

## „Fair and equitable treatment“ im CETA – Innovation im Spannungsverhältnis zwischen Investor und Staat\*

### Summary

The European Commission has set an objective to formulate international investment agreements in such a way that no misuse by exploiting vague formulations and broad arbitrational freedom will be possible any more. It is precisely the commitment to guarantee investors “fair and equitable treatment”, regularly found in agreements, which has led to manifold criticism due to its vagueness and as a result of it not having excluded to date recourse to the benefit of the investor in violation of governmental regulatory freedom. In the Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada and the European Union, a new type of “fair and equitable treatment” clause has therefore been inserted setting narrow bounds to free arbitrational interpretation of this standard of protection by means of an exhaustive codification of existing arbitration practice. By means of a catalogue of factual requirements covering possible violations of the standard as well as through the possibility of flexible adjustment, the agreement introduces control mechanisms to prevent any escalating interpretations from arising. The formulation is seen as unsatisfactory with regards to one of its central components, the concept of “legitimate expectations”, which gives rise to tension between regulatory freedom and the interest of investors in the stability of the legal situation. It is true that a tendency towards restriction can be recognised in the codification of this concept in the agreement in its limiting the scope of application and posing higher demands on the nature of the governmental representations which can provide the basis for legitimate expectations. The desired degree of clarity is, however, missing to the extent that, in accordance with the goal of the European Union, no objection to alterations in the legal position in the public interest is possible. Despite this omission, overall for the first time in the history of international investment agreements, a substantial restriction to arbitration is established in the realm of “fair and equitable treatment”, which is why the innovative formulation of the standard of protection could point the way forward for other agreements.

### Résumé

La Commission européenne s’est donné pour mission d’aménager les accords internationaux de protection des investissements de manière à empêcher tout abus par le recours à des formulations vagues et à la liberté arbitrale. L’obligation habituellement ancrée dans pareils accords de réserver aux investisseurs un « traitement juste et équitable » s’est

---

\* Lukas Ernst ist Student am Fachbereich Rechtswissenschaften der Goethe-Universität Frankfurt am Main, 7. Fachsemester.

précisément retrouvée sous le feu des critiques en raison de son imprécision et n'a jusqu'à présent pas exclu la possibilité de recours favorable aux investisseurs au mépris de la liberté de régulation de l'État. L'accord économique et commercial global conclu entre le Canada et l'Union européenne contient donc un nouveau type de clause relative au « traitement juste et équitable », qui pose des limites strictes à la liberté d'interprétation arbitrale de cette norme de protection en codifiant de manière définitive la pratique en vigueur en la matière. En proposant un catalogue des possibles violations de la norme ainsi que la possibilité d'une adaptation flexible, l'accord instaure des mécanismes de contrôle qui permettent de prévenir toute interprétation excessive. L'aménagement des « attentes légitimes » – élément central de l'accord –, tiraillées entre la liberté de régulation et l'intérêt des investisseurs pour la stabilité de la situation juridique, reste néanmoins insatisfaisant. La codification de ce concept dans l'accord indique certes une tendance à la restriction, en ce sens qu'elle limite le champ d'application et pose des exigences plus strictes vis-à-vis de la nature des déclarations d'État, susceptibles de donner lieu à des attentes légitimes. Elle n'apporte cependant pas la clarté souhaitée quant à l'impossibilité de contester les modifications de la situation juridique dans l'intérêt public, conformément aux objectifs fixés par l'Union européenne. En dépit de ce manquement, on constate globalement, pour la première fois dans l'histoire des accords de protection des investissements, un ancrage notable de l'arbitrage dans le domaine du « traitement juste et équitable ». De ce fait, l'aménagement innovant de la norme de protection pourrait à l'avenir servir d'exemple à d'autres accords.

## I. Einleitung

Im Zuge der Verhandlungen zum *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA) zwischen Kanada und der *Europäischen Union* (EU) und zum *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP) zwischen den *USA* und der EU ist die *Europäische Kommission* mit dem Anspruch angetreten, Investitionsschutz durch „*modern and innovative provisions*“<sup>1</sup> festzuschreiben. Verhindert werden sollte jeder Missbrauch des Investitionsschutzsystems und dieses dergestalt, dass legitime Gesetze nicht erfolgreich angegriffen werden können.<sup>2</sup> Damit werden die Bedenken jener – beispielsweise des *Europäischen Parlaments*<sup>3</sup> – aufgegriffen, welche befürchten, dass die in internationalen Investitionsschutzabkommen (IIAs) für Investoren enthaltenen Schutzmechanismen negative Folgen bis hin zu einer paralysierenden Wirkung auf die regulatorische Freiheit und Handlungsfähigkeit von Staaten haben könnten. Angesichts der in der ge-

1 *Europäische Kommission*, Public consultation on modalities for investment protection and ISDS in TTIP, S. 2, abrufbar unter [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/march/tradoc\\_152280.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/march/tradoc_152280.pdf) (alle angegebenen Internetseiten wurden zuletzt am 16.04.2016 abgerufen).

2 *Europäische Kommission*, Pressemitteilung vom 26.9.2014 zum CETA, Nr. 7, abrufbar unter [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-14-542\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-542_en.htm).

3 Entschließung des *Europäischen Parlaments* vom 8. Juli 2015 mit den Empfehlungen des Europäischen Parlaments an die Kommission zu den Verhandlungen über die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP), c) xiv), abrufbar unter <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2015-0252+0+DOC+PDF+V0//DE>.

genwärtigen Diskussion um IIAs wie TTIP und CETA oft vernachlässigten Auseinandersetzung mit dem konkreten Norminhalt einzelner Bestandteile der Abkommen<sup>4</sup> erscheint es umso dringlicher, den Blick sachlich und doch kritisch auf ebendiese zu richten. Gerade im Bereich der typischerweise in Abkommen anzutreffenden Schutzstandards gilt es, die hohen Vorgaben der *Europäischen Kommission* einem Abgleich von Anspruch und Wirklichkeit zu unterziehen. Der wohl bedeutendste Schutzstandard und fester Bestandteil von IIAs sind Klauseln, welche nach *fair and equitable treatment* (FET) verlangen.<sup>5</sup> Auch der überarbeitete Text des CETA vom 29. Februar 2016<sup>6</sup> macht insofern keine Ausnahme, indem Art. 8.10.1 normiert:

“Each Party shall accord in its territory to covered investments of the other Party and to investors with respect to their covered investments fair and equitable treatment [...]”

Beabsichtigt wird hiermit die Absicherung gegenüber jenen Risiken, welche durch den Kontakt mit fremden Staaten und Rechtssystemen entstehen, die häufig als zu voreingenommen, unwillig oder unfähig wahrgenommen werden, Investoren Schutz zukommen zu lassen.<sup>7</sup> Reichweite und genauer Inhalt dieser weiten und unbestimmten Formel sind stark umstritten und es steht das Interesse von Investoren an einem möglichst breiten Anwendungsbereich dem staatlichen Wunsch nach einer einschränkenden Auslegung entgegen.<sup>8</sup> Angesichts dieses Spannungsverhältnisses bot gerade die Einfügung der FET-Klausel im CETA die Gelegenheit, bestehende „Probleme infolge der Verwendung vager, interpretierbarer Formulierungen in Abkommen“<sup>9</sup> durch neue, womöglich innovative Ausgestaltungsformen einer Lösung zuzuführen. Insbesondere im Hinblick auf den Ruf nach einer stärkeren Bindung der Schiedsgerichte soll daher kritisch hinterfragt werden, ob dieses Unterfangen tatsächlich gelungen erscheint. Ungeachtet der Ubiquität von Klauseln, die stets dasselbe Begriffspaar *fair and equitable* verwenden, deren genaue Ausgestaltung aber teils variiert, gestaltet sich die Bestimmung des Inhalts des FET-Standards (FETS) aufgrund der enormen Bandbreite möglicher Auslegungen als äußerst schwierig. Gerade deswegen wird in Schiedsverfahren fast immer auf den FETS verwiesen, der sich als Generalklausel vorzüglich eig-

4 Vgl. *FAZ.net*, Kaum jemand liest die TTIP-Dokumente, 16.4.2015, abrufbar unter <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/ttip-und-freihandel/kaum-jemand-liest-die-ttip-dokumente-13542243.html>.

5 *Schreuer*, Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice, *J. World Investment & Trade* 6 (2005) S. 357; *Schöbener/Herbst/Perkams*, Internationales Wirtschaftsrecht, Heidelberg 2010, Rn. 198.

6 Abrufbar unter [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc\\_154329.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154329.pdf).

7 Hierzu und zur Notwendigkeit der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit *Schreuer*, Do We Need Investment Arbitration?, in: *Kalicki/Joubin-Bret* (Hg.), Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System, Leiden/Boston 2015, S. 879 ff.

8 *Picherack*, The Expanding Scope of the Fair and Equitable Treatment Standard: Have Recent Tribunals Gone Too Far?, *J. World Investment & Trade* 9 (2008) S. 255.

9 Entschließung des *Europäischen Parlaments* vom 6. April 2011 zur künftigen europäischen Auslandsinvestitionspolitik, P7\_TA(2011)0141, G, abrufbar unter <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2011-0141&language=DE>.

net, eine vorgeblich ungerechte Behandlung zu beanstanden.<sup>10</sup> Die Auslegung des FETS wird weiterhin durch dessen Verhältnis zum völkergewohnheitsrechtlichen Mindeststandard erschwert, der seinerseits ein recht unbestimmtes Prinzip bezeichnet, jedoch beispielsweise unter Bezugnahme auf das Recht Nichtstaatsangehöriger auf ein faires Verfahren und Gleichheit vor dem Gesetz umrissen wird.<sup>11</sup> Derartige Verpflichtungen lassen sich ebenso unter eine gerechte und billige Behandlung subsumieren, weswegen keine Einigkeit darüber besteht, wie das Nebeneinander dieser Standards zu bewerten ist und oft angenommen wird, der FETS sei lediglich Teil des Mindeststandards oder mit diesem in vielerlei Hinsicht deckungsgleich.<sup>12</sup> Unter IIAs lassen sich einige weitverbreitete Modelle des FETS ausmachen. Um eine strukturierte Analyse der FET-Klausel im CETA vornehmen und ein Urteil über deren Besonderheiten und Innovation im Vergleich zu anderen Abkommen fällen zu können, lohnt es sich, kurz diese bisherigen Klauseltypen zu begutachten.<sup>13</sup>

## 1. FET-Klauseln unter Bezugnahme auf den Mindeststandard

Eine erste Gruppe von Abkommen stellt in ihrer Formulierung der Klauseln direkt auf den internationalen Mindeststandard ab. So führt Art. 5.2 *Canada Model BIT 2004* aus:

*“The concept[...] of “fair and equitable treatment” [...] do[es] not require treatment in addition to or beyond that which is required by the customary international law minimum standard of treatment of aliens.”*

Art. 1105.1 NAFTA garantiert die Behandlung von Investoren „in accordance with international law“ und sieht den FETS als hierin enthalten an („including fair and equitable treatment“). Eine verbindliche Auslegung dieses FETS ist durch *Notes of Interpretation* erfolgt:

*„Article 1105(1) prescribes the customary international law minimum standard of treatment [...]“<sup>14</sup>*

Damit wird die Reichweite des FETS auf jenes Maximum an Schutz begrenzt, welches der gewohnheitsrechtliche Mindeststandard als Obergrenze bietet und das oben skizzierte Verhältnis von FETS und Mindeststandard zugunsten des letzteren entschieden.

