DISSERTATION | DOCTORAL THESIS

Titel | Title

Besteht abseits konkreter Zusicherungen ein Schutz berechtigter Erwartungen von ausländischen Investoren auf eine stabile Gesetzeslage des Gaststaates?
Eine Untersuchung unter Bedachtnahme der Entwicklung von der „Argentinienkrise“ zur „Spanienkrise“

verfasst von | submitted by
Mag.iur. Markus Haibel

angestrebter akademischer Grad | in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Doktor der Rechtswissenschaften (Dr.iur.)

Wien | Vienna, 2025

Studienkennzahl lt. Studienblatt | Degree programme code as it appears on the student record sheet:	UA 783 101
Dissertationsgebiet lt. Studienblatt | Field of study as it appears on the student record sheet:	Rechtswissenschaften
Betreut von | Supervisor:	Univ.-Prof. Mag. Dr. Ursula Kriebaum

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung....13
II. Der „ Fair and Equitable Treatment" Standard im Allgemeinen....19
A. Das Spannungsverhältnis ausländischer Investor – Gaststaat....19
B. Der „Fair and Equitable Treatment" Standard: Schutzumfang und Normierung....21
C. Der „International Minimum Standard"....24
III. Der Schutz berechtigter Erwartungen ausländischer Investoren....26
A. Allgemeines....26
B. Der historische Ursprung des Schutzes von Erwartungen ausländischer Investoren....27
C. Was sind berechtigte Erwartungen?....29
D. Wann müssen die berechtigten Erwartungen des Investors gegeben sein?....30
IV. Die Schlüsselelemente der berechtigten Erwartungen ausländischer Investoren....35
A. Einleitung....35
B. Die Erzeugung berechtigter Erwartungen durch das Verhalten des Gaststaates....35
a) Allgemeines....35
b) Verträge....36
i. Die Stabilisierungsklausel....37
c) Einseitige Äußerungen des Gaststaates....39
i. Die ‚konkrete' Zusicherung....40
d) Die Gesetzeslage als solche....41
i. Vorausschau: Gesetze als ‚konkrete Zusicherungen'?....44
C. Die Erzeugung berechtigter Erwartungen als ‚Veranlassung' durch den Gaststaat....45
D. Die Erzeugung berechtigter Erwartungen: ein subjektiv-objektiver Standard?....48
E. Die Rolle des Investors im Zusammenhang mit dem Schutz berechtigter Erwartungen....49
F. Die Annahme berechtigter Erwartungen: (K)eine Entscheidung „*ex aequo et bono*" ?....54
V. Die Interpretation von internationalen Investitionsabkommen....58
A. Einleitung....58
B. Zur Vertragsauslegung nach der Wiener Vertragsrechtskonvention....58
a) „Object and Purpose" von Investitionsabkommen nach Art 31 Abs 1 WVK: Die Auslegung zugunsten des Investors ?....60
b) Zum Rechtsgehalt von Stabilitätsvorgaben in Präambeln....66
c) Conclusio zum Bedeutungsgehalt von Stabilitätsvorgaben in Präambeln....70
C. Präzedenzfälle als eigene Interpretationsform ?....71

a) Allgemeines....71
b) Präzedenzien und der Schutz berechtigter Erwartungen....74
c) Die sich aus Präzedenzien ergebende ‚übergreifende Tendenz' in der Schiedspraxis....76
VI. Das right to regulate des Gaststaates....79
A. Einleitung....79
B. Die Behandlung des right to regulate in der Schiedspraxis....79
VII. Die (dogmatische) Grundlage des Schutzes berechtigter Erwartungen auf stabile gesetzliche Rahmenbedingungen: Einleitende Worte und Problemaufriss....84
A. Die Entwicklung des Schutzes berechtigter Erwartungen auf eine stabile Gesetzeslage in Lehre und Rechtsprechung....85
a) Die frühen 2000er-Jahre: Umfassender Investorenschutz ?....85
i. Metaclad v. Mexico (2000)....85
ii. Der „Tecmed Standard" (2003)....86
iii. OEPC v. Ecuador (2004)....87
iv. Waste Management II (2004) und Gami v. Mexico (2004)....88
v. Die Anfänge der ‚Argentinienkrise' (2005 bis 2007)....90
vi. Der spätere Verlauf der ‚Argentinienkrise' (2008 bis 2012)....94
vii. Zwischenfazit zu den ‚Argentinienfällen'....100
b) Ausgewählte Schiedsjudikatur abseits der Argentinienkrise in den späten 2000er-Jahren 100
c) Zur Kritik im Schrifttum und der (späteren) Schiedsjudikatur....108
i. Eine hinkende Begründung des Vertrauensschutzes auf die Gesetzeslage in der älteren Schiedsjudikatur ?....108
ii. Die Forderung nach einer „konkreten Zusicherungen" für einen Vertrauensschutz auf die Stabilität der gesetzlichen Vorgaben im Gaststaat....111
B. Ergibt sich ein Vertrauensschutz auf generelle gesetzliche Vorgaben abseits konkreter Zusicherungen aus dem allgemeinen Völkerrecht?....112
a) Allgemeines....112
b) Gebietet das Estoppel-Prinzip einen Vertrauensschutz auf stabile gesetzliche Rahmenbedingungen?....114
c) Zum Prinzip von „Treu und Glauben" und dem Vertrauensschutz auf stabile gesetzliche Rahmenbedingungen....117
d) Die „Guiding Principles applicable to unilateral delcarations of States" der Völkerrechtskommission als Auslegungshilfe ?....118
c. Anwendung der Grundsätze unilateraler Erklärungen auf das internationale Investitionsrecht ?....119
e) Ergebnis....121

C. Rechtsvergleichende Analyse zur Frage eines Vertrauensschutzes auf die Beständigkeit gesetzlicher Vorgaben abseits konkreter Zusicherungen....122
a) Zum Recht der WTO....122
b) Zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes....125
c) Nach der Rechtsprechung des EGMR....129
d) Vertrauensschutz auf die Beständigkeit der gesetzlichen Vorgaben im nationalen Rechtsvergleich....130
i. Zum Schutz substantieller berechtigter Erwartungen in der englischen Rechtsordnung 133
ii. Zum Vertrauensschutz in Deutschland....136
iii. Rechtsprechung des österreichischen Verfassungsgerichtshofes....138
D. Zwischenergebnis....139
a) Zusammenfassende Betrachtung der älteren Schiedspraxis und Lehre....139
b) Zusammenfassende Betrachtung der rechtsvergleichenden Analyse....141
VIII. Jüngere Entwicklung: Einschränkung durch engere Vertragstexte ?....142
A. Einleitung....142
B. Die Textierung des Schutzes berechtigter Erwartungen in den jüngeren Freihandelsabkommen: Eine Reaktion auf die bisherigen Schiedspraxis ?....143
a) Allgemeines....143
b) Das right to regulate in der Präambel und den Vertragsartikel der jüngeren Investitionsabkommen....145
C. Der Schutz berechtigter Erwartungen in CETA/TTIP und verwandten Abkommen....148
a) Allgemeines....148
b) Keine vertragliche Vorgabe, was unter der „*konkreten Zusicherung*“ zu verstehen ist 150
c) Verletzung von berechtigen Erwartungen kein eigener Tatbestand....153
d) Ermessen bei der Berücksichtigung, ob berechtigte Erwartungen verletzt wurden.....155
D. Exkurs: Zur Definition des „willkürlichen“ Verhaltens....157
a) Gegenüberstellung der Begriffe Willkür und offenkundiger Willkür....157
b) Die Definition der offenkundigen Willkür im Entwurf des EU-Mexico FTA: Eine Auslegungshilfe des ‚Einfallstores‘ des Schutzes berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität?....159
E. Die Regelung des Schutzes berechtigter Erwartungen in anderen jüngeren Vertragstexten 161
a) Allgemeines....161
b) Der Schutz berechtigter Erwartungen im EU-Singapore-FTA....161
c) Der Schutz berechtigter Erwartungen im EU-Vietnam-FTA....162

d) Beispielsweiser Auszug aus sonstigen jüngeren Investitionsabkommen im Zusammenhang mit der Regelung des Schutzes berechtigter Erwartungen....164
i. Das Dutch-Model-BIT....164
ii. Das India-Model-BIT....164
iii. Indonesia-Australia Comprehensive Economic Partnership Agreement (IA-CEPA)…165
iv. Der FET-Standard im ASEAN Comprehensive Agreement....167
v. Der FET-Standard im COMESA-Abkommen....169
vi. Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership Agreement (CPTPP)....171
vii. EU-Mexico-FTA....174
viii. ChAFTA-Abkommen....176
ix. Mercosur-Abkommen (EU-Lateinamerika)....176
F. Ist ein Schutz berechtigter Erwartungen auf eine stabile Gesetzeslage abseits konkreter Zusicherungen bei CETA/TTIP und verwandten Freihandelsabkommen anzunehmen?....177
a) Allgemeines....177
b) Zu jenen Vorgaben, die mit der Annahme eines Vertrauensschutzes auf gesetzliche Stabilität im Konflikt stehen....177
c) Wegfall der Verhältnismäßigkeitsprüfung?....181
G. Verhältnis des ‚engeren' FET-Standards in CETA/TTIP und verwandten Abkommen zum herkömmlichen ‚vagen' FET-Standard....183
a) Gegenüberstellung mit den Ergebnissen der bisherigen Schiedspraxis....183
b) Auslegungsmaßstab für die Schiedspraxis?....183
H. Zusammenfassende Betrachtung....184
IX. Der Schutz auf beständige gesetzliche Rahmenbedingungen unter dem Energy Charter Treaty 186
A. Einleitung....186
B. Zum Investitionsgegenstand ‚erneuerbare Energien' im Zusammenhang mit einer stabilen Gesetzeslage und der Sorgfaltspflicht des Investors....187
C. Artikel 2 des ECT....191
D. Art 10 Abs 1 Satz 1 und 2 des ECT....194
a) Eigene Auffassung....200
E. Exkurs: eine eigenständige Stabilitätsverpflichtung neben dem Schutz berechtigter Erwartungen unter dem FET-Standard?....201
X. Jüngste Entwicklung in der Schiedspraxis....202
A. Einleitung: Die ‚Energiekrise'....202
B. Die aktuelle Entscheidungsreihe im Sektor der erneuerbaren Energien....203
a) Zur Entwicklung in Spanien....203

b) Zur Entwicklung in Italien.....204
c) Zur Entwicklung in der Tschechischen Republik.....205
C. Fallanalyse im Zusammenhang mit dem Schutz berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität abseits konkreter Zusicherungen.....205
a) Charanne and Construction Investments v. Spain.....206
i. Sachverhalt.....206
ii. Beurteilung durch das Schiedsgericht.....207
b) Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain 209
i. Sachverhalt:.....209
ii. Zur Beurteilung des Schiedsgerichtes:.....210
c) Isolux Netherlands, BV v Kingdom of Spain.....211
d) Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic.....212
e) Novenergia II-Energy & Environment (SCA) (Luxembourg), SICAR v. Spain.....213
f) Antin Infastructure Services v. Spain.....214
g) Jürgen Wirtgen, Stefan Wirtgen, Gisela Wirtgen, JSW Solar (zwei) GmbH & Co. KG v. The Czech Republic.....216
h) Antaris Solar GmbH and Dr. Michael Göde v. Czech Republic.....218
i) Exkurs: Der Tax Carve-Out in Art 21 ECT.....220
i. Allgemeine Ausführungen unter Bezugnahme auf die Entscheidung *Pauschok v. Mongolia*.....220
ii. Die Analyse des Tax Carve-Out in Art 21 ECT anhand der Entscheidung *Antaris v. Czech Republic*.....221
j) Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain.....224
k) Greentech Energy Systems A/S v. The Italian Republic.....226
l) RREEF Infrastructure v Spain.....227
m) SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain.....229
n) NextEra Energy Global Holding B.V. v Spain.....229
o) PV Investors v Spain.....230
p) Stadtwerke München v. Spain.....231
q) 9REN v. Spain.....232
r) Infracapital v. Spain.....232
s) RENERGY v. Spain.....233
t) Mathias Kruck v. Spain.....234
D. Von der Argentinienkrise zur Spanienkrise: Ein Vergleich.....235

E. Zusammenfassende Ausführungen zu den Schiedsverfahren im Sektor der erneuerbaren Energien....238
XI. Die relevanten Kriterien für den Schutz berechtigter Erwartungen auf stabile gesetzliche Vorgaben abseits konkreter Zusicherungen....240
A. Das Gebot der gesetzlichen Stabilität....240
a) Stabilität der Gesetzeslage als eigenständige Verpflichtung des Gaststaates?....240
b) Verletzung berechtigter Erwartungen durch rückwirkende Gesetze ?....243
i. Allgemeines und Rechtsvergleich....243
ii. Rückwirkende Gesetzesänderungen und der Schutz berechtigter Erwartungen....244
iii. Ergebnis:....248
c) Zusammenfassende Betrachtung....248
B. Registrierungs- und Bieterverfahren als Quelle berechtigter Erwartungen?....249
a) Einleitung....249
b) Registrierungsverfahren bei PV-Investitionen: Grundlage berechtigter Erwartungen oder ein bloßer ‚Formalakt' ?....249
i. Die Bedeutung der Registrierung des Investitionsvorhabens im Schiedsverfahren Micula v. Romania....256
ii. Ergebnis....259
c) Bieterverfahren als Quelle berechtigter Erwartungen ?....260
i. Die Relevanz der Bieterverfahren in der älteren Schiedspraxis unter besonderer Bedachtnahme auf *Metalpar v. Argentina*....260
C. Verhältnismäßigkeitsprüfung – Totale Abänderung der Gesetzeslage....263
a) Einleitende Worte....263
b) Zur Grundlage der Verhältnismäßigkeitsprüfung....264
c) Zur Kritik und den unklaren Konturen der Verhältnismäßigkeitsprüfung....265
i. Die Problematik der Prüfung staatlicher Interessen durch Schiedsgerichte....265
d) Verhältnismäßigkeitsprüfung und "margin of change": Stellt der „margin of change eine nicht angreifbare Mindestschwelle bei Gesetzesänderungen dar?....268
e) Schließt eine konkrete Zusicherung die Durchführung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Gesetzesänderungen von vorhinein aus?....271
D. Das Kriterium der ‚totalen Änderung' der Gesetzeslage....274
a) Einleitende Worte....274
b) Die Verletzung des FET durch totale Gesetzesänderungen abseits konkreter Zusicherungen....274
i. Entwicklung in der älteren Schiedspraxis....274
ii. Entwicklung in der jüngeren Schiedspraxis....277

c) Gegenüberstellung ‚Margin of Change' - Verhältnismäßigkeitsprüfung – ‚totale Abänderung' - Diskriminierendes/Willkürliches Verhalten....280

E. Zur *Bösgläubigkeit* und anderen Formen von Staatshandeln, die jedenfalls abseits konkreter Zusicherungen eine Verletzung des FET-Standards begründen....282

F. Das Kriterium des Gesamtverhaltens des Gasstaates (der ‚Kumulationseffekt')....284

G. Besteht ein Vertrauensschutz auf eine „reasonable rate of return" des Investors abseits konkreter Zusicherungen?....286

a) Einleitende Worte....286

b) Die Ableitung des Schutzes einer „reasonable rate of return" aus dem Investitionsabkommen selbst....289

i. Exkurs: Die angemessene Rendite und das Kriterium des wirtschaftlichen Gleichgewichtes („*economic equilibrium*")....293

c) Die Vertrauensgrundlage für die Annahme eines Vertrauensschutzes auf Erzielung einer angemessenen Rendite....294

d) Ergebnis....295

H. Die Verletzung berechtigter Erwartungen durch Unterlassen....296

a) Einleitung....296

b) Die Verletzung des FET-Standards durch Unterlassung und die Schadensminderungspflicht des Gaststaates bei gesetzlichen Maßnahmen....297

I. Die Notwendigkeit des Vorliegens einer „*konkreten Zusicherung*" für die Erzeugung berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität....299

a) einleitende Worte....299

b) Das Einstehen des Staates für erteilte Zusicherungen aus dem Gebot der Konsistenz..301

i. Exkurs: Neugewählte Regierung und „Konsistenzgebot"....304

ii. Exkurs: „Implizite" konkrete Zusicherungen....305

c) Die Definition der konkreten Zusicherung im Hinblick auf die gesetzlichen Vorgaben des Gaststaates....307

d) Konkreter Inhalt und konkreter Adressatenkreis....308

e) Die (fehlende) Adressierung genereller gesetzlicher Vorgaben....309

i. Exkurs: Die Festlegung des Adressatenkreises von generellen Vorgaben anhand der Entscheidung *Cam v. Commission* des EuGH....310

f) Zwischenergebnis....311

g) Das Abstellen auf den konkreten Regelungsinhalt von gesetzlichen Vorgaben....312

i. Allgemeines....312

h) Die Relevanz der Intention des Gaststaates im Zusammenhang mit dem Schutz berechtigter Erwartungen auf eine stabile Gesetzeslage....321

i. Die zukunftsorientiere Ausrichtung von gesetzlichen Vorgaben und die Gewährung von „substantive benefits“ als Merkmale für eine dem Gaststaat zu unterstellende Bindungsabsicht.....326
i) Politische Kundmachungen bzw. Äußerungen als konkrete Zusicherungen?.....328
j) Wann eine „konkrete Zusicherung“ für die Erzeugung von berechtigten Erwartungen auf gesetzliche Stabilität nicht genügt.....330
J. Exkurs: Der ‚Stehsatz‘ der UNCTAD-Studie aus dem Jahr 2012: Berechtigte Erwartungen auf gesetzliche Stabilität abseits konkreter Zusicherungen einer konkreten Zusicherung ?.....334
K. Exkurs: Die (abweichenden) Ansichten von Schiedsrichter Gary Born: ein Verfechter des Vertrauensschutzes auf gesetzliche Stabilität abseits konkreter Zusicherungen.....337
L. Die Ableitung einer Stabilitätszusicherung aus gesetzlichen Vorgaben anhand Art 44 des durch Spanien erlassenen Dekretes 661/2007.....340
XII. Ergebnis der Forschung.....345
A. Zum Schutz berechtigter Erwartungen unter dem ‚vagen‘ FET-Standard.....345
B. Zum Schutz berechtigter Erwartungen im Anwendungsbereich der jüngeren Vertragstexte 348
XIII. LITERATURVERZEICHNIS:.....351
XIV. JUDIKATURVERZEICHNIS:.....365
A. Judikatur zum Investitionsrecht:.....365
B. Judikatur des IGH und der WTO.....368
C. Judikatur des EuGH.....369
D. Judikatur nationaler Rechtsordnungen.....369
a) Zur Englischen Rechtsordnung:.....369
b) Zur Deutschen Rechtsordnung:.....369
c) Zur Österreichischen Rechtsordnung:.....370
d) Zur US- amerikanischen Rechtsordnung:.....370

Abkürzungsverzeichnis:

AA, aA	Anderer Ansicht, anderer Ansicht
Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
BGBl	Bundesgesetzblatt
BIT	Bilateral Investment Treaty
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Deutschland)
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
FET	Fair and Equitable Treatment
FIT	Feed-in Tariff
FTA	Free Trade Agreement
FN	Fußnote
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GATS	General Agreement on Trade in Services
Hrsg	Herausgeber
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development
NAFTA	North American Free Trade Agreement
Nr	Nummer
MIGA	Multilateral Investment Guarantee Agency
ME, mE	Meines Erachtens, meines Erachtens
lit	litera

KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
Kap	Kapitel
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
ICSID Rev.- FILJ	ICSID Review – Foreign Investment Law Journal
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
iSd	im Sinne des
iZm	im Zusammenhang mit
IGH	Internationaler Gerichtshof
ICJ	International Court of Justice
ILC	International Law Commission
gem	gemäß
RD	Royal Decree
PV	Photovoltaik, Photovoltaic
RAIPRE	Registro Administrativo de Instalaciones de Producción en Régimen Especial
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes
Rev	Revue/Review
Rz	Randzahl
S	Seite
sog	sogenannte, sogenannter
ua	unter anderem

usw	und so weiter
StF	Stammfassung
TTIP	Translantic Trade and Investment Partnership Agreement
CETA	Comprehensive Economic and Trade Agreement
TPP	Trans-Pacific Partnership
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
vgl	vergleiche
Vol	Volume
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes
WVK	Wiener Vertragsrechtskonvention
WTO	World Trading Organisation
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung

„*In sum, reasonable or legitimate expectations are important because stability is valued in the law. Stability and predictability is what actors in a legal system are entitled to expect. In this sense, there is a discernible link between the key ideas examined in this contribution, ideas which interrelate, as Anne Peters has observed, 'like stones in a house or pieces of a puzzle'. Their interconnections are indicative of a system of ideas, or in other words, a theory.*"[1]

[1] *C. Carmody*, Great Expectations: The Treatment of Expectations in WTO and International Investment Law, Western University Law Publications 6-2017, 19.

I. Einleitung

Das internationale Investitionsrecht hat sich in Zeiten der Globalisierung zweifelsfrei zu einer Rechtsmaterie von erheblicher Bedeutung für die internationale wirtschaftliche Entwicklung etabliert. Für ausländische Investoren ist hierbei ein berechenbares und stabiles gesetzliches Umfeld im Gaststaat von zentraler Bedeutung. Das internationale Investitionsrecht trägt zur Verbreitung von rechtlichen Standards sowie schlussendlich zum Wohlstand der Menschheit bei[2]. So tragen etwa ausländische Investitionen in erneuerbare Energien samt dem hiermit verbundenen Import von ausländischem Know-How zu einer Verbesserung des Umweltschutzes bei.[3]

Ungeachtet dessen sieht sich das internationale Investitionsrecht im aktuellen politischen Diskurs vermehrter Kritik und Anfeindungen ausgesetzt.[4] So haben sich Staaten aufgrund der ihrer Auffassung nach gegebenen Einseitigkeit des Investorenschutzes dazu entschieden, aus Investitionsabkommen auszusteigen.[5] Durch Anti-Globalisierungsgruppen wurde ins Treffen geführt, dass der Investitionsschutz unvereinbar mit dem Umwelt – sowie Menschenrechtsschutz sei.[6]

---

[2] *T. Lörcher/B. Ober*, Schutzstandards im materiellen Investitionsrecht, KSzW 02.2011, 105, (105); *S. P. Subedi*, International Investment Law Reconciling Policy and Principle[2] (2012), 87-88; *T. Dralle*, Der Fair and Equitable Treatment-Standard im Investitionsschutzrecht am Beispiel des Schiedsspruchs Glamis Gold v. United States in C. Tietje/G. Kraft/M. Lehmann (Hrsg.) Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 115, 2011, 31; *C. N. Brower/S. Blanchard*, What's in a Meme? The Truth about Investor State Arbitration: Why It Need Not, and Must Not, Be Repossessed by States, Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 52 (2014), 691 (703); *J. Griebel*, Lehren aus der Erfolgsgeschichte des internationalen Investitionsrechts, KSzW 02.2011, 99, (99).

[3] *Brower/Blanchard*, What's in a Meme?, 753f; siehe hierzu Kapitel XI zu den Schiedsverfahren im Sektor der erneuerbaren Energien.

[4] *A. Escher/V. Sliskovic*, Aktuelle Entwicklungen des Investitionsschutzrechts, RIW 2016, 190 (191); *C. I. Nagy*, Freihandelsabkommen, regionale Wirtschaftsintegrationen und die neue Epoche des Welthandels, ZfRV 2019/13, 2019, 100, (105); *M. Krajewski/R. Hoffmann*, Das internationale Investitionsschutzregime zwischen Reform und Revolution, KSzW 02.2016, 131 (131f); *I. Feichtner*, Investitionsschutz in TTIP in der Kritik – oder nicht?, Verfassungsblog, 5. 8. 2015, abrufbar unter: http://verfassungsblog.de/investitionsschutz-ttip-der-kritik-oder-nicht-2/.

[5] Vgl *Escher/Sliskovic*, Aktuelle Entwicklungen des Investitionsschutzrechts, 191 zum Ausstieg Boliviens; ferner *Brower/Blanchard*, What's in a Meme?, 709 zur Rede des ehemaligen Präsident Boliviens Evo Morales zu den Gefahren von Investitionsabkommen; *K. Sallam*, Investor's Legitimate Expectations Under the Fair and Equitable Standard. Should They Be Protected? Legal and Practical Obstacles, Uppsala Universitet, 2017,13 zum Ausstieg Boliviens, Venezuelas und Ecuadors aus dem ICSID; *Subedi*, Investment Law, 170; *C. S. Levy*, Drafting and Interpreting International Investment Agreements from a Sustainable Development Perspective, Groningen Journal of International Law, Vol. 3, No. 1 (2015), 59 (59f).

[6] *S. Hobe*, The Development of the Law of Aliens and the Emergence of General Principles of Protectiuon under Public International Law in M. Bungenberg/J. Griebel/S. Hobe/A. Reinisch (Hrsg.), International Investment Law – A Handbook[1] (2015), Rz. 22.

Insbesondere im Zusammenhang mit den Verhandlungen zu den bedeutsamen Freihandelsabkommen CETA[7] und TTIP[8] hat sich im europäischen Raum in der Öffentlichkeit die Meinung verbreitet, dass Investitionsabkommen bedingt durch die Klagemöglichkeit ausländischer Investoren für Staaten eine zunehmende Gefahr darstellen würden. Hierbei ist die Ansicht verbreitet, dass Investitionsverträgen ausländische Investoren bevorzugen würden und das Recht von Staaten, im Sinne des öffentlichen Interesses gesetzliche Maßnahmen zu setzen, ungebührlich beschränkten.[9] Es stehen insbesondere Klagemöglichkeiten ausländischer Investoren im Zusammenhang mit Gesetzesänderungen durch den Gaststaat im Vordergrund der Kritik.[10] Diese Kritik an der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit bestand bereits vor dem Aufkommen der jüngeren Freihandelsabkommen. So haben im Zusammenhang mit der bisherigen Praxis internationaler Schiedsgerichte eine ganze Bandbreite an bekannten Persönlichkeiten aus dem Sektor des internationalen Investitionsrecht im Jahr 2010 eine öffentliche Äußerung auf der Internetpräsenz der Osgoode Law School veröffentlicht.[11] Die Autoren haben in dieser Äußerung insbesondere darauf hingewiesen, dass sich in der Schiedspraxis ein Ungleichgewicht dahingehend etabliert habe, dass Schiedsverfahren oftmals auch in Konstellationen, in denen die Staaten im notwendigen öffentlichen Interesse gehandelt haben, zugunsten der Investoren entschieden worden wären.

Eine in jüngerer Zeit ergangene Studie des *Institute for the World Economy* (IFW) Kiel gelangt hierbei jedoch zu einem anderen Ergebnis. Die Studie hat ergeben, dass nur etwa 27 % der seit 1987

---

[7] EU-Canada Comprehensive Trade Agreement (CETA), veröffentlicht am 26.11.2014, abrufbar unter: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf.

[8] EU- United States of America Translantic Trade and Partnership Agreement (TTIP), Entwurf, veröffentlicht am 31.7.2015, abrufbar unter: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/july/tradoc_153669.pdf.

[9] *P. Juillard*, The Law of International Investment: Can the Imbalance be Redressed? in K. P. Sauvant (Hrsg.), Yearbook in International Investment Law and Policy 2008, 273f; *A. Reinisch*, the Future Shape of EU Investment Agreements, ICSID Review Vol.28, No. 1 (2013), 179 (195); *R. Chen*, A Contractual Approach to Investor-State Regulatory Disputes, Yale Journal of International Law, Vol. 40, No. 2 (2015), 295 (296); hierbei wirkt sicherlich verstärkend, dass die USA mit Abstand am häufigsten als Kläger unter dem ICSID Regime auftritt. Mit Stand Ende 2017 wurden 174 Klagen durch US-amerikanisches Investoren unter dem Regime des ICSID eingebracht, siehe *UNCTAD*, IIA Issues Note, Fact Sheet on Investor-State Dispute Settlement Cases in 2018, May 2019, 2 abrufbar unter: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2019d4_en.pdf. Auch ist aus diesem Fact Sheet der UNCTAD klar die Tendenz ersichtlich, dass auf ein Beklagtenseite in der Regel Entwicklungsländer und auf Klägerseite in der Regel entwickelte Länder aufscheinen.

[10] *Deutscher Bundestag*, Unterabteilung Europa, Fachbereich Europa, Verhältnis des right to regulate zum Investitionsschutz, Ausarbeitung (1.8.2016), PE 6 –3000 -97/16, 20, abrufbar unter: https://www.bundestag.de/blob/475734/072ba0cdc77b251530f989622f55c421/pe-6-097-16-pdf-data.pdf.

[11] Öffentliche Äußerung der Osgoode Law School vom 31.08.2010, abrufbar unter: https://www.osgoode.yorku.ca/public-statement-international-investment-regime-31-august-2010/; vgl ferner auch zum TTP Entwurf den offenen Brief von TTP Legal, abrufbar unter: https://tpplegal.wordpress.com/open-letter/ (zuletzt abgerufen am 17.06.2022).

erfassten Klagen ausländischer Investoren tatsächlich von Erfolg gekrönt waren.[12] Gastsaaten gingen sohin im Untersuchungszeitraum dieser Studie in deutlich überwiegender Anzahl als die Gewinner hervor.[13]

In der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit spielten und spielen Klagen, welche auf den „*Fair and Equitable Treatment („FET")*" Standard und insbesondere auf dem Schutz berechtigter Erwartungen („*legitimate expectations*") des Investors beruhen, mittlerweile die überwiegende Rolle.[14] Zu betonen ist in diesem Zusammenhang, dass erst seit Anfang der 2000er Jahre der FET-Standard in einem großen Ausmaß Anwendung in der Schiedspraxis findet.[15] Hierbei hat *G. Van Harten*[16] in einer Untersuchung aus dem Jahre 2013 aufgezeigt, dass von 162 Investitionsstreitigkeiten 60 Verfahren gesetzliche Maßnahmen des Gaststaates zum Gegenstand hatten.

Es lässt sich in jüngerer Zeit jedoch eine Entwicklung in der Schiedspraxis dahingehend beobachten, dass anstelle von Klagen etwa aufgrund von Missbrauch der Autorität durch den Gaststaat oder aufgrund von direkten Enteignungen, welche früher oftmals Gegenstand der Schiedspraxis bildeten, vermehrt Klagen aufgrund von nachteiligen Änderungen in der Gesetzeslage der Gaststaaten den Gegenstand der Schiedsverfahren bilden.[17] In Anbetracht dieser Entwicklung stellt sich die Frage, ob die vielfach geäußerten Bedenken über die Beschränkung der gesetzgeberischen Freiheit durch das Investitionsrecht berechtigt sind?

In einer Betrachtung der Entwicklung in der Schiedspraxis unternimmt diese Arbeit den Versuch, unter besonderer Berücksichtigung der ‚Argentinienkrise' Anfang der 2000er Jahre[18] sowie den

[12] *Kiel Institute for the World Economy*, Working Paper: Streitschlichtung im Rahmen Internationaler Investitionsabkommen: Viel Lärm um (fast) nichts?, No. 2053 Oktober 2016, 9.

[13] Die Studie erfasst 471 Verfahren im Zeitraum 1987 bis September 2016, siehe *Kiel Institute for the World Economy*, Working Paper: Streitschlichtung im Rahmen Internationaler Investitionsabkommen, 9; vgl ferner *Titi*, The Right to Regulate in International Investment Law[1](2014), 69; unter Ansehung der jüngeren Schiedspraxis im Zusammenhang mit den erneuerbaren Energien ist dies zweifelsfrei nicht mehr zutreffend, siehe näher in Kap XI.

[14] *R. Dolzer*, Santa Clara Journal of International Law, 17.1.2014: Fair and Equitable Treatment: Today´s Contours, 1.

[15] *M. Hirsch*, Between Fair and Equitable Treatment and Stabilization Clause: Stable Legal Environment and Regulatory Change in International Investment Law, Research Paper No. 07.13, 2013, 7.

[16] *G. Van Harten*, Sovereign Choices and Sovereign Constraints: Judicial Restraint in Investment Treaty Arbitration Published to Oxford Scholarship Online, 2013, 52f; D. *Rédli*, Limitations to States' Regulatory Power in International Investment Arbitration Resulting from Standards of Protection, with a Focus on Fair and Equitable Treatment Standard ,(2016), 26.

[17] *Rédli*, Limitations to States Regulatory Power, 26; diese Entwicklung zeigt sich insbesondere in den Fällen der ‚Argentinienkrise' und noch viel mehr bei den jüngsten Schiedsverfahren im Sektor der erneuerbaren Energien, siehe hierzu die Kap VIII A und X.

[18] Siehe hierzu Kapitel IV B c) zur konkreten Zusicherung.

Investitionsverfahren betreffend den Sektor der erneuerbaren Energien[19] das rechtliche Ausmaß der möglichen Beschränkung der regulatorischen Freiheit durch das Investitionsrecht zu untersuchen. Es soll hierbei konkret die Frage untersucht werden, inwiefern sich Investoren im Fall von nachteiligen Gesetzesänderungen erfolgreich auf den Schutz ihrer berechtigten Erwartungen auf gleichbleibende stabile gesetzliche Bestimmungen im Rahmen des FET-Standards berufen können. Hierbei ist insbesondere zu prüfen, ob und inwiefern solch ein Vertrauensschutz auch abseits von durch den Gaststaat erteilten Stabilitätszusicherungen bejaht werden kann. Es wird versucht, unter Ansehung der Entwicklung in Judikatur unter Einbeziehung der im Schrifttum vertretenen Ansichten sowie unter Bedachtnahme auf die Textierung der jüngeren Freihandelsabkommen eine Antwort auf diese Frage herzuleiten.

Die Entwicklung in der Schiedspraxis ist mit der Entwicklung in der Vertragsgestaltung hierbei eng verzahnt. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass sowohl in der Schiedspraxis als auch in der jüngeren Vertragsgestaltung das Vorliegen einer vom Gaststaat an den Investor erteilten „konkreten Zusicherung" („*specific representation*") im Zusammenhang mit einem allfälligen Vertrauensschutz auf die Stabilität der Gesetzeslage eine zentrale Rolle spielt. Da in vielen der jüngeren Vertragstexte für den Schutz berechtigter Erwartungen im Rahmen des FET-Standards das Vorliegen solch einer konkreten Zusicherung explizit gefordert wird[20], gilt es auch zu untersuchen, ob diese Vorgabe zu einer Abschwächung des Schutzes berechtigter Erwartungen im Zusammenhang mit stabilen Gesetzen führt. Hierbei ist der Frage nachzugehen, ob das ausdrückliche Abstellen auf das Vorliegen einer „konkreten Zusicherung" in den jüngeren Abkommen zu einer Beschränkung des Investorenschutzes im Vergleich zum herkömmlichen ‚vagen' FET-Standard führt.[21]

---

[19] Siehe hierzu ab Kap X; da vorrangig Schiedsverfahren gegen Spanien angestrengt wurden und werden, wird dieses Kapitel in der Arbeit in Anlehnung der ‚Argentinienkrise' als ‚Spanienkrise' bezeichnet. Es sind jedoch auch andere europäische Staaten wie etwa Italien und die Tschechische Republik aufgrund von Gesetzesänderungen im Bereich der erneuerbaren Energien in zahlreiche Schiedsverfahren verwickelt.

[20] Siehe Kap VIII, insbesondere Abschnitt C b); vgl etwa Art 8.10 Abs 4 in CETA und Art 3 Abs 4 in TTIP, Hierzu wurde in beiden Abkommen wortgleich normiert: „*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.*"

[21] Die Textierung des ‚klassischen' FET-Standards beeinhaltet weder die ausdrückliche textliche Normierung eines Schutzes berechtigter Erwartungen, noch das Erfordernis einer ‚konkreten Zusicherungen' siehe Kap II B; vgl auszugsweise etwa NAFTA Art 1105 Abs 1:„*Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.*"

Dass auch in der jüngsten Schiedspraxis keine Einheitlichkeit in der Frage des Schutzes berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität besteht, ergibt sich treffend aus dem Resümee des Schiedsgerichtes in *PV Investors v. Spain*:

„*The picture is thus by far not unanimous and rather shows a diversity of views between arbitral tribunals.*“[22]

Die angeführten Fragestellungen werden in der Arbeit in sechs Untersuchungsblöcken behandelt:

<u>Block 1</u> (Seite 19-83) behandelt allgemeine Grundsätze im Zusammenhang mit dem Schutz berechtigter Erwartungen im internationalen Investitionsrecht. Hierbei wird das Augenmerk auch auf die Auslegung von Investitionsabkommen sowie auf die in Präambeln von BITs oftmals verankerten Stabilitätsvorgaben gelegt. Ferner wird der rechtliche Bedeutungsgehalt des zunehmend in den Vordergrund rückenden „*right to regulate*“ des Gaststaates untersucht.

<u>Block 2</u> (Seite 84-111) umfasst eine Analyse der Entwicklung in der älteren Schiedspraxis unter Bedachtnahme auf das Schrifttum, wobei der Schwerpunkt auf die Schiedsverfahren der ‚Argentinienkrise‘ gelegt wird.

<u>Block 3</u> (Seite 112-141) behandelt einerseits die Frage, ob sich aus den Grundsätzen des allgemeinen Völkerrechtes ein Schutz berechtigter Erwartungen auf stabile gesetzliche Vorgaben auch abseits konkreter Zusicherungen ableiten lässt. Andererseits wird im Zuge einer rechtsvergleichenden Analyse untersucht, ob sich solch ein Vertrauensschutz aus der Rechtsprechung des IGH, des EuGH oder aus der Rechtsprechung ausgewählter nationaler Rechtsordnungen ableiten lässt.

<u>Block 4</u> (Seite 142-201) behandelt die Ausgestaltung der jüngeren Vertragstexte im Zusammenhang mit dem FET-Standard und dem Schutz berechtigter Erwartungen. Untersucht wird hierbei, ob durch die Textierung des Schutzes berechtigter Erwartungen in diesen jüngeren Vertragstexten eine Beschränkung des Vertrauensschutzes auf eine stabile Gesetzeslage bewirkt wird. Ferner wird die Frage des Schutzes berechtigter Erwartungen im Zusammenhang mit gesetzlicher Stabilität unter dem Energy Charter Treaty einer näheren Untersuchung unterworfen.

[22] *The PV Investors v. Spain*, PCA Case No. 2012-14, Final Award, (28. Feb 2020), Rz 553.

Block 5 (Seite 202-239) behandelt einerseits die jüngere Entscheidungsreihe im Sektor der erneuerbaren Energien im Zusammenhang mit dem Schutz berechtigter Erwartungen auf unveränderte gesetzliche Bestimmungen. Andererseits wird der Tax Carve-Out des Energy Charter Treaty im Zusammenhang mit der Frage des Schutzes berechtigter Erwartungen auf stabile Gesetzesvorgaben näher beleuchtet.

Block 6 (Seite 240-350) stellt das Kernstück der Arbeit dar. Unter Bedachtnahme auf Schiedspraxis und Lehre werden in diesem Untersuchungsblock Fallgruppen ausgearbeitet, in denen ein Schutz auf stabile gesetzliche Bestimmungen auch abseits konkreter Zusicherungen angenommen werden kann. Hierbei wird insbesondere auf zwei zentrale Fragestellung eingegangen: (1) Ist ein Vertrauensschutz auf eine stabile Gesetzeslage auch abseits konkreter Zusicherungen anzunehmen; (2) unter welchen Voraussetzungen können Gesetze selbst als konkrete Zusicherungen eingeordnet werden.

II. Der „ Fair and Equitable Treatment" Standard im Allgemeinen

A. Das Spannungsverhältnis ausländischer Investor – Gaststaat

Bevor in die eigentliche Materie eingestiegen wird, soll zunächst ein im Zusammenhang mit der regulatorischen Freiheit von Staaten wichtiges Prinzip des allgemeinen Völkerrechts in Erinnerung gerufen werden: Das sog. *Territorialitätsprinzip*.[23] Das Territorialitätsprinzip besagt, dass es dem jeweiligen Staat aufgrund seiner völkerrechtlichen Souveränität grundsätzlich frei steht, Regelungen, die das eigene Staatsgebiet betreffen, nach eigenem Gutdünken zu treffen.[24] Dies bedeutet naturgemäß auch, dass der Staat Lebensbereiche des öffentlichen Wohls frei ausgestalten kann; dies etwa in Form von Steuergesetzen oder der Normierung von gesetzlichen Standards des Gesundheits-, Arbeits- und Umweltschutzes.[25] Offensichtlich ist, dass dieses Prinzip im Konflikt mit den Interessen ausländischer Investoren auf eine möglichst unveränderliche Rechtslage steht.[26] Schließlich bringen ausländischen Investoren Vermögen in Form von Investitionen in das Staatsgebiet und somit in die souveräne Staatsgewalt des jeweiligen Staates. Es sind die ausländischen Investoren sohin nach Vornahme der Investitionen von nachteiligen Gesetzesänderungen im Gaststaat unweigerlich betroffen.

Bereits im Jahr 1998 zeigte *T.M. Franck*[27] auf, dass dieses Spannungsverhältnis zwischen dem Gaststaat und dessen Verlangen nach Veränderung einerseits und dem ausländischen Investor und dessen Verlangen nach Stabilität andererseits letztlich eine Frage der „Fairness" sei. Dieses Spannungsverhältnis würde schlussendlich in einen Streit über die Fairness des Rechts gipfeln.

[23] *C. Hölken*, Legitime Regulierung durch den Staat im Konflikt mit dem Investorenschutz, KSzW 02/2011 183 (183).
[24] *E. Titi*, The Right to Regulate in International Investment Law (2014), 32.
[25] *Hölken*, Legitime Regulierung, 183.
[26] *Lowe*, Regulation or Expropriation, 450f; *Titi*, Right to Regulate, 67f; *Subedi*, International Investment Law, 150; Report of the Working Group on the Relationship between Trade and Investment to the General Counsil of the WTO, WT/WGTI/, 9 Dec 2002, abrufbar unter: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=1725,51054,60811,41789,68747,10147,3614,17496,20020,11397&CurrentCatalogueIdIndex=1&FullTextHash= ; *Sallam*, Investor's Legitimate Expectations, 29f; *F. Costamagna*, Protecting Foreign Investments in Public Services: Regulatory Stability at any cost? De Gruyter Global jurist, Vol. 17, Issue 3 (2017), 2f; *R. Dolzer/U. Kriebaum/C. Schreuer/*, Principles of International Law, Oxford University Press (2022)[3], 27f.
[27] *T.M. Franck*, Fairness in International Law and Institutions, (1998), 7; *J. Paine*, On Investment Law and Questions of Change, Journal of World Investment & Trade 19, 2018, 173 (177); *R. Kläger,* Fair and Equitable Treatment in International Investment Law[1] (2011), 148–153.

Nach einer Untersuchung der *Multilateral Investment Guarantee Agency* (*MIGA*)[28] aus dem Jahr 2013 stellen nachteilige Änderungen der Gesetzeslage im Gaststaat eines der bedeutendsten politischen Risiken für ausländische Investoren dar. Diesem Risiko soll der Abschluss von bi- und multilateralen Investitionsschutzabkommen sowie insbesondere der darin regelmäßig normierte Grundsatz des „*Fair and Equitable Treatment (FET)*" begegnen. Schließlich spielt nach einer Untersuchung der UNCTAD die Existenz von bilateralen Investitionsabkommen („BITs") und den darin enthaltenen Schutzstandards für ausländische Investoren eine entscheidende Rolle hinsichtlich der Frage, ob diese in Entwicklungsländern investieren.[29]

Es ist hier auch ganz prinzipiell ein Augenmerk auf die unterschiedliche Ausgangslage von Investoren auf nationaler Ebene, welche mit Gesetzesänderungen in ihrem ‚eigenem' Staat konfrontiert werden und Investoren auf internationaler Ebene, welche nachteiligen Gesetzesänderungen im fremden Staatsgebiet ausgesetzt sind, zu werfen. Im Hinblick auf nationale Investoren ist hervorzuheben, dass diese die Entscheidungen des Gesetzgebers aktiv in Form von Wahlen mitbeeinflussen können, sohin der Gesetzgeber gegenüber diesen nationalen Investoren demokratisch legitimiert ist.[30] Anders verhält es sich freilich bei ausländischen Investitionen, da diese nicht aktiv in den Gesetzgebungsprozess des Gaststaates eingebunden sind. ME liegt in diesem Punkt der Kern des Interessenskonfliktes zwischen dem Gaststaat und dem ausländischen Investor begründet. So ist der ausländische Investor nicht nur nicht in den Gesetzgebungsprozess des Staates eingebunden, sondern hat dieser grundsätzlich die Gesetzespolitik des Staates bei Vornahme so hinzunehmen, wie sie ist. Dass dies jedenfalls zu Interessenskollisionen führt, wird durch die zahlreichen Schiedsfälle deutlich, welche daraus resultierten, dass Staaten im Sinne des öffentlichen Interesses empfindliche Gesetzesänderungen etwa zur Rettung aus einer Finanzkrise[31],

[28] *MIGA*, World Investment and Political Risk 2013 (Washington, DC: World Bank Group),19–22, 42, abrufbar unter: https://www.miga.org/sites/default/files/archive/Documents/WIPR13.pdf (zuletzt abgerufen am 10.07.2021). Der Untersuchung zufolge nannten 58% der Investoren nachteilige gesetzliche Änderungen innerhalb der nächsten drei Jahre bzw 56 % Gesetzesänderungen innerhalb der nächsten zwölf Monate nach Vornahme der Investition als das größte Risiko bei Investitionen im Ausland.

[29] *United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD)*, The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries, 51-52, abrufbar unter: https://unctad.org/en/Docs/diaeia20095_en.pdf; *Brower/ Blanchard*, What's in a Meme? 704.

[30] *Sornarajah,* Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment[1](2015), 292; *A. P. G. Pandya /A. Moody*, Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration: An Unclear Future in Tilburg Law Review, 2010, Band 15, 93 (94-95).

[31] Siehe hierzu etwa zur ‚Argentinienkrise' Kap VII A a) v sowie zur ‚Spanienkrise' Kap X A.

dem Schutz der Umwelt[32] oder zur Etablierung einer preiswerteren öffentlichen Wasserversorgung[33] vornahmen. Solche Maßnahmen erfolgen regelmäßig konträr zu den Interessen des Investors, erfasst schließlich das damit verfolgte ‚öffentliche Interesse' den ausländischen Investor als Fremden in der Regel nicht, da dieser vom öffentlichen Interesse des Volkes des jeweiligen Staates in den meisten Fällen ausgeklammert ist. In gewissen Fällen jedoch, etwa im Falle einer Kollabierung des Finanzsektors des Gaststaates in Folge der Unterlassung der zur Rettung gebotenen Maßnahmen, werden freilich auch die Interessen des ausländischen Investors tangiert werden. Es ist jedoch von solchen Fällen abgesehen wohl schwerlich zu leugnen, dass in der geschilderten Konstellation eine gewisse Einseitigkeit zugunsten des Gaststaates evident ist. Schließlich profitiert der Gaststaat vom investierten Kapital, während der ausländische Investor von dem durch Gesetzesänderungen verfolgten öffentlichen Interesse in der Regel nicht umfasst wird. Für den Gaststaat macht es im Ergebnis wohl keinen Unterschied, ob ein nationaler oder internationaler Investor die Investition tätigt.[34] Im Zusammenhang mit der aufgezeigten Problematik mag es jedoch nicht verwundern, dass eine Uneinheitlichkeit in der Auffassung besteht, ob Investitionsabkommen den Investor oder aber den Gaststaat bevorzugt schützen (sollen).[35] Aufgrund dieses Spannungsverhältnisses ist letztendlich ein Ausgleich der Interessen von Investor und Gaststaat notwendig. Dieser Ausgleich der gegenteiligen Interessen ist eines der Hauptanliegen, mit denen sich Schiedsrichter konfrontiert sehen.[36]

B. Der „Fair and Equitable Treatment" Standard: Schutzumfang und Normierung

Das internationale Investitionsrecht und der damit verbundene Investitionsschutz wird durch eine Vielzahl an Verträgen zwischen Staaten geregelt. Diese Verträge sollen den Ausgleich der bereits dargestellten widerstreitenden Interessen schaffen.[37] Die vertraglichen Grundlagen stellen bilaterale

[32] Vgl *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, (8. Jul 2016).

[33] *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, (14 Jul 2016); *Titi*, Right to Regulate, 72-73.

[34] Siehe hierzu jedoch *Lörcher/Ober,* materielles Investitionsrecht, 106, die aufzeigen, dass neben den positiven Aspekten von ausländischen Investitionen wie etwa die Förderung des Wirtschaftswachstums oder den Technologietransfer auch die Sorge für Gaststaaten bestehe, dass multinationale Konzerne die Ressourcen des Ziellandes ausbeuten oder zur Umweltverschmutzung beitragen.

[35] Vgl *R. Dolzer,* Santa Clara Journal of International Law, 17.1.2014: Fair and Equitable Treatment: Today´s Contours, 28, welcher sich dafür ausspricht, dass BITs vorrangig dem Schutz des Investors dienen; zur Abwägung dieses Interessenskonfliktes durch die Vornahme einer Verhältnismäßigkeitsprüfung siehe Kap XI C.

[36] *UNCTAD,* Fair and Equitable Treatment, A Sequel (2012), 10.

[37] *V. Lowe*, Regulation or Expropriation ?, Current Legal Problems, Volume 55,Issue 1 (2002), 447 (450).

sowie multilaterale Investitionsabkommen dar. Im Vordergrund des Investitionsschutzes steht hierbei der in diesen Verträgen regelmäßig verankerte „*Fair and Equitable Treatment*" Standard („FET"). Der FET-Standard hat sich mittlerweile zu dem am häufigsten geltend gemachten Standard des Investitionsschutzes entwickelt.[38] Dieser Schutzstandard spielt auch in der Schiedspraxis die überwiegende Rolle.[39]

Historisch gesehen finden sich die Wurzeln des FET-Standards beispielsweise in der Havanna-Charta zur Errichtung einer internationalen Handelsorganisation („ITO") aus dem Jahr 1948, obgleich die Havanna-Charta nie in Kraft getreten ist.[40] Heutzutage ist der FET-Standard in der deutlich überwiegenden Mehrzahl von bilateralen und multilateralen Investitionsabkommen, so auch in bedeutsamen multilateralen Abkommen wie NAFTA, ECT und CAFTA[41], normiert.

Der FET-Standard kann als der wichtigste Standard im Bereich des Investitionsschutzes angesehen werden und verzeichnet die höchste ‚Trefferquote' für ausländische Investoren in Schiedsverfahren.[42] Das Ziel des FET-Standards ist es hierbei, ausländischen Investoren unabhängig von den sich durch die nationale Rechtslage der Gaststaaten gegebenen rechtlichen Möglichkeiten einen Schutz zu sichern.[43]

---

[38] *B. Schöbener*, Outlook on the Development in Public International Law and Law Relating to Aliens in M. Bungenberg/ J. Griebel/ S. Hobe/ A. Reinisch (Hrsg.), International Investment Law – A Handbook (2015), Rz. 43; *Titi*, Right to Regulate, 143; *Subedi*, International Investment Law, 117.

[39] *Subedi*, International Investment Law, S. 63; *Dolzer*, Fair and Equitable Treatment: Today`s Contours Santa Clara Journal of International Law, Vol. 12, Issue 1, Art 2, 2014, 10; *PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ingin Electrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case ARB/02/5, Award, (19 Jan 2007), Rz. 238; *B. Choudhury,* Evolution or Devolution: Defining Fair and Equitable Treatment in International Investment Law, Journal of World Investment & Trade, Vol. 6 (2005) 297 (297ff).

[40] *Dralle*, Der Fair and Equitable Treatment-Standard, 7; *S. L. Escarcena*, The Elements of Fair and Equitable Treatment in International Investment Law, Leuven Centre for Global Goverence Studies, Policy Brief No. 14 – April 2010, 2f, abrufbar unter: https://ghum.kuleuven.be/ggs/publications/policy_briefs/pb14.pdf; ; *Subedi*, International Investment Law, 19; OECD Working Papers on International Investment 2004/03, Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law, (Sep 2004), 3, abrufbar unter: https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_3.pdf; *A. Reinsch/C. Schreuer*, International Protection of Investments, Cambridge University Press (2020), 255.

[41] Siehe etwa *C. Tietje*, Internationales Investitionsschutzrecht im Spannungsverhältnis von staatlicher Regulierungsfreiheit und Schutz wirtschaftlicher Individualinteressen in C. Tietje/G. Kraft/M. Lehmann (Hrsg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 93, 2010, 9; zu Ausnahmen hierzu siehe Kap VIII E d). Momentan existieren über 2.833 BITs und etwa 472 sonstige Verträge mit Investitionsschutzvorgaben, wie etwa multilaterale Investitionsabkommen siehe UNCTAD, International Investment Agreements Navigator, abrufbar unter: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements (zuletzt abgerufen am 01.11.2024).

[42] *C. Schreuer,* Bonner Energiegespräche Schutz gegen regulatorische Maßnahmen durch Investitionsschutzabkommen, Bonner Energiegespräche, 4.11.2013, in W. Löwer (Hrsg.), Europäische und internationale Aspekte der Energierechtsreformdebatte, Bonner Gespräche zum Energierecht, Band 8, 73, (76).

[43] *N. Angelet*, Fair and Equitable Treatment in R. Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, (2012), 1; *UNCTAD*, Fair and Equitable Treatment: A Sequel, 2012, 3.

Hierbei ist jedoch hervorzuheben, dass der FET-Standard in seiner herkömmlichen Form äußerst vage formuliert ist.[44] So wird der FET-Standard in der Vielzahl von Investitionsabkommen ohne nähere inhaltliche Textierung der hiervon umfassten Tatbestände normiert. Auszugsweise heißt es etwa in Art 1105 Z 1 NAFTA:

„*Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.*"[45]

bzw im Argentinien – USA BIT unter Art II Abs 2 a):

„*Investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment,..*"[46]

gleichauf steht im MIGA Abkommen unter Art 12 lit e (iv) als Voraussetzung für einen Schutz unter dem Abkommen normiert:

„*the investment conditions in the host country, including the availability of fair and equitable treatment and legal protection for the investment.*"[47]

Der vagen Formulierung des FET-Standards in den meisten Investitionsabkommen ist es geschuldet, dass in der Schiedspraxis keine Einheitlichkeit dahingehend besteht, wann von einer Verletzung dieses Standards auszugehen ist.[48]

---

[44] *Newcombe/Paradell*, Law and Practice of Investment Treaties, 255; *Titi*, Right to Regulate, 143, *K. Yannaca-Small,* Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments in A. Reinisch (Hrsg.), Standards of Investment Protection, (2008), 118; *Y. S. Selivanova*, Changes in Renewables Support Policy and Investment Protection under the Energy Charter Treaty: Analysis of Jurisprudence and Outlook for the Current Arbitration Cases, ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*,* Volume 33, Issue 2, 2018, 433 (438), wobei die Autorin darauf hinweist, dass das Verständnis des FET-Standards vorrangig durch die Einzelfallbeurteilung der Schiedsgerichte geprägt ist; *M. Waibel*, Fair and Equitable Treatment as Boilerplate, The American Review of International Arbitration, 30(1), (2019), 85 (91ff); zur Formulierung des FET-Standards in Investitionsabkommen siehe näher *A. Schernbeck*, Der Fair and Equitable Treatment Standard in internationalen Investitionsschutzabkommen (2012); siehe die Auszüge der Normierung des FET-Standards in verschiedenen Abkommen in *Reinsch/Schreuer*, International Protection of Investments, 251ff.

[45]North Atlantic Free Trade Agreement (NAFTA*)* Art 1105, abrufbar unter: http://www.sice.oas.org/trade/nafta/naftatce.asp (zuletzt abgerufen am 02.07.2022).

[46]Argentina- United States of America BIT (1991), abrufbar unter: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/127/download (zuletzt abgerufen am 02.07.2022).

[47]Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency (11.10.1985) (MIGA Convention), abrufbar unter: https://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/investments_Int_Protection.pdf.

[48] *N. Bernasconi-Osterwalder/H. Mann*, A Response to the European Commission`s December 2013 Document "Investment Provisions in the EU-Canada Free Trade Agreement (CETA)", IISD Report, 4.2.2014, 6 abrufbar unter: https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/reponse_eu_ceta.pdf.

Es haben sich durch die Schiedspraxis folgende Schutzstandards des „Fair and Equitable Treatment“ entwickelt:

-) Das Verbot der Ausübung (offenkundiger) Willkür durch den Gaststaat[49];

-) Das Verbot der Rechtsverweigerung;

-) Das Verbot der Diskriminierung;

-) Der Schutz berechtigter Erwartungen;

-) Die Einhaltung eines rechtsstaatlichen Verfahrens;

-) Der Schutz vor Zwang und Pressionen sowie der Grundsatz des gutgläubigen Verhaltens staatlicher Behörden[50].

C. Der „International Minimum Standard“

Die Frage, ob der FET-Standard hinsichtlich seines rechtlichen Gehaltes mit dem Schutzvorgaben des völkerrechtlichen Minimumstandards („*International Minimum Standard*“) gleichzusetzen ist, stellt bereits seit langem eine der meist diskutierten Kontroversen in Lehre und Rechtsprechung dar.[51] Dieser ‚ewige Streit‘ ist jedoch nicht Forschungsgegenstand dieser Arbeit und soll daher nur kurz skizziert werden.[52]

Der völkerrechtliche Minimumstandard, der seine Wurzeln im Völkergewohnheitsrecht hat, gibt vor, welche rechtliche Behandlung Investoren durch Gaststaaten als Mindestschwelle zu gewähren ist. Hierbei verbietet der völkerrechtliche Minimumstandard insbesondere diskriminierende oder willkürliche Maßnahmen gegen ausländische Investoren. Hervorzuheben ist jedoch, dass dieser Standard, gleich dem FET-Standard, äußerst unbestimmt ist.[53] Insbesondere ist wie ausgeführt nicht

[49] *UNCTAD*, Fair and Equitable Treatment, S. 62. Hierzu ist anzumerken, dass grundsätzlich bereits ‚bloß´ willkürliches Staatshandeln verpönt ist und nicht erst ‚offenkundige‘ Willkür, siehe hierzu Kap VIII D.

[50] *C. Schreuer* in Reinisch (Hrsg.), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts[5](2013), Rz 2360; *UNCTAD*, Fair and Equitable Treatment, 62.

[51] *S. Subedi,* International Investment Law (2012) 63; *UNCTAD*, Fair and Equitable Treatment, 45; siehe zum Verhältnis des Internationalen Minimum Standards zum FET-Standard vertiefend: *M. Paparinskis*, The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment[1] (2013).

[52] Vgl hier *Lowe*, Regulation or Expropriation, 455. *Lowe* betrachtet diese Diskussion aufgrund der Entwicklung eines eigenständigen Bedeutungsgehaltes des FET-Standards in der Schiedspraxis als hinfällig.

[53] *UNCTAD*, Fair and Equitable Treatment, 56ff, zur Frage des unklaren Umfanges des Schutzes unter dem Internationalen Minimumstandard siehe etwa *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, UNCITRAL, Award (8. Jun. 2009), Rz 22, wo das Schiedsgericht für eine Verletzung des Schutzstandards ein „schockierendes“ oder „offenkundig“ willkürliches Verhalten verlangt, während durch das Schiedsgericht in *Waste Management, Inc. v.*

einheitlich geklärt, in welchem Verhältnis dieser Standard zum FET-Standard steht[54]. Zu betonen ist, dass der FET-Standard in Investitionsabkommen oftmals an den völkerrechtlichen Minimumstandard gekoppelt wird.[55] Die Meinungen in Judikatur und Lehre, welche den FET-Standard mit dem völkerrechtlichen Minimumstandard gleichsetzen, betonen insbesondere, dass mögliche Auslegungsschwierigkeiten im Zusammenhang mit der Frage der gewöhnlichen Bedeutung von FET-Vorgaben dahingehend zu entschärfen seien, als sich der Schutz der Investoren letztendlich ohnedies durch den völkerrechtlichen Minimumstandard ergebe.[56] Dies verschiebt jedoch lediglich die Problematik der Unbestimmtheit von einem Schutzstandard auf den nächsten. Zur Klarstellung des Verhältnisses zwischen dem völkerrechtlichen Minimumstandard und dem FET-Standard wurde etwa im CAFTA-DR Abkommen in Art 10.5 Abs 2 festgehalten, dass der FET-Standard nicht über den Schutzumfang des völkerrechtlichen Minimumstandards hinausgeht und dieser keine darüber hinausgehenden Rechte gewährt.[57]

Nach *S. Fietta*[58] ist bei Erteilung einer konkreten individuellen Zusicherung an den Investor im Zusammenhang mit der Gesetzeslage ein Schutz unter dem FET-Standard geboten, welcher über den Schutzumfang des völkerrechtlichen Minimumstandards hinausgeht.

United Mexican States ("Number 2"), ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award (30 Apr. 2004), Rz 98 die Schwelle geringerer gehalten wurde. Nach Auffassung des Schiedsgerichtes führt bereits ‚bloß' willkürliches Verhalten zu einer Verletzung, wobei das Schiedsgericht hier auf einen „*minimum standard of treatment of fair and equitable treatment*" Bezug nimmt.

[54] *UNCTAD*, Fair and Equitable Treatment, 56ff.

[55] Vgl *J-A. Crawford/B. Kotschwar*, Investment Provisions in Preferential Trade Argeements: Evolution and Current Trends, World Trade Organisation Self Working Paper ERSD-2018-14 (14.12.2018), 21, abrufbar unter: https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201814_e.pdf. Zu betonen ist, dass die Autoren in ihrer Untersuchung jedoch offen lassen, auf welche Investitionsabkommen sie Bezug nehmen.

[56] *Subedi*, International Investment Law, 65.

[57] Central America-Dominican Republic Free Trade Agreement (CAFTA-DR), abrufbar unter: https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/cafta/asset_upload_file328_4718.pdf; *Subedi*, International Investment Law, 66.

[58] *S. Fietta*, Expropriation and the "Fair and Equitable" Standard: The Developing Role of Investors' "Expectations" in International Investment Arbitration, Journal of International Arbitration, Vol 23, Issue 5, 2006, 375 (389). *Fietta* skizziert hierzu den hypothetischen Fall, dass ein Investor in Staat A und Staat B investiert, jedoch nur durch Staat A eine konkrete individuelle Zusicherung etwa im Zusammenhang mit bestimmten Vorgaben in den Gesetzen erhält, während solch eine Zusicherung durch Staat B nicht erteilt wird. Diesfalls sei nach Ansicht von *Fietta* hinsichtlich der in Staat A getätigten Investition ein Schutz, welcher über den internationalen Minimum Standard hinausgehe, zu bejahen.

III. Der Schutz berechtigter Erwartungen ausländischer Investoren

A. Allgemeines

Von allen durch den FET-Standard verkörperten Schutzvorgaben hat sich in der Schiedspraxis der Schutz berechtigter Erwartungen („*legitimate expectations*“) zu dem am häufigsten von ausländischen Investoren beanspruchten Schutzstandard etabliert.[59] Der Schutz berechtigter Erwartungen wird oftmals als das wichtigste Element des FET-Standards bezeichnet.[60] Wie das Schiedsgericht in *Suez v. Argentina*[61] unter Verweis auf *Max Weber* und die Entwicklung des Kapitalismus in Europa aufgezeigt hat, ist der Schutz legitimer Erwartungen insbesondere im Sinne der Wahrung einer Kalkulierbarkeit und Vorausplanbarkeit wirtschaftlicher Transaktionen zu verstehen. Hierzu hat *Max Weber* die Ansicht vertreten, dass sich der Kapitalismus in Europa insbesondere dadurch verbreitet hat, dass dem europäischen Recht ein hohes Maß an Kalkulierbarkeit innewohne. Auch *S. Schill*[62] hebt gestützt auf die Theorie *Max Webers* hervor, dass schon in der früheren wirtschaftswissenschaftlichen Literatur im Zusammenhang mit der sozioökonomischen Entwicklung die Bedeutung von berechenbaren Regelungen unterstrichen wurde.

Hervorzuheben ist, dass der Schutz berechtigter Erwartungen im ‚klassischen‘ FET Standard[63] nicht als eigener Tatbestand vertraglich geregelt wird. Dieser Tatbestand hat sich vielmehr aus der Praxis der Schiedsgerichte entwickelt.[64] Es wird angenommen, dass der Schutz berechtigter Erwartungen

[59] *Schöbener*, Outlook on the Development in Public International Law and Law Relating to Aliens in Bungenberg/ Griebel/ Hobe/ Reinisch (Hrsg.), International Investment Law – A Handbook, Rz 43*; Reinisch/Schreuer,* International Protection of Investments, 481; *C. S. Pinto*, the „Narrow“ Meaning of Legitimate Expectations Principle in State Aid Law Versus the Foreign Investors Legitimate Expectations. A Hopeless Clash or an Opportunity for Convergence?, European State Aid Law Quarterly, Jahrgang 15, 2016, Ausgabe 2, 270 (276).

[60] *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, (17 Mar. 2006), Rz 302f; *Dolzer*, Fair and Equitable Treatment: Today`s Contours, 17; zur Entwicklung des Schutzes berechtigter Erwartungen in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit beginnend mit der Entscheidung *Metaclad v. Mexico* siehe auch: *J. Ostransky* ‚From a Fortuitous Transplant to a Fundamental Principle of Law?: The Doctrine of Legitimate Expectations and the Possibilities of a Different Law, I. Venzke, K.J. Heller, Contingency in the Course of International Law (4. Jun 2020), 5.

[61] *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A.and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability, (30 Jul 2010), Rz 222f.

[62] *S. Schill*, Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law, IILJ Working Paper 2006/6, 33.

[63] Siehe hierzu die zitierten Vorgaben der Regelung des FET-Standards in Investitionsabkommen in Kap II B; zu den Unterschieden zum ‚neuen‘ FET Standard moderner Investitionsabkommen siehe Kap VIII.

[64] *UNCTAD*, Fair and Equitable Treatment A Sequel, 9.

Teil des Prinzipes von „Treu und Glauben“ („*good faith“)* ist, welches ein allgemeines völkerrechtliches Grundprinzip darstellt.[65]

Zu fragen ist, wann Erwartungen von Investoren als ‚berechtigt‘ im Sinne dieses Schutzstandards angesehen werden können. Schließlich liegt es auf der Hand, dass ausländische Investoren in der Regel mit Gewinnerwartungen im Ausland investieren.[66]

Treffend hat daher *P. P. Craig*[67] ausgeführt:

„*Having decided that there might, as a matter of principle, be substantive legitimate expectations, Sedley J. then considered how one decided whether an expectation was indeed legitimate: what was the 'legal alchemy which gives an expectation sufficient legitimacy to secure enforcement in public law?'* “

Im Zuge dieser Arbeit werden die ‚Zutaten‘ erforscht, welche zu einem Schutz berechtigter Erwartungen auf eine stabile Gesetzeslage auch abseits von konkreten Zusicherungen führen können.

B. Der historische Ursprung des Schutzes von Erwartungen ausländischer Investoren

Die erste Entscheidung, in der Erwartungen eines Investors als schützenswert unter dem Völkerrecht angesehen wurden, stellt *SPP v. Egypt* aus dem Jahr 1992 dar.[68] Aufgrund eines präsidentschaftlichen Dekretes war es zunächst gestattet, touristische Einrichtungen in der Nähe von Pyramiden zu errichten. In weiterer Folge wurde diese Genehmigung jedoch durch staatliche Behörden entzogen. Im daraufhin durch den Investor angestrengten Schiedsverfahren wurde vom Gaststaat zur Rechtfertigung der Entziehung vorgebracht, dass die erteilte Genehmigung nicht im Einklang mit den einschlägigen Gesetzen stehe und daher null und nichtig sei.[69] Das Schiedsgericht

[65] Siehe etwa *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, UNCITRAL, Separate Opinion of Thomas Wälde, 1 December 2005, Rz 25; zum Prinzip von Treu und Glauben im Zusammenhang mit dem Schutz berechtigter Erwartungen siehe näher in Kap VII B c).

[66] Zur Fragestellung, inwiefern die Erwartung einer angemessenen Rendite („*reasonable rate of return*“) jedenfalls vom Schutz berechtigter Erwartungen umfasst ist siehe näher in Kap XI G.

[67] *P. P. Craig*, Substantive Legitimate Expectations in Domestic and Community Law, The Cambridge Law Journal, 1996-07, Vol. 55(2), 289 (294).

[68] *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt,* ICSID Case No. ARB/84/3, Award (20 May 1992); *S. Hamamoto*, Protection of Investor`s Legitimate Expectations: Intersection of a Treaty Obligation and a General Principle of Law in W. Shan/J.Su (Hrsg.), China and International Investment Law, 20 Years of ICSID Membership, Silk Road Studies in International Investment Law, Band 1, (2014), 141 (142); *Sallam,* Investor's Legitimate Expectations, 6.

[69] *SPP v. Egypt*, Rz 81ff.

hielt hierzu fest, dass ungeachtet der Frage, ob bestimmte Maßnahmen von staatlichen Behörden mit der nationalen Rechtsordnung im Einklang stehen, der Staat eine Verletzung seiner völkerrechtlichen Verpflichtungen begeht, wenn der ausländische Investor auf eine zunächst durch staatliche Behörden erteilte Genehmigung vertraut und der Gaststaat diese Genehmigung in weiterer Folge wieder entzieht.[70] In der Entscheidung wurde jedoch durch das Schiedsgericht nicht näher ausgeführt, aufgrund welcher konkreten völkerrechtlichen Grundlage der Schutz der Erwartungen des Investors angenommen wurde.[71]

Die erste Schiedsentscheidung, welche ausdrücklich den Schutz berechtigter Erwartungen als Teil des FET-Standards angesehen hat und sich der Ausgestaltung dieses Schutzstandards ausführlich gewidmet hat, stellt die Entscheidung *Tecmed v. Mexico*[72] aus dem Jahre 2003 dar. Das Schiedsgericht sprach in der Entscheidung noch von „*basic expectations*" und nicht von „*legitimate expectations*". Die nähere Untersuchung dieser in Bezug auf den Schutz berechtigter Erwartungen bedeutsamen Entscheidungen erfolgt in einem späteren Abschnitt der Arbeit.[73]

Es sollen nunmehr die Charakteristika des Schutzes der berechtigten Erwartungen näher aufzeigt werden.

---

[70] *SPP v. Egypt*, Rz 83. Das Schiedsgericht hebt in der Entscheidung hervor, dass *ultra vires* vorgenommene Maßnahmen durch staatliche Organe den Staat nicht von seiner völkerrechtlichen Verantwortung befreien. In diesem Zusammenhang wird von *M. Krajewsk*i kritisiert, dass, im Gegensatz zum Vertrauensschutz etwa nach der Rechtslage in Deutschland, es in der schiedsgerichtlichen Praxis lediglich eine geringere bzw. keine Rolle spiele, ob eine staatliche Maßnahme, die einen Vertrauensschutztatbestand begründet, von der zuständigen Stelle abgegeben werde. Sichert eine offensichtlich unzuständige Behörde dem Investor ein bestimmtes Verhalten (einer anderen Behörde) zu, begründe dies nach *Krajewski* nach der deutschen Rechtslage regelmäßig keinen Vertrauensschutz. In der investitionsrechtlichen Schiedspraxis werde hierauf jedoch oft keine Rücksicht genommen. Würde man dieser Kritik von *Krajewski* folgen, so würden Zusagen von staatlichen Behörden nicht vertrauenserzeugend wirken, wenn diese von einer unzuständigen Behörde abgegeben werden. Diese Annahme könnte sich womöglich aus dem Fall *PREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.á.r.l.v. Kingdom of Spain,* ICSID Case No. ARB/13/30, Award (11. Dec 2019), Rz 316 oder *Blusun v. Italy*, Rz 371; vgl hierzu auch *ADF Group Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/1, Award (9. Jan 2003), Rz 190: „*The Tribunal would emphasize, too, that even if the U.S. measures were somehow shown or admitted to be ultra vires under the internal law of the United States, that by itself does not necessarily render the measures grossly unfair or inequitable under the customary international law standard of treatment embodied in Article 1105*".

[71] *Hamamoto*, Protection of Investor`s Legitimate Expectations, 143; *Sallam,* Investor's Legitimate Expectations, 6.

[72] *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, Award, (29 May 2003), Rz 154; *Hamamoto*, Protection of Investor`s Legitimate Expectations, 143; *Sallam,* Investor's Legitimate Expectations, 6.

[73] Siehe Kapitel VII A a) zur Schiedspraxis Anfang der 2000er Jahre.

C. Was sind berechtigte Erwartungen?

Der Schutz bestimmter Erwartungen eines Individuums gegen den Staat stellt keineswegs ein Spezifikum des internationalen Investitionsrechts dar, sondern findet sich dieser Grundsatz in vielen nationalen und internationalen Rechtsordnungen.[74]

Im allgemeinen können berechtigte Erwartungen als ein Vertrauen eines Individuums verstanden werden, das seine Grundlage in einem staatlichen Verhalten hat.[75]

Die erste umfassende Definition berechtigter Erwartungen im Zusammenhang mit dem FET-Standard lieferte das Schiedsgericht in *Thunderbird v. Mexico*. Das Schiedsgericht hielt hierzu fest:„*..the concept of ‚legitimate expectations' relates, within the context of the NAFTA framework, to a situation where a Contracting Party's conduct creates reasonable and justifiable expectations on the part of an investor (or investment) to act in reliance on said conduct, such that a failure by the NAFTA Party to honour those expectations could cause the investor (or investment) to suffer damage.*"[76]

Berechtigte Erwartungen iSd des FET stellen somit Erwartungen dar, welche ihre Wurzeln in einem bestimmten vertrauenserweckenden Verhalten des Gaststaates haben. Solch ein vertrauensbegründentes Staatshandeln kann sich etwa durch mündliche oder schriftliche Zusicherungen des Gaststaates ergeben.[77] Wie *A. Diehl*[78] zutreffend hervorgehoben hat, kommt der Schutz berechtigter Erwartungen nicht nur dem ausländischen Investor, sondern letztlich auch dem Gaststaat zugute. Schließlich ist das Vertrauen auf die staatliche Verwaltung sowie deren

---

[74] *Thunderbird v. Mexico*, Separate Opinion Thomas Wälde, Rz 27f; zur rechtsvergleichenden Untersuchung siehe Kap VII C.

[75] Siehe allgemein zum Schutz von berechtigen Erwartungen als rechtliches Prinzip: *B. H. Kuklin*, The Justification for Protecting Reasonable Expectations Hofstra Law Review Vol. 29 Issue 3, 2001, 863 (865f). Nach *Kuklin* handelt es sich bei dem Schutz berechtigter Erwartungen weniger um eine vertragliche Vorgabe, sondern vielmehr um ein generelles Rechtsprinzip; siehe hierzu auch: *C. Carmody*, Great Expectations: The Treatment of Expectations in WTO and International Investment Law, Western University Law Publications 6-2017, 3. Solch ein Vertrauenstatbestand wurde etwa in dem unter Kapitel B. dieses Abschnittes aufzeigten Fall *SPP v. Egypt* seitens der ägyptischen Behörden durch Erlassung des präsidentschaftlichen Dekretes gesetzt. Der Investor hat in dem genannten Fall sein Vertrauen darauf gestützt, dass die Errichtung von touristischer Infrastruktur aufgrund des genannten Dekretes zulässig sei. Hervorzuheben ist, dass in dieser Entscheidung der terminus „*legitimate expectations*" durch das Schiedsgericht nicht erwähnt wurde; R. Dolzer/U. Kriebaum/C. Schreuer. Principles of International Investment Law, 208.

[76] *Thunderbird v. Mexico*, Rz.147; siehe auch *I. Tudor*, The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Invest, (2008), 165.

[77] *Newcombe/ Paradell*, Law and Practice of Investment Treaties. Standards of Treatment, 255.

[78] *A. Diehl*, The Core Standard of International Investment Protection. Fair and Equitable Treatment, 359ff.

Legitimität auch daran zu messen, ob dieser die erteilten Zusicherungen und getroffene Vereinbarungen auch einhält.

Aufgrund der Komplexität einer zwischenstaatlichen Transaktion kann diese nicht als eine einmalige Handlung betrachtet werden. Vielmehr erstreckt sich ein Investitionsvorhaben in der Regel über einen größeren Zeitraum. Manche Investitionen haben überhaupt keine zeitliche Limitierung, wie beispielsweise die Gründung von Fabriken im Gaststaat.[79] Aus diesem Grund stellen nachteilige Veränderungen der vorherrschenden Bedingungen im Gaststaat ein großes Risiko für ausländische Investoren dar.[80]

D. Wann müssen die berechtigten Erwartungen des Investors gegeben sein?

Wie bereits aufgezeigt wurde, müssen die berechtigten Erwartungen des Investors grundsätzlich zum Zeitpunkt der Vornahme der Investition gegeben sein.[81] Erwartungen, welche ihre Grundlage auf staatlichen Maßnahmen haben, die nach Vornahme der Investition gesetzt werden, sind daher in der Regel nicht vom Schutz des FET-Standards umfasst.[82] So wurde etwa in *Duke Energy v. Ecuador*[83] die Eignung einer Vereinbarung für die Begründung von berechtigten Erwartungen verneint, die erst mehr als zwei Jahre nach Vornahme der Investition zwischen dem Gaststaat und dem Investor getroffen wurde. Das Schiedsgericht in *Antin v. Spain* hat hervorgehoben, dass sich das Schiedsgericht in den Zeitpunkt der Vornahme der Investition hineinzuversetzen habe. Bei der Prüfung der möglichen Erzeugung berechtigter Erwartungen seien die zu diesem Zeitpunkt vorliegenden Informationen und Gegebenheiten zu berücksichtigen.[84] Naturgemäß haben die berechtigten Erwartungen ausländischer Investor oftmals ihre Grundlage in den zum Zeitpunkt der Investition vorherrschenden gesetzlichen Rahmenbedingungen.[85]

---

[79] *UNCTAD*, FET a Sequel, 63; *Z. Asqari*, Investor´s legitimate Expectations and the Interests of the Host State in Foreign Investment, Asian Economic and Financial Review, 2014, 4(12), 1906 (1916).

[80] UNCTAD, FET a Sequel, 63.

[81] *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, Award (18. Aug 2008), Rz 365; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability (3. Oct 2006), Rz 130; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan,* ICSID Case No. ARB/03/29, Award (27. Aug 2009), Rz 190; *Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Energia Termosolar B.V. (formerly Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V.) v. Kingdom of Spain,* ICSID Case No. ARB/13/31, Award (15. Jun 2018), Rz 537.

[82] *Duke Energy v. Ecuador*, Rz 365.

[83] *Duke Energy v. Ecuador*, Rz 365.

[84] *Antin v. Spain,* Award, Rz 537.

[85] *C. Schreuer/ U. Kriebaum,* At What Time Must Legitimate Expectations Exists? in J. Werner/A. H. Ali (Hrsg.), A Liber Amicorum: Thomas Wälde (2009), 265.

Die Frage, wann eine Investition ‚vorgenommen' wurde, ist daher für den Schutz berechtigter Erwartungen von wesentlicher Bedeutung. Aufgrund der Schwierigkeit in der Ermittlung des genauen Zeitpunktes der Vornahme einer Investition hat das Schiedsgericht in *Novenergia v. Spain*[86] eine Zweifelsregel aufgestellt. Nach Auffassung des Schiedsgerichts sei im Zweifel auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem der Investor die Entscheidung zur Vornahme der Investition getroffen hat.[87] Wie *C. Schreuer/U. Kriebaum*[88] jedoch richtig dargelegt haben, handelt es sich bei einer Investition um eine komplexe Unternehmung, welche schwerlich auf einen einzigen konkreten Zeitpunkt festgelegt werden kann. Eine Investition erstreckt sich vielmehr über mehrere Phasen, wobei diese Phasen als ein Gesamtbild zu betrachten sind. Es sind bei jedem diese Vorgänge die Erwartungen des Investors zu berücksichtigen. Zu den Phasen der Investition zählen etwa Verhandlungen, die durchzuführende „*due-diligence*"-Prüfung, die Finanzierung und die Registrierung des Investitionsvorhabens.[89] So werden beispielsweise Anteile an lokalen Unternehmen oftmals nicht in einem Schritt, sondern in mehreren Schritten über einen längeren Zeitraum erworben.[90]

Hierzu ist auf die Ausführungen des Schiedsgerichtes in *Crystallex v. Venezuela* zu verweisen:

„*As a preliminary matter, that letter dates back to a moment when Crystallex had already made significant investments. A legitimate expectation is normally said to arise ´at the time of making the investment´.* "[91]

„***In certain cases, however, ´investments are made through several steps, spread over a period of time´.***"[92]

Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain, SCC Case No. 2015/063, Final Award, (15. Feb 2018), Rz 533.

[86] *Novenergia v. Spain,* Rz 538.

[87] *Novenergia v. Spain,* Rz 538. Dieser Ansicht folgend auch *Redli*, Limitation to States` Regulatory Power, 46, welcher ebenfalls auf den Zeitpunkt der Investitionsentscheidung abstellt.

[88] *Schreuer/Kriebaum*, At What Time Must Legitimate Expectations Exists?, 268; aA *Redli*, Limitation to States` Regulatory Power, 46, welcher auf den konkreten Zeitpunkt der Investitionsentscheidung abstellt.

[89] *Novenergia v. Spain,* Rz 538.

[90] *Schreuer/Kriebaum*, At What Time Must Legitimate Expectations Exists, 268 mit Verweis auf die Entscheidungen *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina,* ICSID Case No. ARB/01/8, Award (12. May 2005), Rz 58 und *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, Partial Award (19. Aug 2005), Rz 232.

[91] *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB (AF)/11/2, Award (4. Apr 2016), Rz 557.

[92] *Crystallex v. Venezuela*, Rz 557; siehe auch *Sun Reserve Luxco Holdings SRL v. Italy*, SCC Case No, 132/2016, Award (25. Mar 2020), Rz 722 (Hervorhebung durch den Autor).

Korrespondierend hierzu hielt das Schiedsgericht in *Blusun v. Italy* im Zusammenhang mit den Bestimmungen des Energy Charter Treaty („*ECT*“) fest:

„*The requirement to 'encourage and create stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors of other Contracting Parties to make Investments in its Area' is not limited to the initial making of the investment but includes subsequent extensions of the investment as well as changes of form.*“[93]

In *Kardassopoulos v. Georgia*[94] wurde durch das Schiedsgericht die Begründung von berechtigten Erwartungen aufgrund einer Zusicherung an den Investor, welche erst Jahre nach Durchführung der Investition erteilt wurde, bejaht. Es wurde hierbei jedoch durch das Schiedsgericht die Verletzung des Vertrauens auch in dem inkonsistenten Handeln des Gaststaates nach Vornahme der Investition erblickt.[95] Interessant ist hierbei, dass die nach Auffassung des Schiedsgerichtes vertrauensbegründente Maßnahme des Gaststaates, namentlich die Erteilung einer konkreten Zusicherung auf Gewährung einer Entschädigung, erst in einem Zeitpunkt nach Vornahme der Investition getätigt wurde.[96] Die Beurteilung des Schiedsgerichtes stellt somit in Ansehung der in diesem Kapitel aufgezeigten Grundsätze einen ‚Ausreißer' dar, da der Vertrauenstatbestand zur Gänze erst nach Vornahme der Investition gesetzt wurde.

Nach Ansicht von *Schreuer/Kriebaum* können auch für den Investor günstige Änderungen der Gesetzeslage während der Vornahme oder überhaupt der Laufzeit einer Investition neue berechtigte Erwartungen des Investors erzeugen, wenn der Investor auf diese geänderten gesetzlichen Vorgaben im Hinblick auf zukünftige wirtschaftliche Transaktionen vertraut.[97] Auch *I. Tudor* verweist darauf, dass auch während der aufrechten Beziehung Investor-Staat, somit nach der eigentlichen ‚Vornahme' der Investition, berechtigte Erwartungen verletzt werden können. Dies sei etwa dann der Fall, wenn das Investitionsvorhaben zunächst durch den Staat durchwegs gebilligt werde und dann der Gaststaat in weiterer Folge seinen Kurs ändert und das Investitionsvorhaben

[93] *Blusun v. Italy*, Rz 319.

[94] *Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18, Award (3. Mar 2010), Rz 434ff.

[95] *Kardassopoulos v. Georgia,* Rz 438, 439, 441; zum Konsistenzprinzip siehe Kap XI I b).

[96] *Kardassopoulos v. Georgia,* Rz 441.

[97] *Schreuer/Kriebaum*, At What Time Must Legitimate Expectations Exists?, 272; zustimmend *F. M. Tellez*, Conditions and Criteria for the Protection of Legitimate Expectations under International Investment Law, ICSID Review, Vol. 27, No. 2 (2012), 432 (435).

des Investors als rechtswidrig verbieten würde.[98] Auch das Schiedsgericht in *Teinver v. Argentina*[99] hat bei der Ermittlung der Grundlage von berechtigten Erwartungen nicht bloß auf den Zeitpunkt der Vornahme der Investition, sondern vielmehr auf den Zeitraum der Dauer der Investition abgestellt.

Der Zeitraum, in dem noch von keiner ‚Vornahme' der Investition gesprochen werden kann, wird durch das Schiedsgericht in *Mamodoil v. Albania*[100] beleuchtet. Nach Auffassung des Schiedsgerichts soll der Gaststaat im Zeitraum vor Vornahme der eigentlichen Investitionen noch nicht in seiner regulatorischen Freiheit beschränkt werden. Dies sei etwa bei anfänglichen bloßen Erkundigungen des Investors ohne die konkrete Bekanntgabe über mögliche Investitionsabsichten gegenüber dem Gaststaat der Fall. Entscheidend ist überdies, dass nur solche Informationen vertrauenserzeugend sein können, welche der Investor bei Vornahme der Investition auch tatsächlich kannte. Dies wurde durch das Schiedsgericht in *Invesmart v. Czech Republic*[101] unterstrichen. Das Schiedsgericht hat betont, dass der Investor seine berechtigten Erwartungen im Schiedsverfahren nicht auf den Inhalt bestimmter interner Besprechungen der Regierung stützen könne, wenn er zum Zeitpunkt der Vornahme der Investition gar keine Kenntnis über den Inhalt dieser Besprechungen hatte. Insbesondere könne der Investor seine berechtigten Erwartungen nicht auf den Inhalt von Dokumenten stützen, über die er überhaupt erst im Zuge des Schiedsverfahren Kenntnis erlangt hätte.[102]

In Bedachtnahme auf die Mehrstufigkeit eines Investitionsvorhabens ist im Zusammenhang mit der Begründung berechtigter Erwartungen auch die Sorgfaltspflicht des Investors Bedacht zu nehmen. Zeichnet sich bereits im Zeitraum der Vornahme der Investition ab, dass zukünftig nachteilige

[98] *Tudor*, FET in the law of foreign investment, 166.

[99] *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/09/1, Award of the Tribunal (21 Jul 2017), Rz 667: „*…the fair and equitable treatment language has been interpreted to oblige a State not to frustrate an investor's legitimate expectations,* ***either at the time of the investment or in the course of the investment****, as long as those expectations were objectively reasonable, created by the State (the State intended for the investor to rely upon them) and relied upon by the investor.*"(Hervorhebung durch den Autor). Freilich stellt sich auch hier die Frage, ob die Vertrauensgrundlage auch für den zweiten Fall (…*in the course of the investment*…) nicht bereits zum Zeitpunkt der Investition vorliegen muss. Hierfür spricht, dass das Schiedsgericht die in Rz 667 zitierten Ausführungen (alleine) auf die Entscheidung *Duke v. Ecuador* stützt, in welcher wie ausgeführt die Erzeugung der berechtigten Erwartungen zum Zeitpunkt der Investition gefordert wird.

[100] *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. v. Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/11/24, Award (30. Mar 2015), Rz 702, 704, 705.

[101] *Invesmart v. Czech Republic*, UNCITRAL, Award (26. Jun 2009), Rz 253.

[102] *Invesmart v. Czech Republic*, Rz 253; siehe auch die Ausführungen in *Sevilla Beheer v. Spain*, Decision on Jurisdiction, Liability and Principles of Quantum, Rz 868: "*As it is acknowledged by the Claimants themselves, they 'did not see all of these presentations at the time of their investments'. Therefore, the Claimants could not have relied on or even taken into account the documents that were not available to them at the relevant times*".

Gesetzesänderungen mit hoher Wahrscheinlichkeit erfolgen werden, wird sich der Investor in der Regel nicht auf die Verletzung seiner berechtigten Erwartungen berufen können, wenn diese zu erwartenden nachteiligen Gesetzesänderungen später tatsächlich eintreten.[103]

[103] Vgl *Tudor*, Foreign Investment, 166.

IV. Die Schlüsselelemente der berechtigten Erwartungen ausländischer Investoren

A. Einleitung

In der Schiedspraxis wurden bestimmte Tatbestandsmerkmale für die Erzeugung berechtigter Erwartungen ausländischer Investoren herausgearbeitet, welche überblicksmäßig kurz dargestellt werden sollen[104]:

- Die Erwartung des Investors müssen ihre Grundlage im Verhalten des Gaststaates haben. So etwa in Form von an den Investor erteilten Zusicherungen, auf welche der Investor zum Zeitpunkt der Vornahme der Investition vertraut hat.[105] Ob und unter welchen Gesichtspunkten auch generelle gesetzliche Vorgaben des Gaststaates solch eine Vertrauensgrundlage bilden können, ist jedoch strittig und bildet Gegenstand der Untersuchung dieser Arbeit.

- Die Erwartungen des Investors müssen ‚berechtigt' sein, weswegen den Investor eine gewisse Sorgfaltspflicht („*due diligence*") trifft.[106] Hierzu gehört, dass der ausländische Investor sich ausreichend Kenntnis über die Gesetzeslage sowie die politischen, sozioökonomischen, kulturellen sowie historischen Verhältnisse im Gaststaat verschaffen muss.[107]

- Der vom Investor begehrte Schutz seiner berechtigten Erwartungen auf gesetzliche Stabilität ist grundsätzlich mit im öffentlichen Interesse des Gaststaates vorgenommenen Gesetzesänderungen abzuwiegen.[108]

B. Die Erzeugung berechtigter Erwartungen durch das Verhalten des Gaststaates

a) Allgemeines

Wie bereits einleitend angemerkt wurde, haben berechtigte Erwartungen ausländischer Investoren ihre Grundlage stets in einem bestimmten vertrauenserzeugenden Verhalten des Gaststaates. Diese Erwartungen können nach der umfassenden Schiedspraxis von jeder staatlichen Entität erzeugt

[104] Siehe hierzu auch *Tudor*, Foreign Investment, S 166.

[105] *Duke Energy v. Ecuador*, Rz 340.

[106] *Biwater Gauff (Tanzania), Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award (18. Jul 2008) Rz 580, 639-643.

[107] *Duke Energy v. Ecuador*, Rz 340.

[108] *Saluka v. Czech Republic*, Rz 306; jedoch strittig beim Vorliegen von konkreten Zusicherungen, siehe Kap XI C e). Ferner ist bei gewissen besonders verpönten Verhaltensweisen des Gaststaates eine Verhältnismäßigkeitsabwägung von vorhinein ausgeschlossen, siehe etwa Kap XI E.

werden, wie etwa durch ein Ministerium[109], sonstige staatliche Behörden[110], den Gesetzgeber[111], staatseigene Unternehmen[112] oder den Präsidenten.[113]

Hinsichtlich des Schutzes berechtigter Erwartungen haben sich in der Schiedspraxis grob drei potentiell ‚vertrauenserzeugende' Handlungsformen des Staates herauskristallisiert: (i) vertragliche Vereinbarungen zwischen Staat und Investor, (ii) einseitige Äußerungen wie insbesondere konkrete Zusicherungen durch den Staat an den Investor und (iii) die Gesetzeslage als solche zum Zeitpunkt, an dem die Investition getätigt wurde.[114]

Diese Handlungsformen sollen nunmehr genauer dargestellt werden.

b) Verträge

Der Schutz berechtigter Erwartungen ausländischer Investoren kann zunächst seine Grundlage im Inhalt von mit dem Gaststaat abgeschlossenen vertraglichen Vereinbarungen haben[115]. Wie das Schiedsgericht in *Continental Casuality v. Argentina* betont hat, genießen Investoren, die ihre Erwartungen auf den Inhalt vertraglicher Vereinbarungen stützen, ein höheres Schutzniveau.[116] Verträge verkörpern den sorgsam verhandelten Ausgleich der entgegengesetzten Interessen der Vertragsparteien und legen dadurch die gemeinsame Vertrauensbasis fest.[117] *M. Potesta*[118] zufolge belegen Verträge den ersten Platz in der ‚Chronologie' der Grundlagen für die Erzeugung berechtigter Erwartungen. Ihmzufolge sei es geboten, bei der Prüfung der möglichen Erzeugung berechtigter Erwartungen zunächst die Inhalte der zwischen Gaststaat und Investor getroffenen vertraglichen Vereinbarungen zu prüfen. Erst in einem nächsten Schritt sei auf ‚außenliegende'

[109] siehe *Thunderbird v. Mexico,* Rz 59 hinsichtlich eines Schreibens des Innenministeriums; *Duke Energy v. Ecuador,* Rz 356 hinsichtlich der Erzeugung von berechtigten Erwartungen durch das Finanzministerium.
[110] *Glamis Gold v. USA,* Rz 654 hinsichtlich der Behörde für Raumnutzung.
[111] Siehe allgemein die Sachlage in den Schiedsverfahren in den ‚Argentinienfällen' Kap VII A a) sowie im Sektor der erneuerbaren Energien Kap X.
[112] Siehe hierzu *RREEF v. Spain*, Rz 95 zur Rolle des staatseigenen Unternehmens „*InvestInSpain*" im Zusammenhang mit der Anziehung ausländischer Investoren.
[113] *MTD Equity Sdn. Bhd. And MTD Chile S. A. v. Republic of Chile,* ICSID Case No. ARB/ 01/7, Award (25. May 2004), Rz 156 zur Rede des chilenischen Präsidenten bei einer Abendveranstaltung.
[114] *Hirsch*, Between Fair and Equitable Treatment and Stabilization Clause, 2.
[115] *M. Potesta,* Legitimate Expectations: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept, ICSID Review, Vol. 28, N. 1 (2013), 88 (100); siehe auch *L. Johnson/O. Volkov*, Investor-State Contracts, Host-State "Commitments" and the Myth of Stability in International Law, The American Review of International Arbitrations Vol. 24 N. 3 (2013) 361 (362, 376); siehe allgemein zu Verträgen zwischen Staaten und Privatpersonen *F.A. Mann*, State Contracts and State Responsibility, The American Journal of International Law, Vol. 54 Issue 3 (1960), 572.
[116] *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/03/9, Award (05. Sep 2008), Rz 261.
[117] *Potesta,* Legitimate Expectations, 103.
[118] *Potesta,* Legitimate Expectations, 103.

Bereiche wie einseitige Erklärungen des Gaststaates oder die Gesetzeslage als solche Bedacht zu nehmen.

Zu betonen ist jedoch, dass die Verletzung des Vertrauens auf den Inhalt eines zwischen Investor und Gaststaat abgeschlossenen Vertrages nicht in jedem Fall eine Verletzung der berechtigten Erwartungen iSd FET-Standards begründet. Es ist vielmehr zu prüfen, ob das vertragswidrige Verhalten des Gaststaates bloß eine ‚schlichte' Verletzung der vertraglichen Verpflichtungen darstellt oder ob durch dieses Verhalten überdies eine Verletzung des im Investitionsabkommen verankerten FET-Standards begründet wird. Nur in Fällen, wo diese Schwelle erreicht wird, kann sich der Investor im Falle von vertragswidrigen Maßnahmen des Gaststaates auf die Verletzung seiner berechtigten Erwartungen iSd FET-Standards berufen. Die Frage der Abgrenzung zwischen ‚bloßer' Vertragsverletzung und Verletzung des Investitionsabkommens ist kontrovers. Auf den Diskurs wird jedoch in dieser Arbeit nicht näher eingegangen[119]; dies vor dem Hintergrund, dass sich diese Arbeit der Untersuchung des Schutzes berechtigter Erwartungen abseits konkreter Zusicherungen oder vertraglicher Vereinbarungen widmet. Auszuführen ist, dass grundsätzlich angenommen wird, dass in Fällen, in denen der Gaststaat die vertragswidrige Maßnahme mit „*imperium"* setzt, von einer Verletzung des Investitionsabkommens auszugehen ist.[120]

i. Die Stabilisierungsklausel

Es besteht für ausländische Investoren die Möglichkeit, sich mit sog. Stabilisierungsklauseln vertraglich gegen die Folgen von nachteiligen Gesetzesänderungen absichern.[121] Dabei handelt es sich um Klauseln in zwischen Investor und Gaststaat abgeschlossenen Investitionsverträgen, die dem ausländischen Investor in einer bestimmten Form Stabilität zusichern. So kann sich beispielsweise der Gaststaat vertraglich dazu verpflichten, bestimmte Bereiche seiner

[119] *Hamamoto*, Protection of Investor's Legitimate Expectations, 15; es wird verlangt, dass zur ‚bloßen' Vertragsverletzung noch zusätzliche erschwerende Elemente hinzutreten, siehe hierzu *R. Jennings/A. Watts*, Oppenheim's International Law[9] (1992), 927; Das Schiedsgericht in *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award (11. Sep 2007), Rz 316 zeigt auf, dass unter Umständen auch eine besonders schwerwiegende Vertragsverletzung eine Verletzung des FET-Standards begründen kann.

[120] *Duke Energy v. Ecuador*, Rz 359; *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, Decision on Jurisdiction (22. Apr 2005), Rz 266ff.

[121] So wurde etwa in der Entscheidung *Duke Energy v. Peru* eine Vereinbarung zwischen Gaststaat und Investor geschlossen, wonach bestimmte steuerliche Änderungen nach Vornahme der Investition für das Investitionsvorhaben keine Auswirkungen haben sollen, siehe *Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. V. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/03/28, Award (18. Aug 2008), Rz 39f, 214ff; siehe auch *T. Wälde/G. Ndi*, Stabilizing International Investment Commitments: International Law versus Contract Interpretation, Texas International Law Journal, Vol. 31 (2), (1996), 215 (241). Freilich besteht die Absicherung nur gegen die nachteiligen Folgen von Gesetzesänderungen, da aufgrund der staatlichen Souveränität auch bei Abschluss von Stabilisierungsklauseln der Gaststaat seine Gesetze jederzeit ändern kann, siehe hierzu die Ausführungen in der nächsten Seite dieses Abschnittes.

Rechtsordnung ab einem festzulegenden Datum für die wirtschaftliche Laufzeit der Investition nicht zu ändern (sog. „*Freezing Clauses*“).[122] Darüber hinaus können auch Stabilisierungsklauseln vereinbart werden, die bestimmte Gesetze unanwendbar für das spezielle Investitionsprojekt machen (sog. „*Non-Application Clauses*“).[123] Es kann auch vorgesehen werden, dass Gesetzesänderungen in bestimmten Bereichen zwar vorgenommen werden dürfen, jedoch der dem Investor dadurch möglicherweise entstehende Schaden zu kompensieren ist.[124] Stabilisierungsklauseln dienen dem Investor somit in erster Linie dazu, möglichen Risiken im Fall von nachteiligen Gesetzesänderungen vorzubeugen.[125] Nach ständiger Schiedspraxis hindern derartige Klauseln jedoch den Gaststaat, aufgrund seiner staatlichen Souveränität, nicht daran, die Gesetzeslage entgegen dem Inhalt der Stabilisierungsklausel dennoch zu ändern. In so einem Fall macht sich der Gaststaat jedoch gegenüber dem Investor schadenersatzpflichtig.[126]

Hervorzuheben ist überdies, dass Stabilisierungsklauseln das Ergebnis von Vertragsverhandlungen zwischen Investor und Staat sind und dem Investor einen Schutz bieten sollen, der über den gewöhnlichen Schutz unter dem FET-Standard hinausgeht.[127] Hierzu betont das Schiedsgericht in *EDF v. Romania*[128], dass der FET-Standard nicht denselben Schutz wie eine zwischen Investor und Gaststaat ausgehandelte Stabilisierungsklausel liefern könne. Demnach ist auch festzuhalten, dass abseits der Vereinbarung einer derartigen Stabilisierungsklausel das reine Vertrauen des Investors auf die Stabilität der Gesetzeslage ohne zusätzliche vertrauenserzeugende Faktoren nicht

[122] *Total S. A. v. Argentina*, Rz 101; *M. Besch*, Typical Questions Arising with Negotiation in M. Bungenberg/J. Griebel/S. Hobe/A. Reinisch (Hrsg.), International Investment Law – A Handbook (2015), Rz 39f; *Dolzer/Kriebaum/Schreuer*, Principles of International Investment Law, 126.

[123] *Besch*, Questions Arising with Negotiation, Rz 50; siehe hierzu auch *Dolzer/Kriebaum/Schreuer*, Principles of International Law, 127 unter Verweis auf die Entscheidung *AGIP v. Congo* (AGIP S.p.A. v. People`s Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/77/1, Award (30. Nov 1979)).

[124] *Hirsch*, Fair and Equitable Treatment and Stabilization Clause, 5.

[125] *Besch*, Questions Arising with Negotiation, Rz 35.

[126] *Tietje,* Internationales Investitionsschutzrecht i Spannungsverhältnis, 12; siehe auch *Texaco Overseas Petroleum Company v. The Government of the Libyan Arab Republic,* Ad Hoc Award (19.Jan 1977), https://www.trans-lex.org/261700/_/texaco-overseas-petroleum-company-v-the-government-of-the-libyan-arab-republic-yca-1979-at-177-et-seq- (zuletzt abgerufen am 02.07.2022), worin der Gaststaat einen Bruch der vereinbarten Stabilisierungsklausel begangen hat. Hierbei wurde folgendes festgehalten: „*The arbitrator considered that Libya had undertaken specific commitments which could not be disregarded by the nationalization measures. The arbitrator referred here to the fact that Libya had granted a concession of a minimum duration of 50 years, and to the stabilization clause (clause 16, see under I Facts above). This provision does not, in principle, impair the sovereignty of the Libyan State to legislate in the field of petroleum activities in respect of other persons*.“

[127] *E. Snodgrass*, Protecting Investors' Legitimate Expectations – Recognizing and Delimiting a General Principle, 21 ICSID Review – FILJ, Vol. 21, Issue 1 (2006), 1 (38); siehe hierzu auch *Diehl,* The Core Standard of International Investment Protection, 401f: „*The protection arising from stabilization clauses results from the individual bargain with the State. Taking this into consideration, it would be surprising if the concept of protection of legitimate expectations effectively provided to all investors the protection that some have won through a bargained-for-exchange.*“

[128] *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Award (08. Oct 2009), Rz 218.

schützenswert ist. Treffend hat hierzu das Schiedsgericht in *AES v. Hungary*[129] festgehalten: „*The framework (..) is not a stability clause"*. Der ausländische Investor kann daher grundsätzlich – abseits derartiger Stabilisierungsklauseln – lediglich beim Vorliegen von zusätzlichen Faktoren, wie insbesondere vom Gaststaat erteilten konkreten Zusicherungen hinsichtlich der Stabilität bestimmter gesetzlicher Vorgaben, darauf vertrauen, dass sich die gesetzlichen Rahmenbedingungen nicht zu seinem Nachteil ändern werden.[130]

c) Einseitige Äußerungen des Gaststaates

Oftmals bilden an den Investor im Zeitpunkt der Vornahme der Investition erteilte Zusicherungen oder Äußerungen eine Vertrauensgrundlage.[131] Diese einseitigen Äußerungen können sehr vielseitig auftreten. Grundsätzlich führen individuelle, an einen konkreten Investor erteilte Zusicherungen, zu einem starken Vertrauensschutz.[132] Derartige Zusicherungen stellen beispielsweise mündlich oder in Schriftform erteilte Zusagen an den Investor mit dem Inhalt dar, dass sich bestimmte gesetzliche Vorgaben nicht nachteilig ändern[133] bzw bestimmte Entschädigungen gewährt werden.[134] Auch verschiedene Formen von Akten der staatlichen Verwaltung wie die Erteilung von Lizenzen oder Genehmigungen bilden regelmäßig die Grundlage für die Erzeugung berechtigter Erwartungen des Investors.[135] Gleichauf kann auch ein vom Gaststaat in Auftrag gegebenes Rechtsgutachten, auf das der Investor sein Vertrauen begründet, eine Grundlage berechtigter Erwartungen bilden.[136]

Das Schiedsgericht in *Continental v. Argentina*[137] hat eine Reihe von Faktoren aufgezeigt, die darüber Aufschluss gegeben können, welche Form von einseitigen Äußerungen des Staates als Grundlage berechtigter Erwartungen dienen können. So hat das Schiedsgericht betont, dass politische Äußerungen den geringsten rechtlichen Gehalt aufweisen würden. Auch erzeugen in Gesetzen enthaltene ‚Zusicherungen' nach Auffassung des Schiedsgerichtes lediglich verminderte Erwartungen; dies insbesondere in Fällen, in denen ein internationaler Großinvestor in einem

[129] *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22, Award (23. Sep 2010), Rz 9.3.29.
[130] Siehe hierzu näher das Folgekapitel.
[131] Siehe hierzu die Judikaturanalyse in Kap VII A.
[132] *Paparinskis*, The International Minimum Standard, 258.
[133] *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Award (08.Oct 2009), Rz 217.
[134] *Kardassopoulos v. Georgia,* Rz 438f, 441.
[135] Siehe Kap VII A a) i und iv; Lizenzen werden wohl als vertragliche Verpflichtungen gemäß Punkt b) dieses Kapitels einzustufen sein. Siehe auch *Hirsch*, FET and Stabilization Clause, 2 zur Differenzierung von vertraglichen und ‚quasi' vertraglichen Vereinbarungen.
[136] *Newcombe/Paradell*, Law and Practice of Investment Treaties, 280.
[137] *Contininental v. Argentina*, Rz 261.

Umfeld investiert, in dem das politische Risiko als hoch einzustufen ist. Schließlich sei es Gesetzen naturgemäß inhärent, dass sich diese zukünftig ändern können.[138] Strittig in diesem Zusammenhang ist die Frage, ob und inwiefern generelle gesetzliche Vorgaben als schützenswerte ‚Zusicherungen' eingestuft werden können.[139]

i. Die ‚konkrete' Zusicherung

Es kann nicht jedwede einseitige, gegenüber dem ausländischen Investor vorgenommene, Zusage des Gaststaates Grundlage berechtigter Erwartungen bilden. Vielmehr wurde durch Schiedsgerichte wiederholt judiziert, dass es für die Erzeugung berechtigter Erwartungen erforderlich ist, dass diese Zusicherung ein gewisses Maß an Spezifität und Eindeutigkeit aufweisen muss[140]. Diesbezüglich hat etwa das Schiedsgericht in *Feldman v. Mexico* solch eine vertrauenserzeugende Zusicherung als "*definitive, unambiguous and repeated*"[141] charakterisiert.

Das Schiedsgericht in *Total S. A. v. Argentina* führte hierzu aus:

„*The more specific the declaration to the addressee(s), the more credible the claim that such an addressee (the foreign investor concerned) was entitled to rely on it for the future in a context of reciprocal trust and good faith.*"[142]

Darüber hinaus wurde wiederholt judiziert, dass es ein Wesensmerkmal solch einer konkreten Zusicherung ist, dass dem Investor mit der Zusicherung aktiv ein Anreiz zur Vornahme der Investition gegeben wird.[143]

Im Zusammenhang mit der erforderlichen Spezifität der Zusicherung stellt sich die Frage, ob es für die Erzeugung berechtigter Erwartungen erforderlich ist, dass die Zusicherung stets an einen

---

[138] *Contininental v. Argentina*, Rz 261.

[139] Siehe hierzu *9REN Holding S.a.r.l v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/15, Award (31. May 2019), Rz 14, 307; siehe näheres unter Kap XI I.

[140] *Potesta*, Legitimate Expectations in Investment Treaty Law, 106; *Newcombe/Paradell*, Law and Practice of Investment Treaties, 281; *Total S. A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. Arb/04/01, Decision on Liability (27. Dec 2010), Rz 312f; *Snodgrass*, Protecting Investors' Legitimate Expectations, 39; als solch konkrete Zusicherungen sind erstranging bestimmte Zusagen, Versprechen und Äußerungen des Gaststaates an den Investor zu verstehen, siehe hierzu *M. Meier*, Specific State Representations as a Source of Legitimate Expectations under International Investment Law (2016), 15.

[141] *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States,* ICSID Case No ARB(AF)/99/1, Award (16. Dec 2002) Rz 148 unter Verweis auf *Metaclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award (30. Aug 2000) Rz 28-41; *Costamagna*, Protecting Foreign Investments in Public Services: Regulatory Stability at any cost? 7.

[142] *Total S. A. v. Argentina*, Rz 122.

[143] *Glamis Gold v. USA,* Rz 799.

individuell bestimmten Investor gerichtet sein muss. Fraglich ist sohin, ob für die Erzeugung berechtigter Erwartungen stets eine individuelle Adressierung vorliegen muss. Hierzu führt etwa *E. Snodgrass*[144] aus, dass es für die Erzeugung berechtigter Erwartungen erforderlich oder zumindest zuträglicher sei, dass das vermeintlich vertrauenserzeugende Verhalten des Gaststaates an eine individuelle Person oder eine kleine Gruppe von Personen gerichtet sei; dies anstelle von Erklärungen generellerer Natur. Die Autorin sieht in der Voraussetzung, dass die Erwartungen des Investors auf individualisierten Akten der Verwaltung fußen müssen, eine angemessene Beschränkung des Schutzes berechtigter Erwartungen[145]. Auch *A. Newcombe/L. Paradell*[146] betonen, dass die staatliche Maßnahme für die Einordnung als vertrauenserzeugende konkrete Zusicherung auf eine spezifische Person oder identifizierbare Gruppe abzielen müsse.

Die Frage, ob stets solch eine konkrete Zusicherung für die Begründung berechtigter Erwartungen auf stabile gesetzliche Vorgaben erforderlich ist und ob gegebenenfalls die gesetzlichen Vorgaben des Gaststaates selbst unter gewissen Umständen als konkrete Zusicherungen eingestuft werden können, stellt einen Schwerpunkt der Untersuchung dieser Arbeit dar und wird in weiterer Folge noch einer umfassenden Analyse unterworfen.

d) Die Gesetzeslage als solche

Allgemein gilt, dass das reine Vertrauen des Investors dahingehend, dass sich die zum Zeitpunkt der Vornahme der Investition gegebene Gesetzeslage zukünftig nicht ändern wird, grundsätzlich nicht schützenswert ist.[147] Diese Annahme würde schließlich zu demselben Ergebnis wie im Fall einer gesondert ausverhandelten Stabilisierungsklausel führen.[148]

---

[144] *E. Snodgrass*, Protecting Investors' Legitimate Expectations, 36.

[145] Wie auch *Hamamoto* (Protection of Investor's Legitimate Expectations, 153) aufgezeigt hat, haben Schiedsgerichte in zahlreichen Fällen die Klage ausländischer Investoren mangels Vorliegens von konkreten Zusicherungen abgewiesen.

[146] *A. Newcombe/L. Paradell*, Law and Practice of Investment Treaties, 281.

[147] Siehe *Saluka v. Czech Republic*, Rz 305.

[148] *Hirsch,* FET and Stability clause, 9 zeigt hier auf, dass ein Vertrauen auf die Beständigkeit der Gesetzeslage des Gaststaates abseits zusätzlicher entsprechender Zusicherungen nicht zu bejahen sei, da dies zu dem gleichen Ergebnis wie beim Vorliegen einer Stabilisierungsklausel führen würde. Es sei nach *Hirsch* etwa unter Verweis auf die Entscheidung *PSEG v. Turkey* nur dann von einem Vertrauensschutz auf die Gesetzeslage als solche auszugehen, wenn zusätzliche erschwerende Elemente wie etwa Amtsmissbrauch seitens der staatlichen Behörden oder eine nicht nachvollziehbare Endlosspirale an Gesetzesänderungen („*Roaller coaster effect*") hinzutrete. Anzumerken ist, dass eine allgemeine Gültigkeit des durch das Schiedsgericht in *PSEG v. Turkey* festgestellten „roller-coaster"-Effektes insbesondere abseits des konkreten BIT anzuzweifeln ist, wie dies das Schiedsgericht in *Blusun v. Italy*, Rz 315 thematisiert hat.

Strittig ist jedoch, unter welchen Umständen der Investor ‚berechtigt' darauf vertrauen darf, dass sich die Gesetzeslage nach der Vornahme der Investition nicht nachteilig ändern wird. Fraglich ist solch ein Vertrauensschutz insbesondere dann, wenn seitens des Gaststaates keine konkreten Zusicherungen im Hinblick auf die Beständigkeit der gesetzlichen Vorgaben abgegeben oder Vereinbarungen in Form von Stabilisierungsklauseln[149] getroffen wurden.

Treffend hat *Paine*[150] hierzu festgehalten:

„*One of the most controversial aspects of the FET standard concerns the degree to which it imposes a requirement of stability in the legal and regulatory system of the host state.*"[151]

Bei gesetzlichen Vorgaben muss jedoch im Hinblick auf die Vertrauensgrundlage klar unterschieden werden. Es ist zu differenzieren, ob konkrete Zusicherungen, die die Stabilität bestimmter gesetzlicher Vorgaben zusichern oder ob die Gesetze *selbst* (etwa aufgrund des spezifischen Regelungsinhaltes) als Grundlage der berechtigten Erwartungen angesehen werden.[152] Die insbesondere im älteren Schrifttum sowie der älteren Schiedspraxis regelmäßig zu findende Aussage, wonach Gesetze die Grundlage berechtigter Erwartungen darstellen können, ist daher unter diesem Gesichtspunkt zu betrachten. Insbesondere in älteren Schiedsentscheidungen wurde hierbei regelmäßig die Auffassung vertreten, dass Gesetze selbst Quelle berechtigter Erwartungen ausländischer Investoren sein können, wobei dies oftmals ohne nähere Beleuchtung der dogmatischen Grundlage angenommen wurde.[153]

So hob etwa das Schiedsgericht in *Binder v. Czech Republic* hervor:

„*What the investor may legitimately expect must be evaluated in the light of all circumstances in each given case. The expectations may relate not only to the existing contractual or other relations*

[149] Zu den allgemeinen Merkmalen von Stabilisierungsklauseln siehe näher Vorabschnitt b) i dieses Kapitels.
[150] *Paine*, On Investment Law and Questions of Change, 186.
[151] Auch *F. Ortino* (The Obligation of Regulatory Stability in the Fair and Equitable Treatment Standard: How far have we come? Journal of International Economic Law (2018), 21, 845 (846) zeigt in seinem Artikel aus dem Jahr 2018 auf, dass die Frage, inwiefern der FET-Standard abseits des Vorliegens von Stabilisierungsklauseln Gesetzesänderungen zum Nachteil des Investors untersagt, bei weitem nicht geklärt ist; siehe auch *M. Stanivuković,* Legitimate expectations: A commentary of Micula v. Romania, Jahrbuch International Arbitration (2017), 165 (178).
[152] *Paparinskis*, The International Minimum Standard, 257f; *Schreuer/Kriebaum*, At what Time must Legitime Expactations Exist, 8: „*Expectations can be created through the general regulatory prevalent in a country. Expectations can also be created through specific transactions or governmental assurances. In some cases the expectations stemmed from the general regulatory framework as well as specific commitments contained in licences*"; diese Problematik der nicht näheren Differenzierung der eigentlichen Vertrauensgrundlage durch die Schiedsgerichte zeigt sich insbesondere bei den ‚Argentinienfällen', siehe näher Kap VII A a).
[153] Siehe die in Kap VII aufgezeigte Judikaturanalyse.

between the investor and the host state, ***but may also concern the general legal framework*** *in the host state."* [154]

Gleichermaßen heißt es *in Frontier v. Czech Republic*:

„*Stability means that the investor's legitimate expectations based on this legal framework* ***and on any*** *undertakings and representations made explicitly or implicitly by the host state will be protected.* ***The investor may rely on that legal framework as well as on representations and undertakings made by the host state including those in legislation, treaties, decrees, licenses, and contracts****. Consequently, an arbitrary reversal of such undertakings will constitute a violation of fair and equitable treatment.*" [155]

Als problematisch erweist sich in diesem Zusammenhang auch der wiederholt herangezogene ‚Stehsatz' einer *UNCTAD-Studie* aus 2012[156]: :

„*Arbitral decisions suggest in this regard that an investor may derive legitimate expectations either from (a) specific commitments addressed to it personally, for example, in the form of a stabilization clause, or* ***(b) rules that are not specifically addressed to a particular investor but which are put in place with a specific aim to induce foreign investments and on which the foreign investor relied in making his investment****.*"[157]

Die Problematik dieses ‚Stehsatzes' der *UNCTAD*-Studie besteht darin, dass dieser Ausführungen bei näherer Betrachtung auf Entscheidungen fußen, bei denen ein Vertrauensschutz auf gesetzliche Vorgaben abseits konkreter Zusicherungen gar nicht bejaht wurde. Hierauf wird in Kapitel XI J noch näher eingegangen.

i. Vorausschau: Gesetze als ‚konkrete Zusicherungen'?

Wie bereits aufgezeigt wurde, können berechtigte Erwartungen ihre Grundlage neben Verträgen in einseitigen Erklärungen des Gaststaates an den Investor und – unter gewissen Umständen – den

[154] *Rupert Joseph Binder v. Czech Republic,* UNCITRAL, Final Award (15. Jul 2011), Rz 433 (Hervorhebung durch den Autor).
[155] *Frontier Petroleum Services Ltd. v. The Czech Republic*, Final Award (12. Nov 2010), Rz 285 (Hervorhebung durch den Autor).
[156] Siehe hinsichtlich der (abweichenden) Auffassung von Schiedsrichter Gary Born in Kap XI K. Auch das Schiedsgericht in *9REN v. Spain,* Rz 215 nimmt in seiner Beurteilung, wonach die Dekrete, obgleich generelle gesetzliche Vorgaben, als konkrete Zusicherungen einzustufen sind, auf diesen ‚Stehsatz' Bezug.
[157] *UNCTAD*, FET a Sequel, 69 (Hervorhebung durch den Autor).

Gesetzen selbst haben.[158] In diesem Zusammenhang ist strittig, ob und inwiefern die im Gaststaat zum Zeitpunkt der Vornahme der Investition vorliegenden gesetzlichen Bestimmungen – etwa aufgrund ihres spezifischen Inhaltes – als vertrauenserzeugende ‚Zusicherungen' eingestuft werden können. Diese Frage wurde bis dato weder in der Schiedspraxis noch der Lehre einheitlich beantwortet. Zur Veranschaulichung der Diskrepanz soll auszugsweise auf die jüngst ergangenen Entscheidungen *9REN v. Spain*[159] und *BayWa v. Spain*[160] verwiesen werden. In dem den beiden Entscheidungen zugrunde liegenden Sachverhalt wurden gesetzliche Bestimmungen in Form von Dekreten, die günstige Förderungsvorgaben für Investitionen in erneuerbare Energien enthalten haben, zum Nachteil der ausländischen Investoren nach Vornahme der Investitionen abgeändert. Das Schiedsgericht in *BayWa v. Spain*[161] führte in seiner rechtlichen Beurteilung aus, dass keine konkreten Zusicherungen an den Investor erteilt worden seien. Die Erzeugung berechtigter Erwartungen auf die in den gegenständlichen Dekreten enthaltenen Vorgaben wurde seitens des Schiedsgerichts jedoch trotzdem bejaht. Das Schiedsgericht in *9REN v. Spain*[162] vertrat wiederum den Standpunkt, dass die Vorgaben im gegenständlichen Dekret *selbst* als konkrete Zusicherungen einzustufen seien. Bezugnehmend auf diese Entscheidung führte das Schiedsgericht in der jüngeren der beiden Entscheidungen (*BayWa v. Spain*) aus, dass seitens *9REN v. Spain* ein ‚anderer Ansatz' zur Beurteilung der Frage des Schutzes berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität gewählt worden sei[163], ohne dies jedoch näher zu erläutern.

Die Untersuchung der Frage, ob generelle abstrakte Normen als konkrete Zusicherungen und daher als Grundlage für berechtigte Erwartungen eingestuft werden können, bildet eines der Hauptanliegen dieser Untersuchung. Die Klärung dieser Frage ist nicht nur im Hinblick auf die Schiedspraxis unter dem ‚herkömmlichen' vagen FET-Standard von Bedeutung, sondern auch im Zusammenhang mit der Auslegung des FET-Standards in den jüngeren Investitionsabkommen. Schließlich wird in einigen dieser Abkommen der Schutz berechtigter Erwartungen ausdrücklich

[158] Siehe hierzu bereits Abschnitt c) dieses Kapitels.
[159] *9REN v. Spain*, Rz 215.
[160] *BayWa r.e. Renewable Energy GmbH and BayWa r.e. Asset Holding GmbH v. Spain*, ICSID Case No. ARB/15/16, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum (02. Dec 2019).
[161] *BayWa v. Spain*, Rz 463; ebenfalls die Notwendigkeit einer konkreten Zusicherung für die Erzeugung berechtigter Erwartungen auf stabile gesetzliche Vorgaben verneinend das Schiedsgericht in *Cube Infrastructure Fund SICAV and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/20, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum (26. Jun 2019), Rz 388.
[162] *9REN v. Spain*, Rz 292, 294.
[163] *BayWa v. Spain*, Rz 475.

vom Vorliegen einer ‚konkreten Zusicherung' abhängig gemacht.[164] Sollten gesetzliche Vorgaben selbst nicht unter gewissen Umständen als solch ‚konkrete Zusicherungen' eingeordnet werden können, würde dies insbesondere im Anwendungsbereich dieser jüngeren Freihandelsabkommen zu einer erheblichen Beschränkung des Schutzes berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität führen.

C. Die Erzeugung berechtigter Erwartungen als ‚Veranlassung' durch den Gaststaat

Wie aufgezeigt wurde, haben berechtigte Erwartungen des Investors ihre Grundlage stets in einem dem Gaststaat zurechenbaren Verhalten.[165] Dieses Verhalten muss beim Investor zur Erzeugung eines bestimmten Vertrauens führen.[166] Dass der Staat ein bestimmtes, ihm zurechenbares Verhalten setzen muss, um beim Investor berechtigte Erwartungen zu erzeugen, wird allgemeinhin keine Schwierigkeiten bereiten.[167] Gleiches gilt für den Umstand, dass ein dem Staat zurechenbares Verhalten letztendlich zum Schaden für den ausländischen Investor aufgrund der Verletzung dieses Vertrauens führen muss.[168] Es ist jedoch darauf Bedacht zu nehmen, dass die Verletzung berechtigter Erwartungen nur bei einer ‚doppelten' Kausalität zu bejahen ist. Einerseits müssen die vom Gaststaat gesetzten Maßnahmen, etwa in Form von Zusicherungen oder bestimmten gesetzlichen Vorgaben, den Investor zur Vornahme der Investition bewogen haben[169] und überdies muss von diesen erteilten Zusicherungen nachträglich zum Schaden des Investors abgegangen bzw.

---

[164] Siehe etwa Art 2.4. Abs 3 des Kapitel 2 des Investitionsschutzkapitels im EU Singapore Free Trade Agreement ("EU-Singapore FTA"): „*In determining whether the fair and equitable treatment obligation, as set out in paragraph 2, has been breached, a Tribunal may take into account, where applicable, whether a Party made* ***specific or unambiguous representations*** *to an investor so as to induce the investment, that created legitimate expectations of a covered investor and which were reasonably relied upon by the covered investor, but that the Party subsequently frustrated*" (Hervorhebung durch den Autor), https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/singapore/eu-singapore-agreement/texts-agreements_en(zuletzt abgerufen am 03.07.2022); zur Textierung des Schutzes berechtigter Erwartungen in den jüngeren Vertragstexten siehe Kap VIII B.

[165] Siehe hierzu auch *Tudor*, Law of Foreign Investment, 167; das Verhalten muss durch eine dem Staat zurechenbare Entität gesetzt werden, weshalb das Handeln privater Akteure grundsätzlich zu keiner Erzeugung berechtigter Erwartungen führen kann, siehe *Hamamoto*, Protection of Legitimate Expectations, 145; zum Spezifikum im Fall von staatsnahen Unternehmen siehe *Duke Energy v. Ecudor*, Rz 359f.

[166] Daher können bestimmte Dokumente oder andere Informationen, die der Investor zum Zeitpunkt der Vornahme der Investition (noch) nicht kannte, nicht nachträglich durch den Investor für die Begründung berechtigter Erwartungen herangezogen werden, siehe hierzu *Wirtgen v. Czech Republic*, Rz 423.

[167] *Tudor,* Law of Foreign Investment, 157.

[168] *Tudor*, Law of Foreign Investment, 157.

[169] Siehe *Glamis Gold v. USA*, Rz 637: „*Such a breach may be exhibited … or the creation by the State of objective expectations in order to induce investment and the subsequent repudiation of those expectations*". Hier ist nochmals auf die Entscheidung *Kardassopoulos v. Georgia,* Rz 438f, 441 zu verweisen, wo das Abgehen des Gaststaates von *nach* Vornahme der Investition getätigten konkreten Zusicherungen zu einer Verletzung der berechtigten Erwartungen des Investors geführt hat, siehe hierzu Kap III D.

diese Gesetze nachträglich nachteilig abgeändert werden.[170] Diesem Kausalitätserfordernis ist es geschuldet, dass sich der Investor nicht auf spätere nachteilige Änderungen von Gesetzen berufen kann, auf die er sein Vertrauen bei Vornahme der Investition nicht begründet hat.[171] In zahlreichen der jüngeren Vertragstexte wird die geforderte Kausalität für die Erzeugung berechtigter Erwartungen ausdrücklich normiert.[172] So wird regelmäßig ausdrücklich darauf abgestellt, dass berechtigte Erwartungen durch eine konkrete Zusicherung des Gaststaates tatsächlich erzeugt wurden und der Investor darauf auch tatsächlich vertraut hat. So heißt es auszugsweise in Art 8.10 Abs 4 CETA:

„*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***.“[173]

Fraglich ist jedoch, wann von einer kausalen Veranlassung zur Vornahme der Investition durch Maßnahmen des Gaststaates gesprochen werden kann. Unstrittig ist, dass eine konkrete an den Investor erteilte Zusicherung, in der der Gaststaat dem Investor bestimmte Begünstigungen oder Förderungen iZm dem (geplanten) Investitionsvorhaben zusichert, als solch eine kausale Veranlassung anzusehen sein wird.[174] Bei gesetzlichen Vorgaben ohne darauf bezugnehmende

[170] Siehe *Tudor*, Law of Foreign Investment, 156; siehe hierzu die kritischen Auszuführen zur bisherigen Schiedsjudikatur *Suez v. Argentina*, Rz 226; zur Kausalität siehe auch *Gami v. Mexico*, Rz 110; zur Kausalität von Staatshandeln und der damit einhergehenden Verletzung völkerrechtlicher Pflichten siehe ferner *J. Crawford/S. Olleson*, The Application of the Rules of State Responsibility in M. *Bungenberg/*J. *Griebel/S. Hobe/*A. *Reinisch* (Hrsg.), International Investment Law – A Handbook (2015), Rz 31.

[171] Als Erscheinungsform dieser geforderten Kausalität kann die seitens des Schiedsgerichtes in *PV Investors v. Spain,* Rz 615 geforderte Verbindung zwischen der Zusicherung und den bezughabenden gesetzlichen Vorgaben verstanden werden. Das Schiedsgericht fordert, dass die Zusicherung, auf die sich der Investor beruft, ausdrücklich festlegen muss, dass sich bestimmte Gesetze nicht nachteilig ändern werden. Dieses Erfordernis sei nicht erfüllt, wenn eine Zusicherung zu allgemein gehalten ist respektive lediglich das wiedergibt, was ohnedies bereits im Gesetz steht. Zum selben Ergebnis gelangt das Schiedsgericht in *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH, and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/1, Award (02. Dec 2019), Rz 287 und hält zu den Dokumenten, die im Hinblick auf die Kampagne „*InvestInSpain*“ an die Investoren übermittelt wurden fest: „*It is clear that an investor cannot reasonably rely on PowerPoint presentations from Spanish agencies with no regulatory powers to base their expectations in relation to the legal regime for investments in Spain. Legitimate expectations must be grounded in the law and not based upon promotional literature about what the law says.*“; auch seitens des Schiedsgerichtes in *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Spain*, ICSID Case No. ARB/14/1, Award (16. May 2018), Rz 509 wurde unter Verweis auf *Charanne v. Spain* festgehalten, dass bestimmte vom Gaststaat an Investoren übermittelten Dokumente, auch wenn diese der Anziehung der Investoren gedient haben, für sich alleine nicht als konkrete Zusicherungen eingestuft werden können, wenn in diesen Unterlagen lediglich die Gesetzeslage wiedergegeben wird und keine darüber hinausgehenden Zusicherungen im Hinblick auf die Stabilität der gesetzlichen Rahmenbedingen enthalten sind.

[172] Siehe Art 3 Abs 4 TTIP; Art 2.4. Abs 3 EU-Singapore FTA; Art 2.5 Abs 4 EU-Vietnam FTA, siehe Kap VIII.

[173] Hervorhebung durch den Autor; siehe auch Kap VIII zu den jüngeren Vertragstexten.

[174] Siehe zur konkreten Zusicherung näher in Abschnitt B c) i dieses Kapitels.

konkrete Zusicherungen ist diese Frage jedoch nicht leicht zu beantworten.[175] Auszugsweise soll hier noch auf die Feststellungen in *Continental v. Argentina*[176] verwiesen werden. In diesem Verfahren unterschied das Schiedsgericht zutreffend zwischen ‚direkter' und ‚konkret nachteiliger' Betroffenheit des Investors von einer Gesetzesänderung durch den Gaststaates. Eine ‚direkte' Betroffenheit sei nach Ansicht des Schiedsgerichtes bei jeglicher Maßnahme zu erblicken, die für den Investor nachteilig spürbar ist, weshalb ‚direkt' nicht als Synonym für ‚konkret' verstanden werden könne. Auch daraus ergibt sich, dass nicht jede staatliche Maßnahme, die das Investitionsvorhaben tangiert, zu einer Verletzung des FET-Standards führt.

Das Erfordernis einer gewissen Schwelle der Veranlassung zur Vornahme der Investition durch Maßnahmen des Gaststaates stellt überdies eine Erklärung für vertrauenserzeugende Wirkung von konkreten Zusicherungen dar. Schließlich ist bei konkreten, an den Investor gerichteten Zusicherungen der Kausalitätsnachweis, wonach der Investor gerade im Vertrauen dieser Zusicherungen investiert hat, leichter zu erbringen als dies bei der ‚schlichten' Gesetzeslage im Gaststaat ohne darauf bezughabende Zusicherungen der Fall ist.

D. Die Erzeugung berechtigter Erwartungen: ein subjektiv-objektiver Standard?

Da nicht sämtliche Erwartungen des ausländischen Investors als berechtigte Erwartungen iSd des FET-Standards einzustufen sind[177], gilt es zu prüfen, welche subjektiven und/oder objektiven Elemente für das Vorliegen von berechtigten Erwartungen gegeben sein müssen.[178]

Das Schiedsgericht in *Charanne v. Spain* hat hierzu festgehalten:

---

[175] In diesem Zusammenhang stellte sich auch die Frage, ob ein Gesetz des Gaststaates als kausale staatliche ‚Zusicherung' eingestuft werden kann. Siehe hierzu auch die Gleichschaltung zwischen einem weiter gefassten „Verhalten" („*conduct*") und einer enger gefassten „Zusicherung" („*representation*") für die Erzeugung berechtigter Erwartungen in *Waste Management (II) v. Mexico*, Rz 98. Das Schiedsgericht hält hier fest: „*The search here is for the Article 1105 standard of review, and it is not necessary to consider the specific results reached in the cases discussed above. But as this survey shows, despite certain differences of emphasis a general standard for Article 1105 is emerging. Taken together, the S. D. Myers, Mondev, ADF and Loewen cases suggest that the minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by* ***conduct*** *attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety – as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in an administrative process.* ***In applying this standard it is relevant that the treatment is in breach of representations*** *made by the host State which were reasonably relied on by the claimant.*" (Hervorhebung durch den Autor).

[176] *Continental v. Argentina*, Rz 48.

[177] Das ergibt sich bereits aus dem Terminus ‚berechtigte Erwartungen'.

[178] Zur Beurteilung der objektiven Eignung der Gesetzesvorgaben für die Erzeugung berechtigter Erwartungen auch abseits konkreter Zusicherungen siehe *Novenergia v. Spain* bei Kap X C e).

„*The determination of whether the investor's legitimate expectations have been defeated must be based on an objective standard or analysis. The mere subjective belief that the investor could have had at the time of making the investment does not suffice. Similarly, the application of this principle depends on whether the expectation has been reasonable or not in the specific case. In this regard, the representations that may have been presented by the host State to encourage the investment are relevant.*"[179]

Es ist somit nicht darauf abzustellen, ob der Investor nach seinen subjektiven Erwartungen von einer Stabilität der gesetzlichen Rahmenbedingungen ausgegangen ist. Vielmehr ist nach objektiven Gesichtspunkten anhand der Faktenlage des Falls zu prüfen, ob der Investor berechtigterweise derartige Erwartungen haben konnte.[180] Das Schiedsgericht in *SolEs Badajoz v. Spain*[181] stellte in diesem Zusammenhang auf die Maßfigur eines hypothetischen umsichtigen Investors ab. *Pandya/Moody*[182] betonen treffend, dass das Abstellen auf die subjektiven Erwartungen des Investors allein nicht sachgerecht wäre, da der Staat regelmäßig über die Details des Investitionsvorhabens, wie etwa die Planung, nicht in Kenntnis sei. Es sei daher der Ansicht *Pandya/Moody* folgend nicht sachgerecht, wenn der Gaststaat für solche, bloß beim Investor vorhandenen Erwartungen haften müsste. Anderes wird hier wohl gelten, wenn die subjektiven Erwartungen dem Gaststaat hinreichend durch den Investor vor Vornahme der Investition offengelegt werden und der Gaststaat bezugnehmend auf diese Erwartungen Zusicherungen erteilt.

Bei der Beurteilung des Vorliegens von berechtigten Erwartungen sind jedoch subjektive Umstände auf Seiten des Investors nicht gänzlich auszuklammern. Schließlich wird gefordert, dass der Investor über die Informationen, auf welche er seine berechtigten Erwartungen stützt, wie etwa bestimmte, das Investitionsvorhaben betreffende, Dokumente, bei Vornahme der Investition positive Kenntnis hatte[183]. In *Electrabel v. Hungary*[184] hat das Schiedsgericht hervorgehoben, dass

[179] *Charanne and Construction Investments v. Spain*, SCC Case No. V 062/2012, Award (21. Jun 2016), Rz 495.

[180] *Dolzer/Kriebaum/Schreuer*, Principles of International Investment Law, 209.

[181] *SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/38, Award (31. Sep 2019), Rz 331.

[182] *Pandya/Moody*, Legitimate Expectations An Unclear Future, 18.

[183] *Invesmart v. Czech Republic*, Rz 253; vgl *Jürgen Wirtgen, Stefan Wirtgen, Gisela Wirtgen and JSW Solar (zwei) GmbH & Co. KG v. Czech Republic*, PCA Case No. 2014-03, Final Award (11. Oct 2017), Rz 421, 423, wo das Schiedsgericht ausgeführt hat, dass der Kläger nicht behauptet hat, dass er die vermeintlich vertrauenserzeugenden Dokumente vor der Tätigung der Investition geprüft bzw. auf deren Inhalt vertraut hat. Es seien – nach Ansicht des Schiedsgerichtes – stets die berechtigten Erwartungen zum Zeitpunkt der Vornahme der Investition relevant. Unter Verweis auf die Feststellungen in *Invesmart v. Czech Republic* führt das Schiedsgericht daher aus, dass der Investor seine Erwartungen nicht auf Basis solcher Dokumente begründen kann, die er zum Zeitpunkt der Tätigung der Investition nicht kannte.

[184] *Electrabel S. A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Award (25. Nov 2015), Rz 7.78.

die Erwartungen des Investors an den Informationen gemessen werden müssen, die dieser zum Zeitpunkt der Investition kannte oder nachvollziehbarerweise kennen hätte müssen. Auch das Schiedsgericht in *RREEF v. Spain*[185] betonte, dass bei der Erzeugung berechtigter Erwartungen ein gewisses Abstellen auf subjektive Umstände nicht ausgeschlossen werden könne, da weder die Begriffe „legitim" noch „berechtigt" eine rein objektive Beurteilung zulassen würden. Hierbei sei auf mehrere Indikatoren, wie etwa die zu erwartende Rentabilität und Nachhaltigkeit der Investition, die zu erwartende Lebenszeit der Investition und die zu erwartenden Kosten für die Investition Bedacht zu nehmen.

Auch im Hinblick auf die Sorgfaltspflicht des Investors spielen subjektive Elemente eine Rolle, wie im Folgeabschnitt näher ausgeführt wird.

E. Die Rolle des Investors im Zusammenhang mit dem Schutz berechtigter Erwartungen

Obgleich der FET-Standard als Schutzstandard für ausländische Investoren konzipiert ist[186], spielt auch das Verhalten des Investors bei der Beurteilung des Schutzes berechtigter Erwartungen eine Rolle. So ist bereits aus dem Wortlaut der „berechtigten" Erwartungen zu entnehmen, dass solch unter dem FET-Standard schützenswerten Erwartungen ein gewisser Grad an Legitimität inhärent sein muss. Ausländische Investoren können nicht grundsätzlich erwarten, dass sich die Gesetze des Gaststaates nicht ändern werden.[187]

In der Schiedspraxis hat sich daher das Erfordernis einer gewissen Sorgfaltspflicht („*due diligence*") auf Seiten des Investors etabliert.[188] Der Investor ist im Rahmen der gebotenen Sorgfalt verpflichtet, vor Vornahme der Investition die politische, rechtliche und sozio-ökonomische Situation im Gaststaat zu prüfen.[189] Allgemein stellen BITs keine Absicherung gegen schlechte wirtschaftliche

[185] *RREEF v. Spain,* Rz 471.

[186] Siehe hierzu Kap II.

[187] *Y. Levashova*, Fair and Equitable Treatment and Investor's Due Diligence Under International Investment Law (03.08.2020), Netherlands International Law Review, 67, 233 (237).

[188] Siehe *Levashova*, Fair and Equitable Treatment and Investor's Due Diligence, 238; *Sornarajah*, Resistance and Change in the International Law, 278ff vertritt die Ansicht, dass die Schiedspraxis in jüngerer Zeit verstärkt den Investor mehr und mehr in Pflicht nimmt, damit seine Erwartungen als ‚berechtigt' iS des FET-Standards eingestuft werden können, während nach Auffassung des Autors die älteren Entscheidungen Anfang der 2000er-Jahre auf Sorgfaltspflichten des Investors grundsätzlich keine Rücksicht genommen haben; *P. Muchlinski*, Caveat Investor? The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 55 No. 3 (2006), 527.

[189] *Duke Energy v. Ecuador*, Rz 340; das Schiedsgericht in *El Paso v. Argentina,* Rz 366 betont – unter Verweis auf eine Entscheidung des *Permanent Court of Justice* (PCIJ) – gleichfalls, dass Unternehmer im Allgemeinen den Veränderungen und Gefahren des geschäftlichen Verkehres nicht entkommen können. So können zwar in gewissen

Entscheidungen dar.[190] In diesem Zusammenhang beleuchtet *S. P. Subedi*[191] kritisch, dass ausländische Investoren regelmäßig unter kreativer Auslegung von Vorgaben in Investitionsabkommen versuchen würden, die Verwirklichung von wirtschaftlichen Risiken des Investitionsvorhabens vor internationalen Gerichten geltend zu machen. Insbesondere in politisch instabilen Ländern ist tendenziell davon auszugehen, dass die Gesetzeslage nicht lange beständig bleibt.[192] Die Inpflichtnahme des Investors in puncto Sorgfaltspflicht ergibt sich insbesondere in sensiblen Bereichen, wie etwa dem Umweltschutz oder dem Schutz der öffentlichen Gesundheit. In diesen Bereichen hat der Investor grundsätzlich mit gesetzlichen Veränderungen zu rechnen.[193] So hat etwa das Schiedsgericht in *Philip Morris v. Uruguay*[194] auf diese Sorgfaltspflicht Bezug genommen und betont, dass es einem Investor klar sein sollte, dass hinsichtlich des Investitionsgutes (Tabakwaren) aufgrund der damit verbundenen schädlichen gesundheitlichen Auswirkungen, mit einer nachteiligen Änderung der Gesetzeslage zu rechnen sei. Das Schiedsgericht hat hier betont, dass allgemein mit Gesetzesänderungen in die öffentliche Gesundheit tangierenden Bereichen zu rechnen sei.

Sektoren hohe Profite erwirtschaften werden, ist jedoch auch die Gefahr des Ruins durch veränderte Umstände möglich. Allgemein gilt, dass BITs keine Absicherung gegen schlechte wirtschaftliche Entscheidungen darstellen; das Schiedsgericht in *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine*, Award (16. Sep 2003), Rz 20.37 spricht überhaupt davon, dass der Investor bei besonders spekulativen Investitionen in instabilen Ländern gar mit Verlusten rechnen *muss*; siehe hierzu auch *Greentech Energy Systems A/S, et al. v. Italian Republic*, SCC Case No. V 2015/095, Dissenting Opinion of Arbitrator Giorgio Sacerdoti, Rz 47, wo ausgeführt wird, dass dem Investor klar sein musste, dass der spanische Staat die einschlägigen Gesetze nach Erreichung der EU-Vorgaben ändern wird; zum Umstand, dass mit Gesetzesänderungen zu rechnen ist, siehe ferner *Sornarajah*, Resistance and Change, 280; *RREEF v. Spain*, Rz 398; wie *Tietje,* Investitionsrecht im Spannungsverhältnis, 13 treffend aufzeigt hat, ist die regelmäßig lediglich abstrakt durch Schiedsgerichte geforderte Bedachtnahme auf politische und sozio-ökonomische Gesamtumstände der Rechtssicherheit nicht gerade zuträglich, da schwer festzumachen ist, ob und wann der ausländische Investor diesen abstrakten Vorgaben gerecht wird.

[190] *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Award (13. Nov 2000), Rz 64; *Pandya/Moody*, FET an Unclear Future, 18; siehe auch *Continental v. Argentina*, Rz 258, wo das Schiedsgericht anführt, dass die Annahme, wonach sich die Gesetze des Gaststaates aufgrund der Stabilitätsvorgabe in der Präambel des gegenständlichen BITs nicht ändern werden, gegen die effektive Auslegung des Vertrages wäre und diese daher nicht begründet und nicht nachvollziehbar ist.

[191] *S. P. Subedi*, International Investment Law, 188.

[192] *Parkerings v. Lithuania*, Rz 335f; Siehe auch *Saluka v. Czech Republic*, Rz 357 hinsichtlich des vorgesehenen Beitrittes der Tschechischen Republik in die EU.

[193] Siehe *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Final Award on Jurisdiction and Merits (03. Aug 2005)*,* Chapter B Article 1102 NAFTA, Rz 9; der Umstand, dass der Investor damit rechnen muss, dass sich Gesetze im Gaststaat ändern werden, ergibt sich bereits aus der Souveränität von Staaten, wie *Franck,* Fairness in International Law and Institutions, 445 in seiner Ausarbeitung aus dem Jahre 1998 aufgezeigt hat: "*The investor must be presumed to know that, within certain limits, sovereignty means never being truly bound by private expectations.*"

[194] *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S. A. and Abal Hermanos S. A. v. Oriental Republic of Uruguay*, Award (08. Jul 2016), Rz 429.

Es stellt sich im Zusammenhang mit der Sorgfaltspflicht des Investors bei schützenswerten öffentlichen Gütern überdies die Frage, ob sich ein Investor, der durch sein Investitionsvorhaben Menschenrechte verletzt, im Falle von Gesetzesänderungen auf den FET-Standard berufen kann. Nach *M. Krajewski*/*R. T. Hoffmann*[195] sei in diesen Fällen der Schutz des ausländischen Investors einzuschränken.[196] Dem ist grundsätzlich beizupflichten, jedoch ist dieser Ansatz bei Investitionen in Länder, wo der Schutz der Menschenrechte im Vergleich zu westlichen Ländern[197] allgemeinen nicht bzw nicht in dem Ausmaß gewährleistet wird, insofern problematisch, als dies zu zwei verschiedenen Niveaus des Schutzes führt und ausländische Investoren hierbei gegenüber inländischen Investoren benachteiligt wären.[198]

Aus der Sorgfaltspflicht ergibt sich überdies die Obliegenheit des Investors, gegenüber dem Gaststaat vollständige und richtige Angaben über das Investitionsvorhaben zu machen. So können etwa Zusicherungen des Gaststaates, die in Reaktion auf unvollständige oder sogar betrügerische Angaben des Investors erteilt wurden, nicht zur Begründung von berechtigten Erwartungen führen, da das Vertrauen des Investors hierauf nicht schützenswert ist.[199] Darüber hinaus kann sich der Investor auch nicht darauf berufen, dass er über spezifische Gegebenheiten im Gaststaat wie etwa bestimmte politische Risiken oder drohende Gesetzesänderungen nicht in Kenntnis war, wenn er sich über diese Umstände bei gehöriger Sorgfalt Kenntnis verschaffen hätte können.[200] Die Sorgfaltspflicht des Investors ist grundsätzlich an der objektiven Maßfigur eines gewissenhaften

---

[195] *M. Krajewski/R. T. Hoffmann*, Das internationale Investitionsschutzregime zwischen Reform und Revolution, KSzW 02/2016, 131 (134).

