabei nicht nur zulässig sondern sogar erwünscht, um die sozialen Folgen eines

ausufernden Wirtschaftsliberalismus abzufedern. Das internationale Investitionsrecht auf der anderen Seite folgt in weiten Teilen dem Ideal des Neoliberalismus, welcher den Schutz von Privateigentum und individuellen Erwerbsmöglichkeiten in den Mittelpunkt rückt. Der Neoliberalismus postuliert, dass der Staat sich größtmöglich aus der Wirtschaft heraushalten solle und staatliche Intervention zu sanktionieren sei. Vor diesem Hintergrund leuchtet es ein, dass Ausnahmen vom Prinzip der Wirtschaftsliberalisierung für nicht-wirtschaftliche Rechtsgüter keinen Platz in einem Rechtssystem finden, das staatliche Eingriffe in Privateigentum weitgehend zu unterbinden sucht.

Sodann werden in einem **vierten Kapitel** die Rolle von Ausnahmetatbeständen in Investitionsabkommen, ihre Vorteile sowie mögliche Risiken ihrer Inkorporation näher erläutert. Zunächst wird argumentiert, dass Ausnahmeklauseln diese Ziele befördern, indem sie die regulatorische Flexibilität des Gaststaats erhöhen. Gleichzeitig verlagern sie damit das wirtschaftliche Risiko nachteiliger Regulierung in den aufgelisteten Rechtsgütern auf den ausländischen Investor.

Auf dieser Basis werden daraufhin die Vor- und Nachteile von Ausnahmetatbeständen betrachtet. Die Studie wendet sich zunächst den Vorteilen zu und argumentiert, dass die zusätzliche regulatorische Flexibilität der Stabilität des investitionsrechtlichen Rechtssystems wie auch der Rechtssicherheit innerhalb des Systems zuträglich ist. Ausnahmetatbestände erlauben es dem Gaststaat nicht-wirtschaftliche Interessen im Konfliktfall investitionsrechtlichen Verpflichtungen vorzuziehen und bewahren damit seine souveräne Regulierungsgewalt in gesellschaftspolitischen Kernbereichen. Damit nehmen sie den Staaten einen Anreiz aus dem investitionsrechtlichen Schutzsystem auszutreten und die als notwendig empfundene regulatorische Souveränität außerhalb des Systems zu suchen. Somit stabilisieren sie das System als Ganzes. Zudem schaffen sie Rechtssicherheit, da sowohl Staaten wie auch ausländische Investoren nun mit Bestimmtheit wissen, dass Schiedsgerichte die legitime nicht-wirtschaftliche Zielsetzung einer angegriffenen staatlichen Maßnahme bei der Prüfung, ob eine Verletzung des Investitionsabkommen vorliegt, berücksichtigen müssen. Zuvor war dies der Interpretation des einzelnen Schiedsgerichts überlassen, was zu divergierenden Rechtsprechungslinien sowie wachsender Rechtsunsicherheit geführt hat.

Anschließend werden potentielle Nachteile und Risiken der Aufnahme von Ausnahmetatbeständen betrachtet. Im Fokus stehen dabei zwei Argumente. Zunächst sollen Ausnahmetatbestände anfällig für Missbräuche durch den Gaststaat sein. Sie sollen für den Gaststaat die Möglichkeit schaffen, sich böswillig unter dem Vorwand der Verfolgung eines

schutzwürdigen Rechtsguts von seinen investitionsrechtlichen Verpflichtungen zu befreien. Ultimativ höhle dies den besonderen Schutz aus, den Investitionsabkommen ausländischen Investitionen bieten. Dem Argument wird mit Hinweis auf die verschiedenen prozessualen und materiell-rechtlichen Schutzmechanismen, u.a. explizite Verbote willkürlicher oder diskriminierender Anwendung und Verbote versteckter Behinderung der internationalen Investitionsströme, entgegen getreten.

