



Stefanie Pieck

Der Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung in Investitionsschutzverträgen

Historische Entwicklung und heutige
Ausprägung des Grundsatzes

Unter besonderer Berücksichtigung der
Rechtsprechung internationaler Schiedsgerichte

A. Einleitung

Auslandsinvestitionen haben in den letzten Jahrzehnten rasant zugenommen, was es erforderlich machte, den Schutz dieser Investitionen zu verbessern. Indem ausländische Investoren einerseits möglichst abgesichert sein möchten, wenn sie in einem fremden Land investieren und die Gaststaaten ein investitionsfreundliches Umfeld schaffen wollen, um von ausländischen Investitionen zu profitieren, hat sich in den letzten Jahrzehnten ein umfassender Investitionsschutz auf völkerrechtlicher Ebene herausgebildet. Gerade in Staaten mit einem weniger weit entwickelten Rechtssystem oder auch instabilen Regierungsverhältnissen können sich große Rechtsunsicherheiten für den ausländischen Investor ergeben. Auch das Völkergewohnheitsrecht bietet im Bereich der Auslandsinvestitionen dem ausländischen Investor nur eingeschränkte Rechte.¹ Dementsprechend werden zum Schutz des ausländischen Investors und in der Absicht, ihm einen größtmöglichen Bewegungsspielraum zu garantieren, sowie Investitionen zu liberalisieren, Investitionsschutzverträge zwischen den Staaten geschlossen.² Dies ist umgekehrt auch für den Gaststaat von Bedeutung, damit dieser abschätzen kann, welche Einflussmöglichkeiten er auf ausländische Investoren und deren Investitionen hat, was von ihm verlangt wird und vor allem, wofür er haftbar gemacht werden kann.

Wichtiger und wesentlicher Bestandteil des weltweiten Netzes an Investitionsregelungen sind die bilateralen Investitionsabkommen (BITs = Bilateral Investment Treaties) oder Investitionsschutz- und -förderverträge, wie sie im deutschen Sprachgebrauch heißen.³ Alleine im Jahr 2005 wurden 162 Internationale Investitionsschutzübereinkommen (International Investment Agreements, IIAs) geschlossen, was die Gesamtzahl der Übereinkommen in diesem Bereich auf beinahe 5.500 ansteigen ließ.⁴

1 Kirkman, 34 Georgetown University INT'L L. J. 2002, Seite 343 (345).

2 Ceysens/Sekler, Bilaterale Investitionsabkommen der Bundesrepublik Deutschland, S.7, veröffentlicht unter: <http://opus.kobv.de/ubp/volltexte/2005/612/>; Kirkman, 34 Georgetown University INT'L L. J. 2002, Seite 343 (345).

3 Ceysens/Sekler, a.a.O., S. 22.

4 UNCTAD, IIA MONITOR No.2 (2006), S. 2.

In den meisten dieser Verträge wird der ausländischen Investition eine gerechte und billige Behandlung zugesichert.⁵ Darüber hinaus ist in den letzten Jahren die Zahl von Klagen ausländischer Investoren gegenüber den Gastgeberländern vor internationalen Schiedsgerichten wegen einer Verletzung des Grundsatzes der gerechten und billigen Behandlung stark angestiegen. In nahezu jeder Entscheidung vor einem internationalen Schiedsgericht wird zumindest unter anderem eine Verletzung des Grundsatzes der gerechten und billigen Behandlung geltend gemacht.⁶ Darüber hinaus ist der Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung der Grundsatz mit der höchsten praktischen Relevanz: die Mehrheit erfolgreicher Entscheidungen vor internationalen Schiedsgerichten stützen sich auf eine Verletzung des Grundsatzes der gerechten und billigen Behandlung.⁷

Dabei sind Inhalt und Umfang des Grundsatzes der gerechten und billigen Behandlung nach wie vor höchst umstritten, so dass eine eingehende Untersuchung des Grundsatzes in der Vertragpraxis wie auch in der Handhabung durch die Schiedsgerichte angezeigt ist, mit dem Ziel mehr Rechtssicherheit für die Handhabung des Grundsatzes sowohl auf Seiten der ausländischen Investoren als auch der Gaststaaten zu schaffen.

