

**Andrea Schernbeck**

**Der Fair and Equitable Treatment  
Standard in internationalen  
Investitionsschutzabkommen**

**Nomos**

[i~il v-Mi/r  
•i DIKE

# Inhaltsverzeichnis

»

Abkürzungsverzeichnis	17
Einleitung	19
A. Untersuchungsinteresse	20
B. Problemstellung	20
C. Gang der Untersuchung	21
Kapitel 1: Die Rechts- und Rechtserkenntnisquellen des FETS	24
A. Bestimmung der Rechtsquelle des FETS	24
I. Der FETS als eigenständiger Behandlungsgrundsatz und als Verweis auf den fremdenrechtlichen Mindeststandard	25
1. Der Einfluss des spezifischen Wortlauts der FET-Klauseln auf das Schutzniveau	26
a) Klauseln ohne Bezug zum Völkergewohnheitsrecht	27
b) Klauseln mit ausdrücklicher Beschränkung auf das Völkergewohnheitsrecht	28
c) Klauseln mit paralleler Nennung von „fair and equitable treatment“ und Völkergewohnheitsrecht	29
d) Fazit	29
2. Die Stellung von FET-Klauseln innerhalb eines Investitionsschutzabkommens	30
a) Das Verhältnis zu „national treatment“ und „most favoured nation treatment“	30
b) Das Verhältnis zum Enteignungsschutz	31
c) Fazit	32
3. Unterschiede zwischen dem fremdenrechtlichen Mindeststandard und Investitionsschutzabkommen	32
a) Entstehungsvoraussetzungen und ihr Einfluss auf das Schutzniveau	33
b) Schutzrichtung und Anwendungsbereich	34
c) Träger der Rechte	35
d) Fazit	36
4. Herkunft und historische Entwicklung des FETS	37
a) Frühe Handelsverträge	37

b)	Die Abs-Shawcross Draft Convention on Investments Abroad	38
c)	Die OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property	38
d)	Konsequenz für das Verständnis des FETS in modernen Investitionsschutzabkommen	39
5.	Zusammenfassung und Stellungnahme	40
II.	Auswirkung der unterschiedlichen Rechtsquellen auf die Bestimmung des normativen Inhalts des FETS	41
1.	Der normative Inhalt des FETS in „freestanding clauses“	41
2.	Die Bestimmung des normativen Inhalts des FETS in der NAFTA-Rechtsprechung	42
a)	Restriktives Verständnis	43
(1)	Die Neer-Formel	44
(2)	Die ELSI-Formel	45
b)	Evolutionäres Verständnis	46
c)	Fazit	46
B.	Bestimmung des normativen Inhalts anhand von Präzedenzfallen	47
I.	Faktische Präzedenzfallwirkung	47
II.	Konsequenz für die Auslegung und Inhaltsbestimmung des FETS	48
III.	Zusammenführung der Ergebnisse	50
Kapitel 2:	Verfahrensrechte des Investors	51
A.	Spezifische Rechte des Investors im Gerichtsverfahren – Das Verbot der „denial of justice“ durch die Judikativgewalt	51
I.	Die Herleitung des Verbotes der „denial of justice“ aus dem Völkergewohnheitsrecht	52
1.	Der Begriff der „denial of justice“	52
a)	Der Begriff im Völkergewohnheitsrecht	52
b)	Der Begriff in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit	53
2.	Der normative Inhalt des Verbots der „denial of justice“	54
a)	Der normative Inhalt nach dem Völkergewohnheitsrecht	54
b)	Die Inhaltsbestimmung in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit	55
II.	Die einzelnen Verbotstatbestände der „denial of justice“ in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit	56
1.	Fehler im staatlichen Gerichtsverfahren: „Procedural denial of justice“	56
a)	Undue delay	56

