

**Tilman Michael Dralle**

Der Fair and Equitable  
Treatment-Standard im  
Investitionsschutzrecht am  
Beispiel des Schiedsspruchs  
Glamis Gold v. United States

**Heft 115**

**Dezember 2011**

Der Fair and Equitable Treatment-Standard im  
Investitionsschutzrecht am Beispiel des  
Schiedsspruchs *Glamis Gold v. United States*

Von

Tilman Michael Dralle

Institut für Wirtschaftsrecht  
Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht  
Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät  
der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

*Tilman Michael Dralle, B.A. ist Absolvent des Studienganges „Internationale Beziehungen“ am Zentrum für Internationale Studien der TU Dresden und studiert Public International Law (LL.M.) an der Universität von Nottingham.*

Christian Tietje/Gerhard Kraft/Matthias Lehmann (Hrsg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 115

#### Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet unter <http://www.dnb.ddb.de> abrufbar.

ISSN 1612-1368 (print)

ISSN 1868-1778 (elektr.)

ISBN 978-3-86829-433-0

Schutzgebühr Euro 5

Die Hefte der Schriftenreihe „Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht“ finden sich zum Download auf der Website des Instituts bzw. der Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht unter den Adressen:

<http://institut.wirtschaftsrecht.uni-halle.de/de/node/23>

<http://telc.jura.uni-halle.de/de/node/23>

Institut für Wirtschaftsrecht  
Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht  
Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät  
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg  
Universitätsplatz 5  
D-06099 Halle (Saale)  
Tel.: 0345-55-23149 / -55-23180  
Fax: 0345-55-27201  
E-Mail: [ecohal@jura.uni-halle.de](mailto:ecohal@jura.uni-halle.de)

## INHALTSVERZEICHNIS

A. Einleitung zum Schiedsspruch <i>Glamis Gold</i> .....	5
B. Gerechte und billige Behandlung: einige einleitende Bemerkungen.....	6
C. Völkergewohnheitsrechtlicher oder autonomer FET-Standard .....	8
I. Völkergewohnheitsrechtlicher Mindeststandard.....	8
II. Autonomer FET-Standard .....	9
III. Der <i>Neer</i> -Standard von 1926 .....	9
IV. Fortentwicklung des fremdenrechtlichen Mindeststandards .....	12
V. Konvergenz von Völkervertragsrecht und Völkergewohnheitsrecht .....	14
VI. <i>Glamis Gold v. United States</i> .....	15
D. Materielle Schutzverbürgungen durch den FET-Standard .....	18
I. Transparenz, Stabilität und Berechenbarkeit der rechtlichen Rahmenbedingungen sowie Schutz berechtigter Erwartungen.....	18
1. <i>Glamis Gold v. United States</i> .....	21
2. Vertrauensschutz im Völkerrecht .....	21
II. Schutz vor Verstößen gegen den Investor-Staats-Vertrag .....	22
III. Schutz vor willkürlichen Maßnahmen.....	24
IV. Verfahrensrechte.....	26
V. Prinzip von Treu und Glauben .....	26
E. FET und die nationale Regulierungssouveränität .....	27
F. Resümee.....	30
Schrifttum .....	32



## A. Einleitung zum Schiedsspruch *Glamis Gold*

*Glamis Gold, Ltd.*, ein kanadisches Bergbauunternehmen, leitete am 09. Dezember 2003 ein Schiedsverfahren gegen die Vereinigten Staaten von Amerika gemäß den Art. 1117 und 1120 des Nordamerikanischen Freihandelsabkommens („NAFTA“)<sup>1</sup> sowie gemäß Art. 3 der Schiedsgerichtsordnung der Kommission der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht („UNCITRAL“) von 1976<sup>2</sup> ein.<sup>3</sup> Dabei machte das Unternehmen einen Verstoß der Vereinigten Staaten gegen Art. 1105 (Mindeststandard der Behandlung) und Art. 1110 NAFTA (Enteignung und Entschädigung) geltend.

Das streitgegenständliche Investitionsprojekt ist das sogenannte „Imperial Project“, das im südöstlichen Kalifornien in der Nähe der Grenze zum US-Bundesstaat Arizona sowie zu Mexiko gelegen ist: Im Tagebau wollte *Glamis Gold* im Zeitraum von 1998 bis 2017 dort Gold und Silber schürfen.<sup>4</sup> *Glamis Gold* plante, zwei der drei Tagebau-Schächte vollständig zu verfüllen. Der dritte Schacht sollte aus Kostengründen und für künftige Bergbauaktivitäten offen gelassen werden.<sup>5</sup> Das Bergbauprojekt war in der kalifornischen Wüste situiert, deren Nutzung durch Bundesgesetzgebung bestimmten Beschränkungen unterworfen worden war, um die dortige Natur und Landschaft zu schützen.<sup>6</sup> So befanden sich darüber hinaus, in relativer Nähe zu dem „Imperial Project“, wichtige kulturelle und religiöse Stätten des dort ansässigen indigenen Volkes der Quechan, vor allem der sogenannte „Trail of Dreams“.<sup>7</sup> Die amerikanische Bundesbehörde für Raumnutzung („BLM“)<sup>8</sup> war jedoch zur Genehmigung eines Antrags auf Landnutzung verpflichtet, wenn das Unternehmen bestimmten Auflagen entsprach. Die sogenannten „3809-Bestimmungen“ sahen die Pflicht vor, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, „to prevent unnecessary or undue degradation of the federal lands“<sup>9</sup>. Aufgrund von Bedenken, dass das Bergbauvorhaben die religiösen Stätten der indigenen Bevölkerung signifikant schädigen könnte, holte die Bundesbehörde ein rechtliches Gutachten von der Rechtsabteilung des Innenministeriums ein. Dieses Rechtsgutachten – die sogenannte „M-Opinion“ – kam entgegen der bis dahin herrschenden Rechtsauffassung zu dem Ergebnis, dass das BLM die Genehmigung

<sup>1</sup> Nordamerikanisches Freihandelsabkommen, Vereinigte Staaten von Amerika-Kanada-Vereinigte Mexikanische Staaten, ILM 32 (1993), 289-456, 605-799.

<sup>2</sup> Erhältlich im Internet unter <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf>> (besucht am 2. November 2011).

<sup>3</sup> *Glamis Gold, Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL/NAFTA, Final Award vom 8. Juni 2009, para. 186.

<sup>4</sup> *Ibid.*, para. 31, 33.

<sup>5</sup> *Ibid.*, para. 34.

<sup>6</sup> Im Jahr 1976 hatte der amerikanische Kongress den „Federal Land Policy and Management Act“ (43 U.S.C. §§ 1701 *et seq.*) erlassen. Dieses Bundesgesetz sah die Einrichtung einer „California Desert Conservation Area“ vor.

<sup>7</sup> *Glamis Gold, Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL/NAFTA, Final Award vom 8. Juni 2009, para. 103-108.

<sup>8</sup> Bureau of Land Management (BLM).

<sup>9</sup> 43 C.F.R. §3809 sowie 43 U.S.C. §1732(b).

eines Bergbau-Vorhabens an strengere Bedingungen knüpfen könnte als bisher.<sup>10</sup> Darüber hinaus besitze das BLM auch die Kompetenz, ein Vorhaben gänzlich abzulehnen, wenn die Natur in einem unangemessenen Ausmaß geschädigt würde.<sup>11</sup> Auf der Grundlage der „M-Opinion“ wurde der Genehmigungsantrag von *Glamis Gold* im Januar 2001 schließlich abgelehnt.<sup>12</sup> Parallel dazu erließ der US-Bundesstaat Kalifornien im April 2003 ein Gesetz, das eine obligatorische Verfüllung aller Tagebaue und eine Pflicht zur Wiederherstellung der ursprünglichen Landschaftskonturen vorsah.<sup>13</sup> *Glamis Gold* sah in diesen Maßnahmen des kalifornischen Gesetzgebers sowie der bundesstaatlichen Behörden einen Verstoß gegen das Gebot der „gerechten und billigen Behandlung“ (Fair and Equitable Treatment, FET) gemäß Art. 1105 Abs. 1 NAFTA. Das Schiedsgericht hingegen stellte im Ergebnis keinen Verstoß gegen den FET-Grundsatz fest.<sup>14</sup> Auch das Vorliegen einer indirekten Enteignung wurde verneint.<sup>15</sup>

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit dem Gebot der „gerechten und billigen Behandlung“, stellt die Probleme bei der Handhabung dieses rechtlichen Standards dar und ordnet den Schiedsspruch *Glamis Gold v. United States* in die bisherige schiedsgerichtliche Praxis ein.

## B. Gerechte und billige Behandlung: einige einleitende Bemerkungen

Das Gebot der „gerechten und billigen Behandlung“ ist heutzutage der am häufigsten geltend gemachte Schutzstandard in investitionsrechtlichen Schiedsgerichtsverfahren<sup>16</sup> und kann als einer der bedeutendsten Standards im Investitionsschutzrecht charakterisiert werden.<sup>17</sup> Das Schutzniveau des FET-Standards wird – im Gegensatz zu den Prinzipien der Meistbegünstigung und der Inländerbehandlung – nicht in Relation zur Behandlung anderer Investoren bestimmt. Der Grundsatz der „gerechten und billigen Behandlung“ ist somit kein relatives Gleichbehandlungsgebot, sondern soll ausländischen Investoren einen gewissen absoluten Schutz gewähren.<sup>18</sup>

Auch wenn das letzte Jahrzehnt schiedsgerichtlicher Praxis zur Konkretisierung der FET-Klauseln beigetragen hat, bleiben ihre genauen Konturen noch diffus. Sie bedürfen daher weiterer Ausgestaltung durch die Schiedsgerichte, um die Berechenbarkeit, Vorhersagbarkeit und Rechtssicherheit – sowohl für den Investor als auch für

<sup>10</sup> United States Department of the Interior, Office of the Solicitor, Gutachten M-36999 vom 27. Dezember 1999, erhältlich im Internet: <<http://www.doi.gov/solicitor/opinions/M-36999.pdf>> (besucht am 2. November 2011), 10-13.

<sup>11</sup> *Ibid.*, 17 f.

<sup>12</sup> *Glamis Gold, Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL/NAFTA, Final Award vom 8. Juni 2009, para. 148-155.

<sup>13</sup> *Ibid.*, para. 166-184.

<sup>14</sup> *Ibid.*, para. 830.

<sup>15</sup> *Ibid.*, para. 534-536.

<sup>16</sup> *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law, 119.

<sup>17</sup> *Schöbener/Herbst/Perkams*, Internationales Wirtschaftsrecht, 271, Rn. 198.

<sup>18</sup> *McLachlan/Shore/Weiniger*, International Investment Arbitration, 11, Rn. 1.25; *Tams*, in: Ehlers/Wolffgang/Schröder (Hrsg.), Rechtsfragen Internationaler Investitionen, 81 (83 f.).

den Gaststaat – zu erhöhen. Ungeachtet seiner dogmatischen Unschärfe, ist das FET-Gebot ein *rechtliches* Konzept. Es ermöglicht keine Entscheidung *ex aequo et bono*.<sup>19</sup> Der „Fair and Equitable Treatment“-Grundsatz wird in der Fachliteratur häufig als Verkörperung des Rechtsstaatsprinzips beschrieben.<sup>20</sup>

FET-Klauseln finden ihre erste Erwähnung in der (nie in Kraft getretenen) Havana-Charta zur Errichtung einer Internationalen Handelsorganisation (ITO) sowie in den Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsverträgen der Vereinigten Staaten.<sup>21</sup> Danach wurde das Gebot der „gerechten und billigen Behandlung“ auch in den Konventionsentwurf der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) von 1967 über den Schutz ausländischen Vermögens<sup>22</sup> aufgenommen und auch der OECD-Entwurf für ein Multilaterales Investitionsabkommen<sup>23</sup> enthält den Schutzstandard.<sup>24</sup> Auch das Übereinkommen zur Errichtung der Multilateralen Investitions-Garantie-Agentur (MIGA)<sup>25</sup> beinhaltet einen Verweis auf das FET-Gebot: Vor Übernahme einer Garantie für eine Investition muss sich die MIGA davon überzeugen haben, dass die Investition im Gaststaat „gerechte und billige Behandlung“ genießt.<sup>26</sup> Auch das NAFTA-Übereinkommen in Art. 1105 Abs. 1 sowie der Vertrag über die Energiecharta<sup>27</sup> in Art. 10 Abs. 1 Satz 2 gewährleisten eine „gerechte und billige Behandlung“. Außerdem können FET-Klauseln in der überwältigenden Mehrheit der heutzutage in Kraft befindlichen Investitionsförderungsabkommen (*bilateral investment treaty*, BIT) gefunden werden.<sup>28</sup> Ende des Jahres 2010 existierten weltweit gut 2800 bilaterale Investitionsförderungsverträge.<sup>29</sup>

<sup>19</sup> *Schöbener/Herbst/Perkams*, Internationales Wirtschaftsrecht, 272, Rn. 202; *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award vom 17. März 2006, para. 284; *Schill*, in: Hofmann/Tams (Hrsg.), The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID), 31 (33); *Yannaca-Small*, OECD Working Papers on International Investment, 40; *Newcombe/Paradell*, Law and Practice of Investment Treaties, 275.

<sup>20</sup> *Schill*, in: Hofmann/Tams (Hrsg.), The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID), 31 (34 f.); *Vandeveld*, N.Y.U. J. Int’l L. & Pol. 43 (2010), 43 (49 ff.).

<sup>21</sup> *Tams*, in: Ehlers/Wolffgang/Schröder (Hrsg.), Rechtsfragen Internationaler Investitionen, 81 (85); *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law, 119 f.; *Yannaca-Small*, OECD Working Papers on International Investment, 3 f.

<sup>22</sup> OECD-Konventionsentwurf von 1967 über den Schutz ausländischen Vermögens, ILM 7 (1968), 117-143.

<sup>23</sup> Die Entwurfsfassungen des Multilateralen Investitionsabkommens sind online abrufbar auf der OECD-Website unter <<http://www.oecd.org/daf/mai/>> (besucht am 2. November 2011).

<sup>24</sup> *Schreuer*, JWIT 6 (2005), 357 (358).

<sup>25</sup> Übereinkommen zur Errichtung der Multilateralen Investitions-Garantie-Agentur (MIGA-Übereinkommen) vom 11. Oktober 1985, BGBl. 1987 II, 454.

<sup>26</sup> Art. 12 d) iv) des Übereinkommens zur Errichtung der Multilateralen Investitions-Garantie-Agentur.

<sup>27</sup> Vertragwerk über die Energiecharta vom 17. Dezember 1994, BGBl. 1997 II, 4.

<sup>28</sup> UNCTAD, Fair and Equitable Treatment, Series on Issues in International Investment Agreements, UNCTAD/ITE/IIT/11(Vol.III), erhältlich im Internet: <<http://www.unctad.org/en/docs/psiteiid11v3.en.pdf>> (besucht am 2. November 2011), 22; *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Final Award vom 11. Oktober 2002, para. 117; *Schreuer*, JWIT 6 (2005), 357 (359).

<sup>29</sup> UNCTAD, World Investment Report 2011, UNCTAD/WIR/2011, erhältlich im Internet: <<http://www.unctad-docs.org/files/UNCTAD-WIR2011-Full-en.pdf>> (besucht am 2. November 2011), 100.

## C. Völkergewohnheitsrechtlicher oder autonomer FET-Standard

Problematisch für die rechtliche Handhabung des FET-Grundsatzes ist die Frage, ob das Prinzip der „gerechten und billigen Behandlung“ *grundsätzlich* als eine synonyme Formel für den völkergewohnheitsrechtlichen, fremdenrechtlichen Mindeststandard betrachtet werden sollte oder vielmehr ein eigenes, über den Mindeststandard hinausgehendes rechtliches Konzept darstellt.<sup>30</sup> Der „Fair and Equitable Treatment“-Standard ist in den verschiedenen regionalen und bilateralen Abkommen nämlich auf unterschiedliche Art und Weise textuell eingebettet. Im Folgenden werden kurz die beiden maßgeblichen Varianten des FET-Standards dargestellt.