- 
- 10 *Dolzer*, Fair and Equitable Treatment, *Today’s Contours*, Santa Clara J. Int’l L. 12 (2014) S. 10.
  - 11 *Krajewski*, *Wirtschaftsvölkerrecht*, Heidelberg 2012, Rn. 551; *Herdegen*, *Internationales Wirtschaftsrecht*, München 2011, § 23, Rn. 14.
  - 12 *Schernbeck*, *Der Fair and Equitable Treatment Standard in internationalen Investitionsschutzabkommen*, Baden-Baden 2013, S. 26; *Kläger*, ‘Fair and Equitable Treatment’ in *International Investment Law*, Cambridge 2011, S. 55 ff.; *Tudor*, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford 2008, S. 56 ff.; zur Identität beider Standards *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, Award, 12.5.2005, ICSID, Case No. ARB/01/8, para. 284.
  - 13 Die Einteilung folgt *Yannaca-Small*, *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*, OECD Working Papers on International Investment 2004/03, S. 8 ff.
  - 14 *NAFTA Free Trade Commission*, *NAFTA Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions*, 31.7.2001; so auch Art. 8.5 *Canada-Korea FTA 2014*, Art. 5 *US Model BIT 2012*.

Es existiert kein eigenständiger FETS, sondern dieser ist identisch mit dem Mindeststandard, was grundsätzlich bedeutet, dass die Frage nach dem Inhalt des FETS auf die Ebene der Definition des Mindeststandards verlagert wird.<sup>15</sup>

## 2. FET-Klauseln unter Bezugnahme auf das Völkerrecht

Eine anderer Klauseltyp beschränkt sich darauf, die unter dem FETS verlangte Behandlung als „*in accordance with international law*“ bzw. „*in accordance with the principles of international law*“ zu normieren<sup>16</sup> oder sie neben die Verpflichtung zur Behandlung im Einklang mit dem Völkerrecht als solchem zu stellen. Art. 3.3 *US-Poland BIT 1990* lautet:

„*Nationals and companies [...] shall at all times be accorded fair and equitable treatment, [...] and shall in no case be accorded treatment less than that required by international law.*“

Damit ist der FETS für eine weite Auslegung anhand aller einschlägigen völkerrechtlichen Rechtsquellen offen und nicht mehr an eine Interpretation am Maßstab des Mindeststandards gebunden.<sup>17</sup> Dadurch, dass die Behandlung nicht hinter den Voraussetzungen irgendwelchen Völkerrechts zurückbleiben darf, knüpft auch dieser FETS indirekt an den Mindeststandard an, da auch dieser Teil des Völkerrechts ist. Im Unterschied zum ersten Klauseltyp gewährt dieser dagegen ein Schutzminimum und bildet eine Untergrenze, oberhalb derer weitergehende völkerrechtliche Pflichten dem FETS zugeschrieben werden können.

## 3. Eigenständige FET-Klauseln

Am auslegungsbedürftigsten sind solche Klauseln, die einen FETS normieren, ohne auf den Mindeststandard oder das Völkerrecht einzugehen. Art. 2.2 *German Model BIT 2008* legt fest:

„*Each Contracting State shall [...] accord investments [...] fair and equitable treatment [...]*“<sup>18</sup>

Diese Formulierung gibt keinerlei völkerrechtliche Referenz wie den Mindeststandard oder sonstiges Völkerrecht als Auslegungsinstrumentarium an die Hand. Dementsprechend ist der FETS ein eigenständiger Maßstab, der unter oder über dem Schutz anderer Standards liegen kann und der als eine Art *lex specialis* auf Basis des jeweiligen Abkommens autonom und objektiv zu bestimmen ist.<sup>19</sup>

15 Schernbeck (Fn. 12), S. 28.

16 So z. B. Art. 3.1 *France Model BIT 2006*, Art. 4.1 *Japan-Myanmar BIT 2013*.

17 UNCTAD, Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, New York/Genf 2012, S. 107.

18 Ebenso z.B. Art. 3.2 *India Model BIT 2003*, Art. 10.1 *Energy Charter Treaty 1994*.

19 Grierson-Weiler/Laird, Standards of Treatment, in: Muchlinski/Ortino/Schreuer (Hg.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford 2008, S. 262.

## II. Kritische Analyse und Besonderheiten der FET-Klausel im CETA

Im Folgenden werden die spezifischen Besonderheiten der FET-Klausel im CETA herausgearbeitet und kritisch analysiert. Dabei findet ein Vergleich mit anderen Abkommen unter Berücksichtigung der Schiedspraxis statt, der den Inhalt der Absätze 2 bis 6 von Art. 8.10 näher erörtert. Zentrale Fragestellung ist dabei, inwiefern Art. 8.10 einen neuen Typus einer FET-Klausel verkörpert und es sich damit tatsächlich um eine „*modern and innovative provision*[...]“ handelt. Gemäß der obigen Aufstellung der herkömmlichsten Gruppen von FET-Klauseln kann diejenige des CETA erstmals eingeordnet werden. Zunächst ist festzustellen, dass Abs. 1 in seinem Wortlaut den meisten eigenständigen FET-Klauseln gleicht. Es wird an keiner Stelle auf sonstiges Völkerrecht oder den Mindeststandard Bezug genommen. Vom ersten Augenschein her handelt es sich folglich um einen typischen Exponenten des „*European BIT model*“,<sup>20</sup> der sich entlang der Trennlinie zwischen europäischer und amerikanisch-kanadischer BIT-Tradition gegenüber dem Mindeststandard-Modell durchgesetzt hat. Jedoch legt die Verweisung in Abs. 1 auf die umfangreichen Abs. 2 bis 6 im Vergleich zu anderen Abkommen, die sich oft mit wenigen Zeilen begnügen, den Schluss nahe, dass Abweichungen von der traditionellen Linie eigenständiger FET-Klauseln zu erwarten sind.

### 1. Absatz 2 – Der Tatbestandskatalog als Kodifizierung

Ein erster unkritischer Blick auf Abs. 2 offenbart ein ungewohntes Bild, welches Art. 8.10 aus der Masse meist gleichlautender (eigenständiger) FET-Klauseln hervorhebt: die Existenz einer Liste möglicher Verletzungen. Deren formelle und materielle Besonderheit werden nun begutachtet.

#### a) Formelle Besonderheit

Es wird ausgeführt, dass die Verpflichtung zu „*fair and equitable treatment referenced in paragraph 1*“ dann verletzt sei, wenn eine Maßnahme einer der Parteien einen der daraufhin genannten Tatbestände erfülle. Diese Vorgehensweise bezüglich der Definition des FETS steht einerseits im Widerspruch zu eigenständigen FET-Klauseln, bei denen gerade die unbedingte Offenheit den Charakter ausmacht. Andererseits erscheint dieses Voranstellen einer unbestimmten Generalklausel (Abs. 1) vor eine nähere Definition (Abs. 2) als ähnlich mit einigen herkömmlichen FET-Klauseln, insbesondere solchen unter Bezugnahme auf den Mindeststandard. Allerdings erfolgt bei letzteren lediglich eine Verweisung auf ein anderes, inhaltlich recht opakes Prinzip des Völkerrechts, sodass keine interpretatorische Sicherheit zu gewinnen ist und die weitgehende Abhängigkeit von schiedsgerichtlicher Auslegung bestehen bleibt.<sup>21</sup> In diesem Sinne wurde der Mindeststandard im Rahmen der TTIP-Verhandlungen ausdrücklich als un-

20 *Jaime*, Relying upon parties' interpretation in treaty-based investor-state dispute settlement: filling the gaps in international investment agreements, *Geo. J. Int'l L.* 46 (2014/15) S. 266.

21 *Porterfield*, An International Common Law of Investor Rights?, *U. Pa. J. Int'l Econ. L.* 27 (2006) S. 88 ff.

geeignet benannt, größere Klarheit zu schaffen.<sup>22</sup> Der Mangel an Rechtssicherheit in bisherigen FET-Klauseln war damit ursächlich für die Entscheidung, einen Katalog an Verletzungen und letztlich eine präzise Definition des FETS einzuführen.<sup>23</sup> Ebenso entscheidend für die Ausgestaltung von Abs. 2 war die Befürchtung, sich einer Vielzahl von sich auf die weite Auslegung des FETS stützender Investoren in Schiedsverfahren ausgesetzt zu sehen.<sup>24</sup> Bestrebungen, mehr Klarheit hinsichtlich möglicher dem FETS unterfallender Verpflichtungen zu schaffen, spiegeln nicht eine allein dem CETA zuzuschreibende Entwicklung wider. So soll für alle künftigen EU-Abkommen die Benennung spezifischer Tatbestände des FETS programmatisch sein.<sup>25</sup> Auch die Bezugnahme auf den internationalen Mindeststandard in den IIAs der *USA* war eine Maßnahme, welche ein Mehr an Präzision und die Verringerung unbegründeter Schiedsverfahren bezweckte.<sup>26</sup> Auch benennen einige Abkommen mögliche Verletzungen des FETS, welche sich aber fast ausnahmslos im Beispiel des *denial of justice* erschöpfen.<sup>27</sup> Darüber hinaus bleibt es bei der Unbestimmtheit des FETS, die dessen Auslegung der Schiedspraxis überantwortet. Aus Art. 8.10 ergibt sich demgegenüber, dass ein *verbindlicher* und *abschließender* umfangreicher Katalog aufgestellt wird. Abs. 1 verlangt eine Behandlung unter dem FETS „in accordance with paragraphs 2 to 6“. Abs. 2 wiederum nimmt direkten Bezug auf den in Abs. 1 normierten FETS und besagt ausdrücklich, dass eine Verletzung desselben in den darauffolgenden Fällen gegeben sei. Der Wortsinn lässt hierdurch auf einen fest konturierten Anwendungsbereich des FETS schließen. Diesen Befund bestätigt auch die Systematik des Art. 8.10, der in Abs. 2(f) i. V. m Abs. 3 klarstellt, dass ein Verstoß gegen *jedes weitere* – nicht bereits genannte – Element des FETS nur dann gegeben sein kann, wenn die Parteien dessen Aufnahme in den FETS beschlossen haben. Hieraus ergibt sich eindeutig, dass Abs. 2 eine zunächst abschließende Regelung über den Inhalt des FETS trifft. Damit kann von der Einführung des Enumerationsprinzips im Rahmen von FET-Klauseln gesprochen werden, was noch einzigartig in der Rechtslandschaft des Investitionsschutzes ist.<sup>28</sup> Diese Herangehensweise an die Unbestimmtheit des FETS ist ein formelles Alleinstellungsmerkmal und eine Besonderheit, durch welche sich das CETA vor anderen Abkommen auszeich-

22 *Europäische Kommission* (Fn. 1), S. 5.

