JURISTISCHE FAKULTÄT

UNIVERSITÄT HEIDELBERG
ZUKUNFT SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

„Schiedsgericht und Generalklausel: Die Konkretisierung des Gebots des fair and equitable treatment in der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit“

Dissertation vorgelegt von Carsten Kern

Erstgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Pfeiffer
Zweitgutachter: Prof. Dr. Dres. h.c. Herbert Kronke

Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht

I.

Das Gebot des fair and equitable treatment ist der zentrale Schutzstandard des internationalen Investitionsrechts. Trotz der hohen praktischen Relevanz des Gebots des fair and equitable treatment hat die generalklauselartige Weite des Wortlauts dazu geführt, dass eine erhebliche Rechtsunsicherheit über den materiellen Bedeutungsgehalt dieser Vorschrift besteht.

Die Diskussion zum materiellen Bedeutungsgehalt des Gebots des fair and equitable treatment wird zu einem erheblichen Teil von der Frage beherrscht, ob es sich um eine inhaltlich mit dem fremdenrechtlichen Mindeststandard gleichzusetzende Norm handelt. Hierbei mag es sich um eine wichtige Vorfrage handeln, die jedoch für die eigentliche Konkretisierung des Gebots des fair and equitable treatment nur wenig ergiebig ist. So folgt aus der zutreffenden Feststellung, dass es sich bei dem Gebot des fair and equitable treatment grundsätzlich um eine autonome, vom fremdenrechtlichen Mindeststandard unabhängige Vertragsnorm handelt, noch keine wesentliche Erkenntnis über den genaueren Inhalt der Norm. Mit dieser Feststellung beginnt vielmehr erst die eigentliche Konkretisierungsarbeit.

Dabei liefert die generalklauselartige Unbestimmtheit des Wortlauts nur wenige Konkretisierungsmaßstäbe. Dennoch ist der Schiedsrichter gehalten, eine rationale Rechtsentscheidung zu treffen und diese zu begründen. Eine Ermächtigung zur freien Billigkeitsentscheidung oder gar zur Rechtssetzung enthält das Gebot des fair and equitable treatment nicht.

Es ist daher nicht zuletzt eine Frage von juristischer Methode, wie es angesichts der sprachlichen Unbestimmtheit einer Generalklausel wie dem Gebot des fair and equitable treatment und der daraus resultierenden reduzierten Hinweisfunktion des Normtextes möglich ist, zu einer rationalen Entscheidungsfindung unter akzeptabler Rückführung der Entscheidung auf die gesetzlichen bzw. vertraglichen Bindungen zu gelangen.

Dies ist ein hoher Anspruch. Die investitionsrechtliche Praxis wählt den Weg des Fallvergleichs und der Bildung von Fallgruppen. So haben sich in der Rechtsprechung der Investitionsschiedsgerichte im Laufe der Zeit durch Vergleich und Systematisierung der einzelnen Entscheidungen mehrere Fallgruppen herausgebildet. Diese liefern der Schiedspraxis gewisse Anhaltspunkte bei der Anwendung dieser Generalklausel. Durch weitere Analyse der Schiedsrechtsprechung lassen sich manche Fallgruppen und deren Anwendungsvoraussetzungen etwas genauer bestimmen.

Insgesamt hat dieses Vorgehen für ein gewisses Maß an Orientierung und Rechtssicherheit gesorgt. Dennoch ist man auch nach eingehender Untersuchung der Schiedspraxis davon entfernt, von einer – ohnehin nur bedingt möglichen – Klärung des Bedeutungsinhalts des Gebots des fair and equitable treatment sprechen zu können. Die in der Schiedspraxis gefundenen Fallgruppen weisen nach wie vor einen hohen Abstraktionsgrad auf, so dass alleine mit der Zuordnung des zu entscheidenden Sachverhalts zu einer der Fallgruppen die Konkretisierungsarbeit noch nicht getan ist.

