

Bilaterale Investitionsabkommen (BITs) der Bundesrepublik Deutschland:

**Auswirkungen auf wirtschaftliche, soziale und ökologische
Regulierung in Zielländern und Modelle zur Verankerung der
Verantwortung transnationaler Konzerne**

Jan Ceysens

Nicola Sekler

**Studie erstellt im Rahmen eines von der Hans-Böckler-Stiftung geförderten
Forschungsprojekts an der Universität Potsdam**

Gliederung

KURZFASSUNG	5
1 EINLEITUNG	9
2 BILATERALE INVESTITIONSABKOMMEN IM RAHMEN DER GLOBALEN POLITISCHEN ÖKONOMIE	11
2.1 Zwischen Liberalisierung und Regulierung: Interessen im Bereich Investitionen	11
2.2 Neuer Konstitutionalismus: Regulierung der Liberalisierung	16
2.3 Internationales Investitionsregime	18
2.3.1 Regulierungsbereiche	18
2.3.2 Investitionsregelungen auf multilateraler Ebene	19
2.3.3 Regionale Integrationsabkommen mit investitionsrelevanten Regelungen	21
2.3.4 BITs als Bestandteil des internationalen Investitionsregimes	22
2.4 Deutsche bilaterale Investitionsverträge	25
3 DIE BESTIMMUNGEN DER DEUTSCHEN BITS	27
3.1 Die Auslegung der deutschen BITS	27
3.2 Der Anwendungsbereich deutscher BITS	28
3.2.1 Was ist eine Kapitalanlage?	28
3.2.2 Zugangsverpflichtungen?	30
3.2.3 Investor eines Vertragsstaats	31
3.3 Die einzelnen Rechte für Investoren	31
3.3.1 Enteignungsschutz	31
3.3.2 Gerechte und billige Behandlung, voller Schutz und volle Sicherheit	33
3.3.3 Abschirmungsklausel („ <i>Umbrella Clause</i> “)	33
3.3.4 Freier Devisentransfer	33
3.3.5 Nichtdiskriminierung: Inländerbehandlung und Meistbegünstigung	34
3.4 Das Streitbeilegungsverfahren	34
3.4.1 Die Verfahren	35
3.4.2 Die Arbeit der Schiedsgerichte	35
3.4.3 Verbindliche Entscheidung der Streitigkeiten	36
3.4.4 Praktische Bedeutung	37
4 EINZELNE REGULIERUNGSBEREICHE	39
4.1 Umwelt	39
4.1.1 Umweltschutzmaßnahmen als entschädigungspflichtige Enteignungen?	40
4.1.2 Gerechte und billige Behandlung	44
4.1.3 Inländerbehandlung	47
4.1.4 Fazit	51
4.2 Entwicklungsökonomisch und -politisch relevante Aspekte	51
4.2.1 Wirkung von BITs auf das Investitionsvolumen	52
4.2.2 Privater Kapitalzufluss und Entwicklung: ein Automatismus?	53
4.2.3 Regulierungsmöglichkeiten von Kapitalströmen	59

4.2.4	Einschränkung entwicklungspolitischer Möglichkeiten durch das Prinzip der Nichtdiskriminierung	64
4.2.5	Fallen Portfolio-Investitionen in den Anwendungsbereich deutscher Investitionsschutzverträge?	69
4.2.6	Fazit: Wirtschaftliche Entwicklung hat eine soziale Dimension	73
4.3	Erweiterter Schutz von geistigem Eigentum durch bilaterale Abkommen?	74
4.4	Dienstleistungsregulierung	77
4.4.1	Genehmigungsentzug als Enteignung und Verletzung der Pflicht zur billigen und gerechten Behandlung?	78
4.4.2	Das Beispiel CME/Lauder/Tschechische Republik	78
4.4.3	Das Beispiel Genin/Estland	80
4.4.4	Fazit	80
4.5	Private Unternehmen in der Daseinsvorsorge	80
4.5.1	Daseinsvorsorge als Kapitalanlage?	81
4.5.2	Konflikte mit dem Enteignungsschutz und dem Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung	82
4.5.3	Konflikte mit Abschirmungsklauseln	83
4.5.4	Fazit	84
4.6	Arbeitsbeziehungen und Sozialpolitik	84
4.6.1	Schutz vor Arbeitskämpfen?	85
4.6.2	Arbeits- und Sozialrecht als Verletzung von BITs?	86
4.6.3	Umverteilung von Produktionsmitteln als Enteignung?	87
4.6.4	Fazit	88
4.7	Besteuerung ausländischer Unternehmen	88
4.7.1	Besteuerung als Enteignung?	88
4.7.2	Steuerliche Diskriminierung	89
4.7.3	Fazit	90
4.8	Staatliche Regulierung und das Investor-to-State Verfahren	90
4.8.1	Legitimation	91
4.8.2	Kohärenz	92
4.8.3	Angemessene Entscheidungsgrundlagen	92
4.8.4	Fazit	93
5	DIE DEUTSCHEN BITs IM VÖLKER- UND EUROPARECHTLICHEN ZUSAMMENHANG	94
5.1	Bilaterale Verträge, multinationale Unternehmen	94
5.1.1	Was ist ein deutsches Unternehmen?	94
5.1.2	Problem: BITs-Shopping	95
5.1.3	Fazit	96
5.2	Das Verhältnis zu anderen Investitionsschutzverträgen	97
5.2.1	BITs-Shopping über die Meistbegünstigungsklausel?	97
5.2.2	Ansätze zur Einschränkung der Meistbegünstigung	97
5.2.3	Fazit	99
5.3	Das Verhältnis zu anderen Rechtsquellen des Völkerrechts	99
5.4	Die deutschen BITs im europäischen Kontext	101
5.4.1	Europarechtliche Grenzen für BITs	101

5.4.2	Verhältnis zu bilateralen EU-Abkommen	102
5.4.3	Die EU-Verfassung – Anlass für eine Neuordnung	102
5.4.4	Fazit	103
6	DISKUSSION VON REFORMANSÄTZEN	104
6.1	Möglichkeiten und Grenzen der Reformierbarkeit	104
6.2	Ansätze zur Integration von Pflichten für Investoren: eine Lösung?	105
6.2.1	Übersicht: Bestrebungen in Richtung Verhaltenskodizes	106
6.2.2	Möglichkeiten der Verankerung von Unternehmensverantwortung in bilateralen Investitionsabkommen	107
6.2.3	Fazit	110
6.3	Forderungen: Handlungsspielräume durch mehr Flexibilität, Verantwortung und „Öffentlichkeit“ öffnen	111
	LITERATUR	115
	LISTE SCHIEDSGERICHTLICHER FÄLLE UND ENTSCHEIDUNGEN	124
	ANHANG 1	127
	ANHANG 2	132

Kurzfassung

Die vorliegende Studie beschäftigt sich mit den Auswirkungen der von Deutschland geschlossenen bilateralen Investitionsschutzverträge auf die wirtschaftliche, soziale und ökologische Regulierung von ausländischen Investitionen.

Bilaterale Investitionsabkommen (*Bilateral Investment Treaties*, BITs) sind Teil eines weltweit entstandenen Netzes von Regelungen zur rechtlichen Flankierung globaler Liberalisierungs- und Deregulierungsprozesse. Erklärtes Ziel ist die Liberalisierung und der Schutz von Investitionstätigkeiten zwischen Deutschland als kapitalexportierendem Land und kapitalimportierenden Entwicklungs-, Schwellen- und Transformationsländern. Grundlage sind allerdings erheblich unterschiedliche Interessen: Während Deutschland beabsichtigt, breite Investitionsmöglichkeiten für deutsche Investoren zu schaffen und ihr Investitionsrisiko zu minimieren, verbinden kapitalimportierende Länder mit einem Vertragsabschluss die Hoffnung auf eine Steigerung des Investitionsvolumens und eine damit in Verbindung gesetzte Entwicklungsdynamik. Ungleiche Machtressourcen der Verhandlungspartner und eine Dominanz der Interessen transnationaler Unternehmen führen dazu, dass bilaterale Investitionsabkommen die Interessen von Entwicklungs-, Schwellen- und Transformationsländern ungleich weniger widerspiegeln und dadurch ihre Handlungsspielräume stärker eingeschränkt werden.

Die wichtigsten, in den 137 deutschen bilateralen Investitionsabkommen enthaltenen Regelungen sind: die Verpflichtung zur Entschädigung bei Enteignung, zur billigen und gerechten Behandlung, zum freien Devisenverkehr, zur Inländerbehandlung und Meistbegünstigung sowie zur Einhaltung anderweitiger rechtlicher Verpflichtungen, insbesondere solcher, die der Staat gegenüber einem Investor übernommen hat (Abschirmungsklauseln). Verletzt der Gaststaat seine Verpflichtungen aus einem BIT, so können betroffene Investoren vor einem internationalen Schiedsgericht unmittelbar eine Entschädigung einklagen, wie beispielsweise derzeit die Siemens-AG gegen Argentinien aufgrund von staatlichen Maßnahmen im Zusammenhang mit der argentinischen Finanzkrise. Insgesamt hat die Anzahl der initiierten Verfahren in den letzten Jahren sprunghaft zugenommen.

Die Analyse der deutschen BITs sowie die Auswertung relevanter Schiedsgerichtsentscheidungen hat für die Bereiche Umweltschutz, wirtschaftliche Entwicklung, geistiges Eigentum, Dienstleistungen, Arbeit & Soziales und Besteuerung folgende zentrale Ergebnisse hinsichtlich der Einschränkung staatlicher Regulierungsmöglichkeiten ergeben:

Aufgrund eines breiten Enteignungsbegriffs kann eine **umweltpolitische Regulierung**, die wirtschaftliche Auswirkungen auf ausländische Investoren hat, eine Verpflichtung zur Entschädigung nach sich ziehen, denn den deutschen BITs ist nicht klar zu entnehmen, dass staatliche Regulierung im Regelfall nicht als Enteignung gelten sollte. Zudem verstößt eine Differenzierung zwischen ökologisch vorteilhaften und weniger vorteilhaften Kapitalanlagen als Teil einer gezielten Umweltpolitik in bestimmten Fällen gegen den Grundsatz der Inländerbehandlung, ohne dass eine Rechtfertigung seitens des Gastlandes vorgesehen und möglich ist.

Empirisch kann weder eine Verbindung zwischen dem Abschluss von BITs und einem Anstieg des Investitionsvolumens noch ein Automatismus zwischen dem Zufluss von privatem Kapital und **wirtschaftlicher Entwicklung** hergestellt werden. Im Gegenteil sind sogar staatliche Maßnahmen, die für kapitalimportierende Länder eine Möglichkeit wären, den wirtschaftlichen Nutzen von ausländischen Investitionen zu erhöhen, durch Regelungen in den BITs untersagt. Derartige Maßnahmen wären die Einschränkung des Kapitaltransfers, insbesondere im Krisenfall, oder Auflagen für ausländische Investoren zur Förderung der einheimischen Industrie, die gegen den Grundsatz der Nichtdiskriminierung verstoßen. Zusätzlich schützen die meisten Verträge nicht nur ausländische Direktinvestitionen, sondern auch kurzfristige Finanzanlagen (Portfolio-Investitionen), die kaum positive Wirkung auf die dauerhafte wirtschaftliche Entwicklung im Gaststaat haben.

Problematisch im Bereich **geistiges Eigentum** ist, dass Rechtsinhaber vor einem internationalen Schiedsgericht Entschädigung einklagen können, wenn staatliche Regulierung im öffentlichen Interesse zu einem enteignungsgleichen Eingriff führt. Dies geht über die üblichen Regeln zum Schutz geistigen Eigentums in multilateralen Konventionen hinaus.

Dienstleistungen unterliegen aufgrund ihrer Eigenschaften besonders stark der staatlichen Regulierung, so dass auch hier Konflikte bezüglich des Enteignungsschutzes und des Grundsatzes der gerechten und billigen Behandlung entstehen. Um dies festzustellen, müssen die berufenen internationalen Schiedsgerichte häufig die Vereinbarkeit von staatlicher Regulierung mit innerstaatlichem Recht überprüfen, ohne dass sich zuvor ein einheimisches Gericht damit befasst hätte.

Bei der Beteiligung privater Unternehmen in der **Daseinsvorsorge** ist problematisch, dass jede Verletzung vertraglicher Zusicherungen durch den Gaststaat aufgrund der Abschirmungsklausel als Verstoß gegen die deutschen BITs gilt. Damit erschweren die Verträge, die häufig über lange Zeiträume geschlossen sind, Reaktionen staatlicher Stellen auf neu auftretende Regulierungsbedürfnisse.

Im Bereich des **Arbeitnehmerschutzes und der Sozialpolitik** kann in bestimmten Konstellationen die Verschärfung von Arbeitsstandards gegen die Abschirmungsklausel verstoßen oder die Umverteilung von Land ohne volle Entschädigung mit dem Enteignungsschutz in Konflikt geraten.

Bei der **Besteuerung** ausländischer Investoren können insbesondere Widersprüchlichkeiten im Steuerrecht, die sich zuungunsten ausländischer Investoren auswirken, als Verstoß gegen den Grundsatz der Inländerbehandlung interpretiert werden, selbst wenn ihnen keine protektionistische Intention zugrunde liegt.

Neben den einzelnen Bestimmungen der BITs trägt auch das **Investor-to-State Verfahren** dazu bei, dass der Ausgleich zwischen Investitionsschutz und legitimen staatlichen Regulierungsinteressen teilweise nur unzureichend gelingt. Das liegt unter anderem an seiner Nichtöffentlichkeit, der fragmentarischen Natur der Entscheidungen und der fehlenden Nähe der Schiedsgerichte zu den tatsächlichen und rechtlichen Hintergründen der Streitigkeiten.

Neben den Auswirkungen deutscher BITs in den einzelnen Bereichen ist das Zusammenspiel von deutschen bilateralen Investitionsabkommen mit anderen bilateralen Investitionsabkommen

und investitionsrelevanten **Entwicklungen auf europäischer und internationaler Ebene** von zentraler Bedeutung. Als Teil eines Netzes von weltweit über 2000 bilateralen Investitionsschutzverträgen gelten deutsche BITs für deutsche Staatsangehörige und Unternehmen, die ihren Sitz in Deutschland haben. Durch geschickte gesellschaftsrechtliche Konstruktionen, wie Kapitalanlagen über Tochtergesellschaften in anderen Staaten zu halten, und durch den Grundsatz der **Meistbegünstigung** können Unternehmen allerdings eine Art ‚BITS-shopping‘ betreiben und sich unter den Schutz von für sie besonders günstigen BITs stellen. Solange das Meistbegünstigungsprinzip in bilateralen Abkommen nicht eingeschränkt wird, bedeutet dies eine erhebliche Einschränkung des politischen Handlungsspielraums von Regierungen.

Die deutschen Investitionsschutzverträge enthalten keine Regelung darüber, ob und wie ein Schiedsgericht bei der Auslegung der deutschen BITs einschlägige **andere völkerrechtliche Regeln** wie z.B. multilaterale Arbeits- oder Umweltschutzkonventionen berücksichtigen muss.

Das **EU-Recht** setzt den Mitgliedstaaten beim Abschluss von BITs deutliche Grenzen. Insbesondere eine übermäßige Einschränkung der EU bei der öffentlichen Regulierung von Investitionen ist danach unzulässig. Auch einige bilaterale EU-Assoziierungs- und Kooperationsabkommen enthalten Bestimmungen zu Investitionen. Dabei gibt es eine Art Arbeitsteilung, nach der die BITs der Mitgliedstaaten vornehmlich den Investitionsschutz, die EU-Abkommen dagegen den Marktzugang für Investoren regeln. Im Einzelfall ergeben sich aber Überschneidungen.

Als Konsequenz aus den genannten Problembereichen wurden folgende Reformvorschläge für deutsche bilaterale Investitionsabkommen als ein erster Schritt zur **Schaffung eines Gleichgewichts zwischen Investorenrechten und Investorenpflichten** entwickelt. Dabei darf allerdings nicht aus den Augen verloren werden, dass Investitionsschutzverträge mit der Absicht abgeschlossen werden, Investitionen zu liberalisieren und ausländischen Investoren einen größtmöglichen Bewegungsspielraum und Schutz zu garantieren. Durch eine Reform sollten den Gaststaaten größere **Handlungsspielräume eröffnet und ihre Flexibilität erhöht werden**, um den ökonomischen Nutzen ausländischer Investitionen für Entwicklungsländer zu steigern und allen Ländern eine Regulierung von Investitionen im öffentlichen Interesse zu ermöglichen. Als konkrete Ansatzpunkte für Veränderungen bieten sich an:

- Die Anerkennung der besonderen wirtschaftlichen Voraussetzungen in Entwicklungsländern durch Ausnahmen im Bereich des freien Kapitaltransfers und die Ermöglichung von Maßnahmen zum Zwecke der Förderung der einheimischen Wirtschaft und damit der einheimischen Investoren.
- Die Präzisierung des Anwendungsbereichs sowie einzelner Regelungen der BITs (Begriff der Kapitalanlage, Kreis der geschützten Investoren, Abschirmungsklausel, Prinzip der Meistbegünstigung) mit dem Ziel, die Auswirkungen völkerrechtlicher Verpflichtungen und deren Auslegung durch internationale Schiedsgerichte auf die Vertragsparteien berechenbarer und kohärenter zu machen.
- Die Ermöglichung einer Regulierung zugunsten von öffentlichen und sozialen Belangen, indem ausdrücklich festgehalten wird, dass die Durchsetzung allgemeiner, formal nicht

diskriminierender staatlicher Gesetze, die zur Verwirklichung legitimer staatlicher Zwecke erforderlich sind, keine Vertragsverletzung darstellt.

- Die Einführung von öffentlichen Streitschlichtungsverfahren und eine ausgewogenere Auswahl der Schiedsrichter sowie die Verpflichtung zur Anrufung innerstaatlicher Gerichte vor der Einleitung eines Schiedsgerichtsverfahrens.

Andererseits soll die Verankerung von **Investorenpflichten** und **Sanktionsmöglichkeiten gegenüber Investoren** für schwächere staatliche und nicht-staatliche Akteure die Einseitigkeit der Verträge reduzieren. Aus der Diskussion verschiedener Ansätze zur Integration von Unternehmensverantwortlichkeit ergeben sich folgende Ansatzpunkte für Reformen:

- Die Verträge sollten ausdrücklich festhalten, dass Investoren grundsätzlich den Rechtsvorschriften im Gaststaat unterliegen und ihrerseits gewisse Informationspflichten haben.
- Die Bezugnahme auf international anerkannte Standards zur Unternehmensverantwortlichkeit, deren Erfüllung Voraussetzung für die Inanspruchnahme der verankerten Investorenrechte ist.
- Die Einführung eines Beschwerdemechanismus, an den sich insbesondere auch zivilgesellschaftliche Gruppierungen wenden können.

1 Einleitung

Wesentliches Merkmal des so genannten ‚Globalisierungszeitalters‘ ist eine zunehmende Verdichtung wirtschaftlicher und politischer Verflechtungen weltweit, ausgelöst durch das Streben nach einer Liberalisierung und Deregulierung der Märkte. Ende der 70er Jahre wurde die Konzentration auf die nationale Wirtschaft, die im Boom der Nachkriegszeit vorherrschte, und das damit eng verknüpfte Modell des Wohlfahrtsstaates abgelöst von einer Orientierung auf die internationalen und seit dem Zusammenbruch der ehemaligen Sowjetunion globalen Märkte. Als Ausgangspunkt des neuen Modells dient die Überzeugung, dass durch die Liberalisierung, also durch die Schaffung freier Märkte, und das Zurückdrängen staatlicher Eingriffe in die Wirtschaft durch Deregulierung oder Privatisierung ein freier Wettbewerb geschaffen wird, in dem die Ressourcenallokation am effizientesten funktioniert. Eine wichtige Rolle nehmen in der ökonomischen Globalisierung ausländische Investitionen ein, deren Volumen in den vergangenen Jahren kontinuierlich zugenommen hat.