### I. Völkergewohnheitsrechtlicher Mindeststandard

Der US-amerikanische Mustervertrag von 2004<sup>31</sup> stellt in Art. 5 das Gebot auf, ausländische Kapitalanlagen gerecht und billig zu behandeln. Das Prinzip der „gerechten und billigen Behandlung“ ist jedoch an den internationalen Mindeststandard des Völkergewohnheitsrechts gekoppelt:

“Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.”<sup>32</sup>

Auch das Nordamerikanische Freihandelsabkommen garantiert „gerechte und billige Behandlung“ nur in den Grenzen des Gewohnheitsrechts: Am 31. Juli 2001 veröffentlichte die NAFTA-Freihandelskommission<sup>33</sup> (Free Trade Commission, „FTC“) eine interpretative Erklärung hinsichtlich Art. 1105 Abs. 1 NAFTA, die gemäß Art. 1131 Abs. 2 für alle NAFTA-Schiedsgerichte bindend ist.<sup>34</sup> Danach ist Art. 1105 Abs. 1 mit dem völkergewohnheitsrechtlichen Mindeststandard äquivalent. Darüber hinaus bietet der Standard der „gerechten und billigen Behandlung“ keinen über den gewohnheitsrechtlichen Mindeststandard hinausgehenden Schutz. Die Rechtmäßigkeit dieser interpretativen Erklärung der Freihandelskommission wurde von Schiedsgerichten vereinzelt mit dem Hinweis in Frage gestellt, dass es sich dabei eher um eine substantielle Änderung (*amendment*) des Artikels handle und nicht um eine interpretative Vorgabe.<sup>35</sup> Nachfolgende NAFTA-Schiedsgerichte haben diese restriktive Interpretation von Art. 1105 Abs. 1 jedoch akzeptiert.<sup>36</sup>

<sup>30</sup> Siehe hierzu zum Beispiel *Schreuer*, JWIT 6 (2005), 357 (359-364).

<sup>31</sup> US-amerikanischer Mustervertrag von 2004, erhältlich im Internet: <<http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>> (besucht am 2. November 2011).

<sup>32</sup> Art. 5 Abs. 1 des amerikanischen Mustervertrages von 2004 (*supra* Fn. 31); Formatierung hinzugefügt.

<sup>33</sup> Siehe Art. 2001 NAFTA.

<sup>34</sup> Abgedruckt in *Lowenfeld*, *International Economic Law*, 557 f.

<sup>35</sup> *Kläger*, ‚Fair and Equitable Treatment‘ in *International Investment Law*, 72-74; Siehe ebenfalls *Merrill & Ring Forestry L.P. v. The Government of Canada*, UNCITRAL/NAFTA, Final Award vom 31. März 2010, para. 161, 192.

## II. Autonomer FET-Standard

Andere Investitionsförderungsverträge verorten die FET-Klausel nicht im Völkergewohnheitsrecht. Art. 2 Abs. 2 des deutschen Mustervertrages von 2009<sup>37</sup> kann hier beispielhaft aufgeführt werden:

„Jeder Vertragsstaat behandelt in seinem Hoheitsgebiet Kapitalanlagen von Investoren des anderen Vertragsstaats in jedem Fall gerecht und billig (...).“

In solchen BITs, in denen *ohne* Bezugnahme auf das Völkergewohnheitsrecht auf das Gebot der „gerechten und billigen Behandlung“ abgestellt wird, wird unzweifelhaft ein „vom Gewohnheitsrecht unabhängige[r] Prüfungsmaßstab“<sup>38</sup> aufgestellt. Schiedsgerichte außerhalb des NAFTA-Kontextes haben in zahlreichen Entscheidungen anerkannt, dass die „Fair and Equitable Treatment“-Klausel kein schlichter Verweis auf den völkergewohnheitsrechtlichen Mindeststandard ist.<sup>39</sup> Die freistehenden FET-Klauseln werden von den Schiedsgerichten wie eine völkervertragsrechtliche Norm behandelt und gemäß Art. 31 Abs. 1 der Wiener Vertragsrechtskonvention<sup>40</sup> interpretiert.<sup>41</sup> Regelmäßig versuchen die Schiedsgerichte den eigentlichen Wortlaut der FET-Klausel näher zu konkretisieren und stellen bei der Auslegung des Vertrages „im Lichte seines Zieles und Zweckes“<sup>42</sup> auf die Präambel des BIT ab.<sup>43</sup>

## III. Der *Neer*-Standard von 1926

Da der *Glamis Gold*-Fall im NAFTA-Kontext situiert ist und daher der normative Gehalt des FET-Standards durch Rückgriff auf den internationalen Mindeststandard bestimmt wird, soll dieser nun eingehender analysiert werden.

<sup>36</sup> Schreuer, JWIT 6 (2005), 357 (363); *ADF Group Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Final Award vom 9. Januar 2003, para. 175-178; *Schöbener/Herbst/Perkams*, Internationales Wirtschaftsrecht, 272, Rn. 203.

<sup>37</sup> Deutscher Mustervertrag von 2009, erhältlich im Internet: <[http://www.iilcc.uni-koeln.de/fileadmin/institute/iilcc/Dokumente/matrechtinvest/VIS\\_Mustervertrag.pdf](http://www.iilcc.uni-koeln.de/fileadmin/institute/iilcc/Dokumente/matrechtinvest/VIS_Mustervertrag.pdf)> (besucht am 2. November 2011).

<sup>38</sup> *Schöbener/Herbst/Perkams*, Internationales Wirtschaftsrecht, 274, Rn. 210.

<sup>39</sup> *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability vom 14. Januar 2010, para. 243-254.

<sup>40</sup> Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (WVK), BGBl. 1985 II, 927.

<sup>41</sup> So zum Beispiel die Vorgehensweise des Schiedsgerichtes im Fall *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Final Award vom 25. Mai 2004, para. 112 f.; *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award vom 17. März 2006, para. 296 ff.; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Final Award vom 29. Mai 2003, para. 155 f.; *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Final Award vom 14. Juli 2006, para. 359 ff.

<sup>42</sup> Art. 31 Abs. 1 WVK.

<sup>43</sup> *Kläger*, ‚Fair and Equitable Treatment‘ in International Investment Law, 40-45; *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability vom 14. Januar 2010, para. 256-264; *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Final Award vom 25. Mai 2004, para. 112 f.

Völkergewohnheitsrechtlich sind Staaten verpflichtet, Fremden auf ihrem Territorium einen bestimmten Mindeststandard der Behandlung zu gewähren.<sup>44</sup> Zwar wurde dieser fremdenrechtliche Mindeststandard in weiten Teilen durch menschenrechtliche Gewährleistungen überlagert, im Bereich des Eigentumsschutzes spielt der internationale Mindeststandard aber weiterhin eine wichtige Rolle.<sup>45</sup>

Die drei NAFTA-Vertragsparteien – die Vereinigten Staaten, Mexiko und Kanada – stimmen darin überein, dass der *Neer*-Standard aus dem Jahr 1926 als Ausgangspunkt für die Bestimmung des internationalen Mindeststandards dienen sollte.<sup>46</sup> Auch das Schiedsgericht in *Glamis Gold v. United States* kommt in seinen Ausführungen zum Gebot der „gerechten und billigen Behandlung“ zu dem Schluss, dass der in *Neer v. Mexico* aufgestellte Prüfungsmaßstab Anwendung findet.<sup>47</sup> Die zentrale Stellung des *Neer*-Standards im Schiedsspruch *Glamis Gold v. United States* gebietet daher eine tiefergehende Auseinandersetzung.

Der *Neer*-Standard wurde von der US-Mexico General Claims Commission im Jahr 1926 aufgestellt. Folgender Sachverhalt liegt der Entscheidung zugrunde: Der amerikanische Staatsbürger *Paul Neer* wurde 1924 in Mexiko getötet. Die Vereinigten Staaten verlangten im Namen der Familie des Getöteten Schadensersatz, da – so der Vorwurf – die mexikanische Regierung in nicht vertretbarer Weise die gebührende Sorgfalt bei der anschließenden strafrechtlichen Verfolgung der Tatverdächtigen habe vermissen lassen.<sup>48</sup> Um zu beurteilen, ob die Schwelle zum Völkerrechtsverstoß erreicht und damit die Staatenverantwortlichkeit eines Völkerrechtssubjektes begründet wurde, sollte nach Auffassung der Schiedskommission folgender Standard angewendet werden:

„(...) the treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency, should amount to an outrage, to bad faith, to wilful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency.“<sup>49</sup>

Die US-Mexico Claims Commission lehnte den Antrag auf Entschädigung im Ergebnis ab.<sup>50</sup>

Der *Neer*-Standard sollte im Rahmen von investitionsrechtlichen Schiedsverfahren nur mit Bedacht und unter Maßgabe der folgenden Erläuterungen als Ausdruck von Völkergewohnheitsrecht angesehen werden.

Der von der Claims Commission herangezogene Prüfungsmaßstab ist nur auf Fälle der Rechtsverweigerung (*denial of justice*) anwendbar.<sup>51</sup> Sowohl aus dem Wortlaut des Schiedsspruches selbst, als auch aus der dem Schiedsspruch angefügten *Separate*

<sup>44</sup> *Herdegen*, Völkerrecht, 191 f., Rn. 3.

<sup>45</sup> *Ibid.*, 192 f., Rn. 5.

<sup>46</sup> *Glamis Gold, Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL/NAFTA, Final Award vom 8. Juni 2009, para. 21, 612.

<sup>47</sup> *Ibid.*, para. 616.

<sup>48</sup> *L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States*, RIAA Vol. IV 60, Final Award vom 15. Oktober 1926, 60 f., para. 1-3.

<sup>49</sup> *Ibid.*, 61 f., para. 4.

<sup>50</sup> *Ibid.*, 62, para. 5 f.

<sup>51</sup> *Paulsson/Petrochilos*, ICSID Review – FILJ 22 (2007), 242 (243).

*Opinion* von Fred K. Nielsen wird zweifelsfrei deutlich, dass es in *Neer* um den speziellen Fall einer Rechtsverweigerung geht.<sup>52</sup> Es war nicht die Absicht der Kommission einen *allgemeinen* Prüfungsmaßstab für jedwede Art staatlichen Fehlverhaltens aufzustellen<sup>53</sup> oder eine *erschöpfende* Definition des fremdenrechtlichen Mindeststandards für die Behandlung von Ausländern zu formulieren.<sup>54</sup> Der *Neer*-Standard kann also nicht ungeprüft auf den heutigen Kontext der Behandlung von ausländischen Investitionen und Investoren durch einen Gaststaat angewandt werden.<sup>55</sup>

Vielmehr sollte der *Neer*-Standard nur in solchen Fällen zum Tragen kommen, bei denen ein privater Akteur die körperliche Unversehrtheit eines Ausländers beeinträchtigt hat und der Staat seiner Pflicht, den Schuldigen strafrechtlich zu verfolgen und zu bestrafen, nicht nachkommt.<sup>56</sup> Die Mehrheit der gegenwärtigen schiedsgerichtlichen Verfahren hat jedoch häufig legislative oder administrative Akte eines Staates zum Gegenstand, welche mutmaßlich die Rechtsposition eines Einzelnen direkt beeinträchtigen. Der *Neer*-Standard war auf solche Fälle bereits 1926 unanwendbar und bleibt es auch heute noch.<sup>57</sup>

Der Wert des Schiedsspruches in *Neer* liegt vielmehr in der Feststellung der Claims Commission, dass die Behandlung eines Fremden einem *internationalen* – von der nationalen Rechtssphäre unabhängigen – Mindeststandard genügen muss.<sup>58</sup> Auch wenn heutzutage ein solcher fremdenrechtlicher Mindeststandard gewohnheitsrechtlich abgesichert zu sein scheint,<sup>59</sup> paralyisierte lange Zeit der Antagonismus zwischen der insbesondere von den lateinamerikanischen Ländern vertretenen *Calvo*-Doktrin einerseits sowie dem von den europäischen Staaten und von den USA proklamierten internationalen Mindeststandard andererseits den Prozess der Herausbildung universellen Gewohnheitsrechts.<sup>60</sup> In diesem Sinne ist der *Neer*-Schiedsspruch in erster Linie als Bestätigung der Existenz eines völkerrechtlichen Mindeststandards zu würdigen.

Der *Neer*-Standard spielt außerhalb sowie innerhalb des NAFTA-Kontextes eine immer kleiner werdende Rolle. Die jüngere schiedsgerichtliche Praxis belegt, dass der *Neer*-Standard beständig abgelehnt wird.<sup>61</sup> Mit Ausnahme der Schiedssprüche in den Fällen *Genin*<sup>62</sup> sowie *Glamis Gold*<sup>63</sup> wird der *Neer*-Prüfungsmaßstab von den Schieds-

<sup>52</sup> Für die Separate Opinion siehe *L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States*, RIAA Vol. IV 60, Final Award vom 15. Oktober 1926, 62 ff.

<sup>53</sup> *ADF Group Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Final Award vom 9. Januar 2003, para. 181.

<sup>54</sup> *Newcombe/Paradell*, Law and Practice of Investment Treaties, 237.

<sup>55</sup> *ADF Group Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Final Award vom 9. Januar 2003, para. 181.

<sup>56</sup> *Paulsson/Petrochilos*, ICSID Review – FILJ 22 (2007), 242 (246 f.).

<sup>57</sup> *Ibid.*, 257.

<sup>58</sup> *Newcombe/Paradell*, Law and Practice of Investment Treaties, 237.

<sup>59</sup> *Kläger*, Die Entwicklung des allgemeinen völkerrechtlichen Fremdenrechts, 10, 16.

<sup>60</sup> *Ibid.*, 9-16.

<sup>61</sup> *Tudor*, The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment, 63; *Schreuer*, JWIT 6 (2005), 357 (368, 373).

<sup>62</sup> *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/99/2, Final Award vom 25. Juni 2001, para. 367.

<sup>63</sup> Siehe *infra* 16 ff.

gerichten in *Mondev*<sup>64</sup>, *ADF Group*<sup>65</sup>, *Waste Management*<sup>66</sup> und *GAMI*<sup>67</sup> verworfen. Selbst in modernen Fällen der Rechtsverweigerung (*denial of justice*) haben die NAFTA-Schiedsgerichte *Neer* nicht rezipiert, sondern vielmehr eigene, zeitgemäße Prüfungsmaßstäbe entwickelt.<sup>68</sup>

Dass der *Neer*-Standard überholt und unzeitgemäß ist, demonstriert auch ein aktueller Schiedsspruch aus dem Jahr 2010:

„No general rule of customary international law can thus be found which applies the *Neer* standard, beyond the strict confines of personal safety, denial of justice and due process.“<sup>69</sup>

#### IV. Fortentwicklung des fremdenrechtlichen Mindeststandards

Bei der Bestimmung des fremdenrechtlichen Mindeststandards muss darüber hinaus eine gewisse Fortentwicklung des Gewohnheitsrechts berücksichtigt werden. *Tams* verweist darauf, dass der Mindeststandard „nicht statisch“<sup>70</sup> sei und sich durch Staatenpraxis und Rechtsüberzeugung weiterentwickeln könne. *Herdegen* notiert:

„So ist weithin anerkannt, dass sich die Maßstäbe des gewohnheitsrechtlichen Mindeststandards im Laufe des letzten Jahrhunderts verfeinert und verschärft haben.“<sup>71</sup>

Neben dem einhelligen Tenor aus der Wissenschaft, dokumentiert auch die schiedsgerichtliche Praxis aus dem NAFTA-Kontext eindrücklich, dass sich das Gewohnheitsrecht im Bereich des Schutzes von Investitionen und Investoren fortentwickelt hat<sup>72</sup> und der fremdenrechtliche Mindeststandard nicht starr interpretiert werden sollte.<sup>73</sup>

<sup>64</sup> *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Final Award vom 11. Oktober 2002, para. 115 f.

<sup>65</sup> *ADF Group Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Final Award vom 9. Januar 2003, para. 180 (eine positive Rezeption der Ausführungen durch *Mondev International Ltd. v. United States of America*) sowie para. 181.

<sup>66</sup> *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Final Award vom 30. April 2004, para. 93 – zustimmende Rezeption der Ablehnung des *Neer*-Standards durch *Mondev International Ltd. v. United States of America* und *ADF Group Inc. v. United States of America*.

<sup>67</sup> *GAMI Investments, Inc. v. The Government of the United Mexican States*, UNCITRAL/NAFTA, Final Award vom 15. November 2004, para. 95.

<sup>68</sup> *Paulsson/Petrochilos*, ICSID Review – FILJ 22 (2007), 242 (251 f., insbesondere Fußnote 52).

<sup>69</sup> *Merrill & Ring Forestry L.P. v. The Government of Canada*, UNCITRAL/NAFTA, Final Award vom 31. März 2010, para. 204.

<sup>70</sup> *Tams*, in: Ehlers/Wolffgang/Schröder (Hrsg.), *Rechtsfragen Internationaler Investitionen*, 81 (86).