Die Bedeutung des Standards der „gerechten und billigen Behandlung“ muss nicht notwendigerweise in allen Verträgen gleich sein, in denen er verwendet wird.⁸ Die richtige Interpretation kann durch den genauen Wortlaut des jeweiligen Vertrages, seinen Kontext, die Geschichte der Vertragsverhandlungen oder sonstige Anhaltspunkte für den jeweiligen Parteiwillen beeinflusst werden.⁹ Versuche, den grundsätzlichen normativen Gehalt des Standards zu klären, sind bisher nur relativ selten unternommen worden.¹⁰ Nach einer Ansicht ist die Unbestimmtheit des Begriffes intendiert, um den Schiedsgerichten die Möglichkeit zu geben, die Reichweite des Grundsatzes so zu bestimmen, dass der Vertragszweck im jeweiligen Streitfall erreicht werden kann¹¹. Jedenfalls scheinen eine Reihe von Regierungen besorgt darüber zu sein, dass je weniger Richtlinien den Schiedsgerichten vorgegeben werden, desto mehr Ermessenspielraum besteht

5 UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, Fair and Equitable Treatment 1999, S. 22; Coe, Fair and Equitable Treatment under NAFTA's Investment Chapter, ASIL Proceedings 2002, S. 17 (18); Dolzer/Schreuer, Principles of International Investment Law, Oxford University Press, 2008. S. 119.

6 Dolzer, Fair and Equitable Treatment, in: The International Lawyer, 2005, S. 87 (87).

7 Dolzer/Schreuer, Principles of International Investment Law, Oxford University Press, 2008. S. 119.

8 Yannaca-Small, Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law, in: OECD, International Investment Law: A Changing Landscape (2005), S. 73 (74).

9 Yannaca-Small, a.a.O., S. 74 f.

10 Yannaca-Small, a.a.O., S. 75.

11 Yannaca-Small, a.a.O., S. 75.

und dementsprechend näher der Prozess einer Entscheidung *ex aequo et bono* rückt, zum Beispiel hinsichtlich einer Entscheidung nach dem Verständnis des jeweiligen Richters von „Gerechtigkeit“ und „Billigkeit“.¹² Dies auch vor dem Hintergrund eines in jüngster Zeit zunehmend zu beobachtenden Spannungsverhältnisses von staatlicher Regelungsfreiheit auf der einen Seite und Schutz wirtschaftlicher Individualinteressen auf der anderen Seite.¹³

So zielt der Standard der gerechten und billigen Behandlung zentral auf Gesichtspunkte ab, die seit einigen Jahren unter dem Stichwort der „Good Governance“ diskutiert werden und soll durch die Verbreitung im Rahmen des Völkergewohnheitsrechts zur Etablierung rechtsstaatlicher Strukturen in Entwicklungsländern und am wenigsten entwickelten Ländern führen.¹⁴ Auf der anderen Seite sehen sich auch industrialisierte Staaten, wie beispielsweise die USA, durch die weite Auslegung des Standards der gerechten und billigen Behandlung in ihrer staatlichen Regelungsfreiheit unverhältnismäßig beeinträchtigt. Drei Bereiche stehen hierbei im Vordergrund der Diskussion: Steuerrecht, Arbeits- und Sozialrecht und Umweltschutzrecht. In allen drei Bereichen sehen zahlreiche industrialisierte Staaten die Gefahr, dass ihre investitionsschutzrechtlichen Verpflichtungen sie daran hindern, legitime öffentliche Interessen im Rahmen einer Änderung der innerstaatlichen Rechtsordnung effektiv durchzusetzen.¹⁵

Hierbei handelt es sich um das Problem, dass mit der Erweiterung des Investitionsschutzes durch eine entsprechende schiedsgerichtliche Praxis auf der Grundlage weit gefasster Behandlungsstandards wie dem der gerechten und billigen Behandlung ein zunehmender öffentlicher Druck in zahlreichen Staaten entsteht, die Praxis der bilateralen Investitionsschutzverträge zu ändern, was sogar bis hin zu Überlegungen dahingehend reicht, ob man insgesamt noch an dem Modell der Gewährung privater Klagerechte von Investoren festhalten sollte.¹⁶