Unterschiedliche Foren, Organisationen und Institutionen gründeten und etablierten sich einerseits mit dem Ziel, diese internationalen Prozesse zu forcieren und vertraglich abzusichern. Andererseits verlangte die zunehmende Krisenhaftigkeit der globalen Wirtschaft auch nach einer „Internationalisierung der Politik“. Neben Diskussionsforen zwischen Vertretern aus Wirtschaft und Politik wie den G8-Treffen oder dem Weltwirtschaftsforum in Davos mit einer starken ideologischen und diskursiven Bedeutung hat eine Art rechtliche Flankierung dieser Liberalisierungs-, Deregulierungs- und Privatisierungsprozesse stattgefunden, bestehend aus einem mittlerweile breiten Netz an Verträgen und institutionellen Regelungen von unterschiedlicher Reichweite und Durchsetzungskraft. Die zunehmende Dichte an Regelungen außerhalb des nationalstaatlichen Rahmens trägt zu einer Veränderung von „Staatlichkeit“ und der Rolle von Staaten bei, die sich im Spannungsfeld zwischen Souveränitätsanspruch und Machtverlust bewegt und letztendlich zu einer Funktionsveränderung sowohl nach innen als auch nach außen beiträgt.

Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Studie sind bilaterale Investitionsschutzverträge als Teil des weltweiten Netzes investitionsrelevanter Verträge. Weltweit existieren mittlerweile mehr als 2000 bilaterale Investitionsabkommen. Deutschland hat mit mehr als 130 Zielländern deutscher Auslandsinvestitionen Verträge unterzeichnet und steht damit international an erster Stelle. Zahlreiche Studien zum Thema internationale Investitionsabkommen befassen sich mit dem Beitrag, den die Verträge zum Schutz ausländischer Direktinvestitionen und ausländischer Investoren leisten, oder, noch grundlegender, mit den positiven und negativen Auswirkungen ausländischer Investitionen in den Zielländern. Der Schwerpunkt dieser Studie liegt auf den Auswirkungen der von Deutschland geschlossenen bilateralen Investitionsschutzverträge auf die Regulierungsmöglichkeiten von Regierungen im wirtschaftlichen, sozialen und ökologischen Bereich. Die grundsätzliche Verantwortung von Gastländern gegenüber ausländischen Investitionen und Investoren sowie das legitime Interesse von Investoren an einer Absicherung gegen politische Risiken und den Schutz vor willkürlichen Eingriffen fließen dabei sowohl in die

juristische Auslegung und Interessensabwägung in den einzelnen Regelungsbereichen als auch in die zum Abschluss formulierten Reformansätze mit ein.

Im Folgenden werden zunächst aktuelle, wirtschaftliche und politischen Prozesse dargestellt, die die Rahmenbedingungen für die Institutionalisierung von Investitionsverträgen auf unterschiedlichen Ebenen bilden. In einem zweiten Schritt werden die wichtigsten Regelungen in deutschen BITs vorgestellt und Möglichkeiten der juristischen Auslegung erörtert. Im Hauptteil werden die potentiellen Auswirkungen dieser Regelungen auf verschiedene Kernbereiche staatlicher Regulierung (Umwelt, Entwicklung, geistiges Eigentum, Dienstleistungen, Daseinsvorsorge, Sozialpolitik und Steuerpolitik) aufgezeigt. Zusätzlich zur bilateralen Ebene werden auch die Wechselwirkungen mit gesetzlichen Regelungen auf europäischer und internationaler Ebene einbezogen. Wichtig für die anschließende Reformdebatte ist die Diskussion verschiedener Ansätze und Möglichkeiten zur Integration von Unternehmensverantwortung in internationale Investitionsverträge, insbesondere in bilaterale Abkommen.

Die vorliegende Studie ist Ergebnis eines von der Hans-Böckler-Stiftung geförderten Forschungsprojekts an der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam, das von Prof. Dr. Markus Krajewski geleitet wurde. Zur Anfertigung der Studie wurden Elemente einer politischen, ökonomischen und polit-ökonomischen Analyse der genannten Konfliktfelder mit einer rechtlichen Analyse der bestehenden deutschen Investitionsschutzverträge kombiniert. Die Kapitel 2, 4.2, 4.3, 6.1 und 6.2 wurden von Nicola Sekler, Kapitel 3, 4.1, 4.4 – 4.8 und 5 von Jan Ceysens verfasst. Besonderer Dank gilt Pia Eberhardt und Yvonne Wardin für zahlreiche Anregungen und kritische Kommentare sowie Maika Engelke für die sprachliche und redaktionelle Korrektur der Endfassung der Studie.

2 Bilaterale Investitionsabkommen im Rahmen der Globalen Politischen Ökonomie

Durch die Verlagerung der Kapitalakkumulation auf die Finanzmärkte und zunehmend ‚globalisierte‘ Produktionsketten setzte sich das Interesse an einer Öffnung der Märkte für Investitionen durch. Investitionen und insbesondere ausländische Direktinvestitionen bilden ein zentrales Moment der weltweiten Vernetzung und ein investitionsfreundliches Klima gilt als entscheidender "Erfolgsfaktor", um sich im globalen Wettbewerb zu behaupten. Der Abbau von Investitionsschranken und ein zusätzlicher Schutz von Investitionen und Investoren ist ein wichtiger Beitrag hierzu und liegt aus unterschiedlicher Motivation im Interesse verschiedener Akteure. Im Folgenden sollen diese divergierenden Interessen skizziert und ein Überblick zu Institutionalisierungsprozessen von Regulierungen im Bereich Investitionen gegeben werden.

2.1 Zwischen Liberalisierung und Regulierung: Interessen im Bereich Investitionen

Für transnational agierende Konzerne dienen ausländische Direktinvestitionen primär dazu, neue Märkte zu erschließen und durch eine Senkung der Produktionskosten ihre Wettbewerbsfähigkeit zu erhöhen. Unmittelbares Interesse auch deutscher Unternehmen sind demzufolge Marktzugangs- und Niederlassungsrechte in „Zukunftsmärkten“ zu verbessern. Ein wichtiger Aspekt für eine reibungslose wirtschaftliche Tätigkeit im Gastland ist der freie Transfer von mit der ausländischen Niederlassung in Verbindung stehendem Kapital, Waren und Personen. Um das Investitionsrisiko zu minimieren und damit breitere Investitionsmöglichkeiten zu schaffen, wird von Unternehmensseite neben einer Liberalisierung von Investitionsflüssen ein Investitionsschutz durch die öffentliche Seite angestrebt (Böhmer/Glania 2003: 19ff.). Der in Investitionsabkommen angestrebte Schutz soll politische Risiken verringern und staatliche Eingriffe wie Enteignungen oder Diskriminierungen, die ihren getätigten Investitionen die Grundlage entziehen, verhindern oder zu entsprechender Kompensation verpflichten. Dieses Schutzinteresse umfasst neben der ursprünglich gemeinten direkten Enteignung von Firmeneigentum etwa im Zusammenhang mit politischen Unruhen mittlerweile auch Formen indirekter Enteignung. Zur Risikominderung einer Investitionstätigkeit gehört zudem auch die Garantie, als ausländischer Investor nicht aufgrund der Nationalität schlechter behandelt zu werden, sondern im lokalen Umfeld eine Chancengleichheit zu genießen.

Aufgrund ihrer Größe, weltweiten Organisationsstruktur und wirtschaftlichen Macht haben transnationale Konzerne (TNK) einerseits direkten Einfluss auf Entscheidungen im Herkunftsland und Gastland. Andererseits kann zusätzlich ein hoher Organisationsgrad in Form von Interessensverbänden sowohl auf deutscher (z.B. Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI)) und europäischer (z.B. *European Services Forum*, *European Round Table of Industrialists*, *Union des industries de la Communauté européenne* (UNICE)) als auch auf internationaler Ebene (z.B. *International Chamber of Commerce* (ICC)) Ebene registriert

werden¹. Mit Hilfe eines gezielten Lobbyings in diversen formellen und informellen Foren von Wirtschaft und Politik werden Entscheidungsprozesse bezüglich Investitionsregelungen forciert und geprägt. Insbesondere ist dies im Kontext der Diskussionen um ein multilaterales Investitionsabkommen im Rahmen der WTO sichtbar geworden (Hoedemann 2002; Apeldoorn 2000). So schließt der Bundesverband der Deutschen Industrie in seinem Positionspapier „Die Doha Development Agenda zum Erfolg führen“ an die Feststellung, dass *„Fragen ausländischer Direktinvestitionen der Industrie von der WTO nur rudimentär geregelt“* werden, Forderungen nach international verbindlichen Grundregeln an, die eine weitreichende Liberalisierung und den Schutz von ausländischen Investitionen zum Ziel haben (BDI 2002).

Das vorherrschende Interesse von kapitalexportierenden Ländern, zu denen viele der Industrieländer und u.a. Deutschland zu zählen sind, ist im Moment annähernd deckungsgleich mit den Bestrebungen von transnational agierenden Unternehmen und spiegelt sich in einer Politik der Liberalisierung und des Schutzes von Investoren wider. Die deutsche Regierung setzt sich insbesondere auch für die Interessen von kleineren und mittleren Unternehmen ein, für die eine Minimierung von wirtschaftlichen und politischen Risiken aufgrund ihrer geringeren Flexibilität größere Bedeutung hat. „Die Verträge [= BITs, Anm. d. Autoren] gewährleisten den Investoren einen umfassenden, völkerrechtlich abgesicherten Rechtsschutz ihrer Investitionen und erleichtern es damit - insbesondere kleinen und mittleren Unternehmen - sich ausländische Märkte zu erschließen“². Dem Bestreben, deutsche Unternehmen in ihren Auslandsinvestitionstätigkeiten zu fördern, liegt die Annahme zugrunde, dass transnational agierende Unternehmen grundsätzlich das Potential haben, den ökonomischen Reichtum und damit den Wohlstand aller zu mehren (Sornarajah 2004: 68).

Aus deutscher Sicht bedeutet die Debatte um den "Standort Deutschland" und das Bestehen im globalen Wettbewerb demnach nicht nur, dass die Investitionsbedingungen für deutsche und ausländische Investoren in Deutschland etwa durch Senkung der Lohnnebenkosten optimiert werden müssen, sondern auch, dass eine entsprechende Außenwirtschaftsförderung für deutsche Unternehmen umgesetzt werden muss. Werden optimale Investitionsbedingungen für deutsche ausländische Direktinvestitionen geschaffen, indem möglichst große Bewegungsspielräume für deutsche Unternehmen garantiert werden, hat dies durch die Steigerung der Unternehmensprofite auch positive Rückkopplungseffekte auf die deutsche Wirtschaft.

„Die Bundesregierung unterstützt die Aktivitäten deutscher Unternehmen zur Erschließung und Sicherung ausländischer Märkte, indem sie die Rahmenbedingungen für deutsche Unternehmen verbessert und insbesondere auf die Beachtung multilateraler Regeln sowie den weiteren Abbau noch bestehender Marktzugangsschranken hinwirkt.“³

In diesem Sinne kann eine weitgehende Übereinstimmung der Interessen von TNK und den Regierungen kapitalexportierender Länder konstatiert werden, was sich u.a. im Engagement der

¹ Entsprechend existieren auch US-amerikanische Zusammenschlüsse wie *US Business Roundtable* oder *US Council for International Business' Committee on International Investment*.

² <http://www.bmwa.bund.de/Navigation/Aussenwirtschaft-und-Europa/aussenwirtschaftspolitik,did=10062.html>

³ <http://www.bmwa.bund.de/Navigation/Aussenwirtschaft-und-Europa/aussenwirtschaftsfoerderung.html>.

Bundesregierung für eine umfangreiche Risikoabsicherung deutscher Investoren niederschlägt. Neben dem Abschluss von bilateralen Investitionsförder- und -schutzverträgen und dem Einsatz für ein multilaterales Investitionsabkommen werden 10-20% der ausländischen Direktinvestitionen ferner mit staatlichen Garantien der Bundesregierung versehen (Investitionsgarantien⁴).

Zusätzlich zu einer direkten Beteiligung am Aufbau eines entsprechenden Regelwerks, das die Interessen kapitalexportierender Länder widerspiegelt, haben Staaten mit hoher Wirtschaftskraft wie Deutschland auch einen signifikanten Einfluss auf den internationalen wirtschafts- und entwicklungspolitischen Diskurs durch internationale Strukturen wie die Weltbank und den Internationalen Währungsfonds (IWF). Ein Abstimmungsverfahren, in dem die Stimmengewalt die wirtschaftliche Macht reflektiert, und die wichtige Stellung von Weltbank und IWF im Bereich der Liberalisierung von Investitionen in Entwicklungsländern ermöglicht es ihnen, ihre Interessen auch über diese Mechanismen und damit weltweit durchzusetzen. Innerhalb der Weltbank und des IWF manifestierte sich als herrschender entwicklungsökonomischer und entwicklungspolitischer Diskurs bezüglich Investitionen die mit den Interessen der transnationalen Konzerne und kapitalexportierenden Länder in Einklang stehende Einschätzung, dass der Zufluss von Investitionen grundsätzlich zu befürworten ist. Nach der Schuldenkrise in den 80er Jahren und dem drastischen Rückgang der öffentlichen/staatlichen Entwicklungshilfe setzte sich die Überzeugung durch, dass Marktkräfte und eine möglichst erfolgreiche Integration in den Weltmarkt durch ausländische Direktinvestitionen der Schlüssel zur Entwicklung sind. Dies geschah interessanterweise, obwohl gerade der Erfolg der *New Industrialised Countries* (NIC), die asiatischen Tigerstaaten Singapur, Taiwan, Südkorea und Hongkong, sehr unterschiedlich hinsichtlich der Bedingungen, unter denen eine wirtschaftliche Entwicklung erfolgt und welche Akteure einen wichtigen Beitrag dazu leisten können, interpretiert wurde. Kritiker einer bedingungslosen Liberalisierungsstrategie sehen den Erfolg der asiatischen Tigerstaaten nämlich gerade darin begründet, dass der Staat nach einer anfänglichen Importsubstitutionspolitik die nationale Wirtschaft zum richtigen Zeitpunkt in eine exportorientierte Industriepolitik überführte, allerdings weiterhin interventionistische Maßnahmen traf. Die zugrundeliegende Annahme ist, dass offene Märkte durch die vorherrschende asymmetrische Einbindung von vielen Entwicklungsländern in die Weltwirtschaft nicht zu deren wirtschaftlichen Erfolg führen können. Aus der Perspektive des im Moment sowohl in Unternehmenskreisen als auch in internationalen Organisationen wie der Weltbank und des IWF vorherrschenden Verständnisses wird der Erfolg damit begründet, dass die ostasiatischen Tigerstaaten eben gerade keinen teuren Protektionismus betrieben, sondern auf ein exportorientiertes Wachstum gesetzt haben. Als entscheidend gilt, dass sie sich der Marktdisziplin unterworfen, ihre Volkswirtschaften dereguliert und den Einfluss des Staates zurückgefahren haben. So gelang es ihnen, ein investitionsfreundliches Klima zu schaffen und mit Hilfe ausländischer Investitionen den technologischen Fortschritt und ihre Wettbewerbsfähigkeit im Weltmarkt auszubauen (O'Brien & Williams 2004: 262ff.). Sowohl in Entwicklungs- und Schwellenländern als auch – seit dem Zusammenbruch des ehemaligen Ostblocks – in den Transformationsländern wird mittels Strukturanpassungsprogrammen dieses

⁴ Weitere Informationen zu Investitionsgarantien in Drillisch/Sekler 2004, PwC 2001, 2002.

Entwicklungsmodell propagiert und implementiert. Wichtiges Element im Rahmen des *Washington Consensus*, der für viele ein Synonym für Neoliberalismus oder Marktfundamentalismus geworden ist, ist die Schaffung eines investitionsfreundlichen Klimas durch den Abbau von investitionshemmenden Maßnahmen (Makinson 2000: 439; Ricupero 2000: 441f.). Zusätzlich wurden von der Weltbank Institutionen wie die *Multilateral Investment Guarantee Agency* (MIGA) zur Absicherung politischer Risiken für Investitionen in Risikoländer oder das *International Centre for the Settlement of Investment Disputes* (ICSID) als eine vom Gastland unabhängige Institution zur Schlichtung von Investitionsdisputen geschaffen, um potentiellen Investoren die Investitionsentscheidung in Risikomärkte zu erleichtern (siehe dazu Kapitel 3.4).

Die Interessen vorwiegend kapitalimportierender Länder, zu denen im Wesentlichen Entwicklungs-, Transformations- und Schwellenländer zu zählen sind, variieren. Bezogen auf die oben genannten Argumente sollten sie bestrebt sein, ihr Entwicklungspotential auszubauen bzw. auszuschöpfen, indem sie ihre Attraktivität für ausländische Investoren steigern. So erklärt die UNCTAD (*United Nations Conference on Trade and Development*), dass Entwicklungsländer zunehmend von BITs Gebrauch machen, „*in order to promote and protect foreign direct investments and to foster international economic cooperation. By signing such treaties, developing countries in particular are sending a strong signal to the business community worldwide, as well as to their own investors, of their commitment to providing a predictable and stable legal investment framework*“ (UNCTAD 2001c). Zwar in unterschiedlicher Ausprägung, aber grundsätzlich auch im Interesse dieser Länder liegt es allerdings, den Zufluss an ausländischen Direktinvestitionen und die damit in Verbindung stehenden wirtschaftlichen Aktivitäten der Investoren zu kontrollieren. Prägend waren hier die Diskussionen um eine neue Weltwirtschaftsordnung im Rahmen der Vereinten Nationen Anfang der 70er Jahre, in denen die Berufung auf nationale Souveränität und eine Rechtfertigung von Eingriffen zum Wohle der eigenen Wirtschaft zentral waren. Im Sinne einer positiven⁵ Regulierung und unter dem Primat der wirtschaftlichen Entwicklung, die neben einem wirtschaftlichen Wachstum auch Fortschritte im Bereich Gesundheit oder Bildung impliziert sowie eine soziale Fragmentierung vermeidet, wird auch heute noch in Richtung der Erhaltung eines gewissen Handlungsspielraums argumentiert. Entwicklungs-, Schwellen- und Transformationsländer positionieren sich unterschiedlich im Spannungsfeld und in der Widersprüchlichkeit zwischen einem Souveränitätsanspruch und befürchteten Kontrollverlust einerseits und dem Druck, Investitionsschutzverträge zur Erhöhung der Attraktivität abzuschließen, andererseits. Dies zeigt sich in den Diskussionen um ein Investitionsabkommen auf internationaler Ebene. Während sich Costa Rica und Mexiko beispielsweise für ein Investitionsabkommen im Rahmen der WTO im Vorfeld der WTO-Ministerkonferenz in Cancún aussprachen, das allerdings so flexibel sein sollte, dass angesprochene Regulierungsmöglichkeiten erhalten bleiben oder zumindest als Ausnahmen in das Vertragswerk einfließen können, so sprachen sich die meisten

⁵ Positiv ist in diesem Zusammenhang nicht wertend zu verstehen, sondern soll, im Unterschied zu einer einschränkenden Regulierung, die Betonung auf die sich eröffnenden Möglichkeiten legen.

afrikanischen Länder oder auch Indien grundsätzlich gegen ein solches Abkommen aus⁶. Aus der Überzeugung heraus, dass eine multilaterale Lösung aufgrund bestehender Machtungleichgewichte zu stark die Interessen kapitalexportierender Länder widerspiegeln und infolgedessen ihre Entwicklungsmöglichkeiten beschränken würde, wurden von diesen Ländern Regelungen nicht akzeptiert, die in bilateralen Verträgen seit Jahren zum Standard gehören (Sornarajah 2004: 244). Letztendlich scheint im Moment die bilaterale Ebene als „Kompromissterrain“ zu dienen, auf das sich kapitalimportierende Länder einlassen, solange es auf internationalem Terrain nicht zu Machtverschiebungen und damit zu einem Konsens kommt, dennoch aber die in Aussicht gestellten Chancen im Wettbewerb um ausländische Investitionen gewahrt werden wollen.

Schließlich kristallisieren sich in der heterogenen Gruppe der bisher vorwiegend kapitalimportierenden Länder Akteure wie Singapur, Südkorea, Malaysia, Thailand oder Südafrika heraus, die selbst zunehmend Kapital exportieren und sich folglich in ihren Interessen in Richtung der Interessen kapitalexportierender Länder bewegen (UNCTAD 2004b). Dies führt u.a. umgekehrt dazu, dass traditionell kapitalexportierende Länder in jüngster Zeit vermehrt Ziel von ausländischen Investitionen aus Schwellenländern sind.