<sup>71</sup> *Herdegen*, *Internationales Wirtschaftsrecht*, 308, Rn. 14.

<sup>72</sup> *Schill*, in: ders. (Hrsg.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, 151 (153); *Pope & Talbot Inc v. Government of Canada*, NAFTA, Award in Respect of Damages vom 31. Mai 2002, para. 58 f.; *ADF Group Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Final Award vom 9. Januar 2003, para. 179 – rezipiert von *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Final Award vom 30. April 2004, para. 92 sowie von *GAMI Investments, Inc. v. The Government of the United Mexican States*, UNCITRAL/NAFTA, Final Award vom 15. November 2004, para. 95; *Tudor*, *The Fair and Eq-*

Darüber hinaus hat die große Zahl an bilateralen und regionalen Investitionsförderungsabkommen, die fast ohne Ausnahme das Gebot der „gerechten und billigen Behandlung“ als freistehende völkerrechtliche Verpflichtung vorsehen, einen Einfluss auf das Völkergewohnheitsrecht.<sup>74</sup>

„In the Tribunal’s view, such a body of concordant practice will necessarily have influenced the content of rules governing the treatment of foreign investment in current international law.“<sup>75</sup>

Nach Art. 38 Abs. 1 lit. b des Statuts des Internationalen Gerichtshofs (IGH) ist das internationale Gewohnheitsrecht „Ausdruck einer allgemeinen, als Recht anerkannten Übung“<sup>76</sup>. In zahlreichen Schiedssprüchen wird die Ansicht vertreten, dass der Abschluss von Investitionsförderungsabkommen eine solche Staatenpraxis i.S.v. Art. 38 Abs. 1 lit. b IGH-Statut darstellt.<sup>77</sup>

Zugleich gehen die Schiedsgerichte davon aus, dass die verbindliche Interpretation von Art. 1105 Abs. 1 NAFTA durch die NAFTA-Freihandelskommission *gegenwärtiges* Gewohnheitsrecht einschließt: Mindestens der Stand des internationalen Mindeststandards im Jahr 1994, als das NAFTA-Übereinkommen in Kraft trat, gilt somit bei der Auslegung und Anwendung von Art. 1105 Abs. 1 und nicht der Stand zum Zeitpunkt der *Neer*-Entscheidung im Jahr 1926.<sup>78</sup>

Des Weiteren wurde die Stellung des Individuums im Völkerrecht im Laufe der Zeit deutlich aufgewertet. Dieser allmählichen Stärkung der prozeduralen und materiellen Rechte des Individuums im Völkerrecht kann deshalb nur mit einer spiegelbildlich verlaufenden inhaltlichen Fortentwicklung des Mindeststandards Rechnung getragen werden.<sup>79</sup>

uitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment, 60; *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, UNCITRAL/NAFTA, Final Award vom 26. Januar 2006, para. 194; *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Final Award vom 12. Mai 2005, para. 284; *Chemtura Corporation v. Government of Canada*, UNCITRAL/NAFTA, Final Award vom 2. August 2010, para. 121; *Reinisch*, in: Tietje (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, 346 (358, Rn. 48).

<sup>73</sup> *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, UNCITRAL/NAFTA, Final Award vom 26. Januar 2006, para. 194.

<sup>74</sup> *Pope & Talbot Inc v. Government of Canada*, NAFTA, Award in Respect of Damages vom 31. Mai 2002, para. 62, 65; *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Final Award vom 11. Oktober 2002, para. 117, 125.

<sup>75</sup> *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Final Award vom 11. Oktober 2002, para. 117.

<sup>76</sup> Statut des Internationalen Gerichtshofs vom 26. Juni 1945, UNCIO Vol. 15, 355.

<sup>77</sup> *Pope & Talbot Inc v. Government of Canada*, NAFTA, Award in Respect of Damages vom 31. Mai 2002, para. 59; *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Final Award vom 11. Oktober 2002, para. 117.

<sup>78</sup> *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Final Award vom 11. Oktober 2002, para. 125 – rezipiert von *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Final Award vom 30. April 2004, para. 91 f. sowie von *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Final Award vom 14. Juli 2006, para. 368.

<sup>79</sup> *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Final Award vom 11. Oktober 2002, para. 116.

## V. Konvergenz von Völkervertragsrecht und Völkergewohnheitsrecht

So hat die NAFTA-Freihandelskommission ungewollt den Prozess der Nivellierung zwischen Gewohnheitsrecht und Völkervertragsrecht beschleunigt oder möglicherweise gar erst initiiert, da erst die restriktive Interpretation von Art. 1105 Abs. 1 NAFTA die Schiedsgerichte dazu veranlasste, sich mit der Entwicklung des gewohnheitsrechtlichen Mindeststandards auseinanderzusetzen.<sup>80</sup> Obwohl sich die NAFTA-Schiedsgerichte bei der Auslegung und Anwendung der FET-Klausel im NAFTA-Übereinkommen auf das Gewohnheitsrecht als einzige völkerrechtliche Quelle beschränken müssen und die Schiedsgerichte der großen Mehrheit der Investitionsförderungsabkommen das Gebot der „gerechten und billigen Behandlung“ als einen autonomen, völkervertragsrechtlichen Standard verstehen, kann nicht von einem Investitionsschutzrecht der zwei Geschwindigkeiten gesprochen werden. Der Trend, der in den Schiedssprüchen offenkundig wird, deutet in Richtung Konvergenz, statt Divergenz.<sup>81</sup> Ursächlich dafür ist in erster Linie die eben skizzierte dynamische Fortentwicklung des fremdenrechtlichen Mindeststandards, aber auch andere Faktoren spielen eine bedeutende Rolle.

So haben zahlreiche Schiedsgerichte betont, dass sich die beiden Standards in dem jeweiligen konkreten Fall wenn überhaupt nur marginal unterscheiden.<sup>82</sup> Das Schiedsgericht im Fall *CMS v. Argentina* kam zu folgendem Ergebnis:

„(...) the Treaty standard of fair and equitable treatment and its connection with the required stability and predictability of the business environment (...) is not different from the international law minimum standard and its evolution under customary law.“<sup>83</sup>

Ein aktueller Fall aus der NAFTA-Schiedspraxis untermauert ebenfalls den Konvergenz-Prozess. Der Chemiekonzern *Chemtura Corporation* hatte gegen die kanadische Regierung ein Schiedsverfahren gemäß Kapitel 11 NAFTA eingeleitet. Der Investor berief sich auf die Meistbegünstigungsklausel des NAFTA-Übereinkommens. Der in Art. 1103 NAFTA verankerte Meistbegünstigungsgrundsatz ermöglicht es Investoren, sich auf das für sie vorteilhafteste Investitionsschutzrecht berufen zu können.<sup>84</sup> Der Investor argumentierte, dass das Schutzniveau von Art. 1105 Abs. 1 NAFTA weniger günstig sei als das der „Fair and Equitable Treatment“-Klauseln in

<sup>80</sup> Vgl. *Herdegen*, Internationales Wirtschaftsrecht, 308, Rn. 14.

<sup>81</sup> *Vandeveld*, N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 43 (2010), 43 (47 f.): „Differences in the contexts in which the standard appears have made little difference to tribunals interpreting the standard. Rather, the awards have yielded a single coherent theory of the standard (...)“ – Fußnoten im Original ausgelassen; *Schill*, in: ders. (Hrsg.), International Investment Law and Comparative Public Law, 151 (153); *Newcombe/Paradell*, Law and Practice of Investment Treaties, 275; *Schöbener/Herbst/Perkams*, Internationales Wirtschaftsrecht, 275, Rn. 214.

<sup>82</sup> *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, LCIA Case No. UN 3467, Final Award vom 1. Juli 2004, para. 189 f. sowie *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award vom 17. März 2006, para. 291; Siehe ebenfalls *Newcombe/Paradell*, Law and Practice of Investment Treaties, 272.

<sup>83</sup> *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Final Award vom 12. Mai 2005, para. 284.

<sup>84</sup> *Krajewski*, Wirtschaftsvölkerrecht, 200, Rn. 633 f.

Kanadas bilateralen Investitionsförderungsabkommen.<sup>85</sup> Denn Art. 1105 Abs. 1 NAFTA verweise lediglich auf den fremdenrechtlichen Mindeststandard. Die von Kanada abgeschlossenen BITs hingegen enthielten autonome FET-Klauseln, die nicht an das Völkergewohnheitsrecht gekoppelt seien. Das Schiedsgericht verneinte eine Verletzung von Art. 1103 NAFTA mit der Begründung, dass der Investor nicht habe zeigen können, „that the FET clause of any of the treaties (...) grants any additional measure of protection not afforded by Article 1105 of NAFTA.“<sup>86</sup>

Vor allem aber können ganz praktische Gesichtspunkte erklären, dass es keine signifikanten Unterschiede hinsichtlich des Schutzniveaus gibt. Erstens führt die weit verbreitete Praxis, andere Schiedssprüche zu zitieren und zu berücksichtigen, zu einer relativ konsistenten Rechtsprechung.<sup>87</sup> Dabei verstärkt das Bedürfnis nach präzisen, bewährten und anwendbaren Prüfungsmaßstäben<sup>88</sup> die Orientierung an Präzedenzfällen. Die Ausrichtung am eigentlichen Wortlaut der vertraglichen Rechtsquelle rückt dabei in den Hintergrund. Des Weiteren stützen sich Schiedsgerichte in ihren rechtlichen Erwägungen auch auf Schiedssprüche, deren materiell-rechtliche Grundlage ein anderes Investitionsförderungsabkommen ist:<sup>89</sup> So zitieren NAFTA-Schiedsgerichte Schiedssprüche bilateraler BITs und *vice versa*, obwohl sich der Wortlaut der FET-Klauseln teilweise unterscheidet. Außerdem hat sich eine überschaubare Gruppe von Schiedsrichtern herausgebildet, die in der Mehrzahl der investitionsrechtlichen Schiedsverfahren ernannt werden.<sup>90</sup> Diese personelle Konstante ist ebenfalls ursächlich für die Vereinheitlichung der Schiedspraxis.

Aus den genannten Gründen spielt die Frage etwaiger Schutzniveau-Diskrepanzen zwischen dem fremdenrechtlichen Mindeststandard und dem autonomen FET-Gebot in der schiedsgerichtlichen Praxis eine immer kleiner werdende Rolle.<sup>91</sup>

## VI. *Glamis Gold v. United States*

Das Schiedsgericht im Fall *Glamis Gold v. United States* erkennt zu Beginn seiner Ausführungen zum Gebot der „gerechten und billigen Behandlung“ an, dass die verbindliche interpretative Erklärung der NAFTA-Freihandelskommission hinsichtlich Art. 1105 Abs. 1 den völkergewohnheitsrechtlichen, internationalen Mindeststandard für die Behandlung von Ausländern vorschreibt.<sup>92</sup> Das Schiedsgericht differenziert danach klar zwischen solchen Schiedssprüchen, die das FET-Gebot als autonomen

<sup>85</sup> *Chemtura Corporation v. Government of Canada*, UNCITRAL/NAFTA, Final Award vom 2. August 2010, para. 226.

<sup>86</sup> *Ibid.*, para. 236 f.

<sup>87</sup> *Schill*, German Law Journal 12 (2011), 1083 (1095).

<sup>88</sup> *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Final Award vom 28. September 2007, para. 302.

<sup>89</sup> *Schill*, German Law Journal 12 (2011), 1083 (1096).

<sup>90</sup> *Commission*, Journal of International Arbitration 24 (2007), 129 (138-141).

<sup>91</sup> Siehe zum Beispiel *Merrill & Ring Forestry L.P. v. The Government of Canada*, UNCITRAL/NAFTA, Final Award vom 31. März 2010, para. 211: „[...] the Tribunal is satisfied that fair and equitable treatment has become a part of customary law.“

<sup>92</sup> *Glamis Gold, Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL/NAFTA, Final Award vom 8. Juni 2009, para. 599.

Standard verstehen, und solchen, die den normativen Gehalt des Gebots der „gerechten und billigen Behandlung“ unter Rückgriff auf das Völkergewohnheitsrecht bestimmen. Nur letztere könnten dem Schiedsgericht als Quelle dienen.<sup>93</sup> Schiedssprüche wie zum Beispiel *Tecmed v. Mexico* besäßen daher keine Relevanz für das Verfahren im Fall *Glamis Gold*.<sup>94</sup> Dies führt potenziell zu einer weiteren Zersplitterung des Investitionsschutzrechts sowie zu einer Entkoppelung der Entwicklung des fremdenrechtlichen Mindeststandards von der schiedsgerichtlichen Praxis außerhalb des NAFTA-Raumes.<sup>95</sup> Das Schiedsgericht verkennt damit den Nutzen einer gegenseitigen Befruchtung in der weiteren Konkretisierung des „Fair and Equitable Treatment“-Gebots.

Es identifiziert danach den Schiedsspruch *Neer v. Mexico* als das gültige Abbild des derzeitigen Standes des Mindeststandards.<sup>96</sup> Die Beweislast für eine etwaige Weiterentwicklung des Mindeststandards liege ausschließlich bei der klageführenden Partei, also stets beim Investor.<sup>97</sup> Dieser Ansatz ist problematisch, da somit eine Asymmetrie zwischen den beiden Parteien geschaffen wird. Vielmehr hätte das Schiedsgericht das rechtliche Prinzip *iura novit curia* anwenden sollen.<sup>98</sup>

Des Weiteren stellte das Schiedsgericht fest, dass sich der fremdenrechtliche Mindeststandard seit der *Neer*-Entscheidung aus dem Jahr 1926 nicht fortentwickelt habe.<sup>99</sup> Es sei allerdings ein Wandel in der Perzeption dessen zu verzeichnen, was die internationale Gemeinschaft heutzutage als „shocking“ oder „egregious“ wahrnehme.<sup>100</sup> Der Schiedsspruch blendet damit die gewachsene, konsistente Schiedsspruchpraxis im NAFTA-Raum<sup>101</sup> weitgehend aus und wurde ob seiner „statischen Sichtweise“<sup>102</sup> in Bezug auf den Mindeststandard als „atavistic ruling“<sup>103</sup> eingeordnet. Das Schiedsgericht wird damit seiner eigenen Maxime, „that the tribunal should indicate its reasons for departing from a major trend of previous reasoning“<sup>104</sup>, nicht gerecht.<sup>105</sup> Auch die Äußerung des Schiedsgerichts, dass Bösgläubigkeit (*bad faith*) keine Voraussetzung mehr für eine Verletzung des Gebots der „gerechten und billigen Behandlung“ sei,<sup>106</sup> nährt die Zweifel an der vom Schiedsgericht attestierten Starre des *Neer*-

<sup>93</sup> *Ibid.*, para. 606-608, 611.

<sup>94</sup> *Ibid.*, para. 610.

<sup>95</sup> *Kahn*, *Fordham Int'l L.J.* 33 (2009), 101 (137): „*Glamis* thereby recognizes a schism in international investment protection.“.

<sup>96</sup> *Glamis Gold, Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL/NAFTA, Final Award vom 8. Juni 2009, para. 600, 612, 616.

<sup>97</sup> *Ibid.*, para. 601, 603.

<sup>98</sup> *Schill*, *AJIL* 104 (2010), 253 (258).

<sup>99</sup> *Glamis Gold, Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL/NAFTA, Final Award vom 8. Juni 2009, para. 612-614.

<sup>100</sup> *Ibid.*, para. 612 f.

<sup>101</sup> Siehe *supra* 8 ff.

<sup>102</sup> So *Herdegen*, *Internationales Wirtschaftsrecht*, 308.

<sup>103</sup> *Schill*, *AJIL* 104 (2010), 253 (257).

<sup>104</sup> *Glamis Gold, Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL/NAFTA, Final Award vom 8. Juni 2009, para. 8.

<sup>105</sup> Zustimmend *Gray*, *Houston Law Review* 48 (2011), 383 (403).

<sup>106</sup> *Glamis Gold, Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL/NAFTA, Final Award vom 8. Juni 2009, para. 616, 627.

