

Alexander Bothe

# Die ‚Corruption Defence‘ des Gaststaats in internationalen Investitionsschiedsverfahren



Nomos

facultas



DIKE 

## **Studien zum Internationalen Investitionsrecht**

herausgegeben von

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

Prof. Dr. Dr. h.c. 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. Dr. h.c. Stephan Hobe, LL.M.

Prof. Dr. Bernhard Kempen

Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel

Prof. Dr. Burkhard Schöbener

Band 39

zugleich Band 19 der Schriftenreihe des

International Investment Law Centre Cologne (IILCC)

Alexander Bothe

# Die ‚Corruption Defence‘ des Gaststaats in internationalen Investitionsschiedsverfahren



**Nomos**

facultas



**DIKE** 



Onlineversion  
Nomos eLibrary

**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., 2021

ISBN 978-3-8487-8159-1 (Nomos Verlag, Baden-Baden, Print)

ISBN 978-3-7489-2588-0 (Nomos Verlag, Baden-Baden, ePDF)

ISBN 978-3-7089-2127-3 (facultas Verlag, Wien)

ISBN 978-3-03891-354-2 (Dike Verlag, Zürich/St. Gallen)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

*Meinen Eltern*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2020/21 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen.

Ich blicke auf eine spannende, lehrreiche, aber auch herausfordernde Promotionszeit zurück. Ich freue mich sehr, dass ich sowohl am International Investment Law Centre Cologne (IILCC) als auch während meines Forschungsaufenthalts am Georgetown University Law Center in Washington D.C. großartige Menschen treffen durfte, die mir wertvolle Ratschläge für mein Promotionsprojekt gegeben haben.

Mein besonderer Dank gilt meinem verehrten Doktorvater, Herrn Professor Dr. Burkhard Schöbener, der mich auch in schwierigen Phasen stets mit Zuversicht und fachkundigem Rat unterstützt hat. Herrn Professor Dr. Stephan Hobe danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie den Herausgebern der Schriften zum Internationalen Investitionsrecht für die Aufnahme meiner Arbeit in die Schriftenreihe.

Zudem bin der Studienstiftung des deutschen Volkes und der Konrad-Adenauer-Stiftung zu großem Dank verpflichtet, die mir für mein Promotionsvorhaben ein Stipendium gewährt haben.

I would also like to thank Gökçe, Ameya and Lia for making my research stay in Washington D.C. an unforgettable experience. I wish them all the best for their careers.

Nicht zuletzt möchte ich meinen Freunden (insbesondere dem „Juristischen Herrenzimmer“) danken, ohne die meine Promotionszeit um einiges eintöniger gewesen wäre.

Diese Arbeit widme ich meinen Eltern, die mich stets auf meinem Weg begleitet und uneingeschränkt unterstützt haben. Sie sind mir wichtige Vorbilder. Zudem hat ihre wertvolle konstruktive Kritik mein Promotionsvorhaben maßgeblich gefördert.

Essen, im April 2021

*Alexander Bothe*



# 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

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)	Sorgfaltanforderungen im Einzelnen	92
(1)	Sorgfältige Auswahl des Dritten	92
(2)	Vertragsschluss	92
(3)	Überprüfung des Dritten	93
(4)	Dokumentationspflicht	93

(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

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

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 Investitionsschiedspruchs	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

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

## Abkürzungsverzeichnis

A.3 d	Atlantic Reporter, Third Series
a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.E.	am Ende
Abs.	Absatz
AC	Appeal Cases Law Reports
AKP-Staaten	Gruppe der afrikanischen, karibischen und pazifischen Staaten
ALI	American Law Institute
AO	Abgabenordnung
Art.	Artikel
ASA	Association Suisse de l'Arbitrage
ASEAN	Association of South-East Asian Nations
ASR	ILC Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts
BAG	Bundesarbeitsgericht
BauGB	Baugesetzbuch
BBC	British Broadcasting Corporation
BCLC	Butterworths Company Law Cases
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Entscheidungen des Bundesgerichts (Schweiz)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bing	Bingham Reports
BIT	Bilateral Investment Treaty
bspw.	beispielsweise
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CAD	Canadian Dollar