[196] Siehe hierzu auch *A. Bazrafkan/A. Herwig* in M. *Ambrus/R. Rayfuse/W. Werner* (Hrsg.), Risk and the Regulation of Uncertainty in International Law (2017), 254. Die Autoren heben hier hervor: „*First, governmental regulation necessary to protect human rights can never give rise to a right to damages under a fair and equitable treatment standard. Second, frustration of investor's expectations and imperfections in bona fide regulations by developing countries must be tolerated insofar as emerging development is the constitutive reason why foreign investment is likely to yield higher ex ante benefits than risks to investor.*"; zum Verhältnis von unbestimmten Investitionsschutzstandards und den Menschenrechten siehe ferner *Kriebaum,* Privatizing Human Rights: The Interface between International Investment Protection and Human Rights in *Reinisch/Kriebaum* (Hrsg.), The Law of international Relations: Liber Amicorum Hanspeter Neuhold (2007); zum (problematischen) Verhältnis zwischen Investitions- und Menschrenrechtsschutz im Hinblick auf das Menschenrecht auf Wasser siehe den Schiedsfall *Urbaser S. A. and Consorcio de Aquas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/07/26, Award (08. Dec 2016*),* Rz 1211ff.

[197] Die klare Mehrzahl ausländischer Investoren stammen aus Ländern des globalen Westens, siehe Kap II.

[198] Zur Problematik des Menschenrechtsschutzes im Investitionsrecht siehe weiterführend: *M. Feria-Tinta*, Like Oil and Water? Human Rights in Investment Arbitration in the Wake of Philip Morris v. Uruguay, Journal of International Arbitration, Vol. 34, Issue 4 (2017), 601 sowie umfassend *D. Kneer*, Investitionsschutz und Menschenrechte[1] (2013).

[199] *Paparinskis*, The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment, 258; siehe überdies *Thunderbird v. Mexico,* Rz 151ff.

[200] *Invesmart v. Czech Republic*, Rz 422; *Electrabel v. Hungary,* Rz 7.78.

Investors zu messen.[201] *Wälde*[202] postuliert hier jedoch für einen differenzierten Sorgfaltsmaßstab, der insbesondere auch die Erfahrung und Größe des Investors einbezieht.[203]

Im Ergebnis kann die Verletzung der gebotenen Sorgfaltspflicht dazu führen, dass einer vom Investor auf die Verletzung berechtigter Erwartungen gestützten Klage trotz für ihn nachteiliger Gesetzesänderungen der Erfolg verwehrt bleibt.[204] Die Verletzung der gebotenen Sorgfaltspflicht kann auch dazu führen, dass nur ein Teil des geltend gemachten Schadens zugesprochen wird. So wurde etwa in *MTD v. Chile* der begehrte Schadenersatz seitens des Schiedsgerichtes aufgrund der Missachtung der gebotenen Sorgfalt um 50 % herabgesetzt. In dem Fall wurde das Projekt des Investors trotz eines Widerspruchs zu den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen durch den Gaststaat bewilligt. Dem Investor wurde durch das Schiedsgericht angelastet, dass er keine entsprechende unabhängige Prüfung der Gesetzeslage durchgeführt habe.[205]

[201] *SolEs Badajoz v. Spain,* Rz 331; siehe hierzu Kap IV E.

[202] *Thunderbird v. Mexico*, Separate Opinion *Wälde,* Rz 4-6.

[203] Siehe auch *Metalpar S. A. and Buen Aires S. A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/5, Award on the Merits (06. Jun 2008), Rz 187, wo seitens des Schiedsgerichtes festgehalten wurde, dass der Investor aufgrund seiner Erfahrung in der Automobilindustrie im Ausland nicht berechtigterweise darauf vertrauen konnte, dass keine nachteiligen Gesetzesänderungen erfolgen werden.

[204] Siehe hierzu *Isolux Netherlands, BV v. Kingdom of Spain*, SCC Case V2013/153, Final Award (17. Jul 2016) und die Fallbesprechung in Kap X C c).

[205] *MTD v. Chile,* Rz 182, 242, 246, 252; siehe auch *Diehl*, The Core Standard of International Investment Protection, 359ff.

F. Die Annahme berechtigter Erwartungen: (K)eine Entscheidung „*ex aequo et bono*“?

Wie bereits aufgezeigt wurde, sind die Grundsätze des Schutzes berechtigter Erwartungen in erster Linie aus der Praxis der Schiedsgerichte zu erschließen. In Anbetracht der Unbestimmtheit des FET-Standards stellt sich die Frage, ob bei der Beurteilung der Frage, ob ein Verhalten des Staates noch als ‚fair' bzw ‚gerecht' einzustufen ist, auch Billigkeitsgesichtspunkte einzubeziehen sind.[206] Diese Frage ist insbesondere bei Gesetzesänderungen abseits konkreter Zusicherungen von Relevanz, da hier die Vertrauensgrundlage für den Schutz berechtigter Erwartungen auf die Beständigkeit der Gesetze schwer festzumachen ist.

Die Zulässigkeit einer Entscheidungsfällung nach Billigkeit wird überwiegend verneint. Es wird die Ansicht vertreten, dass es sich bei dem FET-Standard und daher auch dem Schutz berechtigter Erwartungen um ein rechtliches Konzept handelt, das einer Entscheidung *ex aque et bono* durch Schiedsgerichte keinen Raum lässt.[207]

Hierzu hielt das Schiedsgericht in *Mondev v. USA* unter Bezugnahme auf den FET-Standard in NAFTA fest:

„*... Article 1105(1)* ***did not give a NAFTA tribunal an unfettered discretion to decide for itself, on a subjective basis, what was 'fair' or 'equitable'*** *in the circumstances of each particular case. While possessing a power of appreciation, the United States stressed, the Tribunal is bound by the minimum standard as established in State practice and in the jurisprudence of arbitral tribunals.* ***It may not simply adopt its own idiosyncratic standard of what is 'fair' or 'equitable',*** *without reference to established sources of law.*"[208]

Seitens einer Arbeitsgruppe der *OECD*[209] wird die Beurteilung *ex aque et bono* durch Schiedsgerichte vordergründig mit dem Argument abgelehnt, dass der Schutzumfang des FET-Standards mithilfe der Auslegungswerkzeuge der Wiener Vertragsrechtskonvention bestimmt werden könne. Ein Rückgriff auf die Interpretationsvorgaben der Wiener Vertragsrechtskonvention ist jedoch wenig hilfreich, da der Schutzumfang des FET-Standards sowie insbesondere der Schutz

[206] Vgl *Reinsch/Schreuer*, International Protection of Investments, 257f.
[207] *Dralle*, Fair and Equitable Treatment Standard, 7; *OECD,* Working Papers on International Investment 2004/03, 40; *Reinsch/ Schreuer*, International Protection of Investments, 302f.
[208] *Mondev International Ltd. v. United States of America*, Award (11. Oct 2002), Rz 119 (Hervorhebung durch den Autor); *ADF v. USA*, Rz 184.
[209] *OECD,* Working Papers on International Investment 2004/03, 40.

berechtigter Erwartungen in den meisten Investitionsabkommen nicht näher textlich normiert wird.[210] Es würde sohin auch eine Auslegung nach den Methoden der Wiener Vertragsrechtskonvention, insbesondere eine Auslegung nach Art 31 Abs 1 WVK aufgrund des Wortlautes „fair" und „equitable" eine Beurteilung nach Billigkeit nahelegen.[211] Auch *C. Schreuer*[212] hat darauf hingewiesen, dass der Wortlaut des FET-Standards eine Auslegung *ex aque et bono* vermuten lassen würde, es sich jedoch um einen rechtlichen Standard handelt. *Schreuer*[213] zufolge wäre es für die Auslegung des FET-Standards am zielführendsten, typische Fallsituationen zu identifizieren, in denen der FET-Standard seitens der Schiedsgerichte angewandt wurde. Im Ergebnis soll somit bei der Auslegung des FET-Standards erstrangig auf das *case law* abgestellt werden.

Auch *Yannaca-Small*[214] weist darauf hin, dass die Auslegung FET-Standards durch Schiedsgerichte im Sinne dessen, was diese als „billig" und „gerecht" empfinden, nicht zutreffend sei. Vielmehr müsse eine mögliche Verletzung des FET-Standards anhand normativer Elemente wie etwa dem Schutz berechtigter Erwartungen geprüft würden.[215] Diese Auffassung vermag jedoch Kritiker schwerlich zu überzeugen, da die normativen Vorgaben des Schutzes berechtigter Erwartungen in den allermeisten Vertragstexten nicht textlich geregelt sind. Erschwerend kommt hinzu, dass

[210] Aufgrund seiner Unbestimmtheit und damit verbundenen Elastizität in der Anwendung wird der FET-Standard von einem Autor gar als „*chewing gum provision*" bezeichnet, siehe *A.A. Gozlugol*, Fair and Equitbale Treatment: Spain, ECT and the Middle Ground, Cambridge International Law Journal (04.10.2018), abrufbar unter: http://cilj.co.uk/2018/10/04/fair-and-equitable-treatment-spain-ect-and-the-middle-ground/; vgl auch *S. Franck*, The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions, Fordham Law Review 2005-03, Vol. 73 (4), 1521 (1588).

[211] Zur Interpretation von Investitionsabkommen siehe Kap V; siehe auch *M. Jacob/S. Schill*, Fair and Equitable Treatment: Content, Practice, Method, Rz 32, die betonen, dass die Unbestimmtheit des FET-Standard Schiedsrichter dazu ermächtigen würde, nach dem ‚Bauchgefühl' zu entscheiden, was als „*fair and equitable*" anzusehen ist.

[212] *C. Schreuer*, Fair and Equitable Treatment in Investment Treaty Law, BIICL Event Papers (09.09.2005), Keynote Speech, 1 abrufbar unter: https://www.biicl.org/eventpaper/30.

[213] *Schreuer*, BIICL Event Papers, 2: „*A more promising method may be to* ***identify typical fact situations*** *to which the FET principle has been applied by arbitral practice"*(Hervorhebung durch den Autor); es ist hier auf die Ansicht von *R. Kläger* (Revising Treatment Standards-Fair and Equitable Treatment in Light of Sustainable Development in *S. Hindelang/M. Krajewski* (Hrsg.), Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified (2016)[1], 75f) zu verweisen, der unter Bezugnahme des *Investment Policy Framework for Sustainable Development* der UNCTAD hervorhebt, dass bestimmte Auslegungsmaßstäbe für Schiedsgerichte bei der Anwendung des Schutzes berechtigter Erwartungen iZm regulatorischen Maßnahmen des Gaststaates eine Möglichkeit wären, der hier immanenten Unbestimmtheit zu begegnen und den Schutz der regulatorischen Freiheit des Gaststaates ausreichend zu berücksichtigen.

[214] *Yannaca-Small*, Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments, 119.

[215] Auch das Schiedsgericht in *BayWa v. Spain,* Rz 458 hat hierzu im Zusammenhang mit dem FET-Standard in Art 10 Abs 1, 2 Satz ECT festgehalten: „*… any more than the FET standard gives a general discretion to BIT tribunals to impose their own views as to 'fairness' and 'equity'. There is a legal standard embodied in the second sentence of Article 10.1 of the ECT, which takes into account the prerogatives and responsibilities of governments as well as the rights and interests of investors*".

insbesondere in der älteren Schiedspraxis die Verletzung berechtigter Erwartungen in Zusammenhang mit nachteiligen Gesetzesänderungen abseits konkreter Zusicherungen zum Teil bejaht wurde, ohne die dogmatische Begründung für solch einen Vertrauensschutz näher zu beleuchten.[216] In derartigen Fällen ist die Miteinbeziehung von Billigkeitserwägungen bei der Entscheidungsfindung zumindest auf den ersten Blick nicht auszuschließen.[217] In diesem Zusammenhang ist auf die umfassende Ausarbeitung von *J. P. Müller*[218] zum Vertrauensschutz im Völkerrecht zu verweisen. *Müller* hat im Zusammenhang mit dem, den Schutz berechtigter Erwartungen in vielfacher Weise ähnelnden, Estoppel-Prinzip[219] aufgezeigt, dass von einer universellen Gültigkeit des im Estoppel-Prinzip ausgedrückten Rechtsgedankens im Sinne von ‚Gerechtigkeit' auszugehen sei. Dieser Gedanke werde durch Gerichte bei der Entscheidungsfindung stets in irgendeiner Weise berücksichtigt.[220] *Müller* zufolge ergebe sich aus diesem Gedanken, dass es im Allgemeinen der Gerechtigkeit entspreche, dass der Staat, der durch sein Verhalten Vertrauen bei seinem Gegenüber erzeugt hat, an dieses vertrauenserzeugende Verhalten gebunden werde.[221] Auch nationalen Rechtsordnungen ist das Abstellen auf den Gedanken der Fairness im Zusammenhang mit dem Vertrauensschutz nicht fremd. In der englischen Entscheidung *Preston*[222] wurde durch das Gericht auf ein dem öffentlichen Recht zugrundeliegendes Fairnessgebot abgestellt. Seitens des Gerichtes wurde betont, dass die Steuerbehörden verpflichtet

[216] siehe hierzu Kap VII.

[217] Hierbei ist insbesondere hervorzuheben, dass in der älteren Schiedspraxis oftmals der FET-Standard mit der Verletzung berechtigter Erwartungen in undifferenzierter Weise vermengt wird. Durch Schiedsgerichte wurde hierbei wiederholt unscharf ins Treffen geführt, dass die Nichtgewährung stabiler gesetzlicher Rahmenbedingungen ‚unfair' sei, siehe hierzu die ältere Schiedsjudikatur insbesondere iZm der Argentinienkrise in Kap VII; in seiner *dissenting opinion* zum Schiedsspruch *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, Dissenting Opinion of Arbitrator Dr. Jürgen Voss, (01. Mar 2011) hat Schiedsrichter *Voss* Kritik an seinen Kollegen sowie der bisherigen Schiedspraxis geübt. Seines Erachtens habe sich der FET-Standard in der Schiedspraxis zu einem nach den Grundsätzen *ex aque et bono* orientierten Fallrecht entwickelt, das insbesondere dazu führe, dass nationales Recht durch Schiedsgerichte ersetzt werde.

[218] *J. P. Müller*, Vertrauensschutz im Völkerrecht in *H. Mosler/R. Bernhardt* (Hrsg.), Max-Planck-Institut für ausländisches Recht und Völkerrecht (1971), 9.

[219] Zum Estoppel-Prinzip siehe Kap VII B b).

[220] *Müller*, Vertrauensschutz im Völkerrecht, 8.

[221] *Müller*, Vertrauensschutz im Völkerrecht, 8; Siehe auch *Franck*, Fairness in International Law and Institutions, 439ff. Zur Frage der Bedeutung von ‚Fairness' im internationalen Investitionsrecht hat *Franck* hat in seiner Ausarbeitung aus dem Jahre 1998 ausgeführt: „*While there is an infinite number of potentially 'fair' solutions to concrete disputes, there is only a limited range of conduct by governments towards foreign investors which is clearly and specifically prohibited. Such prohibitions cluster around the concept of 'unconscionable frustration of reasonable expectations.' Around this notion of what is unfair, fair resolutions may be sought in clashes between legitimate claims for stability and justice-based claims for change.*"

[222] *R v Inland Revenue Commissioners, ex P. Preston*, (1984) UKHL 5 (1985) AC 835, abrufbar unter: https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff8ca60d03e7f57ecd7c3, wobei hier insbesondere auf die Ausarbeitungen des Fallrechtes zur Fairness in Punkt 11 ff der Entscheidung zu verweisen ist; siehe *M. Groves*, Substantive Legitimate Expectations in Australian Administrative Law (2008), Melboure University Law Review 470, (475f).

wären, ‚fair' zu agieren. Sohin wurde die Berücksichtigung berechtigter Erwartungen im *Preston*-Fall auch damit begründet, dass es im gegebenen Fall als ‚fair' anzusehen ist, dass die staatlichen Steuerbehörden entgegen den Erwartungen des Betroffenen keine nachteiligen Maßnahmen setzen werden. Auch hier wurde der Grundsatz der ‚Fairness' nicht in einem streng technischen Sinn, wie es etwa den herausgearbeiteten Grundsätzen des Schutzes berechtigter Erwartungen iSd FET entspricht, erfasst, sondern vielmehr als Frage der Gerechtigkeit im Einzelfall.

Es ist im Ergebnis schwer von der Hand zu weisen, dass dieser ‚Fairnessgedanke', wie von *Müller* und in *Preston* aufgezeigt, bei der Prüfung der Verletzung berechtigter Erwartungen in irgend eine Form regelmäßig in die Fallprüfung miteinfließt. Dies ist vordergründig in Fällen problematisch, wo die berechtigten Erwartungen nicht auf einer ‚handfesten' Vertrauensgrundlage, wie etwa konkreten Stabilitätszusicherungen oder vertraglicher Vereinbarungen, sondern auf der Gesetzeslage als solcher beruhen.[223] Zur Vermeidung von der Rechtssicherheit nicht zuträglichen (da in der Regel nicht näher in der Begründung offen gelegten) Billigkeitserwägungen ist es daher von besonderer Wichtigkeit, dass die Annahme einer Verletzung berechtigter Erwartungen im Zusammenhang mit nachteilhaften Gesetzesänderungen abseits konkreter Zusicherungen in der Entscheidungsbegründung durch Schiedsgerichte dogmatisch hinreichend begründet wird.

[223] Zum Erfordernis einer hinreichenden Vertrauensgrundlage siehe die Ausführungen in Kap XI I und J.

V. Die Interpretation von internationalen Investitionsabkommen

A. Einleitung

Trotz der in der Regel fehlenden Textierung des Schutzes berechtigter Erwartungen in Investitionsabkommen sind die allgemeinen Auslegungsgrundsätze des Völkerrechtes bei der Auslegung des Schutzes berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität zu beachten. Auch der Bedeutungsgehalt des ausdrücklich geregelten Schutzes berechtigter Erwartungen in zahlreichen der jüngeren Freihandelsabkommen ist mittels der allgemeinen Auslegungsgrundsätze des Völkerechtes zu ermitteln.

B. Zur Vertragsauslegung nach der Wiener Vertragsrechtskonvention

Im Allgemeinen sind für die Auslegung von internationalen Investitionsabkommen die Interpretationsvorgaben der Art 31 bis 33 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (Wiener Vertragsrechtskonvention – „WVK“) heranzuziehen.[224] Hierbei ist zunächst beim schlichten Wortlaut der auslegungsbedürftigen Bestimmung des jeweiligen Investitionsabkommens anzusetzen. In einem weiteren Schritt ist eine kontextbezogene Auslegung unter Heranziehung des gesamten Abkommens vorzunehmen. Die kontextbezogene Auslegung ist nach Art 31 Abs 2 WVK gemessen am gesamten Text des Abkommens und den Anhängen sowie der Präambel vorzunehmen.[225] Bei der teleologischen Auslegung wiederum ist auf Ziel und Zweck des jeweiligen Abkommens abzustellen.[226] Hierbei gilt, dass alle Auslegungsvorgaben in Art 31 Abs 1 WVK grundsätzlich gleichwertig sind.[227] Nach herrschender Ansicht ist die gewöhnliche Bedeutung von Vertragsbestimmungen gemäß Art 31 Abs 1 WVK objektiv nach den Vorgaben im Vertragstext und nicht nach den Absichten der Vertragsparteien zu ermitteln.[228] Ungeachtet dessen spielt jedoch die

[224] Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge, StF: BGBl. Nr. 40/1980, idF: 175/2020; *Redli*, Limitation to States‘ Regulatory Power, 30ff; *Enron v. Argentina*, Rz 259, 273.

[225] *Reinisch*, The Interpretation of International Investment Agreements, Rz 13; *A.-C. Bakos*, The Extraterritorial Application of the Fair and Equitable Standard: The 1955 US-Iran Treaty of Amity before the International Court of Justice, EJIL:Talk! (23.3.2020), abrufbar unter: https://www.ejiltalk.org/the-extraterritorial-application-of-the-fair-and-equitable-standard-the-1955-us-iran-treaty-of-amity-before-the-international-court-of-justice/; zum Rechtsgehalt der Stabilitätsvorgaben in Präambeln siehe Folgeabschnitt b) dieses Kapitels.

[226] *Reinisch*, The Interpretation of International Investment Agreements, Rz 2.

[227] Siehe hierzu *Redli*, Limitation to States‘ Regulatory Power, 29f. aus diesem Grund wäre nach Ansicht von *Redli* ein schlichtes Abstellen auf textliche Vorgaben in Präambeln von BITs verfehlt. Vielmehr sei bei der Auslegung auch auf allgemeine völkerrechtliche Prinzipien Bedacht zu nehmen.

[228] *Reinisch*, The Interpretation of International Investment Agreements, Rz 13.

Intention der Vertragsgestalter insbesondere bei der Auslegung der Bedeutung von unbestimmten Vorgaben eine Rolle.[229]

Im Allgemeinen ist hervorzuheben, dass sich Schiedsgerichte bei der Entscheidungsfindung oftmals nicht auf die Auslegung des Textes des konkret anzuwendenden BITs beschränken, sondern werden vielmehr auch die Vorgaben anderer BITs und das generelle Völkerrecht bei der kontextbezogenen Auslegung des anzuwendenden BITs miteinbezogen.[230] Diese Vorgehensweise findet insbesondere bei der Auslegung des oftmals unbestimmten und in vielen Investitionsabkommen im wesentlichen textlich gleichlautenden FET-Standards Anwendung.[231] Die Herangehensweise, ‚Stehsätze' aus vorherigen Schiedsentscheidungen, die unter einem anderen BIT ergangen sind, in die Entscheidungsfällung miteinzubeziehen, ist in der Schiedspraxis üblich. Diese Herangehensweise ist allerdings nicht unproblematisch[232], da nicht übersehen werden darf, dass grundsätzlich nur der im jeweils verfahrensgegenständlichen Investitionsabkommen normierte FET-Standard die Grundlage des Schutzes berechtigter Erwartungen zwischen den Schiedsparteien des Verfahrens bildet.[233] Auf diese Problematik wird durch Schiedsgerichte gelegentlich auch Bedacht genommen und bezugnehmend auf die Heranziehung von Vorentscheidungen durch die Schiedsparteien, die unter einem anderen Abkommen ergangen sind, ausdrücklich hervorgehoben, dass das verfahrensgegenständliche Investitionsabkommen die alleinige Entscheidungsgrundlage darstellt. So hat etwa das Schiedsgericht in *Antin v. Spain*[234], bezogen auf den FET-Standard im ECT, ausgeführt, dass Ziel und Zweck des FET-Standards stets nach dem Abkommen auszulegen sei, in dem der im konkreten Verfahren anzuwendende FET-Standard eingebettet ist. Nach Ansicht des Schiedsgerichtes ist daher der Verweis des Investors auf Entscheidungen, die unter anderen Vertragsgrundlagen gefällt wurden, für die Auslegung des Bedeutungsgehaltes des FET-Standards

[229] Zur Intention der Vertragsstaaten bei den jüngeren Vertragstexten siehe Kap I und VIII.
[230] *Reinisch*, The Interpretation of International Investment Agreements, Rz 28; siehe hierzu auch das Schiedsgericht in *Total S. A. v. Argentina*, Rz 128, das für die Auslegung des Schutzes berechtigter Erwartungen eine vergleichende Analyse mit nationalen Rechtsordnungen vorgenommen hat; dies aufgrund des Zusammenhanges dieses Schutzprinzipes zum Prinzip des Schutzes von Treu und Glauben, das einen allgemeinen Rechtsgrundsatz nach Art 38 IGH Statut darstellt; siehe hierzu auch *Wongkaew*, Protection of Legitimate Expectations, 18.
[231] *Reinisch*, The Interpretation of International Investment Agreements, Rz 36.
[232] *Reinisch*, The Interpretation of International Investment Agreements, Rz 36; *Potesta*, Legitimate Expectations, 90f.
[233] Wie vom IGH aufgezeigt wurde, handelt es sich bei dem FET-Standard um keinen allgemeinen Grundsatz des Völkerrechtes, siehe hierzu IGH-Fall *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile),* Judgment, I.C.J. Reports 2018
[234] *Antin v. Spain,* Rz 533.

des ECT verfehlt. Dies gilt insbesondere im Fall von Investitionsabkommen, die keine dem ECT gleichenden gesonderten Stabilitätsvorgaben enthalten.[235]

Die aufgezeigte Problematik in der Praxis der Schiedsgerichte, bei der Entscheidungsfindung Schiedsentscheidungen, die unter einem anderen Investitionsabkommen ergangen sind, heranzuziehen, ist jedoch zu relativieren. Schließlich ist der FET-Standard der allermeisten BITs in seinem Wortlaut beinahe ident, weshalb die Heranziehung von Schiedsentscheidungen, die unter einem anderen BIT ergangen sind, im Ergebnis grundsätzlich zumindest bei der Auslegung des Wortlautes keinen Unterschied machen wird.[236] Problematisch kann diese Vorgehensweise jedoch bei der kontextbezogenen Interpretation sein, da bei dieser Auslegung auch auf die Vorgaben der Präambeln der jeweiligen Investitionsabkommen Bedacht zu nehmen ist.[237] So sind in einer Vielzahl von Investitionsabkommen Stabilitätsvorgaben in den Präambeln verankert, die jedoch, anders als der FET-Standard, durchaus unterschiedlich formuliert sind.[238] Auch der in der Praxis bedeutsamen ECT weist solch eine Stabilitätsvorgabe auf, die sich jedoch nicht in der Präambel, sondern in jenem Artikel im Vertragstext selbst findet, der auch den FET-Standard regelt.[239] Es ist somit bei der Heranziehung von Entscheidungen, die unter anderen Investitionsabkommen ergangen sind, auf abweichende Vorgaben in diesen Abkommen, welche sich regelmäßig in den Stabilitätsvorgaben der Präambeln finden, Bedacht zu nehmen.

a) „Object and Purpose“ von Investitionsabkommen nach Art 31 Abs 1 WVK: Die Auslegung zugunsten des Investors?

Gemäß Art 31 Abs 1 WVK ist bei der Auslegung von Investitionsabkommen auch auf Ziel und Zweck des Abkommens Bedacht zu nehmen. Hierbei sind nach Abs 2 des Art 31 WVK auch Anhänge und Vorgaben in den Präambeln bei der Auslegung miteinzubeziehen. Die Auslegung

[235] Vergleichsweise hat auch das Schiedsgericht in *Blusun v. Italy* bei Heranziehung einen Passus aus der Entscheidung *PSEG v. Turkey* hervorgehoben, dass es sich hierbei um keine Entscheidung unter dem im gegenständlichen Verfahren zwischen den Parteien anzuwendenden ECT handelt. Sohin hat das Schiedsgericht hier auf das konkret gegenständliche Abkommen abgestellt. Dies wird jedoch in der Entscheidung dadurch relativiert, dass das Schiedsgericht bei der Entscheidungsfindung schlussendlich den FET-Standard größtenteils nach den in der Judikatur herausgebildeten Grundsätzen, welche naturgemäß Ausfluss auf Entscheidungen fußen, die unter anderen Investitionsabkommen ergangen sind, ausgelegt hat. Siehe hierzu *Blusun v. Italy,* Rz 314 unter Bezugnahme auf *PSEG v. Turkey*, Rz 250.

[236] Anderes gilt jedoch bei textlich abweichenden Regelungen des FET-Standards, siehe hierzu Kap IX sowie insbesondere zu den jüngeren Vertragstexten Kap VIII; auch *Chen*, A Contractual Approach, 315 betont, dass aufgrund der in der Regel ‚kargen‘ Textierung des FET-Standards mit den Auslegungsinstrumentarien des Art 31-33 WVK oftmals schwer das Auslangen finden lässt.

[237] *Reinisch*, The Interpretation of International Investment Agreements, Rz 13.

[238] Siehe hierzu Folgeabschnitt b) dieses Kapitels.

[239] Zur Stabilitätsvorgabe im ECT siehe Kap IX.

eines Investitionsabkommens nach dessen Ziel und Zweck („*object and purpose*“*)* wird regelmäßig durch Schiedsgerichte herangezogen. Hierbei leiten Schiedsgerichte Ziel und Zweck von Investitionsabkommen häufig aus der Präambel des jeweiligen Investitionsabkommens ab.[240]

Hierzu führt das Schiedsgericht in *Lemire v. Ukraine* aus:

„*Treaties must be interpreted in accordance with the Vienna Convention. Article 31.1 of this Convention provides that terms used in a treaty must be construed 'in their context'. For this purpose, the Tribunal* ***resorted to the Preamble of the BIT****, which establishes 'that fair and equitable treatment of investment is desirable in order to maintain a stable framework for investment...*“[241]

Im Zusammenhang mit dem Ziel und Zweck von Investitionsschutzabkommen stellt sich die Frage, ob die Vorgaben in Investitionsabkommen grundsätzlich zugunsten des Investors auszulegen sind. Für solch eine Annahme würde sprechen, dass Investitionsabkommen insbesondere aufgrund von Vorgaben wie dem FET-Standard erstrangig dem Schutz ausländischer Investoren dienen. Auch die Bezeichnung als „Investitionsschutzabkommen“ spricht für eine derartige Annahme.[242] Überdies wird in BITs regelmäßig normiert, dass durch das Investitionsabkommen Investitionen geschützt und gefördert werden sollen. So wird beispielsweise der China-Deutschland-BIT[243] ausdrücklich als Vereinbarung zur Förderung und zum Schutz von Investitionen bezeichnet („*the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments*“*)*. Zu einer ähnlichen Formulierung im Deutschland-Thailand-BIT[244] hat das Schiedsgericht in *Walter Bau v. Thailand*[245] festgehalten, dass sich in dieser Vorgabe eines der vordergründigen Ziele des Abkommens erkennen lasse. Aus diesen Vorgaben lässt sich neben dem Schutz des Investitionsvorhabens jedoch auch der Gedanke des (erhofften)

[240] *Reinisch*, The Interpretation of International Investment Agreements, Rz 52 unter Verweis auf die Entscheidungen *Vivendi v. Argentina,* Rz 7.4.4*; MTD v. Chile,* Rz 113*; L & E v. Argentina,* Rz 124; *Saluka v. Czech Republic*, Rz 299.

[241] *Lemire v. Ukraine*, Rz 69 (Hervorhebung durch den Autor).

[242] *Reinisch* (The Interpretation of International Investment Agreements, Rz 53) hebt hierzu hervor, dass in der Schiedspraxis grundsätzlich keine einheitliche Linie verfolgt wird und Investitionsabkommen zum Teil zugunsten des Gaststaates und zum Teil zugunsten des Investors ausgelegt werden; *Titi,* The Right to Regulate, 72 verweist darauf, dass insbesondere bei Investitionsabkommen älteren Datums der Gedanke erstrangig im Schutz der ausländischen Investoren gesehen wurde, da Investitionsabkommen früher regelmäßig mit der Intention abgeschlossen wurden, ausländische Investoren vor einem Missbrauch durch den Gaststaat zu schützen.

[243] China-Germany BIT (2003), abrufbar unter: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/736/download (zuletzt abgerufen am 31.07.2022).

[244] Germany-Thailand BIT (1961), https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/1765/germany---thailand-bit-1961- (zuletzt abgerufen am 31.07.2022).

[245] *Werner Schneider, acting in his capacity as insolvency administrator of Walter Bau AG (In Liquidation) v. Kingdom of Thailand, UNCITRAL (formerly Walter Bau AG (in liquidation) v. Kingdom of Thailand*), Award (01. Jul 2009), Rz 1.1.

wirtschaftlichen Aufschwunges für den Gaststaat ableiten. Dies würde jedoch dafür sprechen, dass Ziel und Zweck solcher Investitionsabkommen nicht allein der (einseitige) Schutz ausländischer Investoren ist. So hat etwa das Schiedsgericht in *Lemire v. Ukraine*[246], bezugnehmend auf den dort gegenständlichen BIT, ausgeführt, dass Ziel und Zweck des Vertrages nicht per se lediglich der Schutz ausländischer Investoren sei. Dem Abkommen liege vielmehr auch der Gedanke zugrunde, dass ausländische Investitionen auch zur wirtschaftlichen Entwicklung im Gaststaat beisteuern sollen.[247]

[246] *Lemire v. Urkraine,* Rz 272f. Das Schiedsgericht hat hierzu festgehalten: „*The object and purpose of the BIT – the third interpretive criterion – Is defined in its Preamble: the parties 'desire to promote greater economic cooperation between them, with respect to investment by nationals and companies of one Party in the territory of the other Party' and recognize that the BIT 'will stimulate the flow of private capital and the economic development of the Parties'"* (Rz 272)*, "But this main purpose is not sought in the abstract;* ***it is inserted in a wider context, the economic development for both signatory countries****.* ***Economic development is an objective which must benefit all****, primarily national citizens and national companies, and secondarily foreign investors.* ***Thus, the object and purpose of the Treaty is not to protect foreign investments per se, but as an aid to the development of the domestic economy.***" (Rz 273, Hervorhebung durch den Autor); Siehe hierzu auch *Subedi,* International Investment Law, 91, wo sich der Autor dafür einsetzt, dass BITs eine „win-win"-Situation für Investor und Gaststaat erzeugen sollen.

[247] Siehe hierzu etwa die Vorgabe in der Präambel des MIGA-Abkommens, wo ausdrücklich auf den angedachten wirtschaftlichen Aufschwunges für das Gastland Bezug genommen wird: „*Desiring to enhance the flow to developing countries of capital and technology for productive purposes under conditions consistent with their development needs, policies and objectives, on the basis of fair and stable standards for the treatment of foreign investment.*", abrufbar unter: https://www.miga.org/sites/default/files/archive/Documents/MIGA%20Convention%20February%202016.pdf (zuletzt abgerufen am 31.07.2022); auch *Kingsbury* weist in seiner *expert opinion* zur Entscheidung *Metalpar v. Argentina* darauf hin, dass bei der Auslegung von BITs auch die Interessen und Absichten des Gaststaates zu berücksichtigen sind, siehe *Metalpar v. Argentina,* Expert Opinion Kingsbury, Rz 78; auch *J. Bonnitcha* (The problem of moral hazard and its implications for the protection of "legitimate expectations" under the fair and equitable treatment standard, Investment Treaty News (07.04.2011), abrufbar unter: https://www.iisd.org/itn/2011/04/07/the-problem-of-moral-hazard)hebt hervor, dass Investitionsschutz nicht eingleisig zu betrachten sei. Nach dem Autor ist auch auf den Gesichtspunkt der „wirtschaftlichen Effizienz" Bedacht zu nehmen, da Investitionen nicht stets nur nach dem Aspekt der Gewinnmaximierung betrachtet werden können. Schließlich würden bei auf wirtschaftliche Gewinnmaximierung getätigten Investitionen auch stets die Gefahr von nicht im öffentlichen Interesse gelegenen ‚Nebenkosten' wie etwa Umweltbeeinträchtigungen oder Menschenrechtsverletzungen bestehen. Das Abstellen auf die wirtschaftliche Effizienz wiederum führe dazu, dass Investoren dazu animiert werden, ihre Projekte so zu strukturieren, dass diese ‚externen' Kosten möglichst vermieden werden. Dieser Argumentation ist unter dem aufzeigten Gesichtspunkt, dass Investitionsabkommen für beide Seiten vorteilhaft sein sollen und neben dem Investor auch der Staat aus der Investition profitieren soll, durchaus beizupflichten.

Dolzer[248] erachtet wiederum den ausländischen Investor, aufgrund des Wesens von BITs, unter Investitionsabkommen als schützenswerter als den Gaststaat:

„*Generally speaking, the Tribunals do not answer the question why in the context of a BIT, the interests of the state will have the same weight as the legitimate expectation of the investor, given the BITs nature and its specific purpose to promote and protect the investor's interest. BITs are drafted in a one-sided manner with the aim to provide an investor-friendly climate and to attract foreign investors*."

Für die Auslegung von Investitionsabkommen zugunsten ausländischer Investoren wird überdies ins Treffen geführt, dass diese Abkommen dazu dienen, ausländische Investoren zur Vornahme der Investition im Gaststaat zu bewegen.[249] Die Annahme, dass bestehende Investitionsabkommen einen kausalen Faktor für den Entschluss zur Vornahme von Investitionen im Gaststaat darstellen, hält jedoch einer genaueren Untersuchung nicht stand. In der hierzu durchgeführten umfassenden Untersuchung der Kausalität zwischen der Existenz von BITs und der Vornahme ausländischer Investitionen ist *S. Poulsen*[250] zu dem Ergebnis gekommen, dass die überwiegende Mehrheit von transnationalen Unternehmen bei ihrer Entscheidung, in bestimmte Staaten im Ausland zu investieren, die vorliegenden BITs bei der Investitionsentscheidung nicht berücksichtigen. Üblicherweise wird der Fokus erst nach Vornahme der Investition, wenn ein Schiedsverfahren angestrengt wird, auf die Schutzvorgaben im BIT gelegt.[251] Korrespondierend mit der Untersuchung von *Poulsen* hat auch eine Untersuchung von *H. Mann/K. von Moltke*[252] ergeben, dass die Existenz

[248] *Dolzer*, Fair and Equitable Treatment: Today's Contours, 28; diese Auffassung trägt wohl zum allgemeinen Missmut gegenüber Investitionsabkommen bei, siehe etwa *Titi*, The Right to Regulate, 69. *Titi* erachtet die Auslegung zugunsten des Investors als zweckentsprechend und betont, dass der Hauptzweck von Investitionsverträgen die Bewerbung und der Schutz von reziproken Investitionen zwischen den Vertragsparteien darstelle und nicht etwa der Erhalt von gesetzgeberischem Freiraum des Gaststaates. *Titi* (The Right to Regulate, 119) betont hier auch, dass den Gaststaaten in der Regel vor Abschluss der Investitionsverträge mehr gesetzgeberische Freiheiten zukommen als danach; zum Abstellen auf das Recht des ausländischen Investors als maßgebliche Maxime siehe ferner *Chen*, A Contractual Approach, 305; auch *K.P. Sauvant/L.E. Sachs*, The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows (2009)[1], 60 teilen diese Ansicht und heben hervor, dass der primäre Zweck von BITs die Signalwirkung an Investoren dahingehend sei, dass ihre Investition im Falle von politischen Unruhen unter völkerrechtlichen Schutz fallen.

[249] Zur Kausalität siehe Kap IV C.

[250] *S. Poulsen,* The Importance of BITs for Foreign Direct Investment and Political Risk Insurance: Revisiting the Evidence in *K. P. Sauvant* (Hrsg.), Yearbook on International Law and Policy 2009/10, Oxford University Press (2010), 539 (571).

[251] *M. Endicott*, China and International Investment Law: An Evolving Relationship in *W. Shan/J. Su* (Hrsg.), China and International Investment Law, 20 Years of ICSID Membership, Silk Road Studies in International Investment Law, Band 1 (2014), 215 (226).

[252] *H. Mann/K. von Moltke*, A Southern Agenda on Investment? Promotion Development with Balanced Rights and Obligations for Investors, Host States and Home States, International Institute for Sustainable Development (2005), 4.

von BITs keinen signifikanten Einfluss auf die Vornahme von Auslandsinvestitionen hat. So kommt es durchaus vor, dass Staaten, die keine Investitionsabkommen mit den jeweiligen Investorenstaaten abgeschlossen haben, oftmals Ziel von ausländischen Investoren werden[253], während wiederum in anderen Staaten, die Investitionsabkommen abgeschlossen haben, keine messbaren Investitionen getätigt werden.

Auch die *UNCTAD*[254] kam in einem Arbeitsbericht aus dem Jahr 2009 zu dem von *Poulsen* aufgezeigten Ergebnis. Nicht die Existenz von Investitionsabkommen, sondern andere Faktoren wie insbesondere die wirtschaftlichen Determinanten des Gaststaates seien nach dem Arbeitsbericht wesentlich für die Investitionsentscheidung. Der Arbeitsbericht der *UNCTAD* stellt zusammenfassend fest, dass zwischen den Vorgaben in Investitionsabkommen und dem Entschluss zur Vornahme von Investitionen im Gaststaat in der Regel keine Kausalität feststellbar sei[255]. Andere Studien zu dieser Thematik haben wiederum unterschiedliche Ergebnisse geliefert, vermögen jedoch auch diese eine Kausalität nicht darzulegen.[256] Die Wirtschaftskennzahlen des Gasstaates scheinen im Ergebnis den wichtigsten Faktor für die Investitionsentscheidung darzustellen.[257] In Anbetracht der aufgezeigten Ergebnisse vermag das Argument nicht zu überzeugen, wonach Investitionsabkommen aufgrund ihrer vermeintlichen Anziehungswirkung zugunsten ausländischer Investoren auszulegen sind.

Es gibt jedoch sogar Stimmen, die sich für eine Auslegung von BITs zugunsten des Gaststaates aussprechen. So wird zum Teil die Ansicht vertreten, Investitionsabkommen nach dem Grundsatz *in dubio mitus* restriktiv auszulegen. Im Zweifel sei eine Auslegung zu verfolgen, die die staatliche

[253] Zum Beispiel von Brasilien siehe auch *Poulsen,* The Importance of BITs for Foreign Direct Investment, 571.

[254] *UNCTAD*, The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investments to Developing Countries (2009), 6.

[255] Zustimmend etwa auch *G. Bellantuono*, The misguided quest for stability in the renewable energy sector, Journal of World Energy Law and Business, 2017, 10, 274 (285); *Tienhaara/Downie*, Risky Business ? The Energy Charter Treaty, Renewable Energy, and Investor-State Disputes, Global Goverence 24 (3) (2018), 451 (461).

[256] *Tienhaara/Downie*, Risky Business, 461; *Endicott*, China and International Investment Law, 224f; *Poulsen,* The Importance of BITs for Foreign Direct Investment, 545, 548ff; *Van Harten*, Five Justifications for Investment Treaties: A Critical Discussion, Trade, Law & Development, Vol. 2, No. 1 (2010), 10ff; *Chen*, A Contractual Approach, 302; eine von *W. Shan*/S. *Zhang* durchgeführte Studie hinsichtlich ausländischer Invesitionen in China hat gezeigt, dass Investoren vor Vornahme der Investition regelmäßig zumindest angeben, die Gesetzeslage genau geprüft zu haben, siehe *W.Shang/S. Zhang*, FDI in China and the Role of Law: An Empirical Approach, The Journal of World Investment and Trade, Vol. 12 (2011) 457 (460ff).

[257] *Endicott*, China and International Investment Law, 224; *UNCTAD*, The Role of International Investment Agreements in Attrachting Foreign Direct Investments, xiii; *Schill* (FET as a Rule of Law, 32) wiederum hebt hervor, dass die Entscheidung von Investoren, im Ausland zu investieren, primär von der Fähigkeit des Gaststaates abhänge, berechenbare und stabile gesetzliche Rahmenbedingungen zu gewähren.

Souveränität am wenigstens einschränke[258], wobei dieser Ansatz kontrovers ist.[259] *Reinisch*[260] spricht sich hier vermittelnd dafür aus, dass es auch im Interesse des Gaststaates gelegen ist, dass der Investor effektiv geschützt werde. Im Ergebnis sei die Auslegung somit weder zugunsten des Staates noch des Investors vorzunehmen.

Eine treffende Argumentation für eine im Zweifel zugunsten ausländischer Investoren vorzunehmende Auslegung der Vorgaben in Investitionsabkommen wird mE von *Wälde*[261] geliefert. Dieser hat ausgeführt, dass bei Auslandsinvestitionen ein grundsätzliches Ungleichgewicht zwischen ausländischem Investor und Gaststaat bestehe. Das Verhältnis Gaststaat und ausländischer Investor sei hierbei nicht mit dem Verhältnis von Parteien eines privatrechtlichen Vertrages gleichzusetzen, wo aus rechtlicher Sicht von einer Gleichwertigkeit auszugehen ist. Aus diesem Aspekt erscheint im Zusammenspiel mit dem Faktor, dass der Schutz von Auslandsinvestitionen das Hauptanliegen von Investitionsabkommen darstellt, eine Auslegung zugunsten des ausländischen Investors im Ergebnis als sachgerecht.[262] Eine Auslegung zugunsten des Gaststaates bzw. *in dubio mitus* ist aus diesen Gründen abzulehnen.

Gerade bei der schwierigen Frage der Begründung berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität abseits konkreter Zusicherungen ist der Umstand, dass Investitionsabkommen im Zweifel zugunsten der ausländischen Investoren auszulegen sind, durch die Schiedsgerichte in die Fallprüfung miteinzubeziehen.[263]

---

[258] Siehe *Redli*, Limitations to State Regulatory Power, 35ff, unter Verweis auf *H. Lauterpacht*, Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties, Cambridge (1949), 26; British Yearbook of International Law, 4). *Redli* verweist jedoch darauf, dass der Grundsatz *in dubio mitus* in der jüngeren Schiedspraxis zunehmend in Vergessenheit geraten ist.

[259] *Reinisch*, The Interpretation of International Investment Agreements, Rz 52; ferner *M. Petsche*, Restrictive Interpretation of Investment Treaties: A Critical Analysis of Arbitral Case Law, Journal of International Arbitration, Vol. 37, Issue 1 (2020), 1ff.

[260] *Reinisch*, The Interpretation of International Investment Agreements, Rz 53.

[261] *Thunderbird v. Mexico*, Separate Opinion *Wälde*, Rz 4-6; siehe zur allgemeinen Problematik auch Kap II A.

[262] *Pinto*, The 'Narrow' Meaning of the Legitimate Expectations, 278; ferner *Newcombe/Paradell,* Law of Investment Treaties, 113f*,* die hervorheben, dass die in BITs enthaltenen Stabilitätsvorgaben bei der Ermittlung von Ziel und Zweck des BIT zu einer investorenfreundlichen Vertragsauslegung führen; das Schiedsgericht in *SGS v. Philippines* hat sich aufgrund der Vorgabe in der Präambel, günstige Konditionen für Investoren zu erzeugen und zu erhalten, dafür ausgesprochen, dass Unklarheiten in der Auslegung des Investitionsabkommen zugunsten des Investors zu lösen seien, siehe *SGS Société Générale de Surveillance S. A. v. Republic of the Philippines*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (29. Jan 2004), Rz 116: „*The BIT is a treaty for the promotion and reciprocal protection of investments. According to the preamble it is intended 'to create and maintain favourable conditions for investments by investors of one Contracting Party in the territory of the other'.* ***It is legitimate to resolve uncertainties in its interpretation so as to favour the protection of covered investments***." (Hervorhebung durch den Autor).

[263] Von der Frage der Auslegung von Investitionsabkommen zugunsten ausländischer Investoren ist die regelmäßig aufgeworfene Kritik, wonach Schiedsgerichte tendenziell zugunsten ausländischer Investoren entscheiden, zu unterscheiden, siehe hierzu die Ausführungen in Kap XI C c) mit der Kritik in Bezug auf die

b) Zum Rechtsgehalt von Stabilitätsvorgaben in Präambeln

Die in den Präambeln von Investitionsabkommen enthaltenen Vorgaben sind nach der WVK bei Auslegung von Ziel und Zweck des Investitionsabkommens zu beachten.[264] Hierbei sind insbesondere die in Präambeln von BITs häufig anzutreffenden Stabilitätsvorgaben für die Forschungsfrage von Interesse. Diese Stabilitätsvorgaben betonen oftmals die Gewährung von stabilen Verhältnissen im Gaststaat. So heißt es etwa im Argentinien-USA-BIT[265]:

„*Agreeing that fair and equitable treatment of investment is desirable in order* ***to maintain a stable framework*** *for investment and maximum effective use of economic resources.*"[266]

In der Präambel im Frankreich-Moldawien-BIT findet sich die nachstehende gängige Formulierung[267]:„*...to* ***create favourable*** *conditions for French investments in Moldova and Moldovan investments in France.*"[268]

Derartige Stabilitätsvorgaben finden sich jedoch nicht nur in Präambeln, sondern auch im Vertragstext selbst, wie dies etwa beim ECT der Fall ist.[269]

Es stellt sich die Frage, wie solche Stabilitätsvorgaben im Zusammenhang mit dem Schutz berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität rechtlich einzuordnen sind. Denkbar wäre etwa, dass diese Vorgaben dem Investor einen rechtlich durchsetzbaren Anspruch auf Gewährung von Stabilität gegenüber dem Gaststaat einräumen. Auch denkbar wäre, dass solche Stabilitätsvorgaben zwar keinen rechtlich durchsetzbaren Anspruch begründen, jedoch bei der Auslegung des

---

Verhältnismäßigkeitsprüfung. Gerade hinsichtlich älterer Schiedsentscheidungen wird diese Kritik aufgeworfen, siehe hierzu Kap VII.

[264] Dies ergibt sich aus Art 31 Abs 2 WVRK, wonach der Vertragswortlaut samt Präambel und Anlagen bei der Vertragsauslegung im Lichte von Ziel und Zweck des Vertrages zu beachten ist; für *Redli* ergibt sich Ziel und Zweck eines Investitionsvertrages überhaupt vorrangig aus den Vorgaben in den Präambeln, siehe *Redli*, Limitations to State Regulatory Power, 32; siehe ferner *Enron v. Argentina*, Rz 259: „*The Tribunal gives weight to the text of the Treaty's Preamble, which links the standard to the goal of legal stability: 'fair and equitable treatment of investment is desirable in order to maintain a stable framework for the investment and maximum effective use of economic resources'.*"

[265] Argentina-United States of America BIT (1991), abrufbar unter: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/127/download (zuletzt abgerufen am 01.08.2022); siehe beinahe wortgleich im Ecuador – United States of America BIT (1993), https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1065/download (zuletzt abgerufen am 01.08.2022) *"Agreeing that fair and equitable treatment of investment is desirable in order to maintain a stable framework for investment and maximum effective utilization of economic resources."*

[266] Hervorhebung durch den Autor.

[267] France-Moldova, Republic of BIT (1997), abrufbar unter: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1256/download (zuletzt abgerufen am 01.08.2022).

[268] Hervorhebung durch den Autor.

[269] Zum ECT siehe Kap IX.

Investitionsabkommens zu berücksichtigen sind.[270] Zuletzt wäre jedoch auch denkbar, dass diese Vorgaben ohne näheren rechtlichen Gehalt lediglich als ‚programmatische Zielvorgabe' zu verstehen sind.

Die Annahme einer eigenständigen rechtlichen Verbindlichkeit derartiger Stabilitätsvorgaben im Sinne eines für Investoren ‚harten' rechtlich durchsetzbaren Anspruches auf Stabilität wird von der überwiegenden Schiedspraxis und Lehre verneint.[271] Vielmehr sind die Vorgaben in Präambeln nach überwiegender Ansicht in der Lehre und Rechtsprechung als Auslegungshilfe für die Ermittlung von Ziel und Zweck des jeweiligen Investitionsabkommens heranzuziehen.[272] Hierbei sind diese Vorgaben jedoch nicht dahingehend auszulegen, dass Gesetzesänderungen stets zu einer Verletzung des FET-Standards führen. Nach Auffassung des Schiedsgerichtes in *Continental v. Argentina*[273] würde eine Auslegung, wonach sich aus derartigen Stabilitätsvorgaben die Zusicherung ableiten ließe, dass der Gaststaat auch in Zeiten, wo es das öffentliche Interesse gebietet, die Gesetze nicht ändern werde, dem Gebot der effektiven Auslegung von Investitionsabkommen widersprechen.

Hervorzuheben ist jedoch, dass durch Schiedsgerichte in Schiedsverfahren der früheren 2000er-Jahre die Grundlage für den Schutz auf stabile gesetzliche Vorgaben zum Teil direkt aus derartigen, in Präambeln enthaltenen Stabilitätsvorgaben abgeleitet wurde. Diesen Stabilitätsvorgaben wurde

---

[270] So hat etwa *R. Nathanson* (The Revocation of Clean-Energy Investment Economic-Support-Systems as Indirect Expropriation Post-Nykomb: A Spanish Case Analysis, 98 Iowa Law Review (2013), 863, (866)) unter Verweis auf den Regelungsgehalt typischer BITs des Vereinigten Königreiches festgehalten, dass BITs im allgemeinen den konsistenten Zweck verfolgen würden, stabile Rahmenbedingungen für Investoren herzustellen; nach *R. Dolzer/F. Bloch* (Der rechtliche Schutz ausländischer Investoren, in *H. Kronke/W. Melis/H. Kuhn* (Hrsg.), Handbuch internationales Wirtschaftsrecht[2] (2017), 1066) lasse sich eine Faustregel dahingehend, wonach die in Präambeln vorgesehenen Zielvorgaben jedenfalls zu einer investorenfreundlichen Auslegung führen, aus der Schiedspraxis nicht ableiten.

[271] *Total S. A.v. Argentina*, Rz 116; *Continental Casuality v. Argentina*, Rz 258; *Titi*, The Right to Regulate, 115; siehe auch Schiedsrichter *Nikken*, der sich in seiner *dissenting opinion* zum Schiedsfall *Suez v. Argentina* gegen die Annahme einer sich aus den Stabilitätsvorgaben in Präambeln ergebenden Stabilitätsverpflichtungen ausspricht, *Suez v. Argentina*, Dissenting Opinion Nikken, Rz 29; auch kritisch *Potesta* (Legitimate Expectations, 113), der hervorhebt, dass der Ansatz von Schiedsgerichten, aus den Stabilitätsvorgaben in Präambeln auf die Verpflichtung zur Gewährung von stabilen Rahmenbedingen zu schließen, zu weit gefasst sei und für solch einen Schutz zusätzliche Faktoren, wie etwa Zusicherungen hinsichtlich der Unveränderlichkeit der gesetzlichen Rahmenbedingungen, hinzutreten müssen; auch *Tudor* (Fair and Equitable Treatment in the Law of Foreign Investment, 20) hebt hervor, dass die Vorgaben in den Präambeln nicht dazu vorgesehen seien, für Investoren substanziierte, über den konkreten Vertragstext und somit dem FET hinausgehende, rechtliche Ansprüche zu normieren.

[272] Siehe *Total S. A. v. Argentina*, Rz 116: „*… although such a statement in a preamble does not create independent legal obligations, it is a tool for the interpretation of the treaty since it sheds light on its purpose*"; siehe ferner *Titi*, The Right to Regulate, 115; *Diehl*, The Core Standard of International Investment Protection, 50; *Newcombe/Paradell*, Law and Practice of Investment Treaties, 113f; *Dolzer/Bloch,* Der rechtliche Schutz ausländischer Investoren, 1066; siehe ferner die umfangreichen Ausführungen des Schiedsgerichtes in *Suez v. Argentina*, Rz 216-220, zu den Vorgaben in verschiedenen Präambeln in mit Argentinien abgeschlossenen BITs; *RENERGY S.a r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/18, Dissent on Liability and Quantum (22. Apr 2022), Rz 27.

[273] *Continental Casuality v. Argentina*, Rz 258.

im Hinblick auf die gesetzliche Stabilität im Gaststaat wiederholt ein starker Bedeutungsgehalt beigemessen. So hat das Schiedsgericht in *OEPC v. Ecuador* festgehalten:

„*Although fair and equitable treatment is not defined in the Treaty, the Preamble clearly records the agreement of the parties that such treatment 'is desirable in order to maintain a stable framework for investment and maximum effective utilization of economic resources'. The stability of the legal and business framework is thus an essential element of fair and equitable treatment.*"[274]

Auch das Schiedsgericht in *CMS v. Argentina* hat, unter Bezugnahme auf die Stabilitätsvorgaben in der Präambel des verfahrensgegenständlichen BIT zwischen Argentinien und den USA, ausgesprochen:

„*The Treaty Preamble makes it clear, however, that one principal objective of the protection envisaged is that fair and equitable treatment is desirable 'to maintain a stable framework for investments and maximum effective use of economic resources'. There can be no doubt, therefore, that a stable legal and business environment is an essential element of fair and equitable treatment.*"[275]

In einigen Schiedsverfahren, insbesondere in den ‚Argentinienfällen', wurden durch die Schiedsgerichte die in den Präambeln der gegenständlichen BITs enthaltenen Stabilitätsvorgaben somit als Verpflichtung des Gaststaates, stabile Rahmenbedingen zu gewähren, aufgefasst[276]; dies auch abseits des Vorliegens von konkreten Stabilitätszusicherungen.[277]

---

[274] *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador,* LCIA Case No. UN3467, Final Award (01. Jul 2004), Rz 183.

[275] *CMS v. Argentina*, Rz 274.

[276] Siehe etwa *Enron v. Argentina*, Rz 259f. Das Schiedsgericht in *Enron v. Argentina* hält ausgehend von der in der Präambel des anzuwendenden BIT enthaltenen Stabilitätsvorgabe fest, dass die Gewährung stabiler gesetzlicher Rahmenbedingungen ein Schlüsselelement des FET-Standards darstellen würde; vgl ferner *LG & E v. Argentina*, Rz 124; *MTD v. Chile*, Rz 113; *Metaclad v. Mexico*, Rz 75; auch das Schiedsgericht in *Total S. A v. Argentina*, Rz 115f hat, obgleich sich im gegenständlichen Argentinien-Frankreich-BIT vergleichbare Stabilitätsvorgaben nicht finden, festgehalten, dass die in der früheren Schiedsjudikatur vertretene Auffassung betreffend des rechtlichen Gehalts von Stabilitätsvorgaben in den Präambeln zutreffend sei, da ausländische Investoren durch diese Vorgaben erwarten dürfen, dass stabile gesetzliche Rahmenbedingungen im Gaststaat gewährt werden; das Schiedsgericht in *Sempra Energy v. Argentina*, Rz 303 stützt sich bei der Begründung, wonach Argentinien seiner Pflicht zur Gewährung stabiler Konditionen nicht nachgekommen ist, auf die Ausführungen in *LG & E v. Argentina*, Rz 124.

[277] *Lemire v. Ukraine*, Decision on Jurisdiction and Liability, Rz 264, 284; aA *Suez v. Argentina*, Dissenting Opinion Nikken, Rz 29.

In jüngeren Entscheidungen wird jedoch postuliert, dass die Stabilitätsvorgaben in Präambeln nicht zu exzessiv im Sinne eines einseitigen Schutzes auf eine stabile Gesetzeslage auszulegen sind.[278] Das Schiedsgericht in *El Paso v. Argentina*[279] hat die einseitige Auslegung der Präambelvorgaben in Vorentscheidungen *CMS* und *LG & E v Argentina* kritisiert. Hierbei hat das Schiedsgericht betont, dass in der Präambel des in den Entscheidungen *CMS* und *LG & E* gegenständlichen BIT festgehalten werde, dass Ziel und Zweck des Abkommens die Gewährung stabiler Rahmenbedingungen und die maximal effiziente Nutzung der wirtschaftlichen Ressourcen sei. In *CMS* und *LG & E* sei nach Auffassung des Schiedsgerichtes in *El Paso* jedoch nur die erste Vorgabe, namentlich die Gewährung stabiler Rahmenbedingungen, beachtet worden. Da nach Auffassung des Schiedsgerichtes jeder Staat das Ziel verfolgen würde, den maximal effizienten Nutzen der wirtschaftlichen Ressourcen zu sichern, sei jedoch auch diese, zugunsten des Gaststaates im BIT formulierte Vorgabe, bei der Auslegung zu berücksichtigen.

Dass Stabilitätsvorgaben in Präambeln ein rechtlicher Bedeutungsgehalt beizumessen ist, ergibt sich zuletzt auch aus dem *Effizienzprinzip („effet utile")*. Bei der Auslegung der Vorgaben in den Präambeln von Investitionsabkommen ist schließlich auf die Maxime des *effet utile* oder *ut res magis valeat quam pereat* zu achten. Dieser Grundsatz besagt, dass die Bestandteile eines Vertrages so zu interpretieren sind, dass ihnen im Zweifel eine Bedeutung zuzusprechen ist.[280] Hervorzuheben ist, dass dieser Auslegungsgrundsatz in der Wiener Vertragsrechtskonvention nicht verankert ist, jedoch von Schiedsgerichten regelmäßig angewendet und auch in der Lehre anerkannt wird.[281] Diese Auslegungsmaxime führt jedoch zu dem Ergebnis, dass den Stabilitätsvorgaben in Präambeln in jedem Fall eine rechtliche Bedeutung zuzusprechen ist, da nicht angenommen werden kann, dass

[278] *Reinisch*, The Interpretation of International Investment Agreements, Rz 55; siehe auch *Saluka v. Czech Republic*, Rz 300, wo sich das Schiedsgericht für einen ausgeglichenen Ansatz ausspricht; hinsichtlich des österreichischen Model-BIT siehe auch *N. Bernasconi-Osterwalder/L. Johnson,* Commentary to the Austrian Model Investment Treaty, Study commissioned by the Chamber of Labour for Vienna, Austria (2011), 25, abrufbar unter: https://www.arbeiterkammer.at/infopool/akportal/Studie_Investitionsschutzabkommen_en.pdf (zuletzt abgerufen am 01.08.2022); siehe auch *Bilcon v. Canada*, Rz 596, wo das Schiedsgericht unter Bezugnahme der Präambel in NAFTA hervorhebt, dass neben der Zusicherung zur Gewährung berechenbarer Rahmenbedingungen etwa auch die Stärkung und Durchsetzung des Umweltrechtes im Gaststaat in der Präambel normiert werde und dies ebenfalls zu berücksichtigen sei. Somit spricht sich das Schiedsgericht gegen eine einseitige Bedachtnahme auf die im Abkommen enthaltene Stabilitätsvorgabe aus.

[279] *El Paso v. Argentina*, Rz 369.

[280] *Reinisch*, The Interpretation of International Investment Agreements, Rz 58; Siehe auch *O. Dörr*/*K. Schmalenbach*, Vienna Convention on the Law of Treaties[1] (2012), Art 31 VCLT Rz 31: „*provisions are to be interpreted so as to give them their fullest weight and effect and in such a way that a reason and a meaning can be attributed to every part of the text.*"; *Crawford,* Treaty and Contract in Investment Arbitration, The 22th Feshfields Lecture on International Arbitration (2007), 4.

[281] Siehe *Redli*, Limitation of States Right to Regulate, 32; *Reinisch,* The Interpretation of International Investment Agreements, Rz 58.

Vorgaben ohne jeglichen rechtlichen Bedeutungsgehalt durch die Vertragserrichter in den Präambeln der Vertragstexte verankert wurden.

c) Conclusio zum Bedeutungsgehalt von Stabilitätsvorgaben in Präambeln

Hinsichtlich des rechtlichen Gehaltes von Stabilitätsvorgaben in Präambeln ist zunächst der herrschenden Schiedsjudikatur und Lehre beizupflichten, wonach allein aus diesen Vorgaben kein rechtlich eigenständig durchgesetzbarer Anspruch auf gesetzliche Stabilität abgeleitet werden kann. Diese Annahme scheitert bereits daran, dass die programmatisch formulierten Stabilitätsvorgaben zu unbestimmt sind, um daraus einen eigenen, für den Investor durchsetzbaren, Anspruch auf Stabilität gegenüber dem Gaststaat abzuleiten.[282] Treffend hat sich das Schiedsgericht in *El Paso v. Argentina* gegen solch eine Annahme als eine zu einseitige Vertragsauslegung zugunsten des Investors ausgesprochen.[283]

Fraglich ist in diesem Punkt, ob derartige programmatische Stabilitätsvorgaben nicht bereits in dem durch die Schiedspraxis unter dem FET-Standard entwickelten Schutz berechtigter Erwartungen ‚erschöpfend' erfasst werden. Schließlich muss darauf Bedacht genommen werden, dass sich die Auffassung, wonach nachteilige Änderungen in der Gesetzeslage zu einer Verletzung berechtigter Erwartungen unter dem FET-Standard führen können, im Zusammenhang mit Schiedsverfahren entwickelt hat, die unter BITs mit derartigen Stabilitätsvorgaben entschieden wurden. So wurde in der älteren Schiedspraxis regelmäßig die Pflicht zur Gewährung von Stabilität aufgrund der Stabilitätsvorgaben in den Präambeln der anzuwendenden BITs angenommen.[284] Aus der dargestellten Entwicklung in der Schiedsjudikatur zum Schutz berechtigter Erwartungen könnte daher der Schluss gezogen werden, dass diese, in älteren Entscheidungen regelmäßig zu behandelnden Stabilitätsvorgaben dazu beigetragen haben, dass das Vertrauen auf gesetzliche Stabilität (unter bestimmten Voraussetzungen) unter den Schutz berechtigter Erwartungen zu erfassen ist. Dieses Ergebnis würde jedoch bedeuten, dass derartigen Stabilitätsvorgaben keine gesonderte Bedeutung bei der Frage der Erzeugung berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität beizumessen wäre, sondern sich der rechtliche Bedeutungsgehalt derartiger Stabilitätsvorgaben in den nach der Schiedsjudikatur entwickelten Schutz berechtigter Erwartungen

[282] Diffiziler zu erfassen ist der rechtliche Bedeutungsgehalt der Stabilitätsvorgabe in Art 10 Abs 1 des ECT. Siehe dazu Kap IX D.
[283] *El Paso v. Argentina*, Award, Rz 369, siehe hierzu die Ausführungen in Abschnitt b) dieses Unterkapitels.
[284] Siehe hierzu die Ausführungen zu *CMS* und *L & G v. Argentina* sowie *OEPC v. Ecuador* in Abschnitt b) dieses Kapitels.

unter dem FET-Standard erschöpft. Gegen diese Annahme sprechen jedoch die Vertragstexte einiger jüngerer Investitionsabkommen. Schließlich finden sich in diesen Abkommen Stabilitätsvorgaben, während der Schutz berechtigter Erwartungen auf stabile Gesetzesvorgaben abseits konkreter Zusicherungen ausgeschlossen wird.[285] Daraus ergibt sich jedoch, dass diesen Stabilitätsvorgaben eine eigene, neben dem Schutz berechtigter Erwartungen, bestehende Bedeutung beizumessen ist. Es ist daher im Ergebnis davon auszugehen, dass in Abkommen, in denen derartige Stabilitätsvorgaben verankert werden, diese Vorgaben im Zuge der Auslegung des FET-Standards zu berücksichtigen sind. Die Berücksichtigung derartiger Stabilitätsvorgaben könnte etwa bei einer aufgrund von Gesetzesänderungen durchzuführenden Verhältnismäßigkeitsprüfung erfolgen.[286]

Abschließend anzumerken ist, dass die Frage der rechtlichen Einordnung derartiger Stabilitätsvorgaben insbesondere aufgrund der aktuellen Flut an Schiedsverfahren im Sektor der erneuerbaren Energien wieder in den Vordergrund gerückt ist. Dies aufgrund des Umstandes, dass in dem in diesem Zusammenhang bedeutsamsten multilateralen Investitionsabkommen, dem Energy Charter Treaty[287], ebenfalls eine Stabilitätsvorgabe enthalten ist. Diese findet sich jedoch nicht in der Präambel des Abkommens, sondern in jenem Abschnitt des Vertragstextes, der auch den FET-Standard regelt.[288] Auf die nicht unstrittige rechtliche Einordnung dieser Vorgabe im Vertragstext iZm dem Schutz berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität wird in einem späteren Abschnitt gesondert eingegangen.[289]

C. Präzedenzfälle als eigene Interpretationsform?

a) Allgemeines

Wie bereits ausgeführt wurde, spielen Entscheidungen älterer Schiedsgerichte für die Beurteilung des Schutzes berechtigter Erwartungen im Zusammenhang mit Gesetzesänderungen eine tragende Rolle. Der ‚routinemäßige' Rückgriff auf ältere Entscheidungen ist insbesondere dem Umstand geschuldet, dass der Schutz berechtigter Erwartungen in den meisten Investitionsabkommen

[285] Siehe hierzu Kap VIII E.
[286] Zur Verhältnismäßigkeitsprüfung siehe Kap XI C. Es stellt sich hierbei die Problematik, dass die von Schiedsgerichten in die Abwägung einbezogenen Faktoren regelmäßig in der Entscheidungsbegründung nicht bzw. nicht zur Gänze offengelegt werden.
[287] Energy Charter Treaty (1994), abrufbar unter: https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/itre/dv/energy_charter_/energy_charter_en.pdf (Stand 14.07.2014); zum ECT siehe Kap IX.
[288] Zu den Schiedsverfahren siehe Kap X.
[289] Siehe hierzu Kap IX D.

textlich nicht geregelt ist. Mit einem Rückgriff auf die Interpretationsvorgaben der Art 31-33 der Wiener Vertragsrechtskonvention kann daher nicht das Auslangen gefunden werden.[290] Gleich wie in den meisten nationalen Rechtsordnungen ist auch im Völkerrecht[291] und insbesondere im internationalen Investitionsrecht[292] bei der Entscheidungsfindung die Heranziehung von Präzedenzien stark verbreitet. Obgleich bereits entschiedene Fälle internationaler Schiedsgerichte keine eigene Interpretationsform nach Art 31-33 WVK darstellen, orientieren sich Schiedsgerichte in der Praxis häufig an ähnlich gelagerten und bereits entschiedenen Schiedsverfahren und damit auch an der in den älteren Verfahren vorgenommenen Auslegung des FET-Standards.[293] Oftmals führt dies zu dem Ergebnis, dass Interpretationsergebnisse ältere Entscheidungen als eine verbindliche Auslegung der Vorgaben des FET-Standards durch jüngere Schiedsgerichte angenommen werden.[294] Dies zeigt sich darin, dass durch Schiedsgerichte regelmäßig einzelne ‚Stehsätze' älterer Schiedsverfahren übernommen werden, ohne dass auf die Umstände des konkreten Falls ausreichend Bezug genommen wird.[295] Es ist somit fraglich, ob Schiedsgerichte, die

[290] *Reinisch*, The Interpretation of International Investment Agreements, Rz 2.

[291] *G. Kaufmann-Kohler*, Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? The 2006 Freshfields Lecture, Arbitration International, Volume 23, Issue 3 (2007), 357 (359ff); *Tietje*, internationales Investitionsrecht im Spannungsverhältnis, 18; zur tiefergehenden Auseinandersetzung der Thematik Präzedenzien in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit siehe die umfassende Untersuchung von *V. König*, Präzedenzwirkung internationaler Schiedssprüche, Dogmatisch-empirische Analyse zur Handels- und Investitionsschiedsgerichtsbarkeit[1] (2014), 35ff, 160ff.

[292] *Kaufmann-Kohler*, Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? 360.

[293] *Reinisch*, The Interpretation of International Investment Agreements, Rz 78; *Jacob/Schill*, Fair and Equitable Treatment: Content, Practice, Method, 31; *M. Hirsch*, Sources of International Investment Law in *A. Reinisch/A. K. Bjorklund* (Hrsg.), International Investment Law and Soft Law (2012), 31; das Schiedsgericht in *Suez v. Argentina* erachtet Präzedenzfälle unter Verweis der Vorgaben in Art 38 lit d des IGH-Statutes als Hilfsmittel zur Feststellung der Bedeutung des FET-Standards, siehe *Suez v. Argentina*, Rz 189; aA Schiedsrichter *Nikken* in seiner *dissenting opinion* zu *Suez v. Argentina*, Rz 24; das Schiedsgericht in *Arif v. Moldova* verweist jedoch darauf, dass trotz der Bedeutung von Präzedenzien in der Schiedspraxis stets die Interpretationsvorgaben nach Art 31-33 WVK zur Auslegung des konkreten Abkommens anzuwenden seien, siehe hierzu *Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, ICSID Case No. ARB/11/23, Award (08. Apr 2013), Rz 527; zustimmend auch *Reinisch*, The Interpretation of International Investment Agreements, Rz 83.

[294] *M. Bungenberg/C. Titi*, Precedents in International Investment Law, in *M. Bungenberg/J. Griebel/S. Hobe/A. Reinisch* (Hrsg.), International Investment Law – A Handbook (2015), Rz 4.

[295] So hat etwa das Schiedsgericht in *SolEs Badajoz v. Spain* hinsichtlich eines Verweises des Klägers auf eine Phrase aus der Entscheidung *Total S. A. v. Argentina* angeführt: „*The Tribunal in Total considered a range of factors in reaching its conclusions.* ***The phrase of that Award*** *on which Respondent relies,* ***taken out of context****, cannot fairly be described as a free-standing 'test' of whether an FET obligation has been met.*", siehe *SolEs Badajoz v. Spain,* Rz 323 (Hervorhebung durch den Autor). Bezeichnend ist hier allerdings, dass sich das Schiedsgericht in *SolEs Bajadoz v. Spain* in der Entscheidung selbst auf Phrasen älterer Schiedsentscheidungen ohne nähere Differenzierung hinsichtlich des Sachverhaltes gestützt hat. So beispielsweise im Hinblick auf die (entgegen der Auffassung des Schiedsgerichtes überdies nicht unstrittigen) Auffassung, wonach konkrete Zusicherungen für die Erzeugung berechtigter Erwartungen nicht notwendig seien: „*The Tribunal does not accept Respondent's assertion that ‚specific commitments made to an investor' are necessary to an FET claim. As has been widely recognized, an investor's legitimate expectations can also arise from provisions of law and regulations and from statements made by or on behalf of the State for the purpose of inducing investment by class of investors.*" (Rz 313); Schiedsrichter *Voss* hebt kritisch hervor, dass die starke Tendenz zur Heranziehung von Präzedenzien dazu führe, dass das Fallrecht nationales Recht verdränge, siehe *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, Dissenting Opinion of Arbitrator Dr. Jürgen Voss, (01. Mar 2011), vi.

ihre Entscheidung mit Präzedenzien begründen, überhaupt noch die Interpretationsvorgaben der Art 31-33 WVK anwenden. *M. Bungenberg/C. Titi*[296] betonen in diesem Zusammenhang treffend, dass ältere Schiedsentscheidungen in erster Linie als Orientierungshilfe für Schiedsrichter herangezogen werden sollten. Diese Heranziehung sei insbesondere dann sachgerecht, wenn die Sachlage des zu behandelnden Falles in großen Teilen mit der Sachlage der herangezogenen Vorentscheidung vergleichbar sei.

Auch ist zu betonen, dass die Orientierung an früheren Schiedsentscheidungen zur Einheitlichkeit und damit auch zur Rechtssicherheit beitragen kann.[297] *G. Kaufmann-Kohler*[298] spricht in Anbetracht des Gebotes der Rechtssicherheit überhaupt von einer „moralischen Verpflichtung", den ausgearbeiteten Grundsätzen bereits entschiedener Schiedsverfahren zu folgen. Grundsätzlich stellt jedoch die Beurteilung einer möglichen Verletzung berechtigter Erwartungen aufgrund nachteiliger Gesetzesänderungen stets eine Frage des konkreten Einzelfalls dar.[299] Unter diesem Gesichtspunkt ist die fehlende Bindungswirkung vorteilhaft, da dies eine Abkehr von älteren unrichtigen Entscheidungen ermöglicht.[300] Gegen die Annahme einer Bindungswirkung von Präzedenzfällen

[296] *Bungenberg/Titi*, Precedents in International Investment Law, 4.

[297] Zur Frage der Uneinheitlichkeit in der Schiedspraxis insbesondere im Zusammenhang mit dem Schutz vor indirekten Enteignungen siehe *A. Nilsson/O. Englesson*, Inconsistent Awards in Investment Treaty Arbitration: Is an Appeals Court Needed? Journal of International Arbitration, Vol. 30 (2013), Issue 5, 561 (561ff, 567); wie *M. Bungenberg/C. Titi* (Precedents in International Law, 8) richtig aufzeigen, vermag die fehlende Bindungswirkung zu einer hohen Anzahl an widersprüchlichen Entscheidungen führen. Dies sei nach Ansicht der Autoren hinsichtlich der Interpretation des US-Argentina-BIT in den Entscheidungen anlässlich der Argentinienkrise Anfang der 2000er-Jahre oftmals der Fall gewesen; siehe auch *M. Bungenberg/C. Titi*, The Evolution of EU Investment Law and the Future of EU-China Investment Relations, in *W. Shan/J. Su* (Hrsg.), China and International Investment Law, 20 Years of ICSID Membership, Silk Road Studies in International Investment Law, Band 1 (2014), 297 (344), wo die Autoren darauf verweisen, dass in den Entscheidungen *CME v. Czech Republic* und *Lauder v. Czech Republic*, trotz identem Sachverhalt, konträr entschieden wurde und daraus auch die fehlende Einheitlichkeit zu erblicken sei; die Inkonsistenz dieser beiden Fälle wurde auch von *Nilsson/Englesson*, Inconsistent Awards in Investment Treaty Arbitration, 567 aufgezeigt.

[298] *Kaufmann-Kohler*, Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? 374; problematisch ist laut *Schill* (International Investment Law and Comparative Public Law, 84), dass aufgrund der de-facto Bindungswirkung älterer Schiedsentscheidungen hiervon auch die Parteien des aktuellen Verfahrens, obgleich diese nicht Parteien des Vorverfahrens waren, infolge der Heranziehung der Vorentscheidung durch das aktuelle Schiedsgericht von diesem Vorverfahren ‚mitumfasst' werden.

[299] *Lörcher/Ober*, Schutzstandards im materiellen Investitionsrecht, 115; *Bungenberg/Titi*, Precedents in International Investment Law, 2ff; zur Einzelfallbezogenheit des Schutzes berechtigter Erwartungen siehe etwa *Charanne v. Spain*, Rz 495; *Antin v. Spain*, Rz 536.

[300] *Bungenberg/Titi*, Precedents in International Investment Law, 8; siehe auch das Schiedsgericht in *El Paso v. Argentina*, Rz 341, 350, das ausdrücklich den strikten Ansätzen in manchen Vorentscheidungen im Zusammenhang mit dem Schutz berechtigter Erwartungen widerspricht; allgemeinhin ist dies insbesondere im Zusammenhang mit der Entscheidung *TECMED* zu beobachten gewesen, siehe diesbezüglich Kap VII A a) i; siehe auch *PV Investors v. Spain,* Final Award, Rz 552, wo das Schiedsgericht unter dem Grundsatz „*jura novit curia*" festgehalten hat, dass ungeachtet der zahlreichen bereits ergangenen Schiedsentscheidungen aus dem Sektor der erneuerbaren Energien das Schiedsgericht die Entscheidung nach der eigenen Ansicht fällen werde. AA hier Schiedsrichter *Bower*, der in seiner *concurring and dissenting opinion* zu *PV Investors* ausführt, dass in bereits elf zuvor ergangenen Entscheidungen mit

spricht überdies der Umstand, dass die Unterstellung solch einer Bindungswirkung gegen die Interpretationsvorgaben der WVK verstoßen würde. Schließlich würde dann auch die in Vorentscheidungen vorgenommene Auslegung Bindungswirkung für spätere Schiedsgerichte entfalten.[301]

Eine de-facto-Bindungswirkung von Vorentscheidungen ist in der Schiedspraxis jedoch nicht von der Hand zu weisen und bei überzeugenden Entscheidungen grundsätzlich auch zu begrüßen.[302] Die wiederholte Bestätigung von in einer Schiedsentscheidung ausgearbeiteten Grundsätzen in späteren Schiedsverfahren begründet hierbei ein besonderes Maß an faktischer Bindungswirkung („*jurisprudence constante*“).[303]

b) Präzedenzien und der Schutz berechtigter Erwartungen

Neben der bereits thematisierten Problematik der Heranziehung von Vorentscheidungen, die unter einem anderen BIT ergangen sind[304], ist die starke Orientierung an ‚Stehsätzen' in älteren Schiedsentscheidungen teilweise kritisch zu betrachten. Auch im Zusammenhang mit der Frage

beinahe identem Sachverhalt durchwegs konträr zur Auffassung des Schiedsgerichtes in *PV Investors* entschieden worden sei und daher die Abweichung durch das Schiedsgericht nicht geboten erscheine, siehe *PV Investors v. Spain*, Concurring and Dissenting Opinion of Charles N. Bower (28. Feb 2020), Rz 2.

[301] *Bungenberg/Titi*, Precedents in International Investment Law, 15; die fehlende Bindungswirkung von Präzedenzien wird etwa im NAFTA-Abkommen in Art 1136 Abs 1 ausdrücklich normiert: „*An award made by an Tribunal shall have no binding force except between the disputing parties and in respect oft he particular case.*".

[302] *Bungenberg/Titi*, Precedents in International Investment Law, 20.

[303] *Paine*, On Investment Law and Questions of Change, 183; siehe hierzu auch *Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh,* ICSID Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures (21. Mar 2007)*,* Rz 67.

[304] *Selivanova*, Changes in Renewables Support Policy and Investment Protection, 453; treffend wurde hierzu seitens des Schiedsgerichtes in *Total S. A. v. Argentina* hinsichtlich Stabilitätsvorgaben in Präambeln aufzeigt, dass in zahlreichen der herangezogenen Vorentscheidungen der ‚Argentinienkrise' ein anderer BIT gegenständlich gewesen sei, siehe zu dieser Problematik auch Abschnitt B b) und C c) dieses Kapitels; siehe zu der Problematik auch die *legal opinion* von *Sornarajah* in *El Paso v. Argentina*, Rz 83; *Dolzer/Bloch*, der rechtliche Schutz ausländischer Investoren, 1071, zeigen auf, dass im Zusammenhang mit der Heranziehung von Schiedsentscheidungen unter dem NAFTA-Abkommen darauf Bedacht zu nehmen sei, dass der FET-Standard in NAFTA an den internationalen Minimumstandard gekoppelt sei; auch das Schiedsgericht in *AWG v. Argentina* hebt hier hervor: „***The context of the term ‚fair and equitable' largely depends upon the contents of the treaty in which it is employed****. Thus, the term must be interpreted not as three words plucked from the BIT text but within the context of the various rights and responsibilities, with all their various conditions and limitations, to which the Contracting Parties agreed.*", siehe *AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic*, UNCITRAL, Decision on Liability (30. Jul 2010), Rz 214 (Hervorhebung durch den Autor); siehe auch *M. Klein Bronfman*, Fair and Equitable Treatment an Evolving Standard, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 10 (2006), 609 (643). *Klein Bronfman* hebt hinsichtlich des Falles *OEPC v. Ecuador* kritisch hervor, dass das Schiedsgericht in der Entscheidung das Auslegungsergebnis älterer Schiedsgerichte übernommen hätte, in denen die Sachlage unter der Anwendung anderer BITs zu beurteilen gewesen wäre; vgl ferner *Schill,* International Investment Law and Comparative Public Law, 88; zur Debatte aufgrund der zur üblichen Formulierung des FET-Standards abweichenden Formulierung des FET-Standards im BIT zwischen Litauen und Norwegen („*equitable and reasonable*") siehe *Parkerings v. Lithuania*, Rz 271ff. Das Schiedsgericht gelangt zu dem Ergebnis, dass trotz der unterschiedlichen Formulierung des FET-Standards im Litauen-Norwegen-BIT im Vergleich zur gewöhnlichen Formulierung des FET in den meisten BITs die bisherige Schiedspraxis zur Auslegung des FET-Standards dennoch einschlägig sei (Rz 278).

eines Vertrauensschutzes auf gesetzliche Stabilität erfolgt die Heranziehung von Stehsätzen aus älteren Schiedsentscheidungen konsequent durch ‚beide' Lager, also durch die Befürworter und die Gegner der Annahme eines Schutzes berechtigter Erwartungen auf stabile gesetzliche Rahmenbedingungen abseits konkreter Zusicherungen.[305] Bei der Heranziehung solcher Stehsätze im Zusammenhang mit dem Schutz berechtigter Erwartungen fehlt es jedoch bei den ‚heranziehenden' Schiedsgerichten oftmals an der dogmatischen Grundlagenforschung, wie dies von *Wälde*[306] treffend aufgezeigt wurde. So weist *Wälde* in seiner *separate opinion* zu *Thunderbird v. Mexico*, die den Schutz berechtigter Erwartungen iSd FET-Standards erstmals umfassend beleuchtet hat[307], darauf hin, dass Leitentscheidungen wie *Tecmed v. Mexico*, *Metaclad v. Mexico, Waste Management v. Mexico, MTD v. Chile* und *Occidental v. Ecuador* den dogmatischen Hintergrund des Schutzes berechtigter Erwartungen nicht näher beleuchtet hätten. Ungeachtet dessen hätten diese Entscheidungen als „*authoritative precedents*" ein eigenes Verständnis des Schutzes berechtigter Erwartungen etabliert[308]. Ein Musterbeispiel für solch einen ‚Stehsatz' stellt der insbesondere in den ‚Argentinienfällen' oftmals herangezogenen „Tecmed-Standard" dar.[309] Eine weitere im Zusammenhang mit berechtigten Erwartungen auf stabile Gesetzesvorgaben abseits konkreter Zusicherungen mehrfach herangezogener Stehsatz stammt aus einer *UNCTAD*-Studie aus dem Jahre 2012, in der ausgeführt wird:

„*Arbitral decisions suggest in this regard that an investor may derive legitimate expectations either from (a) specific commitments addressed to it personally, for example, in the form of a stabilization clause, or* ***(b) rules that are not specifically addressed to a particular investor but which are put***

[305] Siehe etwa die Ausführungen des Schiedsgerichtes in *Masdar v. Spain* zu den ‚zwei Schulen' in Kap X C. j); zu Präzedenzien im internationalen Investitionsrecht siehe ferner *J. Paulsson*, The Role of Precedents in Investment Arbitration, in *K. Yannaca-Small* (Hrsg.), Arbitration under international investment agreements: a guide to key issues (2010), 699ff.

[306] *Thunderbird v. Mexico*, Dissenting Opinion *Wälde*, Rz 30; *Roberts* vergleicht die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit mit einem Kartenhaus, das überwiegend auf den Verweisen auf andere Schiedsentscheidungen und Lehrmeinungen aufgebaut sei, während lediglich unzureichend Bezug auf den konkreten Fall genommen werde, siehe *A. Roberts*, Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States, The American Journal of International Law (2010) Vol. 104, 179; *Potesta*, Legitimate Expectations in Investment Treaty Law, 91; auch *Snodgrass*, Protecting Investors' Legitimate Expectations, 57f kritisiert das regelmäßige Heranziehen älterer Schiedsentscheidungen ohne Untersuchung der dogmatischen Grundlagen des Schutzes berechtigter Erwartungen; siehe auch *El Paso v. Argentina,* Legal Opinion of M. Sornarajah, Rz 80: *"It is important for a tribunal to demonstrate how the concept of legitimate expectation is arrived at in investment arbitration. So far, there has been the magic incantation of the formula without an explanation of the origin of its sources.*"

[307] Siehe hierzu Kap VII A b).

[308] *Thunderbird v. Mexico*, Dissenting Opinion *Wälde*, Rz 30; zur Darstellung der Entwicklung in der älteren Schiedspraxis vgl Kap VII A.

[309] Siehe hierzu Kap VII A a) ii.

in place with a specific aim to induce foreign investments and on which the foreign investor relied in making his investment."[310]

Die Problematik im Zusammenhang mit diesem Passus wird in Kapitel XI J noch eingehend beleuchtet.

Die Fragwürdigkeit der Heranziehung von älteren Vorentscheidungen ohne hinreichende Bedachtnahme auf den konkreten Fall wird durch das Schiedsgericht in *SolEs Bajadoz v. Spain* unterstrichen. Gegenstand des Verfahrens bildete die Frage eines Schutzes berechtigter Erwartungen auf stabile gesetzliche Rahmenbedingungen abseits konkreter Zusicherungen. Das Schiedsgericht hat hinsichtlich der von den Verfahrensparteien herangezogenen Vorentscheidungen ausgeführt:

„*The Parties invoke numerous prior arbitral awards. The Tribunal has taken this arbitral case law into account, without being bound by the conclusions of other tribunals.*"[311]

„*... Because each Judgment addresses specific facts and provisions of law and regulation, the Parties' selective quotations from various Judgments are of limited assistance to the Tribunal.*"[312]

c) Die sich aus Präzedenzien ergebende ‚übergreifende Tendenz' in der Schiedspraxis

Durch Schiedsgerichte werden wie bereits aufgezeigt regelmäßig Vorentscheidungen herangezogen, die unter einem anderen Investitionsabkommen ergangen sind.[313] Bedingt durch diese Vorgehensweise kommt es zu einer gewissen vertragsübergreifenden Wirkung der inhaltlichen Vorgaben der Investitionsabkommen über den Anwendungsbereich des jeweiligen

[310] *UNCTAD*, FET a Sequel (2012), 69 (Hervorhebung durch den Autor) unter Bezugnahme auf die Entscheidungen *Enron v. Argentina*, *LG & E v. Argentina* und *Glamis Gold v. USA*.
[311] *SolEs Bajadoz v. Spain,* Award, Rz 333.
[312] *SolEs Bajadoz v. Spain,* Award, Rz 430.
[313] Siehe Abschnitt C a) und b) dieses Kapitels; vgl *R. Happ*, The Energy Charter Treaty in *M. Bungenberg/J. Griebel/S. Hobe/A. Reinisch* (Hrsg.), International Investment Law – A Handbook (2015), Rz 27, der festhält, dass das Schiedsgericht in *Metaclad v. Mexico* die NAFTA-Vorgabe zum Transparenzgebot in der Weise ausgelegt hätte, wie sie in Satz 1 des Art 10 ECT normiert werde; zur Vereinheitlichung fordert etwa *Subedi* (International Investment Law, 189ff) die Einführung eines in der Lehre teilweise geforderten einheitlichen ‚globalen' Investitionsabkommens. Hierzu führt der Autor aus, dass solch ein Abkommen wünschenswert sei, um der divergierenden Entscheidungspraxis der Schiedsgerichte aufgrund der weiten Zersplitterung in tausende von Investitionsabkommen zu begegnen. Diese Sorge ist jedoch unbegründet, da das Vorhandensein der zahlreichen Investitionsabkommen entsprechend der Ausführungen in diesem Abschnitt nicht zu einer unterschiedlichen Entscheidungspraxis führt. Es entspricht vielmehr der Praxis, dass sich Schiedsgerichte in der Regel über die Vorgaben des konkret anzuwendenden BITs hinwegsetzen und den Gehalt des FET-Standards vielmehr unter Bezugnahme auf das Ergebnis von Vorentscheidungen auslegen.

Investitionsabkommens hinaus.[314] Problematisch ist dies wie bereits ausgeführt in Fällen, wo in der Präambel im Investitionsabkommen der herangezogenen Vorentscheidung Stabilitätsvorgaben normiert sind, während solche Vorgaben im Investitionsabkommen des aktuellen Verfahrens nicht enthalten sind.[315] Die ‚vertragsübergreifende' Heranziehung von Entscheidungen, die unter einem anderen Investitionsabkommen ergangen sind, ist einerseits wohl der Vielzahl von Investitionsabkommen geschuldet, in denen der FET-Standard zumeist wortgleich geregelt wird. Ein weiterer Faktor für die vertragsübergreifende Heranziehung von Vorentscheidung liegt wie bereits ausgeführt darin begründet, dass sich die allgemeinen Werkzeuge der Vertragsauslegung nach der WVK als unzureichend für die Ermittlung des rechtlichen Bedeutungsgehaltes des FET-Standards darstellen.[316] *Schill*[317] spricht sich dafür aus, dass der Bedeutungsgehalt der Vorgaben in Investitionsabkommen über das konkrete Investitionsabkommen hinausgehend zu ermitteln sei, wobei sich dies nach *Schill* bereits aus der Natur von Investitionsabkommen ergeben würde. Der Autor hebt hervor, dass BITs in mehreren Punkten nicht wie normale Verträge, welche beidseitig ausgehandelt werden, anzusehen seien. Vielmehr würden Investitionsabkommen ein über das jeweilige konkrete Abkommen hinausgehendes System des Investitionsschutzes bilden. Dies liege nach *Schill* darin begründet, dass Investitionsabkommen im Allgemeinen sehr uniform ausgestaltet seien und weitgehend die gleichen Investorenrechte beinhalten würden. Überdies trage auch die Schiedspraxis dazu bei, dass die Vorgaben in Investitionsverträgen größtenteils einheitlich ausgelegt und angewandt werden. Die Erwägungen von *Schill* sind im Hinblick auf die gewöhnliche, in den meisten BITs enthaltene ‚vage' Normierung des FET-Standards durchaus stimmig.[318] Bei Auslegung der Investitionsabkommen jüngerer Zeit ist jedoch auf die darin enthaltene Regelung des FET-Standards sowie insbesondere die Normierung des Schutzes berechtigter Erwartungen in diesen Abkommen Bedacht zu nehmen.[319]

---

[314] *Schill* (The Multilateralization of International Investment Law: the Emergence of a Multilateral System of Investment Protection on the Basis of Bilateral Treaties, Inaugural Conference of the Society of International Economic Law, Geneva, 15th-17th Juli 2008, SIEL Online Proceedings Working Paper No. 18/08, 1f, 17f), vertritt die These, dass sich insbesondere aufgrund der Heranziehung des Auslegungsergebnisses der BIT-Vorgaben in Vorentscheidungen ein über das konkrete Abkommen hinausgehendes multilaterales System in der Schiedspraxis etabliert habe.

[315] Siehe hierzu die im Vorkapitel aufgezeigte Untersuchung derartiger Stabilitätsvorgaben.

[316] Siehe hierzu Abschnitt B dieses Kapitels.

[317] *Schill*, FET and Comparative Public Law, 95.

[318] Hier sollte jedoch der Diskurs hinsichtlich des Verhältnisses zum völkerrechtlichen Minimumstandard in Kap II C beachtet werden; ferner der Diskurs zu den unterschiedlichen Präambelvorgaben in Kap V B b).

[319] Siehe hierzu Kap VIII.

Da die Regelung des FET-Standards in den jüngsten Investitionsabkommen zum Teil erheblich von der Regelung des ‚vagen' FET-Standards der meisten Investitionsabkommen abweicht, ist fraglich, ob unter dem ‚vagen' FET-Standard ergangene Entscheidungen zur Auslegung der FET-Vorgaben dieser jüngeren Investitionsabkommen herangezogen werden können. Auf der anderen Seite ist es durchaus denkbar, dass Schiedsgerichte, welche eine Streitigkeit unter dem herkömmlichen ‚vagen' FET-Standard zu behandeln haben, zur Auslegung des Schutzumfanges des Schutzes berechtigter Erwartungen ‚vertragsübergreifend' auf die in den jüngeren Investitionsabkommen enthaltenen Vorgaben zurückgreifen, da in zahlreichen der jüngeren Abkommen die Voraussetzungen für den Schutz berechtigter Erwartungen näher textlich geregelt werden.

VI. Das right to regulate des Gaststaates

A. Einleitung

Wie bereits eingangs dieser Arbeit aufgezeigt wurde, ergibt sich im Investitionsrecht unweigerlich ein Spannungsverhältnis zwischen den Interessen des Gaststaates auf möglichst uneingeschränkte regulatorische Freiheit und den Interessen des ausländischen Investors auf gesetzliche Stabilität[320]. Dieses Spannungsverhältnis gipfelt insbesondere in der Frage, ob und inwiefern der Gaststaat in seiner gesetzgeberischen Freiheit zugunsten des Investorenschutzes beschränkt werden kann. Die mögliche Beschränkung der regulatorischen Freiheit stellt einen der wesentlichen Kritikpunkte der Freihandelsgegner dar. Aus diesem Grund findet sich insbesondere in jüngeren Investitionsabkommen vermehrt die Normierung eines „*right to regulate*" des Gaststaates.[321]

B. Die Behandlung des right to regulate in der Schiedspraxis

Das „*right to regulate*" des Gaststaates wurde in *Parkerings v. Lithuania* wie folgt beschrieben:

„*It is each State's undeniable right and privilege to exercise its sovereign legislative power. A State has the right to enact, modify or cancel a law at its own discretion. Save for the existence of an agreement, in the form of a stabilization clause or otherwise, there is nothing objectionable about the amendment brought to the regulatory framework existing at the time an investor made its investment. As a matter of fact, any businessman or investor knows that laws will evolve over time.*"[322]

Gleichzeitig zeigt das Schiedsgericht die Grenzen dieses Prinzips auf:

„*What is prohibited however is for a State to act unfairly, unreasonably or inequitably in the exercise of its legislative power.*"[323]

[320] Siehe hierzu Kap II A.

[321] Siehe zum right to regulate im Allgemeinen sowie zum Verhältnis zum Schutz berechtigter Erwartungen *Y. Levashova*, The right of states to regulate in their public interest and the right of investors to receive fair and equitable treatment: The search for a balance in treaties and cases on international investment law[1] (2018), 28ff,119ff.

[322] *Parkerings v. Lithuania*, Rz 332.

[323] *Parkerings v. Lithuania*, Rz 332.

Insbesondere in Angelegenheiten betreffend das Gemeinwohl, wie etwa die öffentliche Gesundheit[324] oder die Menschenrechte[325], wird dem Gaststaat ein „*right to regulate*“ zuerkannt.[326] Die Normierung des „*right to regulate*“ in Investitionsabkommen ist in der Regel in den Präambeln oder im Vertragstext selbst vorzufinden.[327] *C. Tietje*/*F. Baetens*[328] verweisen unter Bezugnahme auf die jüngste Generation von BITs und multilateralen Investitionsabkommen darauf, dass die Vertragserrichter insbesondere den „*regulatory chill*“ des Gaststaates durch zunehmend umfassendere Textierung von im öffentlichen Interesse gelegenen Gesetzesmaterien verhindern wollen. Aus diesen Gründen sei in jüngeren Vertragstexten vermehrt der Schwerpunkt auf die Regulierungsfreiheit von bestimmten, besonders sensiblen öffentlichen Materien wie dem öffentlichen Gesundheitswesen oder der öffentlichen Sicherheit gelegt worden.

In diesem Zusammenhang drängt sich die Frage auf, ob und inwiefern ein im Investitionsabkommen normiertes „*right to regulate*“ zu einer Beschränkung des Schutzes berechtigter Erwartungen auf stabile gesetzliche Rahmenbedingungen führt.[329]

---

[324] Siehe etwa die Entscheidung *Philip Morris v. Uruguay,* Award (8. Jul 2016), Rz 9.

[325] So wurde in einer von *J.-A. Crawford/B.R. Kotschwar* im Jahr 2018 geleiteten Studie der WTO (Investment Provisions in Preferential Trade Agreements: Evolution and Current Trends, Staff Working Paper ERSD-2018-14, 24, abrufbar unter: https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201814_e.pdf, zuletzt abgerufen am 02.08.2022) 230 Preferential Trading Agreements („PTA“) dahingehend untersucht, inwiefern und in welchen Materien in den Abkommen ein „*right to regulate*“ normiert ist. Hierbei gelangt die Untersuchung zu dem Ergebnis, dass in vielen Fällen ein „*right to regulate*“ im Zusammenhang mit dem Schutz der Umwelt und dem der Menschenrechte normiert wurde; zum Konflikt zwischen internationalen Investitionsrecht und dem Bedürfnis der Staaten, Angelegenheiten im Bereich des Menschenrechtsschutzes zu regeln, siehe ferner Kap I und IV E.

[326] *Titi*, The Right to Regulate, 100.

[327] Siehe auch die Regelung in der Präambel im EU-Singapur-Freihandelsabkommen: „*REAFFIRMING each Party's right to adopt and enforce measures necessary to pursue legitimate policy objectives such as social, environmental, security, public health and safety, promotion and protection of cultural diversity.*“; siehe ferner auch im Vertragstext des Canada-Korea-Free-Trade-Agreements unter Art 8.10 (“*Investment and Environment*”, abrufbar unter: https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/korea-coree/fta-ale/08.aspx?lang=eng, zuletzt abgerufen am 02.08.2022): „*This Chapter is not to be construed to prevent a Party from adopting, maintaining, or enforcing a measure consistent with this Chapter that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns*”; siehe auch das Assoziierungsabkommen zwischen der Europäischen Union und der Ukraine (Ukraine-European Reunion Association Agreement, abrufbar unter: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/november/tradoc_155103.pdf, zuletzt abgerufen am 02.08.2022) in Art 85 Abs 4: „*Each Party shall retain the right to regulate and to introduce new regulations to meet legitimate policy objectives provided they are compatible with this Chapter.*”

[328] *J.-A. Tietje/B.R. Baetens*, The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership, Study 24.06.2014, abrufbar unter: https://www.senate.nl/9370000/1/j4nvgs5kjg27kof_j9vvkfvj6b325az/vjn8fj4hhtzc (zuletzt abgerufen am 02.08.2022),129f. Nach Ansicht von *Tietje/Bartens*, 134 sei die verbreitete Befürchtung eines „*regulatory chill*“ überspitzt und werde diese Befürchtung durch die Normierung des „*right to regulate*“ noch mehr abgemildert.

[329] *Deutscher Bundestag*, Unterabteilung Europa, Fachbereich Europa, Verhältnis des *right to regulate* zum Investitionsschutz, Ausarbeitung, PE 6 – 3000 – 97/16, 20, abrufbar unter: https://www.bundestag.de/blob/475734/072ba0cdc77b251530f989622f55c421/pe-6-097-16-pdf-data.pdf, zuletzt abgerufen am 02.08.2022; das *right to regulate* steht hierbei im Spannungsverhältnis mit dem Grundsatz des *„patere*

K. Nowrot[330] leitet aus der zunehmenden Normierung des *right to regulate* in Investitionsabkommen ab, dass Investoren eine Pflicht zur Duldung gesetzlicher Maßnahmen treffen würde, wenn diese gesetzlichen Maßnahmen im Interesse des Gaststaates geboten seien.[331] Nach der hier vertretenen Auffassung lässt sich aus dem verstärkt normierten *right to regulate* allein solch eine Duldungspflicht nicht ableiten. Ein im Investitionsabkommen normiertes *right to regulate* ist vielmehr gegen die Interessen des Investors auf gesetzliche Stabilität abzuwägen. Wie *Dolzer*[332] anhand der Schiedspraxis, insbesondere den Fällen *Saluka v. Czech Republic*, *Lemire v. Ukraine, ADC v. Hungary* und *Parkerings v. Lithuana*, richtig aufzeigt, mündet das *right to regulate* in eine Abwägung der Interessen des Gaststaates, seine Angelegenheiten im öffentlichen Interesse unbeschränkt regeln zu können und den Interessen des Investors auf eine stabile Rechtslage. *Dolzer* betont jedoch unter Verweis auf die Entscheidung *ADC v. Hungary*, dass der Gaststaat durch den Abschluss von BITs freiwillig in eine Beschränkung seines *right to regulate* einwilligen würde.[333] Der Auffassung ist hinsichtlich jener Investitionsabkommen, welche ein *right to regulate* ausdrücklich normieren, in der Form nicht zuzustimmen. Schließlich wird im Falle einer ausdrücklichen Normierung des *right to regulate* im Investitionsabkommen diese Vorgabe zum Vertragsinhalt. Dass der Gaststaat mit dem Beitritt in ein Investitionsabkommen grundsätzlich eine gewisse Beschränkung seiner Regulierungsfreiheit hinnehmen muss, ist jedoch ungeachtet der Normierung eines *right to regulate* zu bejahen. Schließlich erhofft sich der Staat durch den Abschluss von BITs wirtschaftliche Vorteile durch Auslandsinvestitionen. Eine uneingeschränkte Regulierungsfreiheit wäre daher nicht sachgerecht.[334]

Im Kontext mit dem Schutz berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität ergeben sich die Schranken des *right to regulate* in erster Linie bei nicht im öffentlichen Interesse gelegenen, willkürlichen oder diskriminierenden Gesetzesänderungen.[335] Auch bei Vorliegen von durch den

legem quam ipse fecisti", siehe *Crystallex v. Venezuela*, Rz 552.

[330] *K. Nowrot*, Obligations of Investors, in *Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch* (Hrsg.), International Investment Law – A Handbook (2015), 23f.

[331] *Lörcher/Ober* (Materieller Schutzstandard, 106) heben hervor, dass ausländische Investoren in der Regel nur bedingt auf die Neutralität des Gaststaates vertrauen dürfen und diese gewisse (auch nachteilige) Gesetzesänderungen hinnehmen müssen.

[332] *Dolzer*, Fair and Equitable Treatment: Today's Contours, 27ff.

[333] *Dolzer*, Fair and Equitable Treatment: Today's Contours, 29; *Brower/Blanchard*, What's in a Meme 720ff.

[334] Siehe hierzu die Diskussion in Kap V B zur Frage, ob Investitionsabkommen primär zugunsten des Gaststaat oder des ausländischen Investors auszulegen sind.

[335] Zur Willkür siehe Kap VIII D.

Gaststaat an den Investor erteilen konkreten Stabilitätszusicherungen ist von einer Beschränkung des „*right to regulate*“ auszugehen.[336]

Es stellt sich jedoch die Frage, wie ein im Investitionsabkommen ausdrücklich geregeltes *right to regulate* in einem Schiedsverfahren durch das Schiedsgerichte zu berücksichtigen ist. Es erscheint geboten, dass ein ausdrücklich geregeltes *right to regulate* in die Gesamtbeurteilung der möglichen Verletzung berechtigter Erwartungen bei Gesetzesänderungen einzufließen hat. Schließlich darf nicht übersehen werden, dass gerade die Bedenken über einer überbordente Beschränkung der regulatorischen Freiheit durch Investitionsabkommen Anlass für die zunehmende Regelung des *right to regulate* bilden.[337] Diese oftmals erklärte Intention der Vertragsparteien ist bei der Auslegung nach Art 31 Abs 4 WVK zu berücksichtigen.[338] Überdies ergibt sich auch aus dem Auslegungsgrundsatz des *effet utile,* dass einem vertraglich geregelten *right to regulate* eine rechtliche Bedeutung beizumessen ist.[339]

Auch aus den Regelungsinhalt zahlreicher der jüngeren Investitionsabkommen geht der Fokus auf die Wahrung einer möglichst großen regulatorischen Freiheit hervor. So wird der Schutz berechtigter Erwartungen im Zusammenhang mit Gesetzesänderungen in zahlreichen der jüngeren Abkommen empfindlich eingeschränkt und wird überdies regelmäßig hervorgehoben, dass Gesetzesänderungen allein keine Verletzung des Abkommens begründen.[340] Aufgrund dieser erklärten Intention der Vertragsparteien in Richtung einer Stärkung der gesetzgeberischen Freiheit muss daher bei der ausdrücklichen Normierung solch eines *right to regulate*, dieser Vorgabe eine Gewichtung zugunsten der Wahrung der gesetzlichen Freiheit des Gaststaates beigemessen werden. Ein im Abkommen normiertes *right to regulate* wird daher durch Schiedsgerichte im Falle von nachteiligen Gesetzesänderungen in einem Schiedsverfahren zugunsten des Gaststaates in der Gesamtabwägung zu berücksichtigen sein; dies insbesondere im Zuge einer aufgrund von nachteiligen Gesetzesänderungen durchzuführenden Verhältnismäßigkeitsprüfung.

---

[336] Siehe zur strittigen Frage, ob die Erteilung einer konkreten Zusicherung bei Gesetzesänderungen eine Verhältnismäßigkeitsprüfung ausschließt Kap XI C e).

[337] Siehe dazu die Diskussion in Kap II A.

[338] Siehe Art 31 Abs 4 WVK: „*Eine besondere Bedeutung ist einem Ausdruck beizulegen, wenn feststeht, dass die Vertragsparteien dies beabsichtigt haben*“; zur Auslegung von Investitionsabkommen nach der WVK siehe ferner Kap V B.

[339] Siehe Kap V B c).

[340] Siehe hierzu näher die Untersuchung der jüngeren Investitionsabkommen in Kap VIII.

VII. Die (dogmatische) Grundlage des Schutzes berechtigter Erwartungen auf stabile gesetzliche Rahmenbedingungen: Einleitende Worte und Problemaufriss

Grundsätzlich sind zwei Bereiche für die Klärung der Frage, ob auch abseits konkreter Zusicherungen berechtigte Erwartungen auf beständige gesetzliche erzeugt werden können, zu beleuchten. Einerseits ist auf die Entwicklung in der Schiedsjudikatur und Lehre einzugehen. Andererseits ist auch die dogmatische Grundlage für die Annahme solch eines Schutzes zu untersuchen.

Es war das Schiedsgericht in *Thunderbird v. Mexico*, welches erstmals den Schutz berechtigter Erwartungen im Zusammenhang mit dem FET-Standard näher definiert hat.[341] Auch war es Schiedsrichter *Wälde*[342], der in seiner *separate opinion* in genannter Entscheidung erstmals näher die dogmatische Grundlage des Schutzes berechtigter Erwartungen beleuchtet hat. Hierbei hat *Wälde* unter Bezugnahme auf die früheren ‚Leitentscheidungen' *Tecmed, Metaclad*, *OEPEC*, *Waste Management* und *MTD* kritisch die fehlende Auseinandersetzung mit der dogmatischen Grundlage dieses Schutzstandards durch die Schiedsgerichte aufgezeigt. Auch hat *Wälde* die Notwendigkeit eines Rechtsvergleiches zur Erfassung der rechtlichen Tragweite dieses Schutzstandards hervorgehoben. Hierbei gelangt *Wälde* zu dem Ergebnis, dass auch in der Rechtsprechung nationaler Gerichte ein Schutz berechtigter Erwartungen weit verbreitet sei. Es sei daher für die Ermittlung des rechtlichen Gehalts des Schutzes berechtigter Erwartungen auf die in wichtigen nationalen Rechtsordnungen getroffenen Grundsätze Bedacht zu nehmen.[343]

Da die allgemeinen Grundsätze des Schutzes berechtigter Erwartungen unter dem FET-Standard bereits in den vorherigen Kapiteln dieser Arbeit dargestellt wurden, soll nunmehr die Entwicklung

[341] In dieser Entscheidung war jedoch durch das Schiedsgericht nicht die Frage zu klären, ob dem Investor ein Schutz seiner berechtigten Erwartungen auf gesetzliche Stabilität abseits konkreter Zusicherungen zuzuerkennen ist, siehe Kap b) dieses Abschnittes.

[342] *Thunderbird v. Mexico*, Dissenting Opinion Wälde, Rz 30.

[343] *Thunderbird v. Mexico*, Dissenting Opinion Wälde, Rz 31f; *Wälde* zieht aus der Untersuchung dieser Fälle in seiner *separate opinion* den Schluss, dass bestimmte staatliche Handlungsformen wie etwa mündliche oder auch informelle und generelle Zusicherungen berechtigte Erwartungen erzeugen oder verstärken können, wobei nach seiner Auffassung die Schwelle für die Erzeugung berechtigter Erwartungen durch bloß informelle und generelle Äußerungen sehr hoch sei. Anders verhalte es sich, wenn einem individuellen Investor konkrete Zusicherungen von offiziellem Charakter erteilt wurden und es der erklärenden staatlichen Stelle klar sei oder klar sein musste, dass der Investor auf diese Zusicherung sein Vertrauen begründet.

in Schiedspraxis und Lehre iZm dem Schutz berechtigter Erwartungen auf eine stabile Gesetzeslage näher beleuchtet werden.

A. Die Entwicklung des Schutzes berechtigter Erwartungen auf eine stabile Gesetzeslage in Lehre und Rechtsprechung

a) Die frühen 2000er-Jahre: Umfassender Investorenschutz?

In diesem Abschnitt wird die Entwicklung der Schiedsjudikatur der 2000er-Jahre im Zusammenhang mit dem Schutz berechtigter Erwartungen auf eine stabile Gesetzeslage einer Betrachtung unterworfen. Der Schwerpunkt wird hierbei auf die im Zuge der argentinischen Wirtschaftskrise ergangenen Entscheidungen gelegt.

Zunächst werden die Entscheidungen *Metaclad v. Mexico*, *Tecmed v. Mexico*, *OEPC v. Ecuador, Waste Management II v. Mexico sowie Gami v. Mexico* kurz beleuchtet. In weiterer Folge werden die Entscheidungen der ‚Argentinienkrise' schwerpunktmäßig untersucht.

Die Analyse dieser Verfahren ist für die Forschungsfrage von Relevanz, da durch Schiedsgerichte bzw Schiedsparteien auch in jüngeren Verfahren regelmäßig auf diese älteren Entscheidungen im Zusammenhang mit der Begründung eines Schutzes berechtigter Erwartungen auf stabile Gesetze auch abseits konkreter Zusicherungen Bezug genommen wird. Es beschränkt sich die Analyse der Schiedsfälle daher auf die Frage, ob diese überhaupt eine taugliche Grundlage für die Annahme eines Schutzes berechtigter Erwartungen auf stabile Gesetze auch abseits konkreter Zusicherungen bilden.

i. Metaclad v. Mexico (2000)

Die Entscheidung *Metaclad v. Mexico*[344] hat als erste investitionsrechtliche Schiedsentscheidung die die Verletzung von Erwartungen eines ausländischen Investors, wenn auch nur am Rande[345], thematisiert. Dem Investor wurde durch Mexiko eine Genehmigung für den Bau einer Sondermülldeponie erteilt und in diesem Zusammenhang seitens der mexikanischen Behörden ausdrücklich und wiederholt zugesichert, dass für das Investitionsprojekt weitere Genehmigungen auf kommunaler Ebene nicht erforderlich seien. Nachdem der Investor – im Vertrauen auf diese

[344] *Metaclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award (30. Aug 2000).

[345] *Metaclad v. Mexico,* Rz 99: „*Mexico failed to ensure a transparent and predictable framework for Metalclad's business planning and investment. The totality of these circumstances demonstrates a lack of orderly process and timely disposition in relation to an investor of a Party acting in the expectation that it would be treated fairly and justly in accordance with the NAFTA.*"

Zusicherungen – bereits mit den Bauarbeiten begonnen hatte, verweigerte Mexiko trotz vorheriger Zusicherungen die endgültige Baugenehmigung für die Anlage.[346]

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Entscheidung als Quelle für die Begründung berechtigter Erwartungen auf eine stabile Gesetzeslage auch abseits konkreter Zusicherungen nicht geeignet ist, da in dem Verfahren Gesetzesänderungen gar nicht verfahrensgegenständlich waren. Überdies wurden durch die staatlichen Behörden konkrete Zusicherungen dahingehend erteilt, dass weitere Genehmigungen nicht erforderlich wären.[347]

ii. Der „Tecmed Standard“ (2003)

Wenn die Aufarbeitung der Judikatur zum Schutz berechtigter Erwartungen zum Gegenstand einer Untersuchung gemacht wird, so lässt sich schwerlich darüber hinwegsehen, den ‚Meilenstein‘ der Schiedsgerichtsbarkeit in diesem Zusammenhang, namentlich die Entscheidung *Tecmed v. Mexico*[348] aus dem Jahre 2003, in die Betrachtung miteinzubeziehen. Diese Entscheidung war für die ältere Schiedspraxis und Lehre von so weitreichender Bedeutung, dass die dort getroffene Definition des FET-Standards im Hinblick auf den, durch den Gaststaat zu wahrenden, Vertrauensschutz sogar als „*Tecmed Standard*“ bezeichnet wurde.[349]

Tecmed stellt die erste Entscheidung dar, in der der Vertrauensschutz des Investors („*basic expectations“*) als Teil des FET-Standards angesehen wurde.[350] Der Investor, ein spanisches Unternehmen, betrieb eine Sondermülldeponie in Mexiko und strengte in weiterer Folge gegen Mexiko ein Schiedsverfahren an, als dessen Behörden aufgrund des Umweltschutzes die gesetzlichen Bedingungen für den Betrieb dieser Sondermülldeponie zum Nachteil des Investors änderten und diesem die Lizenz für den Betrieb der Sondermülldeponie entzogen. Der Investor stützte seine Schiedsklage insbesondere auf die Verletzung seines Vertrauens aufgrund des

[346] *Metaclad v. Mexico*, Rz 85ff.
[347] *Metaclad v. Mexico*, Rz 89.
[348] *Técnicas Medioambientales Tecmed, S. A. v. The United Mexican States*, Award (29. Mar 2003).
[349] Siehe *Z. Douglas*, Nothing if Not Critical for Investment Treaty Arbitration: Occidental, Eureko and Methanex, 27; *Dolzer* (Fair and Equitable Treatment: Today's Contours, 14) hebt hervor, dass *Tecmed v. Mexico* die am häufigsten zitierte Entscheidung in der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit darstellen würde.
[350] *Tecmed v. Mexico*, Rz 154; *Postesta*, Legitimate Expectations in Investment Treaty Law, 99; *N. Teggi*, Legitimate Expectations in Investment Arbitration: At the End of its Lifecyle? Indian Journal of Arbitration Law, Volume 5, Issue 1 (2016), 64 (65f); *Hamamoto*, Protection of Investor‘s Legitimate Expectations, 144; ein Schutz berechtigter Erwartungen spielte jedoch bereits in der älteren Entscheidung *SPP v. Egypt* aus dem Jahr 1992 eine Rolle, siehe hierzu die Ausführungen in Kap II B.

nachträglich erfolgten Entzugs der Lizenz. Der Klage wurde durch das Schiedsgericht stattgegeben.[351]

Das Schiedsgericht definierte den Vertrauensschutz eines ausländischen Investors hierbei wie folgt:

„*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. Any and all State actions conforming to such criteria should relate not only to the guidelines, directives or requirements issued, or the resolutions approved thereunder, but also to the goals underlying such regulations.*"[352]

Dieser Passus wurde in weiterer Folge vielfach von Schiedsgerichten zitiert.[353] Zu betonen ist jedoch, dass in *Tecmed* eine durch den Gaststaat ausgestellte Lizenz den Vertrauenstatbestand gebildet hat[354]. Dieser Umstand ist insbesondere dahingehend von Bedeutung, als dass die Schlussfolgerungen in *Tecmed* auch regelmäßig durch Schiedsgerichte im Zuge der Argentinienkrise in den 2000er-Jahren zur Begründung der Verletzung berechtigter Erwartungen im Zusammenhang mit den nachteiligen Änderungen der Gesetze herangezogen wurden.[355] Da jedoch in *Tecmed* eben die erteilte Lizenz den Vertrauenstatbestand dargestellt hat, kann die Entscheidung nicht zur Untermauerung eines Schutzes berechtigter Erwartungen auf beständige Gesetze abseits konkreter Zusicherungen herangezogen werden.

---

[351] *Tecmed v. Mexico*, Rz 160ff.

[352] *Tecmed v. Mexico*, Rz 154; hervorzuheben ist, dass diese Ausführungen ungeachtet ihres Bekanntheitsgrades nur als *obiter dictum* in der Entscheidung getroffen wurden, siehe *N. Bitter*, Schutz deutscher Investitionen in Russland[1] (2014), 175.

[353] Siehe etwa *Eureko v. Poland*, Rz 235; *OEPC v. Ecuador*, Rz 185; *MTD v. Chile,* Rz 114; *LG & E v. Argentina,* Rz 127; *CMS v. Argentina*, Rz 279; *Sempra v. Argentina*, Rz 298; *Siemens v. Argentina*, Rz 289*; Duke Energy v. Ecuador*, Rz 339; So hat beispielsweise das Schiedsgericht in *Eureko v. Poland* ausgesprochen, dass Polen die „*basic expectations*" des Investors verletzt habe. Somit hat das Schiedsgericht in *Eureko* die in *Tecmed* ‚eingeführten' „*basic expecations*" übernommen, siehe Rz 232.

[354] *Diehl*, The Core Standard of International Investment Protection, FN 364; aA *Redli*, Limitations to States' Regulatory Power, 48f.

[355] *LG & E v. Argentina*, Rz 12.

iii. OEPC v. Ecuador (2004)

In der ebenfalls regelmäßig zitierten Entscheidung *OEPC v. Ecuador*[356] hat der Investor mit dem Gaststaat einen Vertrag auf der Basis des zu diesem Zeitpunkt gegoltenen Steuerrechts ausgehandelt. Dieser Vertrag enthielt eine Stabilisierungsklausel dahingehend, dass sich jede Änderung in den auf das Investitionsvorhaben anwendbaren steuerlichen Bestimmungen nicht nachteilig auf das Investitionsvorhaben auswirken soll. Hierbei wurde insbesondere festgehalten, dass auch Änderungen in der Auslegung der steuerlichen Bestimmungen durch den Gaststaat dem Investor nicht zum Nachteil gereichen sollen.[357] Die vom Schiedsgericht bejahte Verletzung der Erwartungen des Investors resultiert aus dem Bruch dieser vertraglichen Zusicherung.[358]

Das Schiedsgericht hat hierbei die Entscheidungen *Metaclad* und *Tecmed* bei der Entscheidungsfindung herangezogen[359] und unter Bezugnahme auf die Präambel im Ecuador-USA-BIT festgehalten:

„*Although fair and equitable treatment is not defined in the Treaty, the Preamble clearly records the agreement of the parties that such treatment 'is desirable in order to maintain a stable framework for investment and maximum effective utilization of economic resources'.* ***The stability of the legal and business framework is thus an essential element of fair and equitable treatment***.**"**[360]

Da somit das Abgehen von einer vertraglichen Vereinbarung in diesem Verfahren zur Verletzung des FET-Standards geführt hat, kann auch diese Entscheidung nicht zur Begründung eines Schutzes berechtigter Erwartungen auf stabile gesetzliche Rahmenbedingungen abseits konkreter Zusicherungen herangezogen werden.[361]

---

[356] *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN3467, Final Award (01. Jul 2004).

[357] *OEPC v. Ecuador*, Rz 98, 103.

[358] *OEPC v. Ecuador*, Rz 181; siehe auch *T.J. Zeyl*, Charting the Wrong Course: The Doctrine of Legitimate Expectations in Investment Treaty Law, Alberta Law Review, Vol. 49 (1), (2011) 203 (229).

[359] *OEPC v. Ecuador*, Rz 185.

[360] *OEPC v. Ecuador*, Rz 183 (Hervorhebung durch den Autor); ferner hat das Schiedsgericht ausgesprochen: „*It was earlier concluded that there is not a VAT refund obligation under international law, except in the specific case of the Andean Community law, which provides for the option of either compensation or refund,* ***but there is certainly an obligation not to alter the legal and business environment in which the investment has been made***. *In this case it is the latter question that triggers a treatment that is not fair and equitable.*" (Rz 191, Hervorhebung durch den Autor).

[361] Die Entscheidung wurde etwa in *LG & E v. Argentina,* Rz 125*,* zur Begründung eines Schutzes berechtigter Erwartungen auf eine stabile Gesetzeslage abseits konkreter Zusicherungen herangezogen; siehe auch die Diskussion im Zusammenhang mit dem Stehsatz der UNCTAD Studie aus dem Jahr 2012 in Kap XI J.

iv. Waste Management II (2004) und Gami v. Mexico (2004)

Auch die beiden Entscheidungen *Waste Management II v. Mexico*[362] und *Gami v. Mexico*[363] wurden im Zusammenhang mit dem Vertrauensschutz auf stabile gesetzliche Rahmenbedingungen in späteren Schiedsverfahren herangezogen. Dass beide Entscheidungen im Konnex zu betrachten sind, ist dem Umstand geschuldet, dass in *Gami* auf die Entscheidung *Waste Management II* in einem für die hier zu behandelnde Fragestellung interessanten Punkt Bezug genommen wurde.[364] So wurde in *Waste Management II* die Verletzung des FET-Standards durch das Schiedsgericht damit begründet, dass vom Gaststaat erteilte vertragliche Zusicherungen in weiterer Folge gegenüber dem Investor missachtet wurden.[365]

Durch das Schiedsgericht wurde hierzu ausgeführt:

„*In applying this standard it is relevant that the treatment is in breach of representations made by the host State which were reasonably relied on by the claimant.*"[366]

Da der Begriff der Zusicherungen („*representations*") in der Entscheidung nicht näher eingeschränkt wurde und durch das Schiedsgericht insbesondere keine ‚konkreten' Zusicherungen gefordert wurden, wird die Ansicht vertreten, dass ausgehend von dieser Entscheidung auch generelle gesetzliche Bestimmungen als solche ‚representations' eingeordnet werden können.[367] Diese Ausführungen in der Entscheidung dürfen jedoch nicht in Isolation und aus dem Zusammenhang gerissen betrachtet werden. Die im zuvor angeführten Zitat genannten Zusicherungen („*representations*")*)* sind vielmehr im Kontext mit den zuvor im Entscheidungstext getroffenen Erwägungen zu betrachten:

„*But as this survey shows, despite certain differences of emphasis a general standard for Article 1105 is emerging. Taken together, the S.D. Myers, Mondev, ADF and Loewen cases suggest that the minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is* ***infringed by conduct***

[362] *Waste Management Inc. v. United Mexican States ("Number 2"),* ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award (30. Apr 2004).
[363] *Gami Investments Inc. v. Mexico*, UNCITRAL, Final Award (15. Nov 2004).
[364] *Gami v. Mexico*, Rz 100.
[365] *Waste Management II v. Mexico,* Rz 98.
[366] *Waste Management II v. Mexico,* Rz 98.
[367] Dies erfolgte etwa durch *Born* in seiner *dissenting opinion* zur Entscheidung *Antaris v. Czech Republic*, in der er in FN 46 auf eben diese Ausführungen des Schiedsgerichtes in *Waste Management II* Bezug nimmt. Näheres zu der vom Autor dieser Arbeit nicht geteilten Auffassung *Born*`s zum Schutz berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität siehe näher in Kap XI K.

attributable to the State *and harmful to the claimant if the conduct is* ***arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety – as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in an administrative process***."[368]

Nach Auffassung des Schiedsgerichts führt daher nicht die Verletzung jedweder Zusicherung zu einer Verletzung des in Art 1105 NAFTA normierten FET-Standards, sondern müssen für eine Verletzung des FET die genannten verpönten Umstände hinzutreten. Dass die Entscheidung *Waste Management II* für die Begründung eines Schutzes berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität abseits konkreter Zusicherungen nicht herangezogen werden kann, wird überdies durch das Schiedsgericht in *Gami v. Mexico* unterstrichen. So wurde in *Gami v. Mexico* seitens des Schiedsgerichts unter ausdrücklicher Bezugnahme auf *Waste Management II* festgehalten, dass in dem Fall anders als bei *Waste Management II* keine vertraglichen Zusicherungen seitens des Gaststaates erteilt worden seien.[369] Das Schiedsgericht in *Gami v. Mexico* hat jedoch *obiter dicta* angesprochen, dass eine Verletzung des FET-Standards auch abseits derartiger wie in *Waste Management II* erteilter Zusicherungen im Fall der Änderung der zum Zeitpunkt der Investition gegebenen Gesetzeslage grundsätzlich nicht auszuschließen sei.[370] Nähere Ausführungen hierzu hat das Schiedsgericht jedoch nicht getroffen.

v. Die Anfänge der ‚Argentinienkrise' (2005 bis 2007)

Der Entscheidungsreihe im Zuge der ‚Argentinienkrise' kommt hinsichtlich der Frage eines Schutzes berechtigter Erwartungen im Zusammenhang mit nachteiligen Gesetzesänderungen eine

---

[368] *Waste Management II v. Mexico,* Rz 98; siehe auch Rz 114f: „*The question is whether, having regard to the conduct of the parties concerned and the general circumstances, losses were caused to Waste Management by the City in circumstances amounting to a breach of the minimum standard of treatment embodied in Article 1105, a standard which the Tribunal has summarised in paragraph 98 above. In the Tribunal's view the evidence before it does not support the conclusion that the City acted in a wholly arbitrary way or in a way that was grossly unfair. It performed part of its contractual obligations, but it was in a situation of genuine difficulty, for the reasons explained above. It sought alternative solutions to the problems both parties faced, without finding them*".

[369] *Gami v. Mexiko* Rz 100.

[370] *Gami v. Mexico*, Rz 91, 100ff, wobei im konkreten Fall solch eine Verletzung durch das Schiedsgericht nicht bejaht wurde; auch *Schill* (Fair and Equitable Treatment as an Embodiment of the Rule of Law, 16) vertritt unter Verweis auf *Gami v. Mexico* die Ansicht, dass eine Verletzung berechtigter Erwartungen im Zusammenhang mit Gesetzesänderungen auch abseits konkreter Zusicherungen bejaht werden könne. *Schill*'s Untermauerung dieser Auffassung mit dem Verweis auf die Entscheidung *Gami v. Mexico* ist jedoch wenig überzeugend, da die Frage, ob auch abseits solcher wie in *Waste Management II* erteilten vertraglichen Zusicherungen ein Schutz berechtigter Erwartungen bejaht werden kann, durch das Schiedsgericht in *Gami* sowohl in Rz 100 der Entscheidung und auch im übrigen Entscheidungstext gänzlich offen geblieben ist.

wesentliche Bedeutung zu. In dieser Hinsicht liegt eine Parallele zu den aktuellen Schiedsverfahren im Zusammenhang mit dem Sektor der erneuerbaren Energien vor.[371]

Aufgrund der erheblichen Wirtschaftskrise Ende der 1980er-Jahre führte Argentinien zur Erholung der wirtschaftlichen Lage zu Beginn der 1990er-Jahre weitgehende Wirtschaftsreformen ein. Diese Reformen hatten insbesondere zahlreiche Privatisierungsmaßnahmen in vielen Bereichen der öffentlichen Daseinsversorge wie insbesondere dem Energiesektor zum Gegenstand. Überdies wurde auch die Gasversorgung privatisiert und die Anteile an den neu gegründeten Gasunternehmen wurden zum Erwerb durch ausländische Investoren feilgeboten. Jedes Unternehmen erhielt langfristige Lizenzen und das Recht, die Tarife in US-Dollar zu kalkulieren. Einen für ausländische Investoren wesentlichen Faktor stellte die Koppelung des argentinischen Pesos im Verhältnis 1:1 an den US-Dollar dar.[372] Bedingt durch diese Privatisierungsmaßnahmen Argentiniens erfolgte eine Flut von Investitionen durch ausländische Investoren.[373] Aufgrund der in weiterer Folge zunehmenden Verschlechterung der Wirtschaftslage wurden diese günstigen Vorgaben jedoch wieder abgeschafft. Als Folge dieser nachteiligen Abänderung der Gesetzeslage wurden zahlreiche Klagen von ausländischen Investoren gegen Argentinien eingebracht.[374] In vielen dieser Verfahren spielte der Schutz berechtigter Erwartungen im Hinblick auf Beibehaltung der zunächst vorgelegenen günstigen gesetzlichen Vorgaben eine wesentliche Rolle.

---

[371] Siehe Kap X.

[372] *M. Perkams*, Internationale Investitionsschutzabkommen im Spannungsfeld zwischen effektivem Investitionsschutz und staatlichem Gemeinwohl[1] (2013), 274; *C. Binder*, Circumstances Precluding Wrongfulness in *M. Bungenberg/J. Griebel/C. Hobe/A. Reinisch* (Hrsg.), International Investment Law – A Handbook[1] (2015), Rz 11.

[373] *Binder*, Circumstances Precluding Wrongfulness, Rz 11; *Subedi*, International Investment Law, 187; zur Privatisierung und den damit einhergegangenen Stabilitätsverpflichtungen zugunsten ausländischer Investoren siehe auch: *W. M. Reisman/R. D. Sloane*, Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation, British Yearbook of International Law, Vol. 75 (2004), 115 (118): „*Privatization, that is, calls for the very 'stable and orderly framework for investment' that BITs strive to establish. In this respect BITs pursue the macrolegal side of the macroeconomic structural readjustment policies encouraged by multilateral financial institutions. BITs consciously seek to approximate in the developing, capital-importing state the minimal legal, administrative, and regulatory framework that fosters and sustains investment in industrialized capital-exporting states.*"

[374] Aus einer Statistik der *UNCTAD* aus dem Jahre 2013 geht hervor, dass Argentinien Stand Ende 2012, sohin zu einem Zeitpunkt, wo die letzten Klagen der ‚Argentinienfälle' bereits entschieden waren, mit 52 Klagen die am häufigsten auf Beklagtenseite auftretende Nation unter dem ISDS-Regime war, siehe *UNCTAD*, Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS) IIA Issue Note No 1, May 2013, 4 und Annex II, abrufbar unter: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d3_en.pdf (zuletzt abgerufen am 03.08.2022). Laut einem aktuellen Bericht der *UNCTAD* aus dem Jahre 2019 ist Argentinien bis Ende 2017 80-mal auf Beklagtenseite aufgetreten, siehe *UNCTAD*, IIA Issues Note, Fact Sheet on Investor-State Dispute Settlement Cases in 2018, May 2019, 2 abrufbar unter: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2019d4_en.pdf (zuletzt abgerufen am 03.08.2022); für einen Überblick der Schiedsverfahren in der Argentinienkrise sowie einer vergleichenden Analyse der einzelnen Entscheidungen siehe näher *J. E. Alvarez/G. Topalian*, The Paradoxical Argentina Cases, World Arbitration and Mediation Review, Vol. 6, No. 3 (2012), 491 (491ff).

Das erste Schiedsverfahren, das im Zuge der Argentinienkrise entschieden wurde, stellt *CMS v. Argentina* im Jahre 2005 dar.[375] In dem Verfahren entschied das Schiedsgericht zugunsten des Investors, wobei dies einerseits damit begründet wurde, dass die Justierung des Wechselkurses in US-Dollar gegenüber dem Investor nach Auffassung des Schiedsgerichtes im gegenständlichen Gesetz (dem "Gas Law") ‚garantiert' worden sei und die nachträgliche Abschaffung dieser Berechnung der Preise in US-Dollar eine Verletzung dieser spezifischen Garantien dargestellt hätte. Diese Vorgaben hätten nach Auffassung des Schiedsgerichtes einen entscheidenden Faktor bei der Investitionsentscheidung dargestellt.[376] Durch das Schiedsgericht wurde zur Begründung der Verletzung berechtigter Erwartungen aufgrund der nachteiligen Gesetzesänderungen ua auch die bereits erörterten Entscheidungen *Tecmed* sowie *Metaclad v. Mexico* herangezogen.[377] Wie jedoch bereits dargelegt wurde, ist die Heranziehung dieser Entscheidungen zur Begründung einer Verletzung berechtigter Erwartungen aufgrund nachteiliger Gesetzesänderungen abseits konkreter Zusicherungen verfehlt.[378] Überdies ist hervorzuheben, dass das Schiedsgericht die Verpflichtung zur Gewährung von stabilen gesetzlichen Bestimmungen vordergründig aus der in der Präambel des Argentinien-USA BIT enthaltenen Stabilitätsvorgabe abgeleitet hat.[379] In diesem Zusammenhang ist auf die Diskussion zum Bedeutungsgehalt derartiger Stabilitätsvorgaben zu verweisen.[380] Auch ist zu betonen, dass in dem Verfahren durch das Schiedsgericht eine Verletzung berechtigter Erwartungen nicht thematisiert wurde. Das Schiedsgericht sah vielmehr in der (totalen) Abänderung der im „Gas Law"[381] enthaltenen spezifischen Garantien den ausschlaggebenden Faktor für die Verletzung des FET-Standards. Die Abänderung dieser Vorgaben stehe nach Auffassung des Schiedsgerichts im Widerspruch zu dem aus der Präambel ableitbaren Gebot, stabile und berechenbare Bedingungen zu schaffen.[382]

---

[375] *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award (12. May 2005); *Alvarez/Topalian*, The Paradoxical Argentina Cases, 522; *Sornarajah*, Resistance and Change, 267.

[376] Siehe *CMS v. Argentina*, Rz 275.

[377] *CMS v. Argentina*, Rz 278f.

[378] Siehe hierzu die Erörterung der Entscheidungen in i. – iv. dieses Kapitels, insbesondere im Zusammenhang mit dem Umstand, dass in diesen Verfahren in der Regel auch Lizenzen oder (andere) vertragliche Zusagen erteilt wurden.

[379] *CMS v. Argentina*, Rz 274:„*The Treaty Preamble makes it clear, however, that one principal objective of the protection envisaged is that fair and equitable treatment is desirable 'to maintain a stable for investments and maximum effective use of economic resources'. There can be no doubt, therefore, that a stable legal and business environment is an essential element of fair and equitable treatment.*"; zu den Stabilitätsvorgaben in Präambeln siehe Kap V B b).

[380] Siehe Kap V B.

[381] *CMS v. Argentina*, Rz 275; so wurden berechtigte Erwartungen („*legitimate expectations*") explizit nur im Zuge der Behandlung der Enteignungsklage erwähnt (Rz 257); *Wongkaew*, Protection of Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration, 211f; zum Kriterium der totalen Abänderung siehe ausführlich Kap XI D.

[382] *CMS v. Argentina*, Rz 276.

In den darauf folgenden Schiedsverfahren *LG & E*, *Enron* und *BG Group v. Argentina* aus den Jahren 2006 bis 2007 sind die Schiedsgerichte dem Ansatz in *CMS v. Argentina* im Wesentlichen gefolgt.[383] In diesen Schiedsverfahren wurde insbesondere der vom Schiedsgericht in *CMS* vertretene Ansatz bestätigt, wonach eines der Schlüsselelemente des FET-Standards die Gewährung von stabilen Rahmenbedingungen sei.[384] In *LG & E* wurde überdies, gleich wie in *CMS v. Argentina*, seitens des Schiedsgerichtes festgehalten, dass es durch die gesetzlichen Maßnahmen zu einer Abänderung der in den Gesetzten gegenüber den ausländischen Investoren erteilten Garantien gekommen sei.[385] Das Schiedsgericht in *BG Group* erachtete neben den Vorgaben im „Gas Law" und „Gas Decree" auch die an den Investor erteilte „MetroGAS Lizenz", die nach Auffassung des Schiedsgerichtes attraktive Bedingungen für ausländische Investoren geschaffen habe[386], als Grundlage für die Begründung der berechtigten Erwartungen. Überdies hat bei der Beurteilung durch das Schiedsgericht das im Zuge des durch den Gaststaat abgehaltenen Bieterverfahrens an den Investor abgegebene *information memorandum*, das auf die Vorgaben im „Gas Law" und „Gas Decree" verwiesen hat, bei der Bejahung der Erzeugung berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität eine Rolle gespielt.[387]

Hierzu hat das Schiedsgericht festgehalten:

„*It can be said that the investor's fair expectations have the following characteristics: they are based on the conditions offered by the host State at the time of the investment;* ***they may not be established unilaterally by one of the parties****; they must exist and be enforceable by law.*"[388]

Aufgrund dieser Ausführungen des Schiedsgerichtes wurde die Ansicht vertreten, dass konkrete Zusicherungen für die Erzeugung berechtigter Erwartungen nicht zwingend erforderlich seien.[389] Wie aufgezeigt wurde, wurden in den illustrierten Fällen seitens Argentinien neben den

[383] *LG & E v. Argentina*, Decision on Liability, Rz 125; *Enron v. Argentina*, Rz 260; *BG Group v. Argentina*, Rz 299; *Alvarez/Topalian*, The Paradoxical Argentina Cases, 21; bei *LG & E v. Argentina* siehe insbesondere Rz 131, wo das Schiedsgericht die Vorgaben im FET-Standard wie folgt beschreibt: „*involves the obligation to grant and maintain a stable and predictable legal framework necessary to fulfill the justified expectations of the foreign investor.*"

[384] *Enron v. Argentina*, Rz 260; *LG & E v. Argentina*, Decision on Liability, Rz 124.

[385] *LG & E v. Argentina*, Rz 175; gleich auch in *Enron v. Argentina*, Rz 264, wo das Schiedsgericht auf die substantielle Abänderung der gesetzlichen Rahmenbedingungen verweist.

[386] *BG Group v. Argentina*, Rz 304; anzumerken ist, dass sich der Sachverhalt in dieser Entscheidung als durchaus komplex darstellt, da die vom Schiedsgericht angenommenen Zusicherungen grundsätzlich an das Unternehmen MetroGAS und nicht an den klagenden Investor BG Group direkt erteilt wurden. Vom Schiedsgericht wurde jedoch angenommen, dass diese Zusicherungen auch gegenüber dem Investor BG Group Geltung haben, siehe Rz 175.

[387] *BG Group v. Argentina*, Rz 173.

[388] *LG & E v. Argentina*, Rz 130.

[389] Siehe die die Auffassung von Schiedsrichters *Born* in *Wirtgen v. Czech Republic* in Kap XI K.

gesetzlichen Vorgaben zahleiche weitere vertrauensbegründenden Maßnahmen gesetzt. Auch wurde das Vertrauen regelmäßig auf erteilte Konzessionen, Lizenzen oder abgeschlossene Verträge zwischen Investor und Gaststaat gestützt.[390] Aus diesen Umständen bildeten in diesen Verfahren keinesfalls die gesetzlichen Vorgaben allein die Grundlage für den Schutz berechtigter Erwartungen. Zuletzt wurde die Verletzung des FET-Standards aufgrund der ‚totalen' Abänderungen der gesetzlichen Rahmenbedingungen angenommen.[391] Auf die Bedeutung einer totalen Abänderung von gesetzlichen Vorgaben für die Verletzung des FET-Standards abseits konkreter Stabilitätszusicherungen wird in Kapitel XI D näher eingegangen.

Auch in den weiteren in dieser Zeitspanne ergangenen Entscheidungen *Azurix*, *Sempra* und *Siemens v. Argentina* waren Verträge, Konzessionen oder Lizenzen gegenständlich.[392] Auch bei diesen Entscheidungen stellte somit die Gesetzeslage als solche nicht die einzige Vertrauensgrundlage für den Investor dar.

vi. Der spätere Verlauf der ‚Argentinienkrise' (2008 bis 2012)

Im späteren Verlauf der ‚Argentinienfälle' wurden durch die Schiedsgerichte differenziertere Ansätze im Zusammenhang mit der Frage des Schutzes berechtigter Erwartungen auf eine stabile Gesetzeslage ausgearbeitet.[393] In der im Jahr 2008 ergangenen Entscheidung *National Grid v. Argentina* hat das Schiedsgericht in seiner rechtlichen Beurteilung ua auf die Feststellungen in *Tecmed*, *Enron* und *CMS* Bezug genommen.[394] Hierbei hat das Schiedsgericht festgehalten, dass die Verletzung des FET-Standards insbesondere durch die fundamentale Änderung der gesetzlichen Rahmenbedingungen eingetreten sei.[395]

---

[390] *Alvarez/Topalian*, The Paradoxical Argentina Cases, 21; siehe auch *Metalpar v. Argentina*, Rz 185.

[391] Siehe Kap XI D zu diesem Kriterium als Grundlage für die Verletzung des FET-Standards.

[392] *Azurix v. Argentina*, Rz 374f; *Sempra Energy v. Argentina*, Rz 309; *Siemens v. Argentina*, Rz 308; *Alvarez/Topalian*, The Paradoxical Argentina Cases, 21; bei *Azurix* v. *Argentina* ist hervorzuheben, dass durch das Schiedsgericht überdies auch schlechtgläubiges Verhalten seitens des Gaststaates angenommen wurde, siehe Rz 393 sowie *D. Draguiev*, Bad Faith Conduct of States in Violation of the 'Fair and Equitable Treatment' Standard in International Investment Law and Arbitration, Journal of International Dispute Settlement, Vol. 5, Issue 2 (2014), 273 (290).

[393] *Asqari*, Investor´s legitimate Expectations and the Interests of the Host State, 1911.

[394] *National Grid plc v. The Argentine Republic*, UNCITRAL, Award (03. Nov 2008), Rz 173f. Das Schiedsgericht verweist überdies darauf, dass der argentinische Präsident in einer öffentlichen Kundgebung im Parlament geäußert habe, dass es Ziel und Zweck des BIT sei, bestimmte Vorgaben im Zusammenhang mit der Behandlung ausländischer Investoren unverändert zu lassen (Rz 175-177).

[395] *National Grid v. Argentina*, Rz 177, 179.