Standards, da gerade das Tatbestandsmerkmal der Bösgläubigkeit ein zentraler Bestandteil des Standards ist.<sup>107</sup> Ein Widerspruch besteht darüber hinaus darin, dass das Schiedsgericht einerseits den *Neer*-Standard bestätigt, andererseits aber den Schutz berechtigter Erwartungen bejaht.<sup>108</sup> Das Konzept des Schutzes legitimer Erwartungen aufseiten des ausländischen Investors<sup>109</sup> ist keineswegs Teil des historischen *Neer*-Prüfungsmaßstabes von 1926, der ausschließlich auf Fragen der körperlichen Unversehrtheit von Ausländern gemünzt war.<sup>110</sup>

Mit der Anwendung des *Neer*-Standards scheint das Schiedsgericht in erster Linie bekräftigen zu wollen, dass die „ungerechte oder unbillige Behandlung“ eines ausländischen Investors erst eine gewisse Intensität erreichen bzw. eine bestimmte Schwelle überschreiten muss. Erst eine *krasse* Rechtsverweigerung oder *evidente* Willkür sei geeignet, den FET-Grundsatz zu verletzen.<sup>111</sup> Das Schiedsgericht in *Glamis Gold* benutzt die *Neer*-Entscheidung also nicht als materiellen Prüfstandard, sondern folgert daraus ein hohes Maß an Zurückhaltung und Rücksichtnahme gegenüber den Handlungen nationaler Behörden.<sup>112</sup>

Zum Einfluss von Schiedssprüchen auf die Herausbildung von Völkergewohnheitsrecht vermerkt das Schiedsgericht in *Glamis Gold*: „Arbitral awards (...) do not constitute State practice and thus cannot create or prove customary international law.“<sup>113</sup> Dem ersten Teil dieser Bemerkung kann vorbehaltlos zugestimmt werden, da nur staatliches Handeln geeignet ist, völkergewohnheitsrechtliche Regeln entstehen zu lassen.<sup>114</sup> Der zweite Teil der Aussage ist hingegen differenzierter zu betrachten: Entscheidungen internationaler Schiedsgerichte können – analog zu Urteilen des IGH – durchaus als Nachweis dafür dienen, dass sich eine völkergewohnheitsrechtliche Norm herauskristallisiert hat, und damit eine „weiterbildende Funktion“<sup>115</sup> einnehmen.<sup>116</sup>

Die Schiedssprüche *Merrill & Ring Forestry v. Canada* sowie *Chemtura v. Canada*, die nach der Entscheidung im Fall *Glamis Gold* veröffentlicht wurden, betonen beide den evolutiven Charakter des fremdenrechtlichen Mindeststandards und lehnen *Neer* ab.<sup>117</sup> Obwohl es sicherlich noch zu früh ist, um abschließende Aussagen treffen zu

<sup>107</sup> *Kahn*, Fordham Int'l L.J. 33 (2009), 101 (153).

<sup>108</sup> *Glamis Gold, Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL/NAFTA, Final Award vom 8. Juni 2009, para. 619-622.

<sup>109</sup> Siehe *infra* 18 ff.

<sup>110</sup> Siehe *supra* 6 ff.

<sup>111</sup> Vgl. *Glamis Gold, Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL/NAFTA, Final Award vom 8. Juni 2009, para. 614 sowie para. 616 („the level of scrutiny is the same“).

<sup>112</sup> So auch *Schill*, AJIL 104 (2010), 253 (257).

<sup>113</sup> *Glamis Gold, Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL/NAFTA, Final Award vom 8. Juni 2009, para. 605.

<sup>114</sup> Vgl. *von Heinegg*, in: Ipsen (Hrsg.), Völkerrecht, 210 (219 ff.); *Stein/von Buttlar*, Völkerrecht, 39 ff.

<sup>115</sup> *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, 397, Rn. 619.

<sup>116</sup> *Ibid.*; *Dickerson*, in: Wolfrum (Hrsg.), EPIL, Rn. 6, 23; *Schill*, AJIL 104 (2010), 253 (258).

<sup>117</sup> *Chemtura Corporation v. Government of Canada*, UNCITRAL/NAFTA, Final Award vom 2. August 2010, para. 215, 120-122; *Merrill & Ring Forestry L.P. v. The Government of Canada*, UNCITRAL/NAFTA, Final Award vom 31. März 2010, para. 190-213.

können, so scheint *Glamis Gold* mit seiner konservativen Rechtsauffassung weitgehend allein zu stehen.

#### D. Materielle Schutzverbürgungen durch den FET-Standard

Wie bereits festgestellt, sind die genauen Konturen des Gebots der „gerechten und billigen Behandlung“ trotz der ergiebigen Schiedspraxis noch unbestimmt. Erst in der fallbezogenen Anwendung nimmt der FET-Standard Gestalt an.<sup>118</sup> Die Frage, ob der FET-Standard verletzt wurde, ist daher hochgradig von den zugrundeliegenden Fakten und dem Kontext des Falles abhängig.<sup>119</sup> Es fällt daher schwer, allgemeinverbindliche Aussagen zu treffen oder „Fair and Equitable Treatment“ in abstrakten Termini zu definieren. Im Folgenden soll die bisherige Schiedspraxis zum FET-Gebot in Fallgruppen systematisiert werden.

#### I. Transparenz, Stabilität und Berechenbarkeit der rechtlichen Rahmenbedingungen sowie Schutz berechtigter Erwartungen

Das Gebot der „gerechten und billigen Behandlung“ umfasst den Schutz berechtigter Erwartungen<sup>120</sup> aufseiten des Investors. Dieses Element des FET-Standards, das inzwischen fest in der schiedsgerichtlichen Praxis verankert ist,<sup>121</sup> verpflichtet Staaten dazu:

„(...) to provide to international investments treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment.“<sup>122</sup>

Das Konzept des Schutzes der berechtigten Erwartungen ist sowohl innerhalb<sup>123</sup> als auch außerhalb<sup>124</sup> des NAFTA-Raumes anerkannt.

Vertrauensbegründend wirken können explizite oder implizite Aussagen und Zusicherungen seitens des Staates vis-à-vis dem Investor.<sup>125</sup> Die rechtlichen Rahmenbe-

<sup>118</sup> *Tams*, in: Ehlers/Wolffgang/Schröder (Hrsg.), *Rechtsfragen Internationaler Investitionen*, 81 (84); *Schreuer*, *JWIT* 6 (2005), 357 (364).

<sup>119</sup> *Newcombe/Paradell*, *Law and Practice of Investment Treaties*, 278.

<sup>120</sup> Im Englischen werden die Begriffe „reasonable expectations“ sowie „legitimate expectations“ benutzt. Zwischen beiden Begriffspaaren besteht wohl kein Bedeutungsunterschied: *Newcombe/Paradell*, *Law and Practice of Investment Treaties*, 281, Fußnote 250.

<sup>121</sup> *Dolzer/Schreuer*, *Principles of International Investment Law*, 134.

<sup>122</sup> *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Final Award vom 29. Mai 2003, para. 154 – positiv rezipiert von *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, *Ad Hoc Arbitration*, Partial Award vom 19. August 2005, para. 235.

<sup>123</sup> Siehe, *inter alia*, *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, UNCITRAL/NAFTA, Final Award vom 26. Januar 2006, para. 147 sowie *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Final Award vom 30. April 2004, para. 100.

<sup>124</sup> Siehe, *inter alia*, *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award vom 17. März 2006, para. 302 sowie *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, *Ad Hoc Arbitration*, Partial Award vom 19. August 2005, para. 232-235.

dingungen, auf deren relative Beständigkeit sich der Investor berechtigterweise verlassen kann, umfassen die Gesetze des Gaststaates sowie Zusicherungen in Form von Genehmigungen und Konzessionen sowie anderweitige Zusagen seitens der Exekutive.<sup>126</sup> Der Widerruf einer Zusicherung oder eines Versprechens durch den Gaststaat, das aufseiten des Investors zu einer berechtigten Erwartung geführt hat, verletzt das FET-Gebot.<sup>127</sup> Generell gilt: Je spezifischer, eindeutiger und verbindlicher die Versprechungen des Gaststaates, desto eher ergeben sich daraus schützenswerte Erwartungen aufseiten des Investors.<sup>128</sup> Ob sich jedoch ein Investor berechtigterweise darauf berufen kann, dass ein bestimmtes staatliches Verhalten schützenswerte Erwartungen geweckt hat, kann kaum *in abstracto* gesagt werden, sondern muss im Lichte des Sachverhaltes und der Umstände eruiert werden.<sup>129</sup> Äußerungen seitens des Staates, die auf fehlerhaften oder unvollständigen Informationen oder Angaben des Investors beruhen, können jedenfalls nicht als Anspruchsgrundlage dienen.<sup>130</sup>

In *Metalclad v. Mexico* ging es um die Verweigerung einer Baugenehmigung für eine Sondermülldeponie entgegen einer ausdrücklichen Zusicherung der Behörden des Gaststaates, dass alle notwendigen Genehmigungen bereits vorlägen.<sup>131</sup> Das Unternehmen *Metalclad* war vor der Durchführung der Investition von staatlichen Stellen wiederholt in der Annahme bestärkt worden, dass die ausgestellten Genehmigungen der Bundes- und Landesbehörden für den Bau der Deponie ausreichend seien. Nachdem *Metalclad* im vollen Vertrauen auf die Zusicherung der mexikanischen Regierung bereits mit den Bauarbeiten begonnen hatte, verweigerte die Gemeinde dem Unternehmen die Baugenehmigung, sodass das Projekt nicht fortgesetzt werden konnte.<sup>132</sup> Das Schiedsgericht sah in diesem intransparenten Verhalten einen Verstoß gegen das Gebot der „gerechten und billigen Behandlung“:

„Metalclad was entitled to rely on the representations of federal officials (...). ... Mexico failed to ensure a transparent and predictable framework for Metalclad’s business planning and investment.“<sup>133</sup>

*Metalclad v. Mexico* zeigt, dass ein ausländischer Investor berechtigt ist, auf die von der Regierung ausgestellten Genehmigungen zu vertrauen: Ob jedoch eine neu ins Amt gekommene Regierung FET-konform handelt, wenn sie von der Vorgänger-

<sup>125</sup> Dolzer/Schreuer, Principles of International Investment Law, 134; *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Final Award vom 11. September 2007, para. 331.

<sup>126</sup> Dolzer/Schreuer, Principles of International Investment Law, 134.

<sup>127</sup> Schreuer, JWIT 6 (2005), 357 (374).

<sup>128</sup> Reinisch, in: Tietje (Hrsg.), International Investment Protection and Arbitration, 119 (136 f.).

<sup>129</sup> *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Final Award vom 11. September 2007, para. 333; *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award vom 17. März 2006, para. 304.

<sup>130</sup> *Newcombe/Paradell*, Law and Practice of Investment Treaties, 282.

<sup>131</sup> *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Final Award vom 30. August 2000, para. 74 ff.

<sup>132</sup> *Ibid.*, para. 87 ff.

<sup>133</sup> *Ibid.*, para. 89, 99.

regierung ausgestellte Lizenzen oder Betriebsgenehmigungen zulasten des ausländischen Investors modifiziert, hat die schiedsgerichtliche Praxis noch nicht geklärt.<sup>134</sup>

Darüber hinaus verlangt der FET-Grundsatz konsistentes und damit widerspruchsfreies Regierungshandeln.<sup>135</sup> In *MTD v. Chile* hatte die chilenische Regierung einen malaysischen Investor darin bestärkt, eine Wohnsiedlung zu errichten. Das Investitionsprojekt als solches sowie der Standort für die Wohnsiedlung waren von der chilenischen Kommission für ausländische Investitionen genehmigt und bestätigt worden. Es stellte sich jedoch heraus, dass das Bauvorhaben gegen einen Flächennutzungsplan verstieß und deswegen nicht realisiert werden konnte. Das Schiedsgericht qualifizierte dies als einen Verstoß gegen das Gebot der „gerechten und billigen Behandlung“, da die Regierung nicht konsistent und somit widersprüchlich gegenüber dem Investor gehandelt habe.<sup>136</sup>

Die Erwartungen aufseiten des Investors müssen jedoch *berechtigt* sein. Die Schutzwürdigkeit einer Erwartung kann nicht ausschließlich von der subjektiven Perspektive des Investors her beurteilt werden.<sup>137</sup> Die Erwartungen müssen daher unter Anlegung von objektiven Kriterien als berechtigt gewertet werden.<sup>138</sup> Die Frage, welche Erwartungen ein Investor berechtigterweise hegen darf, führt zu einer Güter- und Interessenabwägung.<sup>139</sup> Ein Investor kann zum Beispiel keine legitimen Erwartungen dahingehend haben, dass er von staatlicher Regulierung im Falle eines Notstandes oder von Maßnahmen zur Förderung der sozialen Wohlfahrt ausgenommen oder unberührt bleibt.<sup>140</sup> Das legitime Recht des Gaststaates, im Sinne des Allgemeinwohls seine Regulierungsfunktion auszuüben, muss also berücksichtigt werden.<sup>141</sup> Eine angemessene, gemeinwohlorientierte Politik steht daher dem Gebot der „gerechten und billigen Behandlung“ nicht entgegen.<sup>142</sup> Generell kann kein Investor die Erwartung hegen, dass die rechtlichen Rahmenbedingungen starr bleiben.<sup>143</sup> Es muss also im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zwischen den berechtigten Erwartungen des Investors einerseits und den begründeten Regulierungsinteressen des Gaststaates

<sup>134</sup> Vgl. den Sachverhalt im Fall *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/09/6, sowie *Dolzer*, *The International Lawyer* 39 (2005), 87 (106).

<sup>135</sup> *Vandevelde* identifiziert „consistency“ daher als eine Dimension des FET-Grundsatzes: *Vandevelde*, *N.Y.U. J. Int’L L. & Pol.* 43 (2010), 43 (52).

<sup>136</sup> *Vandevelde*, *N.Y.U. J. Int’L L. & Pol.* 43 (2010), 43 (82); siehe auch *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Final Award vom 25. Mai 2004, para. 163, 165 f.

<sup>137</sup> *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award vom 17. März 2006, para. 304.

<sup>138</sup> *Schöbener/Herbst/Perkams*, *Internationales Wirtschaftsrecht*, 275, Rn. 216.

<sup>139</sup> *Tams*, in: Ehlers/Wolffgang/Schröder (Hrsg.), *Rechtsfragen Internationaler Investitionen*, 81 (87 f.).

<sup>140</sup> *Merrill & Ring Forestry L.P. v. The Government of Canada*, UNCITRAL/NAFTA, Final Award vom 31. März 2010, para. 233.

<sup>141</sup> *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award vom 17. März 2006, para. 305.

<sup>142</sup> *Merrill & Ring Forestry L.P. v. The Government of Canada*, UNCITRAL/NAFTA, Final Award vom 31. März 2010, para. 233.

<sup>143</sup> *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Final Award vom 11. September 2007, para. 332.

andererseits abgewogen werden.<sup>144</sup> Ein solches Abwägungsgebot ist dem Investitionsschutzrecht nicht fremd: Bei der Prüfung, ob eine indirekte Enteignung einer Investition vorliegt, werden regelmäßig auch die „Sole Effects“-Doktrin auf der einen Seite und die „Police Powers“-Doktrin auf der anderen Seite zum Ausgleich gebracht.<sup>145</sup>

### 1. *Glamis Gold v. United States*

Der Schiedsspruch *Glamis Gold v. United States* hat bestätigt, dass das Gebot der „gerechten und billigen Behandlung“ die berechtigten Erwartungen des ausländischen Investors schützt.<sup>146</sup> Der Staat könne für ausdrückliche Zusicherungen oder Verpflichtungen haftbar gemacht werden, die er getätigt habe oder eingegangen sei, um gezielt ausländische Investoren dazu zu bewegen, im Gaststaat zu investieren.<sup>147</sup> Voraussetzung sei darüber hinaus, dass die vom Staat aktiv induzierten Erwartungen „quasi-vertraglichen“ Charakters seien.<sup>148</sup> *Glamis Gold* erkennt damit an, dass das Ausstellen einer Genehmigung durch eine staatliche Behörde, wie etwa im Fall *Metalclad v. Mexico*, aufseiten des Investors berechnete Erwartungen erzeugt.<sup>149</sup> Die Rechtsauffassung des Schiedsgerichtes in *Glamis Gold* ist zu begrüßen, da der Staat – soweit er sich nicht durch spezifische Zusicherungen oder Versprechungen gebunden hat – seine volle regulative Autonomie bewahrt und der Investor sich auf verbindliche Zusagen des Staates, zum Beispiel in Form von Genehmigungen oder Lizenzen, verlassen kann.

### 2. *Vertrauensschutz im Völkerrecht*

Das Konzept des Schutzes berechtigter Erwartungen, welches das zentrale Element des Gebots der „gerechten und billigen Behandlung“ ist und in aktuellen schiedsgerichtlichen Verfahren eine dominante Position einnimmt, weist große Parallelen zum völkerrechtlichen Vertrauensschutz auf.

