

## **Generalklauseln und Internationales Investitionsschutzrecht**

Überlegungen zur Methodik der Konkretisierung des Gebots der fairen und gerechten Behandlung (fair and equitable treatment) durch internationale Investitionsschiedsgerichte

von

Carsten Kern

### **I. Investitionsschiedsgerichtsbarkeit**

Eine besondere Form der internationalen Streitbeilegung ist die sog. Investitionsschiedsgerichtsbarkeit. Ihren Erfolg verdankt die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit vornehmlich der Verbreitung von Investitionsschutzabkommen, welche einen rechtlichen Rahmen bei der Tätigkeit von privaten Auslandsinvestitionen zur Verfügung stellen. Kapitalexporthierende und – importierende Staaten haben weltweit ca. 2.500 Investitionsschutz- und Förderverträge („IFV“ oder „Investitionsschutzabkommen“ oder „BIT“) untereinander geschlossen.<sup>1</sup> Kommt es zwischen dem ausländischen Investor und dem Gastgeberstaat zu Meinungsverschiedenheiten darüber, ob der Staat seine Verpflichtungen aus dem Investitionsschutzvertrag eingehalten hat, ist der Investor grundsätzlich nicht auf den nationalen Rechtsweg angewiesen, sondern kann in der Regel unmittelbar vor einem internationalen Schiedsgericht Schiedsklage erheben und die Verletzung des Vertrages rügen. Die Investitionsschutzabkommen enthalten hierzu regelmässig ein unwiderrufliches Angebot des jeweiligen Staates zum Abschluss einer Schiedsklausel, welches der ausländische Investor nur noch anzunehmen braucht. Dabei geben die Investitionsschutzverträge dem Investor üblicherweise die Wahl zwischen mehreren Schiedsverfahren, wobei der Investor regelmässig zwischen einem ad-hoc Schiedsverfahren und einem Schiedsverfahren nach den Regeln des International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) auswählen kann.<sup>2</sup>

### **II. Der Grundsatz der fairen und gerechten Behandlung – fair and equitable treatment**

Die materielle Streitentscheidung in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit erfolgt in erster Linie über einige wenige generalklauselartige Investorenschutzbestimmungen, welche vor

---

<sup>1</sup> Vgl. *Sacerdoti*, *Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection*, 269 *Recueil des Cours* 1997, 251 (298 ff.); *UNCTAD*, *World Investment Report 2006*, XVII, 26.

<sup>2</sup> Vgl. *Sacerdoti*, *Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection*, 269 *Recueil des Cours* 1997, 251 (298 ff.). 251 (412 ff.).

allem in bi- und multilateralen Investitionsschutz- und -förderverträgen enthalten sind. Die praktisch relevanteste Bestimmung ist das eben erwähnte Gebot der billigen und gerechten Behandlung („fair and equitable treatment“) von Investoren und/oder Investitionen, wie es in den meisten Investitionsschutzverträgen enthalten ist.

Neben dem Schutz vor Enteignungen hat sich in der Praxis der internationalen Investitionsschiedsgerichte dieser in fast allen bi- und multilateralen Investitionsschutzverträgen enthaltene Schutzstandard der fairen und billigen / gerechten Behandlung („fair and equitable treatment“) als zentrales und gleichsam wirksamstes Instrument des internationalen Investitionsschutzrechts etabliert.<sup>3</sup> Die Mehrzahl der Schiedsklagen von Investoren berufen sich eine Verletzung der Verpflichtung des Gastgeberstaates zu „fair and equitable treatment“ und ein Großteil der bisher ergangenen Schiedssprüche zu Lasten der Gastgeberstaaten stützen sich auf eine Verletzung dieser Verpflichtung. Während ursprünglich der Enteignungsschutz und die entsprechenden investitionsrechtlichen Schutzbestimmungen im Fokus der politischen und akademischen Debatte standen, ist in zunehmendem Masse der „fair and equitable treatment“- Standard in das Zentrum der Entscheidungstätigkeit der Schiedsgerichte gerückt.<sup>4</sup> Er ist Gegenstand beinahe jeder Klage von Investoren gegen Gastgeberstaaten.<sup>5</sup> Seine Flexibilität als Alternative zum indirekten Enteignungsstandard, dessen Voraussetzungen vergleichsweise hoch sind, haben zusätzlich dazu beigetragen, dass sich Investoren auf diesen Standard gestützt haben.

### III. Verhältnis zum Völkergewohnheitsrecht

Zum Teil wird versucht, die Bedeutung des Gebots fairer und gerechter Behandlung dadurch aufzuhellen, indem dieses als Ausdruck des fremdenrechtlichen Mindeststandards interpretiert wird.<sup>6</sup> Demgegenüber wird die Auffassung vertreten, wonach das Gebot fairer und gerechter Behandlung einen autonomen Behandlungsstandard für die Behandlung ausländischer

---

<sup>3</sup> *Vasciannie*, The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice, 70 BYIL (1999), 99 ff.; *UNCTAD*, Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, UNCTAD/ITE/IIT/11 (Vol. III), 1999; *Yannaca-Small*, Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments, in: *Reinisch* (Hrsg.), Standards of Investment Protection, 2008, 111 ff.; *Schreuer*, Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice, 6 The Journal of World Investment and Trade (2005), 357; *Choudhury*, Evolution or Devolution? – Defining Fair and Equitable in International Investment Law, 6 The Journal of World Investment and Trade (2005), 297 ff.; *Tudor*, Fair and Equitable Treatment, 2008.