In den ebenfalls 2008 ergangenen Entscheidungen *Continental* und *Metalpar v. Argentina* konnten die Investoren aufgrund des Fehlens von konkreten Zusicherungen nicht durchdringen.[396] So hat das Schiedsgericht in *Continental* unter Bezugnahme auf *CMS v. Argentina* festgehalten: „*Contrary to the case before this Tribunal, the CMS Tribunal evaluated the pesification as a breach of the BIT not per se but in connection with Argentina's obligations under the* ***Gas sector special legal regime*** *(i.e. the tariff regime calculated in dollars and the US PPI adjustment of the gas tariffs). The pesification was adjudged there to be contrary to the BIT's obligations* ***in its relationship with those specific guarantees*** *that were addressed by Argentina to foreign investors under the Gas sector legal regime and "were crucial for the investment decision.*"[397]

In *Metalpar v. Argentina* hat das Schiedsgericht auf die Vorentscheidungen der ‚Argentinienkrise' *Azurix*, *Siemens*, *LG & E* und *Enron v. Argentina* Bezug genommen.[398] Das Schiedsgericht betonte hierbei, dass die Faktenlage in diesen Fällen eine andere war:

„*in some of them, the relevant governments had invited the foreign investors to participate in a* ***bidding process*** *that was awarded to each of those investors and ended with the signing of a contract. In other cases,* ***there were other types of contractual relations which created legitimate expectations****; in all of them, the Government refused to renew or to comply with* ***the contract, license or permit****.*"[399]

Das Schiedsgericht gelangte in der im Jahr 2010 ergangenen Entscheidung *Suez v. Argentina*[400] zu dem Ergebnis, dass die von Argentinien gesetzten Maßnahmen die berechtigten Erwartungen des Investors verletzt hätten. Hierbei ist hervorzuheben, dass nach Ansicht des Schiedsgerichts neben der für ausländische Investoren günstigen Gesetzeslage als solcher auch ein zwischen Argentinien und dem Investor abgeschlossener Konzessionsvertrag als Quelle der berechtigten Erwartungen

[396] Siehe *Continental v. Argentina*, Rz 259. Das Schiedsgericht kommt in dem Verfahren zu dem Ergebnis, dass generelle Äußerungen einen geringen rechtlichen Gehalt aufweisen würden und nur ‚reduzierte Erwartungen' erzeugen. Daraus ist jedoch abzuleiten, dass nach Auffassung des Schiedsgerichtes auch generelle Äußerungen, etwa in Form von Gesetzen, grundsätzlich als, wenn auch ‚reduzierte', Vertrauensgrundlage geeignet sind; zustimmend hierzu das Schiedsgericht in *El Paso v. Argentina*, Rz 338, 377 sowie in FN 338.

[397] *Continental v. Argentina*, FN 389 (Hervorhebung durch den Autor). Hierbei ist zu betonen, dass das in zahlreichen der Argentinienfällen zu behandelnde „Gas Law" bei *Continental v. Argentina* nicht gegenständlich war, da es sich hierbei um eine Investition im Finanzdienstleistungssektor gehandelt hat, wodurch gänzlich andere gesetzliche Bestimmungen zur Anwendung gekommen sind.

[398] *Metalpar v. Argentina,* Rz 185. Neben den genannten Entscheidungen in den Argentinienfällen wurde überdies noch auf die Entscheidungen *PSEG v. Turkey*, *Tecmed* sowie *ADC v. Hungary* Bezug genommen.

[399] *Metalpar v. Argentina,* Rz 185 (Hervorhebung durch den Autor).

[400] *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A. and Vivendi Universal, S. A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability (30. Jul 2010).

angesehen wurde.[401] Aus diesem Umstand kann diese Entscheidung für die Begründung berechtigter Erwartungen auf eine stabile Gesetzeslage abseits konkreter Zusicherungen nicht herangezogen werden. Festzuhalten ist, dass das Schiedsgericht in der Entscheidung insgesamt eine umfangreiche Analyse der Konturen des Schutzes berechtigter Erwartungen und des FET-Standards vorgenommen hat. Das Schiedsgericht hat hierbei jedoch die Frage, ob eine konkrete Zusicherung für die Begründung berechtigter Erwartungen auf eine stabile Gesetzeslage erforderlich ist, offen gelassen.[402] Vielmehr hat das Schiedsgericht unter kritischer Bezugnahme auf die bisherige Schiedsjudikatur die Faktoren für eine Verletzung berechtigter Erwartungen wie folgt beschrieben:

„*In examining the various cases that have justifiably considered the legitimate expectations of investors and the extent to which the host government has frustrated them,* ***this Tribunal finds that an important element of such cases has not been sufficiently emphasized****: that investors,* ***deriving their expectations from the laws and regulations*** *adopted by the host country, acted in reliance upon those laws and regulations and changed their economic position as a result. Thus it was not the investor's legitimate expectations alone that led tribunals to find a denial of fair and equitable treatment.* ***It was the existence of such expectations created by host country laws****, coupled with the act of investing their capital in reliance on them, and a subsequent, sudden change in those laws that led to a determination that the host country had not treated the investors fair and equitable.*"[403]

Als nächstes erging im Jahre 2010 die Entscheidung *Total S. A. v. Argentina*[404], in der das Schiedsgericht den Schutz berechtigter Erwartungen in vielen Aspekten umfassend analysiert hat. Insbesondere wurde erstmals eine umfangreiche vergleichende Analyse mit dem allgemeinen Völkerrecht und nationalen Rechtsordnungen vorgenommen.[405] Das Schiedsgericht führt zunächst aus, dass für einen Schutz berechtigter Erwartungen auf eine stabile Gesetzeslage grundsätzlich eine

---

[401] Siehe *Suez v. Argentina*, Rz 231: „***The Concession Contract and the legal framework*** *of the Concession described above clearly meet the conditions proposed in the cases just referred to. They set down the conditions offered by Argentina at the time that Claimants made their investment; they were not established unilaterally but by the agreement between Argentina and the Claimants; and they existed and were enforceable by law. Like any rational investor****, the Claimants attached great importance to the tariff regime stipulated in the Concession Contract and the regulatory framework***." (Hervorhebung durch den Autor).

[402] So erstreckt sich die Prüfung der Verletzung des FET-Standards von S 68 bis 96 der Entscheidung, was für Schiedsverfahren in diesem Zeitraum unüblich umfangreich ist.

[403] *Suez v. Argentina*, Rz 226 (Hervorhebung durch den Autor).

[404] *Total S. A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/01, Decision on Liability (27. Dec 2010).

[405] *Total S. A. v. Argentina*, Rz 123-137; auch in der früher ergangenen Entscheidung *Thunderbird v. Mexico* und der rechtsvergleichenden Analyse durch *Wälde* in seiner *separate opinion* zu dieser Entscheidung wurde eine umfassende Analyse des Schutzes berechtigter Erwartungen unter dem FET vorgenommen, siehe Abschnitt b) dieses Kapitels.

vom Gaststaat erteilte konkrete Zusicherung erforderlich sei.[406] Hinsichtlich des „Gas Law" führte das Schiedsgericht aus, dass diese Vorgabe als generelle Norm nicht als solch eine konkrete Zusicherung eingestuft werden könne.[407] Das Schiedsgericht betonte jedoch, dass sich der Sachverhalt im Vergleich zu den älteren Schiedsverfahren wie etwa *Sempra*, *CMS* und *LG & E v. Argentina* dahingehend unterscheide, dass der Investor in diesem Verfahren aufgrund der etwa zehn Jahre später erfolgten Investition beim ursprünglichen Privatisierungsprozess und dem damit verbundenen Bieterverfahren nicht teilgenommen habe. Dies sei nach Auffassung des Schiedsgerichtes dahingehend von Bedeutung, als in den genannten älteren Schiedsentscheidungen die Erzeugung von berechtigten Erwartungen auf stabile gesetzliche Vorgaben auch damit begründet wurde, dass im Zuge dieses Privatisierungsprozesses und des abgehaltenen Bieterverfahrens vertrauensbegründente Zusicherungen im Hinblick auf die günstigen gesetzlichen Vorgaben erteilt worden seien.[408]

Das Schiedsgericht hat im Zusammenhang mit dem Schutz berechtigter Erwartungen auf eine beständige Gesetzeslage abseits konkreter Zusicherungen festgehalten:

„*Indeed, **the most difficult case is** (as in part in the present dispute) when the basis of an investor's invocation of entitlement to stability under a fair and equitable treatment clause relies on legislation or regulation of a unilateral and general character. In such instances, investor's **expectations are rooted in regulation of a normative and administrative nature that is not specifically addressed to the relevant investor**.*"[409]

In weiterer Folge führte das Schiedsgericht jedoch aus, dass auch abseits konkreter Zusicherungen in gewissen Konstellationen die Erzeugung berechtigter Erwartungen auf stabile Gesetzesvorgaben bejaht werden könne. Dies wäre nach Auffassung des Schiedsgerichtes etwa bei

[406] Vgl *Total S. A. v. Argentina*, Rz 117, 119: „*In fact, when relying on the concept of legitimate expectations, arbitral tribunals have often stressed that 'specific commitments' limit the right of the host State to adapt the legal framework to changing circumstances. Representations made by the host State are enforceable and justify the investor's reliance only when they are **specifically addressed to a particular investor***." (Hervorhebung durch den Autor). Widersprüchlich mit diesen Ausführungen hält das Schiedsgericht jedoch in Rz 120 wiederum fest: „*In other words, an investor's legitimate expectations may be based 'on any undertaking and representations made **explicitly or implicitly** by the host State'*." (Hervorhebung durch den Autor). Es ist davon auszugehen, dass Gesetze nicht in die Kategorie der ‚impliziten' Zusicherungen eingeordnet werden können. Dies ergibt sich auch aus den Feststellungen in *Parkerings v. Lithuania*, Rz 334; siehe zum Bedeutungsgehalt von derartigen impliziten Zusicherungen näher die Ausführungen in Kap XI I b) ii.

[407] *Total S. A. v. Argentina*, Rz 145.

[408] Siehe *Total S. A. v. Argentina*, Rz 146f, 174ff; zur Relevanz des Bieterverfahrens in den Argentinienfällen siehe Kap XI B.

[409] *Total S. A. v. Argentina*, Rz 122 (Hervorhebung durch den Autor).

„zukunftsgerichteten" Gesetzen, die klar definierte Vorgaben für zukünftige Investitionsvorhaben enthalten, der Fall.[410] Als solch zukunftsgerichtete Gesetze können nach Auffassung des Schiedsgerichtes Gesetze zu verstehen sein, die langfristige und kapitalintensive Investitionsvorhaben regeln würden.[411] Obgleich die umfangreiche Analyse des Schutzes berechtigter Erwartungen in der Entscheidung durchaus bemerkenswert ist, sind die für die Forschungsfrage relevanten Ausführungen zu den „zukunftsgerichteten" Gesetzen durch das Schiedsgericht leider ohne nähere Erläuterung geblieben. Mangels näherer Definition ist daher schwer nachvollziehbar, wann nach Auffassung des Schiedsgerichts von derartigen zukunftsgerichteten Gesetzen ausgegangen werden kann. Das alleinige Abstellen der Regelung von auf langfristigen und kapitalintensiven Investitionen ist wenig überzeugend, da die Mehrzahl von internationalen Investitionen –insbesondere im Anwendungsbereich des ECT – als langfristige und kapitalintensive Investitionen darstellen werden.[412]

Im Jahr 2011 folgten die Entscheidungen *Impregilo*[413] und *El Paso v. Argentina*[414], wobei im Verfahren *Impregilo v. Argentina* die Frage des Schutzes berechtigter Erwartungen auf die Beständigkeit der Gesetzeslage abseits konkreter Zusicherungen nicht verfahrensgegenständlich war. Von weitreichenderer Bedeutung für die Fragestellung dieser Arbeit ist jedoch die Entscheidung *El Paso v. Argentina*. In der Entscheidung äußert sich das Schiedsgericht zunächst kritisch hinsichtlich der bisherigen Schiedspraxis im Zusammenhang mit der Annahme eines Vertrauensschutzes auf gesetzliche Stabilität:

„*In the Tribunal's view, if the often repeated formula to the effect that 'the stability of the legal and business framework is an essential element of fair and equitable treatment' were true, legislation could never be changed: the mere enunciation of that proposition shows its irrelevance.*"[415]

---

[410] *Total S. A. v. Argentina*, Rz 122: „*This notwithstanding, a claim to stability can be based on the inherently prospective nature of the regulation at issue aimed at providing a defined framework for future operations. This is the case for regimes, which are applicable to long-term investments and operations, and/or providing for 'fall backs' or contingent rights in case the relevant framework would be changed in unforeseen circumstances or in case certain listed events materialize.*"

[411] *Total S. A. v. Argentina*, Rz 122.

[412] Siehe hierzu Kap XI I h) i; zur Frage, ob Gesetze mit zukunftsgerichtetem Inhalt unter gewissen Umständen als konkrete Zusicherungen eingestuft werden können.

[413][568] *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/17, Award (21. Jun 2011), Rz 284ff zur Untersuchung der Verletzung des FET-Standards. Verfahrensgegenständlich war die Verletzung einer des zwischen Investor und Gaststaat abgeschlossenen Konzessionsvertrages, siehe Rz 330.

[414] *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award (31.Oct 2011).

[415] *El Paso v. Argentina*, Rz 350.

„*… In other words, the Tribunal cannot follow the line of cases in which fair and equitable treatment was viewed as implying the stability of the legal and business framework. Economic and legal life is by nature evolutionary.*"[416]

Das Schiedsgericht betonte, dass eine Verletzung berechtigter Erwartungen bei Gesetzesänderungen grundsätzlich nur angenommen werden könne, wenn zuvor konkrete Zusicherungen abgegeben worden seien oder sich eine ‚totale' Abänderung der gesetzlichen Rahmenbedingungen ereignet habe.[417] In diesem Punkt führte das Schiedsgericht aus, dass eine generelle Definition dessen, was unter einer ‚konkreten Zusicherung' zu verstehen ist, nicht vorliege. Nach Ansicht des Schiedsgerichtes sei für die Einordnung einer staatlichen Maßnahme als konkrete Zusicherung zu prüfen, ob die Maßnahme konkret im Sinne einer individuellen Adressierung oder aber ob mit der Maßnahme, auch wenn sie keinen konkreten Adressaten kenne, ein konkretes Ziel bzw. Zweck verfolgt werde.[418] Gesetze würden aufgrund ihrer Generalität nach der Auffassung des Schiedsgerichtes nicht in die erste Kategorie fallen, da bei Gesetzen eine individuelle Adressierung ausscheide.[419] Hinsichtlich des Abstellens auf Ziel und Zweck einer staatlichen Maßnahme betonte das Schiedsgericht: „*Second, a commitment can be considered specific if its precise object was to give a real guarantee of stability to the investor.*"[420]

Das Schiedsgericht hat hierbei jedoch hervorgehoben, dass generellen Gesetzesvorgaben üblicherweise derartige Garantien auf Stabilität nicht zu entnehmen seien.[421] Es sei nach Auffassung des Schiedsgerichtes jedoch denkbar, dass aus der Gesamtbetrachtung der staatlichen Maßnahmen das Ziel abgeleitet werden könne, dem Investor Garantien im Zusammenhang mit bestimmten gesetzlichen Vorgaben zu erteilen.[422]

Das Schiedsgericht gelangte zu dem Ergebnis, dass die günstigen gesetzlichen Vorgaben im nachteilig abgeänderten Dekret No. 1589/1989 für sich betrachtet keine konkreten Zusicherungen

[416] *El Paso v. Argentina*, Rz 352; kritisch hinsichtlich einer zu überbordenden und unbegründeten Annahme des Schutzes berechtigter Erwartungen auch das Schiedsgericht in *EDF v. Romania*, Rz 217.
[417] *El Paso v. Argentina*, Rz 374; Das Kriterium der ‚totalen' Gesetzesänderung wurde bereits in älteren Schiedsverfahren behandelt, siehe Abschnitt v dieses Kapitels; zum Kriterium der ‚totalen' Gesetzesänderung siehe Kap XI D.
[418] *El Paso v. Argentina*, Rz 375.
[419] *El Paso v. Argentina*, Rz 376.
[420] *El Paso v. Argentina*, Rz 377.
[421] AA hier wie aufgezeigt die Schiedsgerichte in den älteren Entscheidungen *CMS v. Argentina* und *LG & E v. Argentina*. Die Schiedsgerichte gehen von einer im Gas Law enthaltenen ‚Stabilitätsgarantie' aus, siehe Abschnitt v dieses Kapitels.
[422] *El Paso v. Argentina*, Rz 377.

darstellen würden. Diese Vorgaben können nach Auffassung des Schiedsgerichtes möglicherweise ‚reduzierte Erwartungen' erzeugen, die in Verbindung mit anderen staatlichen Maßnahmen in einer Gesamtbetrachtung zu einer Begründung von berechtigten Erwartungen führen können.[423]

vii. Zwischenfazit zu den ‚Argentinienfällen'

Als Zwischenergebnis zu den Argentinienfällen kann festgehalten werden, dass in der überwiegenden Anzahl der Entscheidungen, insbesondere in den älteren Entscheidungen *CMS*, *Enron*, *BG Group* und *LG & E v. Argentina*, eine Verletzung berechtigter Erwartungen aufgrund durch Argentinien durchgeführten Gesetzesänderungen bejaht wurde. Regelmäßig wurde hierbei die Pflicht zur Gewährung gesetzlicher Stabilität aus den in den BITs enthaltenen Stabilitätsvorgaben abgeleitet.[424] Auf das Vorliegen von konkreten Zusicherungen auf gesetzliche Stabilität wurde in zahlreichen der Entscheidungen nicht abgestellt.

Die in der ‚Argentinienkrise' wegen der umfassenden Analyse des Schutzes berechtigter Erwartungen dogmatisch überzeugendsten Entscheidungen, *Total S. A.* und *El Paso v. Argentina*, gelangen zu dem Ergebnis, dass für die Begründung berechtigter Erwartungen auf stabile gesetzliche Rahmenbedingungen grundsätzlich eine konkrete Zusicherung durch den Gaststaat erforderlich ist.

b) Ausgewählte Schiedsjudikatur abseits der Argentinienkrise in den späten 2000er-Jahren

Im Zeitraum der ‚Argentinienkrise' sind zahlreiche weitere Schiedsentscheidungen ergangen, die ebenfalls regelmäßig bei der Beurteilung der Frage des Schutzes berechtigter Erwartungen auf eine stabile Gesetzeslage in späteren Schiedsverfahren herangezogen wurden. Das Schiedsgericht in der Entscheidung *Thunderbird v. Mexico*[425] aus dem Jahre 2006, in der erstmalige eine konkrete Definition berechtigter Erwartungen iSd FET-Standards erfolgt ist[426], hat die Voraussetzung für die Erzeugung derartiger berechtigter Erwartungen wie folgt definiert:

---

[423] *El Paso v. Argentina*, Rz 378.

[424] Siehe Abschnitt v dieses Kapitels sowie Kap V B b) zum Rechtsgehalt von Präambelvorgaben.

[425] *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, UNCITRAL, Arbitral Award (26. Jan 2006).

[426] Siehe auch *P. Dumberry*, Fair and Equitable Treatment in *M. M. Mbengue/S. Schacherer* (Hrsg.), Foreign Investment under the Comprehensive and Trade Agreement (CETA), Studies in European Economic Law and Regulation 15 (2019), 95 (108), wo der Autor darauf verweist, dass die vom Schiedsgericht in *Thunderbird* aufgezeigten Grundsätze des Schutzes berechtigter Erwartungen in weiterer Folge durch die Schiedspraxis wiederholt herangezogen worden seien.

„*Having considered recent investment case law and the good faith principle of international customary law, the concept of 'legitimate expectations' relates, within the context of the NAFTA framework, to a situation where a Contracting Party's conduct creates reasonable and justifiable expectations on the part of an investor (or investment) to act in reliance on said conduct, such that a failure by the NAFTA Party to honour those expectations could cause the investor (or investment) to suffer damages.*"[427]

Somit verlangte das Schiedsgericht in *Thunderbird* ein bestimmtes Verhalten („*conduct*") des Gaststaates für die Erzeugung berechtigter Erwartungen. In zahlreichen älteren, insbesondere im Zuge der Argentinienkrise ergangenen Entscheidungen, wurde die Vertrauensgrundlage für die Erzeugung berechtigter Erwartungen auf Stabilität nicht näher beleuchtet. Es wurde regelmäßig vielmehr abstrakt auf die Pflicht zur Gewährung stabile Bedingungen („*conditions*") abgestellt.[428] In *Thunderbird* wurde jedoch offen gelassen, ob auch generelle gesetzliche Vorgaben solch ein vertrauenserzeugendes Verhalten darstellen können.

In der Entscheidung *Saluka v. Czech Republic*[429] aus dem Jahr 2006 hat das Schiedsgericht im Zusammenhang mit der Erzeugung berechtigter Erwartungen ausgeführt:

„*The Tribunal finds that the Claimant's reasonable expectations to be entitled to protection under the Treaty* ***need not be based on an explicit assurance*** *from the Czech Government.*"[430]

Ausgehend von diesen Ausführungen könnte Grund zur Annahme bestehen, dass seitens des Schiedsgerichtes ein Schutz berechtigter Erwartungen (auf stabile gesetzliche Vorgaben) auch abseits konkreter Zusicherungen bejaht wurde. Die Heranziehung dieser Ausführung für die Begründung eines Schutzes berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität auch abseits konkreter Zusicherungen verdeutlicht jedoch die Problematik des selektiven ‚Herauspickens' einzelner Passagen von Schiedsentscheidungen ohne hinreichende Bedachtnahme auf den konkreten Sachverhalt. Die zitierten Ausführungen des Schiedsgerichtes wurden nämlich nicht im Zusammenhang mit nachteiligen Gesetzesänderungen getroffen. Vielmehr hat das Schiedsgericht diese Ausführungen konkret auf die Probleme Tschechiens im Finanzsektor bezogen. Das

[427] *Thunderbird v. Mexico*, Rz 144.
[428] Siehe *Enron v. Argentina*, Rz 262f; *BG Group v. Argentina*, Rz 306; *LG & E v. Argentina,* Rz 130.
[429] *Saluka Investments B. V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award (17. Mar 2006).
[430] *Saluka v. Czech Republic*, 329 (Hervorhebung durch den Autor); siehe auch *Saluka v. Czech Republic,* Dissenting Opinion or Arbitrator Gary Born (11. Oct 2017), Rz 9.

Schiedsgericht hat hierzu ausgeführt, dass der Investor berechtigterweise darauf vertrauen konnte, dass der Gaststaat hinsichtlich der finanziellen Schwierigkeiten aller vier Großbanken des Landes entsprechende finanzielle Vorkehrungen zur Hintanhaltung der daraus resultierenden Nachteile treffen hätte können.[431] Ein etwaiger Vertrauensschutz auf beständige gesetzliche Vorgaben war somit nicht verfahrensgegenständlich. Vielmehr ist der Gaststaat nach den Ausführungen des Schiedsgerichtes seiner Schadensminderungspflicht nicht nachgekommen.[432]

Eine weitere im Zusammenhang mit dem Schutz berechtigter Erwartungen auf eine unveränderliche Gesetzeslage bedeutsame Entscheidung stellt *PSEG v. Turkey*[433] aus dem Jahr 2007 dar. Das Schiedsgericht hält im Zusammenhang mit dem Schutz berechtigter Erwartungen fest:

„*Legitimate expectations by definition require a promise of the administration on which the Claimants rely to assert a right that needs to be observed.*"[434]

„*In fact, the Claimants invoke issues on which the Tribunal has found that no promise or commitment had been made by the Respondent.*"[435]

Konkrete Zusicherungen im Hinblick auf eine Beständigkeit der Gesetzeslage wurden gegenüber dem Investor nicht erteilt. Das Schiedsgericht hat hinsichtlich der nachteiligen Gesetzesänderungen ausgeführt, dass die gesamte Gesetzespolitik des Gaststaates zwar darauf ausgerichtet gewesen wäre, dass ausländische Investoren benötigt werden und willkommen sind. Diese Gesetzespolitik könne nach Auffassung des Schiedsgerichtes jedoch aufgrund ihrer Generalität nicht als Stabilitätszusicherung und somit nicht als Grundlage für berechtigte Erwartungen angesehen werden.

Das Schiedsgericht hob hierzu hervor:

---

[431] *Saluka v. Czech Republic*, Rz 329: „*It is sufficient that* ***Nomura (and subsequently Saluka),*** *when making its investment,* ***could reasonably expect that****, should serious financial problems arise in the future for all of the Big Four banks equally and in case the Czech Government should consider and provide financial support to overcome these problems,* ***it would do so in a consistent and even-handed way****".* Die Ausführungen des Schiedsgerichtes müssen auch im Kontext mit der Argumentation des Investors gelesen werden. Hierzu führt das Schiedsgericht in Rz 328 aus: *"Firstly, the Respondent argues that Nomura was not given any assurance that its competitors would be privatised in the same way as IPB, i.e. without previous support allowing them to get rid of the problems involved in the non-performing loan portfolios.*"

[432] Zur Schadensminderungspflicht siehe ferner die Ausführungen in Kap XI H.

[433] *PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ingin Electrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award (19. Jan 2007).

[434] *PSEG v. Turkey*, Rz 241.

[435] *PSEG v. Turkey*, Rz 242.

„*True enough, the whole BOT policy was built on the premise that foreign investments would be needed, encouraged and welcome, but this was a matter of general policy that did not entail a promise made specifically to the Claimants about the success of their proposed project.*“[436]

Nach der geäußerten Ansicht des Schiedsgerichtes ist die Begründung von berechtigten Erwartungen auf generelle gesetzliche Vorgaben abseits konkreter Zusicherungen grundsätzlich zu verneinen. Das Schiedsgericht hat jedoch aufgrund der Inkonsistenz in der Gesetzeslage im Gaststaat die Verletzung des FET-Standards letztendlich bejaht. Diese Inkonsistenz hat das Schiedsgericht in der sich ständig wiederholenden Abänderung der gesetzlichen Vorgaben erblickt und diese Vorgehensweise als „*roller coaster effect*“ bezeichnet.[437]

Hierzu hielt das Schiedsgericht fest:

„*Stability cannot exist in a situation where the law kept changing continuously and endlessly, as did its interpretation and implementation.*”[438]

Auszuführen ist, dass vom Schiedsgericht keine konkreten Zusicherungen im Hinblick auf die Stabilität der gesetzlichen Vorgaben angenommen wurden. Der vom Schiedsgericht ins Treffen geführte „*roller coaster effect*“ ist im Ergebnis wohl als totale Abänderung der gesetzlichen Rahmenbedingungen einzuordnen. Die ‚totale Abänderung‘ der gesetzlichen Rahmenbedingungen wurde[439] und wird[440] durch Schiedsgerichte regelmäßig zur Begründung der Verletzung des FET-Standards auch abseits konkreter Zusicherungen herangezogen. Auf diesen für die Forschungsfrage wichtigen Themenkomplex wird in Kapitel XI D noch ausführlich eingegangen.

---

[436] *PSEG v. Turkey*, Rz 243.

[437] *PSEG v. Turkey*, Rz 247; auch verweist das Schiedsgericht in Rz 253 im Zusammenhang mit der Frage der Gewährung stabiler Rahmenbedingungen im Gaststaat auf die Ansicht des *United States Technical Memorandum* im Zusammenhang mit dem gegenständlichen BIT zwischen USA und der Türkei und hebt hervor, dass der FET als Standard anzusehen sei: *„that can be invoked in arbitration to protect investments against possible vagaries of the host-Party's national laws and their administration.“*Neben der inkonsistenten Gesetzespolitik wurde seitens des Schiedsgerichtes auch ein Amtsmissbrauch durch die türkischen Behörden angenommen, siehe Rz 247.

[438] *PSEG v. Turkey*, Rz 254; diese Auffassung wird auch durch das Schiedsgericht in *Watkins v. Spain,* Rz 569 geteilt: „*The Tribunal is of the view that stability cannot exist when Spain continuously changes its legislation and that Spain's conduct from December 2012 breaches the concept of a stable and predictable environment for the Claimants' investment.*“

[439] Siehe hierzu Kap XI D.

[440] Die Frage der Beseitigung der essentiellen Merkmale der gesetzlichen Rahmenbedingungen spielt insbesondere in der Flut von Schiedsverfahren im Sektor der erneuerbaren Energien eine wesentliche Rolle, siehe näher in Kap X C.

Auch die Entscheidung *Parkerings v. Lithuania*[441] aus dem Jahre 2007 ist für die gegenständliche Forschungsfrage von Interesse. Verfahrensgegenständlich war die Investition in Parkanlagen in Litauen. Das nationale Parlament hat nach Vornahme der Investition Gesetze erlassen, die das Recht von privaten Unternehmen, Parkgebühren und Strafen zu kassieren, massiv eingeschränkt haben. Hinsichtlich der vom Investor ins Treffen geführten berechtigter Erwartungen auf eine stabile Gesetzeslage hält das Schiedsgericht fest:

„*The expectation is legitimate if the investor received an* ***explicit promise*** *or* ***guaranty*** *from the host-State, or if* ***implicitly****, the host-State made assurances or representation that the investor took into account in making the investment. Finally, in the situation where the host-State* ***made no assurance or representation****,* ***the circumstances surrounding*** *the conclusion of the agreement are decisive to determine if the expectation of the investor was legitimate.*"[442]

Diese Ausführungen vermögen zunächst den Eindruck erwecken, dass auch Gesetze selbst als „implizite" Zusicherungen eingestuft werden könnten[443], wie dies auch zuweilen argumentiert wird.[444]

Das Schiedsgericht führte in weiterer Folge hierzu jedoch aus:

„*It is each State's undeniable right and privilege to exercise its sovereign legislative power. A State has the right to enact, modify or cancel a law at its own discretion.* ***Save for the existence of an agreement, in the form of a stabilization clause or otherwise****,* ***there is nothing objectionable about the amendment brought to the regulatory framework*** *existing at the time an investor made its investment.*"[445]

---

[441] *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award (11. Sep 2007).

[442] *Parkerings v. Lithuania*, Rz 331 (Hervorhebung durch den Autor); dieser Passus wurde auch seitens des Schiedsgerichtes in *Mohammad Ammar Al-Bahloul v. The Republic of Tajikistan*, SCC Case No. V (064/2008), Partial Award on Jurisdiction and Liability (02. Sep 2009), Rz 202 bestätigt. Das Schiedsgericht führt hierzu aus:„*The point was made in Parkerings-Companie AS v. Lithuania, that legitimate expectations can be based* ***on the legal order of the host State and/or*** *explicit or implicit assurances.*" (Hervorhebung durch den Autor). Bei dieser Zitation lässt das Schiedsgericht jedoch andere Passagen der Entscheidung *Parkerings* wie insbesondere die Ausführungen in Rz 332 unberücksichtigt. Aus dieser Vorgehensweise zeigt sich hier wieder die Problematik des ‚Herauspickens' einzelner Stehsätze ohne Bedachtnahme auf die gesamte Entscheidungsbegründung bzw. den Sachverhalt.

[443] Zur Auslegung der ‚impliziten Zusicherung' siehe Kap XI I b) ii; auch in *Total S.A. v. Argentina* wurden solch ‚implizite Zusicherungen' thematisiert. Aus Rz 120 der Entscheidung lässt sich jedoch ableiten, dass Gesetze selbst nicht als solch ‚implizite' Zusicherungen erfasst werden können, da seitens des Schiedsgerichtes hervorgehoben wurde, dass abseits konkreter Zusicherungen grundsätzlich kein Schutz berechtigter Erwartungen auf stabile gesetzliche Vorgaben bestehe, siehe hierzu die Ausführungen in Abschnitt vi dieses Kapitels.

[444] Siehe hierzu Kap XI I b) ii.

[445] *Parkerings v. Lithuania*, Rz 332 (Hervorhebung durch den Autor).

Im gegenständlichen Fall hat das Schiedsgericht festgehalten, dass an den Investor keine konkreten Zusicherungen im Hinblick auf stabile gesetzliche Vorgaben erteilt wurden.[446] In diesem Zusammenhang betonte das Schiedsgericht überdies, dass der Investor mit einer Stabilisierungsklausel gegen unwillkommene Gesetzesänderungen vorkehren hätte können.[447]

Weiters stellte das Schiedsgericht fest:

„*The record does not show that the State acted unfairly, unreasonably or inequitably in the exercise of its legislative power. The Claimant* ***has failed to demonstrate that the modifications of laws were made specifically to prejudice its investment***.”[448]

Somit ist nach Ansicht des Schiedsgerichtes lediglich in diesen verpönten Fällen eine Verletzung berechtigter Erwartungen bei nachteiliger Gesetzesänderung auch abseits konkreter Zusicherungen zu bejahen.[449] In Gesamtbetrachtung der Ausführungen des Schiedsgerichtes kann somit aus der Entscheidung die Annahme, wonach generelle gesetzliche Vorgaben als ‚implizite Zusicherungen' auch abseits konkreter Zusicherungen als Grundlage berechtigter Erwartungen dienen können, nicht abgeleitet werden.

In der Entscheidung *EDF v. Romania* aus dem Jahr 2009 spielte der Schutz berechtigter Erwartungen ebenfalls eine Rolle. Im Zusammenhang mit der Frage eines Vertrauensschutzes auf gesetzliche Stabilität ist die zu der Entscheidung ergangene Ausarbeitung von *Pandya*/*Moody*[450] von Interesse. Die Autoren weisen in ihrer Ausarbeitung auf Widersprüche im Zusammenhang mit der Beurteilung des Schutzes berechtigter Erwartungen in der Schiedsentscheidung hin. Die Ursache hierfür liege nach den Autoren in der Heranziehung von Stehsätzen älterer Schiedsentscheidungen durch das Schiedsgericht begründet. So verweisen die Autoren darauf, dass das Schiedsgericht in

[446] *Parkerings v. Lithuania*, Rz 334f. In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass das Schiedsgericht daraufhin festgehalten hat: „*The legitimate expectations of the Claimant that the legal regime would remain unchanged* ***are not based on or reinforced by a particular behaviour*** *of the Respondent. In other words, the Republic of Lithuania* ***did not give any explicit or implicit promise that the legal framework of the Agreement would remain unchanged***." (Hervorhebung durch den Autor). In Gesamtbetrachtung mit den vom Schiedsgericht getroffenen Feststellungen, wonach weder eine explizite noch eine implizite Zusicherung erteilt wurde, ist aufgrund dieser Ausführungen wohl der Schluss zu ziehen, dass Gesetze selbst keine ‚impliziten' Zusicherungen darstellen können. AA hier *Born*, der den Passus für die Begründung von berechtigten Erwartungen auf eine stabile Gesetzeslage abseits konkreter Zusicherungen heranzieht, siehe *Antaris v. Czech Republic*, Dissenting Opinion Born, Rz 36.

[447] *Parkerings v. Lithuania*, Rz 336.

[448] *Parkerings v. Lithuania*, Rz 337 (Hervorhebung durch den Autor).

[449] Zu dem selben Ergebnis gelangt das Schiedsgericht in *Mobil Investments Canada Inc. and Murphy Oil Corporation v. Canada,* ICSID Case No. ARB(AF)/07/4, Decision on Liability and Principes of Quantum (redacted) (22. May 2012), Rz 170f.

[450] *Pandya/Moody*, Legitimate Expectations: An Unclear Future, 19ff.

der Analyse zum FET-Standard zunächst im Allgemeinen festgehalten hätte, dass der Investor – abseits konkreter Zusicherungen – nicht davon ausgehen könne, dass BITs als generelle Absicherung gegen Änderungen in der Gesetzeslage des Gaststaates zu verstehen seien. Der FET-Standard könne nach Auffassung des Schiedsgerichts insbesondere nicht denselben Schutzumfang wie eine direkt an den Investor gerichtete Stabilitätszusage bieten. Die Widersprüchlichkeit in der Entscheidung ergebe sich nach Auffassung von *Pandya/Moody* darin, dass das Schiedsgericht in seiner rechtlichen Analyse in weiterer Folge ausführe, dass berechtigte Erwartungen auch durch Statuten oder Regulierungen des Gaststaates begründet werden können[451]. Das Schiedsgericht führte hierzu näher aus:

„Legitimate expectations that TAROM continue the joint venture with EDF could have come from many sources beyond the Contract itself. ***Such expectations could have come from specific assurances in writing from Government representatives, statutes, regulations or other commitments*** *by the Government.*"[452]

Zuvor gab es in seiner Analyse jedoch an:

*„****Except where specific promises or representations are made*** *by the State to the investor, the latter may not rely on a bilateral investment* ***treaty as a kind of insurance policy against the risk of any changes in the host State's legal and economic framework. Such expectation would be neither legitimate nor reasonable****.*"[453]

Wie *Pandya/Moody* richtig aufzeigen, ist die Entscheidung in der Frage, inwiefern Gesetze ohne Vorliegen konkreter Zusicherungen als Grundlage berechtigter Erwartungen dienen können, widersprüchlich. Aus diesem Grund eignet sich die Entscheidung nicht als Grundlage für die Annahme eines Schutzes berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität abseits konkreter Zusicherungen.

[451] *EDF v. Romania*, Rz 298; *Pandya/Moody*, Legitimate Expectations: An Unclear Future, 20f. Die Autoren sprechen sich dafür aus, dass abseits konkreter Zusicherungen eine Verletzung berechtigter Erwartungen bei gesetzlichen Änderungen aufgrund der diesfalls gegebenen Einschränkung der gesetzgeberischen Freiheit des Gaststaates zu verneinen sei. Dies stützen die Autoren auch auf dem Umstand, dass solch ein Schutz auch der englischen Rechtsordnung fremd sei, siehe 4ff des Aufsatzes.

[452] *EDF v. Romania*, Rz 298 (Hervorhebung durch den Autor).

[453] *EDF v. Romania*, Rz 217 (Hervorhebung durch den Autor).

Die im Jahr 2009 ergangene Schiedsentscheidung *Glamis Gold v. USA*[454] ist im Zusammenhang mit dem Schutz berechtigter Erwartungen ebenfalls von Interesse. In dieser Entscheidung begründete der Investor, ein Bergbauunternehmen, die Verletzung seiner berechtigten Erwartungen damit, dass die ursprünglich zugesagten Genehmigungen durch den Gaststaat aus Gründen des Schutzes der indigenen Bevölkerung letztendlich nicht erteilt wurden. Diese Verweigerung der Erteilung der Genehmigungen erfolgte nach Einholung eines Rechtsgutachtens durch den Gaststaat, in dem das Investitionsvorhaben aufgrund des Konflikts mit dem Schutz der indigenen Bevölkerung für unzulässig eingestuft wurde.[455] Überdies wurden nach Vornahme der Investition gesetzliche Regelungen durch den Gaststaat erlassen, die ua eine verpflichtende Wiederherstellung der ursprünglichen Landschaftskonturen vorsahen.[456] Das Schiedsgerichtes verneinte die Verletzung berechtigter Erwartungen aufgrund dieser neu erlassenen nachteiligen gesetzlichen Regelungen, Hierbei hat das Schiedsgericht einen hohen Maßstab an die für die Erzeugung berechtigter Erwartungen erforderliche Vertrauensgrundlage gesetzt, indem es forderte:

„*...a violation of Article 1105 based on the unsettling of reasonable, investment-backed expectation requires, as a threshold circumstance,* ***at least a quasi-contractual relationship between the State and the investor****, whereby the State* ***has purposely and specifically induced*** *the investment.*"[457]

Seitens des Schiedsgerichtes wurde jedoch nicht näher ausgeführt, wann eine derartige ‚quasi vertragliche' Beziehung anzunehmen ist. Diese Unklarheit wird dadurch verstärkt, dass das Schiedsgericht in diesem Punkt nicht auf Vorentscheidungen Bezug genommen hat, sondern diesen Maßstab der quasi-vertraglichen Beziehung selbst ‚ins Leben gerufen' hat. Es ist jedoch anzunehmen, dass generelle gesetzliche Vorgaben ohne konkrete Zusicherungen solch eine quasi-vertragliche Beziehung nicht zu begründen vermögen.

c) Zur Kritik im Schrifttum und der (späteren) Schiedsjudikatur

i. Eine hinkende Begründung des Vertrauensschutzes auf die Gesetzeslage in der älteren Schiedsjudikatur?

Die durch die älteren Schiedsgerichte aufgezeigten Grundsätze im Hinblick auf einen Schutz berechtigter Erwartungen sind im Schrifttum und der späteren Schiedsjudikatur nicht ohne Kritik

[454] *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, UNCITRAL, Award (8. Jun 2009).
[455] *Glamis Gold v. USA*, Rz 148ff; zum Verfahren *Glamis Gold v. USA* im Zusammenhang mit dem ‚Stehsatz' der UNCTAD-Studie aus dem Jahr 2012 siehe Kap XI J.
[456] *Glamis Gold v. USA*, Rz 166ff.
[457] *Glamis Gold v. USA*, Rz 766.

geblieben. So wurde der geforderte Maßstab des „ordentlichen Gaststaates“ in *Tecmed*[458] im Schrifttum und der späteren Schiedspraxis wiederholt kritisiert, da das Schiedsgericht in der Entscheidung einen Maßstab eines stets umsichtigen und alle Gegebenheiten einkalkulierenden Gaststaates vorgeben würde, dem Staaten in der Realität kaum gewährleisten können[459]. Es kann festgehalten werden, dass der in *Tecmed* geforderte Standard mittlerweile als überholt anzusehen ist. Für diese Annahme spricht auch, dass diese Entscheidung in jüngeren Verfahren nicht mehr zitiert wird. Es ist jedoch zu beachten, dass *Tecmed* in der älteren Schiedsjudikatur regelmäßig für die Begründung von berechtigten Erwartungen auf stabile gesetzliche Rahmenbedingungen herangezogen wurde.[460]

Auch die im Zuge der Argentinienkrise ergangenen Entscheidungen sind nicht außer Kritik geblieben. *T. Zeyl*[461] hat die Entscheidungen *CMS*, *Enron* und *LG & E v. Argentina* im Zusammenhang mit der von Argentinien in den Verfahren ins Treffen geführten Argument der wirtschaftlichen Notwendigkeit der Gesetzesänderungen einer Untersuchung unterworfen. Hierbei kritisierte *Zeyl* zunächst den strengen Ansatz der Schiedsgerichte im Zusammenhang mit der Berufung des Gaststaates auf die wirtschaftliche Notwendigkeit der Gesetzesänderungen. Besonders problematisch sei nach *Zeyl*, dass die Schiedsgerichte die Maxime der Gewährung berechenbarer und stabiler Rahmenbedingungen als Grundlage zur Nachprüfung der Entscheidungen der Gesetzgebung des Gaststaates genutzt hätten.

---

[458] Siehe den wiederholt herangezogenen ‚Stehsatz‘ in *Tecmed v. Mexico*, Rz 154 in Abschnitt a) ii.

[459] *Douglas*, Nothing if not Critical for Investment Treaty Arbitration, 28: „*The Tecmed 'standard' is actually not a standard at all; it is rather a description of perfect public regulation in a perfect world, to which all states should aspire but very few (if any) will ever attain”;* kritisch ferner *Potesta*, Legitimate Expectations in Investment Treaty Law, 99f; *Zeyl*, Charting the Wrong Course, 223; *Pinto*, The ‘Narrow’ Meaning of the Legitimate Expectations, 277; *Bazrafkan/Herwig*, Risk and the Regulation of Uncertainty in International Law, 247; zur Kritik in der Schiedspraxis siehe etwa: *White Industries Australia Limited v. The Republic of India*, UNCITRAL, Final Award (30. Nov 2011), Rz 10.3.5ff; *Saluka v. Czech Republic*, Rz 302; *MTD v. Chile*, Rz 67; auch kritisch *Nikken,* Separate Opinion *Suez v. Argentina,* Rz 25, der insbesondere die oftmals unkritische Übernahme des in *Tecmed* geäußerten *dictums* durch spätere Schiedsgerichte kritisiert; Auch in *Bayindir v. Pakistan,* Rz 179 wird seitens des Schiedsgerichtes kritisch aufzeigt, dass in *Tecmed* von einem sehr breiten Verständnis des Schutzumfanges nach dem FET-Standard ausgegangen worden sei; ferner *Suez v. Argentina*, Rz 224: „*It is true that certain elements of the Tecmed standard have come under criticism for being too broad.*“

[460] Siehe etwa *LG & E v. Argentina*, Rz 131; *CMS v. Argentina*, Rz 279; *OEPC v. Ecuador*, Rz 185; *Azurix v. Argentina*, Rz 371; *Enron v. Argentina*, Rz 262; *Eureko v. Poland*, Rz 235; zu betonen ist, dass auch in den älteren Entscheidungen in der Argentinienkrise jedoch teilweise nicht bloß auf den oftmals zitieren Stehsatz, sondern auf den gesamten Sachverhalt in *Tecmed* eingegangen wurde, siehe *Sempra Energy v. Argentina*, Rz 239: „*The Tribunal concludes that the Respondent is right in asserting that the Tecmed award relates to an entirely different legal context, and that it does not provide helpful guidance in respect of the present dispute.*“

[461] *T. Zeyl*, Charting the Wrong Course, Rz 222f.

Auch das Schiedsgericht in *El Paso v. Argentina* kritisierte die älteren Entscheidungen der ‚Argentinienkrise' dahingehend, dass diese keine hinreichende Begründung für die Annahme der Pflicht zur Gewährung von stabilen gesetzlichen Vorgaben aufweisen würden.[462]

Die *UNCTAD* hebt unter Bezugnahme auf die früheren Entscheidungen *CMS*, *Enron v. Argentina*, *PSEG v. Turkey* und *OEPC v. Ecuador* im Zusammenhang mit der in diesen Entscheidungen angenommenen Verletzung berechtigter Erwartungen durch nachteilige Gesetzesänderungen kritisch hervor:

„*In these cases,* ***tribunals have gone so far as to suggest that any adverse change in the business or legal framework of the host country may give rise to a breach of the FET standard*** *in that the investors' legitimate expectations of predictability and stability are thereby undermined. This approach is unjustified, as it would potentially prevent the host State from introducing any legitimate regulatory change, let alone from undertaking a regulatory reform that may be called for.*"[463]

Auch im Schrifttum wurde kritisch betont, dass in den Schiedsverfahren Anfang der 2000er-Jahre eine Schieflage zugunsten der ausländischen Investoren vorgelegen sei.[464] Nach der hier vertretenen Ansicht ist bei den älteren Entscheidungen die oftmals fehlende dogmatische Begründung der Bejahung eines Vertrauensschutzes auf stabile gesetzliche Bestimmungen abseits konkreter

[462] Siehe Abschnitt a) vi zur geäußerten Kritik des Schiedsgerichtes in *El Paso v. Argentina*; insbesondere der oftmals herangezogene Stehsatz, wonach Stabilität der gesetzlichen Vorgaben ein ‚wesentlicher Faktor' sei, wurde in der älteren Schiedspraxis nie näher begründet; *Ortino,* The Obligation of Regulatory Stability in the Fair and Equitable Treatment Standard, 850ff betont hier, dass in der jüngeren Judikatur der frühen 2000er-Jahre, insbesondere im Zeitraum 2003 bis 2006, oftmals durch Schiedsgerichte von einem strikten Ansatz zu Lasten des Gaststaates ausgegangen worden sei, wobei hierfür nach Auffassung von *Ortino* insbesondere auch die Stabilitätsvorgaben in Präambeln zur Untermauerung dieses Ansatzes herangezogen wurden. Der Autor verweist diesbezüglich auf die Entscheidungen *CMS v. Argentina* sowie *PSEG v. Turkey* und *Sempra Energy v. Argentina*; siehe *Paine*, On Investment Law and Questions of Change, 187; *G. Öztürk*, The Role of Legitimate Expectations Balancing the Investment Protection and State's Regulations Can States Have Legitimate Expectations? Uppsala Universitet, Master Programme in Investment Treaty Arbitration, Department of Law (2017), 14; *UNCTAD*, FET a Sequel, 67 unter Verweis auf die Entscheidungen *CMS* und *Enron v. Argentina* sowie *PSEG v. Turkey* und *OEPC* unter Bezugnahme auf die von *Tecmed* aufgestellten Grundsätze; *Tellez*, Conditions and Criteria for the Protection of Legitimate Expectations, 439 unter Verweis auf die Entscheidungen *Azurix Corp v. Argentine Republic*, *BG Group v. Argentina*, *CMS v. Argentina*, *Enron v. Argentina*, *Eureko v. Poland* und *OEP*. Der Autor hebt hier kritisch hervor, dass der in den genannten Entscheidungen durch die Schiedsgerichte gewählte Ansatz zu dem Ergebnis führen würde, dass die gesetzlichen Rahmenbedingungen des Gaststaates unverändert fortzubestehen haben und jede, für den Investor nachteilige, Änderung der Gesetzeslage zur Verletzung berechtigter Erwartungen führen würde.

[463] *UNCTAD*, FET a Sequel, 67 (Hervorhebung durch den Autor).

[464] Siehe etwa *Redli*, Limitation to States' Regulatory Power, 72ff; *Newcombe/Paradel*, Law of Investment Treaties, 64; zur öffentlichen Äußerung der Osgoode Law School siehe Kap I.

Stabilitätszusicherungen problematisch.[465] Wie *Ortino*[466] treffend aufzeigt, geht aus den älteren Schiedsentscheidungen oftmals nicht hervor, ob die Verletzung des FET-Standards im Zusammenhang mit nachteiligen Gesetzesänderungen aufgrund der Annahme einer radikalen bzw. substantiellen Abänderung der Gesetzeslage oder aber aufgrund einer nicht nachvollziehbaren bzw. nicht verhältnismäßigen Gesetzesänderung erfolgt ist. *Ortino*[467] kommt in seiner Ausarbeitung zu dem Ergebnis, dass durch Schiedsgerichte im Zusammenhang mit der Verpflichtung zur Gewährung stabiler gesetzlicher Rahmenbedingungen grundsätzlich zwei Ansätze verfolgt werden würden. Beim strikten Ansatz werde die Verpflichtung zur Gewährung gesetzlicher Stabilität grundsätzlich ohne weitere Voraussetzungen bejaht.[468] Beim weniger strikten Ansatz wiederum werde grundsätzlich von keiner Pflicht zur Gewährung von gesetzlicher Stabilität ausgegangen. Bei diesem weniger strikten Ansatz sei vielmehr im Einzelfall zu prüfen, ob ein Schutz berechtigter Erwartungen auf die Stabilität der Gesetzeslage, etwa aus Gesichtspunkten der Nachvollziehbarkeit oder prozessualen Fairness, bejaht werden könne.[469] Auch Schiedsrichter *Voss*[470] kritisiert in seiner *dissenting opinion* zu *Lemire v. Ukraine* die fehlende Begründung für die Annahme eines Schutzes berechtigter Erwartungen abseits konkreter Zusicherungen durch seine Kollegen. *Voss* führt hierzu aus, dass die grundsätzliche Annahme eines Vertrauensschutzes auf gesetzliche Vorgaben abseits konkreter Zusicherungen den FET-Standard quasi zur ‚Schirmklausel' machen würde. Insbesondere fehle es nach *Voss* an einer ausreichenden Grundlage für einen derartigen Vertrauensschutz, da eine

[465] Treffend hat *Schill* (The Multilateralization of International Investment Law (2010), 335f) hinsichtlich *Tecmed* betont, dass die Problematik in diesem Fall insbesondere darin liegen würde, dass neben der, dem FET-Standard ohnedies inhärenten, Unbestimmtheit, die rechtliche Analyse des Schiedsgerichtes sehr dünn ausgefallen sei; zur fehlenden Begründung kritisch überdies *Sornarajah*, Resistance and Change, 268.

[466] *Ortino*, The Obligation of Regulatory Stability in the Fair and Equitable Treatment Standard, 861f.

[467] *Ortino*, The Obligation of Regulatory Stability in the Fair and Equitable Treatment Standard, 846.

[468] So hebt der Autor etwa im Zusammenhang mit den Entscheidungen *CMS v. Argentina* und *Sempra Energy v. Argentina* kritisch hervor, dass in diesen Entscheidungen lediglich der Umstand beleuchtet worden wäre, dass für den Investor nachteilige Gesetzesänderungen eingetreten seien, ohne näher auf die Gründe dieser Gesetzesänderungen einzugehen. Es sei daher in unzureichender Weise allein auf das für den Investor nachteilige Ergebnis, nämlich die nachteilige Gesetzesänderung, abgestellt worden, siehe *Ortino*, The Obligation of Regulatory Stability in the Fair and Equitable Treatment Standard, 852.

[469] So zähle *OEPC* nach *Ortino* etwa zu den Entscheidungen, die den ‚strikten Ansatz' verfolgt hätten, während in *Saluka v. Czech Republic*, *MTD v. Chile*, *Parkerings v. Lithuania, EDF v. Romania, Total S. A*., *El Paso v. Argentina* sowie *Continental v. Argentina* nach Auffassung des Autors der ‚weiche' Ansatzes vertreten worden wäre, da in diesen Entscheidungen seitens des Schiedsgerichtes die Nachvollziehbarkeit der Gesetzesänderung geprüft worden sei, siehe 847, 854.

[470] *Lemire v. Ukraine*, Dissenting Opinion Voss, vi; die weite Auslegung des FET-Standards im Zusammenhang mit dem Schutz berechtigter Erwartungen in den älteren Schiedsentscheidungen wurde auch von *Bazrafkan/Herwig*, Risk and the Regulation of Uncertainty in International Law, 247 kritisch aufgezeigt; kritisch überdies auch *Subedi*, International Investment Law, 169f.

besondere Beziehung zum Investor abseits des bloßen Umstandes, dass er ausländischer Investor sei, mangels konkreter Zusicherungen nicht gegeben sei.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass nach der hier vertretenen Auffassung die größte Problematik in den älteren Entscheidungen in der grundsätzlich fehlenden dogmatischen Begründung für die Annahme eines Schutzes berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität abseits konkreter Zusicherungen durch die Schiedsgerichte liegt.[471]

ii. Die Forderung nach einer „konkreten Zusicherungen" für einen Vertrauensschutz auf die Stabilität der gesetzlichen Vorgaben im Gaststaat

Zahlreiche Autoren sprechen sich auch in Anbetracht der bereits aufgezeigten Kritik der Entscheidungspraxis älterer Schiedsgerichte dafür aus, dass der Schutz berechtigter Erwartungen auf die Beibehaltung bestimmter Gesetze nur im Falle des Vorliegens einer konkreten, an den Investor gerichteten, Zusicherungen auf Stabilität zu bejahen sei.[472] Dies wird ua auch damit begründet, dass die Annahme eines Schutzes berechtigter Erwartungen auf beständige gesetzliche Vorgaben abseits konkreter Zusicherungen nicht dem im öffentlichen Recht nationaler Rechtsordnungen gelegenen Ursprung des Schutzes berechtigter Erwartungen entsprechen würde,

---

[471] *S. R. Kethirredy*, Still the Law of Nations: Legitimate Expectations and the Sovereigntist Turn in International Investment, Yale Journal of International Law, Vol. 44, Issue 2 (2018), 315 (324) hebt zum Stand 2018 hervor: „*The doctrine, as it stands today, is the haphazard result of strategic moves, linguistic ambiguity, misapprehensions about the nature of the State in its capacity as a disputant, and the political preferences of particular arbitrators. Even after attempts by several tribunals to rein in interpretive drift, there remain outliers to be washed out."*

[472] So betont *Paine* (On Investment Law and questions of Change, 188) unter Verweis auf die Entscheidungen *Parkerings v. Lithuania* und *Saluka v. Czech Republic*, dass Gesetzesänderungen seitens des Gaststaats grundsätzlich zulässig seien. Anderes würde gelten, wenn konkrete Zusicherungen auf gesetzliche Stabilität erteilt werden; siehe ferner *Pinto*, The 'Narrow' Meaning of Legitimate Expectations, 270ff, wo der Autor in seiner Ausarbeitung die Ansicht vertritt, dass Schiedsgerichte tendenziell weiterhin auf die Interessen der Gaststaaten zu wenig Rücksicht nehmen würden; vgl ferner *G. Van Harten*, Sovereign Choices and Sovereign Constraints: Judicial Restraint in Investment Treaty Arbitration (2014), 157ff; *C. Campbell*, House of Cards: The Relevance of Legitimate Expectations under Fair and Equitable Treatment Provisions in Investment Treaty Law, Journal of International Arbitration, Vol. 30, No. 4 (2013), 361 (361f); *Sallam,* Investor's Legitimate Expectations, 32; *Postesta*, Legitimate Expectations, 90; *Newcombe/Paradell,* Law of Investment Treaties, 280f; *Yannaca-Small,* Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments, 111, 126, wobei die Autorin Gesetze undifferenziert ebenfalls als ‚konkrete Zusicherungen' einordnet: „*It relates in particular to specific assurances of an official character given to the investor – either through laws and regulations or other administrative acts – and the host State's officials' perception that the investor intends, reasonably, to rely on such representation.*"*; Pandya/Moody,* Legitimate Expectations An Unclear Future, 105; auch *Snodgrass* (Protecting Investors Legitimate Expectations, 39) spricht sich für die Notwendigkeit eines individuellen und an den konkreten Investor gerichteten Aktes als Vertrauensgrundlage im Sinne einer Limitierung des Schutzes berechtigter Erwartungen aus; nach *C. Mclachlan/L. Shore/M. Weininger* (International Investment Arbitration: Substantive Principles (2007), 237) können berechtigte Erwartungen auf eine stabile Gesetzeslage nur durch konkrete Zusicherungen oder Stabilisierungsklauseln erzeugt werden; *Hirsch* (Between Fair and Equitable Treatment and Stability Clause, 10) spricht sich ebenfalls dafür aus, dass berechtigte Erwartungen grundsätzlich nur beim Vorliegen konkreter Zusicherungen zu bejahen seien, da nach Auffassung des Autors die Grenze zu Stabilisierungsklauseln ansonsten verwässert werden würde.

da solch ein Vertrauensschutz in den nationalen Rechtsordnungen nicht zu finden wäre.[473] In Abschnitt C d) dieses Kapitels wird zu dieser Fragestellung einer rechtsvergleichenden Analyse vorgenommen.

B. Ergibt sich ein Vertrauensschutz auf generelle gesetzliche Vorgaben abseits konkreter Zusicherungen aus dem allgemeinen Völkerrecht?

a) Allgemeines

Aufgrund der grundsätzlich vagen Textierung des FET-Standards in den meisten Investitionsabkommen, ist es erforderlich, den Bedeutungsgehalt mittels Auslegung zu ermitteln. Hierbei ist auch auf allgemeine Grundsätze des Völkerrechtes zurückzugreifen.[474] So hat etwa das Schiedsgericht in *Total S.A. v. Argentina*[475], welches eine umfassende rechtsvergleichende Analyse mit nationalen Rechtsordnungen und allgemein völkerrechtlichen Vorgaben durchgeführt hat, festgehalten, dass der Schutz berechtigter Erwartungen ein allgemeines Rechtsprinzip im Sinne des Art 38 Abs 1 lit c IGH Statut darstelle. Schiedsgerichte sind gemäß Art 31 Abs 3 lit c WVK angehalten, allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechtes, welche auf das Rechtsverhältnis der Parteien Anwendungen finden, zu berücksichtigen.[476] Allgemeine Rechtsgrundsätze sind hierbei insbesondere aus den nationalen Rechtsordnungen abzuleiten.[477] Auch die Völkerrechtskommission (International Law Commission „ILC“) der UN hat in einem Bericht aus dem Jahre 2006 festgehalten[478], dass das Völkerrecht ein (einheitliches) rechtliches System darstellen würde und sich seine Prinzipien und Regeln in Beziehung zueinander verhalten und daher diese auch jeweils unter

[473] *Fietta*, Expropriation and the “Fair and Equitable” Standard, 397; auch *Sornarajah* betont, dass in nationalen Rechtsordnungen ein Schutz berechtigter Erwartungen auf eine stabile Gesetzeslage abseits konkreter Zusicherungen nicht vorzufinden sei und aus diesem Grund auch im internationalen Investitionsrecht zu verneinen sei, siehe *Sornarajah*, Resistance and Change, 270, 275, 292; zu demselben Ergebnis gelangen *Pandya/Moody* hinsichtlich der englischen Rechtsordnung, siehe *Pandya/Moody*, Legitimate Expectations An Unclear Future, 4ff.

[474] *A. Roberts*, Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System, American Journal of International Law, Vol. 107 (1), (2013) 45 (46); *Pinto*, The Narrow Standard, 279; *Subedi* (International Investment Law, 155) betont, dass das internationale Investitionsrecht nicht in Isolation betrachtet werden könne, sondern auch auf sonstige anerkannte Grundsätze des Völkerrechts Bedacht zu nehmen sei; siehe hierzu auch *Saluka v. Czech Republic*, Rz 254.

[475] *Total S.A. v. Argentina*, Rz 128; auch seitens des Schiedsgerichtes in *LG & E v. Argentina* wurde – bedingt durch die vage Formulierung des FET im USA-Argentinien BIT - im Zusammenhang mit der Auslegung des Tatbestandes der indirekten Enteignung auf allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechtes zurückgegriffen, Rz 185ff.

[476] *Hamamoto*, Protection of Investor`s Legitimate Expectations, 158.

[477] Vgl etwa *Snodgrass*, Protecting Legitimate Expectations, 25-30; *Hamamoto*, Protection of Investor`s Legitimate Expectations, 159; *T. Gazzini*, General Principle of Law in the Field of Foreign Investment, Journal of World Investment & Trade, Vol.1 (2009), 103 (105); *Zeyl*, Charting the Wrong Course, 211ff.

[478] *United Nations International Law Commission*, (13.04.2006), Fragmentation of international Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Rz 1ff, abrufbar unter https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf (zuletzt abgerufen am 05.08.2022).

Beachtung der sonstigen Vorgaben des Völkerrechtes auszulegen seien. Solch ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, welcher für die gegenständliche Fragestellung von Bedeutung sein könnte, stellt das Estoppel-Prinzip respektive das Prinzip von Treu und Glauben dar.[479]

Bevor auf die relevanten allgemeinen Rechtsgrundsätze näher eingegangen wird, ist darauf hinzuweisen, dass die Problematik der Heranziehung allgemeiner Prinzipien des Völkerrechtes für die Auslegung von Vorgaben des Investitionsrechtes insbesondere darin liegt, dass diese Prinzipien grundsätzliche nur zwischen Staaten untereinander anwendbar sind.[480] Es ist daher zu fragen, ob allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechtes wie etwa das Estoppel-Prinzip auf das Investitionsrecht überhaupt anwendbar sind. Dies wird mitunter bejaht.[481] In diesem Zusammenhang ist jedoch auf eine in zahlreichen der jüngeren Freihandelsabkommen vorzufindende Regelung zu verweisen, welche womöglich die Anwendung von allgemeinen völkerrechtlichen Rechtsgrundsätzen im Zusammenhang mit dem Schutz berechtigter Erwartungen unter dem FET-Standard ausschließt. Konkret findet sich in den jüngeren Freihandelsabkommen im Zusammenhang mit der Regelung des FET-Standards regelmäßig nachstehender Passus:

„*A breach of another provision of this Agreement, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of this Article.*"[482]

---

[479] *Muhammad*, Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration, 174, 180; *Paparinskis*, Good Faith and Fair and Equitable Treatment, 168f.

[480] Siehe hier die Erwägungen im Folgekapitel.

[481] *Suez v. Argentina*, Dissenting Opinion Nikken, Rz 22; *Duke Energy v. Peru*, Rz 231 (Hervorhebung durch den Autor); auch *Newcombe/Paradell*, (*Newcombe/Paradell*, Law and Practice of Investment Treaties, 280) führen aus, dass der Schutz berechtigter Erwartungen eng mit dem Estoppel-Prinzip und dem Prinzip der Staatenverantwortlichkeit bei unilateralen Akten verwandt sei; auch *Diehl* (*Diehl*, The Core Standard of International Investment Protection, 340) hebt hervor, dass der Schutz berechtigter Erwartungen ausländischer Investoren vielfach Parallelen zum Estoppel-Prinzipes aufweise; aA hier etwa Schiedsrichter *Marcano*, welcher in seiner *concurring opinion* zur Entscheidung *Total S.A. v Argentina* (Concurring Opinion of Luis Herrera Mercano (27. Dec 2010), Rz 8), festhält, dass die Rolle des Investors nicht mit der eines ebenbürtigen Staates zu vergleichen sei und der Investor als der Schutzbedürftige unter dem Investitionsabkommen anzusehen sei. Aus diesem Grund sei der Estoppel-Grundsatz im Investitionsrecht nicht anzuwenden; *Wälde* führt in seiner *separate opinion* zur Entscheidung *Thunderbird v. Mexico,* Rz 27ff aus, dass der normative Hintergrund des Schutzes berechtigter Erwartungen unter Berücksichtigung von vertragsrechtlichen Grundsätzen wie *estoppel* oder *venire contra factum propium* konkretisiert und verdeutlicht werden könne. Überdies sei ein Rechtsvergleich mit der öffentlich rechtlichen Rechtsprechung des EuGH, EGMR sowie der WTO Spruchpraxis, somit den ‚entwickelten Systemen des Staats- und Verwaltungsrechtes' vorzunehmen und seien die herrschenden Grundsätze von den bedeutsamsten verwaltungsrechtlichen Rechtssystemen eine wichtige Auslegungshilfe. Nach *Wälde* seien die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Völkerrechtes somit erstrangig bei der *Auslegung* des Schutzes berechtigter Erwartungen zu berücksichtigen und sind seien diese daher nicht direkt im Verhältnis Staat – Investor anwendbar.

[482] Siehe etwa EU-Vietnam FTA Art 2.5 Abs 7; EU-Singapore FTA, Art 2.4 Abs 7; vgl. CETA Art 8.2, Abs 6 sowie TTIP Art 3 Abs 6: „*For greater certainty, a breach of another provision of this Agreement, or of a separate international agreement does not establish a breach of this Article.*"

Wenn somit bereits die Verletzung von im konkreten Investitionsabkommen oder anderen völkerrechtlichen Abkommen keine Verletzung des FET-Standards begründet, müsste dies umso mehr für textlich nicht festgehaltene und überdies schwer greifbare allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechtes gelten. Diese Vorgabe schließt jedoch die Heranziehung allgemeiner Rechtsgrundsätze des Völkerrechts als Auslegungshilfe nicht aus.

b) Gebietet das Estoppel-Prinzip einen Vertrauensschutz auf stabile gesetzliche Rahmenbedingungen?

Nach dem Prinzip des Estoppel ist es verpönt, wenn ein Staat durch inkonsistentes Verhalten zu ursprünglich getätigten Zusicherungen demjenigen einen Schaden zufügt, welcher im guten Glauben auf diese zuvor erteilten Zusicherungen vertraut hat. Der Grundgedanke von Estoppel ist es somit, Stabilität, Konsistenz und Kohärenz von staatlichem Verhalten zu sichern.[483] Zu betonen ist, dass das Estoppel-Prinzip auch als Prinzip des Handelns nach „Treu und Glauben" bzw. als Verbot des *venire contra fatcum proprium* erfasst wird[484] und daher wohl zusammenfassend als der Grundsatz des Vertrauensschutzes im (allgemeinen) Völkerrecht verstanden werden kann. Wie *Müller*[485] in seiner umfassenden Ausarbeitung zum Vertrauensschutz im Völkerrecht aufgezeigt hat, liege der entscheidende Bedeutungsgehalt vom Prinzip des Estoppel in der Bindung einer Partei an die Erwartungen, welche die andere Partei nach Treu und Glauben in ausdrückliche oder implizite Äußerungen ihres Gegenübers setzen durfte. Überhaupt sei nach *Müller* von einer universellen Gültigkeit des im Estoppel-Prinzip verankerten Rechtsgedankens im Sinne einer ‚Gerechtigkeit' auszugehen, welche Richter bei der Entscheidungsfindung in irgend einer Weise stets berücksichtigen würden.[486] Da Schiedsrichtern aufgrund der unbestimmten Textierung des FET-Standards in den meisten Investitionsabkommen ein weiter Entscheidungsspielraum zukommt und von manchen Autoren die Einbeziehung von Billigkeitserwägungen in die Entscheidungsfindung

[483] *Muhammad*, Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration, 177ff; zum Zusammenspiel des Estoppel-Prinzipes mit dem Gebot konsistenten Handelns siehe bereits *I.C. MacGibbon*, Estoppel in International Law, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 7, No. 3 (1958), 468, (512). Das Estoppel-Prinzip wird durch den Autors dahingehend beschrieben: „*What appears to be the common denominator of the various aspects of estoppel which have been discussed, is the requirement that a State ought to maintain towards a given requirement that a state ought to be consistent in its attitude to a given factual or legal situation*."; *Diehl*, The core standard of Investment Protection, 340f, FN 107. *Diehl* hebt hervor, dass sich im Zusammenhang mit dem Schutz berechtigter Erwartungen einerseits eine engere „Vertrauenstheorie", welche diesen Schutz aus dem Estoppel-Prinzip sowie eine weitere „rule of law" Theorie, welche den Schutz aus dem Gedanken der Rechtssicherheit ableitet, entwickelt habe, wobei die erstere in Judikatur und Lehre vorwiegend vertreten werde.

[484] Siehe hier etwa *Duke Energy v. Peru*, Rz 231; *Suez v. Argentina*, Dissenting Opinion Nikken, Rz 23; *Müller*, Vertrauensschutz im Völkerrecht, 9f.

[485] *Müller***,** Vertrauensschutz im Völkerrecht, 9.

[486] *Müller***,** Vertrauensschutz im Völkerrecht, 8.

nicht ausgeschlossen wird[487], ist es nicht abwegig, dass dieser ‚Gerechtigkeitsgedanke', wie *Müller* ihn im Zusammenhang mit dem Estoppel-Prinzip beschreibt, bei der Entscheidungsfindung mitschwingt.

J. G. Laitos[488] hat das Estoppel-Prinzip in sechs Punkten definiert (allerdings zur US-amerikanischen Rechtslage, welche jedoch mit der Rechtslage im Völkerrecht zum Estoppel-Prinzipes größtenteils konform geht):

„*(1) a representation (often in the form of a promise); (2) a representation made with knowledge of the true facts; and (3) a representation made with the intention that the other (private) party should act upon it. Private Action - (1) the party to whom the representation is made must be ignorant of the true nature of the government action; (2) there must be reliance; and (3) the private party must have been induced to act because of the representation, and suffer some injury as a result.*"[489]

Die Parallelen zu den durch die Schiedsjudikatur ausgearbeiteten Grundsätzen zum Schutz von berechtigten Erwartungen liegen hierbei auf der Hand. *Laitos* führte hierzu aus, dass im Zusammenhang mit gesetzlichen Vorgaben das Estoppel-Prinzip dann greife, wenn seitens der staatlichen Behörde das Versprechen erteilt wurde, dass ein gewisses Gesetz in Bestand bleibe und der Akteur darauf vertrauen würde.[490] Als derartige Versprechen können nach *Laitos* etwa staatliche Zusicherungen oder auch öffentliche Äußerungen von Behörden verstanden werden. Das Gesetz selbst kann nach der vom Autor geäußerten Ansicht wohl nicht als Grundlage für einen Vertrauensschutz unter dem Estoppel-Prinzip führen.

[487] Zur Frage der Geltung des Grundsatzes „*ex aque et bono*" im Zusammenhang mit dem Schutz berechtigter Erwartungen siehe Kap IV F.

[488] *J. G. Laitos*, Law of Property Rights Protection, Limitation on Governmental Powers[3] (2020), 3-44f.

[489] Auch in einem bekannten US-amerikanischen Fall aus dem Jahre 1978, *Revere Copper and Brass, Inc. v. Overseas Private Investment Corporation AAA* Case No. 1610013776, Award (24. Aug 1978), wurde bereits die Frage untersucht, ob Maßnahmen der Regierung, welche sich zum Nachteil des Investors auswirken, gegen das Prinzip des Vertrauensschutzes verstoßen, wenn zuvor Zusicherungen an den Investor erteilt wurden, welche diesen in gutem Glauben zur Vornahme der Investition bewogen haben. In dieser Entscheidung wurde auch ein Bezug auf allgemeine völkerrechtliche Grundsätze im Zusammenhang mit dem Vertrauensschutz hergestellt und wurde festgehalten, dass es verpönt ist, wenn die Regierungen von zunächst erteilten Zusicherungen, welche ausländische Investoren zur Vornahme der Investition bewogen haben, nachträglich abgeht.

[490] *Laitos*, Law of Property Right Protection, 3-46f.

D. Bowett[491] hat jene Zusicherungen („*representations*"), welche als Vertrauensgrundlage unter dem Estoppel-Prinzip in Frage kommen, wie folgt näher definiert:

„***Representations of a state of fact may be made expressly or impliedly where**, upon a reasonable construction of a party's conduct, the conduct presupposes a certain state of fact to exist. Assuming that another party to whom the statement is made acts to its detriment in reliance upon that statement, or from that statement the party making the statement secures some advantage, the principle of good faith requires that the party adhere to its statement whether it be true or not. It is possible to construe the estoppel as resting upon a responsibility incurred by the party making the statement for having created an appearance of act, or as a necessary assumption of the risk of another party acting upon the statement."*[492]

Ähnlich wie bei der Erzeugung berechtigter Erwartungen im Investitionsrecht stellt sich die Frage, ob Gesetze als solch implizite Zusicherungen eingestuft werden können.[493]

Im Ergebnis lässt sich aus dem allgemeinen Rechtsprinzip des Estoppel jedoch ein Vertrauensschutz auf die Beständigkeit genereller gesetzlicher Vorgaben abseits konkreter Zusicherungen nicht ableiten. Für einen Vertrauensschutz unter dem Estoppel-Prinzip sind vielmehr konkrete vertrauenserzeugende staatliche Handlungen wie insbesondere bestimmte vertrauenserzeugende Zusicherungen erforderlich.

c) Zum Prinzip von „Treu und Glauben" und dem Vertrauensschutz auf stabile gesetzliche Rahmenbedingungen

Auch das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben („good faith") steht im engen Zusammenhang mit dem Schutz berechtigter Erwartungen. Es handelt sich hierbei um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des Völkerrechtes.[494] Das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben ist bei der Auslegung des FET-Standards gemäß den Vorgaben in Art 31 Abs 1 der WVK zu

[491] *D. Bowett*, Estoppel Before International Tribunals and its Relation to Acquiescence, British Yearbook of International Law, Vol. 33, (1957), 176 (183).

[492] Hervorhebung durch den Autor.

[493] Siehe hierzu die Erwägungen in Kap XI I b) ii; überdies zu fragen ist, ob das Estoppel-Prinzip im Investitionsrecht überhaupt zur Anwendung kommt. *Pandya/Moody* (Legitimate Expectations: An Unclear Future, 5) betonen die Anwendbarkeit eines „privatrechtlichen Estoppel" zwischen Gaststaat und Investor und verweisen hierbei auf die englische Entscheidung *East Sussex Country Council,* in der festgehalten wurde: „*There is of course an analogy betweetn an privat law estoppel and the public law concept of legitimate expectations created by a public authority.*"; das Estoppel-Prinzip wird als allgemeiner Rechtsgrundsatz angesehen, da sich dieses Prinzip auch in vielen nationalen Rechtsordnungen wiederfindet, siehe etwa *M. Groves*, Substantive Legitimate Expectations in Australian Administrative Law, Melbourne Law Review 15 (2008), 32(2), 470 (472ff), wobei der Autor hervorhebt, dass sich dieser Grundsatz etwa im australischen öffentlichen Recht nicht finden würde.

berücksichtigen.[495] Dieses Prinzip wurde von Schiedsgerichten auch im Zusammenhang mit der Prüfung einer möglichen Verletzung des FET-Standards herangezogen.[496] Das Schiedsgericht in *Duke v. Peru* hat hierzu hervorgehoben, dass das Prinzip des Handelns nach Treu und Glauben als Synonym für das Estoppel-Prinzip bzw. das Prinzip des „*venire contra factum proprio non valet*" zu verstehen sei.[497] Auch hat das Schiedsgericht hervorgehoben, dass das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben als generelles Rechtsprinzip sowohl im nationalen Recht als auch im Völkerrecht Anwendung finde. Hierbei betonte das Schiedsgericht, dass dieses Prinzip es den Staaten verbiete, Maßnahmen zu setzen, welche zum Nachteil für den Erklärungsempfänger im Widerspruch zu zuvor getätigten Zusicherungen stehen.[498] Wie das Schiedsgericht in *Duke v. Peru* aufgezeigt hat, sind die Grundsätze des Prinzips des Handelns nach Treu und Glauben somit grundsätzlich synonym mit dem bereits geschilderten Estoppel-Prinzip. Auch aus diesem Grundsatz lässt sich kein Vertrauensschutz für den Investor dahingehend ableiten, dass sich Gesetze auch abseits konkreter Zusicherungen nicht nachteilig ändern werden.[499]

---

[494] *A.R Ziegler/J. Baumgartner*, Good Faith as a General Principe of (International) Law in A.D. Mitchell/M. Sornarajah/T. Voon (Hrsg.), Good Faith in International Economic Law, (2015), 10ff; *Thunderbird v. Mexico*, Separate Opinion Wälde, Rz 25; *Sallam,* Investor's Legitimate Expectations, FN 43; in *Sempra Energy v. Argentina*, Rz 299 wurde festgehalten, dass der Grundsatz von Treu und Glauben den ganzen Ansatz des Schutzes ausländischer Investoren, insbesondere hinsichtlich des FET-Standards, durchdringen würde; siehe auch *Carmody*, Great Expectations, 6; vgl *Charanne v. Spain*, Rz 486 unter Verweis auf *El Paso v. Argentina* und *Saluka v. Czech Republic*; vgl ferner *Total v. Argentina*, Rz 128: „*Since the concept of legitimate expectations is based on the requirement* ***of good faith, one of the general principles referred to in Article 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice as a source of international law****, the Tribunal believes that a comparative analysis of the protection of legitimate expectations in domestic jurisdictions is justified at this point.*" (Hervorhebung durch den Autor); zum Prinzip von Treu und Glauben im Zusammenhang mit dem FET-Standard siehe *Paparinskis*, Good Faith and Fair and Equitable Treatment, 144ff sowie 168ff zum Schutz von (berechtigten) Erwartungen im Zusammenhang mit dem Prinzip des Handelns nach Treu und Glauben.

[495] *Diehl*, The Core Standard of International Investment Protection, 358; *Sempra Energy v. Argentina*, 299; *Siemens v. Argentina*, Rz 308; treffend hat *Redli,* Limitations of States Regulatory Power, 31 hervorgehoben, dass das Prinzip des Handelns nach Treu und Glauben für sich allein keine Quelle staatlicher Verpflichtungen darstelle. *Redli* hebt richtigerweise hervor, dass das Prinzip von Treu und Glauben erstrangig als Auslegungsmaxime heranzuziehen wäre; in der Rechtsprechung der WTO wurde judiziert, dass sich die Annahme eines Schutzes berechtigter Erwartungen aus Art 31 Abs 1 der WVK ergibt, siehe hierzu etwa *India – Patents (EC) Panel Report, India – Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical* Products, Complaint by the European Communities, WT/DS79/ R, 22 September 1998, DSR 1998:VI, 2661 oder *EC – Computer Equipment Panel Report, European Communities – Customs Classification of Certain Computer Equipment*, WT/DS62/R, WT/DS67/R, WT/DS68/R, 22 June 1998; ferner *Muhammad*, Protection of Legitimate Expectations, 208.

[496] Siehe hier etwa bereits der ‚Stehsatz' in *Tecmed*, Rz 154.

[497] *Duke v. Peru*, 231.

[498] *Duke v. Peru*, 231f.

[499] Vgl *Sornarajah* (Great Expectations, 13), der das Prinzip des Handelns nach Treu und Glauben als zu vage einstuft, um hieraus einen Schutz berechtigter Erwartungen abzuleiten.

d) Die „Guiding Principles applicable to unilateral delcarations of States" der Völkerrechtskommission als Auslegungshilfe?

Das Schiedsgericht in *Total S.A. v. Argentina*, welches die Bedeutung von Rechtsgrundsätzen des allgemeinen Völkerrechts für das Investitionsrecht umfassend untersucht hat, hat aufgezeigt, dass die von der Völkerrechtskommission im Jahr 2006 formulierten „*Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations*" [500] auch für die Auslegung des Schutzes berechtigter Erwartungen im internationalen Investitionsrecht zu beachten seien. Es stellt sich somit die Frage, ob sich aus diesen „Guiding Principles" ein Schutz berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität abseits konkreter Zusicherungen ableiten lässt. Das Schiedsgericht betonte hierbei zunächst, dass diese Richtlinien grundsätzlich auf unilaterale Akte von Staaten gegenüber anderen Völkerrechtssubjekten anzuwenden seien und diese daher nicht im Fall von Handlungen auf Basis von nationalem Recht zur Anwendung gelangen würden. Ungeachtet dessen seien nach Auffassung des Schiedsgerichtes die sich aus den *Guiding Principles* ergebenden Grundsätze auch im Investitionsrecht beachtlich.[501]

Hinsichtlich der *Guiding Principles* hat das Schiedsgericht etwa auf Art 7 verwiesen, wo festgehalten wird:

„*A unilateral declaration entails obligations for the formulating State only if it is stated in clear and specific terms.*"[502]

---

[500] *International Law Comission*, Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations, with commentaries thereto (2006), abrufbar unter: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_9_2006.pdf.

[501] *Total S.A. v. Argentina*, Rz 131ff; das Schiedsgericht führt hierzu weiters aus: „*The recent ‚Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations'145 (‚the Guidelines'), which were formulated by the International Law Commission in 2006* ***as a restatement of international (interstate) case law*** *in the subject matter, are of interest here. We are aware that the Guidelines deal with the legal effects of unilateral acts of States addressed to other subjects of international law, and not with domestic normative acts relied upon by a foreign private investor.* ***Still, we believe that the conditions required for unilateral declarations of a State to give rise to international obligations are of relevance here*** *since the issue before the Tribunal has to be resolved by application of international law.*" (Rz 132); auch *Newcombe/Paradell* (*Newcombe/Paradell*, Law and Practice of Investment Treaties, 280) führen aus, dass der Schutz berechtigter Erwartungen im engen Zusammenhang mit den Grundsätzen der Staatenverantwortlichkeit und den Grundsätzen unilateraler Erklärungen im allgemeinen Völkerrecht stehe.

[502] *Total S.A. v. Argentina*, Rz 133; das Schiedsgericht führt hierzu aus: „*Relevant provisions for our analysis are found in Article 7 of the Guidelines:"A unilateral declaration entails obligations for the formulating State* ***only if it is stated in clear and specific terms****. In case of doubt as to the scope of the obligations resulting from such a declaration,* ***such obligations must be interpreted in a restrictive manner****. In interpreting the content of such obligation, weight shall be given first and foremost to the text of the declaration, together with the context and the circumstances in which it was formulated.*" (Hervorhebung durch den Autor).

Das Schiedsgericht in *Total* betonte, dass im allgemeinen Völkerrechtes unilaterale Akte unter dem Grundsatz des Prinzips des Handelns nach Treu und Glauben nur dann rechtlich bindend seien, wenn diese als „*unconditional, definitive*“ und „*very specific*” einzustufen wären.[503] Somit ergibt sich nach den genannten Richtlinien sowie der Auslegung des Schiedsgerichtes in *Total*, dass für eine rechtliche Bindung von „unilateralen Akten“ im allgemeinen Völkerrecht erforderlich ist, dass diese einen ‚sehr‘ konkreten Inhalt aufweisen. Somit lässt sich wohl aus den Vorgaben der *Guiding Priciples* sowie der bezughabenden Auslegung des Schiedsgerichtes in *Total* mangels der erforderlichen Spezifität die Eignung von gesetzlichen Vorgaben als Grundlage für berechtigte Erwartungen abseits konkreter Zusicherungen nicht ableiten.

c. Anwendung der Grundsätze unilateraler Erklärungen auf das internationale Investitionsrecht?

Mit der Frage, ob die im allgemeinen Völkerrecht geltenden Grundsätze für unilaterale Erklärungen auch auf das Investitionsrecht anzuwenden sind, haben sich *W.M. Reisman/M. H. Arsanjani*[504] in einem Artikel umfassend auseinandergesetzt.[505] Hierbei haben die Autoren schwerpunktmäßig den ‚*Nuclear-Tests*-Fall‘ des IGH aus dem Jahre 1973 in die Untersuchung einbezogen.[506] Zum Sachverhalt dieses Falls ist auszuführen, dass Australien und Neuseeland den IGH aufgrund von Atomwaffentests Frankreichs im Pazifik angerufen haben, da entgegen öffentlichen Erklärungen des Präsidenten Frankreichs und der französischen Regierung, wonach derartige Atomwaffentests nicht mehr durchgeführt werden, es dennoch zur Durchführung weiterer Atomwaffentests gekommen ist. Von Interesse ist hierbei, dass die Erklärungen Frankreichs, keine Atomwaffentests mehr durchzuführen, nicht individuell gegenüber bestimmten Staaten, sondern vielmehr öffentlich *erga omnes* abgegeben wurde.

Der IGH hat festgehalten[507]:

„*It is well recognized that declarations made by way of unilateral acts, concerning legal or factual situations, may have the effect of creating legal obligations.* ***Declarations of this kind may be, and***

[503] *Total S.A. v. Argentina*, Rz 131.
[504] *W. M. Reisman/M. H. Arsanjani*, The Question of Unilateral Governmental Statements as Applicable Law in Investment Disputes, 335.
[505] Siehe hierzu Kap XI I h zur Relevanz der Intention des Gaststaates, sich gegenüber den ausländischen Investoren bindend zu erklären.
[506] *Reisman/Arsanjani*, The Question of Unilateral Governmental Statements as Applicable Law in Investment Disputes, 330ff.
[507] *New Zealand v. France*, Nuclear tests case, Rz 46.

***often are, very specific**. When it is the **intention of the State making the declaration that it should become bound** according to its terms, **that intention confers on the declaration the character of a legal undertaking**, the State being thenceforth legally required to follow a course of conduct consistent with the declaration. An undertaking of this kind, **if given publicly, and with an intent to be bound**, even though not made within the context of international negotiations, is binding….*

Of course, not all unilateral acts imply obligation; …the intention is to be ascertained by interpretation of the act….

Whether a statement is made orally or in writing makes no essential difference, for such statements made in particular circumstances may create commitments in international law….

… Interested States may take cognizance of unilateral declarations and place confidence in them, and are entitled to require that the obligation thus created be respected."[508]

Reisman/Asanjani[509] haben in ihrer Untersuchung hinsichtlich dieses Falles ausgeführt:

„*It is remarkable that the International Court of Justice relied on the various statements of French officials, which were: (i) **made erga omnes and not addressed to any particular state**; …, in order for these statements to have legal effects, they did not need to be addressed to any particular state, nor was acceptance by any other state required. The Court relied on the ‚general nature and characteristics of these statements' to evaluate their legal implication. It was from the actual substance of these statements, and from the circumstances attending their making, that the legal implications of the unilateral act were to be deduced.*"[510]

Somit kann nach den Autoren auch bei *erga omnes* vorgenommenen Äußerungen unter den vom IGH im ‚*Nuclear Tests*-Fall' aufgezeigten Grundsätzen eine Bindung des Erklärenden angenommen werden. Dieser Gedanke könne nach *Reisman/Asanjani* auch auf das internationale Investitionsrecht übertragen werden.[511] Hervorzuheben ist hier jedoch, dass die Autoren von der nicht unstrittigen

[508] *New Zealand v. France*, Nuclear tests case, Rz 46-49 (Hervorhebung durch den Autor).

[509] *Reisman/Arsanjani*, The Question of Unilateral Governmental Statements as Applicable Law in Investment Disputes, 335.

[510] *Potesta* (*Potesta,* Legitimate Expectations, 26) wiederum hält hinsichtlich des Atomwaffentestfalles unter Bezugnahme der Vorgaben in den *Guiding Principles* fest, dass auch bei unilateralen Erklärungen ein Vertrauensschutz nur anzunehmen sei, wenn die Erklärung ‚*clear and specific*' sei, weswegen hier eine Parallele zu den Grundsätzen im internationalen Investitionsrecht und dem Schutz berechtigter Erwartungen bestehe.

[511] Zu betonen ist jedoch, dass dieser Ansatz durch die Autoren wohl nicht konsequent verfolgt wird. Die Autoren führen hierzu weiter aus (343): „*Where statements are made either orally or distributed in writing in either hard copy or on-line, clearly promising certain conditions or treatment for foreign investors and such statements are made public*

Prämisse ausgehen, dass die Grundsätze für unilaterale Erklärung zwischen Staaten auch auf das Investitionsrecht übertragen werden können. Im Zusammenhang mit diesem Fall und der Relevanz der Bindungsabsicht des Gaststaates bei generellen Äußerungen ist auf die Ausführungen in Kap XI I h) zu verweisen.

e) Ergebnis

Im Ergebnis kann aus der vergleichenden Analyse allgemeiner Rechtsgrundsätze des Völkerrechtes grundsätzlich kein Schutz berechtigter Erwartungen auf stabile gesetzliche Rahmenbedingungen abseits konkreter Zusicherungen abgeleitet werden. Vielmehr wird im Zusammenhang mit den untersuchten allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Völkerrechts regelmäßig auf das Vorliegen einer eindeutigen und konkreten Zusicherung für die Erzeugung von rechtlich bindendem Vertrauen abgestellt. Sollten unilaterale Erklärungen in Form von generellen Äußerungen mit Bindungsintention vorgenommen werden, wäre nach *Reisman/Asanjani* von einem Vertrauensschutz auf Seiten des Erklärungsempfängers auszugehen. Diese Grundsätze können jedoch für die Annahme eines Schutzes berechtigter Erwartungen auf stabile gesetzliche Rahmenbedingungen abseits konkreter Zusicherungen nur bedingt herangezogen werden.[512]

Es soll nunmehr eine rechtsvergleichende Analyse zur Frage eines Vertrauensschutzes auf gesetzliche Stabilität abseits konkreter Zusicherungen vorgenommen werden

C. Rechtsvergleichende Analyse zur Frage eines Vertrauensschutzes auf die Beständigkeit gesetzlicher Vorgaben abseits konkreter Zusicherungen

a) Zum Recht der WTO

Auch im Recht der WTO findet sich der Grundsatz des Schutzes berechtigter Erwartungen.[513] Der Schutz berechtigter Erwartungen im Recht der WTO spielt hierbei vordergründig im

and are made repeatedly and foreign investors relied on them, and governments do not retrieve or qualify those statements of commitment before the conclusion of contracts with foreign investors, they should, in our view, bind the state. Even if such statements and declarations were inconsistent with domestic law or provided terms more generous and above the indulgences found in a relevant BIT, they could be binding as a matter of international law." Aus diesen Ausführungen lässt sich jedoch ableiten, dass doch wieder bestimmte spezifische Erklärungen zu einer *erga omnes* vorgenommenen Äußerung hinzutreten müssen, damit von einer Bindung des Erklärenden auszugehen ist.

[512] Neben der Frage der Anwendbarkeit dieser Grundsätze auf das internationale Investitionsrecht ist überdies beim FET - Standard auf das Vorliegen von ‚berechtigten' Erwartungen abzustellen und ist daher nicht jegliches Vertrauen des Investors von diesem Schutz umfasst, siehe Kap IV E zur Sorgfaltspflicht des Investors. Es ist daher fraglich, ob die Grundsätze des Vertrauensschutzes im allgemeinen Völkerrecht überhaupt auf den spezifischen Schutz berechtigter Erwartungen iSd FET-Standards übertragen werden können; zur rechtsvergleichenden Analyse mit dem herkömmlichen Vertrauensschutz, wie er etwa im EU-Recht zu finden ist, siehe ferner *C. Schneider*, Vertrauensschutz außerhalb von B-VG und StGG: Europarecht und Völkerrecht in S. Kirchmayr/G. Mayr/P. Oberhammer/F. Rüffler/U. Torggler (Hrsg.), Umgründungen Festschrift für Hans F. Hügel zum 65. Geburtstag (2015), 341 (341f).

Zusammenhang mit Verträgen zwischen den Vertragsparteien eine Rolle.[514] So bedarf es auch im Recht der WTO zur Erzeugung von berechtigten Erwartungen bei der anderen Vertragspartei bestimmter Zusicherungen. Diese Zusicherungen können ausdrücklich oder impliziert erteilt werden.[515]

Im Zusammenhang mit staatlichen Regulierungen wird in Art X Abs 3 (a) des GATT-Abkommens[516] geregelt:

„*3. (a) Each contracting party shall administer in a uniform, impartial and reasonable manner all its laws, regulations, decisions and rulings of the kind described in paragraph 1 of this Article.*"

Hierzu hielt das WTO Gremium im Fall *Argentina – Hides*[517] fest:

„*[u]niform administration requires that Members ensure that their laws are applied consistently and predictably.*"

Im *Australian Subsidy on Ammonium Sulphate*[518] Fall waren Gesetzesänderungen gegenständlich. In diesem Fall wurden durch Australien zunächst zwei vergleichbare Düngemittel staatlich in gleicher Weise gefördert. In weiterer Folge wurden jedoch diese zunächst gewährten Förderungen hinsichtlich einer Sorte des Düngemittels gekürzt. Die Kürzung der Förderungen geschah auch zum Nachteil ausländischer Investoren wie etwa Chile, welches mit diesem Düngemittel in Australien Handel betrieben hat. Chile hat hierzu vorgebracht, dass es berechtigterweise erwarten konnte, dass die Förderungen des betreffenden Düngemittels gleich wie bei der beinahe identen zweiten Sorte weiterhin aufrecht bleiben würden. Das Gremium der WTO hat in der Reduktion der Förderungen

[513] Siehe hierzu *Thunderbird v. Mexico*, Separate Opinion Wälde, Rz 29; *Panizzon*, Good Faith in the Jurisprudence of the WTO. A Study on the Protection of Legitimate Expectations, Good Faith, Interpretations of the WTO Agreements and Fundamental Fairness in Dispute Settlement[1] (2006), 127ff.

[514] Siehe hierzu etwa *Muhammad*, Legitimate Expectations, 204ff; *A. T. L. Chua*, Reasonable Expectations and Non-Violation Complaints in GATT/WTO Jurisprudence, Journal of World Tade, Vol. 32, Issue 2 (1988), 27 (32f); *Wälde* hebt in seiner *separate opinion* zur Entscheidung *Thunderbird v. Mexico* hervor, dass der Schutz berechtigter Erwartungen ein etabliertes Prinzip unter dem GATT Abkommen sei und sich in Art XXIII des GATT Abkommens wiederfinde, siehe Rz 29 mit Verweis auf die Entscheidung *India-Patents;* siehe hierzu auch *Panizzon*, Good Faith in the Jurisprudence of the WTO, 100.

[515] *Chua*, Reasonable Expectations and Non-Violation Complaints in GATT/WTO Jurisprudence, 36f.

[516] *The General Agreement of Tariffs and Trade* (GATT 1986), abrufbar unter: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47.pdf.

[517] *Argentina – Hides*, WT/DS155/R, (19.12.2000), Rz 11.83; siehe ferner *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials* – Report of the Panel, WT/DS398/R (05/07/2011), Rz 7.692; ferner hierzu *Charmody*, Great Expectations, 9.

[518] *The Australian Subsidy on Ammonium Sulphate,* Report adopted by the CONTRACTING PARTIES on 3 April 1950 (GATT/CP.4/39)II/188, 31.3.1950, abrufbar unter: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/gatt_e/50amosul.pdf (zuletzt abgerufen am 20.12.2024).

betreffend des von Chile gehandelten Düngermittels aufgrund von Diskriminierung eine Verletzung der Erwartungen Chiles festgestellt.[519] Dieser Fall ist zunächst aufgrund der Parallelen zu den mit den vorgenommenen Kürzungen der Förderungen im Sektor der erneuerbaren Energien in Europa von Interesse.[520] Überdies wurde in diesem Fall die Verletzung der Erwartungen Chiles auf Beibehaltung[521] der gewährten Förderungen ungeachtet des Umstandes bejaht, dass keine konkreten Zusicherungen an Chile seitens Australiens erteilt wurden, wonach die Förderung unverändert weiterhin gewährt werden würde. *A. T. L. Chua*[522] hat aus dieser Entscheidung gefolgert:

„*The statement or conduct relied upon as a basis for reasonable expectations must emanate from the respondent but need not be made to, or involve, the claimant.*"

Aus der Entscheidung ergibt sich somit, dass Erwartungen iSd Art XIII des GATT-Abkommens auf Beibehaltung günstiger Konditionen auch abseits konkreter Stabilitätszusicherungen unter den Schutz des Abkommens fallen können. Schließlich wurden derartige Zusicherungen im geschilderten Fall nicht abgegeben. Zu betonen ist jedoch, dass im Fall erstrangig die Erwartung Chiles nach einer gleichmäßigen Behandlung durch das Gremium der WTO aufgegriffen wurde. Bei genauerer Betrachtung hat somit nicht die fehlende Beständigkeit der Förderungsvorgaben betreffend eines der Düngermittel, sondern die Diskriminierung Chiles gegenüber den anderen Wettbewerbern zur Verletzung der Vorgaben im GATT-Abkommen geführt.[523]

Überdies stellt sich im Zusammenhang mit der Rechtsprechung der WTO die Frage, ob und inwiefern die Ergebnisse dieser Rechtsprechung auf das Investitionsrecht übertragen werden können. Dass die Grundsätze des Rechtes des WTO auch im internationalen Investitionsrecht beachtlich sein können, geht aus den Ausführungen des Schiedsgerichts in *Continental v. Argentina*[524] hervor. Das Schiedsgericht hat im Zusammenhang mit der Rechtfertigung des Gaststaates, wonach die vorgenommenen Maßnahmen im öffentlichen Interesse notwendig gewesen wären, auf die Vorgaben in Art XX des GATT-Abkommens verwiesen. Hierzu hat das Schiedsgericht ausgeführt, dass die Beurteilung des rechtlichen Konzepts der Notwendigkeit von

[519] *The Australian Subsidy on Ammonium Sulphate,* Report adopted by the CONTRACTING PARTIES on 3 April 1950 (GATT/CP.4/39)II/188, 31.3.1950, Rz 12.
[520] Siehe hierzu Kap X.
[521] Zum ‚Prinzip der Konsistenz' siehe auch Kap XI I b).
[522] *A. T. L. Chua*, Reasonable Expectations and Non-Violation Complaints in GATT/WTO Jurisprudence, 37.
[523] Zum Verbot der gezielten Diskriminierung als eigenem Schutztatbestand im Investitionsrecht siehe die Vorgaben in den neuen Investitionsabkommen in Kap VIII sowie zum allgemeinen Gebot, ausländische Investoren nicht zu diskriminieren in Kap XI E.
[524] *Continental Casuality v. Argentina*, Rz 192.

staatlichen Maßnahmen zutreffender anhand der Vorgaben im GATT/WTO-Recht als nach den Vorgaben im gegenständlichen BIT geprüft werden können.[525] Somit ist das Schiedsgericht davon ausgegangen, dass die Vorgaben des Rechtes des WTO auch im Investitionsrecht beachtlich seien.

Auch seitens des Schiedsgerichts in *Total S.A. v. Argentina* wurde auf die Vorgaben des WTO-Rechtes für die Auslegung des Schutzes berechtigter Erwartungen Bezug genommen. Das Schiedsgericht in *Total S.A.* hat jedoch festgehalten, dass die Regelungen des GATS-Abkommens im Verfahren lediglich als Richtlinie im Sinne einer Interpretationshilfe herangezogen werden können, da das GATS-Abkommen auf das Verfahren nicht direkt anzuwenden sei.[526]

Ungeachtet der Frage der Übertragbarkeit der Rechtsprechung unter dem GATT/WTO-Recht auf das Investitionsrecht lässt sich nach der hier getätigten Untersuchung aus der Rechtsprechung der WTO jedoch kein Vertrauensschutz auf beständige rechtliche Rahmenbedingungen abseits konkreter Zusicherungen ableiten.

b) Zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes

Es soll nunmehr rechtsvergleichend geprüft werden, ob sich nach der Rechtsprechung des EuGH ein Vertrauensschutz auf eine Beständigkeit der Gesetzeslage abseits konkreter Zusicherungen ableiten lässt. Hierbei sind die vom EuGH zu behandelnden Sachverhaltskonstellationen – namentlich Individuum gegen Staat – dem Investitionsrecht ähnlicher als dies etwa in zwischen Staaten geführten Verfahren vor dem IGH oder unter dem WTO-Recht der Fall ist.[527] Grundsätzlich wird auch in der Rechtsprechung des EuGH ein Vertrauensschutz anerkannt.[528] Diesem kommt insbesondere im Fall von Investitionen innerhalb der Gemeinschaft eine wichtige Bedeutung zu.[529] Nach der Rechtsprechung des EuGH ist für die Bejahung eines Vertrauensschutzes grundsätzlich eine vertrauenserzeugende Zusicherung seitens staatlicher Behörden erforderlich.[530] Von Interesse

[525] Auch in *Methanex v. USA*, Final Award, Part IV – Chapter B, Rz 21 wurde vom Investor mehrfach auf die Judikatur im Recht der WTO Bezug genommen. Es wurde durch das Schiedsgericht jedoch offen gelassen, ob die in den ins Treffen geführten Entscheidungen getroffenen Schlüsse auf das Investitionsrecht übertragen werden können.
[526] *Total S.A. v. Argentina*, Rz 123.
[527] Siehe hierzu bereits *Thunderbird v. Mexico*, legal opinion *Wälde*, Rz 27, wo *Wälde* festhält, dass Ergebnisse aus Rechtssysteme, welche auf ein Aneinandertreffen von Staaten ausgerichtet seien, nur bedingt aufs Investitionsrecht übertragbar seien.
[528] *Schneider*, Vertrauensschutz außerhalb von B-VG und StGG: Europarecht und Völkerrecht, 341f.
[529] *Thunderbird v. Mexico*, *Wälde* Separate Opinion, Rz 28.
[530] Siehe hierzu *Craig*, Substantive Legitimate Expectations, 309; *Schneider*, Vertrauensschutz außerhalb von B-VG und StGG: Europarecht und Völkerrecht, 342; *Wälde* hebt hervor, dass auch rein informelle Erklärungen nach der Rechtsprechung des EuGH berechtigte Erwartungen erzeugen können, *Thunderbird v. Mexico*, *Wälde* Separate Opinion, 28.

ist in diesem Zusammenhang der Fall *J. Mulder v. Minister van Landbouw en Visserij*.[531] Der Kläger als Inhaber eines Milchviehbetriebes hat aufgrund der Überschwemmung des EU-Marktes mit Milcherzeugnissen für einen Zeitraum von fünf Jahren einen Nichtvermarktungsvertrag gegen Erhalt einer Nichtvermarktungsprämie mit der niederländischen Regierung abgeschlossen.[532] Grundlage für diese Nichtvermarktungsprämie bildete eine Verordnung, welche die Prämienregelungen normiert hat.[533] Diese Prämie wurde auf Antrag jedem Milcherzeuger gewährt, der sich für einen Zeitraum von fünf Jahren verpflichtet hat, Milcherzeugnisse aus seinem Betrieb während dieses Zeitraumes weder zu veräußern, noch kostenlos abzugeben.[534] Noch vor Ablauf dieser Fünfjahresfrist trat jedoch eine neue Verordnung in Kraft, die aufgrund der Überproduktion an Milchprodukten eine zusätzliche Abgabe vorsah, soweit eine bestimmte Referenzmenge an Milcherzeugnissen überschritten wurde.[535] Der Kläger ging aufgrund der Vorgaben der Verordnung aus dem Jahre 1977 jedoch davon aus, dass die Vermarktung nach Ablauf der fünf Jahre wieder wie zuvor aufgenommen werden könne. Im Vertrauen auf diese Vorgaben nahm der Kläger vor Ablauf dieser fünf Jahre Vorbereitungstätigkeiten vor und stellte beim zuständigen Ministerium den Antrag, ihm für die Wiederaufnahme seiner Tätigkeit die vorgesehen Referenzmenge zuzuteilen.[536] Dieser Antrag wurde jedoch mit der Begründung abgewiesen, dass der Kläger im Zeitpunkt der Antragstellung die erforderliche Referenzmenge nicht erzeugt habe.[537] Der EuGH kam zunächst zu dem Ergebnis, dass der Kläger kein berechtigtes Vertrauen dahingehend haben konnte, dass dieser seine Tätigkeit nach Ablauf der fünf Jahre wie zuvor unverändert wieder aufnehmen könne.[538] Dem Kläger war jedoch nach Auffassung des EuGH ein berechtigtes Vertrauen dahingehend zuzubilligen, dass nach Ablauf der fünf Jahre eine Wiederaufnahme der Tätigkeit grundsätzlich möglich sei. Hier betonte der EuGH, dass in den seinerzeitigen Vorgaben nichts Gegenteiliges vorgesehen war und überdies der Kläger sich freiwillig im Allgemeininteresse der zum Zweck der Eindämmung von Milcherzeugnissen vorgesehen Regelung der EU unterworfen habe.[539]

---

[531] *J. Mulder v Minister van Landbouw en Visserij,* Judgement of the Court (28.4.1988) Case 120/86; auch Schiedsrichter *Douglas* nimmt in *seiner partial dissenting opinion* zu *Mathias Kruck v. Spain* ausführlicher Bezug auf diesen Fall, siehe *Mathias Kruck and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/23, Partial Dissenting Opinion by Zachary Douglas (13 Sep 2022), Rz 37ff.
[532] *Mulder v. Minister of Landbouw*, Rz 2f.
[533] *Mulder v. Minister of Landbouw*, Rz 8.
[534] *Mulder v. Minister of Landbouw*, Rz 8.
[535] *Mulder v. Minister of Landbouw*, Rz 9.
[536] *Mulder v. Minister of Landbouw*, Rz 3.
[537] *Mulder v. Minister of Landbouw*, Rz 4.
[538] *Mulder v. Minister of Landbouw*, Rz 23.
[539] *Mulder v. Minister of Landbouw*, Rz 24f.

Hierzu hat der EuGH ausgeführt:

„*Ein solcher Wirtschaftsteilnehmer darf aber, wenn er wie im vorliegenden Fall durch eine Handlung der Gemeinschaft dazu veranlasst worden ist, die Vermarktung im Allgemeininteresse und gegen Zahlung einer Prämie für eine begrenzte Zeit einzustellen, darauf vertrauen, daß er nach dem Ende seiner Verpflichtung nicht Beschränkungen unterworfen wird, die ihn gerade deswegen in besonderer Weise beeinträchtigen, weil er die von der Gemeinschaftsregelung gebotenen Möglichkeiten in Anspruch genommen hat.*“[540]

Folglich war die bezughabende Regelung in der neuen Verordnung aufgrund Verletzung des Vertrauensschutzes des Klägers aufzuheben.[541]

Auch im *Sofrimport*[542] Fall wurde eine Verletzung berechtigter Erwartungen ohne bestimmte, zuvor an den Investor getätigte, Zusicherungen durch den EuGH bejaht. In *Sofrimport* wurde der Import von Äpfeln aus Chile in die EU aufgrund neuer Regulierungen verschärft. Aufgrund dieser Verschärfungen wurde ein Import nach Deutschland überhaupt untersagt. Zum Zeitpunkt der Verschärfung der Regulierungen hatte der klagende Unternehmer aus Chile die Äpfel jedoch bereits auf den Importweg nach Deutschland versandt und war daher von den nachteiligen Verschärfungen betroffen. Es wurde vom EuGH festgehalten, dass das Unterlassen von Vorkehrungen im Zusammenhang mit der neuen Regulierung, welche bereits im Transportweg befindliche Güter betrifft, die berechtigten Erwartungen des betroffenen Unternehmens verletzt habe.[543]

In den skizzierten Fällen hat der EuGH somit das Vertrauen auf eine Beständigkeit der gesetzlichen Vorgaben im Zusammenhang mit Investitionen im Gemeinschaftsgebiet als schützenswert erachtet.[544]

Aus den genannten Fällen lässt sich jedoch nicht ableiten, aus welchen rechtsdogmatischen Erwägungen der EuGH zu dem Ergebnis gekommen ist, dass ein Vertrauen auf beständige gesetzliche Bestimmungen zuzuerkennen ist. So hat der EuGH im *Mulder* Fall hervorgehoben, dass ein Vertrauensschutz auf eine gleichbleibende unveränderliche wirtschaftliche Tätigkeit nicht

[540] *Mulder v. Minister of Landbouw*, Rz 24.
[541] *Mulder v. Minister of Landbouw*, Rz 25.
[542] *Sofrimport SARL v. Commission of the European Communities*, Case C-152/88.
[543] *Sofrimport SARL v. Commission of the European Communities*, Case C-152/88; zur Verletzung des FET-Standards durch Unterlassung siehe näher in Kap XI H.
[544] Vgl auch den Fall *Marks & Spencer v. Commissioners of Customs and Excise,* Case C-26/00.

anzunehmen sei. Diese Auffassung steht insofern im Gleichklang mit der Schiedsjudikatur und dem Grundsatz, wonach allgemeine wirtschaftliche Erwartungen keine berechtigten Erwartungen erzeugen können[545] respektive nicht generell erwartet werden kann, dass sich Gesetze im Gaststaat nicht nachteilig ändern werden.[546] Anzunehmen ist, dass in den genannten Fällen durch den EuGH die mit den neuen Regelungen verbundenen Nachteile für die betroffenen Investoren als derat drastisch angesehen wurden, dass aus diesem Grund von einer Schutzwürdigkeit der Betroffenen ausgegangen wurde. Parallelen zur Schiedsjudikatur könnten hier zu jenen Fällen gezogen werden, in denen eine ‚totale Abänderung' der Rechtslage angenommen wurde. Schließlich wird auch in diesen Fällen, in denen die zum Zeitpunkt der Vornahme der Investition bestandenen gesetzlichen Rahmenbedingungen durch Gesetzesänderungen faktisch beseitigt werden, eine Verletzung des FET-Standards auch abseits konkreter Stabilitätszusicherungen bejaht.[547] Im *Sofrimport*-Fall wurde die Unterlassung der Regelung von Vorkehrungen zur Abfederung der nachteiligen Folgen für die betroffenen Investoren vom EuGH als problematisch erachtet. Auch im Investitionsrecht spielt das Unterlassen von Vorkehrungen zur Schadensminderung im Zusammenhang mit nachteiligen Gesetzesänderungen eine Rolle, wobei auf dieses Thema noch gesondert eingegangen wird.[548]

Hervorzuheben ist jedoch, dass der EuGH grundsätzlich für die Erzeugung von schützenswertem Vertrauen eine direkte Adressierung des Betroffenen durch die bekämpfte Maßnahme fordert.[549] Es ist nach der Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich ein hinreichend individualisierter Akt als

[545] *Paparinskis***,** The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment, 258.

[546] Siehe hierzu etwa *El Paso v. Argentina*, Rz 372.

[547] Siehe hierzu Kap XI D zur totalen Abänderung der gesetzlichen Rahmenbedingungen.

[548] Siehe Kap XI H; der EuGH stellt überdies darauf ab, ob sich aus den zunächst bestandenen Regelungen die Wahrscheinlichkeit einer zukünftigen Abänderung ableiten lässt. So wurde etwa in *Plantanol GmbH & Co KG v. Hauptzollamt Darmstadt, CJEU,* Case C-201/08*,* Rz 62 festgehalten, dass im Fall der Streichung einer zuvor gegebenen Steuerbegünstigung im Zusammenhang mit Biotreibstoff das Prinzip der Rechtskontinuität und des Schutzes berechtigter Erwartungen einen Mitgliedstaat nicht daran hindere, Steuerbegünstigten wieder zu beseitigen. Zu beachten ist jedoch, dass im genannten Fall in den gesetzlichen Bestimmungen vorgesehen wurde, dass die Behörden im Fall von Änderungen im Preis der Rohmaterialen die Steuerbegünstigungen neu bedenken und anpassen können. Aufgrund dieser Vorgaben kann ein voraussehender Investor keine berechtigten Erwartungen dahingehend haben, dass die Steuerbegünstigten auch zukünftig unverändert fortbestehen werden, siehe hierzu auch *Selivanova*, Changes in Renewables Support Policy and Investment Protection, 443.

[549] Siehe etwa *Évelyne Delauche v. Commission of the European Communities, Judgement of the Court (First Chamber),* Case 111/86, Rz 24; *Bell & Rose BV v. Office for Harmonization in the Internal Market* (Trademarks and Designs) (OHIM), E.C.R. 00000, Rz 54, wo hervorgehoben wurde, dass eine präzise und spezifische Zusicherung für die Bejahung eines Vertrauensschutzes gegeben sein muss; vgl *Muhammad,* Protection of Legitimate Expectations, 237; *C. Schneider*, Vertrauensschutz außerhalb von B-VG und StGG: Europarecht und Völkerrecht, 341f; *P. Craig*, EU Administrative Law (2019), 625ff.

Vertrauensgrundlage erforderlich.[550] Nach *Schneider*[551] handle es sich bei dem skizzierten *Mulder*-Fall daher um einen ‚Ausreißer'. Nach dem Autor sei, außer im Fall von rückwirkenden Gesetzesregelungen, von keinem Vertrauensschutz auf Beständigkeit gesetzliche Vorgaben in der Rechtsprechung des EuGH auszugehen.

Im Ergebnis bestehen somit wie aufgezeigt zahlreiche Parallelen zwischen der Judikatur des EuGH und den durch die Schiedspraxis herausgearbeiteten Grundsätzen zum Vertrauensschutz im Investitionsrecht.

c) Nach der Rechtsprechung des EGMR

Durch den EGMR wird etwa im Zusammenhang mit schuldrechtlichen Ansprüchen auf das Bestehen von berechtigten Erwartungen abgestellt.[552] Hierbei wird das Vertrauen auf den Fortbestand von Rahmenbedingungen, unter denen bestimmte Transaktionen getätigt wurde, als vom Eigentumsrecht geschützt angesehen.[553] Als Eingriff in den Eigentumsschutz gewertet wurde etwa der mit einem gesetzlichen Eingriff verbundene Wegfall von Ansprüchen, die aufgrund ständiger Judikatur zum Zeitpunkt, als sich der Sachverhalt ereignet hat, bestanden haben.[554]

Gesetzesänderungen werden vom EGMR insbesondere auf ihre Verhältnismäßigkeit geprüft. Es geht nach dem EGMR um den Schutz ‚wohlerworbener Rechte' und spielt die Verhältnismäßigkeitskontrolle in der Rechtsprechung des EGMR eine gewichtige Rolle.[555]

Auch in der Schiedsgerichtsbarkeit spielt die Durchführung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung bei nachteiligen Gesetzesänderungen eine wichtige Rolle. Im Falle von willkürlichen oder unverhältnismäßigen Gesetzesänderungen wird in der Schiedspraxis eine Verletzung der berechtigten Erwartungen bejaht.[556]

---

[550] Dies geht auch aus Art 263 der AEUV hervor und steht darin geregelt: „*Jede natürliche oder juristische Person kann unter den Bedingungen nach den Absätzen 1 und 2 gegen die an sie gerichteten oder sie unmittelbar und individuell betreffenden Handlungen sowie gegen Rechtsakte mit Verordnungscharakter, die sie unmittelbar betreffen und keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen, Klage erheben.*" siehe Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union StF: BGBl. III Nr. 86/1999 idF: BGBl. III Nr. 171/2013.

[551] *Schneider*, Vertrauensschutz außerhalb von B-VG und StGG: Europarecht und Völkerrecht, 345.

[552] *U. Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht (2008), 114ff.

[553] *Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht, 119.

[554] *Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht, 119.

[555] *A. Nußberger*, Eigentumsrecht und Vertrauensschutz in Europa in Löwer (Hrsg.), Europäische und Internationale Aspekte der Energierechtsreformdebatte (2015), 52.

[556] Zur Verhältnismäßigkeitsprüfung siehe Kap XI C.

A. Nußberger[557] hält in ihrer Untersuchung zum Vertrauensschutz in der Rechtsprechung des EGMR überdies fest, dass der EGMR auf die Schutzbedürftigkeit des Betroffenen dahingehend Bedacht nehme, ob ein Vertrauen auf das Fortbestehen eines bestimmten Rechtes überhaupt gerechtfertigt sei. Dies sei bei risikobehafteten Geschäften (die Autorin nennt hier beispielsweise den Waffenhandel), grundsätzlich zu verneinen, da hier in der Regel mit zunehmend restriktiven Regelungen zu rechnen sei. Auch hier ergeben sich Parallelen zur Investitionsschiedsgerichtsbarkeit. So wird in der Schiedspraxis bei besonders sensiblen öffentlichen Gütern wie etwa dem Gesundheitsschutz regelmäßig ein Vertrauen auf einen unveränderlichen Fortbestand der gesetzlichen Vorgaben verneint.[558] Überdies wird judiziert, dass in bestimmten sensiblen, besonders im öffentlichen Interesse gelegenen Bereichen der Investor mit Gesetzesänderungen naturgemäß zu rechnen hat.[559]

d) Vertrauensschutz auf die Beständigkeit der gesetzlichen Vorgaben im nationalen Rechtsvergleich

Wie die Untersuchung von allgemeinen völkerrechtlichen Rechtsgrundsätzen sowie zum Recht der WTO sowie der Rechtsprechung des EuGH und EGMR gezeigt hat, lässt sich aus diesen Rechtsgebieten ein Vertrauensschutz auf beständige gesetzliche Vorgaben auch abseits konkreter Zusicherungen grundsätzlich nicht ableiten.

Es ist jedoch auch eine rechtsvergleichende Untersuchung der Rechtsprechung wichtiger nationaler Rechtsordnungen vorzunehmen.[560] Der Schutz berechtigter Erwartungen ist in vielen nationalen Rechtsordnungen[561], wie etwa in der deutschen, der niederländischen, der belgischen, der dänischen,

[557] *Nußberger*, Eigentumsrecht und Vertrauensschutz in Europa, 52f.
[558] Siehe hierzu die Erwägungen in Kap II A und Kap IV E.
[559] Siehe hierzu näher die Ausführungen in Kap IV E.
[560] Siehe bereits *Total S.A v. Argentina,* Rz 128 sowie *Thunderbird v. Mexico*, Separate Opinion *Wälde*, Rz 27.
[561] Die Annahme eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes des Schutzes berechtigter Erwartungen im Völkerrecht fußt auf dem Umstand, dass dieser Schutz in vielen nationalen Rechtsordnungen vorkommt, vgl *Jacob/Schill*, Fair and Equitable Treatment: Content, Practice, Method, Rz 55 unter Verweis auf *Total v. Argentina*, Rz 128; auch *Schill* hebt hervor, dass der Schutz berechtigter Erwartungen vielen nationalen Rechtsordnungen inhärent sei; siehe ferner *Potesta*, Legitimate Expectations, 98; *Zeyl*, Charting the Wrong Course, 209; siehe die Ausarbeitung in *Gold Reserve v. Venezuela*, Rz 576 sowie *Total S.A v. Argentina,* Rz 128 sowie *Toto Construzioni v. Lebanon,* Rz 166; der Schutz berechtigter Erwartungen kommt auch in den nationalen Rechtsordnungen in Argentinien, Brasilien, Chile, Kolumbien, Dänemark, Deutschland, Spanien, der Schweiz und Venezuela vor, siehe hierzu etwa *Hamamoto*, Silk Road Studies, 159; besonders stark ausgeprägt ist der Schutz berechtigter Erwartungen als „Vertrauensschutz" in der Rechtsprechung Deutschlands, siehe hierzu Folgekapitel ii dieses Abschnittes; siehe ferner *J. Schwarze*, European Administrative Law[1] (2006), 869 zur Rechtslage in der Schweiz und Italien; in den Niederlanden wird ua. auch der Schutz berechtigter Erwartungen in Bezug auf sog „*administrative regulations*" anerkannt, siehe *T. Barkhuysen/W. den Ouden/Y. E. Schuurmans*, The Law on Administatrive Procedurs in the Netherlands, Netherlands Administrative Law Libary (2012), abrufbar unter: http://www.nall.nl/tijdschrift/nall/2012/06/NALL-D-12-00004 (zuletzt abgerufen am 06.08.2022); *Diehl*, The Core Standard of International Investment Protection, 170f, betont, dass der Schutz berechtigter

der griechischen, der italienischen, der englischen, der australischen und der neuseeländischen verankert.[562]

Aufgrund des Umstandes, dass der Schutz berechtigter Erwartungen in zahlreichen nationalen Rechtsordnungen vorzufinden ist, wird argumentiert, dass der Schutz der berechtigten Erwartungen im Investitionsrecht seinen Ursprung in den staatlichen Rechtsordnungen hat. *Wongkaew*[563] spricht hier überhaupt von einer „Transplantation" des Schutzes berechtigter Erwartungen von den nationalen Rechtsordnungen ins Investitionsrecht. Der Schutz berechtigter Erwartungen, wie er in vielen Rechtsordnungen vorzufinden ist, beruht vordergründig auf dem Gebot des Handelns nach Treu und Glauben sowie dem Prinzip der Rechtssicherheit.[564] Ein umfassender Rechtsvergleich nationaler Rechtsordnungen in Bezug auf den Schutz berechtigter Erwartungen wurde von *J.*

Erwartungen in den nationalen Rechtsordnungen dem Konzept der Rechtssicherheit entspringen würde; siehe auch *Carmody*, Great Expectations, 4ff; zum Schutz berechtigter Erwartungen in Rechtsordnung Indiens vgl die Entscheidung *GNCT of Delhi v. Naresh Kumar* (12. November 2010), wo durch das indische Höchstgericht festgehalten wurde, dass ein Schutz berechtigter Erwartungen beim Vorliegen von konkreten Zusicherungen oder im Fall einer lange anhaltenden kontinuierlichen Praxis, von der ein Fortbestand angenommen werden kann, zu bejahen sei; zum ‚Konsistenzprinzip' vgl Kap XI I b).

[562] *Zeyl*, Charting the Wrong Course, 205; zum Schutz berechtigter Erwartungen im Recht der europäischen Gemeinschaft siehe den Abschnitt b) dieses Kapitels; zum Schutz berechtigter Erwartungen in der Rechtsordnung Neuseelands siehe *S. A. McGilvray*, Making Sense of Substantive Legitimate Expectations in New Zealand Administrative Law (2007), 15ff.

[563] *Wongkaew*, The Transplantation of Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration*:* ferner *Mclachlan/Shore/Weininger*, International Investment Arbitration: Substantive Principles, 234; *Zeyl*, Charting the Wrong Course, 206; siehe auch *Thunderbird v. Mexico*, Separate Opinion *Wälde*, Rz 27.

[564] *Sallam*, Investors Legitimate Expectations, 18f; hervorzuheben ist, dass die Übertragung von Vorgaben nationaler Rechtsordnungen ins internationale Investitionsrecht kontrovers ist. So hat etwa das Schiedsgericht in der jüngst ergangenen Entscheidung *9REN v. Spain* (Rz 242) in Bezugnahme auf den Verweis im Verfahren auf die Rechtsprechung des spanischen Verfassungsgerichtes hervorgehoben: „*The jurisprudence of the Spanish Supreme Court in relation to Spain's domestic law is entitled to great respect, but the judgments relied upon by the Respondent address a different issue than the issue before this Tribunal, which is concerned only with international law obligations."*; auch *Lowe* (Regulation or Expropriation, 463) hebt hervor, dass eine analoge Anwendung der geltenden Grundsätze nationaler Rechtsordnungen mit Vorsicht vorzunehmen sei, da sich Schiedsrichter in ihrer Funktion stark von nationalen Richtern unterscheiden würden, da letztere vom Staat bestellt werden und daher über umfassende Kenntnisse über die öffentlichen Interessen des Staates verfügen würden; *Hirsch* (Sources of International Investment Law, 23) weist darauf hin, dass Regelungen, auch wenn sie in vielen nationalen Rechtsordnungen gleichermaßen auftreten, dennoch nicht automatisch als generelle Rechtsgrundsätze angesehen werden können. Es gelte vielmehr stets zu untersuchen, ob diese Vorgaben auch den speziellen Anforderungen des Völkerrechtes entsprechen würden. Schließlich unterscheide sich das Völkerrecht nach der Auffassung des Autors in vielerlei Hinsicht von nationalen Rechtsordnungen; zur gesetzlichen Lage des Schutzes berechtigter Erwartungen im direkten Vergleich mit internationalem Investitionsrecht siehe auch *R. Tamayo-Alvarez*, Consitutionality of the Colombia-France Bilateral Investment Treaty, American Journal of International Law, Vol. 114, Issue 3, (2020), 471 (477). Der Autor hält hier im Zusammenhang mit einer Untersuchung einer Entscheidung des kolumbianischen Verfassungsgerichtes fest: „*Contrarily, the Court undertook a more systemic approach to reform when addressing the vagueness of legitimate expectations. Specifically, it restricted their protection to circumstances derived from specific and repeated acts by public authorities that induce investors to make or maintain their investments in good faith, which then are abruptly and unexpectedly modified. This departs from the protection conferred in investment treaty arbitration where, apart from specific commitments, legitimate expectations can result from the general regulatory framework."*

Schwarze[565] angestellt. Nach dem Untersuchungsergebnis von *Schwarze* stelle der Schutz berechtigter Erwartungen eine der fundamentalen Stützen des Gemeinschaftsrechts dar, da die Gemeinschaft auf der „*rule of law*" aufgebaut sei.[566] Grundsätzlich wird jedoch auch im nationalen Recht regelmäßig eine konkrete Zusicherung im Zusammenhang mit dem Vertrauensschutz auf die Beständigkeit bestimmter gesetzlicher Vorgaben gefordert.[567] Ein Schutz vor nachteiligen Änderungen genereller gesetzlicher Vorgaben wird in nationalen Rechtsordnungen regelmäßig auch unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung behandelt.[568]

Im Zusammenhang mit der Bedeutung der Rechtsprechung nationaler Rechtsordnungen im Investitionsrecht ist auf die Ausführungen in *Gold Reserve v. Venezuela*[569] zu verweisen. Das Schiedsgericht in *Gold Reserve v. Venezuela* hat rechtsvergleichend geprüft, ob aus Vorgaben der venezolanischen Rechtsordnung ein Schutz berechtigter Erwartungen abgeleitet werden kann. Das Schiedsgericht gelangte hier zu dem Ergebnis, dass der Schutz berechtigter Erwartungen („*confianza legitima*") auch im venezolanischen Recht zu finden sei. Damit solche Erwartungen erzeugt werden können, müssen bestimmte Maßnahmen staatlicher Behörden in konstanter und wiederholter Weise vorgenommen werden, um auf diese Weise stabile und voraussehbare Rahmenbedingungen zu schaffen. Dieser Umstand würde die Erwartungen auf einen konstanten Fortbestand dieser Rahmenbedingungen begründen.[570]

---

[565] *J. Schwarze,* European Administrative Law, (2006), 869.

[566] *Schwarze*, European Administrative Law, 867; siehe auch *Snodgrass*, Legitimate Expectations, 37, welche diese Auffassung auch hinsichtlich der deutschen und der US-amerikanischen Rechtsordnung annimmt.

[567] Siehe *Fietta*, Expropriation and the "Fair and Equitable" Standard, 376f. *Fietta* hebt in rechtsvergleichender Betrachtung unter Bezugnahme auf die Entscheidung *Saluka v. Czech Republic* hervor: „*In this sense, the Saluka award "puts the cart before the horse" in relation to the relevance of the legitimate expectations principle to the fair and equitable standard. To indicate that the principle will be of dominant importance even in the absence of any specific assurance or other representation by the host government is to go too far. Not only does such an approach extend far beyond any previous authority on the relevance of legitimate expectations to the fair and equitable standard,* ***it also runs counter to the domestic public law origins of the legitimate expectations principle***." (Hervorhebung durch den Autor); siehe ferner *Craig*, EU Administrative Law (2019), 619ff zu den Erscheinungsformen der konkreten Zusicherung: „*There are no strict rules as to the form of the representation. It can arise from letters, faxes, reports, communications, administrative practice, codes of conduct, and the like. A legitimate expectation cannot, however, arise from the unilateral action of the person seeking to plead the expectation*."

[568] Vgl *Diehl,* The Core Standard of Investment Protection unter Verweis auf die französische Entscheidung *Credit foncier de France* in FN 372; *Schwarze* hat betreffend die Rechtslage in Frankreich ausgeführt, dass ein Schutz berechtigter Erwartungen auf die Gesetzeslage als solche in der französischen Rechtsordnung nicht vorzufinden sei. Es bedürfe für die Begründung berechtigter Erwartungen in der Regel eines individuellen Aktes („*acte individuel*"), siehe *Schwarze*, European Administrative Law, 882.

[569] *Gold Reserve v. Venezuela*, Rz 606f.

[570] Im Fall wurde im Ergebnis eine Verletzung des Schutzes berechtigter Erwartungen angenommen, wobei die Verletzung nicht im Zusammenhang mit einem Vertrauen auf eine unveränderliche Rechtslage angenommen wurde; siehe hierzu auch *N. Monebhurrun*, Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela: Enshrining Legitimate Expectations as a General Principle of International Law?, Journal of International Arbitration, Vol. 32, Issue 5 (2015),

Es sollen nunmehr auszugsweise die Rechtsordnungen Englands, Deutschlands und Österreichs im Hinblick auf einen möglichen Schutz berechtigter Erwartungen auf eine stabile Gesetzeslage abseits konkreter Zusicherungen näher beleuchtet werden.

i. Zum Schutz substantieller berechtigter Erwartungen in der englischen Rechtsordnung

Hervorzuheben ist, dass in Hinblick auf die englische Rechtsordnung Divergenzen in der Frage bestehen, ob der Schutz berechtigter Erwartungen nur als prozessualer oder auch als materieller Schutz einzustufen ist. Es wird jedoch zunehmend die Ansicht vertreten, dass im Fall des Abgehens von zuvor erteilten Zusicherungen durch den Staat die darauf beruhenden Erwartungen des Betroffenen zu achten sind.[571]

Von Interesse für die rechtsvergleichende Analyse ist der Schutz ‚substantieller' berechtigter Erwartungen, wie er in den Fällen *Coughlan* und *Unilever* behandelt wurde.[572]

In *Coughlan*[573] wurde einer stark behinderten Frau durch die staatlichen Behörden zugesichert, dass diese nach einer Verlegung in ein neues Pflegeheim in diesem Pflegeheim für den Rest ihres Lebens wohnen könne. In weiterer Folge wurde jedoch dieses Pflegeheim durch die Behörden geschlossen.[574] Zum Sachverhalt ist auszuführen, dass das Vertrauen der Betroffenen auf staatlichen Zusicherungen beruht hat und auch keine nachteiligen Gesetzesänderungen gegenständlich waren. Von Interesse für die rechtsvergleichende Betrachtung ist jedoch die Auseinandersetzung mit den theoretischen Grundlagen des Schutzes berechtigter Erwartungen in der Entscheidung und im Schrifttum. Das Gericht hat zunächst aufgezeigt, dass der Schutz berechtigter Erwartungen im englischen Recht nicht unstrittig geklärt sei. Grundsätzlich sei nach Auffassung des Gerichts jedoch ein Schutz von berechtigten Erwartungen in der englischen Rechtsordnung in prozessualer sowie in

551 (556, 560).

[571] Siehe hierzu *F. A. Vincuna*, Regulatory Authority and Legitimate Expectations: Balancing the Rights of the State and the Individual under International Law in a Global Society, International Law FORUM du droit international, Vol. 5, Issue 3 (2003), 188 (193); ferner *Diehl*, The Core Standard of Investment Protection, 172; zur Entwicklung ferner *Sallam*, Investor's Legitimate Expectations, 17f, wobei die Autorin einen Schutz berechtigter Erwartungen auf eine stabile Gesetzeslage abseits konkreter Zusicherungen im englischen Recht verneint; vertiefend zum Schutz berechtigter Erwartungen in der englischen Rechtsordnung *R. Thomas*, The Protection of Legitimate Expectations in UK Administrative Law, (2016).

[572] Auch das Gericht im *The R (Bhatt Murphy) v. Independent Assessor*, (Jul 9, 2008) betont unter Verweis auf die Auffassung in *Coughlan*, dass substantiierte berechtigte Erwartungen dann erzeugt werden können, wenn die Erwartungen ihre Grundlage in „*a specific undertaking, directed at a particular individual or group, by which the relevant policy's continuance is assured*"haben, siehe hierzu *Zeyl*, Charting the Wrong Course, 213.

[573] *Coughlan & Ors, R (on the application of) v. North & East Devon Health Authority* [1999] EWCA Civ 1871 (16 July 1999).

[574] *Coughlan v. North & East Devon Health Authority,* Rz 57.

substantieller Form anerkannt. Substantielle berechtigten Erwartungen können durch bestimmte Zusicherungen oder eine konstante und vertrauensbegründete Staatspraxis erzeugt werden.[575] Bei gesetzlichen Vorgaben ist für einen Schutz von substantiellen berechtigten Erwartungen nach Auffassung des Gerichtes jedoch eine konkrete Zusicherung erforderlich.[576] *M. Roberts*[577] zeigt in ihrer Analyse von *Coughlan* auf, dass die Zusicherungen der Behörden, wonach Frau Coughlan nach der Verlegung bis an ihr Lebensende in dem neuen Pflegeheim bleiben könne, individuell gegenüber Frau Coughlan abgegeben worden seien. *Roberts* betont hierbei jedoch, dass im Einzelfall nicht einfach zu beurteilen sei, wann von einer individuellen Zusicherung und wann von einer allgemeinen Gesetzespolitik ausgegangen werden kann. Hier schlussfolgert *Roberts*, dass beim Vorliegen von konkreten Zusicherungen an einzelne Adressaten oder einer kleinen Gruppe von Adressaten von einem stärkeren Schutz der Erwartungen dieser Adressaten auszugehen sei, da diese Situation mit einer vertraglichen Beziehung zu vergleichen wäre. Bei Erwartungen, welche lediglich auf der allgemeinen Gesetzespolitik fußen, müsse nach *Roberts* wiederum bei Gesetzesänderungen dem damit verfolgten öffentlichen Interesse mehr Gewicht beigemessen werden.[578] Die Autorin betont hierbei, dass nach der englischen Rechtsprechung bei einer Abkehr von vertrauenserweckenden Zusicherungen durch den Staat stets auf die dahinterliegenden öffentlichen Interessen Bedacht zu nehmen sei.[579] Zu betonen ist, dass im englischen Recht, anders als im internationalen Investitionsrecht[580], stets und auch im Fall von konkreten Zusicherungen eine Abwägung der öffentlichen Interessen vorzunehmen ist. Im Fall *Coughlan* wurde das Argument des Staates, wonach die Schließung des neuen Pflegeheims zur Einsparung von öffentlichen Geldern erforderlich war, nicht als überwiegendes öffentliches Interesse angesehen.[581]

Im Fall *Unilever*[582] lagen anders als in *Coughlan* keine konkreten Zusicherungen vor. Die Vertrauensgrundlage bildete eine generelle staatliche Praxis im Zusammenhang mit Steuerbegünstigungen. Diese Steuerbegünstigungen wurden nach dem Vorbringen des Klägers in

[575] *M. Roberts*, Public Law Representations and Substantive Legitimate Expectations, The Modern Law Review, Vol, 64, No.1 (2001), 112 (116f).
[576] *Coughlan v. North & East Devon Health Authority,* Rz 82; vgl die Untersuchung des Falls im Zusammenhang mit berechtigten Erwartungen und dem Gebot der Konsistenz in *R. Clayton*, Legitimate Expectations, Policy, and the Principle of Consistency, Cambridge Law Journal, 62 (1), (2003), 93 (93ff).
[577] *Roberts*, Public Law Representations, 166f.
[578] *Roberts*, Public Law Representations, 117.
[579] *Roberts*, Public Law Representations, 118.
[580] Jedoch strittig, siehe die Diskussion in Kap XI C e) zur Frage, inwiefern eine konkrete Zusicherung die Verhältnismäßigkeitsabwägung ausschließt.
[581] *Roberts*, Public Law Represantions, 118.
[582] *R v. Inland Revenue Commiossioners, ex parte Unilever plc & Anor*. (1996) BTC 183.

den vergangenen 20 Jahren stets auch abseits der hierfür eigentlich gesetzlich vorgesehen 2 Jahres-Zeitspanne gewährt. Die Gewährung der Begünstigung wurde dem Kläger jedoch verwehrt, da diese eben außerhalb der 2 Jahres-Zeitspanne begehrt wurde. Im Verfahren wurde hierzu durch das Gericht ausgeführt, dass dem Kläger aufgrund der zuvor für eine Dauer von über 20 Jahre gelebten Praxis berechtigte Erwartungen dahingehend zuzuerkennen seien, dass auch außerhalb des eigentlich vorgesehenen Zweijahres-Rahmens die Begünstigung zu gewähren sei.[583] Gleich wie im Fall *Coughlan* wurde vom Gericht hervorgehoben, dass unter gewissen Umständen auch eine bestehende allgemeine Staatspraxis zur Erzeugung berechtigter Erwartungen auch abseits konkreter Zusicherungen führen könne.[584] Grundsätzlich hat das Gericht die Voraussetzungen für den Schutz berechtigter Erwartungen jedoch wie folgt festgehalten:

„*These elements are: first, that the applicant (here the taxpayer) must have put all his cards face upwards on the table; second, that the body concerned (here the Revenue)* ***made a representation which was clear, unambiguous and devoid of relevant qualification****; third, that the applicant was* ***within the class*** *of people to whom the representation was made* ***or that it was otherwise reasonable for him to rely upon it****; and fourth, that the applicant did indeed rely upon it to his detriment*."[585]

Im Zusammenhang mit der Frage eines Schutzes berechtigter Erwartungen auf generelle gesetzliche Vorgaben ist auch das Verfahren *R (on the application of Bhatt Murphy (a firm) the Independend Assessor*[586] von Interesse. Das Gericht hat zunächst festgehalten, dass berechtigte Erwartungen grundsätzlich auch in einer länger praktizierten Gesetzespolitik bzw. den vorherrschenden gesetzlichen Rahmenbedingungen ihre Grundlage haben können.[587] Unter Verweis auf *Coughlan* wurde seitens des Gerichtes jedoch ausgeführt, dass für die Erzeugung berechtigter Erwartungen grundsätzlich die Adressierung einer staatlichen Maßnahme an eine bestimmte, definierbare Gruppe erforderlich sei. Generelle Äußerungen seien daher nach Auffassung des Gerichtes grundsätzlich nicht als Grundlage berechtigter Erwartungen geeignet.[588] Dies wurde vom Gericht einerseits damit

[583] Siehe zur Analyse des Falls *Roberts*, Public Law Representations, 118.
[584] Dass das Konsistenzprinzip auch im englischen Recht im Zusammenhang mit dem Schutz berechtigter Erwartungen eine Rolle spielt, ergibt sich ferner aus der Entscheidung *Council for Civil Service Union vs Minister for Civil Service,* (1985), A.C. 374*,* wo festgehalten wurde: „*Legitimate expectation may arise either from an express promise given on behalf of a public authority or from the existence of a regular practice which the claimant can reasonable expect to continue*".
[585] *ex parte Unilever,* 194 (Hervorhebung durch den Autor).
[586] *R (on the application of Bhatt Murphy (a firm) the Independend Assessor* (2008) EWCA Civ 755.
[587] *Bhatt Murphy*, Rz 28 unter Verweis auf *ex p Coughlan*.
[588] *Bhatt Murphy,* Rz 46.

begründet, dass es im Fall der Adressierung einer kleineren, definierbaren Gruppe wahrscheinlicher sei, dass durch die staatliche Maßnahme die selben Interessen betroffen sind. Bei einem größeren Adressatenkreis ist es wiederum wahrscheinlicher, dass die Änderungen der Gesetzesbestimmungen im öffentlichen Interesse gelegen sind.[589]

Im Ergebnis ist daher nach der englischen Rechtsordnung für die Erzeugung von berechtigten Erwartungen grundsätzlich eine konkrete, an einen individuellen Adressaten bzw bestimmten Kreis von Adressaten erteilte Zusicherung erforderlich.[590] Wie in *Coughlan* und *Unilever* jedoch aufgezeigt wurde, kann unter bestimmten Umständen auch eine für einen längeren Zeitraum geübte konstante Praxis des Staates schützenswerte Erwartungen auf Beibehaltung dieser Praxis begründen.

ii. Zum Vertrauensschutz in Deutschland

In der deutschen Rechtsordnung ist der Schutz berechtigter Erwartungen stark ausgeprägt und wird unter dem Grundsatz des „Vertrauensschutzes" erfasst.[591] Im Zusammenhang mit der Frage, ob und inwiefern berechtigte Erwartungen auf eine stabile Gesetzeslage in der deutschen Rechtslage schützenswert sind, ist auf die jüngere Entwicklung im Zusammenhang mit Gesetzesänderungen im Sektor der erneuerbaren Energien Bedacht zu nehmen.[592] Konkret wurden vergleichbar mit den Ereignissen in Spanien und der Tschechischen Republik durch Deutschland Ende der 2000er Jahre Gesetzesänderungen vorgenommen, wodurch Bestimmungen zur Förderung von Investitionen im Solarbereich für Investoren nachteilig abgeändert wurden. Es kam hierbei zu einer Reduktion der Vergütungspflicht der Netzbetreiber für die Abnahme von Strom aus erneuerbaren Energien.[593] Aufgrund dieser nachteiligen gesetzlichen Maßnahmen erhob ein betroffener Investor Beschwerde beim Bundesverfassungsgericht (BVerfG). Das BVerfG hat in der Entscheidung zunächst hervorgehoben, dass allgemeine Erwartungen der Bürger, wonach das geltende Recht unverändert

[589] *Bhatt Murphy,* Rz 46; siehe die Ausführungen in Rz 50, wonach auch im Zusammenhang mit dem Schutz prozessualer berechtigter Erwartungen abseits konkreter Zusicherung darauf abzustellen sei, ob eine bestimmte Gruppe betroffen sei.

[590] Auch *Sornarajah* nimmt in seiner *legal opinion* zur Entscheidung *El Paso v. Argentina* rechtsvergleichend Bezug auf den Schutz berechtigter Erwartungen in der europäischen sowie der englischen Rechtsordnung. Im englischen sowie europäischen Recht werde nach Ansicht des Autors grundsätzlich eine konkrete Zusicherung als Grundlage für die Erzeugung schützenswerter Erwartungen gefordert, siehe *El Paso v. Argentina*, Sornarajah Legal Opinion, Rz 80; auch *Pandya/Moody*, Legitimate Expectations an Unclear Future, 94ff heben hervor, dass im englischen Recht ein Schutz berechtigter Erwartungen nur im Fall von konkreten Zusicherungen angenommen werden könne.

[591] *Zeyl*, Charting the Wrong Course, 214; *Hamamoto*, Silk Road Studies, 167.

[592] *Usynin,* Fall of Icarus, 18.

[593] BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senates vom 23.September 2010 – 1 BvQ 28/10, Rz 1.

fortbestehen werde, nicht schützenswert seien.[594]In weiterer Folge führte das BVerfG jedoch aus, dass das vom Staat geschaffene Vergütungssystem nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz grundsätzlich einen Anreiz für Investitionen in diesem Bereich geschaffen habe.[595] Das Gericht hat in der Entscheidung jedoch offen gelassen, ob – ausgehend von diesen Erwägungen – ein Vertrauensschutz auf die Stabilität der geltenden Gesetzeslage auch ohne dem Vorliegen von konkreten Zusicherungen angenommen werden kann.

Nach Auffassung des Gerichts scheiterte die Berufung auf den Vertrauensschutz durch den Einschreiter jedoch bereits an der Vertrauensgrundlage. So führte das BVerfG aus, dass zum Zeitpunkt der Vornahme der Investitionen die für das Investitionsvorhaben erforderlichen bebauungsrechtlichen Grundlagen noch nicht geschaffen worden seien. Es sei daher nach Auffassung des Gerichts eine ungewisse Vertrauensgrundlage vorgelegen. Die Förderung hänge nach den Ausführungen des Gerichts gemäß den einschlägigen Vorgaben im Erneuerbare-Energien-Gesetz von der Aufstellung oder Änderung des Bebauungsplans ab[596], weswegen erst der Beschluss über den Bebauungsplan Grundlage für Investitionen und infolgedessen für berechtigtes Vertrauen bilde.[597] Da kein Anspruch auf Aufstellung eines Bebauungsplanes bestehe, war es daher ungewiss, ob ein Bebauungsplan für das vom Investor ins Auge gefasste Vorhaben überhaupt aufgestellt wird.[598]

In einer älteren Entscheidung[599] hat das BVerfG festgehalten, dass in der deutschen Rechtslage unter gewissen Umständen ein Vertrauensschutz auf die Beständigkeit der Gesetzeslage unter den gleichen Gesichtspunkten wie bei einer unecht rückwirkenden Änderung der Gesetzeslage angenommen werden könne. Hierzu hat das Gericht hervorgehoben:

„*Das Vertrauen auf den Bestand der durch § 15 Abs. 2 BHG 1959 geschaffenen Rechtslage genießt grundsätzlich keinen geringeren Schutz als den, der nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur unechten Rückwirkung von Gesetzen besteht. Danach hängt es von der verfassungsrechtlichen Beurteilung des einzelnen Falles ab, ob der Bürger im Vertrauen auf*

[594] BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senates vom 23.September 2010 – 1 BvQ 28/10, Rz 33; siehe hierzu ferner auch BVerfG, Beschluss Zweiter Senat, 5 Februar 2002, Sozialpfandbriefe, BVerfG 105, 17 (40); *Hamamoto*, Silk Road Studies, 167.

[595] BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senates vom 23.September 2010 – 1 BvQ 28/10, Rz 34.

[596] BVerfG, Bechluss der 1. Kammer des Ersten Senates vom 23.September 2010 – 1 BvQ 28/10, Rz 35.

[597] BVerfG, Bechluss der 1. Kammer des Ersten Senates vom 23.September 2010 – 1 BvQ 28/10, Rz 37.

[598] BVerfG, Bechluss der 1. Kammer des Ersten Senates vom 23.September 2010 – 1 BvQ 28/10, Rz 39.