## *Abkürzungsverzeichnis*

Cal.3 d	California Reports, Third Series
CDU	Christlich Demokratische Union
CETA	Comprehensive Economic and Trade Agreement
Co.	Company
COMESA	Common Market for Eastern and Southern Africa
Comm	Commercial Court
CSR	Corporate Social Responsibility
CSU	Christlich Soziale Union
D.C.	District of Columbia
DCF	Discounted Cash Flow
DCF-Verfahren	Discounted-Cash-Flow-Verfahren
Ders.	Derselbe
Dies.	Dieselbe(n)
DIW	Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung
dt.	Deutsch
ECLI	European Case Law Identifier
ECT	Energy Charter Treaty
Eng. Rep.	English Reports
et al.	et alii/et aliae = und andere
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EUR	Euro
EWHC	High Court of England and Wales
f./ff.	folgend/folgende
F.2 d, 3 d	Federal Reporter, Second Series/Third Series
FCPA	Foreign Corrupt Practices Act
FDP	Freie Demokratische Partei
FET	Fair and equitable treatment
Fn.	Fußnote
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber/Herausgeberin(nen)
i.V.m.	in Verbindung mit
IARepoter	International Arbitration Reporter

IBA	International Bar Association
ICC	International Chamber of Commerce
ICCA	International Council for Commercial Arbitration
ICJ	International Court of Justice
ICJ Rep.	ICJ Reports
ICSID	International Center for Settlement of Investment Disputes
IGH	Internationaler Gerichtshof
IIA	International Investment Agreement
ILC	International Law Commission
IMF	International Monetary Fund
Inc.	Incorporated
Iran-U.S. C.T.R.	Iran–United States Claims Tribunal Reports
Kap.	Kapitel
LCIA	London Court of International Arbitration
lit.	litera = Buchstabe
LLP	Limited Liability Partnership
Ltd.	Limited
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Md.	Maryland Reporter
MFN	Most Favoured Nation (Standard)
Mio.	Million(en)
MP	Member of Parliament
MPI	Max-Planck-Institut
Mrd.	Millarde(n)
N.E.2 d	North Easter Reporter, Second Series
N.W.2 d	North Western Reporter, Second Series
N.Y.S. 2 d	West’s New York Supplement, Second Series
No.	Number
Nr.	Nummer
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OIC	Organisation of Islamic Cooperation
OLG	Oberlandesgericht
OwiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
P.2 d	West’s Pacific Reporter, Second Series

## *Abkürzungsverzeichnis*

PCA	Permanent Court of Arbitration
PCIJ	Permanent Court of International Justice
QB	Queen's Bench Law Reports
RICO	Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act
Rn.	Randnummer
S.	Seite
SGB	Sozialgesetzbuch
SGHC	High Court of Singapore
sog.	sogenannte/sogenannten
StGB	Strafgesetzbuch
StIGH	Ständiger Internationaler Gerichtshof
StPO	Strafprozessordnung
TCC	Technology and Construction Court
u.	und
u.a.	unter anderem
U.S.	United States Reports
U.S. (Fundstelle)	United States Reports
U.S.C.	United States Code
UK	United Kingdom
UKHL	House of Lord, United Kingdom
UKSC	Supreme Court of the United Kingdom
UKSC	Supreme Court of the United Kingdom
UN	United Nations
UNCAC	United Nations Convention Against Corruption
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
UNIDROIT	Institut international pour l'unification du droit privé
Univ.	University
UNÜ	New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche
US	United States
USA	United States of America

USD	United States Dollar
UTPCL	Unfair Trade Practices and Consumer Protection Law
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	versus = gegen
vgl.	vergleiche
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WLR	Weekly Law Reports
WM	Wertpapiermitteilungen
WVK	Wiener Vertragsrechtskonvention
YCA	Yearbook of Commercial Arbitration
z.B.	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozessordnung



## Einleitung

Im Vorwort zur United Nations Convention Against Corruption aus dem Jahre 2003 bezeichnet *Kofi Annan*<sup>1</sup> Korruption in drastischer Weise als „heimtückische Seuche“, die Demokratie und Rechtsstaatlichkeit untergrabe, zu Menschenrechtsverletzungen führe und den Wettbewerb verzerre.<sup>2</sup> Sie zu bekämpfen sei notwendig, um Wohlstand und wirtschaftliche Entwicklung zu fördern.