<sup>4</sup> *Schreuer*, Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice, The Journal of World Investment and Trade, 6 (2005), 357; *Yannaca-Small*, Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments, in: *Reinisch* (Hrsg.), Standards of Investment Protection, 111.

<sup>5</sup> *Yannaca-Small*, Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments, in: *Reinisch* (Hrsg.), Standards of Investment Protection, 111.

<sup>6</sup> Zur Entwicklung des Mindeststandards vgl. *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law, 2008, 11 ff.

Investoren festschreibt. Letztere Auffassung ist vorzugswürdig, da die vertragsschliessenden Staaten problemlos auf den bekannten Mindeststandard hätten verweisen können, anstelle den Wortlaut „fair and equitable treatment“ zu wählen.<sup>7</sup> Im übrigen ist fraglich, ob der fremdenrechtliche Mindeststandard für die Regelung komplexer investitions- und wirtschaftsrechtlicher Zusammenhänge geeignet wäre.

#### IV. Fallgruppenbildung

Trotz des anhaltenden Booms, welche die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit seit dem Ende der 90er Jahre erlebt hat und trotz besonderen praktischen Relevanz dieser Norm, fehlt es jedoch bisher an einem tragfähigen Konsens über dessen materiellrechtliche Bedeutung. Ebenso fehlt es weitestgehend an einer allgemein anerkannten Methodik zur Konkretisierung dieser Form von Generalklauseln im Wirtschaftsvölkerrecht (s. unten IV).

Oftmals werden die von den Schiedsgerichten gefundenen Fallgruppen<sup>8</sup> (z.B. Verbot der Rechtsverweigerung, Beachtung legitimer Investorenerwartungen, Verhältnismässigkeitsgrundsatz) lediglich als *topoi* oder Schlagwörter aufgeworfen, jedoch nicht näher begründet oder in ihren Voraussetzungen definiert, weshalb die Kritik darin besteht, dass mangels dogmatischer Aufhellung der Fallgruppen ein unbestimmter Rechtssatz lediglich durch einen anderen ersetzt wird, wodurch sich im Ergebnis dasselbe Problem wie schon beim Obersatz, dem Gebot fairer und gerechter Behandlung, stellt.

#### V. Ausblick: Methodik der Generalklauselkonkretisierung der Investitionsschiedsgerichte

Im Hinblick auf die oft mangelhafte Begründung und Herleitung der Fallgruppen sowie die oftmals fehlende Interessenabwägung im Rahmen der Entscheidungsbegründungen zu dem Gebot fairer und gerechter Behandlung, liegt es nahe, einen methodischen Ansatz zu verfolgen, der in Anlehnung an die aus der kontinentalen Methodenlehre bekannte Theorie der Generalklauselkonkretisierung es ermöglicht, eine adäquatere methodische Grundlage für den Umgang mit investitionsrechtlichen Generalklauseln zu entwerfen, als es die klassischen Auslegungsmethoden und die Investitionsschiedspraxis, in der ein methodisches Vorgehen allenfalls in Ansätzen erkennbar ist, momentan darstellen. Ausgehend von den Charakteristika und der Funktionseinteilung von Generalklauseln und unter Abgrenzung von herkömmlichen Auslegungslehren ist für diesen Bereich eine Methodik der Generalklauselkonkretisierung zu

---

<sup>7</sup> Vgl. *Schreuer*, Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice, *The Journal of World Investment and Trade*, 6 (2005), 357 (359 ff.).

<sup>8</sup> Vgl. z.B. *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law, 2008, 133 ff.

entwerfen, welche den Besonderheiten unbestimmter, wertungsoffener Rechtssätze Rechnung trägt und damit einen möglichen Beitrag dazu leistet, befriedigendere Ergebnisse im Sinne einer rationalen (Wert-)Entscheidungsfindung – und Begründung erzielen zu können, als dies in Theorie und Praxis der Investitionsschiedsgerichte bei der Konkretisierung der Generalklausel der fairen und gerechten Behandlung bisher der Fall war.

Dabei sollte weniger die Suche nach einem festzuschreibenden „hohen“ oder „niedrigen“ Schutzstandard im Mittelpunkt stehen. Vielmehr sollte die Generalklausel dazu dienen, in einem offenen und nachvollziehbaren Abwägungsvorgang seitens des Schiedsgerichts das Interesse des ausländischen Investors das staatliche Regulierungsinteresse im Einzelfall zu einem sinnvollen Ausgleich zu führen.