Weitere Akteure und Interessen bezüglich Investitionen und der Investitionstätigkeit von transnationalen Unternehmen haben ihren Ursprung in der so genannten Zivilgesellschaft, wie in sozialen Bewegungen, Nichtregierungsorganisationen, Lobbygruppen, Gewerkschaften und Basisorganisationen in Herkunfts- und Zielländern⁷. Während die meisten zivilgesellschaftlichen Gruppierungen grundsätzlich eine zunehmende Machtkonzentration in Form von transnationalen Konzernen kritisieren und zu bekämpfen versuchen (siehe dazu etwa WDM 1999; Seattle to Brussels 2004), variieren die spezifischen Argumente bezüglich der Regulierung von Investitionen je nach thematischem Schwerpunkt⁸. Organisationen aus dem Bereich Umwelt (*Greenpeace*, *Friends of the Earth*, BUND etc.) konzentrieren ihre Forderungen darauf, dass ausländische Investoren in ihrem weltweiten Agieren bestimmte Umweltstandards auferlegt werden sollen, um zu verhindern, dass niedrige Umweltstandards als Attraktivitätsfaktor fungieren (Pfahl 2003; Wandel 2002; Zarsky 1999). Entwicklungspolitisch arbeitende Organisationen beharren auf einer Ausgeglichenheit internationaler Verträge und internationalen Rechts, das neben der Liberalisierung und dem Schutz von Investitionen, also von Investorenrechten, auch Verpflichtungen für Investoren und flexiblere Instrumente für Entwicklungsländer enthalten sollte, anstatt Machtungleichgewichte zwischen Nord und Süd durch einseitige Verträge zu zementieren (WEED, *Third World Network*, *Focus on the Global South*). Neben Anliegen wie die Wahrung von Menschenrechten, dem Umweltschutz und einer stärkeren Transparenz bei Schiedsverfahren mahnen sie die Berücksichtigung von sozialen

⁶ Siehe Eingaben der entsprechenden Länder und Ländergruppen bei der *Working group on the Relationship between Trade and Investment* unter www.wto.org.

⁷ Eine Zusammenfassung unterschiedlicher Positionen, vorgetragen bei der internationalen Konferenz *The Controversy about a New Investment Agreement in the WTO – Social and Ecological Implications and Alternatives*, enthält Sekler 2003b.

⁸ Dabei sollte allerdings nicht der Eindruck entstehen, dass sich keine Überschneidungen institutioneller Art ergeben können. Die Herangehensweise aus thematischer Perspektive wird hier deshalb gewählt, weil sie auch in Kapitel 3 bei den Auswirkungsbereichen so wiederzufinden ist.

Aspekten bei der Diskussion um die Auswirkungen von ausländischen Direktinvestitionen an und setzen sich für ein Recht auf Regulierung ein (siehe dazu Tandon 2003; Khor 2002; Fuchs 2002; Sekler 2003a; Joy 2003). Der zentrale Punkt für nationale und internationale gewerkschaftliche Zusammenschlüsse ist im Bereich Investitionen die Verpflichtung von transnational agierenden Unternehmen zur Einhaltung von Arbeits- und Sozialstandards. In einer Erklärung unterschiedlicher internationaler gewerkschaftlicher Zusammenschlüsse vor Cancún heisst es: *„Derartige Investitionsregeln müssen auf der Förderung und dem Schutz sozialpolitischer Maßnahmen beruhen und verbindliche und durchsetzbare Verpflichtungen für Investoren vorsehen, die Kernarbeitsnormen und die Einhaltung der Bestimmungen der Drei-Parteien-Erklärung der IAO zu multinationalen Unternehmen und Sozialpolitik, der OECD-Leitlinien für multinationale Unternehmen und einschlägiger Umweltnormen sowie Zusagen umfassen, die innerstaatlichen Arbeitsnormen nicht zu senken und nicht gegen Kernarbeitsnormen zu verstoßen, um Investitionen anzulocken.“*⁹ (siehe dazu auch Köppen 2003).

Abschließend kann also festgehalten werden, dass unterschiedliche Interessen, aber insbesondere auch asymmetrische Machtverhältnisse die Regelung von Investitionen beherrschen. Eng verbunden mit der fortschreitenden Liberalisierung von Investitionen ist die Diskussion um einen Verlust von nationaler Souveränität und des Rechts zur (teilweisen) Kontrolle der einheimischen Wirtschaft. Dies trifft in diesem Fall zwar unverhältnismäßig stärker auf Entwicklungs-, Schwellen und Transformationsländer zu, spielt aber in bestimmten sensiblen Bereichen auch für die klassischen Industrieländer eine Rolle.

2.2 Neuer Konstitutionalismus: Regulierung der Liberalisierung

Die Bemühungen Deutschlands, mit Hilfe von bilateralen Investitionsabkommen ausländische Investitionen deutscher Unternehmen unter Schutz zu stellen und eine Investitionsliberalisierung zu forcieren, kennzeichnen zwei Widersprüche, die sich immer wieder bei der Betrachtung der momentanen wirtschaftlichen und politischen Prozesse herauskristallisieren: Erstens ist eine Grundannahme liberaler Ansätze, dass der Staat möglichst wenig in den Markt eingreifen sollte und der Markt die Disziplinierung wirtschaftlicher Akteure übernimmt. Dagegen kann aber gerade beobachtet werden, dass dem Staat als politischem Akteur die Aufgabe zugeteilt wird, die Rahmenbedingungen für einen freien Wettbewerb zu schaffen und ein reibungsloses Funktionieren des Marktes zu garantieren. Für den Bereich Investitionen bedeutet dies, dass Deutschland bestmögliche Rahmenbedingungen für deutsche Unternehmen zu erwirken versucht. Zweitens bilden einerseits Liberalisierung, Deregulierung und Privatisierung die Grundlage von neoliberalen Restrukturierungsmaßnahmen, andererseits aber nimmt der Umfang von regulierenden Maßnahmen wie internationalen Investitionsverträgen und sonstigen Regelwerken zu.

⁹ „Gewerkschaftserklärung zur Agenda für die 5. Ministerkonferenz der Welthandelsorganisation (WTO)“, unterzeichnet u.a. von der GLOBAL UNIONS GROUP, einschließlich des Internationalen Bunds Freier Gewerkschaften (IBFG), der Globalen Gewerkschaftsföderationen (GGF) und des Gewerkschaftlichen Beratungsausschusses bei der OECD (TUAC).

Das Konzept des ‚neuen Konstitutionalismus‘ von Stephen Gill¹⁰ versucht, diese Widersprüche zu fassen. Aus historisch-materialistischer Perspektive geht Gill davon aus, dass das transnationale Kapital und die damit verbundene Kapitalklasse bzw. -fraktion eine Schlüsselrolle bei der Restrukturierung der globalen Wirtschaftsordnung spielen. Da das primäre Ziel des wirtschaftlichen Wachstums vermeintlich stark mit dem Kapitalfluss zusammenhängt - ob für kapitalimportierende oder -exportierende Länder -, unternehmen Regierungen alles, um ihre Glaubwürdigkeit gegenüber potentiellen Investoren unter Beweis zu stellen. Diese strukturelle Macht führt nach Gill zu einer Neudefinition öffentlicher Politik, ausgerichtet an den Bedürfnissen von Investoren und mit dem Ziel, ein gutes Investitionsklima zu schaffen (Gill 2000: 4f.; Gill 2002). Entsprechend eng sieht Gill auch den Zusammenhang zwischen der strukturellen Macht des transnationalen Kapitals und neoliberalen Reformen, die auf unterschiedlichen politischen Ebenen stattfinden und die Macht des Kapitals rechtlich absichern. Darunter fallen Investitionsschutzbestimmungen ebenso wie die Aufhebung der Kopplung von Produktivitätszuwächsen und Löhnen durch deregulative Eingriffe in die Arbeitsmarktpolitik. Problematisch im Allgemeinen ist dabei eine zunehmende Polarisierung durch das Etablieren von Regelwerken, die Reichtumsverhältnisse zementieren und Besitzenden Sicherheit und Schutz vor unvorhersehbaren Eingriffen des Staates gewähren, während die Unsicherheiten von schwächeren Marktteilnehmern (‚schwächere Staaten‘, Arbeitnehmern, usw.) erhöht werden (Schneidermann 2001: 521). Diese strukturelle, multiskalare Macht des transnationalen Kapitals bezeichnet Gill als "disziplinierenden Neoliberalismus", seine rechtlich-institutionelle Absicherung als "neuen Konstitutionalismus". Die institutionelle Absicherung impliziert, dass Finanz-, Handels- und Investitionspolitik und damit Schlüsselaspekte der Wirtschaft aus dem politischen Einflussbereich und von demokratischen Entscheidungsprozessen "weggeschlossen" werden. Ein gutes Beispiel dafür ist die WTO, die trotz immer wieder formulierter Demokratiedefizite Schritt für Schritt neue "Arbeitsfelder" integriert.

Festzuhalten bleibt also, „*Ideologie und die Macht des Marktes reichen nicht aus, um eine angemessene neoliberale Restrukturierung zu gewährleisten*“¹¹, sondern Staaten müssen mit Hilfe der „*rule of law*“ auf einen ökonomischen Liberalismus verpflichtet werden (Gill 2003: 132; Schneidermann 2001: 522). Die durch den neuen Konstitutionalismus entstandene rechtliche Ordnung ist in zweierlei Hinsicht einseitig und unausgewogen: Einerseits ist sie geprägt durch Machtasymmetrien im Staatensystem und der unterschiedlichen Fähigkeit von Staaten, diese Institutionalisierungsprozesse zu initiieren und durchzusetzen (Jessop 2001: 155). Andererseits bedeutet "Neuer Konstitutionalismus" nicht, wie man etwa durch den Begriff des Konstitutionalismus assoziieren könnte, dass politische Rechte oder Verpflichtungen des transnationalen Kapitals gegenüber der Gesellschaft global verankert würden. Im Gegenteil werden privatem Kapital privilegierte Rechte eingeräumt mit dem Resultat, dass öffentliche Institutionen "diszipliniert" und in ihrem Handlungsspielraum eingeschränkt werden, um eine

¹⁰ Stephen Gill ist Professor für Politik an der York University in Toronto und ist neben Robert W. Cox einer der bekannten Vertreter der in Deutschland als Neo-Gramscianische Ansätze bekannt gewordenen Theorierichtung (für eine Einführung in die Grundlagen Neo-Gramscianischer Ansätze siehe Bieler/Morton 2003 oder Gill 1993).

¹¹ Übersetzung aus dem Englischen (NS): „*Ideology and market power is not enough to ensure the adequacy of neo-liberal restructuring*“ (Gill 2003: 132).

Beeinträchtigung von Eigentumsrechten zu vermeiden (Gill 2003: 132). Diese Einseitigkeit manifestiert sich auch im internationalen Investitionsregime, das eine Liberalisierung und den Schutz von Investitionen absichert, im Gegenzug aber den Schutz nicht an Bedingungen knüpft.

2.3 Internationales Investitionsregime

Deutsche bilaterale Investitionsabkommen sind Teil eines weltweiten Netzes von Investitionsregelungen auf unterschiedlichen Ebenen und mit unterschiedlicher Reichweite und Durchsetzungskraft. Im Folgenden soll zunächst ein Überblick über die relevanten Prinzipien gegeben werden, die international, regional und bilateral zur Liberalisierung und zum Schutz von Investitionen angewendet werden. Anschließend werden die wichtigsten Abkommen mit investitionsrelevanten Regelungen dargestellt.

2.3.1 REGULIERUNGSBEREICHE

Wesentliche Vorkehrungen zur Liberalisierung von Investitionen sind die Nichtdiskriminierung, der Abbau von Investitionsbeschränkungen und so genannte absolute Standards für den Umgang mit Investitionen und Investoren. Unter dem Prinzip der Nichtdiskriminierung (siehe dazu Kapitel 3.3.5) ist sowohl die nicht weniger günstige Behandlung von ausländischen Investoren gegenüber inländischen Investoren (Inländerbehandlung) als auch gegenüber ausländischen Investoren aus Drittstaaten (Meistbegünstigung) erfasst. Durch das der Nichtdiskriminierung inhärente relative, vergleichende Moment entscheidet über den Grad der Liberalisierung einerseits das Verhalten des Gastlandes gegenüber seinen einheimischen Investoren sowie solchen aus Drittstaaten. Investoren des jeweiligen Vertragspartners dürfen demnach nicht schlechter behandelt werden als einheimische Investoren und andere ausländische Investoren. Andererseits ist für die Reichweite der Liberalisierung auch der Zeitpunkt entscheidend, zu dem das Prinzip der Nichtdiskriminierung im Investitionsprozess Anwendung findet. Bezieht sich die nicht weniger günstige Behandlung nur auf die Phase nach der Etablierung im Gastland (*post-establishment* Phase) oder gilt sie auch schon für den Zeitpunkt unmittelbar vor dem Markteintritt (*pre-establishment* Phase)? Mit einer Nichtdiskriminierung in der *pre-establishment* Phase wird faktisch ein Zugang zum Markt eingeräumt. Eng verknüpft mit der nichtdiskriminierenden Behandlung ist der Abbau von restriktiven Maßnahmen, die Investoren einen Marktzugang erschweren können oder nur unter bestimmten Bedingungen (*performance requirements*) ermöglichen. Ein weiteres Liberalisierungselement sind so genannte *Rollback*-Verpflichtungen, in denen sich die Vertragspartner verpflichten, noch bestehende Restriktionen in zukünftigen Verhandlungsrunden zu beseitigen, was v.a. auf multilateraler Ebene eine Rolle spielt (Panetta 2003: 89ff.; Schneidermann 2001: 523f.; Cosbey et al. 2004: 9ff.).

Regelungen in Investitionsabkommen, die den Schutz von Investitionen und Investoren zum Ziel haben, umfassen die Garantie auf freien Transfer von mit der getätigten Investition in Verbindung stehendem Kapital, den Schutz vor unterschiedlichen Arten der Enteignung und entsprechend zu erfolgender Kompensation im Enteignungsfall. Zusätzlich zu den Prinzipien relativer Natur als liberalisierende Maßnahmen schließen Investitionsabkommen auch Prinzipien absoluter Natur ein. Ein Beispiel ist die "gerechte und billige Behandlung" ("*fair and equitable*

treatment"), die unabhängig von der Behandlung anderer Investitionen und Investoren steht. Sie zielt darauf ab, "einen Mindeststandard im Gastgeberland zu etablieren, den der Investor (bzw. dessen politischer Vertreter) einfordern oder gar einklagen kann" (Panetta 2003: 95). Die fortlaufende Konkretisierung dieser vagen Grundlage obliegt dem Urteil der Schiedsgerichte, also einer unabhängigen Instanz.

Schließlich sind in internationalen Investitionsabkommen grundsätzlich zwei Arten von Streitschlichtungsmechanismen zu unterscheiden: das *State-to-State* Verfahren sieht als Kläger gegen das Gastland einen Staat vor, während das *Investor-to-State* Verfahren auch Investoren die Möglichkeit gibt, bei Vertragsverletzung gegen das Gastland Klage zu erheben. Die Instanzen der Streitschlichtung und die Zuständigkeit der Schiedsgerichte werden unterschiedlich geregelt (siehe dazu Kapitel 3.4).

Die Reichweite der international bestehenden Investitionsabkommen variiert nicht nur von bilateral über regional zu multilateral, sondern auch bezüglich der Maßnahmen und Prinzipien zur Liberalisierung und zum Schutz von ausländischen Investitionen, die tatsächlich umgesetzt sind. Außer den oben genannten möglichen Regelungen stellt sich z.B. die Frage, auf welche Art von Investition sich die Verträge beziehen, wie stark die rechtliche Bindung oder die zeitliche Erstreckung des jeweiligen Abkommens ist, oder die Frage nach Ausnahmeregelungen oder Übergangsfristen. Grundsätzlich sind Handelsabkommen mit investitionsrelevanten Regelungen, die lediglich festlegen, wie das Endprodukt des Wertschöpfungsprozesses zu behandeln ist, von genuinen Investitionsabkommen zu unterscheiden, die Importeuren und Exporteuren sowie Investoren eigenständige Rechte einräumen (Panetta 2003: 146). Im Folgenden werden die existierenden internationalen Verträge mit investitionsrelevanten Regelungen vorgestellt.

2.3.2 INVESTITIONSREGELUNGEN AUF MULTILATERALER EBENE

Bislang existierende multilaterale Verträge im Rahmen der WTO enthalten nur Teile der Instrumente zur Liberalisierung von Investitionen und keine Schutzvorkehrungen, da sie ursprünglich den Handelsabkommen zuzuordnen sind. Auch im GATS (*General Agreement on Trade in Services*), das weitreichende Regelungen bezüglich der Liberalisierung ausländischer Direktinvestitionen im Dienstleistungsbereich enthält, sind bislang ebenfalls noch keine umfassenden Schutzelemente enthalten. Streitfälle über die Auslegung dieser multilateralen Abkommen werden im Rahmen des Streitschlichtungsmechanismus der WTO (*Dispute Settlement Body*) verhandelt, dessen Handhabung nur eine Klage von Staaten gegen Staaten erlaubt.

TRIMS (*Trade Related Investment Measures*)

Ursprünglich während der Uruguay-Verhandlungsrunde als eigenständiges Investitionsabkommen geplant, bezieht sich das TRIMS-Abkommen bislang nur auf die Behandlung von Investitionen, die im Zusammenhang mit dem Warenhandel stehen. Es steht in enger Verbindung zum GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*), des allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens. Verboten sind nach dem GATT Maßnahmen von Seiten des Gastlandes, die gegen das Inländerprinzip (Gleichbehandlung von inländischen und ausländischen Waren, Artikel III GATT) verstoßen oder quantitative Restriktionen (Artikel XI

GATT) für Im- oder Export auferlegen. Das TRIMS konkretisiert die Maßnahmen, die mit Artikel III und XI des GATT inkonsistent sind. Es liefert dabei aber keine genaue Definition, was Investitionen oder handelsbezogene Investitionsmaßnahmen sind¹², sondern listet statt dessen im Anhang die verbotenen *performance requirements* (Leistungsanforderungen) auf (Cosbey et al. 2004: 23). Hier handelt es sich z.B. um Auflagen für Im- und Exporte, die dergestalt sein können, dass die Menge oder der Wert der erlaubten Importe an eine bestimmte zu exportierende Menge gebunden ist. In diese Kategorie der durch das TRIMS verbotenen Maßnahmen fallen auch die so genannten *local content* Auflagen, die Investoren verpflichten, einen bestimmten Anteil der Vorprodukte - wert- oder mengenmässig - aus lokaler Produktion zu beziehen (UNCTAD 2003b: 118ff.; UNCTAD 2001b).

GATS (General Agreement on Trade in Services)

Das WTO-Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen unterscheidet insgesamt vier Arten der Erbringung dieser Dienstleistungen. Die dritte Erbringungsart, *Mode 3*, regelt ausländische Direktinvestitionen im Dienstleistungsbereich über die 'kommerzielle Präsenz' eines Dienstleistungsunternehmens im Ausland. Das Prinzip der Meistbegünstigung gilt im Rahmen des GATS für alle Dienstleistungssektoren, die von den jeweiligen WTO Mitgliedern nicht explizit bei Vertragsabschluss davon ausgeschlossen wurden ('Negativlistenansatz'). Für Ausnahmeregelungen gilt, dass sie in der Regel maximal 10 Jahre Bestand haben dürfen. Das Prinzip der Inländerbehandlung und des Marktzugangs (Inländerbehandlung in der *pre-establishment* Phase) wird über einen so genannten 'Positivlistenansatz' geregelt. WTO-Mitglieder führen hier an, welche Sektoren sie grundsätzlich für ausländische Investoren öffnen und verpflichten sich damit, bestimmte Maßnahmen, wie die Beschränkung der Anzahl von Niederlassungen ausländischer Firmen im Gastland, den Anteil ausländischen Kapitals an Unternehmen (*joint ventures*) oder Beschränkungen des Kapitalimports, zu unterlassen. Das bedeutet, das Verbot von *performance requirements* gilt innerhalb des GATS nicht ohne Weiteres, sondern nur nach Maßgabe von Verhandlungen. Allerdings wird durch die im Vertrag festgelegten, wiederkehrenden Verhandlungsrunden das Ziel verfolgt, eine fortschreitende Liberalisierung des Handels mit Dienstleistungen und damit von Investitionen im Dienstleistungssektor zu erreichen (UNCTAD 2003b: 94ff.; Fritz 2003).