Vorzugswürdig erscheint ein prinzipienorientiertes Konkretisierungsmodell, welches das Spannungsverhältnis zwischen den beiden widerstrebenden Prinzipien der staatlichen Handlungsfreiheit und des Investorenschutzes im konkreten Einzelfall im Sinne praktischer Konkordanz zu einem angemessenen Ausgleich führt. Sowohl die Regulierungsfreiheit als auch der Investorenschutz beschreiben keine feststehenden Zustände, die entweder erreicht oder nicht erreicht werden können, sondern graduell verwirklicht werden können. Beide Grundpositionen können miteinander kollidieren, sich gegenseitig beschränken und im konkreten Fall unterschiedliche Gewichte haben, wobei das Prinzip mit dem größeren Gewicht vorgeht. Die Aufgabe des Schiedsgerichts besteht

somit darin, das relative Rangverhältnis zwischen den Grundpositionen des Investorenschutzes und der Regulierungsfreiheit anhand der besonderen Umstände des Einzelfalls im Wege der Abwägung zu bestimmen und zu begründen. Das Abwägungsgesetz trägt dabei zur Strukturierung des Abwägungsvorgangs und somit zur Rationalisierung des Entscheidungsfindungsprozesses insgesamt bei. Auch wenn stets ein nicht weiter rationalisierbarer Entscheidungsspielraum bestehen bleibt, so wird dieser doch auf ein Minimum reduziert.

Die Konkretisierung des Gebots des fair and equitable treatment ist ein offener, nie völlig abgeschlossener Prozess. Das Streben nach umfassender Rechtssicherheit in Form einer abschließenden Bedeutungsklärung durch vollständige inhaltliche Fixierung, wie es manchen Bemühungen um tatbestandliche Verdichtung im Rahmen der Fallgruppenanalyse zugrunde liegt, ist daher von vornherein zum Scheitern verurteilt. Mit einem gewissen Maß an Rechtsunsicherheit wird man leben müssen. Dies ist der Preis der Verwendung von Generalklauseln.

Bedeutender als das (vergebliche) Streben nach abschließender tatbestandlicher Fixierung erscheint daher ein methodengeleitetes Vorgehen im Einzelfall, welches dazu beiträgt, die schiedsrichterliche Konkretisierungsentscheidung rational begründbar, nachvollziehbar und kontrollierbar zu machen.

II.

1. Bei der Auslegung von Investitionsschutzabkommen folgen die Investitionsschiedsgerichte ganz überwiegend den in Art. 31 WVRK festgelegten klassischen Auslegungsmethoden. Ergänzende Auslegungsmittel oder sonstige Auslegungsansätze gelangen dagegen selten zur Anwendung. Von dem in Art. 31 WVRK enthaltenen klassischen Auslegungskanon ist in der Rechtsprechung der Investitionsschiedsgerichte neben der Wortlautauslegung besonders die teleologische Auslegung verbreitet.

Eine einseitig investorenfreundliche Auslegung lässt sich mit der teleologischen Auslegungsvariante indes nicht rechtfertigen. Am ehesten entspricht dem Sinn und Zweck der Abkommen ein ausgewogener Ansatz, der die Interessen von Investoren und Gaststaaten gleichermaßen berücksichtigt und diese in einen angemessenen Ausgleich bringt.

2. Das Gebot des fair and equitable treatment ist ein autonomes völkervertragliches Konzept. Ohne ausdrückliche Hinweise im Wortlaut der jeweiligen Vertragsbestimmung wird man daher nicht annehmen können, dass das völkervertragliche Gebot des fair and equitable treatment inhaltlich mit dem fremdenrechtlichen Mindeststandard gleichzusetzen ist.

Soweit vorgebracht wird, das Gebot des fair and equitable treatment sei mittlerweile selbst Teil des Völkergewohnheitsrechts geworden, fehlt es bereits an Hinweisen darauf, dass Staaten außerhalb vertraglicher Verpflichtungen den fair and equitable treatment-Behandlungsstandard gewährleisten. Zudem lassen Staaten keinen eindeutigen Willen erkennen, die Verpflichtung zu fair and equitable treatment in das Völkergewohnheitsrecht aufzunehmen, und es ist auch nicht ohne weiteres anzunehmen, dass die Staaten bereits von dessen gewohnheitsmäßiger Geltung ausgehen. Verweise auf das Völkergewohnheitsrecht tragen daher in der Regel nicht zur Klärung des Bedeutungsinhalts des Gebots des fair and equitable bei.

Das Gebot des fair and equitable treatment erfordert eine Rechtsentscheidung und ermächtigt nicht zu einer außerrechtlichen Billigkeitsentscheidung. Das Gebot des fair and equitable treatment bewirkt somit keine Befreiung des Schiedsgerichts von der Bindung an das Recht und sollte daher nicht mit einer Entscheidungsfindung *ex aequo et bono* verwechselt werden.