Prominentes Beispiel für den Vertrauensschutz im Völkerrecht ist der Atomwaffentest-Fall vor dem IGH. 1973 hatten Neuseeland und Australien wegen französischer Atomwaffentests im Südpazifik den IGH angerufen.<sup>150</sup> Der französische Staatspräsident sowie Minister der Regierung hatten öffentlich erklärt, im Pazifik künftig keine Atomwaffenversuche mehr durchzuführen. Nach Ansicht des IGH basierte der rechtsverbindliche Charakter eines solchen einseitigen Aktes auf dem Prinzip von Treu und Glauben.<sup>151</sup> Staaten könnten Kenntnis von solchen Erklärungen nehmen,

<sup>144</sup> *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award vom 17. März 2006, para. 306.

<sup>145</sup> Siehe *Rensmann*, in: Ehlers/Wolffgang/Schröder (Hrsg.), *Rechtsfragen Internationaler Investitionen*, 25 (45-51).

<sup>146</sup> *Glamis Gold, Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL/NAFTA, Final Award vom 8. Juni 2009, para. 619-622.

<sup>147</sup> *Ibid.*, para. 620 f., 811.

<sup>148</sup> *Ibid.*, para. 766 f., 799, 813.

<sup>149</sup> *Kahn*, *Fordham Int'l L.J.* 33 (2009), 101 (152 f., 154 f.).

<sup>150</sup> *Herdegen*, *Völkerrecht*, 147, Rn. 3 f.

<sup>151</sup> IGH, *Nuclear Tests Case* (Australia v. France), ICJ Reports 1974, 253 (268, Rn. 46).

dürften auf sie vertrauen und seien in der Folge berechtigt die Einhaltung der somit geschaffenen Verpflichtung einzufordern.<sup>152</sup> Die völkerrechtliche Bindungswirkung einer Zusicherung oder eines Versprechens kann auf das Prinzip von Treu und Glauben (*bona fide*) sowie auf das *estoppel*-Prinzip zurückgeführt werden.<sup>153</sup> Kernaussage des *estoppel*-Prinzips ist, dass „ein Staat an Erwartungen gebunden ist, die er durch sein Verhalten erweckt hat und auf die ein anderer Staat nach Treu und Glauben vertrauen konnte.“<sup>154</sup> Darüber hinaus muss eine Partei, im Vertrauen auf die Zusicherungen der anderen Partei, rechtlich erhebliche Verfügungen getroffen haben, die ihr zum Nachteil oder Schaden gereichen würden, wenn sich die andere Partei unerwartet nicht mehr an die eigene Zusage gebunden fühlt und eine konträre Position einnimmt.<sup>155</sup> Eben diese schutzwürdigen Dispositionen werden – analog zum Vertrauensschutz im allgemeinen Völkerrecht – im Investitionsschutzrecht durch den Grundsatz der „gerechten und billigen Behandlung“ erfasst.

## II. Schutz vor Verstößen gegen den Investor-Staats-Vertrag

Der Brückenschlag vom Schutz berechtigter Erwartungen zu dem Schutz vor Verstößen gegen den Investor-Staats-Vertrag liegt nahe. Schließlich werden in einem solchen Vertrag die gegenseitigen Erwartungen in Form der wechselseitigen Rechte und Pflichten beider Parteien niedergelegt. Solche schriftlich fixierten, reziproken Erwartungen könnten daher als besonders schutzwürdig qualifiziert werden. Deshalb scheint es einleuchtend, eine *pacta sunt servanda*-Verpflichtung als Teil des FET-Grundsatzes anzunehmen.<sup>156</sup>

In der FET-Schiedspraxis ist jedoch nicht abschließend geklärt, ob die Verletzung einer vertraglichen Verpflichtung regelmäßig einen Verstoß gegen das Gebot der „gerechten und billigen Behandlung“ darstellt.<sup>157</sup> So sah das Schiedsgericht im Fall *Waste Management v. Mexico* auch in der dauerhaften Nichtbezahlung von Schulden der Stadt Acapulco keinen Verstoß gegen den FET-Grundsatz in Art. 1105 Abs. 1 NAFTA. Ausschlaggebend war in den Augen des Schiedsgerichts, dass die Stadt, die vor großen finanziellen Problemen stand, Bemühungen zeigte, den Vertrag einzuhalten, und die Zahlungen nicht mutwillig unterlassen hatte.<sup>158</sup> Das Beispiel zeigt ein-

<sup>152</sup> *Ibid.*

<sup>153</sup> Graf Vitzthum, in: ders. (Hrsg.), Völkerrecht, 1 (67, Rn. 149); Siehe auch *Newcombe/Paradell*, Law and Practice of Investment Treaties, 279.

<sup>154</sup> *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, 393, Rn. 615.

<sup>155</sup> *Leutert*, Einseitige Erklärungen im Völkerrecht, 32; *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, 393, Rn. 615; IGH, *North Sea Continental Shelf* (Federal Republic of Germany v. Denmark/Netherlands), ICJ Reports 1969, 3 (26, Rn. 30).

<sup>156</sup> Siehe *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Final Award vom 11. Oktober 2002, para. 134; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction vom 29. Januar 2004, para. 162; *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Final Award vom 12. Oktober 2005, para. 182.

<sup>157</sup> *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law, 140-142.

<sup>158</sup> *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Final Award vom 30. April 2004, para. 108-117.

drucksvoll, dass in diesem Kontext dem Prinzip von Treu und Glauben ein hoher Stellenwert zugemessen wird.

Es scheint sich die Auffassung durchzusetzen, dass ein gewöhnlicher Vertragsverstoß nicht automatisch einen Verstoß gegen den FET-Grundsatz darstellt und dass zunächst die im Investor-Staats-Vertrag vorgesehenen Rechtsmittel (*inter alia* eine Gerichtsstands-Klausel) ausgeschöpft werden müssen.<sup>159</sup> Dieser Rechtsansicht hat sich auch das Schiedsgericht in *Glamis Gold* angeschlossen.<sup>160</sup> Der Vertragsverstoß muss also besonders qualifiziert sein, um das Gebot der „gerechten und billigen Behandlung“ verletzen zu können. So ist zum Beispiel dann von einem qualifizierten Verstoß auszugehen, wenn der Staat in der Ausübung seiner hoheitlichen Befugnisse gegen den Vertrag verstößt.<sup>161</sup> Dieser Ansatz differenziert also zwischen *acta iure imperii* und *acta iure gestionis*. Des Weiteren kann dann von einem qualifizierten Verstoß gesprochen werden, wenn es sich um eine „outright and unjustified repudiation“<sup>162</sup> der vertraglichen Verpflichtung und damit um eine Missachtung des Gutgläubensprinzips („good faith“) handelt. Das Schiedsgericht in *Glamis Gold* war der Auffassung, dass ein Vertragsverstoß erst in Verbindung mit einer Rechtsverweigerung oder einer Diskriminierung die Schwelle zu einem Verstoß gegen den FET-Grundsatz überschreitet.<sup>163</sup>

Ein systematisches Argument spricht außerdem dafür, einfache Vertragsbrüche nicht unter das FET-Gebot zu subsumieren: Die in Investitionsförderungsabkommen regelmäßig enthaltene sogenannte Schirmklausel (*umbrella clause*) würde dann redundant sein und keine eigenständige normative Bedeutung besitzen.<sup>164</sup> Die Nichteinhaltung von Pflichten aus dem Investor-Staats-Vertrag kann nämlich auch ohne Rückgriff auf den FET-Grundsatz in einem schiedsgerichtlichen Verfahren geltend gemacht werden: Die in zahlreichen BITs enthaltenen Schirmklauseln<sup>165</sup> transformieren die vertragsrechtlichen Bestimmungen des Privatrechts zu völkerrechtlichen Verpflichtungen.<sup>166</sup> Der Gaststaat verpflichtet sich in diesen Schirmklauseln völkerrechtlich dazu, vertraglichen Bindungen gegenüber ausländischen Investoren in jedem Fall nachzukommen. Gerade weil der „Fair and Equitable Treatment“-Standard in erster

<sup>159</sup> *Ibid.*, para. 115 („some remedy is open to the creditor to address the problem“); *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction vom 29. Januar 2004, para. 136 ff.; *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Final Award vom 11. September 2007, para. 315-317.

<sup>160</sup> *Glamis Gold, Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL/NAFTA, Final Award vom 8. Juni 2009, para. 620.

<sup>161</sup> *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction vom 22. April 2005, para. 260, 266-270 – Das Schiedsgericht spricht von „puissance publique“.

<sup>162</sup> *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Final Award vom 30. April 2004, para. 115.

<sup>163</sup> *Glamis Gold, Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL/NAFTA, Final Award vom 8. Juni 2009, para. 620.

<sup>164</sup> *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, *Ad Hoc* Arbitration, Partial Award vom 19. August 2005, para. 248 f.

<sup>165</sup> Im deutschen Mustervertrag von 2009 (*supra* Fn. 37) ist eine solche Schirmklausel in Art. 7 Abs. 2 enthalten.

<sup>166</sup> *Reinisch*, in: Tietje (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, 346 (372 f.).

Linie dazu dienen soll, Regelungslücken zu schließen, die von den spezifischeren Standards der Investitionsförderungsabkommen offen gelassen wurden,<sup>167</sup> erscheint es sinnvoll, den Anwendungsbereich des FET-Grundsatzes nicht grundsätzlich auf den Schutz von Rechten aus Investor-Staats-Verträgen auszudehnen.

Eine schwerwiegende Missachtung des Investor-Staats-Vertrages hingegen, beispielsweise eine grundlose einseitige Kündigung, ist geeignet einen Verstoß gegen das Gebot der „gerechten und billigen Behandlung“ zu begründen, auch weil eine solch gravierende Nichterfüllung vertraglicher Pflichten regelmäßig die berechtigten Erwartungen des Investors frustrieren würde.<sup>168</sup>

### III. Schutz vor willkürlichen Maßnahmen

Das Gebot der „gerechten und billigen Behandlung“ garantiert darüber hinaus Schutz vor willkürlichen staatlichen Maßnahmen.<sup>169</sup> Da zahlreiche bilaterale Investitionsförderungsabkommen ein separates Willkürverbot enthalten,<sup>170</sup> ergeben sich in Bezug auf den FET-Standard jedoch Abgrenzungsschwierigkeiten: Einige Schiedsgerichte haben einen etwaigen Verstoß gegen das Willkürverbot unabhängig und losgelöst vom Gebot der „gerechten und billigen Behandlung“ geprüft,<sup>171</sup> während andere Schiedsgerichte beide Konzepte nicht unterschieden haben.<sup>172</sup> Da das NAFTA-Übereinkommen kein gesondertes Willkürverbot enthält, haben die NAFTA-Schiedsgerichte regelmäßig den Schutz vor willkürlichen Maßnahmen unter das Rubrum des FET-Grundsatzes subsumiert.<sup>173</sup>

<sup>167</sup> Dolzer, *The International Lawyer* 39 (2005), 87 (90).

<sup>168</sup> Vgl. *Tams*, in: Ehlers/Wolffgang/Schröder (Hrsg.), *Rechtsfragen Internationaler Investitionen*, 81 (91).

<sup>169</sup> *Vasciannie*, BYIL 70 (2000), 99 (133); *Schill*, in: ders. (Hrsg.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, 151 (167 f.); *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Final Award vom 12. Mai 2005, para. 290: „Any measure that might involve arbitrariness or discrimination is in itself contrary to fair and equitable treatment.“; *Newcombe/Paradell*, *Law and Practice of Investment Treaties*, 301, 250; *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Final Award vom 11. September 2007, para. 315.

<sup>170</sup> So zum Beispiel im deutschen Mustervertrag von 2009 in Art. 2 Abs. 3 (*supra* Fn. 37).

<sup>171</sup> *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, LCIA Case No. UN 3467, Final Award vom 1. Juli 2004, para. 159-166; *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Final Award vom 3. September 2001, para. 214-288; *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Final Award vom 12. Oktober 2005, para. 175-180; *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Final Award vom 14. Juli 2006, para. 385-393; *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Final Award vom 6. Februar 2007, para. 310-321.

<sup>172</sup> *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Final Award vom 12. Mai 2005, para. 290; *PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Final Award vom 19. Januar 2007, para. 261; *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Final Award vom 11. September 2007, para. 293-320; *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability vom 14. Januar 2010, para. 259.

<sup>173</sup> *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL/NAFTA, Partial Award vom 13. November 2000, para. 263; *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No.

Eine staatliche Maßnahme ist dann willkürlich, wenn sie keinen Bezug zu einem rationalen Politikziel aufweist.<sup>174</sup> So stellte das Schiedsgericht in *Eureko v. Poland* fest, dass Polen „acted not for cause but for purely arbitrary reasons“<sup>175</sup>. Zudem ist eine staatliche Handlung dann als willkürlich zu qualifizieren, wenn sie nicht auf Gründen oder Fakten beruht.<sup>176</sup> Willkür bedeutet also das Fehlen eines sachlichen Grundes. Dass eine bestimmte nationale Maßnahme nicht gesetzeskonform ist, begründet nicht automatisch einen FET-Verstoß.<sup>177</sup> Jedoch ist dann von Willkür auszugehen, wenn das Gesetz mutwillig missachtet wird oder eine Maßnahme nicht auf einem rechtsstaatlichen Verfahren basiert.<sup>178</sup> Die Ausübung öffentlicher Gewalt, die nicht an das Gesetz rückgebunden und damit beliebig ist, widerspricht folglich dem Grundsatz der „gerechten und billigen Behandlung“.<sup>179</sup>

Das Schiedsgericht in *Glamis Gold* war der Auffassung, dass Maßnahmen, die in vernünftiger Weise mit dem genannten Ziel in Verbindung stehen, nicht willkürlich sind.<sup>180</sup> Darüber hinaus seien die US-amerikanischen Behörden in gutem Glauben davon ausgegangen, dass zwischen dem drohenden Schaden und den vorgeschlagenen Maßnahmen eine „reasonable connection“<sup>181</sup> bestehe.

Eng verknüpft mit dem Schutz vor willkürlichen Maßnahmen ist auch das Recht auf ein ordnungsgemäßes, also auf gesetzlicher Grundlage beruhendes, Gerichtsverfahren.<sup>182</sup>

ARB(AF)/00/3, Final Award vom 30. April 2004, para. 98; *Glamis Gold, Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL/NAFTA, Final Award vom 8. Juni 2009, para. 626.

<sup>174</sup> *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award vom 17. März 2006, para. 309.

<sup>175</sup> *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, Ad Hoc Arbitration, Partial Award vom 19. August 2005, para. 233.

<sup>176</sup> *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Final Award vom 3. September 2001, para. 232; *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Final Award vom 6. Februar 2007, para. 319.

<sup>177</sup> *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Final Award vom 26. Juni 2003, para. 134; *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award vom 17. März 2006, para. 443; *ADF Group Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Final Award vom 9. Januar 2003, para. 190; IGH, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (United States of America v. Italy), ICJ Reports 1989, 15 (63, Rn. 124 sowie 40, Rn. 73).

<sup>178</sup> IGH, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (United States of America v. Italy), ICJ Reports 1989, 15 (65, Rn. 128) – Zahlreiche Schiedsgerichte haben auf diese Passage des IGH-Urteils Bezug genommen: So zum Beispiel *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Final Award vom 14. Juli 2006, para. 392; *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Final Award vom 6. Februar 2007, para. 318; *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Final Award vom 12. Oktober 2005, para. 176; *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Final Award vom 11. Oktober 2002, para. 127; *Glamis Gold, Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL/NAFTA, Final Award vom 8. Juni 2009, para. 625.

<sup>179</sup> Vgl. *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Final Award vom 8. Oktober 2009, para. 303.

<sup>180</sup> *Glamis Gold, Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL/NAFTA, Final Award vom 8. Juni 2009, para. 803.

<sup>181</sup> *Ibid.*, para. 805.