Versuche, ein eigenständiges Investitionsabkommen auf multilateraler Ebene zu etablieren

Der Versuch, im Rahmen der OECD ein *Multilateral Agreement on Investment* (MAI) zu verankern und anschließend schrittweise für andere Unterzeichner zu öffnen, ist 1998 an dem Rückzug Frankreichs und Protesten der Zivilgesellschaft gescheitert. Gleiches gilt für ein Investitionsabkommen in der WTO. Dort liegen die Verhandlungen nach dem erfolglosen Ausgang der WTO-Ministerkonferenz in Cancún vorerst auf Eis. Auch eine plurilaterale Lösung,

¹² Wichtig zu erwähnen bleibt, dass, auch wenn sich das TRIMS-Abkommens primär auf handelsbezogene Investitionen bezieht, dies stets Interpretationssache ist und bis hin zu, dass "alle Maßnahmen, die sich auf Direktinvestitionen auswirken, stets auch handelsbezogen sind" reichen kann (zitiert nach Panetta 2003: 150).

die von den Befürwortern eines solchen Abkommens zunächst im post-Cancún Prozess angedacht wurde, scheint sich bislang nicht durchgesetzt zu haben. Der Grund für die zähen und erfolglosen Verhandlungen auf multilateraler Ebene liegt in den sehr unterschiedlichen Interessen der Akteure hinsichtlich Liberalisierung, Schutz und Regulierung von Investitionen und der Tatsache, dass viele der wirklich strittigen Punkte in der Diskussion um ein multilaterales Abkommen im Rahmen der WTO wie die unterschiedlichen Arten von Enteignung oder die Einräumung von Marktzugangsrechten von den bestehenden multilateralen Regelungen noch nicht erfasst sind (Cosbey et al. 2004: 24; Seattle-to-Brussels 2002).

Institutionalisierungen im Rahmen der Weltbank

Weitere investitionsrelevante Regelungen sind im Rahmen der Weltbankgruppe etabliert. Hier ist zum einen das bekannteste institutionalisierte Schiedsgericht für Streitigkeiten im Investitionsbereich, das *International Centre for the Settlement of Investment Disputes* (ICSID), zu nennen. 1965 gegründet, soll es durch die eröffnete Klagemöglichkeit potentiellen Investoren die Investitionsentscheidung in Risikomärkte erleichtern. Nur Investoren aus den 142 Unterzeichnerländern¹³ können Streitbeilegungsverfahren im Rahmen der ICSID-Konvention veranlassen, allerdings nur unter der Voraussetzung, dass sowohl Herkunftsland des Investors als auch Gastland Unterzeichner sind (Art. 1 Abs. 2). Ist nur einer der Vertragsstaaten ICSID Mitglied so kann die ICSID *Additional Facility* als Institution zur Streitschlichtung herangezogen werden. In insgesamt 900 bilateralen Investitionsverträgen, standardmäßig auch in den BITs der Bundesrepublik Deutschland, für die das ICSID-Übereinkommen 1969 in Kraft trat, ist die ICSID als Ort der Streitschlichtung festgelegt. Ziel der 1985 gegründeten *Multilateral Investment Guarantee Agency* (MIGA) ist es, „den Zufluss von Investitionen für produktive Zwecke zwischen den Mitgliedsstaaten, insbesondere in Entwicklungsländer, zu fördern“ und „Entwicklungsländer zu beraten, wie sie ihre Fähigkeit, Investitionen anzuziehen, verbessern können“¹⁴. Sie vergibt Investitionsgarantien an Unternehmen aus den Mitgliedsstaaten sowie Rückversicherungen für nationale Versicherungen (aus Deutschland sind dies z.B. WestLB, Deutsche und Dresdner Bank) und ist damit das internationale Pendant zu deutschen Investitionsgarantien (siehe auch Drillisch/Sekler 2004).

2.3.3 REGIONALE INTEGRATIONSABKOMMEN MIT INVESTITIONSRELEVANTEN REGELUNGEN

Parallel zur multilateralen Ebene gewinnt die regionale Ebene in Form von Regionalen Freihandelsabkommen (RFA) an Bedeutung. Über 170 RFA weltweit sind derzeit offiziell registriert, schätzungsweise weitere 70 werden faktisch angewendet (ICFTU 2004). Zunehmend finden auch Investitionsregelungen auf regionaler Ebene Berücksichtigung. Bekanntestes Beispiel für ein regionales Abkommen, das weitreichende Regelungen zur Liberalisierung und zum Schutz von Investitionen enthält, ist das Nordamerikanische Freihandelsabkommen (NAFTA = *North American Free Trade Agreement*) zwischen Kanada, Mexiko und den USA.

¹³ Stand Mai 2005, siehe auch für weitere Informationen <http://www.worldbank.org/icsid/>.

¹⁴ <http://www.miga.org>.

Sowohl das Prinzip der Meistbegünstigung als auch das der Inländerbehandlung finden im bekannt gewordenen *Chapter 11* vollständige Anwendung in der *pre-* und *post-establishment* Phase. Weitere Liberalisierungsbestimmungen betreffen den freien Transfer von Kapital, ein umfassender Schutz vor Enteignung, ein *Investor-to-State* Streitschlichtungsmechanismus und das Verbot von weiteren *performance requirements* wie die Verpflichtung zum Technologietransfer, die durch das TRIMS noch nicht abgedeckt sind (Schneidermann 2001: 524f., OECD 2004a: 5f.). Auch der europäische Binnenmarkt regelt vor allem im Rahmen der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit ausländische Investitionen zwischen EU-Mitgliedstaaten.

In den vielen regionalen Freihandelsabkommen der Europäischen Union (EU) enthalten die Regelungen zu Investitionen lediglich einen Verweis auf bilaterale Verpflichtungen mit den einzelnen EU-Mitgliedstaaten (z.B. in den Abkommen der EU mit den Mittelmeeranrainerstaaten) oder eine allgemeine Absichtserklärung zur gegenseitigen Unterstützung und Kooperation im Investitionsbereich (EED/WEED 2005: 35f.). Dies trifft allerdings nicht auf die bislang in den Verhandlungen zum EU-Mercosur-Assoziierungsabkommen anklingenden Forderungen zu, wo ein umfassendes Investitionskapitel von Seiten der EU angestrebt wird. Während in manchen Sektoren der verarbeitenden Industrie schon die nahezu vollständige Liberalisierung anvisiert ist, behalten sich die Mercosur-Staaten im Bereich der Exploration und Extraktion mineralischer Rohstoffe noch einen stärkeren staatlichen Einfluss vor, wie Brasilien und Uruguay, die den Erhalt des staatlichen Monopols bei der Lizenz- und Konzessionsvergabe anstreben (Fritz 2004: 18f.). Ebenfalls eigenständige Regelungen im Investitionsbereich enthält das EU-Chile Assoziierungsabkommen, das z.B. in Art. III das Niederlassungsrecht für ausländische Investoren behandelt (EED/WEED 2005: 36).

2.3.4 BITS ALS BESTANDTEIL DES INTERNATIONALEN INVESTITIONSREGIMES

Wichtiger und wesentlicher Bestandteil des weltweiten Netzes an Investitionsregelungen sind die bilateralen Investitionsabkommen (BITs = *Bilateral Investment Treaties*) oder Investitionsschutz- und -förderverträge, wie sie im deutschen Sprachgebrauch heißen. Im Jahre 2003 wurde weltweit eine Anzahl von 2265 solcher Abkommen registriert, an deren Abschluss insgesamt 176 Länder beteiligt waren¹⁵. Fast unbemerkt von der Öffentlichkeit sind sie durch ihre weitreichenden Liberalisierungsinstrumente und Schutzvorkehrungen zu einer bedeutenden Institution geworden.

Vorläufer der modernen bilateralen Investitionsabkommen sind die so genannten Verträge über Freundschaft, Handel und Schifffahrt, die seit dem 18. Jahrhundert nicht nur den Warenhandel regelten, sondern Händlern im Partnerstaat Schutz und Freiheiten boten. Neben Vorkehrungen zur Nichtdiskriminierung enthielten viele der Verträge auch weitreichende Zugangsrechte für ausländische Investoren. Darüber hinaus erfüllten sie teilweise auch militärische Zwecke, wie im Falle der USA, die sich darüber den Zugang zu Häfen und internationalen Gewässern sicherten (Sornarajah 2004: 209ff.). Durch die umfassenden, dort festgeschriebenen Rechte waren sie

¹⁵ Eine ausführliche Datenbank zu bilateralen Investitionsabkommen unterhält die UNCTAD: http://www.unctadxi.org/templates/Page_1007.aspx.

„zweifelsfrei Maßnahmen, die den Einfluß der größten Mächte ausweiten sollten“¹⁶. Allerdings, so Sornarajah, wurden die Verträge zwar zwischen extrem ungleichen Partnern abgeschlossen, später aber, unter veränderten Ausgangsbedingungen, auch von den schwächeren Partnern genutzt. So hat Nicaragua beispielsweise mit Hilfe des darin festgelegten Schiedsgerichtsverfahrens 1984 gegen die Militärintervention der USA geklagt (Sornarajah 2004: 211).

Der erste Investitionsförderungs- und –schutzvertrag weltweit wurde 1959 von Deutschland mit Pakistan abgeschlossen. Weitere westeuropäische Länder reihten sich in der Folgezeit ein. Der Abschluss von derartigen Verträgen war eine Reaktion der kapitalexportierenden westeuropäischen Länder auf Bestrebungen von Entwicklungsländern bzw. ehemaligen Kolonien, durch Enteignungen ausländischer Eigentümer bzw. Verstaatlichung ausländischen Eigentums ihren Weg zur nationalen Unabhängigkeit zu forcieren. Demzufolge stellen der Schutz vor Enteignung und Regelungen zu Kompensationszahlungen das Kernstück bilateraler Investitionsabkommen dar. Parallel zu Diskussionen um nationale Souveränität, ein Recht auf Regulierung zum nationalen Wohle und eine gleichberechtigte Partizipation an internationalen Entscheidungsprozessen im Rahmen der Forderung einer neuen Weltwirtschaftsordnung Anfang der 70er Jahre konnte somit eine erste Welle an BITs-Abschlüssen verzeichnet werden. Viele kapitalexportierenden Länder begannen in dieser ersten Hochphase ihr BITs-Programm, darunter die USA, die 1977 mit den Verhandlungen starteten, aber erst 1982 das erste BIT mit Ägypten abschlossen, Frankreich (mit Tunesien 1972), Großbritannien (mit Ägypten 1975), Österreich (mit Rumänien 1976) und Japan (mit Ägypten 1977) (Vandervelde 1998b).

Eine zweite Hochphase kann seit Beginn der 90er Jahre registriert werden. Von 1989 bis 1999 wurden insgesamt 1340 Verträge abgeschlossen, fast fünfmal so viel wie in den zehn Jahren zuvor. Angetrieben wurde diese Dynamik durch den Zusammenbruch der ehemaligen Sowjetunion und der anschließenden Transformation der Volkswirtschaften Zentral- und Osteuropas. Transformationsländer oder ehemals sozialistische Länder befinden sich aufgrund ihrer Vergangenheit besonders auf dem Prüfstand, da vielen dieser Regierungen auch heute noch der Ruf von undemokratischen und korrupten Regierungsapparaten anhaftet. Der Abschluss bilateraler Investitionsabkommens bietet für sie eine Möglichkeit, ein Zeichen in Richtung politischer Stabilisierung und Marktwirtschaft zu setzen und Bedenken bezüglich eines zu hohen Investitionsrisikos zu begegnen (Vander Stichele 2003: 3f.; Vandervelde 1998b; Sornarajah 2004: 53, 213).

Treibende Kraft für den Abschluss von bilateralen Investitionsabkommen ist also einerseits die Durchsetzung kapitalistischer Marktstrukturen und der dadurch verstärkte Wettbewerbsdruck auf die einzelnen Länder im Ringen um den Zufluss von Investitionen, v.a. für die klassische „Dritte Welt“, die Konkurrenz durch die ehemals sozialistischen Länder erhält. Andererseits und dem zugrunde liegend, weist das herrschende Verständnis von ökonomischer Entwicklung ausländischen Direktinvestitionen eine entscheidenden Rolle zu. Entwicklungsländer werden

¹⁶ „Undoubtedly measures for spreading the influence of the major powers“ (Sornarajah 2004: 210, Übersetzung NS).

von Weltbank und IWF dazu angehalten, ein investitionsfreundliches Klima zu schaffen, wozu vorhersehbare Standards zum Investitionsschutz beitragen sollen.

Klassischerweise wurden bilaterale Investitionsabkommen zwischen Industrieländern und Entwicklungsländern abgeschlossen. Bilaterale Investitionsabkommen zwischen Industrieländern wurden nicht als notwendig erachtet, da die inländische Gesetzgebung und das Rechtssystem ausreichend Möglichkeiten für ausländische Investoren bieten, ihre Rechte einzuklagen. In den so genannten Entwicklungsländern sollten die Verträge und damit der Schutz von Investitionen durch internationales Recht diesen Spielraum schaffen. Aufgrund der divergierenden Interessen von kapitalexportierenden und –importierenden Ländern werden bilaterale Investitionsabkommen also grundsätzlich aus ganz unterschiedlichen Motiven geschlossen. Obwohl Investitionen vorwiegend in eine Richtung fließen, demzufolge der Investitionsstrom in beide Richtungen, auf den in den Abkommen Bezug genommen wird, eher fiktiv ist, werden die Regelungen im Wesentlichen reziprok getroffen. Aufgrund der Interessensgegensätze und asymmetrischer Verhandlungsmacht sind die Regelungen in den Abkommen weitgehend an den Interessen kapitalexportierender Länder ausgerichtet, die für einheimische Investoren Bewegungsspielraum und Schutz erzielen wollen.

Mittlerweile und verstärkt in der zweiten Hochphase wird das Gros an neuen Verträgen innerhalb der Gruppe der Entwicklungs- und Transformationsländer abgeschlossen. Bei mehr als 45% der heute existierenden BITs ist keiner der Vertragspartner ein klassisches Industrieland (UNCTAD 2003b: 89). Auch Vertragsabschlüsse innerhalb der Gruppe der Entwicklungs- und Transformationsländer finden in der Regel zwischen einem kapitalexportierenden und einem kapitalimportierenden Vertragspartner statt, wie etwa zwischen Singapur und Thailand auf der einen Seite und Bangladesch oder Sri Lanka auf der anderen. Folglich setzen sich hier entsprechende Interessens- und Machtunterschiede fort: Investoren aus Singapur lagern arbeitsintensive Prozesse mit niedrigem Technologisierungsgrad aus, während ein Vertragsabschluss beim Vertragspartner häufig mit der Hoffnung auf ausländische Investoren verbunden ist, die sich in dem beliebteren Entwicklungs- oder Schwellenland schon niedergelassen haben (Sornarajah 2004: 244).

Betrachtet man den Anteil ausländischer Investitionen, die 2000 durch ein bilaterales Investitionsabkommen abgedeckt waren, so waren dies weltweit nur 7%, was vor allem daran liegt, dass das Gros an ausländischen Investitionen auf die Triade - Nordamerika, Europa, Japan, zwischen denen keine BITs geschlossen wurden - beschränkt bleibt. Richtet man den Fokus nur auf die Investitionen, die in Entwicklungs- und Transformationsländer fließen, fallen 27% dieser Investitionen in den Anwendungsbereich von BITs (UNCTAD 2003b: 89). Auch hier der wichtige Hinweis, dass beispielsweise Brasilien, eines der großen Empfängerländer in der Gruppe der Entwicklungs- und Schwellenländer, bislang kein einziges bilaterales Investitionsabkommen abgeschlossen hat.

Angesichts der beinahe boom-artigen Zunahme an Vertragsabschlüssen auf bilateraler Ebene ist es verwunderlich, dass auf multilateraler Ebene soviel Widerstand anzutreffen ist. Aus einer politischen Perspektive ist die bilaterale Verhandlungsebene trotz der Beschränkung auf zwei Vertragsparteien und der sehr unterschiedlichen Reichweite der einzelnen BITs einflußreich oder sogar richtungweisend, da Regelungen auf dieser Ebene eine wichtige Vorstufe für

umfassendere internationale Regeln sein können (Sornarajah 2004: 206f.). Machtpolitisch hat dies in den Diskussionen um ein Investitionsabkommen im Rahmen der WTO im Vorfeld von Cancún jedenfalls eine große Rolle gespielt. Mit dem Argument, dass Verpflichtungen, die sie bilateral eingegangen sind, ja nur internationalisiert würden bzw. ein einziges Abkommen die Übersichtlichkeit erhöhen würde, wurde Überzeugungsarbeit bei Entwicklungsländern zu leisten versucht.

2.4 Deutsche bilaterale Investitionsverträge

Die Bundesrepublik Deutschland als Kapitalexporteur und Land mit ausgeprägter rechtlicher Tradition war einer der Vorreiter beim Abschluss bilateraler Investitionsförder- und –schutzverträge. Von den 74 Abkommen, die 1968 insgesamt verzeichnet werden konnten, wurde die Hälfte mit deutscher Beteiligung abgeschlossen (Vandevelde 1998b). Nach Pakistan (1959) waren weitere erste Vertragspartner Griechenland, Marokko, Liberia und Togo (1961). Heute liegt Deutschland mit 137 unterzeichneten bilateralen Investitionsabkommen¹⁷ weltweit an der Spitze, gefolgt von der Schweiz und China (Vander Stichele 2003). Jüngste Vertragsabschlüsse konnten mit Ägypten und dem Oman erzielt werden. Mit ungefähr weiteren 20 Ländern wird von Seiten der Bundesregierung im Moment verhandelt. Hier handelt es sich sowohl um Neuverhandlungen, also mit neuen Vertragspartnern, als auch, wie im Fall des ältesten BITs mit Pakistan, um Nachverhandlungen.

Grundlage der Verhandlungen zu deutschen bilateralen Investitionsförder- und –schutzverträge ist jeweils der deutsche Mustervertrag *"über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen"* (siehe Anhang 2). Viele der ausgehandelten Verträge weichen nur sehr wenig und in einigen Details von der Vorlage ab, so dass im Verlauf der Studie häufig Regelungen im Mustervertrag als Interpretationsgegenstand herangezogen werden. International gesehen, existieren trotz der ähnlichen Struktur und Zielsetzung bilateraler Investitionsverträge im Allgemeinen beträchtliche Unterschiede im Detail. Die gemeinsame Basis der meisten, weltweit existierenden BITs bilden das Prinzip der Nichtdiskriminierung in der *post-establishment* Phase, die gerechte und billige Behandlung, der freie Transfer von mit der Investition in Verbindung stehendem Kapital, der Schutz vor Enteignung und, neben einem *State-to-State* Verfahren, ein *Investor-to-State* Streitschlichtungsmechanismus. Diese Elemente sind auch Grundbestandteil deutscher Verträge. Über die tatsächliche Reichweite entscheiden dann Spezifizierungen. Im Bereich der Nichtdiskriminierung kann nach der Art der getätigten Investition differenziert werden. Weiterhin können Ausnahmen im Vertrag verankert werden, die festlegen, wie stark dessen Anwendungsbereich gegebenenfalls eingeschränkt wird.

Die Formulierungen sind insbesondere in deutschen BITs sehr kurz und gleichzeitig allgemein gehalten, so dass es oftmals erst im Streitfall durch die Auslegungspraxis des zuständigen Schiedsgerichtes zu einer Präzisierung kommt. Die Entscheidungs- und Auslegungspraxis in Schiedsverfahren im Rahmen deutscher BITs führte streckenweise faktisch zu einer erheblichen

¹⁷ Davon sind 115 in Kraft getreten, in 8 Fällen findet der Vorgängervertrag Anwendung, bis der Ratifizierungsprozess abgeschlossen ist, und zwei Verträge werden faktisch angewendet. Die restlichen Verträge befinden sich noch im Ratifizierungsprozess und werden noch nicht angewendet (siehe Anhang 1 für eine vollständige Liste der deutschen BITs).

Erweiterung, ohne dass sich dies allerdings direkt in der sprachlichen Formulierung niedergeschlagen hätte (weder im deutschen Mustervertrag noch in der jeweils ausgehandelten Version)¹⁸.

¹⁸ Ein gutes Beispiel dafür ist der Gegenstand der Enteignung, siehe dazu Kapitel 3.3.1 und 4.1.1.

3 Die Bestimmungen der deutschen BITs

In diesem Kapitel wird ein Überblick über den Anwendungsbereich und die wichtigsten Regelungen in den deutschen BITs gegeben.