(1) Verfahrensimmanente Bemessungskriterien	57
(2) Verfahrensunabhängige Bemessungskriterien	57
(3) Bewertung	57
b) Bekanntmachung von den Investor betreffenden Gerichts- und Verhandlungsterminen	58
c) Befangenheit des entscheidenden Richters oder der entscheidenden Jury	59
d) Allgemeine Kriterien für die Beurteilung nationaler Gerichtsverfahren	60
(1) Der Beurteilungsmaßstab der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit	60
(2) Eigene Kriterien für die Beurteilung nationaler Gerichtsverfahren	61
e) Zusammenfassung	61
2. Fehler in der gerichtlichen Entscheidung: „Material denial of justice“	62
a) Objektives Element der Rechtsversagung: Die offensichtliche Fehlanwendung nationalen Rechts	62
(1) Zurückhaltung der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit bei der Anwendung nationalen Rechts	63
(2) Bewertung	64
b) Subjektives Element der Rechtsversagung: „bad faith“	65
c) Zusammenfassung	66
III. Das Erfordernis, die innerstaatlichen Rechtsbehelfe (local remedies) zu erschöpfen	67
1. Die „local remedies rule“ als prozessuale Voraussetzung des Investor-Staat-Verfahrens	68
a) Ausdrückliche Regelungen in Investitionsschutzabkommen	68
b) Implizite Regelung in Investitionsschutzabkommen	68
(1) Verweis auf die ICSID-Konvention	69
(2) Die „waiver-clause“ des Art. 1121 NAFTA	70
(3) „Fork in the road“-Klauseln	70
(4) Schiedsklauseln („consent“)	71
i. Der Zweck der „local remedies rule“	71
ii. Der Zweck von Schiedsklauseln	72
c) Zusammenfassung	72

2.	Das Erfordernis der Erschöpfung innerstaatlicher Rechtsbehelfe als materielle Voraussetzung einer „denial of justice“	73
a)	Die Rechtsnatur des Erfordernisses nach der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit	73
b)	Die Erschöpfung innerstaatlicher Rechtsbehelfe als Voraussetzung materieller Standards in Investitionsschutzabkommen?	74
(1)	Vereinbarkeit mit Art. 26 ICSID-Konvention und Art. 1121 NAFTA	75
(2)	Vereinbarkeit mit „fork in the road“-Klauseln	75
(3)	Vereinbarkeit mit Schiedsklauseln	76
(4)	Ausnahmetatbestand ohne vertragliche Grundlage	77
(5)	Ergebnis	78
c)	Die Erschöpfung innerstaatlicher Rechtsbehelfe als spezifische Voraussetzung der „denial of justice“	78
(1)	Die Beziehung zwischen „denial of justice“ und „local remedies“ im Völkergewohnheitsrecht	79
(2)	Differenzierung zwischen judikativem und exekutivem Handeln?	80
d)	Zusammenfassung und Stellungnahme	81
3.	Ausnahmen vom Erfordernis der Erschöpfung innerstaatlicher Rechtsbehelfe	82
IV.	Zusammenfassung	83
B.	Spezifische Rechte des Investors im Verwaltungsverfahren – Die Grundsätze des „due process“ und der „procedural fairness“	84
I.	Begriffsbestimmung	84
II.	Einzelne in der Schiedsrechtsprechung anerkannte Verfahrensrechte	85
1.	Recht auf Akteneinsicht	86
2.	Bekanntmachung von Entscheidungsterminen	86
3.	Öffentlichkeit bestimmter Sitzungen	87
4.	Anspruch auf rechtliches Gehör und angemessene Beweiswürdigung	87
5.	Begründungspflicht	88
III.	Allgemeine Kriterien zur Beurteilung innerstaatlicher Verwaltungsverfahren	88
1.	Der Beurteilungsmaßstab der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit	89

2. Eigene Kriterien für die Beurteilung von Verwaltungsverfahren	89
IV. Zusammenfassung	91
 Kapitel 3: Sonstige Schutzrechte des Investors	 92
A. Schutz der Investitionstätigkeit: „Freedom from coercion and harassment“	92
I. „Coercion“	93
II. „Harassment“	94
III. Zusammenfassung	95
B. Schutz vor Willkür und Diskriminierung – „Arbitrary and discriminatory measures“	95
I. Das Verhältnis zwischen dem FETS und dem Verbot von „arbitrary or discriminatory measures“	96
II. Definition von Willkür und Diskriminierung in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit	97
1. „Arbitrariness“	97
2. „Discrimination“	98
III. Zusammenfassung	99
 Kapitel 4: Vertrauensschutz	 101
A. Die „Legitimate expectations“-Doktrin	101
I. Administratives Handeln als Grundlage legitimer Investorenerwartungen	102
1. Formelles Behördenhandeln als Vertrauensgrundlage	103
a) Auswirkungen von Verfahrens-oder Formfehlern	104
b) AuswirkungenderUnzuständigkeit	105
2. Informelles Behördenhandeln als Vertrauensgrundlage	106
a) Die Beurteilung informellen Behördenhandelns durch die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit	106
b) Mögliche Differenzierungskriterien	107
(1) Form der Behördenaussage	107
(2) Auswirkungen von innerstaatlicher Rechtsunwirksamkeit (Auswirkungen von Form- und Verfahrensfehlern sowie Unzuständigkeit)	108
(3) Adressat der Aussage	108
(4) Konkretisierbarkeit der Erwartungen des Investors	109
(5) Finalität des Behördenhandelns	110
c) Fazit	111