Ein zweiter Argumentationsstrang gegen die Aufnahme von Ausnahmetatbeständen argumentiert, dass Ausnahmeklauseln aufgrund ihrer abschließenden Aufzählung schutzwürdiger Rechtsgüter und der übrigen strengen Tatbestandsmerkmale nicht zu mehr sondern zu weniger regulatorischer Flexibilität führen als bereits in der Interpretation investitionsrechtlicher Schutzstandards durch Schiedsgerichte vorhanden sei. Dem liegt die Annahme zugrunde, dass Investitionsschiedsgerichte in der Auslegung der verschiedenen Schutzstandards berücksichtigten, ob die angegriffene staatliche Maßnahme der Verfolgung eines schutzwürdigen öffentlichen Interesses diene. Das Argument verfährt jedoch nicht. Wie nachgewiesen wird, kann mitnichten von einer ständigen oder auch nur herrschenden Rechtsprechung gesprochen werden. Schiedsgerichte berücksichtigen das öffentliche Interesse bei der Auslegung ebenso häufig wie sie es ignorieren. Insgesamt überwiegen die Vorteile damit gegenüber den Nachteilen und Staaten können sich ermutigt fühlen, in Zukunft Ausnahmetatbestände in ihre Investitionsabkommen aufzunehmen.

**Kapitel 5** behandelt Probleme rund um die Auslegung der neuen Ausnahmeklauseln. Ausgehend von der Feststellung, dass bislang kein Schiedsverfahren öffentlich geworden ist, in dem Ausnahmeklauseln Teil des zugrunde liegenden Investitionsabkommens waren, wurde nicht nur eine Prognose gewagt, welches die wahrscheinlichste zukünftige Auslegung solcher Klauseln ist, sondern es werden Schiedsgerichten auch dogmatische wie praxisrelevante Hilfestellungen für die Interpretation der einzelnen Tatbestandsmerkmale angeboten werden.

Einleitend werden allgemeine Fragestellungen aus diesem Themenkomplex aufgegriffen. Zunächst wird untersucht, ob eine enge oder eine weite Auslegung der neuen Ausnahmetatbestände zu erwarten steht. Das Promotionsvorhaben analysiert dazu sowohl die bisherige Rechtsprechung von Investitionsschiedsgerichten zu Ausnahmetatbeständen zum Schutz essentieller Sicherheitsinteressen der Staaten wie auch vereinzelte Schiedssprüche, die zu verschiedenen sektoriellen Ausnahmeklauseln oder Vorbehalten ergangen sind.

Des Weiteren wird erörtert, inwiefern es möglich, angebracht und hilfreich für Investitionsschiedsgerichte ist, bei der Auslegung von Ausnahmetatbeständen auf die

Rechtsprechung des WTO Appellate Body zu ähnlich formulierten welthandelsrechtlichen Ausnahmevorschriften zurückzugreifen, auf denen die investitionsrechtlichen Ausnahmeklauseln basieren. Zunächst wird dazu analysiert, ob und unter welchen Voraussetzungen sich investitionsrechtliche Schiedsgerichte bei der Auslegung von anderen Normen bereits auf Rechtsprechung aus einem anderen Teilrechtsgebiet des Völkerrechts gestützt haben, um festzustellen ob und wann eine Übertragung der Rechtsprechung möglich erscheint. In einem zweiten Schritt erfolgt eine vergleichende Analyse des Wortlauts der investitionsrechtlichen und welthandelsrechtlichen Ausnahmetatbestände, ihres systematischen Zusammenhangs vor dem Hintergrund des jeweiligen Rechtssystems sowie ihres Sinns und Zwecks, um zu analysieren, ob eine Übertragung angebracht ist. Schlussendlich wird argumentiert, dass eine vorsichtige Anlehnung an die WTO-Rechtsprechung hilfreich erscheint, solange diese investitionsrechtliche Besonderheiten angemessen berücksichtigt.

Auf dieser Basis werden im Folgenden Vorschläge für die Auslegung zentrale Tatbestandsmerkmale von investitionsrechtlichen Ausnahmetatbeständen für nicht-wirtschaftliche Rechtsgüter gegeben. Im Fokus steht dabei die Frage, wann eine staatliche Maßnahme „notwendig“ („necessary“) für die Erreichung des nicht-wirtschaftlichen Rechtsguts ist. Ziel der Untersuchung ist, eine Auslegung vorzuschlagen, die eine adäquate Balance zwischen staatlichem Ermessensspielraum und Einschätzungsprärogative auf der einen Seite und justizieller Überprüfbarkeit durch ein Schiedsgericht auf der anderen Seite findet.