3. Generalklauseln wie das Gebot des fair and equitable treatment stellen keine Rechtsnormen dar, unter deren Tatbestand ein konkreter Lebenssachverhalt problemlos subsumiert werden könnte. Da somit das deduktive Vorgehen im Wege der klassischen Subsumtionsmethode bei Generalklauseln an seine Grenzen stößt, wählt die investitionsrechtliche Praxis hierzu den Weg über die Bildung von Fallgruppen, um über entschiedene Einzelfälle zu möglichst konkreten, anwendungsfähigen „Rechtsregeln" zu gelangen. Dabei wird die zur Generalklausel ergangene Rechtsprechung systematisch aufbereitet und zu Fallgruppen geordnet.

Die Fallgruppenmethode geht dabei induktiv von den entschiedenen Sachverhalten aus und abstrahiert die kennzeichnenden Merkmale; mehrere vergleichbare Entscheidungen werden wiederum zu Fallgruppen zusammengefasst. So entsteht „unterhalb" der Generalklausel ein „Geflecht von Entscheidungsmustern", in das neu zu beurteilende Fälle eingeordneten werden können, wodurch die Generalklausel zunehmend an inhaltlicher Präzisierung gewinnt. Mit der Zeit können die Fallgruppen neben der Vereinfachung des Fallvergleichs die Funktion von (Ersatz-)Tatbestandsmerkmalen übernehmen.

Durch Analyse der Rechtsprechung lässt sich eine weitere Präzisierung des Bedeutungsinhalts mancher Fallgruppen erreichen.

Dennoch bleibt auch nach Analyse und Systematisierung der Rechtsprechung der Investitionsschiedsgerichte festzustellen, dass es zur Bedeutungsklärung des Gebots des fair and equitable treatment – sofern diese überhaupt möglich ist – noch ein weiter Weg ist. Dabei ist zu beachten, dass die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit zwar eine expandierende, aber dennoch vergleichsweise junge Rechtsmaterie ist. Doch auch eine vergleichsweise ausdifferenzierte Rechtsprechung wird stets mit neuen, atypischen Fallgestaltungen konfrontiert sein. Hier hilft das induktive Vorgehen im Wege des Fallvergleichs und der Fallgruppenbildung nicht weiter. Ebenfalls nicht beheben, sondern lediglich feststellen, kann der Fallvergleich manche Inkonsistenzen in Rechtsprechung, welche eine an früheren Entscheidungen orientierte Konkretisierung erschweren. Insgesamt haben Fallvergleich und Fallgruppen erheblich für Orientierung und Rechtssicherheit beigetragen. Dennoch kann eine Konkretisierung nicht allein auf diesem Wege gelingen. So ist das induktive Vorgehen im Wege des Fallvergleichs nur eines von mehreren möglichen Konkretisierungsmodellen.

4. Durch die zum Teil inkonsistente und inkohärente Rechtsprechung der Schiedsgerichte wird die an früheren Entscheidungen orientierte Konkretisierung des Gebots des fair and equitable treatment, etwa durch die Herausarbeitung einer kohärenten Fallgruppenstruktur mit möglichst einheitlichen Anwendungsvoraussetzungen, erschwert.

Ein Hauptgrund für die Inkohärenz und Inkonsistenz der Entscheidungen der Investitionsschiedsgerichte besteht in dem überwiegend einer bilateralen Logik folgenden institutionellen Design der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, welche aus einer Vielzahl unabhängiger, hierarchisch gleichgeordneter und für jeden Fall (auch personell) neu konstituierter Schiedsgerichte besteht, die ihre Zuständigkeit aus dem jeweils einschlägigen, in der Regel bilateralen Investitionsschutzabkommen herleiten. Zudem existieren in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit keine institutionellen Vorkehrungen, welche die Sicherung einer widerspruchsfreien und kohärenten Entscheidungspraxis zum Ziel hätten.

Die Möglichkeiten, durch institutionelle Änderungen am System der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit einen wesentlichen Beitrag zur Konsistenz und Kohärenz der Investitionsrechtsprechung leisten zu können, sollten indes nicht überschätzt werden.

Soll die vorgeschlagene Berufungsinstanz zu einer möglichst widerspruchsfreien und kohärenten Investitionsrechtsprechung beitragen, so müsste diese einen möglichst weiten Geltungsbereich haben. Nur eine Berufungsinstanz, welche über alle oder zumindest die weit überwiegende Mehrzahl von Investitionsschiedssprüchen entscheidet, kann den gewünschten Beitrag zur Angleichung des Fallrechts leisten. Dies setzt ein umfassendes Berufungssystem voraus, dem möglichst viele Schiedsgerichte und deren Schiedssprüche unterfallen. Desweiteren sollte es sich um einen nach fachlichen Gesichtspunkten mit demselben Personal kontinuierlich besetzten Spruchkörper handeln.
Ein derart umfassendes Berufungssystem wird jedoch allgemein als politisch nicht durchsetzbar angesehen. Abweichende bzw. abgemilderte Vorschläge, wie etwa zur Schaffung einer „appeals facility“ oder zur verstärkten Einführung abkommensspezifischer Berufungsinstanzen, wären zwar leichter umzusetzen, würden die Problematik der Inkonsistenz jedoch eher verstärken als diese zu beheben. Sie erscheinen daher nicht geeignet, Konsistenz und Kohärenz der Rechtsprechung der Investitionsschiedsgerichte zu fördern und damit zumindest indirekt zu einer Konkretisierung des Gebots des fair and equitable treatment beizutragen.