<sup>182</sup> IGH, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (United States of America v. Italy), ICJ Reports 1989, 15 (65, Rn. 128): „It is a wilful disregard of due process of law, an act which shocks, or at least sur-

## IV. Verfahrensrechte

Der FET-Grundsatz verbürgt dem ausländischen Investor ein faires und rechtsstaatliches Verfahren.<sup>183</sup> Dieser Anspruch des Investors auf Verfahrensgerechtigkeit zielt primär auf Verwaltungs- und Gerichtsverfahren ab. Zum Beispiel kann das Gebot der „gerechten und billigen Behandlung“ verletzt sein, wenn dem Investor in administrativen Verfahren keine Möglichkeit des rechtlichen Gehörs gegeben wird.<sup>184</sup> Darüber hinaus umfasst der FET-Grundsatz das Recht, in Verwaltungsverfahren über wichtige Verfahrensschritte in Kenntnis gesetzt zu werden. Auch in Fällen der Rechtsverweigerung kann eine Verletzung des FET-Grundsatzes geltend gemacht werden. Eine Rechtsverweigerung liegt dann vor, wenn dem ausländischen Investor der Zugang zu den nationalen Gerichten verweigert wird oder das Verfahren unangemessen lang verschleppt wird.<sup>185</sup> Neben diesem prozessualen Fairness-Gebot (*denial of procedural justice*), müssen Gerichtsurteile auch grundlegenden materiellen Gerechtigkeitsanforderungen (*denial of substantive justice*) entsprechen.<sup>186</sup> Um das Recht auf ein faires Verfahren zu konkretisieren, haben Schiedsgerichte bereits auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Bezug auf Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention<sup>187</sup> rekurriert.<sup>188</sup>

Obwohl typischerweise die Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges keine Voraussetzung für die Zulässigkeit eines investitionsrechtlichen Schiedsverfahrens ist,<sup>189</sup> haben einige Schiedsgerichte in Fällen einer angeblichen Rechtsverweigerung gefordert, dass der Investor erst den innerstaatlichen Instanzenzug durchlaufen müsse.<sup>190</sup>

## V. Prinzip von Treu und Glauben

Das Prinzip von Treu und Glauben ist ein weiteres wichtiges Element des FET-Grundsatzes.<sup>191</sup> Das Schiedsgericht im Fall *Tecmed v. Mexico* charakterisierte die Be-

prises, a sense of juridical propriety.“; Amerikanischer Mustervertrag von 2004, Art. 5, Abs. 2, lit. a (*supra* Fn. 31).

<sup>183</sup> *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law, 142-144; Siehe ebenfalls den amerikanischen Mustervertrag von 2004, Art. 5 Abs. 2 lit. a (*supra* Fn. 31); *Schill*, in: ders. (Hrsg.), International Investment Law and Comparative Public Law, 151 (166 f.).

<sup>184</sup> *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Final Award vom 30. August 2000, para. 91.

<sup>185</sup> *Kläger*, ‚Fair and Equitable Treatment‘ in International Investment Law, 217-224.

<sup>186</sup> *Tams*, in: Ehlers/Wolffgang/Schröder (Hrsg.), Rechtsfragen Internationaler Investitionen, 81 (89).

<sup>187</sup> Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK), BGBl. 2010 II, 1198 (in der Fassung der Protokolle Nr. 11 und 14).

<sup>188</sup> *Kläger*, ‚Fair and Equitable Treatment‘ in International Investment Law, 218 f.

<sup>189</sup> *Reinisch*, in: Tietje (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, 801 (802); *Krajewski*, Wirtschaftsvölkerrecht, Rn. 665.

<sup>190</sup> *Kläger*, ‚Fair and Equitable Treatment‘ in International Investment Law, 220-223; *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Final Award vom 26. Juni 2003, para. 168.

<sup>191</sup> Siehe, *inter alia*, *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL/NAFTA, Partial Award vom 13. November 2000, para. 134; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexi-*

ziehung zwischen FET und dem Prinzip von Treu und Glauben folgendermaßen: „the commitment of fair and equitable treatment (...) is an expression and part of the bona fide principle recognized in international law“<sup>192</sup>. Das Gutglaubensgebot ist keine eigenständige Verpflichtung des FET-Standards, sondern vielmehr ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, der die Auslegung sowie Konkretisierung des „Fair and Equitable Treatment“-Standards beeinflusst.<sup>193</sup>

Es ist inzwischen unstrittig, dass Bösgläubigkeit aufseiten des Staates dem Gebot der „gerechten und billigen Behandlung“ widerspricht.<sup>194</sup> Unter anderem sind der zweckwidrige Missbrauch rechtlicher Instrumente durch den Staat sowie ein konzentriertes Vorgehen staatlicher Behörden zum Zwecke der Schädigung oder Vereitelung eines Investitionsvorhabens Beispiele für staatliches Handeln in „bad faith“.<sup>195</sup> *Mala fide* ist jedoch keine Voraussetzung für eine Verletzung des FET-Standards.<sup>196</sup> Dies hat auch das Schiedsgericht im Fall *Glamis Gold* bestätigt.<sup>197</sup> Hingegen kann das Vorliegen von *bona fide* – analog zur Frage, ob eine staatliche Maßnahme als indirekte Enteignung gewertet werden muss,<sup>198</sup> – dem Staat in einem Schiedsverfahren zugutegehalten werden. So stellte das Schiedsgericht im Fall *GAMI v. Mexico* fest, dass „proof of a good faith effort by the Government to achieve the objectives of its laws and regulations may counter-balance instances of disregard of legal or regulatory requirements.“<sup>199</sup>

## E. FET und die nationale Regulierungssouveränität

Der Fall *Glamis Gold* ist ein Beispiel *par excellence*, dass sich das investitionsrechtliche Gebot der „gerechten und billigen Behandlung“ in einem Spannungsverhältnis zu der staatlichen Souveränität, hier insbesondere zur nationalen Regulierungsauto-

*can States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Final Award vom 29. Mai 2003, para. 153; *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award vom 17. März 2006, para. 307; *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Final Award vom 28. September 2007, para. 290, 297; *Yannaca-Small*, OECD Working Papers on International Investment, 38 f.

<sup>192</sup> *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Final Award vom 29. Mai 2003, para. 153.

<sup>193</sup> *Yannaca-Small*, OECD Working Papers on International Investment, 40.

<sup>194</sup> *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law, 145; *Glamis Gold, Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL/NAFTA, Final Award vom 8. Juni 2009, para. 616 („[...] bad faith is not required to find a violation of the fair and equitable treatment standard, but its presence is conclusive evidence of such.“) sowie para. 627 („[...] bad faith [...] certainly will be determinative of a violation [...]“).

<sup>195</sup> *Schreuer*, JWIT 6 (2005), 357 (385).

<sup>196</sup> *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law, 146 f. m.w.N.

<sup>197</sup> *Glamis Gold, Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL/NAFTA, Final Award vom 8. Juni 2009, para. 616, 627.

<sup>198</sup> *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Final Award vom 3. September 2001, para. 198 („Parties to the Treaty are not liable for economic injury that is the consequence of bona fide regulation within the accepted police powers of the State.“); *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award vom 17. März 2006, para. 255.

<sup>199</sup> *GAMI Investments, Inc. v. The Government of the United Mexican States*, UNCITRAL/NAFTA, Final Award vom 15. November 2004, para. 97.

nomie, befindet.<sup>200</sup> Die legislativen und administrativen Maßnahmen, die in *Glamis Gold* auf dem investitionsschutzrechtlichen Prüfstand standen, hatten zum Ziel, das religiöse und kulturelle Erbe der indigenen Bevölkerung zu schützen sowie die Naturlandschaft der kalifornischen Wüste vor empfindlichen Eingriffen zu bewahren. Bei einem festgestellten Verstoß gegen den FET-Standard muss der Staat dem Unternehmen regelmäßig hohe Entschädigungssummen zahlen. In der Folge, so die Kritik, unterlässt es der Staat regulative Maßnahmen im Bereich des Umwelt- oder Klimaschutzes zu ergreifen oder die Wirtschafts- und Sozialordnung zu gestalten, um kostspielige schiedsgerichtliche Entscheidungen zu seinen Lasten abzuwenden. Dieses Phänomen ist unter dem Namen „*chilling effect*“ oder „*regulatory chill*“ bekannt. Gerade angesichts des Befundes, dass bei der Anwendung des Gebotes der „gerechten und billigen Behandlung“ eine klare Entwicklung hin zu anspruchsvolleren Standards zu verzeichnen ist,<sup>201</sup> muss deshalb die legitime Frage gestellt werden, ob das FET-Konzept einseitig die wirtschaftlichen Interessen von Investoren protegiert.

Schiedsgerichte haben in der Vergangenheit bei der Beurteilung von Regierungshandeln ein hohes Maß an Rücksichtnahme und Behutsamkeit an den Tag gelegt. Regelmäßig erkennen die Schiedsgerichte das Recht der nationalen Behörden an, regulative Maßnahmen und Gesetze im Sinne des Allgemeinwohls zu erlassen.<sup>202</sup> Darüber hinaus kann – analog zur Schiedspraxis bei indirekten Enteignungen – die Entstehung einer allgemeinen Abwägungs- und Verhältnismäßigkeitslehre konstatiert werden.<sup>203</sup> Insbesondere dann, wenn die Belastungen für ausländische Investoren nicht unverhältnismäßig sind, steht die staatliche Souveränität, gesetzgebend und regulativ zum Schutz der öffentlichen Interessen tätig zu werden, außer Frage.<sup>204</sup> Die Schiedsgerichte berufen sich dabei zunehmend auch auf die Verhältnismäßigkeitslehre des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.<sup>205</sup> Die Zusicherung, ausländische Investoren gerecht und billig zu behandeln, ist folglich keine absolute Gewährleistung. Vielmehr gestattet das Prinzip einen Ausgleich zwischen Investitionsschutzrecht und nationalen Regulierungsspielräumen.<sup>206</sup> Sicherlich können günstige Bedingungen für

<sup>200</sup> *Glamis Gold, Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL/NAFTA, Final Award vom 8. Juni 2009, para. 8.

<sup>201</sup> *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law, 128.

<sup>202</sup> Siehe, *inter alia*, *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL/NAFTA, Partial Award vom 13. November 2000, para. 263 – rezipiert von *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability vom 14. Januar 2010, para. 505; *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award vom 17. März 2006, para. 305 sowie von *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Final Award vom 30. April 2004, para. 94; Siehe ebenfalls *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Final Award vom 11. September 2007, para. 332.

<sup>203</sup> *Tams*, in: Ehlers/Wolffgang/Schröder (Hrsg.), Rechtsfragen Internationaler Investitionen, 81 (88).

<sup>204</sup> *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability vom 14. Januar 2010, para. 285.

<sup>205</sup> *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Final Award vom 8. Oktober 2009, para. 293; *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Final Award vom 14. Juli 2006, para. 311; Siehe auch *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Final Award vom 6. Februar 2007, para. 346 sowie *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Final Award vom 29. Mai 2003, para. 122.

<sup>206</sup> *Schill*, in: ders. (Hrsg.), International Investment Law and Comparative Public Law, 151 (169 f.).

Kapitalanlagen nicht ohne gewisse Einschränkungen der staatlichen Ermessensspielräume erreicht werden.<sup>207</sup> In Bezug auf den FET-Grundsatz kann jedoch konstatiert werden, dass die bisherigen Schiedssprüche die regulative Macht von Staaten weitgehend intakt gelassen haben und damit auch nicht in mittelbare Konkurrenz zu anderen Gemeinwohlinteressen getreten sind.<sup>208</sup>

Ein weiterer Kritikpunkt ist die Unbestimmtheit und damit Unberechenbarkeit des Gebots der „gerechten und billigen Behandlung“.<sup>209</sup> In der dynamisch gewachsenen Schiedspraxis fehlt eine dogmatische Unterfütterung, also eine klare Konzeptionalisierung des FET-Standards.<sup>210</sup> Da ein konzeptionelles Verständnis fehlt, können Staaten kaum im Vorhinein abschätzen, ob ihre Handlungen in Bezug auf ausländische Investoren von Schiedsgerichten als „gerecht und billig“ eingestuft werden und sie somit haftbar gemacht werden können. Darüber hinaus scheint die schwache Rückbindung des Standards an objektive Kriterien den Schiedsrichtern einen großen subjektiven Einschätzungsspielraum zu geben.<sup>211</sup> Dies ist besonders im Lichte der institutionellen Besonderheiten der Schiedsgerichtsbarkeit im Investitionsschutzrecht problematisch: Schiedssprüche sind nach dem ICSID-Übereinkommen bindend und können wie ein rechtskräftiges innerstaatliches Urteil vollstreckt werden.<sup>212</sup> Im ICSID-System gibt es darüber hinaus keine Berufungsinstanz, die eine materiell-rechtliche Überprüfung des vorausgegangenen Schiedsspruches vornehmen könnte. Der Schiedsspruch kann nur wegen offensichtlicher prozessualer Verfahrensfehler annulliert werden.<sup>213</sup> Dass den subjektiven Vorstellungen der Schiedsrichter ein nicht unerhebliches Gewicht zukommt, ist auch deswegen bedenklich, weil die ernannten Schiedsrichter unzureichend demokratisch legitimiert sind.<sup>214</sup> Ein wichtiger Schritt, um solchen Bedenken zu begegnen, ist die Zulassung von sogenannten *amicus curiae*-Schriftsätzen von Nichtregierungsorganisationen sowie die generelle Erhöhung der

<sup>207</sup> Dolzer, *The International Lawyer* 39 (2005), 87 (105).

<sup>208</sup> Brower/Schill, *Chi. J. Int'l L.* 9 (2009), 471 (487-489).

<sup>209</sup> Schill, in: Hofmann/Tams (Hrsg.), *The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID)*, 31 (36).

<sup>210</sup> *Ibid.*, 33.

<sup>211</sup> Vgl. Yannaca-Small, *OECD Working Papers on International Investment*, 2 f. („[...] a number of governments seem to be concerned that, the less guidance is provided for arbitrators, the more discretion is involved and the closer the process resembles decisions *ex aequo et bono*, i.e based on the arbitrators' notions of 'fairness' and 'equity'.“); UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, Series on Issues in International Investment Agreements, UNCTAD/ITE/IIT/11(Vol.III), erhältlich im Internet: <<http://www.unctad.org/en/docs/psiteiitd11v3.en.pdf>> (besucht am 2. November 2011), 10 („[...] the concepts 'fair' and 'equitable' are by themselves inherently subjective [...]“); Schill, in: Hofmann/Tams (Hrsg.), *The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID)*, 31 (37 f.).

<sup>212</sup> Art. 53 Abs. 1 und Art. 54 Abs. 1 des Übereinkommens zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten vom 18. März 1965 (ICSID-Übereinkommen), BGBl. II 1969, 369; Vgl. ebenfalls den deutschen Mustervertrag von 2009 (*supra* Fn. 37), Art. 10 Abs. 3; siehe ebenfalls Reinisch, in: Tietje (Hrsg.), *Internationales Wirtschaftsrecht*, 801 (812, Rn. 34-36).

<sup>213</sup> Art. 52 Abs. 1 ICSID-Übereinkommen.

<sup>214</sup> Braun, in: Waibel/Kaushal/et al. (Hrsg.), *The Backlash against Investment Arbitration*, 491 (500); Choudhury, *Vand. J. Transnat'l L.* 41 (2008), 775 (782).

Transparenz der Verfahren.<sup>215</sup> Das Schiedsgericht im Fall *Glamis Gold* hat diesbezüglich einen großen Beitrag zur transparenten Verfahrensgestaltung geleistet: Es akzeptierte Eingaben des indigenen Volkes der Quechan sowie von Umweltschutzorganisationen.<sup>216</sup>

## F. Resümee

Das Gebot der „gerechten und billigen Behandlung“ hat sich zu einem der mächtigsten Instrumente ausländischer Investoren in investitionsrechtlichen Schiedsverfahren entwickelt. Der FET-Grundsatz schützt Investoren aber ausdrücklich nicht vor allgemeinen unternehmerischen Risiken oder unklugen Geschäftsentscheidungen.<sup>217</sup> Vielmehr verbietet er unverhältnismäßige, ungerechte und unbillige Maßnahmen des Gaststaates. Auch wenn der „Fair and Equitable Treatment“-Standard sicherlich noch weiterer Präzisierung bedarf, so kann die bisherige schiedsgerichtliche Praxis dennoch bereits als verlässlicher Kompass für Investoren und Regierungen dienen. Denn obwohl der FET-Standard erst seit gut einem Jahrzehnt eine größere Rolle in Investitionsstreitigkeiten spielt, sind die großen Leitlinien, was eine „gerechte und billige Behandlung“ ausmacht, bereits klar erkennbar. Des Weiteren wird die wachsende Zahl an Schiedssprüchen allmählich zur weiteren Konkretisierung des FET-Grundsatzes beitragen und somit die Rechtssicherheit, Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit – sowohl für den Investor als auch für den Staat – erhöhen.