Abschließend wird in einem **sechsten Kapitel** das Verhältnis der neuen Ausnahmeklauseln zu den klassischen investitionsrechtlichen Schutzstandards untersucht. Da die Mehrzahl der investitionsrechtlichen Ausnahmetatbestände entsprechenden welthandelsrechtliche Vorschriften nachempfunden ist, handelt es sich um eine Form der Normtransplantation zwischen zwei unabhängigen Teilbereichen des Wirtschaftsvölkerrechts. Diese Einführung einer fremden Vorschrift in das bestehende investitionsrechtliche Regelsystem wirft zwangsläufig Fragen zu ihrem Verhältnis zu den etablierten Rechtsnormen auf. Die vordringlichste Frage betrifft dabei das Verhältnis der neuen Ausnahmeklauseln zum klassischen Enteignungstatbestand. Investitionsschutzabkommen kodifizieren in diesem Bereich den völkergewohnheitsrechtlichen Mindeststandard. Dieser erlaubt Enteignungen grundsätzlich, koppelt ihre Rechtmäßigkeit aber an die Zahlung einer angemessenen Entschädigung. Könnte sich ein Gaststaat nach einer Enteignung oder einer

enteignungsgleichen Maßnahme aber erfolgreich auf einen Ausnahmetatbestand berufen, etwa weil er erfolgreich vorbringt, dass die Maßnahme notwendig zum Schutze der öffentlichen Gesundheit war, entfielen seine Schadensersatzpflicht für die Verletzung des investitionsrechtlichen Schutzstandards. Dem enteigneten ausländischen Investor stünde keine Entschädigung für das *prima facie* vertragswidrige Verhalten zu. Somit träte der investitionsrechtliche Eigentumsschutz bei Enteignungen hinter denjenigen des Völkergewohnheitsrechts zurück. Rechtliche Bedenken gegen eine solche Konstruktion bestehen nach richtiger Auffassung nicht. Staaten können Völkergewohnheitsrecht durch völkerrechtlichen Vertrag abbedingen. Rechtspolitisch wird ein solches Ergebnis jedoch von vielen als inopportun angesehen. Kritiker argwöhnen, diese Negierung des allgemein anerkannten Schutzzwecks von Investitionsabkommen, welche gerade über den als inadäquat empfundenen völkergewohnheitsrechtlichen Standard hinausgehen solle, führe zu einer schrittweisen Aushöhlung des gesamten Rechtssystems und könne so nicht von den Staaten gewollt gewesen sein. Der Kritik ist zuzugestehen, dass

Vergleichbare Probleme stellen sich im Verhältnis von Ausnahmeklauseln zum Gebot der gerechten und billigen Behandlung – nämlich ob eine „unbilligen“ oder „ungerechten“ Behandlung ausländischer Investitionen durch Ausnahmeklauseln, die in der Regel selbst das Verbot „willkürlicher“ Anwendung enthalten, gerechtfertigt werden kann, oder ob Ausnahmeklauseln hier redundant sind. Hier wird argumentiert, dass eine gewisse Überschneidung zwischen den beiden Vorschriften existiert, diese jedoch die Anwendung von Ausnahmetatbeständen auf die Verletzung des Gebots fairer und gerechter Behandlung ausschließt.

Ähnliche Fragen werden auch im Bereich des Zusammenspiels zwischen Ausnahmeklauseln und dem Gebot der Inländerbehandlung diskutiert. Vermag eine Ungleichbehandlung von inländischen und ausländischen Investoren auf Tatbestandsebene durch Ausnahmeklauseln, die in der Regel selbst Diskriminierungsverbote statuieren, gerechtfertigt werden oder ist jede tatbestandsmäßige Diskriminierung zugleich auch rechtswidrig mit der Folge, dass Ausnahmeklauseln hier leer laufen? Auch hier wird argumentiert, dass trotz einer gewissen Überschneidung eine Anwendung von Ausnahmetatbeständen auf Verletzungen des Inländerbehandlungsgebots nicht in jedem Fall ausgeschlossen ist.

Die Dissertation schließt in einem **siebten Kapitel** mit einer Zusammenfassung ihrer wesentlichen Ergebnisse.