23 *Europäische Kommission*, CETA – Summary of the final negotiating results, S. 11, abrufbar unter [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/december/tradoc\\_152982.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/december/tradoc_152982.pdf).

24 Ebd.

25 *Europäische Kommission*, Fact Sheet Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement in EU agreements, S. 8, abrufbar unter [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc\\_151916.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151916.pdf).

26 *Vandeveld*, A brief history of international investment agreements, *UC Davis J. Int'l L. & Pol'y* 12 (2005) S. 179.

27 Z. B. Art. 5.2 *US Model BIT 2012*, Art. 3.4 *Colombia Model BIT 2007*.

28 Mit der Auflistung spezifischer Tatbestände folgt Abs. 2 der Empfehlung, durch einen erschöpfenden Katalog Unsicherheit zu vermeiden, vgl. *UNCTAD*, World Investment Report 2012, S. 139; so finden sich die Tatbestände des Abs. 2 mit verändertem Wortlaut in den von *UNCTAD* entworfenen Vertragsgestaltungsoptionen wieder, *UNCTAD* (Fn. 17), S. 108 f.

net.<sup>29</sup> Gegenüber der bisherigen Praxis eigenständiger und auf das Völkerrecht Bezug nehmender FET-Klauseln fixiert Abs. 2 einen eindeutigen Norminhalt.

### b) Materielle Besonderheit

Während somit die Form des Abs. 2 eine wesentliche Neuerung darstellt, ist noch nichts über den substantiellen Inhalt der Norm gesagt. Ob in materieller Hinsicht Besonderheiten gegenüber anderen FET-Klauseln – die keine solche Auflistung beinhalten, aber womöglich trotz ihrer Allgemeinheit dieselbe Reichweite wie Abs. 2 haben – bestehen, ist noch unklar. Daher ist die Schiedspraxis zu sonstigen FET-Klauseln auf das Vorkommen der in Abs. 2 benannten Tatbestände zu untersuchen. Die verschiedenen Schiedsgerichte sind keiner ihre Rechtsprechung vereinheitlichenden Instanz gegenüber verantwortlich<sup>30</sup> und müssen sich somit in jedem Verfahren erneut denselben definitivischen Exerzitien zur Auslegung des FETS unterwerfen. Dennoch finden sich viele gemeinsame Interpretationslinien, welche den FETS näher spezifizieren und eine typologische Betrachtung ermöglichen.<sup>31</sup>

Die Schiedspraxis wird dabei von einem evolutionären Verständnis des FETS getragen, der nicht „frozen in time“<sup>32</sup> und im Kontext der gegenwärtigen völkerrechtlichen Lage fortzuentwickeln sei.<sup>33</sup> Als maßgebliche Tatbestände einer Verletzung des FETS definiert beispielsweise das Schiedsgericht in *Glamis Gold*:

“[...] gross denial of justice, manifest arbitrariness, blatant unfairness, a complete lack of due process, evident discrimination, or a manifest lack of reasons [...]”<sup>34</sup>

In *Lemire v. Ukraine* wird anhand der bereits existierenden Schiedspraxis hinzugefügt:

- “whether the State has failed to offer a stable and predictable legal framework;
- whether the State made specific representations to the investor;
- whether there is an absence of transparency in the legal procedure or in the actions of the State;
- whether there has been harassment, coercion, abuse of power or other bad faith conduct by the host State”<sup>35</sup>

Diese Kasuistik stimmt fast ausnahmslos mit den Tatbeständen des Abs. 2 überein. Allein Verletzungen im Zusammenhang mit *specific representations* und der Bereitstellung eines *stable and predictable legal framework* scheinen zunächst von Abs. 2 aus-

29 Auf dieselbe Weise gehen sonst nur drei andere Textentwürfe von Abkommen unter EU-Beteiligung vor, so Art. 9.4 des *Draft EU-Singapore FTA*, Art. 14.2 des Investmentkapitels des *EU-Vietnam FTA* vom Januar 2016 sowie Art. 3.2 des Investmentkapitels des Textvorschlags der EU zum TTIP vom November 2015.

30 *Tudor* (Fn. 12), S. 237.

31 *Schreuer* (Fn. 5), S. 365; *Dolzer* (Fn. 10), S. 13 f.

32 *ADF Group Inc. v. USA*, Award, 9.1.2003, ICSID, Case No. ARB(AF)/00/1, para. 179.

33 *Mondev International Ltd v. USA*, Award, 11.10.2002, ICSID, Case No. ARB(AF)/99/2, paras. 114 ff., 123.

34 *Glamis Gold, Ltd. v. USA*, Award, 8.6.2009, UNCITRAL, para. 616.

35 *Lemire v. Ukraine*, Decision on Jurisdiction and Liability, 14.1.2010, ICSID, Case No. ARB/06/18, para. 284.

genommen zu sein (s. hierzu II.3). Es ergeben sich lediglich Abweichungen in den Formulierungen, die keine semantischen Unterschiede nach sich ziehen und für den materiellen Bedeutungsgehalt unbeachtlich sein dürften. Auch die oft in Abs. 2 vorkommende adjektivische Erhöhung der Anforderungen an eine Verletzung („*fundamental*“, „*manifest*“) entspricht Schiedssprüchen wie *Glamis Gold*. Damit besteht inhaltliche Deckungsgleichheit zwischen den von der Schiedspraxis erarbeiteten möglichen Verletzungen des FETS und Abs. 2.

### c) Fazit

Es ergibt sich, dass der formell einzigartig anmutende Katalog des Abs. 2 in materieller Hinsicht nichts weiter als die Kodifizierung des bestehenden Fundus an Schiedsrechtsprechung darstellt.<sup>36</sup> Während die Formalisierung der Pflichten und damit korrespondierenden Verletzungen neuartig ist, so sind in Schiedsverfahren in Bezug auf Abs. 2 inhaltlich kaum Abweichungen gegenüber der bisherigen Praxis zu erwarten. Für die schiedsgerichtliche Rechtsfortbildung dagegen ergibt sich durch die Abgeschlossenheit des Abs. 2 eine unüberwindbare textliche Schranke gegen freie Auslegung.<sup>37</sup> Damit können nicht mehr gänzlich neue Aspekte des FETS ad hoc hervorgebracht werden. In verfahrensökonomischer Hinsicht erübrigen sich die Präliminarien, was unter *fair and equitable* zu verstehen ist.<sup>38</sup> Festzustellen ist jedoch, dass die in Abs. 2 genannten Tatbestände ihrerseits unbestimmt und durch die Auflistung um nichts weniger als zuvor der schiedsgerichtlichen Auslegung zugänglich sind. Der freie Umgang der Schiedsgerichte mit den unterschiedlichen FET-Klauseln verschiedener Abkommen hat wortlautübergreifend die Herausbildung einer relativ einheitlichen Schiedspraxis begünstigt.<sup>39</sup> Gerade dies sollte hinreichend verdeutlichen, dass offene Begriffe in den Händen der Schiedsgerichte weiterhin formbares Rechtsmaterial sind, mit dessen Hilfe neue Gebilde des Investorenschutzes begründet werden können. In diesem Sinne besteht trotz der Auflistung auch weiterhin das Problem, anstelle des unbestimmten FETS zirkelschlussartig auf solche Konzepte zu verweisen, deren Wortlaut seinerseits qualitativ kaum eine Aussage über ihren genauen Inhalt beinhaltet und die demnach enorm auslegungsbe-

36 So auch *Fontanelli/Bianco*, *Converging towards NAFTA: An analysis of FTA Investment chapters in the EU and the US*, *Stan. J. Int'l L.* 50 (2014) S. 232, “[...] *the illustrative list of the fair and equitable treatment clause of the CETA effectively codifies long-standing arbitral practice matured within the NAFTA framework.*”, dies sei “*normative redundancy [...] to tame the contract’s inherent incompleteness.*”, S. 240.

37 Damit wird die Forderung aus *Mondev* umgesetzt, dass ein Schiedsgericht nicht seinen grund eigenen FETS entwickeln dürfe, sondern sich an „*established sources of law*“ zu orientieren habe, *Mondev* (Fn. 33), paras. 119 f.; Eine solche „Rechtsquelle“ liegt nunmehr für den Geltungsbereich des CETA durch Art. 8.10.2 unmittelbar und verbindlich vor.

38 Diese führten bisher zu einem regelrechten Auslegungswettbewerb zwischen den Schiedsgerichten, eine endgültige und prägnante Definition des FETS für die Nachwelt zu bestimmen, *Douglas*, *Nothing if Not Critical for Investment Treaty Arbitration: Occidental, Eureko and Methanex*, *Arbitration Int'l* 22 (2006) S. 27.

39 *Krajewski*, *Modalities for investment protection and ISDS in TTIP and from a trade union perspective*, 2014, S. 12, abrufbar unter <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/bruessel/11044.pdf>.

dürftig sind. Somit werden die Schiedsgerichte lediglich auf der ersten Stufe des interpretatorischen Zugangs zum FETS in die Bahnen eines fixen Katalogs gelenkt, sie bewahren sich aber ihren Spielraum auf der zweiten Stufe der Auslegung der genannten Tatbestände. Daher ist die Aussage, Schiedsgerichten verbleibe unter dem CETA grundsätzlich kein Interpretationsspielraum,<sup>40</sup> im Hinblick auf die verbleibenden Unbestimmtheiten in den Tatbeständen trotz deren Auflistung nicht vorbehaltlos zu akzeptieren.<sup>41</sup> Festzuhalten ist hingegen, dass die teils eingeforderte absolute Bindung der Schiedsgerichtsbarkeit weder ein möglicher noch wünschenswerter Zustand ist, der an der Realität der Notwendigkeit unbestimmter Rechtsbegriffe vorbeigeht. Insoweit liegt die eigentliche Besonderheit von Abs. 2 in seiner rein formellen Einhegung des FETS. Diese bedingt nicht zuletzt einen enormen Gewinn an Rechtssicherheit für Staaten wie Investoren und markiert damit eine begrüßenswerte Entwicklung hin zu einer stärkeren Bindung der Schiedsgerichtsbarkeit durch eindeutig definierte Tatbestände des FETS.

## 2. Absatz 3 – Anpassungs- und Interpretationsmöglichkeit

In Abs. 3 heißt es:

*“The Parties shall regularly, or upon request of a Party, review the content of the obligation to provide fair and equitable treatment. The Committee on Services and Investment [...] may develop recommendations in this regard and submit them to the CETA Joint Committee for decision.”*

Hierdurch wird ein Kontrollmechanismus bereitgestellt, durch welchen zum einen die Parteien regelmäßig den Inhalt des FETS – also Abs. 1 und 2 – begutachten sollen. Zum anderen kann das *Committee on Services and Investment* Empfehlungen aussprechen und Entscheidungsentwürfe gemäß Art. 8.44.3 vorbereiten. Die jeweiligen Entscheidungen werden vom unter Art. 26.1 konstituierten *CETA Joint Committee* getroffen. Nach Art. 26.1.5(c) und (e) steht es diesem zu, sich in den vom Abkommen vorgesehenen Fällen auf Änderungen des CETA zu einigen sowie verbindliche Interpretationen im Hinblick auf das Investmentkapitel festzulegen. Durch diese Interpretationsmöglichkeit kann folglich die Reichweite der unbestimmten Rechtsbegriffe des Katalogs in Abs. 2 abgesteckt werden.