[599] BVerfG 30, 392 – Berlinhilfegesetz.

den Bestand einer bestimmten gesetzlichen Regelung eine Rücksichtnahme durch den Gesetzgeber billigerweise erwarten darf. Bei der Entscheidung über diese Frage ist zwischen dem Ausmaß des Vertrauensschadens einerseits und der Bedeutung des gesetzgeberischen Anliegens für das Wohl der Allgemeinheit andererseits abzuwägen."[600]

Es ist somit nach der Rechtsprechung des BVerfG im Falle von nachteiligen Gesetzesänderungen eine Interessensabwägung zwischen dem Schutz des Vertrauens auf die Beständigkeit der Gesetzeslage und dem Anliegen des Staates auf einer im öffentlichen Interesse gelegenen Abänderung der Gesetze vorzunehmen. Grundsätzlich ergibt sich jedoch auch aus der deutschen Rechtslage kein Vertrauensschutz auf gesetzliche Stabilität abseits konkreter Zusicherungen.

iii. Rechtsprechung des österreichischen Verfassungsgerichtshofes

Auch in der Judikatur des VfGH wird zuweilen ein Vertrauensschutz auf beständige rechtliche Vorgaben angenommen. Dieser Vertrauensschutz wird aus dem Gleichheitsgrundsatz abgeleitet.[601] Bei Gesetzesänderungen wird hierbei in der Regel eine Verhältnismäßigkeitsabwägung zwischen den Interessen der betroffenen Investoren auf Stabilität und dem öffentlichen Interesse des Staates auf Abänderung der Gesetze durch den VfGH vorgenommen.[602] Von Interesse ist hier eine Entscheidung des VfGH aus dem Jahre 1993. In diesem Verfahren wurde die vom Betroffenen monierte Beseitigung der steuerlichen Begünstigung für Elektrizitätsversorgungsunternehmen durch das 3. Abgabenänderungsgesetz 1987 hinsichtlich der Verwendbarkeit von nach dem Energieförderungsgesetz 1979 gebildeten Rücklagen als gleichheitswidrig eingestuft.[603] Der VfGH hat die abrupte Gesetzesänderung in Ansehung des besonderen Investitionsanreizes zur längerfristigen Investition durch die zuvor bestandenen Steuerbegünstigungen als Verletzung des Vertrauensgrundsatzes eingestuft.

Hierzu hat der VfGH hervorgehoben:

„*Irgendwelche sachliche - über die bloße Absicht, ein höheres Steueraufkommen zu erzielen, hinausgehende - Gründe für die* ***Plötzlichkeit****, mit der die ursprünglich vorgesehene Verwendungsmöglichkeit beseitigt wurde, sind nicht zu erkennen. Wenn auch der Gesetzgeber nicht*

[600] BVerfG 30, 392 – Berlinhilfegesetz, Rz. 40.

[601] *Schneider*, Vertrauensschutz außerhalb von B-VG und StGG: Europarecht und Völkerrecht, 341.

[602] Vgl etwa VfGH 12.12.1991, VfSlg 12.944 zum Verbot der Nachtfahrt mit lärmarmen KFZ; VfGH 28.06.2004, VfSlg 17.254 zur unverhältnismäßigen Pensionskürzung von Notaren; VfGH 27.09.2000, VfSlg 15.936 zur nicht sachlichen Kürzung der Sonderzahlungen von Rechtspraktikanten.

[603] VfGH 16.12.1993, VfSlg 13.655.

schlechthin gehindert ist, den Zeitraum für die Verwendung bereits gebildeter Rücklagen abzukürzen, hat er doch dann, wenn er ***gezielt einen Anreiz für längerfristige Investitionsprogramme*** *geschaffen hat, auf die möglichen Dispositionen und die durch deren Verwirklichung ausgelösten zusätzlichen Belastungen der Betroffenen Bedacht zu nehmen. Er darf also diesfalls die Verwendungsmöglichkeit ohne besondere Gründe nicht abrupt beseitigen, sondern muß den Unternehmen eine bei Durchschnittsbetrachtung realistische Chance einräumen,* ***die Auswirkungen der Änderungen abzufangen***.“[604]

Somit stellte der VfGH darauf ab, ob durch diese Gesetze ein besonderer Anreiz für längerfristige Investitionen geschaffen wurde.[605] Auch die Frage, inwiefern der Gesetzgeber im Sinne einer Schadensminderung vorbeugende Maßnahmen zur Abfederung der Nachteile der Gesetzesänderung für die Betroffenen vorgesehen hat, wurde in der Gesamtabwägung seitens des VfGH berücksichtigt.[606] Auch hier lassen sich Parallelen in der Schiedspraxis erblicken. Zuletzt ist hervorzuheben, dass der VfGH in der zitierten Entscheidung ausführt, dass die Gesetzesänderung in besonders drastischer Weise erfolgt ist und die ursprünglich vorgesehenen Verwendungsmöglichkeiten beseitigt hat. Auch in der Schiedspraxis wird unter dem Gesichtspunkt der ‚totalen Abänderung‘ der gesetzlichen Rahmenbedingungen für eine Verletzung des FET-Standards darauf abgestellt, ob besonders drastische Gesetzesänderungen vorgenommen wurden. Es sind somit auch in diesem Punkt Parallelen zur Schiedspraxis zu erblicken.[607]

D. Zwischenergebnis

a) Zusammenfassende Betrachtung der älteren Schiedspraxis und Lehre

Als Zwischenergebnis lässt sich hinsichtlich der älteren Schiedspraxis sowie der im Schrifttum vertretenen Ansicht festhalten, dass zur Frage, ob für einen Schutz berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität konkreter Zusicherungen stets erforderlich sind, kein einheitliches Ergebnis

[604] VfSlg 13.655 (Hervorhebung durch den Autor).
[605] Vgl hierzu zum Investitionsrecht Kap XI I d).
[606] Vergleiche hier die Bedeutung des Gebotes der Schadensminderung im Investitionsrecht in Kap XI H b).
[607] Vgl Kap XI D.

vorliegt.[608] Wie im Zuge der Arbeit noch dargestellt wird, besteht diese Unklarheit auch in der jüngsten Schiedspraxis weiterhin fort.[609]

Folgende Punkte können jedoch in Ansehung der bisher aufgezeigten Schiedsentscheidungen und Lehrmeinungen festgehalten werden:

- Eine Verletzung der berechtigten Erwartungen bei nachteiligen Gesetzesänderungen wird beim Vorliegen einer konkret an den Investor gerichteten Stabilitätszusicherung allgemeinhin bejaht[610];
- Abseits von derartigen konkreten Zusicherungen kann auch eine totale bzw. radikale Abänderung der gesetzlichen Rahmenbedingungen zu einer Verletzung des FET-Standards führen[611];
- Ferner können Gesetzesänderungen, die auf diskriminierende oder willkürliche Weise oder aber in Schädigungsabsicht durch den Gaststaat vorgenommen wurden, ebenfalls auch abseits konkreter Zusicherungen zu einer Verletzung des FET-Standards führen[612];
- Auch ständig wiederholende Gesetzesänderungen in kurzen Zeitperioden können aufgrund der damit verbundenen Inkonsistenz in der Gesetzespolitik auch abseits konkreter Zusicherungen eine Verletzung des FET-Standards begründen[613];
- Ferner kann auch die Kumulation von verschiedenen, für sich in Isolation betrachtet noch nicht hinreichend vertrauenserzeugenden Maßnahmen die notwendige Schwelle für die Erzeugung von berechtigten Erwartungen auf stabile Gesetzesvorgaben erreichen[614];
- Auch konkret auf ausländische Investitionen ausgerichtete Gesetzesvorgaben wurden wiederholt als hinreichende Grundlage für die Begründung berechtigter Erwartungen

[608] Hierzu hält etwa *Potesta* (Legitimate Expectations, 117) unter Bezugnahme auf die ältere Schiedspraxis fest, dass sich die Frage, ob abseits konkreter Zusicherungen die Änderung von gesetzlichen Rahmenbedingungen zu einer Verletzung des FET-Standards führen könne, von unterschiedlichen Faktoren wie etwa von dem Ausmaß der Abänderungen (*El Paso v. Argentina*), der Art der Abänderungen (*PSEG v. Turkey*), einem möglichen diskriminierenden Effekt durch die Abänderungen (*Toto v. Lebanon* und *Parkerings v. Lithuania*) oder der nicht gegebenen Nachvollziehbarkeit der Änderungen (*Impregilo v. Argentina*) abhänge.

[609] Siehe hierzu etwa *Masdar v. Spain*, Rz 489ff, wo das Schiedsgericht auf die seiner Ansicht gegebenen zwei ‚Schulen' in Schiedspraxis und Lehre verweist. Nach der einen Schule sei der Schutz berechtigter Erwartungen auf eine stabile Gesetzeslage auch abseits konkreter Zusicherungen zu bejahen, nach der anderen Schule wiederum seien für solch einen Vertrauensschutz konkrete Zusicherungen zwingend erforderlich, siehe näher zu diesem Fall Kap X C j).

[610] Siehe Kap IV B c) i sowie zur Fallanalyse in Abschnitt A dieses Kapitels.

[611] Siehe die Analyse in Abschnitt A a) v dieses Kapitels zu den ‚Argentinienfällen'.

[612] Siehe hierzu Kap VI B.

[613] Siehe Kap VII A b) zu *PSEG v. Turkey*.

[614] Siehe Kap VII A b) zu *El Paso v. Argentina*; zum ‚Kumulationseffekt' siehe näher in Kap XI F.

angesehen.[615] Hierbei wurde besonderes Augenmerk auf die zu unterstellende Absicht des Gaststaates, ausländische Investoren mit diesen günstigen Gesetzesvorgaben zur Investition zu bewegen, gelegt[616];

- Ferner können auch unverhältnismäßige Gesetzesänderungen sowie Gesetzesänderungen, welche das wirtschaftliche Gleichgewicht zwischen Staat und Investor erheblich stören, zu einer Verletzung des FET-Standards führen.[617]

b) Zusammenfassende Betrachtung der rechtsvergleichenden Analyse

Aus der durchgeführten rechtsvergleichenden Analyse unter Bedachtnahme auf allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechtes lässt sich zusammenfassend folgendes Ergebnis hinsichtlich der Frage eines Vertrauensschutzes auf beständige gesetzliche Vorgaben abseits konkreter Zusicherungen ableiten:

- Aus den allgemeinen völkerrechtlichen Rechtsgrundsätzen wie dem Estoppel-Prinzip sowie nach der Rechtsprechung des IGH, des EuGH und der Rechtsprechung bedeutsamer nationaler Rechtsordnungen ergibt sich, dass für die Erzeugung berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität grundsätzlich konkrete Zusicherungen erforderlich sind[618];
- Im Zusammenhang mit generellen Äußerungen, die nicht gegenüber konkreten Adressaten abgegeben wurden, ist zu prüfen, ob diese mit Bindungsabsicht durch den Staat abgegeben wurden.[619] Diesfalls kann ein Vertrauensschutz auf den Inhalt dieser generellen Äußerungen auch dann angenommen werden, wenn diese Äußerungen an die Allgemeinheit und nicht an bestimmte Adressaten gerichtet wurden;
- Insbesondere in der Rechtsprechung des EGMR, aber auch in der Rechtsprechung nationaler Gerichte spielt die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei gesetzlichen Maßnahmen eine wichtige Rolle[620].

[615] Siehe etwa Kap VII A) a) v zu den ‚Argentinienfällen'; vgl auch Kap XI D b) zum Schiedsverfahren *Micula v. Romania*.
[616] Siehe hierzu Kap IV D.
[617] Siehe hier etwa Kap VII A b) vi zu etwa *Total S.A. v Argentina*.
[618] Siehe hierzu die Erwägungen in Abschnitt B und C dieses Kapitels.
[619] Siehe Kap IV D sowie B d).
[620] Siehe Abschnitte C c) sowie d) dieses Kapitels.

VIII. Jüngere Entwicklung: Einschränkung durch engere Vertragstexte?

A. Einleitung

Wie bereits eingangs der Arbeit aufgezeigt wurde, hat der FET-Standard aufgrund seiner Unbestimmtheit wiederholt Kritik erfahren.[621] Hierbei wurde insbesondere kritisiert, dass den Schiedsrichtern aufgrund der unbestimmten Formulierung des Schutzstandards ein (zu) großer subjektiver Einschätzungsspielraum eingeräumt werde.[622] Die *UNCTAD*[623] empfahl aus diesen Gründen in ihrem Bericht aus dem Jahr 2012 die Reduktion von Ungenauigkeiten in den Vertragstexten. Es wurde insbesondere die Erstellung einer (abschließenden) Liste der den Gaststaat treffenden Verpflichtungen angeraten. Auch die vertragliche Regelung des in Investitionsabkommen üblicherweise nicht eigens normierten Schutzes berechtigter Erwartungen war hier eines der im Bericht geäußerten Anliegen.[624]

Das am 21. September 2017 vorläufig in Kraft getretene Freihandelsabkommen CETA[625] zwischen der Europäischen Union und Kanada soll in diesem Zusammenhang Klarheit verschaffen. Gleiches gilt für das Freihandelsabkommen TTIP[626], das aktuell zwar auf ‚Eis gelegt' wurde[627], textlich jedoch hinsichtlich der Formulierung des FET-Standards beinahe ident mit CETA ist. Die europäische Kommission[628] hat hinsichtlich CETA geäußert, dass den Schiedsrichtern durch die Regelungen im

---

[621] Siehe hierzu Kap II B.

[622] *Yannaca-Small*, Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments, 119; *Bower/Blanchard*, Whats a Meme, 737ff; *M. Waibel*, Fair and Equitable Treatment as Boilerplate, The American Review of International Arbitration, 30(1), (2019), 85 (86); *K. Lachmeyer* (Rechtsvergleichende Analyse des Schutzes von Eigentum zwischen Menschenrechtsschutz und Investitionsschutzrecht, 28) verweist in seinem Gutachten darauf, dass es der Zweck der engeren Umschreibung des Schutzstandards in den jüngeren Freihandelsabkommen sei, den Schiedsrichtern genauere Vorgaben zu geben und daher die Entscheidungen mehr voraussehbar zu machen.

[623] *UNCTAD*, World Investment Report 2012, 139, abrufbar unter: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2012_embargoed_en.pdf (zuletzt abgerufen am 07.08.2022).

[624] *Zeyl*, Charting the Wrong Course, 223.

[625] EU-Canada Comprehensive Trade Agreement (CETA), abrufbar unter: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:22017A0114(01)&qid=1497733898576&from=EN (zuletzt abgerufen am 21.12.2024).

[626] EU-United States of America Translantic Trade and Partnership Agreement (TTIP), https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/92123/TTIP_investment.pdf (zuletzt abgerufen am 21.12.2024).

[627] *Chase*, Enhancing the Transatlantic Trade and Investment Relationship (03.02.2021), abrufbar unter: https://www.wilsoncenter.org/article/enhancing-transatlantic-trade-and-investment-relationship (zuletzt abgerufen am 07.08.2022).

[628] *European Comission*, Investment Provisions in the EU-Canada Free Trade Agreement (CETA), 03.12.2013, abrufbar unter www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/inta/dv/tradoc_151918/tradoc_151918en.pdf (zuletzt abgerufen am 21.12.2024); kritisch zu diesem Vorhaben der europäischen Kommission siehe *Krajewski/Hoffmann*, Das internationale Investitionsschutzregime zwischen Reform und Revolution, 134.

Abkommen striktere und detailliertere Vorgaben im Zusammenhang mit der Prüfung des FET-Standards vorgegeben wurden.

B. Die Textierung des Schutzes berechtigter Erwartungen in den jüngeren Freihandelsabkommen: Eine Reaktion auf die bisherigen Schiedspraxis?

a) Allgemeines

Eingangs ist festzuhalten, dass es den Vertragsgestaltern der jüngeren Freihandelsabkommen offenbar insbesondere ein Anliegen war, der bestehenden Unsicherheit hinsichtlich des Schutzes berechtigter Erwartungen zu begegnen. So stellt die ausdrückliche Normierung des Schutzes berechtigter Erwartungen als Teil des FET-Standards ein Novum dar.[629] Ferner ist hervorzuheben, dass in den Abkommen für die Erzeugung berechtigter Erwartungen ausdrücklich auf das Vorliegen einer „konkreten Zusicherung" abgestellt wurde.[630] In diesem Zusammenhang wird im Schrifttum überwiegend die Auffassung vertreten, dass das Vertrauen des Investors auf eine stabile Rechtslage abseits konkreter Zusicherungen unter diesen Freihandelsabkommen nicht (mehr) vom Schutz des FET-Standards umfasst sein soll.[631] *J. E. Alvarez*/*G. Topalian*[632] zeigen in diesem Zusammenhang auf, dass gerade die im Schrifttum und der jüngeren Schiedspraxis kritisierten Entscheidungen der ‚Argentinienfälle' dazu geführt hätten, dass Vertragstexte mit umfassenderen Einschränkungen

[629] Siehe auch die Vorgaben im EU-Singapore- und EU-Vietnam-FTA im Folgeabschnitt E b) und c) dieses Kapitels.

[630] *Henckels*, Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties: the TPP, CETA, and TTIP, Journal of International Economic Law (2016), Vol. 19, Issue 1, 27 (38); auch *D. Nyer* (The Investment Chapter of the EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement, Journal of International Arbitration, Vol. 32, Issue 6 (2015), 697 (702)) zeigt auf, dass hinsichtlich der jüngeren Vertragstexte die Intention der Vertragserrichter gegeben war, den Schutzumfang der berechtigten Erwartungen zu beschränken; auch *Crawford* (Treaty and Contract in Investment Arbitration, The 22nd Freshfields Lecture on International Arbitration, London, 29.11.2007, 4, abrufbar unter: https://is.muni.cz/el/1422/podzim2010/MVV61K/um/20201574/Crawford-Treaty_and_Contract-2.pdf, zuletzt abgerufen am 21.12.2024) verweist darauf, dass aufgrund der abweichenden Formulierung der Schutzvorgaben in den jüngeren Vertragstexten im Vergleich zu der bisher üblicherweise gewählten Formulierung eine abweichende Bedeutung des Inhaltes der Schutzvorgaben durch die Vertragserrichter gewollt gewesen wäre.

[631] Siehe etwa *Escher/Sliskovic*, Aktuelle Entwicklungen des Investitionsschutzrechts, 194; *L. Ernst*, „Fair and equitable treatment" im CETA – Innovation im Spannungsverhältnis zwischen Investor und Staat, KritV 2015, 406 (420); *Schill*, Auswirkungen der Bestimmungen zum Investitionsschutz und zu dem Investor-Staat-Schiedsverfahren im Entwurf des Freihandelsabkommens zwischen der EU und Kanada (CETA) auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers (Kurzgutachten), 14, abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/C-D/ceta-gutachten-investitionsschutz.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (zuletzt abgerufen am 21.12.2024); aA *Kriebaum*, FET and Expropriation in the (Invisible) EU Model BIT, Journal of World Investment & Trade, Band 15, Ausgabe 3-5 (2014), 454 (478).

[632] *Alvarez/Topalian*, The Paradoxical Argentina Cases, 43f.

des Schutzumfanges bzw. Betonung auf das „*right to regulate*“ entworfen wurden.[633] Auch *Pinto*[634] verweist darauf, dass die neuen Vertragstexte mit der konkreteren Ausgestaltung des FET-Standards eine Reaktion auf vergangene Entscheidungen, vorwiegend *Tecmed* und *Metaclad*, darstellen würde. Durch die Vorgaben in den jüngeren Vertragstexten soll den Staaten nach *Pinto* mehr Regulierungsfreiheit eingeräumt und der Entscheidungsspielraum der Schiedsrichter eingeschränkt werden.

Zu klären ist jedoch, inwiefern das Abstellen auf eine „konkrete Zusicherung“ im Zusammenhang mit dem Schutz berechtigter Erwartungen in den jüngeren Freihandelsabkommen tatsächlich eine Verschärfung zum ‚herkömmlichen‘ generalklauselartigen FET-Standard bewirkt. Hierbei stellt sich die Frage, ob das ausdrückliche Abstellen auf eine konkrete Zusicherung für die Erzeugung berechtigter Erwartungen nicht bloß den Stand der Judikatur im Zusammenhang mit dem Schutz berechtigter Erwartungen widerspiegelt, der nunmehr im Zuge der jüngeren Vertragstexte ‚verschriftlicht‘ wurde. So hebt etwa *Reinisch*[635] hervor, dass die CETA-Vertragsgestalter zahlreiche Elemente der bisherigen Schiedspraxis in die Textierung des FET-Standards einfließen haben lassen. Auch *Paine*[636] vertritt die Ansicht, dass die Textierung der jüngeren Vertragstexte eine direkte Antwort auf die Auslegung des FET-Standards durch die bisherige Schiedspraxis darstellen würde. Schließlich habe die Schiedspraxis nach Auffassung des Autors einen erheblichen Einfluss auf die Ausgestaltung von Investitionsabkommen. Dieser Einfluss könne nach *Paine* einerseits dahingehend vorliegen, dass bei der Gestaltung von Investitionsabkommen das Auslegungsergebnis der bisherigen Schiedspraxis übernommen werde. Auf der anderen Seite könne eine Schiedspraxis durch die gewählte Textierung in Investitionsabkommen jedoch auch abgelehnt werden; dies indem Vorgaben im Vertragstext

[633] Auch *K. Leite* (The Fair and Equitable Treatment Standard: A Search for better Balance in International Investment Agreements, American University International Law Review, Vol. 32, Issue 1, Art 2 (2016), 365 (382)) weist darauf hin, dass sich im Investitionsrecht ein Wandel in Richtung Abkehr von einem umfassenden Schutz ausländischer Investoren hin zur Verstärkung des Schutzes der regulatorischen Freiheit des Gaststaates abzeichnen würde.

[634] *Pinto*, The ‘Narrow’ Meaning of the Legitimate Expectations, 283f.

[635] *A. Reinisch*, The Likely Content of Future EU Investment Agreements in *M. Bungenberg/J. Griebel/S. Hobe/A. Reinisch* (Hrsg.), International Investment Law – A Handbook (2015), Rz 29. *Reinisch* hebt hervor, dass die Vorgaben des FET-Standards in CETA jenen des 2013er-Fact-Sheets der Europäischen Kommissionen entsprechen würden. In den Fact-Sheets wurde die Ansicht vertreten, dass den Staaten ein Recht zugesichert werden soll, Regulierungen zu dringenden öffentlichen Interessen zu treffen. Auch wurde betont, dass die einzelnen Schutzvorgaben im Abkommen näher geregelt werden sollen, siehe hierzu *European Commission*, Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement in EU Agreements, Fact Sheet (November 2013), 7, abrufbar unter: https://www.italaw.com/sites/default/files/archive/Investment%20Protection%20and%20Investor-to-State%20Dispute%20Settlement%20in%20EU%20agreements_0.pdf (zuletzt abgerufen am 21.12.2024).

[636] *Paine*, On Investment Law and Questions of Change, 175.

festgehalten werden, welche im klaren Widerspruch zur bisherigen Schiedspraxis stehen.[637] *Paine* zeigt ferner auf, dass auch anhängige und noch nicht entschiedene Verfahren Einfluss in die Vertragsgestaltung nehmen können. Als Beispiel nennt *Paine* hierfür die Ausnahmeregelung des Art 29.5 des TPP-Abkommens für Kontrollmaßnahmen im Tabakbereich.[638] Dies Regelung stelle nach Ansicht des Autors eine Antwort auf zwei von Australien gegen Uruguay angestrengte Schiedsverfahren dar, zumal zum Zeitpunkt, als der Vertragstext des TPP-Abkommens veröffentlicht wurde, beide Verfahren bereits anhängig waren.[639] Der Auffassung von *Paine* ist beizupflichten und ist anzunehmen, dass die Schiedspraxis einen erheblichen Einfluss auf die Ausgestaltung der jüngeren Vertragstexte hat.

Es sollen nunmehr die jüngeren Vertragstexte einer näheren Untersuchung unterworfen werden. Zu betonen ist hierbei, dass einige der in die Untersuchung einbezogenen Abkommen noch nicht in Kraft getreten sind bzw. nur als Entwurf vorliegen. Ungeachtet dessen können die darin getroffenen Regelungen als Auslegungshilfe für die Beurteilung der Frage des Bestehens eines Schutzes berechtigter Erwartungen auf stabile gesetzliche Vorgaben abseits konkreter Zusicherungen dienen.

b) Das right to regulate in der Präambel und den Vertragsartikel der jüngeren Investitionsabkommen

Wie bereits aufzeigt wurde, stellte die Stärkung des right to regulate des Gaststaates eines der Hauptanliegen der Vertragserrichter der jüngeren Vertragstexte dar. Zu den allgemeinen Erwägungen zum Grundsatz des right to regulate ist auf Kapitel VI zu verweisen.

Dass diesem Grundsatz in den jüngeren Vertragstexten eine besondere Gewichtung beigemessen wurde, ergibt sich insbesondere daraus, dass das right to regulate in CETA und TTIP nicht, wie in den meisten BITs üblich, lediglich in der Präambel, sondern vielmehr im Vertragstext selbst festgehalten wurde. Das right to regulate findet sich jeweils zu Beginn des Investitionskapitels der

---

[637] *Paine*, On Investment Law and Questions of Change, 175; siehe *C. Titi*, The Arbitrator as a Lawmaker: Jurisgenerative Processes in Investment Arbitration, Journal of World Investment & Trade, 14 (5), (2013), 829 (843), wo die Autorin anführt, dass Schiedsrichter nicht nur in Form von Vertragsauslegung an der Rechtsfortbildung teilnehmen würden, sondern durch die Entscheidungspraxis oftmals auch maßgeblich Einfluss auf die zukünftige Formulierung neuer Vertragstexte nehmen.

[638] Investitionsschutzkapitel des Trans-Pacific Partnership Agreement (TTP), abrufbar unter: https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Final-Text-Investment.pdf (zuletzt abgerufen am 21.12.2024).

[639] *Paine*, On Investment Law and Questions of Change, 175, bei FN 27 unter Verweis auf die Entscheidungen *Philip Morris Asia Ltd v. Commonwealth of Australia,* PCA Case No 2012-12*,* Award on Jurisdiction and Admissibility (17. Dec 2015); *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products SA and Abal Hermanos SA v. Uruguay,* ICSID Case No ARB/10/7, Award (8. Jul 2016).

Abkommen in einem eigenen Artikel.[640] In diesem Artikel wird überdies festgehalten, dass allein der Umstand, dass der Staat durch gesetzliche Maßnahmen die Erwartungen des Investors auf Profit enttäuscht, keine Verletzung der Vorgaben dieses Kapitels und sohin des FET-Standards begründet.[641] Auch dies stellt eine deutliche Bekräftigung der Regulierungsfreiheit des Gaststaates dar.[642] Unter Verweis auf die, im Zuge der Arbeit bereits aufgezeigten Erwägungen zum right to regulate in bisherigen Investitionsabkommen[643], lässt sich auch aus der Regelung des right to regulate im Vertragstext der jüngeren Freihandelsabkommen kein harter Rechtsanspruch dahingehend ableiten, dass der Gaststaat uneingeschränkt seine Gesetze ändern kann. Die Ableitung eines durchsetzbaren Anspruches auf Regulierung aus der Vorgabe des right to regulate in den jüngeren Abkommen wird auch im Schrifttum abgelehnt.[644]

Unter Verweis auf *C. Tietje*/*K. Crow* führt *K. Lachmayer* in seinem Rechtsgutachten weiters aus, dass es zu bezweifeln sei, ob im Umfeld des herrschenden Systems des Investitionsschutzes überhaupt eine Umsetzung des in den jüngeren Abkommen forcierten right to regulate erfolgen könne. Nach *Lachmayer* stehe dem die asymmetrische Ausgestaltung des Investitionsrechts, in dem Rechte des Gaststaates grundsätzlich nicht vorgesehen seien, entgegen. Schließlich handle es sich beim internationalen Investitionsrecht um einen Rechtsbereich, der für Investoren ausschließlich Rechte und für den Gaststaat ausschließlich Verpflichtungen vorsehen würde. Ohne

[640] Siehe hierzu Art 8.9 Abs 1 CETA, Art 2 Abs 1 TTIP; *Tietje/Baetens* (The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership, 24.06.2014, 67, abrufbar unter: https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nvgs5kjg27kof_j9vvik7m1c3gyxp/vjn8exgvufya/f=/blg378683.pdf, zuletzt abgerufen am 21.12.2024) führen in ihrer Studie für das niederländische Außenministerium im Zusammenhang mit TTIP aus, dass der Umstand, dass das „*right to regulate*" in CETA/TTIP in einem eigenen Artikel geregelt wurde, so zu verstehen sei, dass es sich hierbei um keine herkömmliche „*preambular language*" handle und dem „*right to regulate*" im genannten Abkommen daher mehr Gewicht beizumessen wäre.

[641] Siehe hierzu etwa Art 8.9 Abs 2 CETA: „*For greater certainty, the mere fact that a Party regulates, including through a modification to its laws, in a manner which negatively affects an investment or interferes with an investor's expectations, including its expectations of profits, does not amount to a breach of an obligation under this Section.*"; siehe auch *Escher/Sliskovic*, Aktuelle Entwicklungen des Investitionsschutzrechts, 194; hier ist auf die Ansicht von *Titi* (The Right to Regulate, 121f) zu verweisen, die im Bezug auf das in älteren BITs in der Regel in den Präambeln normierte „*right to regulate*" betont, dass dieses den Gasstaaten kein eigenes durchsetzbares Recht gewähren würde.

[642] *Lachmayer*, Rechtsvergleichende Analyse des Schutzes von Eigentum zwischen Menschenrechtsschutz und Investitionsschutzrecht, 28; *Lachmayer* hebt jedoch in seinem Gutachten zu CETA zum darin normierten „*right to regulate*" hervor, dass in CETA dem Gaststaat – im Vergleich zu den Bestimmungen in älteren Investitionsabkommen – zwar dem Anschein nach ein größerer Regulierungsfreiraum zugestanden werde, die Tragweite jedoch nicht überschätzt werden dürfe. *Lachmayer* zufolge bleiben die genannten Bestimmungen weiterhin durch unbestimmte Rechtsbegriffe geprägt, die in erster Linie der Auslegung durch Schiedsgerichte vorbehalten werden.

[643] Siehe Kap VI zum „right to regulate".

[644] Siehe *Escher/Sliskovic*, Aktuelle Entwicklungen im Investitionsschutzrecht, 191ff. *Escher/Sliskovic* kritisieren hier, gleich wie *Titi* (The Right to Regulate, 121f), dass – ungeachtet des fehlenden rechtlichen Gehaltes – dieser Vorgabe der Zivilbevölkerung suggeriert werde, dass die Abkommen den Gaststaaten ein eigenständig durchsetzbares Recht auf Regulierung einräumen würden.

‚Systemwechsel' im Investitionsrecht könne *Lachmayer* zufolge daher eine hinreichende Verankerung des right to regulate nicht erfolgen.[645]

Es ist auch fraglich, ob es tatsächlich die Intention der Vertragserrichter war, durch das in den Abkommen normierte right to regulate eine Abschwächung des Investorenschutzes, zugunsten einer größeren Regulierungsfreiheit der Gaststaaten, zu bezwecken. Schließlich ist hervorzuheben, dass es der vorrangige Zweck der umfassenderen Normierung des FET-Standards in den Abkommen war, Rechtssicherheit zu schaffen und den Schiedsrichtern keinen (zu) großen Interpretationsspielraum im Zusammenhang mit dem FET-Standard mehr einzuräumen.[646] Dies bedeutet jedoch nicht zwangsläufig, dass die Normierung des right to regulate in den Abkommen eine Einschränkung des Schutzes des Investors im Fall von nachteiligen Gesetzesänderungen bezwecken soll. Schließlich kommt der mit der näheren Textierung des FET-Standards verfolgte Zweck, mehr Rechtssicherheit – im Vergleich zum herkömmlichen ‚vage' formulierten FET-Standard – zu schaffen, sowohl dem Gaststaat als auch dem Investor zugute. Ausgehend von diesem Gedanken wäre es jedoch fragwürdig, das in den jüngeren Abkommen ausdrücklich normierte right to regulate als eine Einschränkung des Investorenschutzes zugunsten der Regulierungsfreiheit des Gaststaates zu verstehen. Zur Beurteilung der Frage, inwiefern die Vorgaben in den Abkommen zu einer Stärkung der Regulierungsfreiheit des Gaststaates bei gleichzeitiger Einschränkung des Schutzes des Investors auf gesetzliche Stabilität führen, müssen auch die weiteren Vorgaben in den Abkommen, die den Schutz ausländischer Investoren im Zusammenhang mit nachteiligen Gesetzesänderungen zum Gegenstand haben, in die Analyse eingezogen werden.

[645] *Lachmayer*, Rechtsvergleichende Analyse des Schutzes von Eigentum zwischen Menschenrechtsschutz und Investitionsschutzrecht, 42, unter Verweis auf *Tietje/Crow*, The Reform of Investment Protection Rules in CETA, TTIP, and Other Recent EU FTAs: Convincing?, in *Griller/Obwexer/Vranes* (Hrsg.), Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA (2017), 110.

[646] Siehe die hierzu geäußerten Erwägungen der Europäischen Kommission in Abschnitt A dieses Kapitels.

C. Der Schutz berechtigter Erwartungen in CETA/TTIP und verwandten Abkommen[647]

a) Allgemeines

Während die FET-Klauseln der meisten BITs und multilateralen Investitionsabkommen äußerst kurz und vage gefasst sind, werden die Merkmaler des FET-Standards in den jüngeren Freihandelsabkommen inhaltlich näher geregelt.

So ist zwar auch in Art 3 Abs 1 TTIP bzw Art 8.10 Abs 1 CETA zunächst die generalklauselartige Formulierung des FET-Standards vorzufinden, wie diese auch in zahlreichen älteren Investitionsabkommen anzutreffen ist. In weiterer Folge wird jedoch in fünf Absätzen (a-e) in Art 3 Abs 2 TTIP bzw Art 8.10 Abs 2 CETA der Schutzumfang des FET-Standards näher textlich festgehalten.[648] Es ist hierbei von einer abschließenden Regelung auszugehen.[649] So verbietet lit a die Rechtsverweigerung des Gaststaates, lit b die fundamentale Verweigerung eines fairen Verfahrens, lit c die offenkundige Willkür, lit d die gezielte Diskriminierung und lit e den Zwang gegen ausländische Investoren.

Paine[650] hebt hierzu hervor, dass sich aus dieser erschöpfenden Auflistung die Bemühung der Vertragserrichter ableiten lasse, den Schutz unter dem FET-Standard insbesondere im Zusammenhang mit Gesetzesänderungen zu beschränken. Da jedoch auch die verpönten Verhaltenstatbestände wie das Verbot der offenkundigen Willkür in sich wieder unbestimmt und wertend sind, sei nach *Paine* der tatsächliche Schutzumfang des FET-Standards ungeachtet der näheren textlichen Ausgestaltung erneut durch Auslegung zu ermitteln.[651]

---

[647] Hervorzuheben ist, dass auch in anderen Freihandelsabkommen bzw. auch einigen BITs jüngerer Zeit eine idente oder angeglichene Regelung des FET-Standards wie in CETA/TTIP vorzufinden ist. Aus diesem Grund sind viele der zu CETA/TTIP getroffenen Erwägungen auch sinngemäß auf diese Abkommen anzuwenden. Auf die Vertragstexte anderer jüngerer Investitionsabkommen wird in Abschnitt E gesondert eingegangen.

[648] Siehe hierzu auch *A. Escher/V. Sliskovic*, Aktuelle Entwicklungen im Investitionsschutzrecht, 195; die Normierung der Tatbestände als Teil des FET-Standards geht nicht gänzlich mit der bisherigen Vertragspraxis konform. So wird etwa in Art 10 ECT der Schutz von diskriminierenden Maßnahmen als eigener Tatbestand neben dem FET-Standard normiert, siehe hierzu auch *E. Gaillard/M. McNeil,* The Energy Charter Treaty in *K. Yannaca-Small* (Hrsg.), Arbitration unter International Investment Agreements, A Guide to Key Issues[2] (2018), 37 (43); Uneinigkeit besteht auch dahingehend, ob willkürliche und diskriminierende Maßnahmen als getrennte Tatbestände zu erfassen sind, siehe Kap D. Ferner besteht Uneinigkeit, wann nach der bisherigen Schiedspraxis nachteilige staatliche Maßnahmen als Verletzung des FET-Standards oder Verletzung des hiervon getrennten „Willkürverbotes" einzustufen sind, siehe hierzu Kap D.

[649] In Art 8.10 Abs 6 CETA (und wortgleich in Art 3 Abs 6 TTIP) wird festgehalten: „*For greater certainty, a breach of another provision of this Agreement, or of any other international agreement, does not constitute a breach of this Article.*"

[650] *Paine*, On Investment Law and Questions of Change, 18.

A. Escher/V. Sliskovic[652] erblicken aufgrund der engen Regelung des FET-Standards in den Freihandelsabkommen erhebliche Hürden für den Investor, da dieser etwa die ‚Offenkundigkeit' der Willkür oder die ‚fundamentale' Verletzung eines fairen Verfahrens darlegen müsse.

Hinsichtlich des Schutzes berechtigter Erwartungen wird in Art 3 Abs 4 in TTIP bzw Abs 8.10 Abs 4 CETA festgehalten:

„*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.*"[653]

Etwas umfassender normiert heißt es vergleichsweise in Art 2.4 Abs 3 des EU-Singapore-FTA[654]:

„*In determining whether the fair and equitable treatment obligation, as set out in paragraph 2, has been breached, a Tribunal may take into account, where applicable, whether a Party* ***made specific or unambiguous*** *representations to an investor so as to induce the investment, that created legitimate expectations of a covered investor and which were reasonably relied upon by the covered investor, but that the Party subsequently frustrated.*"[655]

Es sind somit ausgehend von dieser Regelung folgende Faktoren für den Schutz berechtigter Erwartungen unter dem FET-Standard der jüngeren Freihandelsabkommen erforderlich:

(1) Der Gaststaat muss eine konkrete Zusicherung an den Investor erteilt haben;

(2) Diese muss abgegeben worden sein, um den Investor zur Investition zu bewegen;

---

[651] Auch kritisch hinsichtlich der weiterhin bestehenden Unbestimmtheit der FET-Tatbestände in den jüngeren Freihandelsabkommen siehe *S. Griller*, Three Salient Issues of the New Comprehensive Free Trade Agreements, in *Griller/Obwexer/Vranes* (Hrsg.), Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA (2017) 300f.

[652] *Escher/Sliskovic*, Aktuelle Entwicklungen im Investitionsschutzrecht, 194; *G. M. Lentner,* Investitionsschutz im Freihandelsabkommen CETA, ecolex 2016, 1027 (1027f); siehe auch *U. Kriebaum*, FET and Expropriation in the (Invisible) EU Model BIT, 482, welche treffend darauf hinweist, dass die Präzisierung des bisher vagen FET-Standards grundsätzlich zu begrüßen sei, jedoch die gewählte Textierung neue Unsicherheiten hervorgerufen habe.

[653] Hervorhebung durch den Autor.

[654]EU-Singapore Free Trade Agreement (Fassung November 2019), abrufbar unter: https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/singapore/eu-singapore-agreement/texts-agreements_en, zuletzt abgerufen am 21.12.2024.

[655] Hervorhebung durch den Autor; auch *de facto* gleichlautend wird in Art 2.5 Abs 4 des EU-Vietnam FTA normiert: „*When applying paragraphs 1 to 3, a dispute settlement body under Chapter 3 (Dispute Settlement) may take into account whether a Party made a specific representation to an investor of the other Party to induce a covered investment that created a legitimate expectation, and upon which the investor relied in deciding to make or maintain that investment, but that the Party subsequently frustrated*".

(3) Die konkrete Zusicherung muss berechtigte Erwartungen erzeugt haben;

(4) Der Investor muss auf den Inhalt der Zusicherung bei der Entscheidung, im Gaststaat zu investieren, vertraut haben.

Auffällig ist, dass nach den Vorgaben nicht nur auf objektive, sondern auch auf subjektive Tatbestandsvoraussetzungen für die Erzeugung berechtigter Erwartungen abgestellt wird. So wird gemäß dem als Punkt (3) aufgezeigten Tatbestandsmerkmal gefordert, dass die konkrete Zusicherung berechtigte Erwartungen erzeugt haben muss. Ferner muss der Investor nach Punkt (4) bei der Entscheidung der Investition auf diese Zusicherung tatsächlich vertraut haben.[656] Es ist fraglich, ob die Erforderlichkeit der kumulativen Erfüllung der genannten Kriterien zu einer Verschärfung der Schwelle für den Schutz berechtigter Erwartungen im Vergleich zur bisherigen, unter den ‚vagen' FET-Standard ergangenen Schiedspraxis führt.[657]

b) Keine vertragliche Vorgabe, was unter der „*konkreten Zusicherung*" zu verstehen ist

Wie bereits aufgezeigt wurde, wird im Schrifttum zum Teil die Ansicht vertreten, dass die in den jüngeren Freihandelsabkommen textlich festgehaltenen Vorgaben für die Erzeugung des Schutzes berechtigter Erwartungen die bisherige Schiedspraxis widerspiegeln.[658] Aufgrund der unbestimmten Rechtsbegriffe ergeben sich allerdings neue Auslegungsschwierigkeiten.[659] Andere Autoren gelangen zu dem Ergebnis, dass aufgrund der expliziten Normierung der ‚konkreten Zusicherung' als Tatbestandsmerkmal für die Erzeugung berechtigter Erwartungen die bisherige Schiedspraxis nicht lediglich textlich festgehalten worden sei, sondern durch die Normierung dieses

[656] Auch *P. Dumberry* (Fair and Equitable Treatment, in *M. M. Mbengue/S. Schacher* (Hrsg.), Foreign Investment Under the Comprehensive and Trade Agreement (CETA), Studies in European Economic Law and Regulation 15 (2019), 95 (108)) weist darauf hin, dass diese Vorgaben in den jüngeren Freihandelsabkommen entgegen der bisherigen Spruchpraxis subjektiv und nicht objektiv aufzufassen seien.

[657] *Levashova* (The right of states to regulate in their public interest and the right of investors to receive fair and equitable treatment: The search for a balance in treaties and cases on international investment law (2018), 279f) vertritt die Ansicht, dass in der bisherigen Schiedsjudikatur der Schutz berechtigter Erwartungen nach folgenden drei Kriterien geprüft worden sei, die jedoch nicht stets kumulativ auftreten müssen: „*(1) the competence of the state's authority; (2) the legal force of the specific representation, thereby taking into consideration (i) the legal form, (ii) the content, and (iii) the wording; and (3) the designation of the investor in the state's representation."*

[658] Nach *Dumberry* (Fair and Equitable Treatment, 108f) spiegeln diese Vorgaben die bisherige NAFTA-Schiedspraxis hinsichtlich des Schutzes berechtigter Erwartungen wider; *Lentner* hebt hervor, dass die normierten Vorgaben in CETA auf den „*best practices*" der BITs der Mitgliedsstaaten aufbauen würden. Die europäische Kommission sprach wiederum im Zusammenhang mit den jüngeren Freihandelsabkommen von einem „Neubeginn für Investitionen und Investitionsschutz", was freilich gegen die bloße textliche Festlegung einer bereits bestehenden Praxis spricht, siehe hierzu FN 40 bei *G. M. Lentner,* Investitionsschutz in CETA, ecolex 2016.

[659] Siehe *Paine*, On Investment Law and Questions of Change, 190.

Tatbestandsmerkmales vielmehr eine Einschränkung des Vertrauensschutzes im Vergleich zur bisherigen Schiedspraxis bewirkt worden sei.[660]

Die Vertragstexte lassen hierbei offen, was unter der geforderten ‚konkreten Zusicherung' zu verstehen ist.[661] So stellt sich die Frage, ob diese Zusicherung stets in schriftlicher Form zu erfolgen hat. Ferner ist unklar, ob diese Zusicherung an einen spezifischen Investor im Sinne einer individuellen Adressierung erteilt werden muss oder ob diese auch in genereller Natur, somit an einen unbestimmten Adressatenkreis, erfolgen kann.

Für das Verständnis der ‚konkreten Zusicherung' scheint grundsätzlich ein Rückgriff auf die in der bisherigen Schiedsjudikatur unter dem herkömmlichen vagen FET-Standard herausgearbeiteten Grundsätze geboten. Es ist hierbei jedoch darauf Bedacht zu nehmen, dass in der Schiedspraxis grundsätzlich keine Präjudizwirkung von älteren Entscheidungen besteht[662] und hinzukommt, dass die bisherigen Schiedsentscheidungen naturgemäß im Zusammenhang mit anderen Investitionsabkommen, die den generalklauselartigen ‚vagen' FET-Standard enthalten, ergangen sind.[663] Die textliche Ausgestaltung des Schutzes berechtigter Erwartungen in den jüngeren Freihandelsabkommen spricht jedoch dafür, dass bei der Auslegung des Bedeutungsgehaltes auf die Ergebnisse der bisherigen Schiedspraxis zurückzugreifen ist. Dies ist daraus zu schließen, dass der unbestimmte Begriff der ‚konkreten Zusicherung' in den jüngeren Freihandelsabkommen nicht näher definiert wird. Es ist daher anzunehmen, dass das Verständnis des Bedeutungsgehaltes dieses Rechtsbegriffes durch die Vertragserrichter vorausgesetzt wird.[664] Auch ein Rückgriff auf die bisherige Schiedspraxis vermag Auslegungsschwierigkeiten jedoch nicht zu vermeiden, zumal die

---

[660] *Meier* (Specific State Representations as a Source of Legitimate Expectations, 9) hebt hervor, dass für diese Annahme sprechen würde, dass ansonsten lediglich der Terminus "berechtigte Erwartungen" ohne Abstellen auf das Vorliegen einer konkreten Zusicherung im Vertragstext normiert worden wäre; *European Parliament*, Policy Department, The Investment Chapters of the EU's International Trade and Investment Agreements in a comparative Perspective (2015), 138, abrufbar unter: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/534998/EXPO_STU(2015)534998_EN.pdf, zuletzt abgerufen am 21.12.2024.

[661] *Paine*, On Investment Law and Questions of Change, 190.

[662] Siehe hierzu Kap V C.

[663] Siehe zu dieser Problematik ebenfalls Kap V C. Insbesondere entspricht es der gelebten Praxis der Schiedsgerichte, dass Auslegungsergebnisse von Schiedsverfahren, die unter anderen Investitionsabkommen ergangen sind, herangezogen werden.

[664] Gleiches wird wohl auch hinsichtlich der anderen angeführten Tatbestände, wie der Diskriminierung, der Rechtsverweigerung, aber auch der ‚offenkundigen' Willkür gelten. Zur Definition der offenkundigen Willkür sowie der Heranziehung als mögliches Einfallstor für den Schutz berechtigter Erwartungen siehe den Folgeabschnitt D b) dieses Kapitels.

Frage, ob konkrete Zusicherungen für die Erzeugung berechtigter Erwartungen stets erforderlich sind, in der Schiedspraxis nicht einheitlich beurteilt wird.[665]

Im EU-Vietnam-FTA, welches eine mit CETA/TTIP im wesentlichen idente Regelung des FET-Standards enthält, wird in Art 2.5 Abs 6 explizit normiert, dass für den Fall, dass der Investor mit dem Gaststaat eine schriftliche Vereinbarung abschließt, diese Vereinbarung nicht durch die Ausübung staatlicher Gewalt verletzt werden darf. Unter diese staatliche Gewalt fallen naturgemäß auch regulatorische Maßnahmen. Aus diesen Vorgaben des EU-Vietnam-FTA lässt sich womöglich ableiten, dass die für die Erzeugung berechtigter Erwartungen geforderte ‚konkrete Zusicherung' nicht notwendigerweise in schriftlicher Form ergehen muss. Sollte eine konkrete Zusicherung iSd EU-Vietnam-FTA ausschließlich in schriftlicher Form erfolgen können, könnte schließlich eingeworfen werden, dass die in Art 2.5 Abs 6 vorgesehene Regelung bedeutungslos wäre.[666] Anzunehmen ist wohl, dass an ausländische Investoren direkt adressierte Zusicherungen, insbesondere in geschriebener Form, wohl konkrete Zusicherungen im Sinne der in den Freihandelsabkommen normierten Vorgaben darstellen werden. Es stellt sich jedoch die Frage, ob und inwiefern generell abstrakte Regelungen als ‚konkrete Zusicherungen' eingestuft werden können.[667]

Es wird die Ansicht vertreten, dass aufgrund des ausdrücklichen Abstellens auf eine ‚konkrete Zusicherung' ein Vertrauen auf eine stabile Rechtslage als solche im Anwendungsbereich dieser Freihandelsabkommen nicht mehr schützenswert sein soll. Hierzu wird ausgeführt, dass eine abstrakt generelle Regelung keine Zusicherung darstellt und überdies eine gesetzliche Bestimmung keinen direkten Adressatenkreis kennt.[668] Hierbei ist jedoch einzuwerfen, dass nicht ausdrücklich normiert wurde, dass die konkrete Zusicherung an einen individuellen Adressaten zu ergehen hat.

[665] Zur Definition der ‚konkreten Zusicherung' siehe Kap IV B c) i.

[666] Gleiches gilt für das neue Dutch Model BIT 2019, in dem der FET-Standard und insbesondere der Schutz berechtigter Erwartungen nach dem Beispiel der jüngeren Freihandelsabkommen normiert wurde. Auch hier wurde in Art 9 Abs 5 relativ gleichlautend wie im EU-Vietnam FTA festgehalten, dass, wenn eine Vertragspartei eine schriftliche Vereinbarung mit der anderen hinsichtlich einer bestimmten Investition abgeschlossen hat, die Vertragspartei diese Vereinbarung nicht zum Nachteil der anderen Partei verletzen darf; hervorzuheben ist hier jedoch, dass bereits nach der bisherigen Schiedsjudikatur und Lehre eine vertragliche Vereinbarung von einer konkreten Zusicherung zu unterscheiden ist, siehe Kap IV B b); differenzierend etwa *Hirsch*, Between Fair and Equitable Treatment and Stabilization Clause, 13f.

[667] Siehe hierzu Kap XI I.

[668] *Deutscher Bundestag*, Unterabteilung Europa, Fachbereich Europa, Verhältnis des *right to regulate* zum Investitionsschutz, 20; *Escher/Sliskovic*, Investitionsschutzrecht, 196; *Ernst* („Fair and equitable treatment" im CETA – Innovation im Spannungsverhältnis zwischen Investor und Staat, 420) geht ebenfalls davon aus, dass gesetzliche Maßnahmen durch die Vorgaben in den jüngeren Freihandelsabkommen, im Vergleich zu Ausgangslage bei den bisherigen Investitionsabkommen, schwieriger zu bekämpfen sein werden.

Ausgehend vom Vertragstext können daher auch generelle Vorgaben ohne konkreten Adressatenkreis nicht mit Sicherheit von der Einordung als ‚konkrete Zusicherungen' ausgeschlossen werden.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass allein aus dem Abstellen auf eine ‚konkrete Zusicherung' in den jüngeren Freihandelsabkommen nicht mit Sicherheit abgeleitet werden kann, dass im Anwendungsbereich dieser Abkommen generelle gesetzliche Vorgaben als Grundlage berechtigter Erwartungen ausscheiden. Vieles, wie insbesondere die Vorgaben im noch näher darzulegenden Art 8.9 Abs 2 CETA, spricht jedoch dafür, dass generelle gesetzliche Vorgaben als solche unter den Abkommen nicht (mehr) als Grundlage für die Erzeugung berechtigter Erwartungen dienen können.

c) Verletzung von berechtigen Erwartungen kein eigener Tatbestand

Wie bereits ausgeführt wurde, soll eine Verletzung des FET-Standards unter den jüngeren Freihandelsabkommen nur noch angenommen werden, wenn einer der ausdrücklich normierten Tatbestände erfüllt ist.[669] Hierbei fällt auf, dass die Verletzung von berechtigten Erwartungen des Investors nicht als eigener Tatbestand geregelt wird.[670]

Vielmehr kann (nicht: muss) die Verletzung berechtigter Erwartungen nach den Vorgaben in CETA/TTIP und zahlreichen verwandten Abkommen durch das Schiedsgericht bei der Urteilsfällung berücksichtigt werden. Im Schrifttum wird daher die Ansicht vertreten, dass die Verletzung berechtigter Erwartungen nur beim Erfüllen eines der normierten Tatbestände angenommen werden kann.[671] Diese Annahme ergibt sich etwa ausdrücklich durch die Regelung im EU-Singapore-FTA. Im Abkommen wird im Zusammenhang mit dem Schutz berechtigter Erwartungen in Art 2.4 Abs 3 festgehalten, dass die Verletzung berechtigter Erwartungen nicht für sich allein, sondern nur in Verbindung mit einem der aufgelisteten Tatbestände zu beachten ist.[672]

---

[669] Siehe Art 2.5 Abs 2 EU-Vietnam FTA: „*A Party breaches the obligation of fair and equitable treatment referred to in paragraph 1 where a measure or series of measures constitutes: (a) a denial of justice in criminal, civil or administrative proceedings; (b) a fundamental breach of due process in judicial and administrative proceedings; (c) manifest arbitrariness; (d) targeted discrimination on manifestly wrongful grounds, such as gender, race or religious belief; (e) abusive treatment such as coercion, abuse of power or similar bad faith conduct.*"

[670] Zunächst war vorgesehen, dass der Schutz berechtigter Erwartungen als eigener eigenständiger Tatbestand geregelt werden soll, wurde dieses Vorhaben jedoch in weiterer Folge durch Kanada wieder verworfen, siehe hierzu *Dumberry*, Fair Equitable Treatment, 107.

[671] Siehe hierzu *Ernst*, „Fair and equitable treatment" im CETA – Innovation im Spannungsverhältnis zwischen Investor und Staat, 421.

[672] Hierzu wird im Artikel festgehalten: „*For greater certainty, the frustration of legitimate expectations as described in this paragraph does not, by itself, amount to a breach of paragraph 2, and such frustration of legitimate expectations*

P. Dumberry[673] vertritt unter Bezugnahme auf die Entscheidung *Mobil v. Canada* die Ansicht, dass der Schutz berechtigter Erwartungen auch in Anbetracht der NAFTA-Judikatur zum herkömmlichen ‚vagen' FET-Standard nicht als eigener Schutztatbestand des FET-Standards angenommen werde, sondern, gleich wie nunmehr in CETA, lediglich als zusätzlicher ‚Faktor' durch die Schiedsgerichte berücksichtig werde.[674] Hierbei nimmt *Dumberry* konkret auf Randziffer 152 der Entscheidung *Mobil v. Canada* Bezug, wo das Schiedsgericht festhält:

„*The fair and equitable treatment standard in customary international law will be infringed by conduct attributable to a NAFTA Party and harmful to a claimant that is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, or is discriminatory and exposes a claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety. (3) in determining whether that standard has been violated it will be a relevant factor if the treatment is made against the background of (i) clear and explicit representations made by or attributable to the NAFTA host State in order to induce the investment, and (ii) were, by reference to an objective standard, reasonably relied on by the investor, and (iii) were subsequently repudiated by the NAFTA host State*."

Aus dem genannten Passus lässt sich - entgegen der Ansicht von *Dumberry* – die Annahme, dass der Schutz berechtigter Erwartungen auch unter NAFTA, gleich wie in CETA, lediglich als Faktor zu berücksichtigen sei, jedoch nicht ableiten. Vielmehr spiegelt sich aus den zitierten Ausführungen in *Mobil v. Canada* lediglich die ständige Schiedspraxis wider, wonach etwa diskriminierendes oder willkürliches Verhalten des Gaststaates in der Regel jedenfalls ohne weitere Voraussetzungen eine Verletzung des FET-Standards begründet[675], während für eine Verletzung von Erwartungen des Investors zusätzliche Faktoren vorliegen müssen. Schließlich stellen Diskriminierung und Willkür besonders verpönte Verhaltensweise dar, weswegen diesfalls die Schwelle für eine Verletzung des FET-Standards niedriger als bei der Prüfung der möglichen Verletzung berechtigter Erwartungen ist.[676]

---

must arise out of the same events or circumstances that give rise to the breach of paragraph 2."; ausführlicher zum EU-Singapore FTA siehe Folgeabschnitt E b).

[673] *Dumberry*, Fair and Equitable Treatment, 107.

[674] Hier verweist der Autor auf die Entscheidungen *Waste Management*, *Cargill v. Mexico* sowie *Mesa Power Group v. Canada* und betont, dass auch bei diesen Entscheidungen der Schutz berechtigter Erwartungen nicht als eigenständiger Schutztatbestand des FET verstanden worden sei, siehe FN 73 in *Dumberry*, Fair and Equitable Treatment, 107.

[675] Siehe Folgeabschnitt D dieses Kapitels.

[676] Siehe Kap XI E zu diskriminierendem Verhalten.

Ein Gleichklang der Vorgaben in CETA, bei denen der Schutz berechtigter Erwartungen keinen eigenen Schutztatbestand darstellt, mit der bisherigen NAFTA-Judikatur kann somit in diesem Punkt entgegen der Auffassung von *Dumberry* nicht angenommen werden.

Es stellt sich somit die Frage, auf welchen der fünf in den jüngeren Abkommen genannten Tatbestände sich der Investor bei der Verletzung seiner berechtigten Erwartungen (im Zusammenhang mit nachteiligen regulatorischen Maßnahmen) berufen kann. Als ‚Einfalltor' käme hier nach Ansicht mancher Autoren insbesondere der Tatbestand der ‚offenkundigen Willkür' in Betracht.[677] Problematisch ist hierbei, dass auch dieser Tatbestand äußerst vage gehalten ist. Nach Ansicht von *Escher*/*Sliskovic*[678] führt die vage Formulierung lediglich zu einer Umkehr der Auslegung der Generalklausel des FET-Standards zur Auslegung einer anderen Generalklausel, namentlich des Tatbestandes der offenkundigen Willkür. Nach Auffassung der Autoren sei somit für den Investor an Rechtssicherheit, in Bezug auf den Schutz der berechtigten Erwartungen, nichts gewonnen.[679]

d) Ermessen bei der Berücksichtigung, ob berechtigte Erwartungen verletzt wurden

Im Zusammenhang mit dem Schutz berechtigter Erwartungen weisen die jüngeren Freihandelsabkommen und auch der neue Dutch-Model-BIT eine weitere Besonderheit auf. Nach den Vorgaben in den Abkommen liegt es im Ermessen der Schiedsrichter, ob sie die Verletzung berechtigter Erwartungen bei der Fallprüfung miteinbeziehen („*may take into account*")[680]. Auch dies kann als Einschränkung des Schutzes der berechtigten Erwartungen ausländischer Investoren verstanden werden.[681]

---

[677] *Escher/Sliskovic*, Aktuelle Entwicklungen im Investitionsschutzrecht, 194; *Deutscher Bundestag*, Unterabteilung Europa, Fachbereich Europa, Verhältnis des *right to regulate* zum Investitionsschutz, 18; *Dumberry*, Fair Equitable Treatment, 110f.

[678] *Escher/Sliskovic*, Aktuelle Entwicklungen im Investitionsschutzrecht, 194.

[679] Es ist darauf hinzuweisen, dass der Schutz berechtigter Erwartungen vom FET-Standard abgeleitet wird. Der Schutz berechtigter Erwartungen stellt keinen eigenen, vom FET-Standard losgelösten, Schutzstandard dar, wie dies vereinzelt behauptet wird, siehe hierzu *Greentech Energy Systems A/S, et al. v. Italian Republic*, Dissenting Opinion of Arbitrator Giorgio Sacerdoti (5. Dec 2018), Rz 5.

[680] *Kriebaum*, FET and Expropiration in the (Invisible) EU Model BIT, 478; *European Parliament*, Policy Department of External Relations, EU investment protection after the ECJ opinion on Singapore: Questions of competence and coherence, 16.

[681] *Ernst*, Fair and Equitable Treatment, 422.

Nach Ansicht *Escher*/*Sliskovic*[682] deutet auch diese Textierung darauf hin, dass die Enttäuschung der Erwartungen des Investors für sich allein unter dem FET-Standard noch nicht tatbestandsmäßig sei, sondern zusätzlich einer der in Abs (a) – (e) angeführten Tatbeständen erfüllt sein müsse.

Bei erster Betrachtung mag diese Regelungstechnik durchaus den Eindruck einer zusätzlichen Einschränkung des Schutzes berechtigter Erwartungen erwecken. Faktisch ist die sich aus dieser Regelungstechnik womöglich gegebene Beschränkung jedoch wohl nur eine theoretische. Schließlich ist nicht damit zu rechnen, dass ein Schiedsgericht eine ua auf berechtigte Erwartungen gestützte Klage eines ausländischen Investors nicht auf die Verletzung eben dieser prüfen wird. Da die Verletzung berechtigter Erwartungen standardgemäß in den meisten Schiedsklagen behauptet wird[683], werden sich die Schiedsgerichte wohl ungeachtet der in den jüngeren Abkommen gewählten Formulierung, wonach die Verletzung berechtigter Erwartungen einbezogen werden kann, damit befassen. Auch im Sinne der Rechtssicherheit und Einheitlichkeit der Schiedspraxis wird wohl nicht anzunehmen sein, dass Schiedsgerichte eine auf die Verletzung berechtigter Erwartungen gestützte Klage ‚aus Ermessen' nicht prüfen werden. Es stellt sich im Gegenteil die Frage, ob diese Formulierung nicht dahin zu verstehen ist, dass durch Schiedsgerichte eine Verletzung berechtigter Erwartungen auch geprüft werden kann, wenn diese durch den Investor nicht ausdrücklich behauptet wurde. Nach dem Wortlaut der Vorgabe kann diese im Zusammenhang mit den Verletzungstatbeständen des Abs 1 zu dem Ergebnis führen, dass sich der Investor etwa auf den Verletzungstatbestand der offenkundigen Willkür beruft und das Schiedsgericht in diesem Zusammenhang von sich aus prüft, ob eine Verletzung der berechtigten Erwartungen gegeben ist. Auch dies stellt jedoch im Ergebnis wohl eine theoretische Erwägung dar, da die Verletzung berechtigter Erwartungen eben zumindest hilfsweise standardgemäß in nahezu sämtlichen Investitionsstreitigkeiten geltend gemacht wird.[684]

Die Formulierung kann jedoch bei Gesamtbetrachtung der Regelungen in den jüngeren Freihandelsabkommen für eine von den Vertragserrichtern intendierte Abschwächung des Schutzes berechtigter Erwartungen sprechen.[685]

[682] *Escher/Sliskovic*, Aktuelle Entwicklungen im Investitionsschutzrecht, 195.

[683] Siehe Kap III zur erheblichen Relevanz des Schutzes berechtigter Erwartungen in der Schiedspraxis.

[684] Siehe Kap II.

[685] Für solch eine Auslegung spricht auch die fehlende Erwähnung der Verletzung berechtigter Erwartungen als eigener Tatbestand im abschließenden Katalog der verpönten Tatbestände des FET. Weiters sprechen die Vorgaben in Art 8.9 CETA, wonach der bloße Umstand, dass der Gaststaat Gesetze entgegen den Erwartungen des Investors ändert, keine Verletzung für den Investor darstellt sowie der Regelung, wonach eine nicht gewährte Erneuerung oder Verlängerung von Beihilfen zu keiner Verletzung des FET-Standards führt, für die Abschwächung des Schutzes berechtigter

D. Exkurs: Zur Definition des „willkürlichen“ Verhaltens

a) Gegenüberstellung der Begriffe Willkür und offenkundiger Willkür

In CETA und TTIP sowie anderen jüngeren Investitionsabkommen[686] wurde das Verbot der offenkundigen Willkür („*manifest arbitrariness*“) als einer der abschließenden Schutztatbestände des FET-Standards normiert. Wie bereits aufgezeigt, wird im Schrifttum die Ansicht vertreten, dass der Tatbestand des Verbotes der offenkundigen Willkür das Einfallstor für den Schutz berechtigter Erwartungen darstellt. Nach der bisherigen Schiedspraxis sind staatliche Maßnahmen dann als willkürlich anzusehen, wenn sie keinen Bezug zu einem rationalen Politikziel aufweisen oder nicht auf Gründen oder Fakten beruhen. Willkür iS der Schiedspraxis liegt somit beim Fehlen eines sachlichen Grundes für eine für den Investor nachteilige staatliche Maßnahme vor.[687]

Hervorzuheben ist jedoch, dass auch ‚offenkundige‘ Willkür bereits vereinzelt durch Schiedsgerichte im Zusammenhang mit dem herkömmlichen FET-Standard thematisiert wurde. Es stellt sich daher die Frage, ob der nunmehr im Zusammenhang mit dem FET-Standard normierte Tatbestand der ‚offenkundigen‘ Willkür in den jüngeren Freihandelsabkommen nicht lediglich die bisherige Schiedspraxis wiedergibt.[688] So wurde etwa in den Entscheidungen *Thunderbird v.*

Erwartungen insbesondere im Zusammenhang mit Gesetzesänderungen.

[686] Siehe hierzu EU-Vietnam-FTA, EU-Singapore-FTA, Dutch-Model-BIT, Abschnitt E dieses Kapitels.

[687] *Dralle*, Der Fair and Equitable Treatment-Standard, 25 mit ua Verweis auf *Eureko v. Poland*, Rz 233; auch in *Electrabel v. Hungary* (Rz 179) hat das Schiedsgericht unter Verweis auf die Entscheidungen *Saluka v. Czech Republic*, *AES v. Hungary* und *Micula v. Romania* festgehalten, dass eine Maßnahme nicht willkürlich sei, wenn sie im Sinne einer rationalen Gesetzespolitik nachvollziehbar sei. Unter Verweis auf *AES* sei eine Maßnahme dann nicht willkürlich, wenn sie als rational und nachvollziehbar eingeordnet werden könne. Nachvollziehbar sei eine Maßnahme dann, wenn zwischen dem staatlichen Ziel, dem die Maßnahme dient und der sich hieraus ergebenden Nachteile für den Investor eine Verhältnismäßigkeit bestehe; diese Ansicht wird auch durch das Schiedsgericht in *Antaris v. Czech Republic*, 360ff bestätigt; auch in *LG & E v. Argentina*, Rz 161ff wurde Willkür hinsichtlich der von Argentinien getroffenen gesetzlichen Maßnahmen verneint, da diese, obgleich nachteilig für den Investor, im öffentlichen Interesse gelegen waren; *Redli* (Limitations to States‘ Regulatory Power, 61f) führt hierzu aus, dass Willkür im Zusammenhang mit internationalem Investitionsrecht als ein Verhalten anzusehen sei, das gesetzlich nicht gerechtfertigt, offenkundig unverhältnismäßig und ohne die gebührende Berücksichtigung der Interessen des Investors gesetzt wird. Nach der Auffassung von *Redli* sei zuweilen unklar, ob Willkür und Diskriminierung in der Schiedspraxis als unterschiedliche Verletzungstatbestände erfasst werden; in den jüngeren Vertragstexten, etwa CETA, werden willkürliches und diskriminierendes Verhalten jedoch als getrennter Tatbestand erfasst; *Schreuer* (Schutz gegen regulatorische Maßnahmen durch Investitionsschutzabkommen, 77) definiert willkürliche Handlungen wie folgt: „*a) Handlungen, die dem Investor Schaden zufügen, ohne einem legitimen Zweck zu dienen. b) Maßnahmen, die nicht auf rechtlichen Normen beruhen, sondern auf der persönlichen Präferenz des Entscheidungsträgers. c) Maßnahmen, die auf anderen Gründen beruhen, als vom Entscheidungsträger vorgegeben. d) Entscheidungen, die ohne ordentliches Verfahren getroffen wurden.*“; *J. Stone,* Arbitrariness, the Fair and Equitable Treatment Standard, and the International Law of Investment*,* Leiden Journal of International Law, Vol. 25 Issue 1, (2012), 77 (81ff).

[688] Siehe hierzu UNCTAD, FET a Sequel, 78f. In der Studie werden die Begrifflichkeiten „offenkundige“ und „bloße“ Willkür jedoch synonym verstanden.

Mexico[689]*, Glamis Gold v. USA*[690], *Saluka v. Czech Republic*[691] und *AES v. Hungary*[692] ein offenkundig willkürliches Verhalten des Gaststaates thematisiert.[693] In *Thunderbird*[694] wurde hierzu festgehalten, dass staatliche Maßnahmen dann eine Verletzung gegen den in NAFTA normierten völkerrechtlichen Minimumstandard und dem Völkergewohnheitsrecht darstellen können, wenn diesen eine erhebliche Rechtsverweigerung oder ‚offenkundige' Willkür inhärent sei. Interessant ist, dass das Schiedsgericht weiter festgehalten hat, dass im konkreten Fall die Maßnahmen nicht als willkürlich oder unfair, geschweige denn so offenkundig willkürlich *(„let alone so manifest arbitrary")* zu betrachten seien. Aus den Ausführungen des Schiedsgerichts ergibt sich somit, dass offenkundige Willkür als eine Steigerung der ‚herkömmlichen' Willkür verstanden werden kann, wobei die offenkundige Willkür in der Entscheidung nicht näher definiert wird.[695] Es stellt sich somit die Frage, ob die in den jüngeren Abkommen geforderte ‚offenkundige' Willkür eine höhere Schwelle für die Verletzung des FET-Standards normiert und somit ‚bloß' willkürliches Handeln des Staates im Anwendungsbereich dieser Abkommen noch keine Verletzung des FET-Standards begründet. Zumindest der gewählte Wortlaut in den Freihandelsabkommen würde diesen Schluss nahelegen.[696]

Von Interesse im Zusammenhang mit dem Tatbestand der offenkundigen Willkür ist die Regelung im EU-Mexico-FTA[697]. In Fußnote 16 zum in Art 15 T 2 lit c geregelten Tatbestand der offenkundigen Willkür festgehalten:

„*With regard to the subparagraph 2 (c), whether the measure or series of measures were patently not founded on reason or fact, or were patently founded on illegitimate grounds such as prejudice or bias. The* ***mere illegality, or a merely inconsistent or questionable application of a policy or procedure****, does not in itself constitute* ***manifest arbitrariness*** *as referred to in the subparagraph 2 (c****), while a total and unjustified repudiation of a law or regulation, or a measure without reason,***

[689] *Thunderbird v. Mexico*, Rz 197.
[690] *Glamis Gold v. USA*, Rz 803.
[691] *Saluka v. Czech Republic*, Rz 337.
[692] *AES v. Hungary*, Rz 9.3.40.
[693] Siehe hierzu zusammenfassend *Henckels*, Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties: the TPP, CETA, and TTIP, 36 und FN 50.
[694] *Thunderbird v. Mexico*, Rz 194.
[695] *Thunderbird v. Mexico*, Rz 197.
[696] Siehe auch die im Abkommen geforderte ‚fundamentale' Verletzung eines fairen Verfahrens oder die ‚gezielte' Diskriminierung in Art 8.10 CETA bzw Art 3 TTIP.
[697] EU-Mexico Free Trade Agreement, abrufbar unter: https://circabc.europa.eu/ui/group/09242a36-a438-40fd-a7af-fe32e36cbd0e/library/0cc57f29-63bc-476f-80f9-4516a0b0b739/details (zuletzt abgerufen am 21.12.2024).

or a conduct that is specifically targeted to the investor or its covered investment with the purpose of causing damage are likely to constitute manifest arbitrariness *as referred to in the subparagraph 2 (c).*"[698]

In Anbetracht der Definition im EU-Mexico-FTA ist offenkundige Willkür daher insbesondere dann anzunehmen, wenn nicht nachvollziehbare Maßnahmen gesetzt werden oder Maßnahmen, die direkt auf den Investor mit der Absicht des Gaststaates abzielen, dem Investor einen Schaden zuzufügen. Zu betonen ist, dass in der Definition ferner festgehalten wurde, dass eine rein inkonsistente Gesetzespolitik des Gaststaates für sich keine offenkundige Willkür begründen kann.

b) Die Definition der offenkundigen Willkür im Entwurf des EU-Mexico FTA: Eine Auslegungshilfe des ‚Einfallstores' des Schutzes berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität?

Im Zusammenhang mit der aufgezeigten Definition im Entwurf des EU-Mexico-FTA stellt sich die Frage, ob der Tatbestand der ‚offenkundigen' Willkür in den neuen Freihandelsabkommen tatsächlich ein bzw ‚das' Einfallstor für den Schutz berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität darstellt. Von Interesse im Zusammenhang mit der Erzeugung berechtigter Erwartungen ist der letzte Passus der im EU-Mexico FTA festgehaltenen Definition („*or a conduct that is specifically targeted to the investor or its covered investment with the purpose of causing damage*").

Nach dem Wortlaut der Definition reicht es somit nicht aus, dass der Gaststaat eine Gesetzesänderung mit dem Wissen vornimmt, dass dies zum Nachteil des Investors erfolgt. Vielmehr ist es nach dem Wortlaut dieser Definition für das Vorliegen von offenkundig willkürlichem Verhalten erforderlich, dass die Gesetzesänderung mit dem alleinigen oder zumindest vordergründigen Zweck vorgenommen werden müsste, dem Investor dadurch zu schaden. Solch eine Schädigungsabsicht wird dem Gaststaat jedoch grundsätzlich nicht zu unterstellen sein.

Im Ergebnis ist somit ausgehend von der Definition der offenkundigen Willkür im EU-Mexico FTA nicht davon auszugehen, dass sich der Investor im Fall von nachteiligen, jedoch im öffentlichen Interesse gelegenen Gesetzesänderungen auf diesen Tatbestand berufen kann, da in solch einem Fall die Gesetzesänderungen nicht mit dem alleinigen oder zumindest vordergründigen Zweck, den Investor zu schädigen, vorgenommen wurden.

[698] Hervorhebung durch den Autor.

M. Usynin[699] untersuchte im Zusammenhang mit den aktuellen Schiedsverfahren aus dem Sektor der erneuerbaren Energien die Frage, ob durch die Kürzungen der zuvor gesetzlich gewährten Förderungen die hohe Schwelle für eine Annahme von willkürlichem Verhalten erreicht wird.[700] Der Autor führt hierzu aus, dass die Investoren mit den günstigen gesetzlichen Vorgaben zur Vornahme der Investitionen bewogen wurden. Diese günstigen gesetzlichen Vorgaben seien daher nach Ansicht des Autors vom Gaststaat gegenüber den betroffenen Investoren garantiert worden. Die nachträgliche Änderung dieser Vorgaben zum Nachteil der Erwartungen der Investoren könne daher, mögen sie auch zu einem nachvollziehbaren öffentlichen Zweck vorgenommen worden sein, aufgrund dieser zuvor erteilten Garantie als willkürliches Verhalten angesehen werden.[701] Diese Auffassung steht jedoch nicht im Einklang mit der durch die Schiedspraxis herausgearbeiteten Definition von willkürlichem Verhalten. Schließlich ist Willkür bei im öffentlichen Interesse vorgenommen Maßnahmen in der Regel nicht anzunehmen. Auch räumt *Usynin* in seiner Untersuchung selbst ein, dass die gesetzlichen Maßnahmen im öffentlichen Interesse vorgenommen wurden. Willkür kann in dieser Konstellation somit wohl lediglich angenommen werden, wenn die Gesetzesänderungen, mögen sie auch dem öffentlichen Interesse dienen, primär mit dem Zweck der Schädigung der betroffenen Investoren vorgenommen wurden. Solch eine Schädigungsabsicht konnte jedoch bis dato in keinem der Schiedsverfahren aus dem Sektor der erneuerbaren Energien nachgewiesen werden. Willkür wäre womöglich auch anzunehmen, wenn dem Gaststaat bereits bei damaligem Erlass der Förderungsvorgaben bewusst war, dass er diese in Zukunft zum Nachteil der darauf vertrauenden Investoren wieder abschaffen wird.

E. Die Regelung des Schutzes berechtigter Erwartungen in anderen jüngeren Vertragstexten

a) Allgemeines

Im Folgenden soll die Normierung des Schutzes berechtigter Erwartung in anderen jüngeren Freihandelsabkommen untersucht werden. Augenmerk wird hierbei darauf gelegt, ob aus diesen Vorgaben ein Schutz berechtigter Erwartungen auf eine stabile Gesetzeslage abseits konkreter Zusicherungen abgeleitet werden kann. Im Zusammenhang mit den jüngeren Investitionsabkommen betont *Dumberry*[702], dass es dem Trend der jüngeren Zeit entspreche, den FET-Standard,

[699] *M. Usynin,* Fall of Icarus, 41.
[700] Zu diesen Fällen siehe Kap VIII.
[701] *Usynin,* Fall of Icarus, 41f.
[702] *Dumberry*, Fair and Equitable Treatment, 99.

insbesondere zur Hintanhaltung einer zu extensiven Auslegungspraxis durch Schiedsgerichte, enger zu normieren.

b) Der Schutz berechtigter Erwartungen im EU-Singapore-FTA[703]

Das neue Freihandelsabkommen zwischen Singapur und der EU ist von großer wirtschaftlicher Bedeutung, da Singapur der größte Handelspartner der EU im Verband südostasiatischer Nationen („*ASEAN*“)[704] ist. Ähnlich wie in CETA/TTIP wurde auch mit dem EU-Singapore-FTA ua der Zweck verfolgt, mehr Klarheit bei der Anwendung des FET-Standards zu verschaffen.[705] Hierbei fällt auf, dass die Vorgaben im EU-Singapore-FTA in Hinblick auf den FET-Standard grundsätzlich mit jenen in CETA/TTIP ident sind.[706] Lediglich im Zusammenhang mit dem Schutz berechtigter Erwartungen wurde in Art 2.3 Abs 3 dieses Abkommens abweichend zu CETA/TTIP geregelt, dass die für die Begründung berechtigter Erwartungen erforderliche Zusicherung konkret oder unzweideutig zu sein hat. Auch wurde klarstellend im Abkommen in einer Fußnote dieses Absatzes festgehalten, dass die Verletzung berechtigter Erwartungen für sich allein keine Verletzung des FET-Standards begründet. Vielmehr ist die Verletzung berechtigter Erwartungen ausschließlich im Zusammenhang mit der Erfüllung eines der im Abkommen genannten Tatbestände des FET-Standards zu prüfen.[707] Die europäische Kommission hat im Zusammenhang mit der Regelung des

---

[703] EU-Singapore Free Trade Agreement, Version vom November 2019, abrufbar unter: https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/singapore/eu-singapore-agreement/texts-agreements_en, zuletzt abgerufen am 21.12.2024.

[704] *M. Mohan*, The European Union's Free Trade Agreement with Singapore – One Step Forward, 28 Steps Back, in *J. Chaisse/L. Nottage* (Hrsg.), International Investment Treaties and Arbitration Across Asia (2018), 180 (186).

[705] *European Commission*, Investment Provisions in the EU-Singapore Free Trade Agreement, 17.11.2014, 1, abrufbar unter: https://www.lemoci.com/wp-content/uploads/2014/10/UESingapourtradoc_152845.pdf, zuletzt abgerufen am 21.12.2024; Anders etwa im USA-Singapore-FTA, das in Art 15.5 Abs 1 lediglich den ‚herkömmlichen' FET-Standard ohne Spezifizierung der Tatbestände normiert, abrufbar unter: https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/singapore/asset_upload_file708_4036.pdf, zuletzt abgerufen am 21.12.2024.

[706] Siehe hierzu bereits Abschnitt C dieses Kapitels. Konkret Art 2.2 Abs 2: „*For greater certainty, the mere fact that a Party regulates, including through a modification to its laws, in a manner which negatively affects an investment or interferes with an investor's expectations, including its expectations of profits, does not amount to a breach of an obligation under this Chapter*". Ferner Art 2.2 Abs 3f: *"For greater certainty, a Party's decision not to issue, renew or maintain a subsidy or grant: (a) in the absence of any specific commitment under domestic law or contract to issue, renew, or maintain that subsidy or grant; or (b) if the decision is made in accordance with the terms or conditions attached to the issuance, renewal or maintenance of the subsidy or grant, if any, does not constitute a breach of the provisions of this Chapter. For greater certainty, nothing in this Chapter shall be construed as preventing a Party from discontinuing the granting of a subsidy or requesting its reimbursement where such action has been ordered by a competent court, administrative tribunal or other competent authority, or requiring that Party to compensate the investor therefor.*"

[707] Hierzu steht normiert: „*For greater certainty, the frustration of legitimate expectations as described in this paragraph does not, by itself, amount to a breach of paragraph 2, and such frustration of legitimate expectations must arise out of the same events or circumstances that give rise to the breach of paragraph 2.*"; hinsichtlich der hierzu bestehenden Lehrmeinungen zu CETA/TTIP siehe Abschnitt C dieses Kapitels.

Schutzes berechtigter Erwartungen im EU-Singapore-FTA festgehalten, dass aus der Regelungstechnik hervorgehe, dass generelle Erwartungen, dass die Gesetzeslage sich nicht ändern werde, unter dem Abkommen nicht schützenswert seien.[708]

Da die Vorgaben für den Schutz berechtigter Erwartungen im EU-Singapore-FTA, bis auf die geringfügigen aufzeigten Abweichungen, mit den Vorgaben in CETA/TTIP ident sind, können die hierzu getroffenen Erwägungen auch auf CETA/TTIP übertragen werden.[709] Dies betrifft insbesondere den Umstand, wonach für die Prüfung der Verletzung berechtigter Erwartungen die Verletzung eines der ausdrücklich genannten Tatbestände gegeben sein muss.

c) Der Schutz berechtigter Erwartungen im EU-Vietnam-FTA[710]

Auch die Vorgaben im EU-Vietnam-FTA ähneln hinsichtlich des FET-Standards weitestgehend den Vorgaben in TTIP/CETA bzw. dem EU-Singapore-FTA. Eine geringfügige Abweichung zu den genannten Abkommen im Zusammenhang mit den regulatorischen Maßnahmen des Gaststaates findet sich in Art 2.2 Abs 2:

„*For greater certainty, this Chapter shall not be interpreted as a commitment from a Party that it will not change its legal and regulatory framework, including in a manner that may negatively affect the operation of investments or the investor's expectations of profit.*"

Trotz geringfügiger textlicher Abweichungen ist davon auszugehen, dass diesen Vorgaben der gleiche rechtliche Gehalt wie den vergleichbaren Vorgaben in den anderen bereits thematisierten Abkommen beizumessen ist.[711] Auch die Vorgabe, wonach die Nicht(weiter)gewährung von Förderungen keine Verletzung des Abkommens begründet, ist mit den bereits aufgezeigten Vorgaben in den anderen Abkommen de facto ident.[712] Ferner wurde auch der Schutz berechtigter

[708] *European Commission*, Investment Provisions in the EU-Singapore Free Trade Agreement, 17.11.2014, 1.

[709] Zu den ausführlichen Erwägungen zu CETA/TTIP siehe Abschnitt C dieses Kapitels.

[710] EU-Vietnam Free Trade Agreement, Version vom 18 Juni 2020, abrufbar unter: https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/vietnam/eu-vietnam-agreement/texts-agreements_en, zuletzt abgerufen am 21.12.2024.

[711] Siehe hierzu die Regelungen in CETA, TTIP und EU-Singapore-FTA in Abschnitt C und E b); die Abweichung liegt konkret darin begründet, dass im EU-Vietnam-FTA ausdrücklich auf Änderungen der Gesetze Bezug genommen wird und nicht bloß der sonst übliche Passus, wonach der Gaststaat Regulierungen vornimmt („*regulates*").

[712] Siehe hierzu in Art 2.2 Abs 3: „*For greater certainty and subject to paragraph 4, a Party's decision not to issue, renew or maintain a subsidy or a grant shall not constitute a breach of this Chapter in the following circumstances: (a) in the absence of any specific commitment to an investor of the other Party or to a covered investment under law or contract to issue, renew, or maintain that subsidy or grant; or (b) in accordance with any terms or conditions attached to the issuance, renewal or maintenance of the subsidy or grant. For greater certainty, nothing in this Chapter shall be construed as preventing a Party from discontinuing the granting of a subsidy or requesting its reimbursement, or as requiring that Party to compensate the investor therefor, where such action has been ordered by one of its competent*

Erwartungen in Art 2.5 Abs 4 des Abkommens ident mit den Vorgaben in CETA/TTIP bzw. dem EU-Singapore-FTA geregelt.

In Abs 6 des Art 2.5 wird auf das Vorliegen von schriftlichen Vereinbarungen zwischen Investor und Staat abgestellt. In diesem Absatz steht normiert, dass für den Fall, dass eine schriftliche Vereinbarung zwischen Investor und Gaststaat getroffen wurde, diese schriftliche Vereinbarung nicht durch Handlungen des Gaststaates verletzt werden darf, wenn (1) die schriftliche Vereinbarung nach dem Inkrafttreten des Abkommens getroffen wurde, (2) der Investor auf die vertragliche Vereinbarung im Zuge der Vornahme der Investition vertraut hat, (3) in dieser Vereinbarung wechselseitige Rechte und Pflichten zwischen Investor und Gaststaat enthalten sind und (4) die Vereinbarung keine Streitbeilegungsklausel beinhaltet.

Aufgrund dieser Vorgabe könnte argumentiert werden, dass die im Zusammenhang mit dem Schutz berechtigter Erwartungen geforderte ‚konkrete Zusicherung' des Art 2.5 Abs 4 nicht schriftlich sein muss. Schließlich könnte in solch einem Fall bereits eine ‚schriftliche Vereinbarung' iSd Abs 6 vorliegen, die jedoch durch diesen Absatz gesondert geschützt wird. Im Ergebnis wird diese Annahme aufgrund des Wortlautes dieser Regelung jedoch zu verneinen sein. Schließlich wird ausdrücklich gefordert, dass in der schriftlichen Vereinbarung Rechte und Pflichten zwischen Investor und Gaststaat enthalten sein müssen, was bei einseitigen schriftlichen Zusicherungen des Gaststaates naturgemäß nicht der Fall ist[713]. Auch die Ausführungen in FN 1 zu diesem Absatz sprechen gegen diese Annahme. Es wird dort der Begriff des „*written agreement*" wie folgt definiert:

„*The term 'written agreement' means an agreement in writing,* ***entered into by a Party with an investor of the other Party or their investment and negotiated and executed by both parties****, whether in a single instrument or multiple instrument.*"[714]

authorities listed in Annex 1 (Competent Authorities)."

[713] Siehe hierzu die abweichende Regelung in Art 9 Abs 6 des Dutch Model BIT, wo diese schriftliche Vereinbarung nicht genauer definiert wird. Insbesondere wird im Model BIT kein Austausch zwischen Rechten und Pflichten zwischen den Vertragsparteien gefordert.

[714] Hervorhebung durch den Autor.

d) Beispielsweiser Auszug aus sonstigen jüngeren Investitionsabkommen im Zusammenhang mit der Regelung des Schutzes berechtigter Erwartungen

i. Das Dutch-Model-BIT[715]

Wie bereits aufgezeigt wurde[716], orientiert sich der neue Dutch-Model-BIT aus dem Jahr 2019 inhaltlich hinsichtlich des FET an den Vorgaben der bereits dargestellten europäischen Freihandelsabkommen. Die hierzu getroffenen Erwägungen können somit auch auf dieses Investitionsabkommens übertragen werden.[717]

ii. Das India-Model-BIT[718]

Augenfällig ist, dass im India-Model-BIT überhaupt von einer Normierung des FET-Standards abgesehen wurde. Dies ist auf die ablehnende Haltung der Vertragserrichter zu der weitreichenden Auslegung des FET-Standards in vergangenen Schiedsverfahren zurückzuführen.[719] Stattdessen sind im Model-BIT in Art 3 mit der Überschrift „*Treatment of Investments*" taxativ[720] Tatbestände angeführt, die eine Verletzung dieses Artikels begründen.[721] Unter diese Tatbestände fällt etwa das Verbot der Rechtsverweigerung oder der gezielten Diskriminierung. Augenfällig ist, dass der Schutz berechtigter Erwartungen im Model-BIT gar nicht – weder als eigener Schutztatbestand, noch zumindest als ‚zu berücksichtigender Faktor' wie etwa in CETA und TTIP – normiert wurde.

[715] *Netherlands model Investment Agreement* (22. März 2019), abrufbar unter: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwj-t8XQ3Lf5AhX7X_EDHRN4CTwQFnoECAkQAQ&url=https%3A%2F%2Finvestmentpolicy.unctad.org%2Finternational-investment-agreements%2Ftreaty-files%2F5832%2Fdownload&usg=AOvVaw1mzkGQ0ENq8kMmPi8Iq1oa, zuletzt abgerufen am 21.12.2024.

[716] Siehe die Erwägungen zum Dutch-Model-BIT im Vorabschnitt C c) dieses Kapitels.

[717] Ein Unterschied besteht etwa darin, dass die schriftliche Vereinbarung – abweichend zu der ähnlichen Regelung im EU-Vietnam-FTA – im Model BIT in Art 9 Abs 5 kein wechselseitiges Eingehen von Rechten und Pflichten voraussetzt. Siehe hierzu die Diskussion zum EU-Vietnam-FTA in Abschnitt E c) dieses Kapitels; gleich wie CETA stellt auch die Textierung im Dutch-Model BIT eine Reaktion auf die Kritik an einem in der Öffentlichkeit als überbordend angesehenen Schutz ausländischer Investoren dar, siehe *K. A. N. Duggal/L. H. van de Ven*, The 2019 Netherlands Model BIT: riding the new investment treaty waves, Arbitration international, Vol. 35 (3) (2019), 347 (352).

[718] Model Text of the Indian Bilateral Investment Treaty (India Model BIT, 2016), abrufbar unter: https://www.iisd.org/toolkits/sustainability-toolkit-for-trade-negotiators/wp-content/uploads/2016/06/Model-Text-for-the-Indian-Bilateral-Investment-Treaty.pdf (zuletzt abgerufen am 21.12.2024).

[719] *P. Ranjan/P. Anand*, The 2016 Model Indian Bilateral Investment Treaty: A Critical Deconstruction, Northwestern Journal of International Law & Business, Vol. 38, Issue 1 (2017), 1 (28).

[720] Dies ergibt sich aus dem Wortlaut in Art 3 Abs 3.1 und 3.3, der normiert:„*A determination that there has been a breach of another provision of this Treaty, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of this Article*".

[721] Die Tatbestände in Art 3 Abs 3.3 lauten namentlich: „*(i) Denial of justice in any judicial or administrative proceedings; or (ii) fundamental breach of due process; or (iii) targeted discrimination on manifestly unjustified grounds, such as gender, race or religious belief; or (iv) manifestly abusive treatment, such as coercion, duress and harassment.*"

Daraus sei nach der Auffassung von *P. Ranjan/P. Anand*[722] abzuleiten, dass durch die Vertragserrichter das Augenmerk auf die gesetzgeberische Freiheit des Gaststaates gelegt wurde. In diesem Punkt sollte nach Auffassung der Autoren eine Distanzierung von der bisherigen Schiedspraxis bezweckt werden.

Hervorzuheben ist überdies, dass in der abschließenden Liste der in Art 3 Abs 3.1 aufgelisteten Schutztatbestände auch – anders als in den bereits aufgezeigten Texten der jüngeren Freihandelsabkommen – kein Verbot von willkürlichem Verhalten enthalten ist. Auch dies verstärkt die Annahme, dass die Verletzung berechtigter Erwartungen durch nachteilige regulatorische Maßnahmen unter dem BIT nur schwer bekämpfbar sein werden[723], da der in diesem Abkommen fehlende Tatbestand der offenkundigen Willkür in den anderen jüngeren Freihandelsabkommen als (einziges) ‚Einfallstor' für den Schutz berechtigter Erwartungen angesehen wird.[724]

iii. Indonesia-Australia Comprehensive Economic Partnership Agreement (IA-CEPA)[725]

Das im Jahre 2020 in Kraft getretene[726] Handelsabkommen zwischen Australien und Indonesien weist eine interessante Normierung des FET-Standards auf. So werden zwar die einzelnen Tatbestände des FET-Standards nicht, wie in den anderen bereits aufgezeigten jüngeren Freihandelsabkommen, ausdrücklich textlich festgehalten, sondern wurde vielmehr die gängige Normierung des FET in Art 14.7 des Abkommens gewählt[727]. In weiterer Folge wurde in Abs 4 dieses Artikels jedoch festgehalten:

---

[722] *Ranjan/Anand*, The 2016 Model Indian Bilateral Investment Treaty: A Critical Deconstruction, 29.

[723] *Ranjan/Anand*, The 2016 Model Indian Bilateral Investment Treaty, 29.

[724] Siehe Abschnitt C c) dieses Kapitels.

[725] Indonesia-Australia Comprehensive Economic Partnership Agreement (IA-CEPA), abrufbar unter: https://www.dfat.gov.au/trade/agreements/in-force/iacepa/iacepa-text/Pages/default.

[726] Konkret am 05.07.2020, siehe https://www.dfat.gov.au/trade/agreements/in-force/iacepa/Pages/indonesia-australia-comprehensive-economic-partnership-agreement (zuletzt abgerufen am 21.12.2024).

[727] In Art 14.7 wird normiert:„*Each Party shall accord to covered investments fair and equitable treatment and full protection and security. For greater certainty: 'fair and equitable treatment' requires each Party to not deny justice in any legal or administrative proceedings; 'full protection and security' requires each Party to take such measures as may be reasonably necessary to ensure the protection and security of the covered investment; and the concepts of 'fair and equitable treatment' and 'full protection and security' do not require treatment in addition to or beyond that which is required under the customary international law minimum standard of treatment, and do not create additional substantive rights.*"; siehe die vergleichbare Regelung in Art 10.05 des Nicaragua-Taiwan-FTA, abrufbar unter: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2726/download (zuletzt abgerufen am 21.12.2024) bzw. in Art 10.4 Abs 1 des India-Korea CEPA, abrufbar unter: https://fta.go.kr/webmodule/_PSD_FTA/in/1/ALL_OF_CEPA_E.pdf (zuletzt abgerufen am 21.12.2024).

„*For greater certainty, the mere fact that a Party takes or fails to take an action that may be inconsistent with an investor's expectations does not constitute a breach of this Article, even if there is loss or damage to the covered investment as a result.*"[728]

Die Regelung ist in dieser Form auch in CETA/TTIP anzufinden.[729] Anders als in CETA/TTIP wurde die Vorgabe im IA-CEPA überdies im selben Artikel, der den FET-Standard regelt, normiert. Diese Regelungstechnik könnte für eine durch die Vertragserrichter intendierte Beschränkung des Schutzes der berechtigten Erwartungen auf eine stabile Gesetzeslage unter dem FET-Standard sprechen.[730] In Anbetracht dieser Vorgabe im Zusammenhang mit der ansonsten ‚vage' formulierten FET-Klausel erscheint es fraglich, ob unter dem IA-CEPA ein Schutz berechtigter Erwartungen überhaupt anzunehmen ist. Anders als in CETA/TTIP bzw dem EU-Singapore-FTA steht schließlich nicht einmal normiert, dass im Fall des Vorliegens einer konkreten Zusicherung auf die berechtigten Erwartungen Bedacht genommen werden kann.

In Anbetracht der aktuellen Flut an Klagen betreffend Investitionen im Sektor der erneuerbaren Energien ist überdies Art 14.2 Abs 3 des IA-CEPA im Zusammenhang mit Förderungsvorgaben von Interesse. In dieser Vorgabe steht normiert:

„*This Chapter **shall not apply to**: government procurement; or **subsidies** or grants provided by a Party, including government-supported loans, guarantees and insurance.*"[731]

Es ist auch hier auf die bereits aufgezeigten vergleichbaren Vorgaben im Zusammenhang mit Förderungen in den anderen europäischen Freihandelsabkommen zu verweisen.[732]

Im Ergebnis spricht in Anbetracht der Vertragsgestaltung vieles dafür, dass im Anwendungsbereich dieses Abkommens ein Schutz berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität abseits konkreter Zusicherungen nicht anzunehmen ist.

---

[728] Siehe die beinahe idente Normierung in Art 11.5 des USA-Korea Free Trade Agreements (KORUS FTA), in der Letztversion vom 01.01.2019, abrufbar unter: https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/korus-fta/final-text (zuletzt abgerufen am 21.12.2024).

[729] Siehe hierzu Kap C c) zu CETA, TTIP bzw Kap E b) zum EU-Singapore-FTA und Kap E c) zum EU-Vietnam-FTA.

[730] Beachte hier jedoch die Ansicht von *Dumberry* und die dazu aufgezeigte Diskussion zum TTP-Abkommen in Abschnitt vi dieses Kapitels.

[731] Hervorhebung durch den Autor.

[732] Siehe näher Kap X A zu den Schiedsverfahren im Sektor der erneuerbaren Energien im Hinblick auf die dort erfolgten Kürzungen der zunächst gewährten Förderungen.

iv. Der FET-Standard im ASEAN Comprehensive Agreement[733]

In diesem Freihandelsabkommen wird der FET-Standard in Art 11 normiert. Auf den ersten Blick scheint diese Regelung mit den Vorgaben anderer Investitionsabkommen wie dem Nicaragua-Taiwan-FTA oder dem India-South-Korea-Abkommen (CEPA) konform zu gehen.[734] Der Unterschied zu den genannten Investitionsabkommen besteht darin, dass in diesen der FET-Standard ausdrücklich unter Bedachtnahme auf den völkerrechtlichen Minimumstandard normiert wird[735], während dies im ASEAN Comprehensive-Agreement nicht der Fall ist. Es ist in Art 11 lediglich normiert:

„*Each Member State shall accord to covered investments of investors of any other Member State, fair and equitable treatment and full protection and security.*

***For greater certainty**:*

(a) ***fair and equitable treatment requires*** *each Member State not to deny justice in any legal or administrative proceedings in accordance with the principle of due process; and*

(b) full protection and security requires each Member State to take such measures as may be reasonably necessary to ensure the protection and security of the covered investments.

3. ***A determination that there has been a breach of another provision of this Agreement****, or of a separate international agreement,* ***does not establish that there has been a breach of this Article****.*"[736]

---

[733] ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ACIA), abrufbar unter: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3095/download (zuletzt abgerufen am 21.12.2024).

[734] Vgl Art 10.05 Nicaragua-Taiwan-FTA, abrufbar unter: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2726/download (zuletzt abgerufen am 21.12.2024) bzw Art 10.4 Abs 1 India- Korea CEPA; siehe auch die vergleichbare Vorgabe in Art 11.5 des USA-Korea FTA (KORUS FTA), gleichlautend auch das Korea-Australia Free Trade Agreement (KAFTA), abrufbar unter: https://www.dfat.gov.au/sites/default/files/KAFTA-chapter-11.pdf (zuletzt abgerufen am 21.12.2024).

[735] Vgl. die Vorgabe in Art 10.05 des Nicaragua-Taiwan FTA: „*Each Party shall accord to covered investments treatment* ***in accordance with customary international law****, including fair and equitable treatment and full protection and security. For greater certainty, paragraph* ***1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment*** *to be afforded to covered investments. The concepts of 'fair and equitable treatment' and 'full protection and security'* ***do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard****, and do not create additional substantive rights. The obligation in paragraph 1 to provide: (a) 'fair and equitable treatment' includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world.*" (Hervorhebung durch den Autor).

[736] Hervorhebung durch den Autor.

Die gewählte Textierung des Schutzumfanges des FET-Standards erweckt den Eindruck, dass lediglich der Schutz vor Rechtsverweigerung von dem im Abkommen normierten FET-Standard umfasst ist. Insbesondere der Schutz berechtigter Erwartungen wird nicht als Tatbestandsmerkmal des FET-Standards genannt. Auch im wirtschaftlich noch gewichtigeren Regional Comprehensive Economic Partnership Abkommen („*RCEP*"), dem ua die Staaten des ASEAN Abkommens beigetreten sind, wurde die gleiche Formulierung gewählt.[737]

Ungeachtet der hier getroffenen Erwägungen kann jedoch argumentiert werden, dass die durch die Schiedsjudikatur herausgearbeiteten Grundsätze des FET-Standards, somit auch der Schutz berechtigter Erwartungen, durch die gewählte Textierung nicht beschnitten werden.[738] Da kein ausdrücklicher Ausschluss (oder Beschränkung) des Schutzes berechtigter Erwartungen im Abkommen erfolgt ist, ist davon auszugehen, dass der Schutz berechtigter Erwartungen unter den durch die Schiedsjudikatur zum ‚vagen' FET herausgearbeiteten Grundsätze zu gewähren ist.

v. Der FET-Standard im COMESA-Abkommen[739]

Eine im Vergleich zu den sonstigen hier aufgezeigten Abkommen andere Richtung schlägt das COMESA-Abkommen ein. In diesem wird die Gewährung von Stabilität in den Fokus gerückt. So bedienen sich im COMESA-Abkommen die Vertragserrichter in Art 159 Z 1 lit a zunächst der Formulierung des herkömmlichen FET-Standards. Interessant ist jedoch, dass im selben Artikel unter lit c festgehalten wurde:

„*... Member States shall (...) create and maintain a predictable, transparent and secure investment climate in the Member States*".

[737] Siehe Art 10.5 des RCEP-Abkommens, abrufbar unter https://www.dfat.gov.au/sites/default/files/rcep-chapter-10.pdf (zuletzt abgerufen am 21.12.2024).

[738] Siehe hierzu die Diskussion in *E. B. Barrera*, The Case for Removing the Fair and Equitable Treatment Standard from NAFTA, CIGI Papers No. 128 (2017); freilich ist in diesem Abkommen im Vergleich zu NAFTA regelungstechnisch der Unterschied darin gegeben, dass eben nur der Schutz vor Rechtsverweigerung als Teil des FET-Standards ausdrücklich vertraglich festgehalten wird und daher eine ‚Lückenschließung' durch den völkerrechtlichen Minimumstandard aufgrund dieser dem Anschein nach taxativen Normierung fragwürdig erscheint; siehe hier auch das India-Singapore Comprehensive Economic Cooperation Agreement, wo der FET-Standard gar keine Erwähnung mehr findet, abrufbar unter: https://www.enterprisesg.gov.sg/non-financial-assistance/for-singapore-companies/free-trade-agreements/ftas/singapore-ftas/-/media/ESG/Files/Non-Financial-Assistance/For-Companies/Free-Trade-Agreements/CECA_India/Legal_Text/CECA_Legal_Text.pdf (zuletzt abgerufen am 21.12.2024). In diesem Fall ist eine Anwendung des Schutzes unter dem völkerrechtlichen Minimumstandard grundsätzlich anzunehmen.

[739] Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA) Investment Agreement, Version vom Juli 2020, abrufbar unter: https://www.comesa.int/comesa-treaty/ (zuletzt abgerufen am 12.12.2024).

Diese Regelungstechnik ist insbesondere dahingehend von Interesse, da solche Stabilitätsvorgaben in der Regel nicht in einem Artikel des Vertragstextes, sondern in der Präambel von BITs vorzufinden sind.[740] Aufgrund des Umstandes, dass der FET-Standard in lit a geregelt ist, während die zitierte Stabilitätsvorgabe in lit c festgehalten wurde, ist jedoch anzunehmen, dass die genannte Stabilitätsvorgabe getrennt vom FET-Standard zu erfassen ist. Die hier gewählte Normierung ist insbesondere im Zusammenhang mit der nicht unstrittigen Auslegung der Stabilitätsvorgabe in Satz 1 des Art 10 des Energy Charter Treaty („ECT") von Interesse, auf die in weiterer Folge noch näher eingegangen wird.[741] Anders als in Art 10 ECT erfolgte im COMESA-Abkommen jedoch wie dargelegt eine klare Trennung zwischen dem FET-Standard und der Stabilitätsvorgabe. Beim ECT liegt solch eine klare Trennung nicht vor, da geregelt wird, dass die in Satz 1 enthaltene Stabilitätsvorgabe den in Satz 2 des Art 10 ECT normierten FET-Standard inkludiert. Strittig ist jedoch, ob unter dem ECT dadurch eine gesonderte Stabilitätsverpflichtung neben dem FET-Standard des ECT normiert wurde.[742]

Die Gesetzestechnik in COMESA ist auch dahingehend von Interesse, als die sonstigen Vorgaben im gegenständlichen Artikel 159 mit Ausnahme von dem in lit a normierten FET-Standard grundsätzlich üblicherweise in Präambeln von BITs vorzufindende „*good will*"-Erklärungen darstellen.[743] Es handelt sich hierbei um programmatische Vorgaben, die grundsätzlich keinen eigenen durchsetzbaren Rechtsanspruch für den Investor normieren. Da somit in dem selben Artikel der rechtlich durchsetzbare FET-Standard sowie rechtlich nicht durchsetzbare „*good will*"-Erklärungen vorzufinden sind, ist auch aus diesem Umstand fraglich, wie die in lit c normierte Stabilitätsvorgabe rechtlich einzuordnen ist.

In diesem Zusammenhang ist auf Z 6 des Art 159 zu verweisen, wo normiert wird:

„*The Member States agree that a reasonable period of stability of investment climate is the period required to refinance the investment."*

[740] Siehe hierzu Kap V B b) zu den Stabilitätsvorgaben in Präambeln wie beispielsweise im US-Argentina BIT.
[741] Siehe hierzu Kap IX D.
[742] So steht in Art 10 Abs 1 Satz 1 und 2 des ECT normiert: „*Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors of other Contracting Parties to make Investments in its Area. Such conditions shall include a commitment to accord at all times to Investments of Investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment.*"; zur näheren Auseinandersetzung mit dieser Thematik siehe Kap IX D.
[743] So etwa lit b: „*adopt a programme for the promotion of crossborder investment*" bzw lit e: „*accelerate the deregulation of the investment process.*"

Im Zusammenspiel mit dieser Vorgabe ist die in Art 159 Abs 1 lit c normierte Stabilitätsvorgabe wohl dahingehend als rechtlich verbindlich zu verstehen, dass Stabilität zumindest in dem Ausmaß zu gewährleisten ist, dass der Investor eine Kostendeckung der Investition erreichen kann. Es besteht daher Grund zur Annahme, dass nachteilige gesetzliche Maßnahmen, die dem Investor die Generierung einer angemessenen Rendite verwehren, aufgrund dieser Vorgaben auch abseits konkreter Stabilitätszusicherungen zu einer Verletzung des Abkommens führen können. Hervorzugreifen ist hier, dass in der Schiedsjudikatur regelmäßig dem Investor als ‚Mindestmaß' die Gewährung einer angemessenen Rendite durch die Investition zuerkannt wird. Es wurden wiederholt bei Gesetzesänderungen, welche dem Investor die Möglichkeit der Erwirtschaftung einer angemessenen Rendite beschnitten haben, eine Verletzung des FET-Standards auch abseits konkreter Zusicherungen angenommen. Die Fragestellung, inwiefern die Beschneidung der Möglichkeit der Erwirtschaftung einer angemessenen Rendite mit der Investition durch nachteilige Gesetzesänderungen auch ohne dem Vorliegen von konkreten Stabilitätszusicherungen zu einer Verletzung des FET-Standardführt, spielte insbesondere bei den Schiedsverfahren im Sektor der erneuerbaren Energien bereits wiederholt eine Rolle. Diese Thematik wird in Kapitel XI G näher behandelt.

vi. Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership Agreement (CPTPP)[744]

Das Comprehensive and Progressive Agreement for *Trans-Pacific Partnership Agreement"* (CPTPP) wurde von Australien, Brunei Darussalam, Malaysia, Chile, dem Vereinigten Königreich, Kanada, Japan, Mexiko, Neuseeland, Peru, Singapur und Vietnam im Jahr 2018 unterzeichnet und – mit der Ratifizierung durch das Vereinigte Königreich am 16.07.2023 – zwischenzeitig auch von allen Mitgliedsstaaten ratifiziert[745]. Hierbei ist hervorzuheben, dass dieses Abkommen die Fortentwicklung des zunächst angedachten TPP (Trans-Pacific Partnership Agreement) darstellt[746], wobei die Vorgaben des TPP, insbesondere auch betreffend des Investitionsschutzes, in das CPTPP

[744] Comprehensive and Progressive Agreement für Trans-Pacific Partnership (CPTTP), abrufbar unter: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/tips/5074/comprehensive-and-progressive-agreement-for-trans-pacific-partnership-cptpp-2018- (zuletzt abgerufen am 31.05.2024).

[745] Investment Policy Hub, Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP), abrufbar unter: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/tips/5074/comprehensive-and-progressive-agreement-for-trans-pacific-partnership-cptpp-2018- (zuletzt abgerufen am 02.11.2024).

[746] *Reyes Gajardo*, Attraction of foreign investment or investment protection ? a sustainability dilemma in light of Chile`s ratification of the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (2023), S 55.

übernommen wurden.[747] Im CPTTP ist der Investitionsschutz in Kapitel 9 geregelt und in Art. 9.6, Pkt. 2 (a) der FET-Standard normiert. Hierbei haben sich die Vertragserrichter einer knappen Formulierung des FET ohne nähere Umschreibung der einzelnen Tatbestandsmerkmale bedient.[748] Zum Schutz berechtigter Erwartungen im Zusammenhang mit dem FET-Standard wird in Abs 4 folgendes ausgeführt:

„*For greater certainty, the mere fact that a Party takes or fails to take an action that may be inconsistent with an investor's expectations does not constitute a breach of this Article, even if there is loss or damage to the covered investment as a result.*"[749]

Diese Regelungstechnik gleicht den Vorgaben des bereits erwähnten Indonesia-Australia Comprehensiv Economic Partnership Agreements.[750] *C. Henckels*[751] führt hierzu, allerdings bezogen auf TPP, aus, dass diese Vorgabe offen lasse, ob hiermit bloß zum Ausdruck gebracht werden soll, dass nicht alle bloß subjektiven Erwartungen des Investors schützenswert sind. Ihr zufolge könnte diese Vorgabe jedoch auch dahingehend zu deuten sein, dass der Gaststaat die Erwartungen des Investors so lange frustrieren könne, bis die unter dem völkerrechtlichen Minimumstandard geschützte Erheblichkeitsschwelle überschritten wird. Die Regelungstechnik spricht jedoch dafür, dass nicht am völkerrechtlichen Minimumstandard für die Frage des Schutzes berechtigter Erwartungen angeknüpft werden kann. Schließlich wird in Art 9.6 Abs 2 des Abkommens im Zusammenhang mit dem FET-Standard ausdrücklich darauf Bezug genommen, dass kein über den völkerrechtlichen Minimumstandard hinausgehender Schutz zu gewähren ist. Wenn nun unterstellt wird, dass bei einer Erheblichkeitsschwelle, die den völkerrechtlichen Minimumstandard tangiert, eine Verletzung von Investorenerwartungen zu bejahen sei, würde dies jedoch die Vorgabe in Punkt 4 betreffend die Erwartungen des Investors faktisch inhaltsleer machen. Wenn die Erwartungen des Investors ohnedies vom FET-Standard aufgrund des völkerrechtlichen Minimumstandards geschützt werden, wäre die gesondert festgehaltene Vorgabe, wonach

[747] Vgl das wortgleiche Investitionsschutzkapitel in Kapitel 9 im TPP, abrufbar unter: https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/trans-pacific-partnership/tpp-full-text (zuletzt abgerufen am 31.05.2024).

[748] Siehe die vergleichbaren Regelungen im Nicaragua-Taiwan FTA und India-Korea FTA, FN 738 in Abschnitt iv dieses Kapitels.

[749] Es findet sich jedoch im Zusammenhang mit dem Tatbestand der indirekten Enteignung in Annex 9-B des Abkommens ein Schutz von berechtigten Erwartungen. Vgl hier die ähnliche Formulierung in CETA/TTIP, wo auf den bloßen („*mere*") Umstand abgestellt wird, dass ein Gaststaat regulatorische Maßnahmen setzt, siehe Abschnitt C c).

[750] Siehe hierzu die Diskussion in Abschnitt iii dieses Kapitels.

[751] *C. Henckels*, Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties: the TPP, CETA, and TTIP, 39.

Maßnahmen des Gaststaates, welche Erwartungen des Investors enttäuschen, keine Verletzung des Abkommens begründen, schließlich bedeutungslos. Vielmehr kann diese Regelung nur als Einschränkung des in Art 9.6, Pkt. 2 (a) normierten FET-Standards im Zusammenhang mit dem Schutz berechtigter Erwartungen verstanden werden.[752]

Es stellt sich jedoch die Frage, wie diese Vorgabe in Art 9.6 Abs 4 rechtlich zu erfassen ist. Insbesondere ist zu fragen, ob der Schutz berechtigter Erwartungen durch die Vorgabe nur beschränkt oder überhaupt zur Gänze ausgeschlossen werden soll. *P. Dumberry*[753] führt zur (wortgleichen) Regelung des Schutzes berechtigter Erwartungen in TPP aus, dass ein im Vergleich zu CETA radikaler Ansatz gewählt worden sei. Nach *Dumberry* sei von einem gänzlichen Ausschluss des Schutzes berechtigter Erwartungen auszugehen. Dieses von *Dumberry* angenommene radikale Ergebnis mag auf den ersten Blick im Einklang mit dem Wortlaut des Art 9.6 Abs 4 (CP)TPP stehen. Bei genauerer Betrachtung dieser Regelung, lässt sich dieses Ergebnis jedoch nicht zweifelsfrei ableiten. Es ist schließlich auch unter Verweis auf die weiter oben genannten Ausführungen von *Henckels* darauf Bedacht zu nehmen, dass grundsätzlich zwischen schützenswerten berechtigten Erwartungen iSd des FET-Standards und ‚bloßen' Profiterwartungen zu unterscheiden ist. Im aufgezeigten Passus des (CP)TPP-Abkommens wird jedoch dem Wortlaut nach nicht auf berechtigte Erwartungen, sondern vielmehr auf ‚bloße' Erwartungen des Investors abgestellt. Diese Regelung schließt somit einen Schutz von berechtigten Erwartungen nicht (ausdrücklich) aus. Hier sei im Vergleich auf die Formulierung im Entwurf des EU-Mexico-FTA[754] zu verweisen. In diesem Abkommen wird, anders als bei (CP)TPP, ausdrücklich auf ‚berechtigte' Erwartungen abgestellt und steht hierzu normiert:

„*However, the mere fact that a Party takes or fails to take an action that may be inconsistent with an investor's* ***legitimate*** *expectations does not constitute a breach of this Article, even if there is loss or damage to the covered investment as a result.*"

Auch in Abs 5 des Art 9.6 des (CP)TPP-Abkommens findet sich eine CETA/TTIP angeglichene Regelung. Gleich wie in CETA/TTIP wird in diesem Artikel festgehalten, dass die Nicht(weiter)gewährung von Förderungen keine Verletzung des FET-Standards begründet. Auch hier besteht jedoch der entscheidende Unterschied darin, dass, anders als bei den vergleichbaren

[752] Siehe hierzu auch *Leite*, The Fair and Equitable Treatment Standard: A Search for better Balance in International Investment Agreements, 391.
[753] *Dumberry*, Fair and Equitable Treatment, 107.
[754] Siehe hierzu näher im Folgekapitel viii.

Regelungen in den jüngeren europäischen Freihandelsabkommen, nicht darauf abgestellt wird, ob konkrete Zusicherungen im Zusammenhang mit den Förderungen erteilt wurden.[755] Sohin stellt die Vorgabe in (CP)TPP dem Wortlaut nach im Vergleich zu den Regelungen in CETA/TTIP ebenfalls eine Verschärfung dar.

Bei den aufgezeigten Abweichungen in CPTPP zu anderen jüngeren europäischen Freihandelsabkommen muss überdies beachtet werden[756], dass sich die Vertragserrichter beim Entwerfen eines Investitionsabkommens bei der Textierung regelmäßig an den Vorgaben anderer bedeutsamer Abkommen orientieren. Im Fall von CPTPP haben sich die Vertragserrichter aufgrund der größtenteils wortgleichen Regelungen offenkundig insbesondere an den Vorgaben in CETA/TTIP orientiert. Wenn unter Bedachtnahme dieses Umstandes jedoch bewusst Abweichungen in der Textierung zu den anderen Abkommen vorgenommen wurden, muss diesem Umstand eine Bedeutung beigemessen werden. Es kann den Vertragserrichtern schließlich unterstellt werden, dass sie bewusst Abweichendes regeln wollten.

Im Ergebnis ist zwar nicht davon auszugehen, dass der Schutz berechtigter Erwartungen in CPTPP zur Gänze ausgeschlossen wurde. In Ansehung der aufgezeigten, im Zusammenhang mit regulatorischen Maßnahmen des Gaststaates stehenden Vorgaben ist jedoch davon auszugehen, dass abseits konkreter Zusicherungen ein Schutz von berechtigten Erwartungen des Investors auf eine stabile Gesetzeslage vom FET-Standard des CPTPP nicht erfasst wird. Da wie aufgezeigt im Zusammenhang mit dem Vertrauensschutz auf gesetzliche Stabilität bewusst Abweichendes zu den Vorgaben in CETA/TTIP sowie auch zum EU-Singapore-FTA geregelt wurde, ist hier von einer Einschränkung des Schutzes berechtigter Erwartungen im Vergleich zu genannten Abkommen auszugehen.

[755] Siehe etwa die Vorgabe in Art 8.9 CETA:„*For greater certainty, a Party's decision not to issue, renew or maintain a subsidy: (a) in the absence of any specific commitment under law or contract to issue, renew, or maintain that subsidy; or (b) in accordance with any terms or conditions attached to the issuance, renewal or maintenance of the subsidy, does not constitute a breach of the provisions of this Section.*"*;* vgl die faktisch gleichlautenden Vorgaben in TTIP, EU-Vietnam- und EU-Singapore-FTA sowie auch in Art 14 Abs 2 des EU-Mexico-FTA; passender ist jedoch die Vorgabe in Art 2 Abs 4 des Dutch-Model BIT, die ebenfalls die ‚Zulässigkeit' der Nichtgewährung von Förderungen nicht vom Vorliegen von konkreten Zusicherungen abhängig macht.

[756] Siehe bereits die Diskussion zum ASEAN-Abkommen in Kap iv dieses Abschnittes.

vii. EU-Mexico-FTA[757]

Zum Entwurf des EU-Mexico-FTA ist zunächst auszuführen, dass die Vorgaben hinsichtlich des FET-Standards und des Schutzes berechtigter Erwartungen weitestgehend ident mit den Regelungen in den bereits aufgezeigten jüngeren Abkommen wie CETA/TTIP sind. Dies trifft insbesondere hinsichtlich der Regelung zu, wonach berechtigte Erwartungen des Investors durch das Schiedsgericht berücksichtigt werden ‚können'.[758] Hervorzuheben ist jedoch, dass der Schutz berechtigter Erwartungen im EU-Mexico-FTA noch enger als in den vergleichbaren Bestimmungen in CETA/TTIP gefasst wird. So wird in Art 15 Abs 4 ausdrücklich festgehalten, dass der Umstand, dass Maßnahmen durch den Staat gesetzt oder nicht gesetzt werden, die inkonsistent zu den berechtigten Erwartungen des Investors sind, keine Verletzung des FET-Standards darstellen.

Konkret steht im Abkommen normiert:

„*When assessing a breach under this Article, 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. However, the mere fact that a Party takes or fails to take an action that may be inconsistent with an investor's legitimate expectations does not constitute a breach of this Article, even if there is loss or damage to the covered investment as a result.*"

Diese Regelung erscheint in sich widersprüchlich, da die im ersten Satz erfassten berechtigten Erwartungen im zweiten Satz wieder vom Schutz ausgeschlossen werden. Hierbei ist insbesondere problematisch, dass in beiden Sätzen ausdrücklich auf ‚berechtigte' Erwartungen abgestellt wird. Nach der Textierung zielt der zweite Satz somit auf ‚berechtigte' Erwartungen und nicht auf ‚bloße' (Profit-) Erwartungen ab. In diesem Zusammenhang weicht die Regelung auch von den bereits aufgezeigten Vorgaben in CPTPP bzw. dem Indonesia-Australia Comprehensive Agreement ab, da dort nur ‚bloße' Erwartungen nicht schützenswert sind.[759] Es handelt sich bei ‚berechtigten Erwartungen' schließlich um den technischen Begriff jener Erwartungen, die unter dem FET-Standard schützenswert sind. Berechtigte Erwartungen sind somit enger als ‚bloße' Erwartungen.

[757] EU-Mexico-Agreement, abrufbar unter: https://circabc.europa.eu/ui/group/09242a36-a438-40fd-a7af-fe32e36cbd0e/library/0cc57f29-63bc-476f-80f9-4516a0b0b739/details (zuletzt abgerufen am 21.12.2024).
[758] Siehe hierzu die Erwägungen im Abschnitt C dieses Kapitels zu CETA/TTIP.
[759] Siehe hierzu bereits die Diskussion in Kap iii.

Unter solche „bloßen“ Erwartungen fallen auch reine (Profit-)Erwartungen oder Erwartungen, die auf einer unzureichenden *due-diligence*-Prüfung beruhen.[760] Schließlich ergibt sich bereits aus dem Terminus ‚berechtigte‘ Erwartungen, dass es sich hierbei um schützenswerte Erwartungen handelt, da diese eben auf einer fundierten Vertrauensgrundlage fußen. Es besteht Grund zur Annahme, dass seitens der Vertragserrichter zu wenig Bedacht auf den Umstand genommen wurde, dass ‚berechtigte‘ Erwartungen von ‚bloßen‘ Erwartungen zu unterscheiden sind. Sollten die Vertragserrichter die Formulierung jedoch bewusst gewählt haben, wäre die Regelung als eine zusätzliche Verschärfung im Vergleich zur Vorgabe in CETA/TTIP zu verstehen, da auch im Falle des Vorliegens von konkreten Zusicherungen im Zusammenhang mit gesetzlichen Vorgaben die Berufung auf die Verletzung berechtigter Erwartungen gemessen am Wortlaut wohl ausscheiden würde. Dem Investor wird es jedoch zuzubilligen sein, nachteilige Gesetzesänderungen unter Berufung auf das in Art 15 geregelte Verbot der offenkundigen Willkür zu bekämpfen. Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass die Vorgabe in Art 15 Abs 4 wenig geglückt und der Rechtssicherheit nicht zuträglich ist.

viii. ChAFTA-Abkommen[761]

In dem Freihandelsabkommen zwischen China und Australien wurde auf den ersten Blick ein drastischerer Weg gewählt, da von der Normierung eines FET-Standards im Abkommen zur Gänze Abstand genommen wurde. Zu betonen ist jedoch, dass zwischen China und Australien bereits seit 1988 ein BIT besteht, der ua den FET-Standard normiert. In ChAFTA ist unter Art 1.2.2. festgehalten, dass die Vorgaben des Abkommens keine bereits zwischen den Vertragsparteien bestehenden Rechte oder Pflichten oder sonstige bilaterale Abkommen aufheben.[762] Der Investor kann sich daher auf den im BIT normierten FET-Standard berufen. Überdies ist darauf hinzuweisen, dass die fehlende Normierung des FET-Standards die Anwendung der Grundsätze des völkerrechtlichen Minimumstandards nicht ausschließt.[763]

---

[760] Siehe Kap IV E zur Sorgfaltspflicht des Investors.

[761] China-Australia Free Trade Agreement (ChAFTA), abrufbar unter: https://www.dfat.gov.au/trade/agreements/in-force/chafta/official-documents/Pages/official-documents (zuletzt abgerufen am 09.08.2022).

[762] Siehe *W. Zhou*, Chinese Investment in Australia: A Critical Analysis of the China-Australia Free Trade Agreement, Melbourne Journal of International Law, Vol. 18 (2017), 407 (420); anders etwa im Freihandelsabkommen zwischen Japan und Australien (Jaepa Free Trade Agreement), wo in Art 14.5 der herkömmliche ‚vage‘ FET-Standard normiert wurde; gleiches gilt für Art 11.5 des Korea-Australien Free Trade Agreements (KAFTA-Agreement).

[763] Siehe hierzu die Diskussion zu CPTPP in Abschnitt vi.

ix. Mercosur-Abkommen (EU-Lateinamerika)[764]

Das Mercosur-Abkommen zwischen der EU und Lateinamerika verzichtet gänzlich auf die Normierung von Investmentschutzstandards.[765] Überdies betont das Abkommen ausdrücklich das „*right to regulate"* der Mitgliedstaaten und folgt damit dem Trend jüngerer Abkommen, die dieses Recht in den Vordergrund rücken.[766]

F. Ist ein Schutz berechtigter Erwartungen auf eine stabile Gesetzeslage abseits konkreter Zusicherungen bei CETA/TTIP und verwandten Freihandelsabkommen anzunehmen?

a) Allgemeines

Es stellt sich in Anbetracht der untersuchten Abkommen, insbesondere CETA, TTIP, EU-Singapore-FTA, EU-Vietnam-FTA und dem Dutch-Model-BIT aus dem Jahr 2019 die Frage, ob ein Schutz berechtigter Erwartungen auf eine stabile Gesetzeslage abseits konkreter Zusicherungen im Anwendungsbereich diese Abkommen (noch) angenommen werden kann. Aufgrund des ausdrücklichen Abstellens auf das Vorliegen einer konkreten Zusicherung für den Schutz berechtigter Erwartungen in zahlreichen der jüngeren Abkommen spricht vieles dafür, den Schutz berechtigter Erwartungen beim Fehlen derartiger konkreter Stabilitätszusicherungen zu verneinen.[767] Offen bleibt jedoch, ob gesetzliche Regelungen, welche einen konkreten, auf ein spezifischen Investitionsvorhaben zugeschnittenen Inhalt aufweisen, im Anwendungsbereich dieser Abkommen als ‚konkrete Zusicherungen' und somit als Grundlage für den Schutz berechtigter Erwartungen eingestuft werden können.[768]

---

[764] EU-Mercosur trade agreement, abrufbar unter https://trade.ec.europa.eu/doclib/html/158166.htm (zuletzt abgerufen am 09.08.2022).

[765] Siehe hierzu auch die Zusammenfassung der Verhandlungsergebnisse vom 28.06.2019, 9, abrufbar unter: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc_157964.pdf (zuletzt abgerufen am 09.08.2022). Es ist auch davon auszugehen, dass ein Investitionsschutzkapitel noch geregelt wird, vgl *European Parliament*, The trade pillar of the EU-Mercosur Associtaion Agreement, Briefing International Agreements in Progress, 5, abrufbar unter: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/640138/EPRS_BRI(2019)640138_EN.pdf(zuletzt abgerufen am 09.08.2022).

[766] *M. Valenti*, New Trends in International Investment Law Treaty Practice: where does Latin America stand? 16, abrufbar unter: https://www.scielo.br/j/seq/a/vGsHRG5KDXTgSFB6GkjMGzv/abstract/?lang=en (zuletzt abgerufen am 09.08.2022).

[767] Zur Problematik der Unbestimmtheit siehe auch *Schreuer*, Bonner Energiegespräche Schutz gegen regulatorische Maßnahmen durch Investitionsschutzabkommen, 74.

[768] Siehe hierzu die Diskussion in Kap XI I.

b) Zu jenen Vorgaben, die mit der Annahme eines Vertrauensschutzes auf gesetzliche Stabilität im Konflikt stehen

Einem Vertrauensschutz auf gesetzliche Stabilität könnte zunächst das bereits thematisierte right to regulate in den jüngeren Abkommen im Weg stehen.[769] Die Regelung des right to regulate in den jüngeren Freihandelsabkommen lässt das besondere Anliegen der Vertragserrichter auf Wahrung einer möglichst großen Regulierungsfreiheit erkennen. Allein aus dem normierten right to regulate ist jedoch kein Rechtsanspruch des Gaststaates im Sinne eines durchsetzbaren Rechtsanspruches auf uneingeschränkte Regulierung ableitbar. Vielmehr ist das right to regulate ‚lediglich' im Fall der Durchführung einer Verhältnismäßigkeitsabwägung zugunsten des Gaststaates einzubeziehen.[770]

Im Zusammenhang mit nachteiligen Gesetzesänderungen von größerer Bedeutung kommt jedoch der Vorgabe in Art 8.9 Abs 2 CETA und der vergleichbaren Vorgabe in Art 2 Abs 2 TTIP zu.[771] In Art 8.9 Abs 2 CETA steht normiert:

„*For greater certainty, the mere fact that a Party regulates, including through a modification to its laws, in a manner which negatively affects an investment or interferes with an investor's expectations, including its expectations of profits, does not amount to a breach of an obligation under this Section.*"

Im Schrifttum wird hinsichtlich dieser Regelung die Ansicht vertreten, dass aufgrund dieser Vorgabe berechtigte Erwartungen im Zusammenhang mit gesetzlichen Vorgaben nicht (mehr) schützenswert sein sollen. So betont *Lachmayer*[772], dass aufgrund der Regelung in Art 8.9 Abs 2 davon auszugehen sei, dass das reine Vertrauen auf die Beibehaltung der Rechtslage keine

[769] Siehe hierzu Abschnitt B b) dieses Kapitels.

[770] Vgl *Krajewski*, Anmerkung zum Gutachten von Dr. Stephan Schill zu den Auswirkungen der Bestimmungen zum Investitionsschutz und zu den Investor-Staat-Schiedsverfahren im Entwurf CETA auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers vom 22.09.2014, 5, abrufbar unter: https://www.global2000.at/sites/global/files/Krajewski_Zusatzerklaerungen_Investorenschutz.PDF, zuletzt abgerufen am 09.08.2022.

[771] In Art 2 Abs 2 des Investitionskapitels in TTIP steht normiert: „*For greater certainty, the provisions of this section shall not be interpreted as a commitment from a Party that it will not change the legal and regulatory framework, including in a manner that may negatively affect the operation of covered investments or the investor's expectations of profits.*"

[772] *Lachmayer*, Gutachten zu CETA, 30; gleicher Ansicht in seinem Positionspapier der *deutsche Bundestag*, Verhältnis des right to regulate zum Investitionsschutz, 20; zustimmend ferner *Nyer*, The Investment Chapter of the EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement, 702; kritisch *Griller*, Three Salient Issues of the New Comprehensive Free Trade Agreements, 300f; kritisch auch *Kethirredy*, Still the Law of Nations: Legitimate Expectations and the Sovereigntist Turn in International Investment, 340. Die Autorin weist darauf hin, dass durch die Vorgaben in den Vertragstexten, wie etwa dem Tatbestand der ‚offenkundigen Willkür', aufgrund der Unbestimmtheit weiterhin Unklarheit bestehen würden. Es sei dadurch lediglich einer Verlagerung der Problematik von einem unbestimmten Schutzstandard zu einem anderen erfolgt.

berechtigten Erwartungen begründen würde. Schließlich ordne Art 8.9 Abs2 an, dass sich aus der bloßen Änderung der Rechtslage keine Verletzung von unter dem Abkommen bestehenden Verpflichtungen resultieren könne. *Ortino*[773] verweist darauf, dass diese Vorgabe der Befürchtung des Gaststaates auf eine Beschränkung der staatlichen Souveränität begegnen würde. Diese Befürchtung sei der Anlass gewesen, weshalb in Art 8.9 CETA ausdrücklich normiert wurde, dass eine Änderung der Gesetze, auch wenn sich diese nachteilig auf den Investor auswirken würde, keine Verletzung des FET-Standards begründe. *S. Griller*[774] wiederum argumentiert, dass – aufgrund der ausdrücklichen Normierung des Schutzes berechtigter Erwartungen in Art 10.8.4 CETA – eine Klage des Investors auf der Grundlage des FET-Standards auch im Falle von Gesetzesänderungen zulässig sein müsse. *Griller* differenziert hier treffend zwischen ‚bloßen' Erwartungen, die nach seiner Auffassung im Fokus des Art 8.9 Abs 2 CETA stehen und ‚berechtigten' Erwartungen im Sinne des FET-Standards.[775]

Aus der Vorgabe, wonach Gesetzesänderungen als solche entgegen den Erwartungen des Investors keine Verletzung des Abkommens begründen können, könnte jedoch geschlossen werden, dass es als Vertrauensgrundlage unter CETA/TTIP eben ‚mehr' braucht als ein Gesetz. Dies würde bedeuten, dass Gesetze selbst nicht als ‚konkrete Zusicherungen' und somit als Vertrauensgrundlage für den Schutz berechtigter Erwartungen eingeordnet werden können. Für diese Annahme würde sprechen, dass die Vorgabe in Art 8.9 Abs 2 CETA zwecklos wäre, wenn Gesetze unter bestimmten Umständen als ‚konkrete Zusicherungen' eingestuft werden und als solche Grundlage für den Schutz berechtigter Erwartungen bilden können. Ausgehend von dieser Überlegung wird wohl zu verlangen sein, dass für einen Schutz unter dem FET-Standard bei regulatorischen Maßnahmen unter CETA bzw TTIP zu der ‚bloßen' Gesetzesänderung selbst noch etwas – wie insbesondere eine konkrete Stabilitätszusicherung – als Vertrauensgrundlage hinzutreten muss.

Es ist jedoch davon auszugehen, dass trotz der Vorgabe in Art 8.9 Abs 2 CETA nachteilige Gesetzesänderungen mit einem der ausdrücklich normierten Tatbestände, wie insbesondere dem Verbot der offenkundigen Willkür, bekämpft werden können.

---

[773] *Ortino*, The Obligation of Regulatory Stability in the Fair and Equitable Treatment Standard, 847.

[774] *S. Griller*, Three Salient Issues of the New Comprehensive Free Trade Agreements, 300f; aA *Lachmayer*, Gutachten zu CETA, 42, der zunächst darauf verweist, dass das im CETA-Abkommen normierte right to regulate auch für die FET-Klausel gelte. Dieses Recht würde nach *Lachmayer* jedoch seine Grenzen in Maßnahmen des Staates, die gegen die im normierten Verletzungstatbestände verstoßen, finden.

[775] *Griller*, Three Salient Issues of the New Comprehensive Free Trade Agreements, 300.

Eine weitere im Zusammenhang mit regulatorischen Maßnahmen sowie insbesondere auch im Zusammenhang mit den Schiedsverfahren aus dem Sektor der erneuerbaren Energien interessante Vorgabe stellt Art 8.9 Abs 3 und 4 CETA (sowie mit beinahe identem Inhalt in Art 2 Abs 3 und 4 TTIP) dar:

„*3. For greater certainty, a Party's decision not to issue, renew or maintain a subsidy:*

(a) in the absence of any specific commitment under law or contract to issue, renew, or maintain that subsidy; or

(b) in accordance with any terms or conditions attached to the issuance, renewal or maintenance of the subsidy,

does not constitute a breach of the provisions of this Section.

4. For greater certainty, nothing in this Section shall be construed as preventing a Party from discontinuing the granting of a subsidy or requesting its reimbursement where such measure is necessary in order to comply with international obligations between the Parties or has been ordered by a competent court, administrative tribunal or other competent authority, or requiring that Party to compensate the investor therefor."

C. Tietje/*K. Crow*[776] vertreten hierzu die Ansicht, dass diese Vorgabe eine direkte Reaktion auf das Schiedsverfahren *Micula v. Romania*[777] darstellen würde. Auch stelle diese Regelung nach Auffassung der Autoren eine direkte Reaktion auf die zahlreichen gegen Spanien erhobenen Klagen im Zusammenhang mit der Streichung der zunächst gesetzlich gewährten Förderungen im Sektor der erneuerbaren Energien dar. Zu beachten ist jedoch, dass zum Zeitpunkt der Textierung des Freihandelsabkommens kaum noch Entscheidungen aus diesem Sektor vorlagen. Viele Verfahren waren zu diesem Zeitpunkt erst oder noch nicht einmal anhängig. Die Vorgabe könne nach *Tietje*/*Crow* sohin zwar als Reaktion auf diese Verfahren, nicht jedoch als Wiedergabe einer sich aus diesen Verfahren ergebenden Judikaturlinie verstanden werden.[778] Dass diese Vorgabe die bisherigen Ergebnisse der Schiedsverfahren im Sektor der erneuerbaren Energien nicht widerspiegelt, ergibt sich überdies aus dem Umstand, dass in zahlreichen dieser Verfahren auch

[776] *Tietje/Crow,* The Reform of Investment Protection Rules in CETA, TTIP, and Other Recent EU FTAs: Convincing? 97.
[777] Zum Sachverhalt in *Micula v. Romania* siehe Kap XI B b) i.
[778] *Tietje/Crow,* The Reform of Investment Protection Rules in CETA, TTIP, and Other Recent EU FTAs: Convincing? 97.

abseits konkreter Stabilitätszusicherungen eine Verletzung der berechtigten Erwartungen aufgrund der erfolgten Kürzungen der Förderungen bejaht wurde.[779] Da in CETA und TTIP sowie der identen Vorgabe in den anderen Abkommen die Kürzung bzw. Nichtwiedergewährung von Förderungen nur bei Vorliegen von konkreten Zusicherungen zu einer Verletzung des Abkommens führen kann, stellt diese Regelung dem Wortlaut nach vielmehr eine Verschärfung zu den bisherigen Ergebnissen der Schiedspraxis unter der ‚Energiekrise' dar.

Fraglich ist überdies, wie sich diese Bestimmung mit den in CETA ausdrücklich normierten Verletzungstatbeständen des FET-Standards verhält. Sollte eine Streichung von gesetzlich gewährten Förderungen offenkundig willkürlich oder in gezielt diskriminierender Weise vorgenommen werden, wird dies nach der hier vertretenen Auffassung wohl auch abseits konkreter Stabilitätszusicherungen zu einer Verletzung des FET-Standards führen.

c) Wegfall der Verhältnismäßigkeitsprüfung?

Schill[780] weist in einem Kurzgutachten zu CETA/TTIP darauf hin, dass in der Schiedspraxis unter dem herkömmlichen vagen FET-Standard die Verhältnismäßigkeitserwägung eine wichtige Rolle spiele.[781] *Schill* geht in seinem Kurzgutachten offenkundig davon aus, dass aufgrund der in den Abkommen normierten FET-Tatbeständen eine Verhältnismäßigkeitsabwägung bei Gesetzesänderungen nicht mehr zur Anwendung kommt.[782] Die abschließende Normierung der Verletzungstatbestände sowie das ausdrückliche Abstellens auf das Vorliegen einer ‚konkreten Zusicherung' für die Begründung von berechtigten Erwartungen spricht auf den ersten Blick für diese Annahme. Nach dem Wortlaut wäre die Verletzung des FET-Standards im Falle der Erfüllung eines der normierten Tatbestände auch ohne Verhältnismäßigkeitsabwägung zu bejahen. Selbiges

[779] Siehe hierzu Kap X C.

[780] *Schill*, Auswirkungen der Bestimmungen zum Investitionsschutz und zu dem Investor-Staat-Schiedsverfahren im Entwurf des Freihandelsabkommens zwischen der EU und Kanada (CETA) auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers (Kurzgutachten), 12. *Schill* vertritt in seinem Kurzgutachten an mehreren Stellen die Ansicht, dass der Vertrauensschutz im Zusammenhang mit gesetzgeberischen Maßnahmen im internationalen Investitionsrecht im Wesentlichen mit der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichtes verglichen werden könne. Wie in Kap VII C d) ii im Zusammenhang mit der deutschen Rechtslage aufgezeigt wurde, ist nach der deutschen Rechtsprechung ein Vertrauensschutz auf gesetzliche Stabilität abseits konkreter Zusicherungen grundsätzlich nicht anzunehmen.

[781] *Krajewski* äußert in einer Stellungnahme zum genannten Gutachten von *Schill*, dass auch unter dem Regelungsregime der neuen Freihandelsabkommen Investoren weiterhin der Klagsweg gegen Änderung der Gesetzeslage auch ohne ausdrückliche Zusicherung des Gaststaates offen stünden, was insbesondere den unbestimmten Rechtsbegriffen in den neuen Tatbeständen geschuldet sei, siehe *Krajewski*, Anmerkung zum Gutachten von Dr. Stephan Schill zu den Auswirkungen der Bestimmungen zum Investitionsschutz und zu den Investor-Staat-Schiedsverfahren im Entwurf CETA auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers vom 22.09.2014, 3, 5.

[782] *Schill*, Auswirkungen der Bestimmungen zum Investitionsschutz (Kurzgutachten), 12f.

würde nach dem Wortlaut anzunehmen sein, wenn die Stabilität der Gesetzeslage durch den Gaststaat konkret zugesichert wurde. Sollte wiederum weder die Verletzung eines der genannten Tatbestände vorliegen, noch eine konkrete Zusicherung erteilt worden sein, wäre eine Verletzung des FET-Standards ohne Durchführung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zu verneinen. Bei genauerer Betrachtung greift diese Betrachtungsweise zumindest hinsichtlich des Verletzungstatbestandes der offenkundigen Willkür zu kurz. In diesem Zusammenhang ist auf eine treffende, von *N. Muhammad*[783] in seiner Dissertation im Zusammenhang mit der Verhältnismäßigkeitsabwägung, aufgestellte Überlegung zu verweisen. Der Autor hebt hervor, dass die Balance zwischen dem öffentlichen Interesse des Staates und dem Vertrauensschutz des Investors dazu diene, der Willkür staatlichen Handelns entgegenzutreten. Folgt man diesem Verständnis, würde auch die abschließende Regelung der Tatbestände für eine Verletzung des FET-Standards in CETA/TIPP die Durchführung einer Verhältnismäßigkeitsabwägung nicht grundsätzlich ausschließen. Schließlich könnte im Falle des Unterlassens der gebotenen Bedachtnahme auf die Interessen des Investors auf gesetzliche Stabilität bei der Durchführung von Gesetzesänderungen der Verletzungstatbestand der offenkundigen Willkür erfüllt sein. Es müsste zur Beantwortung dieser Frage jedoch eine Abwägung der gegenläufigen Interessen durch das Schiedsgericht durchgeführt werden. Wie bereits bei der Ausarbeitung zum Tatbestand der Willkür dargestellt wurde, begründet jedoch nicht jede unverhältnismäßige Maßnahme des Staates sogleich Willkür. Diese wird erst in einem besonders krassen Missverhältnis der gegenläufigen Interessen von Gaststaat und Investor anzunehmen sein.[784] Im Zusammenhang mit dem Schutz berechtigter Erwartungen ist auszuführen, dass auch im Falle des Vorliegens von konkreten Stabilitätszusicherungen eine Verhältnismäßigkeitsabwägung mit den Interessen des Gaststaates bei einer entgegen den Zusicherungen erfolgten Gesetzesänderung nicht von Vorhinein auszuschließen ist. Auf diesen nicht unstrittigen Umstand wird in einem späteren Abschnitt noch näher eingegangen.[785]

In Ergebnis geht somit die Mehrheit der Stimmen im Schrifttum davon aus, dass durch die engmaschige Regelung des FET-Standards und insbesondere die Verknüpfung des Schutzes berechtigten Erwartungen an die Erteilung einer konkreten Zusicherung eine Herabsetzung des

[783] *N. Muhammad*, Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration: Balancing between State's Regulatory Functions and Investor's Legitimate Expectations (2015), 332.
[784] Siehe Abschnitt D dieses Kapitels zur Willkür.
[785] Siehe zur Frage, ob eine konkrete Zusicherung eine Verhältnismäßigkeitsabwägung jedenfalls ausschließt, näher Kap XI C e).

Schutzumfanges ausländischer Investoren im Vergleich zum Schutz unter dem FET-Standard in klassischen BITs bei regulatorischen Maßnahmen anzunehmen ist.[786]

G. Verhältnis des ‚engeren' FET-Standards in CETA/TTIP und verwandten Abkommen zum herkömmlichen ‚vagen' FET-Standard

a) Gegenüberstellung mit den Ergebnissen der bisherigen Schiedspraxis

Hinsichtlich des Verhältnisses des herkömmlichen ‚vagen' FET-Standards, wie er sich in den meisten Investitionsabkommen findet, mit dem enger definierten FET-Standard in den Investitionsabkommen jüngerer Zeit sind grundsätzlich zwei Ansätze denkbar: Einerseits könnte angenommen werden, dass durch die gewählte Textierung in den jüngeren Abkommen lediglich die bereits existente Schiedspraxis zum ‚vagen' FET-Standard erstmals verschriftlicht wird. Auf der anderen Seite wäre jedoch auch denkbar, dass durch die enge Textierung im Vergleich zum FET-Standard in seiner herkömmlichen Form eine Einschränkung des Investorenschutzes und insbesondere des Schutzes des Vertrauens des Investors auf unveränderte gesetzliche Rahmenbedingungen bewirkt werden soll. Folgt man dieser Annahme, würde die Normierung des FET-Standards in den jüngeren Abkommen zu einer Beschränkung des Vertrauensschutzes auf eine beständige Gesetzeslage im Vergleich zum ‚vagen' FET-Standard führen. Für dieses Ergebnis würden insbesondere jene Vorgaben in den Abkommen sprechen, die den Investorenschutz bei regulatorischen Maßnahmen ausdrücklich beschränken[787]. Es spricht somit nach der hier vertretenen Auffassung mehr dafür, die Normierung des FET-Standards sowie insbesondere des Schutzes berechtigter Erwartungen in den jüngeren Abkommen als eine Beschränkung des Schutzes im Vergleich zum herkömmlichen ‚vagen' FET-Standard zu erfassen.