3.1 Die Auslegung der deutschen BITs

Um die Regelungen in deutschen BITs zu verstehen, ist zunächst ein kurzer Blick auf die gängigen Regeln für deren Auslegung notwendig. Als völkerrechtliche Verträge sind die deutschen Investitionsabkommen nach den Regeln der Wiener Vertragsrechtskonvention (Art. 31-33) zu interpretieren. Danach werden Verträge nach der gewöhnlichen Bedeutung ihres Wortlautes unter Berücksichtigung ihres Zusammenhangs sowie im Licht ihres Zieles und Zweckes ausgelegt. Als Zusammenhang gelten der Vertragswortlaut samt Präambel und Anlagen, Übereinkünfte zwischen den Vertragsparteien, ihre spätere Praxis bei der Anwendung des Vertrags sowie andere zwischen den Vertragsparteien anwendbare einschlägige Völkerrechtssätze. Als ergänzende Auslegungsmittel können die vorbereitenden Arbeiten und die Umstände des Vertragsabschlusses herangezogen werden. Schließlich ist bei Abfassung in mehreren Sprachen jede der Versionen gleichermaßen von Bedeutung.

Ein wichtiger Anhaltspunkt für die Auslegung der deutschen BITs ist die Entscheidungspraxis internationaler Schiedsgerichte. Zwar sind bisher nur in wenigen Fällen Entscheidungen über die Auslegung der deutschen Verträge veröffentlicht worden (siehe etwa *Klößner/Kamerun, Siemens/Argentinien – Entscheidung über Zuständigkeit*). Die Entscheidungen vergangener Investitionsschiedsgerichte und anderer internationaler Gerichtshöfe spielen aber in der Praxis eine wichtige Rolle. Sie werden von allen Schiedsgerichten oft ausführlich zitiert, und nicht selten beruht auf ihnen die Begründung nachfolgender Schiedssprüche (siehe aus der jüngeren Praxis die Schiedssprüche *SGS/Philippines*, Abs. 95ff.; *Feldman/Mexiko*, Abs. 96-107; *Tokelau/Ukraine*, Abs. 54, 70). Die Schiedsgerichte lassen sich dabei oft nicht davon beeindrucken, dass den jeweiligen Streitigkeiten verschiedene Investitionsabkommen zugrunde liegen, soweit diese in ihren materiellen Bestimmungen übereinstimmen (siehe etwa jüngst die Begründung des Schiedsspruchs im Fall *Tecmed/Mexiko*, Abs. 113-116). Sind zu den bei der Auslegung der deutschen BITs auftretenden Problemen anderweitige internationale Entscheidungen ergangen, sind sie daher für die Auslegung heranzuziehen.

Besondere Bedeutung bei der Auslegung der BITs durch internationale Schiedsgerichte kommt immer wieder der Interpretation nach Sinn und Zweck der Investitionsschutzabkommen zu, der verschiedentlich vor allem in einem möglichst umfassenden Schutz ausländischer Kapitalanlagen gesehen wurde. Daraus folgt eine gewisse Neigung zur weiten Auslegung der einzelnen Bestimmungen in den Abkommen (siehe etwa *Tokio Tokelau/Ukraine*, Abs. 31; *SGS/Philippines - Entscheidung über Zuständigkeit*, Abs. 116). Zwar sind die Präambeln gerade der deutschen BITs - im Unterschied etwa zu den US-amerikanischen Abkommen - sehr breit gefasst, ohne auf einzelne Bestimmungen der Verträge einzugehen. Daher wird vertreten, dass diese nicht als Interpretationshilfe zur Rate gezogen werden können (Frick 1975: 174). Diese

Auffassung hat aber in der Praxis kaum Anhänger gefunden. So legte etwa das Schiedsgericht im Fall *Siemens/Argentinien*, das jüngst über seine Zuständigkeit für eine Klage von Siemens wegen der argentinischen Finanzkrise entscheiden musste, die Bestimmungen des deutsch-argentinischen BIT unter Verweis auf seine Präambel ausdrücklich weit aus (*Siemens/Argentinien – Entscheidung über Zuständigkeit*, Abs. 81).

3.2 Der Anwendungsbereich deutscher BITs

Ein Investor kann sich gegenüber einem Staat nur auf die Bestimmungen der deutschen BITs berufen, wenn seine wirtschaftliche Tätigkeit eine Kapitalanlage ist und wenn er ein Investor des anderen Vertragsstaats ist. Das ergibt sich aus den einzelnen Bestimmungen der Verträge. Beide Begriffe werden in der Regel für den gesamten Vertrag einheitlich definiert und umreißen damit den sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich der Verträge¹⁹.

3.2.1 WAS IST EINE KAPITALANLAGE?

Gegenstand der deutschen BITs sind Kapitalanlagen²⁰. Der Begriff der Kapitalanlage hat sich mit dem Wandel grenzüberschreitender Wirtschaftstätigkeiten und der entsprechenden Schutzbedürfnisse ausgehend vom physischen Eigentum über die Beteiligung an Gesellschaften bis hin zu immateriellen Rechten entwickelt (UNCTAD 1999d: 7ff.). Die Schutzfunktion bilateraler Investitionsabkommen führt dazu, dass diese den Begriff der Kapitalanlagen breit definieren, um möglichst alle wirtschaftlichen Werte zu umfassen (UNCTAD 1999d: 16f). Demzufolge ist der in deutschen BITs verwandte Begriff der Kapitalanlage sehr weit. Kapitalanlagen werden in Art. 1 Abs. 1 des Mustervertrags definiert als *Vermögenswerte jeder Art*. An die Definition schließt sich eine Auflistung an. Ausgangspunkt der Aufzählung ist der Versuch, die betroffenen Rechtspositionen nach ihrem Inhalt zu charakterisieren (sog. *asset-based definition*, UNCTAD 1999d: 18). Aus der Verbindung mit *insbesondere* ergibt sich jedoch, dass diese nicht abschließend ist.

Gemäß Art. 1 Abs. 1 lit. a) des Mustervertrags umfasst der Anwendungsbereich des Vertrags Eigentum an beweglichen und unbeweglichen Sachen sowie sonstige **dingliche Rechte** wie Hypotheken und Pfandrechte. Dies betrifft Eigentum an Grundstücken und Produktionsmitteln, aber auch das Eigentum an Waren (UNCTAD 1999d: 19).

¹⁹ Werden die Rechte aus dem BITs im Rahmen eines ICSID-Schiedsverfahren durchgesetzt, so setzt die ICSID-Konvention darüber hinaus voraus, dass die Streitigkeit unmittelbar aus einer Investition entsteht (*arising directly out of an investment*, Art. 25 Abs. 1 ICSID-Konvention). Die ICSID-Konvention definiert den Begriff *investment* nicht näher, weil ein Schiedsgericht nur bei Zustimmung beider Parteien tätig wird, und es insofern jedem Vertragsstaat selbst überlassen bleibt, ob er in den von ihm unterzeichneten Investitionsabkommen das ICSID-Verfahren nur für bestimmte Arten von Kapitalanlagen vorsieht. Im Streitfall kommt es damit wohl vor allem auf die Auslegung der entsprechenden Investitionsschutzabkommen an. Sind diese anwendbar, so dürfte das ICSID-Verfahren regelmäßig offen stehen (Schreuer 2001: Art. 25 Randnummern 80ff.).

²⁰ Die authentische englische Sprachfassung deutscher Verträge übersetzt diesen Begriff mit *investment* (z.B. Vertrag mit China, Indonesien). Daraus ergibt sich, dass auch im Deutschen die Begriffe Kapitalanlage und Investition weitgehend deckungsgleich sein dürften (Banz 1988: 49; anders Frick 1975: 178).

Gemäß Art. 1 Abs. 1 lit.b) des Mustervertrags umfasst der Anwendungsbereich des Vertrags **Anteilsrechte an Gesellschaften** und andere Arten von Beteiligungen an Gesellschaften. Dabei stellt sich zum einen die Frage, welche Arten von formalen Rechtspositionen davon umfasst sind. Eng damit verbunden ist aber auch die Frage, ob nur Rechtspositionen geschützt sind, die ihren Inhabern einen gewissen Einfluss auf die betroffenen Gesellschaften vermitteln, oder ob auch Portfolio-Investitionen im Anwendungsbereich deutscher BITs liegen (siehe Kapitel 4.2.5).

Gemäß Art. 1 Abs. 1 lit.c) umfasst der Mustervertrag **Ansprüche auf Geld**, das verwendet wurde, um einen wirtschaftlichen Wert zu schaffen, oder **Ansprüche auf Leistungen**, die einen wirtschaftlichen Wert haben. Ursprünglich sollten damit wohl Darlehensforderungen deutscher Unternehmen gegenüber ausländischen Partnern erfasst werden (Alenfeld 1971: 31). Der Wortlaut des Abschnitts scheint weit darüber hinaus zu gehen. Jeder im Wirtschaftsleben abgeschlossene Vertrag begründet Ansprüche auf die Erbringung von Leistungen mit wirtschaftlichem Wert und im Gegenzug einen Anspruch auf Geld. Damit stellt sich die Frage, ob jeder Anspruch ausländischer Unternehmen auf Zahlung des vereinbarten Preises für eine bestimmte Dienstleistung oder Lieferung und jedes Bankdarlehen unter die BITs fallen (UNCTAD 1999d: 20; siehe Kapitel 4.2.5).

Gemäß Art. 1 Abs. 1 lit.d) des Mustervertrags sind auch **Rechte des geistigen Eigentums** umfasst, wie insbesondere Urheberrechte, Patente, Gebrauchsmuster, gewerbliche Muster und Modelle, Marken, Handelsnamen, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, technische Verfahren, Know-how und *Goodwill*. Während damit ursprünglich der Schutz von Know-how bezweckt war, das im Rahmen von *joint ventures* durch ausländische Unternehmen zur Verfügung gestellt wurde (Sornarajah 2004: 11f), sind heute aufgrund der breiten Formulierung über die genannten Rechte hinaus alle Arten von geistigen Eigentumsrechten geschützt. Der Begriff *Goodwill* umfasst über den bloßen Substanzwert eines Unternehmens hinaus andere Faktoren, die seine Ertragskraft ausmachen und damit einen wirtschaftlichen Wert haben (UNCTAD 1999d: 20; Alenfeld 1971: 32; Banz 1988: 44). Dies betrifft namentlich den Ruf eines Unternehmens, seinen Kundenstamm, seine Geschäftsbeziehungen und seine Organisation, möglicherweise aber auch seine Marktstellung als solche.

Gemäß Art. 1 Abs. 1 lit.e) des Mustervertrags umfasst dieser öffentlich-rechtliche **Konzessionen** einschließlich Aufsuchungs- und Gewinnungskonzessionen. Das dient dazu, auch Privilegien zu erfassen, die nicht durch die Übertragung von Privateigentum, sondern durch einen öffentlichen Akt der Verwaltung oder ein Gesetz geschaffen wurden (UNCTAD 1999d: 21). Neben Rechten zur Ausbeutung von Rohstoffen werden dazu üblicherweise Rechte zur Erbringung netzgebundener Leistungen der Daseinsvorsorge wie Energie oder Telekommunikation gezählt (Alenfeld 1971: 33). Aber auch gewerbe-, bau- oder umweltrechtliche Genehmigungen sowie andere Rechtsakte, durch die eine Behörde vermögenswerte Rechtspositionen des Investors begründet, können darunter fallen (siehe Kapitel 4.5.1).

Auch für Vermögenswerte, die sich einer der genannten Kategorien zuordnen lassen, könnten aus dem Begriff der *Kapitalanlage* selbst gewisse Einschränkungen hergeleitet werden. Nach

Schreuer gibt es gewisse Eigenschaften, die die meisten Kapitalanlagen aufweisen. Dazu zählt er

- eine gewisse Dauer,
- eine gewisse Regularität von Profit und Rendite,
- die Übernahme eines gewissen Risikos,
- ein gewisser Umfang der eingesetzten Vermögenswerte sowie
- eine gewisse Bedeutung für die Entwicklung im Gastland

(Schreuer 2001: Art. 25 Randnummer 122). Zwar betont Schreuer, dass diese Kriterien keineswegs als Grundlage für eine trennscharfe Definition taugen. Auch schränken die deutschen BITs, anders als manche andere Investitionsverträge, ihren Anwendungsbereich nicht ausdrücklich nach der Natur und Dauer einer wirtschaftlichen Tätigkeit ein (siehe UNCTAD 1999d: 26-30). Dennoch spricht schon die Verwendung des Begriffs der Kapitalanlage als Ausgangspunkt für den sachlichen Anwendungsbereich der BITs dafür, dass diese von anderweitigen internationalen Wirtschaftsbeziehungen wie etwa dem Handel mit Waren abgegrenzt werden sollen. Die von Schreuer entwickelten Kriterien geben jedenfalls einen Anhaltspunkt dafür, dass völlig geringwertige, kurzfristige und untergeordnete Vermögenswerte nicht in den Anwendungsbereich der Verträge fallen.

3.2.2 ZUGANGSVERPFLICHTUNGEN?

Für den Anwendungsbereich der deutschen BITs ist schließlich von Bedeutung, ob diese nur für bestehende Investitionen gelten, oder auch für potentielle Investoren. Letzteres würde dazu führen, dass schon bei der Zulassung ausländischer Investoren (sog. *pre-establishment*-Phase) jede Schlechterstellung im Vergleich zu inländischen Unternehmen unzulässig wäre. Art. 2 des deutschen Mustervertrags verpflichtet die Vertragsstaaten nur dazu, Kapitalanlagen in Übereinstimmung mit ihren Rechtsvorschriften zuzulassen. Im Umkehrschluss kann daraus gefolgert werden, dass Beschränkungen für die Zulassung einer Kapitalanlage nicht von den Verträgen berührt werden (Alenfeld 1971: 35ff.; Banz 1988: 50f.; UNCTAD 1999c: 19). In manchen Verträgen, z.B. dem deutsch-indischen BIT, wird der Anwendungsbereich ausdrücklich auf Kapitalanlagen beschränkt, die in Übereinstimmung mit den Vorschriften des Gaststaats erfolgt sind. Schließlich bezieht sich auch die Verpflichtung des Gaststaats zur Inländerbehandlung ausdrücklich nur auf *Kapitalanlagen in seinem Hoheitsgebiet*. Investoren sind nur „*hinsichtlich ihrer Betätigung im Zusammenhang mit Kapitalanlagen in seinem Hoheitsgebiet*“ umfasst. Damit stellen die deutschen BITs für jede Art von Zulassungsverfahren für Investoren keine Hindernisse auf – im Gegensatz namentlich zu US-amerikanischen Investitionsabkommen.

Auch aus dem Recht zum freien Zahlungstransfer (Art. 5 des Mustervertrags) lässt sich kein indirektes Zugangsrecht für Investoren herleiten. Denn dieses gilt nur für Zahlungen, die im Zusammenhang mit einer Kapitalanlage stehen, die ihrerseits den oben genannten Zugangsvoraussetzungen unterliegt.

An einem Punkt können Zugangsbeschränkungen für ausländische Investoren aber in engen Grenzen umgangen werden. Nach der Definition im Mustervertrag lässt eine Änderung der Form, in der Vermögenswerte angelegt werden, ihre Eigenschaft als Kapitalanlage unberührt. Damit wird im Wesentlichen die Reinvestition der **Erträge aus bestehenden Investitionen** ermöglicht (UNCTAD 1999a: 23). Es fragt sich, ob Reinvestitionen wiederum Einschränkungen für ausländische Kapitalanlagen wie Genehmigungsverfahren unterliegen können, oder ob sie inländischen Kapitalanlagen gleichgestellt werden müssen. Im Vertrag mit dem Iran ist ausdrücklich bestimmt, dass wieder angelegte Erträge und jede Wertsteigerung der ursprünglichen Kapitalanlage selbst als Kapitalanlage gelten und damit eventuellen Zugangsbeschränkungen unterliegen. Nach dem Vertrag mit Thailand müssen Änderungen in Übereinstimmung mit den Gesetzen und sonstigen Vorschriften der anderen Vertragspartei vorgenommen werden. Für die übrigen Verträge dürften für Reinvestitionen die allgemeinen Vorschriften der BITs, insbesondere der Grundsatz der Nichtdiskriminierung gelten. Damit ist es unzulässig, Reinvestitionen den gleichen Anforderungen zu unterwerfen, wie ausländische Erstinvestitionen (Alenfeld 1971: 35; Banz 1988: 53).

3.2.3 INVESTOR EINES VERTRAGSSTAATS

Als bilaterale Abkommen beruhen BITs auf dem Gedanken der Gegenseitigkeit. Nur Angehörige des jeweils anderen Vertragsstaats können sich auf die Verträge berufen. Wer als Investor eines Vertragsstaats gilt, wird in der Regel in den Investitionsschutzverträgen für beide Vertragsparteien gesondert definiert. Gemäß Art. 1 Abs. 3 lit. a) des deutschen Mustervertrags sind dies in Bezug auf die Bundesrepublik Deutsche im Sinne des Grundgesetzes sowie juristische Personen, Handelsgesellschaften und sonstige Gesellschaften oder Vereinigungen mit oder ohne Rechtspersönlichkeit, die ihren Sitz im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland haben (siehe Kapitel 5.1).

3.3 Die einzelnen Rechte für Investoren

In diesem Abschnitt werden die wichtigsten materiellen Rechte vorgestellt, die die deutschen BITs Investoren einräumen. Eine kritische Analyse dieser Rechte ist Gegenstand des 4. Kapitels.

3.3.1 ENTEIGNUNGSSCHUTZ

Nach Art. 4 des deutschen Mustervertrags dürfen geschützte Kapitalanlagen nur zum allgemeinen Wohl und gegen Entschädigung direkt oder indirekt enteignet, verstaatlicht oder anderen Maßnahmen unterworfen werden, die in ihren Auswirkungen einer Enteignung oder Verstaatlichung gleichkommen²¹.

²¹ Art. 4 Abs. 2 Satz 1 des deutschen Muster-BIT bestimmt: „Kapitalanlagen von Investoren eines Vertragsstaats dürfen im Hoheitsgebiet des anderen Vertragsstaats nur zum allgemeinen Wohl und gegen Entschädigung direkt oder indirekt enteignet, verstaatlicht oder anderen Maßnahmen unterworfen werden, die in ihren Auswirkungen einer Enteignung oder Verstaatlichung gleichkommen.“

Bei einer Enteignung handelt es sich im Allgemeinen um eine Entziehung des Eigentums, d.h. der Nutzungs- und Verfügungsgewalt über eine Sache (siehe etwa Muchlinski 1999: 501; Sornarajah 2004: 348f). Als Verstaatlichung (in der englischen Übersetzung des Mustervertrags *nationalization*) gelten im völkerrechtlichen Sprachgebrauch Enteignungen, die ganze Wirtschaftssektoren betreffen, diese der Kontrolle ausländischer Investoren entziehen und in staatliches Eigentum überführen (UNCTAD 2000b: 11; Sornarajah 2004: 346-349). Unter einer ‚indirekten Enteignung‘ wird üblicherweise staatliches Handeln verstanden, das das Ergebnis einer Enteignung auf andere Weise als durch formellen Eigentumsentzug herbeiführt. Eng verwandt damit ist der Begriff der ‚schleichenden Enteignung‘, bei der der Gaststaat gezielt darauf hinwirkt, durch andere Mittel als den direkten Eigentumsentzug einen Eigentumsverlust herbeizuführen (American Law Institute 1987: Section 712). Schließlich nennt der Mustervertrag staatliche Maßnahmen, die in ihren Auswirkungen einer Enteignung gleich kommen. Danach sind bestimmte regulatorische Maßnahmen entschädigungspflichtig, wenn sie z.B. die wirtschaftliche Existenz des Investors bedrohen (siehe dazu Kapitel 4.1.1). Im Einzelnen werden die genannten Begriffe unterschiedlich verwandt, so dass eine präzise Unterscheidung schwierig ist.

Auch für die Entschädigung, die für eine Enteignung zu zahlen ist, macht der deutsche Mustervertrag genaue Vorgaben. Die Entschädigung muss dem Wert der enteigneten Kapitalanlage unmittelbar vor der Enteignung, Verstaatlichung oder vergleichbaren Maßnahme entsprechen. Sie muss unverzüglich geleistet werden, tatsächlich verwertbar und frei transferierbar sein und ist bis zur Zahlung zu verzinsen. Die Entschädigung muss spätestens zum Zeitpunkt der Enteignung vorgesehen sein. Rechtmäßigkeit der Enteignung und Höhe der Entschädigung müssen in einem ordentlichen Rechtsverfahren nachprüfbar sein²². Insgesamt ist eine Tendenz zur Klarstellung und detaillierteren Ausformulierung der Entschädigungspflicht festzustellen. So wird der für die Wertberechnung maßgebliche Zeitpunkt in älteren BITs nicht definiert. Allerdings weichen die Formulierungen im Einzelfall durchaus voneinander ab, was teilweise mit der Berücksichtigung anderer Rechtstraditionen zusammenhängen mag. Manche Formulierungen deuten aber auf inhaltliche Unterschiede hin, etwa wenn in einigen wenigen älteren Verträgen eine *gerechte Entschädigung* vorgesehen ist, die als *anständige und billige Entschädigung in Übereinstimmung mit den Grundsätzen des Völkerrechts* definiert wird (Art. 3, Protokollvereinbarung des Vertrags mit Thailand).