Entsprechend scheint es angezeigt, anhand einer umfassenden Darstellung und Analyse der bisher in Zusammenhang mit dem Grundsatz der gerechten und

12 Yannaca-Small, a.a.O., S. 75.

13 Tietje, Internationales Investitionsschutzrecht im Spannungsverhältnis von staatlicher Regelungsfreiheit und Schutz wirtschaftlicher Individualinteressen, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 93, Februar 2010, S. 5.

14 Tietje, Internationales Investitionsschutzrecht im Spannungsverhältnis von staatlicher Regelungsfreiheit und Schutz wirtschaftlicher Individualinteressen, a.a.O., S. 13 f.

15 Tietje, Internationales Investitionsschutzrecht im Spannungsverhältnis von staatlicher Regelungsfreiheit und Schutz wirtschaftlicher Individualinteressen, a.a.O., S. 14.

16 Tietje, Internationales Investitionsschutzrecht im Spannungsverhältnis von staatlicher Regelungsfreiheit und Schutz wirtschaftlicher Individualinteressen, a.a.O., S. 14 f.; U.S. Department of State, Report of the Subcommittee of Investment of the Advisory Committee on International Economic Policy Regarding the Model Bilateral Investment Treaty, 30. September 2009, veröffentlicht unter: <http://www.state.gov/e/eeb/rls/othr/2009/131098.htm>.

billigen Behandlung bestehenden Vertragspraxis sowie der bestehenden Rechtsprechung internationaler Schiedsgerichte aufzuzeigen, welche Ansätze zur Interpretation des Grundsatzes vertreten werden und in welcher Weise dieser für beide Seiten sowohl den Investor als auch den Gaststaat handhabbar gemacht werden kann bzw. bereits gemacht wurde.

B. Untersuchung der Herkunft und Verbreitung des Grundsatzes der gerechten und billigen Behandlung anhand der Vertragspraxis

I. Historische Entwicklung der Vertragspraxis der Staaten im Hinblick auf die Verwendung des Grundsatzes der gerechten und billigen Behandlung

Der Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung ist ein völkervertraglicher Schutzstandard, der bereits vor der Entwicklung des modernen Investitionsschutzrechtes in den Verträgen der USA über Freundschaft, Handel und Schifffahrt (FCN = Treaties on Friendship, Commerce and Navigation), sowie in der Havanna Charta von 1948, als früherer Versuch der Vereinbarung einer Grundlage für die Errichtung einer internationalen Handelsorganisation, verwendet wurde.

Ausgehend von diesen ersten Nachweisen der Verwendung des Grundsatzes nach dem zweiten Weltkrieg etablierte sich der Grundsatz zunehmend sowohl in bilateralen als auch in regionalen und multilateralen Übereinkommen und wurde insbesondere auch in die nunmehr allgemein verwendeten modernen Investitionsschutzverträge, die speziell auf die Förderung und den Schutz von Auslandsinvestitionen zugeschnitten sind, übernommen.

Bevor auf den Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung in seiner heutigen Ausprägung eingegangen wird, soll im Folgenden zunächst auf den Grundsatz in seiner historischen Entwicklung eingegangen und die Frage nach seinem Inhalt und seiner Bedeutung vor diesem Hintergrund näher beleuchtet werden.

1. Entwicklungen in bilateralen Abkommen

Der Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung hat sich bereits vor dem Aufkommen der modernen Investitionsschutzverträge entwickelt und geht auf die Zeit der sogenannten Treaties on Friendship, Commerce and Navigation (FCN-Treaties) zurück.

Mit Aufkommen der modernen Verträge speziell zum Schutz von Auslandsinvestitionen wurde der Grundsatz bereits kurze Zeit nach deren Abschluss in diese übernommen und hat sich seither als fester Bestandteil der modernen Investitionsschutzverträge etabliert.