Es wird für die Auslegung der Tatbestandsmerkmale des FET-Standards sowie der geforderten ‚konkreten Zusicherung' iZm dem Schutz berechtigter Erwartungen jedoch auf die hierzu ausgearbeiteten Grundsätze der bisherigen Schiedspraxis zum herkömmlichen FET-Standard zurückzugreifen sein. Dies ergibt sich insbesondere daraus, dass weder die Verletzungstatbestände, noch die ‚konkrete Zusicherung' in den Abkommen näher definiert werden.[788]

---

[786] Die Bedenken im Zusammenhang mit dem Schutzumfang des FET-Standards bei gesetzlichen Maßnahmen konnten durch die Textierung in den Abkommen nicht gänzlich ausgeräumt werden, siehe *E. Beer*, EU Trade and Investment Agreements TTIP and CETA, AK Position Paper (April 2015), 20, abrufbar unter: https://www.arbeiterkammer.at/infopool/akportal/Positionspapier_TTIP_CETA_english_new.pdf, zuletzt abgerufen am 21.12.2024.

[787] Siehe hierzu die Darstellung der Abkommen im in Abschnitt C dieses Kapitels.

[788] Siehe hierzu Abschnitt C b).

b) Auslegungsmaßstab für die Schiedspraxis?

Auch zu fragen gilt, ob die erstmals näher definierten Vorgaben des FET-Standards in den jüngeren Investitionsabkommen durch Schiedsgerichte bei Auslegung des gewöhnlichen ‚vagen' FET-Standards herangezogen werden können.[789] Hinsichtlich dieser Frage ist auf die Entscheidung *Philipp Morris v. Uruguay* zu verweisen. In dem Verfahren hat das Schiedsgericht, allerdings hinsichtlich des Tatbestandes der Enteignung, im Zusammenhang mit der Beurteilung von Gesetzesänderungen zum Zweck des öffentlichen Gesundheitswesens ausdrücklich auf die Vorgaben in CETA und dem EU-Singapore-FTA Bezug genommen. Das Schiedsgericht hat hierzu hervorgehoben, dass auch nach den Vorgaben in diesen Abkommen eine indirekte Enteignung bei regulatorischen Maßnahmen zum Zweck des öffentlichen Gesundheitswesens nicht anzunehmen ist.[790] Das Schiedsgericht hat sohin im dem Verfahren, in dem der USA-Uruguay-BIT FET-Klausel gegenständlich war, die Vorgaben der jüngeren Freihandelsabkommen in die Auslegung der Frage, ob eine Enteignung nach dem USA-Uruguay-BIT anzunehmen sei, miteinbezogen. Hierbei hat das Schiedsgericht überdies betont, dass die Vorgaben in den Freihandelsabkommen die momentane Lage des Völkerrechtes wiedergeben.[791]

Zuletzt ist auch aufgrund der bereits aufgezeigten ‚vertragsübergreifenden' Tendenz in der Schiedspraxis[792] davon auszugehen, dass die erstmals in den jüngeren Verträgen konkret geregelten Vorgaben hinsichtlich des Schutzes berechtigter Erwartungen von Schiedsgerichten auch in Verfahren, wo andere Investitionsabkommen mit dem herkömmlichen ‚vagen' FET-Standard zur Anwendung kommen, als Auslegungsmaßstab herangezogen werden.

H. Zusammenfassende Betrachtung

In Anbetracht der restriktiven Normierung des FET-Standards lässt sich in den jüngeren Vertragstexten[793] ein Trend in Richtung Abschwächung des Investitionsschutzes im Zusammenhang

[789] Siehe hierzu die aktuelle Diskussion *M. Knoll/ M. Scharmer*, IWD – Wohnungsnot versus Eigentumsschutz: Vereinbarkeit aktueller Gesetzgebung in Tirol und Berlin mit dem Grundrechtsschutz von Immobilieneigentümern, wobl 1 (2020), 10 (11).

[790] *Philipp Morris v. Uruguay,* Award, Rz 300.

[791] *Philipp Morris v. Uruguay,* Award, Rz 301.

[792] Siehe hierzu bereits Kap V C c).

[793] Hierzu hat *Kondo*,A Comparison with Analysis of the SADC FIP before and after Its Amendment, 18 hinsichtlich der Ausgestaltung der Normierung des FET-Standards in den jüngeren Investitionsabkommen zusammenfassend festgehalten: „*1) linking the fair and equitable standard to customary international or the international minimum standard, (2) providing an exhaustive list of obligations related to fair and equitable treatment, (3) completely eliminating the standard of fair and equitable treatment from the treaty, and (4) providing an alternative formulation of the fair and equitable treatment such as fair administrative treatment.*"

mit dem Schutz berechtigter Erwartungen festmachen. Da insbesondere im internationalen politischen Diskurs einerseits das right to regulate immer mehr in den Vordergrund rückt und andererseits ein gewisser Missmut gegenüber der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit besteht[794], vermag diese Entwicklung nicht zu überraschen.

Als Untersuchungsergebnis kann in Bezug auf den Schutz berechtigter Erwartungen in den betrachteten jüngeren Freihandelsabkommen festgehalten werden, dass ein Schutz berechtigter Erwartungen auf eine stabile Gesetzeslage abseits konkreter Zusicherungen nicht mehr oder nur noch unter engen Voraussetzungen angenommen werden kann. Nach Auffassung des Autors kann die Normierung des FET-Standards in den jüngeren Abkommen auch nicht als bloße textliche Festhaltung der bereits zum Schutz berechtigter Erwartungen bestehenden Schiedspraxis verstanden werden. Schließlich wurde in der bisherigen Schiedspraxis eine Verletzung berechtigter Erwartungen bei Gesetzesänderungen auch abseits konkreter Zusicherungen wiederholt bejaht. Es muss jedoch betont werden, dass dies insbesondere bei den älteren Schiedsverfahren der Fall war. Die im Zusammenhang mit der Nichtweitergewährung von staatlichen Förderungen normierten Vorgaben in den jüngeren Abkommen sprechen jedoch dafür, dass auch im Vergleich zur jüngeren, insbesondere im Zusammenhang mit dem Sektor der erneuerbaren Energien ergangenen Schiedsjudikatur von einer zusätzlichen Beschränkung des Investorenschutzes durch die jüngeren Abkommen auszugehen ist.

In einem nächsten Schritt soll nunmehr ein weiteres bedeutsames Investitionsabkommen, der Energy Charter Treaty (ECT)[795] näher beleuchtet werden. Obgleich der ECT, im Gegensatz zu den aufgezeigten jüngeren Abkommen, bereits länger in Bestand ist, spielt dieser insbesondere im Zusammenhang mit den zahlreichen entschiedenen und noch anhängigen Schiedsverfahren aus dem Sektor der erneuerbaren Energien[796] eine wichtige Rolle. Da bei diesen Verfahren regelmäßig die Beurteilung der Frage eines Schutzes berechtigter Erwartungen auf stabile gesetzliche Vorgaben abseits konkreter Zusicherungen eine Rolle spielt, erscheint eine nähere Auseinandersetzung mit diesem Abkommen geboten.

[794] Siehe hierzu bereits die Erwägungen in Kap I.
[795] The Energy Charter Treaty (ECT), konsolidierter Text abrufbar unter: https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf, zuletzt abgerufen am 21.12.2024.
[796] Siehe Kap X.

IX. Der Schutz auf beständige gesetzliche Rahmenbedingungen unter dem Energy Charter Treaty

A. Einleitung

Der Energy Charter Treaty (ECT) ist das – gemessen an der Zahl der Vertragsparteien – bedeutsamste multilaterale Investitionsabkommen.[797] Der ECT bildet in zahlreichen Entscheidungen im Zusammenhang mit der ‚Energiekrise' die Vertragsgrundlage.[798] Im Energiesektor kommt einer beständigen Gesetzeslage große Bedeutung zu. Schließlich sind Investitionen in diesem Sektor, wie etwa in Kraftwerke, Pipelines oder Ölfelder, eine sehr langfristige Angelegenheit, weshalb die Gesetzespolitik der Gaststaaten für ausländische Investoren einen erheblichen Risikofaktor darstellt.[799] In den letzten Jahren haben Schiedsverfahren unter dem ECT eine deutliche Zunahme erfahren.[800] Es soll daher nunmehr geprüft werden, ob ein Schutz berechtigter Erwartungen auf stabile Gesetzesvorgaben abseits konkreter Zusicherungen unter dem ECT angenommen werden kann. Auch gilt es zu prüfen, ob der unter dem ECT zu gewährenden Schutz berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität über den, unter dem herkömmlichen ‚vagen' FET-Standard zu gewährenden Schutz hinausgeht.

B. Zum Investitionsgegenstand ‚erneuerbare Energien' im Zusammenhang mit einer stabilen Gesetzeslage und der Sorgfaltspflicht des Investors

Der Sektor der erneuerbaren Energien stellt ein Investitionssegment dar, in dem Investoren besonders auf staatliche Förderungen, Zusicherungen und gesetzliche Stabilität bauen.[801]

---

[797] Aktuelle Zahl auf https://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/signatories-contracting-parties (abgerufen am 21.12.2024); *Happ*, The Energy Charter Treaty, Rz 1; zur Kritik der veralteten Investitionsschutzvorgaben im ECT durch die europäische Gemeinschaft und den avisierten Modernisierungsmaßnahmen siehe Clyde & Co LLP, The Energy Platform, Solar Wars Part XI, the EC strikes back (12. September 2019), abrufbar unter https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=46289e67-657b-4479-b8a7-683d5c5ae36f , zuletzt abgerufen am 21.12.2024.

[798] Mit Stand 01.12.2023 belief sich die Anzahl der Verfahren im Sektor der erneuerbaren Energien, die in den Anwendungsbereich des ECT fallen, auf 94, siehe Statistik der Energy Charter, Stand 01.12.2023, abrufbar unter: https://www.energychartertreaty.org/cases/statistics/.

[799] *Happ*, The Energy Charter Treaty, Rz 1.

[800] Siehe hierzu *C. Baltag*, What's New with the Energy Charter Treaty? (13. Juni 2015), Kluwer Arbitration Blog, abrufbar unter: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/06/13/whats-new-with-the-energy-charter-treaty/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_ca&doing_wp_cron=1593248688.0390748977661132812500, zuletzt abgerufen am 21.12.2024; *G. Coop*,20 Years of the Energy Charter Treaty, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Volume 29, Issue 3 (2014), 515 (515f)) führt zu dieser Entwicklung in der Schiedspraxis unter dem ECT aus, dass die (Wirtschafts-)Welt im Allgemeinen immer weniger berechenbar werde und die Schiedsverfahren aus diesem Grund auch in diesem Sektor deutlich zugenommen hätten.

[801] *Selivanova*, Changes in Renewables Support Policy and Investment Protection under the Energy Charter Treaty, 452; *Tienhaara/Downie*, Risky Business; 457; siehe auch *Schreuer,* Bonner Energiegespräche Schutz gegen regulatorische Maßnahmen durch Investitionsschutzabkommen, 73, der darauf verweist, dass Investitionen im Energiesektor

Demzufolge stellen Veränderungen bei staatlichen Förderungsvorgaben ein großes Risiko für ausländische Investoren dar.[802] In Anbetracht des besonders kapital- und zeitintensiven Investitionsgegenstands der erneuerbaren Energien stellt sich daher die Frage, ob Gaststaaten unter dem ECT ein höheres Maß an gesetzlicher Stabilität zu gewähren haben, als dies unter dem ‚herkömmlichen' FET-Standard der Fall ist.[803]

Auf der anderen Seite ist jedoch auch der Sorgfaltsmaßstab der ausländischen Investoren bei Investitionen in diesem Sektor ein besonderer. Schließlich ist zu fragen, ob aufgrund der langfristigen und kapitalintensiven Investitionen in diesem Bereich Investoren nicht verstärkt angehalten sind, eine entsprechend umfassende Sorgfaltsprüfung vorzunehmen.[804] Zudem stellt sich die Frage, ob aufgrund des der hohen Regulierungsdichte im Energiesektor mögliche nachteilige Gesetzesänderungen durch Investoren einkalkuliert werden müssen.[805] In diesem Zusammenhang ist vorweg auf die Ansicht des Spanischen Obersten Gerichtshofs im Vorfeld des Schiedsverfahrens *Charanne v. Spain* zu verweisen. Der Gerichtshof hat im Zusammenhang mit den seitens des Investors bekämpften regulatorischen Maßnahmen Spaniens ausgesprochen:

„*no legal hurdle exists for the Government, in the exercise of its regulatory power and in light of the broad competences on which relies* ***a strict regulated subject such as electricity****, to modify the compensation system provided that it acts under the framework established by the LSE.*"[806]

Das Schiedsgericht in *Charanne v. Spain* hielt hierzu fest:

---

zahlreichen Risiken unterliegen würden, was insbesondere dem Umstand geschuldet sei, dass Investoren in diesem Bereich grundsätzlich sehr hohe Summen aufbringen, meist langfristig planen müssen und erst spät mit Erträgen rechnen können; siehe ferner auch *Bellantuono,* The misguided quest for regulatory stability in the renewable energy sector, 275f; vgl auch *Wälde/Ndi*, Stabilizing International Investment Commitments, 225 zur besonderen Bedeutung von Stabilität bei Investitionen im Energiesektor.

[802] Vgl *Tienhaara/Downie*, Risky Business, 457, die aufzeigen, dass politische und gesetzliche Risiken zu den größten Befürchtungen ausländischer Investoren in diesem Bereich zählen, da Investitionen in diesem Sektor sehr kapital- und zeitintensiv seien; siehe ferner *N. Gatzert/T. Kosub*, Determinants of Policty Risks of Renewable Energy Investments, International Journal of Energy Sector Management, Vol. 11, Issue 1 (2017), 28 (28f, 30); *A.-R. Börner*, Investment Law and Energy in *M. Bungenberg/J. Griebel/S. Hobe/A. Reinisch* (Hrsg.), International Investment Law – A Handbook (2015), Rz 6.

[803] Siehe hierzu Satz 2 des Art 10 ECT im Folgeabschnitt D; siehe auch die Erwägungen in *Sevilla Beheer v. Spain*, Decision on Jurisdiction, Liability and Principles of Quantum, Rz 826.

[804] Die konträre Betrachtungsweise von Investor und Gaststaat im Zusammenhang mit Investitionen im Energiesektor wird durch Schiedsrichter *Cameron* in seiner *partial dissenting opinion* zu *Infracapital v. Spain* aufgezeigt (*Infracapital v. Spain*, Partial Dissenting Opinion, Rz 12).

[805] Vgl Kap IV E zu den Sorgfaltspflichten ausländischer Investoren im Zusammenhang mit möglichen Gesetzesänderungen.

[806] Zitiert in *Charanne v. Spain*, Rz 506 (Hervorhebung durch den Autor); Decision by the Supreme Court of Spain (15.12.2005), RL 76.

„*The Tribunal considers that the Claimants could have, at the time they made their investment in 2009, an analysis of the legal framework of its investment in Spanish law and understand that there was a possibility that the regulations adopted in 2007 and 2008 could be modifications.* ***At least that is the level of care that would be expected of a foreign investor in a highly regulated as the energy sector****, where a preliminary and comprehensive legal framework applicable to the sector analysis is essential to proceed with the investment.*"[807]

Nach Auffassung des Schiedsgerichts sind daher aufgrund der starken Regulierungsdichte in diesem speziellen Investitionssegment Gesetzesänderungen als wahrscheinlicher anzunehmen, als dies in nicht so stark regulierten Sektoren der Fall ist. Von der *UNCTAD*[808] wird allerdings ein anderer Ansatz vertreten. Diese fordert, dass bei derartigen langfristigen, kapitalintensiven Investitionen besonderes Augenmerk auf die Gewährung stabiler gesetzlicher Rahmenbedingen durch den Gaststaat zu legen sei. In dem Bericht wird jedoch betont, dass das Aushandeln von Verträgen mit Stabilisierungsklauseln zur Abfederung regulatorischer Risiken geboten erscheine[809]. So heißt es in dem bezughabenden Bericht der *UNCTAD* auszugsweise:

„*Furthermore, to the extent that FDI offers investments that are of a long-term nature, foreign* ***investors also expect a certain degree of predictability and stability in the host country's FDI policies****, i.e. that there will be no sudden changes in the policy parameters, affecting adversely or even ruining existing business plans.* ***When entering highly regulated or government-controlled markets or industries with huge investments – which is typically the case in infrastructure and extractive industries – foreign investors often seek government promises in investment contracts to ensure predictability and stability of key parameters***."[810]

Auch *A.-R. Börner*[811] hebt hervor, dass gesetzliche Stabilität bei Investitionen im Energiesektor, die in der Regel kostspielige und langfristige Angelegenheiten darstellen, für ausländische Investoren von erheblicher Bedeutung sei.[812] Die besondere Bedeutung von regulatorischer Stabilität führe

[807] *Charanne v. Spain,* Rz 506f (Hervorhebung durch den Autor).

[808] *UNCTAD*, The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries, 2009, 24, abrufbar unter: http://unctad.org/en/Docs/diaeia20095_en.pdf, zuletzt abgerufen am 21.12.2024.

[809] Zur selben Ansicht gelangt auch das Schiedsgericht in *Antin v. Spain*, Rz 520, das unter Bezugnahme auf die Ausführungen in *Eiser v. Spain* hervorhebt, dass der ECT aufgrund der Langfristigkeit von Investitionen im Energiesektor dazu konzipiert sei, Stabilität für solche Investitionen zu gewährleisten.

[810] Hervorhebung durch den Autor.

[811] *Börner*, Investment Law and Energy, Rz 10.

[812] Das Schiedsgericht in *SolEs Badajoz v. Spain* gibt im Zusammenhang mit Investitionen in Photovoltaik-Kraftwerke zu bedenken, dass diese im Vergleich zu nicht-erneuerbaren Formen der Energieerzeugung kostenintensiver seien,

dazu, dass Investoren oftmals vor Vornahme der Investition mit dem Staat den Abschluss von gesonderten vertraglichen Garantien in Hinblick auf eine auch zukünftig stabile Gesetzeslage anstreben.[813] Der Abschluss derartiger gesonderter Vereinbarungen wird aufgrund der Risiken von unter den ECT fallenden Investitionen empfohlen.[814] Der Umstand, dass der Abschluss von gesonderten Stabilisierungsklauseln geboten ist, kann auch als Argument für eine verstärkte *due-diligence*-Pflicht[815] angesehen werden.

Zur Beantwortung der Frage, ob bei Investitionen in diesem Sektor erstrangig der Gaststaat oder der Investor ‚in die Pflicht' zu nehmen ist, kann womöglich eine Auslegungsvorgabe im Zusammenhang mit dem Enteignungsschutz in jüngeren Freihandelsabkommen eine Hilfestellung bieten. Wie bereits aufgezeigt wurde, ist in zahlreichen jüngeren Investitionsabkommen die Verletzung berechtigter Erwartungen nicht als eigener Tatbestand unter dem FET-Standard festgehalten worden.[816] Beim Schutz vor unrechtmäßigen Enteignungen wiederum wurde der Schutz berechtigter Erwartungen im Vergleich zum FET-Standard in den jüngeren Abkommen zum Teil näher geregelt, wobei in den Abkommen nicht von ‚berechtigten' Erwartungen, sondern von „*investment-backed expectations*" die Rede ist.[817] Im Zusammenhang mit dem Schutz von Investorenerwartungen bei Enteignungen ist in den Fußnoten der jüngeren Vertragstexte nachstehender Passus zu finden:

„*For greater certainty, whether an investor`s investment-backed expectations are reasonable depends in part on the nature and extent of governmental regulation in the relevant sector.* ***For***

---

wobei der größte Kostenpunkt die Anfangsphase der Investition, sohin Ankauf und Installation der Anlage, darstelle. Diese Anfangskosten belaufen sich nach der Auffassung des durch den Kläger im Verfahren beigezogenen Sachverständigen auf etwa 90 % der Investitionskosten. Daher benötige es bei Investitionen in diesem Sektor nach Auffassung des Schiedsgerichts viel Zeit bis zur Amortisation der Investition. Aus diesen Gründen können PV-Anlagen ohne staatliche Förderungen nicht mit der herkömmlichen Form der Energieerzeugung konkurrieren (Rz 339, 415); siehe auch *D. Zannoni*, The legitimate expectation of regulatory stability under the Energy Charter Treaty, Leiden Journal of International Law, Vol. 33 (2) (2020), 451 (452).

[813] *Selivanova*, Changes in Renewables Support Policy and Investment Protection under the Energy Charter Treaty, 434; *A. Boute*, Combating Climate Change Through Investment Arbitration, Fordham International Law Journal, Vol. 35, Issue 3 (2012), 613 (623).

[814] *Schreuer,* Bonner Energiegespräche Schutz gegen regulatorische Maßnahmen durch Investitionsschutzabkommen, 81; vgl *S. Luttrell/A. Murphy/C. Chance,* Stabilisation Agreements in Long-Term Mining Agreements, Global Arbitration Review, 31. Juli 2019, abrufbar unter: https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=ec1b0b7c-a4a1-4904-9b50-2d9ad11862eb, zuletzt abrufen am 21.12.2024.

[815][948] Siehe hier auch *M. Krzykowski/M. Marianski/J. Ziety*, Principle of reasonable and legitimate expectations in international law as a premise for investments in the energy sector, International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics 21(2021), 75 (75ff).

[816] Siehe hierzu Kap VIII.

[817] Siehe etwa Canada-Korea FTA Art 8-B lit c ii; USA-Korea FTA („KORUS FTA"), Art 11-B; CETA Annex 8-A Abs 2 lit c.

example, an investor`s expectations that regulations will not change are less likely to be reasonable in heavily regulated sector than in a less heavily regulated sector."[818]

Obgleich diese Vorgabe im Zusammenhang mit dem Tatbestand der Enteignung festgehalten wurde, kann diese Wertung auch auf den Schutz von berechtigten Erwartungen unter dem FET-Standard im Zusammenhang mit regulatorischen Maßnahmen in stark regulierten Bereichen übertragen werden. Schließlich ist kein Grund ersichtlich, in diesem Zusammenhang zwischen dem Vertrauensschutz im Fall von Enteignungen und dem Schutz berechtigter Erwartungen unter dem FET-Standard zu differenzieren. Ausgehend von den zitierten Erläuterungen wäre jenem ‚Lager' beizupflichten, das aufgrund der starken Regulierungsdichte und der damit verbundenen Wahrscheinlichkeit von Gesetzesänderungen für einen höheren Sorgfaltsmaßstab ausländischer Investoren plädiert.

Nach der hier vertretenen Auffassung muss jedoch auch dem Umstand Rechnung getragen werden, dass es sich bei Investitionen in diesem Bereich um sehr kostenintensive und langfristige Vorhaben handelt, weswegen auch auf das Bedürfnis des Investors auf gesetzliche Stabilität Bedacht zu nehmen ist. Wenn der Investor sohin bei Planung und Vornahme der Investition der gebotenen Sorgfaltspflicht nachgekommen ist, wäre es nicht sachgerecht, diesem den Vertrauensschutz bei späteren, nachteiligen Gesetzesänderungen pauschal mit Verweis auf die starke Regulierungsdichte zu verwehren. Dass gesetzliche Stabilität in diesem besonderen Investitionssektor von großer Bedeutung ist, wird auch durch Entscheidungen aus dem Sektor der erneuerbaren Energien verdeutlicht. Es wurde in zahlreichen Entscheidungen eine Verletzung des FET-Standards auch abseits konkreter Stabilitätszusicherungen im Fall von Gesetzesänderungen angenommen, die dem Investor die Möglichkeit nehmen, mit seiner kostspieligen und langfristigen Investition zumindest eine angemessene Rendite *(„reasonable rate of return")* zu erwirtschaften, Die Fragestellung, ob eine angemessene Rendite als Mindestmaß jedenfalls, sohin auch abseits allfälliger konkreter Zusicherungen, vom Schutz berechtigter Erwartungen umfasst ist, wird noch gesondert behandelt[819]. Auch die nunmehr zu untersuchende Vorgabe in Art 2 in Art 10 Abs 1 Satz 1 ECT unterstreicht die Wichtigkeit von gesetzlicher Stabilität bei Investitionen in diesem Sektor.

[818] Siehe etwa Canada-Korea FTA Art 8-B lit c ii und FN 13; USA-Korea FTA („KORUS FTA"), Art 11-B und FN 20 (Hervorhebung durch den Autor); solch eine Erläuterung fehlt in der gleichlautenden Regelung in Annex 8-A Abs 2 lit c des CETA-Abkommens.

[819] Siehe Kap XI G zur Frage des Vertrauensschutzes auf eine ‚reasonable rate of return'.

C. Artikel 2 des ECT

In Art 2 des ECT steht normiert: „*'Purpose of the Treaty', this Treaty establishes a legal framework in order to promote longterm cooperation in the energy field, based on complementarities and mutual benefits, in accordance with the objectives and principles of the Charter.*"

Diese Vorgabe wird mitunter als Begründung für eine besondere Stabilitätsverpflichtung auf Seiten des Gaststaates herangezogen. Nach Ansicht des Schiedsgerichtes in *Eiser v. Spain*[820] sei aus dieser Vorgabe das Ziel des ECT abzuleiten, eine Rechtsordnung für langzeitliche Zusammenarbeit zu fördern. Die Regelungen im ECT sollen dazu dienen, gesetzliche Stabilität zu gewährleisten.[821] In diesem Zusammenhang verweist das Schiedsgericht auf den Inhalt der „*European Energy Charter*" aus dem Jahre 1991, die das Gebot von Stabilität ebenfalls betont hat.[822] Die *European Energy Charter* stellt das Vorgängermodel des ECT dar.

In der vormaligen *European Energy Charter* wurde festgehalten:

„*In order to promote the international flow of investments,* ***the signatories will at national level provide for a stable****, transparent* ***legal framework for foreign investments****, in conformity with the relevant international laws and rules on investment and trade. They affirm that it is important for the signatory States to negotiate and ratify legally binding agreements on promotion and protection of investments which ensure a* ***high level of legal security*** *and enable the use of investment risk guarantee schemes.*"[823]

Das Schiedsgericht in *Eiser v. Spain* schließt hieraus in Bezugnahme auf die Vorgaben in Satz 2 des ECT:

---

[820] *Eiser v. Spain*, Rz 378 unter Verweis auf *Plama v. Bulgaria*, Rz 173.

[821] Zu den Vorgaben in Art 2 ECT siehe auch *SunReserve v. Italy*, Rz 678; vgl Dolzer, Fair and Equitable Treatment: Today's Contours, 20. *Dolzer* begründet die Pflicht zur Gewährung gesetzlicher Stabilität auch abseits konkreter Zusicherungen bei besonders kostenintensiven Investitionen mit dem Ziel und Zweck von Investitionsabkommen. Es sei nach *Dolzer* allgemein bekannt, dass größere Investitionen über einen langen Zeitraum angelegt werden (oftmals länger als 20 Jahre), und sei die Bereitwilligkeit von ausländischen Investoren zur Vornahme solcher Investitionen in fremden Ländern mit dem Grad der gesetzlichen Stabilität im Gaststaat verknüpft.

[822] *Eiser v. Spain*, Rz 378.

[823] The European Energy Charter (1991), abrufbar unter: https://www.ecolex.org/details/treaty/european-energy-charter-tre-160046/ (Hervorhebung durch den Autor), zitiert in *Eiser v. Spain*, Rz 378; auch das Schiedsgericht in *Watkins v. Spain*, Rz 540 nimmt Bezug auf die vormalige *European Energy Charter* im Zusammenhang mit der Auslegung der Bedeutung der Vorgaben in Art 10 Abs 1 Satz 1 und 2 des ECT.

„***These Energy Charter provisions illuminate the nature of the legal regime referred to in ECT Article 2****, by emphasizing national legal frameworks that are stable, transparent, and compliant with international legal standards.* ***They show that, in interpreting ECT's obligation to accord fair and equitable treatment, interpreters must be mindful of the agreed objectives of legal stability and transparence****."*[824]

Das Schiedsgericht in *Eiser v. Spain* überträgt somit die seines Erachtens auf Stabilität abstellende Wertung der *European Energy Charter* auf den ECT. Fraglich ist in diesem Zusammenhang jedoch, inwiefern die Vorgaben der ehemaligen *European Energy Charter* bei der Auslegung des ECT zu berücksichtigen sind. Für eine Beachtlichkeit der zitierten Vorgaben der ehemaligen *European Energy Charter* würde sprechen, dass in der Präambel des ECT explizit auf die *European Energy Charter* Bezug genommen wurde. In der Präambel des ECT wird hierzu festgehalten:

„*Desiring also to establish the structural framework required to implement the principles enunciated in the European Energy Charter; Wishing to implement the basic concept of the European Energy Charter initiative which is to catalyse economic growth by means of measures to liberalize investment and trade in energy.*"[825]

T. Restrepo[826] nimmt in seinem Aufsatz auf die dargestellte Auffassung des Schiedsgerichtes in *Eiser v. Spain* im Zusammenhang mit Artikel 2 des ECT und der vormaligen *European Energy Charter* Bezug. Der Autor führt hierzu aus, dass bei Investitionen im Sektor der erneuerbaren Energien ein höherer Maßstab im Hinblick auf gesetzliche Stabilität anzusetzen sei. Dies ergebe sich auch aus dem Ziel der nachhaltigen Energieproduktion zum Schutz der Umwelt, wie in Art 19 des ECT gesondert hervorgehoben werde.[827] Aufgrund der Vorgaben in der Präambel des ECT und insbesondere in Ansehung der aufgezeigten Vorgaben im Hinblick auf die Förderung nachhaltiger Energie spricht sich *Restrepo* für einen Ansatz einer „verstärkten Stabilität" unter dem ECT aus.[828]

[824] *Eiser v. Spain*, Rz 378 (Hervorhebung durch den Autor).
[825] Siehe Titel II Implementation Abs 4 im ECT unter Bezugnahme auf die European Energy Charter.
[826] *Restrepo*, Modification of Renewable Energy Support Schemes Under the Energy Charter Treaty, 129f.
[827] In Art 19 lit d des ECT steht hierzu normiert: „*Contracting Parties shall accordingly: … have particular regard to Improving Energy Efficiency, to developing and using renewable energy sources, to promoting the use of cleaner fuels and to employing technologies and technological means that reduce pollution.*"
[828] *Restrepo*, Modification of Renewable Energy Support Schemes Under the Energy Charter Treaty, 128.

Auch das Schiedsgericht in *Antin v. Spain*[829] nahm im Zusammenhang mit Art 2 des ECT auf die *European Energy Charter* Bezug und führte hierzu aus:

„*These provisions of the Charter thus confirm that the* ***legal framework referred to in Article 2 of the ECT is one that is stable****, transparent, and compliant with international legal standards. The Tribunal shall therefore* ***observe the objectives of legal stability and transparency in interpreting the FET standard under the ECT***."[830]

In Bezug auf Art 2 des ECT drängt sich jedoch die Frage auf, ob diese Vorgabe anders zu verstehen ist, als die sonst in Präambeln von BITs oftmals vorzufindenden ‚programmatischen' Stabilitätsvorgaben.[831] Es wäre hier denkbar, dass die besondere Eigenart von Investitionen unter dem ECT[832] für eine stärkere Gewichtung der Stabilitätsvorgabe in Art 2 ECT – im Vergleich zu den ‚üblichen' Stabilitätsvorgaben in Präambeln von BITs – spricht. Für diesen Ansatz könnte überdies sprechen, dass die Stabilitätsvorgabe nicht in der Präambel des ECT, sondern im Vertragstext selbst als eigener Artikel eingearbeitet wurde.[833] Die auf Stabilität abstellenden Vorgaben in Art 2 und 10 Abs 1 Satz 1 des ECT geben immerhin Aufschluss über Ziel und Zweck des Vertrages, wie dies auch vom Schiedsgericht in *Eiser v. Spain*[834] aufgezeigt wurde. Auch die aufgezeigten Verweise im ECT auf die ehemalige *European Energy Charter* sind in die Gesamtbetrachtung einzubeziehen. Festzuhalten ist jedoch, dass Art 2 ECT dem Investor keinen rechtlich durchsetzbaren Anspruch auf gesetzliche Stabilität gewährt.[835] Diese Vorgabe ist nach der hier vertretenen Auffassung vielmehr bei der Auslegung der Frage, ob eine Verletzung des FET-Standards aufgrund nachteiliger Gesetzesänderungen zu bejahen ist, in die Gesamtabwägung einzubeziehen und zugunsten des Investors in der Abwägung zu gewichten.

[829] *Antin v. Spain*, Rz 521; auch das Schiedsgericht in *PV Investors v. Spain* nimmt bei der Auslegung des ECT auf die Vorgaben der European Energy Charter Bezug (*PV Investors v. Spain*, Rz 569f).
[830] Hervorhebung durch den Autor.
[831] Siehe Kap V B b) zum Rechtsgehalt von Stabilitätsvorgaben in Präambeln.
[832] Zur langfristigen und kostenintensiven Ausrichtung von Investitionen in diesem Sektor siehe Abschnitt B dieses Kapitels.
[833] Siehe die Erwägungen zu den jüngeren Freihandelsabkommen in Kap VIII; auch das Prinzip des „*effet utile*" gebietet es, dieser Vorgabe eine Bedeutung beizumessen, siehe Kap V B c).
[834] *Eiser v. Spain*, Rz 378; siehe die Erwägungen in Abschnitt B dieses Kapitels; zur Auslegung unter Bedachtnahme auf Ziel und Zweck eines Investitionsabkommens siehe Kap V B a).
[835] Siehe Kap V B b) zu den Stabilitätsvorgaben in Präambeln.

D. Art 10 Abs 1 Satz 1 und 2 des ECT

Im Zusammenhang mit dem Schutz berechtigter Erwartungen unter dem ECT stellt Art 10 Abs 1 des ECT die zentrale Norm. In Satz 1 des Art 10 Abs 1 ECT heißt es:

„*Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors of other Contracting Parties to make Investments in its Area.*"

Der FET-Standard wird in Satz 2 des Art 10 Abs 1 wie folgt normiert:

„*Such conditions shall include a commitment to accord at all times to Investments of Investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment.*"

Es stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis die Vorgaben in Satz 1 und Satz 2 des Abs 1 stehen. Unklar ist nach dem Wortlaut, ob die Stabilitätsvorgabe in Satz 1 gesondert vom in Satz 2 geregelten FET-Standard zu erfassen ist. In diesem Zusammenhang ist fraglich, ob sich aus Satz 1 eine zusätzliche, über den Schutzumfang des FET-Standards hinausgehende, Stabilitätsverpflichtung ableiten lässt.[836] *R. Happ*[837] hat hierzu ausgeführt, dass aufgrund der Vorgaben in Art 10 Abs 1 Satz 1 ECT eine unerwartete und nachteilige Gesetzesänderung zu einer Verletzung des FET-Standards führen könne. Dass die Formulierung von Satz 1 des Art 10 ECT als eine Verstärkung des Schutzes berechtigter Erwartungen – im Vergleich zum FET-Standard in anderen Investitionsabkommen – zu verstehen ist, wird ua von *T. Dromgool/D. Y. Enguix* vertreten.[838] Überhaupt vertreten die Autoren die Auffassung, dass der FET-Standard des ECT einen besonders starken Investorenschutz vorgeben würde.[839] Im Zusammenhang mit der Frage eines eigenständigen rechtlichen Gehaltes von Satz 1 des Art 10 Abs 1 ECT ist die Schiedsentscheidung

[836] Siehe *C. A. Patrizia/J. R. Profaizer/I. V. Timofeyev/S. W. Cooper*, Investment Disputes involving the Renewable Energy Industry Under the Energy Charter Treaty, Global Arbitration Review (8. January 2019), abrufbar unter: https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-energy-arbitrations/4th-edition/article/investment-disputes-involving-the-renewable-energy-industry-under-the-energy-charter-treaty, zuletzt abgerufen am 21.12.2024. Die Autoren vergleichen die Vorgaben des ECT mit jenen im US-Argentina-BIT und betonen, dass den Gaststaat nach Art 10 Satz 1 ECT die Pflicht treffe, stabile Konditionen für ausländische Investitionen zu schaffen, da aus dieser Vorgabe eine spezifische Gewichtung des ECT im Zusammenhang mit langzeitlicher Stabilität zu erblicken sei; das Schiedsgericht in *Blusun v. Italy* (Rz 315, 319) betonte, dass die Vorgaben des ECT im Zusammenhang mit der Verpflichtung zur Gewährung von stabilen Konditionen nicht lediglich als „*preambular*" zu verstehen sei. Das Schiedsgericht misst dieser Stabilitätsvorgabe somit offenbar eine höhere Bedeutung als den üblicherweise in Präambeln von BITs vorzufindenden Stabilitätsvorgaben bei.

[837] *R. Happ*, The Energy Charter Treaty, Rz 17.

[838] *T. Dromgool/D. Y. Enguix*, The Fair and Equitable Treatment Standard and the Revocation of Feed in Tariffs-Foreign Renewable Energy Investments in Crisis-Struck Spain, in *V. Mauerhofer* (Hrsg.), Legal Aspects of Sustainable Development: Horizontal and Sectorial Policy Issues[1] (2016)[1], 389 (405).

Stadtwerke München v. Spain von Interesse. Im Schiedsverfahren hat der Investor seine Klage aufgrund nachteiliger gesetzlicher Maßnahmen neben der Verletzung seiner berechtigten Erwartungen unter Satz 2 des Art 10 Abs 1 ECT auch, als eigenständigen Tatbestand, auf die Stabilitätsvorgabe des Satz 1 des Art 10 Abs 1 ECT gestützt.[840] Das Schiedsgericht hielt hierzu mehrheitlich fest, dass Satz 1 kein eigener „Stabilitätsstandard" sei. Vielmehr sei diese Vorgabe Teil des in Satz 2 geregelten FET-Standard. Dies ergebe sich nach Auffassung des Schiedsgerichts auch daraus, dass in Satz 2 konkrete Verpflichtungen festgehalten werden, während dies in Satz 1 nicht der Fall sei.[841] An dieser Stelle verwies das Schiedsgericht auf die Entscheidung *White Industries v. India*. In dem Verfahren wurde ebenfalls festgehalten, dass Stabilitätsvorgaben, wie sie häufig insbesondere in Präambeln aufzufinden sind, zu allgemein gehalten seien, um konkrete rechtliche Verpflichtungen zu begründen.[842] Da Satz 1 nach Auffassung des Schiedsgerichts in *Stadtwerke* zu generell gefasst sei, um daraus einen eignen rechtlichen Anspruch ableiten zu können, wurde die auf die Stabilitätsvorgabe in Satz 1 des Art 10 Abs 1 ECT gestützte Klage abgewiesen.[843] Auch Schiedsrichter *Hober*[844] vertritt in seiner *dissenting opinion* zu diesem Verfahren die Ansicht, dass Satz 1 des Art 10 ECT keine eigenständige Stabilitätsverpflichtung normiere. Die Vorgabe sei jedoch nach *Hober* so zu verstehen, dass es den berechtigten Erwartungen des Investors entspreche, stabile gesetzliche Rahmenbedingung vorzufinden. Wie dies rechtlich einzuordnen ist, wird von *Hober* jedoch offengelassen. Da sich dieser jedoch gegen einen eigenständigen rechtlichen Gehalt von Satz 1 ausspricht, ist anzunehmen, dass diese Vorgabe nach *Hober* wohl bei der Auslegung des FET-Standards und des Schutzes berechtigter Erwartungen

[839] *Dromgool/Enguix*, The Fair and Equitable Treatment Standard and the Revocation of Feed in Tariffs-Foreign Renewable Energy Investments, 414; *Dolzer* (Fair and Equitable Treatment: Today's Contours, 23) hebt hervor, dass der ECT ausdrücklich die Verpflichtung für den Gaststaat normiere, rechtliche Stabilität zu gewähren; *Selivanova* (Changes in Renewables Support Policy and Investment Protection, 453); vgl *Reuter*, Retroactive Reduction of Support for Renewable Energy and Investment Treaty Protection from the Perspective of Shareholders and Lenders, Transnational Dispute Management (2015), 3, der betont, dass aufgrund des Umstandes, dass in Art 10 Abs 1, 1 Satz ECT ausdrücklich auf stabile Rahmenbedingungen Bezug genommen werde, ausländische Investoren darauf vertrauen können, dass keine abrupte Beendigung von staatlichen Förderungen für erneuerbare Energien eintreten werde; korrespondierend hierzu wird auch seitens des Schiedsgerichtes in *Eiser v. Spain,* Rz 387 ausgeführt: „*However, Article 10(1) of the ECT entitled them to expect that Spain would not drastically and abruptly revise the regime, on which their investment depended, in a way that destroyed its value.*"

[840] *Stadtwerke München v. Spain*, Rz 198.

[841] *Stadtwerke München v. Spain*, Rz 194f.

[842] *Stadtwerke München v. Spain*, Rz 196 unter Verweis auf *White Industries v. India,* Rz 9.2.7; zu den Stabilitätsvorgaben in Präambeln siehe ausführlich die Erwägungen in Kap V B b).

[843] *Stadtwerke München v. Spain*, Rz 198; auch in *BayWa v. Spain* ist das Schiedsgericht zu diesem Ergebnis gelangt, siehe Rz 458.

[844] *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH, and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/1, Dissenting Opinion of Professor Kaj Hober (02.Dec 2019), Rz 7.

durch das Schiedsgericht zu berücksichtigen sind. Das Schiedsgericht in *Watkins v. Spain* ging ebenfalls davon aus, dass – aufgrund der Stabilitätsvorgabe Satz 1 des ECT – den Gaststaat unter dem ECT im Vergleich zu den Vorgaben ‚herkömmlicher' BITs ein strengerer Maßstab hinsichtlich der Gewährung von stabilen gesetzlichen Rahmenbedingungen treffe. Das Schiedsgericht verglich unter Bezugnahme auf die Entscheidung *Total S.A. v. Argentina* die Vorgaben im ECT mit den Vorgaben im Frankreich-Argentinien-BIT und hob hervor:

„*The Tribunal is of the view that the decision in Total does not assist Spain's arguments as it was not a decision pursuant to the ECT but pursuant to the 1991 France-Argentina BIT,* ***which does not contain stability provisions for investors***."[845]

Das Schiedsgericht in *AES v. Hungary*[846] führte aus, dass die in Satz 1 des Art 10 Abs 1 ECT genannten „*stable conditions*" im Zusammenhang mit den gesetzlichen Rahmenbedingungen, unter denen die Investition vorgenommen wurde, zu lesen seien. Diese Vorgabe sei jedoch nach Auffassung des Schiedsgerichts nicht als Stabilisierungsklausel zu verstehen, da es Gesetzen grundsätzlich wesensimmanent ist, dass diese sich ändern können. Aus der Ausführung des Schiedsgerichts in *AES* lässt sich jedoch ableiten, dass die normierten „*stable conditions*" in Satz 1 des Art 10 Abs 1 ECT ein zusätzliches Element zur Bestärkung gesetzlicher Stabilität darstellen. Zu betonen ist jedoch, dass das Schiedsgericht in der rechtlichen Beurteilung unterstreicht, dass keine konkreten Zusicherungen seitens des Gaststaates abgegeben wurden. Aus diesem Grund wurde das Bestehen von berechtigten Erwartungen auf eine unveränderte Gesetzeslage vom Schiedsgericht verneint.[847] Somit erachtet das Schiedsgericht die Stabilitätsvorgabe in Satz 1 des Art 10 ECT für sich allein abseits konkreter Stabilitätszusicherungen nicht als ausreichende Grundlage für die Begründung von berechtigten Erwartungen auf eine stabile Gesetzeslage.

[845] *Watkins v. Spain*, Rz 497 (Hervorhebung durch den Autor). Überhaupt betonte das Schiedsgericht, dass die durch das Schiedsgericht in *Total v. Argentina* aufgestellten Grundsätze aufgrund der unterschiedlichen Ausgangslage nicht herangezogen werden können; aA *Diehl* (The Core Standard of International Investment Protection, 111), die hervorhebt, dass die Vorgabe im ECT, stabile und transparente Konditionen zu gewähren, als eine Spielart der üblichen (oftmals in Präambeln) vorzufindenden Vorgaben, wonach den Investoren „*favourable conditions*" zu gewähren seien, verstanden werden könne. Somit geht die Autorin nicht von einer Verstärkung des Schutzes auf gesetzliche Stabilität durch die Vorgabe in Satz 1 des Art 10 Abs 1 ECT im Vergleich zu den herkömmlichen, in BITs vorzufindenden Stabilitätsvorgaben aus.

[846] *AES v. Hungary*, Rz 9.3.29.

[847] *AES v. Hungary*, Rz 9.3.31, 9.3.34, 9.3.35.

Nach der überwiegenden Schiedspraxis stellt die Vorgabe in Satz 1 des Art 10 Abs 1 ECT einen Teil des in Satz 2 normierten FET-Standards dar.[848] Das Schiedsgericht in *I.C.W. Europe Investments Limited v. Czech Republic* betonte in diesem Zusammenhang jedoch, dass die Verpflichtung, stabile Rahmenbedingungen zu gewähren, eine separate Verpflichtung unter dem FET-Standard darstelle. Diese Verpflichtung ist nach Auffassung des Schiedsgerichts getrennt von der Verpflichtung zum Schutz berechtigter Erwartungen zu sehen.[849] Im Zusammenhang mit der Frage des Verhältnisses von Satz 1 und 2 des Art 10 Abs 1 ECT ist die Regelung im BIT zwischen Argentinien und dem Vereinigten Königreich von Interesse. In diesem BIT wurde eine ähnliche Formulierung wie im ECT gewählt. In Art 2 Abs 1 steht normiert: „*Each Contracting Party shall encourage and create favourable conditions for investors of the other Contracting Party to invest capital in its territory, and, subject to its right to exercise powers conferred by its laws, shall admit such capital.*"

[848] *I.C.W. Europe Investments Limited v. Czech Republic,* Award (15. May 2019), Rz 529f; *Infracapital v. Spain*, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, Rz 520; *Sevilla Beheer B.V. and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/16/27, Decision on Jurisdiction, Liability and Principles on Quantum (11. Feb 2022), Rz 715; auch das Schiedsgericht in *Eiser v. Spain* (Rz 381) kam in diesem Punkt zu dem selben Ergebnis wie das Schiedsgericht in *Charanne v. Spain*. Das Schiedsgericht in *Eiser* verwies auf die Entscheidung *Plama v. Bulgaria* (Rz 173*)*, in der das Schiedsgericht ausgeführt hat: „*stable and equitable conditions are clearly part of the fair and equitable treatment standard under the ECT.*"; auch das Schiedsgericht in *RREEF v. Spain* (Rz 314) folgte dem Ansatz von *Eiser*; selbiges gilt hinsichtlich des Schiedsgerichts in *PV Investors v. Spain*, Rz 567; auch das Schiedsgericht in *Novenergia v. Spain* (Rz 643) ist diesem Ansatz unter Verweis auf die Entscheidung *Isolux v. Spain* gefolgt und betonte, dass aus der normierten Vorgabe der Gewährung stabiler Rahmenbedingungen in Satz 1 des Art 10 Abs 1 ECT keine rechtliche Verpflichtung des Gaststaates im Hinblick auf die Verpflichtung zur Gewährung einer stabile Gesetzeslage abzuleiten sei; zu einer anderen Ansicht kam das Schiedsgericht in *Blusun v. Italy* (Rz 329, 343) und hob hervor, dass die Vorgaben in Satz 1 nicht Teil des FET-Standards in Satz 2 des Art 10 Abs 1 ECT bilden und daher als eigene ‚Stabilitätsvorgabe' zu verstehen seien. Unklar bleibt bei dieser Auslegung, ob dieses Ergebnis zu einer Bestärkung des Schutzes auf stabile gesetzliche Rahmenbedingungen führt. Das Schiedsgericht in *Blusun* lies dies offen, wobei hervorzuheben ist, dass im Verfahren der Klage des Investors auch mangels konkreter Zusicherungen nicht Folge gegeben wurde. Dieses Ergebnis spricht gegen die Annahme, dass das Schiedsgericht aus der Vorgabe eine eigenständige rechtliche Verpflichtung zur Gewährung von gesetzlicher Stabilität ableitet, siehe *Blusun v. Italy*, Rz 374; vgl *Hydro Energy v. Spain*, Rz 548: „*It is, however, clear that even without an express obligation to create stable, equitable and transparent conditions, that such an obligation would be included in the fair and equitable treatment standard (FET), and that, no doubt, was what the tribunal in Plama v Bulgaria meant when it said that 'stable and equitable conditions are clearly part of the fair and equitable treatment standard under the ECT.*"*;* auch das Schiedsgericht in *SICAR v. Spain*, Rz 646 folgte der Auffassung der Schiedsgerichte in *Isolux*, *Plama* und *Eiser* und hob hervor, dass Satz 1 des Art 10 Abs 1 ECT keine eigenständige Stabilitätsverpflichtung begründet; aA Schiedsrichter *Sands*, der Satz 1 als vom Schutz berechtigter Erwartungen in Satz 2 losgelöste Stabilitätsvorgabe erblickt, siehe *RENERGY v. Spain*, Dissent on Liability and Quantum, Rz 26, 30.

[849] *I.C.W. Europe Investments Limited v. Czech Republic,* Award (15. May 2019), Rz 529f; zur Frage einer eigenständigen Verpflichtung zur Gewährung von Stabilität siehe überdies Kap XI A a).

In Abs 2 des selben Artikels wird der FET-Standard wie folgt festgehalten: „*Investments of investors of each Contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy protection and constant security in the territory of the other Contracting Party.*"[850]

Im Unterschied zum ECT ist sohin zwischen den beiden Absätzen des genannten BIT kein Konnex vorgegeben, während im ECT Satz 2 des Art 10 mit den Worten*:* „***Such conditions** shall **include** a commitment…*"[851] beginnt. Die Formulierung im ECT spricht nach dem Wortlaut daher auch im Vergleich mit der Formulierung in dem genannten BIT dafür, dass die Stabilitätsvorgabe in Satz 1 nicht als gesonderter Stabilitätsverpflichtung aufzufassen ist.

Das Schiedsgericht in *Antin v. Spain*[852] wiederum erblickte in den Vorgaben des Satz 1 Art 10 ECT eine eigenständige rechtliche Verpflichtung für den Gaststaat. Das Schiedsgericht betonte hierbei, dass die Formulierung „*shall*" in Satz 1 des Art 10 Abs 1 ECT wie folgt zu verstehen sei:

„*The Tribunal notes that the language of Article 10(1) of the ECT **is not merely a suggestion or a recommendation for the Contracting Parties**. It provides that each Contracting Party 'shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors of other Contracting Parties to make Investments in its Area' (emphasis added). **The modal verb 'shall' expresses an instruction**, **command or obligation** and therefore, compliance with the ECT requires that each Contracting State shall not only encourage but also create stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors of other Contracting Parties to make Investments in its Area.*"[853]

Das Schiedsgericht führte an dieser Stelle aus, dass der FET-Standard des ECT aufgrund der Normierung einer spezifischen Stabilitätsvorgabe von anderen Abkommen, in denen der FET-Standard ohne solch eine Stabilitätsvorgabe normiert werde, zu unterscheiden sei.[854] Nach Ansicht des Schiedsgerichts stelle die Verpflichtung zur Gewährung stabiler rechtlicher Rahmenbedingungen eine Erweiterung des Schutzumfanges des FET-Standards dar. Hervorzuheben

[850] Siehe die Erwägungen in *National Grid v. Argentina*, Rz 170.

[851] Hervorhebung durch den Autor.

[852] *Antin v. Spain*, Rz 525.

[853] Hervorhebung durch den Autor.

[854] *Antin v. Spain*, Rz 533. Das Schiedsgericht hat hierzu ausgeführt, dass Ziel und Zweck des FET-Standards stets nach dem jeweiligen Vertrag zu interpretieren sei, in dem der FET-Standard eingebettet ist. Sohin sind andere Entscheidungen, die aufgrund anderer Vertragsgrundlagen und somit anderen FET-Vorgaben getroffen wurden, in denen insbesondere keine gesonderten Stabilitätsvorgaben enthalten sind, für die Auslegung des FET-Standards des ECT nicht heranzuziehen, siehe *Antin v. Spain*, Rz 533.

ist jedoch, dass das Schiedsgericht in *Antin* letztendlich aufgrund der totalen Abänderung der essentiellen gesetzlichen Rahmenbedingungen eine Verletzung des FET-Standards angenommen hat. Ob und inwiefern die vom Schiedsgericht als gesonderte Stabilitätsverpflichtung aufgefasste Vorgabe in Satz 1 des Art 10 Abs 1 ECT bei der Bejahung der Verletzung des FET-Standards eine Rolle gespielt hat, wurde in der Entscheidung nicht näher dargelegt.[855] Zu betonen ist, dass auch Schiedsgericht in *Blusun v. Italy* die Ansicht vertreten hat, dass die Stabilitätsvorgabe im ECT eine vom FET-Standard gesonderte Verpflichtung auf Gewährung von Stabilität normiert. Ungeachtet dessen gelangte das Schiedsgericht jedoch zu dem Ergebnis, dass die nachteiligen Gesetzesänderungen mangels des Vorliegens von konkreten Zusicherungen zu keiner Verletzung des FET-Standards geführt haben.[856]

Auch Schiedsrichter *Sacerdoti*[857] ging in seiner *dissenting opinion* zur Entscheidung *Greentech v. Spain* von einer sich aus Satz 1 ergebenden Verpflichtung zur Gewährung von Stabilität aus. Er hob hierbei hervor, dass diese Stabilitätsverpflichtung jedoch mit den Regelungsinteressen des Gaststaates abzuwägen sei. Zu betonen ist jedoch, dass *Sacerdoti* – entgegen der Auffassung seiner Kollegen – im Ergebnis die Verletzung der berechtigten Erwartungen des Investors verneint hat.[858]

Das Schiedsgericht in *Watkins v. Spain* verglich die Stabilitätsvorgabe in Satz 1 des Art 10 ECT mit den regelmäßig in BITs vorzufindenden Stabilitätsvorgaben und hob hervor:

„***Article 10(1) of the ECT obligates*** *Spain 'to encourage and create stable, equitable, favourable and transparent conditions' for investors. This is important in the RE electricity sector as the Claimants have committed a substantial amount of capital when investing in Wind Farms so that a long-term return is generated and realised.* ***The ECT is distinct from BITs because the ECT is specific to the energy sector and also because the BITs do not contain the express obligations that are enshrined in Article 10(1)****."*[859]

Das Schiedsgericht vertrat in der Entscheidung sohin die Ansicht, dass der Stabilitätsvorgabe in Satz 1 des Art 10 Abs 1 ECT ein im Vergleich zu den herkömmlichen in BITs enthaltenen Stabilitätsvorgaben höherer rechtlicher Gehalt beizumessen ist. Wie dieser höhere rechtliche Gehalt

[855] Zur Erläuterung des Verfahrens *Antin v. Spain* siehe Kap X C f).
[856] Siehe *Blusun v. Italy*, Rz 329, 343; zur Erörterung des Verfahrens siehe Kap X C d).
[857] *Greentech Energy Systems A/S, et al. v. Italian Republic*, SCC Case No. V 2015/095, Dissenting Opinion of Arbitrator Giorgio Sacerdoti (05. Dec 2018), Rz 16, 47.
[858] *Greentech*, Dissenting opinion Sacerdoti, Rz 16.
[859] *Watkins v. Spain*, Rz 541 (Hervorhebung durch den Autor).

im Fall von nachteiligen Gesetzesänderungen zu berücksichtigen ist, wurde durch das Schiedsgericht jedoch nicht näher ausgeführt.

a) Eigene Auffassung

Nach der hier vertretenen Ansicht ist eine eigenständige, sich aus Satz 1 des Art 10 ECT ergebende Stabilitätsverpflichtung abzulehnen. Bereits nach dem Wortlaut ist davon auszugehen, dass Satz 1 im Wesentlichen eine programmatische Vorgabe darstellt, die in ihrer rechtlichen Qualifikation mit den oftmals in Präambeln von BITs vorzufindenden Stabilitätsvorgaben vergleichbar ist. Treffend hat das Schiedsgericht in *Stadtwerke v. München* hierzu ausgeführt, dass die Vorgabe in Satz 1 des Art 10 ECT zu allgemein gehalten sei, um daraus einen eigenständig durchsetzbaren Rechtsanspruch auf Stabilität zu begründen.[860] Aus dieser Vorgabe lässt sich insbesondere kein Schutz auf gesetzliche Stabilität auch abseits konkreter Zusicherungen ableiten. In diesem Zusammenhang ist nochmals auf die Entscheidung *AES v. Hungary* zu verweisen.[861] In der Entscheidung ist das Schiedsgericht zwar offenkundig von einer ‚besonderen' Stabilitätsobligation des Gaststaates unter den Vorgaben des ECT ausgegangen, hat jedoch in weiterer Folge die Verletzung berechtigter Erwartungen aufgrund der nachteiligen Gesetzesänderungen mangels Vorliegens von konkreten Zusicherungen verneint.

Nach der hier vertretenen Auffassung wird die Vorgabe in Satz 1 des Art 10 ECT vielmehr im Fall der Vornahme einer Verhältnismäßigkeitsabwägung bei Gesetzesänderungen zugunsten des Investors in die Abwägung einzubeziehen sein. Diese Gewichtung muss jedoch durch das jeweilige Schiedsgericht, zur Nachvollziehbarkeit, in der Begründung der Entscheidung offen gelegt werden.[862] Ausgehend von der aufgezeigten Ausführungen des Schiedsgerichtes in *Antin v. Spain* ist auch denkbar, dass diese Stabilitätsvorgabe bei nachteiligen Gesetzesänderungen vorzeitiger als bei herkömmlichen BITs, die keine derartigen Stabilitätsvorgaben enthalten, die Argumentation einer Verletzung des FET-Standards aufgrund einer ‚totalen Abänderung' der gesetzlichen Rahmenbedingungen ermöglicht.[863] Dies ist insofern von Relevanz, da für die Verletzung des FET-

[860] *Stadtwerke München v. Spain*, Rz 196 unter Verweis auf *White Industries v. India,* Rz 9.2.7.
[861] Siehe die Erwägungen zu *AES v. Hungary* auf S 253 dieser Arbeit.
[862] Diese Offenlegung wird durch Schiedsgerichte in der Regel nicht vorgenommen, siehe hierzu die Kritik in Kap XI C c).
[863] Siehe zu *Antin v. Spain* die Ausführungen im Vorabschnitt, wobei das Schiedsgericht in der Entscheidung nicht näher angibt, welcher Bedeutung dieser Vorgabe für die Annahme einer ‚totalen Abänderung' der gesetzlichen Rahmenbedingungen beizumessen ist.

Standards aufgrund einer ‚totalen Abänderung' der gesetzlichen Rahmenbedingungen nach der Schiedsjudikatur keine konkreten Zusicherungen erforderlich sind.[864]

E. Exkurs: eine eigenständige Stabilitätsverpflichtung neben dem Schutz berechtigter Erwartungen unter dem FET-Standard?

Wie in diesem Kapitel aufgezeigt wurde, begründet Satz 1 des Art 10 Abs 1 ECT keine eigenständig durchsetzbare Stabilitätsverpflichtung. Es bestehen jedoch im allgemeinen gewisse Abgrenzungsschwierigkeiten dahingehend, ob die wiederholt in der Schiedsjudikatur angenommene Verpflichtung zur Gewährung stabiler gesetzlicher Rahmenbedingungen als ein eigener Schutzstandard unter dem FET-Standard zu erfassen oder ob diese Verpflichtung vom Schutz berechtigter Erwartungen umfasst ist.[865] Auf diese Fragestellung wird in weiterer Folge noch näher eingegangen.[866]

[864] Siehe zur ‚totalen Abänderung' der gesetzlichen Rahmenbedingungen Kap XI D.

[865] Siehe hier *Antaris v. Czech Republic*, Rz 360 (Hervorhebung durch den Autor): „*There will be a breach of the FET standard where legal and business stability or the legal framework has been altered in such a way as to frustrate legitimate and reasonable expectations* ***or*** *guarantees of stability*", wobei das Schiedsgericht in der bezughabenden Fußnote der Entscheidung (FN 535) unter Verweis auf *Binder v. Czech Republic* anführt:: „*Some awards suggest that there is a free-standing and independent requirement to provide a stable and predictable legal order: see Binder v. Czech Republic (Danelius, Creutzig, Gaillard), July 15, 2011, para 446 (and awards cited there)*"; *S. Maynard*, Legitimate Expectations and the Interpretation of the "Legal Stability Obligation", European Investment Law and Arbitration Review Online, Vol. 1 (2016), 99 (99f).

[866] Siehe hierzu Kap XI A a).

X. Jüngste Entwicklung in der Schiedspraxis

A. Einleitung: Die ‚Energiekrise'

T. Wälde und *G. Ndi* haben bereits in einem 1996 publizierten Artikel prophezeit, dass in der Zukunft großzügige Versprechungen seitens der Gaststaaten an ausländische Investoren im Energiesektor gemacht werden, die den Test der Zeit jedoch nicht bestehen werden.[867] Diese Prophezeiung scheint sich aufgrund der großen Anzahl der anhängigen und bereits entschiedenen Schiedsverfahren in diesem Sektor in jüngerer Zeit bewahrheitet zu haben.[868] Hintergrund für diese Klageflut sind umfassende, in einigen Staaten Europas im Sektor der erneuerbaren Energien erfolgte, Gesetzesänderungen. Insbesondere in Spanien, Italien, der Tschechischen Republik und Bulgarien wurden hierbei einschneidende Kürzungen bei Subventionen und Vergütungen im Zusammenhang mit Solarenergieprojekten vorgenommen.[869] Hervorzuheben ist, dass die genannten Staaten Investoren – wird deren Argumentation in den Schiedsverfahren gefolgt[870] – mit zunächst vorteilhaften Konditionen dazu bewogen haben, in den Sektor der erneuerbaren Energien zu investieren. Die in weiterer Folge erfolgten Kürzungen dieser vorteilhaften Konditionen waren Anlass für die Einleitung der Schiedsverfahren.[871] Hierbei stellt der ECT in den meisten der Verfahren die vertragliche Grundlage dar.[872] Da in sämtlichen Verfahren nachteilige Gesetzesänderungen eine Rolle spielen und grundsätzlich[873] keine konkreten Stabilitätszusicherungen erteilt wurden, spielen diese Verfahren auch für die hier zu behandelnde

[867] *P. D. Cameron*, Stability of Contract in the International Energy Industry, Journal of Energy & Natural Resources Law, Vol. 27, Issue 3 (2009) 305 unter Verweis auf *T. Wälde/G. Ndi*, Stabilizing International Investment Commitments, 215. Durch *Wälde/Ndi* wird in dem Aufsatz die besondere Bedeutung von Stabilität bei Investitionen im Energiesektor unterstrichen.

[868] *Cameron*, International Energy Industry, 305; siehe ferner *K. Talus*, Float Like a Butterfly, Sting Like a Bee: Judical Challenges to Renewable-Energy Support Schemes in Europe, Climate Law, Vol. 6 (2016), 250.

[869] *Selivanova*, Changes in Renewables Support Policy and Investment Protection, 432f; *Redli*, Limitation to states regulatory power, 9; *Usynin*, Fall of Ikarus, 13f; zur Entwicklung in den einzelnen Staaten siehe *Patrizia/Profaizer/ Cooper/Timofeyev*, Investment Disputes involving the Renewable Energy Industry Under the Energy Charter Treaty, Global Arbitration Review (31. January 2019), abrufbar unter: https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=301e8347-1a70-4175-b22c-97309e698cac, zuletzt abgerufen am 21.12.2024; *F. Dias Simoes*, When Green Incentives Go Pale: Investment Arbitration and Renewable Energy Policymaking, 45:2 Denver Journal of International Law and Policy (2017), 251 (251f).

[870] Hier stellt sich die Frage der Kausalität, siehe Kap IV C.

[871] *Bellantuono,* The misguided quest for regulatory stability in the renewable energy sector, 284; *UNCTAD,* Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2015, IIA Issues Note, no 2, June 2016, 1 abrufbar unter: https://unctad.org/system/files/official-document/webdiaepcb2016d4_en.pdf, zuletzt abgerufen am 21.12.2024.

[872] *Bellantuono,* The misguided quest for regulatory stability in the renewable energy sector, 284.

[873] Strittig ist jedoch, ob diese gesetzlichen Vorgaben nicht selbst als konkrete Zusicherungen eingestuft werden können, siehe Kap XI I.

Fragestellung eine zentrale Rolle. Hervorzuheben ist hierbei, dass – trotz der größtenteils gleichartigen Sachverhaltskonstellationen[874] – keine Einheitlichkeit in der Beurteilung durch die Schiedsgerichte vorliegt. Die Schiedsverfahren der ‚Energiekrise' wurden daher durch Kommentatoren mit jenen der ‚Argentinienkrise' der 2000er-Jahre verglichen.[875] Nach *Restrepo*[876] spiegeln diese Verfahren den niemals enden wollenden Konflikt im Investitionsrecht zwischen dem right to regulate des Gaststaates und dem Investitionsschutz wider.

B. Die aktuelle Entscheidungsreihe im Sektor der erneuerbaren Energien

Es soll nunmehr der Anlass für die zahlreichen Schiedsverfahren im Sektor der erneuerbaren Energien umrissen werden. Hierzu werden die Geschehnisse in den vorrangig betroffenen Staaten Spanien, Italien und der Tschechischen Republik näher beleuchten.

a) Zur Entwicklung in Spanien

Die überwiegende Anzahl der im Sektor der erneuerbaren Energien anhängigen Schiedsverfahren betrifft derzeit die in Spanien vorgenommenen Gesetzesänderungen.[877] Es liegen aktuell hinsichtlich Spanien die meisten bereits entschiedenen Schiedsentscheidungen zu dieser Thematik vor.[878]

Zum Hintergrund ist auszuführen, dass Spanien im Jahr 2000 Gesetze eingeführt hat, welche für Investitionen im Sektor der erneuerbaren Energien besondere Förderungen vorgesehen haben. Eine

[874] Es ist bei Betrachtung der Entscheidungen jedoch auf den Zeitpunkt der Vornahme der Investition Bedacht zu nehmen. Die teils abweichenden Entscheidungen, insbesondere betreffend die ersten Verfahren gegen Spanien, sind dem Umstand geschuldet, dass manche Investoren erst in einem späteren Zeitpunkt, als sich nachteilige Gesetzesänderungen bereits ereignet bzw abgezeichnet haben, investiert haben. Siehe hierzu die Erläuterung zu den Fällen in Abschnitt C dieses Kapitels.

[875] *I. Dimitrov,* Legitimate Expectations in the Absence of Specific Commitments According to the Findings in Blusun v. Italy: Is there Inconsistency Among the Tribunals in the Solar Energy Cases? Kluwer Arbitration Blog, 18. Aug. 2017, abrufbar unter:http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/08/18/legitimate-expectations-absence-specific-commitments-according-findings-blusun-v-italy-inconsistency-among-tribunals-solar-energy-cases/, zuletzt abgerufen am 10.01.2023; *R. Pereira de Souza Fleury*, Eiser Infrastructure v. Spain: Could the tide be turning in favor of photovoltaic foreign investor in Spain? Kluwer Arbitration Blog, 20.06.2017, abrufbar unter: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/06/20/eiser-infrastructure-v-spain-tide-turning-favor-photovoltaic-foreign-investors-spain/, zuletzt abgerufen am 21.12.2024; so wurden etwa die Entscheidungen *Charanne v. Spain*, *Isolux v. Spain*, *Eiser v. Spain* und *Blusun v. Italy* oftmals als Beispiele für diese Divergenz genannt, was jedoch bei genauerer Betrachtung nicht zutreffend ist, siehe hierzu die folgenden Ausführungen in Kap C dieses Abschnittes; vgl ferner *UNCTAD*, IIA Issues Note, Issue 2 (July 2020), abrufbar unter: https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2020d6.pdf, zuletzt abgerufen am 21.12.2024.

[876] *Restrepo*, Modification of Renewable Energy Support Schemes Under the Energy Charter Treaty: Eiser and Charanne in the Context of Climate Change, 110.

[877] Dies verdeutlicht die aktuelle Statistik zu den Verfahren unter den ECT, Stand 01.12.2023, aus der hervorgeht, dass in den aktuell 162 Fällen im Anwendungsbereich des ECT in 51 Fällen Spanien auf Beklagtenseite auftritt; siehe https://www.energychartertreaty.org/cases/statistics/.

[878] Siehe Statistik zu den entschiedenen Fällen unter dem ECT, Stand vom 01.12.2023, abrufbar unter: https://www.energychartertreaty.org/cases/statistics/.

dieser Förderungsvorgaben war der sog. Feed-in Tarif („*FIT*"). Der FIT hat Betreibern von mit erneuerbaren Energien betrieben Kraftwerken (insbesondere Solarkraftwerken) innerhalb der ersten 25 Jahre die Veräußerung des produzierten Stroms zu einem höheren Tarif ermöglicht. Spanien hat sich verpflichtet, die erzeugte Solarenergie für eine gewisse Zeitdauer von 25 Jahren (oder länger) zu einem fixen Tarif, ungeachtet der tatschlichen Marktpreise, zu kaufen.[879] Hervorzuheben ist, dass diese Vorgaben in generellen Normen, wie königlichen Dekreten („*royal decrees*") und königlichen Dekret-Gesetzen („*royal decree-laws*") geregelt wurden.[880]

Diese Förderungen wurden jedoch zur Begegnung des staatlichen Budgetdefizits beginnend mit dem Jahr 2008 reduziert. Im Jahr 2012 erfolgte eine drastische Reduktion der Förderungen und wurde überdies eine Besteuerung der Solarkraftwerke eingeführt.[881]

b) Zur Entwicklung in Italien

Auch in Italien wurden zunächst Förderungen wie insbesondere ein Feed-in Tarif gewährt. Gleich wie in Spanien wurden diese Förderungen aufgrund wirtschaftlicher Probleme in weiterer Folge durch Italien gekürzt. Als besonders drastisch anzusehen ist hier die Einführung eines Dekretes im Jahr 2014 („*spalma incentivi decreto*"), welches rückwirkend nachteilige Änderungen der Förderungsvorgaben für Anlagen mit einer Leistung von mehr als 200kWh vorgesehen hat. Die Investoren wurden durch dieses Dekret veranlasst, aus einer der folgenden ‚Modifikationen' des Förderungsregimes zu wählen: (1) eine Tarifgarantie für 24 Jahre anstatt den ursprünglich vorgesehenen 20 Jahren, jedoch mit der Möglichkeit von regelmäßigen Reduktionen des Tarifs durch den Gaststaat, (2) eine reduzierte Förderung für die gegenständliche Investitionsperiode, jedoch im Gegenzug eine höheren Förderung für die folgende Periode oder (3) eine jährliche Reduktion der Förderung von 6-8 Prozent pro Jahr (abhängig von der Leistungsstärke des Kraftwerkes) für die Zeitdauer der Förderung.[882]

---

[879] *F. Baetens*, Renewable energy incentives: reconciling investment, EU State aid and climate change law, EJIL:Talk! (18.12.2019), abrufbar unter: https://www.ejiltalk.org/renewable-energy-incentives-reconciling-investment-eu-state-aid-and-climate-change-law/, zuletzt abgerufen am 21.12.2024.

[880] *Dromgool/Enguix*, The Fair and Equitable Treatment Standard and the Revocation of Feed in Tariffs—Foreign Renewable Energy Investments in Crisis-Struck Spain, 393; für eine ausführliche Schilderung der erfolgten Maßnahmen sowie der verschiedenen Registrierungsverfahren im Zusammenhang mit der Vornahme von Investitionen in Spanien siehe *Usynin*, Fall of Ikarus 20ff.

[881] *Patritzia/Profaizer/Timofeyev,* Investment Disputes Involving the Renewable Energy Industry Under the Energy Charta Treaty.

[882] Siehe hierzu etwa *Usynin*, Fall of Icarus, 24f; ferner *A. De Luca*, Renewable Energy in the EU, The Energy Charter Treaty, and Italy's Withdrawal Therefrom, Bocconi Legal Studies Research Paper No. 2657395 (2015), 1ff sowie zum Ausstieg Italiens aus dem ECT als Folge der Investitionsverfahren 8; *Patritzia/Profaizer/Timofeyev,* Investment

c) Zur Entwicklung in der Tschechischen Republik

Auch in der Tschechischen Republik hat sich ein ähnliches Bild abgezeichnet wie in Spanien und Italien. So waren auch in der Tschechischen Republik im Jahr 2005 FITs für Investitionen im Sektor der erneuerbaren Energien vorgesehen. Diesbezüglich war ursprünglich vorgesehen, dass der Tarif um höchstens 5 % pro Jahr verringert werden darf. In weiterer Folge wurde jedoch wegen wirtschaftlichen Problemen eine weitere Senkung der Tarife eingeführt und überdies im Jahr 2010 eine rückwirkende Solarsteuer („*tax Levy*“) für Kraftwerke im Sektor der erneuerbaren Energien eingeführt. Diese durch die Tschechische Republik eingeführte rückwirkende Solarsteuer stellt einen Unterschied zu den staatlichen Maßnahmen in Spanien und Italien dar.[883]

C. Fallanalyse im Zusammenhang mit dem Schutz berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität abseits konkreter Zusicherungen

Es soll nun der Versuch unternommen werden, aus den bereits entschiedenen Fällen aus dem Sektor der erneuerbaren Energien Lösungsansätze zur Frage eines Schutzes berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität abseits konkreter Zusicherungen zu gewinnen.

Bei der nunmehr zu erfolgenden Skizzierung von Schiedsverfahren aus dem Sektor der erneuerbaren Energien wird die erste im Zuge der ‚Energiekrise‘ ergangene Entscheidung *Charanne v. Spain* einer schwerpunktmäßigen Untersuchung unterzogen. Die Relevanz der Entscheidung ergibt sich zuletzt auch aus dem Umstand, dass diese auch in Folgeverfahren regelmäßig durch die Schiedsgerichte herangezogen wurde.

a) Charanne and Construction Investments v. Spain[884]

i. Sachverhalt

Charanne v. Spain aus dem Jahr 2016 stellt die erste Schiedsentscheidung dar, die aufgrund der nachteiligen Abänderungen des Förderungsregimes in Spanien erfolgt ist. Im Fokus der Beurteilung durch das Schiedsgericht waren im wesentlichen drei durch Spanien nach Vornahme der Investition vorgenommene und für Charanne nachteilige Gesetzesänderungen: Die Begrenzung der – bisher

Disputes Involving the Renewable Energy Industry Under the Energy Charta Treaty.

[883] *Selivanova*, Changes in Renewables Support Policy and Investment Protection under the Energy Charter Treaty, 435; siehe ferner ausführlich zur Entwicklung *Usynin*, Fall of Icarus, 26; *Patritzia/Profaizer/Timofeyev,* Investment Disputes Involving the Renewable Energy Industry Under the Energy Charta Treaty; diese Solarsteuer stellt voraussichtlich auch den Grund dar, weswegen Klagen von ausländischen Investoren gegen die gesetzliche Einführung dieser rückwirkenden Besteuerung aufgrund der in Art 21 des ECT enthaltenen „*tax carve out*“ nicht auf den ECT, sondern auf die abgeschlossenen BITs gestützt wurden, siehe hier Abschnitt C g) zur Entscheidung *Wirtgen v. Czech Republic*.

[884] *Charanne and Construction Investments v. Spain*, SCC Case No. V 062/2012, Award (21. Jan 2016).

zeitlich unbegrenzten – garantierten Einspeisevergütung auf 25 Jahre (Royal Decree („RD") 1565/2010), die Deckelung der – bisher unbeschränkt – geförderten Produktionsstunden (RD 14/2010) und die Einführung einer Netzdurchleitungsgebühr in Höhe von 0,5 EUR/MWh (RD 14/2010).[885] Der Investor stützte die Klage ua. auf die Verletzung seiner berechtigten Erwartungen. Dieser argumentierte, dass seine berechtigten Erwartungen durch die spätere Abänderung der beiden Dekrete RD 661/2007 und RD 1578/2008 verletzt wurden. In diesen generellen Vorgaben sei nach Ansicht des Klägers die eindeutige Absicht Spaniens verkörpert gewesen, Investoren zur Vornahme von Investitionen im Sektor der erneuerbaren Energien zu bewegen. Eben diese Dekrete wurden in weiterer Folge seitens Spanien durch die Dekrete RD 1565/2010 sowie RDL 14/2010 nachteilig abgeändert.[886] Überdies brachte der Investor vor, dass noch andere Faktoren hinzugetreten sind, welche seine berechtigten Erwartungen geschürt hätten. Zu diesen Faktoren zählten staatliche Werbekampagnen mit dem Titel „*The Sun can be Yours 2005*" und „*The Sun can be Yours 2007*".[887] Weiters stützte der Investor seine berechtigten Erwartungen auf einen von Spanien erlassenen Plan für erneuerbare Energien. Dieser Plan, welcher für den Zeitraum 2005 – 2010 entwickelt wurde, verfolgte nach Auffassung des Klägers den Zweck, Investoren Stabilität zuzusichern.[888] Spanien hat dem im Wesentlichen entgegengehalten, dass keine konkreten Zusicherungen im Hinblick auf unveränderliche Förderungsvorgaben erteilt worden seien. Es sei daher nach Auffassung des Gaststaates diesbezüglich keine Grundlage für die behaupteten berechtigten Erwartungen des Investors vorgelegen. Überdies brachte Spanien vor, dass dem Investor klar sein musste, dass die genannten Dekrete sowie Gesetzes im allgemeinen veränderlich seien.[889]

ii. Beurteilung durch das Schiedsgericht[890]

Das Schiedsgericht hatte sich in seiner Beurteilung ausschließlich mit den im Jahr 2010 erlassenen Dekreten auseinanderzusetzen.[891] Hierbei gelangt das Schiedsgericht zu dem Ergebnis, dass keine

[885] *Charanne v. Spain*, Rz 148ff, 154ff.
[886] *Charanne v. Spain*, Rz 487; hierbei stützte der Investor seine Klage insbesondere auf *El Paso v. Argentina* sowie die *UNCTAD*-Studie aus dem Jahre 2012, siehe Rz 488f; zum dem ‚Stehsatz' dieser *UNCTAD*-Studie siehe näher Kap XI J.
[887] *Charanne v. Spain*, Rz 299.
[888] *Charanne v. Spain*, Rz 98.
[889] *Charanne v. Spain*, Rz 355ff.
[890] Die vom Schiedsgericht herangezogenen Schiedssprüche sind: *El Paso v. Argentina* (Rz 486 zum *good faith*-Prinzip), *Electrabel v. Hungary* (Rz 500 zur gesetzgeberischen Freiheit, ebenso *CMS v. Argentina* Rz 501) und *El Paso v. Argentina* (Rz 502) sowie die *UNCTAD* Studie aus dem Jahr 2012 (Rz 489). Im Ergebnis greift das Schiedsgericht somit auf eine vergleichsweise überschaubare Judikatur zurück. Hervorzuheben ist, dass das Schiedsgericht festhält, dass die Berufung auf *CMS* durch den Investor verfehlt ist, da in *CMS* eine vertragliche Zusicherung vorgelegen ist, die bei *Charanne* eben nicht vorgelegen ist (Rz 545).
[891] *Charanne v. Spain*, Rz 478.

konkreten Zusicherungen, etwa in der Form einer Stabilisierungsklausel oder in Form von direkt erteilten Zusicherungen, welche dem Investor direkt die Stabilität der vorigen Gesetzeslage zugesichert hätten, vorlagen.[892] Seitens Charanne wurde hier argumentiert, dass die ursprünglich vorhandenen Dekrete RD 661/2007 sowie 1578/2008 als konkrete Zusicherungen einzuordnen gewesen wären. Schließlich seien diese an eine bestimmte Gruppe von Investoren, welche die angegebenen Voraussetzungen innerhalb der vorgegebenen Zeitspanne erfüllen, adressiert worden.[893] Das Schiedsgericht hat dem entgegengehalten, dass ungeachtet des Umstandes, dass die genannten Dekrete an eine limitierte Gruppe von Investoren gerichtet waren, diese dennoch keine konkreten, an die einzelnen Investoren adressierten Zusicherungen darstellen. Insbesondere verlieren die Dekrete hierdurch nicht ihre für Gesetze im Allgemeinen charakteristische Generalität.[894] Hierzu führt das Schiedsgericht aus, dass die Umwandlung einer gesetzlichen Bestimmung in eine konkrete Zusicherung allein aufgrund des eingeschränkten Kreises der Personen, welche dadurch möglicherweise betroffenen sind, nicht sachgerecht sei. Schließlich würde dies eine Einschränkung des Staates in der im öffentlichen Interesse gebotenen Regulierungsfreiheit bedeuten.[895] Überdies war es nach Auffassung des Schiedsgerichtes für den Investor vorsehbar, dass die Gesetzeslage sich zukünftig ändern wird. Hier verwies das Schiedsgericht auf die Rechtsprechung des Obersten Spanischen Gerichtshofes aus dem Jahre 2005, wo dieser ausgesprochen hat*:*

„*no legal hurdle exists for the Government, in the exercise of its regulatory power and in light of the broad competences on which relies* ***a strict regulated subject such as electricity****, to modify the compensation system provided that it acts under the framework established by the LSE.*"[896]

Zuletzt hat das Schiedsgericht ausgesprochen, dass eine Gesetzesänderung grundsätzlich verhältnismäßig sei, solange sie nicht willkürlich ausgeübt werde oder hierdurch die essentiellen Merkmale der Rechtsordnung eliminiert werden.[897] Nach Auffassung des Schiedsgerichtes wurden

[892] *Charanne v. Spain*, Rz 490.

[893] *Charanne v. Spain*, Rz 491; zu den zunächst vorgelegenen Förderungen siehe auch die Historie im Vorabschnitt B a).

[894] *Charanne v. Spain*, Rz 493.

[895] *Charanne v. Spain*, Rz 493.

[896] *Charanne v. Spain*, Rz 506 (Hervorhebung durch den Autor); das Schiedsgericht vertritt den Ansatz, dass die starke Regulierungsdichte in diesem Sektor eine erhöhte Sorgfaltspflicht auf Seiten des Investors begründe, Rz 507. Siehe hierzu die Diskussion zum ECT in Kap IX B; aA *UNCTAD*, The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries, 24, abrufbar unter: http://unctad.org/en/Docs/diaeia20095_en.pdf (zuletzt abgerufen am 21.12.2024).

[897] *Charanne v. Spain*, Rz 517; nach *Restrepo* (Modification of Renewable Energy Support Schemes under the Energy Charter Treaty, 127) habe das Schiedsgericht in *Charanne* die Verhältnismäßigkeitsprüfung in nicht nachvollziehbarer

durch die im Jahr 2010 eingeführten Dekrete die essentiellen Merkmale der gesetzlichen Rahmenbedingungen nicht eliminiert. Hierzu hat das Schiedsgericht erwogen:

„*To be sure, the 2010 norms have implemented adjustments and adaptations that did* ***not eliminate the fundamental characteristics of the existing regulatory framework,*** *considering that the photovoltaic operators remained entitled to a tariff (FIT) as well as the possibility to sell their electricity production to the system in priority, which in the opinion of this Arbitral Tribunal cannot have violated any legitimate expectation under international law.*"[898]

Schiedsrichter *Tawil*[899] wiederum vertritt in seiner *partial dissenting opinion* zur Entscheidung *Charanne v. Spain* entgegen seinen Kollegen die Auffassung, dass auch abseits konkreter Zusicherungen berechtigte Erwartungen auf gesetzliche Stabilität erzeugt werden können. Dies begründet *Tawil* unter anderem (formaljuristisch) damit, dass der Staat dadurch in seiner regulatorischen Freiheit keinesfalls eingeschränkt werde. Schließlich stehe dem Gaststaat ungeachtet der Annahme solch eines Vertrauensschutzes die Änderung der Gesetze weiterhin frei. Der Gaststaat habe dem Investor jedoch im Falle von nachteiligen Gesetzesänderungen den dadurch entstandenen Schaden aufgrund der Verletzung dessen berechtigter Erwartungen zu ersetzen.[900] Die Auffassung von *Tawil* gleicht jedoch der Annahme einer Stabilisierungsklausel. Schließlich ist der Staat auch im Falle des Bruches einer zwischen Staat und Investor abgeschlossenen Stabilisierungsklauseln als Ausfluss der staatlichen Souveränität weiterhin zur Vornahme von Gesetzesänderungen berechtigt. Der Staat hat hier dem Investor ‚bloß' den Schaden zu ersetzen, der dem Investor aufgrund der entgegen dem Inhalt der Stabilisierungsklausel erfolgten Gesetzesänderung entstanden ist.[901]

Weise vorgenommen, da bloß einseitig das Ergebnis der Gesetzesänderungen und die sich daraus ergebenden Auswirkungen abgestellt worden sei. Insbesondere sei nach Auffassung von *Restrepo* keine Abwägung der gegenteiligen Interessen durch das Schiedsgericht vorgenommen worden.

[898] *Charanne v. Spain*, Rz 533 (Hervorhebung durch den Autor).

[899] *Charanne v. Spain*, Guido Santiago Tawil`s Partial Dissenting Opinion, Tawil`s Partial Dissent (Unofficial English translation provided by McDermott Will & Emery Rechtsanwälte Steuerberater LLP (21. Jan 2016), Rz 5ff. Hierbei stützt sich *Tawil* auf die Entscheidung *Total v. Argentina* sowie die *UNCTAD* Studie aus 2012 und auf die Lehrmeinung in *Dolzer/Schreuer*, Principles of International Law (2012)^2, 145.

[900] *Charanne v. Spain*, dissenting opinion *Tawil*, Rz 11.

[901] *Hirsch*, Fair and Equitable Treatment and Stabilization Clause, 5; *Tietje,* Internationales Investitionsschutzrecht im Spannungsverhältnis von staatlicher Regelungsfreiheit und Schutz wirtschaftlicher Individualinteressen, 12) sowie Kap V B b) zu Stabilisierungsklauseln; siehe hier auch das Schiedsgericht in *9REN v. Spain*: „*The effect of an ECT award in favour of the Claimant would simply be to transfer back to Spain the cost of the tariff modifications without in any way putting in question the validity at Spanish law of the disputed measures.*"*;Tietje,* Internationales Investitionsschutzrecht im Spannungsverhältnis von staatlicher Regelungsfreiheit und Schutz wirtschaftlicher Individualinteressen, 12; siehe auch *Texaco Overseas Petroleum Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, worin der Gaststaat einen Bruch der vereinbarten Stabilisierungsklausel begangen hat, abrufbar unter: https://www.trans-lex.org/261700/_/texaco-

Bei der Auseinandersetzung mit der Entscheidung *Charanne v. Spain* ist zu beachten, dass lediglich die im Jahr 2010 eingeführten Dekrete gegenständlich waren. Dies stellt einen wesentlichen Unterschied zu den späteren Schiedsverfahren dar, bei denen weitaus drastischere Gesetzesänderungen durch Spanien zu beurteilen waren. Es darf daher nicht vorschnell aufgrund einer zu *Charanne* abweichenden Beurteilung in späteren Verfahren auf eine fehlende Konsistenz in der Schiedspraxis geschlossen werden. Schließlich ist darauf Bedacht zu nehmen, wann der jeweilige Investor in Spanien investiert hat.

b) Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain[902]

i. Sachverhalt:

Anders als in *Charanne v. Spain* entschied das Schiedsgericht in *Eiser v. Spain* zugunsten des Investors. Hierbei ist hervorzuheben, dass die Investition in *Eiser* später als in *Charanne* erfolgt ist.[903] In *Charanne* waren bloß die 2010er Regelungen gegenständlich, welche die Rentabilität der Kraftwerke des Investors hinsichtlich des RD 1578 ‚lediglich' um 10 % und hinsichtlich des RD 661/2007 lediglich um 8,5 % verringert haben.[904] In den Jahren 2013 und 2014 wurden seitens Spanien jedoch weitaus drastischere Gesetzesänderungen vorgenommen. Diese einschneidenden Maßnahmen führten nach Auffassung des Schiedsgerichtes zu einer Verringerung der Rendite für den Investor um bis zu 66 %.[905] Dies wurde insbesondere dadurch bewirkt, dass die Gebühren nicht mehr anhand von tatsächlichen, sondern anhand von hypothetischen Kosten ohne Berücksichtigung der Kosten für die aufgenommenen Schulden berechnet wurden.[906] Diese hypothetischen Kosten entsprachen jedoch nicht ansatzweise den tatsächlich angefallenen Kosten der Investition, welche um etwa 40 % höher lagen.[907] Auch wurde durch die neuen Regelungen auf eine bloß abstrakte

overseas-petroleum-company-v-the-government-of-the-libyan-arab-republic-yca-1979-at-177-et-seq-/ (zuletzt abgerufen am 21.12.2024).

[902] *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of* Spain, ICSID Case No. ARB/13/36, Final Award, (4. May 2017); hervorzuheben ist, dass die Entscheidung im Juni 2020 durch das Schiedsgericht für nichtig erklärt wurde, siehe *Eiser v. Spain*, Decision on annulment (11. Jun 2020).

[903] Siehe zusammenfassend S*elivanova*, Changes in Renewables Support Policy and Investment Protection, 450.

[904] *Eiser v. Spain*, Rz 368.

[905] *Eiser v. Spain*, Rz 151, 389.

[906] *Eiser v. Spain*, Rz 148, 392ff.

[907] *Eiser v. Spain*, Rz 151, 413; siehe zum Sachverhalt zusammengefasst auch *Selivanova*, Changes in Renewables Support Policy and Investment Protection 449.

Kapazität der Energieproduktion anstatt der tatsächlich produzierten Energiemenge abgestellt. Dadurch kam es zu einer erheblichen Reduktion der gewährten Förderungen.[908]

ii. Zur Beurteilung des Schiedsgerichtes[909]:

Das Schiedsgericht betonte, dass aufgrund der erheblichen Einschnitte durch die in den Jahren 2013 und 2014 eingeführten Gesetzesänderungen die Lage anders als bei *Charanne* und den dort gegenständlichen Gesetzesänderungen durch das ‚2010er Dekret' zu beurteilen sei. Während durch die Gesetzesänderungen im Zusammenhang mit den im Jahr 2010 eingeführten Dekreten die essentiellen Merkmale der gesetzlichen Rahmenbedingungen aufrecht blieben, seien diese durch die später eingeführten Dekrete nach Auffassung des Schiedsgerichtes in *Eiser* beseitigt worden.[910] Somit scheint die durch das Schiedsgericht angenommene ‚totale Änderung' der gesetzlichen Rahmbedingungen der ausschlaggebende Faktor für die Annahme der Verletzung des FET-Standards darzustellen.[911] Ob konkrete Zusicherungen im Hinblick auf die Beständigkeit der zum Zeitpunkt der Investition vorgelegenen Förderungsvorgaben erteilt wurden, wurde durch das Schiedsgericht nicht näher geprüft.[912]

---

[908] Siehe hierzu zusammenfassend *Restrepo*, Modification of Renewable Energy Support Schemes Under the Energy Charter Treaty, 108f; ein Kommentator des Kluwer Arbitration Blog (*Dragiev*, Kluwer Arbitration Bog: legitimate expectations in renewable energy treaty arbitration: The lessons so Far (March 22, 2018)) führt hierzu treffend aus, dass die zuvor in den Gesetzen enthaltenen Vorteile durch die neuen Dekrete für den Investor faktisch weggewaschen worden seien, abrufbar unter http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/03/22/legitimate-expectations-renewable-energy-treaty-arbitrations-lessons-far/, zuletzt abgerufen am 21.12.2024.

[909] Vom Schiedsgericht wurden bei der Beurteilung folgende Entscheidungen herangezogen: in Rz 366 *Parkerings v. Lithuania*; in 332 *EDF v. Romania, BG v. Argentina*, *Micula v. Romania*, *Charanne* mit dem Hinweis, dass die Sachverhaltslage aufgrund der späteren Regulierungen eine andere gewesen sei; in Rz 371 *ADF v. Hungary*; in Rz 381 *Plama v. Bulgaria* zur Stabilitätsvorgabe im ECT; in Rz 382 *El Paso v Argentina*; in Rz 383 *Total v. Argentina*; in Rz 384 *El Paso* zum Kumulationseffekt von mehreren staatlichen Maßnahmen; in Rz 385 *CMS v. Argentina* zur totalen Abänderung der Gesetzeslage; zu betonen ist, dass das Schiedsgericht in *Charanne* die Einschlägigkeit der Entscheidung *CMS* aufgrund des Umstandes, dass dort, anders als im behandelten Fall, vertragliche Zusicherungen vorgelegen sind, verneint hat, siehe die Ausführungen zu *Charanne* im Vorabschnitt; in Rz 386 *LG & E v. Argentina* und *BG Group*. Nach Ansicht des Schiedsgerichts soll es in *BG Group* ebenfalls zu einer totalen Abänderung der gesetzlichen Rahmenbedingungen gekommen sein; in Rz 387 *Parkerings v. Lithuania*; auch legt das Schiedsgericht die Vorgaben in Art 10 Abs 1 ECT dahingehend aus, dass diese Rahmenbedingungen für langfristige Investitionsvorhaben etablieren sollen, siehe Rz 382.

[910] *Eiser v. Spain*, Rz 367ff; zusammenfassend zu den unterschiedlichen Regulierungen siehe *Selivanova*, Changes in Renewables Support Policy and Investment Protection, 449.

[911] *Ortino*, The Obligation of Regulatory Stability in the Fair and Equitable Treatment Standard, 863, wobei der Autor kritisch hervorhebt, dass unklar bleibe, ob das Schiedsgericht die Verletzung des FET aufgrund einer drastischen oder aufgrund einer unverhältnismäßigen Gesetzesänderung angenommen habe.

[912] *Eiser v. Spain*, Rz 418.

c) Isolux Netherlands, BV v Kingdom of Spain[913]

Obgleich in *Isolux* dieselben drastischen gesetzlichen Maßnahmen wie in *Eiser* gegenständlich waren, ging das Verfahren zugunsten des Gaststaates aus. Entscheidend für diese zu *Eiser* ‚abweichende' Beurteilung war der Umstand, dass der Investor in *Isolux* erst wesentlich später, nämlich im Jahr 2012 investiert hat. Zu diesem Zeitpunkt haben sich jedoch bereits mehrfach (nachteilige) Gesetzesänderungen ereignet. Der Investor in *Eiser* hat die Investitionen bereits wesentlicher früher im Jahr 2007 getätigt.

Aus diesem Grund kam das Schiedsgericht in *Isolux* zu dem Ergebnis, dass der Investor bei Vornahme seiner Investitionen auch mit zukünftigen nachteiligen Gesetzesänderungen rechnen musste.[914] Überdies führte das Schiedsgericht aus, dass die Dekrete RD 661/2007 und RD 1578/2008 nicht spezifisch für ausländische Investoren geschaffen wurden.[915] Das Schiedsgericht ging somit nicht davon aus, dass sich aus den Vorgaben in den Dekreten konkrete Zusicherungen ableiten ließen. Auch zu dieser Entscheidung hat Schiedsrichter *Tawil*, gleich wie bei *Charanne v. Spain*, eine *dissenting opinion* abgegeben. In dieser hat *Tawil* hervorgehoben, dass eine Verletzung berechtigter Erwartungen auch abseits konkreter Zusicherung dann anzunehmen sei, wenn ein Investor alle gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt hat, um die durch den Gaststaat in Aussicht gestellten gesetzlich vorgesehenen Vorteile zu erhalten. Die nachträgliche Beseitigung dieser Vorteile durch die neu eingeführten Dekrete begründe nach *Tawil* auch abseits konkreter Zusicherungen eine Verletzung der berechtigten Erwartungen des Investors.[916]

d) Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic[917]

Der Sachverhalt in *Blusun v. Italy* gleicht grundsätzlich jenem der gegen Spanien angestrengten Schiedsverfahren. In Italien wurden die zunächst gesetzlich gewährten Förderungen für Solarinvestitionen durch nachträglich eingeführte Dekrete im Zuge der sog. „*spalma incentivi*"

[913] *Isolux Netherlands, BV v. Kingdom of Spain*, SCC Case V2013/153, Final Award (17. Jul 2016).
[914] Selivanova, *Selivanova*, Changes in Renewables Support Policy and Investment Protection, 451.
[915] *Isolux v. Spain*, Rz 769.
[916] Siehe hierzu zusammenfassend *C. M. Arietti Lopez*, All claims by Isolux Infrastructure Netherlands against Spain are dismissed, Investment Treaty News (September 26, 2017) abrufbar unter: https://www.iisd.org/itn/2017/09/26/all-claims-by-isolux-infrastructure-netherlands-against-spain-are-dismissed-isolux-infrastructure-netherlands-v-spain-scc-case-v2013-153-claudia-maria-arietti-lopez/, zuletzt abgerufen am 21.12.2024.
[917] *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/14/3, Final Award, (27. Dec 2016).

Reform reduziert. Hierbei kam es insbesondere zu einer erheblichen Reduktion der gewährten FITs[918]. Während das Schiedsgericht in *Charanne v. Spain* noch festgehalten hat, dass bei Gesetzesänderungen auf die hiermit verfolgten öffentlichen Interessen sowie auf die Nachvollziehbarkeit der Gesetzesänderungen Bedacht zu nehmen ist[919], widersprach das Schiedsgericht in *Blusun v. Italy* dieser Auffassung. Das Schiedsgericht in *Blusun* betonte hierbei, dass eine Interessensabwägung hinsichtlich der Frage, ob eine Gesetzesänderung im öffentlichen Interesse durchgeführt wurde, allein dem Staat vorbehalten bleibe. Durch ein Schiedsgericht könne diese politische Frage nicht beurteilt werden. Ferner könne auch die Nachvollziehbarkeit einer Gesetzesänderung durch ein Schiedsgericht nicht beurteilt werden.[920] Sohin erfährt die mehrfach postulierte Verhältnismäßigkeitsabwägung durch diese Ausführungen des Schiedsgerichtes in *Blusun* eine erhebliche Einschränkung. Diese Ansicht ist auch bei Kommentatoren auf Zustimmung gestoßen.[921]

Im Ergebnis verneint das Schiedsgericht aufgrund des Fehlens von konkreten Zusicherungen im Hinblick auf den Weiterbestand der Förderungsvorgaben eine Verletzung des FET-Standards.[922]

---

[918] *Blusun v. Italy*, Rz 203, 334, 342, 365ff; zum Sachverhalt siehe auch *Dias Simoes*, Blusun S.A. and others v Italy: Legal (in)stability and renewable energy investments, Comparative & International Environmental Law, Vol. 26, No. 3 (2017), 298 (299ff); siehe die durch das Schiedsgericht in seiner Beurteilung herangezogene Schiedsjudikatur: in Rz 363 *El Paso v. Argentina* zum Kumulationsprinzip; in Rz 367 *Charanne v. Spain*; in Rz 368 *El Paso v. Argentina*; in Rz 369 *Philip Morris v. Uruguay.*

[919] *Charanne v. Spain*, Rz 514.

[920] *Blusun v. Italy*, Rz 318.

[921] *Dimitrov*, Legitimate Expectations in the Absence of Specific Commitments, Kluwer Arbitration Blog, 18. Aug. 2017; hierzu hebt das Schiedsgericht in *Blusun* in Rz 319 hervor: „*In the absence of a specific commitment, the state has no obligation to grant subsidies such as feed-in tariffs, or to maintain them unchanged once granted. But if they are lawfully granted, and if it becomes necessary to modify them, this should be done in a manner which is not disproportionate to the aim of the legislative amendment, and should have due regard to the reasonable reliance interests of recipients who may have committed substantial resources on the basis of the earlier regime*"*;* siehe zur Verhältnismäßigkeitsprüfung näher Kap XI C.

[922] *Blusun v. Italy*, Rz 374: „*To conclude, the Respondent* ***made no special commitment*** *to the Claimants with respect to the extension and operation of FITs,* ***nor did it specifically undertake that relevant Italian laws would remain unchanged****. For these reasons the Claimants have not established a breach of Article 10(1), second sentence, of the ECT.*" (Hervorhebung durch den Autor).

e) Novenergia II-Energy & Environment (SCA) (Luxembourg), SICAR v. Spain[923]

Der Sachverhalt in *Novenergia* ist mit jenem in *Eiser* und *Isolux* vergleichbar, da es auch in diesem Verfahren um die in den Jahren 2013-2014 eingeführten Gesetzesänderungen gegangen ist.[924] Das Schiedsgericht führte zunächst aus, dass das Gesetz 54/1997 sowie das Dekret 661/2007 mit dem Ziel eingeführt wurden, die Einhaltung der EU-Vorgaben zur Verringerung von Emissionen zu erreichen.[925] Deswegen habe Spanien nach Ansicht des Schiedsgerichts in diesem Bereich ein sehr investorenfreundliche Gesetzeslage erzeugt.[926] Das Schiedsgericht gelangte zu dem Ergebnis, dass der Investor berechtigte Erwartungen dahingehend haben durfte, dass die in der RD 661/2007 gewährleisteten Garantien nicht abgeschafft werden. Dieses Vertrauen sei nach Auffassung des Schiedsgerichts durch zusätzliche staatliche Maßnahmen wie etwa der durch Spanien betriebenen Werbekampagne „*The Sun can be Yours*" noch verstärkt worden.[927]

Das Schiedsgericht führte überdies aus, dass berechtigte Erwartungen durch Zusicherungen oder vertraglichen Vereinbarungen begründet werden können, hierfür jedoch nicht zwingend konkrete Zusicherungen vorliegen müssen. Nach Ansicht des Schiedsgerichts reiche für die Begründung berechtigter Erwartungen vielmehr eine staatliche Maßnahme aus, die objektiv solche Erwartungen erzeugen kann. Zu betonen ist, dass das Schiedsgericht in diesem Punkt ausführte, dass diese Ansicht bereits vielfach judiziert worden sei, hierbei jedoch bloß auf die Entscheidungen *Total S.A. v. Argentina* und *Micula v. Romania* Bezug nimmt.[928] Es wurde durch das Schiedsgericht in der Entscheidung überdies offen gelassen, worin nach seiner Auffassung der Unterschied zwischen ‚Zusicherungen' und ‚konkreten Zusicherungen' besteht. Zuletzt ist zu betonen, dass das Schiedsgericht im Ergebnis die Verletzung berechtigter Erwartungen aufgrund der drastischen und

---

[923] *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain,* SCC Case No. 2015/063, Final Award, (15. Feb 2018); siehe die durch das Schiedsgericht in seiner Beurteilung herangezogene Schiedsjudikatur: in Rz 650 *Micula v. Romania* und *Total v. Argentina;* in Rz 655 *AES Summit v. Hungary*; in Rz 657 *Electrabel v. Hungary*, *Saluka v. Czech Republic*, *Arif v. Moldova*; in Rz 658 *Saluka v. Czech Republic*.

[924] *Novenergia* v. Spain, Rz 665.

[925] Vgl die gleiche Auffassung des Schiedsgerichtes in *Mathias Kruck and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/23, Decision on Jurisdiction, Liability and Principles of Damages, (14. Sep 2022), Rz 168.

[926] *Novenergia v. Spain,* Rz 665.

[927] *Novenergia v. Spain* , Rz 681.

[928] *Novenergia v. Spain*, Rz 650; ferner verweist das Schiedsgericht hinsichtlich der Intention des Gaststaates, sich mit seinen Erklärungen gegenüber den Investoren binden zu wollen, auf die Entscheidungen *Total S.A. v. Argentina* sowie den Aufsatz von *Reisman/Arsanjani*, The Question of Unilateral Governmental Statements as Applicable Law; siehe zur Bindungsintention Kap XI I h).

unerwarteten Abänderung der Gesetzeslage, sohin wohl in Annahme einer ‚totalen' Abänderung der Gesetze und nicht aufgrund der Verletzung von konkreten Zusicherungen angenommen hat[929].

f) Antin Infastructure Services v. Spain[930]

Das Schiedsgericht in *Antin* setzte sich zunächst umfassend mit den Vorgaben in Art 10 Abs 1 ECT auseinander. Es gelangte hierbei zu dem Ergebnis, dass den Gaststaat im Anwendungsbereich des ECT eine besondere Stabilitätsverpflichtung treffe.[931] Hierbei widersprach das Schiedsgericht der Argumentation des Gaststaates, wonach die Vorgaben im ECT das right to regulate des Gaststaates nicht stärker begrenze als dies nach dem völkerrechtlichen Minimumstandard der Fall sei. Der ECT gebe nach Auffassung des Schiedsgerichtes vielmehr eine besondere Verpflichtung zur Gewährung stabiler gesetzlicher Vorgaben vor.[932] Aus diesen Gründen gehe der Schutz auf stabile gesetzliche Rahmenbedingungen unter dem ECT über den unter herkömmlichen Investitionsabzukommen zu gewährenden Schutz hinaus.[933]

Zu der Erzeugung berechtigter Erwartungen führte das Schiedsgericht aus, dass diese einerseits durch konkrete Zusicherungen des Gaststaates an den Investor erzeugt werden können, wie dies in gefestigter Schiedspraxis judiziert werde.[934] Ferner können berechtigte Erwartungen nach Auffassung des Schiedsgerichts jedoch auch durch Zusicherungen in Form von gesetzlichen Vorgaben erzeugt werden. Dies sei anzunehmen, wenn die gesetzlichen Vorgaben dem Inhalt nach auf Investoren abzielen.[935] Nach Auffassung des Schiedsgerichts stellen die gegenständlichen

[929] *Novenergia v. Spain*, Rz 695, 697.

[930] *Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Energia Termosolar B.V. (formerly Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V.) v. Kingdom of Spain,* ICSID Case No. ARB/13/31, Award (15. Jun 2018); siehe die durch das Schiedsgericht in seiner Beurteilung herangezogene Schiedsjudikatur: in Rz 520 *Eiser v. Spain* insbesondere zum Umstand, dass der ECT auf langzeitliche Investitionen zugeschnitten ist und der Gaststaat die Stabilität für solche Operationen zu gewährleisten hat; in Rz 529 *Plama v. Bulgaria*, *Electrabel v. Hungary*, *Isolux v. Spain*, *Binder v. Czech Republic*; in Rz 556 *Charanne v. Spain*.

[931] Nach Ansicht des Schiedsgerichtes stelle die Gewährung von Stabilität das „Leitmotiv" des ECT dar (Rz 525). Ferner greift das Schiedsgericht für die Auslegung des Wortlautes des Begriffes „*stable*" in Art 10 Abs 1 Satz 1 ECT auf das „*Oxford Dictionary*" zurück und leitet daraus ab, dass nach dem Verständnis dieses Begriffes Änderungen nicht wahrscheinlich seien.

[932] *Antin v. Spain*, Rz 530.

[933] *Antin v. Spain*, Rz 533; hervorzuheben ist, dass diese Auffassung wiederum vom Schiedsgericht in *Blusun v. Italy* nicht geteilt wird, obwohl dieses ebenfalls aus dem ECT eine gesonderte Pflicht zur Gewährung von Stabilität ableitet, siehe die Ausführungen in Kap IX D.

[934] *Antin v. Spain*, Rz 538.

[935] *Antin v. Spain*, Rz 538. Hierzu hebt das Schiedsgericht hervor: „*Third, the expectations of the investor need to originate from some affirmative action of the State,* ***either in the form of specific commitments made by the host State to the investor —****as several international investment tribunals have recognized—****or in the form of representations made by the host State,*** *for example, with* ***respect to certain features*** *of a regulation aimed at encouraging investments in a* ***specific sector***" (Hervorhebung durch den Autor).

Dekrete an sich keine konkreten Zusicherungen dar. Diese Vorgaben können jedoch aufgrund des auf ausländische Investoren zugeschnittenen Inhalts als ‚sonstige' Zusicherungen eingestuft werden und dadurch als Grundlage für die Erzeugung berechtigter Erwartungen dienen. Das Schiedsgericht führte im konkreten Fall hinsichtlich der seitens Spanien erlassenen Dekrete, etwa dem Royal Dekret RD 1614/2010[936], aus, dass diese Dekrete in ihren Präambeln diverse Stabilitätsversprechungen im Hinblick auf langfristige Investitionen im Sektor der erneuerbaren Energien beinhalten würden. Diese Vorgaben können nach Auffassung des Schiedsgerichts als Garantien für die Gewährung einer stabilen Gesetzeslage eingestuft werden.[937]

Das Schiedsgericht hat die ausschlaggebenden Faktoren für die Annahme solch einer vertrauensbegründenden Stabilitätsgarantie zusammen wie folgt zusammengefasst[938]:

1. Spanien wusste, dass Investitionen in diesem Sektor sehr kostenintensiv sind;

2. Spanien wusste, dass es zur Anziehung von Investoren notwendig war, entsprechende finanzielle Anreize und Förderungen zu gewähren;

3. Spanien erzeugte das RD 611/2007, welches derartige finanzielle Förderungen für Investoren im Bereich von erneuerbaren Technologien vorsah[939];

4. Spanien erweckte überdies den Anschein, dass diese gesetzlichen Vorgaben aufrecht bleiben würden.[940]

Das Schiedsgericht kam zu dem Ergebnis, dass durch die in den Jahren 2013 und 2014 erlassenen Dekrete[941] die essentiellen Merkmale der zum Zeitpunkt der Vornahme der Investition vorherrschenden rechtlichen Rahmenbedingungen beseitigt wurden. Diese Beseitigung sei nach Auffassung des Schiedsgerichtes insbesondere durch Änderung der zunächst vorgesehenen Einspeisungsvergütung (FIT) durch ein standardisiertes, nicht den tatsächlichen Kosten entsprechendes Förderungssystem erfolgt. Ferner sei die Abänderung der essentiellen Rahmenbedingungen durch die Beschneidung des Rechts auf bevorzugten Zugang zum Stromnetz

[936] *Antin v. Spain*, Rz 546; zu den Vorgaben im Dekret siehe *Antin v. Spain*, Rz 105.
[937] *Antin v. Spain*, Rz 547f.
[938] *Antin v. Spain*, Rz 554.
[939] Zu den Vorgaben in dem Dekret siehe etwa *Antin v. Spain*, Rz 91.
[940] Ausgehend von diesen Ausführungen vertritt das Schiedsgericht offenkundig die Annahme, dass der Gaststaat sich hinsichtlich der gesetzlichen Vorgaben verbindlich gegenüber ausländischen Investoren erklären wollte, siehe hierzu Kap XI I h) zur Bindungsabsicht auf Seiten des Gaststaates.
[941] Konkret RDL 9/2013, Gesetz 24/2013 und die Ministerial Order IET/1045/2014 vgl. *Antin v. Spain*, Rz 560.

sowie des Rechts auf Vorzug der Stromversorgung mittels Strom aus erneuerbaren Energien erfolgt.[942] Das Schiedsgericht erblickte somit entsprechend dem Ansatz in *Charanne v. Spain* in der Beseitigung der essentiellen Merkmale der Gesetzeslage die Ursache für die Verletzung des FET-Standards.[943]

g) Jürgen Wirtgen, Stefan Wirtgen, Gisela Wirtgen, JSW Solar (zwei) GmbH & Co. KG v. The Czech Republic[944]

Das Schiedsgericht hatte in diesem Fall, gleich den ‚Spanienfällen', zu prüfen, ob eine Gesetzesänderung bei der Einspeisungsvergütung (FITs) zu einer Verletzung berechtigter Erwartungen des Investors geführt hat.

Als Unterschied zu den bereits behandelten ‚Spanienfällen' ist hervorzuheben, dass in diesem Verfahren nicht der FET-Standard des ECT, sondern der in Art 2 Abs 1 des Deutschland-Tschechien BIT normierte FET-Standard gegenständlich war.[945] Durch das Schiedsgericht zu prüfen war die Abänderung der günstigen gesetzlichen Vorgaben (Statut Act 180/2005, On the Support of Electricity Generation from Renewable Energy Sources (The „*Act on Promotion*") welche eine Rendite von zumindest 7 % jährlich für die ersten 15 Jahre der Lebensdauer der Solarinstallationen sowie eine Amortisation („*payback*") der Investitionskosten in höchstens 15 Jahren vorsahen[946]. Ferner war die nachträglich eingeführte Solarsteuer am Prüfstand. Der Investor monierte im Verfahren insbesondere die Einführung der Solarabgabe sowie den Wegfall von zunächst gewährten Steuerbegünstigungen und die Abschaffung von Steuerbefreiungen.[947] Nach Ansicht des Schiedsgerichts führten diese Maßnahmen jedoch zu keiner Verletzung der berechtigten Erwartungen des Investors, da für den Investor trotz der Änderungen weiterhin adäquate Einnahmen durch das FIT-System zufließen würden.[948] Diese hinreichende finanzielle Vergütung wurde nach Ansicht des Schiedsgerichts auch durch die Einfuhr der Solarabgabe nicht in ungebührlichem Ausmaß geschmälert. Darüber hinausgehende Zusagen über den erzielbaren Ertrag

[942] *Antin v. Spain*, Rz 560.
[943] *Antin v. Spain*, Rz 560, 572**.**
[944] *Jürgen Wirtgen, Stefan Wirtgen, Gisela Wirtgen and JSW Solar (zwei) GmbH & Co. KG v. Czech Republic*, PCA Case No. 2014-03, Final Award (11. Oct 2017); siehe die durch das Schiedsgericht in seiner Beurteilung herangezogene Schiedsjudikatur: in Rz 407 *Charanne v. Spain*, *Duke Energy v. Ecuador*, *Micula v. Romania*; in Rz 409 *Total S.A. v. Argentina*, *Crystalex v. Venezuela;* in Rz 421 *Invesmart v Czech Republic*.
[945] Vgl *Wirtgen v. Czech Republic*, Rz 273.
[946] *Wirtgen v. Czech Republic*, Rz 270. Der Investor brachte hier vor, dass neben diesen gesetzlichen Vorgaben auch öffentliche Kundmachungen der Regierung berechtigte Erwartungen bei ihm erzeugt hätten, Rz 277.
[947] *Wirtgen v. Czech Republic,* Rz 427.
[948] *Wirtgen v. Czech Republic*, etwa Rz 358; Rz 416.

lagen nicht vor.[949] Auch hat das Schiedsgericht hervorgehoben, dass es bei den Steuergesetzen im Gaststaat bereits vor Vornahme der Investition mehrfach zu Abänderungen gekommen sei und daher im Zeitpunkt der Investition mit weiteren Änderungen zu rechnen war.[950]

In diesem Zusammenhang hob das Schiedsgericht hervor „*an investor can[not] legitimately expect that the laws at the time of investment will not be changed.*"[951]

Auch die vom Gaststaat im Zusammenhang mit den Steuerbegünstigungen an den Investor vor Vornahme der Investitionen erteilten Informationen konnten nach Auffassung des Schiedsgerichts keine berechtigten Erwartungen auf einen unveränderten Fortbestand dieser Begünstigungen erzeugen. Hierzu führte das Schiedsgericht aus, dass in diesen erteilten Informationen überwiegend lediglich auf die bereits in den Dekreten enthaltenen Vorgaben verwiesen wurden. Es seien jedoch keine über die bloße Wiedergabe des Inhalts der Dekrete hinausgehenden Stabilitätszusagen erteilt worden.[952] Zu der Entscheidung wurde durch Schiedsrichter *Born* eine umfassende *dissenting opinion* erstattet.[953] In dieser vertritt *Born* die Ansicht, dass berechtigte Erwartungen auf die Beständigkeit von gesetzlichen Vorgaben auch abseits konkreter Zusicherungen erzeugt werden können. Auf diese, für die hier zu behandelnde Fragstellung wesentliche, Auffassung von *Born* wird in einem gesonderten Abschnitt der Arbeit näher eingegangen.[954]

h) Antaris Solar GmbH and Dr. Michael Göde v. Czech Republic[955]

Der Sachverhalt in *Antaris* gestaltet sich weitgehend ähnlich zu dem bereits diskutierten Sachverhalt in *Wirtgen*, wobei einige Unterschiede hervorzuheben sind.

---

[949] *Wirtgen v. Czech Republic,* Rz 420. Auch kam das Schiedsgericht hinsichtlich der monierten Änderung der begünstigten Abschreibungsdauer der Investition zu dem Schluss, dass die Abschreibungsvorgaben bereits in der Vergangenheit regelmäßig geändert wurden und der Investor sohin keine berechtigten Erwartungen dahingehend haben konnte, dass die Vorgaben unverändert bleiben, Rz 429.

[950] *Wirtgen v. Czech Republic,* Rz 433.

[951] Auf diesen Satz stützt sich überdies sogar der Kläger selbst, siehe *Wirtgen v. Czech Republic,* Rz 437.

[952] *Wirtgen v. Czech Republic,* Rz 422. Überdies hat das Schiedsgericht hervorgehoben, dass der Kläger nicht behauptet habe, dass er diese Dokumente vor der Vornahme der Investition geprüft hat respektive auf den Inhalt dieser Dokumente im Zeitpunkt der Vornahme der Investition vertraut habe, Rz 423. Hier verweist das Schiedsgericht auf die Entscheidung *Invesmart v. Czech Republic*, da auch in dieser Entscheidung ausgeführt wurde, dass die Kenntnis über den Inhalt von vermeintlich vertrauenserzeugenden Dokumenten für die Erzeugung von darauf beruhenden berechtigten Erwartungen zwingend erforderlich ist, Rz 421, siehe hierzu auch Kap IV E.

[953] *Wirtgen v. Czech Republic*, Dissenting Opinion of Arbitrator Gary Born (11 Oct 2017); auch zu *Antaris v. Czech Republic* wurde solch eine umfassende *dissenting opinion* durch *Born* erstattet, siehe näher in Kap XI K.

[954] Siehe Kap XI K.

[955] *Antaris Solar GmbH and Dr. Michael Göde v. Czech Republic*, PCA Case No. 2014-01, Award (2. May 2018).

So ist zunächst zu betonen, dass im gegenständlichen Fall der ECT die relevante Vertragsgrundlage bildet, während die Klage in *Wirtgen* auf den BIT zwischen Deutschland und der Tschechischen Republik gestützt wurde.[956] Das Schiedsgericht führte in seiner Entscheidung unter Verweis auf zahlreiche Vorentscheidungen 13 ‚Punkte' auf, welche bei der Begründung von berechtigten Erwartungen zu berücksichtigen seien.[957]

So führte das Schiedsgericht etwa auszugsweise in Punkt 5 der Auflistung aus:

„*A specific representation may make a difference to the assessment of the investor's knowledge and of the reasonableness and legitimacy of its expectation, but is not indispensable to establish a claim based on legitimate expectation which is advanced under the FET standard.*"

Ferner hob das Schiedsgericht in Punkt 6 hervor:

„***Provisions of general legislation applicable to a plurality of persons or a category of persons, do not create legitimate expectations that there will be no change in the law****; and given the State's regulatory powers, in order to rely on legitimate expectations the investor should inquire in advance regarding the prospects of a change in the regulatory framework in light of the then prevailing or reasonably to be expected changes in the economic and social conditions of the host State.*"[958]

Auf den ersten Blick als widersprüchlich zu diesem Punkt 6 anzusehen sind die in Punkt 7 der Auflistung getroffenen Ausführungen:

„*An expectation may be* ***engendered by changes to general legislation****, but, at least in the absence of a stabilization clause, they are not prevented by the fair and equitable treatment standard if they do not exceed the* ***exercise of the host State's normal regulatory power*** *in the pursuance of a public interest and do not modify the regulatory framework relied upon by the investor at the time of its investment* ***outside the acceptable margin of change****.*"[959]

Auch *Ortino*[960] weist in seiner Kommentierung der Entscheidung auf eine Widersprüchlichkeit zwischen Punkt 6 und Punkt 7 hin. Eine Widersprüchlichkeit ist jedoch bei genauerer Betrachtung

[956] *Antaris v. Czech Republic*, Rz 1, 262.
[957] *Antaris v. Czech Republic*, Rz 360.
[958] *Antaris v. Czech Republic*, Rz 360 (Hervorhebung durch den Autor).
[959] *Antaris v. Czech Republic*, Rz 360 (Hervorhebung durch den Autor).
[960] *Ortino*, The Obligation of Regulatory Stability in the Fair and Equitable Treatment Standard, 861.

nicht gegeben. Schließlich wird in Fällen von ‚totalen' Gesetzesänderungen sowie Gesetzesänderungen, welche entgegen dem öffentlichen Interesse vorgenommen wurden, in der Schiedsjudikatur grundsätzlich auch abseits konkreter Zusicherungen eine Verletzung des FET-Standards bejaht.[961]

In dem Verfahren konnte der Investor, gleich wie in *Wirtgen*, mit seiner Klage nicht durchdringen. Zu betonen ist jedoch, dass dem Investor nicht bloß aufgrund des Fehlens von konkreten Zusicherungen der Erfolg verwehrt blieb. So hat das Schiedsgericht betont, dass der Investor, Dr. Göde, sehr opportunistisch agiert habe und keine angemessene *due diligence* Prüfung durchgeführt habe. Dieser sei nach Auffassung des Schiedsgerichtes vielmehr bemüht gewesen, die ungewisse Situation im Gaststaat zur Erreichung einer möglichst hohen Rendite zu nutzen.[962] Somit hat wohl auch die Verletzung der gebührenden Sorgfaltspflicht zum Misserfolg der Klage geführt. Auch zu dieser Entscheidung hat Schiedsrichter *Born* eine umfangreiche *dissenting opinion* abgegeben. In dieser vertrat *Born*, im wesentlichen mit der selben Argumentationslinie wie in seiner *dissenting opinion* zu *Wirtgen v. Czech Republic,* die Ansicht, dass berechtigte Erwartungen auf die Stabilität von gesetzlichen Vorgaben auch abseits konkreter Zusicherungen begründet werden können.[963] Da anders als bei *Wirtgen* die Klage in *Antaris* auf den ECT gestützt wurde, war im Zusammenhang mit den steuerlichen Maßnahmen, insbesondere der nachträglich eingeführten Solarsteuer, jedoch auf den Tax Carve-Out des Art 21 ECT Bedacht zu nehmen.

i) Exkurs: Der Tax Carve-Out in Art 21 ECT

i. Allgemeine Ausführungen unter Bezugnahme auf die Entscheidung *Pauschok v. Mongolia*

Das Steuerwesen stellt allgemeinhin eine Materie dar, welche im besonderen Maße im öffentlichen Staatsinteresse liegt.[964] Aus diesem Grund werden in Investitionsabkommen oftmals mehr oder weniger umfassende Ausnahmen vom Investorenschutzes im Zusammenhang mit Angelegenheiten der Steuergesetzgebung vorgesehen.[965] Änderungen in den Steuergesetzen bilden wiederum auch oftmals Grund für die Klagsführung von ausländischen Investoren.[966]

[961] Siehe Kap XI D zum Kriterium der ‚totalen Abänderung'; ferner die Ausführungen zur ‚margin of change' in Kap XI C d)

[962] *Antaris v. Czech Republic*, Rz 431, 435.

[963] *Antaris v. Czech Republic,* Dissenting Opinion of Gary Born (2. May 2018).

[964] *Titi*, The right to regulate, 211f.

[965] Siehe hier neben den Vorgaben in Art 21 ECT etwa die Vorgaben im New Zealand Hongkong BIT sowie Art 2103 NAFTA, Art 16 des Canada Model BIT sowie Art 21 des US Model BIT; ferner *Titi*, The right to regulate, 211f.

[966] *A. Gildemeister*, Investment Law and Taxation in M. Bungenberg/J. Griebel/S. Hobe/A. Reinisch (Hrsg.), International Investment Law – A Handbook[1] (2015), Rz 38. *Gildemeister* betont, dass in Anbetracht der bisherigen

Das Schiedsgericht in *Pauschok v. Mongolia* hat daher empfohlen, dass ausländische Investoren sich gegen Änderungen der Steuergesetze des Gaststaates mit Stabilisierungsvereinbarungen absichern sollen.[967] Nach Auffassung des Schiedsgerichtes wurden durch die Mongolei radikale Gesetzesänderungen im Bereich des Steuerwesens vorgenommen, die erhebliche Auswirkungen auf die Investition gehabt hätten. Ungeachtet dessen seien dem Investor nach Auffassung des Schiedsgerichts abseits des Vorliegens einer Stabilitätsvereinbarung keine berechtigten Erwartungen dahingehen zuzuerkennen, dass sich die Steuergesetze nicht ändern werden.[968] Auch wenn durch das Schiedsgericht offen gelassen wurde, ob im Falle von nachteiligen Änderungen bei Steuergesetzen im Vergleich zu ‚sonstigen' Gesetzesänderungen ein strengerer Maßstab für die Erzeugung von berechtigten Erwartungen anzunehmen ist, lässt sich dieses Ergebnis aus den Ausführungen des Schiedsgerichts wohl ableiten. Schließlich kam das Schiedsgericht zu dem Schluss, dass die zum Zeitpunkt der Vornahme der Investition vorgelegenen Steuergesetze in weiterer Folge radikal abgeändert wurden. Im Falle von radikalen bzw ‚totalen' Gesetzesänderungen wird jedoch regelmäßig durch die Schiedspraxis eine Verletzung des FET-Standards auch abseits konkreter Zusicherungen angenommen.[969] Dass durch das Schiedsgericht jedoch eine Verletzung des FET-Standards trotz der Annahme einer radikalen Abänderung der (Steuer-) Gesetze nicht bejaht wurde, spricht dafür, dass dem Gaststaat in diesem Bereich ein größerer regulatorischer Freiraum zuzubilligen ist. Dies ist wohl darauf zurückzuführen, dass gerade im Steuerwesen üblicherweise mit Gesetzesänderungen zu rechnen ist.[970]

Es soll nunmehr der Tax Carve-Out des Art 21 ECT anhand des Falles *Antaris v. Czech Republic* näher beleuchtet werden.

Schiedspraxis nur in Fällen, wo konkrete Zusicherungen in Hinblick auf eine stabile Steuergesetzeslage erteilt wurden, eine Verletzung des FET-Standards zu bejahen sei und abseits konkreter Zusicherungen eine Verletzung des FET-Standards nur bei „*extreme serious changes*" vorliegen könne.

[967] *Pauschok v. Mongolia,* Rz 302.

[968] *Pauschok v. Mongolia,* Rz 305; hierzu führt das Schiedsgericht aus: „*There is no doubt that the WPT represented a* ***radical change*** *in the taxation of the gold mining industry in Mongolia and that it had a severe negative impact upon the industry as a whole and upon GEM in particular. But this does not mean that the enactment of such legislation was contrary to the Treaty. An investor, without an agreement which limits or prohibits the possibility of tax increases,* ***should not be surprised to be hit with tax increases*** *in subsequent years and such an event could not be considered as ‚unpredictable'.*" (Hervorhebung durch den Autor).

[969] Siehe Kap XI D zur ‚totalen Abänderung' der Gesetzeslage.

[970] Vgl *Pauschok v. Mongolia,* Rz 305.

ii. Die Analyse des Tax Carve-Out in Art 21 ECT anhand der Entscheidung *Antaris v. Czech Republic*

Art 21 des ECT normiert, dass die Vorgaben in diesem Abkommen den Gaststaat nicht davon abhalten, Regelungen in steuerlichen Angelegenheiten vorzunehmen.[971] Dies führt zum Ergebnis, dass steuergesetzliche Maßnahmen des Gaststaates, welche sich nachteilig auf Investoren auswirken, in der Regel nicht unter Berufung auf den im ECT normierten FET-Standard bekämpft werden können.[972] Nach Ansicht von Kommentatoren ist der fehlende Tax Carve-Out im BIT zwischen Deutschland und der Tschechischen Republik Grund dafür, dass die Klage im Fall *Wirtgen v. Czech Republic* durch den Investor nicht auf den ECT, sondern auf den BIT zwischen Deutschland und der Tschechischen Republik gestützt wurde.[973]

Im Fall *Antaris v. Czech Republic*, in dem die Klage neben dem Deutschland-Tschechien BIT eben auch auf den ECT gestützt wurde, war durch das Schiedsgericht zu prüfen, ob die seitens des Gaststaates eingeführte Solarsteuer („*solar levy*“) eine Maßnahme darstellt, welche unter den Tax Carve-Out des ECT zu subsumieren ist.[974]

Zunächst sei hierbei nach Auffassung des Schiedsgerichts darauf abzustellen, ob es sich bei der „*solar levy*“ um eine steuerliche Maßnahme nach dem nationalen Recht des Gaststaates handelt, da nur in solch einem Fall die Ausnahme des Art 21 ECT greife.[975] Bejahendenfalls wäre als nächster Schritt zu untersuchen, ob die nationale Maßnahme unter den Ausnahmetatbestand des Art 21 ECT zu subsumieren sei.[976] Das Schiedsgericht gelangte bei der Fallprüfung zu dem Ergebnis, dass die

[971] Es steht hierzu in Abs 1 des Art 21 ECT normiert: „*Except as otherwise provided in this Article, nothing in this Treaty shall create rights or impose obligations with respect to Taxation Measures of the Contracting Parties. In the event of any inconsistency between this Article and any other provision of the Treaty, this Article shall prevail to the extent of the inconsistency*“.

[972] Es besteht wohl allgemeinhin die Tendenz, den Vertrauensschutz ausländischer Investoren in Bezugnahme auf steuerliche Maßnahmen zu beschränken. So wurde in Bezugnahme auf das erklärte Ziel der Bekämpfung von Steuerersparnismöglichkeiten beim G 8 Gipfel im Jahre 2013 die Forderung geäußert, Änderungen im Bereich des Steuerwesens generell vom Schutz legitimer Erwartungen auszunehmen. Dies wurde damit begründet, dass eine Investition als zweiseitige Angelegenheit anzusehen sei und es dem Investor sohin klar sein müsse, dass sich der Gaststaat aus dem Investitionsverhältnis wirtschaftlichen Aufschwung erwarte. Aus diesem Grund sollen Änderungen an ‚Steuerschlupflöchern' nicht vom Vertrauensschutz umfasst sein, siehe *Y.N. Hodu,* A Critique of the Legitimate Expectations Doctrine in Investment Treaty Arbitration, 16. Sep. 2013, EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law, abrufbar unter: https://www.ejiltalk.org/a-critique-of-the-legitimate-expectations-doctrine-in-investment-treaty-arbitration, zuletzt abgerufen am 21.12.2024.

[973] Siehe FN 40 bei *Patritzia/Profaizer/Timofeyev,* Investment Disputes Involving the Renewable Energy Industry Under the Energy Charta Treaty.

[974] Zur „*solar levy*“ siehe bereits in der Skizzierung der Lage in der Tschechischen Republik in Abschnitt B c) dieses Kapitels.

[975] *Antaris v. Czech Republic,* Rz 227.

[976] *Antaris v. Czech Republic,* Rz 228.

„*solar levy*“ keine nationale Steuermaßnahme darstelle, da diese die für Steuern üblicherweise fehlende Äquivalenz nicht aufweise. Der Investor erhält schließlich im Gegenzug für die Zahlung der „*solar levy*“ Förderungsmittel durch den Staat. Somit stelle nach Auffassung des Schiedsgerichtes die „*solar levy*“ keine Steuer dar. Die eingeführte Solarsteuer sei nach Auffassung des Schiedsgerichtes vielmehr als nachträgliche Kürzung der an den Investor gewährten Förderungen zu verstehen.[977] Überdies hält das Schiedsgericht allgemein fest, dass es für die Frage, ob der Tax Carve-Out des Art 21 ECT zur Anwendung gelangt, nicht alleine auf die Bezeichnung einer Maßnahme als ‚Steuer‘ ankomme. Ansonsten würde es Staaten leicht fallen, mit der bloß formalen Bezeichnung einer staatlichen Maßnahme als ‚Steuer‘ zu einer Ausnahme von der Anwendung des ECT zu gelangen.[978] Nach den Ausführungen des Schiedsgerichtes sei für die Frage der Anwendbarkeit des Art 21 ECT somit zu prüfen, ob die bekämpfte Maßnahme als Steuer im eigentlichen Sinne, somit als einseitige, vom Staat einem Individuum auferlegte Belastung, zu verstehen sei.

Das Schiedsgericht in *RREEF v. Spain* kam wiederum hinsichtlich der durch Spanien eingeführten „*tax levy*“ unter Verweis auf die Entscheidung *Novenergia v. Spain* zu einem anderen Ergebnis und ordnete die „*tax levy*“ als Steuer im Sinne des Art 21 ECT ein.[979] Nach Auffassung des Schiedsgerichts sei im Zusammenhang mit dem Tax Carve-Out des Art 21 ECT vielmehr zu prüfen, ob eine steuerliche Maßnahme durch den Gaststaates im guten Glauben gesetzt wurde.[980] Diese Ansicht stützte das Schiedsgericht auf die Entscheidungen *Novenergia* und *Isolux v. Spain*.[981] Es verweist hierbei darauf, dass steuerliche Maßnahmen dann im guten Glauben vorgenommen werden würden, wenn diese primär dazu vorgesehen seien, die allgemeinen Staatseinnahmen zu erhöhen, wie dies bei Steuern gewöhnlich der Fall sei.[982] Überdies hielt das Schiedsgericht in *RREEF v. Spain* unter Verweis auf *Eiser v. Spain* fest, dass es nicht dem Schiedsgericht obliege, zu entscheiden, ob die spanische Regierung andere, im Ergebnis womöglich ‚bessere‘ Maßnahmen als die Einführung der „*tax levy*“ zur Erreichung des mit der Maßnahme verfolgten öffentlichen Interesses vornehmen hätte können. Es handle sich nach der Auffassung des Schiedsgerichts beim

[977] *Antaris v. Czech Republic,* Rz 235.
[978] *Antaris v. Czech Republic,* Rz 249.
[979] *RREEF v. Spain*, Rz 185 unter Verweis auf *Novenergia v. Spain*, Rz 519.
[980] *RREEF v. Spain*, Rz 186.
[981] *RREEF v. Spain*, Rz 186; siehe Verweis auf *Isolux v. Spain*, Rz 733; *Novenergia v. Spain*, Rz 521, Rz 524, wobei das Schiedsgericht festhält, dass es im allgemeinen schwer sei, die Vermutung, dass eine steuerliche Maßnahme im guten Glauben gesetzt wurde, zu widerlegen.
[982] *RREEF v. Spain*, Rz 188.

Steuerwesen schließlich um einen der Kernbereiche souveräner Staatsgewalt, weswegen auch aus diesem Grund nach Art 21 ECT steuerliche Maßnahmen nicht vom Schutz des ECT umfasst seien.[983]

Es wurde somit durch das Schiedsgericht in *RREEF v. Spain* ein anderer Ansatz als in *Antaris v. Czech Republic* verfolgt. In *RREEF* wurde nicht darauf abgestellt, ob die in *Antaris* angenommene, für eine Steuer typische ‚Nichtäquivalenz' vorliegt. Vielmehr ist das Schiedsgericht davon ausgegangen, dass die von Spanien eingeführte Solarsteuer als Steuer iSd des 21 ECT einzuordnen ist, da diese steuerliche Maßnahme durch den Staat im guten Glauben gesetzt wurde.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist dem Ansatz des Schiedsgerichtes in *Antaris v. Czech Republic* der Vorzug zu geben. Es ist richtigerweise darauf abzustellen, ob die eingeführte Solarsteuer nicht lediglich eine Kürzung der zuvor staatlich gewährten Steuervorteile darstellt. Gegen den in *RREEF* vertretenen Ansatz spricht auch der Umstand, dass eine Erhöhung der Besteuerung ausländischer Investitionsvorhaben in der Regel im öffentlichen Interesse des Gaststaates liegt, weswegen Maßnahmen, die das Steueraufkommen etwa durch Kürzung von Steuerbegünstigungen erhöhen, in der Regel wohl durch den Gaststaat im guten Glauben gesetzt werden. Der von *RREEF v. Spain* vertretene Ansatz würde daher in den allermeisten Fällen zu einer Anwendbarkeit des Art 21 ECT führen. Es ist jedoch den geäußerten Bedenken in *RREEF v. Spain* dahingehend beizupflichten, dass die Prüfung von Maßnahmen der Steuergesetzgebung als eine der ureigensten Staatsmaterien nur in Ausnahmefällen durch Schiedsrichter erfolgen soll.

Offen bleibt jedoch, ob sich der Gaststaat auch auf den Tax Carve-Out berufen kann, wenn er dem ausländischen Investor zuvor konkrete Zusicherungen hinsichtlich der Stabilität der Steuergesetze erteilt hat. So stellt sich etwa die Frage der Konsequenzen, wenn der Gaststaat den Investor im Anwendungsbereich des ECT mit konkreten Zusicherungen im Hinblick auf günstige Steuergesetze zur Vornahme der Investition veranlasst und im Zuge dessen auch zusichert, dass sich diese Vorgaben auch zukünftig für eine bestimmte Dauer nicht nachteilig ändern werden. Beruft sich der Staat bei entgegen diesen Zusagen dennoch vorgenommenen nachteiligen Gesetzesänderungen auf die Ausnahme des Art 21 ECT, könnte dieser aufgrund fehlender Schutzwürdigkeit dennoch für die nachteiligen Folgen der Gesetzesänderungen zur Haftung herangezogen werden. Schließlich hat der Gaststaat dem Investor Zusicherungen im Hinblick auf die Gesetzeslage erteilt, obwohl er wusste,

[983] *RREEF v. Spain*, Rz 190.

dass sich der Investor im Falle von dennoch erfolgten Gesetzesänderungen auf diese Zusicherungen wegen dem im Abkommen normierten Tax Carve-Out nicht berufen kann.[984] Hierbei muss jedoch auf die Sorgfaltspflicht des Investors Bedacht genommen werden. Bei gebotener Sorgfalt ist zu erwarten, dass sich der Investor vor Vornahme der Investition darüber Kenntnis verschafft, welche gesetzlichen Materien nach dem Investitionsabkommen vom Schutz unter dem FET-Standard ausgenommen sind.

j) Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain[985]

Auch in *Masdar* fußte die Klage des Investors auf Gesetzesänderungen im Sektor der erneuerbaren Energien in Spanien. Hierbei stützte dieser seine berechtigten Erwartungen ebenfalls auf die Vorgaben im Dekret RD661/2007[986]. Hervorzuheben ist, dass die drei vom Investor errichteten Solarkraftwerke auch im Zuge eines staatlichen Registrierungsverfahrens, dem sog. *RAIPRE* (*Registro Administrativo de Instalaciones de Producción en Régimen Especial*) registriert wurden. Im Zuge dieser Registrierungsprozesses wurde für jedes der drei Kraftwerke ein als „Resolution" bezeichnetes Schreiben vom spanischen Ministerium für Energiepolitik und Minenwesen ausgestellt. In diesen Resolutionen wurde festgehalten, dass die registrierten Kraftwerke vom Anwendungsbereich der speziellen Förderungsvorgaben des RD 661/2007 umfasst werden.[987] In seiner Beurteilung kam das Schiedsgericht zu dem Ergebnis, dass die aufgezeigten Resolutionen, welche vom Ministerium für Energiepolitik und Minenwesen an jeden Betreiber separat adressiert wurden, als konkrete Zusicherungen zu qualifizieren seien.[988] Hierbei hob das Schiedsgericht hervor, dass gemäß den Vorgaben in diesen Resolutionen die betroffenen Unternehmen unter den Anwendungsbereich der speziellen Vorgaben des später abgeänderten Dekretes RD 661/2007 fallen. Auch sei nach Auffassung des Schiedsgerichtes die Gewährung der Förderungen für die Lebensdauer der Anlagen zugesagt worden.

Hierzu führte das Schiedsgericht aus:

---

[984] Zur Bösgläubigkeit des Gaststaates siehe Kap XI E.

[985] *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/1, Award (16. May 2018).

[986] *Masdar v. Spain*, Rz 5, Rz 348ff; zu dem Dekret RD661/2007 siehe bereits oben zu *Charanne v. Spain* in Abschnitt a) dieses Kapitels.

[987] *Masdar v. Spain,* Rz 98-99, Rz 116-117, Rz 370.

[988] *Masdar v. Spain,* Rz 513, auch nach Ansicht des Schiedsgerichtes in *PV Investors v. Spain* wurde in *Masdar* dem Investor eine konkrete Zusicherung erteilt (Siehe Rz 554 in *PV Investors v. Spain*).

„*It would be difficult to conceive of a more specific commitment than a Resolution issued by Spain addressed specifically to each of the Operating Companies, confirming that each of the Plants qualified under the RD661/2007 economic regime for their ‚operational lifetime*'."[989]

In seiner Beurteilung traf das Schiedsgericht überdies interessante Erwägungen für die hier zu behandelnde Forschungsfrage. So betonte das Schiedsgericht, dass sich hinsichtlich der Frage des Schutzes berechtigter Erwartungen von ausländischen Investoren in Ansehung stabiler gesetzlicher Vorgaben zwei ‚Schulen' etabliert hätten. Die eine Schule vertrete die Ansicht, dass bindende Zusagen des Staates an den Investor auch durch Gesetze als solche getätigt werden können. Die andere Schule wiederum vertrete die Ansicht, dass solche Zusicherungen für die Erzeugung berechtigter Erwartungen ‚konkret' sein müssen.[990] Hinsichtlich der ersten Schule verwies das Schiedsgericht etwa auf die *dissenting opinion* von Schiedsrichter *Tawil* zu den Entscheidungen *Charanne* und *Isolux v. Spain*.[991] Dieser stützte seine Ansicht wiederum auf die später noch näher zu beleuchtende *UNCTAD*-Studie aus dem Jahr 2012.[992] Hinsichtlich der zweiten Schule verwies das Schiedsgericht auf die Entscheidungen *El Paso v. Argentina*[993], *Continental v. Argentina* [994] sowie *Charanne v. Spain*.[995] Das Schiedsgericht schlussfolgerte, dass das später abgeänderte Dekret RD661/2007 eine Stabilisierungsklausel enthalte, da darin ua. festgehalten worden sei, dass sich die gesetzlichen Vorgaben nicht ändern werde.[996]

Anzumerken ist, dass das Schiedsgericht zu diesem Ergebnis nach den Ausführungen zur ‚ersten Schule' und noch vor den Ausführungen zur ‚zweiten Schule' gelangte.[997] Aus diesem Aufbau der Entscheidungsfindung lässt sich daher der Schluss ziehen, dass sich das Schiedsgericht offenkundig der durch die ‚erste Schule' vertretenen Auffassung anschließt, wonach Gesetze selbst ohne konkrete Zusicherungen Grundlage für berechtigte Erwartungen darstellen können. Hierbei ist jedoch bei näherer Betrachtung zu betonen, dass das Schiedsgericht die Vorgaben im Dekret RD661/2007 aufgrund des spezifischen Inhalts als konkrete Zusicherungen eingestuft hat.

[989] *Masdar v. Spain*, Rz 520.
[990] *Masdar v. Spain*, Rz 489ff.
[991] *Masdar v. Spain*, Rz 492-493.
[992] Siehe Kap XI J.
[993] *Masdar v. Spain*, Rz 505; zu den Anforderungen für eine Qualifikation als konkrete Zusicherung siehe die Auffassung des Schiedsgerichts in *El Paso v. Argentina* in Kap XI I d).
[994] *Masdar v. Spain*, Rz 506.
[995] *Masdar v. Spain*, Rz 508; zur Forderung einer konkreten Zusicherung siehe die Erwägungen in Abschnitt a) dieses Kapitels.
[996] *Masdar v. Spain*, Rz 500ff.
[997] *Masdar v. Spain*, Rz 496ff.

k) Greentech Energy Systems A/S v. The Italian Republic[998]

In dieser Entscheidung kam das Schiedsgericht zu dem Ergebnis, dass Italien durch die Änderung der Gesetzeslage die berechtigten Erwartungen des Investors verletzt hat. Das Schiedsgericht hat hierzu näher festgehalten, dass die berechtigten Erwartungen des Investors in den Förderungsvorgaben eines Dekretes („*Conto Energia decree*“) fußten. Hierzu hob das Schiedsgericht hervor, dass Italien mehrfach konkrete Zusicherungen gegenüber dem Investor dahingehend abgegeben habe, dass sich die in diesem Dekret normierten Tarife die nächsten 20 Jahre nicht ändern werden.[999] Das Schiedsgericht hielt hierbei fest, dass es, gleich der Auffassung von *Sacerdoti* in seiner *dissenting opinion,* davon ausgehe, dass Italien sich in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befand. Diese wirtschaftlichen Schwierigkeiten hätten jedoch nicht das Level von *force majuere* erreicht.[1000]

Das Schiedsgericht gibt hier somit einen strengen Maßstab vor, wenn es ausführt, dass wirtschaftliche Schwierigkeiten im Land nur bei *force majuere* die von Italien vorgenommenen Gesetzesänderungen rechtfertigen würden.

Das Schiedsgericht gelangte zu dem Ergebnis, dass die konkreten Zusicherungen seitens Italien durch das genannte Dekret sowie zusätzlichen Äußerungen staatlicher Behörden erzeugt wurden.[1001] In diesem Zusammenhang erachtete das Schiedsgericht insbesondere ein an die Investoren gerichtetes Schreiben („*Tarif Recognition Letter*“) als entscheidend für die Annahme einer Stabilitätszusage.[1002]

In diesem Schreiben wurde ausdrücklich auf die Vorgaben im Dekret Bezug genommen und wurde festgehalten:

„*With reference to the photovoltaic plant named [name of the relevant plant], we hereby communicate the admission to the incentive tariff under Ministerial Decree 19 February 2007, equal to 0.3460 euro/kWh. (…) The tariff will be recognized for a twenty year period(…)* ***the tariff is constant*** *(…) for all the twenty year period.*“[1003]

---

[998] *Greentech Energy Systems A/S, et al v. The Italian Republic,* SCC Case No. V 2015/095, Final Award (23. Dec 2018).
[999] *Greentech v. Italy*, Rz 450.
[1000] *Greentech v. Italy*, Rz 451.
[1001] *Greentech v. Italy*, Rz 453.
[1002] *Greentech v. Italy*, Rz 127, 450.