Die als Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit einer Enteignung zu zahlende Entschädigung ist zu unterscheiden von der Entschädigung, die ein Schiedsgericht im Fall der Verletzung der Enteignungsklauseln oder anderer Bestimmungen der Verträge zusprechen kann. Allerdings orientieren sich die Schiedsgerichte meist an vergleichbaren Standards.

²² Art. 4 Abs. 2 Satz 1 bestimmt: „Die Entschädigung muss dem Wert der enteigneten Kapitalanlage unmittelbar vor dem Zeitpunkt entsprechen, in dem die tatsächliche oder drohende Enteignung, Verstaatlichung oder vergleichbare Maßnahme öffentlich bekannt wurde. Die Entschädigung muss unverzüglich geleistet werden und ist bis zum Zeitpunkt der Zahlung mit dem üblichen bankmäßigen Zinssatz zu verzinsen; sie muss tatsächlich verwertbar und frei transferierbar sein. Spätestens im Zeitpunkt der Enteignung, Verstaatlichung oder vergleichbaren Maßnahme muss in geeigneter Weise für die Festsetzung und Leistung der Entschädigung Vorsorge getroffen sein. Die Rechtmäßigkeit der

3.3.2 GERECHTE UND BILLIGE BEHANDLUNG, VOLLER SCHUTZ UND VOLLE SICHERHEIT

Nach Art. 2 Abs. 2 des deutschen Mustervertrags müssen die Vertragsstaaten Kapitalanlagen von Investoren des anderen Vertragsstaats in jedem Fall gerecht und billig behandeln und ihnen den vollen Schutz des Vertrags gewähren. Nach Art. 4 Abs. 1 genießen ausländische Kapitalanlagen im Hoheitsgebiet des anderen Vertragsstaats vollen Schutz und volle Sicherheit. Im Vergleich dazu enthalten einige ältere Verträgen ausschließlich letztere (z.B. Vertrag mit Pakistan) bzw. überhaupt keine der beiden Verpflichtungen (z.B. Vertrag mit Malaysia).

3.3.3 ABSCHIRMUNGSKLAUSEL („*UMBRELLA CLAUSE*“)

Art. 8 Abs. 2 des Mustervertrags verpflichtet die Vertragsstaaten, jede Verpflichtung einzuhalten, die sie in Bezug auf Kapitalanlagen von Investoren des anderen Vertragsstaats in seinem Hoheitsgebiet übernommen haben (Alenfeld 1971: 96ff.). Ohne eine solche Klausel wäre der Gaststaat zwar zur Einhaltung von Verträgen verpflichtet, die er unmittelbar mit ausländischen Investoren geschlossen hat. Die staatlichen Institutionen könnten aber durch Änderung der gesetzlichen Rahmenbedingungen auf legale Art und Weise auch den Gegenstand und die Verpflichtungen eines solchen Vertrages beeinflussen. Dies wird durch die Abschirmungsklausel verhindert. Desweiteren führt sie dazu, dass der Investor Ansprüche aufgrund jeglicher Art von Verletzung eines Vertrags mit dem Gaststaat vor ein internationales Schiedsgericht bringen kann. Ohne eine Abschirmungsklausel wäre dies häufig nicht möglich. Verschiedene Verträge enthalten keine Abschirmungsklausel. Dies gilt vor allem für ältere Verträge sowie für den Vertrag mit den Philippinen.

3.3.4 FREIER DEVISENTRANSFER

Nach Art. 5 des Mustervertrags müssen die Vertragsstaaten Investoren des anderen Vertragsstaats den freien Transfer aller Zahlungen gewährleisten, die im Zusammenhang mit einer Kapitalanlage stehen. Dazu gehören insbesondere das Kapital selbst, zusätzliche Beträge zur Aufrechterhaltung oder Ausweitung der Kapitalanlage, Erträge, Rückzahlungen von Darlehen, Erlöse aus der Liquidation oder Veräußerung der Kapitalanlage sowie Enteignungsentschädigungen²³. Gegenstand dieses Artikels sind alle im Zusammenhang mit einer Kapitalanlage stehenden Zahlungen; die Auflistung gibt lediglich Beispiele für derartige Zahlungen und ist nicht abschließend. Während die übrigen Bestimmungen der Investitionsabkommen Kapitalanlagen im Gaststaat schützen, betrifft Artikel 5 die zur Unterhaltung der Kapitalanlage erforderlichen grenzüberschreitenden Vermögenstransfers.

Enteignung, Verstaatlichung oder vergleichbaren Maßnahme und die Höhe der Entschädigung müssen in einem ordentlichen Rechtsverfahren nachgeprüft werden können.“

²³ Artikel 5 des Mustervertrags bestimmt:

“Jeder Vertragsstaat gewährleistet den Investoren des anderen Vertragsstaats den freien Transfer der im Zusammenhang mit einer Kapitalanlage stehenden Zahlungen, insbesondere

a) des Kapitals und zusätzlicher Beträge zur Aufrechterhaltung oder Ausweitung der Kapitalanlage;

b) der Erträge;

c) zur Rückzahlung von Darlehen;

d) des Erlöses aus der vollständigen oder teilweisen Liquidation oder Veräußerung der Kapitalanlage;

e) der in Artikel 4 vorgesehenen Entschädigungen.“

3.3.5 NICHTDISKRIMINIERUNG: INLÄNDERBEHANDLUNG UND MEISTBEGÜNSTIGUNG

Die deutschen BITs untersagen in verschiedener Form Diskriminierungen ausländischer Investoren. Art. 2 Abs. 3 des Mustervertrages formuliert einen allgemeinen Grundsatz, nach dem die Vertragsstaaten Verwaltung, Erhaltung, Gebrauch, Nutzung oder Verfügung über die geschützten Kapitalanlagen in keiner Weise durch willkürliche oder diskriminierende Maßnahmen beeinträchtigen dürfen. Art. 3 präzisiert dies. Danach dürfen Kapitalanlagen, die im Eigentum oder unter dem Einfluss von Investoren des anderen Vertragsstaats stehen, nicht weniger günstig behandelt werden als Kapitalanlagen der eigenen Investoren oder von Investoren aus Drittstaaten. Auch Investoren dürfen hinsichtlich ihrer Betätigung im Zusammenhang mit Kapitalanlagen nicht weniger günstig behandelt werden, als eigene Investoren oder Investoren aus Drittstaaten.

Diese Vorgaben enthalten zwei Verhaltenstandards:

- Den Grundsatz der Inländerbehandlung, der ausländischen Kapitalanlagen und Investoren die gleiche Behandlung zusichert wie ihren inländischen Pendants.
- Den Grundsatz der Meistbegünstigung, der ihnen die gleiche Behandlung zusichert wie Kapitalanlagen und Investoren aus Drittstaaten.

Vergleichbare Klauseln finden sich in kaum abgewandelter Form in allen deutschen BITs. Einige Verträge sehen Ausnahmen vom Grundsatz der Inländerbehandlung vor (siehe dazu Kapitel 4.2.4).

3.4 Das Streitbeilegungsverfahren

Welche Auswirkungen rechtliche Regeln haben, wird wesentlich dadurch beeinflusst, ob es effektive Verfahren für ihre Durchsetzung gibt – das gilt besonders im internationalen Recht. Über viele Jahre wurden Streitigkeiten mit ausländischen Investoren auf dem Wege des diplomatischen Schutzes beigelegt. Der Investor konnte sich an den auswärtigen Dienst seines Heimatstaates wenden, der gegenüber der Regierung des Gaststaates die Einhaltung völkerrechtlicher Verpflichtungen (z.B. aus Investitionsschutzabkommen) einforderte. Schon relativ früh ist Deutschland aber dazu übergegangen, in die deutschen BITs zusätzlich verbindliche Schiedsverfahren zur Beilegung von Streitigkeiten aufzunehmen:

- Sämtliche BITs sehen ein sogenanntes *State-to-State* Schiedsverfahren vor, das vom Heimatstaat des Investors eingeleitet werden kann.
- Bis auf einige ältere Verträge geben die Verträge ausländischen Investoren selbst die Möglichkeit, für die Verletzung ihrer Rechte in einem internationalen Schiedsgerichtsverfahren unmittelbar gegenüber dem Gastland eine Entschädigung einzufordern (sog. *Investor-to-State* Verfahren).

Es ist vor allem das *Investor-to-State* Verfahren, das eine außergewöhnlich effektive Durchsetzung der BITs ermöglicht (UNCTAD 2003a: 6, 13; Brower 2003: 37). Im Folgenden wird ein Überblick über das Verfahren gegeben. Ob die Ausgestaltung des Verfahrens als solches zu

Kollisionen mit legitimen staatlichen Regulierungsinteressen führen kann, wird in Kapitel 4.8 diskutiert.

3.4.1 DIE VERFAHREN

Mittlerweile sehen fast alle deutschen BITs vor, dass ein Investor ein internationales Schiedsverfahren einleiten kann, wenn er seine Rechte aus dem BIT durch den Gaststaat verletzt sieht. Nach Art. 11 des deutschen Mustervertrages sollen Meinungsverschiedenheiten in Bezug auf Kapitalanlagen zunächst soweit wie möglich in Verhandlungen zwischen Gaststaat und Investor beigelegt werden. Nach einer Beilegungsfrist von sechs Monaten kann der ausländische Investor sie einem internationalen Schiedsgericht vorlegen, wie es in internationalen Handelsbeziehungen zwischen Unternehmen üblich ist. Nur einige wenige deutsche BITs (jüngst z.B. Verträge mit China und Chile) sehen vor, dass der Investor zunächst ihm offen stehende innerstaatliche Rechtsmittel ergreifen muss, bevor er ein internationales Schiedsverfahren einleiten kann. Andere Verträge bestimmen, dass der Investor sich für eines der beiden Verfahren entscheiden muss. Hat er diese Entscheidung einmal getroffen, so ist auch nach einem für ihn ungünstigen Ausgang die nachträgliche Einleitung des jeweils anderen Verfahrens ausgeschlossen. Weil es nach einer Entscheidung für ein Verfahren kein zurück mehr gibt, wird diese Regelung auch als *Fork in the road* bezeichnet. Sie ist z.B. im Vertrag mit Indonesien zu finden. Da es sich um Schiedsverfahren handelt, setzt die Befassung mit einer Streitigkeit die Einwilligung sowohl des Gaststaates als auch des ausländischen Investors voraus. Während der Investor diese Einwilligung durch seine Klage zum Ausdruck bringt, erfolgt die Zustimmung des Gaststaats schon im Voraus durch die entsprechende Klausel im BIT, so z.B. Art. 11 des deutschen Mustervertrages. Für das Verfahren verweist das deutsche Muster-BIT ebenso wie die meisten jüngeren BITs auf ein institutionelles Schiedsgerichtsverfahren im Rahmen des *International Center for the Settlement of Investment Disputes (ICSID)*. Dieses beruht auf einem Abkommen von 1965 und ist bei der Weltbank in Washington angesiedelt. Hat der andere Vertragsstaat dieses Abkommen nicht unterzeichnet, so sehen die deutschen BITs sogenannte *ad-hoc*-Verfahren vor (so z.B. im Vertrag mit Indonesien). Danach ist keine Institution für die Entscheidung der Streitigkeit zuständig. Das BIT schreibt selbst oder durch Bezug auf anerkannte internationale Regeln, wie etwa die Schiedsverfahrenregeln der *UN Commission on International Trade Law (UNCITRAL)* oder der *Internationalen Handelskammer (ICC)*, ein bestimmtes Verfahren vor, nach dem ein Schiedsgericht einzurichten und die Sache zu entscheiden ist. Einige wenige Verträge verweisen schließlich auf ein Verfahren im Rahmen der *ICSID-Additional Facility*.

3.4.2 DIE ARBEIT DER SCHIEDSGERICHTE

Keines der in deutschen BITs vorgesehenen Schiedsverfahren ist mit einem ständigen Gericht vergleichbar. Für jeden Fall wird ein gesondertes Schiedsgericht gebildet, das in der Regel aus drei Personen besteht. Die Mitglieder des Schiedsgerichts werden von den Streitparteien selbst bestimmt, wobei üblicherweise jede Partei ein Mitglied benennt, und beide Mitglieder sich auf einen Vorsitzenden einigen. ICSID stellt dafür ein Verzeichnis von Schiedsrichtern zur Verfügung. Bei den Schiedsrichtern handelt es sich in der Mehrzahl um Rechtsanwälte oder

Professoren, die auf dem Gebiet des privaten internationalen Handelsverkehrs als Schiedsrichter tätig sind.

In ihrer Arbeit sind die Schiedsgerichte darauf ausgelegt, schnell, ohne großen Aufwand und ohne öffentliches Aufsehen zu einer Entscheidung zu gelangen. Auch das hat seinen Ursprung in der privaten Schiedsgerichtsbarkeit. Die Verfahren verlaufen unter Ausschluss der Öffentlichkeit. Während ICSID die anhängigen Verfahren unter Angabe der Parteien und des Streitgegenstandes bekannt macht, ist dies bei anderen Verfahren nicht vorgesehen. Nachdem beide Parteien sich schriftlich zu den Streitfragen geäußert haben, folgt in der Regel eine mündliche Verhandlung mit den Parteien an einem neutralen Ort wie Washington, DC oder Stockholm. Hier können auch Zeugen vernommen und andere Beweise vorgebracht werden. Der Schiedsspruch, die Entscheidung des Schiedsgerichts und seine Begründung werden den Parteien im Anschluss ebenfalls unter Ausschluss der Öffentlichkeit mitgeteilt. Eine Veröffentlichung erfolgt nur, wenn beide Parteien einwilligen. Bei ihren Entscheidungen müssen sich die Schiedsgerichte nicht nach den Entscheidungen früherer Schiedsgerichte richten, die ihre Wirkung nur für den Einzelfall und die beteiligten Parteien entfalten (z.B. Art. 53 Abs. 1 ICSID-Übereinkommen). Weil kein Schiedsgericht in seiner Zusammensetzung dem anderen gleicht, lassen die Schiedssprüche auch keine Schlussfolgerungen auf die Rechtsauffassung zukünftiger Gerichte zu. Dennoch spielen die Entscheidungen früherer Investitionsschiedsgerichte und anderer internationaler Gerichte in der Praxis eine wichtige Rolle (siehe Kapitel 3.1).

3.4.3 VERBINDLICHE ENTSCHEIDUNG DER STREITIGKEITEN

In einem Verfahren hat das Schiedsgericht zu entscheiden, ob der Gaststaat durch sein Verhalten die Rechte eines ausländischen Investors aus einem BIT verletzt hat. Gegenstand des Verfahrens kann jede beliebige staatliche Handlung sein, von einer behördlichen Verfügung - z.B. dem Entzug einer Genehmigung - über tatsächliche Handlungen der Behörden des Gaststaates bis hin zu geltenden Gesetzen. Stellt das Schiedsgericht eine Verletzung fest, spricht es dem Investor eine Entschädigung zu. Die Höhe des Anspruchs orientiert sich daran, welche wirtschaftlichen Einbußen dieser erlitten hat. Das Schiedsgericht kann den Gaststaat nicht zwingen, die vom Investor beanstandeten Entscheidungen oder Gesetze aufzuheben, so dass diese auch nach dem Schiedsspruch weiter in Kraft bleiben können. In der Praxis führt allerdings die Aussicht, andernfalls weitere Entschädigungszahlungen leisten zu müssen, in vielen Fällen zur Aufhebung der beanstandeten Maßnahme durch den Gaststaat selbst. Die Entscheidung des Schiedsgerichts ist für den betroffenen Staat bindend. Der Investor kann die Entschädigungszahlung nach Art. 54 der ICSID-Konvention bzw. nach dem *New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Durchsetzung von Schiedsgerichtsurteilen* in zahlreichen Staaten weltweit wie ein inländisches Gerichtsurteil vollstrecken lassen. Im ICSID-Verfahren gilt dies am weitgehendsten: Eine Überprüfung des Schiedsspruchs durch staatliche Gerichte ist nicht vorgesehen. Nur in wenigen Fällen können die Parteien eine Annullierung des Schiedsspruchs auf internationaler Ebene durch ein anderes Schiedsgericht verlangen. Das Annullierungsverfahren erlaubt aber keineswegs eine volle inhaltliche Überprüfung von Schiedssprüchen, sondern kommt nur in Ausnahmefällen zur Anwendung. Es kann eingeleitet

werden, wenn dem Schiedsgericht grobe Verfahrensfehler unterlaufen sind (es z.B. nicht ordnungsgemäß eingesetzt oder korrumpiert wurde), oder wenn dieses offensichtlich seine Befugnisse überschritten hat (Art. 52 der ICSID-Übereinkommens). Das ist z.B. der Fall, wenn ein Schiedsgericht sich für eine ganze Kategorie von Vorwürfen rechtswidrigerweise für nicht zuständig erklärt und damit seine Befugnisse zur Ablehnung der Sache überschreitet (*Aguas del Aconquija, Vivendi/Argentinien – Annullierungsentscheidung*, Abs. 110f.).

Ist ein Schiedsspruch im ICSID-*Additional Facility*-Verfahren oder in einem anderen Verfahren als ICSID ergangen, so unterliegt er in begrenztem Maße einer Überprüfung durch staatliche Gerichte. Zum einen können die Parteien des Schiedsgerichtsverfahrens in dem Staat, in dem das Schiedsgericht seinen juristischen Sitz hatte, innerhalb von drei Monaten vor den örtlichen Gerichten die Aufhebung des Schiedsspruchs beantragen (Art. 34 UNCITRAL *Model Law on International Commercial Arbitration*, § 1059 der deutschen Zivilprozessordnung). Zum anderen muss der Schiedsspruch für die Vollstreckung durch ein staatliches Gericht am Vollstreckungsort anerkannt werden (Art. V des *New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Durchsetzung von Schiedsgerichtsurteilen*, § 1059 der deutschen Zivilprozessordnung). Sowohl die Aufhebung als auch die Verweigerung der Anerkennung haben nur Erfolg, wenn das Schiedsgericht sein Mandat überschritten hat, ihm grobe Verfahrensfehler unterlaufen sind oder wenn der Schiedsspruch grundlegenden Bestandteilen der 'öffentlichen Ordnung' widerspricht. Damit sind grundlegende Verfahrensregeln und materielle Wertvorstellungen gemeint, deren Einhaltung das örtliche Rechtssystem als zwingend vorsieht (Arfazadeh 2002). Eine vollständige inhaltliche Überprüfung des Schiedsspruchs lassen auch diese Verfahren nicht zu²⁴.

3.4.4 PRAKTISCHE BEDEUTUNG

Insbesondere das *Investor-to-State*-Verfahren wird von Investoren immer stärker genutzt; die Zahl der Investitionsstreitigkeiten ist in den letzten Jahren sprunghaft angestiegen. Weltweit sind bis November 2004 160 Verfahren bekannt geworden, von denen allein 92 in den letzten drei Jahren eingeleitet wurden (UNCTAD 2004). Auch ohne Berücksichtigung der insgesamt 34 Streitigkeiten im Zusammenhang mit der argentinischen Finanzkrise stieg die Zahl der Fälle von 17 in 2002 auf 24 in 2003 und 20 bis November 2004. In insgesamt vier der derzeit anhängigen Fälle haben deutsche Investoren das Verfahren eingeleitet (siehe Tabelle 1)

²⁴ Die NAFTA-Staaten haben in den letzten Jahren in verschiedenen Fällen die Aufhebung eines Schiedsspruchs beantragt, aber nur in einem Fall war dies erfolgreich. Im *Metalclad*-Fall verweigerte der Oberste Gerichtshof von British Columbia (Kanada) Teilen des Schiedsspruchs die Anerkennung, weil er meinte, die Auslegung der NAFTA-Bestimmungen durch das Schiedsgericht gehe weit über den tatsächlichen Wortlaut des Abkommens hinaus. Der Schiedsspruch war in einem ICSID-*Additional Facility*-Verfahren ergangen, in dem anders als in einem gewöhnlichen ICSID-Verfahren keine automatische Anerkennung des Schiedsspruchs erfolgt.