Weiterhin können durch Entscheidungen des *CETA Joint Committee* gänzlich neue Tatbestände in Abs. 2 aufgenommen werden. Dies stellt der mit Abs. 3 korrespondierende Abs. 2(f) klar, indem er „*A breach of any further element of the fair and equitable treatment obligation adopted by the Parties in accordance with paragraph 3 of this*

40 Europäische Kommission (Fn. 2), Nr. 7, *“A company would need to demonstrate that CETA’s provisions had been breached in a specific way, so there will be no room for arbitrators to interpret the agreement freely.”*

41 So verweist Özgür, In Search of Consistency and Fairness in Investor-State Arbitration: An "Institutional" Approach to Interpreting the Doctrine of Legitimate Expectations, *Transnational Dispute Management* 11-1 (2014) S. 12, auf das Fehlen einer einheitlichen Methodologie zur weiteren Bestimmung der unter den FETS fallenden Prinzipien sowie auf die unzureichende Berücksichtigung institutioneller, rechtlicher und ökonomischer Realitäten des jeweiligen Staats in Schiedsverfahren.

*Article*“ als Teil des FETS definiert und damit eine Änderungsmöglichkeit vorgesehen ist. Zweifelhaft ist dagegen, inwiefern Einschränkungen des Tatbestandskatalogs der Entscheidungskompetenz des *CETA Joint Committee* unterfallen. Abs. 2(f) ist seinem Wortlaut nach auf Erweiterungen beschränkt. Dass aber Abs. 3 nur in Verbindung mit Abs. 2(f) gilt, lässt sich Wortlaut und Systematik nicht entnehmen. Nicht ausgeschlossen wird, dass hier das Abkommen für Änderungen seitens des *CETA Joint Committee* im Sinne von Art. 26.1.5(c) offensteht. So kann das *Committee on Services and Investment* Empfehlungen aussprechen, deren Stoßrichtung – Interpretation, Erweiterung, Einschränkung – nicht näher definiert wird. Wenn eine Einschränkung vorgeschlagen und zur Entscheidung vorgelegt wird, sieht Abs. 3 das *CETA Joint Committee* am Zuge. Es erscheint damit als möglich, dass ein Fall des Art. 26.1.5(c) vorliegt. Somit wäre eine umfangreiche Anpassungsmöglichkeit normiert, welche selbst Einschränkungen des Tatbestandskatalogs dem *CETA Joint Committee* anheimstellt.

Gegen eine derart permissive Auslegung spricht im Wesentlichen, dass es dem Normzweck von Abs. 2 zuwiderläuft, für Eingriffe in solchem Ausmaß zugänglich zu sein. Dem Ziel des Abs. 2, Rechtssicherheit – auch für Investoren – zu schaffen, würde nicht gerecht, wenn der Anpassungsmechanismus ohne Weiteres Einschränkungen der Tatbestände zuließe. Über eine allzu weitgehende Anpassungsmöglichkeit könnte die Abgeschlossenheit und Bestimmtheit des Tatbestandskatalogs in Abs. 2 aufgeweicht werden. Angesichts dieser Einwände verhindert die Formulierung des Abs. 3 und dessen Zusammenspiel mit anderen Normen hier eine wünschenswerte Klarheit, wie weit das *CETA Joint Committee* gehen darf.

Dieser Unschärfe zum Trotz ist die Modalität des Abs. 3 dennoch sinnvoller und notwendiger Bestandteil der FET-Klausel, deren Bedeutung im Gesamtzusammenhang des Art. 8.10 zu erörtern ist. Zwar ergibt sich durch den festen Katalog in Abs. 2 wesentliche Rechtssicherheit. Doch weisen auch bewusst offen gehaltene und ungebundene FET-Klauseln Vorzüge auf. Diese liegen in der sich aus der Ambivalenz des Wortlauts ergebenden Reaktionsfähigkeit, durch welche auch irreguläre und unerwartete Sachverhalte unproblematisch unter die Worthülse *fair and equitable treatment* subsumiert werden können.<sup>42</sup> Oben wurde dagegen für Abs. 1 und 2 ein Defizit schiedsgerichtlicher Interpretationsautonomie konstatiert, welches einem freien Umgang mit dem FETS enge Grenzen zieht. Den daraus resultierenden Mangel an Adaptionenvermögen gleicht Abs. 3 aus, indem er die notwendige Flexibilität für eine raschen Veränderungen unterworfenen Investitionslandschaft bereitstellt. Insofern ist Abs. 3 notwendige und logische Konsequenz des abgeschlossenen Katalogs in Abs. 2. Er trägt der Tatsache Rechnung, dass im CETA zunächst nicht mehr die Schiedsgerichte den normativen Gehalt des FETS definieren. Vielmehr können unabhängig von der Schiedspraxis solche Konzepte in den FETS aufgenommen werden, die als sinnvolle Erweiterung der bestehenden Aufzählung erscheinen. Dieses gestaltende Element fügt sich daher nahtlos in den Kontext der Kodifizierung der Schiedspraxis ein und ist deren notwendiges Korrelat.<sup>43</sup>

42 Schreuer (Fn. 5), S. 365; Vasciannie, The fair and equitable treatment standard in international investment law and practice, Brit. Yearbook Int'l L. 70 (1999) S. 104.

43 Das *evolutionäre Verständnis* des schiedsgerichtlich fortgebildeten FETS, welches in *Mondev* (Fn. 33) erstmals festgestellt wurde, findet somit in Abs. 3 ein Pendant, das es dem FETS ermöglicht, notwendige Änderungen nachzuvollziehen.

Die Anpassungsmöglichkeit, die im CETA durch die Existenz einer festen Definition des FETS bedingt wird, grenzt Art. 8.10 auch von anderen FET-Klauseln ab, die meist nur die Möglichkeit verbindlicher Interpretationen von Vertragsklauseln vorsehen. Dagegen existieren keine Dispositionen, die Änderungen einer Instanz wie dem *CETA CETA Joint Committee* überantworten. So legt Art. 2202 NAFTA ausdrücklich nieder, dass Änderungen nur durch die Parteien vorzunehmen seien. Der *NAFTA Free Trade Commission* steht gemäß Art. 1131.2 NAFTA nur die Befugnis verbindlicher Interpretation zu. Das CETA geht diesbezüglich weiter, indem das *CETA Joint Committee* eigenständig Änderungen durchführen kann, wo das Abkommen ihm dies zugesteht. Welche Probleme mit einer Veränderung des Inhalts des FETS einhergehen können, zeigte sich, als die *NAFTA Free Trade Commission* ihre Interpretationsbefugnis einsetzte, um den FETS in Art. 1105.1 NAFTA an den Mindeststandard zu koppeln.<sup>44</sup> Für die Schiedsgerichte stellte sich daraufhin die Frage, ob es sich hierbei noch um eine zulässige Interpretation handelte – was angesichts der weitreichenden Folgen einer solchen Auslegung problematisch erschien – oder ob damit bereits ein *amendment* im Sinne von Art. 2202.1 NAFTA im Raum stand, welches für die *Free Trade Commission* eine Maßnahme *ultra vires* dargestellt hätte.<sup>45</sup> Der Erlass wurde schließlich, vielen Bedenken der Schiedsgerichte zum Trotz, als Interpretation anerkannt.<sup>46</sup>

Eine derartige Problematik könnte unter Art. 8.10.3 i. V. m. der Änderungskompetenz des *CETA Joint Committee* nicht entstehen, wenn auch gezielte Änderungen bzw. Einschränkungen vorgenommen werden können. Von äußerst restriktiven Interpretationen müsste dann kein Gebrauch gemacht werden, um den Effekt einer Einschränkung zu erzielen. Des Weiteren legt das Beispiel nahe, dass mit einem gänzlich unbestimmten FETS die Notwendigkeit einer Instanz einhergeht, welche Einschränkungen umsetzen kann, um den potentiell ausufernden Tatbestand des FETS einzugrenzen. In Bezug auf NAFTA ergab sich der Umstand, dass ein vollkommen unbestimmter FETS vorlag, der durch freie Auslegung verzerrt werden konnte.<sup>47</sup> Dem stellte sich die *Free Trade Commission* mit ihrer weitgehenden Interpretation entgegen und nahm eine *Einschränkung* des FETS vor, was als natürliche Folge eines offenen Konzepts erscheint. Demgegenüber ist dem CETA bereits ein Inhalt durch die extensive Auflistung von Tatbeständen vorgegeben. Insoweit scheint die Änderungsbefugnis des *CETA Joint Committee* grundsätzlich auf die *Erweiterung* des Bestands gerichtet zu sein, da bereits die Erstellung eines Katalogs denklogisch eine Einschränkung gegenüber dem darin nicht enthaltenen Inhalt ist.

Folglich müsste der Anpassungsmöglichkeit in Abs. 3 vornehmlich ein anderes Anwendungsgebiet als der herkömmlichen Möglichkeit verbindlicher Interpretation zukommen. Dass andere Abkommen einen solchen Mechanismus durch ein Vertragsorgan wie das *CETA Joint Committee* nicht vorsehen, ist der Natur unbestimmter FET-Klau-

44 *NAFTA Free Trade Commission* (Fn. 14), B.1.

45 *Weiler*, NAFTA Investment Law in 2002: As the Legal Order Starts to Settle, the Bureaucrats Strike Back, *Int'l Lawyer* 36 (2002) S. 347; *Kaufmann-Kohler*, Interpretive Powers of the Free Trade Commission and the Rule of Law, in: *Bachand* (Hg.), Fifteen Years of NAFTA Chapter 11 Arbitration, New York 2011, S. 183 ff., S. 189.

46 *Kaufmann-Kohler* (Fn. 45), S. 183.

47 *Gray*, Broadening NAFTA Article 1105 protections: a small price for international investment, *Hous. L. Rev.* 48-2 (2011) S. 395.

seln geschuldet, denen die notwendige Flexibilität bereits von Anfang an immanent ist. Der Inhalt des FETS ist hier fortwährender Aktualisierung durch die Schiedspraxis ausgesetzt, während im CETA das *CETA Joint Committee* diese Aufgabe erfüllt. Nicht absehbar ist, wie dieses von seinen Kompetenzen Gebrauch machen wird. So könnte positiven Entwicklungen in der Schiedspraxis durch an diese angelehnte Erweiterungen Rechnung getragen werden. Wenn sich der Katalog dagegen als hinreichend erwiesene oder keine Änderungen parallel zur Schiedspraxis erwünscht wären, so müsste das *CETA Joint Committee* lediglich passiv bleiben. Angesichts der weitreichenden Kontroll- und Anpassungsmöglichkeiten aus Abs. 3 erscheint es angebracht, von einer Institutionalisation dieser Funktionen zu sprechen.<sup>48</sup> Hier liegt ein wesentlicher Unterschied zu anderen FETS, deren Erweiterung allein der Schiedsgerichtsbarkeit anvertraut ist und deren Offenheit schiedsgerichtlich geschaffenen *faits accomplis* Vorschub leistet. Im Gegensatz hierzu tritt auch in Abs. 3 der Gedanke einer stärkeren Bindung der Schiedsgerichtsbarkeit zum Vorschein.