Während die Bestechung inländischer Amtsträger schon früh strafrechtlich verfolgt wurde, tolerierten gerade kapitalexportierende Staaten Korruption im transnationalen Wirtschaftsverkehr bis lange nach dem Zweiten Weltkrieg. Pioniere in der Bekämpfung von Auslandsbestechung waren die USA, die schon Ende der 1970er Jahre in Folge der Watergate-Affäre mit dem Erlass des „Foreign Corrupt Practices Act“ (FCPA) gesetzgebend gegen diese tätig wurden.<sup>3</sup> Erst nach dem Fall des Eisernen Vorhangs erklärte die Staatengemeinschaft die Korruptionsbekämpfung zur „globalen Aufgabe“<sup>4</sup> und verabschiedete auf Drängen der USA<sup>5</sup> mehrere multilaterale Anti-Korruptionsabkommen.<sup>6</sup> Die Vertragsstaaten verpflichten sich

---

1 Generalsekretär der Vereinten Nationen von 1997–2006.

2 United Nations Convention Against Corruption (UNCAC) vom 31.10.2003, S. iii, abrufbar unter: [https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026\\_E.pdf](https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf).

3 *Hoven*, Auslandsbestechung, S. 37; *Llamzon*, Corruption in International Investment Arbitration, Rn. 4.07 f.

4 *Meyer*, Korruption im Vertrag, S. 1.

5 Entgegen der Erwartung der USA folgten andere Industriestaaten nicht ihrem Beispiel, Auslandsbestechung ihrer Unternehmen zu kriminalisieren, weswegen amerikanische Unternehmen sich im Wettbewerb benachteiligt sahen, vgl. *Llamzon*, Corruption in International Investment Arbitration, Rn. 4.25. In Deutschland hatte beispielsweise noch im Sommer 1998 die damalige Koalition aus CDU/CSU und FDP die Abschaffung der steuerlichen Absetzbarkeit von Auslandsbestechung durch deutsche Unternehmen abgelehnt, vgl. *Berghoff*, in: *Berghoff/Rauh/Welskopp*, Tatort Unternehmen, 19 (37).

6 In chronologischer Reihenfolge: Inter-American Convention Against Corruption vom 29.3.1996; EU Convention against Corruption vom 25.6.1997, OECD Anti-Bribery Convention vom 17.12.1997; Strafrechtsübereinkommen über Korruption vom 27.1.1999, Zivilrechtsübereinkommen über Korruption des Europarats vom 4.11.1999, African Union Convention on Preventing and Combating Corruption vom 1.7.2003, UNCAC vom 31.10.2003.

darin jeweils zur Kriminalisierung von Bestechungsdelikten sowie teilweise zur Implementierung von präventiven Maßnahmen.<sup>7</sup> In Deutschland wurde der Tatbestand der Auslandsbestechung im Jahre 1998 im Anschluss an die Ratifikation der OECD Anti-Bribery Convention eingeführt.<sup>8</sup>

Trotz aller internationaler Anstrengungen im Kampf gegen Korruption ist Bestechung im internationalen Geschäftsverkehr weiterhin allgegenwärtig. Nach Berechnungen des Internationalen Währungsfonds beträgt das jährliche Gesamtvolumen an Bestechungszahlungen schätzungsweise 1,5 bis 2 Billionen USD, was etwa 2 % des Bruttoweltprodukts entspricht.<sup>9</sup> Es ist folglich weiterhin nach Wegen zu suchen, Korruption wirkungsvoll einzudämmen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der häufig geringen staatlichen Bemühungen, Strafgesetze gegen Amtsträgerbestechung durchzusetzen.<sup>10</sup>