Parteien	Stand des Verfahrens	Nummer	Betroffenes BIT	Gegenstand
Siemens/ Argentinien	Entscheidung über Zuständigkeit am 3.8.04	ICSID ARB/02/8	D/ Argentinien	Vertrag über ein Einwanderungskontrollsystem / argentinische Finanzkrise
Fraport/ Philippinen	Schiedsgericht gebildet am 11.2.04	ICSID ARB/03/25	D/ Philippinen	Bau- und Betriebsvertrag für ein Terminal am Flughafen von Manila/ Korruptionsvorwürfe
OKO und andere (deutsche und finnische Banken)/Estland	Schiedsgericht gebildet am 8.3.04	ICSIDNo. ARB/04/6	D/ Estland	Nichtbedienung einer Kreditsicherheit durch ein staatliches Unternehmen
Wintershall/ Argentinien	Anhängig seit dem 15.7.04	ICSID No. ARB/04/14	D/ Argentinien	Gas- und Ölproduktion/ argentinische Finanzkrise

Das *Investor-to-State* Verfahren führt dazu, dass Streitigkeiten nicht durch staatliche Institutionen – vor allem das Gerichtssystem – ausgetragen, sondern in einem auf internationaler Ebene eingerichteten Verfahren entschieden werden (siehe zum Folgenden Muchlinski 1999: 534 ff.; UNCTAD 2003a: 6-13). Damit sollen eine einseitige Parteinahme staatlicher Gerichte zugunsten des Gaststaates sowie eventuelle Einflussnahmen der Regierung verhindert werden. Darüber hinaus soll die Rechtsdurchsetzung unabhängig von politischen Erwägungen der Regierungen des Gaststaats und des Heimatstaats eines Investors erfolgen. Eine Lösung über Verhandlungen auf Regierungsebene zur Gewährung diplomatischen Schutzes oder über zwischenstaatliche Streitschlichtungsverfahren (z.B. in der WTO), in denen ausschließlich Regierungen als 'Kläger' ein Verfahren einleiten können, würde demgegenüber voraussetzen, dass die Regierung des Heimatstaates sich für den Investor einsetzt. Diese Bereitschaft ist nicht immer vorhanden, weil derartige Verhandlungen häufig Auswirkungen auf das politische Verhältnis zwischen den beteiligten Staaten haben. Zudem führen Regierungsverhandlungen keineswegs immer zum Erfolg.

Obwohl Investoren aufgrund des *Investor-to-State* Verfahrens für die Rechtsdurchsetzung nicht mehr auf ihre Regierung angewiesen sind, ist der diplomatische Schutz für Investoren keineswegs bedeutungslos geworden. Im Gegenteil hat die Möglichkeit, ein Schiedsgericht anzurufen, auch die Durchschlagskraft diplomatischer Lösungsversuche eher gestärkt. Im Sinne eines *bargaining in the shadow of the law* kann auch bei Verhandlungen auf die schiedsgerichtlichen Durchsetzungsmöglichkeiten verwiesen werden, um den Druck zur Einhaltung eines Investitionsschutzvertrages zu erhöhen. Gerade die Kombination aus politischen und schiedsgerichtlichen Durchsetzungsmöglichkeiten scheint damit für die Effektivität des Investitionsschutzes verantwortlich zu sein.

4 Einzelne Regulierungsbereiche

In diesem Teil der Studie wird untersucht, inwiefern deutsche BITs den Spielraum für staatliche Regulierung im Gaststaat einer Kapitalanlage einschränken. Grundsätzlich unterliegt jede Art staatlicher Regulierung den Bestimmungen internationaler Investitionsabkommen²⁵. Auch aus den deutschen Abkommen ist zunächst nicht ersichtlich, dass Maßnahmen der staatlichen Regulierung im öffentlichen Interesse nicht von den Abkommen betroffen wären. Eine Einschränkung könnte sich allenfalls aus Art. 10 des Mustervertrags ergeben, wonach ein Schiedsgerichtsverfahren nur eingeleitet werden kann, wenn eine Meinungsverschiedenheit „*in Bezug auf eine Kapitalanlage*“ besteht. Danach muss aber nicht die Maßnahme selbst, sondern die Meinungsverschiedenheit einen Bezug zur Kapitalanlage aufweisen. Grundsätzlich dürfte der Bezug schon gegeben sein, wenn die Parteien um die sich aus dem Investitionsschutzvertrag ergebenden Rechte und Pflichten gegenüber einem Investor streiten.

Im Folgenden wird das Spannungsfeld zwischen den deutschen BITs und staatlicher Regulierung beispielhaft für einige Regulierungsbereiche dargestellt. Problembereiche werden auf Grundlage praktischer Erfahrungen mit Investitionsabkommen in Form von Schiedsverfahren sowie der internationalen wissenschaftlichen und politischen Diskussion herausgearbeitet. Nach einer Darstellung des Problemfelds wird das Verhältnis zu den relevanten Schutzbestimmungen der BITs erörtert. Da sich viele Fragen in ähnlicher Weise für mehrere der untersuchten Regulierungsbereiche stellen, werden sie im ersten Abschnitt ausführlicher diskutiert.

4.1 Umwelt

Der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen wird in den deutschen wie auch in den meisten anderen Investitionsschutzabkommen mit keinem Wort erwähnt. Dennoch haben die Abkommen in verschiedenster Art und Weise Einfluss auf den Umwelt- und Naturschutz im Gastland, aber auch auf internationaler Ebene (siehe zum Folgenden Clemenceau 2000; OECD 1997). Im Hinblick auf die Auswirkungen ausländischer Investitionen im Gastland zeigen zahlreiche Fälle, dass ausländische Unternehmen teilweise massive Umweltprobleme verursachen – das bekannteste Beispiel ist der Chemieunfall in der indischen Stadt Bhopal im Jahr 1984, der mehr als 8.000 Menschenleben forderte. Andererseits können ausländische Investoren das notwendige Kapital und Know-how für den Einsatz fortschrittlicher Umweltschutztechnologien beschaffen, so dass Produktionsstätten ausländischer Unternehmen häufig wesentlich höheren Umweltschutzstandards genügen, als einheimische Unternehmen. Auf internationaler Ebene birgt ein zunehmender Wettbewerb um ausländische Investoren die Gefahr, dass dies zu einem Wettbewerb um die niedrigsten Umweltstandards führt. Entscheiden sich die Unternehmen für die Produktionsstandorte mit den niedrigsten Umweltstandards („*pollution havens*“), so ist

²⁵ Internationale Schiedsgerichte haben das mehrfach bestätigt. Sie anerkennen zwar, dass sie nicht zur Beurteilung allgemeiner wirtschaftspolitischer oder anderer Maßnahmen berufen sind, zumal wenn diese in parlamentarischen Gesetzen bestehen. Die Auswirkungen dieser Maßnahmen auf Investoren können sie aber sehr wohl überprüfen (siehe etwa *CMS/Argentinien*, Abs. 33; *Enron/Argentinien*, Abs. 29f.; *CME/Tschechische Republik*, Abs. 586ff.).

danach zu erwarten, dass Staaten untereinander um die niedrigsten Standards wetteifern (*race to the bottom*) und schon die bloße Furcht vor dem Verlust von Wettbewerbsvorteilen dazu führt, dass keine höheren umweltpolitischen Anforderungen in Betracht gezogen werden (*regulatory chill*). Andererseits sind auch hier Fälle nachgewiesen, in denen eher ein *race to the top* stattfand. Welche der Hypothesen sich im Einzelfall realisiert, hängt sowohl von der Art der Investition, als auch vom wirtschaftlichen und regulatorischen Umfeld im Gastland ab. Hier sind internationale Investitionsschutzabkommen und damit auch die deutschen BITs von Bedeutung. Es stellt sich die Frage, ob sie dem Gaststaat genügend Freiraum für die Regulierung ausländischer Investitionen zum Schutz der Umwelt belassen (UNCTAD 2001a: 7f.). Dies wird im Folgenden untersucht²⁶.

4.1.1 UMWELTSCHUTZMAßNAHMEN ALS ENTSCHÄDIGUNGSPFLICHTIGE ENTEIGNUNGEN?

Möglicherweise können staatliche Maßnahmen zum Schutz der Umwelt, wie etwa die Einrichtung eines Naturschutzgebietes, der Entzug einer abfallrechtlichen Betriebsgenehmigung oder ein Gesetz zum Verbot bestimmter Stoffe, unter bestimmten Umständen als Enteignungen im Sinne der deutschen BITs eingestuft werden. Das hätte zur Folge, dass der Staat betroffenen ausländischen Investoren eine Entschädigung zahlen muss.

Was ist eine Enteignung?

Wie kann es dazu kommen? Die deutschen BITs stellen indirekte Enteignungen sowie Maßnahmen, deren Auswirkungen einer Enteignung gleich kommen, einer formellen Entziehung des Eigentums gleich. Sie schützen also nicht nur vor Akten wie der Enteignung eines Grundstücks für den Bau einer Straße oder vor der Verstaatlichung eines Unternehmens. Ob eine enteignende Maßnahme vorliegt, hängt nach dem Wortlaut vielmehr davon ab, ob die Auswirkungen einer staatlichen Maßnahme auf den Investor so erheblich sind, dass sie den Wert des Eigentumstitels für ihn wie eine formelle Entziehung beeinträchtigen, die in der Regel zu einer vollständigen Aufhebung der Nutzungsmöglichkeit am Eigentum führt. In den Protokollnotizen mancher Verträge ist in diesem Zusammenhang von einer erheblichen Beeinträchtigung des Eigentums die Rede (z.B. Protokoll Nr. 3 zu Art. 4 des Vertrags mit Chile). Auch Sinn und Zweck der Verträge sprechen dafür, dass der Enteignungsbegriff derart weit auszulegen ist: Der Förderung und dem Schutz von Kapitalanlagen ist durch einen weiten Enteignungsbegriff besser gedient. Dieser Ansatz wird schließlich durch einen Blick in die Entscheidungspraxis internationaler Schiedsgerichte bestätigt. Obwohl zur Auslegung des Enteignungsbegriffs in deutschen BITs noch keine Entscheidungen ergangen sind, geben auch Entscheidungen auf der Grundlage anderer Investitionsverträge Anhaltspunkte für die Auslegung der Enteignungsklauseln in deutschen BITs, da die Enteignungsklauseln in den meisten der weltweit abgeschlossenen BITs sowie im NAFTA-Abkommen sich weitgehend gleichen.

²⁶ Zur Frage, ob die deutschen BITs als ein Teil des regulatorischen Rahmens für ausländische Investitionen allgemeine Verpflichtungen zum Schutz der Umwelt begründen, siehe Kapitel 6.2.

Im NAFTA-Fall *Metalclad/Mexiko*, einer der meist diskutierten Schiedsgerichts-Entscheidungen der 90er Jahre, hatte ein US-amerikanisches Unternehmen in Mexiko ein Grundstück für die Errichtung einer Sondermülldeponie erworben. Die für Umweltfragen zuständige Bundesbehörde erteilte eine Erlaubnis für die Eröffnung der Deponie und der Investor meinte, dieser stünde nichts mehr entgegen. Vor Ort regte sich aber Widerstand und die örtliche Bauverwaltung verweigerte die notwendige Baugenehmigung. Zudem stellte sie die Fläche unter Naturschutz, so dass die Errichtung der Deponie unmöglich wurde²⁷. Obwohl Metalclad weiter Eigentümer des Grundstücks blieb, hielt das Schiedsgericht das Verhalten der mexikanischen Verwaltung für eine entschädigungspflichtige Enteignung, weil es dem Eigentümer den Gebrauch und den zu erwartenden wirtschaftlichen Ertrag aus seinem Eigentum zu einem bedeutenden Teil entzog (Abs. 103). Das knüpft an mehrere klassische Entscheidungen über Enteignungsschutz im Völkergewohnheitsrecht an, z.B. die Entscheidung des *Iran-US-Claims Tribunal* im Fall *Tippetts/Iran* aus dem Jahr 1984 (S. 219, 226; siehe auch *Biloune/Ghana*: S. 207ff.).

Aus Wortlaut und Zusammenhang der deutschen BITs sowie aus der Entscheidungspraxis internationaler Schiedsgerichte ergibt sich damit, dass eine entschädigungspflichtige Enteignung im Sinne von Art. 4 des Muster-BIT auch dann vorliegen kann, wenn die wirtschaftlichen Auswirkungen einer irgendwie gearteten staatlichen Handlung eine Kapitalanlage ähnlich schwer betreffen wie eine offene Entziehung der Eigentumsrechte. Für das Spannungsverhältnis zwischen Enteignungsschutz und Umweltpolitik folgt daraus, dass umweltpolitische Maßnahmen, deren wirtschaftliche Auswirkungen für Investoren nicht derart schwerwiegend sind, keine entschädigungspflichtigen Enteignungen darstellen. Ein Beispiel dafür ist der Fall *S.D. Myers/Kanada*. Dort hatte das Schiedsgericht über ein kanadisches Giftmüllexportverbot zu entscheiden. Eine US-amerikanische Entsorgungsfirma meinte u.a., das Verbot stelle eine Enteignung seines ausschließlich im Giftmüllexport in die USA tätigen kanadischen Tochterunternehmens dar. Zwar erkannte das Schiedsgericht an, dass der Marktanteil eines Unternehmens grundsätzlich eine Investition im Sinne internationaler Investitionsschutzabkommen darstellen könne. Es wollte aber nicht die Schlussfolgerung ziehen, dass der Verlust des Marktanteils den Wert des Unternehmens derart beeinträchtigte, dass dies einer formellen Enteignung gleichkommt (Abs. 232). Es stellte aber einen Verstoß gegen den Grundsatz der Nichtdiskriminierung fest (siehe dazu Kapitel 4.1.3; ähnlich *Pope & Talbot/Kanada*, Abs. 96). Macht ein Unternehmen demzufolge lediglich den Verlust seiner Marktposition infolge eines Verbots bestimmter umweltschädlicher Dienstleistungen oder Produkte geltend, so dürfte in aller Regel nicht von einer Enteignung zu sprechen sein.

Sind Maßnahmen legitimer öffentlicher Regulierung ausgenommen?

Umweltpolitische Maßnahmen wie die Einrichtung eines Naturschutzgebiets oder die Versagung oder der Widerruf einer umweltrechtlichen Genehmigung können aber schwerwiegendere wirtschaftliche Auswirkungen für einzelne Investoren haben. Derartige Genehmigungen werden

²⁷ Die Fakten des Falls sind im Einzelnen höchst umstritten. So wird im Schiedsspruch nicht erwähnt, dass wohl bereits einige Jahre zuvor ähnliche Pläne eines anderen Unternehmens von der Kommune verhindert worden waren.

in zahlreichen Ländern in vielfältiger Form eingesetzt, hauptsächlich um die von Industrie- und Gewerbeanlagen ausgehenden Umweltgefahren (Emissionen, Abwässer, Abfälle) zu überwachen und die Einhaltung der entsprechenden Rechtsvorschriften, Bauleitpläne oder Naturschutzgebietsausweisungen zu gewährleisten. Da die Errichtung von Gewerbeanlagen oder die Nutzung bestehender Anlagen ohne eine entsprechende Genehmigung unzulässig ist, werden durch die Versagung oder den Widerruf einer Genehmigung häufig bedeutende Investitionen faktisch wertlos.

Beurteilt man das Vorliegen einer Enteignung ausschließlich nach den Auswirkungen einer staatlichen Maßnahme auf den Investor, dann handelt es sich in diesen Fällen trotz legitimer umweltpolitischer Zielsetzungen um eine Enteignung. So wird im o.g. Fall *Metalclad/Mexiko* argumentiert. Das Schiedsgericht stellte fest, dass die Ausweisung des vom Investor für eine Giftmülldeponie vorgesehenen Geländes als Naturschutzgebiet als Enteignung anzusehen sei, selbst wenn damit ein legitimes Anliegen verfolgt werde (Abs. 111). Demgegenüber kann eingewendet werden, dass es nicht Sinn und Zweck von BITs sein kann, die staatliche Regulierung ausländischer Investitionen aus umweltpolitischen Gründen zu beschränken. Das wird von einigen Schiedsgerichten bestätigt, die auch Ziel und Zwecksetzung einer Maßnahme berücksichtigen wollen und staatliche Maßnahmen, die ein legitimes Anliegen z.B. aus dem Umweltschutz verfolgen, nicht als Enteignung werten²⁸. Neben älteren Vorbildern wie der Entscheidung des *Iran-US-Claims Tribunal* im Fall *Sea-Land Services Inc./Iran* meinte etwa das Schiedsgericht im bereits erwähnten Fall *S.D. Myers/Kanada*, dass die Unterscheidung zwischen Enteignung und Regulierung geeignet sei, bei Investitionsschutzverfahren die meisten potentiellen Beschwerden wegen legitimer staatlicher Eingriffe herauszufiltern und so das Risiko zu reduzieren, dass Regierungen bei der Wahrnehmung öffentlicher Angelegenheiten Ziel von Investitionsschutzverfahren sind (Abs. 232). In der Folge hielt das Schiedsgericht das in dem Fall verhängte Giftmüllexportverbot auch aus diesen Gründen nicht für eine Enteignung. Im Fall *MTD/Chile* stellte der Investor den Antrag, den Bebauungsplan für ein von ihm erworbenes Grundstück zu ändern, um die von Anfang an beabsichtigte Entwicklung eines Wohn- und Geschäftskomplexes zu ermöglichen. Obwohl die Pläne des Investors mit der Ablehnung des Antrags durch die Behörden hinfällig wurden, wertete das Schiedsgericht diese nicht als Enteignung, da sie den geltenden Gesetzen entsprach (Abs. 214). Auch im Fall *Mafezzini/Spanien* wollte ein Schiedsgericht in der Einforderung einer Umweltverträglichkeitsprüfung durch die spanischen Behörden gegenüber einem argentinischen Investor keine Enteignung sehen, da damit lediglich bestehende und allseits bekannte Vorschriften durchgesetzt würden (Abs. 70f.).

Folgt man diesem Ansatz, so wären staatliche Maßnahmen, die mit dem ausschließlichen Ziel der sozialen und ökologischen Regulierung der Wirtschaft ergehen und ausländische Investoren weder direkt benachteiligen noch protektionistische Hintergründe haben, keine entschädigungspflichtigen Enteignungen, selbst wenn sie für einzelne Investoren erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen haben. Um zu bestimmen, ob eine Maßnahme danach keine

²⁸ In eine ähnliche Richtung geht auch die sogenannte *Police Powers* Doktrin, nach der die Ausübung nicht-diskriminierender *bona fide* Regulierung keine Enteignung ist (American Law Institute 1987; Dolzer/Stevens 1995: 98).

Enteignung darstellt, könnte etwa eine Rolle spielen, ob eine Maßnahme einen legitimen regulatorischen Zweck verfolgt und inländische und ausländische Investoren gleichermaßen betrifft, ob sich darin lediglich das vom Investor zu tragende allgemeine Risiko sich ändernder regulatorischer Rahmenbedingungen verwirklicht, ob beim Erlass der Maßnahme die Grundsätze des fairen Verfahrens beachtet wurden und ob die Maßnahme in einem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten Zweck steht. Im Gegenzug wäre dann von einer Enteignung im Sinne des deutschen BITs auszugehen, wenn ein eindeutig gegen den ausländischen Investor gerichtetes Vorgehen nachgewiesen werden kann.

In keinem der deutschen BITs gibt es ausdrückliche Anhaltspunkte dafür, dass staatliche Maßnahmen mit umweltpolitischen Zielsetzungen nicht als Enteignungen im Sinne der Verträge gelten sollen. Auch allgemein ist von einem Gleichgewicht zwischen Investitionsförderung und der Wahrnehmung legitimer staatlicher Interessen nicht die Rede. Damit besteht die Gefahr, dass ein Schiedsgericht bei der Auslegung der deutschen BITs wie das Schiedsgericht im Fall *Metalclad/Mexiko* legitime Regulierung wie jede andere staatliche Maßnahme behandeln wird.

Wie sind umweltpolitisch motivierte Enteignungen zu entschädigen?