### 3. Absatz 4 – Legitimate Expectations

Abs. 4 führt aus:

*„When applying the above fair and equitable treatment obligation, a tribunal may take into account whether a Party made a specific representation to an investor to induce a covered investment, that created a legitimate expectation, and upon which the investor relied in deciding to make or maintain the covered investment, but that the Party subsequently frustrated.“*

Dem liegt zugrunde, dass jede Investition auf einer bestimmten Erwartung beruht, die sich auf ein wirtschaftliches Ziel und einen vorgesehenen Ablauf richtet, deren Umsetzung durch die Berührung mit einem fremden Staat und Rechtssystem jedoch als unsicher erscheinen können.<sup>49</sup> Durch offizielle Äußerungen oder Zusicherungen wird dagegen Vertrauen erweckt und zu Investitionen motiviert. Investitionsrechtliche Probleme entstehen, wenn sich die zu Beginn der Investition existierende Rechtslage später ändert oder das durch den Staat beim Investor erweckte Vertrauen durch entgegengesetztes Verhalten enttäuscht wird. Der Schutz berechtigter Erwartungen tritt dabei un-

48 Fontanelli/Bianco (Fn. 36), S. 240 f., “[...] the European Union and Canada have institutionalised the power to override unwelcome case law on the fair and equitable treatment standard. In so doing, they have sought to reduce, through a very rational arrangement, the degree of uncertainty-based risk inherent in contracting endeavours based on general clauses.”

49 UNCTAD (Fn. 17), S. 63 f.

weigerlich in Konflikt mit der regulatorischen Freiheit des Staats, der seine Politik nicht einseitig an Investoreninteressen ausrichtet.<sup>50</sup>

Während die Existenz einer allgemeinen Doktrin der *legitimate expectations* weitgehend anerkannt<sup>51</sup> und diese wohl zum wichtigsten Teil des FETS avanciert ist,<sup>52</sup> werden deren Inhalt und Reichweite unterschiedlich beurteilt. Einerseits wird ein weiter Anwendungsbereich angesetzt. Hierfür steht exemplarisch der wohl am häufigsten zum FETS zitierte Schiedsspruch<sup>53</sup> *Tecmed*, der fordert:

*“The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and administrative practices or directives, to be able to plan its investment and comply with such regulations”*<sup>54</sup>

Damit wird geradezu die Geltendmachung einer unveränderlichen, stabilen Rechtslage ermöglicht – muss der Investor doch *alle* Regulierungen bezüglich seiner Investition voraussehen können – und fast jede staatliche Maßnahme sowie politische Richtungsentscheidung angreifbar, die Investorenvorstellungen zuwiderläuft.<sup>55</sup> Aufgrund ihrer Weite hat die in dieser Tradition stehende Schiedspraxis viel Kritik erfahren.<sup>56</sup> Viele Schiedssprüche qualifizieren daher die berechtigten Erwartungen durch besondere Anforderungen, die einen engeren Anwendungsbereich bedingen.<sup>57</sup>

So wurde in *Saluka v. Czech Republic* festgestellt:

*“No investor may reasonably expect that the circumstances prevailing at the time the investment is made remain totally unchanged. [...] the host State’s legitimate*

- 
- 50 *Krajewski/Ceyssens*, Internationaler Investitionsschutz und innerstaatliche Regulierung, AVR 45 (2007) S. 180 ff.; Exemplarisch sei auf das laufende Schiedsverfahren von *Vattenfall* infolge des deutschen Atomausstiegs verwiesen (*Vattenfall AB and others v. Germany*, Notice of Arbitration, 31.5.2012, ICSID, Case No. ARB/12/12), welches trefflich die Konfliktlage zwischen Umweltpolitik und Investoreninteressen verdeutlicht; es ist zu vermuten, dass die Anspruchsteller ihre *legitimate expectations* in den langfristigen Betrieb der Atomkraftwerke zur Grundlage des Verfahrens machen, *Bernasconi-Osterwalder/Hoffmann*, Background to the new dispute *Vattenfall v. German (II)*, Briefing Note IISD, Juni 2012, S. 7, abrufbar unter [http://www.iisd.org/pdf/2012/german\\_nuclear\\_phase\\_out.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2012/german_nuclear_phase_out.pdf).
- 51 Zu Grundlagen und Entwicklung der Doktrin sowie einer Übersicht der relevanten Schiedspraxis s. *Potestà*, Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept, ICSID Review 28-1 (2013) S. 88 ff.
- 52 *Electrabel S.A. v. Hungary*, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30.11.2012, ICSID, Case No. ARB/07/19, para. 7.75.
- 53 *Dolzer* (Fn. 10), S. 14.
- 54 *Tecnicas Medioambientales Tecmed s.a. v. Mexico*, Award, 29.5.2003, ICSID, Case No. ARB(AF)/00/2, para. 154; so auch *CMS Gas Transmission Company* (Fn. 12), para. 274, “ [...] a stable legal and business environment is an essential element of fair and equitable treatment. ”.
- 55 *Dugan/Wallace/Rubins/Sabahi*, Investor-State Arbitration, New York 2008, S. 514.
- 56 *Van Harten*, Investment Treaty Arbitration and Public Law, Oxford 2008, S. 89 f.; *InterAgua v. Argentina*, Separate Opinion of Arbitrator Pedro Nikken, 30.7.2010, ICSID, para. 27.
- 57 So sieht *Potestà* (Fn. 51), S. 122, die Schiedspraxis bereits auf dem Weg zu einer immer eingeschränkteren Anwendung der Doktrin.

*right subsequently to regulate domestic matters in the public interest must be taken into consideration as well.*"<sup>58</sup>

Solange der Staat bona fide zur Wahrnehmung vernünftiger Belange handle, bestehe kein Anlass für Investoren, sich auf die Enttäuschung ihrer Erwartungen zu berufen.<sup>59</sup> Hieraus ergibt sich die Notwendigkeit einer umfangreichen Interessenabwägung, an deren Anfang grundsätzlich das Recht des Staats steht, regulierend tätig zu werden, wobei jeder Investor sich der Veränderlichkeit des Rechts gewahr sein muss.<sup>60</sup> Ferner wird verlangt, dass der Investor nur „*specific promises or representations*“ ins Feld führen könne und die Wirkung berechtigter Erwartungen nicht den Effekt eines allgemeinen Stabilitätsanfordernisses hinsichtlich der Rechtslage haben dürfe.<sup>61</sup> Jedoch verbleibt selbst bei dieser engsten schiedsgerichtlichen Auslegung ein recht weiter Anwendungsbereich, da fast alle Formen staatlichen Handelns, insbesondere auch Gesetze, Anlass zu berechtigten Erwartungen von Investorensseite geben könnten.<sup>62</sup>

#### a) *Ausgestaltung von Abs. 4*

In den soeben dargestellten Kontext der Schiedspraxis sind die Ausgestaltung des Abs. 4 einzuordnen und deren Wertungen und Besonderheiten kritisch zu analysieren. In formeller Hinsicht besteht zunächst kein Unterschied zu den Tatbeständen des Abs. 2. Erneut wird ein bestehendes Konzept der Schiedsrechtsprechung in einer anderen Abkommen unbekanntem Weise kodifiziert.<sup>63</sup> Jedoch ist angesichts der verschiedenen in der Schiedspraxis vertretenen Positionen zur Reichweite der *legitimate expectations* der Kodifizierung eine höhere Bedeutung beizumessen, als es bei den Tatbeständen des Abs. 2 der Fall ist. Beachtlich ist, dass Abs. 4 eine „*specific representation*“ voraussetzt, damit ein Investor sich auf die Vorschrift berufen kann. Insoweit gibt Abs. 4 jener Linie in der Schiedspraxis, welche einen spezifisch geschaffenen Vertrauenstatbestand verlangt, die Präferenz. Zwar handelt es sich auch hierbei um einen unbestimmten Rechtsbegriff, dessen genaue Bedeutung sich erst in Schiedsverfahren erweisen wird.<sup>64</sup> Dennoch liegt hierin eine Abkehr von der Angreifbarkeit aller staatlichen

58 *Saluka Investments BV v. Czech Republic*, Partial Award, 17.3.2006, UNCITRAL, para. 305; ähnlich *Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania*, Award, 11.9.2007, ICSID, Case No. ARB/05/8, paras. 331 f.

59 *Saluka* (Fn. 58), para. 307.

60 *Kläger* (Fn. 12), S. 186 f.; *Duke Energy Electroquil v. Ecuador*, Award, 18.8.2008, ICSID, Case No. ARB/04/19, para. 340, „*The assessment of the reasonableness or legitimacy must take into account all circumstances, including not only the facts surrounding the investment, but also the political, socioeconomic, cultural and historical conditions prevailing in the host State.*“

61 *EDF v. Romania*, Award, 8.10.2009, ICSID, Case No. ARB/05/13, paras. 217 f.; *Schreuer* (Fn. 5), S. 374.

62 *EDF v. Romania* (Fn. 61), para. 298.

63 Ebenso verfährt Art. 14.6 des Investmentkapitels des *EU-Vietnam FTA* sowie die FET-Klausel des EU-Textvorschlags zum TTIP; das *Draft EU-Singapore FTA* nimmt die *legitimate expectations* mit Art. 9.4.2(e) sogar unmittelbar in den Tatbestandskatalog auf.

64 S. *Potestà* (Fn. 51), S. 105 ff., für eine ausführliche Darstellung hinsichtlich der nötigen Spezifität staatlicher Erklärungen.

Maßnahmen im Sinne von *Tecmed* und der Anwendungsbereich wird restriktiver abgesteckt.<sup>65</sup> Hinzukommt, dass der staatlichen Erklärung eine Zweckbestimmung zugrunde liegen muss, welche die Veranlassung von Investitionen zum Inhalt hat.<sup>66</sup> („to induce a covered investment“). Bei Beachtung dieser Vorgaben sind nur spezifische und zielgerichtet berechnete Erwartungen erweckende Erklärungen des Staates mögliche Tatbestände einer Verletzung des FETS, sofern die erforderliche Kausalität zwischen der staatlichen Maßnahme und dem darauf gerichteten Vertrauen besteht. Öfter als bisher müssten damit abstrakt-generelle Maßnahmen unberührt bleiben, da insbesondere Gesetze seltener individualisiert und spezifisch gegenüber Investoren eine Erklärung darstellen oder die Veranlassung von Investitionen bezwecken.<sup>67</sup> Der Anwendungsbereich wird im Gegenzug vor allem auf Genehmigungen, Konzessionen, explizite offizielle Äußerungen u. Ä. beschränkt, bei denen der Staat intentional vorgeht und eine spezifische Erklärung gegenüber dem Investor abgibt.<sup>68</sup> Wenn es zu einer derartigen Erklärung gekommen ist, so geht aus Abs. 4 aber nicht hervor, wann die Enttäuschung der hervorgerufenen Erwartung eine Verletzung des FETS bedeutet. Dies betrifft unmittelbar die problematischste Frage im Bereich der *legitimate expectations*, inwiefern sich negativ auf spezifische Zusicherungen des Staates auswirkende Veränderungen der Rechtslage als Verletzung berechtigter Erwartungen darstellen.<sup>69</sup> Entzieht der Staat beispielsweise aufgrund umweltrechtlicher Änderungen einem Investor eine bereits erteilte Genehmigung für Explorationsbohrungen,<sup>70</sup> so stellt sich weiterhin die Frage, inwiefern dies gegen den FETS verstößt.