In seiner *dissenting opinion* vertrat Schiedsrichter *Sacerdoti* wiederum die Ansicht, dass die Vorgaben im gegenständlichen Dekret nicht als konkreten Zusicherungen einzuordnen seien, da diese nicht konkret an den Investor adressiert wurden.[1004] Hierzu führte *Sacerdoti* aus, dass es für den Investor klar gewesen sein musste, dass die Förderungsvorgaben nach Erreichung des EU-Klimaziels (was 2015 der Fall gewesen sei) jederzeit auch wieder geändert werden können. Sohin wäre die Möglichkeit der Abänderung nach *Sacerdoti* für den Investor vorhersehbar gewesen.[1005]

l) RREEF Infrastructure v Spain[1006]

In diesem Fall erfolgte die Investition im Jahr 2011. Der Zeitpunkt reiht sich sohin zwischen dem besonders kritischen Zeitraum von *Eiser v. Spain* und *Novenergia v. Spain* (2007) sowie den Zeitraum der Investition in *Isolux v. Spain* (2012)[1007] ein. Das Schiedsgericht kam in dem Verfahren zu dem Ergebnis, dass dem Investor ‚nur' berechtigte Erwartungen im Hinblick auf den Erhalt einer angemessenen Rendite zuzubilligen seien.[1008] Überdies führte das Schiedsgericht aus, dass der Investor aufgrund der ihn treffenden *due diligence*-Pflicht mit Änderungen in den gesetzlichen Vorgaben zu rechnen hatte. In seiner *partial dissenting opinion* vertrat Schiedsrichter *Volterra* wiederum die Ansicht, dass der Gaststaat nicht nur im Hinblick auf die Erwartung einer „*reasonable rate of return*" die berechtigten Erwartungen des Investors verletzt habe. So habe der Gaststaat nach Ansicht von *Volterra* mit zahlreichen Maßnahmen wiederholt das Bemühen zum Ausdruck gebracht, ausländische Investoren zur Vornahme von Investitionen in Spanien zu bewegen. Dies treffe insbesondere hinsichtlich der vom Ministerium für Industrie, Tourismus und Werbung vorangetriebenen Kampagne *InvestInSpain* zu.[1009]

Hierzu hob *Voleterra* hervor:

[1003] *Greentech v. Italy*, Rz 127 (Hervorhebung durch den Autor). Fraglich ist, ob der Inhalt des Schreibens nicht als bloßer Verweis auf die im Dekret enthaltenen Vorgaben zu verstehen ist, siehe hierzu die Erwägungen in Kap XI I j); zur Relevanz der Registrierungsverfahren siehe Kap XI B.

[1004] *Greentech v. Italy,* Dissenting Opinion of Arbitrator Giorgio Sacerdoti*,* (5. Dec 2018), Rz 48.

[1005] *Greentech v. Italy,* Dissenting Opinion Sacerdoti*,* Rz 49.

[1006] *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.á.r.l.v. Kingdom of Spain,* ICSID Case No. ARB/13/30, Award (11. Dec 2019); hervorzuheben ist, dass das Schiedsgericht bei der Beurteilung der berechtigten Erwartungen im Vergleich zu sonstigen Entscheidungen der ‚Energiekrise' auf überdurchschnittlich viele Schiedsentscheidungen in den Rz 314-466 der Entscheidung Bezug nimmt. So etwa (auszugsweise) auf *Eiser v. Spain, Blusun v. Italy*, in Rz 320 *Micula v. Romania*, *Electrabel v. Hungary*, in Rz 321 *Charanne v. Spain*, in Rz 391 *Novenergia v. Spain*, in Rz 397, Rz 461 *Elsi*.

[1007] *RREEF v. Spain*, Rz 392; zu den Fällen siehe bereits die Abschnitte b), c) und e) dieses Kapitels.

[1008] *RREEF v. Spain*, Rz 386.

[1009] *RREEF v. Spain*, Partial Dissenting Opinion of Robert Volterra (30. Nov 2018), Rz 24ff.

„*It is difficult to conclude otherwise than that what the Tribunal found unanimously that the Respondent did as a matter of fact amounts to what is* ***known colloquially as ‚bait and-switch****'. As the Decision identifies, the Respondent initially sought to and did attract investments in its renewable energy sector by raising hopes in investors, such as the Claimants of above-average profits. That was the bait'.*"[1010]

Bei diesen Ausführungen ist auffällig, dass *Volterra* offenkundig selbst davon ausgeht, dass der Gaststaat allgemein (somit im abstrakten Sinne) Investoren und nicht etwa den konkreten Investor im speziellen mit den attraktiven Vorgaben angesprochen hat (arg: „*..raising hopes in investors,* ***such as the*** *Claimants*").[1011] Somit erachtet *Volterra* offenkundig die staatlichen Maßnahmen auch ohne individuelle Adressierung als geeignet für die Erzeugung von berechtigten Erwartungen.

m) SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain[1012]

Das Schiedsgericht kommt in seiner Beurteilung unter Bezugnahme auf die Entscheidungen *Electrabel v. Hungary* und *Antin v. Spain* zu dem Ergebnis, dass konkrete Zusicherungen für die Erzeugung von berechtigten Erwartungen nicht zwingend erforderlich seien.[1013]

Hierzu führte das Schiedsgericht aus, dass die ersten vom Gaststaat gesetzten nachteiligen Maßnahmen, gleich wie bei *Charanne v. Spain*, noch keine Verletzung berechtigter Erwartungen des Investors zur Folge hatten. Bei den später erfolgten und wesentlich drastischeren Maßnahmen sei jedoch unter Verweis auf die in *Charanne* aufgestellten Grundsätze von einer Verletzung berechtigter Erwartungen auszugehen. Dies aufgrund des Umstandes, dass diese Maßnahmen unerwartet und plötzlich die essentiellen Eigenschaften der gesetzlichen Rahmenbedingungen beseitigt hätten.[1014]

n) NextEra Energy Global Holding B.V. v Spain[1015]

Bei dieser Entscheidung fällt auf, dass das Schiedsgericht bei der Behandlung des Schutzes berechtigter Erwartungen bis auf *Charanne v. Spain* keinen Bezug auf sonstige Schiedsentscheidungen genommen hat. Das Schiedsgericht kam zunächst zu dem Ergebnis, dass die

[1010] *RREEF v. Spain*, Dissenting Opinion Volterra, Rz 26.
[1011] Hervorhebung durch den Autor.
[1012] *SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/38, Award (31.Sep 2019).
[1013] *SolEs Badajoz v. Spain*, Rz 313.
[1014] *SolEs Badajoz v. Spain*, Rz 462.
[1015] *NextEra Energy Global Holding B.V. and NextEra Energy Spain Holding B.V. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/11, Final Award (31. May 2019).

gesetzlichen Regelungen als solche nicht geeignet gewesen seien, berechtigte Erwartungen zu erzeugen.[1016]

In weiterer Folge führte das Schiedsgericht aus, dass die vom Gaststaat gesetzten Maßnahmen sowie die im Zusammenhang mit dem Registrierungsverfahren („*RAIPRE*“)[1017] erteilten Informationen für sich allein nicht als Grundlage für die Erzeugung berechtigter Erwartungen geeignet seien. Im Zusammenspiel können diese verschiedenen Maßnahmen jedoch als Grundlage für die Erzeugung berechtigter Erwartungen des Investors dienen[1018]. Nach Auffassung des Schiedsgerichts hatte der Investor entgegen dem Vorbringen des Gaststaates auch nicht lediglich berechtigte Erwartungen auf eine angemessene Rendite. Vielmehr konnte dieser berechtigt darauf vertrauen, dass sich die Gesetzeslage nicht radikal ändern würde.[1019] Das Schiedsgericht erachtete somit im Ergebnis ebenfalls die Beseitigung der essentiellen gesetzlichen Rahmenbedingungen als ausschlaggebenden Faktor für die Verletzung des FET-Standards.

o) PV Investors v Spain[1020]

Das Schiedsgericht führte zunächst aus, dass der Investor jedenfalls nicht damit rechnen konnte, dass Änderungen in der Gesetzeslage nicht erfolgen werden.[1021] Die Dekrete selbst hätten nach Auffassung des Schiedsgerichts keine vertrauensbegründenden Zusicherungen dargestellt. Auch die von staatlichen Organen erteilten Informationen, die auf die Dekrete Bezug nahmen, stellten nach Auffassung des Schiedsgerichts keine konkreten Zusicherungen hinsichtlich einer Unveränderlichkeit der Vorgaben in den Dekreten dar. Hierzu hob das Schiedsgericht hervor, dass durch diese Informationen und Unterlagen nicht zugesichert worden sei, dass die Vorgaben in den Dekreten unverändert aufrecht bleiben[1022]. Das Schiedsgericht ging hier mit der Auffassung des

[1016] *NextEra v Spain*, Rz 585; auch hebt das Schiedsgericht unter Verweis auf *Charanne* hervor, dass das Registrierungsverfahren im *RAIPRE* für sich allein keine ausreichende Grundlage für die Erzeugung berechtigter Erwartungen auf die gesetzlichen Vorgaben biete, da es sich hierbei bloß um ein formales Verfahren gehandelt habe, siehe hierzu die Diskussion bei der Frage der Relevanz der Registrierung im *RAIPRE* in Kap XI B b).

[1017] Zum Registrierungsverfahren im *RAIPRE* siehe die Ausarbeitung zu den Fällen *Charanne v. Spain* und *Eiser v. Spain* sowie Kap XI B b).

[1018] *NextEra v Spain*, Rz 593, 596; das Schiedsgericht in *PV Investors v. Spain* hebt hervor, dass in *NextEra v. Spain* konkrete Zusicherungen erteilt wurden und die Sachlage daher von der in *PV Investors* zu unterscheiden ist, Rz 168, auch bezugnehmend auf Rz 474 in *BayWa v. Spain*.

[1019] *NextEra v Spain*, Rz 600; siehe hier die Diskussion in Kap XI D hinsichtlich der Fragestellung, ob eine radikale Änderung der Gesetzeslage auch abseits konkreter Zusicherungen zu einer Verletzung berechtigter Erwartungen führen kann.

[1020] *The PV Investors v. Spain*, PCA Case No. 2012-14, Final Award, (28. Feb 2020).

[1021] *PV Investors v. Spain*, Rz 610ff.

[1022] *PV Investors v. Spain*, Rz 615; zum Erfordernis der Kausalität und den ‚bloßen‘ Verweis auf die Gesetzeslage siehe ferner Kap IV C und Kap XI I j).

Schiedsgerichtes in *RREEF v. Spain* konform[1023], wonach ein bloßer Verweis auf den Inhalt der Dekrete nicht als Zusicherung in Hinblick auf die Stabilität dieser Vorgaben zu verstehen ist. Aus diesem Grund seien nach Auffassung des Schiedsgerichts auch die im Zusammenhang mit der Kampagne *InvestInSpain* erteilten Informationen und übermittelten Dokumente zu generell gehalten, um damit berechtigte Erwartungen auf eine Stabilität der Gesetzeslage zu erzeugen. Andere, durch den Gaststaat an den Investor übermittelten Dokumente wiederholten nach Ansicht des Schiedsgerichts wiederum bloß, was in den Dekreten bereits steht.[1024] Zusicherungen, wonach die Vorgaben in den Dekreten sich zukünftig nicht nachteilig ändern werden, seien in diesen Dokumenten jedoch nicht enthalten gewesen.

Im Ergebnis wurde seitens des Schiedsgerichtes ‚lediglich' der Schutz berechtigter Erwartungen auf eine angemessene Rendite bejaht. Nach Auffassung des Schiedsgerichts sei die Ermöglichung der Erzielung einer angemessenen Rendite als „*Leitmotiv*" der in den Dekreten enthaltenen Vorgaben anzusehen.[1025] Somit vertrat das Schiedsgericht in der Entscheidung die Auffassung, dass berechtigte Erwartungen auf Erzielung einer angemessenen Rendite auf Grundlage von gesetzlichen Vorgaben auch ohne konkrete Zusicherungen erzeugt werden können.

p) Stadtwerke München v. Spain[1026]

Vom Schiedsgericht wurde festgehalten, dass die Dekrete entgegen dem Vorbringen des Klägers keine Stabilisierungszusagen enthalten würden. Hierbei vertrat das Schiedsgericht überdies die Auffassung, dass die Dekrete, welche von der Exekutive erlassen werden, die Parlamente, welche Gesetze erlassen, nicht beschränken können.[1027]

Ferner hielt das Schiedsgericht fest, dass die vom Investor ins Treffen geführten, investitionsbezogenen Informationen und Dokumente, welche insbesondere im Zuge der Kampagne *InvestInSpain* erteilt wurden, keine berechtigten Erwartungen erzeugen konnten.[1028]

Hierzu führte das Schiedsgericht aus:

[1023] *RREEF v. Spain*, Rz 396.
[1024] *PV Investors v. Spain,* Rz 615.
[1025] *PV Investors v. Spain*, Rz 616; zum Schutz der Erwartungen auf Erzielung einer „*reasonable rate of return*" siehe näher Kap XI G.
[1026] *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH, and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/1, Award (2. Dec 2019).
[1027] *Stadtwerke v. Spain*, Rz 275ff.
[1028] *Stadtwerke v. Spain*, Rz 287.

„*It is clear that an investor cannot reasonably rely on PowerPoint presentations from Spanish agencies with no regulatory powers to base their expectations in relation to the legal regime for investments in Spain. Legitimate expectations must be grounded in the law and not based upon promotional literature about what the law says.*"[1029]

Hieraus lässt sich ableiten, dass das Schiedsgericht eine hinreichend rechtlich fundierte Grundlage für die Erzeugung berechtigter Erwartungen fordert, wobei die gesetzlichen Vorgaben selbst nach Auffassung des Schiedsgerichts keine solche Grundlage darstellen.[1030] Auch reicht es nach Auffassung des Schiedsgerichtes entsprechend der in *PV Investors v. Spain* geäußerten Ansicht für die Erzeugung berechtigter Erwartungen nicht aus, wenn die an den Investor übermittelten Dokumenten die gesetzlichen Vorgaben bloß wiedergeben.[1031] Im Ergebnis wurde der Klage des Investors im Hinblick auf die behauptete Verletzung des FET-Standards keine Folge gegeben.[1032]

q) 9REN v. Spain[1033]

In *9REN v. Spain* gelangte das Schiedsgericht zu dem für die Forschungsfrage interessanten Ergebnis, wonach die gegenständlichen Dekrete selbst als konkrete Zusicherungen einzustufen seien.

Hierzu führte das Schiedsgericht aus:

„*In this case, Article 44.3* ***of RD 661/2007 was a specific undertaking*** *within the contemplation of the jurisprudence. A representation* ***is no less ‚specific' if (as here) it is addressed to an identifiable class of persons, namely prospective investors whose money was solicited by Spain's FIT program.***" [1034]

Der vom Schiedsgericht in der Entscheidung vertretene Ansatz weicht insofern von der bisherigen Schiedspraxis ab, als die Dekrete in den bisherigen Schiedsentscheidungen der ‚Energiekrise' nicht selbst als konkrete Zusicherungen eingestuft wurden. Die durch das Schiedsgericht in der

[1029] *Stadtwerke v. Spain*, Rz 287; Ferner hebt das Schiedsgericht unter Rz 290 hervor: „*Press Release, it is stated: 'The Ministry of Industry, Tourism and Trade will immediately start the proceedings that allow the content of the agreements to transfer into regulation. Any informal agreements reached during such a consultation process do not have any legal significance in Spanish law unless and until they are enacted.* "

[1030] Vgl hierzu Kap XI I zum Erfordernis einer fundierten Vertrauensgrundlage des Investors.

[1031] Siehe hierzu die Erwägungen im Vorabschnitt o) sowie in Kap XI I j).

[1032] *Stadtwerke v. Spain*, Rz 356.

[1033] *9REN Holding S.a.r.l v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/15, Award (31. May 2019).

[1034] *9REN v. Spain*, Rz 257 (Hervorhebung durch den Autor).

Entscheidung getroffenen Erwägungen werden in einem späteren Abschnitt noch einer näheren Untersuchung unterworfen.[1035]

r) Infracapital v. Spain[1036]

In *Infracapital v. Spain* kam das Schiedsgericht zu dem Ergebnis, dass eine Verletzung berechtigter Erwartungen nicht zu erblicken sei. Insbesondere könne entgegen der Auffassung des Investors aus den gesetzlichen Vorgaben keine Zusicherung dahingehend abgeleitet werden, dass die Vergütungen für bestehende Kraftwerke in unveränderter Form aufrecht bleiben.[1037]

Schiedsrichter *Cameron* wiederum gelangte in seiner *partial dissenting opinion* zu dem Ergebnis, dass dem Investor sehr wohl berechtigte Erwartungen zuzubilligen seien. Dies stützt *Cameron* insbesondere auf den Umstand, dass nach seiner Auffassung zahlreiche Zusicherungen durch spanische Behörden im Zusammenhang mit den gesetzlichen Vorgaben wurden.[1038]

s) RENERGY v. Spain[1039]

In *RENERGY v. Spain* wurde durch das Schiedsgericht festgehalten, dass keine konkreten Zusicherungen in Hinblick auf die Beibehaltung der gesetzlichen Rahmenbedingungen erteilt worden seien. Der Investor könne ungeachtet dessen jedoch darauf vertrauen, dass Änderungen der gesetzlichen Rahmenbedingungen nicht die vertretbare Schwelle („*acceptable margin*“) überschreiten würden.[1040] Zur Beurteilung der Frage, ob diese Schwelle seitens des Gaststaates überschritten wurde sind nach Auffassung des Schiedsgerichts folgende Faktoren zu berücksichtigen: (i) Erheblichkeit der Gesetzesänderung, (ii) wirtschaftliche Auswirkung auf die Investition, (iii) Abruptheit der Gesetzesänderung, (iv) äußere Faktoren, die außerhalb der Kontrolle des Gaststaates stehen, (v) die mit der Gesetzesänderung verfolgten öffentlichen Interessen, (vi) bisherige legislative Praxis des Gaststaates, (vii) Vorliegen von Stabilitätszusicherungen.[1041]

[1035] Siehe Kap XI L.

[1036] *Infracapital F1 S.a r.l. and Infracapital Solar B.V. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/16/18, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum (13. Sep 2021).

[1037] *Infracapital v. Spain,* Rz 584, 602.

[1038] *Infracapital F1 S.a r.l. and Infracapital Solar B.V. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/16/18, Partial Dissenting Opinion By Professor Peter D Cameron (13. Sep 2021), Rz 34ff.

[1039] *RENERGY S.a r.l. v Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/18, Award (6. May 2022).

[1040] *RENERGY v. Spain*, Rz. 679f.

[1041] *RENERGY v. Spain*, Rz 681.

Das Schiedsgericht kam hierbei zu dem Ergebnis, dass die erhebliche und abrupte Änderung der Vergütungsvorgaben zu einer Verletzung der berechtigten Erwartungen des Investors geführt hätten.[1042]

Abweichend von der Auffassung der Mehrheit des Schiedsgerichts vertrat Schiedsrichter *Sands* die Auffassung, dass der Gaststaat im gebotenen öffentlichen Interesse gehandelt habe und daher eine Verletzung berechtigter Erwartungen nicht zu bejahen sei.[1043]

t) Mathias Kruck v. Spain[1044]

In *Mathias Kruck* vertrat das Schiedsgericht die Auffassung, dass die Vorgaben im Dekret RD 661/2007 eine geeignete Grundlage für die Erzeugung berechtigter Erwartungen bilden.

Hierzu führte das Schiedsgericht aus:

*„At least in circumstances where the **explicitly declared purpose of legislation** is to invite investors to commit capital to projects in reliance upon guarantees of stability in a regulatory regime, **specific commitments can be made by provisions in general legislation**. This is particularly the case in circumstances where, as here, the great majority of capital costs in an investment are incurred right at the beginning of the project and are to be recouped over the operating lifetime of the project. The Tribunal, by majority, finds that to be the case here: it is the enactment of RD 661/2007 and RD 1578/2008 that gave rise to the possibility of legitimate expectations upon which potential DSG investors could rely.“*[1045]

Das Schiedsgericht ordnete sohin die Vorgaben im Dekret als konkrete Zusicherungen ein. Hierbei betonte das Schiedsgericht die zu unterstellende Absicht des Gaststaates im Zusammenhang mit den gesetzlichen Vorgaben:

„*Considering the express language of RD 661/2007, and bearing in mind the written and oral submissions of the Parties, the Tribunal, by a majority, concludes that RD 661/2007 was indeed intended to induce investments in the renewable energy sector by promising attractive and stable*

[1042] *RENERGY v. Spain*, Rz 912.
[1043] *RENERGY v. Spain,* Dissent on Liability and Quantum, Rz 33.
[1044] *Mathias Kruck and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/23, Decision on Jurisdiction, Liability and Principles of Damages, (14. Sep 2022).
[1045] *Mathias Kruck v. Spain,* Decision on Jurisdiction, Liability and Principles of Damages, Rz 189 (Hervorhebung durch den Autor).

regulated tariffs and premiums, and that it constituted an invitation to potential investors to rely upon that promise."[1046]

Auf die Bedeutung der (objektiv) zu unterstellenden Intention des Gaststaates im Zusammenhang mit der Erzeugung berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität wird in Kap XI I j) eingegangen.

D. Von der Argentinienkrise zur Spanienkrise: Ein Vergleich

Wie ausgeführt, hat die damalige Wirtschaftskrise in Argentinien Anfang der 2000er-Jahre zu einer Flut von Schiedsverfahren geführt. Diese Schiedsverfahren wurden mehrheitlich zugunsten der Investoren entschieden.[1047] Auch im Sektor der erneuerbaren Energien zeigt sich ein ähnliches Bild. Die Schiedsverfahren aufgrund der Gesetzesänderungen im Sektor erneuerbarer Energien werden im Schrifttum daher durchaus treffend mit der Argentinienkrise Anfang der 2000er-Jahre verglichen[1048], wobei diese Verfahren die im Zuge der ‚Argentinienkrise' abgehaltenen Verfahren zahlenmäßig bereits deutlich übersteigen. In diesem Zusammenhang ist jedoch auszuführen, dass die wirtschaftliche Krise in Spanien weit weniger gewichtig ausgefallen ist, als jene in Argentinien Anfang der 2000er Jahre.[1049]

Gleich den Verfahren der ‚Argentinienkrise' Anfang der 2000er-Jahre geben auch die im Zuge der ‚Energiekrise' ergangenen Schiedsverfahren kein einheitliches Bild ab. Dies betrifft vorrangig die Frage, ob Gesetze allein als ausreichende Grundlage für berechtigte Erwartungen dienen können. So wurde in zahlreichen älteren Entscheidungen der Argentinienkrise, etwa *Enron*[1050], *CMS*[1051] und *LG & E v. Argentina*[1052], die Änderung eines Dekretes, das die Tarifkalkulierung in US-Dollar geregelt hat, als Verletzung der darauf beruhenden berechtigten Erwartungen der Investoren eingestuft. Auf das Vorliegen von konkreten Stabilitätszusicherungen wurde hierbei durch die Schiedsgerichte nicht abgestellt. In späteren Verfahren wie etwa *El Paso* oder *Total S.A. v. Argentina* wurde ein anderer Ansatz vertreten. Bei den Verfahren wurde als Voraussetzung für die

[1046] *Mathias Kruck v. Spain,* Decision on Jurisdiction, Liability and Principles of Damages, Rz 190.
[1047] Siehe zur Kap VII A a) v und vi.
[1048] *N. Callagher*, ECT and Renewable Energy, in *M. Scherer* (Hrsg.), International Arbitration in the Energy Sector (2018), Rz 11.02.
[1049] *Dromgiol/Enguix*, The Fair and Equitable Treatment Standard and the Revocation of Feed in Tariffs-Foreign Renewable Energy Investments, 412.
[1050] Siehe hierzu Kap VII A a) v.
[1051] Siehe hierzu Kap VII A a) v.
[1052] Siehe hierzu Kap VII A a) v.

Erzeugung berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität auf das Vorliegen von konkreten Zusicherungen im Zusammenhang mit den gesetzlichen Vorgaben abgestellt.[1053] In Fällen der ‚Energiekrise' wie etwa *Charanne*[1054] und *Isolux v. Spain*[1055] wurde die Eignung von generellen gesetzlichen Normen (Dekreten) als Grundlage von berechtigten Erwartungen abseits konkreter Zusicherungen verneint. Das Schiedsgericht in *9REN v. Spain* gelangte wiederum zu dem Ergebnis, dass die Vorgaben in den Dekreten als konkrete Zusicherungen eingeordnet werden können.[1056]

Als Eckpunkte in der Unterscheidung sind insbesondere hervorzuheben[1057]:

-) Bei den ‚Argentinienfällen' spielten vielfach die Vorgaben in den Präambeln der BITs im Zusammenhang mit den dort normierten Stabilitätsvorgaben eine entscheidende Rolle.[1058] Es wurde hierbei insbesondere in den älteren Entscheidungen nicht darauf abgestellt, ob konkrete Stabilitätszusicherungen hinsichtlich der Beständigkeit der gesetzlichen Vorgaben erteilt wurden. Bei den Schiedsverfahren der Energiekrise lag wiederum die Stabilitätsvorgabe des Art 10 Abs 1 Satz 1 ECT im Fokus. Durch die Schiedsgerichte wurde aus dieser Vorgabe des ECT jedoch überwiegend keine eigenständige Verpflichtung des Gaststaates auf Gewährung von gesetzlicher Stabilität abgeleitet. Überhaupt wurde dieser Vorgabe des ECT, im Vergleich zu den Präambelvorgaben in den BITs im Zuge der Argentinienfälle, durch die Schiedsgerichte weitaus weniger Bedeutung im Zusammenhang mit der Erzeugung von berechtigten Erwartungen auf gesetzliche Stabilität beigemessen.[1059]

-) Bei den ‚Argentinienfällen' lagen regelmäßig Lizenzen bzw. Verträge zwischen Investor und Gaststaat vor. Diese wurden durch die Schiedsgerichte oftmals als Grundlage für die Erzeugung berechtigter Erwartungen herangezogen.[1060] Überdies wurden die von Argentinien erteilten *information memorandi* regelmäßig in die Beurteilung miteinbezogen.[1061] In den Verfahren der

[1053] Siehe Kap VII A c).
[1054] Siehe Abschnitt C a) dieses Kapitels.
[1055] Siehe Abschnitt C c) dieses Kapitels.
[1056] Siehe Abschnitt C q) dieses Kapitels.
[1057] Bei dieser Betrachtung ist darauf Bedacht zu nehmen, dass während des Verfassens dieser Arbeit stetig neue Verfahren im Sektor der erneuerbaren Energien anhängig gemacht und entschieden werden. Die Betrachtung stellt somit hinsichtlich der Schiedsverfahren aus dem Sektor der erneuerbaren Energien lediglich eine Momentaufnahme dar.
[1058] Siehe etwa Kap VII A a) v zu den Fällen *Enron* und *LG & E v. Argentina* sowie Kap VI B b) zum Bedeutungsgehalt von Stabilitätsvorgaben in Präambeln.
[1059] Siehe Kap IX D.
[1060] Siehe Kap VII A a) v und vi.
[1061] Siehe Kap VII A a) v und vi.

Energiekrise wiederum lagen keine Lizenzen bzw. Verträge zwischen Gaststaat und den Investoren vor. Darüber hinaus wurden auch keine *information memorandi* an die Investoren erteilt.

-) In den ‚Argentinienfällen' wurde auch den vom Gaststaat abgehaltenen Bieterverfahren für die Erzeugung berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität Bedeutung beigemessen[1062], während in den ‚Spanienfällen' das durchgeführte Registrierungsverfahren (*RAIPRE*) bei der Prüfung der Erzeugung berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität regelmäßig in die Betrachtung einbezogen wurde. Hierbei wurde jedoch der Bedeutungsgehalt des *RAIPRE* für die Frage der Erzeugung berechtigter Erwartungen durch die Schiedsgerichte divergierend beurteilt.[1063]

-) In den älteren Entscheidungen der ‚Argentinienfälle' haben sich die Schiedsgerichte bei der Annahme berechtigter Erwartungen auf die Beständigkeit der gesetzlichen Vorgaben noch auf den zwischenzeitig als veraltet anzusehenden ‚Tecmed-Standard' gestützt.[1064] In den ‚Spanienfällen' werden die in *Tecmed* getroffenen Erwägungen bei der Beurteilung der Erzeugung berechtigter Erwartungen durch die Schiedsgerichte nicht mehr herangezogen.[1065]

-) In den ‚Argentinienfällen' wurde durch die Schiedsgerichte die Vertrauensgrundlage für den Schutz berechtigter Erwartungen oftmals nicht näher beleuchtet.[1066] Die Auseinandersetzung mit den Voraussetzungen für den Schutz berechtigter Erwartungen ist hierbei überhaupt in der Regel sehr knapp ausgefallen.[1067] Die Schiedsverfahren im Sektor der erneuerbaren Energien zeichnen sich wiederum durch eine im Vergleich weitaus umfangreichere Untersuchung der Grundlagen und des Umfangs des Schutzes berechtigter Erwartungen aus. Insbesondere wurde in den Schiedsverfahren im Sektor der erneuerbaren Energien die erforderliche Vertrauensgrundlage für den Schutz

[1062] Siehe Kap VII A) a) v und vi sowie XI A; eine Ausnahme bildete hier etwa *Metalpar v. Argentina*.

[1063] Siehe Abschnitt C a) und b) dieses Kapitels sowie Kap XI A b).

[1064] Siehe *LG & E* v. *Argentina*, Rz 127; *Enron,* Rz 262; *CMS,* Rz 279 sowie Kap VII A a) v; zum ‚*Tecmed-Standard*' siehe Kap VII A) a) ii.

[1065] Eine indirekte Heranziehung von *Tecmed* ergibt sich jedoch aus der Zitation von Entscheidungen der Argentinienkrise, welche ihrerseits in der Beurteilung des Schutzes berechtigter Erwartungen auf *Tecmed* Bezug genommen haben.

[1066]Vielmehr wurde in den Verfahren wiederholt ohne nähere Auseinandersetzung mit der Vertrauensgrundlage ausgeführt, dass der Gaststaat „unfair und nicht nachvollziehbar" gehandelt habe. Hervorzuheben sind hier etwa die Ausführungen in *LG & E*, wo das Schiedsgericht ohne nähere Angaben zu dem Ergebnis gelangt, dass die im Gas Law normierten Vorgaben an den Investor erteilte ‚Garantien' darstellen würden und der Gaststaat bei Abänderung dieser Vorgaben „*unfair*" und „*unequitable*" gehandelt habe. Gleiches gilt für *Enron* (Rz 264), wo das Schiedsgericht ohne nähere dogmatische Begründung ausgeführt hat, dass durch die gesetzlichen Vorgaben ‚Garantien' und ‚konkrete Zusicherungen' erteilt wurden.

[1067] Siehe etwa die sich lediglich von S. 80 bis 85 erstreckende Untersuchung des FET-Standards durch das Schiedsgericht in *Enron v. Argentina*. Die in den ‚Energiefällen' vorgenommenen Untersuchungen des FET-Standards machen in der Regel ein Vielfaches dieses Umfanges aus.

berechtigter Erwartungen regelmäßig näher beleuchtet. Dies betrifft insbesondere die Frage, ob konkrete Zusicherungen im Hinblick auf stabile gesetzliche Vorgaben erteilt wurden.

-) In den Schiedsverfahren aus dem Sektor der erneuerbaren Energien wurde den Erwartungen auf Erzielung einer „*reasonable rate of return*“ regelmäßig besondere Bedeutung beigemessen[1068], wobei dies auch der kapitalintensiven Eigenart von Investitionen im Energiesektor geschuldet ist. Bei den Argentinienfällen wiederum stellt die Thematik der Erzielung eines zumindest angemessenen Profits eher ein Randthema dar. Diese Thematik wurde unter dem Grundsatz des „*economic equilibrium*“ durch das Schiedsgericht in *Total S.A. v. Argentina* beleuchtet.[1069]

E. Zusammenfassende Ausführungen zu den Schiedsverfahren im Sektor der erneuerbaren Energien

Wie aufgezeigt wurde, liegt hinsichtlich der Frage der Eignung von gesetzlichen Vorgaben für die Erzeugung berechtigter Erwartungen auf stabile gesetzliche Vorgaben in der Schiedsjudikatur kein einheitliches Bild vor. Bei Betrachtung der Entscheidungen ist auf den konkreten Sachverhalt sowie insbesondere auf die unterschiedlichen Investitionszeiträume Bedacht zu nehmen.[1070] Das Abstellen auf die unterschiedlichen Zeitpunkte der Investitionen ist einerseits für die Frage der Erheblichkeit der Gesetzesänderungen von Bedeutung. Schließlich hat die Untersuchung der Verfahren gezeigt, dass die besonders drastischen Gesetzesänderungen erst später eingetreten sind. Ferner wurde bei später erfolgten Investitionen seitens der Schiedsgerichte besonderes Augenmerk auf die Sorgfaltspflicht des Investors gelegt. Hierbei wurde insbesondere thematisiert, dass zum Zeitpunkt der Vornahme der Investitionen aufgrund der bereits zuvor erfolgten Gesetzesänderungen grundsätzlich mit weiteren Gesetzesänderungen zu rechnen war. Unter Bedachtnahme auf die unterschiedlichen Zeiträume der Investitionen liegt in der abweichenden Beurteilung der Erzeugung berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität die zuweilen kritisierte Widersprüchlichkeit insbesondere bei den ersten Fällen der ‚Spanienkrise‘ nicht vor.

Es darf jedoch nicht übersehen werden, dass am Ende Rechtssicherheit vorliegen muss. Die Voraussetzungen für die Erzeugung berechtigter Erwartungen auf eine stabile Gesetzeslage abseits konkreter Zusicherungen können somit nicht von Fall zu Fall neu beurteilt werden. Vielmehr sind

[1068] Siehe Kap XI G.
[1069] Siehe Kap VII A a) ii zu *Total S. A. v. Argentina* sowie Kap XI G b) i.
[1070] Siehe hierzu auch *Baetens*, Renewable energy incentives: reconciling investment, EU State aid and climate change law (18 Dec. 2019) (abrufbar unter: https://www.ejiltalk.org/renewable-energy-incentives-reconciling-investment-eu-state-aid-and-climate-change-law, zuletzt abgerufen am 22.12.2024).

zur Wahrung der Rechtsicherheit und Voraussehbarkeit für Investoren sowie Gaststaaten klare rechtliche Konturen notwendig.[1071] Es genügt daher nicht, die Frage, ob dem Investor berechtigte Erwartungen auf gesetzliche Stabilität abseits konkreter Zusicherungen zuzuerkennen sind, stets dem konkreten Einzelfall zu überlassen. Es soll daher nunmehr anhand nachstehender und im Zuge der Arbeit bereits untersuchten Säulen der Versuch unternommen werden, die relevanten Kriterien für den Schutz berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität abseits konkreter Zusicherungen festzulegen:

-) der bisherigen Schiedspraxis;

-) den Ansichten in der Lehre;

-) der Textierung der jüngeren Investitionsabkommen;

-) der durchgeführten rechtsvergleichenden Analyse.

[1071]Siehe hierzu die Ausführungen von *G. Kaufmann-Kohler*, Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? Arbitration International, Vol. 23, Issue 3 (2007), 357 (376). In dem Aufsatz hat die Autorin die Relevanz von Präzedenzentscheidungen im internationalen Wirtschaftsschieds-, Sport- und Investitionsrecht untersucht und ist zu dem Ergebnis gekommen, dass etwa im internationalem Wirtschaftsrecht die Orientierung an Präzedenzien am wenigsten bedeutsam sei, da hier die Entscheidung in der Regel sehr vom jeweiligen Fall abhängen würde, während im internationalen Sport- sowie Investitionsrecht einheitliche Entscheidungen und ein von den jeweiligen Einzelheiten des konkreten Falles losgelöstes Verständnis der anzuwendenden Bestimmungen geboten erscheine.

XI. Die relevanten Kriterien für den Schutz berechtigter Erwartungen auf stabile gesetzliche Vorgaben abseits konkreter Zusicherungen

A. Das Gebot der gesetzlichen Stabilität

a) Stabilität der Gesetzeslage als eigenständige Verpflichtung des Gaststaates?

Es stellt sich die Frage, ob aus dem FET-Standard eine eigenständige Verpflichtung des Gaststaates auf Gewährung stabiler und voraussehbarer gesetzliche Rahmenbedingungen ableitbar ist, welche gesondert neben dem Schutz berechtigter Erwartungen besteht und auf die der ausländische Investor sich im Fall von nachteiligen Gesetzesänderungen daher gesondert zum Schutz berechtigter Erwartungen berufen kann.

In *Binder v. Czech Republic*[1072] hat das Schiedsgericht hierzu ausgeführt, dass den Gaststaat unter dem FET-Standard – neben dem Schutz berechtigter Erwartungen – auch die Pflicht treffe, stabile und voraussehbare Rahmenbedingungen zu gewähren. Diese Verpflichtung bildet nach Auffassung des Schiedsgerichts Teil des Schutzumfanges nach dem FET-Standard. Demzufolge geht das Schiedsgericht von einer neben dem Schutz berechtigter Erwartungen gesonderten bestehenden Verpflichtung zur Gewährung von Stabilität aus. Auch in einer Entscheidung der jüngeren Zeit, *Antaris v. Czech Republic*[1073], nahm das Schiedsgericht für die Begründung solch einer eigenständigen Stabilitätsverpflichtung auf die Entscheidung in *Binder v. Czech Republic* Bezug und führte aus:

„*There will be a breach of the FET standard where legal and business stability or the legal framework has been altered in such a way as to frustrate legitimate and reasonable expectations* ***or guarantees of stability***.“[1074]

Hervorzuheben ist jedoch, dass die Annahme einer ‚eigenständigen‘ Stabilitätsverpflichtung unter dem FET-Standard in *Binder* bei genauerer Betrachtung durch das Schiedsgericht in nicht

[1072] *Binder v. Czech Republic*, Rz 446.
[1073] *Antaris v. Czech Republic*, Rz 360 sowie FN 535 in der Entscheidung.
[1074] *Antaris v. Czech Republic*, Rz 360 (Hervorhebung durch den Autor).

überzeugender Weise mit dem Verweis auf Passagen in den Entscheidungen C*MS v. Czech Republic*[1075] und *OEPC v. Ecuador*[1076] begründet wurde.

So ist hinsichtlich *CMS* auszuführen, dass in dieser Entscheidung durch das Schiedsgericht gar nicht ausgeführt wurde, dass der FET-Standard neben dem Schutz berechtigter Erwartungen auch die eigenständige Verpflichtung zur Gewährung stabiler Rahmenbedingungen beinhalten würde. Die Stabilitätsverpflichtung wurde in *CMS* vielmehr aus den Stabilitätsvorgaben der Präambel des gegenständlichen Argentina-US BIT abgeleitet[1077]. Auch aus der zweiten, in *Binder* herangezogenen Entscheidung, *OEPC v. Ecuador*, lässt sich eine gesonderte, sohin neben dem Schutz berechtigter Erwartungen unter dem FET-Standard, bestehende Stabilitätsverpflichtung nicht ableiten. So wurde durch das Schiedsgericht in *OEPC* lediglich allgemein ausgeführt, dass für den Staat eine Verpflichtung zur Gewährung einer stabilen und berechenbaren Gesetzeslage bestehen würde. In dieser Entscheidung wurde jedoch der Schutz berechtigter Erwartungen als Teil des FET-Standards noch gar nicht thematisiert[1078]. Vielmehr wurde die Stabilitätsverpflichtung auch in dieser Entscheidung vom Schiedsgericht aus den in der Präambel des gegenständlichen BIT enthaltenen Stabilitätsvorgaben abgeleitet[1079]. In den Verfahren *CMS* sowie *OEPC* wurde somit die angenommene Verpflichtung zur Gewährung von Stabilität aus den in den Präambeln der jeweiligen BITs enthaltenen Stabilitätsvorgaben abgeleitet. Dass unter dem FET-Standard neben dem Schutz berechtigter Erwartungen eine eigenständige Verpflichtung zur Gewährung von Stabilität abzuleiten ist, ergibt sich aus diesen Entscheidungen somit nicht.

Zuletzt ist zu betonen, dass auch in dem in *Binder v. Czech Republic* gegenständlichen BIT eine Stabilitätsvorgabe enthalten war[1080]. Auch aus diesem Grund kann aus der Entscheidung nicht der Schluss gezogen werden, dass der FET-Standard eine eigenständige, neben dem Schutz berechtigter Erwartungen, bestehende Stabilitätsverpflichtung normiert, da – ausgehend von den vom Schiedsgericht zitierten Entscheidungen – diese Stabilitätsverpflichtung vielmehr aus den in den Präambeln der gegenständlichen BITs enthaltenen Stabilitätsvorgaben abgeleitet wurde.

[1075] *CMS v. Czech Republic*, Rz 274.
[1076] *OEPC v. Ecuador*, Rz 190.
[1077] *CMS v. Czech Republic*, Rz 274f.
[1078] *OEPC v. Ecuador*, Rz 190f.
[1079] *OEPC v. Ecuador*, Rz 183.
[1080] *Binder v. Czech Republic*, Rz 166.

In *LG & E v. Argentina* wurde seitens des Schiedsgerichtes ausdrücklich zwischen dem Schutz berechtigter Erwartungen und der Pflicht zur Gewährung stabiler gesetzlicher Rahmenbedingungen unter dem FET-Standard differenziert. Das Schiedsgericht hielt hierzu fest:

„***In addition to the State's obligation to provide a stable legal and business environment****, the fair and equitable treatment analysis* ***involves consideration of the investor's expectations*** *when making its investment in reliance on the protections to be granted by the host State. Indeed, this view is reflected in the Tecmed decision, that has been adopted by a succession of tribunals.*"[1081]

Auch in dieser Entscheidung wurde die Stabilitätsverpflichtung durch das Schiedsgericht jedoch aus der in der Präambel des gegenständlichen BIT enthaltenen Stabilitätsvorgabe abgeleitet.[1082]

Das Schiedsgericht in *Lemire v. Ukraine* hob hervor, dass der FET-Standard durch die Verletzung der Verpflichtung, stabile und berechenbare gesetzliche Rahmenbedingungen zu gewähren, tangiert werde. Überdies begründen auch Maßnahmen des Gaststaates, die im Widerspruch zu zuvor erteilten konkreten Zusicherungen stehen, eine Verletzung des FET-Standards[1083]. Hervorzuheben ist jedoch, dass das Schiedsgericht diese beiden ‚Varianten' unter dem Schutz berechtigter Erwartungen unter dem FET-Standard subsumierte.[1084] Aus der Entscheidung ergibt sich somit nicht, dass unter dem FET-Standard neben dem Schutz berechtigter Erwartungen eine eigenständige Verpflichtung zur Gewährung stabiler Rahmenbedingungen anzunehmen wäre.

Ortino[1085] untersuchte in seinem Aufsatz die Frage, unter welchen Umständen den Gaststaat gegenüber ausländischen Investoren die Pflicht zur Gewährung von gesetzlicher Stabilität trifft. Hierbei kommt der Autor zu dem Ergebnis, dass in der älteren Schiedsjudikatur keine

---

[1081] *LG & E v. Argentina,* Decision on Liability, Rz 127 (Hervorhebung durch den Autor).

[1082] Siehe hierzu Kap V B b) zu den Stabilitätsvorgaben in Präambeln; *Ortino* (The Obligation of Regulatory Stability, 846) scheint davon auszugehen, dass die Verpflichtung zur Gewährung von Stabilität vom Schutz berechtigter Erwartungen zu unterscheiden ist und einen eigenen Schutztatbestand unter dem FET-Standard bildet. Hierzu führt *Ortino* aus: „*While it is undisputed that the obligations 'to provide a stable legal framework' and 'to protect investors' legitimate expectations (of stability)' have been recognized as specific applications of the FET standard.*"

[1083] *Lemire v. Ukraine*, Rz 284.

[1084] Siehe hierzu *Lemire v. Ukraine,* Rz 264: „*The context of Article II.3 is to be found in the Preamble of the BIT, in which the contracting parties state 'that fair and equitable treatment of investment is desirable in order to maintain a stable framework for investment…'. The FET standard is thus closely tied to the notion of legitimate expectations – actions or omissions by Ukraine are contrary to the FET standard if they frustrate legitimate and reasonable expectations on which the investor relied at the time when he made the investment*". Hieraus ergibt sich, dass das Schiedsgericht die ‚Stabilitätsverpflichtung' ebenfalls aus den Vorgaben der Präambel des gegenständlichen BIT abgeleitet hat.

[1085] *Ortino*, The Obligation of Regulatory Stability, 846.

Differenzierung dahingehend vorgenommen worden sei, ob die Pflicht zur Gewährung stabiler Rahmenbedingungen unter dem Schutz berechtigter Erwartungen zu subsumieren oder als getrennter eigener Schutzstandard zu erfassen sei.[1086]

Nach der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung lässt sich aus der Schiedsjudikatur unter dem FET-Standard eine eigenständige Stabilitätsverpflichtung, die gesondert vom Schutz berechtigter Erwartungen zu erfassen ist, nicht ableiten. Das Bestehen einer Verpflichtung zur Gewährung von gesetzlicher Stabilität wurde in älteren Schiedsentscheidungen vielmehr aus den Stabilitätsvorgaben in den Präambeln der gegenständlichen BITs abgeleitet. Es wurde in der Arbeit bereits dargelegt, dass aus derartigen, in Präambeln vorzufindenden Stabilitätsvorgaben, jedoch kein eigenständig rechtlich-durchsetzbarer Anspruch auf stabile gesetzliche Vorgaben abgeleitet werden kann.[1087]

b) Verletzung berechtigter Erwartungen durch rückwirkende Gesetze?

i. Allgemeines und Rechtsvergleich

Rückwirkende Gesetzesänderungen im Gaststaat können einen besonders erheblichen Eingriff in die Rechtsposition ausländischer Investoren darstellen. Es stellt sich daher die Frage, ob in solchen Fällen eine Verletzung der berechtigten Erwartungen des Investors auch abseits konkreter Zusicherungen angenommen werden kann.

In nationalen Rechtsordnungen wie etwa in Deutschland[1088] oder Österreich können betroffene Bürger im Fall von rückwirkenden Gesetzesänderungen unter gewissen Voraussetzungen die Verfassungsgerichte anrufen. So kann eine rückwirkende Änderung der Gesetze in Österreich, wenn diese von erheblichem Gewicht ist, eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes des Art 7 B-VG begründen.[1089] Auch der EuGH erblickt in der rückwirkenden Änderung von gesetzlichen Bestimmungen, auf die Investoren ihre berechtigten Erwartungen begründen, regelmäßig eine Verletzung des Vertrauensschutzes. Insbesondere bei Abänderungen in den Steuergesetzen ist die Problematik von rückwirkenden Gesetzesänderungen oftmals ein Thema.[1090] Grundsätzlich treten rückwirkende Gesetzesänderungen hierbei in zwei Formen auf. Einerseits in der (erheblich

[1086] *Ortino*, The Obligation of Regulatory Stability, 853 unter Verweis auf die Entscheidung *LG & E v. Argentina*. Diese Frage wird jedoch durch *Ortino* in seinem Aufsatz jedoch nicht näher aufgelöst.
[1087] Siehe Kap V B b).
[1088] Zur Rechtslage in Deutschland bei rückwirkenden Gesetzesänderungen siehe *J. Milus*, Grenzen ablösender Versorgungstarifverträge[1] (2009), 156-170.
[1089] *T. Öhlinger/H. Eberhard*, Verfassungsrecht[9] (2012), 354.
[1090] Vgl die Falluntersuchung in *Odobasic*, Vertrauensschutz in die Beibehaltung einer Rechtslage nach der Rechtsprechung des VfGH und des EuGH (2013), S 20, 23, 59.

einschneidenderen) Form, die Gesetze tatsächlich rückwirkend auf bereits abgeschlossene Sachverhalte oder auf erworbene Rechte zur Anwendung bringen lässt. In der weniger einschneidenden Form treten diese als gesetzliche Maßnahmen auf, die bloß auf zukünftige Umstände anzuwenden sind, allerdings die vom Rechtsunterworfenen erwartende Entwicklung nachteilig tangieren können.[1091]

ii. Rückwirkende Gesetzesänderungen und der Schutz berechtigter Erwartungen

Rückwirkende Gesetzesänderungen spielten in der Schiedspraxis insbesondere in den jüngeren Schiedsverfahren im Sektor der erneuerbaren Energien regelmäßig eine Rolle.[1092] Es stellt sich hierbei die Frage, ob bei rückwirkenden Gesetzesänderungen eine Verletzung berechtigter Erwartungen auch ohne zuvor erteilte Stabilitätszusicherungen angenommen werden kann. Diese Auffassung wird von *S. Schill*[1093] in einem Aufsatz vertreten. In diesem betont *Schill*, dass abseits konkreter Zusicherungen oder dem Vorliegen von gesetzlichen Vorgaben, die mit der Intention des Gaststaates, den Investor zur Vornahme der Investition zu bewegen, erzeugt wurden, die Verletzung berechtigter Erwartungen im Zusammenhang mit gesetzlichen Vorgaben in der Regel nur bei rückwirkender Gesetzesänderung angenommen werden könne. Zu betonen ist jedoch, dass *Schill* diese Auffassung auf die Rechtsprechung nationaler Rechtsordnungen, insbesondere die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes, stützt.[1094]

Das Schiedsgericht in der jüngeren Entscheidung *RREEF v. Spain* hat sich mit der Frage der rechtlichen Bedeutung von rückwirkenden Gesetzesänderungen unter dem ECT auseinandergesetzt.[1095] In diesem Zusammenhang verwies das Schiedsgericht zunächst auf die Entscheidung *Charanne v. Spain*. Das Schiedsgericht führte hierzu aus, dass in *Charanne* die Ansicht vertreten wurde, dass die „*2010 Regulationen*“[1096] nicht auf vergangene Zeitperioden zur Anwendung gelangen, sondern lediglich die Kraftwerke betrafen, die zu diesem Zeitpunkt bereits

[1091] Zur grundsätzlichen Differenzierung dieser zwei Typen von rückwirkenden gesetzlichen Maßnahmen siehe *Craig*, Substantive Legitimate Expectations in Domestic and Community Law, 305ff. *Craig* hält fest, dass hinsichtlich der ‚schwächeren' Form der Rückwirkung zu prüfen sei, ob der Betroffene das Vertrauen auf den Fortbestand der Gesetze auf eine rechtlich fundierte Grundlage stützen könne, siehe 309; zur unechten und echten Rückwirkung in der Rechtsprechung des Deutschen Bundesverfassungsgerichtes siehe weiters *Milus*, Grenzen ablösender Versorgungstarifverträge, 159f; zur Problematik rückwirkender Gesetzesänderung in nationalen Rechtsordnungen im Rechtsvergleich siehe *Schwarze*, European Administrative Law, 890ff.

[1092] Zur Rechtsprechung des EuGH siehe Kap VII C b).

[1093] *Schill,* FET as a Rule of Law, 174.

[1094] *Schill,* FET as a Rule of Law, 174 mit Verweis auf FN 126.

[1095] *RREEF v. Spain*, Rz 325ff.

[1096] Zu den Gesetzesänderungen in Spanien siehe Kap X A.

operiert hätten. Die Gesetzesänderung würde sich daher nur auf die Zukunft auswirken.[1097] Ferner verwies das Schiedsgericht auf die Entscheidung *Nations Energy v. Panama*. Auch das Schiedsgericht in *Nations Energy v. Panama* hielt in der Entscheidung fest, dass die geänderten Einkommenssteuergesetze erst für die Zukunft zur Anwendung gelangen würden. Die Gesetzesänderungen hätten nicht bewirkt, die Abzüge, die bereits von der Einkommenssteuer für die letzten Jahre durch den Investor vorgenommen wurden, nachträglich zu reduzieren.[1098] Nach Ansicht des Schiedsgerichtes in *Nations Energy* wäre das durch den Investor inkriminierte „*Law 6*" dann als (echt) rückwirkend anzusehen gewesen, wenn die bereits vorgenommenen Abzüge – hinsichtlich der Einkommenssteuer – wieder durch eine nachträgliche Besteuerung zunichte gemacht worden wären oder wenn eine Reduktion von bereits bestehenden Gutschriften erfolgt wäre.[1099] Nach Ansicht des Schiedsgerichtes in *Nations Energy* sei dies jedoch nicht der Fall, da „*Law 6*" lediglich Förderungen für die Zukunft betroffen habe.[1100] Das Schiedsgericht in *RREEF v. Spain* hielt unter Verweis auf die genannten Entscheidungen *Charanne* und *Nations Energy* fest, dass sich der Sachverhalt anders als in diesen Verfahren verhalten würde, da durch die von Spanien eingeführten regulatorischen Maßnahmen nicht bloß zukünftige, sondern auch bereits in der Vergangenheit erteilte Vergütungen betroffen gewesen seien.

Hierzu führte das Schiedsgericht aus:

„*The present case is different. Indeed, the Respondent's New Regime applies only for future remuneration, but it subtracts past remuneration (remuneration that was due under the previous regime) from the future remunerations. The Tribunal agrees with the Claimants that this measure has the effect of clawing-back past remuneration that is shareholders' acquired rights when this remuneration was realised.*"[1101]

[1097] *RREEF v. Spain*, Rz 327 unter Verweis auf *Charanne v. Spain*, Rz 543.

[1098] *RREEF v. Spain*, Rz 327 unter Verweis auf *Nations Energy Inc., Electric Machinery Enterprises Inc., and Jaime Jurado v. Republic of Panama* (ICSID Case No. ARB/06/19), Award (24. Nov 2010), Rz 644ff; hervorzuheben ist, dass sich der Kläger in *Nations Energy* auf den Tatbestand der Enteignung gestützt hat und bereits aus diesem Grund die dort getroffenen Erwägungen nur bedingt im Zusammenhang mit dem Schutz berechtigter Erwartungen herangezogen werden können; siehe hierzu kritisch *BayWa v. Spain*, Rz 492.

[1099] *RREEF v. Spain*, Rz 327; *Nations Energy v. Panama*, Rz 644.

[1100] *RREEF v. Spain*, Rz 327; *Nations Energy v. Panama*, Rz 644.

[1101] *RREEF v. Spain*, Rz 328; auch Schiedsrichter *Volterra* stimmt in seiner *partial dissenting opinion* in diesem Punkt der Ansicht seiner Kollegen zu und bejaht die Verpflichtung des Gaststaates, den in Folge von rückwirkenden Gesetzesänderungen dem Investor entstandenen Schaden zu ersetzen, siehe *RREEF v. Spain,* Partial Dissenting Opinion Volterra*,* Rz 15.

Das Schiedsgericht erachtete die rückwirkende Anwendung der neu eingeführten Vorgaben als Verletzung der Pflicht zur Gewährung stabiler und berechenbarer Rahmenbedingungen, indem es festhielt:

„*It has also found that the principle of stability and predictability had been complied with by the Respondent, except to the extent that the challenged measures have been applied retroactively.*"[1102]

Zu der Entscheidung ist hervorzuheben, dass die rückwirkende Anwendung der gesetzlichen Maßnahmen durch das Schiedsgericht getrennt von der Frage einer möglichen Verletzung berechtigter Erwartungen geprüft wurde. Das Schiedsgericht vertrat sohin offenkundig die Auffassung, dass ‚echt' rückwirkende Gesetzesänderungen losgelöst von der Frage des Bestehens von berechtigten Erwartungen zu einer Verletzung des FET-Standards führen können.[1103] Daraus lässt sich ableiten, dass im Fall von ‚echt' rückwirkenden Gesetzesänderungen eine Verletzung des FET-Standards auch abseits etwaiger Stabilitätszusicherungen angenommen werden kann.

Auch das Schiedsgericht in *BayWa v. Spain* hat sich mit dem Fragenkomplex von rückwirkenden Gesetzesänderungen unter dem FET-Standard auseinandergesetzt. Hierbei hob das Schiedsgericht zunächst hervor, dass diesbezüglich in der Schiedspraxis divergierende Ergebnisse vorliegen würden.[1104] In weiterer Folge schloss sich das Schiedsgericht jedoch der in *RREEF v. Spain* vertretenen Auffassung an und erblickte in der rückwirkenden Reduzierung der Förderungen eine Verletzung der Stabilitätsvorgabe des Art 10 Abs 1 ECT.[1105] Kritisch zu betrachten ist, dass das Schiedsgericht in *BayWa v. Spain* diese Auffassung lediglich damit begründete, dass zur Begegnung der wirtschaftlichen Schwierigkeiten im Gaststaat so drastische Maßnahmen wie die durchgeführten rückwirkenden Gesetzesänderungen nicht notwendig gewesen wären.[1106] Einerseits fällt diese Analyse äußerst knapp aus und wird nicht näher auf die dogmatische Grundlage für die Verletzung des FET-Standards durch diese rückwirkenden Maßnahmen eingegangen. Andererseits wird durch das Schiedsgericht offengelassen, ob – in Hinblick auf die vom Schiedsgericht

[1102] *RREEF v. Spain*, Rz 474.
[1103] *RREEF v. Spain*, Rz 475, das Schiedsgericht führte hierzu aus: *„Besides the findings summarized in the above paragraph, the Arbitral Tribunal has also considered that the Claimants could not legitimately expect that the rules applicable to their investments would remain unchanged for the entire duration but that they had a legitimate expectation to get a reasonable return on their investments.*"
[1104] *BayWa v. Spain*, Rz 493ff; vordergründig wird diese Frage in der jüngeren Schiedspraxis im Zusammenhang mit den Gesetzesänderungen im Sektor erneuerbarer Energien in Spanien behandelt. Auch in Italien und der Tschechischen Republik stellt sich die Frage, inwiefern die gesetzten Maßnahmen als ‚echt' rückwirkend zu betrachten sind, siehe hierzu *Uysin*, Fall of Ikarus, 27f.
[1105] *BayWa v. Spain*, Rz 496.
[1106] *BayWa v. Spain*, Rz 496.

angeführten wirtschaftlichen Probleme des Gaststaates – auch bei rückwirkenden Gesetzesänderungen eine Verhältnismäßigkeitsabwägung zwischen den mit der rückwirkenden Gesetzesänderung verfolgten Interessen des Gaststaates und den Interessen des Investors auf gesetzliche Stabilität vorzunehmen ist. Sollte das Schiedsgericht solch eine Abwägung vorgenommen haben, wurde dies in der Entscheidung nicht offengelegt.

Auch das Schiedsgericht in *Antin v. Czech Republic* hat sich im Zusammenhang mit der Einführung der Solarsteuer[1107] in der Tschechischen Republik mit der Frage auseinandergesetzt, ob diese Maßnahme eine rückwirkende Gesetzesänderung darstellt.[1108] Das wurde vom Schiedsgericht verneint. Hierbei hat das Schiedsgericht auf eine Entscheidung der europäischen Kommission iZm den von der Tschechischen Republik gewährten Förderungen[1109] Bezug genommen:

„*However, according to the case-law, traders are not protected against future changes to an on-going situation, and the immediate application of the new rule is the general rule for the application in time of new rules. Therefore, the Commission takes the view – just like the Czech Constitutional Court – that the modifications to the support scheme and the tax measures* ***were not retroactive, and did not violate the principle of legitimate expectation****. That is even more so because Act No. 180/2005 Coll.* ***did not guarantee a certain purchase price or green premium****, but only a simple payback of the investment over a period of 15 years. The levy on photovoltaic producers has been calculated so as to ensure such simple payback, but no more.*"[1110]

iii. Ergebnis:

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass bei der ‚drastischeren' Form der ‚echt' rückwirkenden Gesetzesänderungen nach der aufzeigten Schiedspraxis nicht darauf abzustellen ist, ob konkrete Zusicherungen in Hinblick auf eine Beständigkeit dieser, in weiterer Folge rückwirkend abgeänderten Gesetze erteilt wurden. Vielmehr ist in Fällen der ‚echten' Rückwirkung bereits aufgrund der Erheblichkeit des Eingriffs in die Rechtsposition der betroffenen Investoren von einer Verletzung des FET-Standards auszugehen. Bei der ‚schlichten' Rückwirkung, bei der sich die rückwirkende Gesetzesänderung erst auf die Zukunft auswirkt, ist - unter Verweis auf die

[1107] Zum Gegenstand der „Solar Levy" siehe Kap X C h), i) und j).
[1108] *Antin v. Czech Republic*, Rz 430.
[1109] *European Commission*, State Aid SA.40171 (2015/NN) – Czech Republic Promotion of electricity production from renewable energy sources, 28.11.2016, Rz 135, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/260911/260911_1866872_294_2.pdf, zuletzt abgerufen am 22.12.2024.
[1110] *European Commission,* Czech Republic Promotion of electricity production from renewable energy sources, Rz 135 (Hervorhebung durch den Autor).

aufgezeigten Ausführungen der europäischen Kommission[1111] - auf herkömmliche Weise zu prüfen, ob der Investor berechtigterweise, etwa durch konkrete Stabilitätszusicherungen, erwarten durfte, dass die Gesetzeslage nicht zu seinem Nachteil abgeändert wird.

c) Zusammenfassende Betrachtung

Nach der hier vertretenen Auffassung lässt sich aus dem FET-Standard kein eigenständig durchsetzbarer Anspruch des Investors auf Stabilität der Gesetzeslage ableiten. Die vor allem in der älteren Schiedsjudikatur wiederholt postulierte Verpflichtung des Gaststaates zur Gewährung von stabilen gesetzlichen Rahmenbedingungen wurde durch die Schiedsgerichte nach der in der Arbeit vorgenommenen Untersuchung[1112] aus den Stabilitätsvorgaben in den Präambeln der anzuwendenden BITs abgeleitet. Im Fall von ‚echt' rückwirkenden Gesetzesänderungen wurde durch Schiedsgerichte wiederholt die Verletzung des FET-Standards bejaht. Aufgrund der Intensität des Eingriffes bei ‚echt' rückwirkenden Gesetzesänderungen sind Parallelen mit den in der Schiedspraxis judizierten Grundsätzen hinsichtlich der ‚totalen' Abänderung der Gesetzeslage zu erblicken. Auch im Falle der totalen Abänderung der essentiellen gesetzlichen Rahmenbedingungen wird durch Schiedsgerichte eine Verletzung des FET-Standards auch abseits konkreter Zusicherungen bejaht.[1113] Die totale Abänderung der Gesetzeslage weist wiederum Berührungspunkte mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auf. Schließlich kann die totale Beseitigung der essentiellen gesetzlichen Rahmenbedingungen nicht mehr als verhältnismäßig angesehen werden. Auch im Fall von ‚echt' rückwirkenden Gesetzesänderungen kann die Verletzung des FET-Standards letztendlich auch mit der Unverhältnismäßigkeit dieser Maßnahmen erklärt werden. Dass ‚echt' rückwirkende Gesetzesänderungen als unverhältnismäßig anzusehen sind, wurde durch das Schiedsgericht in der aufgezeigten Entscheidung *BayWa v. Spain* ausgeführt. Somit ist auch bei echt rückwirkenden Gesetzesänderungen die Grundlage für die Verletzung des FET-Standards nicht in einer eigenen, neben dem Schutz berechtigter Erwartungen, anzunehmenden Stabilitätsverpflichtung zu erblicken. Vielmehr führt die Unverhältnismäßigkeit von ‚echt' rückwirkenden Gesetzesänderungen auch abseits konkreter Stabilitätszusicherungen zur Verletzung des FET-Standards. Auf die Grundsätze der ‚totalen Abänderung' der Gesetzeslage im

[1111] *European Commission,* Czech Republic Promotion of electricity production from renewable energy sources, Rz 135.
[1112] Siehe hierzu Abschnitt a) dieses Kapitels sowie Kap V B b) zum Bedeutungsgehalt von Stabilitätsvorgaben in Präambeln.
[1113] Siehe hierzu Abschnitt D dieses Kapitels.

Zusammenhang mit der Frage der Verhältnismäßigkeit wird in den Abschnitten C und D dieses Kapitel näher eingegangen.

B. Registrierungs- und Bieterverfahren als Quelle berechtigter Erwartungen?

a) Einleitung

Sowohl in der älteren Schiedspraxis als auch bei den jüngeren Entscheidungen aus dem Sektor der erneuerbaren Energien spielten bestimmte, von den Investoren durchgelaufene Registrierungsverfahren im Zusammenhang mit der Beurteilung berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität wiederholt eine Rolle.[1114] Es stellt sich hierbei die Frage, ob die Teilnahme an derartigen Registrierungsverfahren einen Vertrauensschutz auf die zum Zeitpunkt der Registrierung im Zusammenhang mit dem Investitionsvorhaben geltenden gesetzlichen Rahmenbedingungen begründet.

b) Registrierungsverfahren bei PV-Investitionen: Grundlage berechtigter Erwartungen oder ein bloßer ‚Formalakt'?

Vor Vornahme von kapitalintensiven Investitionen, etwa Investitionen im Sektor der erneuerbaren Energien, werden Investoren regelmäßig angehalten, im Gaststaat bestimmte Registrierungsverfahren zu durchlaufen.[1115] Zu prüfen ist hierbei, ob diese Registrierungen dazu führen können, dass die ‚registrierten' Investoren hinsichtlich der gesetzlichen Vorgaben im Gaststaat gegenüber potentiellen, jedoch nicht registrierten Investoren ‚spezifiziert' werden. Verneint wurde dies etwa durch das Schiedsgericht in *Charanne v. Spain.* Das Schiedsgericht hat festgehalten, dass es sich bei der, vor Vornahme der Investition, erfolgten Registrierung im „*Registro Administrativo de Instalaciones de Producción en Régimen Especial*" („*RAIPRE*")[1116], entgegen dem Standpunkt des Investors, um einen lediglich administrativen Akt als Voraussetzung für den Verkauf von erneuerbarer Energie gehandelt habe. Dieser Formalakt verschaffe dem Investor jedoch (noch) kein Recht auf eine bestimmte Vergütung.[1117] Auch das Schiedsgericht in *9REN v. Spain*[1118] ordnete die Registrierung im *RAIPRE* in erster Linie als eine bloß administrative Maßnahme ein und führte aus:

[1114] Zu den ‚Argentinienfällen' siehe Kap VII a) v und vi; zu den ‚Spanienfällen' siehe Kap X C.
[1115] *Usynin*, Fall of Icarus, 20ff.
[1116] Zur Bedeutung des *RAIPRE* siehe bereits die Erörterung in *Charanne v. Spain* in Kap X C a).
[1117] *Charanne v. Spain*, Rz 510.
[1118] *9REN v. Spain*, FN 243 zu Rz 297.

„Spain is correct to dispute the Claimant's position that RAIPRE is an independent source of obligation. As Spain points out: Registration in the RAIPRE ***is not, therefore, a State commitment to indefinitely and unalterably maintain the future return of the FV sector,*** *but rather an* ***administrative register*** *that makes it possible to control and know those involved in the SES. This has been the aim of entry in this register since 1998.*"[1119]

Das Schiedsgericht in *Infracapital v. Spain* kam ebenfalls zu dem Ergebnis, dass die Registrierung in *RAIPRE* zwar eine administrative Voraussetzung für die Investition darstellen würde, sich daraus jedoch keine Rechte für den Investor im Zusammenhang mit der Gewährung von gesetzlicher Stabilität ableiten lassen.[1120]

In *Masdar v. Spain* hielt das Schiedsgericht bei Prüfung der berechtigten Erwartungen des Investors zunächst fest, dass der Prozess, den der Investor zu durchlaufen hatte, um von den im RD 661/2007 garantierten Tarifen zu profitieren, bei der Prüfung etwaiger berechtigter Erwartungen zu beachten sei.[1121] Hierzu führte das Schiedsgericht näher aus, dass der Investor, um in den Genuss der Vorgaben im Dekret zu gelangen, eine Reihe von vom Gaststaat vorgegebenen Voraussetzungen innerhalb eines bestimmten Zeitfensters erfüllen musste. Nach Auffassung des Schiedsgerichts sei durch den Gaststaat die Beibehaltung der im Dekret vorgesehenen Begünstigungen bei Erfüllung dieser Anforderungen garantiert worden. Zu diesen Anforderungen würde nach Auffassung des Schiedsgerichtes insbesondere die Registrierung im *RAIPRE* zählen, die vom Investor auch innerhalb des vom Gaststaat vorgegebenen Zeitfensters vorgenommen wurde.[1122] Konkret wurden die Kraftwerke des Investors zunächst einer Preregistrierung („*pre-allocation registry*") unterzogen, ehe die Registrierung im *RAIPRE* erfolgt ist. Im Zuge der Preregistrierung erhielt jeder Investor ein separates Schreiben („*Resolution*") vom spanischen Ministerium für Energiepolitik und Minenwesen, in dem festgehalten wurde, dass das jeweilige Kraftwerk in dem „*pre-allocation*

[1119] Hervorhebung durch den Autor.
[1120] *Infracapital v. Spain*, Rz 599; zur gleichen Auffassung gelangt das Schiedsgericht in *Sevilla Beheer v. Spain,* Decision on Jurisdiction, Liability and Principles of Quantum, Rz 858: „*The Tribunal, by majority, agrees with the Respondent that the registration of the Claimants` PV installations with the RAIPRE must be considered as an administrative requirement that did not generate any vested rights for the investors*"; aA Schiedsrichter *Cameron*, der in seiner *partial dissenting opinion* ausführte, dass die Registrierung im RAIPRE nicht bloß einen administrativen Akt ohne rechtliche Relevanz darstellen würde, sondern bewirke die Registrierung vielmehr einen Schutz des Investors unter Art 10 ECT hinsichtlich der gesetzlichen Vorgaben, siehe *Sevilla Beheer B.V. and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/16/27, Partial Dissenting Opinion By Professor Peter D Cameron (11. Feb 2022), Rz 64ff.
[1121] *Masdar v. Spain*, Rz 512.
[1122] *Masdar v. Spain*, Rz 512f.

registry" registriert wurde und dementsprechend Subjekt der spezifischen Förderungsvorgaben im Dekret RD 661/2007 ist[1123]:

„*Resolution of the Directorate General for Energy Policy and Mines, through which the [relevant Plant], is registered in the Pre-Allocation Registry for Compensation* ***and to which to economic regime regulated in Royal Decree 661/2007, dated 25 May, is granted***."[1124]

Überdies wurde in jeder dieser Benachrichtigungen festgehalten:

„*In accordance with the provisions of Section 1 of the Fifth Temporary Provision of the aforementioned Royal Decree Law, the economic regimen for the facilities* ***that are registered*** *in the Pre-Allocation Registry for Compensation, in application of the provisions of the Fourth Temporary Provisions of the same, will be as foreseen in Royal Decree 661/200.*"[1125]

Das Schiedsgericht erblickte eine Spezifizierung jener Investoren in Hinblick auf die gesetzlichen Vorgaben, die den Registrierungsprozess durchlaufen haben und führte hierzu aus:

„*This was a* ***very specific unilateral offer*** *from the State, which an investor would be deemed to have accepted, once it had fulfilled the substantial condition of construction of the plant and the formal condition of registration within the prescribed 'window'.*"[1126]

Zu betonen ist jedoch, dass durch das Schiedsgericht nicht die Teilnahme am Registrierungsverfahren *per se* als hinreichende Grundlage für die Annahme eines Schutzes berechtigter Erwartungen auf Stabilität der im Dekret enthaltenen Vorgaben angesehen wurde. Vielmehr haben nach Auffassung des Schiedsgerichts die dem Investor im Zuge des Registrierungsverfahren in Hinblick auf die Stabilität der Vorgaben erteilten konkrete Zusagen die entscheidende Rolle gespielt.[1127]

Das Schiedsgericht in *OperaFund v. Spain*[1128] nahm auf die aufgezeigten Erwägungen in *Masdar v. Spain* im Zusammenhang mit der Registrierung im *RAIPRE* Bezug und führte hierzu aus:

„*Article 44(3) of RD 661/2007 provides:*

[1123] *Masdar v. Spain*, Rz 512f.
[1124] *Masdar v. Spain*, Rz 516 (Hervorhebung durch den Autor).
[1125] *Masdar v. Spain*, Rz 517 (Hervorhebung durch den Autor).
[1126] *Masdar v. Spain*, Rz 512.
[1127] *Masdar v. Spain*, Rz 516, 521.
[1128] *OperaFund v. Spain*, Rz 482-484.

The revisions of the regulated tariff and the upper and lower limits indicated in this section shall not affect facilities for which the commissioning certificate had been granted prior to January 1 of the second year following the year in which the revision had been performed.

In view of this provision, for the present case, ***the RAIPRE registration is an important additional element in order to assess the legitimate expectations of the investors****. In this respect, the Tribunal notes the view of the Masdar tribunal, which expressly left open the possibility that Article 44(3)'s stabilization promise could constitute a 'specific commitment' by Spain, which would create 'legitimate expectations that the benefits granted by RD661/2007 would remain unaltered'.* ***Such a stabilization promise could be perfected by the registration of the RE plants to receive the preferential FIT under RD 661/2007****. However, the Masdar tribunal did not need to decide whether the legislative commitment alone could give rise to legitimate expectations, because there were other commitments. Claimants' investments were made between July 2008 and July 2009, in reliance upon the fact that the PV plants were finally registered in the RAIPRE under RD 661/2007 and granted the RD 661/2007 FIT economic rights.* ***Thus, the formal registration led to the investors' entitlement to receive the benefits under RD 661/2007 (including not being subject to regulatory change)****."*[1129]

In der Fallprüfung gelangte das Schiedsgericht zu dem Ergebnis, dass die genannte Vorgabe in Art 44 Abs 3 des Dekretes als Stabilisierungszusicherung einzuordnen sei.[1130] Für das Schiedsgericht schien hierbei das abgehaltene Registrierungsverfahren im *RAIPRE* im Zusammenhang mit der Annahme der Erzeugung berechtigter Erwartungen auf die Vorgaben im Dekret eine Rolle gespielt zu haben.[1131] Aus der Entscheidung lässt sich jedoch nicht ableiten, dass das Schiedsgericht die

[1129] Hervorhebung durch den Autor.

[1130] *OperaFund v. Spain*, Rz 485. AA Schiedsrichter *Sands.* Dieser hob in seiner *dissenting opinion* hervor: „*The Majority is silent too on the relevant ICSID case-law, not least the jurisprudence which makes clear that 'provisions of general legislation applicable to a plurality of persons or a category of persons, do not create legitimate expectations that there will be no change in the law'. The Majority simply decides – ex cathedra, without reasoning – that the tariff regime of RD 661/2007 was immutable, that a provision of general application could not be replaced or changed so as to subject the Claimants' investments to a less favourable (yet still profitable) regime.*", siehe *OperaFund v. Spain*, Dissenting Opinion Sands (13. Aug 2019), Rz 17ff, abrufbar unter: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C4806/DS12833_En.pdf, zuletzt abgerufen am 14.08.2022.

[1131] Dass diese Vorgabe in Art 44.3 des Dekretes allein nicht als Grundlage berechtigter Erwartungen herangezogen werden kann, wird durch das Schiedsgericht in *PV Investors v. Spain,* Rz 601 postuliert. Das Schiedsgericht hob hierzu hervor: „*It is correct that Article 44.3 states that certain revisions that may occur in the future under that decree would not affect existing installations. However,* ***that mere statement in and of itself does not make of Article 44.3 a stabilization commitment according to which the State guaranteed that future legislative or regulatory change would not affect the investment****. Moreover, Article 44.3 cannot be read in isolation but must be viewed in the context of the entirety of the Spanish regulatory framework.*"

Registrierung selbst als Grundlage für die Erzeugung berechtigter Erwartungen auf Stabilität der im Dekret enthaltenen Vorgaben angesehen hat.

Das Schiedsgericht in *Antin v. Spain*[1132] hob hervor, dass es sich bei der Registrierung entgegen der Auffassung des Gaststaates um keinen reinen Formalakt ohne rechtliche Relevanz handeln würde. Das Registrierungsverfahren stelle vielmehr einen Faktor bei der Gesamtbeurteilung der Frage der Erzeugung berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität dar. Somit ist dieses Registrierungsverfahren nach Auffassung des Schiedsgerichtes hinsichtlich der möglichen Erzeugung berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität in die Gesamtbetrachtung miteinzubeziehen.

In *NexEra v. Spain* teilte das Schiedsgericht hinsichtlich der Registrierung in *RAIPRE* die Auffassung des Schiedsgerichts in *Charanne v. Spain* und hielt fest, dass die Registrierung allein nicht ausreiche, um berechtigte Erwartungen auf gesetzliche Stabilität zu begründen. Die Registrierung stelle übereinstimmend mit der Ansicht des Schiedsgerichts in *Charanne* bloß einen administrativen Akt dar.[1133] Das Schiedsgericht bejahte in einer Gesamtbetrachtung der staatlichen Maßnahmen die Verletzung der berechtigten Erwartungen des Investors. In diese Gesamtbetrachtung wurde jedoch, neben den spezifischen Vorgaben im Dekret, auch das vom Investor durchlaufene Registrierungsverfahren durch das Schiedsgericht einbezogen.[1134] Somit gelangte das Schiedsgericht, ähnlich wie die dargelegte Auffassung des Schiedsgerichts in *Antin v. Spain*, zu dem Ergebnis, dass der Registrierungsprozess bei der Beurteilung, ob berechtigte Erwartungen im Hinblick auf die Vorgaben im Dekret erzeugt wurden, in die Gesamtbetrachtung zumindest als ein Faktor miteinzubeziehen ist.[1135] Das Schiedsgericht hat hierbei einem Schreiben

[1132] *Antin v. Spain*, Rz 552.

[1133] *NextEra v. Spain*, Rz 585.

[1134] *NextEra v. Spain*, Rz 596.

[1135] Auch durch das Schiedsgericht in *Novenergia v. Spain*, Rz 666 wurde das Registrierungsverfahren in die Gesamtbetrachtung jener Faktoren, die für die Erzeugung berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität von Relevanz sind, miteinbezogen. Das Schiedsgericht betonte hierbei das Zusammenspiel der im Dekret enthaltenen Vorgaben mit der Registrierung im *RAIPRE*: „*Under RD 661/2007, which replaced RD 436/2004, PV plants* ***enrolled in the RAIPRE*** *before the cut-off date would be entitled to (i) incorporate all of their net production into the grid; (ii) a FIT that would only be updated in accordance with the national CPI, and (iii) receive a fixed FIT for the lifespan of the PV plants.*" (Hervorhebung durch den Autor)*;* auch in *Infrared v. Spain* nahm das Schiedsgericht im Zusammenhang mit der Annahme der Begründung berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität auf Bezug. Hierzu führte das Schiedsgericht in Rz 410 aus: „*For the following reasons, the Tribunal is of the view that the Purported Agreement, RD 1614/2010 and the exchange of letters of waiver and December Resolutions did give rise to a legitimate expectation that CSP* ***plants registered on the Pre-allocation Register*** *would be shielded from subsequent regulatory changes to three specific elements of the Original Regulatory Framework, and that this expectation was violated by Spain.*"(Hervorhebung durch den Autor).

des Gaststaates an den Investor, das auf das Registrierungsverfahren Bezug genommen hat, besondere Bedeutung beigemessen und hob hierzu hervor:

„*(...) and the subsequent letter from Secretary Marin to Mr. Davidson, which said, "the new framework for the promotion of renewable energies is governed by the principles of judicial and regulatory stability and visibility, and* ***that the actual pre-assignment in the registry guarantees*** *the promoter the benefits of the economic regime under which it made its investment decision.*"[1136]

In *Stadtwerke München v. Spain* wurde durch das Schiedsgericht zunächst festgehalten, dass die Registrierung („*Pre-assigment Registry*") eine notwendige Voraussetzung für die Teilnahme an dem Regime des RD 661/2007 darstelle.[1137] In weiterer Folge betonte das Schiedsgericht jedoch, dass im Dekret nicht geregelt wurde, dass durch die Registrierung im „*Pre-assigment Registry*" den registrierten Investoren mehr Rechte eingeräumt werden, als ohnedies bereits nach den Vorgaben im Dekret gewährt werden. Somit ergibt sich nach Auffassung des Schiedsgerichtes durch die Registrierung keine zusätzliche Verpflichtung des Gaststaates auf Beibehaltung der gesetzlichen Förderungsvorgaben.[1138]

Wie Schiedsrichter *C. N. Brower*[1139] in seiner *concurring and dissenting opinion* zu *PV Investors v. Spain* richtig aufzeigt hat, ist in Hinblick auf den Bedeutungsgehalt der Registrierung im *RAIPRE* auch auf den zeitlichen Faktor Bedacht zu nehmen. Nach *Brower* ist darauf abzustellen, wann sich der jeweilige Investor im *RAIPRE* registriert habe und welche gesetzlichen Vorgaben zu diesem Zeitpunkt in Kraft waren. So habe etwa der Investor in *Stadtwerke München v. Spain* erst 2012 am Registrierungsverfahren teilgenommen. Da zu diesem Zeitpunkt bereits nachteilige Gesetzesänderungen durch Spanien erfolgt seien, sei der Investor in dem Verfahren mit seinem auf die Verletzung berechtigter Erwartungen gestützten Anspruch nicht durchgedrungen. Nach *Brower* war zu diesem Zeitpunkt mit weiteren nachteiligen Gesetzesänderungen zu rechnen. Im Vergleich dazu habe der Investor in *PV Investors v. Spain* bereits 2008, somit zu einem Zeitpunkt, wo die

[1136] *NextEra v. Spain*, Rz 590f (Hervorhebung durch den Autor).

[1137] *Stadtwerke München v. Spain*, Rz 299.

[1138] *Stadtwerke München v. Spain*, Rz 300; aA Schiedsrichter *Tawil* in seiner *dissenting opinion* zum Verfahren *Charanne v. Spain*, siehe Kap X C a).

[1139] *PV Investors v Spain*, Concurring and Dissenting Opinion of Charles N. Brower (28.Feb 2020), 21. *Bower* hob auf S. 25 der *dissenting opinion* hervor: „***Indeed, the timing of the RAIPRE registration has had a significant impact in a series of these RE Cases****. The Antin, Masdar, Novenergia and Operfund Tribunals all found that the registration was not just an administrative act, but actually gave rise to legitimate expectations of investors so registered.*" (Hervorhebung durch den Autor).

drastischen Gesetzesänderungen noch nicht vorhersehbar waren[1140], die Registrierung seiner Kraftwerke vorgenommen.[1141]

Auch Schiedsrichter *Tawil*[1142] stellte im Zusammenhang mit der Teilnahme am Registrierungsverfahren für die mögliche Begründung berechtigter Erwartungen auf die Stabilität der im Dekret enthaltenen Förderungsvorgaben auf den zeitlichen zeitlichen Zusammenhang ab. *Tawil* hob in seiner *dissenting opinion* zu *Charanne* den Umstand hervor, dass sich der Investor in einem zeitlich begrenzten Verfahren registrieren musste, um in den Genuss der in den Dekreten normierten Förderungen zu gelangen. Daraus könne nach Auffassung von *Tawil* eine spezifische Adressierung der Vorgaben in den Dekreten gegenüber jenen Investoren, die in diesem Zeitfenster die Registrierung durchlaufen haben, abgeleitet werden.[1143]

Im Ergebnis kann in Anbetracht der geschilderten Schiedsverfahren festgehalten werden, dass die Auffassung des Schiedsgerichts in *Charanne v. Spain*, wonach der Registrierung im *RAIPRE* als reiner Formalakt bei der Frage der Begründung berechtigter Erwartungen auf stabile gesetzliche Vorgaben keine Rolle spielt, in den späteren Verfahren in der Form nicht geteilt wurde. Vielmehr ergibt sich aus den Ausführungen der Schiedsgerichte in *Antin*, *OperaFund* und *Masdar v. Spain*, dass der durch die Investoren durchlaufene Registrierungsprozess zumindest in die Gesamtbetrachtung der möglichen Erzeugung berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität miteinzubeziehen ist. Zwei Argumente könnten hierbei für die Annahme einer Bekräftigung des Vertrauensschutzes auf gesetzliche Stabilität durch die Registrierung vorgebracht werden. Zunächst könnte ins Treffen geführt werden, dass die Registrierung der Kraftwerke im *RAIPRE* zu einer Einschränkung des Adressatenkreises der gesetzlichen Förderungsvorgaben führt. Schließlich kamen nur jene Investoren, die ihre Kraftwerke registriert haben, in den Genuss der gesetzlich vorgesehenen Förderungen. Es könnte daher argumentiert werden, dass die Registrierung in

[1140] Siehe die chronologische Betrachtung in Kap X C o) und p).

[1141] *PV Investors v Spain*, Concurring and Dissenting Opinion of Charles M Brower, 21.

[1142] *Charanne v. Spain*, Dissenting Opinion Tawil, Rz 9.

[1143] Hierzu nahm Tawil in FN 6 seiner *dissenting opinion* auf die Vorgaben in Art 14 des gegenständlichen Dekretes RD 661/07 Bezug und führte aus: „*The final registration of the facility in the administrative record of production facilities within the special regime is a necessary requirement for the application of said facility of the economic system regulated by this royal decree, with the effect from the first day of the month following the date on record of the final commissioning of the facility.*"; auch zu *Isolux v. Spain* hat *Tawil* eine *dissenting opinion* erstattet. In dieser betonte er, dass eine Verletzung berechtigter Erwartungen, auch abseits konkreter Zusicherungen, dann anzunehmen sei, wenn ein Investor alle gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt habe, um durch den Gaststaat bestimmte gesetzlich vorgesehene Vorteile zu erhalten und der Staat die Gewährung dieser Vorteile in weiterer Folge verweigern würde, siehe *Isolux v. Spain,* Dissenting Opinion Tawil, Rz 13.

Hinblick auf die Vorgaben im Dekret zu einer konkreten Adressierung jener Investoren führte, die ihre Kraftwerkte registriert haben. Einen weiteren Faktor stellt der Umstand dar, dass im Zuge des Registrierungsverfahrens durch den Gaststaat regelmäßig gegenüber jenen Investoren, die an diesem Prozess teilnehmen, bestimmte Zusagen in Hinblick auf die gesetzlichen Förderungsvorgaben erteilt werden.

Anhand des Falles *Micula v. Romania* soll nunmehr aufgezeigt werden, dass das erste Argument, namentlich die vermeintliche Spezifizierung des Adressatenkreises durch die Registrierung, bei genauerer Betrachtung nicht stichhaltig ist.

i. Die Bedeutung der Registrierung des Investitionsvorhabens im Schiedsverfahren Micula v. Romania

Vom Schiedsgericht war zu prüfen, ob der Gaststaat mit bestimmten Begünstigungen in einer gesetzlichen Vorgabe (die „*Emergency Government Ordinance No. 24/1998*“, kurz: „*EGO 24*“)[1144], welche bei Investitionen in benachteiligte Regionen Rumäniens bestimmte Förderungen gewährt hat, berechtigte Erwartungen beim Investor erzeugt hat.[1145] Das Schiedsgericht hielt in dieser Entscheidung zunächst fest, dass die Vorgaben im *EGO 24* als generelle Rechtsvorschriften für sich allein noch keine ausreichende Grundlage für die Erzeugung berechtigter Erwartungen darstellen würden.[1146] An Investoren, welche die notwendigen Voraussetzungen für die Investition im Gaststaat erfüllt haben, wurden durch den Gaststaat sogenannte „*Permanent-Investor Certificates*“ („*PIC*“) ausgestellt. Zu diesen Voraussetzungen, die für die Genehmigung des Investitionsvorhabens erfüllt werden mussten, zählten etwa die Schaffung einer gewissen Anzahl von Arbeitsplätzen und die Durchführung von regelmäßigen Überprüfungen.[1147] Nach Auffassung des Schiedsgerichts führe die Ausstellung dieses Zertifikates dazu, dass diese Investoren hinsichtlich der Begünstigungsvorgaben im EGO24 gegenüber den sonstigen Investoren, welche das *PIC* nicht erhalten haben, spezifiziert werden. Die Ausstellung des *PIC* führe daher nach Auffassung des Schiedsgerichts dazu, dass den betreffenden Investoren berechtigte Erwartungen im Zusammenhang mit den gesetzlichen Förderungsvorgaben im EGO24 zuzuerkennen sind.[1148] Der gewählte Ansatz des Schiedsgerichts ist

[1144] *Micula v. Romania,* Rz 145.
[1145] *Micula v. Romania*, Rz 674.
[1146] *Micula v. Romania*, Rz 674ff.
[1147] *Micula v. Romania*, Rz 679.
[1148] *Micula v. Romania*, Rz 674. Hierbei ist jedoch zu betonen, dass seitens des Schiedsgerichts noch andere Faktoren bei der Annahme der Begründung berechtigter Erwartungen auf Stabilität der Förderungsvorgaben berücksichtigt wurden. So etwa der Umstand, dass Rumänien mit den Vorgaben im EGO24 bewusst ausländische Investoren zur Investition in benachteiligte Regionen des Landes animieren wollte. Ferner seien die Förderungen nach Auffassung des

jedoch bei näherer Betrachtung nicht überzeugend. So ist hervorzuheben, dass lediglich Investoren, die schlussendlich das *Permanten Investor Certificate* erhalten, überhaupt von den in den generellen Vorschriften enthaltenen Begünstigungen profitieren können. Schließlich ist die Erfüllung der formellen Vorgaben für den Erhalt des *PIC* Voraussetzung, um überhaupt in den Genuss dieser günstigen gesetzlichen Vorgaben zu gelangen. Hieraus ergibt sich jedoch, dass die betroffenen Investoren – im Vergleich zu den übrigen potentiellen Investoren – im Ergebnis nicht spezifiziert werden, da andere Investoren, mangels Erfüllung der formellen Voraussetzungen für den Erhalt des *PIC*, gar nicht in den Genuss der Förderungen kommen können und daher als Normadressaten bereits im Vorhinein ausscheiden. Auf der anderen Seite kommen sämtliche Investoren, die diese formellen Voraussetzungen für den Erhalt des *PIC* erfüllen, in den Genuss der Förderungsvorgaben.[1149] In diesem Zusammenhang ist auf die von Schiedsrichter *Abi-Saab* in seiner *dissenting opinion* zur Entscheidung *Micula v. Romania* vertretenen Ansicht zu verweisen. Dieser führte hinsichtlich der Steuerbegünstigungen im EGO 24 zunächst aus, dass die Vorgaben im EGO 24 für sich allein nicht dazu geeignet seien, berechtigte Erwartungen zu erzeugen. In weiterer Folge bejahte *Abi-Saab* unter Bedachtnahme auf die Ausstellung des *PIC* jedoch die Erzeugung berechtigter Erwartungen auf Stabilität der im EGO 24 geregelten Steuerbegünstigungen.[1150] Auch für *Abi-Saab* stellte somit die Ausstellung des *PIC* den relevanten Faktor für die Erzeugung berechtigter Erwartungen auf Weitergewährung der gesetzlich vorgesehenen Begünstigungen dar. Diese Annahme begründete *Abi-Saab* damit, dass dem *PIC* ein synallagmatischer Austausch von Rechten und Pflichten zwischen Investor und Gaststaat zugrunde liege. So seien dem Investor für die Ausstellung des *PIC* bestimmte Verpflichtungen, wie etwa die Schaffung einer bestimmten Anzahl von Arbeitsplätzen, auferlegt worden. Im Gegenzug für die Erfüllung dieser Verpflichtungen partizipiere der Investor wiederum an den im EGO 24 vorgesehenen Förderungen. Die Abschaffung dieser zuvor gesetzlich gewährten Begünstigungen mache daher nach *Abi-Saab* den Gaststaat aufgrund der einseitigen Verletzung dieser synallagmatischen Beziehung

---

Schiedsgerichtes in unverhältnismäßiger Weise drastisch reduziert worden, siehe Rz 678, 682; siehe hierzu Kap IV C und Abschnitt I g) dieses Kapitels zur ‚Anziehung' ausländischer Investoren durch günstige gesetzliche Vorgaben im Gaststaat sowie Abschnitt D dieses Kapitels zur ‚totalen Abänderung' der Gesetzeslage.

[1149] Wie bereits aufgezeigt wurde, führte auch das Schiedsgericht in *Masdar v. Spain* in zutreffender Weise aus, dass beim Registrierungsverfahren darauf abzustellen sein wird, ob es von sämtlichen Investoren durchlaufen werden müsse, siehe hierzu die Erwägungen in den Vorkapitel X C j).

[1150] *Micula v. Romania*, Dissenting Opinion Abi-Saab, Rz 6; siehe auch die *dissenting opinion* von Schiedsrichter *Tawil* in *Isolux v. Spain*, der betonte, dass eine Verletzung berechtigter Erwartungen auch abseits konkreter Zusicherungen zu bejahen sei, wenn der Investor für den Erhalt der Förderungen die durch den Gaststaat vorgegebenen gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt habe und dem Investor in weiterer Folge dennoch diese Förderungen durch den Gaststaat verwehrt werden, vgl *Isolux v. Spain,* Dissenting Opinion Tawil, Rz 13.

schadenersatzpflichtig.[1151] Die Auffassung von *Abi-Saab* ist treffend. Da der Investor für den Erhalt des *PIC* und somit für den Erhalt der gesetzlich vorgesehenen Steuerbegünstigungen zahlreiche Verpflichtungen, wie die Schaffung von Arbeitsplätzen in einem wirtschaftlich benachteiligten Gebiet des Gaststaates, auf sich genommen hat, konnte dieser berechtigterweise darauf vertrauen, dass die gesetzlich vorgesehenen Begünstigungen weitergewährt werden. Die Grundlage für die berechtigten Erwartungen auf Beibehaltung der im EGO 24 enthaltenen Vorgaben ist daher nicht in der Registrierung zu erblicken. Vielmehr ergibt sich die Verantwortung des Gaststaates in diesem Fall dadurch, dass das synallagmatische Austauschverhältnis von Rechten und Pflichten, welches mit Ausstellung des PIC begründet wurde, durch die einseitige Kürzung der Förderungen durch den Gaststaat verletzt wurde.

Hinsichtlich der ‚Spanienfällen' ist die Sachlage in Bezug auf die Registrierung im *RAIPRE* jedoch eine andere. Schließlich müssen die Investoren, um überhaupt zur Registrierung ihres Investitionsvorhabens unter dem *RAIPRE* zugelassen zu werden, keine bestimmten Pflichten zugunsten des Gaststaates, wie etwa die Schaffung von Arbeitsplätzen, auf sich nehmen. Vielmehr dienen die Investitionen im Sektor der erneuerbaren Energien dem Gaststaat in erster Linie dazu, die von der EU vorgegebenen Klimaziele zu erreichen.[1152] Das vom Gaststaat verfolgte Ziel im Zusammenhang mit der Förderung von Investitionen im Sektor der erneuerbaren Energien – im Vergleich zu den Voraussetzungen für den Erhalt des *PIC* in *Micula v. Romania* – wirkt sich somit nicht unmittelbar auf der Ebene Investor-Staat im Sinne eines Austausches von Rechten und Pflichten aus.[1153] Auch der (zu erhoffende) wirtschaftliche Aufschwung für den Gaststaat durch Auslandsinvestitionen begründet keinen direkten Austausch zwischen Rechten und Pflichten. Dieser wirtschaftliche Vorteil stellt schließlich bloß die Konsequenz einer Auslandsinvestition dar. Dieser Umstand ist jedoch anders zu betrachten, als wenn Investoren – wie im Zusammenhang mit

[1151] *Micula v. Romania*, Dissenting Opinion Abi-Saab, Rz 8; Der Sachverhalt kann als Ausgestaltung der vom Schiedsgericht in *Glamis Gold v. USA* geforderten ‚quasi vertraglichen' Beziehung angesehen werden, zur ‚quasi vertraglichen' Beziehung siehe *Glamis Gold v. USA*, Rz 812

[1152] Siehe Kap X A.

[1153] Es könnte hier eingewendet werden, dass das Erreichen der EU-Klimaziele für den Gaststaat sowie die im Gegenzug für die Investition gewährten Förderungen für den Investor ebenfalls solch ein Austauschverhältnis darstellen würde. Dieser Umstand begründet jedoch mE kein wie in *Micula* dargelegtes synallagmatisches Austauschverhältnis von Rechten und Pflichten. Vielmehr stellt das Erreichen der Klimaziele durch Investitionen im Sektor der erneuerbaren Energien sowie die gesetzlichen Förderungen für diese Investitionen für beide Seiten bloß die Vorteile aus einer in diesem Sektor getätigten Investition dar, was jedoch keinen Austausch von Rechten und Pflichten begründet. Der gleiche Einwand wäre bei dem Argument zu erheben, wonach die Investition dem Gaststaat im Gegenzug für die gesetzlich gewährten Förderungen wirtschaftlichen Aufschwung beschert. Auch dies stellt, im Gegensatz zu dem Prozedere zum Erlangen des *PIC* in *Micula*, keinen direkten Austausch von Rechten und Pflichten dar.

dem PIC – sich zu konkreten, für den Gaststaat günstigen Maßnahmen, wie etwa der Schaffung einer bestimmten Anzahl von Arbeitsplätzen, verpflichten.

ii. Ergebnis

Wie aufgezeigt wurde, führt die Registrierung der Investitionsvorhaben im *RAIPRE* allein nicht dazu, dass den registrierten Investoren berechtigte Erwartungen auf Beständigkeit der gesetzlichen Vorgaben zuzuerkennen wären. Da, wie aufgezeigt, nur jene Investoren, die das Registrierungsverfahren durchlaufen, überhaupt in den Genuss der gesetzlichen Förderungsvorgaben gelangen, kann die Registrierung zu keiner Einschränkung des Adressatenkreises der hinsichtlich jener Investoren, die sich registriert haben, führen. Schließlich scheiden andere ‚potentielle' Investoren, die an dem Registrierungsverfahren nicht teilnehmen, bereits im Vorhinein als Adressaten der Förderungsvorgaben aus. Der Prozess der Registrierung der Investitionsvorhaben spielt nach der Schiedsjudikatur im Zusammenhang mit der Erzeugung berechtigter Erwartungen dennoch eine Rolle, da im Zuge des Registrierungsprozesses regelmäßig bestimmte Zusagen im Hinblick auf die Vorgaben in den Dekreten abgeben werden. Sollte der Gaststaat den Investoren etwa zugesichert haben, dass nach erfolgter Registrierung die Förderungsvorgaben unverändert auch für die Zukunft aufrecht bleiben, führt dies zur Begründung berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität.[1154] Daraus ergibt sich jedoch, dass derartige, im Zuge der Registrierung erteilten Zusagen als konkrete Zusicherungen eingestuft werden können. Solche Zusicherungen sind daher nach den allgemeinen Voraussetzungen zu prüfen. Die Registrierung im *RAIPRE* selbst kann daher nicht als Grundlage für die Erzeugung berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität hinsichtlich der Förderungsvorgaben angesehen werden.

c) Bieterverfahren als Quelle berechtigter Erwartungen?

In den ‚Argentinienfällen' spielte die Teilnahme der Investoren an Bieterverfahren regelmäßig eine Rolle bei der Beurteilung der berechtigten Erwartungen. Es stellt sich – ähnlich der Registrierung unter dem *RAIPRE* – die Frage, welche Relevanz diesen Bieterverfahren im Zusammenhang mit der

[1154] Siehe die Ausführungen zu Punkt b); der Vollständigkeit halber ist zu betonen, dass auch in Italien ähnliche Schreiben an die Investoren vor Vornahme der Investitionen übermittelt wurden. In diesem Zusammenhang ist auf die Entscheidung *Greentech v. Italy* zu verweisen. In der Entscheidung wurde seitens des Schiedsgerichtes im Zusammenhang mit einem Schreiben, das den Investoren vor Erhalt der Förderungen übermittelt wurde („*Tarif Recognition Letter*"), betont, dass in dem Schreiben auf die gesetzlichen Förderungsvorgaben ausdrücklich Bezug genommen wurde: „*With reference to the photovoltaic plant named [name of the relevant plant], we hereby communicate the admission to the incentive tariff under Ministerial Decree 19 February 2007, equal to 0.3460 euro/kWh. (...) The tariff will be recognized for a twenty year period (...) the tariff is constant (...) for all the twenty year period.*", siehe *Greentech v. Italy*, Rz 127.

Erzeugung berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität beizumessen ist. Da auch in Schiedsverfahren der jüngeren Zeit regelmäßig auf Fälle der ‚Argentinienkrise' Bezug genommen wird, ist die Untersuchung dieser Fragestellung für das Verständnis der Erzeugung berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität auch aktuell von Bedeutung.

i. Die Relevanz der Bieterverfahren in der älteren Schiedspraxis unter besonderer Bedachtnahme auf *Metalpar v. Argentina*

In zahlreichen älteren Schiedsverfahren wurde den durchgeführten Bieterverfahren oftmals Bedeutung im Zusammenhang mit der Begründung berechtigter Erwartungen beigemessen.[1155] Die Relevanz dieser Bieterverfahren wurde durch das Schiedsgericht in *Metalpar v. Argentina* unterstrichen.[1156] Das Schiedsgericht hat unter Bezugnahme auf die Entscheidungen *PSEG v. Turkey*, *TECMED*, *ADC v. Hungary*, *Azurix v. Argentina, Siemens v. Argentina*, *LG&E v. Argentina* und *Enron v. Argentina* bei der Prüfung der Erzeugung berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität betont, dass sich der Sachverhalt in diesen Fällen von dem gegenständlichen dahingehend unterscheide[1157], dass die Regierung in den meisten Fällen die Investoren eingeladen hat, im Vorfeld an einem Bieterverfahren teilzunehmen.[1158] Diese Bieterverfahren endeten mit der Unterzeichnung eines Vertrages zwischen Investor und Gaststaat.[1159] Das Schiedsgericht in *Metalpar* unterstellte diesen in den anderen Verfahren durchgeführten Bieterverfahren somit eine

[1155] Zu den ‚Argentinienfällen' siehe Kap VII A a) v und vi; zum Verhältnis von Vergabeverfahren und Investitionsschutz siehe vertiefend *S. Fischer*, Vergabeverfahren im Investitionsschutzrecht: Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Standards des Investitionsschutz- und Vergaberechts[1] (2018).

[1156] Auch in *Total S.A. v. Argentina,* Rz 147f wurde die Relevanz des Bieterverfahrens, konkret der „*bidding rules*" im Zusammenhang mit der Erzeugung berechtigter Erwartungen betont. Hierzu hob das Schiedsgericht unter Bezugnahme auf die Entscheidungen *Enron*, *MetroGAS* und *National Grid v. Argentina* in Rz 176ff hervor: *„By finding that the enactment of the Emergency Law breached the relevant fair and equitable treatment clause by Argentina,* ***these tribunals emphasize the Bidding Rules*** *that regulated participation in the privatization of the various public utilities concerned (as well as the various related Information Memoranda prepared by Argentina's financial advisers for this purpose).* ***In order to find that Argentina had breached the relevant BIT, these tribunals have referred explicitly to these rules as specific commitments of Argentina towards foreign investors and as specific promises made to them on which they had relied on in making their investment****. According to these tribunals, Argentina (through the pesification of gas tariffs and the removal of the US PPI tariff adjustment mechanism as a consequence of the Emergency Law)* ***frustrated the expectations of those investors who legitimately relied upon the provisions of the Bidding Rules and breached the fair and equitable treatment obligation of the relevant BIT****. (…) "The Tribunal recalls that the position* ***of Total is different from that of the claimants in the above-mentioned cases who took part in the privatization process***."

[1157] *Metalpar v. Argentina*, Rz 185; auch in *CMS* und *Enron v. Argentina* haben derartige Bieterverfahren stattgefunden, siehe *Zeyl*, Charting the Wrong Course, 222.

[1158] Hierbei ist hervorzuheben, dass sich der Investitionsgegenstand in *Metalpar* von dem der meisten der übrigen Investitionen im Zuge der ‚Argentinienkrise' unterschieden hat. Konkret war in *Metalpar* eine Investition im Sektor der Automobilindustrie gegenständlich. Es fand in diesem Bereich, gleich wie bei *Continental v. Argentina,* wo es um eine Investition in den Finanzsektor gegangen ist*,* kein Bieterverfahren statt, siehe hierzu *Alvarez/Topalian*, The Paradoxical Argentina Cases, 22.

[1159] *Metalpar v. Argentina*, Rz 185.

Relevanz im Zusammenhang mit der Erzeugung berechtigter Erwartungen auf die gesetzlichen Vorgaben.

So ist etwa hinsichtlich der in *Metalpar* ins Treffen geführten Entscheidung *LG & E v. Argentina* auszuführen, dass Argentinien betreffend die Beteiligungen, die der Investor Anfang der 1990er-Jahre erworben hat, im Vorfeld ein Bieterverfahren ausgeschrieben hat und wurden die Beteiligungen im Zuge dieses Bieterverfahrens erworben.[1160] Wie in *Metalpar* ausgeführt wurde, erfolgten im Zuge dieses Verfahrens Zusprüche an die einzelnen Investoren und am Ende wurde ein Vertrag zwischen Investor und Staat unterzeichnet. Ferner wurde auch ein „*information memorandum*" seitens Argentinien in wichtigen ausländischen Märkten wie den USA und Europa geschaltet, in dem neben den günstigen gesetzlichen Bestimmungen unter anderem auch die Teilnahmevoraussetzungen sowie der Ablauf des Bieterverfahrens dargelegt wurden[1161]. In *Metalpar v. Argentina* blieb dem Investor bei der Geltendmachung der Verletzung seiner berechtigten Erwartungen der Erfolg verwehrt, wobei dies seitens des Schiedsgerichtes ua auch damit begründet wurde, dass der Investor nicht an einem Bieterverfahren teilgenommen hat. Hierzu hat das Schiedsgericht ausgeführt:

„*...amongst others, asserted that investors' expectations were related to fair and equitable treatment. However, in all of them, the conflict arose out of a state of facts different to the one under analysis in this case:* ***in some of them, the relevant governments had invited the foreign investors to participate in a bidding process that was awarded to each of those investors and ended with the signing of a contract.*** *In other cases,* ***there were other types of contractual relations which created legitimate expectations****; in all of them, the Government refused to renew or to comply with the contract, license or permit.*"[1162]

„***In this specific case, there was no bid****, license, permit or contract of any kind between Argentina and Claimants, and the Tribunal considers that there were no legitimate expectations entertained by Claimants that were breached by Argentina.*"[1163]

[1160] *LG & E v. Argentina*, Rz 45.
[1161] *LG & E v. Argentina*, Rz 50; auch in *Enron v. Argentina* war ein *information memorandum* im Zusammenhang mit dem Bieterverfahren ein Thema. Das Schiedsgericht hielt in Rz 44 fest: „*An 'Information Memorandum' concerning the privatization of Gas del Estado, the former State-owned transportation and distribution company,* ***together with a 'Pliego' explaining the bidding rules and the legal and contractual arrangements****, were provided to prospective investors so* ***as to organize the bidding process***." (Hervorhebung durch den Autor).
[1162] *Metalpar v. Argentina*, Rz 185 (Hervorhebung durch den Autor).
[1163] *Metalpar v. Argentina*, Rz 186 (Hervorhebung durch den Autor).

Es könnte gleich wie bei den im Sektor der erneuerbaren Energien durchgeführten Registrierungsverfahren ins Treffen geführt werden, dass der Adressatenkreis der gesetzlichen Vorgaben durch das Bieterverfahren auf jene Investoren eingeschränkt wird, die an dem Bieterverfahren teilgenommen haben. Dies hat zur Folge, dass nur eine bestimmte Gruppe von Investoren, nämlich diejenigen, die am Bieterverfahren teilgenommen habe, als Adressaten der gesetzlichen Vorgaben anzusehen sind. Schließlich gelangen nur jene Investoren in den Genuss der günstigen gesetzlichen Vorgaben, die auch an dem Bieterverfahren partizipiert und schlussendlich den Zuschlag erhalten haben. Die Teilnahme am Bieterverfahren selbst kann jedoch nicht als Grundlage für die Erzeugung berechtigter Erwartungen angesehen werden.

Dies geht auch aus der Entscheidung *Biwater v. Tanzania*[1164] hervor. Das Schiedsgericht hat die Begründung berechtigter Erwartungen aufgrund des abgehaltenen Bieterverfahrens verneint. Dies wurde durch das Schiedsgericht damit begründet, dass dem Investor die behaupteten Zusicherungen im Zuge des Bieterverfahrens einerseits nicht erteilt worden seien und überdies der Investor im Bieterverfahren die gebotene *due diligence*-Prüfung nicht eingehalten habe. So wurde im Zuge der Teilnahme am Bieterverfahrens durch den Investor um staatliche Zusicherungen hinsichtlich der Gewährung bestimmter Zahlungen angesucht. Die Gewährung dieser Zahlungen seien jedoch im Laufe des Bieterverfahrens durch den Gaststaat ausdrücklich abgelehnt worden.[1165] Aus den Ausführungen des Schiedsgerichtes lässt sich sohin ableiten, dass allein die Teilnahme an einem Bieterverfahren, gleich wie die in Abschnitt b) dieses Kapitels untersuchte Registrierung im *RAIPRE*, nicht zur Erzeugung berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität führt. Vielmehr ist darauf abzustellen, ob bestimmte vertrauenserzeugende Zusagen im Zuge dieses Verfahrens seitens des Gaststaates abgegeben werden. Es ist im Ergebnis daher nach den allgemeinen Grundsätzen darauf abzustellen, ob im Zuge des Bieterverfahrens erteilte Zusicherungen zur Erzeugung berechtigter Erwartungen geführt haben.

C. Verhältnismäßigkeitsprüfung – Totale Abänderung der Gesetzeslage

a) Einleitende Worte

Ausländischen Investoren können nicht uneingeschränkt erwarten, dass sich die Gesetzeslage des Gasstaates nicht nachteilig ändern wird.[1166] Insbesondere in sensiblen Bereichen, in denen

[1164] *Biwater v. Tanzania*, Rz 580, 639-643.
[1165] *Biwater v. Tanzania*, Rz 580, 631, 634.
[1166] *Parkerings v. Lithuania*, Rz 332.

Gesetzesänderungen im öffentlichen Interesse in der Regel geboten sind, müssen diese durch Investoren grundsätzlich einkalkuliert werden.[1167] Im internationalen Investitionsrecht ist hierbei stets ein Spannungsverhältnis zwischen den Interessen des Gaststaates, in seinen gesetzgeberischen Angelegenheiten frei agieren zu können und den Interessen der ausländischen Investoren auf eine stabile gleichbleibende Gesetzeslage gegeben.[1168] Schiedsgerichte begegnen diesem Spannungsverhältnis mit der Durchführung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung. Im Zuge dieser Verhältnismäßigkeitsprüfung erfolgt eine Abwägung der Interessen des Investors auf eine stabile Gesetzeslage mit den Interessen des Gaststaates auf Abänderung der Gesetze aus Gründen des öffentlichen Interesses.[1169] Hierbei sollen die berechtigten Erwartungen des Investors auf gesetzliche Stabilität abseits konkreter Stabilitätszusicherungen lediglich dann geschützt werden, wenn die nachteiligen Auswirkungen durch die Abänderung für den Investor in einem deutlichen Missverhältnis mit dem durch den Gaststaat mit der Gesetzesänderung verfolgten öffentlichen Zweck stehen.[1170] Abseits konkreter Stabilitätszusicherungen ist die Frage der Verhältnismäßigkeit einer gesetzlichen Maßnahme sohin im Zusammenhang mit dem Schutz berechtigter Erwartungen von großer Relevanz. Die Frage der Verhältnismäßigkeit von für den Investor nachteiligen Gesetzesänderungen spielt in jenen Fallgruppen, in denen nach der Schiedsjudikatur auch abseits konkreter Zusicherungen ein Vertrauensschutz auf gesetzliche Stabilität anerkannt wird, eine wesentliche Rolle[1171]. Dies sind die Fallgruppen der „echt" rückwirkenden Gesetzesänderung[1172], der „totalen" Änderung der gesetzlichen Rahmenbedingungen[1173] sowie der Beschneidung der „reasonable rate of return" in Folge von nachteiligen Gesetzesänderungen.[1174] Die Verhältnismäßigkeitsprüfung stellt somit für den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit eine zentrale Rolle dar.

[1167] Das Schiedsgericht in *El Paso v. Argentina* führte hierzu passend aus: „*It is therefore also the view of the Tribunal that the legitimate expectations of any investor entering the oil and gas market* ***had to include the real possibility of reasonable changes*** *and amendments in the legal framework, made by the competent authorities within the limits of the powers conferred on them by the law.*", siehe *El Paso v. Argentina*, Rz 400 (Hervorhebung durch den Autor).

[1168] Siehe Kap II A.

[1169] Siehe *Redli*, Legitimate Expectations, 66; *RREEF v. Spain*, Rz 465; *Novenergia v. Spain*, Rz 466.

[1170] *Total S. A. v. Argentina*, Rz 123.

[1171] Nicht unstrittig ist jedoch, ob auch beim Vorliegen von konkreten Stabilitätszusicherungen eine (womöglich zugunsten des Gaststaates) ausfallende Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen ist, siehe Folgeabschnitt e) dieses Unterkapitels.

[1172] Siehe Abschnitt A b) dieses Kapitels.

[1173] Siehe Abschnitt D b) dieses Kapitels.

[1174] Siehe Abschnitt G dieses Kapitels.

b) Zur Grundlage der Verhältnismäßigkeitsprüfung

Die Durchführung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im Zusammenhang mit staatlichen Maßnahmen spielt in vielen nationalen Rechtsordnungen, im Recht der europäischen Union, der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte und auch im Recht der WTO eine Rolle.[1175] Es erfolgt hierbei eine Abwägung der vom Staat verfolgten öffentlichen Interessen mit den privaten Interessen des Einschreiters.[1176] In der Regel wird bei dieser Abwägung eine Prüfung der Berechtigung, der Eignung und der Notwendigkeit einer staatlichen Maßnahme sowie eine Prüfung des Ausgleiches der mit der Maßnahme verbundenen nachteiligen Auswirkungen durchgeführt.[1177] Im Zusammenhang mit dem Schutz berechtigter Erwartungen unter dem FET-Standard hat das Schiedsgericht in *Saluka v. Czech Republic*, im Hinblick auf dem im BIT zwischen den Niederlanden und der Tschechischen Republik normierten FET-Standard, festgehalten:

„*The determination of a breach of Article 3.1 by the Czech Republic therefore requires a weighing of the Claimant's legitimate and reasonable expectations on the one hand and the Respondent's legitimate regulatory interests on the other.*"[1178]

Bei der Durchführung der Verhältnismäßigkeitsprüfung berufen sich Schiedsgerichte regelmäßig auf die Verhältnismäßigkeitslehre des EGMR.[1179] Insbesondere Maßnahmen, die diskriminierend

---

[1175] *Schill*, FET as a Rule of Law, 112; *Redli*, Legitimate Expectations, 67; siehe auch *Zeyl*, Charting the Wrong Curse, 230.

[1176] *Redli*, Legitimate Expectations, 67.

[1177] *Redli*, Legitimate Expectations, 67.

[1178] *Saluka v. Czech Republic*, Rz 306f; siehe ferner *MTD v. Chile*, 109; *Lemire v. Ukraine*, 285; siehe 96 - 97 samt Fußnoten in *B. Kingsbury/S. Schill,* Public Law Concepts to Balance Investors Right with State Regulatory Actions in the Public Interest – The Concept of Proportionality between Investor Rights and State Regulatory, in *S. Schill* (Hrsg.), International Investment Law and Comparative Public Law (2010), 96f. *Kingsbury/Schill*, 76 weisen darauf hin, dass Investitionsabkommen im Vergleich zu Menschenrechtsübereinkommen das Spezifikum aufweisen würden, dass sie lediglich Schutzvorgaben zugunsten von Investoren enthalten. Es werde in Investitionsabkommen in der Regel jedoch nicht geregelt, unter welchen Bedingungen diese Investorenrechte zugunsten des Staates beschränkt werden können; vgl hierzu jedoch die zunehmende Normierung des ‚*right to regulate*' in jüngeren Investitionsabkommen, siehe näher Kap VIII B b); *Pinto* (The Narrow Meaning of Legitimate Expectations, 279) hebt hervor, dass die Verhältnismäßigkeitsabwägung im Investitionsrecht sich von der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Bereich des Menschenrechtsschutzes unterscheiden würde.

[1179] *Dralle*, Der Fair and Equitable Treatment-Standard im Investitionsschutzrecht am Beispiel des Schiedsspruchs Glamis Gold v. United States, 28; zur Verhältnismäßigkeitsprüfung hat das Schiedsgericht in *Glamis Gold v. USA,* Rz 779 kritisch ausgeführt: „*It is not the role of this Tribunal, or any international tribunal, to supplant its own judgment of underlying factual material and support for that of a qualified domestic agency. Indeed, our only task is to decide whether Claimant has adequately proven that the agency's review and conclusions exhibit a gross denial of justice, manifest arbitrariness, blatant unfairness, a complete lack of due process, evident discrimination, or a manifest lack of reasons so as to rise to the level of a breach of the customary international law standard embedded in Article 1105.*"

oder willkürlich sind, liegen hierbei in der Regel außerhalb der Verhältnismäßigkeit, da diese weder notwendig, noch zur Erreichung eines berechtigten öffentlichen Zweckes geeignet sind.[1180]

c) Zur Kritik und den unklaren Konturen der Verhältnismäßigkeitsprüfung

i. Die Problematik der Prüfung staatlicher Interessen durch Schiedsgerichte

Die Anwendung der Verhältnismäßigkeitsprüfung durch Schiedsgerichte bei Gesetzesänderungen wird im Schrifttum nicht kritiklos betrachtet.[1181] Kritisiert wird insbesondere, dass hierdurch der demokratische Charakter der Gesetzgebung unterlaufen werden könnte. So wird eingewandt, dass gesetzgeberische Entscheidungen darüber, was im öffentlichen Interesse liegt, in erster Linie politische Entscheidungen sind, die nicht durch Schiedsgerichte entschieden werden können.[1182]

In *CMS v. Argentina* hat das Schiedsgericht festgehalten, dass es keine Zuständigkeit besitze, darüber zu urteilen, ob politische Maßnahmen des Gaststaates richtig oder falsch seien. Es besitze vielmehr die Zuständigkeit, zu überprüfen, ob bestimmte staatliche Maßnahmen die Rechte des ausländischen Investors betroffen haben bzw ob Gesetze, entgegen rechtlich-bindenden Zusicherungen, zum Nachteil des Investors abgeändert wurden.[1183]

Die Problematik liegt allerdings auch in der Eigenheit des internationalen Investitionsrechtes begründet, da Schiedsverfahren im Gegensatz zu staatlichen Gerichtsverfahren nicht in der Rechts- und Gesellschaftsordnung des Staates eingebettet sind. Schließlich behandelt die Gerichtspraxis eines nationalen Gerichtes die durch die nationale Rechtsordnung und das nationale Rechtsverständnis verkörperten öffentlichen Interessen. Im Fall von Schiedsgerichten liegt diese Einbettung jedoch nicht vor. Hier muss vielmehr auf das Rechtsverständnis des Völkerrechts als solches abgestellt werden.

Schwierig zu beurteilen ist hierbei die Frage, wann wirtschaftliche Probleme im Gaststaat zur Vornahme von für Investoren nachteiligen Gesetzesänderungen berechtigten. Wie in

---

[1180] *Redli*, Legitimate Expectations, 67.

[1181] *Hölken*, Legitime Regulierung durch den Staat, 184 unter Verweis auf *Blusun v. Italy*.

[1182] *Redli*, Legitimate Expectations, 67; auch in *BG Group v. Argentina,* Rz 344 wurde hervorgehoben, dass es nicht Sache des Schiedsgerichts sei, die Nachvollziehbarkeit oder Effizienz der anlässlich der Wirtschaftskrise getroffenen Gesetzesänderungen zu beurteilen, da es sich hierbei um eine Frage der Wirtschaftspolitik Argentiniens handelt; gleicher Ansicht auch *Nikken,* Dissenting Opinion Suez v. Argentina, Rz 37.

[1183] *CMS v. Argentina*, Decisions of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (17. Jul 2003), 33; siehe hierzu *Schill*, FET als a Rule of Law, 27; *Reinisch*, Necessity in International Investment Law, 142.

den ‚Argentinienfällen' wiederholt judiziert wurde, stellen wirtschaftliche Schwierigkeiten im Gaststaat nicht per se einen berechtigten Grund für die Vornahme von nachteiligen regulatorischen Maßnahmen dar. Vielmehr wird gefordert, dass die wirtschaftlichen Schwierigkeiten im Gaststaat erheblich sind.[1184] In diesem Zusammenhang wurde vom Schiedsgericht in *Greentech v. Spain* ein strenger Maßstab vorgegeben. So forderte das Schiedsgericht für eine Rechtfertigung von nachteiligen Gesetzesänderungen aufgrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten, dass der Staat aufgrund von *force majeure* dazu veranlasst wurde.[1185] Nach dieser strengen Auffassung wäre somit zu fordern, dass die missliche wirtschaftliche Lage, die die Änderung von Gesetzen notwendig macht, grundsätzlich auf Umstände zurückzuführen ist, die nicht im Einflussbereich des Staates lagen. Dieser Ansatz ist wohl zu streng, da auch einem nach bestem Wissen und Gewissen agierenden Staat in der wirtschaftlichen Kalkulation, insbesondere im Hinblick auf die Einschätzung der zukünftigen Entwicklung, Fehleinschätzungen unterlaufen können. Es ist daher vielmehr darauf abzustellen, welche Maßnahmen durch den Staat zur Begrenzung dieser wirtschaftlichen Probleme vorgenommen werden.[1186] Der Staat soll schließlich nicht ‚leichtfertigt' auf Kosten der ausländischen Investoren umfassende nachteilige Gesetzesänderungen vornehmen dürfen, wenn auch weniger einschneidende Maßnahmen zur Sanierung der wirtschaftlichen Probleme zur Verfügung gestanden wären. *Kingsbury* vertrat in seinem *expert report* zur Entscheidung *Metalpar v. Argentina* die Auffassung, dass Schiedsgerichte Maßnahmen des Gaststaates, die dem Investor zum Nachteil gereichen, nur dann weniger nachteiligen Alternativmaßnahmen gegenüberstellen dürfen, wenn diese weniger nachteiligen Alternativmaßnahen *offensichtlich* geboten gewesen wären.[1187] Problematisch an dieser Auffassung ist, dass es wohl kaum jemals Fälle geben wird, in denen für das Schiedsgericht, nicht jedoch für den Gaststaat, eine weniger einschneidende Maßnahme im Zusammenhang mit der Abfederung von wirtschaftlichen Problemen *offenkundig* zu dem selben Ergebnis geführt hätte. In Fällen, in denen sich der Gaststaat bei dem offenkundigen Vorhandensein von weniger nachteiligen Alternativmaßnahmen bewusst für die für den Investor mehr einschneidende Maßnahme entscheidet, könnte hierdurch der Tatbestand der Willkür erfüllt sein. Bei willkürlichem

[1184] Siehe zu den Argentinienfällen Kap VII A a) v und vi, wo die Argumentation des Gaststaates, er habe die Gesetzesänderungen aufgrund der wirtschaftlichen Probleme Argentiniens vornehmen müssen, durch die Schiedsgerichte verworfen wurde.
[1185] *Greentech v. Spain*, Rz 451.
[1186] Siehe *Saluka v. Czech Republic* zu den wirtschaftlichen Schwierigkeiten der größten Banken des Staates in Kap VII A b).
[1187] *Metalpar v. Argentina*, Expert Opinion Kingsbury, Rz 10.

Staatshandeln ist die Verhältnismäßigkeitsprüfung jedoch ohnedies von vorhinein ausgeschlossen.[1188]

Im Zusammenhang mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung als problematisch zu betrachten ist überdies, dass die Parameter, die durch das Schiedsgericht in die Verhältnismäßigkeitsabwägung einbezogen werden, in den Entscheidungen oftmals nicht näher offen gelegt werden.[1189] In diesem Zusammenhang stellt sich die Problematik der Annahme einer Entscheidung *ex aque et bono* in besonderem Ausmaß[1190] und ist die Vorgehensweise der Rechtssicherheit nicht zuträglich. Im Ergebnis ist jedoch trotz der aufgezeigten Kritik an der Durchführung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im Fall von Gesetzesänderung festzuhalten, zumal diese auch in zahlreichen nationalen Rechtsordnungen sowie der Rechtsprechung des EGMR und EuGH schon lange etabliert ist. Schließlich ist es geboten, dass den Schiedsgerichten die Möglichkeit eingeräumt wird, eine Interessensabwägung zwischen den Interessen des Investors auf Beibehaltung der Gesetzeslage und den Interessen des Gaststaates auf Abänderung der Gesetze einzuräumen. Schließlich wird hierdurch insbesondere jener Bereich umfasst, in dem sich der Investor nicht auf vertragliche Zusagen oder konkrete Zusicherungen im Hinblick auf die Beibehaltung einer stabilen Gesetzeslage berufen kann.[1191] Auch wenn die aufgezeigte Kritik, wonach das Schiedsgericht mittels Durchführung der Verhältnismäßigkeitsprüfung die politische Entscheidung des Gaststaates „nachprüft", durchaus ihre Berechtigung hat, ist hervorzuheben, dass durch die Schiedsgerichte im Zuge des Verfahrens in der Regel umfassende Informationen über die politischen und wirtschaftlichen Umstände eingeholt werden, die den Gaststaat zur Änderung der Gesetzeslage bewogen haben. In diesem Zusammenhang führt der EGMR aus, dass es nicht seine Aufgabe sei, seine eigene Einschätzung an die Stelle jener der nationalen Instanzen zu setzen. Vielmehr bestehe seine Rolle in der Kontrolle zum Schutz vor Willkür. Hierbei wird durch den EGMR unter anderem die Richtigkeit jener Tatsachen, die von den nationalen Behörden ihrer Eingriffsentscheidung

[1188] Siehe hierzu Abschnitt F dieses Kapitels; *Chen*, A Contractual Approach, 315ff; *Van Harten* (Sovereign Choices and Sovereign Constraits, 101-103) sieht die weitreichende Prüfung der vom Gaststaat verfolgten öffentlichen Interessen durch Schiedsgerichte kritisch.

[1189] Hier hat *Restrepo,* Modification of Renewable Energy Support Schemes Under the Energy Charter Treaty, 127 unter Verweis auf die Entscheidungen *Charanne* und *Eiser v. Spain* aufgezeigt, dass die durch die Schiedsgerichte angewandte Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht nachvollziehbar vorgenommen worden sei, da bloß auf das nachteilige Ergebnis der Maßnahme abgestellt worden sei. Eine Abwägung der Interessen des Investors und den staatlichen Interessen, wie etwa der staatlichen Wirtschaft, sei nicht vorgenommen worden.

[1190] Zu dieser Problematik siehe Kap IV F.

[1191] Die Frage, ob das Vorliegen einer konkreten Zusicherung die Durchführung der Verhältnismäßigkeitsprüfung von vorhinein ausschließt, wird jedoch nicht unkritisch betrachtet, siehe Folgeabschnitt e. dieses Kapitels.

zugrunde gelegt werden, geprüft.[1192] Es ist daher – in Ansehung der aufgezeigten Kritik – geboten, dass durch Schiedsgerichte in den Schiedsentscheidungen die Umstände, die bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung einbezogen wurden, transparent und umfassend dargelegt werden.[1193]

d) Verhältnismäßigkeitsprüfung und "margin of change": Stellt der „margin of change eine nicht angreifbare Mindestschwelle bei Gesetzesänderungen dar?

Im Zusammenhang mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist auf den wiederholt in Schiedsentscheidungen, etwa in *Philip Morris v. Uruguay* und *Antaris v. Czech Republic*, thematisierten „*margin auf change*" bzw. „*margin of appreciation*"[1194] Bedacht zu nehmen.[1195] Unter „*margin of change*" versteht die Schiedspraxis eine Schwelle, innerhalb der eine Gesetzesänderung in jedem Fall als verhältnismäßig einzustufen ist. Aus der Schiedspraxis ergeben sich jedoch keine klaren Konturen, ob der „*margin of change*" erst das Ergebnis einer zugunsten des Gaststaates durchgeführten Verhältnismäßigkeitsprüfung ist oder ob in diesem Bereich, etwa aufgrund des sensiblen öffentlichen Interesses, Gesetzesänderungen von vorhinein, sohin ohne Durchführung einer Abwägung mit den Interessen des Investors auf Stabilität, zulässig sind.[1196]

Hierzu hat das Schiedsgericht in *Antaris v. Czech Republic* ausgeführt:

„*An expectation may be engendered by changes to general legislation, but, at least in the absence of a stabilization clause,* ***they are not prevented by the fair and equitable treatment standard if they do not exceed the exercise of the host State's normal regulatory power in the pursuance of a public interest*** *and do not modify the regulatory framework relied upon by the investor at the time of its investment* ***outside the acceptable margin of change***."[1197]

[1192] *Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht, 433.

[1193] So etwa die Analyse der wirtschaftlich nachteiligen Auswirkungen für den Investor, siehe Rz 852ff.

[1194] Siehe *Philipp Morris v. Uruguay*, Rz 398; *Antaris v. Czech Republic*, 360; *Y. Fukunaga*, Margin of Appreciation as an Indicator of Judicial Deference: Is it applicable to investment arbitration? Journal of International Dispute Settlement, Vol.10, Issue 1 (2019), 69.

[1195] Zum historischen Ursprung des „*margin of appreciation*" in der Rechtsprechung internationaler Gerichte siehe *G. Born, D. Morris/S. Forrest*, „A Margin of Appreciation": Appreciating Its Irrelevance in International Law, Harvard International Law Journal Vol. 61 No. 1 (2020), 66 (68ff). Die Autoren sprechen sich in dem Artikel gegen die Anwendung des Grundsatzes des „*margin of appreciation*" im Investitionsrecht aus. Hierbei wird durch die Autoren ua. bemängelt, dass sich ein derartiger Grundsatz aus den meisten Investitionsabkommen wie etwa NAFTA oder dem ECT nicht ableiten lasse, siehe 107ff.

[1196] *Antaris v. Czech Republic*, Rz 360f.

[1197] *Antaris v. Spain*, Rz 360 (Hervorhebung durch den Autor); siehe auch *El Paso v. Argentina*, Rz 402: „*The Tribunal will thus consider whether any of the measures complained of by El Paso can be considered as adopted outside the* ***acceptable margin of change that must be taken into account by any investor*** *and therefore be characterised as unfair and inequitable treatment, before considering the issue of a possible violation of the FET standard by the accumulation*

Daraus könnte der Schluss gezogen werden, dass Gesetzesänderungen innerhalb des „*margin of change*“ von vorhinein zu keiner Verletzung des FET-Standards führen und daher eine Verhältnismäßigkeitsprüfung mit den Interessen des Investors auf gesetzliche Stabilität innerhalb des davon umfassten Bereiches erst gar nicht durchzuführen ist. Auch in der Entscheidung *Philipp Morris v. Uruguay*, wo im Interesse der öffentlichen Gesundheit Gesetzesänderungen im Tabakwesen durchgeführt wurden, hat das Schiedsgericht hervorgehoben, dass diese Änderungen in dem „*margin of appreciation*“ des Gaststaates gelegen waren.[1198]

In *PV Investors v. Spain* wurde vom Schiedsgericht ein „*margin of appreciation*“ dahingehend bejaht, dass es dem Schiedsgericht im konkreten Fall nicht zustehe, die seitens des Gaststaates gesetzten Maßnahmen ‚nachzuprüfen'.[1199] Die Grenzen dieses „*margin of appreciation*“ liegen nach Ansicht des Schiedsgerichts in der Frage der Verhältnismäßigkeit und Nachvollziehbarkeit der staatlichen Maßnahmen begründet.[1200] Aus diesen Ausführungen würde sich ableiten lassen, dass der „*margin of apprecation*“ vielmehr das Produkt einer zugunsten des Gaststaates durchgeführten Verhältnismäßigkeitsprüfung ist und somit keinen Bereich definiert, in dem Gesetzesänderungen durch den Investor jedenfalls hinzunehmen sind. *Ortino* kritisiert die Schiedspraxis dahingehend, dass häufig nicht klar hervorgehe, wann von einem ‚akzeptablen' *margin of change* auszugehen sei und wann dessen Grenze überschritten werde. Hierbei wirft *Ortino* die Frage auf, ob eine inakzeptable Gesetzesänderung dann vorliege, wenn diese erheblich im Sinne einer ‚totalen' Gesetzesänderungen oder aber wenn diese nicht nachvollziehbar oder nicht verhältnismäßig sei.[1201] Für den Autor besteht die grundlegende Problematik in der Unklarheit darüber, ob ausschließlich ‚totale' Gesetzesänderungen außerhalb des „*margin of change*“ des Gaststaates liegen oder aber dies auch bei unter der Schwelle von ‚totalen' Gesetzesänderungen liegenden unverhältnismäßigen

---

of all the measures complained of. The question is therefore whether the measures adopted exceeded the normal regulatory powers of the State and violated the legitimate expectations of the Claimant." (Hervorhebung durch den Autor). *El Paso v. Argentina* stellt hierbei die erste Schiedsentscheidung dar, die den „*margin of change*“ im Zusammenhang mit dem Schutz berechtigter Erwartungen thematisiert hat, siehe auch *Ortino*, The Obligation of Regulatory Stability in the Fair and Equitable Treatment Standard, 862 und FN 69 des Artikels.

[1198] Siehe *Philip Morris v. Uruguay*, Rz 429. Die Gesetzesänderungen beinhalteten ua die Einführung von zwingenden Gesundheitshinweisen auf Zigarretenverpackungen; zur Analyse des Falls im Zusammenhang mit dem „*margin of appreciation*“ siehe *G. Zarra*, Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: Current Status in Investment Arbitration in Light of Philip Morris v. Uruguay, Brazilian Journal of International Law, Vol. 14, No. 2 (2017), 95 (97ff).

[1199] *PV Investors v. Spain*, Rz 583.

[1200] *PV Investors v. Spain*, Rz 583.

[1201] *Ortino*, The Obligation of Regulatory Stability in the Fair and Equitable Treatment Standard, 862.

Gesetzesänderungen bereits der Fall sein kann.[1202] Hierzu ist vorauszuschicken, dass die ‚totale' Abänderung der Gesetzeslage in der Regel als unverhältnismäßig anzusehen ist. Die aufgezeigte Kritik von *Ortino* beleuchtet jedoch die Unschärfe in der Schiedspraxis hinsichtlich der Abgrenzung zwischen der Verhältnismäßigkeitsprüfung und dem „*margin of change*".[1203]

Im Ergebnis besteht in der bisherigen Schiedspraxis eine Unschärfe in der Frage, ob der „*margin of change*" bzw. „*margin of appreciation*" einen Bereich darstellt, in dem der Gaststaat von Vorhinein in seiner Regelungshoheit – etwa in ureigene Staatsmaterien wie das Steuerwesen oder zwingende Bereiche der Daseinsvorsorge – durch Schutzvorgaben des Investitionsrechts nicht beschnitten wird oder aber ob dieser Bereich erst mittels einer einzelfallbezogenen Verhältnismäßigkeitsprüfung zu ermitteln ist. Diese Unterscheidung ist jedoch wesentlich, da ersteres dazu führen würde, dass der Investor gegen nachteilige Gesetzesänderungen, wenn diese in einem vom „*margin of appreciation*" umfassten Bereich fallen, nicht vorgehen kann. Auch in Anbetracht des vermehrt postulierten *right to regulate* spricht vieles dafür, dass der Staat in bestimmten, besonders sensiblen Bereichen in seiner regulatorischen Freiheit nicht beschränkt werden soll.

Die Frage ist jedoch, wie sich diese Bereiche ermitteln lassen. Diese ergeben sich wohl in erster Linie aus den Vorgaben der jeweiligen Investitionsabkommen. So kann etwa bei Investitionsabkommen, die eine „*tax carve-out*" normiert haben, von einer im Zusammenhang mit steuerlichen Maßnahmen normierten „*margin of change*" gesprochen werden. Im Hinblick auf die Vorgaben in den jüngeren Freihandelsabkommen, die gesetzliche Maßnahmen bei Förderungen zum Schutzumfang des Abkommens ausnehmen, könnte ebenfalls von einem in diesen Abkommen geregelten „*margin of change*" gesprochen werden.[1204] Außerhalb der Regelung in Investitionsabkommen ist der Bereich des „*margin of appreciation*" bzw. „*margin of change*" nach der hier vertretenen Auffassung jedoch anhand des konkreten Falles mittels Verhältnismäßigkeitsprüfung durch das Schiedsgericht zu ermitteln. Nach dem Forschungsergebnis lassen sich aus der Schiedspraxis keine Bereiche ableiten, in denen Gesetzesänderungen auch abseits entsprechender Regelungen in Investitionsabkommen (wie etwa der besprochenen „*tax*

[1202] *Ortino*, The Obligation of Regulatory Stability in the Fair and Equitable Treatment Standard, 863; zum Kriterium der ‚totalen Gesetzesänderung' siehe Abschnitt D dieses Kapitels.
[1203] *Paine*, On Investment Law and Quesions of Change, 34 hat kritisch darauf hingewiesen, dass aufgrund der Unbestimmtheit schlussendlich die Schiedsrichter selbst ‚frei' entscheiden können, wann eine Maßnahme noch von dem akzeptablen „*margin of change*" des Gaststaates umfasst sei. Es würden sich daher nach *Paine* die selben Unklarheiten ergeben wie bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung.
[1204] Vgl Art 8.9 Abs 3 und 4 CETA bzw Art 2 Abs 3 und 4 TTIP.

carve-out“) durch Investoren jedenfalls hinzunehmen sind. Ausgehend von diesen Erwägungen ist es jedoch erforderlich, dass die Schiedsgerichte die Ermittlung des „*margin of appreciation*“ in den Entscheidungen näher offenlegen. Alleine der Verweis darauf, dass bestimmte Bereiche innerhalb des „*margin of apprecation*“ liegen würden und sich der Investor daher bei Gesetzesänderungen, die in diesen Bereich fallen, nicht auf den FET-Standard berufen könne, ist daher unzureichend.

e) Schließt eine konkrete Zusicherung die Durchführung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Gesetzesänderungen von vorhinein aus?

Die Verhältnismäßigkeitsprüfung kommt grundsätzlich in Fällen zur Anwendung, wo keine konkreten Zusicherungen oder Stabilitätsklauseln im Hinblick auf eine unveränderliche Gesetzeslage vorhanden sind. Im Falle der Erteilung von konkreten Stabilitätszusicherungen bleibt grundsätzlich kein Spielraum für eine Interessensabwägung bei Gesetzesänderungen, die mit diesen Zusicherungen in Widerspruch stehen.[1205] Schließlich ist davon auszugehen, dass der Gaststaat an seine erteilten Zusicherungen hinsichtlich der Stabilität von bestimmten gesetzlichen Vorgaben gebunden ist und dieser daher bei dennoch vorgenommenen Gesetzesänderungen dem Investor gegenüber schadenersatzpflichtig wird. Bei dieser Betrachtung erscheint es daher nicht sachgerecht, wenn der Gaststaat sich von derartigen Zusicherungen durch eine, vom Schiedsgericht letztendlich zu seinen Gunsten entschiedene Verhältnismäßigkeitsprüfung, wieder ‚befreien‘ könnte. Dass die Erteilung einer konkreten Zusicherung die Durchführung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung bei im Widerspruch zu dieser Zusicherung vorgenommenen Gesetzesänderungen stets von Vorhinein ausschließt, ist jedoch nicht eindeutig geklärt.

So kann aus der Entscheidung *Electrabel v. Hungary* abgeleitet werden, dass auch eine konkrete Zusicherung die Durchführung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Gesetzesänderungen nicht von vorhinein ausschließt. In der Entscheidung hat das Schiedsgericht festgehalten, dass – obwohl der Gaststaat dem Investor die Stabilität bestimmter Gesetze zugesichert hat – dem Staat ein nachvollziehbarer Grad an Kompetenz zur Änderung von gesetzlichen Vorgaben übrig bleiben müsse, wenn dies im öffentlichen Interesse geboten sei.[1206] Das Schiedsgericht geht in seinen Ausführungen daher davon aus, dass auch im Fall von konkreten Zusicherungen dem Gaststaat

[1205] Siehe hierzu *BG Group v. Argentina*, Rz 298: „*absent explicit undertakings directly extended to investors and guaranteeing that States will not change their laws or regulations, investment treaties do not eliminate States' right to modify their regulatory regimes to meet evolving circumstances and public needs.*“
[1206] *Electrabel v. Hungary*, Rz 7.77.

solch ein Entscheidungsspielraum offen bleiben muss. Das Vorliegen von konkreten Zusicherungen führe nach Auffassung des Schiedsgerichtes lediglich zu einer Bekräftigung der Positionen des Investors in der Abwägung.[1207] Auch das Schiedsgericht in *SunReserve v. Italy* gelangte zu einem ähnlichen Ergebnis und hob hervor, dass – entgegen der Ansicht des Klägers – auch die Erteilung von konkreten Zusicherungen eine Interessensabwägung mit den Interessen des Gaststaates auf Durchführung der Gesetzesänderung nicht ausschließe. Auch nach Auffassung des Schiedsgerichtes in *SunReserve* ist das Vorliegen einer konkreten Stabilitätszusicherung vielmehr in dem Abwägungsprozess zu berücksichtigen.

Hierzu führte das Schiedsgericht aus:

„*In other words, the presence of specific commitments, contractual or otherwise, cannot automatically eliminate or diminish the significance of the host State's regulatory powers for the purposes of its FET obligation under Article 10(1) ECT. Instead, as helpfully explained by the tribunals in Electrabel v. Hungary and Antaris v. Czech Republic,* ***specific commitments only 'make a difference to the assessment of the investor's knowledge and of the reasonableness and legitimacy of its expectations'.*** *They do not render the host State's regulatory powers nugatory.*"[1208]

Born betonte in seiner *dissenting opinion* zur Entscheidung *Antaris v. Czech Republic* wiederum, dass sich der Gaststaat im Fall von zuvor erteilten Zusicherungen bei dennoch durchgeführten Gesetzesänderungen nicht auf einen „*margin of appreciation*" berufen könne. Der Gaststaat habe sich durch diese Zusicherungen gegenüber dem Investor schließlich bindend zur gesetzlichen Stabilität verpflichtet.[1209] Diese Ansicht wurde auch durch das Schiedsgericht in *Eiser v. Spain* postuliert:

„***Absent explicit*** *undertakings directly extended to investors and guaranteeing that States will not change their laws or regulations,* ***investment treaties do not eliminate States' right*** *to modify their regulatory regimes* ***to meet evolving circumstances and public needs****. (…) The state has a right to*

[1207] *Electrabel v. Hungary*, Rz 7.78f; siehe auch *Total S. A. v. Argentina*, Rz 123 unter Verweis auf Art VI des GATS-Übereinkommens, in dem normiert wird: „*In sectors where specific commitments are undertaken, each member shall ensure that all measures of general application affecting trade in services are administered in a reasonable, objective and impartial manner*."

[1208] *SunReserve v. Italy*, Rz 703 (Hervorhebung durch den Autor).

[1209] *Antaris v. Czech Republic*, Dissenting Opinion *Born*, Rz 42; zu betonen ist, dass *Born* diese Zusicherungen aus den gesetzlichen Vorgaben selbst ableitet.

regulate, and investors must expect that the legislation will change, ***absent a stabilization clause or other specific assurance giving rise*** *to a legitimate expectation of stability.*"[1210]

Auch der Autor der Arbeit schließt sich jenen Meinungen an, die im Falle von zuvor erteilten konkreten Zusicherungen auf gesetzliche Stabilität die „Befreiung" von diesen Zusicherungen mittels Durchführung einer zugunsten des Gaststaates ausgehenden Verhältnismäßigkeitsprüfung ablehnen. Es erscheint nicht sachgerecht, dass sich der Gaststaat mit konkreten Zusicherungen zur Stabilität von bestimmten gesetzlichen Vorgaben gegenüber den Investoren verpflichtet und diese gesetzlichen Vorgaben dann dennoch – auch wenn im öffentlichen Interesse geboten – aufgrund einer zu seinen Gunsten ausgehenden Verhältnismäßigkeitsprüfung ohne Verpflichtung zum Schadenersatz wieder abändern kann. Schließlich kommt die Erteilung einer konkreten Stabilitätszusicherung einer vertraglichen Verpflichtung gleich, von der der Gaststaat nicht mehr ohne Kompensation abkehren kann. Selbiges gilt im Fall des Vorliegens von Stabilisierungsklauseln, in denen sich der Gaststaat mit diesen zu Gewährung von Stabilität ausdrücklich vertraglich verpflichtet. Auch in diesen Fällen ist die Durchführung einer (womöglich zugunsten des Gaststaates ausgehenden) Verhältnismäßigkeitsprüfung bei entgegen den Stabilisierungsklauseln durchgeführten Gesetzesänderungen abzulehnen.