Diese Entwicklung des Grundsatzes der gerechten und billigen Behandlung soll im Folgenden dargestellt und die Etablierung und Fortentwicklung des Standards anhand der Darstellung herausgearbeitet werden.

a) Verträge über Freundschaft, Handel und Schifffahrt (FCN = Treaties on Friendship, Commerce and Navigation)

aa) *Allgemeines*

Erstmalig erscheint der Begriff der gerechten und billigen Behandlung wohl in den FCN-Verträgen der Vereinigten Staaten von Amerika.

Die sogenannten Verträge über Freundschaft, Handel und Schifffahrt (FCN-Treaties) der Vereinigten Staaten von Amerika regelten als Vorläufer der modernen bilateralen Investitionsschutzabkommen bereits seit dem 18. Jahrhundert nicht nur den Warenhandel, sondern boten Händlern im Partnerstaat Schutz und Freiheiten.¹⁷ Obwohl diese Verträge insbesondere auf Regelungen in Zusammenhang mit Handel und Schifffahrt abstellten, und ihr Abschluss Freundschaft und Zusammenarbeit zwischen den betreffenden Staaten voraussetzte, hatten sie in der Hauptsache dennoch eine ökonomische und rechtliche Ausrichtung.¹⁸

Im Gegensatz zu den modernen Investitionsschutzverträgen, die speziell auf den Schutz von Auslandsinvestitionen zugeschnitten sind, umfassten die FCN-Verträge föglicherweise ein wesentlich breiteres und allgemeineres Schutzspektrum.¹⁹

bb) *Regelungsgehalt der FCN-Verträge*

Die Verträge, die die USA mit unterschiedlichen Staaten insbesondere in der Zeit nach dem zweiten Weltkrieg abschlossen beinhalteten vielfältige Regelungen, die sich, obwohl sich die Verträge grundsätzlich mit ähnlichen Gegenständen befassen, in einigen wesentlichen Punkten unterschieden.²⁰

Zunächst beinhalteten die Verträge einen Standard unter Bezugnahme auf das Völkerrecht, mit welchem der Schutz von Personen und Kapital von Ausländern

17 Ceysens/Sekler, a.a.O., S. 22; Wilson, UNITED STATES COMMERCIAL TREATIES AND INTERNATIONAL LAW, S. 113, 120.

18 Vasciannie, Fair and Equitable Treatment in International Investment Law and Practice, British Yearbook of International Law 70 (1999), S. 99 (109); Walker, Modern Treaties of Friendship, Commerce and Navigation, Minnesota Law Review, 42 (1957–58), S. 805–825 (806); Bergman, Bilateral Investment Protection Treaties: An Examination of the Evolution and Significance of the US Prototype Treaty, New York University Journal of International Law and Politics, 16 (1983), S. 1–44 (3–4, 6–10).

19 Vgl. Dolzer, a.a.O., S. 87 (89).

20 Vgl. hierzu Vasciannie, Fair and Equitable Treatment, S. 99 (109f).

verbunden wurde.²¹ So wurden den Staatsangehörigen der Vertragsparteien ein dauernder Schutz und Sicherheit für ihre Person und ihr Eigentum, sowie der volle Schutz und die Sicherheit des Völkerrechts garantiert. Neben Vorkehrungen zur Nichtdiskriminierung enthielten viele der Verträge auch weit reichende Zugangsrechte für ausländische Investoren.²²

Hinsichtlich des Schutzes von Investitionen ausländischer Investoren unterscheiden sich die einzelnen Verträge im Wesentlichen darin, dass in einigen der Verträge ausschließlich relative Schutzstandards wie die Grundsätze der Inländergleichbehandlung und der Meistbegünstigung festgeschrieben wurden, während in anderen Verträgen, meist zusätzlich zu den relativen Standards, der absolute Standard der gerechten und billigen Behandlung zugesichert wird.

cc) Relative Standards im Gegensatz zum Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung als einem absoluten Standard

So nimmt beispielsweise der FCN-Vertrag der USA mit China²³ keinen Bezug auf den Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung; vielmehr wird in dem Übereinkommen bestimmt, dass Staatsangehörige anderer Staaten im Hinblick auf verschiedene Investitionsaktivitäten der Meistbegünstigungsklausel²⁴ und der Inländergleichbehandlung²⁵ unterworfen sind.²⁶