Grundsätzlich ist ein (umfassendes) Vorabentscheidungsverfahren ein geeignetes Mittel, eine konsistente und kohärente Rechtsprechungspraxis zu fördern. Im Gegensatz zur Schaffung einer neuen Berufungsinstanz stünde die Einführung eines ICSID-Vorabentscheidungsverfahrens nicht in offenem Widerspruch zu Art. 53 ICSID-Konvention. Zudem hätte eine ex ante-Kontrolle im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens gegenüber der üblichen ex post-Kontrolle von Schiedssprüchen den Vorteil der Zeit- und Kostenersparnis.

Allerdings sollten bei einer möglichen Umsetzung Erfahrungen des europäischen Rechts berücksichtigt werden. So wäre bei einer direkten Übernahme des europäischen Modells Skepsis angebracht, was die Möglichkeiten betrifft, durch ein Vorabentscheidungsverfahren maßgeblich zur Konkretisierung investitionsrechtlicher Generalklauseln wie dem Gebot des fair and equitable treatment beizutragen. Die Konkretisierung von Generalklauseln benötigt den Bezug zum konkreten Sachverhalt, der jedoch bei einem Vorabentscheidungsverfahren nach europäischem Vorbild, welches sich auf Auslegungsfragen konzentriert, dem Grunde nach ausgeblendet bleibt.

Ein System bindender Präjudizien kann grundsätzlich zu einer konsistenten Rechtsprechung beitragen. Für die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit hingegen erscheint die Annahme eines Systems bindender Präjudizien als kein probates Mittel, um zu einem widerspruchsfreien und kohärenten Fallrecht zu gelangen. Angesichts der bereits existierenden, in Teilbereichen noch widersprüchlichen Rechtsprechung, sowie in Anbetracht des Fehlens einer umfassenden hierarchischen Überprüfungsstruktur für Schiedssprüche, würde die Einführung eines Systems bindender Präjudizien lediglich die bestehende Vielstimmigkeit verfestigen, ohne das Problem einer zum Teil widersprüchlichen Rechtsprechung zu beheben.

Dabei sollte jedoch nicht übersehen werden, dass auch ein System bindender Präjudizien keine vollständige Einheitlichkeit garantieren könnte. So bietet die Methode des *distinguishing* auch innerhalb eines Systems bindender Präjudzien die Möglichkeit, unter Verweis auf die Besonderheiten des Sachverhalts die Anwendung von Präjudizien zu vermeiden, wodurch stets ein gewisser Wertungsspielraum für den Rechtsanwender bleibt. Zudem ist zu bedenken, dass Präjudizienbindung egal welcher Art nur dort Wirkung entfalten kann, wo bereits vergleichbare Fälle entschieden wurden. In

schwierigen Fällen, in denen der Richter kein einschlägiges Fallmaterial vorfindet, läuft die Präjudizienbindung – selbst bei ansonsten weitestgehend homogenem Fallrecht – ins Leere.

Zu berücksichtigen ist, dass auch unterhalb der Schwelle rechtlicher Verbindlichkeit Formen der Präjudizienbindung existieren, welche zur Konsistenz und Kohärenz der Rechtsprechung in nicht unerheblichem Maße beitragen. So existiert bereits in der bisherigen Schiedspraxis eine *de facto*-Beachtung von Präjudizien, welche dazu beigetragen hat, Widersprüche in der Rechtsprechung der Investitionsschiedsgerichte zu vermeiden oder immerhin zu reduzieren.