#### A. Gegenstand der Untersuchung

Eine Institution, die einen Beitrag im Rahmen einer holistischen Anti-Korruptionspolitik leisten kann, ist die internationale Investitionsschiedsgerichtsbarkeit. Da ein Großteil der Schmiergeldabreden im Zusammenhang mit Auslandsinvestitionen steht<sup>11</sup>, ist es wenig verwunderlich, dass Korruptionsvorwürfe regelmäßig Gegenstand von internationalen Investitions-

---

7 Während die OECD Anti-Bribery Convention lediglich das Ziel der Kriminalisierung des Delikts der Auslandsbestechung verfolgt und damit dem Vorbild des FCPA folgt, enthält beispielsweise die UNCAC ausführliche Vorgaben zur Korruptionsprävention wie Regelungen zum Leistungsprinzip bei der Beamtenbenennung (Art. 7 UNCAC) oder zu Transparenz in öffentlichen Vergabeverfahren (Art. 9 UNCAC).

8 BGBl. 1998 II, S. 2327. Damals war der Tatbestand noch in § 334 StGB integriert, heute findet er sich in § 335 a StGB.

9 *International Monetary Fund*, Corruption: Costs and Mitigating Strategies, IMF Staff Discussion Note vom 11.5.2016, S. 5, abrufbar unter: <https://www.imf.org/en/Publications/Staff-Discussion-Notes/Issues/2016/12/31/Corruption-Costs-and-Mitigating-Strategies-43888>.

10 *Daniel/Maton*, in: Horder/Allridge, *Modern Bribery Law*, 293 (316) mit Fallbeispielen.

11 Beispielsweise gehen 99,5 % der Fälle von grenzüberschreitender Korruption in Afrika von außer-afrikanischen Unternehmen aus. Siehe *United Nations Economic Commission for Africa*, *Measuring corruption in Africa: The international dimension matters – African Governance Report IV 2016*, S. 69, abrufbar unter: <https://repository.unece.org/handle/10855/23012>.

schiedsverfahren sind. Hinzukommt, dass die schiedsgerichtliche Streitbeilegung in den stark von Bestechung betroffenen Industriezweigen – wie der Rohstoffförderung und dem Baugewerbe – besonders häufig ist.<sup>12</sup>

In den Investitionsstreitverfahren, in denen ein investorseitiger Bestechungsfall als erwiesen galt, haben die Schiedsgerichte die Klage vollumfänglich abgewiesen. Diese Null-Toleranz-Strategie zulasten eines bestechenden Investors ist auf die zunehmende internationale Ächtung von Auslandskorruption zurückzuführen.<sup>13</sup> Aus verschiedenen Gründen ist diese Strategie im Interesse einer wirksamen Korruptionsbekämpfung jedoch nicht zu befürworten.

Zunächst wird durch die bisherige Investitionsschiedsrechtsprechung die Annahmeseite der Bestechung außer Acht gelassen. Bestechung ist kein einseitiges Delikt. Einem bestechenden Investor steht stets ein bestechlicher Amtsträger des Gaststaats gegenüber.<sup>14</sup> Doch gerade der Annahmeseite der Bestechung kann mithilfe der bisherigen, schwerpunktmäßig strafrechtlichen Maßnahmen nicht wirkungsvoll begegnet werden, denn der Staatengemeinschaft stehen praktisch keine Sanktionsmöglichkeiten gegen solche Staaten zur Verfügung, die entgegen ihrer Verpflichtungen aus internationalen Anti-Korruptionsabkommen die Bestechlichkeit ihrer Amtsträger tolerieren oder sogar billigen.<sup>15</sup>

Aufgrund der Bindungswirkung ihrer Entscheidungen für die Gaststaaten kann der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit eine zentrale Rolle bei der Bekämpfung der Annahmeseite von transnationaler Bestechung zukommen. Dieser Rolle kann sie jedoch nicht gerecht werden, wenn durch eine

---

12 Veit, in: Shaughnessy/Tung, The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer, 373.

13 Siehe nur Fernández-Armesto, in: Dossiers of the ICC Institute of World Business Law 13 (2015), 167 (172).

14 Folgende Formulierung wird gerne verwendet: „It takes two to tango!“, z.B. bei Alekhin/Shmatenko, in: Asokov/Muranov/Khodykin, New Horizons of International Arbitration 2018, 150; Bulovsky, Mich. L. Rev. 2019, 117 (132); Greenwald/Ivers, Addressing Corruption Allegations in International Arbitration, S. 75; Kul-karni, TDM 3/2013, S. 47.