Bei diesen beiden Grundsätzen handelt es sich im Gegensatz zu dem absoluten Standard der gerechten und billigen Behandlung um relative Standards, wobei die Meistbegünstigungsklausel festlegt, dass die für den Investor günstigste Regelung anzuwenden ist, welche durch den Gaststaat, auch im Verhältnis zu Drittstaaten, vereinbart wurde, während die Inländergleichbehandlung garantiert, dass der ausländische Investor durch den Gaststaat nicht schlechter behandelt werden darf, als dessen eigene Staatsangehörige. Diese relativen Grundsätze sind im Bereich des Investitionsschutzes weit verbreitet. Die Investitionstätigkeiten, für die die Meistbegünstigungsklausel sowie die Inländergleichbehandlung vereinbart wurde, umfassen das Recht innerhalb des Hoheitsgebietes der anderen Vertragspartei seinen Wohnsitz zu nehmen und zu reisen, sich wirtschaftlich, in der Produktion, in der Entwicklung, wissenschaftlich oder im Bereich der Bildung, in religiösen oder

21 OECD, International Investment Law (2005), S. 76.

22 Ceyssens/Sekler, a.a.O., S. 22.

23 Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Republic of China, signed at Nanking, 4. November 1946; Text veröffentlicht in: Bevans, Treaties and Other International Agreements of the USA, 1776–1949, vol.6, S. 761.

24 Art. II (3).

25 Art. II (2).

26 Vasciannie, Fair and Equitable Treatment, S. 99 (110).

philanthropischen Aktivitäten betätigen, die nicht gesetzlich verboten sind, sowie Eigentum zu erwerben und Personal ihrer Wahl ohne Beschränkungen hinsichtlich der Nationalität zu beschäftigen.²⁷

Der Schutzzumfang der Inländergleichbehandlung ist folglich davon abhängig, wie der betreffende Gaststaat seine eigenen Staatsangehörigen behandelt. Dies bedeutet allerdings, dass der ausländische Investor nach der Inländergleichbehandlung theoretisch entschädigungslos enteignet werden könnte, sofern der Gaststaat seine eigenen Staatsangehörigen ebenfalls entschädigungslos enteignet. Es wird hier lediglich sichergestellt, dass der ausländische Investor nicht schlechter behandelt werden darf. Darüber hinaus werden durch die Meistbegünstigungsklausel Vereinbarungen des Gaststaates mit anderen Staaten mit einbezogen. Hier richtet sich der Schutzstandard nicht nach den nationalen Gesetzen des Gaststaates, die die Behandlung der eigenen Staatsangehörigen regeln, sondern nach völkervertraglichen Regelungen mit anderen Staaten. Auch in dieser Hinsicht darf der ausländische Investor nicht schlechter behandelt werden, wie ausländische Investoren anderer Nationalität, wobei die Reichweite dieses Schutzes nicht abschließend geklärt ist. Deutlich wird hier jedenfalls, dass der Schutzzumfang dieser beiden Standards jeweils von äußeren Umständen gegenüber anderen Personengruppen abhängt.

Der Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung hingegen verlangt ein bestimmtes Verhalten unabhängig von dem Verhalten des Gaststaates gegenüber anderen Staaten oder Individuen. Insofern kann der Standard wohl als ein Stück weit verlässlicher angesehen werden, als die relativen Standards der Inländergleichbehandlung und der Meistbegünstigung, die sich mit einer Änderung des Verhaltens des Gaststaates gegenüber den jeweiligen Bezugsgrößen jederzeit ändern können. Gerade um diese Unsicherheit zu reduzieren und dem Investor einen verlässlicheren, weil absoluten, Schutzrahmen zu garantieren, wurde der Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung in die FCN-Verträge aufgenommen. Die Befürworter dieses Standards sahen ihn als eine Garantie gegen staatliche Aktivitäten an, welche international akzeptierte Normen verletzen.²⁸