3.	Trennung zwischen Schaffung eines Vertrauenstatbestandes und Verletzungshandlung	112
4.	Zusammenfassung	112
II.	Die innerstaatliche Rechtslage als Grundlage legitimer Investorenerwartungen	113
1.	Änderung der Rechtslage trotz Stabilisierungsklausel oder anderer Zusicherung	114
a)	Stabilisierungsklauseln	115
b)	Sonstige Zusicherungen	116
2.	Änderung der Rechtslage ohne Zusicherung oder Stabilisierungsklausel	117
a)	Kein Schutz des Vertrauens in abstrakt-generelle Regelungen?	117
(1)	Begründung der Rechtsprechung	117
(2)	Bewertung	118
b)	Schutz vor unverhältnismäßigen Änderungen des Rechtsrahmens	119
(1)	Legitimer Zweck der Regulierung	120
(2)	Angemessenheit der Regulierungsmaßnahme	120
3.	Zusammenfassung	121
III.	Investor-Staat-Verträge als Grundlage des Vertrauens	122
1.	Entstehung eines Gleichlaufs von „contract claim“ und „treaty claim“	122
2.	Problembereiche des Gleichlaufs von „contract claim“ und „treaty claim“	123
a)	Überlagerung der Streitbelegungsregeln des Investor-Staat-Vertrages	123
b)	Doppelte Geltendmachung vor nationalen und internationalen Spruchkörpern	124
(1)	Der Einfluss von Gabelungsklauseln („fork in the road clauses“)	125
(2)	Der Anwendungsbereich von „fork in the road clauses“ im Fall der Unterscheidung zwischen „treaty claim“ und „contract claim“	125
(3)	Fazit	126
3.	Die Begrenzung des Anwendungsbereichs der „legitimate expectations“-Doktrin	126
a)	Die Voraussetzung der innerstaatlichen Geltendmachung als Begrenzungskriterium (Waste Management)	126
(1)	Lösung des Jurisdiktionskonflikts?	127

(2) Vereinbarkeit mit „fork in the road“-Klauseln	128
(3) Fazit	128
b) Die Ausübung von Hoheitsgewalt als Begrenzungskriterium	129
c) Bewertung und Fazit zur Begrenzung des Anwendungsbereichs der „legitimate expectations“-Doktrin	130
4. Definition hoheitlichen Handelns	131
a) Die Differenzierung bei indirekten Enteignungen („expropriation of contractual rights“)	131
b) Die Differenzierung im Rahmen der „legitimate expectations“-Doktrin	132
c) Gemeinsame Differenzierungskriterien	133
5. Sonderproblem: Sind Verträge mit staatsnahen Unternehmen Investor-Staat-Verträge?	134
a) Keine vertragliche Bindung des Staates durch Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit	135
b) Zurechnung des Vertrages über die ILC Draft Articles on State Responsibility	135
c) Fazit	136
IV. Zusammenfassung der Vertrauensgrundlagen	137
V. Die „due diligence“-Obliegenheit des Investors	138
B. „Transparency“	139
I. Transparente Ausgestaltung der innerstaatlichen Rechtsordnung?	140
II. Transparente Entscheidungen der Administrativorgane	141
III. Transparente Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens	141
IV. Fazit und Stellungnahme	142
Kapitel 5: Zusammenführung der Ergebnisse	144
A. Die Loslösung des FETS vom Völkergewohnheitsrecht	144
I. Das evolutionäre Verständnis führt zur Loslösung des FETS vom Völkergewohnheitsrecht	144
II. Die „legitimate expectations“-Doktrin hat keine Grundlage im Völkergewohnheitsrecht	145
B. Die Entwicklung eines einheitlichen und eigenständigen Schutzstandards	146
C. Die Fall- und Anwendungsgruppen des FETS	147
I. Rechte des Investors im Gerichtsverfahren	147



II. Rechte des Investors im Verwaltungsverfahren	148
III. „Freedom from coercion and harassment“	149
IV. Verbot von willkürlichen und diskriminierenden Maßnahmen	150
V. „Legitimate expectations“	150
D. Der FETS in gegenwärtiger und zukünftiger Vertragsgestaltung	151
Literaturverzeichnis	153
Rechtsprechungsverzeichnis	163