In diesem Zusammenhang ist die Bedeutung des Abs. 4 im Gesamtgefüge der Klausel zu erörtern. Der Wortlaut des Abs. 4 spricht eindeutig davon, dass berechnete Erwartungen nur bei *Anwendung des obigen FETS* („when applying the above fair and equitable treatment obligation“) in Betracht gezogen werden können. Unter dem *obigen FETS* kann nur der in Abs. 2 enthaltene Standard gemeint sein. Ein Verweis auf den noch unbestimmten FETS in Abs. 1 wäre unzulässig, da ansonsten die Regelung des

65 So auch *Henckels*, Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA, and TTIP, J. Int'l Econ. L. (2016) Advance Access published April 5, 2016, doi: 10.1093/jiel/jgw001, S. 12.

66 Europäische Kommission (Fn. 1), S. 6, “[...] only where clear, specific representations have been made by a Party to the agreement in order to convince the investor to make or maintain the investment [...]”; s. auch Art. 9.4.2(e) Fn. 13 *Draft EU-Singapore FTA*.

67 Ähnlich *Total S.A. v. Argentina*, Decision on Liability, 27.12.2010, ICSID, Case No. ARB/04/1, para. 122, “[...] regulation of a normative and administrative nature that is not specifically addressed to the relevant investor [...] is not shielded from subsequent changes under the applicable law.”.

68 *Pandya/Moody*, Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration, *Tilburg L. Rev.* 15 (2010-11) S. 114 f.; vgl. *Reisman/Arsanjani*, The Question of Unilateral Governmental Statements as Applicable Law in Investment Disputes, in: *Dupuy/Fassbender/Shaw/Sommermann* (Hg.), *Völkerrecht als Wertordnung: Festschrift für Christian Tomuschat*, Kehl 2006, S. 422, die als entscheidend für die Bindungswirkung unilateraler staatlicher Äußerungen die absichtliche Veranlassung von Investitionen sowie das darauf gerichtete berechnete Vertrauen benennen.

69 Hierzu *Dolzer* (Fn. 10), S. 18 ff.; *Thunderbird v. Mexico*, Separate Opinion of Thomas Wälde, December 2005, UNCITRAL, para. 4 ff.; *Schreuer* (Fn. 5), S. 374 ff.

70 So bspw. im Zuge des Fracking-Moratoriums in *Québec Lone Pine v. Canada*, Notice of Arbitration, 6.9.2013, ICSID, para. 55.

Abs. 2 umgangen würde. Die *Anwendung* des in Abs. 2 enthaltenen FETS hieße dann, dass zunächst ein dort aufgeführter Tatbestand einschlägig sein und geprüft werden müsste, bevor das Schiedsgericht etwaige berechnete Erwartungen berücksichtigen könnte. Hierauf deutet auch die Voranstellung lediglich des „*may take into account*“ hin, welches die Anwendung von Abs. 4 ins Ermessen des Schiedsgerichts stellt. In systematischer Hinsicht kommt zum Tragen, dass Abs. 4 bewusst räumlich vom Tatbestandskatalog getrennt wurde und das im „*may*“ zum Ausdruck kommende Ermessen im Gegensatz zur Berücksichtigungspflicht im Hinblick auf die Tatbestände des Abs. 2 steht. Der Wortlaut und die Systematik des Zusammenspiels der einzelnen Absätze gebieten mithin, dass die durch Abs. 4 bereitgestellte Möglichkeit nur dann offensteht, wenn die Verletzung eines Tatbestands aus dem Katalog im Raum steht. Praktisch kommt hierfür insbesondere der Tatbestand *manifest arbitrariness* infrage, da die zur Enttäuschung von Erwartungen führende Rücknahme staatlicher Zusicherungen und Änderungen des rechtlichen Status quo besonders angreifbar erscheinen, wenn sie sich als Willkürmaßnahmen darstellen. Demnach wäre eine Berufung auf Abs. 4 nur dann möglich, wenn Erwartungen durch offensichtlich willkürliches Staatshandeln enttäuscht werden. Dieses Verhältnis von *arbitrariness* zu *legitimate expectations* und deren Verquickung wird auch von Teilen der Schiedspraxis skizziert.<sup>71</sup> Eine streng grammatische Auslegung erfasst schließlich den Fall, in dem eine *specific representation* dahingehend erfolgt, dass es zu keiner Verletzung des in Abs. 2 definierten FETS kommen wird.<sup>72</sup> Insgesamt wäre somit der Anwendungsbereich von Abs. 4 stark reduziert und eine Berufung unmittelbar auf eine Verletzung der *legitimate expectations*, wie sie bislang im Rahmen anderer Abkommen möglich war, ausgeschlossen. Abs. 4 käme gleich einem Hilfstatbestand allein in Verbindung mit Abs. 2, dessen „Schutzbereich“ zunächst eröffnet sein müsste, zur Geltung.

Problematisch an der Ausgestaltung des Abs. 4 erscheint, dass dieser nicht formuliert, wie eine Berücksichtigung der *legitimate expectations* im Rahmen des Abs. 2 konkret auszusehen hat. Das Verhältnis von Abs. 4 zu den restlichen Tatbeständen bleibt ungeklärt und für die Schiedsgerichte ergibt sich keinerlei bindende Richtschnur, in welchem Maße Abs. 4 herangezogen werden darf. Die Formulierung „*may take into account*“ überlässt ihnen vielmehr selbst die Beantwortung der Frage, welche Reichweite Abs. 4 zukommen soll. Damit stünde es einem Schiedsgericht offen, die berechtigten Erwartungen nach freier Gewichtung zu berücksichtigen und sie womöglich gerade zur vornehmlichen Entscheidungsgrundlage für einen Schiedsspruch zu erheben. Entscheidend für die Frage, ob ein Fall von *manifest arbitrariness* vorliegt, würde dann die Feststellung einer Verletzung der *legitimate expectations*, was sich im Ergebnis nicht von deren unmittelbaren Beanstandung unterschiede. Wenn ein Investor seine Erwartungen enttäuscht sähe, so könnte er eine willkürliche Behandlung rügen, die aber lediglich ein Etikett für die darunterliegende Prüfung der *legitimate expectations* wäre. Dies hätte zur Folge, dass Abs. 4 entgegen der ihm zugrundeliegenden Intention weiterhin *wie ein*

71 *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine*, Award, 8.11.2010, ICSID, Case No. ARB/07/16, para. 420, “[...] governments must avoid arbitrarily changing the rules of the game in a manner that undermines the legitimate expectations [...]”; zur Anwendung von *arbitrariness* im Rahmen des FETS s. *Stone*, *Arbitrariness, the Fair and Equitable Treatment Standard and the International Law of Investment*, Leiden J. Int’l L. 25 (2012) S. 77 ff.

72 *Krajewski* (Fn. 39), S. 12.

*Tatbestand* des Abs. 2 Wirkung zeitigt. Angesichts der bisherigen Bedeutung der *legitimate expectations* als maßgeblicher Bestandteil des FETS ist nicht auszuschließen, dass diese interpretatorische Unklarheit dergestalt genutzt wird, auf indirektem Wege die berechtigten Erwartungen dennoch vollends zur Geltung kommen zu lassen. Geschähe dies, so könnte Abs. 4 in seiner Wirkung als *eigenständiger* Tatbestand und damit als Ergänzung von Abs. 2 angesehen werden. Der räumlichen Trennung und dem „*may take into account*“ des Abs. 4 käme dann letztlich keine tiefere Bedeutung zu und die *legitimate expectations* wären an sich im Katalog des Abs. 2 zu verorten. Eine Berufung auf deren Verletzung im wie bisher in der Schiedspraxis üblichen Ausmaß erscheint damit durch die Hintertür des Abs. 4 möglich.<sup>73</sup> Gegen einen derart freien Umgang mit Abs. 4 sprechen zwar dessen oben untersuchter Wortlaut und die Systematik von Art. 8.10. Auch die grundsätzliche Ausrichtung der FET-Klausel – mit ihrer im zunächst abgeschlossenen Tatbestandskatalog und auch in der Anpassungsmöglichkeit zum Ausdruck kommenden Absicht der Begrenzung schiedsgerichtlicher Interpretationsautonomie – steht einer allzu weitgehenden Berücksichtigung entgegen und lässt eine Einschränkung der Anwendungsmöglichkeiten des Abs. 4 plausibel erscheinen. Indem jedoch die Doktrin der *legitimate expectations* dem Tatbestandskatalog unkommentiert an die Seite gestellt wird, bricht dessen Bestimmtheit auf und ein Element der Unwägbarkeit, welches nur schwer mit Abs. 2 in Einklang zu bringen ist, hält wiederum Einzug in den FETS.

#### b) Abs. 4 und das right to regulate

Während die isolierte Betrachtung des Art. 8.10 damit keine eindeutigen Rückschlüsse auf die Reichweite der *legitimate expectations* erlaubt, ist auch das restliche Vertragswerk zur Auslegung heranzuziehen. Am 29. Februar 2016 wurde die Überprüfung des *Consolidated Text* des CETA vom 26. September 2014 abgeschlossen und anschließend der endgültige Vertragstext veröffentlicht. Als Reaktion auf den heftigen Protest gegen das CETA und die internationale Schiedsgerichtsbarkeit insgesamt sowie mit der Perspektive einer möglichen Ablehnung des Abkommens durch das *Europäische Parlament* sind mit der neuen Fassung einige wesentliche Änderungen einhergegangen. Deren großer Umfang – werden die wesentlichen Vertragsinhalte doch selten im Rahmen einer bloßen Überprüfung derart nachhaltig angepasst – erscheint vor diesem Hintergrund der Kritik wenig überraschend. Im Bereich des FETS ist insbesondere der neu eingefügte Art. 8.9.1 beachtlich, welcher festlegt: „[...] *the Parties reaffirm their right to regulate within their territories to achieve legitimate policy objectives* [...]“. Als Beispiele solcher Ziele werden unter anderem Umwelt- und Verbraucherschutz genannt. Art. 8.9.2 legt nieder, dass die bloße Regulierungstätigkeit als solche noch keine Verletzung des FETS bedeutet, auch wenn hierdurch Nachteile für Investoren entstehen. Für die *Euro-päische Kommission* ergibt sich aus Art. 8.9 eine eindeutige Anweisung an das Schieds-

73 Ähnlich auch *Krajewski* (Fn. 39), S. 12, “*A systematic and logical interpretation would suggest that the FET standard only applies if a state made specific representations not to deny justice or to fundamentally breach due process. Such an interpretation does not seem practical and it is hence likely that tribunals will predominantly or even only rely on specific representations and legitimate expectations.*”.

gericht, wie der FETS auszulegen sei, nämlich stets unter Beachtung des Rechts auf Regulierung, welches vollumfänglich gewahrt bleibe.<sup>74</sup> Folge einer solchen Sichtweise wäre, dass der Anwendungsbereich der *legitimate expectations* insoweit eingeschränkt würde, als bestimmte Bereiche staatlichen Handelns praktisch ausgenommen wären vom Verdacht einer Verletzung des FETS. Ob der Vorschrift tatsächlich eine solche Bedeutung beigemessen werden kann, erscheint jedoch fraglich.