27 Vasciannie, *Fair and Equitable Treatment*, S. 99 (110).

28 OECD, *International Investment Law* (2005), S. 77; Thomas, "Reflection on Article 1105 of NAFTA: History, State Practice and the Influence of Commentators", *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* (2002), 17 (1), S. 21–101.

dd) Erste Konkretisierungsversuche des Grundsatzes einer billigen Behandlung in den FCN-Verträgen

Wie bereits erwähnt, scheint der Ursprung der Klausel der „gerechten und billigen Behandlung“ auf die Vertragspraxis der USA in der Periode der FCN-Verträge zurückzuführen.²⁹

So begannen in der Zeit nach der Vorbereitung der Havanna Charta³⁰, auf die im Folgenden noch näher eingegangen wird, die Begriffe „billig“ (equitable“) und „gerechte und billige Behandlung“ („fair and equitable treatment“) in einigen der US-FCN-Verträge zu erscheinen.³¹

Die oben genannten FCN-Verträge der USA, welche der Havanna Charter folgend ausgearbeitet wurden, stellen auf den sich entwickelnden Standard der gerechten und billigen Behandlung zusätzlich zu den relativen Standards ab, die im Vertrag zwischen den USA und China zu finden sind.³² Allerdings sind auch unter den FCN-Verträgen der USA, die den Grundsatz beinhalten, im Einzelnen Unterschiede in der Formulierung festzustellen.

So beinhalten die FCN-Verträge der USA mit Irland,³³ Griechenland,³⁴ Israel,³⁵ Nicaragua,³⁶ Frankreich,³⁷ Pakistan,³⁸ Belgien³⁹ und Luxemburg⁴⁰ die ausdrückliche Versicherung, dass ausländische Personen, Eigentum, Unternehmen und andere Interessen eine billige Behandlung („equitable treatment“) erhalten.

In Artikel V des FCN-Vertrages zwischen den USA und Irland wird näher ausgeführt:

“Each Party shall at all times accord equitable treatment to the capital of nationals and companies of the other Party. Neither Party shall take unreasonable or discriminatory measures that would impair the legally acquired rights or

29 Dolzer, a.a.O., S. 87 (89); Wilson, UNITED STATES COMMERCIAL TREATIES AND INTERNATIONAL LAW, S. 113, 120.

30 “Havanna Charter for an International Trade Organisation” von 1948.

31 K. Vandervelde meint, dass der Begriff „fair and equitable treatment“ das Äquivalent zu dem von den USA in ihren FCN Verträgen verwendeten Begriff des „equitable treatment“ ist; vgl. Vandervelde, The Bilateral Treaty Program of the United States, Cornell International Law Journal, 21 (1988), S. 201–76.

32 Vasciannie, Fair and Equitable Treatment, S. 99 (110).

33 Text veröffentlicht in: 1950, US Treaties and Other International Agreements Series (TIAS), vol. 1, S. 785.

34 1954, TIAS vol. 5, S. 1831 (Art. I).

35 1954, TIAS, vol. 5, S. 550 (Art. I).

36 1958, TIAS, vol. 9, S. 449 (Art. I).

37 1960, TIAS, vol. 11, S. 2398 (Art. I).

38 1961, TIAS, vol. 12, S. 110 (Art. I).

39 1963, TIAS, vol. 12, S. 1284 (Art. I).

40 1963, TIAS, vol. 12, S. 251 (Art. I).

interests of nationals and companies of the other Party in the enterprises which they have established or in the capital, skills, arts or technology which they have supplied. Neither Party shall deny appropriate opportunities and facilities for the investment of capital by nationals and companies of the other Party; nor shall either Party unreasonably impede nationals and companies of the other Party from obtaining on equitable terms the capital, skills and technology it needs for its economic development.”

Diese Formulierung in Bezug auf die Zusicherung einer billigen Behandlung unterscheidet sich teilweise in den einzelnen Verträgen, bleibt von ihrem Grundgehalt her allerdings in allen Verträgen gleich.