15 Das mangelnde Interesse mehrerer Gaststaaten an der Korruptionsbekämpfung im eigenen Beamtenapparat zeigt sich insbesondere daran, dass im Zusammenhang mit den bekannten schiedsgerichtlichen Korruptionsfällen kein hochrangiger Amtsträger strafrechtlich verfolgt wurde, vgl. Betz, Proving Bribery, Fraud and Money Laundering in International Arbitration, S. 300; Greenwald, The Viability of Corruption Defenses in Investment Arbitration: When the State Does Not Prosecute, Blog of the Eur. J. Int'l L. vom 15.4.2015. Siehe auch Alekhin/Shmatenko, in: Asokov/Muranov/Khodykin, New Horizons of International Arbitration 2018, 150 (174).

vollständige Klageabweisung lediglich der Investor für sein strafbares Verhalten sanktioniert wird. Im Gegenteil kann die bisherige Investitionsschiedsrechtsprechung Gaststaaten dazu anhalten, ihre Anti-Korruptionsbemühungen mit Blick auf die eigene Regierung und den Beamtenapparat (noch weiter) zu vernachlässigen, da sie die Bestechlichkeit ihrer Amtsträger als wirkungsvollen Schutzschild gegen Investorenklagen nutzen können.<sup>16</sup> Im Ergebnis müssen Gaststaaten sich so weder für die eigene Nachlässigkeit in der Korruptionsbekämpfung noch für die behauptete rechtswidrige Schädigung des Investors – wie z.B. eine Verletzung des Fair-and-equitable-treatment-Standards – rechtfertigen, die eigentlich Gegenstand des Investitionsschiedsverfahrens ist.

Weiterhin kann eine einseitige schiedsgerichtliche Null-Toleranz-Strategie zulasten bestechender Investoren langfristig dazu führen, dass das Volumen an Auslandsinvestitionen gerade in solchen Staaten abnimmt, in denen Amtsträgerbestechung ein weit verbreitetes Problem darstellt.<sup>17</sup> Dies wäre im Interesse der Korruptionsbekämpfung jedoch nachteilig. Denn es ist erwiesen, dass ein Zusammenhang zwischen der Prävalenz von Bestechung in einem Staat und der Armut der Bevölkerung besteht.<sup>18</sup> Wissenschaftliche Studien deuten darauf hin, dass Korruption nach mehreren Jahren des starken Wirtschaftswachstums abnimmt.<sup>19</sup> Da Auslandsinvestitionen für den Wohlstandszuwachs in ärmeren Staaten von besonderer Bedeutung sind, sollten Investitionsschiedsgerichte daher die Sanktionierung von Bestechung mit einem wirksamen Investorenschutz in Einklang bringen.

---

16 Z.B. *Davis*, N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 2018, 1261 (1299 f.); *Drude*, J. Int. Arb. 2018, 665 (680); *Klaw*, Berkeley J. Int'l L. 2015, 60 (95); *Losco*, Duke L. J. 2014, 1201 (1204); *Mesbel*, J. Int. Arb. 2013, 267 (279 f.); *Torres-Fowler*, Va. J. Int'l L. 2012, 995 (1000).; *Wilske*, Contemp. Asia Arb. J. 2010, 211 (220). Siehe auch *Spentex v. Uzbekistan*, Award vom 27.12.2016, Rn. 940.

17 So erklärte etwa der bekannte deutsche Unternehmer *Eginhard Vietz*, dass er zur Erlangung von Aufträgen im Ausland Schmiergeld gezahlt habe, weil es nun einmal Länder gebe, in denen es nicht anders gehe. Beispielsweise in Algerien, Ägypten oder Nigeria käme man ohne solche Zahlungen nicht durch, Interview im Handelsblatt vom 10.8.2010, abrufbar unter: <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/mittelstand/eginhard-vietz-der-kampf-gegen-schmiergeld-ist-reine-heuchelei/3512132.html>.