Art. 8.9.1 trägt der Tatsache Rechnung, dass ein allzu weiter und strenger Maßstab im Bereich der *legitimate expectations* einen staatlichen Idealzustand voraussetzt, in dem keine Notwendigkeit für die Rechtslage verändernde Maßnahmen besteht.<sup>75</sup> Da vitale Staaten aber Flexibilität in ihrer Zielsetzung und der Wahl ihres Handlungsinstrumentariums benötigen, ist ein enger Anwendungsbereich geboten, um die negative Wirkung von auf Basis enttäuschter Erwartungen angestregten Schiedsverfahren – schlimmstenfalls einen „*regulatory chill*“<sup>76</sup> – zu verhindern. Hier tritt der Gedanke hervor, dass IIAs zwar primär dem Schutz von Investoren dienen, diese sich aber nicht der Verantwortung für allgemeine wirtschaftliche Geschäftsrisiken – worunter erforderliches und prozedural faires staatliches Handeln fällt – entziehen sollen.<sup>77</sup>

In Art. 8.9.1 fällt ins Auge, dass durch das Verb *reaffirm* eine äußerst unverbindliche Sprache verwendet wird, die an sich in den unbestimmten Zielvorstellungen einer Präambel zu verorten wäre. Der Blick in die Präambel des CETA offenbart wiederum eine weitestgehend deckungsgleiche Formulierung: „*RECOGNISING that the provisions of this Agreement preserve the right of the Parties to regulate within their territories and the Parties' flexibility to achieve legitimate policy objectives [...]*“.<sup>78</sup> Aus der bloßen Beteuerung eines Rechts auf Regulierung in Art. 8.9.1 geht aber nicht hervor, welche Wirkungen hiervon auf die konkret anzuwendenden Schutzstandards wie den FETS ausgehen. Demgegenüber normiert Art. 28.3.2 eine Liste mit generellen Ausnahmen für *Section B/C* – Art. 8.10 befindet sich dagegen in *Section D* – des Investmentkapitels, bei deren Vorliegen die Staaten Maßnahmen ergreifen können, auch wenn diese an sich eine Verletzung der in *Section B/C* enthaltenen Vorschriften wie beispielsweise des

74 Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 29. Februar 2016 zum CETA, abrufbar unter [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-399\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-399_en.htm); Europäische Kommission, Factsheet on investment protection in CETA, Februar 2016, S. 2, abrufbar unter [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc\\_151918.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151918.pdf); auch Art. 13bis des Investmentkapitels des *EU-Vietnam FTA* enthält den Hinweis auf das *right to regulate*.

75 Douglas (Fn. 38), S. 28.

76 Zu diesem Begriff s. *Soloway*, NAFTA's Chapter 11: Investor Protection, Integration and the Public Interest, Institute for Research on Public Policy, Choices 9-2 (2003) S. 18 ff.

77 *Muchlinski*, „Caveat investor? The relevance of the conduct of the investor under the fair and equitable treatment standard, Int'l & Comp. L. Q. 55 (2006) S. 542 f.; *Emilio Augustin Mafezini v. Spain*, Award, 13.11.2000, ICSID, Case No. ARB/97/7, para. 64, “[...] *Bilateral Investment Treaties are not insurance policies against bad business judgments.*”.

78 Damit steht das CETA im Einklang mit der Empfehlung, einen investorenfreundlichen Rückgriff auf die Präambel zur Auslegung des FETS auszuschließen. Ein solcher sei zu befürchten, wenn die Präambel ein „*stable framework for investments*“ einfordere, *UNCTAD* (Fn. 17), S. 112; bspw. führt die Präambel des *US Model BIT 2012* ein solches „*stable framework for investments*“ an und auch Schiedsgerichte haben über eine solche Präambel die Reichweite des FETS definiert, s. z. B. *Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador*, Award, 1.7.2004, LCIA, Case No. UN 3467, para. 183.

Art. 8.6 (*National Treatment*) nach sich ziehen. Die aufgeführten Ausnahmetatbestände umfassen teils dieselben bzw. ähnliche Bereiche öffentlicher Regulierung wie jene in Art. 8.9.1 und der Präambel genannten Ziele. Jedoch handelt es sich aufgrund der Formulierung in Art. 28.3.2 um einen echten Ausnahmenkatalog („*nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption [...] of measures necessary [...]*“). Eine solche Wortwahl zeugt eindeutig vom Willen, die regulatorische Freiheit in wesentlichen Bereichen aufrechtzuerhalten.<sup>79</sup> Ebenso verwendet der Textvorschlag der EU zum Investmentkapitel des TTIP in Art. 2.1 eine weitaus deutlichere Sprache: „*The provisions [...] shall not affect the right of the Parties to regulate [...] through measures necessary to achieve legitimate policy objectives [...]*“. Angesichts dessen legt die weitaus unverbindlichere Formulierung des Art. 8.9.1 dagegen nahe, dass gerade kein Recht auf Regulierung im Sinne ausgenommenen Bereiche besteht, welche der schiedsgerichtlichen Beanstandung entzogen sind. Die Präambel sowie Art. 8.9.1 verankern damit zwar rein sprachlich ein Recht auf Regulierung im Vertragstext. Jedoch bestreitet auch die Schiedspraxis nicht, dass Staaten grundsätzlich regulieren dürfen.<sup>80</sup> Die entscheidende Frage betrifft nicht die Existenz eines Rechts auf Regulierung, sondern dessen Umfang. Dieser ergibt sich aber erst aus der konkreten Anwendung des FETS, wobei Kriterien zu ermitteln sind, um die Grenze zwischen zulässigen und unzulässigen – also ungerechtfertigten, willkürlichen oder unbilligen – staatlichen Maßnahmen abzustecken.<sup>81</sup> Die Schiedspraxis stellt hier eine einzelfallbezogene Abwägung zwischen dem hoch einzuschätzenden Recht auf Regulierung und legitimen Investoreninteressen an, während Abs. 4 und Art. 8.9.1 keine weiteren Anhaltspunkte bieten. Die Problematik des Fehlens greifbarer, präziser Kriterien in der Schiedspraxis, wie in einer Abwägung die gegenläufigen Interessen auszutarieren seien,<sup>82</sup> besteht daher in Abs. 4 fort. Eine zumindest umrisshafte Normierung dessen, was eine Verletzung konstituieren kann – und sei es durch die Nennung jener in eine Abwägung einzustellenden Kriterien – hätte hier wesentlich dazu beigetragen, Licht in die teils undurchsichtige Schiedspraxis zu werfen. Jedenfalls bleibt dem Schiedsgericht weites Ermessen hinsichtlich der Feststellung einer konkreten Verletzung im Rahmen einer Abwägung unbenommen, um die Unzulässigkeit einer regulatorischen Maßnahme im Einzelfall festzustellen. Die Verankerung des Rechts auf Regulierung könnte allenfalls als Klarstellung betrachtet und als Auslegungshilfe vom Schiedsgericht herangezogen werden, dass ein besonderes Augenmerk auf die staatliche Regulierungsfreiheit zu legen sei.<sup>83</sup> Hierin dürfte sich die Nutzbarmachung des Art. 8.9.1 für die Anwendung des FETS jedoch erschöpfen. Die Einfügung von Art. 8.9.1 kann damit vor allem als wohlmeinendes Zugeständnis an Kritiker bezeichnet werden.<sup>84</sup> Die Verwirklichung des Absolutheitsanspruchs der *Eu-*

79 Zu den möglichen Implikationen einer solchen Ausnahme Klausel für das *right to regulate* s. *Melo Araujo*, The EU Deep Trade Agenda: Law and Policy, Oxford 2016, S. 128.

80 Z. B. *Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania* (Fn. 58), para. 332, “[...] each State’s undeniable right and privilege to exercise its sovereign legislative power.”; *Lemire v. Ukraine* (Fn. 35), para. 285.

81 Vgl. *Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania* (Fn. 58), para 332.

82 *Kläger* (Fn. 12), S. 187.

83 Vgl. *Titi*, The Right to Regulate in International Investment Law, Baden-Baden 2014, S. 42 ff.

84 So auch *Schwebel*, Editorial – Keynote Remarks, Transnational Dispute Management 13-1 (2016) S. 6.

*ropäischen Kommission*, Investoren könnten die Unveränderlichkeit der Rechtslage unter dem CETA berechtigterweise nicht mehr erwarten,<sup>85</sup> hängt also maßgeblich davon ab, inwieweit das Schiedsgericht bereit ist, dem Vertragstext insgesamt einen allgemeinen Vorrang des *right to regulate* zu entnehmen.

### c) Fazit

Auffallend ist somit, dass Abs. 4 ein Tatbestandsmerkmal – die staatliche Erklärung – in Anlehnung an eine bestehende Schiedspraxis niederlegt. Hier wird den Schiedsgerichten ein Stück interpretatorischer Freiheit entzogen. Ein anderes Tatbestandsmerkmal – die Verletzung – bleibt jedoch unbestimmt. Nichtsdestotrotz geht mit Abs. 4 ein gewisses Maß an Rechtssicherheit einher. Da nur bei spezifischen Erklärungen, von denen der Staat grundsätzlich wissen sollte, die *legitimate expectations* zum Tragen kommen, wird der Geltendmachung von für den Staat nicht ersichtlichen und rein subjektiven Investoreninteressen vorgebeugt.<sup>86</sup> Diesbezüglich ist dem Schiedsgericht eine enger als bisher konturierte Version der *legitimate expectations* an die Hand gegeben, welche die enorme Reichweite anderer Auslegungen vom ersten textlichen Zugang her verhindert. Hier geht die Argumentation vieler Kritiker fehl, dass bereits mit der Kodifizierung der *legitimate expectations* den Schiedsgerichten eine willkommene Vorlage zur Beschneidung staatlicher Regulierungsautonomie an die Hand gegeben werde.<sup>87</sup> Gegenüber der existierenden, teils äußerst weitgehenden Schiedspraxis, die in den FETS ohne Umschweife überhaupt erst die *legitimate expectations* hineinlas,<sup>88</sup> stellt Abs. 4 einen einschränkenden Ansatz dar, der in mancher Hinsicht die schiedsgerichtliche Realität in reduzierter Form reflektiert. Zuzugestehen ist dieser Kritik aber, dass bei Vorliegen einer spezifischen Erklärung unter Abs. 4 viele staatliche Maßnahmen angreifbar und die Grenzen des Anwendungsbereichs nicht genau abzumessen sind. Hier setzt die ausdrückliche Erwähnung des Rechts auf Regulierung in Art. 8.9.1 an, welche zwar aufgrund dessen unverbindlicher Formulierung kaum die von der *Europäischen Kommission* bekundete Wirkung entfalten kann. Es tritt aber dennoch der Wille der Vertragsparteien deutlich hervor, der von der Präambel und Art. 8.9.1 vorausgesetzten Anerkennung der Bewahrung staatlicher Hoheit über die Rechtsetzung und der Wahrnehmung legitimer Ziele gerecht zu werden, was auch in Schiedsverfahren zu berücksichtigen wäre. Bei einer Gesamtbetrachtung des Vertragstexts stellt Abs. 4 im Ansatz eine Antwort auf die Gefahren allzu weitgehender Interpretation dar und versucht den Ausgleich von Investoreninteressen und regulatorischer Freiheit.