Im Gegensatz zu der oben zitierten Vereinbarung in dem Vertrag zwischen den USA und Irland bestimmt der FCN-Vertrag zwischen den USA und Griechenland in seinem Artikel I schlicht:

“Each Party shall at all times accord equitable treatment to the persons, property, enterprises and other interests of nationals and companies of the other Party.”

Die oben genannten FCN-Verträge zwischen den USA und Israel, Nicaragua und Pakistan enthalten jeweils der Formulierung in dem Vertrag der USA mit Irland vergleichbare Regelungen.

Auffällig ist bereits hier der Versuch, die Zusicherung einer billigen Behandlung näher zu beschreiben, indem in den folgenden Sätzen des Vertragstextes erklärt wird, dass insbesondere diskriminierende und willkürliche Maßnahmen unterlassen werden sollen. Der Versuch einer Konkretisierung besteht folglich bereits seit Beginn der Vereinbarung des Grundsatzes einer billigen Behandlung, wobei der Umfang und Inhalt dieses Grundsatzes bis heute nicht abschließend geklärt ist. Dabei zieht sich die Verbindung der billigen Behandlung zu willkürlichem und diskriminierendem Verhalten durch die gesamte Entwicklung des Grundsatzes sowohl in den verschiedenen Vertragstexten als auch in den Entscheidungen der Schiedsgerichte, weshalb hierauf noch an verschiedenen Stellen dieser Arbeit zurückzukommen sein wird.

ee) Der Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung als einheitlicher Schutzstandard

Andere FCN-Verträge der USA hingegen – einschließlich Verträge mit der Bundesrepublik Deutschland,⁴¹ Äthiopien,⁴² den Niederlanden⁴³ und den Protektoraten Muskat und Oman⁴⁴ – setzten für ähnliche Gegenstände in Zusammen-

41 1956, TIAS, vol. 7, S. 1839 (Art. I (1)).

42 1953, TIAS, vol. 4, S. 2134 (Art. VIII (1)).

43 1957, TIAS, vol. 8, S. 2043 (Art. I).

44 1960, TIAS, vol. 11, S. 1835 (Art. IV).

hang mit der Durchführung einer Auslandsinvestition eine gerechte und billige Behandlung („fair and equitable treatment“) fest.

Beispielsweise besagt Artikel I, Abschnitt 1 des Vertrages zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den USA aus dem Jahr 1954:

“Each Party shall at all times accord fair and equitable treatment to the nationals and companies of the other Party and to their property, enterprises and other interests.”⁴⁵

Diese Formulierung war typisch für die entsprechenden Regelungen in den meisten FCN-Verträgen der USA und hat sich auch im Folgenden als Formulierung dieses Grundsatzes durchgesetzt.

Aus den unterschiedlichen Formulierungen in den einzelnen Verträgen, die zunächst eine „billige Behandlung“ festsetzen und später immer häufiger eine „gerechte und billige Behandlung“ garantierten, ergibt sich die Frage, ob der Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung einen Schutzstandard normiert, der über den Grundsatz der billigen Behandlung hinausgeht, gegebenenfalls sogar, ob es sich bei der Zusicherung einer gerechten und billigen Behandlung nicht um zwei Standards handelt.⁴⁶

Während es nicht unmöglich wäre, in dieser Weise zu argumentieren, scheint allerdings kein einziger Hinweis der Staatenpraxis in diese Richtung zu weisen.⁴⁷ So sind weder Dokumente vorhanden, aus denen sich der Wille der Vertragsparteien ergibt, mit der Vereinbarung einer gerechten und billigen Behandlung einen aus zwei unterschiedlichen Komponenten bestehenden Schutz zu vereinbaren, bzw. welche auf eine bewusste Entscheidung hindeuten, den Standard der billigen Behandlung auszuweiten und um einen weiteren Schutzstandard zu ergänzen, noch gibt es einen derartigen Hinweis in der Rechtsprechung. Diese Variation in der Wortwahl scheint vielmehr nicht von großer Bedeutung zu sein.⁴⁸ Auch Kenneth Vandervelde, der von 1982 bis 1988 als Berater im Team der Vereinigten Staaten von Amerika zur Verhandlung bilateraler Investitionsschutzverträge gearbeitet hat, geht davon aus, dass der Begriff „fair and equitable treatment“, wie er von den USA verwendet wird, das Äquivalent zu dem Begriff „equitable treatment“, welches in verschiedenen FCN-Verträgen der USA verwendet wird, sei.⁴⁹

45 Dolzer, a.a.O., S. 87 (89); Treaty of Friendship, Commerce and Navigation, Oct. 29, 1954, U.S.-F.R.G., 273 U.N.T., S. 4; siehe auch Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights, Aug. 15, 1955, U.S.-Iran, 284 U.N.T. S. 110, 114.