Eine zentrale Rolle spielt die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der im Folgeabschnitt zu behandelnden Fallgruppe der „totalen" Änderung der gesetzlichen Rahmenbedingungen.

D. Das Kriterium der ‚totalen Änderung' der Gesetzeslage

a) Einleitende Worte

Durch Schiedsgerichte wurde wiederholt eine Verletzung berechtigter Erwartungen abseits konkreter Zusicherungen angenommen, wenn die gesetzlichen Rahmenbedingungen durch den Gaststaat nach Vornahme der Investition ‚total' abgeändert wurden[1211], respektive die ‚essentiellen Merkmale' der zum Zeitpunkt der Vornahme vorgelegenen regulatorischen Rahmenbedingungen beseitigt wurden.[1212] Dieser Tatbestand stellt in der Schiedsjudikatur einen der ‚Kernbereiche' dar, in dem auch abseits konkreter Zusicherungen eine Verletzung des FET-Standards bei nachteiligen Gesetzesänderungen bejaht wurde. Aus diesem Grund ist die nähere Auseinandersetzung mit dem

[1210] *Eiser v. Spain*, Rz 362 (Hervorhebung durch den Autor).
[1211] *El Paso v. Argentina*, Rz 317.
[12121188] *Charanne v. Spain*, Rz 517.

Kriterium der ‚totalen Abänderung' der Gesetzeslage für die Forschungsfrage von wesentlicher Bedeutung.

b) Die Verletzung des FET durch totale Gesetzesänderungen abseits konkreter Zusicherungen

i. Entwicklung in der älteren Schiedspraxis

Dass besonders einschneidende staatliche Maßnahmen zu einer Verletzung des zwischen Staat und ausländischem Investor abgeschlossenen Investitionsabkommen führen können, wurde bereits in der älteren Schiedspraxis bejaht.[1213] So hat das Schiedsgericht in *Metaclad v. Mexico* hinsichtlich der Verfehlung des Gaststaates, transparente und vorhersehbare Rahmenbedingungen zu gewähren, ausgeführt:

„*Mexico failed to ensure a transparent and predictable framework for Metalclad's business planning and investment.* ***The totality of these circumstances*** *demonstrates a lack of orderly process and timely disposition in relation to an investor of a Party acting in the expectation that it would be treated fairly and justly in accordance with the NAFTA.*"[1214]

Zu betonen ist, dass das Schiedsgericht in dem Verfahren keine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchgeführt hat. Vielmehr hat das Schiedsgericht ausschließlich auf die Erheblichkeit der nachteiligen Maßnahmen abgestellt.

In *CMS v. Argentina* wurde seitens des Schiedsgerichtes festgehalten, dass die vom Gaststaat im Zuge der argentinischen Wirtschaftskrise gesetzten Maßnahmen das gesetzliche Umfeld, auf Basis dessen sich der Investor ursprünglich zur Vornahme der Investition entschlossen hat, gänzlich abgeändert hätten. Aus diesem Grund lag nach Auffassung des Schiedsgerichts eine Verletzung der berechtigten Erwartungen des Investors vor, da Argentinien die Verpflichtung, stabile Rahmenbedingungen für Investitionen zu gewähren, nicht eingehalten habe.[1215] Auch in diesem Verfahren hat das Schiedsgericht keine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgenommen. Das Schiedsgericht hat die Verletzung berechtigter Erwartungen vielmehr mit der in der Präambel des gegenständlichen BIT normierten Stabilitätsvorgabe begründet. Diese Stabilitätsvorgabe sei nach

[1213] Siehe hierzu auch *M. Stanivukovic,* Legitimate Expectations: A Commentary of Micula v. Romania, 5. Yearbook on International Arbitration, (2017), 165f.

[1214] *Metaclad v. Mexico*, Rz 99 (Hervorhebung durch den Autor).

[1215] *CMS v. Argentina*, Rz 274f; siehe auch *Zeyl*, Charting the Wrong Course, 222.

Auffassung des Schiedsgerichts aufgrund der Vornahme der nachteiligen Gesetzesänderungen verletzt worden.[1216]

Auch in *Enron v. Argentina* wurde festgehalten, dass die von Argentinien im Zuge der Wirtschaftskrise vorgenommenen gesetzlichen Maßnahmen die gesetzlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen im Vergleich zum Zeitpunkt der Investition ‚substantiell' geändert hätten und eine Verletzung des FET-Standards daher zu bejahen sei.[1217] Das Schiedsgericht gelangte hierbei zu dem Ergebnis, dass in den zuvor gegebenen gesetzlichen Vorgaben ‚Garantien' an die Investoren enthalten waren, die durch die nachträgliche Gesetzesänderungen beseitigt wurden.[1218]

Durch das Schiedsgericht in *BG Group v. Argentina* wurde gleich der späteren Auffassung des Schiedsgerichts in *Charanne v. Spain* festgehalten, dass die von Argentinien vorgenommenen Gesetzesänderungen die Schlüsselelemente der gesetzlichen Rahmenbedingungen, wie sie zum Zeitpunkt der Investition gegeben waren, zerstört hätten.[1219] Es ist nach Ansicht des Schiedsgerichts in Argentinien zu einer totalen Gesetzesänderung gekommen, da die gesetzlichen sowie wirtschaftlichen Rahmenbedingungen vollständig abgeändert wurden.[1220] Hervorzuheben ist jedoch, dass das Schiedsgericht auch die Erteilung von konkreten Zusicherungen an den Investor bejaht hat. Aufgrund dieses Umstandes geht aus der Entscheidung nicht zweifelsfrei hervor, ob das Schiedsgericht auch abseits konkreter Zusicherungen allein aufgrund der drastischen Änderung der Gesetzeslage eine Verletzung des FET-Standards angenommen hätte.[1221] Das Schiedsgericht führte aus, dass die gesetzlichen Maßnahmen durch Argentinien entgegen den Vorgaben der davor bestandenen Gesetzeslage sowie den an den Investor erteilten konkreten Zusicherungen vorgenommen worden seien.[1222] Auch in *LG & E v. Argentina* wurde festgehalten, dass aufgrund der durch Argentinien vorgenommenen totalen Abänderung der gesetzlichen Rahmenbedingungen eine

[1216] Zu den Stabilitätsvorgaben in Präambeln siehe Kap V B b); *Schill*, FET as a Rule of Law, 28.

[1217] *Enron v. Argentina*, Rz 264; siehe auch *Zeyl*, Charting the Wrong Course, 222.

[1218] *Enron v. Argentina*, Rz 264; zu einem ähnlichen Ergebnis scheint das Schiedsgericht in *National Grid v. Argentina*, Rz 179 zu gelangen, in dem es festhielt: „*It is the conclusion of the Tribunal that the Respondent breached the standard of fair and equitable treatment because: (a)* ***it fundamentally changed the legal framework*** *on the basis of which the Respondent itself had solicited investments and the Claimant had made them.*" (Hervorhebung durch den Autor). Auf der anderen Seite hebt das Schiedsgericht hervor, dass die Umstände der Wirtschaftskrise bei der Prüfung der möglichen Verletzung des FET einzubeziehen sind; vgl ferner *CMS v. Argentina*, Rz 275; zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt ferner das Schiedsgericht in *El Paso v. Argentina*, Rz 517, indem es ausführt:„*that all the different elements and guarantees just mentioned* can *be analysed as a* ***special commitment*** *of Argentina that such a* ***total alteration*** *would not take place.*"(Hervorhebung durch den Autor).

[1219] *BG Group v. Argentina*, Rz 306, 366; zu *Eiser v. Spain* siehe Kap X C b).

[1220] *BG Group v. Argentina*, Rz 307.

[1221] *BG Group v. Argentina*, Rz 305, 307.

[1222] *BG Group v. Argentina*, Rz 307, 310.

Verletzung des FET-Standards zu bejahen sei.[1223] Es ist jedoch auch bei diesem Verfahren zu betonen, dass das Schiedsgericht konkrete Zusic3herungen in den abgeänderten gesetzlichen Vorgaben erblickt hat.[1224]

Anhand der durchgeführten Analyse der älteren Schiedsverfahren fällt auf, dass in den aufgezeigten Schiedsverfahren die Verletzung des FET-Standards durch die radikale Abänderung der zunächst in den gesetzlichen Vorgaben enthaltenen Garantien angenommen wurde. Es war daher nicht die erhebliche Abänderung der gesetzlichen Vorgaben allein der ausschlaggebende Faktor für die Annahme der Verletzung des FET-Standards durch die Schiedsgerichte.

Das Schiedsgericht in *El Paso v. Argentina* kam zu dem Ergebnis, dass durch den kumulativen Effekt der nachteiligen staatlichen Maßnahmen im Ergebnis eine totale Abänderung der gesetzlichen Rahmenbedingen eingetreten sei.[1225] Es ist hier jedoch darauf hinzuweisen, dass das Schiedsgericht in der Entscheidung die Auffassung vertrat, dass der Gaststaat durch zahlreiche Maßnahmen, die er im Zusammenhang mit den gesetzlichen Vorgaben gesetzt hat, in einer Gesamtbetrachtung eine konkrete Zusicherung dahingehend ‚geschaffen' habe, dass die Gesetzeslage nicht total abgeändert werde.[1226] Somit führte auch nach Auffassung des Schiedsgerichts in *El Paso* nicht die totale Abänderung der Gesetze ‚per se', somit auch abseits konkreter Zusicherungen, zu einer Verletzung der berechtigten Erwartungen. Durch das Schiedsgericht wurde vielmehr der Bruch der aus einer Gesamtbetrachtung der staatlichen Maßnahmen angenommenen konkreten Zusicherung, wonach solch eine totale Abänderung nicht eintreten werde, als Grundlage für die Verletzung des FET-Standards betrachtet.

Aus den Ausführungen in der Entscheidung ergibt sich jedoch bei näherer Betrachtung, dass nach Auffassung des Schiedsgerichts die Verletzung berechtigter Erwartungen bei totalen Gesetzesänderungen auch abseits konkreter Zusicherungen bejaht werden kann:

„*There can be no legitimate expectation for anyone that the legal framework will remain unchanged in the face of an extremely severe economic crisis. No reasonable investor can have*

[1223] *LG & E v. Argentina*, Rz 139.
[1224] *LG & E v. Argentina*, Rz 119, 135.
[1225] *El Paso v. Argentina*, Rz 374, 517; hierzu hat das Schiedsgericht ausgeführt: „*It cannot be denied that in the matter before this Tribunal the cumulative effect of the measures was a* ***total alteration*** *of the entire legal setup for foreign investments*." (Hervorhebung durch den Autor), zum ‚Kumulationseffekt' siehe Abschnitt F dieses Kapitels.
[1226] *El Paso v. Argentina,* Rz 517.

such an expectation ***unless very specific commitments*** *have been made towards it* ***or*** *unless the alteration of the legal framework is* ***total****.*"[1227]

Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt das Schiedsgericht in *Toto v. Lebanon*.[1228] Im Verfahren wurde durch das Schiedsgericht festgehalten, dass abseits einer Stabilisierungsklausel oder sonstiger Stabilitätszusicherungen Gesetzesänderungen nur dann eine Verletzung des FET-Standards führen können, wenn diese zu einer drastischen Änderung der essentiellen Merkmale der gesetzlichen Vorgaben führen. Das Schiedsgericht betrachtet somit die totale Änderung der Gesetzeslage auch abseits konkreter Zusicherung als Tatbestand für die Verletzung des FET-Standards.

ii. Entwicklung in der jüngeren Schiedspraxis

Wie aufgezeigt wurde, ergibt sich aus den älteren Schiedsverfahren kein klares Bild dahingehend, ob die Verletzung des FET-Standards bei einer ‚totalen' Abänderung der Gesetzeslage nur beim Vorliegen von zuvor erteilten konkreten Zusicherungen bzw. in den abgeänderten Gesetzen enthaltenen ‚Garantien' angenommen werden kann oder aber ob bei besonders drastischen Änderungen der gesetzlichen Rahmenbedingungen eine Verletzung des FET-Standards auch abseits solchen konkreten Zusicherungen bzw. in den Gesetzen enthaltenen ‚Garantien' bejaht werden kann. Die Ergebnisse der jüngeren Schiedspraxis lassen auf Zweiteres schließen.

So wurde durch das Schiedsgericht in *Eiser v. Spain* aufgrund der von Spanien vorgenommenen drastischen Gesetzesänderungen eine Verletzung des FET-Standards angenommen. Das Schiedsgericht hat ausgeführt, dass die später durch Spanien vorgenommenen gesetzlichen Maßnahmen im Vergleich zu den in *Charanne* gegenständlichen gesetzlichen Maßnahmen zu einer drastischen Änderung der Gesetzeslage geführt haben, da durch diese Maßnahmen eine komplett neue Gesetzeslage geschaffen worden sei und die günstigen Vorgaben der zuvor gegoltenen Gesetzeslage quasi „*weggewischt*" wurden.[1229] Hervorzuheben ist, dass in *Eiser* keine konkreten Zusicherungen auf gesetzliche Stabilität angenommen wurden. Die Verletzung des FET-Standards wurde durch das Schiedsgericht somit allein aufgrund der drastischen Abänderung der Gesetzeslage bejah.t[1230]

[1227] *El Paso v. Argentina*, Rz 317; *Potesta,* Legitimate Expectations, 115 hat hierzu hervorgehoben: „*The Tribunal did not further explain what it would take for an alteration of the framework to be 'total'. It avoided this conundrum by holding that the several measures at issue which altered the framework did not constitute a violation of the BIT if taken in isolation, but did so if their cumulative effect was combined.*"
[1228] *Toto v. Lebanon*, Rz 224.
[1229] *Eiser v. Spain*, Rz 389.
[1230] *Ortino*, The Obligation of Regulatory Stability in the Fair and Equitable Treatment Standard, 863.

Das Schiedsgericht in *NexEra v. Spain* führte aus, dass dem Investor entgegen dem Vorbringen des Gaststaates nicht lediglich berechtigte Erwartungen auf eine angemessene Rendite zuzuerkennen seien Vielmehr könne dieser berechtigt darauf vertrauen, dass sich die Gesetzeslage nicht radikal ändern werde.[1231]

Ortino[1232] weist in seinen Ausführungen darauf hin, dass sich aus der Schiedspraxis eine dogmatische Begründung für die Annahme der Verletzung des FET-Standards aufgrund drastischer Gesetzesänderungen nicht ableiten lasse. Hierbei bemängelt der Autor, dass oftmals nicht klar hervorgehe, ob eine Verletzung des FET-Standards aufgrund totaler bzw. radikaler Abänderung der Gesetzeslage und der dadurch eingetretenen Beeinträchtigung des Investors oder aufgrund einer nicht verhältnismäßigen Abänderung der Gesetze angenommen wurde.[1233]

Nach der hier vertretenen Auffassung ist die dogmatische Grundlage für den Tatbestand der ‚totalen Abänderung' der Gesetzeslage, der auch abseits konkreter Zusicherungen zu einer Verletzung von berechtigten Erwartungen führen kann, in der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu finden. In diesem Zusammenhang ist hinsichtlich der älteren Schiedspraxis auszuführen, dass in dieser die Verhältnismäßigkeitsprüfung (noch) nicht bzw. nur sehr undifferenziert durch die Schiedsgerichte angewandt wurde. Hier kann der aufgezeigten Kritik von *Ortino* beigepflichtet werden, da durch die älteren Schiedsgerichte regelmäßig bloß auf das ‚Ergebnis' im Sinne der nachteiligen Auswirkungen der Gesetzesänderung auf den Investor abgestellt wurde. Die dogmatische Grundlage für die Annahme der Verletzung des FET-Standards wurde hierbei durch die Schiedsgerichte aus der Beseitigung der in den abgeänderten Gesetzen enthaltene ‚Garantien' abgeleitet. Die Ergebnisse der jüngeren Schiedspraxis verdeutlichen jedoch, dass der Tatbestand der ‚totalen' Gesetzesänderung im Zusammenhang mit der Frage der Verhältnismäßigkeit der Gesetzesänderung zu begreifen ist. So hat das Schiedsgericht in *Eiser v.* Spain ausgesprochen, dass eine Gesetzesänderung grundsätzlich verhältnismäßig sei, solange sie nicht willkürlich ausgeübt

[1231] *NextEra v Spain*, Rz 600; das Schiedsgericht in *PV Investors v. Spain* hebt wiederum hervor, dass in *NextEra v. Spain* konkrete Zusicherungen vorgelegen seien und sich die Sachlage daher von der in *PV Investors* zu unterscheiden sei, Rz 168, auch bezugnehmend auf Rz 474 in *BayWa v. Spain*.

[1232] *Ortino*, The Obligation of Regulatory Stability in the Fair and Equitable Treatment Standard, 860f.

[1233] *Ortino*, The Obligation of Regulatory Stability in the Fair and Equitable Treatment Standard, 862ff. Hierbei verweist der Autor insbesondere auf die Entscheidungen *Philipp Morris v. Uruguay*, *EliLilly v. Canada*, *Eiser v. Spain*, *Blusun v. Italy* und *Antaris v. Czech Republic* und hebt hervor, dass aus diesen Entscheidungen nicht hervorgehe, ob durch die Schiedsgerichte auf die ‚Erheblichkeit' der Gesetzesänderung oder die Frage der Nachvollziehbarkeit der Gesetzesänderung abgestellt worden sei.

wird oder die essentiellen Merkmale der Rechtsordnung beseitigt werden.[1234] Auch das Schiedsgericht in *Charanne v. Spain* hat hinsichtlich der durch Spanien vorgenommenen Gesetzesänderungen ausgeführt, dass die Verhältnismäßigkeit durch den Gaststaat gewahrt wurde, da keine Eliminierung der essentiellen Bestandteile der rechtlichen Rahmenbedingen erfolgt sei.[1235] Gleichfalls wird durch das Schiedsgericht in *Antin v. Spain* die Ansicht vertreten, dass bei einer essentiellen Beseitigung der rechtlichen Rahmenbedingungen eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung der berechtigten Erwartungen des Investors gegeben sei.[1236] Das Schiedsgericht in *Novenergia v. Spain* erachtete die dogmatische Grundlage für die Verletzung des FET-Standards bei einer ‚totalen' Abänderung der Gesetzeslage offenkundig ebenfalls in der Verhältnismäßigkeitsprüfung begründet. So wurde durch das Schiedsgericht ausgeführt, dass es für die Verletzung des FET-Standards nicht zwingend erforderlich sei, dass die regulatorischen Maßnahmen eine komplette Beseitigung des wirtschaftlichen Wertes der Investition zur Folge haben. Vielmehr kann die Schwelle für die Verletzung des FET-Standards bereits niedriger angesetzt werden. In diesem ‚darunter liegenden' Bereich sei nach Auffassung des Schiedsgerichts eine Abwägung zwischen den Interessen des Investors und jenen des Gaststaates vorzunehmen, wobei im Zuge dieser Abwägung insbesondere zu berücksichtigen sei, ob eine Abänderung in den essentiellen Merkmalen der zuvor bestandenen Gesetzeslage erfolgt sei.[1237]

Aus der jüngeren Schiedsjudikatur lässt sich somit ableiten, dass bei einer ‚totalen' Änderung der gesetzlichen Rahmenbedingungen die Verletzung der berechtigten Erwartungen des Investors auch abseits konkreter Zusicherungen angenommen werden kann.

Es ist jedoch auch bei drastischen Gesetzesänderungen im Sinne der gebotenen Sorgfaltspflicht darauf Bedacht zu nehmen, ob der Investor mit derartigen Gesetzesänderungen rechnen musste. Dies geht aus der Gegenüberstellung der Entscheidungen *Eiser* und *Isolux v. Spain* hervor, da bei beiden Verfahren drastische Gesetzesänderungen vorlagen. In *Isolux* konnte der Investor jedoch

[1234] *Charanne v. Spain*, Rz 517; nach *Restrepo,* Modification of Renewable Energy Support Schemes under the Energy Charter Treaty, 127 hat das Schiedsgericht in *Charanne* (gleich wie in *Eiser*) die Verhältnismäßigkeitsprüfung in nicht nachvollziehbarer Weise vorgenommen, da bloß auf das nachteilige Ergebnis für den Investor abgestellt worden sei. Eine Abwägung der Interessen des Investors auf Beibehaltung der günstigen gesetzlichen Vorgaben und den Interessen des Gaststaates auf Vornahme der Gesetzesänderungen sei nach Auffassung des Autors nicht vorgenommen worden.

[1235] *Charanne v. Spain*, Rz 517.

[1236] *Antin v. Spain*, Rz 531ff; zu betonen ist, dass das Schiedsgericht die Pflicht, die essentiellen Rahmenbedingungen weder unerwartet, noch gänzlich zu beseitigen, auch aus der Stabilitätsvorgabe in Art 10 des ECT abgeleitet hat. Dies wurde durch das Schiedsgericht in der *Decision on Annulment* betont, siehe *Antin v. Spain*, Decision on Annulment (30. Jul 2021), Rz 242.

[1237] *Novenergia v. Spain*, Rz 694.

aufgrund des Umstandes, dass dieser erst später als in *Eiser* investiert hat, mit seinem Anspruch nicht durchdringen. Das Schiedsgericht kam zu dem Ergebnis, dass zu diesem Zeitpunkt weitere Gesetzesänderungen für den Investor bei gehöriger Sorgfalt absehbar gewesen wären.[1238]

c) Gegenüberstellung ‚Margin of Change' - Verhältnismäßigkeitsprüfung – ‚totale Abänderung' - Diskriminierendes/Willkürliches Verhalten

Wie bereits im Vorabschnitt C d) dieses Kapitels aufgezeigt wurde, geht aus der bisherigen Schiedspraxis nicht eindeutig hervor, ob der ‚*margin of change*' als ein Bereich zu verstehen ist, in dem Gesetzesänderungen aufgrund der hiermit verfolgten öffentlichen Interessen in jedem Fall zulässig und von einer Prüfung durch Schiedsgerichte ausgenommen sind. Folgt man dieser Auffassung, würde die Verhältnismäßigkeitsprüfung erst bei regulatorischen Maßnahmen zur Anwendung gelangen, die außerhalb dieses, von dem ‚*margin of change*' umfassten Bereiches, liegen. Aus der Schiedsjudikatur lässt sich nach der hier vertretenen Auffassung jedoch der Schluss ziehen, dass bereits der Bereich des ‚*margin of change*' mittels Verhältnismäßigkeitsprüfung zu ermitteln ist. Es lassen sich aus der Schiedsjudikatur keine staatlichen Materien ableiten, in denen Gesetzesänderungen, auch wenn diese sich nachteilig auf Investoren auswirken, jedenfalls ohne Schadenersatzverpflichtung zulässig sind. Anderes gilt wie aufgezeigt dann, wenn im jeweils anwendbaren Investitionsabkommen ausdrücklich jene Bereiche geregelt werden (wie zB regelmäßig im Bereich der Steuergesetzgebung[1239]), in denen der Gaststaat in der Gesetzgebung nicht eingeschränkt werden soll. Sollten im jeweiligen Investitionsabkommen keine solche Bereiche geregelt werden, wäre jedoch mittels Verhältnismäßigkeitsprüfung zu untersuchen, ob die Gesetzesänderung in den „*margin of change*" fällt. Diesfalls wäre eine Verletzung des FET-Standards zu verneinen. Problematisch ist hierbei jedoch, dass durch Schiedsgerichte regelmäßig lediglich unsubstantiiert angeführt wird, dass Gesetzesänderungen noch in den „*margin of change"* bzw. „*margin of appreciation*" des Gaststaates fallen. In der Regel wird jedoch seitens der Schiedsgerichte nicht näher dargelegt, wie der Bereich des „*margin of change*" ermittelt wurde.[1240] Fest steht, dass üblicherweise besonders im öffentlichen Interesse gelegene Materien regelmäßig diesem zugeordnet werden.[1241] Dies betrifft sensible Bereiche wie etwa die öffentliche Gesundheitsversorgung oder den Schutz der Umwelt. Das Pendant zum Bereich der *margin of*

[1238] Zu diesen Schiedsfällen siehe Kap X C.
[1239] Zum Tax Carve-Out siehe Kap X C i.
[1240] Siehe hierzu Abschnitt C e) ii dieses Kapitels.
[1241] Siehe hierzu die in Kap II A thematisierten Materien wie die öffentliche Gesundheit oder der Schutz der Umwelt.

change, in dem Gesetzesänderungen zu keiner Verletzung des FET-Standards führen, stellen ‚totale Gesetzesänderungen' und jene aus ‚verpönten' Motiven wie Willkür oder Diskriminierung dar. Auch hier liegen in der Schiedsjudikatur jedoch Unschärfen im Zusammenhang mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung vor. Dies betrifft insbesondere die Frage, wann von einer ‚totalen' und wann von einer nicht verhältnismäßigen Abänderung der Gesetzeslage auszugehen ist.[1242] Eine nicht verhältnismäßige Gesetzesänderung kann etwa dann vorliegen, wenn ein Missverhältnis zwischen den mit der Gesetzesänderung verfolgten öffentlichen Interessen und den Interessen des Investors auf gesetzliche Stabilität besteht. Eine ‚totale' bzw. ‚radikale' Gesetzesänderung wiederum misst sich in erster Linie an dem für den Investor nachteiligen Ergebnis. Für die Annahme einer ‚totalen' Änderung der gesetzlichen Rahmenbedingungen ist daher vielmehr zu fragen, wie massiv die gesetzlichen Vorgaben im Vergleich zum Zeitpunkt der Investition zum Nachteil für den Investor abgeändert wurden. In Fällen der gänzlichen Beseitigung der für den Investor essentiellen gesetzlichen Rahmenbedingungen wird in der Regel jedoch keine Verhältnismäßigkeit mehr vorliegen. Somit stellt in Wirklichkeit bei ‚totalen' Gesetzesänderungen die Unverhältnismäßigkeit dieser Gesetzesänderungen die Grundlage für die Verletzung des FET-Standards dar.

Im Ergebnis ist daher die in der Schiedsjudikatur regelmäßig judizierte Verletzung der berechtigten Erwartungen aufgrund von ‚totalen' Gesetzesänderungen aus dogmatischer Sicht ebenfalls mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu erklären.

E. Zur *Bösgläubigkeit* und anderen Formen von Staatshandeln, die jedenfalls abseits konkreter Zusicherungen eine Verletzung des FET-Standards begründen

In der Schiedspraxis wird richtigerweise bejaht, dass in bösgläubiger Absicht gesetzte Maßnahmen auch abseits zusätzlicher Faktoren wie etwa der Erteilung von konkreten Zusicherungen zu einer Verletzung des FET-Standards führen.[1243] Hierbei ist zunächst zu unterstreichen, dass Investoren

[1242] Siehe *Ortino*, The Obligation of Regulatory Stability in the Fair and Equitable Treatment Standard 857; ferner *Zannoni*, The legitimate expectation of regulatory stability under the Energy Charter Treaty, Rz 460f zur Frage der Abgrenzung zwischen radikalen, nicht nachvollziehbaren und nicht verhältnismäßigen Gesetzesänderungen.

[1243] Siehe hierzu *Tecmed* (Rz 153), wo das Schiedsgericht unter Bezugnahme auf die Entscheidung *Mondev v. USA*, Rz 40, 116 festgehalten hat, dass auch unter der Schwelle von bösgläubigem Handeln des Gaststaates die Verletzung des FET-Standards bejaht werden könne. Daraus kann geschlossen werden, dass bei Bösgläubigkeit eine Verletzung des FET-Standards jedenfalls gegeben ist; *Dralle*, Der Fair and Equitable Treatment Standard, 16; auch in den Fällen *Azurix v. Argentina*, *Waste Management v. Mexico*, *Bayindir v. Pakistan*, *Siemens v. Argentina*, *Lauder v. Czech Republic*, *PSEG v. Turkey* und *Total S. A. v. Argentina* haben sich die Schiedsgerichte mit dem Thema des bösgläubigen Staatshandelns auseinandergesetzt, siehe *Draguiev,* Bad Faith Conduct of States in Violation of the Fair And Equitable Treatment Standard, 290-298; *Draguiev* argumentiert auf S 273 seiner Arbeit, dass schlechtgläubiges Verhalten des

grundsätzlich erwarten können, dass der Gaststaat Maßnahmen in guter Absicht setzt. Hierzu führte das Schiedsgericht in *Saluka v. Czech Republic* aus:

„*A foreign investor protected by the Treaty **may in any case properly expect that the** [Government] implements its policies bona fide by conduct that is, as far as it affects the investor's investment, reasonably justifiable by public policies and that such conduct does not violate the requirements of consistency, transparency evenhandedness and non-discrimination.*"[1244]

In der Entscheidung *Frontier Petroleum v. Czech Republic* hat das Schiedsgericht Bösgläubigkeit im Zusammenhang mit dem Investitionsrecht wie folgt definiert:

„*Bad faith action by the host state includes the use of legal instruments for purposes other than those for which they were created. It also includes a conspiracy by state organs to inflict damage upon or to defeat the investment, the termination of the investment for reasons other than the one put forth by the government, and expulsion of an investment based on local favouritism. Reliance by a government on its internal structures to excuse non-compliance with contractual obligations would also be contrary to good faith.*"[1245]

Bösgläubigkeit kann auch bei Rechtsverweigerung[1246], Bestechlichkeit[1247] oder Amtsmissbrauch[1248] angenommen werden.

Bösgläubigkeit im Zusammenhang mit Gesetzesänderungen wird anzunehmen sein, wenn diese mit der vordergründigen Absicht vorgenommen wurde, den Investor zu schaden.[1249] Ob eine Gesetzesänderung in böswilliger Schädigungsabsicht vorgenommen wurde, wird insbesondere

Gaststaates als eigenständige per-se-Verletzung des FET-Standards anzusehen sei; siehe insbesondere auch die Vorgaben in den jüngeren Vertragstexten wie CETA oder TTIP, die bei Bösgläubigkeit eine Verletzung des FET-Standards ohne weitere Voraussetzungen bejahen, siehe Kap VIII.

[1244] *Saluka v. Czech Republic*, Rz 307 (Hervorhebung durch den Autor).

[1245] *Frontier Petroleum v. Czech Republic*, Rz 266; das Schiedsgericht in *Micula v. Romania* unterschied zwischen materiell (sohin nicht willkürlichem oder diskrimierendem) und prozessual (sohin unter Gewährung eines fairen Verfahrens) korrektem Verhalten des Gaststaates: „*In the Tribunal's view, the correct position is that the state may always change its legislation, being aware and thus taking into consideration that: (i) an investor's legitimate expectations must be protected; (ii) the state's **conduct must be substantively proper (e.g., not arbitrary or discriminatory);** and (iii) the state's conduct must be **procedurally proper (e.g., in compliance with due process and fair administration).** If a change in legislation fails to meet these requirements, while the legislation may be validly amended as a matter of domestic law, the state may incur international liability*." (Hervorhebung durch den Autor).

[1246] *Draguiev*, Bad Faith Conduct of States in Violation of the Fair And Equitable Treatment Standard, 273.

[1247] So hat das Schiedsgericht in *EDF v. Romania* (UNCTAD, 75) aufgrund der (im Verfahren jedoch nicht nachgewiesenen) Behauptung des Investors, die Regierung habe für die Beibehaltung des Kurses ein Bestechungsgeld verlangt, betont, dass für den Fall, dass tatsächlich ein Bestechungsgeld gefordert worden wäre, der FET-Standard auch abseits konkreter Zusicherungen verletzt wäre.

[1248] *Redli*, Limitation to States' Regulatory Power, 65.

daran zu messen sein, ob die Gesetzesänderung aus politisch nachvollziehbaren Gründen oder bloß bzw. vordergründig zur Benachteiligung ausländischer Investoren vorgenommen wurde.[1250] Es kann und regelmäßig wird dem Gaststaat durchaus bewusst sein, dass die Abänderung von bestimmten, für ausländische Investoren günstigen Gesetzesbestimmungen nachteilige Folgen für diese mit sich bringen wird. Allein dieses Bewusstsein kann jedoch nicht ohne weitere Faktoren zur Annahme einer böswilligen Schädigungsabsicht führen. Beachtenswert ist in diesem Zusammenhang die Entscheidung *Parkerings v. Lithuania*[1251], in der die Verletzung von berechtigten Erwartungen durch das Schiedsgericht (auch) aus dem Grund verneint wurde, dass der Investor nach Auffassung des Schiedsgerichts nicht nachweisen konnte, dass Litauen die Gesetzesänderung spezifisch zur Beeinträchtigung der Investition vorgenommen hätte.

Im Ergebnis führt somit eine bewusst mit Schädigungsabsicht vorgenommene Gesetzesänderung grundsätzlich auch abseits konkreter Stabilitätszusicherungen zu einer Verletzung des FET-Standards. Dies wird jedoch nur selten anzunehmen sein, da Gesetzesänderungen in der Regel vordergründig aus politisch nachvollziehbaren Gründen bzw. im öffentlichen Interesse vorgenommen werden.[1252] Die möglichen nachteiligen Auswirkungen für Investoren werden hierbei regelmäßig bloß einen ‚Nebeneffekt' dieser Gesetzesänderungen darstellen.

F. Das Kriterium des Gesamtverhaltens des Gasstaates (der ‚Kumulationseffekt')

Durch Schiedsgerichte wurde wiederholt auf das Gesamtverhalten des Gaststaates im Zusammenhang mit der Annahme der Verletzung berechtigter Erwartungen abgestellt. Das Schiedsgericht in *El Paso v. Argentina* hat hierzu ausgeführt, dass mehrere, durch den Gaststaat im Zusammenhang mit der Gesetzeslage gesetzte Maßnahmen, nicht in Isolation, sondern in ihrer Gesamtheit zu betrachten sind. Durch das Abstellen auf das Gesamtverhalten könnte die Schwelle

---

[1249] *CMS v. Argentina*, Rz 280; *LG & E Energy Corp., LG & E Capital Corp., and LG & E International, Inc . v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability (03. Oct 2006), Rz 129.

[1250] Siehe etwa *Novenergia v. Spain*, Rz 512: „*A tax is adopted bona fide if the state's intention was only to raise revenues in accordance with the stated purpose of that tax; any motivation other than the public purpose of collecting taxes has to be considered mala fide.*"

[1251] *Parkerings v. Lithuania*, Rz 337.

[1252] Solche politisch nachvollziehbaren Gründe liegen beispielsweise bei Gesetzesänderungen aus gesundheitspolitischen Gründen oder zum Schutz der Umwelt vor. Auch Gesetzesänderungen aus wirtschaftlichen Motiven, wie dies etwa bei der ‚Argentinienkrise' der Fall war, stellen ein politisch nachvollziehbares Motiv dar, siehe hierzu die Erwägungen in Kap II A.

für die Verletzung des FET-Standards hinsichtlich der nachteiligen Gesetzesänderungen erreicht werden.[1253]

Das Schiedsgericht verwies zur Begründung dieser Annahme auf die Vorgaben in Art 15 der Artikel über die Verantwortlichkeit der Staaten für völkerrechtswidrige Handlungen der Völkerrechtskommission (International Law Commission, Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts), wo festgehalten wird:

„*Breach consisting of a composite act*

The breach of an international obligation by a State through a series of actions or omissions defined in aggregate as wrongful occurs when the action or omission occurs which, taken with the other actions or omissions, is sufficient to constitute the wrongful act."[1254]

Das Schiedsgericht gelangte zu dem Ergebnis, dass durch die Kumulierung der staatlichen Maßnahmen eine konkrete Zusicherung durch Argentinien erzeugt worden sei, wonach die gesetzlichen Vorgaben nicht radikal abgeändert werden:

„*It cannot be denied that in the matter before this Tribunal the* ***cumulative effect of the measures was a total alteration of the entire legal setup for foreign investments****, and that all the different elements and guarantees just mentioned* ***can be analysed as a special commitment of Argentina that such a total alteration would not take place****.*" [1255]

Auch das Schiedsgericht in *Hydro v. Spain* erachtete die Kumulierung staatlicher Maßnahmen von Relevanz bei der Annahme berechtigter Erwartungen. Entgegen der in *El Paso* vertretenen Auffassung verneinte das Schiedsgericht jedoch ausdrücklich, dass durch die Kumulierung der staatlichen Maßnahmen eine konkrete Zusicherung auf gesetzliche Stabilität erzeugt worden sei.

[1253] *El Paso v. Argentina*, 459ff; übereinstimmend mit dieser Auffassung ist auch das Schiedsgericht in *Gold Reserve v. Venezuela*, Rz 566, siehe ferner *Bayindir v. Pakistan*, Rz 181; Reinisch/Schreuer, International Protection of Investments, 347ff.

[1254] *El Paso v. Argentina*, Rz 516; Artikel über die Verantwortlichkeit der Staaten für völkerrechtswidrige Handlungen (2001), erstellt von der Völkerrechtskommission, veröffentlicht im Jahrbuch der Völkerrechtskommission, Band II, Teil Zwei, S. 26-143 (ARISWA); siehe hierzu auch zum „*Nuclear-tests*-Fall" und Art 5 der *Guiding Principles*: „*France's statements on the suspension of atmospheric nuclear tests also show that a unilateral commitment by a State can come about through a series of declarations with the same general thrust, none of which might, in isolation, have bound the State.*", vgl hierzu Kap VII B d).

[1255] *El Paso v. Argentina,* Rz 517 (Hervorhebung durch den Autor). das Schiedsgericht in *El Paso* verweist in Rz 517 in Hinblick auf die Verletzung des FET-Standards durch die drastische Abänderung der gesetzlichen Vorgaben auch auf die Entscheidung *LG & E v. Argentina*; zum Kriterium der ‚totalen Abänderung' siehe ausführlich Abschnitt D dieses Kapitels.

Hierzu führte das Schiedsgericht aus

„*But it has been said that legitimate expectations may be engendered by the legal framework at the time of the investment, especially if there has been '**a reiteration of the same type of commitment in different types of general statements**', **but this may properly be regarded as an aspect of stability rather than as an example of a specific commitment.***"[1256]

Festzuhalten ist, dass die Erzeugung berechtigter Erwartungen durch ein auf die Gesetzeslage bezugnehmendes Gesamtverhalten des Gaststaates mit der in Abschnitt I h) dieses Kapitels näher dargelegten objektiv zu unterstellenden Bindungsabsicht des Gaststaates erklärt werden kann. Schließlich kann das Gesamtverhalten des Gaststaates Schlüsse auf seine Absichten im Zusammenhang mit den gesetzlichen Vorgaben liefern. So könnte bei einer Vielzahl von staatlichen Maßnahmen, die auf für Investoren günstigen Gesetzesvorgaben Bezug nehmen, abgeleitet werden, dass sich der Gaststaat gegenüber den ausländischen Investoren zur zukünftigen Beibehaltung der gesetzlichen Vorgaben verbindlich erklären wollte.[1257]

Dieser Ansatz wurde bereits im „*Nuclear-tests*-Fall" im Zusammenhang mit Art 5 der Guiding Principles durch den IGH vertreten. Der IGH hat ausgeführt, dass die öffentlichen Bekundungen Frankreichs hinsichtlich der Beendigung der Atomwaffentests für sich in Isolation betrachtet womöglich noch zu keiner rechtlichen Bindung des Staates an diese Zusagen geführt hätten. Durch die mehrfache Wiederholung dieser Zusicherungen sei jedoch in der Gesamtbetrachtung von einer Bindung des Staates an diese Zusagen auszugehen.[1258]

G. Besteht ein Vertrauensschutz auf eine „reasonable rate of return" des Investors abseits konkreter Zusicherungen?

a) Einleitende Worte

Allgemein wird die Ansicht vertreten, dass rein wirtschaftliche Erwartungen nicht schützenswert sind.[1259] BITs sind grundsätzlich dazu vorgesehen, den Investor gegen nicht rein wirtschaftliche, sondern vorrangig gegen politische Risiken abzusichern.[1260] In diesem Zusammenhang stellt sich jedoch die Frage, ob ausländischen Investoren nicht im allgemeinen ein schützenswertes Vertrauen

[1256] *Hydro v. Spain*, Decision on Liability, Rz 596.
[1257] Zur Bedeutung der Absicht des Gaststaates siehe näher in Abschnitt I h) dieses Kapitels.
[1258] Zu „*Nuclear-tests*-Fall" siehe Kap VII B d).
[1259] *Paparinskis*, The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment, 258.
[1260] *Subedi*, International Investment Law, 87.

dahingehend zuzubilligen ist, dass diese mit ihrer Investition quasi als ‚Mindestmaß' zumindest eine angemessene Rendite insbesondere zur Deckung der erheblichen Investitionskosten erzielen werden. Es ist daher zu fragen, ob die Erzielung einer angemessenen Rendite als ‚Mindestmaß' Investoren durch den Gaststaat jedenfalls ermöglicht werden muss bzw ist zu fragen, ob es dem Gaststaat nicht gestattet ist, die Erzielung einer angemessenen Rendite mittels nachteiligen Maßnahmen zu vereiteln. Dies würde bedeuten, dass nachteilige Gesetzesänderungen, die ausländischen Investoren die Möglichkeit zur Erzielung einer angemessenen Rendite wieder nehmen, auch abseits konkreter Zusicherungen zu einer Verletzung berechtigter Erwartungen führen würden.

Insbesondere in den jüngeren Schiedsverfahren im Sektor der erneuerbaren Energien wurden ausländischen Investoren im Zusammenhang mit den nachteiligen Gesetzesänderungen durch die Schiedsgerichte wiederholt berechtigte Erwartungen auf eine angemessene Rendite („*reasonable rate of return*") zuerkannt.[1261] *T. Wälde/A. Kolo* haben nach einer Untersuchung zahlreicher US-amerikanischer Entscheidungen hervorgehoben, dass bei Gesetzesänderungen, die vom Gaststaat nach Vornahme einer Investition durchgeführt werden, ua zu prüfen sei, ob diese es dem Investor versagen würden, einen wirtschaftlichen Nutzen aus seiner Investition zu ziehen.[1262] Die Frage, ob dem Investor durch Gesetzesänderungen der wirtschaftliche Nutzen der Investition versagt wird, scheint somit auch in der US-amerikanischen Rechtsprechung eine wichtige Rolle zu spielen.[1263]

Zu fragen ist zunächst, ob Erwartungen auf Erzielung einer angemessenen Rendite in sub- oder objektiver Sicht zu prüfen sind. Klarerweise werden ausländische Investoren aus subjektiver Sicht erwarten bzw. zumindest erhoffen, mit dem Investitionsvorhaben einen Gewinn zu erzielen oder zumindest kostendeckend zu agieren. Dies gilt insbesondere bei Investitionen im Energiesektor, die in der Regel sehr kostenintensiv und langfristig ausgelegt sind.[1264] In diesem Zusammenhang hat das Schiedsgericht in *RREEF v Spain*[1265] betont, dass beim Schutz berechtigter Erwartungen auf eine

[1261] Siehe etwa *Selivanova*, Changes in Renewables Support Policy and Investment Protection under the Energy Charter Treaty, 450; *Eiser v. Spain*, Rz 361; in *Sun Reserve v. Italy*, Rz 821, 841ff ist von einer „*fair renumeration*" die Rede, wobei das Schiedsgericht diese aus einem Gesetz ableitet („*Legislative Decree No. 387/2003*").

[1262] Vgl *T. Wälde/A. Kolo*, Environmental Regulations, Investment Protection and "Regulatory Taking" in International Law, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 50, Issue 4 (2008), 811 (826).

[12631485] *Wälde/ Kolo*, Environmental Regulations, Investment Protection and "Regulatory Taking" in International Law, 826.

[1264] Siehe zum Investitionsgegenstand ‚erneuerbare Energien' die Ausführungen in Kap IX D.

[1265] *RREEF v. Spain,* Rz 471, 517.

angemessene Rendite eine gewisse Abstellung auf subjektive Umstände nicht ausgeschlossen werden könne:

„*The very expression legitimate expectation of a reasonable return of investments can leave no doubt as to the unavoidable part of subjectivity in such an assessment. Neither the word 'legitimacy' nor the word 'reasonable' lend themselves to a purely objective assessment.*"[1266]

Das Schiedsgericht hob hierzu mehrere Faktoren hervor, die in die Beurteilung des Vorliegens von berechtigten Erwartungen auf eine angemessene Rendite einzufließen haben:

„- *the valuation date taken into account in order to determine the fair market value and,*

- *to that same purpose, the risk of unsustainability;*

- ***the rentability of the investment, conducted both in abstracto and in concreto, taking into consideration the particular operating costs of each installation and the price paid for their acquisition***."[1267]

In der Entscheidung gelangte das Schiedsgericht zu dem Ergebnis, dass die berechtigten Erwartungen des Investors auf Erzielung einer angemessenen Rendite durch die nachteiligen Gesetzesänderungen verletzt wurden. Hierbei betonte das Schiedsgericht jedoch, dass es sich bei Erwartungen auf eine angemessene Rendite um keinen generellen Grundsatz dahingehend handle, wonach Investoren jedenfalls ein Vertrauensschutz auf Erzielung einer angemessenen Rendite zuzuerkennen sei:

Hierzu führte das Schiedsgericht aus:

„***The 'reasonable return' has sometimes been described as a general principle according*** *to which 'investors should be entitled to make a reasonable return on and of their investment'. The Arbitral Tribunal does not take any position as to the existence of such general principle; it simply notes that, in the present case, this rule must be applied since it is consecrated in the relevant applicable texts.*"[1268]

[1266] *RREEF v. Spain,* Rz 471.
[1267] *RREEF v. Spain,* Rz 471 (Hervorhebung durch den Autor).
[1268] *RREEF v. Spain*, Rz 524.

Das Schiedsgericht hat den Vertrauensschutz auf eine angemessene Rendite vielmehr aus den gesetzlichen Vorgaben abgeleitet.[1269] Nach Auffassung des Schiedsgerichts in *RREEF v. Spain* sind somit dem Investor nicht jedenfalls, sohin im Sinne eines allgemeinen Grundsatzes, berechtigte Erwartungen auf Erzielung einer angemessenen Rendite zuzubilligen. Es sei vielmehr anhand des konkreten Einzelfalls zu prüfen, ob sich aus den staatlichen Maßnahmen, wie etwa den gesetzlichen Vorgaben, die Grundlage für derartige Erwartungen ableiten lasse.

Auch das Schiedsgericht in *RENERGY v. Spain* leitete den Grundsatz auf Gewährung einer „*reasonable rate of return*" aus den gesetzlichen Vorgaben ab. Hierbei betrachtete das Schiedsgericht den Grundsatz der Erwirtschaftung einer angemessenen Rendite durch das Investitionsvorhaben als „*guiding principle*", dem jedoch ein dynamischer Charakter innewohne. So komme es nach Auffassung des Schiedsgerichts auf die Umstände des Einzelfalls an, was als angemessen anzusehen sei.[1270]

Es soll nunmehr die Grundlage für die Erzeugung berechtigter Erwartungen auf Erzielung einer angemessenen Rendite einer näheren Untersuchung unterworfen werden.

b) Die Ableitung des Schutzes einer „reasonable rate of return" aus dem Investitionsabkommen selbst

Eine im Zusammenhang mit der Frage eines Vertrauensschutzes auf Gewährung einer angemessenen Rendite interessante Entscheidung stellt *Walter Bau v. Thailand* dar. In dieser Entscheidung wurde seitens des Schiedsgerichts zunächst betont, dass der Investor zwar kein Recht hatte, die Mautgebühr hinsichtlich einer in Thailand errichteten Mautstraße zu erhöhen, da dieses

[1269] In Rz 383 führt das Schiedsgericht aus, dass diese „*reasonable rate of return*" gesetzlich in den Dekreten selbst, konkret RD 661/2007, garantiert werde. Hervorzuheben ist jedoch, dass das Schiedsgericht festgehalten hat, dass die Erwartungen hinsichtlich einer angemessenen Rendite bzw Profitabilität ohne Zweifel Ergebnis der an den konkreten Investor erteilten Garantien und generell Ergebnis der Garantien, die an alle Investoren in Spanien im Zusammenhang mit Investitionen in diesem Sektor erteilt wurden, sei, siehe Rz 381. Bei der Frage, wie diese „*reasonable rate of return*" zu erfassen ist, hat sich das Schiedsgericht der Argumentation des Gaststaates angeschlossen und festgehalten:„*the concept of 'reasonable return' has its own meaning: (i) it means, first, that producers in the special regime are entitled to a 'return'. That is, the remuneration they receive allows them to recover both the amounts invested (CAPEX) and the operating costs of these assets (OPEX) and, in addition, obtain an industrial benefit. (ii) It means, secondly, that the industrial benefit guaranteed to producers must be 'reasonable'. Therefore, that benefit cannot be disproportionate or 'irrational'. (iii) Third, the judgment of reasonableness must be made on the basis of an element that is objective and variable: 'with reference to the cost of money in the capital market'*." Die „*reasonable rate of return*" wurde seitens des Schiedsgerichts zusammenfassend dahingehend definiert, dass der Investor eine Rendite erwarten durfte, die signifikant über der bloßen Abwesenheit von finanziellen Verlusten liegen würde, siehe Rz 378; in *Antin v. Czech Republic* führte das Schiedsgericht aus, dass die „*reasonable rate of return*" nicht im Entscheidungsspielraum des Gasstaates liegen könne, sondern diese vielmehr anhand objektiver und identifizierbarer Kriterien zu bestimmen sei, siehe Rz 556ff.

[1270] *RENERGY v. Spain*, Rz 719f.

Recht vertraglich bloß dem Staat eingeräumt worden sei. Der Gaststaat müsse nach Auffassung des Schiedsgerichts dennoch eine Erhöhung zulassen, da dem Investor aus seiner Investition in die errichtete Mautstraße in jedem Fall zumindest eine angemessene Rendite zuzubilligen sei.[1271] Hierbei hat das Schiedsgericht ausgeführt, dass die Gewährung einer „*reasonable rate of return*" zwischen den Parteien zwar nicht vereinbart wurde, diese jedoch aus der getroffenen Übereinkunft der Parteien implizit hervorgehe.[1272] Das Schiedsgericht betonte hierbei, dass die Erwartungen auf Erzielung einer „*reasonable rate of return*" auch ohne dahingehende Vereinbarung oder Zusicherung seitens des Gaststaates in jedem Fall Teil der berechtigten Erwartungen des Investors unter dem FET-Standard bilden würden.[1273] In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass sich Thailand im Verfahren, gestützt auf eine *expert opinion* von *J. Crawford*[1274], darauf berufen hat, dass der Schutz berechtigter Erwartungen nicht über das hinausgehen könne, was zwischen den Parteien konkret vereinbart worden sei. Da dem Investor kein Anspruch auf Erhöhung der Mautgebühren vertraglich eingeräumt worden sei, sondern dieses Recht ausdrücklich der thailändischen Regierung vorbehalten worden sei, könne solch ein Recht nach Auffassung des Gaststaates nicht durch den FET-Standard substituiert werden. Das Schiedsgericht bejahte jedoch trotz Ermangelung eines vertraglich eingeräumten Anspruchs auf Erhöhung der Mautgebühr die Verletzung berechtigter Erwartungen wegen Nichtgewährung einer angemessenen Rendite.[1275] Aus der Auffassung des Schiedsgerichts lässt sich der Schluss ziehen, dass die Erwartung einer „*reasonable rate of return*" auf jeden Fall vom Schutzumfang des FET-Standards umfasst ist; dies unabhängig von etwaigen dahingehenden Zusicherungen oder vertraglichen Vereinbarungen. Dies begründete das Schiedsgericht unter anderem damit, dass es sich bei der Errichtung der Mautstraße im Gaststaat um eine langwierige und kostenintensive Investition gehandelt habe und die

[1271] *Walter Bau v. Thailand,* Rz 12.1, 12.9.
[1272] *Walter Bau v. Thailand,* Rz 12.1.
[1273] *Walter Bau v. Thailand,* Rz 12.3.
[1274] *Walter Bau v. Thailand,* Rz 11.12; siehe ferner *Crawford*, Treaty and Contract in Investment Arbitration, The 22nd Freshfields Lecture on International Arbitration, London, 29.11.2007, abrufbar unter: https://is.muni.cz/el/1422/podzim2010/MVV61K/um/20201574/Crawford-Treaty_and_Contract-2.pdf, zuletzt abgerufen am 26.12.2024, wo *Crawford* für die Erfassung des Schutzumfangs der berechtigten Erwartungen das Abstellen auf die vertraglichen Vereinbarungen zwischen Investor und Gaststaat betont; kritisch zur Auffassung des Schiedsgerichts in *Walter Bau v. Thailand* auch *J. Bonnitcha*, The problem of moral hazard and its implications for the protection of "legitimate expectations" under the fair and equitable treatment standard, Investment Treaty News (7 April 2011), abrufbar unter: https://www.iisd.org/itn/2011/04/07/the-problem-of-moral-hazard, zuletzt abgerufen am 26.12.2024, der hervorhebt, dass die Annahme des Schiedsgerichts, wonach die Erwartungen des Investors auf eine angemessene Rendite auch abseits konkreter Zusicherungen oder vertraglicher Vereinbarungen zu schützen seien, als abschreckende Botschaft für ausländische Investoren betrachtet werden könne; kritisch ferner *Wongkaew*, Protection of Legitimate Expectations, 195.
[1275] *Walter Bau v. Thailand*, Rz 12.31.

Einhebung von entsprechenden Mautgebühren die einzige Möglichkeit für den Investor darstellen würde, mit der Investition überhaupt eine Rendite zu erzielen.[1276]

Das Schiedsgericht hob hervor:

„*The Respondent could not reasonably have expected that foreign investors would enter into an arrangement of the nature proposed, over such a long period, without being fairly confident of a reasonable rate of return on investment.*"[1277]

In diesem Zusammenhang fällt besonders ins Gewicht, dass das Schiedsgericht zu diesem Ergebnis gelangte, obwohl sogar eine gegenteilige vertragliche Vereinbarung zwischen Investor und Gaststaat vorgelegen ist, die nur dem Gaststaat das Recht auf Erhöhung der Mautgebühr eingeräumt hat.[1278]

Auch Schiedsrichter *Brownlie* gelangte in seiner *dissenting opinion* zu *CME v. Czech Republic* zu einem vergleichbaren Ergebnis. Dieser führte aus, dass die Gewährung einer „*reasonable rate of return*", gleich dem Schutz berechtigter Erwartungen, zwar nicht ausdrücklich im anwendbaren BIT vorgesehen worden sei, diese Gewährung jedoch in der „Natur der Sache" liege[1279], da der BIT ausdrücklich „Investitionen" schützen würde und die Erzielung einer „*reasonable rate of return"* wesensnotwendig einen essentiellen Bestandteil einer Investition darstellen würde. Eine Investition

[1276] *Walter Bau v. Thailand*, Rz 12.8; selbige Überlegungen müssten daher auch auf die besonders kostenintensiven Investitionen im Sektor der erneuerbaren Energien übertragen werden.

[1277] *Walter Bau v. Thailand*, Rz 12.2.

[1278] Das Schiedsgericht ging somit davon aus, dass die „*reasonable rate of return*" trotz gegenteiliger vertraglicher Vereinbarung zu gewähren sei. Dies ist insofern von Interesse, da sich das Schiedsgericht mit dieser Beurteilung in gewisser Sicht über die zwischen den Parteien getroffene vertragliche Vereinbarung hinweggesetzt hat. Grundsätzlich ist jedoch der Inhalt von durch die Parteien getroffenen Vereinbarungen für die Erfassung des Schutzumfanges der berechtigten Erwartungen von Relevanz. Es ist in diesem Zusammenhang auf die Ausführungen des Schiedsgerichts in *Alpha v. Ukraine* zu verweisen. Das Schiedsgericht verwies in der Entscheidung darauf, dass die Parteien die Beendigung des Vertrages terminlich festgelegt hätten, weswegen die vom Investor ins Treffen geführten Erwartungen, dass der Vertrag auch nach dem vertraglich festgelegten Beendigungszeitpunkt fortgeführt werde, pure Spekulation darstellen würden, siehe Rz 421. Für das Schiedsgericht stecken somit die zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen die Grenzen für den Schutz berechtigter Erwartungen ab; Auch im Fall *Ulysseas v. Ecuador* (Rz 88, 117) wurde die Erzeugung berechtigter Erwartungen aufgrund der hiermit in Widerspruch stehenden Vereinbarungen zwischen Gaststaat und Investor verneint. Der Investor hat in dem Verfahren argumentiert, dass er berechtigte Erwartungen im Hinblick auf bestimmte, in einem Dekret enthaltene, Vorgaben hätte. So wurden dem Investor durch ein Dekret des Präsidenten von Ecuador im Rahmen eines Programms namens „*Treibstoff für Kraft*" bestimmte Rechte, im Zusammenhang mit dem Ankauf von Treibstoff von einem staatlichen Unternehmen, eingeräumt. Die Abschaffung dieses Programms hätte nach Auffassung des Investors dessen berechtigte Erwartungen verletzt. Dem Investor blieb jedoch der Erfolg verwehrt, da nach Auffassung des Schiedsgerichts das Programm lediglich für eine bestimmte Zeitspanne ohne Garantie auf Verlängerung vorgesehen gewesen wäre. Anderes würde hier nur gelten, wenn eine konkrete Zusicherung auf Verlängerung des Programms durch den Gaststaat erteilt worden wäre, siehe Rz 254.

[1279] *CME v. Czech Republic*, Dissenting Opinion Brownlie, Rz 33.

trage schließlich für den Investor die Erwartung inne, damit eine nachvollziehbare Rendite erwirtschaften zu können.[1280] *Brownlie* leitete den Schutz der Erwartungen des Investors auf Erzielung einer angemessenen Rendite somit aus dem Verständnis des im Abkommen normierten Begriffs der „Investition" ab.[1281]

Auch in der Entscheidung *Total S. A. v. Argentina* wurde durch das Schiedsgericht verlangt, dass dem Investor eine „*reasonable rate of return*" durch seine Investition zu ermöglichen sei. Das Schiedsgericht führte hierzu aus, dass es die verfahrensgegenständlichen gesetzlichen Vorgaben (das „*Gas Law*") dem Gaststaat zwar ermöglicht hätten, die Tarifbestimmungen nachzujustieren. Dies hätte jedoch, für eine FET-konforme Vorgehensweise, in einer Art und Weise erfolgen müssen, die es dem Investor ermöglichen würde, seine Investitionskosten zu amortisieren und eine „*reasonable rate of return*" zu generieren. Das Schiedsgericht hielt hierzu fest, dass die zu Lasten des Investors erfolgte Änderung der gesetzlichen Vorgaben nicht dem Prinzip des ökonomischen Gleichgewichtes und der wirtschaftlichen Rentabilität entsprechen würde.[1282] Festzuhalten ist, dass im Verfahren keine konkreten Zusicherungen im Hinblick auf eine angemessene Rendite erteilt wurden. Die Pflicht zur Gewährung einer angemessenen Rendite wurde seitens des Schiedsgerichts vielmehr aufgrund der Notwendigkeit der Wahrung eines ökonomischen Gleichgewichtes angenommen.[1283]

In einem Zwischenschritt ist somit festzuhalten, dass in der Schiedspraxis Diskrepanzen in der Frage bestehen, auf welcher Grundlage dem Investor berechtigte Erwartungen auf Erzielung einer angemessenen Rendite zuzuerkennen sind. In *Eiser v. Spain* wurde durch das Schiedsgericht ausgeführt, dass sich solch ein Anspruch aus dem FET-Standard nicht ableiten lasse:

[1280] *CME v. Czech Republic*, Dissenting Opinion Brownlie, Rz 58.

[1281] *Sallam*, Investor's Legitimate Expectations, 17f wiederum verweist unter Bezugnahme auf die Entscheidung *Sempra* und *El Paso v. Argentina* darauf, dass sich die Erwartungen auf Erzielung einer „*reasonable rate of return*" bereits aus dem Prinzip von Treu und Glauben ergeben würden.

[1282] *Total v. Argentina*, Rz 167; *Potesta*, Legitimate Expectations, 115; zum „*economic equilibrium*" siehe Folgeabschnitt i dieses Kapitels.

[1283] *Total v. Argentina*, Rz 167. Festzuhalten ist hier, dass die „*reasonable rate of return"* auch ausdrücklich im „Gas Law" (Art 38) geregelt wurde, siehe Rz 50; vgl ferner *Total S. A. v. Argentina*, Dissenting Opinion *Alvarez*, Rz 59; in FN 182 seines Aufsatzes hat *Potesta* zur Entscheidung *Total S. A.* festgehalten: „*It held that the gas regime enacted by Argentina empowered the State to fix the tariffs of a public utility, but 'in such a way that the concessionaire [was] able to recover its operations costs, amortize its investments and make a reasonable return over time' The Tribunal found that the failure to readjust the tariffs according to principles of 'economic equilibrium and business viability' violated fair and equitable treatment.*"

„*Without entering into the details of Claimants' experts' calculation of this alternate claim, and of Respondent's rebuttal to it, the Tribunal finds the legal theory underlying it unpersuasive*. ***ECT Article 10(1) does not entitle Claimants to a 'reasonable return' at any given level, but to fair and equitable treatment***."[1284]

Aus der Entscheidung *Isolux v. Spain* lässt sich wiederum ableiten, dass eine angemessene Rendite dem Investor als Mindestmaß ‚jedenfalls' zuzuerkennen ist. Durch das Schiedsgericht wurde zunächst festgehalten, dass zum Zeitpunkt der Vornahme der Investition bereits mehrere, im Zusammenhang mit dem Förderungsregime stehende Gesetzesänderungen erfolgt sind und der Investor demzufolge damit rechnen hätte müssen, dass auch zukünftig weitere (nachteilige) Gesetzesänderungen erfolgen würden. Von den berechtigten Erwartungen des Investors sei daher nach Auffassung des Schiedsgerichts ‚lediglich' die Erzielung eine „*reasonable rate of return*" umfasst.[1285] Das Schiedsgericht verwies in diesem Zusammenhang auf die Entscheidung des Spanischen Höchstgerichtes vom 9. Dezember 2009. In dieser Entscheidung wurde festgehalten, dass die einzige Beschränkung der Regierung, von ihrem Recht zur Änderung der Gesetzeslage Gebrauch zu machen, die Verpflichtung der Gewährung einer „*reasonable rate of return*" darstellen würde.[1286] Auch diese Auffassung deutet auf eine den Gaststaat treffende Verpflichtung hin, Investoren als ‚Mindestmaß' die Erzielung einer angemessenen Rendite zu ermöglichen; dies unabhängig vom Vorliegen von etwaigen konkreten Zusicherungen. *Sands* verwies in seiner *dissenting opinion* zu *OperaFund v. Spain* ebenfalls auf eine Entscheidung des Spanischen Höchstgerichts im Zusammenhang mit der Investition im Sektor der erneuerbaren Energien und hob hervor:

„*Significantly, the Spanish courts had addressed the question of immutability of tariffs and related regimes, and done so before the Claimants invested. In March 2007, for example, the Spanish Supreme Court* ***ruled that there is no vested right to receive a specific subsidy*** *in the future,* ***instead only recognising that the law provides for a reasonable rate of return on investments***."[1287]

[1284] *Eiser v. Spain*, Rz 434 (Hervorhebung durch den Autor).

[1285] *Isolux v. Spain*, Rz 548; *Selivanova*, Changes in Renewables Support Policy and Investment Protection under the Energy Charter Treaty, 452.

[1286] *Isolux v. Spain*, Rz 532 mit Verweis auf die Entscheidung des Spanischen Höchstgerichtes in FN 762.

[1287] *OperaFund v. Spain*, dissenting opinion Sands, Rz 21 (Hervorhebung durch den Autor).

i. Exkurs: Die angemessene Rendite und das Kriterium des wirtschaftlichen Gleichgewichtes („*economic equilibrium*“)

Wie bereits ausgeführt, gebietet nach Auffassung des Schiedsgerichts in *Total S.A v. Argentina* die Wahrung des wirtschaftlichen Gleichgewichts („*economic equilibrium*“) die Gewährung einer angemessenen Rendite.[1288] Das Schiedsgericht führte zunächst aus, dass im Allgemeinen die Frage, ob das Vertrauen des Investors auf die Stabilität der Gesetzeslage abseits konkreter Zusicherungen schützenswert sei, schwer zu beurteilen sei.[1289] Solch ein Vertrauensschutz könne nach Auffassung des Schiedsgerichts angenommen werden, wenn die gesetzlichen Vorgaben das „wirtschaftliche Gleichgewicht“ („*economic equilibrium*“) aus dem Grundsatz der „gesetzlichen Fairness“ wahren sollen.[1290] Hierzu führt das Schiedsgericht aus, dass der Investor nicht von jeder Änderung der Gesetzeslage durch den FET-Standard geschützt werde. Das „wirtschaftliche Gleichgewicht“[1291] gebiete es jedoch, dass – bei gewöhnlicher Ausgangslage und bei Vorliegen eines langen Investitionszeitraums – der Investor seine Kosten decken und eine Rendite mit seiner Investition erwirtschaften könne. Sollte dies dem Investor aufgrund nachteiliger Gesetzesänderungen nicht mehr möglich sein, sei nach Auffassung des Schiedsgerichts dadurch eine Verletzung des FET-Standards zu erblicken.

Hierzu hielt das Schiedsgericht fest:

„***This does not mean that any change or alteration of the regime****, negatively affecting the operations of the private generators and their economic equilibrium,* ***is shielded from the application of the fair and equitable treatment standard guaranteed*** *by the BIT. The respect for* ***economic equilibrium principle*** *entails that,* ***in normal situations and from a long term perspective, the private generators are able to cover their costs and make a return on their investment, while providing their services to the market and consumers as required under the Electricity Law****. If this was not the case due to the changes made to the electricity pricing principles after 2002, Argentina would have breached its obligations under Article 3 of the BIT.*“[1292]

[1288] *Total v. Argentina*, Rz 167.
[1289] *Total v. Argentina*, Rz 122.
[1290] *Total v. Argentina*, Rz 122, 309, 327.
[1291] Auch in der Entscheidung *Impregilo v. Argentina* wird auf ein „*equilibrium*“ von Rechten und Pflichten abgestellt. Dieses wurde durch das Schiedsgericht jedoch aus der Konzession abgeleitet, welche dem Investor durch den Gaststaat erteilt wurde, siehe *Impregilo v. Argentina*, Rz 330.
[1292] *Total v. Argentina*, Rz 313 (Hervorhebung durch den Autor).

In diesem Zusammenhang ist auf die *partial dissenting opinion* von Schiedsrichter *Douglas* zu *Mathias Kruck v. Spain* zu verweisen.[1293] *Douglas* hob darin hervor, dass aufgrund des Umstandes, dass dem Investor durch nachteilige Gesetzesänderungen die Möglichkeit zur Erwirtschaftung einer angemessenen Rendite beschnitten werde, eine Unverhältnismäßigkeit der Gesetzesänderungen angenommen werden könne. Auch daraus lässt sich ableiten, dass die Gewährung einer angemessenen Rendite als "Mindestmaß" zum wirtschaftlichen Gleichgewicht beiträgt.

c) Die Vertrauensgrundlage für die Annahme eines Vertrauensschutzes auf Erzielung einer angemessenen Rendite

Die bisherige Untersuchung hat gezeigt, dass ein Schutz berechtigter Erwartungen auf Erzielung einer angemessenen Rendite in der Schiedsjudikatur auch abseits konkreter Zusicherungen angenommen wurde. Dieser Vertrauensschutz wurde zum Teil aus dem FET-Standard bzw. dem in Investitionsabkommen geregelten Begriff der ‚Investition' abgeleitet. Zum Teil wurde dieser Vertrauensschutz jedoch auch aus den gesetzlichen Vorgaben abgeleitet. So verwies etwa auch das Schiedsgericht in *BG Group v. Argentina* auf die Pflicht des Gaststaates zur Gewährung einer angemessenen Rendite. Diese Annahme stützte das Schiedsgericht auf die konkreten gesetzlichen Vorgaben im „*Gas Decree*".[1294]

Auch in *PV Investors v. Spain*[1295] wurde der Vertrauensschutz auf eine „*reasonable rate of return*" aus den gesetzlichen Vorgaben abgeleitet. Durch das Schiedsgericht wurde hierbei betont, dass die „*reasonable rate of return*" ein ‚Leitmotiv' der später nachteilig abgeänderten gesetzlichen Rahmenbedingungen dargestellt habe.[1296]

[1293] *Mathias Kruck and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/23, Partial Dissenting Opinion by Zachary Douglas (13. Sep 2022), Rz 113.

[1294] *BG Group v. Argentina*, Rz 305.

[1295] *PV Investors v. Spain*, Rz 616.

[1296] In *Novenergia v. Spain* wurde festgehalten, dass durch die 2013/2014 durchgeführten Gesetzesänderungen das 2007er-Regelwerk radikal und unerwartet geändert worden sei. In dem neuen Regelwerk würde dem Investor ‚lediglich' eine „*reasonable rate of return*" gewährt werden. Auch das Schiedsgericht in *Novenergia* hat somit die Grundlage für berechtigte Erwartungen auf Erzielung einer angemessenen Rendite aus den konkreten gesetzlichen Vorgaben abgeleitet, siehe *Novenergia v. Spain*, Rz 622, 694ff sowie *Power*, Solar Wars Part IV: The Eiser Award was not a Rouge One, 24.07.2018, abrufbar unter: https://www.mondaq.com/uk/arbitration-dispute-resolution/721790/solar-wars-part-iv-the-eiser-award-was-not-a-rogue-one, zuletzt abgerufen am 26.12.2024; zu einem ähnliches Ergebnis kam das Schiedsgericht in *Wirtgen v. Czech Republic*: „*The tribunal, however, held that the* ***guarantees of return to investors as the groundwork of the renewable energy promotion regime*** *had been left intact. If an investor would continue to receive a level of revenue through the FIT system that ensures a 15 year payback of capital expenses and a return on investment of at least 7 % per year over a period of 15 (later 20) years, there should not be a breach.*" (Hervorhebung durch den Autor). Auch aus diesen Ausführungen lässt sich ableiten, dass die Erwartungen auf eine angemessene Rendite durch das Schiedsgericht aus den konkreten gesetzlichen Vorgaben abgeleitet wurden; siehe hier ferner *Draguiev*, Legitimate Expectations in Renewable Energy Arbitrations: The Lessons so far, Kluwer Arbitration Blog, 22.03.2018.

d) Ergebnis

Es ist einer Investition wesensimmanent, dass sich der Investor hieraus zumindest die Erzielung einer angemessenen Rendite erhofft. Hierbei muss jedoch unterstrichen werden, dass Investitionen, insbesondere im Ausland, im Allgemeinen risikobehaftet sind. Nach allgemeinen wirtschaftlichen Gesichtspunkten ist dementsprechend auch ein Totalverlust möglich.

Für einen Vertrauensschutz auf Erzielung einer angemessenen Rendite ist nach der hier vertretenen Meinung eine hinreichende Vertrauensgrundlage im konkreten Sachverhalt erforderlich. Der Auffassung des Schiedsgerichts in *Walter Bau*, wonach ein Schutz berechtigter Erwartungen auf Erzielung einer angemessenen Rendite auch abseits des konkreten Sachverhalts aus dem FET-Standard selbst abgeleitet werden könne, ist daher nicht zu folgen. Wie insbesondere die im Zuge der Energiekrise ergangenen Schiedsentscheidungen zeigen, können die vorherrschenden gesetzlichen Vorgaben solch eine Vertrauensgrundlage bilden. In diesem Fall ist zu prüfen, ob aus den gesetzlichen Vorgaben gewisse Renditeversprechungen abgeleitet werden können. Es muss sich aus den gesetzlichen Vorgaben in objektiver Sicht ableiten lassen, dass Investoren berechtigterweise erwarten können, dass sie mit der Investition zumindest eine angemessene Rendite erzielen werden. Im Zusammenhang mit berechtigten Erwartungen auf eine angemessene Rendite wurden somit die gesetzlichen Vorgaben auch abseits konkreter Zusicherungen wiederholt als ausreichende Vertrauensgrundlage angesehen. Für die Zuerkennung von berechtigten Erwartungen, die über die Erzielung einer angemessenen Rendite hinausgehen, wurde durch Schiedsgerichte in den ‚Spanienfällen' jedoch wiederholt auf das Vorliegen von dahingehenden konkreten Zusicherungen abgestellt.[1297]

Im Ergebnis ist es stimmig, dass berechtigte Erwartungen auf Erzielung einer angemessenen Rendite ihre Grundlage in den gesetzlichen Vorgaben auch abseits konkreter Zusicherungen haben können. In diesem Zusammenhang ist die vom Schiedsgericht in *Total S.A.* vertretene Auffassung zum „*economic equilibrium*" in Erinnerung zu rufen. Wenn die gesetzlichen Rahmenbedingungen, die die Erwirtschaftung einer angemessenen Rendite mit der Investition ermöglicht haben, nach Vornahme der Investition derart nachteilig abgeändert werden, dass die Erwirtschaftung einer angemessenen Rendite nicht mehr möglich ist, wird aufgrund der dadurch bewirkten

[1297] Siehe die Ausführungen in Abschnitt c) zu den Fällen *Eiser v. Spain* und *OperaFund v. Spain*; siehe ferner *RREEF v. Spain*, Rz 471; *PV Investors v. Spain*, Rz 616; vgl zu den Verfahren die Ausführungen in Kap X C l) und o).

unverhältnismäßigen Störung des wirtschaftlichen Gleichgewichtes eine Verletzung berechtigter Erwartungen auch abseits konkreter Zusicherungen zu bejahen sein.

Es ist bei der Prüfung möglicher berechtigter Erwartungen auf Erzielung einer angemessenen Rendite jedoch auch auf die Sorgfaltspflicht des Investors Bedacht zu nehmen. Aus diesem Grund werden im Falle von besonders riskanten Investitionen bzw sich zum Zeitpunkt der Investition bereits abzeichnenden Gesetzesänderungen[1298] berechtigte Erwartungen auf Erzielung einer angemessene Rendite regelmäßig nicht zuzuerkennen sein.

H. Die Verletzung berechtigter Erwartungen durch Unterlassen

a) Einleitung

Es stellt sich die Frage, ob eine Verletzung der berechtigten Erwartungen in Fällen von nachteiligen Gesetzesänderungen bejaht werden kann, in denen der Staat zwar keine konkreten Zusicherungen im Hinblick auf die Stabilität der Gesetze erteilt hat, er es jedoch unterlassen hat, die aus den nachteiligen Gesetzesänderungen resultierenden Nachteile für den Investor auf das gebotene Ausmaß zu minimieren. Zu fragen ist daher, ob sich der Gaststaat schadenersatzpflichtig macht, wenn er den Investor mit nachteiligen Gesetzesänderungen ‚sehenden Auges' ins Verderben schickt.[1299]

Potesta führt hierzu aus:

„*Some may view this as regrettable for the ensuing lack of legal certainty, with stakeholders unable to predict when a change in framework will cross the line and become a treaty breach. However, one may envisage certain general safeguards that States should observe in order to avoid liability under a BIT when a significant change of the regulatory framework is susceptible to impact on foreign investors.* ***For example, in order for the change not to be too abrupt, the host State should give those affected by the change adequate warning and, where possible, adopt transitional measures****. The presence of such safeguards would likely be* ***taken into account by a tribunal when deciding whether a breach of fair and equitable treatment has occurred***."[1300]

[1298] Siehe hierzu die Erwägungen zu *Isolux v. Spain* Kap X C c).

[1299] So hat etwa der Investor in *Pakerings v. Lithuania,* Rz 339f, die Verletzung berechtigter Erwartungen auch darauf gestützt, dass die Regierung von Litauen darüber in Kenntnis war, dass ein Entwurf hinsichtlich einer Änderung der Gesetzeslage vorgelegen wäre und Litauen den Investor darüber informieren hätte müssen.

[1300] *Potesta*, Legitimate Expectations, 117 (Hervorhebung durch den Autor).

Dem Ansatz von *Potesta* ist grundsätzlich beizupflichten. Schließlich weiß der Gaststaat naturgemäß als erster darüber Bescheid, ob (für den Investor nachteilige) Gesetzesänderungen anstehen. Er kann daher die davon betroffenen Investoren darauf einstellen und versuchen, durch vorkehrende Maßnahmen Schadensbegrenzung zu betreiben.

Dass neben positivem Handeln auch ein Unterlassen zu einer Verletzung des FET-Standards führen kann, wurde auch durch das Schiedsgericht in *Micula II v. Romania*[1301] vertreten. Das Schiedsgericht hat festgestellt, dass neben positivem Handeln auch Unterlassen zu einer Verletzung des FET-Standards führen könne

Wie im Folgeabschnitt dargestellt wird, ist das Gebot der Schadensminderung im Zusammenhang mit der Frage der Verhältnismäßigkeit von nachteiligen Gesetzesänderungen zu betrachten.

b) Die Verletzung des FET-Standards durch Unterlassung und die Schadensminderungspflicht des Gaststaates bei gesetzlichen Maßnahmen

Die Unterlassung einer gebotenen Schadensminderungspflicht im Zusammenhang mit gesetzlichen Maßnahmen war im Verfahren *PSEG v. Turkey* ein Thema. In dem Verfahren wurde durch das Schiedsgericht ausgeführt, dass der Gaststaat in Anbetracht der nachteiligen gesetzlichen Maßnahmen seiner ‚Reaktionspflicht' nicht nachgekommen sei.[1302] Somit wäre nach Auffassung des Schiedsgerichtes aktives Handeln seitens des Gaststaates zur Verringerung des Schadens iZm den nachteiligen gesetzlichen Maßnahmen geboten gewesen. Auch aus *Saluka v. Czech Republic*[1303] lässt sich der Gedanke einer Schadensminderungspflicht ableiten. Das Schiedsgericht hat hierzu ausgeführt:

„*It is sufficient that Nomura (and subsequently Saluka), when making its investment, could reasonably expect that, should serious financial problems arise in the future for all of the Big Four*

[1301] *Micula v. Romania II*, Rz 360.

[1302] *PSEG v. Turkey*, Rz 246; hierzu hat das Schiedsgericht ausgeführt: „*Short of bad faith, there is in the present case first an evident negligence on the part of the administration in the handling of the negotiations with the Claimants. The fact that key points of disagreement went unanswered and were not disclosed in a timely manner, that silence was kept when there was evidence of such persisting and aggravating disagreement, that important communications were never looked at, and that there was a systematic attitude not to address the need to put an end to negotiations that were leading nowhere, are all manifestations of serious administrative negligence and inconsistency. (...) Even if some of these changes were introduced to facilitate investments and the conclusion of projects, and to that extent cannot be open to criticism under this standard, the administration again* ***failed to address the consequences of such changes in the negotiations and to accommodate*** *the factors in the equation under discussion, with particular reference to the commercial terms of the Project.*"

[1303] *Saluka v. Czech Republic,* Rz 328.

banks equally and in case the Czech Government ***should consider and provide financial support to overcome these problems****, it would do so* ***in a consistent and even-handed way****.*"[1304]

Es ist sohin von einer Schadensminderungspflicht des Gaststaates auszugehen, wenn dem Investor aufgrund der Unterlassung von gebotenen vorkehrenden Maßnahmen ein grundsätzlich vermeidbarer Schaden entsteht.[1305]

Eine Pflicht zur Schadensminderung lässt sich hierbei nach *Diehl*[1306] bereits aus dem Gebot des Schutzes berechtigter Erwartungen ableiten. *Diehl* argumentiert, dass der Schutz berechtigter Erwartungen das Gebot verkörpere, dem Vertrauenden keinen grundsätzlich vermeidbaren Schaden zuzufügen. Daher treffe die staatlichen Behörden die Pflicht, den Schaden, den der andere aufgrund des Vertrauens auf bestimmte Umstände erleidet, zu verhindern.

Die Frage, ob der Gaststaat die gebotenen Maßnahmen zur Schadensminderung gesetzt hat, ist bei Gesetzesänderungen in die vorzunehmende Verhältnismäßigkeitsprüfung einzubeziehen. Es ist hierbei bei der Verhältnismäßigkeitsabwägung darauf Bedacht zu nehmen, ob und inwiefern ein Ausgleich der (nachteiligen) Auswirkungen einer Gesetzesänderung erfolgt ist.[1307] Werden durch den Gaststaat bei besonders nachteiligen Gesetzesänderungen keine Kompensationsmaßnahmen gesetzt, könnte dies daher zu einer Unverhältnismäßigkeit der gesetzlichen Maßnahmen und somit einer Verletzung des FET-Standards führen.

Somit kann festgehalten werden, dass nicht das Unterlassen der gebotenen Schadensminderung bei nachteiligen Gesetzesänderungen per se eine Verletzung des FET-Standards begründet. Vielmehr ist dieser Umstand im Zuge der durchzuführenden Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen.

[1304] Hervorhebung durch den Autor.

[1305] Siehe hierzu auch *Urbaser v. Argentina,* Rz 628. Das Schiedsgericht führte aus, dass der FET-Standard und der Schutz der „*basic expectations*" des Investors es nicht verbieten würden, im öffentlichen Interesse gebotene Maßnahmen zu setzen. Diesfalls habe der Gaststaat jedoch die gebotenen Vorkehrungen zu setzen, um den Investor von den nachteiligen Auswirkungen dieser für ihn nicht vorsehbaren Maßnahmen zu schützen, siehe Rz 845ff, 1234; allgemein zur Schadensminderungspflicht in der internationalen Rechtsprechung siehe *I. Marboe*, Die Berechnung von Entschädigung und Schadenersatz in der internationalen Rechtsprechung (2009), 152; auch aus der Ausarbeitung von *Reisman/Arsanjani*, The Question of Unilateral Governmental Statements as Applicable Law, 342 lässt sich die Annahme solch einer Schadensminderungspflicht ableiten. Diesbezüglich führen die Autoren aus: „*Where statements are made either orally or distributed in writing in either hard copy or on-line, clearly promising certain conditions or treatment for foreign investors and such statements are made public and are made repeatedly and foreign investors relied on them,* ***and governments do not retrieve or qualify those statements of commitment before the conclusion of contracts with foreign investors,*** *they should, in our view, bind the state.*" (Hervorhebung durch den Autor).

[1306] *Diehl*, The core standard of Investment Protection, 340f.

[1307] *Redli*, Limitations to States' Regulatory Power, 67.

Die Verletzung von berechtigten Erwartungen durch Unterlassung kann auch angenommen werden, wenn der Staat zu dem Zeitpunkt, in dem der Investor die Investition tätigt, bereits konkrete Pläne für zukünftige, für den Investor nachteilige Abänderungen der gesetzlichen Vorgaben hat. Legt der Gaststaat diese Informationen gegenüber dem Investor zum Zeitpunkt der Vornahme der Investition nicht offen, könnte dies zu einer Verletzung der berechtigten Erwartungen aufgrund des Unterlassens der gebotenen Schadensminderungspflicht führen. In solchen Fällen wird dem Staat durch diese bewusste Verschweigung zum Nachteil des Investors wohl bereits Schlechtgläubigkeit zu unterstellen sein.[1308]

I. Die Notwendigkeit des Vorliegens einer „*konkreten Zusicherung*“ für die Erzeugung berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität

a) einleitende Worte

Wie bereits im Zuge dieser Arbeit thematisiert wurde, wird im Zusammenhang mit dem Schutz berechtigter Erwartungen bei nachteiligen Gesetzesänderungen in der Schiedspraxis regelmäßig darauf abgestellt, ob seitens des Gaststaates eine konkrete Zusicherung gegenüber den Investoren hinsichtlich der Stabilität bestimmter gesetzlicher Vorgaben abgegeben wurde.[1309] Auch in zahlreichen jüngeren Investitionsabkommen wird ausdrücklich auf das Vorliegen einer konkreten Zusicherung im Zusammenhang mit dem Schutz berechtigter Erwartungen abgestellt.

Das Abstellen auf das Vorliegen einer konkreten Zusicherung lässt sich damit begründen, dass dem ausländischen Investor ein Schutz berechtigter Erwartungen nur zuerkannt werden soll, wenn dessen Vertrauen auf einer „rechtlich gesicherten Position“ („*vested right*“) fußt.[1310] So betonte etwa

[1308] Siehe auch *Zannoni*, Regulatory stability, 454: „*If a state acts fraudulently or in bad faith, then there is at least a prima facie case for arguing that the FET principle has been violated. Think of a state which promises incentives to investors up to a certain date and then suddenly removes them prior to that date as soon as the pursued objective of the state's energy policy has been achieved.*“; auch *Draguiev* (Bad Faith Conduct of States in Violation of the 'Fair and Equitable Treatment' Standard, 276) betont unter Bezugnahme auf einen Spezialbericht der Völkerrechtskommission, dass Unterlassen des Gaststaates zum Nachteil eines anderen Bösgläubigkeit begründen könne.

[1309] Siehe Kap IV B c) i; siehe *Total S. A. v. Argentina*, Dissenting Opinion *Marcano,* Rz 26 mit Verweis auf die vergleichbaren Anforderungen in nationalen Rechtsordnungen.

[1310] Siehe *Johnson/Volkov*, Investor-State Contracts, Host-State “Commitments” and the Myth of Stability in International Law, 379 unter Verweis auf *Total S. A. v. Argentina* (Rz 117); vgl auch *Abi-Saab* in seiner *dissenting opinion* zur Entscheidung *Micula v. Romania*, Rz 3ff; vgl ferner das Schiedsgericht in *Stadtwerke v. Spain*, Rz 287: „*It is clear that an investor cannot reasonably rely on PowerPoint presentations from Spanish agencies with no regulatory powers to base their expectations in relation to the legal regime for investments in Spain. Legitimate expectations must be grounded in the law and not based upon promotional literature about what the law says.*“; ferner *Laitos,* Law of Property Rights Protection*,* 287; in der Schiedspraxis wird wiederholt hervorgehoben, dass nur eine inviduelle, konkrete Zusicherung solch eine rechtlich-gesicherte Vertrauensgrundlage erzeugen kann, siehe etwa *Metalpar v. Argentina*, Rz 183: „*Legitimate expectations by definition require a promise of the administration on which the Claimants rely to assert a right that needs to be observed*“.

das Schiedsgericht in *Sun Reserve v. Italy* das Erfordernis einer gesicherten Rechtsposition als Grundlage für berechtigte Erwartungen:

„*Therefore, with respect to the second disputed matter in above, this Tribunal finds that legitimate expectations should be 'crystallized', inasmuch as they are required to be objectively knowable and certain, and not based on subjective hopes or beliefs.*"[1311]

Wie im Zuge der in der Arbeit vorgenommenen Judikaturanalyse aufgezeigt wurde, wurde in zahlreichen Entscheidungen der insbesondere jüngeren Schiedspraxis die Verletzung berechtigter Erwartungen auf die Beständigkeit der Gesetzeslage auch abseits von konkreten Stabilitätszusicherungen bejaht.[1312] Es stellt sich daher die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Gesetzeslage im Gaststaat als solche abseits konkreter Zusicherungen dem Investor eine derart gesicherte Rechtsposition für die Erzeugung von berechtigten Erwartungen verschaffen kann.

Treffend hat *Craig* in Hinblick auf den Schutz berechtigter Erwartungen in der englischen Rechtsordnung die Frage aufgeworfen:

„*...what was the 'legal alchemy which gives an expectation sufficient legitimacy to secure enforcement in public law'?*"[1313]

b) Das Einstehen des Staates für erteilte Zusicherungen aus dem Gebot der Konsistenz

Im Allgemeinen steht es den Staaten aufgrund ihrer staatlichen Souveränität frei, bestehenden gesetzlichen Bestimmungen wieder abzuändern.[1314] Unter gewissen Umständen ist der Gaststaat jedoch verpflichtet, ausländischen Investoren die aufgrund von Gesetzesänderungen entstandenen Nachteile zu ersetzen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Gaststaat vor Abänderung der Gesetze die Stabilität dieser Vorgaben gegenüber Investoren zugesichert hat.[1315] In derartigen Fällen

[1311] *Sun Reserve v. Italy*, Rz 699.

[1312] Siehe Kap VII A sowie Kap X C; siehe ferner *Electrabel v. Hungary*, Rz 7.78: „*while specific assurances given by the host State may reinforce the investor's expectations, such an assurance is not always indispensable:* ***Specific assurances will simply make a difference in the assessment of the investor's knowledge and of the reasonability and legitimacy of its expectations***." (Hervorhebung durch den Autor); unstrittig ist, dass es nicht erforderlich ist, dass die erteilte Zusicherung auch nach dem Recht des Gaststaates rechtlich verbindlich sein muss, siehe etwa *Total S. A. v. Argentina*, Dissenting Opinion *Marcano*, Rz 2; *El Paso v. Argentina*, Rz 379.

[1313] *Craig*, Substantive Legitimate Exepctations, 294 unter Verweis auf die Erwägungen von Richter *Sedley J.* im Zusammenhang mit dem englischen Fall *R. v. Secretary of State for the Home Department, exp. Ruddock*.

[1314] Siehe hierzu Kap II A.

[1315] Kritisch jedoch, inwiefern auch bei einer konkreten Zusicherung im Fall von Gesetzesänderungen eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen ist, siehe Abschnitt C e) dieses Kapitels.

verhält sich der Gaststaat durch die Abänderung der Gesetze inkonsistent zu den zuvor erteilten Zusicherungen.[1316]

In diesem Zusammenhang ist auf das ‚Konsistenzprinzip', wie es insbesondere von *K. J. Vandevelde*[1317] begrifflich geprägt wurde, zu verweisen. *Vandevelde* unterstreicht in seiner Ausarbeitung zum Prinzip der Konsistenz zunächst im Einklang mit der Schiedspraxis, dass es Staaten grundsätzlich freistehe, die Gesetze zu ändern. Die Verletzung des „Prinzipes der Konsistenz" sei ihmzufolge dann zu erblicken, wenn der Gaststaat dem Investor zunächst zusichern würde, auf eine bestimmte Weise zu handeln und sein späteres Verhalten im Widerspruch zu dieser zuvor erteilten Zusicherung stehen würde.[1318] Für *Vandevelde* stellt das Konsistenzprinzip die dogmatische Grundlage für die Doktrin des Schutzes berechtigter Erwartungen dar. Die Verletzung berechtigter Erwartungen sei in der Regel in Situationen anzunehmen, in denen der Staat inkonsistent zu zuvor erteilten Zusicherungen handeln würde.[1319] In dem Zusammenhang betont *Vandevelde* weiters, dass der Schutz berechtigter Erwartungen durch Schiedsgerichte oftmals falsch angewandt werde, da Schiedsgerichte regelmäßig lediglich feststellen würden, dass ein bestimmtes Verhalten des Gaststaates dem Investor einen Schaden zugefügt habe. Es werde hierbei jedoch häufig eine nähere Prüfung dahingehend unterlassen, auf welcher Grundlage diese berechtigten Erwartungen fußen. *Vandevelde* zufolge sei aus diesem Grund die Sachlage in zwei Schritten zu prüfen. Zunächst sei zu prüfen, welches vertrauenserzeugende Verhalten bzw welche Zusicherung seitens des Gaststaates ursprünglich gesetzt wurde. In einem nächsten Schritt müsse in Erfahrung gebracht werden, ob eine spätere Maßnahme des Gaststaates zum Nachteil für den Investor inkonsistent zu dem ursprünglich gesetzten Verhalten bzw der ursprünglich erteilten Zusicherung

[1316] Auch *Dolzer* (Fair and Equitable Treatment: Today's Contours, 20ff) betrachtet die Änderung der Gesetzeslage unter dem Gesichtspunkt der Konsistenz. Ihmzufolge sei von einer Verletzung dieses Prinzips dann nicht auszugehen, wenn überzeugende Gründe für eine Änderung der Gesetzeslage vorliegen; siehe hierzu auch *Lauder v. Czech Republic*, Rz 297, wo das Schiedsgericht festhält: „*[t]here can not be any inconsistent conduct in a regulatory body taking the necessary actions to enforce the law, absent any specific undertaking that it will refrain from doing so*".

[1317] *K. J. Vandevelde*, Legitimate Expectations, 66; siehe zum Grundsatz der Konsistenz im englischen Recht *K. Steyn*, Consistency – A Principle of Public Law? Judicial Review, 2:1 (1977) 22 (22f); kritisch *Wongkaew*, Theory of Legitimate Expectations, 199; zur Hervorhebung des Gebotes konsistenten Handelns siehe *Saluka v. Czech Republic*, Rz 307: „*A foreign investor protected by the Treaty may in any case properly expect that the Czech Republic implements its policies bona fide by conduct that is, as far as it affects the investors' investment, reasonably justifiable by public policies and that such conduct does not manifestly violate the requirements of* ***consistency****, transparency, even-handedness and non-discrimination*." (Hervorhebung durch den Autor); zum Gedanken der Konsistenz beim Vertrauensschutz im nationalen Rechtsvergleich siehe Kap VII C d).

[1318] *Vandevelde*, Legitimate Expectations, 66; siehe auch *Hirsch*, Between Fair and Equitable Treatment and Stabilization Clause, 17.

[1319] *Vandevelde*, Legitimate Expectations, 68; allgemein zur dogmatischen Grundlage des Vertrauensschutzes im Investitionsrecht siehe Kap VII B.

sei.[1320] An dieser Stelle ist *Vandevelde* dahingehend beizupflichten, dass insbesondere in älteren Schiedsentscheidungen in der Regel lediglich auf den durch nachteilige staatliche Maßnahmen (etwa Gesetzesänderungen) beim Investor entstandenen Schaden abgestellt wurde. Der eigentlichen Vertrauensgrundlage wurde in der älteren Schiedspraxis in der Regel wenig Beachtung geschenkt.[1321] Die von *Vandevelde* geäußerte Auffassung greift jedoch insofern zu kurz, als nach dieser primär bloß auf die nachteilige *Abweichung* von einer zuvor getätigten staatlichen Maßnahme, etwa einer Zusicherung, abzustellen ist. Bei dieser Betrachtungsweise geht jedoch unter, dass auch der rechtliche Gehalt dieser vertrauenserzeugenden staatlichen Maßnahme geprüft werden muss. Die staatliche Maßnahme muss schließlich auch eine ausreichend fundierte Vertrauensgrundlage für die Erzeugung berechtigter Erwartungen darstellen.[1322] Diese Frage stellt sich insbesondere dann, wenn das Vertrauen des Investors seine Grundlage in der Gesetzeslage als solcher hat.[1323] *Vandevelde* geht in seiner Ausarbeitung auf die Frage, ob Gesetze in diesem Zusammenhang eine ausreichende Vertrauensgrundlage bilden können, nicht näher ein.[1324]

Im Hinblick auf die aufgezeigte Notwendigkeit einer rechtlich fundierten Vertrauensgrundlage ist auf die Ausarbeitung von *Nikken* in seiner *dissenting opinion* zu *Suez v. Argentina* zu verweisen.[1325] Nach *Nikken* ergibt sich die Pflicht zum konsistenten Verhalten des Gaststaates aus dem Estoppel-Prinzip[1326] und dem Gebot des „*good goverence*“. *Nikken* betont, dass diese Pflicht zur Konsistenz nur dann durch den Gaststaat verletzt werde, wenn die zunächst gesetzte Maßnahme eine ‚rechtliche‘ Verpflichtung begründen würde, von der der Gaststaat nicht ohneweiters zum Nachteil des Investors abgehen könne.[1327] Nach dieser Auffassung ist somit erforderlich, dass das

[1320] *Vandevelde*, Legitimate Expectations, 68.

[1321] Zur Kritik an der älteren Schiedspraxis siehe Kap VII c) i.

[1322] Zur Problematik von bloß die Gesetzesvorgaben wiederholenden ‚Zusicherungen‘ siehe Abschnitt h) dieses Kapitels.

[1323] Hier ist etwa auf die indische Entscheidung *GNCT of Delhi v. Naresh Kumar* zu verweisen, wo seitens des Gerichtes hervorgehoben wurde, dass ein Schutz berechtigter Erwartungen auf eine bereits lange bestehende kontinuierliche Praxis auch abseits konkreter Zusicherungen angenommen werden könne, siehe *GNCT of Delhi & Ors v. Naresh Kumar*, Delhi High Court (Nov 12, 2010), Rz 22, abrufbar unter:https://www.casemine.com/judgement/in/56090d8de4b0149711179fef, zuletzt abgerufen am 27.12.2024; auch in *Mamidoil v. Albania* hält das Schiedsgericht fest, dass berechtigte Erwartungen durch ‚implizite‘ Zusicherungen seitens des Gaststaates erzeugt werden können und diese die Verpflichtung des Gaststaates begründen können, konsistent zu handeln (Rz 731).

[1324] *Vandevelde*, Legitimate Expectations 78; mit Ausnahme der Entscheidung *PSEG v. Turkey*, die aufgrund der besonderen Konstellation („*roller-coaster effect*“) des Sachverhaltes einen Ausreißer darstellt, siehe dazu Kap VII b); siehe zur Frage, inwiefern Gesetze als Zusicherungen oder ‚Handeln‘ des Staates verstanden werden können, Abschnitt M dieses Kapitels.

[1325] *Suez v. Argentina*, Dissenting Opinion *Nikken* Rz 22ff.

[1326] *Suez v. Argentina*, Dissenting Opinion *Nikken* Rz 23, FN 24.

[1327] *Suez v. Argentina*, Dissenting Opinion *Nikken* Rz 22.

ursprüngliche Verhalten des Gaststaates eine hinreichend rechtlich fundierte Basis für die Erzeugung von schützenswertem Vertrauen aufweist. Dieser Auffassung ist grundsätzlich beizupflichten. Wie bereits kritisch zur Ansicht von *Vandevelde* aufgezeigt wurde, kann für die Annahme der Verletzung berechtigter Erwartungen schließlich nicht bloß darauf abgestellt werden, ob ein später gesetztes Verhalten des Staates inkonsistent zu dem vorherigen ist. Vielmehr muss überdies geprüft werden, ob die ursprünglich gesetzte Maßnahme (etwa ein erlassenes Gesetz), von dem der Gaststaat später zum Nachteil des Investors abgeht, überhaupt eine ausreichende Basis für ein schützenswertes Vertrauen des Investors auf Konsistenz bildet. Jedoch lässt – gleich wie *Vandevelde* - auch *Nikken* offen, ob generelle gesetzliche Vorgaben abseits konkreter Zusicherungen solch eine hinreichend fundierte Vertrauensgrundlage darstellen können.[1328] Im Zuge der weiteren Untersuchung in diesem Abschnitt wird sohin der Frage nachgegangen, wann eine derart fundierte Vertrauensgrundlage anzunehmen ist.

i. Exkurs: Neugewählte Regierung und „Konsistenzgebot"

Regelmäßig wird die Änderung in der politischen Ausrichtung im Gaststaat im Konflikt mit dem ‚Gebot der Konsistenz' stehen. Es ist hierbei an Fälle zu denken, in denen die ursprüngliche Regierung des Gaststaates dem Investor durch bestimmte Maßnahmen ein Vertrauen iZm der bestehenden Gesetzeslage erzeugt hat. Wenn die später gewählte Regierung in weiterer Folge, aufgrund einer von der ursprünglichen Regierung abweichenden Politik, die Gesetze zum Nachteil des Investors abändert[1329], stellt sich die Frage, ob die neu gewählte Regierung an die Zusicherungen der geschiedenen Regierung gebunden ist.[1330] An dieser Stelle ist auf die Entscheidung *MTD v. Chile* zu verweisen. In der Entscheidung hat das Schiedsgericht im Zusammenhang mit inkonsistenten Maßnahmen verschiedener Organe der selben Regierung des Staates festgehalten:

[1328] Zum ‚vested right' des Investors siehe Abschnitt a) dieses Kapitels; *Nikken* führt aus, dass es Erwartungen, die auf generelle gesetzliche Bestimmungen des Gaststaates gestützt werden, an einer hinreichend fundierten Grundlage für einen rechtlich durchsetzbaren Anspruch gegenüber dem Gaststaat fehlen würde (Rz 26); auch in *Parkerings v. Lithuania,* Rz 331*,* hat das Schiedsgericht die Änderung der Gesetzeslage untersucht und hervorgehoben, das der Staat die Gesetze nicht in inkonsistenter Weise zu zuvor erteilten Zusicherungen abändern dürfe.

[1329] In diesem Zusammenhang ist auf Vertragstext des Mexico-EU-FTA zu verweisen, wo die Vertragserrichter in der Fußnote zum FET-Standard festgehalten haben, dass die inkonsistente Anwendung von gesetzlichen Vorgaben allein keine offenkundige Willkür begründet. Diese Vorgabe ist dahingehend von Interesse, da offenkundige Willkür in den jüngeren Freihandelsabkommen als das ‚Eingangstor' für die Verletzung berechtigter Erwartungen angesehen wird, siehe hierzu Kap VIII C c); siehe ferner *Van Harten*, Five Justifictaions for Investment Treaties: A Critical Discussion, 32, über die Bindung neu gewählter Regierungen an zuvor abgeschlossene Investitionsabkommen und die damit einhergehende demokratische Problematik.

[1330] Diese Problematik wurde in *R. Dolzer*, Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties, International Lawyer, Vol. 39, No. 1 (2005), 87 (106) angesprochen; vgl *Dralle*, Der Fair and Equitable Treatment-Standard, 19f.

„*What the Tribunal emphasizes here is the inconsistency of action between two arms of the same Government vis-à-vis the same investor.*"[1331]

Daraus ergibt sich, dass verschiedene Stellen derselben Regierung grundsätzlich zur Konsistenz verpflichtet sind. Auf den ersten Blick erscheint auch im Falle eines Regierungswechsels die Antwort klar, da das Verhalten staatlicher Organe dem Gaststaat zuzurechnen ist und der Gaststaat als solcher gegenüber dem Investor zur Wahrung dessen berechtigter Erwartungen verpflichtet ist.

In diesem Zusammenhang ist auf die Entscheidung *Encana v. Ecuador* hinzuweisen, in der durch das Schiedsgericht ausgeführt wurde:

„*One arm of the State cannot finally affirm what another arm denies to the detriment of a foreign investor.*"[1332]

Bei näherer Betrachtung muss jedoch darauf Bedacht genommen werden, dass ein Wechsel der Regierung in der Regel auch einen Wechsel in der politischen Ausrichtung im Gaststaat bedeutet. Es könnte hier ins Treffen geführt werden, dass es dem Gaststaat – im Sinne des öffentlichen Interesses – freistehen muss, von der bisherigen, durch die vorherige Regierung verfolgten, Gesetzespolitik abzugehen. Auch ist darauf Bedacht zu nehmen, dass ausländische Investoren stets mit einem politischen Wandel im Gaststaat rechnen müssen. Eine direkte Behandlung dieser Frage im Zusammenhang mit dem Schutz berechtigter Erwartungen bei Gesetzesänderungen ist durch die Schiedsgerichtsbarkeit bis dato jedoch noch nicht erfolgt. In Fällen, in denen dem Investor durch die ehemalige Regierung konkrete Zusicherungen auf Beibehaltung der gesetzlichen Vorgaben erteilt wurden, ist jedoch von einer Bindung der neuen Regierung an diese Zusicherungen der früheren Regierung auszugehen.[1333] Auch der Umstand, dass die neu gewählte Regierung womöglich eine andere politische Ausrichtung verfolgt, vermag an der rechtlichen Bindung nichts zu ändern. Dies wurde auch in *Vivendi v. Argentina II* dahingehend bestätigt, dass das Schiedsgericht zunächst festgehalten hat, dass es der neuen Regierung naturgemäß freistehen würde, bereits von der vorherigen Regierung an den Investor erteilte Konzessionen neu zu verhandeln.[1334] Hierbei betont

[1331] *MTD v. Chile*, Rz 163.
[1332] *Encana v. Ecuador*, Rz 158.
[1333] Zum ‚vested right' des Investors siehe Unterabschnitt a).
[1334] *Vivendi v. Argentina II,* Rz 7.4.31.

das Schiedsgericht jedoch, dass es dem FET-Standard widersprechen würde, wenn die neue Regierung eine bereits erteilte Konzession missachtet oder untergräbt.[1335]

ii. Exkurs: „Implizite" konkrete Zusicherungen

In einigen Schiedsentscheidungen findet sich die kryptische Ausführung, dass konkrete Zusicherungen als Grundlage für die Erzeugung berechtigter Erwartungen explizit oder implizit erteilt werden können.[1336] In Ansehung des Forschungsgegenstandes dieser Arbeit drängt sich die Frage auf, ob generelle gesetzliche Vorgaben als derartige ‚implizite' Zusicherungen angesehen werden können.

Das Schiedsgericht in *Frontier Petroleum v. Czech Republic* hat hierzu ausgeführt*:*

„*Stability means that the investor's legitimate expectations* ***based on this legal framework and*** *on any undertakings and representations* ***made explicitly or implicitly by the host state will be protected****. The investor* ***may rely on that legal framework as well as on representations and undertakings*** *made by the host state including those in legislation, treaties, decrees, licenses, and contracts.*"[1337]

In *Toto v. Lebanon* wurde hierzu ins Treffen geführt:

„*Legitimate expectations may* ***follow from explicit or implicit representations*** *made by the host state, or from its contractual commitments.* ***The investor may even sometimes be entitled to presume that the overall legal framework of the investment will remain stable****.*"[1338]

Aus der durch das Schiedsgericht vorgenommenen Differenzierung zwischen Gesetzen auf der einen Seite und ex- bzw. impliziten Zusicherungen auf der anderen Seite kann abgeleitet werden, dass gesetzliche Vorgaben selbst nicht als ‚implizite' konkrete Zusicherungen einzuordnen sind.[1339]

[1335] *Vivendi v. Argentina II,* Rz 7.4.39.

[1336] Siehe *Mamidoil v. Albania*, Rz 731; *Parkerings v. Lithuania*, Rz 331; *Watkins v. Spain*, Rz 518; *Antaris v. Czech Republic*, Dissenting Opinion *Born*, Rz 36; *Wirtgen v. Czech Republic*, Dissenting Opinion Born, Rz 13; siehe die näheren Ausführungen zum Sachverhalt in *Parkerings v. Lithuania* im Zusammenhang mit der ‚impliziten Zusicherung' in Kap VII A b).

[1337] *Frontier Petroleum v. Czech Republic*, Rz 28.

[1338] *Toto v. Lebanon*, Rz 159.

[1339] Dies ergibt sich auch aus der Entscheidung *Parkerings v. Lithuania*, wo das Schiedsgericht in Rz 334 festhielt: „*In the present case, various modifications of laws occurred in Lithuania. It is not contested that these amendments had an impact on the investment expectations of the Claimant, as it was deprived of its right to receive part of its expected income. Neither is it contested that the Republic of Lithuania* ***gave no specific assurance or guarantee to Parkerings that no modification of law, with possible incidence on the investment, would occur****. The legitimate expectations of the Claimant that the legal regime would remain unchanged are not based on or reinforced by* ***a particular behaviour of the Respondent. In other words, the Republic of Lithuania did not give any explicit or implicit promise that the***

Anderer Ansicht ist hier *Born*, der die Auffassung vertritt, dass unter den in der Schiedsjudikatur thematisierten ‚impliziten' Zusicherungen auch generelle Normen zu subsumieren wären.[1340]

Festzuhalten ist, dass sich aus der Schiedsjudikatur nicht zweifelsfrei ergibt, was unter einer ‚impliziten' Zusicherungen zu verstehen ist.[1341] Solch eine implizite Zusicherung könnte etwa aus dem Gesamtverhalten des Gaststaates abgeleitet werden. So etwa, wenn sich aus dem Gesamtverhalten des Gaststaates[1342] die Zusicherung ableiten lässt, dass der Staat seine gesetzlichen Vorgaben nicht ändern werde. Für die Annahme solch einer impliziten Zusicherung wird ein strenger Maßstab anzusetzen sein. Da nach den aufgezeigten Ausführungen durch die Schiedsgerichte in *Frontier Petroleum v. Czech Republic* und *Toto v. Lebanon* ausdrücklich zwischen gesetzlichen Vorgaben und impliziten Zusicherungen als möglicher Grundlage für die Erzeugung berechtigter Erwartungen differenziert wird, werden gesetzliche Vorgaben ohne zusätzliche vertrauenserzeugende Faktoren nicht als ‚implizite' Zusicherungen einzustufen sein. Die von *Born* geäußerte gegenteilige Auffassung ist nach der hier vertretenen Ansicht nicht überzeugend, zumal die von *Born* vertretene Auffassung sich aus der Schiedsjudikatur nicht ableiten lässt.

c) Die Definition der konkreten Zusicherung im Hinblick auf die gesetzlichen Vorgaben des Gaststaates

Zunächst ist hervorzuheben, dass das Abstellen auf konkrete Zusicherungen für die Erzeugung von schützenswertem Vertrauen im Investitionsrecht keineswegs eine Schöpfung der jüngeren

legal framework of the Agreement would remain unchanged." (Hervorhebung durch den Autor); das Schiedsgericht in *SunReserve v. Italy* hob mehrfach hervor, dass eine konkrete Zusicherung für die Erzeugung berechtigter Erwartungen nicht notwendig sei und diese vielmehr auch implizit erzeugt werden können, siehe etwa Rz 699ff. Hierzu führte das Schiedsgericht weiters aus (Rz 817): „*While that general statements can create legitimate expectations in theory the general statements made to the public in order to advertise a particular regulatory regime can only create expectations, if any, that are in line with the regulatory regime itself. These public statements cannot bind the State to commitments above and beyond the legal regime in existence.*"

[1340] Siehe *Antaris v. Czech Republic*, Dissenting Opinion *Born*, Rz 36; *Wirtgen v. Czech Republic*, Dissenting Opinion Born, Rz 13; siehe auch Abschnitt L dieses Kapitels zur Frage, ob Gesetze als konkrete Zusicherungen eingestuft werden können; aA etwa *Patritzia/Profaizer/Timofeyev,* die implizite Zusicherungen ebenfalls generellen Gesetzen gegenüberstellen, *Patritzia/Profaizer/Timofeyev*, Investment Disputes Involving the Renewable Energy Industry Under the Energy Charta Treaty.

[1341] Die unklare Differenzierung zwischen ex- und impliziten Zusicherungen im Zusammenhang mit der Erzeugung berechtigter Erwartungen zeigt sich nicht nur im internationalen Investitionsrecht. Siehe hierzu den Verweis von *Wälde,* Thunderbird v. Mexico, Separate Opinion, Rz 25 auf die Ausführungen von *Browie* in einem Aufsatz aus den 1950er-Jahren: „*Representations ... may be made expressly or impliedly where, upon a reasonable construction of a party's conduct, the conduct presupposed a certain state of act to exist.*"*;* zur Gegenüberstellung von ausdrücklichen und impliziten Zusagen siehe das Schiedsgericht in *Micula v. Romania,* Rz 669: „*The element of reasonableness cannot be separated from the promise, assurance or representation, in particular if the promise is not contained in a contract or is otherwise stated explicitly.*"

[1342] Zum ‚Kumulationseffekt' siehe Abschnitt F dieses Kapitels.

Schiedsjudikatur oder der Vertragsgestalter der jüngeren Investitionsabkommen ist. Dass bestimmte, an den Investor gerichtete Zusicherungen für die Begründung berechtigter Erwartungen von Bedeutung sind, wurde bereits im Jahr 2000 in der Entscheidung *Metaclad v. Mexico* thematisiert[1343], obgleich der Schutz berechtigter Erwartungen als eigener Bestandteil des FET-Standards zu dieser Zeit in der Schiedspraxis noch gar nicht erfasst wurde. Auch in der im Jahr 2004 ergangenen Entscheidung *Methanex v. USA* waren vom Gaststaat erteilte Zusicherungen ein Thema. Der Kläger, ein kanadischer Methanol-Produzent, ging aufgrund von Gesetzesänderungen, die die Produktion von Treibstoff mit Methanol-Zusätzen verboten haben, gegen die USA vor. Das Schiedsgericht gab der Klage jedoch keine Folge und begründete dies damit, dass der Kläger auf eine Unveränderlichkeit der Gesetzeslage nicht vertrauen durfte, da ihm durch den Gaststaat keine diesbezüglichen Zusicherungen erteilt wurden.[1344]

In den älteren Entscheidungen blieb jedoch häufig offen, was unter solch einer konkreten Zusicherung überhaupt zu verstehen ist. Auch eine Abgrenzung zu vertraglichen Vereinbarungen erfolgte regelmäßig nicht.[1345] Nach *Potesta* ist unter einer konkreten Zusicherung eine individualisierte, an einen bestimmten Adressaten gerichtete Zusicherung zu verstehen.[1346] Auch *Wälde* hat in seiner *separate opinion* zu *Thunderbird v. Mexico* aufgezeigt, dass berechtigte Erwartungen dann anzunehmen seien, wenn ein bestimmter Investor konkrete Zusicherungen seitens eines Staatsorganes erhalte. Hierbei sei die Schwelle für die Annahme berechtigter Erwartungen nach *Wälde* als hoch anzusetzen.[1347]

[1343] *Metaclad v. Mexico*, Rz 89, 99.

[1344] *Methanex v. USA,* Final Award, Rz 9, 18ff; siehe auch das Abstellen auf das Vorliegen von konkreten Zusicherungen in Rz 10: „*Hence this case is not like Revere, where* ***specific commitments*** *respecting restraints on certain future regulatory actions were made to* ***induce investors to enter a market*** *and then those commitments were not honoured.*" (Hervorhebung durch den Autor*)*; in der vom Schiedsgericht in der Entscheidung angeführten Passage von *Revere Copper & Brass, Inc. v. OPIC* aus dem Jahr 2004 wurde festgehalten: „*We regard these principles as particularly applicable where the question is, as here, whether actions taken by a government contrary to and damaging to the economic interests of aliens are in conflict with* ***undertakings and assurances given in good faith to such aliens as an inducement*** *to their making the investments affected by the action.*" (Hervorhebung durch den Autor*);* siehe auch *Waste Management v. Mexico (II)*, Rz 98: „*in applying this standard it is relevant that the treatment is in breach of* ***representations*** *made by the host State which were reasonably relied upon by the claimant.*" (Hervorhebung durch den Autor); auch in der bereits 2001 ergangenen Entscheidung *Lauder v. Czech Republic,* Rz 297 wurde auf die Notwendigkeit konkreter Zusicherungen Bezug genommen.

[1345] Siehe *Mamidoil v. Albania*, Rz 727, wo das Schiedsgericht zusammenfassend hergehoben hat, dass in Fällen wie *MTD v. Chile, TECMED* oder *Eureko v. Poland* regelmäßig Lizenzen oder Genehmigungen erteilt worden seien, die die Grundlage für die Erwartungen der Investoren gebildet hätten.

[1346] *Potesta*, Legitimate Expectations, 105.

[1347] *Thunderbird v. Mexico*, Separate Opinion Wälde, Rz 32.

Ausgehend von diesen Ausführungen stellt somit die *individuelle Adressierung* des Investors ein Wesensmerkmal einer konkreten Zusicherung dar. Ob generelle gesetzliche Vorgaben, die typischerweise an einen unbestimmten Adressatenkreis gerichtet werden, daher als ‚konkrete Zusicherungen' eingestuft werden können, erscheint aus diesem Gesichtspunkt zweifelhaft. Diese Fragestellung soll nunmehr näher beleuchtet werden.

d) Konkreter Inhalt und konkreter Adressatenkreis

Zu fragen ist, wann Zusicherungen iSd der Schiedspraxis als ‚konkret' angesehen werden können. Mit dieser Frage im Zusammenhang mit der Erzeugung berechtigter Erwartungen hat sich das Schiedsgericht in *El Paso v. Argentina*[1348] auseinandergesetzt. Das Schiedsgericht hat hierbei zunächst ausgeführt, dass eine genaue Definition dessen, was als konkrete Zusicherung verstanden werden kann, nicht festzumachen sei, da dies von den Umständen des Einzelfalles abhänge. Nach Auffassung des Schiedsgerichtes sind zwei Grundtypen von konkreten Zusicherungen zu unterscheiden. So können staatliche Zusicherungen entweder im Hinblick auf den Adressatenkreis oder im Hinblick auf Ziel und Zweck als konkret eingestuft werden.[1349] Die erste Variante, namentlich der konkrete Adressatenkreis, wird bei generellen gesetzlichen Vorgaben grundsätzlich nicht in Frage kommen, da Gesetze typischerweise auf einen generellen und daher unbestimmten Adressatenkreis abzielen. Fraglich ist in diesem Zusammenhang jedoch, ob gesetzlichen Vorgaben, die aufgrund eines sehr spezifischen Regelungsinhaltes nur eine eingeschränkte Gruppe von Investoren, etwa im Bereich der erneuerbaren Energien, ansprechen, solch eine konkrete Adressierung unterstellt werden kann.[1350] Auf diese Fragestellung wird im folgenden Abschnitt eingegangen. Danach wird die zweite vom Schiedsgericht in *El Paso* aufgezeigte Variante, namentlich das Abstellen auf das konkrete Ziel bzw den konkreten Zweck einer staatlichen Maßnahme näher eingegangen.

e) Die (fehlende) Adressierung genereller gesetzlicher Vorgaben

Im vorherigen Abschnitt wurde bereits ausgeführt, dass generelle gesetzliche Vorgaben in der Regel keine konkrete Adressierung aufweisen. Vielmehr stellen Gesetze aufgrund ihrer Generalität grundsätzlich auf die Allgemeinheit ab. Hinsichtlich der Problematik der fehlenden individuellen Adressierung von generellen gesetzlichen Vorgaben im Zusammenhang mit der Erzeugung

[1348] *El Paso v. Argentina*, Rz 375ff.
[1349] *El Paso v. Argentina*, Rz 375.
[1350] Siehe Unterabschnitt g).

berechtigter Erwartungen ist auf die Entscheidung *Philip Morris v. Uruguay*[1351] zu verweisen. Das Schiedsgericht hat in dieser Entscheidung hervorgehoben, dass Vorgaben in generellen Gesetzen, die auf eine Vielzahl von Personen oder eine Kategorie von Personen zur Anwendung gelangen, keine berechtigten Erwartungen dahingehend erzeugen können, dass diese gesetzlichen Vorgaben nicht abgeändert werden.

Gleichauf betont *Sands*[1352] in seiner *dissenting opinion* zu *OperaFund v. Spain*:

„*...ICSID case-law, not least the jurisprudence which makes clear that "provisions of* ***general legislation applicable to a plurality of persons or a category of persons****,* ***do not create legitimate expectations*** *that there will be no change in the law.*"[1353]

M. Roberts[1354] verweist hinsichtlich der Frage der Eignung von Gesetzen als Quelle berechtigter Erwartungen auf die aus der englischen Rechtsprechung stammende Entscheidung *Coughlan*.[1355] Darin wurde im Zusammenhang mit gesetzlichen Vorgaben festgehalten, dass Maßnahmen, die lediglich an eine Person oder einen eng umfassten Personenkreis adressiert werden, wie vertragliche Vereinbarung aufgefasst werden können.[1356] Dies wurde damit begründet, dass es im Fall eines begrenzten Adressatenkreises wahrscheinlicher sei, dass hinsichtlich sämtlicher Adressaten dieselben Interessen betroffen sind. Bei einem größeren Adressatenkreis sei es wiederum wahrscheinlicher, dass Gesetzesänderungen im öffentlichen Interesse liegen.[1357]

Die in den Schiedsverfahren der ‚Argentinienkrise' sowie ‚Energiekrise' gegenständlichen gesetzlichen Vorgaben waren zweifelsfrei nicht an bestimmte, im Vorhinein feststellbare Investoren adressiert. Zu fragen ist jedoch, ob gesetzliche Vorgaben mit einem derart spezifischen Regelungsinhalt dennoch als Grundlage berechtigter Erwartungen in Frage kommen.

[1351] *Philip Morris v. Uruguay*, Rz 426; siehe auch *Blusun v. Italy*, Rz 369.

[1352] *OperaFund v. Spain*, Dissenting opinion Sands, Rz 22.

[1353] Hervorhebung durch den Autor.

[1354] *M. Roberts*, Substantive Legitimate Expectations, 116.

[1355] *Roberts*, Substantive Legitimate Expectations, 116; zu diesem Fall siehe die rechtsvergleichende Untersuchung in Kap VII C d) i.

[1356] Siehe hierzu die Ausführungen in *Bhatt Murphy, R v. The Independent Assessor* (England and Wales Court of Appeal) (9. Jul 2008), Rz 46, abrufbar unter: https://www.casemine.com/judgement/uk/5b46f20d2c94e0775e7f15eb, zuletzt abgerufen am 27.12.2024.

[1357] *Bhatt Murphy, R v. The Independent Assessor*, Rz 46.

i. Exkurs: Die Festlegung des Adressatenkreises von generellen Vorgaben anhand der Entscheidung *Cam v. Commission* des EuGH

Wie ausgeführt wurde, ist es den Gesetzen in der ‚Argentinienkrise' sowie ‚Spanienkrise' inhärent, dass diese nicht an einen bestimmten, von vorhinein feststellbaren Kreis von Investoren gerichtet waren. In der Entscheidung *CAM v. Commission*[1358] hat der EuGH festgehalten, dass die verfahrensgegenständliche Verordnung entgegen der Auffassung der europäischen Kommission keinen generellen Rechtsakt darstellen würde, da die Verordnung bereits einen konkret feststehenden Adressatenkreis betreffe. Im Verfahren ging es um die Versagung der Gewährung einer Erhöhung von Erstattungsbeiträgen für Ausfuhrzölle von Getreide. Dies wurde den Marktteilnehmern mittels Verordnung untersagt. Da die Anträge für die Erstattung jedoch bereits vor der Erlassung der Verordnung gestellt wurden, sind die Erstattungswerber und damit die nachteilig Betroffenen der Verordnung bereits konkret festgestanden. Nach Auffassung des EuGH sei dadurch ungeachtet des Vorliegens einer Verordnung eine individuelle Betroffenheit dieser Erstattungswerber anzunehmen.[1359] Hierzu führte der EuGH aus:

„*Such a measure,* ***even if it is one of a number of provisions having a legislative function****, individually concerns the person to whom it applies in that it affects their legal position because of a factual situation which* ***differentiates them from all other persons and distinguishes them individually just as in the case of the person addressed****.*"[1360]

Nach dieser Entscheidung wäre für die Frage der individuellen Betroffenheit durch generelle Normen darauf abzustellen, ob der Adressatenkreis von vorhinein abgesteckt ist. Nach dem Sachverhalt haben jene Personen, die vor Erlass der Verordnung Anträge auf Erhöhung der Erstattungsbeiträge gestellt haben, einen abgegrenzten und abschließend feststellbaren Personenkreis dargestellt. Diesem Gedanken folgend würde es daher an einer individuellen Betroffenheit fehlen, wenn der Adressatenkreis nicht von vorhinein feststeht und somit eine unbestimmte, nicht abschließend feststellbare Anzahl von Individuen durch eine generelle Vorgabe betroffen sein können.[1361]

[1358] *Société CAM SA v. Commission of the European Communities,* Judgment of the Court of 18 November 1975, Case 100-74.

[1359] *CAM v. Commission*, Rz 14/18.

[1360] *CAM v. Commission*, Rz 19 (Hervorhebung durch den Autor); *Schwarze*, European Administrative Law, 968.

[1361] *Schwarze*, European Administrative Law, 968; siehe auch zur österreichischen Rechtslage und zur Abgrenzung von Bescheid und Verordnung. So kann auch ein an eine größere Gruppe von Adressaten gerichteter Rechtsakt als Bescheid einzustufen sein, wenn diese Adressatengruppe hinreichend individualisiert ist, siehe zu dieser Problematik des als Verordnung verschleierten Bescheides: VfGH 23.06.1924, VfSlg 313.

f) Zwischenergebnis

Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Annahme einer individuellen Adressierung einzelner ausländischer Investoren durch gesetzliche Vorgaben grundsätzlich abzulehnen. Der Autor schließt sich der durch den EuGH in der Entscheidung *CAM v. Commission* vertretenen Auffassung an. Es kann von einer individuellen Adressierung erst ausgegangen werden, wenn durch die Vorgabe ein von vorhinein feststellbarer Adressatenkreis betroffen ist. Eine individuelle Adressierung scheidet daher aus, wenn der Adressatenkreis ‚austauschbar' ist, da diesfalls unklar ist, wer konkret Normadressat ist. Dies ist auch bei den sehr spezifischen gesetzlichen Vorgaben wie den Dekreten in den ‚Spanienfällen' der Fall, da trotz des spezifischen Regelungsinhaltes der konkrete Kreis der betroffenen Investoren nicht abschließend feststeht. In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass auch durch die bereits geschilderten Registrierungsverfahren[1362] eine derartige „Festlegung" des Adressatenkreises im Sinne der Entscheidung *CAM v. Commission* nicht bewirkt wird. Dies aufgrund des Umstandes, dass, anders als in diesem Fall, der Adressatenkreis der Dekrete nicht bereits von vorhinein festgestanden ist. Vielmehr haben die Dekrete einen unbestimmten Kreis von potentiellen ausländischen Investoren adressiert. Diese Adressierung ging daher dem Registrierungsverfahren, was im Zuge der konkreten Umsetzung der Investition durchlaufen wurde, zwingend voran. In *CAM v. Commission* wiederum wurden die Anträge auf Erhöhung der Erstattungsbeträge für Ausfuhrzölle von Getreide vor Erlassung der Verordnung, welche diese Erstattung untersagt hat, gestellt. Somit stand der Adressatenkreis der Verordnung, namentlich jene Marktteilnehmer, die bereits entsprechende Anträge gestellt haben, bei Erlassung der Verordnung bereits fest und konnten keine neuen Adressaten mehr hinzutreten.

Da somit die Annahme einer individuellen Adressierung bei generellen gesetzlichen Vorgaben nach der hier vertretenen Auffassung grundsätzlich zu verneinen ist, ist vielmehr zu prüfen, ob gesetzliche Vorgaben, die auf bestimmte Investitionsvorhaben zugeschnitten sind, aufgrund des spezifischen Regelungsinhaltes als Grundlage berechtigter Erwartungen in Frage kommen.

[1362] Zu den Registrierungs- und Bieterverfahren siehe ausführlich Abschnitt B dieses Kapitels.

g) Das Abstellen auf den konkreten Regelungsinhalt von gesetzlichen Vorgaben

i. Allgemeines

Gegen die Annahme von gesetzlichen Vorgaben als Grundlage berechtigter Erwartungen spricht, dass diese, im Gegensatz zu konkreten Zusicherungen, neben der fehlenden individuellen Adressierung aufgrund ihrer Eigenschaft als abstrakte Normen eben nicht ‚konkret', sondern generell gehalten sind. Zu betonen ist jedoch, dass Gesetz nicht gleich Gesetz ist. Es ist vielmehr auf den ‚Grad' der Abstraktheit der gesetzlichen Vorgabe Bedacht zu nehmen. Gesetze, die einen sehr abstrakten Regelungsinhalt aufweisen, werden als Grundlage für berechtigte Erwartungen (abseits zusätzlicher Stabilitätszusicherungen) ausscheiden. Wie auch von *L. Isotalo*[1363] richtigerweise vertreten wird, könne gesetzlichen Vorgaben nicht pauschal aufgrund ihrer Eigenschaft als generelle Normen die Eignung zur Erzeugung berechtigter Erwartungen in Abrede gestellt werden. Gesetze, die konkret dazu vorgesehen wurden, Investoren, insbesondere betreffend bestimmter Investitionssektoren, anzuziehen, können nach *Isotalo* als Grundlage für berechtigte Erwartungen in Frage kommen. Hier verweist *Isotalo* auf die in den ‚Spanienfällen' gegenständlichen gesetzlichen Vorgaben, die Investitionen im spezifischen Sektor der erneuerbaren Energien zum Regelungsgegenstand haben. Nach *Isotalo* sei bei gesetzlichen Vorgaben mit solch einem spezifische Regelungsinhalt anzunehmen, dass es für den Gaststaat vorhersehbar wäre, dass Investoren bei Vornahme der Investition ihr Vertrauen auf den konkreten Regelungsinhalt begründen werden. *Isotalo*[1364] schlussfolgert daher, dass die Erwartungen von Investoren eine höhere Legitimität erfahren, wenn die relevanten Vorgaben auf einen bestimmten Zweig abzielen. Dies gelte insbesondere, wenn diese Vorgaben riskante oder langfristige Projekte zum Gegenstand haben.[1365]

In diesem Zusammenhang ist auf einen Beitrag von *Lowe*[1366] Anfang der 2000er Jahre zu verweisen, die ebenfalls illustriert, dass im Zusammenhang mit der Frage der Erzeugung berechtigter

[1363] *L. Isotalo*, Climate Compatible Investment Treaty Law, 17.

[1364] *Isotalo*, Climate Compatible Investment Treaty Law, 18.

[1365] Auch das Schiedsgericht in *WA Investments v. Czech Republic* fordert für die Erzeugung von berechtigten Erwartungen iZm gesetzlichen Vorgaben, dass die gesetzlichen Vorgaben hinreichend bestimmt sind; siehe *WA Investments Europa Nova Ltd. v. Czech Republic,* PCA Case No. 2014-19, Award (15.May 2019), Rz 438. Hierzu hat das Schiedsgericht ausgeführt: „*Having carefully considered all materials before it, the Tribunal agrees with the Respondent that it did not expressly undertake any agreed stabilization commitment, be it contractual,* ***legislative, individual or otherwise***." (Hervorhebung durch den Autor).

[1366] *Lowe*, Regulation or Expropriation, 457ff.

Erwartungen ‚Gesetz nicht gleich Gesetz' sei. *Lowe* behandelt in seiner Ausarbeitung die Frage, ob Gesetzesänderungen abseits von an Investoren erteilten Zusicherungen überhaupt einen Eingriff in Investorenrechte darstellen können.[1367] Hierzu führt *Lowe* zunächst den hypothetischen Fall an, dass ein ausländischer Investor, der in den Sektor der Automobilindustrie investiert hat, nach Vornahme der Investition mit neuen Gesetzesvorgaben zur Reduktion von Abgasen und überdies neuen nachteiligen Steuergesetzen konfrontiert wird. Dem Investor in diesem hypothetischen Fall wurden zuvor keine ausdrücklichen Zusicherungen seitens des Gasstaates dahingehend erteilt, dass es zukünftig zu keinen nachteiligen Gesetzesänderungen kommen werde. Es stellt sich die Frage, ob sich der Investor aufgrund dieser nachteiligen Gesetzesänderungen (erfolgreich) auf die Verletzung seines Vertrauens auf Beibehaltung der zum Zeitpunkt der Vornahme der Investition gegoltenen Gesetze berufen kann.[1368] Nach Auffassung von *Lowe* sei in dem skizzierten Fall dem Investor kein schützenswertes Vertrauen dahingehend zuzubilligen, dass seine Investition durch Gesetzesänderungen nicht beeinträchtigt werde. Anders könne nach *Lowe* argumentiert werden, wenn – als weiterer hypothetischer Fall – ein Pharmaunternehmen sich mit neuen Gesetzesvorgaben konfrontiert sehe, die den Verkauf von Medikamenten beschränken. *Lowe* zufolge wäre hier der Unterschied zum zuerst skizzierten Fall dahingehend zu erblicken, dass Regelungen, die Umweltmaßnahmen betreffen (der Fall mit dem Autoproduzenten) nicht auf wirtschaftliche Aktivitäten abzielen, während die gesetzlichen Maßnahmen im zweiten skizzierten Fall betreffend das Pharmaunternehmen direkt auf wirtschaftliche Aktivitäten abzielen.[1369] Hinsichtlich der im ersten hypothetischen Fall erfolgten Änderungen in den Steuergesetzen wäre nach *Lowe* überdies einzuwerfen, dass sich Steuervorgaben mehr wie allgemeine Gesetze ‚anfühlen' würden, als dies beispielsweise bei Regelungen der Fall wäre, die einem bestimmten Gewerbe vorschreiben, wie es zu handeln habe.[1370]

Die von *Lowe* herangezogenen Fallbeispiele zeigen treffend auf, dass gesetzliche Regelungen in der Frage der Eignung als Vertrauenstatbestand nicht stets gleichgestellt werden können. Es ist vielmehr darauf abzustellen, welche Materie durch die gesetzliche Vorgabe geregelt wird und welchen spezifischen Regelungsinhalt die Vorgabe aufweist.

[1367] *Lowe*, Regulation or Expropriation, 457.
[1368] *Lowe*, Regulation or Expropriation, 458.
[1369] *Lowe*, Regulation or Expropriation, 458.
[1370] *Lowe*, Regulation or Expropriation, 458.

Dieser Gedanke lässt sich auch aus der bereits aufgezeigten, vom Schiedsgericht in *El Paso v. Argentina* vertretenen Auffassung ableiten.[1371] Nach Auffassung des Schiedsgerichts können schließlich gesetzliche Vorgaben, wenn diesen ein konkretes Ziel bzw ein konkreter Zweck zu unterstellen ist, als Grundlage berechtigter Erwartungen in Betracht gezogen werden.

Tawil hat in seiner *dissenting opinion* zu *Charanne v. Spain* ein treffendes Unterscheidungsmerkmal zwischen herkömmlichen Gesetzen und den in dem Fall gegenständlichen Dekreten hervorgehoben. Nach Auffassung von *Tawil* seien die von Spanien erlassenen Dekrete nicht als herkömmliche Gesetze zu verstehen, da diese, obgleich abstrakte Normen, anders als gewöhnliche Gesetze keine gesellschaftlichen Angelegenheiten unter der Vorgabe von Zwang regeln.[1372] Hinsichtlich der in den ‚Spanienfällen' gegenständlichen gesetzlichen Vorgaben nehmen *T. Dromgool/D. Y. Enguix* in Bezugnahme auf den Regelungsinhalt eine Differenzierung vor. So führen die Autoren zunächst aus, dass die grundlegende gesetzliche Vorgabe, das „Electricity Sector Law", auf Investitionen im Sektor der erneuerbaren Energien abgezielt habe.[1373] Die Autoren betonen hierbei jedoch, dass das Gesetz sehr allgemein gehalten war, zumal es weder ausschließlich ausländische Investoren, noch ausschließlich PV-Investitionen betroffen habe. Gleiches gelte nach Auffassung der Autoren für den „National Renewable Energy Plan" von 1999. Dieser hätte zwar darauf abgezielt, erneuerbare Energieinvestitionen zu bewerben, war jedoch in seinen Inhalten ebenfalls sehr allgemein gehalten. Die FITs jedoch hätten nach Auffassung der Autoren die exakte Höhe der Unterstützung für eine konkrete Gruppe von Investoren mit dem bestimmten Ziel, Investitionen in dieser umweltfreundlichen Industrie innerhalb einer bestimmten Zeitdauer zu fördern, vorgegeben. Somit sei in diesen Bestimmungen – nach Auffassung der Autoren – aufgrund der konkreten Regelungsinhaltes eine Grundlage für die Begründung von berechtigten Erwartungen zu erblicken.[1374]

Hierzu ist einzuwerfen, dass es sich bei Dekreten *(„Dekreto Legilsativo"*) nach spanischem Recht um generelle Normen handelt, die von der Regierung erlassen werden.[1375] So stellt Spaniens allgemeines Energiegesetz von 1997 die generelle gesetzliche Grundlage dar und die erlassenen

[1371] Siehe zu *El Paso v. Argentina* Unterabschnitt d).
[1372] *Charanne v. Spain*, dissenting Opinion Tawil Rz 6f.
[1373] *Dromgool/Enguix*, The Fair and Equitable Treatment Standard and the Revocation of Feed in Tariffs-Foreign Renewable Energy Investments, 407.
[1374] *Dromgool/Enguix*, The Fair and Equitable Treatment Standard and Renewable Energy Investments, 407.
[1375] Siehe hierzu *European E-Justice*, Rechte der Mitgliedstaaten – Spanien, abrufbar unter: https://e-justice.europa.eu/content_member_state_law-6-es-maximizeMS-de.do?member=1 (zuletzt abgerufen am 27.12.2024).

Dekrete sind subsidiär zu diesem Gesetz zu betrachten. Festzuhalten ist, dass in Spanien Gesetze, die seitens des Parlaments beschlossen werden, generelle Angelegenheiten regeln, während die dazugehörigen detaillierten Vorgaben in den Royal-Dekreten seitens der Exekutive geregelt werden.[1376] Aus diesem Umstand ist der Regelungsinhalt dieser Dekrete bereits dem Grunde nach weitaus spezifischer, als dies bei ‚herkömmlichen', vom Parlament erlassenen Gesetzen, wie etwa dem allgemeinen Energiegesetz, der Fall ist.

Kriebaum betont ebenfalls, dass gesetzliche Vorgaben, die lediglich eine bestimmte Gruppe von Investoren betreffen, etwa indem diese Vorgaben Steuervorteile für einen bestimmten Sektor vorsehen, tendenziell eher als Grundlage für berechtigte Erwartungen infrage kommen würden.[1377] Gesetzliche Vorgaben, die aufgrund ihres spezifischen Regelungsinhaltes nur eine bestimmte Gruppe von Investoren betreffen, können auch nach *Born*[1378] Grundlage berechtigter Erwartungen darstellen.

Dieser Auffassung kommt durchaus Berechtigung zu. So ist unter Verweis auf die bereits dargestellte Ansicht des Schiedsgerichts in *El Paso v. Argentina* hervorzuheben, dass staatliche Maßnahmen, wenn diese ein konkretes Ziel bzw. einen konkreten Zweck verfolgen, als Grundlage berechtigter Erwartungen in Frage kommen.[1379] Das Schiedsgericht in *El Paso v. Argentina* hat hierzu festgehalten:

„*Second, a commitment can be considered specific if its* ***precise object*** *was to give a real guarantee of stability to the investor.*"[1380]

Das Schiedsgericht hat jedoch betont, dass generelle Vorgaben für gewöhnlich keine berechtigten Erwartungen erzeugen können. Ein anderes Ergebnis wäre nach Auffassung des Schiedsgerichts

[1376] *Stadtwerke v Spain*, Rz 273; zur Hierarchie der Dekrete in der italienischen Rechtsordnung siehe die Ausführungen in *SunReserve v. Italy*, Rz 794: „*Claimants' own expert on Italian law, Prof. Antonio D'Atena, has alluded to this 'hierarchical' position of the relevant sources of law (eg: law, law decree, legislative decree, regulation)', wherein he characterizes the Conto Energia Decrees as ministerial decrees that constitution 'regulatory measures' that fall below 'legislative measures' such as Legislative Decree No. 387/2003.774.*"

[1377] *Kriebaum*, FET and Expropriation in the (Invisible) EU Model BIT, 478.

[1378] *Antaris v. Czech Republic*, dissenting opinion Born, Rz 44; *Wongkaew* (Protection of Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration, 204) betont ebenfalls, dass bei gesetzlichen Vorgaben iZm dem Schutz berechtigter Erwartungen auf die Zielrichtung abgestellt werden müsse. Für den Fall, dass ein bestimmtes Gesetz spezifische Vorteile für eine konkrete Gruppe von Investoren regelt, könne dieses Gesetz nach *Wongkaew* als Grundlage berechtigter Erwartungen dienen.

[1379] Siehe Abschnitt I e) dieses Kapitels.

[1380] *El Paso v. Argentina*, Rz 377.

jedoch denkbar, wenn eine bestimmte Zusage in unterschiedlichen generellen Vorgaben wiederholt wird:

„*Usually general texts cannot contain such commitments, as there is no guarantee that they will not be modified in due course. However, a reiteration of the same type of commitment in different types of general statements could, considering the circumstances, amount to a specific behaviour of the State, the object and purpose of which is to give the investor a guarantee on which it can justifiably rely.*“[1381]

Das Schiedsgericht in *Charanne v. Spain* wiederum hält in Widerspruch zu der in *El Paso* aufgezeigten ‚zweiten' Variante fest, dass eine bestimmte und konkrete Zielsetzung einer gesetzlichen Vorgabe (hier des Dekretes) für sich nicht ausreiche, um die gesetzliche Vorgabe als konkrete Zusicherung iSd des Schutzes berechtigter Erwartungen einzustufen. Hierzu führte das Schiedsgericht aus:

„*Having a specific* ***scope*** *does not mean that the disputed provisions* ***lose the general nature*** *that characterizes any legislative or regulatory measure*.“[1382]

Für das Schiedsgericht in *Charanne* ist es für die Eignung einer staatlichen Maßnahme als Grundlage berechtigter Erwartungen entsprechend der ‚ersten Variante' in *El Paso* somit entscheidend, ob eine individuelle Adressierung des ausländischen Investors durch die staatliche Maßnahme erfolgt ist. Dies ist bei generellen gesetzlichen Vorgaben nach Auffassung des Schiedsgerichts aufgrund deren genereller Natur grundsätzlich auszuschließen.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist jedoch dem Ansatz des Schiedsgerichtes in *El Paso* beizupflichten, wonach für die Frage der Eignung zur Erzeugung berechtigter Erwartungen bei generellen gesetzlichen Vorgaben, die ihrer Natur nach keinen individuellen Adressaten(kreis) aufweisen, auf Ziel und Zweck dieser Vorgaben abzustellen ist. Werden durch diese Vorgaben Angelegenheiten geregelt, die im konkreten Zusammenhang mit bestimmten Investitionsvorhaben stehen und vorteilhafte Vorgaben für Investitionen in diesem Bereich enthalten, dann ist dem Investor ein gewisser Vertrauensschutz zuzubilligen. Es ist sohin die am Prüfstand stehende gesetzliche Vorgabe dahingehend zu untersuchen, ob ein höherer Grad der Spezifität des

[1381] *El Paso v. Argentina*, Rz 377.
[1382] *Charanne v. Spain*, Rz 493 (Hervorhebung durch den Autor).

Regelungsinhaltes in Hinblick auf das Investitionsvorhaben im Vergleich zu gewöhnlichen abstrakten Normen gegeben ist.

Für die Zuerkennung eines Vertrauensschutzes bei Normen, die günstige Vorgaben im Hinblick auf einen bestimmten Investitionsgegenstand enthalten, würde auch sprechen, dass diese aufgrund des spezifischen Regelungsinhaltes Investoren zur Vornahme von Investitionen in diese Sektoren verleiten.[1383] In Studien wurde zwar wiederholt aufgezeigt, dass das Vorhandensein von BITs für ausländische Investoren oftmals keinen Anreiz zur Vornahme von Investitionen darstellt und eine Kausalität zwischen dem Vorliegen eines Investitionsabkommens und der Entscheidung zur Investition nicht anzunehmen ist.[1384] Bei bestimmten, für Investoren günstigen Vorgaben in den Gesetzen des Gaststaates wird jedoch anderes anzunehmen sein. Günstige gesetzliche Vorgaben, wie die Tarifbestimmungen in den „Argentinienfällen" oder Förderungsvorgaben in den „Spanienfällen", haben nach den Ergebnissen der Schiedsverfahren für die Investoren oftmals Anreiz zur Vornahme der Investitionen geboten. Im Ergebnis ist somit der Auffassung des Schiedsgerichts in *El Paso v. Argentina* zuzustimmen, wonach staatliche Maßnahmen, auch wenn keine individuelle Adressierung vorliegt, aufgrund des mit den Maßnahmen verfolgten Ziels bzw Zwecks dennoch als Grundlage berechtigter Erwartungen dienen können.

Hinsichtlich des Abstellens auf Ziel und Zweck einer staatlichen Maßnahme ist neben der Entscheidung *El Paso v. Argentina* auch die Entscheidung *Nagel v. Czech Republic* von Interesse. Streitthema des Verfahrens bildete eine Vereinbarung, die zwischen Investor und Gaststaat abgeschlossen wurde (das sog. „*Cooperation Agreement*").[1385] Die Vereinbarung hatte die gemeinsame Zusammenarbeit zwischen Gaststaat und Investor zur Etablierung eines Mobilfunknetzwerkes in der Tschechischen Republik zum Gegenstand.[1386] Der Gaststaat wich in weiterer Folge zum Nachteil für den Investor von dieser Vereinbarung ab. Im Schiedsverfahren führte der Gaststaat ins Treffen, dass die Vorgaben in der Vereinbarung – in Bezug auf die gemeinsame Zusammenarbeit – viel zu vage formuliert gewesen seien, um daraus eine rechtlich verbindliche vertragliche Verpflichtung zu begründen. So seien in der Vereinbarung bloß sehr vage Vorgaben wie eine Zusammenarbeit nach ‚bestem Bemühen' enthalten gewesen. Mangels hinreichender Bestimmtheit ließen sich daraus nach Auffassung des Gaststaats keine klare

[1383] Hier ergibt sich wieder die Frage, ob und inwiefern auf ob- bzw. subjektive Gesichtspunkte abzustellen ist.
[1384] Siehe hierzu Kap V B a).
[1385] *Nagel v. Czech Republic*, Rz 314ff.
[1386] *Nagel v. Czech Republic*, Rz 317.

vertragliche Verpflichtung ableiten.[1387] Das Schiedsgericht führte hierzu aus, dass die Vereinbarung, trotz der zum Teil vagen Formulierung der Vorgaben betreffend die gemeinsame Zusammenarbeit, als rechtlich bindend anzusehen sei. Ungeachtet des Umstandes, dass die Vereinbarung zur gemeinsamen Zusammenarbeit vage gehalten wurde, sei nach Auffassung des Schiedsgerichts bereits bei Abschluss dieser Vereinbarung das Ziel, namentlich die gemeinsame Zusammenarbeit zur Etablierung eines Mobilfunknetzes samt Deckung der dafür notwendigen Kosten sowie ferner die Verpflichtung, keine Unterstützung für die Etablierung von Mobilfunknetzen außerhalb dieses durch die Vereinbarung gegründeten Konsortiums zu leisten, klar und eindeutig festgelegt worden.[1388]

Auch wenn in *Nagel* somit kein Gesetz, sondern eine vertragliche Vereinbarung die Vertrauensgrundlage dargestellt hat, sind die daraus zu ziehenden Schlüsse auch für die Frage der Begründung berechtigter Erwartungen auf generelle gesetzliche Vorgaben anzuwenden. Auch gesetzliche Vorgaben sind schließlich, gleich wie das in der Entscheidung gegenständliche *Cooperation Agreement* grundsätzliche vage gehalten. Aus dem Ergebnis des Verfahrens kann jedoch geschlossen werden, dass auch abstrakte Vorgaben, wenn diese einen klaren, für die Parteien objektiv erkennbaren Zweck verfolgen, als rechtlich beachtliche Vertrauensgrundlage in Frage kommen können.