85 *S. Europäische Kommission* (Fn. 1), S. 6; *Europäische Kommission* (Fn. 74).

86 *Pandya/Moody* (Fn. 68), S. 114.

87 S. z. B. *Eberhardt/Redlin/Toubeau*, *Trading Away Democracy*, November 2014, S. 13, abrufbar unter <http://canadians.org/sites/default/files/publications/trading-away-1114.pdf>.

88 *Picherack* (Fn. 8), S. 271; s. auch *Potestà* (Fn. 51), S. 90 ff., der feststellt, dass Schiedsgerichte die *legitimate expectations* unhinterfragt unter Berufung auf Präzedenzen anwenden und durch diese mechanische Vorgehensweise ihre Erklärungspflicht hinsichtlich Entstehung und Reichweite des Konzepts vernachlässigen.

#### 4. Absatz 5 und 6

Abs. 1 fordert, Investoren „*full protection and security*“ zukommen zu lassen. Diese Verpflichtung ist in der Mehrzahl aller IIAs anzutreffen und findet fast immer neben dem FETS Erwähnung.<sup>89</sup> Unklar ist, ob hierin ein eigener, trennscharf vom FETS zu unterscheidender Standard zu erblicken ist und oft wird angenommen, dass als eigenständige Verpflichtung lediglich der physische – nicht rechtliche oder wirtschaftliche – Schutz von Investitionen bezweckt wird.<sup>90</sup> Das CETA positioniert sich hierzu über Abs. 5 erneut mit der Kodifizierung eines klar bestimmten Norminhalts. Nach Abs. 5 gilt der Schutz allein in Bezug auf „*the Party's obligations relating to physical security of investors and covered investments*“. Damit wird die in der Schiedspraxis verbreitete Position des allein physischen Schutzes<sup>91</sup> festgeschrieben und sich einem weiten Schutzstandard<sup>92</sup> entgegengestellt. Ansonsten, bei weiter Anwendung von *full protection and security*, wäre der Übergang vom FETS zu jenem Standard fließend und die Verletzung des einen bedingte automatisch den Bruch des anderen Standards, was eine Unterscheidung erschwerte.<sup>93</sup> Somit folgt aus Abs. 5 eine Trennung in zwei verschiedene Standards und der eindeutige Wortlaut schafft wesentliche Rechtsklarheit.

Nach Abs. 6 hat die Verletzung einer anderen Vorschrift des CETA oder eines anderen Abkommens keinen Verstoß gegen Art. 8.10 zur Folge. Insbesondere können Investoren sich demnach nicht auf die Verletzung eines anderen Abkommens stützen, welches selbst keine Möglichkeit der Anrufung eines Schiedsgerichts vorsieht.<sup>94</sup> Damit folgt Abs. 6 zahlreichen anderen IIAs,<sup>95</sup> um unbegründete Klagen zu verhindern, weist aber keine Besonderheiten auf.

### III. Schlussbetrachtung

Die Analyse jenes Schutzstandards, der in Schiedsverfahren stets herangezogen und gerade deshalb ebenso häufig in der Diskussion kritisiert wird, vermag Aufschluss über einige grundlegende Intentionen und Richtungsentscheidungen der Vertragspartner zu geben. So ist augenfällig, dass Art. 8.10 aufgrund der Spezifizierung des Inhalts durch die Kodifizierung der bestehenden Schiedspraxis nicht mehr als eigenständige ungebundene FET-Klausel betrachtet werden kann. Vielmehr erfolgt durch den abgeschlossenen Tatbestandskatalog in Abs. 2 eine Bezugnahme, wie sie bisher vor allem an den Mindeststandard gebundene FET-Klauseln kannten und die damit in ihrer Wirkung der

89 So Art. 2.2 *German Model BIT 2008*, Art. 1105.1 NAFTA, Art. 5.1 *Canada Model BIT 2004*.

90 *Dugan/Wallace/Rubins/Sabahi* (Fn. 55), S. 534 ff.; *Kläger* (Fn. 12), S. 291 ff.

91 So *Saluka* (Fn. 58), para. 484.

92 So *Azurix Corp. v. Argentina*, Award, 14.7.2006, ICSID, Case No. ARB/01/12, para. 408.

93 *Dugan/Wallace/Rubins/Sabahi* (Fn. 55), S. 539; *Enron Corp. Ponderosa Assets v. Argentina*, Award, 22.5.2007, ICSID, Case No. ARB/01/3, para. 286.

94 UNCTAD (Fn. 17), S. 33.

95 Bspw. Art. 5.3 *US Model BIT 2012*, Art. 3.4.b) *Colombia Model BIT 2007*, Art. 5.2 *Canada Model BIT 2004*; deutsche BITs enthalten dagegen keine derartige Vorschrift.

Erwähnung sonstigen Völkerrechts gleichkommt.<sup>96</sup> Das CETA verwirklicht die teilweise Bindung der Schiedsgerichtsbarkeit jedoch nicht über eine Referenz zum seinerseits unbestimmten und schwer greifbaren Mindeststandard, sondern geht innovativ vor, indem es sich erstmalig und womöglich wegweisend des Enumerationsprinzips bedient. In Anbetracht der weitgehenden inhaltlichen Übereinstimmung mit der bisherigen Schiedspraxis ist zunächst zwar nicht damit zu rechnen, dass sich dies wesentlich auf Schiedsverfahren auswirkt. Doch entspricht gerade dies dem Telos der Norm, den bisherigen Stand der Schiedspraxis zu spiegeln und darauffolgende unerwünschte Entwicklungen nicht ungewollt nachzuvollziehen. Abs. 3 stellt dabei die notwendige Flexibilität zur Verfügung, welche einer festen Aufzählung von Tatbeständen andernfalls abginge und führt einen Anpassungsmechanismus ein, den andere Abkommen in dieser Ausprägung nicht kennen. Abs. 4 ist nicht hinreichend eindeutig formuliert sowie in seiner derzeitigen Ausgestaltung etwas unbefriedigend. In inhaltlicher Hinsicht werden Fragen offen gelassen, welche gleichermaßen die Schiedsgerichtsbarkeit umtreiben – vornehmlich, wann genau die zur Verletzung von Erwartungen führende staatliche Regulierungstätigkeit einen Verstoß gegen den FETS darstellt. Zwar enthält das Abkommen nun in der Tat eindeutige Vorschriften, welche das *right to regulate* festschreiben. Die bloße Benennung desselben hat aber keine zwingenden Konsequenzen jenseits der Feststellung, dass Staaten grundsätzlich regulieren dürfen. Nicht ausgeschlossen erscheint jedoch auch, dass die Betonung des *right to regulate* eine stärkere Berücksichtigung der staatlichen Regulierungsautonomie im Rahmen der Auslegung des FETS zur Folge haben könnte. Insgesamt nimmt Abs. 4 gerade durch das Erfordernis zielgerichteter spezifischer Erklärungen eine Einschränkung gegenüber in der Schiedspraxis vertretenen Positionen vor. Damit versucht das CETA, den Weg zu einer Anwendung zu ebnen, die der regulatorischen Freiheit der Staaten nicht mehr diametral gegenübersteht, bringt diesen Ansatz aber nicht zur Vollendung.

Indem Abs. 1 sich insgesamt der umfangreichen Normierung des FETS in den folgenden Absätzen bedient, findet eine Angleichung an die Praxis der *USA* und *Kanada* statt, durch Erläuterungen des unbestimmten FETS Einschränkungen vorzunehmen.<sup>97</sup> Die festgestellten Konvergenzen der FET-Klausel im CETA und sonstiger FET-Klauseln hinsichtlich der Tatbestände bringen dabei in materieller Hinsicht viel Altes im formell neuen Gewand der Kodifizierung zum Vorschein. Viele zunächst augenscheinliche Unterschiede zeichnen somit lediglich die Entwicklungen in der Schiedspraxis der letzten Jahre nach. Angesichts der daraus folgenden Einschränkung schiedsgerichtlicher Freiheit kann Art. 8.10 jedoch nicht einer der herkömmlichen Kategorien von FET-Klauseln zugeordnet werden. Vielmehr findet eine Ausgestaltung in innovativer Form statt, welche der Gefahr ausufernder schiedsgerichtlicher Interpretation durch ausführliche Kodifizierung entgegengewirkt, was einen bisher nicht verfolgten Ansatz ausmacht. Folglich erscheint es angebracht – gerade auch im Hinblick auf die von der EU angestrebte zukünftige Nutzung derartiger Normen – vom Erscheinen eines neuen, formell innovativen Typus einer FET-Klausel auf der Bühne des internationalen

96 Damit erfüllt sich gewissermaßen die Forderung des *Europäischen Parlaments* (Fn. 9), Rn. 19, “[...] faire und gleiche Behandlung, definiert auf der Grundlage der Behandlung nach dem internationalen Gewohnheitsrecht [...]” als Maßstab anzulegen.

97 *Clodfelter*, *The Future Direction of Investment Agreements in the European Union*, *Santa Clara J. Int’l L.* 12 (2014) S. 166, spricht von “*NAFTA-contamination*”.

Investitionsschutzes zu sprechen, der den Bruch mit der Tradition allzu unbestimmter FET-Klauseln wagt. Art. 8.10 könnte somit zum Testlabor der möglichen Auswirkungen eines Paradigmenwechsels hin zu einer stärkeren Bindung der Schiedsgerichte im Bereich des *fair and equitable treatment* werden, dessen Erfolg oder Misserfolg einer neuen Generation von FET-Klauseln den Weg weisen könnte. Insbesondere Abs. 2 leistet einen wesentlichen Beitrag zur Lösung der Problematik vager Formulierungen und Unwägbarkeiten in IIAs und schafft lange überfällige Rechtssicherheit. Die verbleibende Unsicherheit im Hinblick auf die wichtigen *legitimate expectations* wirkt dagegen belastend für die ansonsten gelungene Norm, welche dem erhobenen Anspruch nach Innovation und Modernität insgesamt gerecht zu werden vermag. Auch wenn regulatorische Maßnahmen wohl weiterhin angreifbar sind und damit ein Ziel der *Europäischen Kommission* als verfehlt erscheint, stellt die Ausgestaltung von Art. 8.10 eine positive Fortentwicklung der FET-Doktrin dar. Hinsichtlich dieses Schutzstandards erweist sich das CETA somit tatsächlich als ein „*Freihandelsabkommen der Zukunft*“.<sup>98</sup>

---

98 Bundeskanzlerin *Angela Merkel*, Rede zum Haushaltsgesetz 2016 vor dem Deutschen Bundestag, 9.9.2015, abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Rede/2015/09/2015-09-10-rede-deutscher-bundestag.html>.