46 Vgl. Dolzer, a.a.O., S. 87 (89)

47 Dolzer, a.a.O., S. 87 (91).

48 Fatouros, Government Guarantees to Foreign Investors (1962), S. 167.

49 Vandervelde, The Bilateral Treaty Program of the United States, Cornell International Law Journal, 21 (1988), S. 201–276 (220), zu diesem Punkt zitiert in: Office of the Legal Advisor, Dept. of State, Cumulative Digest of United States Practice in International Law, II (1981–88), S. 2652.

Weiterhin spricht die gewöhnliche Wortbedeutung dafür, dass es sich bei dem Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung um einen einheitlichen Grundsatz handelt. So wird durch den Begriff der Billigkeit vielmehr eine zusätzliche Qualität in den Grundsatz mit aufgenommen. Während „gerecht“ das ist, was dem strengen Rechte gemäß ist – im Gegensatz zu ungerecht –, ist „billig“ das, was der Natur eines Dinges, den Verhältnissen und Umständen angemessen ist und dabei dem Rechte nicht in Widerspruch steht – im Gegensatz zu unbillig –.⁵⁰

Schließlich wird in keinem einzigen der mittlerweile zahlreichen schiedsgerichtlichen Verfahren, in denen sich die Richter mit dem Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung auseinandergesetzt haben die Möglichkeit in Betracht gezogen, dass es sich hier um einen Grundsatz handeln könnte, der zwei unterschiedliche Komponenten aufweist.⁵¹ Es wird vielmehr als selbstverständlich vorausgesetzt, dass es sich bei dem Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung um einen einheitlichen Schutzstandard handelt, der synonym zu dem in den frühen FCN-Verträgen zu findenden Grundsatz der billigen Behandlung verwendet wird.

Dementsprechend ist davon auszugehen, dass es sich bei dem Grundsatz der „gerechten und billigen Behandlung“ um einen einzigen, einheitlichen Standard handelt.

ff) Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Begriff der gerechten bzw. der gerechten und billigen Behandlung erstmalig in den sog. FCN-Verträgen der USA, die noch keine Investitionsschutzverträge im heutigen Sinne waren, sondern im Rahmen eines wesentlich breiter angelegten Schutzzumfangs unter anderem ausländische Investitionen schützten, verwendet wurde.

Zunächst fällt hier auf, dass der Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung nicht in allen FCN-Verträgen zugesichert wird. In einigen Verträgen werden ausschließlich die Regelungen der Meistbegünstigung und Inländergleichbehandlung normiert, bei denen es sich im Gegensatz zu dem absoluten Standard der gerechten und billigen Behandlung, der unabhängig von jeglichen Bezugsgrößen festgesetzt wird, um relative Standards handelt. Um die durch diese relativen Standards entstehenden Unsicherheiten und Lücken eines effektiven Schutzes

50 Eberhard, Synonymisches Handwörterbuch der deutschen Sprache, 1910, der als Beispiel ausführt: Ein Herr würde gegen die Gerechtigkeit nicht verstoßen, wenn er auch von einem kränkelnden Knechte dieselbe Arbeitsleistung forderte, wie von einem gesunden, dem er gleichen Lohn gibt; aber die Billigkeit gebietet ihm, gegen den weniger gesunden Nachsicht zu üben. Die Billigkeit erfordert, dass der Gebrauch unserer strengen Rechte durch die Pflichten der Menschenliebe gemäßigt werde.

51 Für eine ausführliche Darstellung der Rechtsprechung vgl. unten Teil C.