18 *Engerer*, DIW Discussion Papers, No. 161 (1998), S. 9; *Gundlach/Paldam*, Econ. Letter 2009, 146–148.

19 *Bai et al.*, NBER Working Papers 19483 (2013), S. 29; *Bhattacharyya/Jha*, Comparative Economic Studies 2013, 287 (305 f.).

Ferner unterliegen Schiedsrichter – auch wenn sie von den Parteien benannt werden – weniger politischen Zwängen als Richter nationaler Gerichte. Sie sind freier in ihrer Entscheidung und können als Außenstehende Missstände in Bezug auf die Korruptionsbekämpfung in einem beklagten Gaststaat anprangern.

Auf der Grundlage der vorstehenden Erwägungen wird die vorliegende Arbeit zunächst *de lege lata* untersuchen, welche Möglichkeiten einem Investitionsschiedsgericht in Korruptionsfällen zur Verfügung stehen, um in seiner Entscheidungsfindung nicht nur die Bestechung des Investors, sondern auch das Fehlverhalten des Gaststaats sowohl in Bezug auf die Bestechlichkeit seiner Amtsträger als auch auf Verletzungen investitionsrechtlicher Schutzstandards zu berücksichtigen. Im Anschluss wird geprüft, ob und inwieweit das Investitionsschiedssystem reformiert werden kann, damit es sein Potential im internationalen Kampf gegen transnationale Korruption effektiv ausschöpfen kann.

Aufgrund der größeren praktischen Bedeutung beschränkt sich die Untersuchung weitestgehend auf die rechtlichen Implikationen der Erhebung von Korruptionsvorwürfen vonseiten des Gaststaats gegen den klagenden Investor („corruption defence“). Die entgegengesetzte Konstellation, in der der Investor geltend macht, der Gaststaat habe gegen einen investitionsrechtlichen Schutzstandard verstoßen, indem seine Amtsträger beispielsweise für die Verlängerung einer Lizenz Bestechungsgeld gefordert hätten, ist nur selten Gegenstand von internationalen Schiedsverfahren.<sup>20</sup> Lediglich im Rahmen des Beweisverfahrens wird der Vollständigkeit halber an geeigneter Stelle auch auf diese Fallgestaltungen eingegangen.

## B. Gang der Untersuchung

Im ersten Kapitel wird in die Thematik der Korruption in Investitionsschiedsverfahren eingeführt und zunächst ein summarischer und wertungsfreier Überblick über die Entscheidungspraxis der Schiedsgerichte gegeben. Es folgt ein Abschnitt zu Anti-Korruptionsregelungen in bestehenden und geplanten Investitionsschutzabkommen.

---

20 Siehe z.B. *Rumeli Telekom v. Kazakhstan*, Award vom 29.7.2008 (Bestechungsvorwürfe gegen einen Richter); *RSM v. Grenada*, Award vom 13.3.2009 (Bestechung durch einen Mitbewerber); *EDF (Services) v. Romania*, Award vom 8.10.2009 (Forderung von Bestechungsgeld zur Verlängerung einer Betriebslizenz). In keinem dieser Fälle sah das Schiedsgericht die Behauptungen der Kläger als erwiesen an.

Die folgenden Kapitel setzen sich kritisch mit der bisherigen Investitionsschiedsrechtsprechung im Umgang mit Korruptionsvorwürfen gegen den Investor auseinander. Dabei wird der Verlauf eines Investitionsschiedsverfahrens nachgezeichnet. Das zweite Kapitel ist der schiedsgerichtlichen Zuständigkeitsprüfung, das dritte der Klagezulässigkeit und das vierte Kapitel der Begründetheit der Klage sowie der Kostenentscheidung, der Widerklage und dem Abänderungsverfahren gewidmet. Im Anschluss wird das Beweisverfahren behandelt.

Im letzten Kapitel werden die gefundenen Ergebnisse zusammengefasst und ein Vorschlag für den zukünftigen Umgang mit Korruptionsvorwürfen im Rahmen von Investitionsschiedsverfahren erarbeitet.