5. Das Problem der Konkretisierung des Gebots des fair and equitable treatment stellt sich auch aus methodischer Sicht.

Generalklauseln wie das Gebot des fair and equitable treatment stellen keine Rechtsnormen dar, unter deren Tatbestand ein konkreter Lebenssachverhalt problemlos subsumiert werden könnte. Aufgrund der besonderen sprachlichen Unbestimmtheit des Gebots des fair and equitable treatment stellt die Konkretisierung von Generalklauseln eine besondere methodische Herausforderung dar. Will man dabei die Entscheidung im Einzelfall nicht alleine dem subjektiven Rechtsgefühl des Schiedsrichters überlassen, so bedarf es Maßstäbe und Methoden, welche den Konkretisierungsvorgang im Einzelfall rationalisieren und diesen transparent, nachvollziehbar und kontrollierbar machen.

Die investitionsrechtliche Praxis wählt den Weg über die Bildung von Fallgruppen. Diese haben der Rechtspraxis eine gewisse Orientierung beim Umgang mit der Generalklausel des Gebots des fair and equitable verschafft. Dies ist im Hinblick auf die Rechtssicherheit durchaus zu würdigen. Allerdings hat diese Methode auch gewisse Schwachpunkte, etwa bei der rechtlichen Erfassung neuer Fallgestaltungen. Zudem stellt sich bei der Übernahme früherer Entscheidungen das Problem der Legitimität und der Richtigkeit (im Sinne rationaler Begründbarkeit) früherer Entscheidungen. Schließlich wirft die quasitatbestandliche Verwendung von Fallgruppen die Frage auf, ob es nicht in die Kompetenz der Vertragsstaaten fällt, eine derartige tatbestandliche Konkretisierung der Norm vorzunehmen.

Konkretisierungsansätze welche in der Verwendung von Generalklauseln wie dem Gebot des fair and equitable treatment eine Ermächtigung des (Schieds-)Gerichts zur Rechtssetzung sehen, sind abzulehnen. Streitentscheidung internationaler (Investitions-)Schiedsgerichte ist und bleibt originäre Rechtsprechungsaufgabe und somit akzessorische Rechtserkenntnis, nicht jedoch Gesetzgebung bzw. Rechtserzeugung. Das Schiedsgericht hat den Auftrag, die Vertragsnorm im Einzelfall zu konkretisieren. Weitergehende Befugnisse, etwa zur Rechtssetzung, verleiht die Generalklausel des fair and equitable treatment dem Schiedsgericht hingegen nicht.

Demgegenüber vorzugswürdig erscheint ein prinzipienorientiertes Konkretisierungsmodell. Das Spannungsverhältnis zwischen den beiden widerstrebenden Prinzipien der staatlichen Handlungsfreiheit und des Investorenschutzes ist im konkreten Einzelfall im Wege der Abwägung zu einem angemessenen Ausgleich zu bringen. Das Anwendungsmodell der Konkretisierung des Gebots des fair and equitable treatment ist daher in erster Linie das Abwägungsmodell. Die Prinzipien des Investitionsrechts als Optimierungsgebote fordern jeweils eine Verwirklichung in möglichst hohem Maße. Sowohl die Regulierungsfreiheit als auch der Investorenschutz beschreiben keine feststehenden Zustände, die entweder erreicht oder nicht erreicht werden können, sondern graduell verwirklicht werden können. Beide Grundpositionen können miteinander kollidieren und sich gegenseitig beschränken. Die Aufgabe des Schiedsgerichts ist es, das relative Rangverhältnis zwischen den Grundpositionen des Investorenschutzes und der Regulierungsfreiheit im Wege der Abwägung für jeden Einzelfall neu zu bestimmen und

zu begründen. Die Abwägungsentscheidung besteht somit zu einem erheblichen Teil darin, einzelfallbezogene Vorrangrelationen zu bilden und diese offenzulegen und zu begründen. Das Abwägungsgesetz trägt dabei zur Strukturierung des Abwägungsvorgangs und somit zur Rationalisierung des Entscheidungsfindungsprozesses insgesamt bei. Auch wenn stets ein nicht weiter rationalisierbarer Entscheidungsspielraum bestehen bleibt, so wird dieser doch auf ein Minimum reduziert.

In inhaltlicher Hinsicht greift das Verfahren der Konkretisierung vornehmlich auf bestimmte Argumentformen (in erster Linie teleologischer, zudem systematischer, eingeschränkt auch grammatischer Art) zurück, welche auch für die Auslegung im Rahmen von Art. 31 WVRK von zentraler Bedeutung sind. Dagegen erscheint die Annahme einer verfassungsrechtlichen Werteordnung, sei es für das Völkerrecht insgesamt oder speziell für den Bereich des internationalen Investitionsrechts, welche als übergreifender Wertungsmaßstab im Rahmen der Konkretisierung grundsätzlich in Betracht käme, im momentanen Entwicklungsstand als verfrüht.