Die Anwendung des FET-Standards durch das Schiedsgericht in *Glamis Gold v. United States* muss ambivalent bewertet werden. Einerseits ist die normative Stoßrichtung des Schiedsspruches zu begrüßen: Das Schiedsgericht hat bestätigt, dass Staaten in Abwesenheit spezifischer Zusicherungen oder Versprechungen weite regulative Freiräume besitzen, insbesondere um mit dem Eigentumsschutz konkurrierenden Gemeinwohlinteressen ausreichend Rechnung tragen zu können. Andererseits ist der rechtliche Wert der Entscheidung begrenzt: Das Schiedsgericht kapselt sich von der schiedsgerichtlichen Praxis außerhalb des NAFTA-Raumes ab und beharrt auf der Anwendung des antiquierten *Neer*-Standards. Der Schiedsspruch *Glamis Gold* belegt darüber hinaus eindrucksvoll, dass Schiedsrichter bei der rechtlichen Anwendung des FET-Grundsatzes ein hohes Maß an Verantwortung tragen. Die Anforderungen des Eigentumsschutzes müssen mit anderen Gemeinwohlinteressen, der Vertrauensschutz des Investors mit der generellen Regulierungsautonomie des Staates zum Ausgleich gebracht werden. Die Belange kapitalexportierender Länder müssen ebenso berücksichtigt werden wie die kapitalimportierender Länder. Gefragt ist ein Ausgleich verschiedener legitimer Interessen und Rechtsgüter, ein Ausgleich zwischen Stabilität und Veränderung. Die bisherige wie künftige Schiedspraxis wird sich in diesem schwierigen Spannungsfeld bewegen. Gelingt die maßvolle Grenzziehung, dann schafft das

<sup>215</sup> *Reinisch*, in: Tietje (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, 801 (815 f., Rn. 43-44).

<sup>216</sup> *Kahn*, *Fordham Int'l L.J.* 33 (2009), 101 (116 ff.).

<sup>217</sup> *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Final Award vom 25. Mai 2004, para. 167 sowie *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Final Award vom 11. September 2007, para. 308.

Gebot der „gerechten und billigen Behandlung“ ein investitionsfreundliches Klima sowie sichere rechtliche Rahmenbedingungen für ausländische Direktinvestitionen und mehr auf diesem Wege den Wohlstand der Menschen.

## SCHRIFTTUM

- Braun*, Tillmann Rudolf, Globalization: The Driving Force in International Investment Law, in: Waibel, Michael/Kaushal, Asha/et al. (Hrsg.), *The Backlash against Investment Arbitration*, Alphen aan den Rijn 2010, 491-506.
- Brower*, Charles N./*Schill*, Stephan W., Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?, *Chicago Journal of International Law* 9 (2009), 471-498.
- Choudhury*, Barnali, Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit?, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 41 (2008), 775-832.
- Commission*, Jeffery P., Precedent in Investment Treaty Arbitration – A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence, *Journal of International Arbitration* 24 (2007), 129-158.
- Dickerson*, Hollin, Minimum Standards, in: Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, erhältlich im Internet: <<http://www.mpepil.com>> (besucht am 2. November 2011).
- Dolzer*, Rudolf, Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties, *The International Lawyer* 39 (2005), 87-106.
- /*Schreuer*, Christoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford 2008.
- Graf Vitzthum*, Wolfgang, Begriff, Geschichte und Rechtsquellen des Völkerrechts, in: ders. (Hrsg.), *Völkerrecht*, 5. Auflage, Berlin 2010, 1-71.
- Gray*, Michelle E., Broadening NAFTA Article 1105 Protections: A Small Price for International Investment, *Houston Law Review* 48 (2011), 383-420.
- Herdegen*, Matthias, *Internationales Wirtschaftsrecht – Ein Studienbuch*, 9. Auflage, München 2011.
- *Völkerrecht*, 10. Auflage, München 2011.
- Kahn*, Jordan C., Striking NAFTA Gold: Glamis Advances Investor-State Arbitration, *Fordham International Law Journal* 33 (2009), 101-155.
- Kläger*, Roland, 'Fair and Equitable Treatment' in International Investment Law, Cambridge 2011.
- Die Entwicklung des allgemeinen völkerrechtlichen Fremdenrechts – unter besonderer Berücksichtigung seiner Wechselwirkungen mit dem internationalen Investitionsschutzrecht, *Beiträge zum Europa- und Völkerrecht*, Heft 6, Halle 2011.
- Krajewski*, Markus, *Wirtschaftsvölkerrecht*, 2. Auflage, Heidelberg/München/Hamburg 2009.
- Leutert*, Jürg, Einseitige Erklärungen im Völkerrecht – Ein Beitrag zur Lehre vom Vertrauensschutz, *Reihe Völkerrecht*, Band 1, Diessenhofen 1979.
- Lowenfeld*, Andreas F., *International Economic Law*, 2. Auflage, Oxford 2008.
- McLachlan*, Campbell/*Shore*, Laurence/*Weiniger*, Matthew, *International Investment Arbitration – Substantive Principles*, Oxford 2007.
- Müller*, Jörg P., Vertrauensschutz im Völkerrecht, *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, Band 56, Köln 1971.
- Newcombe*, Andrew/*Paradell*, Lluís, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, The Hague 2009.
- Paulsson*, Jan/*Petrochilos*, Georgios, Neer-ly Mised?, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 22 (2007), 242-257.

- Reinisch*, August, Internationales Investitionsschutzrecht, in: Tietje, Christian (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, Berlin 2009, 346-374.
- Die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten, in: Tietje, Christian (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, Berlin 2009, 801-817.
  - Enteignung und Fair and Equitable Treatment, in: Tietje, Christian (Hrsg.), International Investment Protection and Arbitration – Theoretical and Practical Perspectives, Schriften zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Band 10, Berlin 2008, 119-138.
- Rensmann*, Thilo, Völkerrechtlicher Enteignungsschutz, in: Ehlers, Dirk/Wolffgang, Hans-Michael/Schröder, Ulrich Jan (Hrsg.), Rechtsfragen Internationaler Investitionen – Tagungsband zum 13. Münsteraner Außenwirtschaftsrechtstag 2008, Frankfurt am Main 2009, 25-54.
- Schill*, Stephan W., System-Building in Investment Treaty Arbitration and Lawmaking, German Law Journal 12 (2011), 1083-1110.
- Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law, in: ders. (Hrsg.), International Investment Law and Comparative Public Law, Oxford 2010, 151-182.
  - Glamis Gold, Ltd. v. United States, The American Journal of International Law 104 (2010), 253-259.
  - ‚Fair and Equitable Treatment‘ as an Embodiment of the Rule of Law, in: Hofmann, Rainer/Tams, Christian (Hrsg.), The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID): Taking Stock after 40 Years., Schriften zur Europäischen Integration und Internationalen Wirtschaftsordnung, Band 7, Baden-Baden 2007, 31-72.
- Schöbener*, Burkhard/*Herbst*, Jochen/*Perkams*, Markus, Internationales Wirtschaftsrecht, Heidelberg 2010.
- Schreuer*, Christoph, Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice, The Journal of World Investment & Trade 6 (2005), 357-386.
- Stein*, Torsten/*von Buttlar*, Christian, Völkerrecht, 12. Auflage, Köln 2009.
- Tams*, Christian, Maßgebliche inhaltliche Regelungen des Investitionsschutzrechts – illustriert anhand der Grundsätze der Meistbegünstigung sowie der gerechten und billigen Behandlung, in: Ehlers, Dirk/Wolffgang, Hans-Michael/Schröder, Ulrich Jan (Hrsg.), Rechtsfragen Internationaler Investitionen – Tagungsband zum 13. Münsteraner Außenwirtschaftsrechtstag 2008, Frankfurt am Main 2009, 81-101.
- Tudor*, Ioana, The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment, Oxford 2008.
- Vandeveld*, Kenneth J., A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment, New York University Journal of International Law & Politics 43 (2010), 43-106.
- Vasciannie*, Stephen, The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice, British Year Book of International Law 70 (2000), 99-164.
- Verdross*, Alfred/*Simma*, Bruno, Universelles Völkerrecht – Theorie und Praxis, 3. Auflage, Berlin 1984.
- von Heinegg*, Heintschel, § 16. Das Gewohnheitsrecht, in: Ipsen, Knut (Hrsg.), Völkerrecht, 5. Auflage, München 2004, 210-230.
- Yannaca-Small*, Catherine: „Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law“, OECD Working Papers on International Investment, Nr. 2004/3, 2004, erhältlich im Internet: <<http://www.oecd.org/dataoecd/22/53/33776498.pdf>> (besucht am 2. November 2009).



## **Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht**

(bis Heft 13 erschienen unter dem Titel: Arbeitspapiere aus dem  
Institut für Wirtschaftsrecht – ISSN 1619-5388)

ISSN 1612-1368 (print)  
ISSN 1868-1778 (elektr.)

### **Bislang erschienene Hefte**

- Heft 1 Wiebe-Katrin Boie, Der Handel mit Emissionsrechten in der EG/EU – Neue Rechtssetzungsinitiative der EG-Kommission, März 2002, ISBN 3-86010-639-2
- Heft 2 Susanne Rudisch, Die institutionelle Struktur der Welthandelsorganisation (WTO): Reformüberlegungen, April 2002, ISBN 3-86010-646-5
- Heft 3 Jost Delbrück, Das Staatsbild im Zeitalter wirtschaftsrechtlicher Globalisierung, Juli 2002, ISBN 3-86010-654-6
- Heft 4 Christian Tietje, Die historische Entwicklung der rechtlichen Disziplinierung technischer Handelshemmnisse im GATT 1947 und in der WTO-Rechtsordnung, August 2002, ISBN 3-86010-655-4
- Heft 5 Ludwig Gramlich, Das französische Asbestverbot vor der WTO, August 2002, ISBN 3-86010-653-8
- Heft 6 Sebastian Wolf, Regulative Maßnahmen zum Schutz vor gentechnisch veränderten Organismen und Welthandelsrecht, September 2002, ISBN 3-86010-658-9
- Heft 7 Bernhard Kluttig/Karsten Nowrot, Der „Bipartisan Trade Promotion Authority Act of 2002“ – Implikationen für die Doha-Runde der WTO, September 2002, ISBN 3-86010-659-7
- Heft 8 Karsten Nowrot, Verfassungsrechtlicher Eigentumsschutz von Internet-Domains, Oktober 2002, ISBN 3-86010-664-3
- Heft 9 Martin Winkler, Der Treibhausgas-Emissionsrechtehandel im Umweltvölkerrecht, November 2002, ISBN 3-86010-665-1
- Heft 10 Christian Tietje, Grundstrukturen und aktuelle Entwicklungen des Rechts der Beilegung internationaler Investitionsstreitigkeiten, Januar 2003, ISBN 3-86010-671-6
- Heft 11 Gerhard Kraft/Manfred Jäger/Anja Dreiling, Abwehrmaßnahmen gegen feindliche Übernahmen im Spiegel rechtspolitischer Diskussion und ökonomischer Sinnhaftigkeit, Februar 2003, ISBN 3-86010-647-0
- Heft 12 Bernhard Kluttig, Welthandelsrecht und Umweltschutz – Kohärenz statt Konkurrenz, März 2003, ISBN 3-86010-680-5
- Heft 13 Gerhard Kraft, Das Corporate Governance-Leitbild des deutschen Unternehmenssteuerrechts: Bestandsaufnahme – Kritik – Reformbedarf, April 2003, ISBN 3-86010-682-1

- Heft 14 Karsten Nowrot/Yvonne Wardin, Liberalisierung der Wasserversorgung in der WTO-Rechtsordnung – Die Verwirklichung des Menschenrechts auf Wasser als Aufgabe einer transnationalen Verantwortungsgemeinschaft, Juni 2003, ISBN 3-86010-686-4
- Heft 15 Alexander Böhmer/Guido Glania, The Doha Development Round: Reintegrating Business Interests into the Agenda – WTO Negotiations from a German Industry Perspective, Juni 2003, ISBN 3-86010-687-2
- Heft 16 Dieter Schneider, „Freimütige, lustige und ernsthafte, jedoch vernunft- und gesetzmäßige Gedanken“ (Thomasius) über die Entwicklung der Lehre vom gerechten Preis und fair value, Juli 2003, ISBN 3-86010-696-1
- Heft 17 Andy Ruzik, Die Anwendung von Europarecht durch Schiedsgerichte, August 2003, ISBN 3-86010-697-X
- Heft 18 Michael Slonina, Gesundheitsschutz contra geistiges Eigentum? Aktuelle Probleme des TRIPS-Übereinkommens, August 2003, ISBN 3-86010-698-8
- Heft 19 Lorenz Schomerus, Die Uruguay-Runde: Erfahrungen eines Chef-Unterhändlers, September 2003, ISBN 3-86010-704-6
- Heft 20 Michael Slonina, Durchbruch im Spannungsverhältnis TRIPS and Health: Die WTO-Entscheidung zu Exporten unter Zwangslizenzen, September 2003, ISBN 3-86010-705-4
- Heft 21 Karsten Nowrot, Die UN-Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights – Gelungener Beitrag zur transnationalen Rechtsverwirklichung oder das Ende des Global Compact?, September 2003, ISBN 3-86010-706-2
- Heft 22 Gerhard Kraft/Ronald Krengel, Economic Analysis of Tax Law – Current and Past Research Investigated from a German Tax Perspective, Oktober 2003, ISBN 3-86010-715-1
- Heft 23 Ingeborg Fogt Bergby, Grundlagen und aktuelle Entwicklungen im Streitbeilegungsrecht nach dem Energiechartavertrag aus norwegischer Perspektive, November 2003, ISBN 3-86010-719-4
- Heft 24 Lilian Habermann/Holger Pietzsch, Individualrechtsschutz im EG-Antidumpingrecht: Grundlagen und aktuelle Entwicklungen, Februar 2004, ISBN 3-86010-722-4
- Heft 25 Matthias Hornberg, Corporate Governance: The Combined Code 1998 as a Standard for Directors' Duties, März 2004, ISBN 3-86010-724-0
- Heft 26 Christian Tietje, Current Developments under the WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures as an Example for the Functional Unity of Domestic and International Trade Law, März 2004, ISBN 3-86010-726-7
- Heft 27 Henning Jessen, Zollpräferenzen für Entwicklungsländer: WTO-rechtliche Anforderungen an Selektivität und Konditionalität – Die GSP-Entscheidung des WTO Panel und Appellate Body, Mai 2004, ISBN 3-86010-730-5

- Heft 28 Tillmann Rudolf Braun, Investment Protection under WTO Law – New Developments in the Aftermath of Cancún, Mai 2004, ISBN 3-86010-731-3
- Heft 29 Juliane Thieme, Latente Steuern – Der Einfluss internationaler Bilanzierungsvorschriften auf die Rechnungslegung in Deutschland, Juni 2004, ISBN 3-86010-733-X
- Heft 30 Bernhard Kluttig, Die Klagebefugnis Privater gegen EU-Rechtsakte in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes: Und die Hoffnung stirbt zuletzt..., September 2004, ISBN 3-86010-746-1
- Heft 31 Ulrich Immenga, Internationales Wettbewerbsrecht: Unilateralismus, Bilateralismus, Multilateralismus, Oktober 2004, ISBN 3-86010-748-8
- Heft 32 Horst G. Krenzler, Die Uruguay Runde aus Sicht der Europäischen Union, Oktober 2004, ISBN 3-86010-749-6
- Heft 33 Karsten Nowrot, Global Governance and International Law, November 2004, ISBN 3-86010-750-X
- Heft 34 Ulrich Beyer/Carsten Oehme/Friederike Karmrodt, Der Einfluss der Europäischen Grundrechtecharta auf die Verfahrensgarantien im Unionsrecht, November 2004, ISBN 3-86010-755-0
- Heft 35 Frank Rieger/Johannes Jester/ Michael Sturm, Das Europäische Kartellverfahren: Rechte und Stellung der Beteiligten nach Inkrafttreten der VO 1/03, Dezember 2004, ISBN 3-86010-764-X
- Heft 36 Kay Wissenbach, Systemwechsel im europäischen Kartellrecht: Dezentralisierte Rechtsanwendung in transnationalen Wettbewerbsbeziehungen durch die VO 1/03, Februar 2005, ISBN 3-86010-766-6
- Heft 37 Christian Tietje, Die Argentinien-Krise aus rechtlicher Sicht: Staatsanleihen und Staateninsolvenz, Februar 2005, ISBN 3-86010-770-4
- Heft 38 Matthias Bickel, Die Argentinien-Krise aus ökonomischer Sicht: Herausforderungen an Finanzsystem und Kapitalmarkt, März 2005, ISBN 3-86010-772-0
- Heft 39 Nicole Steinat, Comply or Explain – Die Akzeptanz von Corporate Governance Kodizes in Deutschland und Großbritannien, April 2005, ISBN 3-86010-774-7
- Heft 40 Karoline Robra, Welthandelsrechtliche Aspekte der internationalen Besteuerung aus europäischer Perspektive, Mai 2005, ISBN 3-86010-782-8
- Heft 41 Jan Bron, Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in der EG, Juli 2005, ISBN 3-86010-791-7
- Heft 42 Christian Tietje/Sebastian Wolf, REACH Registration of Imported Substances – Compatibility with WTO Rules, July 2005, ISBN 3-86010-793-3
- Heft 43 Claudia Decker, The Tension between Political and Legal Interests in Trade Disputes: The Case of the TEP Steering Group, August 2005, ISBN 3-86010-796-8