### *C. Begriffsbestimmung*

Für die Zwecke dieser Abhandlung meint „Korruption“ alle Formen der Gewährung und der Annahme eines geldwerten Vorteils durch einen staatlichen Amtsträger zum Zwecke der Vornahme oder Unterlassung einer Amtshandlung. Erfasst werden demnach die Straftatbestände der Bestechung/Bestechlichkeit<sup>21</sup> sowie der Vorteilsgewährung/Vorteilsannahme<sup>22</sup>. Diese Ausprägungen von Korruption sind in nationalen Rechtsordnungen weitgehend einheitlich geregelt.<sup>23</sup>

Der Einfachheit halber schließen die Begriffe der Bestechung und Bestechlichkeit auch die Delikte der Vorteilsgewährung und Vorteilsannahme mit ein.

Zu beachten ist, dass im Rahmen dieser Arbeit der Straftatbestand der Auslandsbestechung nur eine untergeordnete Rolle spielt. Denn für die Frage nach der rechtlichen Behandlung einer korruptionsbehafteten Kapitalanlage vor einem Investitionsschiedsgericht ist entscheidend, ob der Investor im Rahmen seiner geschäftlichen Tätigkeit im Gaststaat gegen dessen (Straf-)Gesetze verstoßen hat. Ob er sich darüber hinaus auch nach dem Recht seines Heimatstaats strafbar gemacht hat, wirkt sich auf das Investitionsschiedsverfahren nicht aus.

---

21 In Deutschland geregelt in § 334 bzw. § 332 StGB.

22 In Deutschland geregelt in § 333 bzw. § 331 StGB.

23 *Baizeau/Hayes*, in: ICCA Congress Series 19 (2017), 225 (228 ff.).

## Kapitel 1 – Grundlagen

Im folgenden Abschnitt werden zunächst diejenigen Fälle wertungsfrei dargestellt, in denen ein Bestechungsfall nachgewiesen wurde und entweder zur Abweisung der Schiedsklage geführt hat oder in anderer Weise für das Verfahren entscheidungserheblich war (dazu A.). Weiterhin werden die Auswirkungen des Nachweises eines Bestechungsfalles im Rahmen eines Investitionsschiedsverfahrens auf andere Rechtsgebiete erörtert, um die Bedeutung zu veranschaulichen, die diesen Verfahren im Kampf gegen transnationale Korruption zukommen kann (dazu B.).

### A. Überblick über die bisherige Schiedsrechtsprechung

Mit steigender Regelmäßigkeit nutzen Gaststaaten in Investitionsschiedsverfahren Korruptionsvorwürfe als Verteidigungsmittel, um eine Investition dem Schutzbereich eines Investitionsschutzabkommens zu entziehen. Trotz dieser vielfach angewandten Strategie und der Menge an akademischer Literatur, die zu diesem Thema erschienen ist, enthalten nur sehr wenige schiedsgerichtliche Entscheidungen tatsächlich eine positive Feststellung von Korruption. In diesem Zusammenhang wird teilweise der Verdacht geäußert, dass sich die Schiedsgerichte beispielsweise durch eine Erhöhung des anwendbaren Beweismaßes bewusst eine Auseinandersetzung mit der politisch sensiblen Thematik der Korruption entledigen.<sup>24</sup>

### I. Leitentscheidungen

Die Schiedssprüche in *World Duty Free v. Kenya* aus dem Jahre 2006 sowie *Metal-Tech v. Uzbekistan* aus dem Jahre 2013 können als Leitentscheidun-

---

<sup>24</sup> *Kulkarni*, TDM 3/2013, S. 48; *Nappert*, TDM 4/2013, S. 2. Siehe auch *Llamzon/Sinclair*, in: ICCA Congress Series 18 (2015), 451 (496); *Sayed*, Corruption in International Trade and Commercial Arbitration, S. 106; *Rose*, J. Int. Arb. 2014, 183 (187 ff.); *Wilske/Fox*, in: Kröll et al., Liber Amicorum Eric Bergsten, 489 (504). *Raouf* spricht vom „Eyes Shut Approach“ einiger Schiedsgerichte im Gegensatz zum „Zero Tolerance Approach“, ICSID Rev. 2009, 116 (129 ff.). Dort auch mit Fallbeispielen.