Auch durch das Schiedsgericht in *Teinver v. Argentina* wurde zwischen allgemeinen und spezifischen gesetzlichen Vorgaben unterschieden. Gegenstand in *Teinver v. Argentina* bildete, anders als bei den meisten Schiedsverfahren in der argentinischen Wirtschaftskrise, keine Investition in den Energie-, sondern eine Investition in den Flugsektor. Das Schiedsgericht kam hierbei in einer Gegenüberstellung mit den sonstigen, überwiegend den Energiesektor betreffenden Schiedsverfahren, zu dem Ergebnis, dass die später durch Argentinien nachteilig abgeänderten gesetzlichen Vorgaben betreffend den Flugverkehr inhaltlich weit weniger spezifisch gewesen seien als jene im Energiesektor.[1389]

Hierzu hat das Schiedsgericht ausgeführt:

„*Similarly, in the case of EDF, the regulatory framework, particularly with respect to tariffs payable to electricity distributors,* ***was considerably more detailed*** *than the provisions of Law*

[1387] *Nagel v. Czech Republic*, Rz 314.
[1388] *Nagel v. Czech Republic*, Rz 314, 317.
[1389] *Teinver v. Argentina*, Rz 674.

19,030 and Decree 6875/1971 in respect of domestic airfares. ***The relevant provincial legislation provided specifically for how electricity tariffs were to be set*** *and provided for both ordinary and extraordinary tariff reviews. Further, importantly, the relevant concession agreement specifically provided that accounting of costs reflected in the tariff schedule and periodic adjustment was to be in USD and tariff adjustments, to be done every 12 months, were to be conducted on the basis of U.S. producer and consumer price indices.*"[1390]

Ferner führte das Schiedsgericht aus:

„*As a result, the Tribunal finds that the regulatory framework for domestic air transportation at the time of Claimants' investment did not provide an objective basis for much in the way of expectations on the part of Claimants.* ***The applicable legislation was very general in nature, and did not reflect any specific intention or commitment to protect tariffs*** *by way of reviews on the basis of currency stability, foreign indices or other mechanisms.*"[1391]

Auch durch das Schiedsgericht in *Teinver v. Argentina* wurde daher aufgezeigt, dass im Zusammenhang mit der Frage der Erzeugung berechtigter Erwartungen Gesetz nicht gleich Gesetz ist. Daraus kann somit abgeleitet werden, dass bei gesetzlichen Vorgaben auf den Grad der Spezifität abzustellen ist.

Als Zwischenergebnis kann daher festgehalten werden, dass Gesetzesvorgaben, die mit sehr spezifischen Vorgaben einen bestimmten Investitionssektor regeln, in Hinblick auf die Eignung für die Erzeugung berechtigter Erwartungen nicht mit ‚herkömmlichen', abstrakten Gesetzen gleichgestellt werden können. Aufgrund des spezifischen Regelungsinhaltes wurde den Vorgaben in den ‚Argentinienfällen' sowie den ‚Spanienfällen' trotz der Einordnung als gesetzliche Normen durch Schiedsgerichte wiederholt die Eignung zur Erzeugung berechtigter Erwartungen auch abseits von konkreten Zusicherungen zugesprochen. Zu betonen ist jedoch, dass die Eignung von gesetzlichen Vorgaben als Grundlage berechtigter Erwartungen insbesondere in den ‚Spanienfällen' nicht einheitlich beurteilt wurde.[1392] Es kann im Zusammenhang mit der Frage der Eignung von gesetzlichen Vorgaben als Grundlage für die Erzeugung berechtigter Erwartungen auf Stabilität jedoch nicht bloß auf die Spezifität des Regelungsinhaltes abgestellt werden. Vielmehr muss sich

[1390] *Teinver v. Argentina*, Rz 676 (Hervorhebung durch den Autor).
[1391] *Teinver v. Argentina*, Rz 677 (Hervorhebung durch den Autor).
[1392] Zu den unterschiedlichen Ansichten der Schiedsgerichte in diesem Zusammenhang siehe Kap X C insbesondere zu den Entscheidungen *9REN* und *NextEra v. Spain*.

aus den Vorgaben die Zusicherung ableiten lassen, dass der Gaststaat die Bestimmungen auch zukünftig unverändert aufrecht erhalten wird. Sollte in den gesetzlichen Vorgaben nicht ausdrücklich der Fortbestand für eine gewisse Dauer geregelt werden, ist zu fragen, ob sich eine derartige Stabilitätszusicherung aus der Gesamtbetrachtung der Vorgaben ableiten lässt. Es ist nach der hier vertretenen Auffassung darauf abzustellen, ob dem Gaststaat in objektiver Sicht die Intention unterstellt werden kann, dass dieser sich gegenüber ausländischen Investoren auch zukünftig zur Aufrechterhaltung bestimmter gesetzlicher Vorgaben verpflichten wollte.

h) Die Relevanz der Intention des Gaststaates im Zusammenhang mit dem Schutz berechtigter Erwartungen auf eine stabile Gesetzeslage

Es ist primär anhand objektiver Gesichtspunkte zu prüfen, ob der Gaststaat durch sein Verhalten beim Investor berechtigte Erwartungen iSd FET-Standards erzeugt hat.[1393] In diesem Zusammenhang stellt sich jedoch die Frage, welche Relevanz der Intention des Gaststaates im Zusammenhang mit der möglichen Erzeugung berechtigter Erwartungen beizumessen ist. Wie bereits angeführt wurde, ist es für die Annahme von berechtigten Erwartungen auf eine Beständigkeit der Gesetzeslage des Gaststaates grundsätzlich erforderlich, dass eine konkrete Zusicherung auf Stabilität der gesetzlichen Vorgaben erteilt wurde. Es stellt sich jedoch die Frage, ob im Falle von bestimmten gesetzlichen Vorgaben, die vom Gaststaat bewusst zur Anziehung ausländischer Investoren geschaffen wurden, eine Erzeugung berechtigter Erwartungen auch abseits konkreter Zusicherungen angenommen werden kann.[1394]

[1393] Kritisch zu betrachten ist hier, dass aus den Schiedsentscheidungen oftmals nicht klar hervorgeht, ob die Schiedsgerichte bei der Auslegung von einem ob- oder subjektiven Standard ausgehen. Siehe dazu *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*., ICSID Case No. ARB/05/8, Award (11. Sep 2007), Rz 277, wo das Schiedsgericht zum unterschiedlichen Wortlaut des FET-Standards im Litauen-Norwegen BIT im Vergleich zur ‚herkömmlichen' Formulierung des FET-Standards festgehalten hat: „*The Claimant did not show any evidence which could demonstrate that, when signing the BIT, the Republic of Lithuania and the Kingdom of Norway intended to give a different protection to their investors than the protection granted by the ‚fair and equitable' standard.*"; inwiefern auf die Absicht des Gaststaates bei der Begründung von schützenswertem Vertrauen Bedacht zu nehmen ist, zeigt *T. Wälde* unter Verweis auf die Ausarbeitung von *H. A. Mairal* im Zusammenhang mit dem Schutz berechtigter Erwartungen im lateinamerikanischen Rechtsraum auf. So hebt *Wälde* hier unter Verweis auf *Mairal* hervor, dass auch unbestimmte staatliche Maßnahmen, die seitens der Behörden jedoch bewusst zweideutig gesetzt wurden, damit der Gaststaat sich mehrere Handlungsmöglichkeiten zum Nachteil des Vertrauenden offen halten kann, dessen berechtigte Erwartungen verletzen können, siehe *Thunderbird v. Mexico*, Separate Opinion Wälde, Rz 52 unter Verweis auf *H. A. Mairal,* La doctrina de los proprios actos y la Administracion Publica, Depalma, Buenos Aires, 1994.

[1394] Siehe hierzu *T. Wongkaew*, Protection of Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration, A Theory of Detrimental Reliance (2019), 203*:*„*By contrast, the reliance theory of legitimate expectations attributes liability to the inducement by the state through legislative framework and detrimental reliance of the investor. The emphasis is whether the law in question could create the expectation in the investor on which the investor then relies to its detriment. A specific nature of legislative framework is therefore relevant because when a specific law grants specific benefits to a specific group of investors or a particular investor, it is likely to induce greater reliance. Through the specific legislative framework, a proximate relationship of trust and confidence between the investor and the state is established.*"; *Tudor*, Foreign Investment, 156.

So gilt es etwa nach *S. Schill*[1395] zu prüfen, ob der Gaststaat das Vertrauen des Investors auf die stabile Rechtslage vorsätzlich erzeugt hat. Diesfalls könne nach *Schill* eine Verletzung der berechtigten Erwartungen im Fall von nachteiligen Änderungen dieser gesetzlichen Vorgaben bejaht werden. *Schill*[1396] führt bereits in einem früheren Aufsatz aus, dass hinsichtlich des Schutzes berechtigter Erwartungen auf die Gesetzeslage des Gaststaates zu differenzieren sei, ob der Gaststaat beim Investor besonderes Vertrauen im Hinblick auf die Beständigkeit der Gesetzeslage erweckt habe oder ob der Investor auch ohne solch eine besondere Vertrauenserzeugung durch den Gaststaat von der Beständigkeit der Gesetze ausgegangen sei. Diese besondere Vertrauenserweckung könne nach *Schill* neben dem Erteilen von konkreten, auf die Gesetzeslage bezugnehmenden, Zusicherungen auch erfolgen, wenn der Gaststaat seine Gesetze bewusst in der Form ausgerichtet habe, dass der Investor bei seiner Investitionsentscheidung auf diese Vorgaben voraussichtlich besonderes Gewicht legen werde. In derartigen Fällen müsse der Gaststaat aufgrund der besonderen Vertrauenserzeugung dem Investor die im Zusammenhang mit Gesetzesänderungen entstandenen Nachteile nach der Auffassung von *Schill* ersetzen.

Dass im Zusammenhang mit der Erzeugung berechtigter Erwartungen auf die (objektive) Intention des Gaststaates in Hinblick auf die Erzeugung von schützenswertem Vertrauen Bedacht zu nehmen ist, lässt sich auch aus der Einordnung der ‚konkreten Zusicherung' als besonders starken Vertrauenstatbestand ableiten. Durch die Erteilung von konkreten Stabilitätszusicherungen gegenüber ausländischen Investoren setzt der Gaststaat schließlich bewusst einen Vertrauenstatbestand *nach außen*. Dem Gaststaat ist hierbei durch die Setzung dieses Vertrauenstatbestandes (aus objektiver Sicht) bewusst, dass er dem Investor einen bestimmten Umstand, etwa die Beibehaltung bestimmter gesetzlicher Förderungsvorgaben, zusagt und dass der Investor auf diese Zusage vertraut. In Ansehung des Forschungsgegenstandes ist zu fragen, ob dieser Gedanke auch auf gesetzliche Vorgaben übertragen werden kann, die vom Gaststaat in dem Bewusstsein erzeugt wurden, dass der Investor auf diese Vorgaben bei der Investition(-sentscheidung) in besonderem Maß sein Vertrauen begründen wird.[1397] *Pandya/Moody* führen in diesem Zusammenhang aus[1398], dass die Annahme berechtigter Erwartungen im Zusammenhang mit

[1395] *Schill,* Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law in *Schill* (Hrsg.), International Investment Law and Comparative Public Law (2010), 175.

[1396] *Schill*, Fair and Equitable Treatment as an Embodiment of the Rule of Law, 28.

[1397] Siehe hierzu die Erörterung zum Fall *NextEra v. Spain* in Unterabschnitt j) iZm der Frage, wann eine konkrete Zusicherung nicht genügt.

[1398] *Pandya/Moody*, Legitimate Expectations: An Unclear Future, 18.

gesetzlichen Bestimmungen des Gaststaats nur sachgerecht erscheine, wenn der Gaststaat von dem spezifischen Vertrauen des Investors über die von ihm gesetzten Maßnahmen in Kenntnis sei. Ausgehend von dieser Überlegung muss dem Gaststaat daher (aus objektiver Sicht) in Hinblick auf bestimmte, von ihm erzeugte gesetzliche Vorgaben das Bewusstsein zu unterstellen sein, dass Investoren auf diese Vorgaben im Zusammenhang mit der Investition ihr Vertrauen begründen werden.

Fraglich ist jedoch, wann dem Gaststaat aus objektiver Sicht unterstellt werden kann, dass er bestimmte gesetzliche Vorgaben bewusst zur Anziehung ausländischer Investoren geschaffen hat.

W.M. Reisman/*M. H. Arsanjani*[1399] begründen die Bindung des Gaststaates an von ihm erlassene gesetzliche Vorgaben mit einer analogen Betrachtung der Bindung an unilaterale Deklarationen im allgemeinen Völkerrecht. So führen die Autoren unter Verweis auf den „*Nuclear-Tests*-Fall"[1400] des IGH aus, dass auch an einen unbestimmten Adressatenkreis gerichtete öffentliche Erklärungen des Gaststaates diesen unter gewissen Umständen rechtlich binden können. Dies sei der Fall, wenn dem Gaststaat bei Abgabe solcher Erklärungen die Intention unterstellt werden könne, dass sich dieser gegenüber den, wenn auch unbestimmten, Adressaten rechtlich verpflichten wolle. Im „*Nuclear-Tests*-Fall" wurde die Erklärung durch den Staat, keine Atomwaffentests mehr durchzuführen, *erga omnes* und nicht bloß gegenüber einem spezifischen Adressaten abgegeben.[1401] Durch den IGH wurde Frankreich die Intention unterstellt, dass die Erklärung auf Unterlassung der Durchführung weiterer Atomwaffentests mit rechtlicher Bindungsabsicht abgegeben worden sei. Ungeachtet des unbestimmten Adressatenkreises dieser öffentlich getätigten Erklärung wurde seitens des IGH eine rechtliche Bindung Frankreichs an diese Zusage angenommen.[1402]

Reisman/*Arsanjani* kommen in analoger Anwendung der Ergebnisse dieses Falls auf das internationale Investitionsrecht zu dem Ergebnis, dass ein Gaststaat, der bestimmte Maßnahmen in

[1399] *W. M. Reisman/M. H. Arsanjani*, The Question of Unilateral Governmental Statements as Applicable Law, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 19, Issue 2, Fall 2004, 328 (329, 342-343); auch das Schiedsgericht in *Total S. A. v. Argentina* nimmt in Rz 119 auf den Aufsatz von *Reisman/Arsanjani* Bezug.

[1400] *New Zealand v. France*, Nuclear tests case, Judgment of the ICJ (20. Dec 1974), ICJ Reports 1974, 457; zum Sachverhalt im „Nuclear-Tests" Fall siehe Kap VII B c).

[1401] *Reisman/Arsanjani*, Unilateral Statements as Applicable Law, 332.

[1402] *Reisman/Arsanjani*, Unilateral Statements as Applicable Law, 335; die Schlussfolgerung des IGH im "*Nuclear-Tests*-Fall" findet seine Grundlage wiederum im allgemeinen völkerrechtlichen Grundsatz des Handelns nach „Treu und Glauben" siehe *Potesta*, Legitimate Expectations in Investment Treaty Law, 109; zur Schwierigkeit des Festmachens dieser Bindungsintention auf Seiten des Staates siehe *M. Paparinskis*, Good Faith and Fair and Equitable Treatment in International Investment Law in *A.D. Mitchell/M. Sornarajah/T. Voon* (Hrsg.), Good Faith in International Economic Law (2015), 169.

der Absicht setze, hiermit ausländische Investoren anzuziehen, an die gesetzten Maßnahmen gebunden sein soll.[1403] Somit ist nach der Ansicht der Autoren besonderes Augenmerk auf die Absicht des Gaststaates zu legen; dies auch, wenn diese Maßnahmen – wie dies bei generellen gesetzlichen Vorgaben der Fall ist – unter Analogie der Ausführungen zum „*Nuclear-Tests*-Fall" keinen bestimmten Adressatenkreis aufweisen.

Die Untersuchung von *Reisman*/*Asanjani* fand auch in der Schiedspraxis Anklang. So wurde der Aufsatz von *Reisman/Asanjani* durch die Schiedsgerichte in *Total S. A. v. Argentina*[1404] und *Novenergia v. Spain*[1405] herangezogen. Das Schiedsgericht in *Novenergia v. Spain* führte in diesem Zusammenhang aus:

„*The arbitral tribunal in Total v. Argentina noted that the scope of legitimate expectations is based on whether the host State authorities '**announced officially their intent to pursue a certain conduct in the future, on which, in turn, the investor relied in making investments or incurring costs**'.*"[1406]

Auch *F. M. Tellez*[1407] vertritt die Ansicht, dass gesetzliche Vorgaben, wenn diese dazu vorgesehen sind, Investoren in einem bestimmten Sektor anzuziehen, auch abseits konkreter Zusicherungen als Grundlage für berechtigte Erwartungen in Frage kommen können. Dies sei nach *Tellez* beispielsweise bei den in der Argentinienkrise gegenständlich gewesenen gesetzlichen Maßnahmen der Fall.

[1403] *Reisman/Arsanjani*, Unilateral Statements as Applicable Law, 342: „*Where statements are made either orally or distributed in writing in either hard copy or on-line, **clearly promising certain conditions or treatment for foreign investors and such statements are made public and are made repeatedly** and foreign investors relied on them, and governments do not retrieve or qualify those statements of commitment before the conclusion of contracts with foreign investors, **they should, in our view, bind the state.***" (Hervorhebung durch den Autor); auch *Potesta*, Legitimate Expectations in Investment Treaty Law, 109-110 bejaht eine grundsätzliche Anwendbarkeit der allgemein völkerrechtlichen Grundsätze von unilateralen Erklärung auf das Investitionsrecht, betont jedoch, dass diese Annahme keinen Wiederhall in der Schiedspraxis gefunden habe.

[1404] *Total S. A. v. Argentina,* Rz 119. Hierbei ist jedoch darauf hinzuweisen, dass das Schiedsgericht in *Total S. A. v. Argentina* für die Erzeugung berechtigter Erwartungen im Hinblick auf gesetzliche Vorgaben grundsätzlich auf das Vorliegen einer konkreten Zusicherung an den ausländischen Investor abstellt, womit nach dieser Auffassung *ergma omnes* gesetzte staatliche Maßnahmen, wie dies bei Gesetzen der Fall ist, grundsätzlich für die Erzeugung berechtigter Erwartungen ohne dem Vorliegen von zusätzlichen Vertrauensgrundlagen nicht ausreichend sind.

[1405] *Novenergia v. Spain*, Rz 555, wobei das Schiedsgericht nur indirekt auf die Ausführungen von *Reisman/Arsanjani* Bezug nimmt, da es die darauf bezugnehmenden Ausführungen in *Total S. A. v. Argentina* zitiert.

[1406] *Novenergia v. Spain*, Rz 555 (Hervorhebung durch den Autor).

[1407] *F. M. Tellez,* Conditions and Criteria for the Protection of Legitimate Expectations, 436.

Wie bereits geschildert, besteht die Problematik jedoch in der Frage, anhand welcher Merkmale diese Bindungsabsicht auf Seiten des Gaststaates bei generellen gesetzlichen Vorgaben unterstellt werden kann. Schließlich würde eine vorschnelle Annahme einer Absicht des Gaststaates auf Beibehaltung genereller gesetzlicher Vorgaben im Widerspruch mit dem allgemeinen Grundsatz stehen, wonach es Staaten grundsätzlich frei steht, bestehende Gesetze wieder abzuändern. Diesem Gedanken folgenden kann dem Gaststaat somit nicht bei jedweder von ihm erlassenen generellen Norm eine derartige Bindungsabsicht unterstellt werden. Vielmehr wird zu fordern sein, dass die am Prüfstand stehende gesetzliche Vorgabe bestimmte Merkmale aufweist, die auf einen derartigen Bindungswillen gegenüber den hiervon betroffenen ausländischen Investoren schließen lässt. Es muss sich daher um einen spezifischen, eine bestimmte Investitionsmaterie regelnden, Norminhalt handeln. Zudem wird erforderlich sein, dass es sich um für ausländische Investoren günstige Vorgaben wie bestimmte Förderungen oder Steuerbegünstigungen handelt.[1408] Schließlich kann nur bei solch für Investoren günstigen gesetzlichen Vorgaben unterstellt werden, dass diese vom Gaststaat bewusst zur Anziehung ausländischer Investoren geschaffen wurden.[1409]

Dass auch derartigen, für Investoren günstigen Gesetzesvorgaben nicht stets solch eine Bindungsabsicht unterstellt werden kann, wurde durch das *Wirtgen v. Czech Republic*[1410] betont. Das Schiedsgericht lehnte die Behauptung des Investors ab, wonach der Gaststaat durch die später abgeänderten Gesetzesbestimmungen den Investor absichtlich zur Vornahme der Investition angelockt habe. Hierbei gelangte Schiedsgericht zu dem Ergebnis, dass die Vorgaben im „Act 180"[1411] nicht bewusst mit der Absicht durch den Gaststaat erzeugt worden sei, ausländische Investoren und insbesondere den Kläger anzuziehen[1412]. Das Schiedsgericht führte hierzu aus:

[1408] Siehe zu den Förderungen die ‚Spanienfälle' in Kap X und zu den Steuerbegünstigungen die Ausführungen zum Verfahren *Micula v. Romania.*

[1409] Siehe etwa *BG Group Plc. v. The Republic of Argentina,* UNCITRAL, Final Award (24. Dec 2007), Rz 175*,* wo seitens des Schiedsgerichtes festgehalten wurde, dass der gesamte Privatisierungsprozess des Gaststaates darauf ausgerichtet gewesen sei, ausländische Investoren zur Investition im Gaststaat zu bewegen. Hierbei ist jedoch festzuhalten, dass das Schiedsgericht – im Zusammenhang mit der Annahme berechtigter Erwartungen – mehrfach auf das durch Argentinien erteilte *Information Memorandum* Bezug genommen hat, das im Zusammenhang mit den gegenständlichen gesetzlichen Bestimmungen erteilt wurde (siehe Rz 171-172); siehe auch *National Grid plc v. The Argentine Republic*, UNCITRAL, Award (03. Nov 2008), Rz 177, wo das Schiedsgericht hinsichtlich der Vorgaben im BIT und den Äußerungen des argentinischen Präsidenten festgehalten hat: „*More specifically, the Respondent solicited the investments in the power sector internationally.*"

[1410] *Wirtgen v. Czech Republic*, Rz 438-440.

[1411] Zum näheren Inhalt dieser Vorgabe, die insbesondere Förderungen für Produzenten von erneuerbaren Energien regelt, siehe *Wirtgen v. Czech Republic*, Rz 18ff, 358ff.

[1412] Anders etwa das Schiedsgericht in *Antin v. Spain*, Rz 554: „*Spain (i) recognised that RE projects required high upfront capital investments; (ii) understood that to foster investments in that sector, in line with its policy goals, it*

„*It is thus not correct to say that the Czech Republic 'deliberately' offered a high FIT to attract solar PV investors like the Claimants.*"[1413]

Das Schiedsgericht in der Entscheidung *Cube v. Spain*[1414] gelangte wiederum zu dem Ergebnis, dass die gesetzlichen Vorgaben durch Spanien bewusst zur Anziehung ausländischer Investoren erzeugt wurden und der Investor daher darauf vertrauen durfte, dass diese für ihn günstigen Gesetzesvorgaben auch nach Vornahme der Investition bestehen bleiben.[1415] Hierzu hielt das Schiedsgericht fest:

„*The Tribunal* ***does not consider it necessary that a specific commitment*** *be made to each individual claimant in order for a legitimate expectation to arise. At least in the case of a highly-regulated industry, and provided that the representations are sufficiently clear and unequivocal, it is enough that a regulatory regime be established with the* ***overt aim of attracting investments*** *by holding out to potential investors the prospect that the investments will be subject to a set of specific regulatory principles that will, as a* ***matter of deliberate policy, be maintained in force for a finite length of time.*** *Such regimes are plainly intended to create expectations upon which investors will rely; and to the extent that those expectations are objectively reasonable, they give rise to legitimate expectations when investments are in fact made in reliance upon them.*"[1416]

Festgehalten werden kann, dass derartige, ein spezifisches Investitionsvorhaben regelnde Gesetzesvorgaben sich grundlegend von ‚gewöhnlichen Gesetzen', bei denen dem Gaststaat nicht die Absicht unterstellt werden kann, dass diese zukünftig unverändert aufrecht bleiben werden, unterscheiden. Nach der hier vertretenen Auffassung weisen derartige spezifische Gesetzesvorgaben – in Unterscheidung zu ‚gewöhnlichen' Gesetzen – zwei wesentliche Merkmale auf: eine auf die Zukunft orientierte Ausrichtung und die Gewährung von Vorteilen bzw Begünstigungen für die betroffenen Investoren.

---

needed to create more appropriate incentives; (iii) issued RD 661/2007 providing incentives to encourage investments in certain RE technologies, including CSP projects, and (iv) represented, through its acts and regulations, that the economic regime applicable to RE projects would remain stable and predictable."

[1413] *Wirtgen v. Czech Republic*, Rz 440.

[1414] *Cube v. Spain*, Rz 388.

[1415] Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt das Schiedsgericht in *Novenergia v. Spain*, Rz 555 unter Verweis auf *Total v. Argentina*.

[1416] Nach den Ausführungen des Schiedsgerichtes in *El Paso v. Argentina* können konkrete Zusicherungen im Falle einer spezifischen Adressierung oder im Falle einer hinreichenden Spezifität des Inhaltes angenommen werden.

i. Die zukunftsorientiere Ausrichtung von gesetzlichen Vorgaben und die Gewährung von „substantive benefits“ als Merkmale für eine dem Gaststaat zu unterstellende Bindungsabsicht

Entsprechend der Ausführungen des Schiedsgerichtes in *Total S. A. v. Argentina*[1417] ist im Zusammenhang mit der Eignung von gesetzlichen Vorgaben für die Erzeugung berechtigter Erwartungen darauf Bedacht zu nehmen, ob den gesetzlichen Vorgaben eine „zukunftsorientierte“ Ausrichtung zu unterstellen sei. Bei den Dekreten in den ‚Spanienfällen‘ ist dies anzunehmen. Schließlich haben diese besonders kapitalintensive Investitionen zum Regelungsgegenstand, weswegen die Investoren naturgemäß bereits für die Deckung der Investitionskosten mit einem langen Anlagehorizont kalkulieren.

Auch *Craig*[1418] hebt im Zusammenhang mit dem Schutz berechtigter Erwartungen in der englischen Rechtsordnung hervor, dass für die Frage der Erzeugung berechtigter Erwartungen durch staatliche Maßnahmen eine zukunftsorientierte Betrachtung der am Prüfstand stehenden staatlichen Maßnahme geboten sei.

Hierzu hat *Craig*[1419] unter Verweis auf Richter *Sedley J* ausgeführt:

„***A promise is, precisely, a representation about future conduct****, making it relatively straightforward to decide whether the promisor should be held to it.* ***Practices may****, but do not necessarily have the same character.* ***Where the material practice is generated by a policy which is itself liable to change, the practice cannot be logically expected to survive a policy change****, and policy change may not be able to be withheld consistently with the statutory duties or powers under which the policy has been brought into existence.*“

Dies geht mit der Auffassung des Schiedsgerichts in *Total S. A. v. Argentina* konform. Wenn gesetzliche Vorgaben daher eine klar zukunftsorientierte Ausrichtung aufweisen, kann dies als Merkmal für eine dem Gaststaat zu unterstellende Bindungsabsicht erfasst werden.

Für eine Bindungsintention des Gaststaates im Zusammenhang mit gesetzlichen Vorgaben spricht überdies, wenn die gesetzlichen Vorgaben bestimmte Vorteile für ausländische Investoren enthalten.

[1417] Zu *Total S. A. v. Argentina* siehe Kap VII A a) vi. Nach Auffassung des Schiedsgerichts können derartige zukunftsorientierte Gesetze bei Regelung von kapitalintensiven und langfristigen Investitionsvorhaben vorliegen.
[1418] *Craig*, Substantive Legitimate Expectations, 294.
[1419] *Craig*, Substantive Legitimate Exepctations, 294 (Hervorhebung durch den Autor)

Das Schiedsgericht in *Crystallex v. Venezuela*[1420] hat hierzu ausgeführt:

„*A legitimate expectation may arise in cases where the Administration has made a promise or representation to an investor as to a substantive benefit, on which the investor has relied in making its investment, and which later was frustrated by the conduct of the Administration.*"

Derartige „*substantive benefits*" können nach *M. Kaldunski*[1421] etwa die Erteilung von Lizenzen oder die Reduktion oder Abschaffung von Steuern darstellen. Die im Zusammenhang mit der ‚Energiekrise' in den Gesetzen normierten Förderungen für Solarinvestitionen sind nach der hier vertretenen Auffassung ebenfalls als derartige „*substantive benefits*" einzuordnen.

Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass bei spezifischen gesetzlichen Vorgaben eine Bindungsabsicht unterstellt werden kann, wenn die genannten Kriterien (zukunftsorientierter Regelungsinhalt, Regelung von Vorteilen bzw. Förderungen für bestimmte Auslandsinvestitionen) kumulativ erfüllt sind.

Es soll nunmehr anhand zweier Themenkreise die Relevanz der dem Gaststaat zu unterstellenden Bindungsabsicht für die Erzeugung berechtigter Erwartungen bei gesetzlichen Vorgaben dargelegt werden. Ein Themenkreis behandelt die Frage, weshalb politische Kundmachungen bzw. Äußerungen in der Regel als Grundlage für berechtigte Erwartungen ausscheiden. Der zweite Themenkreis behandelt den Umstand, dass auch das Vorliegen einer konkreten Zusicherung für die Erzeugung berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität nicht stets ausreicht. Anschließend wird vertiefend auf die Frage eingegangen, nach welchen Merkmalen gesetzliche Vorgaben als Grundlage berechtigter Erwartungen erfasst werden können. Hierbei bildet die aufgezeigte Bindungsabsicht eines der zentralen Merkmale für die Einordnung von gesetzlichen Vorgaben als Grundlage berechtigter Erwartungen.

i) Politische Kundmachungen bzw. Äußerungen als konkrete Zusicherungen?

Selbst bei Zusicherungen von staatlichen Stellen, die die Stabilität von gesetzlichen Vorgaben zum Gegenstand haben, kann eine Eignung für die Erzeugung berechtigter Erwartungen nicht stets angenommen werden. So ist bei politischen ‚Zusicherungen' seitens des Gaststaates die Erzeugung

[1420] *Crystallex v. Venezuela*, Rz 547; *M. Kaldunski,* Some Remarks on the Protection of Legitimate Expectations in International Investment Law, Comparative Law Review, 25, 2019, 215 (237).
[1421] *M. Kaldunski,* Some Remarks on the Protection of Legitimate Expectations, 237.

berechtigter Erwartungen regelmäßig zu verneinen. Wie durch das Schiedsgericht in *Continental v. Argentina*[1422] aufzeigt wurde, weisen politische Zusicherungen ‚erfahrungsgemäß' einen geringen rechtlichen Gehalt auf. Diese Zusagen eignen sich daher grundsätzlich nicht[1423] oder zumindest nicht in Isolation[1424] für die Erzeugung berechtigter Erwartungen auf Stabilität.

Ob politische Zusicherungen staatlicher Organe berechtigte Erwartungen auf gleichbleibende gesetzliche Rahmenbedingen erzeugen können, wäre nach der hier vertretenen Auffassung in erster Linie erneut mit der Frage zu prüfen, ob dem Gaststaat aus objektiver Sicht eine Bindungsabsicht im Zusammenhang mit den getätigten Äußerungen dahingehend unterstellt werden kann; dies in der Form, dass er sich verbindlich zur Beibehaltung der gesetzlichen Vorgaben erklären wollte.[1425] Bei politischen Kundmachungen wird sich hierbei regelmäßig das Problem ergeben, dass diese in der Regel ‚marktschreierisch' sind (nach Auffassung des Schiedsgerichtes in *Continental v. Argentina* ist der fehlende rechtliche Gehalt derartiger Äußerungen gar als notorisch anzusehen[1426]). Bei derartigen Kundmachungen wird dem Gaststaat daher in der Regel nicht die Intention zu unterstellen sein, sich mit diesen bindend gegenüber den Investoren verpflichten zu wollen. Schließlich werden derartige ‚Zusagen' erstrangig zu Werbezwecken getätigt. Anders ist die Lage in Fällen, wie dem bereits erläuterten „*Nuclear tests*-Fall" unter dem IGH. So hat es sich zwar bei der Zusage Frankreichs, keine Atomwaffentests mehr durchzuführen, ebenfalls um eine ‚politische Kundmachung' gehandelt. Diese wurde jedoch nicht, wie es bei politischen Kundmachungen im Zusammenhang mit Auslandsinvestitionen regelmäßig der Fall ist, bloß zur ‚Werbezwecken' vorgenommen.[1427] Ein weiteres Problem mit politischen ‚Zusicherungen' ist, dass sie regelmäßig zu generell gehalten sind, in der Regel nicht an einzelne Investoren adressiert werden und überdies auch inhaltlich üblicherweise unspezifisch sind.[1428] *Potesta* betont hierbei, dass sich die lediglich beschränkte Beachtlichkeit von politischen Äußerungen – gleich generellen gesetzlichen Vorgaben

[1422] *Continental v. Argentina*, Rz 261.

[1423] Auch in *PSEG v. Turkey* wurden generelle politische Äußerungen und Kundmachungen des Gasstaates mit dem Tenor, dass ausländische Investoren benötigt und begrüßt werden, nicht als Vertrauensgrundlage für die Erzeugung berechtigter Erwartungen angesehen, siehe Kap VII A b).

[1424] Zum ‚Kumulationseffekt' siehe Abschnitt F dieses Kapitels. Zusammen mit anderen staatlichen Zusagen könnten auch derartige politische Zusicherungen in die Gesamtbetrachtung als Vertrauensgrundlage für die Begründung berechtigter Erwartungen miteinbezogen werden.

[1425] Siehe Unterabschnitt h) zur Bindungsabsicht des Gaststaates.

[1426] *Continental v. Argentina*, Rz 261.

[1427] Zum „*Nuclear-Tests*-Fall" siehe VII B d; siehe auch die Äußerungen des Präsidenten von Chile bei einem Abendessen im Hinblick auf die Anwerbung ausländischer Investoren in *MTD v. Chile*, Rz 63, 156f.

[1428] Auch hier wurde im „*Nuclear-Tests*-Fall" anderes angenommen, obwohl die Äußerung Frankreichs *erga omnes* vorgenommen wurde, siehe hierzu Kap VII B d).

– iZm der Begründung berechtigter Erwartungen ua daraus ergeben würde, dass diese nicht an bestimmte Investoren adressiert sind.[1429] *Johnson/Volkov*[1430] verweisen wiederum darauf, dass durch Schiedsgerichte wiederholt die Begründung berechtigter Erwartungen im Zusammenhang mit politischen Zusicherungen angenommen worden sei. Dies sei in Fällen geschehen, in denen eine Vielzahl derartiger Zusicherungen von staatlichen Stellen abgegeben wurden. Die Autoren vertreten im Ergebnis zwar die Auffassung, dass politische Zusicherungen für sich allein nicht dazu geeignet sind, berechtigte Erwartungen zu erzeugen. Anderes gelte nach Auffassung der Autoren jedoch dann, wenn diese politischen Zusicherungen im Zusammenhang mit anderen staatlichen Zusagen abgegeben wurden.[1431] Dieser Auffassung ist beizupflichten, da nach der Schiedsjudikatur auch Maßnahmen, die für sich in Isolation betrachtet keine hinreichende Vertrauensgrundlage bilden, in Kumulation mit anderen staatlichen Maßnahmen in einer Gesamtbetrachtung zu einer Erzeugung berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität führen können. Zusammengefasst kann jedoch festgehalten werden, dass politische Kundmachungen bzw politische ‚Zusicherungen' in Isolation betrachtet als hinreichende Vertrauensgrundlage für die Erzeugung berechtigter Erwartungen wohl ausscheiden werden, da es ihnen in der Regel an der erforderlichen Bindungsabsicht fehlt. Wenn überhaupt, können derartige politische ‚Zusagen' lediglich ‚reduzierte' Erwartungen erzeugen. Aus der Untersuchung des rechtlichen Bedeutungsgehaltes von politischen Zusagen ergibt sich daher, dass für die Einordnung von staatlichen Zusicherungen als verbindliche Zusagen eine objektiv zu unterstellende Bindungsabsicht seitens des Gaststaates erforderlich ist.

j) Wann eine „konkrete Zusicherung" für die Erzeugung von berechtigten Erwartungen auf gesetzliche Stabilität nicht genügt

Auch wenn individuelle, an bestimmte Investoren adressierte Zusicherungen oftmals Grundlage für die Begründung berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität bilden können, führen derartige Zusicherungen nicht stets zur Erzeugung von schützenswertem Vertrauen auf einen unveränderten Fortbestand der gesetzlichen Vorgaben. Dies ist etwa dann der Fall, wenn die Zusicherungen, mögen sie auch auf die konkreten gesetzlichen Vorgaben Bezug nehmen, diese gesetzlichen Vorgaben lediglich wiedergegeben bzw. deren Inhalt lediglich wiederholen. In solchen Konstellationen liegt nämlich keine Zusicherung auf *Stabilität* dieser gesetzlichen Bestimmungen

[1429] *Potesta*, Legitimate Expectations, 101.
[1430] *Johnson/Volkov*, Investor-State Contracts, Host-State "Commitments" and the Myth of Stability in International Law, 378 unter Verweis auf *Metaclad*, Rz 28f und *Tecmed*, Rz 158-174.
[1431] *Johnson/Volkov*, Investor-State Contracts, Host-State "Commitments" and the Myth of Stability in International Law, 378.

vor.[1432] In diesem Zusammenhang ist auf das Schiedsverfahren *RREEF v. Spain* zu verweisen. Das Schiedsgericht führte zu den vom Investor ins Treffen geführten, vermeintlich vertrauensbegründenden, Zusicherungen aus[1433]:

„*Besides the general policy exposed in RD 661/2007 and RD 1614/2010, the Tribunal is not convinced that any other document could have generated stronger or different expectations to the benefit of the Claimants:*

- The "international practice for FITs are merely a contextual element that cannot generate legitimate expectations that the Respondent will not change its regulatory framework;

- The preparatory documents of RD 661/2007 invoked by the Claimants only ***confirm the content*** *of RD 661/2007* ***but do not contain any specific commitment****. Furthermore, it is revealing that the Claimants mainly rely on documents issued in 2007, four years before their investment in 2011, when the Spanish economic context was quite different.*

- The Press Release of the Spanish Government issued on 2 July 2010 ***does no more than reiterating the content of RD*** *1614/2010;*

- The documents concerning the Claimants' meetings with representatives of the Ministry are mainly internal Claimants' documents: the emails exchanged between RREEF, Antin, Lazard and Deutsche Bank Madrid bear upon a meeting with the Ministry of Industry, Tourism and Commerce, established by the Claimants; the PowerPoint presentation on Project Guadisol is made by RREEF itself ***all these documents have a limited probative value and do not go beyond confirming the general pledge for stability contained in RD 661/2007*** *(see, e.g., the warning in the email dated 20 May 2011: "this has to be taken with some caution ('nothing is written in marble')*.

- The Claimants rely heavily on the Resolution of the Directorate-General for Energy and Mining Policy. The Tribunal agrees with the Respondent ***that it is merely an informative document which lists the various texts in force but does not provide that the regime would be maintained***."[1434]

Für die Begründung berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität ist es nach den Ausführungen des Schiedsgerichts somit erforderlich, dass Schriftstücke, welche auf die günstigen

[1432] Daneben ist auch bei Unterlassung der gehörigen Sorgfaltspflicht trotz Vorliegen von konkreten Zusicherungen die Begründung von berechtigten Erwartungen zu verneinen, zur Sorgfaltspflicht siehe Kap IV E.
[1433] *RREEF v. Spain*, Rz 396.
[1434] *RREEF v. Spain*, Rz 396f (Hervorhebung durch den Autor).

staatlichen Vorgaben konkret Bezug nehmen, auch Zusicherungen im Hinblick auf die Stabilität dieser Vorgaben enthalten.[1435] Das Schiedsgericht in *NextEra v. Spain* betonte ebenfalls, dass durch die reine Wiedergabe der gesetzlichen Vorgaben in an die Investoren adressierten Schreiben keine berechtigen Erwartungen auf eine Beständigkeit dieser gesetzlichen Vorgaben erzeugt werden können.[1436] In einer Gesamtbetrachtung mit nachstehenden, auf die Gesetzesvorgaben bezugnehmenden staatlichen Maßnahmen, sind diese Schreiben jedoch in die Prüfung der Erzeugung berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität miteinzubeziehen:

"*The statements and assurances on which Claimants rely fall into five categories:*

(1) Statements made in writing to NextEra by Spanish officials.

(2) Statements made in writing by NextEra representatives to Spanish officials that were not contradicted or disagreed with by Spanish officials (although not responded to or agreed to).

(3) NextEra's internal memoranda reporting on meetings with the Spanish officials.

(4) Witness statements indicating NextEra's understanding of the Spanish position.

(5) Statements made to industry, and statements made to the PTEs."[1437]

Zu den aufgezählten Faktoren führte das Schiedsgericht näher aus:

„*The Tribunal notes that the statements relied on have various levels of probity. (…)* ***In the view of the Tribunal, statements made in writing by Spanish officials constitute the best evidence of Spanish assurances that could be the basis for legitimate expectations****. The rest are unilateral statements by NextEra officials of their understanding of Spain's position.*"[1438]

Ferner betonte das Schiedsgericht:

[1435] AA Schiedsrichter *Volterra*, der in seiner dissenting opinion zu *RREEF v. Spain* die Auffassung vertritt, dass insbesondere die von der staatseigenen Firma *InvestInSpain* zur Anziehung von ausländischen Investoren betriebene Kampagne sehr wohl berechtigte Erwartungen erzeugt habe, siehe Rz 24ff zu *InvestInSpain*; andere Ansicht die Schiedsgerichte in *Hydro Energy v. Spain*, Rz 668 und *Infracapital v. Spain*, Rz 592.

[1436] *NextEra v. Spain*, Rz 586; siehe auch das Schiedsgericht in *Stadtwerke v. Spain*, Rz 287: „*It is clear that an investor cannot reasonably rely on PowerPoint presentations from Spanish agencies with no regulatory powers to base their expectations in relation to the legal regime for investments in Spain.* ***Legitimate expectations must be grounded in the law and not based upon promotional literature about what the law says****."* (Hervorhebung durch den Autor), ferner Rz 290*: "The Ministry of Industry, Tourism and Trade will immediately start the proceedings that allow the content of the agreements to transfer into regulation.* ***Any informal agreements reached during such a consultation process do not have any legal significance in Spanish law unless and until they are enacted****."* (Hervorhebung durch den Autor).

[1437] *NextEra v. Spain*, Rz 589.

[1438] *NextEra v. Spain*, Rz 590f (Hervorhebung durch den Autor).

„*The assurances on which such an expectation can be based include the* ***letter*** *from Secretary Marin to Mr. Davidson, which said, '****the absolute vocation of said legislation is to preserve the legal security of all investments currently underway, thereby guaranteeing the forecasts under which said investments are to be made****'; and the subsequent* ***letter*** *from Secretary Marin to Mr. Davidson, which said, 'the new framework for the promotion of renewable energies is governed by the principles of judicial and* ***regulatory stability*** *and visibility, and that the actual pre-assignment in the registry guarantees the promoter the benefits of the economic regime under which it made its investment decision'.* ***The Tribunal does not see these as 'commitments' by Spain, but 'legitimate expectations' can exist in the absence of actual formal commitments****.*"[1439]

Die Ausführungen der Schiedsgerichte in *RREEF* und *NextEra v. Spain* sind treffend. Auch beim Vorliegen von konkret auf ausländische Investoren adressierten und auf die günstigen Gesetzesvorgaben bezugnehmenden Schreiben ist zu prüfen, ob sich aus diesen Dokumenten auch die Zusage auf Stabilität der gesetzlichen Vorgaben ableiten lässt. Das Schiedsgericht in *Continental v. Argentina* hat hierzu passend hervorgehoben, dass im Zusammenhang mit an den Investor erteilten Zusicherungen, „konkret" nicht mit „direkt" gleichgesetzt werden könne.[1440] Vielmehr müsse stets geprüft werden, ob die vom Gaststaat im Zusammenhang mit den gesetzlichen Vorgaben abgegebenen Erklärungen auch die Stabilität der gesetzlichen Vorgaben zusichern; dies etwa dahingehend, dass sich die bezughabenden Gesetze nicht ändern werden bzw. dass diese für eine bestimmte Zeitdauer beibehalten werden.[1441] Hierbei ist erneut auf den Umstand zu verweisen, dass sich aus den Zusagen des Gaststaates die (objektive) Absicht ableiten lassen muss, dass der Gaststaat sich gegenüber dem Investor auf Beibehaltung bestimmter gesetzlicher Vorgaben *verbindlich erklären* wollte. Dementsprechend ist auch die oben zitierte Auffassung des Schiedsgerichts in *NextEra v. Spain* hinsichtlich der Einordnung des von Minister Marin an den Investor übermittelten Schreibens als konkrete Zusicherung stimmig. In dem Schreiben wurde schließlich ausdrücklich zugesagt, dass die für den Investor günstigen gesetzlichen Vorgaben beibehalten werden. Diese Zusicherung geht somit über die bloße Wiedergabe der gesetzlichen Vorgaben im Dekret hinaus, da der Gaststaat zugesichert hat, dass diese günstigen Vorgaben nach Vornahme der Investition weiterhin aufrecht erhalten werden. Durch diese Zusicherung tritt somit die *Intention* des Gaststaates *nach außen*, sich gegenüber dem ausländischen Investor in Hinblick

[1439] *NextEra v. Spain*, Rz 590f (Hervorhebung durch den Autor).
[1440] *Continental v. Argentina*, Rz 45f.
[1441] Vgl *Crystallex v. Venezuela*, Rz 527.

auf die gesetzlichen Vorgaben rechtlich binden zu wollen.[1442] Auszuführen ist jedoch, dass für den Fall, dass die aufgezeigten Maßgaben für die Annahme einer Bindungsabsicht im Zusammenhang mit einer gesetzlichen Vorgabe vorliegen (spezifischer Regelungsinhalt, zukunftsorientierte Ausrichtung, Regelung von „*substantive benefits*"), zusätzliche konkrete Zusicherungen im Zusammenhang mit den gesetzlichen Vorgaben für die Erzeugung berechtigter Erwartungen nicht vorliegen müssen.

J. Exkurs: Der ‚Stehsatz' der UNCTAD-Studie aus dem Jahr 2012: Berechtigte Erwartungen auf gesetzliche Stabilität abseits konkreter Zusicherungen einer konkreten Zusicherung?

Zur Untermauerung der Argumentation, dass berechtigte Erwartungen auf gesetzliche Stabilität auch abseits konkreter Zusicherungen erzeugt werden können, wurde wiederholt[1443] auf folgenden ‚Stehsatz' einer UNCTAD-Studie aus dem Jahr 2012 Bezug genommen:

„*Arbitral decisions suggest in this regard that an investor may derive legitimate expectations either from (a) specific commitments addressed to it personally, for example, in the form of a stabilization clause,* ***or (b) rules that are not specifically addressed to a particular investor but which are put in place with a specific aim to induce foreign investments and on which the foreign investor relied in making his investment***."[1444]

Bei genauerer Betrachtung lässt sich diese Annahme jedoch aus der herangezogenen Quelle nicht ableiten. So wird in der Studie als Quelle für die zitierte Schlussfolgerung zunächst die Entscheidung *Glamis Gold v. USA*, konkret Rz 627 der Entscheidung, herangezogen.

In der zitierten Stelle führte das Schiedsgericht in *Glamis Gold v. USA* jedoch lediglich allgemein aus:

[1442] Zum Bedeutungsgehalt der Intention des Gaststaates iZm gesetzlichen Vorgaben siehe Unterabschnitt h).

[1443] *9REN v. Spain*, Rz 294; *Charanne v. Spain*, dissenting opinion Tawil Rz 5 und FN 2 sowie der Investor in *Charanne v. Spain*, Rz 488: „*To demonstrate that these latest rules generated legitimate expectations, the Claimants rely on several decisions of investment tribunals,429 as well as on the 2012 study by the UNCTAD on Fair and Equitable Treatment.*"; *Isolux v. Spain,* dissenting opinion Tawil*,* FN 2*; Masdar v. Spain,* Rz 400, 492-493; *Antaris v. Czech Republic,* dissenting opinion Born*,* Rz 36*; Wirtgen v. Czech Republic,* dissenting opinion Born*,* Rz 13*;* gleicher Ansicht *Jacob/Schill,* Fair and Equitable Treatment: Content, Practice, Method, Rz 61.

[1444] *UNCTAD*, FET a Sequel, 69.

„*..Such a breach may be exhibited by a ‚gross denial of justice or manifest arbitrariness falling below acceptable international standards;'* ***or the creation by the State of objective expectations in order to induce investment and the subsequent repudiation of those expectations***.“[1445]

Daraus lässt sich jedoch entgegen der Auffassung in der UNCTAD-Studie nicht der Schluss ziehen, dass auch Vorgaben, welche nicht an bestimmte Investoren adressiert sind, berechtigte Erwartungen erzeugen können. Hierbei ist besonders zu betonen, dass gerade in *Glamis Gold v. USA* die Schwelle für die Erzeugung berechtigter Erwartungen durch das Schiedsgericht sehr hoch angesetzt wurde, verlangte dieses für die Erzeugung berechtigter Erwartungen schließlich eine quasi-vertragliche Beziehung („*quasi-contractual relationship*“) zwischen Gaststaat und Investor.[1446] Ferner führte das Schiedsgericht zu jenen Zusicherungen, die solch eine quasi-vertragliche Beziehung begründen können, näher aus:

„*In addition, this is not the type of specific inducement necessary to create the duty that is a prerequisite to any breach of Article 1105 by repudiation of investor expectations. The asserted assurances made to Claimant are not equivalent to the assurances in Metalclad, which were found to be ‚**definitive, unambiguous and repeated'** and thus were sufficient to create the threshold State obligation*“[1447]

(...)

„*In addition, although the bill may have surprised Claimant, **no specific assurances** were provided to Claimant by the State of California so as to create a duty on behalf of the State to not upset Claimant's reasonable expectations.*“[1448]

[1445] *Glamis Gold v. USA*, Rz 627 (Hervorhebung durch den Autor).

[1446] *Glamis Gold v. USA*, Rz 799: „*In its promulgation of the 1105 standard above, the Tribunal explained that, with respect to reasonable investor relations, a State Party's duty under Article 1105* ***arises only when the State has induced these expectations in a quasi-contractual manner***. *In this way, a State may be tied to the objective expectations that it creates in order to induce investment.* ***Such an upset of expectations thus requires something greater than mere disappointment; it requires, as a threshold condition, the active inducement of a quasi-contractual expectation***.“ (Hervorhebung durch den Autor); *Jacob/Schill,* Fair and Equitable Treatment: Content, Practice, Method, Rz 59; siehe ferner FN 45 in *Patrizia/Profaizer/Timofeyev/Cooper*, Investment Disputes involving the Renewable Energy Industry Under the Energy Charter Treaty, Global Arbitration Review, wo die Autoren festhalten: „*Arbitral tribunals applying Article 1105 of NAFTA have generally followed this approach, inquiring whether the expectation is reasonable and justifiable by considering the representations (or conduct) of the host state, whether the investor actually relied on those representations, and whether the state failed to respect the expectations created.* ***At times, as in the Glamis case, the tribunals applied even stricter requirements, demanding that the investor's expectations be based on definitive, unambiguous and repeated specific commitments or assurances by the host state that 'purposely and specifically induced the investment***.“ (Hervorhebung durch den Autor).

[1447] *Glamis Gold v. USA*, Rz 802 (Hervorhebung durch den Autor).

[1448] *Glamis Gold v. USA*, Rz 807 (Hervorhebung durch den Autor).

(...)

„*Therefore, although the Tribunal* ***determines that, again, there were not specific assurances to Claimant with respect to the emergency regulations that induced quasi-contractual investment***.“[1449]

Im Ergebnis kann aus dem Schiedsspruch in *Glamis Gold v. USA* somit nicht hergeleitet werden, dass auch abseits konkreter Zusicherungen die Gesetzeslage als solche Grundlage berechtigter Erwartungen bilden kann. Aus den zitierten Ausführungen ergibt sich vielmehr das Gegenteil.

Weiters wird in der UNCTAD-Studie auf die Entscheidungen *Enron v. Argentina* sowie *LG E v. Argentina* Bezug genommen. Hierzu wird in der Studie ausgeführt, dass in diesen Fällen keine bestimmten Zusagen seitens Argentinien an die Investoren getätigt worden seien. Vielmehr seien die in den Gesetzen enthaltenen Garantien als ausreichende Grundlage für die berechtigte Erwartungen der Investoren angesehen worden.

In diesem Zusammenhang ist auf die bereits erfolgte Analyse dieser Fälle zu verweisen.[1450] So zeigt sich bei genauerer Betrachtung, dass auch in diesen Fällen die berechtigten Erwartungen der Investoren durch die Schiedsgerichte nicht allein aus den gesetzlichen Vorgaben abgeleitet wurden. So ist etwa in *LG & E v. Argentina* durch das Schiedsgericht dem abgehaltenen Bieterverfahren und den dort erteilten Zusicherungen besonderes Gewicht im Zusammenhang mit der Erzeugung berechtigter Erwartungen beigemessen worden.[1451] Auch hat das Schiedsgericht den an den Investor erteilten Lizenzen besondere Bedeutung für die Begründung berechtigter Erwartungen beigemessen[1452]. Zuletzt wurde durch das Schiedsgericht die ‚totale‘ Abänderung der gesetzlichen Vorgaben als ausschlaggebend für die Verletzung des FET-Standards angesehen.[1453]

Auch in *Enron v. Argentina* haben zahlreiche Faktoren zu der Annahme der Begründung berechtigter Erwartungen im Zusammenhang mit den gesetzlichen Vorgaben durch das Schiedsgericht geführt.[1454] So wurden auch in diesem Verfahren die vom Gaststaat an den Investor

[1449] *Glamis Gold v. USA*, Rz 812 (Hervorhebung durch den Autor).
[1450] Siehe Kap VII A a).
[1451] Siehe hierzu Abschnitt B c) i dieses Kapitels zum Bieterverfahren sowie bezugnehmend darauf auch in *Metalpar v. Argentina*, Rz 45,49,50; ferner auch *Zeyl*, Charting the Wrong Course, 222.
[1452] Siehe hierzu Kap VII A a) v sowie etwa *LG & E v. Argentina*, Rz 42, 119,133.
[1453] *LG & E v. Argentina*, Rz 139.
[1454] Siehe zur Fallanalyse Kap VII A a) v.

erteilten Lizenzen durch das Schiedsgericht als wesentlicher Faktor in die Beurteilung einbezogen.[1455] Selbiges gilt für das auch in diesem Verfahren abgehaltene Bieterverfahren.[1456] Ferner war für das Schiedsgericht auch der Inhalt des an den Investor erteilten *information memorandum* für die Annahme der berechtigten Erwartungen auf die Gesetzeslage ein relevanter Faktor.[1457] Auch ist zu betonen, dass durch das Schiedsgericht die Pflicht zur Gewährung von gesetzlicher Stabilität aus den in der Präambel des gegenständlichen BIT enthaltenen Stabilitätsvorgaben abgeleitet wurde.[1458] In diesem Zusammenhang ist darauf zu verweisen, dass das Schiedsgericht in *Enron v. Argentina* die Pflicht zur Gewährung stabiler Rahmenbedingungen mit der Entscheidung *OEPC v. Ecuador*[1459] begründet hat. Auch in *OEPC* wurde diese Stabilitätsverpflichtung jedoch aus den Stabilitätsvorgaben in der Präambel des gegenständlichen BIT abgeleitet.[1460]

Im Ergebnis ist der ‚Stehsatz' der UNCTAD-Studie aus dem Jahr 2012, wonach Gesetze auch abseits konkreter Zusicherungen berechtigte Erwartungen erzeugen können, bei genauerer Betrachtung somit auf keinem überzeugenden Fundament gebaut. Aus diesem Grund ist die Heranziehung dieses Stehsatzes zur Stützung der Argumentation eines Schutzes berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität auch abseits konkreter Zusicherungen nach der hier vertretenen Auffassung verfehlt.

K. Exkurs: Die (abweichenden) Ansichten von Schiedsrichter Gary Born: ein Verfechter des Vertrauensschutzes auf gesetzliche Stabilität abseits konkreter Zusicherungen

Born, welcher regelmäßig als in der Regel von den Investoren bestellter[1461] Schiedsrichter fungiert, hat zu den Verfahren *Wirtgen v. Czech Republic* sowie *Antaris v. Czech Republic* jeweils eine umfassende *dissenting opinion* abgegeben. In diesen kritisierte *Born* die Ansicht seiner Kollegen, wonach mangels konkreter Zusicherungen kein Schutz berechtigter Erwartungen auf gesetzliche

[1455] *Enron v. Argentina*, Rz 43, 75, 87, 151, 152; siehe ferner *Enron v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, Rz 70.
[1456] *Enron v. Argentina*, Rz 43, 47.
[1457] *Enron v. Argentina,* Rz 103.
[1458] *Enron v. Argentina*, Rz 259.
[1459] *Enron v. Argentina,* Rz 259: „*Thus, the Tribunal concludes that a key element of fair and equitable treatment is the requirement of a 'stable framework for the investment', which has been prescribed by a number of decisions.*"
[1460] *Enron v. Argentina,* Rz 259; zu OEPC siehe Kap VII A a) iii.
[1461] Siehe hierzu die Statistik zu ECT-Fällen zum 01.05.2023: https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Disputes/20230501_-_Statistics_-_Cases_under_the_Energy_Charter_Treaty.pdf.

Stabilität besteht.[1462] *Born* stützte sich in seinen Ausführungen auf zahlreiche Schiedsentscheidungen zur Untermauerung seines zentralen Standpunktes, wonach konkrete Zusicherungen für die Erzeugung berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität nicht (zwingend) erforderlich sind.

Es ist jedoch, gleich wie bei dem ‚Stehsatz' der UNCTAD-Studie (auf die sich *Born* überdies ebenso berufen hat[1463]) die Auffassung von *Born* bei genauerer Betrachtung der herangezogenen Quellen auf keinem soliden Fundament gebaut. Als kritisch zu betrachten ist insbesondere, dass *Born* auf den konkreten Sachverhalt der jeweils zur Untermauerung seiner Auffassung herangezogenen Schiedsentscheidungen zu wenig Bedacht genommen hat. So hat *Born* etwa unter Verweis auf die Entscheidungen *Saluka v. Czech Republic* und *OEPC* hervorgehoben, dass auch abseits konkreter Zusicherungen eine Verletzung berechtigter Erwartungen erfolgen könne.[1464] So ist es zwar richtig, dass das Schiedsgericht in *Saluka* hervorgehoben hat, dass berechtigte Erwartungen ihre Grundlage nicht nur in expliziten Zusicherungen haben können.[1465] Diese Ausführungen müssen jedoch im Zusammenhang mit dem konkreten Sachverhalt betrachtet werden. So hat das Schiedsgericht diese Auffassung im Zusammenhang mit dem Umstand ins Treffen geführt, dass der Investor darauf vertrauen durfte, dass im Falle von ernsthaften wirtschaftlichen Schwierigkeiten im Hinblick auf sämtliche der „Big Four" Banken der Tschechischen Republik, die Regierung Vorkehrungen zur Abfederung der damit verbundenen wirtschaftlichen Probleme vorsehen würde.[1466] Unter Bedachtnahme des konkreten Sachverhaltes ergibt sich somit, dass die Verletzung der gebotenen Schadensminderungspflicht als Ursache für die Verletzung der berechtigten Erwartungen durch das Schiedsgericht angesehen wurde.[1467] Überdies ging es in diesem Verfahren nicht um nachteilige Gesetzesänderungen[1468], weswegen auch aus diesem Grund die Entscheidung für die Frage eines Schutzes berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität nicht einschlägig ist. Hinsichtlich *OEPEC* wurde im Zuge der Untersuchung der Entscheidung zu Beginn der Arbeit bereits dargelegt, dass in dem Verfahren konkrete Zusicherungen bzw. vertragliche Vereinbarungen

[1462] *Wirtgen v. Czech Republic,* dissenting opinion Born, Rz 2.
[1463] *Antaris v. Czech Republic,* dissenting opinion Born*,* Rz 36*; Wirtgen v. Czech Republic,* dissenting opinion Born*,* Rz 13.
[1464] Vgl *Antaris v. Czech Republic*, dissenting opinion Born, Rz 32.
[1465] *Saluka* v. *Czech Republic*, Rz 329.
[1466] *Saluka,* Rz 329.
[1467] Zur Schadensminderungspflicht siehe näher in Abschnitt H dieses Kapitels.
[1468] Siehe hierzu das Vorbringen des Klägers in Rz 328 *Saluka v. Czech Republic*: „*Firstly, the Respondent argues that Nomura was not given any assurance that its competitors would be privatised in the same way as IPB, i.e. without previous support allowing them to get rid of the problems involved in the non-performing loan portfolios.*"

gegenständlich waren.[1469] Überdies wurde in der Entscheidung die Stabilitätsverpflichtung durch das Schiedsgericht aus der Stabilitätsvorgabe des anzuwendenden BIT abgeleitet.

Auch betonte *Born*, dass es im Völkerrecht „etabliert" („*well settled*") sei, dass ein Staat durch seine Gesetze bindende Zusicherungen machen könne.[1470] Diese schlussfolgerte *Born* insbesondere daraus, dass der FET-Standard nach seiner Ansicht auf die Gesetzeslage des Gaststaates abzielen würde und in diesem Zusammenhang ein „faires" und ‚gerechtes' Verhalten sichern soll. Nach Ansicht von *Born* sei es nicht entscheidend, ob eine staatliche Maßnahme konkret oder generell sei bzw. in Statuten oder Verträge gekleidet sei.[1471] Vielmehr komme es darauf an, welche Zielrichtung durch die Maßnahmen im Hinblick auf das Vertrauen des Investors verfolgt werde.[1472] *Born* hat eine Reihe von Entscheidungen zur Untermauerung dieser Auffassung zitiert[1473], namentlich die Entscheidungen *Binder v. Czech Republic*[1474], *Toto Costruzioni v. Lebanon*[1475], *BG Group v. Argentina*[1476], *Frontier v. Czech Republic*[1477], *CMS v. Argentina*[1478], *EDF v. Romania*[1479], *Sempra Energy*[1480] sowie die bereits mehrfach erwähnte UNCTAD-Studie aus dem Jahre 2012.

Im Zusammenhang mit diesen Verfahren ist auf die in der Arbeit bereits erfolgte Ausarbeitung zu den Entscheidungen zu verweisen.[1481] Bei genauerer Betrachtung des jeweils konkreten Sachverhalts der zitierten Schiedsverfahren ergibt sich, dass ein Schutz berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität abseits konkreter Zusicherungen aus diesen Verfahren nicht abgeleitet werden kann.

[1469] Siehe Kap VII A a) iii.
[1470] *Wirtgen v. Czech Republic,* dissenting opinion Born, Rz 34.
[1471] Auch *Zannoni,* Regulatory Stability, 458 hebt unter Verweis auf die Ansicht *Born* hervor, dass es keine sachliche Begründung gebe, Gesetze und Verträge unterschiedlich zu behandeln, da Verträge ebenso wie Gesetze zwischen den Vertragsparteien Recht erzeugen würden. Ferner führt der Autor aus: „*In the light of the above, it seems that where a state is found to have provided undertakings or commitments to a class of investors regarding a specified treatment for a prescribed period of time in its general legislation, a legal right to stability arises from these undertakings or commitments no less than where the state has made a specific stabilization commitment to an individual investor.* "
[1472] *Wirtgen v. Czech Republic,* dissenting opinion Born, Rz 35.
[1473] *Wirtgen v. Czech Republic,* dissenting opinion Born, Rz 36.
[1474] *Binder v. The Czech Republic*, Rz 443.
[1475] *Toto v. Lebanon*, Rz 159.
[1476] *BG Group v. Argentina*, Rz 343.
[1477] *Frontier*, Rz 285.
[1478] *CMS v. Argentina*, Rz 275.
[1479] *EDF v. Romania,* Rz 217.
[1480] *Sempra Energy*, Rz 298.
[1481] Siehe Kap VII A.

L. Die Ableitung einer Stabilitätszusicherung aus gesetzlichen Vorgaben anhand Art 44 des durch Spanien erlassenen Dekretes 661/2007

Abschließend soll noch anhand einer durch Spanien im Zusammenhang mit Investitionen in erneuerbare Energien erlassen Bestimmung veranschaulicht werden, wann eine gesetzliche Bestimmung nach der hier vertretenen Auffassung als Grundlage für berechtigte Erwartungen auf unveränderten Fortbestand der Förderungsvorgaben angesehen werden kann.

Im Zusammenhang mit den Vorgaben in Art 44 Abs 3 des Dekretes 661/2007 gelangte das Schiedsgericht im Verfahren *9REN v. Spain*, gestützt auf den bereits thematisierten Stehsatz der UNCTAD-Studie[1482], zu dem Ergebnis, dass das Dekret RD 661/2007 selbst sehr als konkrete Zusicherung einzustufen sei[1483]:

„*In this case,* ***Article 44.3 of RD 661/2007 was a specific undertaking*** *within the contemplation of the jurisprudence.* ***A representation is no less 'specific' if (as here) it is addressed to an identifiable class of persons, namely prospective investors*** *whose money was solicited by Spain's FIT program.*"[1484]

Ferner räumte das Schiedsgericht ein, dass sonst keine konkreten Zusicherungen, etwa in Form von an den Investor adressierten Schreiben, erteilt wurden.[1485] Das Schiedsgericht stufte jedoch die Vorgaben im Dekret selbst als konkrete Zusicherungen ein.[1486]

Hierzu hat das Schiedsgericht ausgeführt:

„*At the same time, the Tribunal accepts as correct the observation of UNCTAD (2012) that legitimate expectations may arise from 'rules* ***not specifically addressed to a particular investor*** *but which are put in place with a specific arm to induce foreign investments and on which the foreign investor relied on making his investment'. To similar effect, the El Paso tribunal distinguished between 'two types of commitments… those specific as to their addressee and* ***those specific regarding their object and purpose'****.*"[1487]

[1482] Zum ‚Stehsatz' der UNCTAD-Studie siehe Abschnitt J dieses Kapitels.
[1483] *9REN v. Spain*, Rz 292, 294.
[1484] *9REN v. Spain*, Rz 292.
[1485] *9REN v. Spain*, Rz 292.
[1486] *9REN v. Spain*, Rz 292; aA wohl das Schiedsgericht in *I.C.W v. Czech Republic,* Rz 544: „*The Tribunal agrees with the Respondent that in the absence of a stabilization provision, the Incentive Regime could be altered whenever there was economic justification to do so.*"
[1487] *9REN v. Spain*, Rz 294 (Hervorhebung durch den Autor).

Ferner hob das Schiedsgericht hervor:

„*There is* ***no doubt that an enforceable 'legitimate expectation' requires a clear and specific commitment****, but in the view of this Tribunal* ***there is no reason in principle why such a commitment of the requisite clarity and specificity cannot be made in the regulation itself where*** *(as here) such a commitment is made* ***for the purpose of inducing investment****, which succeeded in attracting the Claimant's investment and once made resulted in losses to the Claimant.*"[1488]

Auch Schiedsrichter *Naon* schloss sich in seiner *dissenting opinion* zur Entscheidung *BayWa v. Spain* ausdrücklich der in *9REN v. Spain* vertretenen Auffassung an.[1489] Hervorzuheben ist jedoch, dass der Ansatz des Schiedsgerichts in *9REN*, wonach die Vorgaben im Dekret selbst als konkrete Zusicherungen einzustufen wären, insbesondere im Zusammenhang mit der Textierung des Schutzes berechtigter Erwartungen unter den jüngeren Freihandelsabkommen wie CETA und TTIP brisant ist. Schließlich machen zahlreiche der jüngeren Freihandelsabkommen den Schutz berechtigter Erwartungen vom Vorliegen von konkreten Zusicherungen abhängig.[1490] Wenn gesetzliche Vorgaben jedoch selbst als konkrete Zusicherungen eingestuft werden können, würde dies der postulierten Auffassung der Beschränkung des Investorenschutzes im Zusammenhang mit regulatorischen Maßnahmen durch die jüngeren Freihandelsabkommen widersprechen[1491].

Das Schiedsgericht in *Cube v. Spain* ordnete die genannte Vorgabe im Dekret nicht als konkrete Zusicherung ein. In diesem Zusammenhang betonte das Schiedsgericht jedoch, dass konkrete Zusicherungen für die Erzeugung von berechtigten Erwartungen nicht zwingend notwendig seien. Es können nach Auffassung des Schiedsgerichts ungeachtet des Fehlens von konkreten Zusicherungen die Vorgaben im Dekret aufgrund der spezifischen Ausgestaltung als Grundlage berechtigter Erwartungen angesehen werden.

Das Schiedsgericht hat hierzu ausgeführt:

„*The Tribunal* ***does not consider it necessary that a specific commitment be made to each individual claimant in order for a legitimate expectation to arise****. At least in the case of a* ***highly-regulated industry****, and provided that the representations are sufficiently clear and unequivocal,* ***it***

[1488] *9REN v. Spain*, Rz 295 (Hervorhebung durch den Autor).
[1489] *BayWa v. Spain*, Dissenting Opinion of Horacio A. Grigera Naon (2. Dec 2019), Rz 6.
[1490] Siehe hierzu die Ausführungen zu den jüngeren Freihandelsabkommen und dem Abstellen auf das Vorliegen von konkreten Zusicherungen für den Schutz berechtigter Erwartungen in Kap VIII C.
[1491] Siehe die Ausführungen in Kap VIII F.

is enough that a regulatory regime be established with the overt aim of attracting investments by holding out to potential investors the prospect that the investments will be subject to a set of specific regulatory principles that will, *as a* ***matter of deliberate policy,*** *be maintained in force for a finite length of time. Such regimes are plainly intended to create expectations upon which investors will rely.*"[1492]

Auch das Schiedsgericht in *SICAR v. Spain* teilte diese Auffassung und hob hervor:

„*The Claimant has argued that legitimate expectations arise naturally from undertakings and assurances made by, or on behalf of, the state and that such undertakings and assurances need not be specific. The arbitral tribunal in Electrabel, acknowledged that '[w]hile specific assurances given by the host State may reinforce the investor's expectations, such an assurance is not always indispensable'. The Tribunal agrees.* ***A multitude of arbitral tribunals have established that undertakings or assurances can be explicit or implicit****.*"[1493]

Ferner führte das Schiedsgericht aus:

„*Additionally, the Tribunal agrees with the Claimant's statements that an expectation that the regulatory framework will be stable can arise from, or be strengthened by, state conduct or statements.*"[1494]

Überdies betonte das Schiedsgericht:

„*The Tribunal considers that Law 54/1997 and RD 661/2007* ***were clearly enacted with the objective of ensuring*** *that the Kingdom of Spain achieved its emissions and RE targets. In order to achieve that objective the Kingdom of Spain created a very favourable investment climate for RE investors, and the nucleus of such investment climate was the Special Regime. The requirements placed on the PV plants to qualify for the Special Regime were limited to registration with the RAIPRE, a requirement which all of the PV Plants had met within the prescribed cut-off date.*"[1495]

[1492] *Cube v. Spain*, Rz 388.
[1493] *SICAR v. Spain*, Rz 650.
[1494] *SICAR v. Spain*, Rz 651.
[1495] *SICAR v. Spain*, Rz 665. Ferner führte das Schiedsgericht in Rz 674 aus: „*In fact, the sources referenced by the Respondent includes wording that gives investors the impression that the Spanish regulator was eager to incentivise investors to invest heavily in the RE sector and that it was committed to creating a stable and predictable framework for investors to attain such investment.*"

Das Schiedsgericht in *OperaFund v. Spain* unterstellte dem Inhalt in Artikel (Art 44 Abs 3) des Royal Dekretes 661/2007 für die Erzeugung berechtigter Erwartungen eine besondere Bedeutung.[1496]

In dem Artikel steht normiert:

„*The **revisions of the regulated tariff** and the upper and lower limits indicated in this section **shall not affect facilities** for which the commissioning certificate had been granted prior to January 1 of the second year following the year in which the revision had been performed.*"[1497]

Die Mehrheit der Schiedsrichter kam zu dem Ergebnis, dass aus dieser Vorgabe eine Stabilitätszusicherung in Hinblick auf die Beständigkeit der Förderungsvorgaben abzuleiten sei.[1498] Schiedsrichter *Sands* wiederum widersprach in seiner *dissenting opinion* der Ansicht seiner Kollegen. Ihmzufolge stehe es dem Gaststaat frei, diese gesetzliche Vorgabe wieder abzuändern. Der Artikel enthalte insbesondere keine Vorgaben, die eine derartige Änderungsmöglichkeit ausschließen würden.[1499] In dem Zusammenhang führte *Sands* ins Treffen, dass das Schiedsgericht bei der Annahme der Eignung von gesetzlichen Normen für die Erzeugung berechtigter Erwartungen die hierzu einschlägige ICSID-Rechtsprechung missachten würde.[1500] Zu betonen ist jedoch, dass *Sands* lediglich die Entscheidung *Philipp Morris v. Uruguay* zur Begründung dieser Auffassung zitiert hat. In dieser Entscheidung wurde jedoch die Frage, ob generelle gesetzliche Vorgaben berechtigte Erwartungen erzeugen können, gar nicht durch das Schiedsgericht behandelt.[1501]

Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Ansicht von *Sands* als überspitzt einzustufen. Für die Eignung von gesetzlichen Vorgaben als Grundlage berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität wird nicht stets darauf abzustellen sein, ob in den Bestimmungen ausdrücklich die Stabilität der gesetzlichen Vorgaben festgehalten wird. Noch weniger wird stets darauf abzustellen sein, ob in der fraglichen Bestimmung Regelungen enthalten sind, wonach Änderungsmöglichkeiten für eine bestimmte Dauer ausgeschlossen sind. Vielmehr wird zu fragen sein, ob aus Ziel und Zweck der gesetzlichen Vorgaben der Fortbestand dieser Bestimmungen – zumindest für eine gewisse Dauer der Investition – abgeleitet werden kann. Es sind hier die in der Arbeit

[1496] *OperaFund v. Spain*, Rz 485.
[1497] *OperaFund v. Spain*, Rz 482.
[1498] *OperaFund v. Spain*, Rz 485.
[1499] *OperaFund v. Spain*, Dissenting Opinion Sands, Rz 17ff.
[1500] *OperaFund v. Spain*, Dissenting Opinion Sands, Rz 22.
[1501] *OperaFund v. Spain*, Dissenting Opinion Sands, Rz 22 mit Verweis auf *Philipp Morris v. Uruguay*, Rz 426.

herausgearbeiteten Parameter heranzuziehen. Zunächst handelt es sich um eine dem Inhalt nach sehr spezifische Vorgabe, die einen bestimmten Sektor von Investitionen, namentlich Investitionen im Sektor der erneuerbaren Energien, zum Regelungsgegenstand hat. Ferner enthält die Bestimmung günstige Vorgaben für die hiervon betroffenen Investoren. Zuletzt kann der Bestimmung auch ein zukunftsorientierter Inhalt unterstellt werden.

Weiters kann aus der Bestimmung die Intention des Gaststaates abgeleitet werden, sich zur Beibehaltung der Förderungsvorgaben gegenüber den ausländischen Investoren verpflichtet zu haben.

XII. Ergebnis der Forschung

A. Zum Schutz berechtigter Erwartungen unter dem ‚vagen' FET-Standard

Im Ergebnis kann – insbesondere in Ansehung der im Kap XI aufgezeigten Grundsätze – die Forschungsfrage, ob ein Schutz berechtigter Erwartungen auf stabile gesetzliche Vorgaben abseits konkreter Zusicherung angenommen werden kann, unter gewissen Fallkonstellationen bejaht werden.

Konkret hat die im Zuge dieser Arbeit vorgenommene Untersuchung ergeben, dass ein Schutz berechtigter Erwartungen auf stabile gesetzliche Vorgaben auch abseits konkreter Zusicherungen im Hinblick auf den herkömmlichen, ‚vagen' FET-Standard der meisten Investitionsabkommen unter folgenden Konstellationen angenommen werden kann:

- **Faktor (Un-)Verhältnismäßigkeit**: Entgegen der von manchen geäußerten Kritik entspricht die Anwendung der Verhältnismäßigkeitsprüfung[1502] durch Schiedsgerichte im Falle von nachteiligen gesetzlichen Maßnahmen gefestigter Rechtsprechung und ist deren Anwendung im Zusammenhang mit gesetzlichen Maßnahmen zu begrüßen. In Fällen, in denen keine konkreten Zusicherungen in Hinblick auf die Stabilität von bestimmten gesetzlichen Vorgaben erteilt wurden, kann eine Verletzung des FET-Standards im Fall der Unverhältnismäßigkeit der Gesetzesänderungen gegeben sein.
- Es hat sich gezeigt, dass die Frage der Verhältnismäßigkeit bei im Zusammenhang mit nachteiligen Gesetzesänderungen relevanten Fallkonstellationen die dogmatische Grundlage für die Verletzung des FET-Standards bildet. So führen etwa ‚echt' rückwirkende Gesetzesänderungen[1503] in der Regel in einer nicht verhältnismäßigen Weise zu einer für Investoren nachteiligen Änderung der gesetzlichen Vorgaben. Verhältnismäßigkeit spielt auch bei der Frage eine Rolle, ob der Gaststaat bei nachteiligen Gesetzesänderungen gebotene Maßnahmen zur Schadensminderung für die von den Gesetzesänderungen betroffenen Investoren unternommen hat.[1504]
- Die häufig, insbesondere in jüngeren Schiedsverfahren angenommene Verletzung der berechtigten Erwartungen aufgrund einer ‚totalen' Änderung der essentiellen gesetzlichen

[1502] Siehe Kap XI C.
[1503] Siehe Kap XI A b).
[1504] Siehe Kap XI H b).

Rahmenbedingungen[1505] stellt im Grunde ebenfalls eine unverhältnismäßige Änderung der Gesetzeslage dar.

Die Untersuchung hat ergeben, dass im Falle von verhältnismäßigen Gesetzesänderungen, sohin insbesondere abseits von Willkür oder Schlechtgläubigkeit[1506], für die Begründung berechtigter Erwartungen auf gesetzliche Stabilität grundsätzlich eine konkrete Zusicherung als Vertrauensgrundlage erforderlich ist.[1507]

Zusammenfassung Faktor „Unverhältnismäßigkeit“:

➢ **echt rückwirkende Gesetzesänderungen (Siehe Kap XI A b)**
➢ **Verletzen der Schadensminderungspflicht (Siehe Kap XI H b)**
➢ **‚totale‘ Gesetzesänderungen (Siehe Kap XI D)**
➢ **willkürlich oder in böswilliger Absicht vorgenommene Gesetzesänderungen (Siehe Kap VIII D und XI E)**

- **Faktor „Ziel und Zweck der gesetzlichen Vorgaben“**: Weiters hat die Untersuchung ergeben, dass generelle gesetzliche Vorgaben, wenn diese ein spezifisches Ziel bzw spezifischen Zweck verfolgen, unter gewissen Voraussetzungen auch abseits konkreter Zusicherungen als Quelle berechtigter Erwartungen des Investors dienen können[1508]. Hierbei ist jedoch zu fordern, dass sich aus den Vorgaben der objektive Zweck oder die Intention des Gaststaates ableiten lässt, dass diese auch nach Vornahme der Investition unverändert in Bestand bleiben.[1509] Insbesondere die objektive Intention des Gaststaates ist hierbei ein wichtiger Faktor:
- **Zur Bindungsintention des Gaststaates:** Die Untersuchung hat ergeben, dass dem Gaststaat in bestimmten Fällen hinsichtlich der von ihm erlassenen gesetzlichen Vorgaben die Intention unterstellt werden kann, dass dieser sich gegenüber ausländischen Investoren

[1505] Siehe Kap XI D.
[1506] Siehe Kap VIII D und XI E.
[1507] Siehe Kap XI I.
[1508] Siehe Kap XI I g).
[1509] Siehe Kap XI I h).

zur Beibehaltung der Vorgaben verbindlich erklärt hat.[1510] Diesfalls können die gesetzlichen Vorgaben auch abseits konkreter Zusicherungen als Quelle berechtigter Erwartungen dienen. Diese Intention kann bei gesetzlichen Bestimmungen mit einem sehr spezifischen, auf langfristige Investitionsvorhaben ausgerichteten Regelungsinhalt angenommen werden. Hierbei kann die Absicht des Gaststaates auch mittels kumulative Gesamtbetrachtung[1511] von mehreren für sich für die Begründung berechtigter Erwartungen nicht hinreichend vertrauenserzeugenden Maßnahmen[1512] (da diese etwa – wie im Falle von gesetzlichen Vorgaben oder politischen Zusicherungen – zu abstrakt und zu wenig konkret sind) abgeleitet werden. In die Gesamtbetrachtung sind hierbei insbesondere die Registrierungs- bzw. Bieterverfahren[1513] , die für die Vornahme von Auslandsinvestitionen regelmäßig durchlaufen werden müssen, miteinzubeziehen.

Die Schlüsselelemente für die Annahme einer Bindungsintention auf Beibehaltung gesetzlicher Vorgaben:

Anforderungen an die gesetzliche Vorgabe	**Anforderungen an das Verhalten des Gaststaates iZm der gesetzlichen Vorgabe**
spezifischer Regelungsinhalt -> Die Vorgabe weist einen spezifischen, auf ein bestimmtes Investitionsvorhaben (etwa erneuerbare Energien) zugeschnittenen Regelungsinhalt auf (Siehe Kap XI I g)).	Erklärungen des Gaststaates im Zusammenhang mit der gesetzlichen Vorgabe, die jedoch noch nicht die Schwelle einer konkreten Zusicherung erreichen müssen (zB Verweise auf die in den Gesetzen enthaltenen Förderungsvorgaben ohne Stabilitätszusicherung) (Siehe Kap XI I j).
Regelung eines **langfristigen** Investitionsvorhabens (Siehe Kap XI I h) i)	
Regelung eines **kapitalintensiven**	

[1510] Siehe Kap XI I h).
[1511] Siehe Kap XI F.
[1512] Da diese aufgrund der Unbestimmtheit kein „vested right“ verkörpern, siehe Kap XI I i).
[1513] Siehe Kap XI B.

Investitionsvorhabens (Siehe Kap XI I g) h))
Normierung eines **Anreizes** für ausländische Investoren im Sinne von „*substantive benefits*“ (zB Förderung, Steuerbegünstigung) (Siehe Kap XI I h) i)

Nach der hier vertretenen Auffassung müssen sowohl die Anforderungen an den Regelungsinhalt der Vorgabe sowie die Anforderungen an das Verhalten des Gaststaates erfüllt sein. Schließlich kann erst durch ein zusätzliches, außenwirksames Verhalten des Gaststaates ihm diese Bindungsintention gegenüber ausländischen Investoren unterstellt werden. Es stellt gerade die außenwirksame Zusicherung, wonach bestimmte gesetzliche Vorgaben nicht verändert werden, den Umstand dar, weswegen konkrete Zusicherungen zur Erzeugung berechtigter Erwartungen führen.

B. Zum Schutz berechtigter Erwartungen im Anwendungsbereich der jüngeren Vertragstexte

Aus der Textierung des Schutzes berechtigter Erwartungen in zahlreichen der jüngeren Vertragstexte[1514] ergibt sich, dass das Vorliegen einer konkreten Zusicherung für die Annahme eines Schutzes berechtigter Erwartungen bei vielen der jüngeren Abkommen zwingend erforderlich ist. Dies stellt nach dem Ergebnis dieser Arbeit auch tatsächlich – im Vergleich zur Schiedspraxis unter dem ‚herkömmlichen‘ FET-Standard – eine Beschränkung des Schutzes berechtigter Erwartungen im Zusammenhang mit regulatorischen Maßnahmen dar. Die Fragestellung dieser Arbeit, ob die Vorgaben in den jüngeren Abkommen lediglich die bisherige Schiedspraxis widerspiegeln, muss daher aus folgenden Gründen verneint werden:

- Aufgrund der Textierung der Vertragstexte in puncto Abstellen auf das Vorliegen einer ‚konkrete Zusicherung‘ ist nach der hier vertretenen Auffassung anzunehmen, dass bei gesetzlichen Maßnahmen auch eine zugunsten des Investors ausfallende Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht zum einem Schadensausgleich bei nachteiligen

[1514] Siehe Kap VIII.

gesetzlichen Maßnahmen führen kann.[1515] Wie *Schill*[1516] hier treffend aufgezeigt hat, stellt die zu unterbleibende Verhältnismäßigkeitsprüfung im Zusammenhang mit dem Schutz berechtigter Erwartungen den wesentlichen Unterschied zum Schutz berechtigter Erwartungen beim ‚herkömmlichen' FET-Standard dar. In diesem Zusammenhang muss jedoch betont werden, dass im Falle von massiv unverhältnismäßigen Gesetzesänderungen bereits ‚offenkundige' Willkür angenommen werden könnte. Diesfalls wäre auch im Anwendungsbereich der jüngeren Abkommen eine Verletzung des FET-Standards zu bejahen.

- Auch durch eine Kumulation von mehreren, für sich allein nicht hinreichend vertrauensbegründenten Maßnahmen wird im Anwendungsbereich der jüngeren Vertragstexte die Erzeugung berechtigter Erwartungen zu verneinen sein.[1517] Nach der Textierung in den jüngeren Abkommen ist vielmehr davon auszugehen, dass eine bestimmte, an die jeweiligen Investoren adressierte, Zusicherung vorliegen muss.[1518]

Auch die vielfach diskutierte Frage über die mögliche Einordnung von gesetzlichen Vorgaben als konkrete Zusicherungen[1519] wird im Anwendungsbereich der jüngeren Abkommen anders zu beurteilen sein als wie unter der ‚herkömmlichen' vagen FET-Standard. Dafür sprechen mehrere Faktoren. So ist zunächst auf die Intention der Vertragsparteien, mit den jüngeren Abkommen den regulatorischen Handlungsspielraum der Staaten möglichst zu wahren, Bedacht zu nehmen.[1520] Ferner sind die in den Abkommen vorzufindenden Vorgaben, die das „*right to regulate*" des Staates besonders hervorheben[1521], zu berücksichtigen. Zuletzt enthalten die jüngeren Abkommen vielfach Vorgaben, welche den Investorenschutz in Hinblick auf gesetzliche Maßnahmen beschränken oder etwa die Änderung oder Abschaffung von Förderungen ganz vom Schutz ausnehmen.[1522] Wie aufgezeigt wurde, sprechen gute Gründe dafür, diesen Ausschluss vom Schutz unter dem FET-

[1515] Siehe Kap VIII F c).

[1516] *Schill*, Auswirkungen der Bestimmungen zum Investitionsschutz und zu dem Investor-Staat-Schiedsverfahren im Entwurf des Freihandelsabkommens zwischen der EU und Kanada (CETA) auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers (Kurzgutachten), 12; siehe Kap VIII F c).

[1517] Zum Kumulationseffekt siehe Kap XI F.

[1518] Dies wird nach dem Wortlaut in der Regel eine konkrete Zusicherung im ‚herkömmlichen' Sinn wie beispielsweise ein konkretes Schreiben an den Investor mit bestimmten Zusicherungen in Hinblick auf die gesetzlichen Vorgaben sein, siehe Kap IV B c) i, VIII C b) und XI I; zur Auslegung von Investitionsabkommen siehe Kap V B.

[1519] Siehe Kap XI M.

[1520] Siehe Anfangserwägungen in Kap VIII A.

[1521] Kap VIII B b).

[1522] So etwa hinsichtlich der Ausnahme des Schutzes unter dem FET auf die Beibehaltung von Förderungen siehe Kap VIII C sowie der Ausnahme vom Investorenschutz aufgrund des ‚bloßen' Umstandes, dass der Gaststaat gesetzliche Maßnahmen vornimmt.

Standard als ‚Antwort' auf die Schiedsverfahren im Sektor der erneuerbaren Energien zu werten.[1523] Auch dieser Umstand bekräftigt die Annahme, dass generelle gesetzliche Vorgaben keine ‚konkreten Zusicherungen' iS der jüngeren Vertragstexte darstellen.

[1523] Vgl Kap VIII C.

XIII. LITERATURVERZEICHNIS:

Z. Asqaril, Investor´s Legitimate Expectations and the Interests of the Host State in Foreign Investment, Asian Economic and Financial Review, 2014, 4(12), 1906

N. Angelet, Fair and Equitable Treatment in R. Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopaedia of Public International Law (2012)

J. E. Alvarez/G. Topalian, The Paradoxical Argentina Cases, World Arbitration And Mediation Review, Vol 6 No 3 (2012), 491

C. Baltag, What`s New with the Energy Charter Treaty ? (13. Juni 2015), Kluwer Arbitration Blog, abrufbar unter: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/06/13/whats-new-with-the-energy-charter-treaty/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_ca&doing_wp_cron=1593248688.0390748977661132812500

F. Baetens, Renewable energy incentives: reconciling investment, EU State aid and climate change law, EJIL:Talk! (18.12.2019), abrufbar unter: https://www.ejiltalk.org/renewable-energy-incentives-reconciling-investment-eu-state-aid-and-climate-change-law/

A.-C. Bakos, The Extraterritorial Application of the Fair and Equitable Standard: The 1955 US-Iran Treaty of Amity before the International Court of Justice, EJIL:Talk! (23.3.2020), abrufbar unter: https://www.ejiltalk.org/the-extraterritorial-application-of-the-fair-and-equitable-standard-the-1955-us-iran-treaty-of-amity-before-the-international-court-of-justice/

T. Barkhuysen/W. Den Ouden/Y. E. Schuurmans, The Law on Administatrive Procedurs in the Netherlands, Netherlands Administrative Law Libary (2012), abrufbar unter: http://www.nall.nl/tijdschrift/nall/2012/06/NALL-D-12-00004

A. Bazrafkan/A. Herwig, Risk and Responsibility in International Investment Law in M. Ambrus/R. Rayfuse/W. Werner (Hrsg.), Risk and the Regulation of Uncertainty in International Law (2017)[1], 254

BDI, Investitionsschutz in TPP (März 2016), abrufbar unter: https://bdi.eu/publikation/news/investitionsschutz-in-tpp/

N. Bernasconi-Osterwalder/H. Mann, A Response to the European Comission`s December 2013 Document "Investment Provisions in the EU-Canada Free Trade Agreement (CETA), IISD Report (2014), 7, abrufbar unter: http://www.iisd.org/pdf/2014/reponse_eu_ceta.pdf

N. Bernasconi-Osterwalder/L. Johnson, Commentary to the Austrian Model Investment Treaty, Study commissioned by the Chamber of Labour for Vienna, Austria (2011), 25, abrufbar unter: https://www.arbeiterkammer.at/infopool/akportal/Studie_Investitionsschutzabkommen_en.pdf

G. Bellantuono, The misguided quest for regulatory stability in the renewable energy sector, The Journal of World Energy Law & Business, Vol. 10, Issue 4 (2017), 274

E. Beer, EU Trade and Investment Agreements TTIP and CETA, AK Position Paper (April 2015), 20, abrufbar unter: https://www.arbeiterkammer.at/infopool/akportal/Positionspapier_TTIP_CETA_english_new.pdf

M. Besch, typical Questions Arrising with Negotiation in Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch (Hrsg.), Inernational Investment Law – A Handbook (2015)[1]

C. Binder, Circumstances Precluding Wrongfulness in Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch (Hrsg.), Inernational Investment Law – A Handbook (2015)[1]

N. Bitter, Schutz deutscher Investitionen in Russland, (2014)[1]

J. Bonnitcha, The problem of moral hazard and its implications for the protection of "legitimate expectations" under the fair and equitable treatment standard, Investment Treaty News (7 April 2011), abrufbar unter: https://www.iisd.org/itn/2011/04/07/the-problem-of-moral-hazard/

D. Bowett, Estoppel Before International Tribunals and its Relation to Acquiescence, (1957), 33 British Yearbook of International Law, 176

A.-R. Börner, Investment Law and Energy in Reinisch/Bungenberg/Hobe (Hrsg.) , International Investment Law – A Handbook (2015)[1]

A.-R. Börner, Simply Truths on the Right to Regulate and the Duty to Pay, SchiedsVZ (2017), 2

G. Born/D.Morris/S.Forrest, "A Margin of Appreciation": Appreciating Its Irrelevance in International Law, Harvard International Law Journal, Vol, 61, No. 1 (2020), 66

B. Schöbener, Outlook on the Development in Public International Law and Law Relating to Aliens in Reinisch/Bungenberg/Hobe (Hrsg.) , International Investment Law – A Handbook (2015)[1]

C. N. Brower/ S. Blanchard, What's in a Meme? The Truth about Investor State Arbitration: Why It Need Not, and Must Not, Be Repossessed by States, Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 52 (2014)

P. D. Cameron, Stability of Contract in the International Energy Industry (2009) 27 Journal of Energy and Natural Resources Law, 305

C. Campbell, House of Cards: The Relevance of Legitimate Expectations under Fair and Equitable Treatment Provisions in Investment Treaty Law, Journal of International Arbitration Vol 30, No 4 (2013)

N. Callagher, ECT and Renewable Energy in Scherer (Hrsg.), International Arbitration in the Energy Sector (2018)

C. Carmody, Great Expectations: The Treatment of Expectations in WTO and International Investment Law, Western University Law Publications 6-2017, 2

B. Choudhury, Evolution or Devolution: Defining Fair and Equitable Treatment in International Investment Law, Journal of World Investment & Trade, Vol. 6 (2005) 297

R. Chen, A Contractual Approach to Investor-State Regulatory Disputes, Yale Journal of International Law, Vol. 40, No. 2 (2015), 295

A. T. L. Chua, Reasonable Expectations and Non-Violation Complaints in GATT/WTO Jurisprudence, Journal of World Tade, Volume 32, Issue 2 (1988), 27

R. Clayton, Legitimate Expectations, Policy, and the Principle of Consistency, Cambridge Law Journal, 62 (1), (2003), 93

F. Costamagna, Protecting Foreign Investments in Public Services: Regulatory Stability at any cost? De Gruyter Global jurist, Vol. 17, Issue 3 (2017), 2

G. Coop, 20 Years of the Energy Charter Treaty, ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Volume 29, Issue 3, Fall 2014, 515

P. Craig, EU Administrative Law (2019)

P. Craig, Substantive Legitimate Expectations in Domestic and Community Law, The Cambridge Law Journal, 1996-07, Vol. 55(2), 289

J. Crawford/B. Kotschwar, Investment Provisions in Preferential Trade Argeements: Evolution and Current Trends, World Trade Organisation Self Working Paper ERSD-2018-14 (14.12.2018)

J. Crawford, Treaty and Contract in Investment Arbitration, The 22nd Freshfields Lecture on International Arbitration, London, 29.11.2007, 4, abrufbar unter: https://is.muni.cz/el/1422/podzim2010/MVV61K/um/20201574/Crawford-Treaty_and_Contract-2.pdf

Deutscher Bundestag, Unterabteilung Europa, Fachbereich Europa, Verhältnis des *right to regulate* zum Investitionsschutz, Ausarbeitung, PE 6 – 3000 - 97/16, 20, abrufbar unter: https://www.bundestag.de/blob/475734/072ba0cdc77b251530f989622f55c421/pe-6-097-16-pdf-data.pdf

A. De Luca, Renewable Energy in the EU, The Energy Charter Treaty, and Italy's Withdrawal Therefrom, Bocconi Legal Studies Research Paper No. 2657395 (2015)

R. Pereira De Souza Fleury, Eiser Infrastructure v. Spain: Could the tide be turning in favor of photovoltaic foreign investor in Spain?, Kluwer Arbitration Blog, 20.6.2017, abrufbar unter: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/06/20/eis er-infrastructure-v-spain-tide-turning-favor-photovoltaic-foreign-investors-spain/

F. Dias Simoes, Case Note Charanne and Construction Investments v. Spain: Legitimate Expectations and Investments in Renewable Energy, RECIEL 26 (2) 2017

F. Dias Simoes, When Green Incentives Go Pale: Investment Arbitration and Renewable Energy Policymaking, 45:2 Denver Journal of International Law and Policy (2017), 251

F. Dias Simoes, Blusun S.A. and others v Italy: Legal (in)stability and renewable energy investments, Comparative & International Environmental Law, Vol. 26, No. 3 (2017), 298

A. Diehl, The core standard of international investment protection: fair and equitable treatment (2012)

I. Dimitrov, Legitimate Expectations in the Absence of Specific Commitments According to the Findings in Blusun v. Italy: Is there Inconsistency Among the Tribunals in the Solar Energy Cases ?, Kluwer Arbitration Blog, 18. Aug. 2017, abrufbar unter: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/08/18/legitimate-expectations-absence-specific-commitments-according-findings-blusun-v-italy-inconsistency-among-tribunals-solar-energy-cases/

R. Dolzer, Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties, International Lawyer, Vol. 39 No. 1 (2005), 87

R. Dolzer, Santa Clara Journal of International Law, 17.1.2014: Fair and Equitable Treatment: Today´s Contours, 17

R. Dolzer/F. Bloch, der rechtliche Schutz ausländischer Investoren in Kronke/Melis/Kuhn (Hrsg.), Handbuch internationales Wirtschaftsrecht, (2017)[2], 1066.

R. Dolzer/U. Kriebaum/C. Schreuer, Principles of International Law, Oxford University Press (2022)[3]

Z. Douglas, Nothing if not Critical for Investment Treaty Arbitration: Occidental, Eureko and Methanex, Arbitration International, Vol. 22 (2006), 27

O. Dörr/K. Schmalenbach, Vienna Convention on the Law of Treaties, (2012)[1], Art. 31 VCLT

T. Dralle, Der Fair and Equitable Treatment-Standard im Investitionsschutzrecht am Beispiel des Schiedsspruchs Glamis Gold v. United States (2011)

D. Draguiev, Bad Faith Conduct of States in Violation of the 'Fair and Equitable Treatment' Standard in International Investment Law and Arbitration, Journal of International Dispute Settlement, Vol. 5, Issue 2 (2014), 273

D. Draguiev, Legitimate Expectations in Renewable Energy Arbitrations: The Lessons so far, Kluwer Arbitration Blog, 22.03.2018, abrufbar unter: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/03/22/legitimate-expectations-renewable-energy-treaty-arbitrations-lessons-far/

T. Dromgool/D. Y. Enguix, The Fair and Equitable Treatment Standard and the Revocation of Feed in Tariffs-Foreign Renewable Energy Investments in Crisis-Struck Spain in Mauerhofer (Hrsg.), Legal Aspects of Sustainable Development (2016)[1]

P. Dumberry, Fair and Equitable Treatment in M. M. Mbengue/S. Schacher (Hrsg.), Foreign Investment Under the Comprehensive and Trade Agreement (CETA), Studies in European Economic Law and Regulation 15 (2019), 95

K. A. L. Duggal/L. H. van de Ven, The 2019 Netherlands Model BIT: riding the new investment treaty waves, Arbitration international, Vol. 35 (3) (2019), 347 (352)

M. Endicott, China and International Investment Law: An Evolving Relationship Shan/Su (Hrsg.), China and International Investment Law, 20 Years of ICSID Membership, Silk Road Studies in International Investment Law, Band 1 (2014), 215

L. Ernst, „Fair and equitable treatment" im CETA – Innovation im Spannungsverhältnis zwischen Investor und Staat, KritV 2015, 406

A. Escher/V. Sliskovic, Aktuelle Entwicklungen des Investitionsschutzrechts, RIW 2016, 190

S. L. Escarcena, The Elements of Fair and Equitable Treatment in International Investment Law, Leuven Centre for Global Goverence Studies, Policy Brief No. 14 – April 2010, 2f, abrufbar unter: https://www.academia.edu/15827696/The_Elements_of_Fair_and_Equitable_Treatment_in_International_Investment_Law

European Commission, Investment Provisions in the EU-Canada Free Trade Agreement (CETA), 3.12.2013, abrufbar unter: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/inta/dv/tradoc_151918/tradoc_151918en.pdf

European Commission, Investment Provisions in the EU-Singapore Free Trade Agreement, 17.11.2014, 1, abrufbar unter: https://www.lemoci.com/wp-content/uploads/2014/10/UESingapourtradoc_152845.pdf

European Commission, Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement in EU agreements, Fact Sheet (November 2013), 7 abrufbar unter: https://www.italaw.com/sites/default/files/archive/Investment%20Protection%20and%20Investor-to-State%20Dispute%20Settlement%20in%20EU%20agreements_0.pdf

European Parliament, Policy Department of External Relations, EU investment protection after the ECJ opinion on Singapore: Questions of competence and coherence (März 2019), abrufbar unter: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/603476/EXPO_STU(2019)603476_EN.pdf.

European Parliament, Policy Department, The Investment Chapters of the EU`s International Trade and Investment Agreements in a comparative Perspective (2015), abrufbar unter: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/534998/EXPO_STU(2015)534998_EN.pdf

I. Feichtner, Investitionsschutz in TTIP in der Kritik – oder nicht?, Verfassungsblog, 5. 8. 2015, abrufbar unter: http://verfassungsblog.de/investitionsschutz-ttip-der-kritik-oder-nicht-2/

M. Feria-Tinta, Like Oil and Water? Human Rights in Investment Arbitration in the Wake of Philip Morris v. Uruguay, Journal of International Arbitration, Vol. 34, Issue 4 (2017), 601

S. Fietta, International Thunderbird Gaming Corporation v. the United Mexican States: an indication of the limits of the "legitimate expectations" basis of claim under 1105 of NAFTA, TDM 2 (2006), abrufbar unter: https://www.transnational-dispute management.com/article.asp?key=709

S. Fischer, Vergabeverfahren im Investitionsschutzrecht: Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Standards des Investitionsschutz- und Vergaberechts (2018)[1]

T. M. Franck, Fairness in International Law and Institutions, (1998)[1]

Y. Fukunaga, Margin of Appreciation as an Indicator of Judicial Deference: Is it applicable to investment arbitration ? Journal of International Dispute Settlement, Vol.10, Issue 1 (2019), 69

E. Gaillard/M. McNeil, The Energy Charter Treaty in K. Yannaca-Small (Hrsg.), Arbitration unter International Investment Agreements, A Guide to Key Issues (2018)[2], 37

N. Gatzert/T. Kosub, Determinants of Policty Risks of Renewable Energy Investments, International Journal of Energy Sector Management, Vol. 11, Issue 1 (2017), 28

T. Gazzini, General Principle of Law in the Field of Foreign Investment, Journal of World Investment & Trade, Vol.1 (2009), 103

A. Gildemeister, Investment Law and Taxation in Reinisch/Bungenburg/Hobe (Hrsg.) , International Investment Law – A Handbook (2015)[1]

A. A. Gozlugol, Fair and Equitbale Treatment: Spain, ECT and the Middle Ground, Cambridge International Law Journal, (4.10.2018), abrufbar unter: http://cilj.co.uk/2018/10/04/fair-and-equitable-treatment-spain-ect-and-the-middle-ground/

J. Griebel, Lehren aus der Erfolgsgeschichte des internationalen Investitionsrechts, KSzW 02.2011, 99,

S. Griller, Three Salient Issues of the New Comprehensive Free Trade Agreements in Griller/Obwexer/Vranes (Hrsg.), Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA (2017), 295

M. Groves, Substantive Legitimate Expectations in Australian Administrative Law, (2008), Melboure University Law Review 470

S. Hamamoto, Protection of Investor`s Legitimate Expectations: Intersection of a Treaty Obligation and a General Principle of Law in W. Shan/J. Su (Hrsg.), China and International Investment Law, 20 Years of ICSID Membership, Silk Road Studies in International Investment Law, Band 1 (2014), 141

Handelskammer Hamburg, CETA- Protokoll über Ursprungsregeln und Ursprungsbestimmungen, abrufbar unter: https://www.hk24.de/produktmarken/beratung-service/international/export/wup/ceta-ursprung-regeln-bestimmungen/3632472

R. Happ, The Energy Charter Treaty in Reinisch/Bungenberg/Hobe (Hrsg.) , International Investment Law – A Handbook (2015)[1]

C. Henckels, Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties: the TPP, CETA, and TTIP, Journal of International Economic Law (2016), Vol. 19, Issue 1, 27

C. Henckels, Proportionality and the Standard of Review in Fair and Equitable Treatment Claims: Balancing Stability and Consistency with the Public Interest, Society of International Economic Law, Working Paper No. 2012/27 (26. Jun 2012), 13, abrufbar unter: https://www.readcube.com/articles/10.2139%2Fssrn.2091474

M. Hirsch, Between Fair and Equitable Treatment and Stabilization Clause: Stable Legal Environment and Regulatory Change in International Investment Law, Research Paper No. 07.13 (2013)

M. Hirsch, Sources of International Investment Law in Reinisch/Bjorklund (Hrsg.), International Investment Law and Soft Law (2012)[1]

S. Hobe, The Development of the Law of Aliens and the Emergence of General Principles of Protectiuon under Public International Law in Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch (Hrsg.) , International Investment Law – A Handbook, (2015)[1]

Y. N. Hodu, A Critique of the Legitimate Expectations Doctrine in Investment Treaty Arbitration, 16. Sep. 2013, EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law, abrufbar unter: https://www.ejiltalk.org/a-critique-of-the-legitimate-expectations-doctrine-in-investment-treaty-arbitration/

C. Hölken, Legitime Regulierung durch den Staat im Konflikt mit dem Investorenschutz, KSzW 2/2011, 183

L. Isotalo, Climate Compatible Investment Treaty Law: The Role of Legitimate Expectations, Scottish Centre for International Law, Scottish Centre for International Law, Working Paper No. 6, 23f, abrufbar unter: http://www.aqmen.ac.uk/__data/assets/pdf_file/0004/172039/Laura_Isotalo_SCIL_Working_Paper_6_FINAL_for_publication.pdf

M. Jacob/S. Schill, Fair and Equitable Treatment: Content, Practice, Method in Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch (Hrsg.) , International Investment Law – A Handbook, (2015)[1]

R. Jennings/A. Watts, Oppenheim's International Law, (1992)[9]

L. Johnson/O. Volkov, Investor-State contracts, host-state „commitments" and the myth of stability in international law, The American Review of International Arbitrations Vol. 24 N. 3 (2013), 362

L. Johnson/O. Volkov, State Liability for Regulatory Change: How International Investment Rules are Overriding Domestic Law (2014), Investment Treaty News, IISD, abrufbar unter: https://www.iisd.org/itn/2014/01/06/state-liability-for-regulatory-change-how-international-investment-rules-are-overriding-domestic-law/

P. Juillard, The Law of International Investment: Can the Imbalance be Redressed? in K. P. Sauvant (Hrsg.), Yearbook in International Investment Law and Policy 2008, 273

M. Kaldunski, Some Remarks on the Protection of Legitimate Expectations in International Investment Law, Comparative Law Review, 25, 2019, 215

G. Kaufmann-Kohler, Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? The 2006 Freshfields Lecture, Arbitration International, Volume 23, Issue 3, (2007), 357

S. R. Kethirredy, Still the Law of Nations: Legitimate Expectations and the Sovereigntist Turn in International Investment, Yale Journal of International Law, Vol. 44, Issue 2 (2018), 315

Kiel Institute for the World Economy, Kiel Working Paper: Streitschlichtung im Rahmen Internationaler Investitionsabkommen: Viel Lärm um (fast) nichts?, No. 2053 Oktober 2016

B. Kingsbury/S. Schill, Public Law Concepts to Balance Investors Right with State Regulatory Actions in the Public Interest – The Concept of Proportionality between Investor Rights and State Regulatory in Schill (Hrsg.), International Investment Law and Comparative Public Law (2010)

R. Kläger, Fair and Equitable Treatment in International Investment Law (2013)

R. Kläger, Revising Treatment Standards-Fair and Equitable Treatment in Light of Sustainable Development in S. Hindelang/M. Krajewski (Hrsg.), Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified (2016)[1]

M. Klein Bronfman, Fair and Equitable Treatmant an Evolving Standard, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 10 (2006), 609

D. Kneer, Investitionsschutz und Menschenrechte, (2013)[1]

M. Knoll/M. Scharmer, IWD – Wohnungsnot versus Eigentumsschutz: Vereinbarkeit aktueller Gesetzgebung in Tirol und Berlin mit dem Grundrechtsschutz von Immobilieneigentümern, wobl,1 (2020), 10

T. Kondo, A Comparison with Analysis of the SADC FIP before and after Its Amendment, Potchefstroom Electronic Law Review, Vol. 20 (2017)

U. Kriebaum, Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State, The Journal of World Investment and Trade, Vol.8 (2007), 717

U. Kriebaum, Eigentumsschutz im Völkerrecht (2008)

U. Kriebaum, FET and Expropriation in the (Invisible) EU Model BIT, The Journal of World Investment and Trade, Vol. 15, (2014), 454

U. Kriebaum, Arbitrary/Unreasonable or Discriminatory Measures in Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch (Hrsg.) , International Investment Law – A Handbook, (2015)[1]

U. Kriebaum, Privatizing Human Rights: The Interface between International Investment Protection and Human Rights in in A. Reinisch/U. Kriebaum (Hrsg.), The Law of international Relations: Liber Amicorum Hanspeter Neuhold (2007)[1]

M. Krajewski, Anmerkung zum Gutachten von Dr. Stephan Schill zu den Auswirkungen der Bestimmungen zum Investitionsschutz und zu den Investor-Staat-Schiedsverfahren im Entwurf CETA auf den Handlungsspielraum des Gesetzsgebers vom 22.9.2014, abrufbar unter: https:// www.gruenebundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/themen_az/EU-USA_Freihandelsabkommen/ Thesenpapier_Klageprivilegien_in_CETA.PDF

M. Krajewski, The Impact of International Investment Agreements on Energy Regulation in Herrmann/Terhechte (Hrsg.), European Yearbook of International Economic Law (2012), 343

M. Krajewski/R. Hoffmann, Das internationale Investitionsschutzregime zwischen Reform und Revolution, KSzW 02.2016, 131

M. Krajewski/J. Ceyssens, Internationaler Investitionsschutz und innerstaatliche Regulierung, AVR 2007, 180

M. Krzykowski/M. Marianski/J. Ziety, Principle of reasonable and legitimate expectations in international law as a premise for investments in the energy sector, International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics, 21 (2021), 75

K. Lachmeyer, Rechtsvergleichende Analyse des Schutzes von Eigentum zwischen Menschenrechtsschutz und Investitionsschutzrecht, Arbeiterkammer rechtswissenschaftliches Fachgutachten (2018)

J. G. Laitos, Law of Property Rights Protection, Limitation on Governmental Powers (2020)[3]

K. Leite, The Fair and Equitable Treatment Standard: A Search for better Balance in International Investment Agreements, American University International Law Review, Vol. 32, Issue 1, Art 2 (2016), 365

G. M. Lentner, Investitionsschutz im Freihandelsabkommen CETA, ecolex 2016, 1027

Y. Levashova, Fair and Equitable Treatment and Investor's Due Diligence Under International Investment Law 03.08.2020, Netherlands International Law Review, 67, 233

Y. Levashova, The right of states to regulate in their public interest and the right of investors to receive fair and equitable treatment: The search for a balance in treaties and cases on international investment law (2018)[1]

C. S. Levy, Drafting and Interpreting International Investment Agreements from a Sustainable Development Perspective, Groningen Journal of International Law, Vol. 3, No. 1 (2015), 59

C. M. Arietti Lopez, All claims by Isolux Infrastructure Netherlands against Spain are dismissed, Investment Treaty News (September 26, 2017) abrufbar unter: https://www.iisd.org/itn/2017/09/26/all-claims-by-isolux-infrastructure-netherlands-against-spain-are-dismissed-isolux-infrastructure-netherlands-v-spain-scc-case-v2013-153-claudia-maria-arietti-lopez/

V. Lowe, Regulation or Expropiration, Current Legal Problems, Volume 55,Issue 1, 2002, 447

S. Luttrell/A. Murphy/C. Chance, Stabilisation Agreements in Long-Term Mining Agreements, Global Arbitration Review, 31. Juli 2019, abrufbar unter: https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=ec1b0b7c-a4a1-4904-9b50-2d9ad11862eb

I. C. Macgibbon, Estoppel in International Law, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 7, No. 3 (1958), 468

M. Meier, Specific State Representations as a Source of Legitimate Expectations under International Investment Law (2016)

H. Mann/K. von Moltke, A Southern Agenda on Investment ? Promotion Development with Balanced Rights and Obligations for Investors, Host States and Home States, International Institute for Sustainable Development (2005)

I. Marboe, die Berechnung von Entschädigung und Schadenersatz in der internationalen Rechtsprechung (2009)

S. Maynard, Legitimate Expectations and the Interpretation of the "Legal Stability Obligation", European Investment Law and Arbitration Review Online, Vol. 1 (2016), 99.

S. A. McGilvray, Making Sense of Substantive Legitimate Expectations in New Zealand Administrative Law, (2007)

C. Mclachlan/L. Shore/M. Weininger, International Investment Arbitration: Substantive Principles (2007)

J. Milus, Grenzen ablösender Versorgungstarifverträge (2009)

M. Mohan, The European Union's Free Trade Agreement with Singapore – One Step Forward, 28 Steps Back in Chaisse/Nottage (Hrsg.), International Investment Treaties and Arbitration Across Asia, (2018), 180

N. Monebhurrun, Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela: Enshrining Legitimate Expectations as a General Principle of International Law?, Journal of International Arbitration, Vol. 32, Issue 5 (2015), 551

P. Muchlinski, Caveat Investor? The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard, The nternational and Comparative Law Quarterly, Vol. 55 No. 3 (2006), 527

N. Muhammad, Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration: Balancing between State`s Regulatory Fuctions and Investor´s Legitimate Expectations (2015)[1]

J. P. Müller, Vertrauensschutz im Völkerrecht in H. Mosler/M. Bernhardt (Hrsg.), Max-Planck-Institut für ausländisches Recht und Völkerrecht (1971)

C. I. Nagy, Freihandelsabkommen, regionale Wirtschaftsintegrationen und die neue Epoche des Welthandels, ZfRV 2019/13 (2019), 100

R. Nathanson, The Revocation of Clean-Energy Investment Economic-Support-Systems as Indirect Expropriation Post-Nykomb: A Spanish Case Analysis, 98 Iowa Law Review (2013), 863

A. Newcombe/L. Paradell, Law and Practice of Investment Treaties (2009)

A. Nilsson/O. Englesson, Inconsistent Awards in Investment Treaty Arbitration: Is an Appeals Court Needed? Journal of International Arbitration, Vol. 30 (2013), Issue 5, 561

K. Nowrot, Obligations of Investors in Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch (Hrsg.), International Investment Law – A Handbook, (2015)[1]

A. Nußberger, Eigentumsrecht und Vertrauensschutz in Europa in Löwer (Hrsg.), Europäische und Internationale Aspekte der Energierechtsreformdebatte (2015)

D. Nyer, The Investment Chapter of the EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement, Journal of International Arbitration, Vol. 32, Issue 6 (2015), 697

D. Odobasic, Vertrauensschutz in die Beibehaltung einer Rechtslage nach der Rechtsprechung des VfGH und des EuGH (2013).

OECD, Working Papers on International Investment 2004/03, Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law, 3, abrufbar unter: https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_3.pdf.

J. Ostransky, From a Fortuitous Transplant to a Fundamental Principle of Law?: The Doctrine of Legitimate Expectations and the Possibilities of a Different Law, I. Venzke, K.J. Heller, Contingency in the Course of International Law (4. Jun 2020)

F. Ortino, The Obligation of Regulatory Stability in the Fair and Equitable Treatment Standard: How far have we come ?, Journal of International Economic Law (2018), 21, 845

T. Öhlinger/H. Eberhard, Verfassungsrecht (2012)[9]

G. Öztürk, The Role of Legitimate Expectations Balancing the Investment Protection and State's Regulations Can States Have Legitimate Expectations? Uppsala Universitet, Master Programme in Investment Treaty Arbitration, Department of Law, Spring Term 2017, 14

A. P. G. Pandya/A. Moody, Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration: An Unclear Future in Tilburg Law Review, 2010, Band 15, 93

M. Panizzon, Good Faith in the Jurisprudence of the WTO. A Study on the Protection of Legitimate Expectations, Good Faith, Interpretations of the WTO Agreements and Fundamental Fairness in Dispute Settlement (2006)[1]

J. Paine, On Investment Law and Questions of Change, Journal of World Investment & Trade 19, 2018, 173

J. Paulsson, The Role of Precedents in Investment Arbitration in Small (Hrsg.), Arbitration under international investment agreements: a guide to key issues (2010)

C. A. Patrizia/J. R. Profaizer/I. V. Timofeyev, Investment Disputes Involving the Renewable Energy Industry Under the Energy Charta Treaty, The Guide to Energy Arbitrations – Second Edition, Global Arbitration Review, abrufbar unter: http://globalarbitrationreview.com/chapter/1142579/investment-disputes-involving-the-renewable-energy-industry-under-the-energy-charter-treaty

M. Paparinskis, The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment (2013)

M. Paparinskis, Good Faith and Fair and Equitable Treatment in International Investment Law in Mitchell/Sornarajah/Voon (Hrsg.), Good Faith in International Economic Law, (2015)

R. Pereira de Souza Fleury, Eiser Infrastructure v. Spain: Could the tide be turning in favor of photovoltaic foreign investor in Spain?, Kluwer Arbitration Blog, 20.6.2017, abrufbar unter: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/06/20/eiser-infrastructure-v-spain-tide-turning-favor-photovoltaic-foreign-investors-spain/

M. Perkams, International Investitionsschutzabkommen im Spannungsfeld zwischen effektivem Investitionsschutz und staatlichem Gemeinwohl (2011)

M. Petsche, Restrictive Interpretation of Investment Treaties: A Critical Analysis of Arbitral Case Law, Journal of International Arbitration, Vol 37, Issue 1 (2020), 1

M. Potesta, Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept, ICSID Review, Vol. 28, N. 1 (2013), 88

S. Poulsen, The Importance of BITs for foreign Direct Investment and Political Risk Insurance: Revisiting the Evidence **in** Sauvant (Hrsg.), Yearbook on International Law and Policy 2009/2010, Oxford University Press (2010)

C. S. Pinto, the „Narrow" Meaning of Legitimate Expectations Principle in State Aid Law Versus the Foreign Investors Legitimate Expectations. A Hopeless Clash or an Opportunity for Convergence?, European State Aid Law Quarterly, Jahrgang 15(2016), Ausgabe 2, 270

P. Ranjan/P. Anand, The 2016 Model Indian Bilateral Investment Treaty: A Critical Deconstruction, Northwestern Journal of International Law & Business, Vol. 38, Issue 1 (2017) , 1

D. Redli, Limitations to States' Regulatory Power in International Investment Arbitration Resulting from Standards of Protection, with a Focus on Fair and Equitable Treatment Standard (2016)

A. Reinisch, Future Shape of EU Investment Agreements, ICSID Review, Vol. 28, N. 1 (2013), 179

A. Reinisch, The Interpretation of Investment Agreements in Bungenberg/Giebe/Hobe/Reinisch (Hrsg.), International Investment Law – A Handbook (2015)[1]

A. Reinisch, Necessity in international investment law in Dekker/Hey (Hrsg.), Netherlands Yearbook of International Law (2010)

A. Reinisch, The Likely Content of Future EU Investment Agreements in Bungenberg/Giebe/Hobe/Reinisch (Hrsg.), International Investment Law – A Handbook (2015)[1]

A. Reinsch/C. Schreuer, International Protection of Investments (2020), Cambridge University Press

W. M. Reisman/M. H. Arsanjani, The Question of Unilateral Governmental Statements as Applicable Law in Investment Disputes, ICSID Review, Volume 19, Issue 2, (2004), 328

W. M. Reisman/R. D. Sloane, Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation, British Yearbook of International Law, Vol. 75,(2004), 115

T. Restrepo, Modification of Renewable Energy Support Schemes Under the Energy Charter Treaty: Eiser and Charanne in the Context of Climate Change, Goettingen Journal of International Law, Vol. 8, Issue 1(2017),101

T. Reuter, Retroactive Reduction of Support for Renewable Energy and Investment Treaty Protection from the Perspective of Shareholders and Lenders, OGEL 3 (2015)

I. A. Reyes Gajardo, Attraction of foreign investment or investment protection ? a sustainability dilemma in light of Chile`s ratification of the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (2023)

I. Reynoso, Spain's Renewable Energy Saga: Lessons for international investment law and sustainable development, IISD Investment Treaty News, 27.06.2019, abrufbar unter: https://www.iisd.org/itn/2019/06/27/spains-renewable-energy-saga-lessons-for-international-investment-law-and-sustainable-development-isabella-reynoso/

A. Roberts, Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States, The American Journal of International Law, (2010) Vol. 104, 179

A. Roberts, Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System, 107 American Journal of International Law 45 (2013) 45

M. Roberts, Public Law Representations and Substantive Legitimate Expectations, The Modern Law Review (2001), Vol 64, No.1, 112

K. Sallam, Investor's Legitimate Expectations Under the Fair and Equitable Standard. Should They Be Protected? Legal and Practical Obstacles, Uppsala Universitet (2017)

C. Schneider, Vertrauensschutz außerhalb von B-VG und StGG: Europarecht und Völkerrecht in S. Kirchmayr/G. Mayr/P. Oberhammer/F. Rüffler/U. Torggler (Hrsg.), Umgründungen Festschrift für Hans F. Hügel zum 65. Geburtstag (2015), 341

C. Schreuer, Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice, Journal of World Investment & Trade, Vol.6 (2005) 357

C. Schreuer, Fair and Equitable Treatment in Investment Treaty Law, BIICL Event Papers, (9.9.2005), Keynote Speech, 1 abrufbar unter: https://www.biicl.org/eventpaper/30

C. Schreuer, Bonner Energiegespräche Schutz gegen regulatorische Maßnahmen durch Investitionsschutzabkommen, Bonner Energiegespräche, 4.11.2013, 76 in W.Löwer (Hrsg.),Europäische und internationale Aspekte der Energierechtsreformdebatte, Bonner Gespräche zum Energierecht, Band 8

C. Schreuer, Das Internationale Investitionsrecht in Reinisch (Hrsg.), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts, (2013)[5]

C. Schreuer/U.Kriebaum, At What Time Must Legitimate Expectations Exists? in Werner/Ali (Hrsg.), A Liber Amicorum: Thomas Wälde (2009), 265

S. Schill, Fair and Equitable Treatment, a Rule of Law, and Comparative Public Law in S. Schill (Hrsg.), International Investment Law and Comparative Public Law (2010), 174

S. Schill, Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law, IILJ Working Paper 2006/6

S. Schill, The Multilateralization of International Investment Law, (2010)[1]

S. Schill, The Multilateralization of International Investment Law: the Emergence of a Multilateral System of Investment Protection on the Basis of Bilateral Treaties, Inaugural Conference of the Society of International Economic Law, Geneva, 15-17 Juli 2008, SIEL Online Proceedings Working Paper No. 18/08

S. Schill, Auswirkungen der Bestimmungen zum Investitionsschutz und zu dem Investor-Staat-Schiedsverfahren im Entwurf des Freihandelsabkommens zwischen der EU und Kanada (CETA) auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers (Kurzgutachten) , abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/C-D/ceta-gutachten-investitionsschutz.pdf?__blob=publicationFile&v=4

J. Schwarze, European Administrative Law, (2006)[1]

W. Shan/S. Zhang, FDI in China and the Role of Law: An Empirical Approach, The Journal of World Investment and Trade, Vol. 12 (2011) 457

Y. S. Selivanova, Changes in Renewables Support Policy and Investment Protection under the Energy Charter Treaty: Analysis of Jurisprudence and Outlook for the Current Arbitration Cases, ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Volume 33, Issue 2, 2018, 433

E. Snodgrass, Protecting Investors` Legitimate Expectations - Recognizing and Delimiting a General Principle, 21 ICSID Review – FILJ 1 (2006)

M. Stanivukovic, Legitimate Expectations: A Commentary of Micula v. Romania, 5. Yearbook of International Arbitration (2017), 165

K. Steyn, Consistency – A Principle of Public Law? Judicial Review, 2:1 (1977) 22

J. Stone, Arbitrariness, the Fair and Equitable Treatment Standard, and the International Law of Investment, Leiden Journal of International Law, Vol. 25 Issue 1, (2012), 77

S. P. Subedi, International Investment Law Reconciling Policy and Principle (2012)

M. Sornarajah, Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment, (2015)[1]

K. Talus, Float Like a Butterfly, Sting Like a Bee: Judical Challenges to Renewable-Energy Support Schemes in Europe, Climate Law, Vol.6 (2016), 250

R. Tamayo-Alvarez, Consitutionality of the Colombia-France Bilateral Investment Treaty, American Journal of International Law, Vol. 114, Issue 3, (2020), 471, (477)

N. Teggi, Legitimate Expectations in Investment Arbitration: At the End of its Lifecyle? Indian Journal of Arbitration Law, Volume 5, Issue 1 (2016), 64

F. M. Tellez, Conditions and Criteria for the Protection of Legitimate Expectations Unter International Investment Law, ICSID Review, Vol. 27, No. 2 (2012), 432

R. Thomas, The Protection of Legitimate Expectations in UK Administrative Law, (2016)

Thomson Reuters Practical Law, Glossary Information Memorandum (2021), abrufbar unter: https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/3-382-4309?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true

K. Tienhaara/C. Downie, Risky Business ? The Energy Charter Treaty, Renewable Energy, and Investor-State Disputes, Global Goverence 24 (3) (2018), 451

C. Tietje, Internationales Investitionsschutzrecht im Spannungsverhältnis von staatlicher Regulierungsfreiheit und Schutz wirtschaftlicher Individualinteressen in C. Tietje/G. Kraft/M. Lehmann (Hrsg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 93 (2010)

C. Tietje/C. Baetens, The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership, Study 24.06.2014, abrufbar unter: https://www.senate.nl/9370000/1/j4nvgs5kjg27kof_j9vvkfvj6b325az/vjn8fj4hhtzc

C. Tietje/K. Crow,The Reform of Investment Protection Rules in CETA, TTIP, and Other Recent EU FTAs: Convincing?, in: S. Griller/W. Obwexer/E. Vranes (Hrsg.), Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA (2017), 110

E. Titi, The Right to Regulate in International Investment Law (2014)

E. Titi, The Arbitrator as a Lawmaker: Jurisgenerative Processes in Investment Arbitration, Journal of World Investment & Trade, 14 (5), (2013), 829

I. Tudor, The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Invest (2008)

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD*)*, World Investment Report 2012

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD*)*, Fair and Equitable Treatment: A Sequel (United Nations, 2012)

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD, Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS) IIA Issue Note No 1, May 2013, 4 und Annex II, abrufbar unter: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d3_en.pdf

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD, The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries, 2009, 24, abrufbar unter: http://unctad.org/en/Docs/diaeia20095_en.pdf

United Nations International Law Comission, (13.04.2006), Fragmentation of international Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Rz 1ff, abrufbar unter https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf

M. Usynin, The Fall of Icarus? How States Attract Renewable Energy Investment Claims, PluriCourts Research Paper No. 16-10 (2016)

M. Valenti, New Trends in International Investment Law Treaty Practice: where does Latin America stand ? abrufbar unter: https://www.scielo.br/j/seq/a/vGsHRG5KDXTgSFB6GkjMGzv/abstract/?lang=en

K. J. Vandevelde, A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment (2010), New York University of International Law and Politics (JILP), Vol.43, No. 1, 43

G. Van Harten, Five Justifications for Investment Treaties: A Critical Discussion, Trade, Law & Development, Vol. 2, No. 1, (2010)

G. Van Harten, Investment Treaty Arbitration and Public Law (2007)

F. A. Vincuna, Regulatory Authority and Legitimate Expectations: Balancing the Rights of the State and the Individual under International Law in a Global Society, International Law FORUM du droit international, Vol. 5, Issue 3 (2003), 188

Völkerrechtskommission, Artikel über die Verantwortlichkeit der Staaten für völkerrechtswidrige Handlungen (2001), veröffentlicht im Jahrbuch der Völkerrechtskommission, Band II, Teil Zwei, S. 26-143 (ARISWA)

T. Wälde/G. Ndi, Stabilizing International Investment Commitments: International Law versus Contract Interpretation, Texas International Law Journal, Vol, 31 (2), (1996), 215

T. Wälde/A. Kolo, Environmental Regulations, Investment Protection and "Regulatory Taking" in International Law, International and Comparative Law Quarterly, Vol 50 Issue 4, 811

M. Waibel, Fair and Equitable Treatment as Boilerplate, The American Review of International Arbitration, 30(1), (2019), 85

T. Wongkaew, Protection of Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration, A Theory of Detrimental Reliance (2019)

K. Yannaca-Small, Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments in Reinisch (Hrsg.), Standards of Investment Protection, (2008), 118

D. Zannoni, The legitimate expectation of regulatory stability under the Energy Charter Treaty, Leiden Journal of International Law, Vol. 33 (2), (2020), 451

G. Zarra, Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: Current Status in Investment Arbitration in Light of Philip Morris v. Uruguay, Brazilian Journal of International Law, Vol. 14, No. 2 (2017), 95
T. Zeyl, Charting the Wrong Course: The Doctrine of Legitimate Expectations in Investment Treaty Law, Alberta Law Review, Vol. 49 (1), (2011) 203

A. R. Ziegler/J. Baumgartner, Good Faith as a General Principe of (International) Law in Mitchell/Sornarajah/Voon (Hrsg.), Good Faith in International Economic Law, (2015),

W. Zhou, Chinese Investment in Australia: A Critical Analysis of the China-Australia Free Trade Agreement, Melbourne Journal of International Law, Vol. 18 (2017), 407

XIV. JUDIKATURVERZEICHNIS:

A. Judikatur zum Investitionsrecht:

AGIP S.p.A. v. People`s Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/77/1, Award (30. Nov 1979)

Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, Award (20. May 1992)

Metaclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award (30. Aug. 2000)

Ronald S. Lauder v. Czech Republic, UNCITRAL Arb., Final Award (3.Sep. 2001)

S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL, Partial Award (13. Dez. 2002)

Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No ARB(AF)/99/1, Award (16. Dez. 2002)

ADF Group Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB (AF)/00/1, Award (9.Jan. 2003)

CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Final Award (14. Mar 2003)

Tecnicas Medioambientales TECMED S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, (29. May 2003)

Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Arbitration Award (26. Jun. 2003)

CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on Jurisdiction, (17. Jul. 2003)

Waste Management, Inc. v. United Mexican States ("Number 2"), ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award (30.Apr. 2004)

MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/ 01/7, Award, (25. May 2004)

Occidental Exploration and Production Co. v. Republic of Ecuador (Final Award, 1. Jul. 2004)

Gami Investments, Inc. v. The Government of the United Mexican States, UNCITRAL, Award (15. Nov. 2004)

CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, (12. May 2005)

Eureko B.V. v. Republic of Poland, Partial Award (19. Aug. 2005)

Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL, Final Award on Jurisdiction and Merits (3.Aug. 2005)

International Thunderbird Gaming Corporation. v. The United Mexican States, Award (NAFTA Arb. Trib. 26.Jän. 2006)

International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, UNCITRAL, Separate Opinion of Thomas Wälde, (1 Dec 2005)

EnCana Corporation v. Republic of Ecuador, Award, (3. Feb. 2006)

Saluka Investments. B.V. v. The Czech Republic, Partial Award (17.Mai 2006)

Saluka v. Czech Republic, Dissenting Opinion or Arbitrator Gary Born, (11. Oct 2017)

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability (3. Oct. 2006)

PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ingin Electrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey, (19. Jan. 2007)

Enron Corporation and Ponderosa Assets v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Award (15. May 2007)

Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania., ICSID Case No. ARB/05/8, Award (11. Sep. 2007)

Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Award (28. Sep. 2007)

Metalpar S.A. and Buen Aires S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/5, Award on the Merits (6. Jun 2008)

Biwater Gauff (Tanzania), Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Award (18. Jul. 2008)

Duke Energy Electroquil Partners v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, (18. Aug. 2008)

Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/03/28, Award (18 Aug 2008)

Continental Casualty Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9, Award (5. Sep. 2008)

National Grid plc v. The Argentine Republic, UNCITRAL, Award (3. Nov. 2008)

Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America, NAFTA/UNCITRAL, Award (8. Jun. 2009)

Werner Schneider, acting in his capacity as insolvency administrator of Walter Bau Ag (In Liquidation) v. The Kingdom of Thailand, UNCITRAL (formerly *Walter Bau AG (in liquidation) v. The Kingdom of Thailand*), Award (1.Jul.2009)

Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Award (27. Aug 2009)

EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Award (8.Oct. 2009)

Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia, ICSID Case No. ARB/05/18, Award (3. Mar 2010)

AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22, Award (23. Sep. 2010)

Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/07/16, Award (8. Nov 2010).

Frontier Petroleum Services Ltd. v. The Czech Republic, Final Award (12. Nov. 2010)

Total S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. Arb/04/01, Decision on Liability (27. Dez. 2010)

Total S.A. v Argentina, Concurring Opinion of Luis Herrera Mercano (27. Dec 2010)

Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/17, Award (21. Jun. 2011)

White Industries Australia Limited v. The Republic of India, UNCITRAL, Final Award (30. Nov. 2011)

El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15 (31.Okt. 2011)

Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic, UNCITRAL, Final Award (23. Apr 2012)

Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Republic of Lebanon, Award (12. Jun. 2012)

Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania (I), ICSID Case No. ARB/05/20, Final Award (11. Dec 2013)

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A.and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19, Award (9. Apr. 2015)

Electrabel S.A. v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/19, Award (25. Nov. 2015)

Charanne and Construction Investments v. Spain, SCC Case No. V 062/2012, Award, (21.Jan.2016)

Charanne v. Spain, Guido Santiago Tawil`s Partial Dissenting Opinion, Tawil`s Partial Dissent (Unofficial English translation provided by McDermott Will & Emery Rechtsanwälte Steuerberater LLP (21. Jan 2016),

Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB (AF)/11/2, Award (4. Apr 2016)

Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, (8. Jul 2016)

Philip Morris v. Uruguay, Concurring and Dissenting Opinion Co-Arbitrator Gary Born (8 Jul 2016)

Isolux Netherlands, BV v. Kingdom of Spain, SCC Case V2013/153, Final Award, (17. Jul. 2016)

Urbaser S.A. and Consorcio de Aquas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Award (8. Dec 2016)

Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/14/3, Final Award, (27. Dez. 2016)

Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/13/36, Final Award, (4.May 2017)

Jürgen Wirtgen, Stefan Wirtgen, Gisela Wirtgen and JSW Solar (zwei) GmbH & Co. KG v. Czech Republic, PCA Case No. 2014-03, Final Award (11. Oct 2017)

Wirtgen v. Czech Republic, Dissenting Opinion of Arbitrator Gary Born (11 Oct 2017)

Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain, SCC Case No. 2015/063, Final Award, (15. Feb 2018)

Antaris Solar GmbH and Dr. Michael Göde v. Czech Republic, PCA Case No. 2014-01, Award (2. May 2018)

Antaris v. Czech Republic, Dissenting Opinion of Gary Born (2. May 2018)born

Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/14/1, Award (16. May 2018)

Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Energia Termosolar B.V. (formerly Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V.) v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/13/31, Award (15. Jun 2018)

Greentech Energy Systems A/S, et al v. The Italian Republic, SCC Case No. V 2015/095, Final Award (23. Dec 2018)

9REN Holding S.a.r.l v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/15, Award (31. May 2019)

NextEra Energy Global Holding B.V. and NextEra Energy Spain Holding B.V. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/14/11, Final Award (31. May 2019)

Cube Infrastructure Fund SICAV and others v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/20, Final Award (26 Jun 2019)

OperaFund Eco-Invest SICAV PLC and Schwab Holding AG v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB 15/36, Dissent on Liability and Quantum Professor Philippe Sands (13 Aug 2019)

SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/38, Award (31.Sep 2019)

Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH, and others v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/1, Award (2. Dec 2019)

BayWa r.e. Renewable Energy GmbH and BayWa r.e. Asset Holding GmbH v. Spain, ICSID Case No. ARB/15/16, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum (2. Dec 2019)

BayWa v. Spain, Dissenting Opinion of Horacio A. Grigera Naon (2. Dec 2019)

RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.á.r.l.v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/13/30, Award (11. Dec 2019)

RREEF v. Spain, Partial Dissenting Opinion of Robert Volterra (30. Nov 2018)

Watkins Holdings S.à r.l. and others v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/44, Award (21 Jan 2020)

The PV Investors v. Spain, PCA Case No. 2012-14, Final Award, (28. Feb 2020)

The PV Investors v Spain, Concurring and Dissenting Opinion of Charles M. Bower, (28. Feb 2020)

Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania (II), ICSID Case No. ARB/14/29, Award (5. Mar 2020)

Hydro Energy 1 S.a.r.l and Hydroxana Sweden AB v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/42, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum (9 Mar 2020)

Sun Reserve Luxco Holdings SRL v. Italy, SCC Case No, 132/2016, Award (25. Mar 2020)

Infracapital F1 S.a r.l. and Infracapital Solar B.V. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/16/18, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum (13 Sep 2021).

Infracapital F1 S.a r.l. and Infracapital Solar B.V. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/16/18, Partial Dissenting Opinion By Professor Peter D Cameron (13 Sep 2021)

Sevilla Beheer B.V. and others v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/16/27, Decision on Jurisdiction, Liability and Principles on Quantum (11. Feb 2022)

Sevilla Beheer B.V. and others v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/16/27, Partial Dissenting Opinion By Professor Peter D Cameron (11 Feb 2022)

RENERGY S.a r.l. v Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/14/18, Award (6. May 2022)

Mathias Kruck and others v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/23, Partial Dissenting Opinion by Zachary Douglas (13 Sep 2022)

Mathias Kruck and others v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/23, Decision on Jurisdiction, Liability and Principles of Damages, (14 Sep 2022)

B. Judikatur des IGH und der WTO

Cambodia v. Thailand, Judgment of the ICJ of 15 June 1962, ICJ Reports 1962, 6

New Zealand v. France, Nuclear tests case, Judgment of the ICJ of 20 December 1974, ICJ Reports 1974, 457

Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile), Judgment, I.C.J. Reports 2018

The Australian Subsidy on Ammonium Sulphate, Report adopted by the CONTRACTING PARTIES on 3 April 1950 (GATT/CP.4/39)II/188, 31.3.1950

EC – Computer Equipment Panel Report, European Communities – Customs Classification of Certain Computer Equipment, WT/DS62/R, WT/DS67/R, WT/DS68/R, 22 June 1998

India – Patents (EC) Panel Report, India – Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products, Complaint by the European Communities, WT/DS79/ R, 22 September 1998, DSR 1998:VI, 2661

Argentina – Hides, WT/DS155/R, (19.12.2000)

China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials – Report of the Panel, WT/DS398/R (05/07/2011)

C. Judikatur des EuGH

Société CAM SA v. Commission of the European Communities, Judgment of the Court of 18 November 1975, Case 100-74

J. Mulder v Minister van Landbouw en Visserij, Judgement of the Court (28.4.1988) Case 120/86

Évelyne Delauche v. Commission of the European Communities, Judgement of the Court (First Chamber), Case 111/86, Rz 24; *Bell & Rose BV v. Office for Harmonization in the Internal Market* (Trademarks and Designs) (OHIM), E.C.R. 00000

Sofrimport SARL v. Commission of the European Communities, Case C-152/88

Condorniu SA v. Rat der Europäischen Union, C-309/89

Marks & Spencer v. Commissioners of Customs and Excise, Case C-26/00

Plantanol GmbH & Co KG v. Hauptzollamt Darmstadt, CJEU, Case C-201/0

D. Judikatur nationaler Rechtsordnungen

a) Zur Englischen Rechtsordnung:

Council for Civil Service Union vs Minister for Civil Service, (1985), A.C. 374

Revenue Commiossioners, ex parte Unilever plc & Anor. (1996) BTC 183

Coughlan & Ors, R (on the application of) v. North & East Devon Health Authority [1999] EWCA Civ 1871 (16 July 1999).

R (on the application of Bhatt Murphy (a firm) the Independend Assessor (2008) EWCA Civ 755*R v. Inland*

b) Zur Deutschen Rechtsordnung:

BVerfG, Beschluss Zweiter Senat, 5 Februar 2002, Sozialpfandbriefe, BVerfG 105

BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senates vom 23.September 2010 – 1 BvQ 28/10

BVerfG 30, 392 – Berlinhilfegesetz

c) Zur Österreichischen Rechtsordnung:

VfGH 23.06.1924, VfSlg 313

VfGH 12.12.1991, VfSlg 12.944

VfGH 16.12.1993, VfSlg 13.655

VfGH 27.09.2000, VfSlg 15.936

VfGH 28.06.2004, VfSlg 17. 254

d) Zur US- amerikanischen Rechtsordnung:

Revere Copper and Brass, Inc. v. Overseas Private Investment Corporation AAA Case No. 1610013776, Award (24. Aug 1978)

Abstract - Deutsch
Für ausländische Investoren stellen Gesetzesänderungen im Gaststaat nach Vornahme von Investitionen ein erhebliches Risiko dar. Der oftmals in bi- und multilateralen Investitionsabkommen geregelte Fair and Equitable Treatment (FET) Standard mit seinen Schutzvorgaben soll ausländischen Investoren Schutz bieten.

Eine dieser Schutzvorgaben stellt der Schutz berechtigter Erwartungen ausländischer Investoren dar. Die Verletzung berechtigter Erwartungen ist nach der Schiedspraxis etwa dann gegeben, wenn der Gaststaat die Gesetze entgegen zuvor erteilten Stabilitätszusagen zum Nachteil des ausländischen Investors abändert. In der Schiedspraxis und Lehre uneinheitlich beurteilt wird hierbei die Frage, wann ausländische Investoren berechtigterweise auf die Beständigkeit der zum Zeitpunkt der Investition vorherrschenden gesetzlichen Rahmenbedingungen vertrauen dürfen. Abseits von konkreten Zusicherungen auf gesetzliche Stabilität sowie vertraglich vereinbarten Stabilisierungsklausen steht es dem Gaststaat schließlich grundsätzlich frei, die von ihm erlassenen Gesetze jederzeit zu ändern. Bei folgenden Fallgruppen kann ein Schutz berechtigter Erwartungen bei nachteiligen Gesetzesänderungen auch abseits konkreter Zusicherungen bzw Stabilisierungsklauseln angenommen werden:

- Unverhältnismäßige Gesetzesänderungen: Als unverhältnismäßig einzustufen sind ‚echt' rückwirkende Gesetzesänderungen sowie die ‚totale' Beseitigung der zum Zeitpunkt der Investition in Geltung gewesen gesetzlichen Rahmenbedingungen. Willkürliche sowie in böswilliger Absicht zum Nachteil des Investors vorgenommene Gesetzesänderungen sind ebenfalls als unverhältnismäßig einzustufen.
- Gesetze mit konkretem Ziel bzw Zweck: Aufgrund ihres spezifischen, auf bestimmte Investitionen abgestimmten Regelungsinhalt könnten derartige gesetzliche Vorgaben auch abseits konkreter Stabilitätszusicherungen als Vertrauensgrundlage für berechtigte Erwartungen fungieren.
- Objektiv zu unterstellende Bindungsintention des Gaststaates: Wenn dem Gaststaat bei bestimmten gesetzlichen Vorgaben aufgrund seines gegenüber ausländischen Investoren gesetzten Verhaltens die objektive Intention unterstellt werden kann, dass dieser sich

gegenüber ausländischen Investoren auf Beibehaltung der gesetzlichen Vorgaben binden wollte, können auch diese Vorgaben Grundlage für den Schutz berechtigter Erwartungen bilden.