- Heft 44 Christian Tietje (Hrsg.), Der Beitritt Russlands zur Welthandelsorganisation (WTO), August 2005, ISBN 3-86010-798-4
- Heft 45 Wang Heng, Analyzing the New Amendments of China's Foreign Trade Act and its Consequent Ramifications: Changes and Challenges, September 2005, ISBN 3-86010-802-6
- Heft 46 James Bacchus, Chains Across the Rhine, October 2005, ISBN 3-86010-803-4
- Heft 47 Karsten Nowrot, The New Governance Structure of the Global Compact – Transforming a “Learning Network” into a Federalized and Parliamentarized Transnational Regulatory Regime, November 2005, ISBN 3-86010-806-9
- Heft 48 Christian Tietje, Probleme der Liberalisierung des internationalen Dienstleistungshandels – Stärken und Schwächen des GATS, November 2005, ISBN 3-86010-808-5
- Heft 49 Katja Moritz/Marco Gesse, Die Auswirkungen des Sarbanes-Oxley Acts auf deutsche Unternehmen, Dezember 2005, ISBN 3-86010-813-1
- Heft 50 Christian Tietje/Alan Brouder/Karsten Nowrot (eds.), Philip C. Jessup's *Transnational Law* Revisited – On the Occasion of the 50th Anniversary of its Publication, February 2006, ISBN 3-86010-825-5
- Heft 51 Susanne Probst, Transnationale Regulierung der Rechnungslegung – International Accounting Standards Committee Foundation und Deutsches Rechnungslegungs Standards Committee, Februar 2006, ISBN 3-86010-826-3
- Heft 52 Kerstin Rummel, Verfahrensrechte im europäischen Arzneimittelzulassungsrecht, März 2006, ISBN 3-86010-828-X
- Heft 53 Marko Wohlfahrt, Gläubigerschutz bei EU-Auslandsgesellschaften, März 2006, ISBN (10) 3-86010-831-X, ISBN (13) 978-3-86010-831-4
- Heft 54 Nikolai Fichtner, The Rise and Fall of the Country of Origin Principle in the EU's Services Directive – Uncovering the Principle's Premises and Potential Implications –, April 2006, ISBN (10) 3-86010-834-4, ISBN (13) 978-3-86010-834-5
- Heft 55 Anne Reinhardt-Salcinovic, Informelle Strategien zur Korruptionsbekämpfung – Der Einfluss von Nichtregierungsorganisationen am Beispiel von Transparency International –, Mai 2006, ISBN (10) 3-86010-840-9, ISBN (13) 978-3-86010-840-6
- Heft 56 Marius Rochow, Die Maßnahmen von OECD und Europarat zur Bekämpfung der Bestechung, Mai 2006, ISBN (10) 3-86010-842-5, ISBN (13) 978-3-86010-842-0
- Heft 57 Christian J. Tams, An Appealing Option? The Debate about an ICSID Appellate Structure, Juni 2006, ISBN (10) 3-86010-843-3, ISBN (13) 978-3-86010-843-7
- Heft 58 Sandy Hamelmann, Internationale Jurisdiktionskonflikte und Vernetzungen transnationaler Rechtsregime – Die Entscheidungen des Panels und des Appellate Body der WTO in Sachen “Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages” –, Juli 2006, ISBN (10) 3-86010-850-6, ISBN (13) 978-3-86010-850-5
- Heft 59 Torje Sunde, Möglichkeiten und Grenzen innerstaatlicher Regulierung nach Art. VI GATS, Juli 2006, ISBN (10) 3-86010-849-2, ISBN (13) 978-3-86010-849-9

- Heft 60 Kay Wissenbach, Schadenersatzklagen gegen Kartellmitglieder – Offene Fragen nach der 7. Novellierung des GWB, August 2006, ISBN (10) 3-86010-852-2, ISBN (13) 978-3-86010-852-9
- Heft 61 Sebastian Wolf, Welthandelsrechtliche Rahmenbedingungen für die Liberalisierung ausländischer Direktinvestitionen – Multilaterale Investitionsverhandlungen oder Rückbesinnung auf bestehende Investitionsregelungen im Rahmen der WTO?, September 2006, ISBN (10) 3-86010-860-3, ISBN (13) 978-3-86010-860-4
- Heft 62 Daniel Kirmse, Cross-Border Delisting – Der Börsenrückzug deutscher Aktiengesellschaften mit Zweitnotierungen an ausländischen Handelsplätzen, Oktober 2006, ISBN (10) 3-86010-861-1, ISBN (13) 978-3-86010-861-1
- Heft 63 Karoline Kampermann, Aktuelle Entwicklungen im internationalen Investitionsschutzrecht mit Blick auf die staatliche Steuersouveränität, Dezember 2006, ISBN (10) 3-86010-879-4, ISBN (13) 978-3-86010-879-6
- Heft 64 Maria Pätz, Die Auswirkungen der Zinsrichtlinie innerhalb der EU und im Verhältnis zur Schweiz, April 2007, ISBN 978-3-86010-904-5
- Heft 65 Norman Hölzel, Kartellrechtlicher Individualrechtsschutz im Umbruch – Neue Impulse durch Grünbuch und *Zementkartell*, Mai 2007, ISBN 978-3-86010-903-8
- Heft 66 Karsten Nowrot, Netzwerke im Transnationalen Wirtschaftsrecht und Rechtsdogmatik, Mai 2007, ISBN 978-3-86010-908-3
- Heft 67 Marzena Przewlocka, Die rechtliche Regelung von Directors' Dealings in Deutschland und Polen – unter Berücksichtigung der Neuerungen durch das Transparenzrichtlinie-Umsetzungsgesetz –, Juni 2007, ISBN 978-3-86010-909-0
- Heft 68 Steffen Fritzsche, Open Skies EU-USA – an extraordinary achievement!? August 2007, ISBN 978-3-86010-933-5
- Heft 69 Günter Hirsch, Internationalisierung und Europäisierung des Privatrechts, September 2007, ISBN 978-3-86010-922-9
- Heft 70 Karsten Nowrot, The Relationship between National Legal Regulations and CSR Instruments: Complementary or Exclusionary Approaches to Good Corporate Citizenship? Oktober 2007, ISBN 978-3-86010-945-8
- Heft 71 Martin Brenncke, Is “fair use” an option for U.K. copyright legislation? November 2007, ISBN 978-3-86010-963-2
- Heft 72 Rainer Bierwagen, Das Grünbuch der Europäischen Kommission zu den handelspolitischen Schutzinstrumenten der EG – ein Meilenstein in der Reformdebatte? November 2007, ISBN 978-3-86010-966-3
- Heft 73 Murad L. Wisniewski, Employee involvement in multinational corporations – A European perspective, Februar 2008, ISBN 978-3-86010-996-0
- Heft 74 Christian Tietje/Karsten Nowrot/Clemens Wackernagel, Once and Forever? The Legal Effects of a Denunciation of ICSID, March 2008, ISBN 978-3-86829-011-0

- Heft 75 Christian Tietje/Bernhard Kluttig, Beschränkungen ausländischer Unternehmensbeteiligungen und -übernahmen – Zur Rechtslage in den USA, Großbritannien, Frankreich und Italien, Mai 2008, ISBN 978-3-86829-035-6
- Heft 76 Daniel Scharf, Die Kapitalverkehrsfreiheit gegenüber Drittstaaten, Juni 2008, ISBN 978-3-86829-048-6
- Heft 77 Martina Franke, Chinas Währungspolitik in der Kritik des US-amerikanischen und des internationalen Wirtschaftsrechts, August 2008, ISBN 978-3-86829-069-1
- Heft 78 Christian Tietje, The Applicability of the Energy Charter Treaty in ICSID Arbitration of EU Nationals vs. EU Member States, September 2008, ISBN 978-3-86829-071-4
- Heft 79 Martin Brenncke, The EU Roaming Regulation and its non-compliance with Article 95 EC, October 2008, ISBN 978-3-86829-078-3
- Heft 80 Katharina Winzer, Der Umzug einer GmbH in Europa – Betrachtungen im Lichte der Rechtsprechung des EuGH sowie der aktuellen Gesetzgebung, November 2008, ISBN 978-3-86829-083-7
- Heft 81 Jürgen Bering, Die rechtliche Behandlung von ‚Briefkastenfirmen‘ nach Art. 17 ECT und im allgemeinen internationalen Investitionsschutzrecht, Dezember 2008, ISBN 978-3-86829-101-8
- Heft 82 Clemens Wackernagel, Das Verhältnis von treaty und contract claims in der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, Januar 2009, ISBN 978-3-86829-103-2
- Heft 83 Christian Tietje, Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon, Januar 2009, ISBN 978-3-86829-105-6
- Heft 84 Martina Franke, Historische und aktuelle Lösungsansätze zur Rohstoffversorgungssicherheit, Februar 2009, ISBN 978-3-86829-127-8
- Heft 85 Hans Tietmeyer, Währungs- und Finanzmarktstabilität als Aufgabe – Rückblick und Perspektiven, März 2009, ISBN 978-3-86829-119-3
- Heft 86 Wolfgang Ramsteck, Die Germany Trade and Invest GmbH und die Reformen der Außenwirtschaftsförderung des Bundes: Eine Kopie des britischen Ansatzes?, März 2009, ISBN 978-3-86829-129-2
- Heft 87 Sven Leif Erik Johannsen, Der Investitionsbegriff nach Art. 25 Abs. 1 der ICSID-Konvention, April 2009, ISBN 978-3-86829-131-5
- Heft 88 Koresuke Yamauchi, Das globale Internationale Privatrecht im 21. Jahrhundert – Wendung des klassischen Paradigmas des IPRs zur Globalisierung, Mai 2009, ISBN 978-3-86829-148-3
- Heft 89 Dana Ruddigkeit, Border Tax Adjustment an der Schnittstelle von Welthandelsrecht und Klimaschutz vor dem Hintergrund des Europäischen Emissionszertifikatehandels, Juli 2009, ISBN 978-3-86829-151-3

- Heft 90 Sven Leif Erik Johannsen, Die Kompetenz der Europäischen Union für ausländische Direktinvestitionen nach dem Vertrag von Lissabon, August 2009, ISBN 978-3-86829-155-1
- Heft 91 André Duczek, Rom II-VO und Umweltschädigung – Ein Überblick, September 2009, ISBN 978-3-86829-175-9
- Heft 92 Carsten Quilitzsch, Projektfinanzierung als Mittel zur Umsetzung inter-nationaler Rohstoffvorhaben, Oktober 2009, ISBN 978-3-86829-183-4
- Heft 93 Christian Tietje, Internationales Investitionsschutzrecht im Spannungsverhältnis von staatlicher Regelungsfreiheit und Schutz wirtschaftlicher Individualinteressen, Februar 2010, ISBN 978-3-86829-218-3
- Heft 94 Carsten Quilitzsch, Grenzüberschreitende Verlustverrechnung bei gewerblichen Betriebsstätten und Tochterkapitalgesellschaften in der Europäischen Union – Eine ökonomische Analyse, März 2010, ISBN 978-3-86829-259-6
- Heft 95 Christian Maurer, Die gesetzlichen Maßnahmen in Deutschland zur Finanzmarktstabilisierung 2008 und 2009 – verfassungs- und europarechtliche Probleme, April 2010, ISBN 978-3-86829-273-2
- Heft 96 Karsten Nowrot, International Investment Law and the Republic of Ecuador: From Arbitral Bilateralism to Judicial Regionalism, Mai 2010, ISBN 978-3-86829-276-3
- Heft 97 Diemo Dietrich/Jasper Finke/Christian Tietje, Liberalization and Rules on Regulation in the Field of Financial Services in Bilateral Trade and Regional Integration Agreements, Juni 2010, ISBN 978-3-86829-278-7
- Heft 98 Stefan Hoffmann, Bad Banks als Mittel zur Bewältigung der Wirtschaftskrise – Ein Vergleich der Modelle Deutschlands, der Schweiz, der Vereinigten Staaten und Großbritanniens, Juli 2010, ISBN 978-3-86829-283-1
- Heft 99 Alexander Grimm, Das Schicksal des in Deutschland belegenen Vermögens der Limited nach ihrer Löschung im englischen Register, September 2010, ISBN 978-3-86829-293-0
- Heft 100 Ernst-Joachim Mestmäcker, Die Wirtschaftsverfassung der EU im globalen Systemwettbewerb, März 2011, ISBN 978-3-86829-346-3
- Heft 101 Daniel Scharf, Das Komitologieverfahren nach dem Vertrag von Lissabon – Neuerungen und Auswirkungen auf die Gemeinsame Handelspolitik, Dezember 2010, ISBN 978-3-86829-308-1
- Heft 102 Matthias Böttcher, „Clearstream“ – Die Fortschreibung der Essential Facilities-Doktrin im Europäischen Wettbewerbsrecht, Januar 2011, ISBN 978-3-86829-318-0
- Heft 103 Dana Ruddigkeit, Die kartellrechtliche Beurteilung der Kopplungsgeschäfte von *eBay* und *PayPal*, Januar 2011, ISBN 978-3-86829-316-6
- Heft 104 Christian Tietje, Bilaterale Investitionsschutzverträge zwischen EU-Mitgliedstaaten (Intra-EU-BITs) als Herausforderung im Mehrebenen-system des Rechts, Januar 2011, ISBN 978-3-86829-320-3

- Heft 105 Jürgen Bering/Tillmann Rudolf Braun/Ralph Alexander Lorz/Stephan W. Schill/Christian J. Tams/Christian Tietje, General Public International Law and International Investment Law – A Research Sketch on Selected Issues –, März 2011, ISBN 978-3-86829-324-1
- Heft 106 Christoph Benedict/Patrick Fiedler/Richard Happ/Stephan Hobe/Robert Hunter/Lutz Kniprath/Ulrich Klemm/Sabine Konrad/Patricia Nacimiento/Hartmut Paulsen/Markus Perkams/Marie Louise Seelig/Anke Sessler, The Determination of the Nationality of Investors under Investment Protection Treaties, März 2011, ISBN 978-3-86829-341-8
- Heft 107 Christian Tietje, Global Information Law – Some Systemic Thoughts, April 2011, ISBN 978-3-86829-354-8
- Heft 108 Claudia Koch, Incentives to Innovate in the Conflicting Area between EU Competition Law and Intellectual Property Protection – Investigation on the Microsoft Case, April 2011, ISBN 978-3-86829-356-2
- Heft 109 Christian Tietje, Architektur der Weltfinanzordnung, Mai 2011, ISBN 978-3-86829-358-6
- Heft 110 Kai Hennig, Der Schutz geistiger Eigentumsrechte durch internationales Investitionsschutzrecht, Mai 2011, ISBN 978-3-86829-362-3
- Heft 111 Dana Ruddigkeit, Das Financial Stability Board in der internationalen Finanzarchitektur, Juni 2011, ISBN 978-3-86829-369-2
- Heft 112 Beatriz Huarte Melgar/Karsten Nowrot/Wang Yuan, The 2011 Update of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Balanced Outcome or an Opportunity Missed?, Juni 2011, ISBN 978-3-86829-380-7
- Heft 113 Matthias Müller, Die Besteuerung von Stiftungen im nationalen und grenzüberschreitenden Sachverhalt, Juli 2011, ISBN 978-3-86829-385-2
- Heft 114 Martina Franke, WTO, China – Raw Materials: Ein Beitrag zu fairem Rohstoffhandel?, November 2011, ISBN 978-3-86829-419-4
- Heft 115 Tilman Michael Dralle, Der Fair and Equitable Treatment-Standard im Investitionsschutzrecht am Beispiel des Schiedsspruchs *Glamis Gold v. United States*, Dezember 2011, ISBN 978-3-86829-433-0