In manchen Fällen sind aus Umwelt- oder Naturschutzgründen direkte und formale Enteignungen erforderlich. Ein Beispiel dafür ist der Fall *Santa Elena/Costa Rica*. Costa Rica hatte ein von einem ausländischen Investor für die Errichtung eines Hotelkomplexes erworbenes Grundstück formell enteignet. Das Grundstück lag in einem tropischen Wald, war Lebensraum international geschützter Tierarten wie Pumas und Jaguare und sollte zu einem Naturschutzgebiet werden. Eine derartige Maßnahme ist zweifellos eine Enteignung, so dass fraglich ist, in welcher Höhe Entschädigung zu zahlen ist. Nach dem Wortlaut des deutschen Musterabkommens muss die Entschädigung dem Wert der enteigneten Kapitalanlage unmittelbar vor dem Enteignungszeitpunkt entsprechen. Daraus ergeben sich keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass ein besonderes öffentliches Interesse bei der Höhe der Entschädigungszahlung zu berücksichtigen ist. Nur in manchen älteren Verträgen (z.B. Vertrag mit Thailand) ist von einer *gerechten Entschädigung* die Rede. Hier besteht ein gewisser Spielraum, die Entschädigungshöhe etwas geringer ausfallen zu lassen, wenn ein besonderes öffentliches Interesse an der Enteignung besteht. Bestätigt wird die Auslegung des Mustervertrags durch das internationale Schiedsgericht im Fall *Santa Elena/Costa Rica*. Auf der Grundlage des Investitionsgesetzes von Costa Rica, dessen Enteignungsklausel der deutschen BITs entspricht, verpflichtete das Schiedsgericht Costa Rica trotz der nachweislich legitimen Hintergründe der Enteignung, den Investor in voller Höhe zu entschädigen (*Santa Elena/Costa Rica*, Abs. 71). Dies scheint aus mehreren Gründen problematisch. Eigentum sollte immer auch einer gewissen Sozialbindung unterliegen, was auch bei der Bemessung einer eventuellen Entschädigung zu berücksichtigen ist. Zudem stehen gerade in Entwicklungsländern für nichtkommerzielle öffentliche Anliegen wie den Naturschutz kaum Mittel zur Verfügung. Ist aufgrund der deutschen BITs in jedem Fall in voller Höhe des Verkehrswerts zu entschädigen, so wird der Naturschutz dort erheblich erschwert.

4.1.2 GERECHTE UND BILLIGE BEHANDLUNG

Der Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung stellt Mindeststandards für die Behandlung ausländischer Investoren auf, die Behörden und Gerichte im Gaststaat beachten müssen. Dabei stellt sich die Frage, ob diese Standards zu Lasten des öffentlichen Interesses an der Verfolgung umweltpolitischer Zielsetzungen und der Durchsetzung umweltrechtlicher Vorgaben gehen. Besondere Relevanz hat der Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung in umwelt- und naturschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren.

Der Ausgangspunkt: völkerrechtlicher Mindeststandard

Die Begriffe *gerecht* und *billig* selbst geben kaum Hinweise darauf, welche Pflichten ein Gaststaat im Einzelnen gegenüber Investoren hat. Ein Ansatzpunkt ist aber, dass der Standard sich aus dem Völkergewohnheitsrecht entwickelt hat. Geht man davon aus, dass er jedenfalls das geltende Gewohnheitsrecht in Vertragsform gießen soll, so kann der völkergewohnheitsrechtlich anerkannte Mindeststandard einen Anhaltspunkt für die Auslegung geben²⁹. Ursprünglich wurde für die Bestimmung des völkergewohnheitsrechtlichen Mindeststandards auf die von einem Schiedsgericht im klassischen *Neer-Fall* entwickelte Formel zurückgegriffen. Danach verletzt ein Staat den Mindeststandard, wenn er einen klaren Rechtsverstoß begeht, oder ihm Bösgläubigkeit, eine absichtliche Vernachlässigung seiner Pflichten oder ein unzureichendes Eingreifen vorzuwerfen ist, und wenn dies so weit hinter internationale Standards zurückfällt, dass jeder vernünftige und unparteiische Beobachter es ohne weiteres als ungenügend bezeichnen würde. Nach Auffassung mehrerer jüngerer Schiedsgerichte ist der völkergewohnheitsrechtliche Mindeststandard heute aber umfassender und setzt nicht mehr voraus, dass die handelnden staatlichen Organe Investoren willentlich beeinträchtigen. Vielmehr verstößt jede staatliche Handlung, die eindeutig unangemessen und verurteilungswürdig ist, gegen den Standard, selbst wenn sich dies nur aus ihren unbeabsichtigten Nebenfolgen ergibt (*Mondev/USA*, Abs. 127; *ADF/USA*, Abs. 179; *Waste Management/Mexiko*, Abs. 89ff.). Nachdem mittlerweile verschiedene Schiedsgerichte der erweiterten Fassung des gewohnheitsrechtlichen Mindeststandards gefolgt sind, spricht eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, dass Schiedsgerichte bei der Auslegung der deutschen BITs diesen ‚modifizierten Mindeststandard‘ zu Grunde legen werden.

Transparenzgebot und Notwendigkeitstest?

Ein Schiedsgericht könnte weiter gehen und die Pflicht zur billigen und gerechten Behandlung als ein umfassendes Transparenzgebot für staatliches Handeln gegenüber ausländischen

²⁹ Zwar findet sich im Gegensatz zu anderen Abkommen (z.B. Art. 1105 NAFTA, siehe auch *NAFTA Free Trade Commission Clarifications Related to NAFTA Chapter 11*) im Wortlaut der deutschen Investitionsverträge keinerlei Bezug zum völkergewohnheitsrechtlichen Mindeststandard. Überwiegend wird aus dem Wortlaut von Abkommen wie den deutschen, die keinen Bezug auf den völkergewohnheitsrechtlichen Mindeststandard enthalten, denn auch geschlossen, dass die darin enthaltenen Verpflichtungen eigenständig und ohne Rückgriff auf gerichtliche Entscheidungen zum Völkergewohnheitsrecht interpretiert werden müssen (Mann 1981: 244; UNCTAD 1999b: 39f.; Dolzer/Stevens 1994: 60). Der gewohnheitsrechtliche Mindeststandard wird aber allgemein als Kern der Verpflichtung zur gerechten und billigen Behandlung anerkannt.

Investoren auslegen. Ansatzpunkt dafür wäre, dass Sinn und Zweck der deutschen BITs laut Präambel vor allem der Schutz und die Förderung ausländischer Investitionen ist. Daraus könnte man ableiten, dass die Verpflichtungen zu gerechter und billiger Behandlung als Generalklauseln zu interpretieren sind, die Investoren ein investitionsfreundliches Klima, transparente Verfahren und einen Schutz vor politischen Risiken gewährleisten. Im Extremfall könnte dies dazu führen, sämtliche für Investoren potentiell nachteilige staatliche Handlungen einer intensiven Überprüfung durch internationale Schiedsgerichte zu unterziehen. Dem lässt sich entgegenhalten, dass ohne eindeutige Anhaltspunkte im Vertragstext gerade die Vertragsparteien völkerrechtlicher Verträge im Zweifel keine umfassenden Bindungen eingehen wollen, die mit derart erheblichen potentiellen Auswirkungen für staatliches Handeln gegenüber Investoren verbunden sind. Auch die äußerst knappe Formulierung der Pflicht zur gerechten und billigen Behandlung spricht dagegen, diese als Generalklausel auszulegen, die alle für ausländische Investitionen intransparente staatliche Akte unterbindet.

Verschiedene Schiedsgerichtsentscheidungen zeigen, welche Bedeutung der Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung im Einzelfall haben kann. Da sich die Vorschriften zur gerechten und billigen Behandlung in verschiedenen Investitionsverträgen weitgehend gleichen, können die Entscheidungen auch einen Anhaltspunkt für die Auslegung der deutschen BITs geben.

Im bereits erwähnten Fall *Metalclad/Mexiko* (siehe Kapitel 4.1.1) hatte der Investor bereits eine Erlaubnis für die Eröffnung einer Giftmülldeponie erhalten. In dieser Lage sah es das Schiedsgericht als einen Verstoß gegen den Grundsatz der billigen und gerechten Behandlung an, dass die örtliche Baubehörde die Baugenehmigung für die Deponie verweigerte, weil sie diese für gesundheitsgefährdend hielt. Zur Begründung kam es aufgrund einer eigenen Interpretation mexikanischen Verfassungs- und Verwaltungsrechts zu dem Ergebnis, dass die Kommune für eine Untersagungsverfügung aus Umweltgründen überhaupt nicht zuständig gewesen sei (Abs. 79ff.). Weil Bundesbehörden dem Investor entgegen der Rechtslage versichert hatten, es bedürfe keiner weiteren Genehmigungen, sei das Verhalten der mexikanischen Behörden zudem widersprüchlich gewesen (Abs. 88ff.). Nur weil das Verfahren als *ICSID-Additional Facility*-Verfahren geführt worden war und daher der Überprüfung durch die Gerichte am Sitz des Schiedsgerichts in Kanada unterlag, wurden diese Teile des Schiedsspruchs später vom Obersten Gerichtshof von British Columbia aufgehoben (*Metalclad/Mexiko*, Entscheidung des *Supreme Court of British Columbia*).

Nicht aufgehoben wurde der Schiedsspruch im ähnlich gelagerten Fall *Tecmed/Mexiko*. Hier hatten die örtlichen Behörden wegen geringfügiger Rechtsverstöße durch den Betreiber einer Giftmülldeponie die Erneuerung der Betriebsgenehmigung verweigert (Abs. 103f., 123). Das Schiedsgericht warf den Behörden vor, dies sei tatsächlich nicht zum Schutz der Bevölkerung oder der Umwelt erfolgt, sondern um eine Umsiedlung der Deponie zu erzwingen (Abs. 157). Die Umsiedlung wurde von örtlichen Bürgerinitiativen gefordert, weil die Deponie zwar legal errichtet worden war, die Abstände zur Wohnbebauung aber nicht mehr den Anforderungen an neue Deponien entsprachen. Auch hier stellte das Schiedsgericht ein umfassendes Transparenzgebot auf, das es u.a. aus dem *bona fide*-Prinzip herleitete (Abs. 154). Weil die Behörden mit dem Betreiber in Verhandlungen über eine Umsiedlung standen, hätten sie

legitime Erwartungen geweckt, dass die Deponie bis zur Umsiedelung beibehalten werden könne (Abs. 158-160). Zudem hatte der Betreiber die Deponie kurz zuvor von einem staatlichen Eigentümer erworben und dabei, so das Gericht, auch Zusicherungen für eine Betriebsgenehmigung erhalten (Abs. 167-171).

Im Fall *MTD/Chile* hatte die für ausländische Investitionen zuständige Behörde unter ministerieller Beteiligung einen Investitionsvertrag unterzeichnet. Zwar machte Chile glaubhaft, dass nach chilenischem Recht die Behörde lediglich für die grundsätzliche Anwerbung ausländischer Investoren zuständig sei und die Investoren selbst für die Einhaltung örtlicher Rechtsvorschriften verantwortlich seien. Dennoch meinte das Schiedsgericht, schon durch die Kontaktaufnahme mit der Investitionsbehörde habe der Gaststaat ein grundsätzliches Vertrauen geschaffen, dass auch der örtliche Bebauungsplan für das geplante Projekt verändert würde. Nur weil dem Investor seinerseits gewisse Fehler vorzuwerfen waren, stellte es letztlich keinen Rechtsverstoß fest (*MTD/Chile*, Abs. 214).

Insgesamt lässt sich aus den Entscheidungen der Schiedsgerichte eine gewisse Sympathie für ein umfassendes Transparenzgebot erkennen (siehe *Metalclad/Mexiko*, Abs. 115; *Pope & Talbot/Kanada* Abs 116; *Tecmed/Mexiko* Abs. 154). Gleichzeitig zeigen die Entscheidungen, dass für die Auslegung des Grundsatzes der gerechten und billigen Behandlung allgemeine Formeln nur begrenzt weiterhelfen und es wesentlich auf die Umstände jedes Einzelfalls ankommt. Deutlich wird aber auch, dass sich bei der Überprüfung, ob Verwaltungshandlungen dem Maßstab der billigen und gerechten Behandlung entsprechen, gewisse Überschneidungen mit einer Überprüfung der inhaltlichen Rechtfertigung behördlicher Akte ergeben. Am offensichtlichsten wird dies im Fall *Tecmed/Mexiko*: Obwohl der Investor hier im Zusammenhang mit dem Betrieb seiner Giftmülldeponie verschiedene Rechtsverstöße begangen hatte, war das Schiedsgericht der Auffassung, die mexikanischen Behörden hätten den Investor zunächst abmahnen können und hätten damit ein milderer Mittel für die Rechtsdurchsetzung zur Verfügung gehabt (Abs. 124, 167). Damit wird in einer Art Notwendigkeitstest für staatliche Handlungen überprüft, ob diese für die mit ihnen verfolgten Zwecke geeignet sind und nicht stärker in die Rechte der Betroffenen eingreifen, als es zur Erreichung dieser Zwecke erforderlich ist. Wird diese Argumentation konsequent fortgeführt, so könnte sie in Richtung einer inhaltlichen Überprüfung auch allgemeiner gesetzlicher Vorschriften führen. Ein Schiedsgericht müsste dann z.B. auch überprüfen, ob es hinreichende wissenschaftliche Grundlagen für Maßnahmen gegen Umwelt- und Gesundheitsgefahren gibt³⁰.

Bewertung

Die genannten Fälle machen deutlich, dass die Durchsetzung gesetzlicher Vorschriften im Umwelt- und Planungsrecht in bestimmten Fällen mit der Verpflichtung zur gerechten und billigen Behandlung ausländischer Investoren in Konflikt geraten kann. Derartige Konflikte sind insbesondere zu befürchten, wenn die Behörden zuvor dem Investor in irgendeiner Art und Weise dazu Anlass gegeben haben, auf eine bestimmte Rechtsauffassung der Behörde zu

³⁰ Siehe etwa die Argumentation des kanadischen Investors im Fall *Methanex/USA* (Schriftsatz des Klägers vom 28.8.2000, Abs. 84, 85).

vertrauen. Das wird regelmäßig vor allem dann der Fall sein, wenn dem Investor eine Genehmigung oder sonstige Zusicherung erteilt wurde. Dabei verlangen die Schiedsgerichte den Behörden ein hohes Maß an Konsistenz ihres Handelns ab, das zwar an sich wünschenswert wäre, in vielen Ländern insbesondere des Südens aber nicht immer zu erfüllen sein dürfte. Gerade in föderalen Staaten sind zudem häufig verschiedene staatliche Behörden für unterschiedliche Genehmigungen zuständig. Die Entscheidungen der Schiedsgerichte gehen demgegenüber von der völkerrechtlich geprägten Sichtweise aus, dass der Staat als eine Einheit gilt und dass schon Zusagen oder Verhaltensweisen einer staatlichen Stelle ein hinreichendes Vertrauen begründen, dass sich auch alle anderen staatlichen Stellen danach verhalten würden. Angesichts der hohen Anforderungen der Schiedsgerichte besteht die Gefahr, dass Gaststaaten aus Furcht vor Schadensersatzansprüchen vor der Rechtsdurchsetzung gegenüber ausländischen Investoren generell zurückschrecken. Dabei könnten auch notwendige und sinnvolle politische Initiativen zur Veränderung regulatorischer Rahmenbedingungen unterbleiben. Bestrebungen, aus dem Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung ein umfassendes Transparenzgebot sowie eine Befugnis internationaler Schiedsgerichte zur umfassenden inhaltlichen Überprüfung von Entscheidungen der Behörden im Gaststaat herzuleiten, würden diese Gefahr weiter verstärken. Um dies zu verhindern, wäre klarzustellen, dass der Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung nicht vor Veränderungen der politischen und rechtlichen Rahmenbedingungen für eine Kapitalanlage schützt und dass es grundsätzlich die Pflicht ausländischer Investoren ist, sich mit der rechtlichen und politischen Lage im Gaststaat sowie den Zuständigkeiten verschiedener Verwaltungsebenen vertraut zu machen³¹.

4.1.3 INLÄNDERBEHANDLUNG

Differenzierungen zwischen ökologisch vorteilhaften und weniger vorteilhaften Kapitalanlagen können umweltpolitisch erforderlich sein, z.B. um umweltfreundliche Technologien oder Betriebe zu fördern oder besonders umweltfeindliche Tätigkeiten zu untersagen. Sie können aber mit dem Grundsatz der Inländerbehandlung in Widerspruch geraten. Während die Inländerbehandlungsklauseln in den deutschen BITs bisher noch nicht zu derartigen Konflikten geführt haben, zeigt ein Blick auf andere Fälle, dass insbesondere umwelt- oder gesundheitspolitisch begründete Verbote bestimmter Produkte und Dienstleistungen problematisch sein können. Im bereits geschilderten Fall *S.D. Myers/Kanada* hielt das Schiedsgericht ein Giftmüllexportverbot für einen Verstoß gegen den Grundsatz der Inländerbehandlung, weil es ausländische Investoren, die den Giftmüll im Ausland entsorgten, stärker betraf als inländische Entsorger. In *Ethyl/Canada* griff ein US-amerikanischer Investor ein Verbot für den Import und den interregionalen Handel mit dem Benzinzusatzstoff MMT an (siehe zum Folgenden Soloway 1999). Das Importverbot wurde unter Verweis auf mögliche Gesundheitsgefahren von MMT und auf dessen Unverträglichkeit mit moderner, ressourcensparender Motortechnik eingeführt. Allerdings boten die durchgeführten Risikobewertungen nach kanadischem Recht keine ausreichende Grundlage für ein generelles Verbot des Stoffes. Zudem bestanden Hinweise, dass das Importverbot als Resultat von

³¹ So argumentiert z.B. auch das Schiedsgericht in *Feldman/Mexiko*, Abs. 132.

Lobbykampagnen der Autoindustrie eingeführt worden war. Der US-amerikanische MMT-Hersteller Ethyl argumentierte, dass das Importverbot sein Unternehmen, das MMT ausschließlich exportierte, im Vergleich zu den kanadischen Herstellern des Ersatzstoffes schlechter stelle. Gelegenheit zur Überprüfung dieser Argumentation gab es jedoch keine, da die kanadische Regierung einen Vergleich mit Ethyl schloss, nach dem das Handelsverbot aufgehoben und Ethyl mit 19,3 Millionen US-Dollar entschädigt wurde.

Auch der noch anhängige Fall *Methanex/USA* betrifft das Verbot eines Benzinzusatzstoffes (Methyl), dessen Import das kanadische Unternehmen Methanex betreibt. Auch hier geht es neben der Frage der Zulässigkeit des Verbots vor allem um eine mögliche Verletzung des Grundsatzes der Inländerbehandlung und eine Enteignung. Methanex macht geltend, dass das Verbot vor allem ausländische Produzenten treffe und dem Schutz der US-amerikanischen Ethanol-Industrie diene, die ein unmittelbares Konkurrenzprodukt zu Methyl herstellt (*Methanex/USA – Zweite ergänzende Klageschrift* vom 5.11.2003).

Was fällt unter den Grundsatz der Inländerbehandlung?

Der Grundsatz der Inländerbehandlung untersagt neben Regelungen, die ausdrücklich zwischen in- und ausländischen Investoren unterscheiden, auch solche, die diese formal gleich behandeln, ausländische Investoren aber *de facto* stärker belasten. Dies ergibt sich u.a. aus einer Protokollbestimmung zu Art. 3 Abs. 2 des deutschen Mustervertrags, die neben einigen Beispielen wie unterschiedlicher Behandlung im Falle von Einschränkungen des Bezugs von Roh- und Hilfsstoffen bestimmt, dass sonstige Maßnahmen mit ähnlicher Auswirkung unter die Klausel fallen. Danach kommt es für das Vorliegen einer weniger günstigen Behandlung nicht so sehr darauf an, dass z.B. bestimmte Vorschriften ausdrücklich nur für ausländische Investoren gelten. Entscheidend ist vielmehr, ob die Maßnahmen für ausländische Investoren nachteiligere *Auswirkungen* als für inländische Investoren haben (siehe auch UNCTAD 1999: 12). Dies wird auch durch die internationale Entscheidungspraxis zu vergleichbaren Klauseln in anderen Investitionsschutzverträgen bestätigt. Danach verletzen auch *de facto*-Benachteiligungen den Grundsatz der Inländerbehandlung. Umweltpolitische Regelungen wirtschaftlicher Tätigkeiten, die typischerweise vor allem von ausländischen Investoren ausgeübt werden, können als Benachteiligung gelten, selbst wenn sie formal gleichermaßen auf inländische Investoren anwendbar sind.

Sind ökologisch unterschiedlich zu bewertende Kapitalanlagen vergleichbar?

Voraussetzung für eine formal oder tatsächlich günstigere Behandlung inländischer im Vergleich zu ausländischen Kapitalanlagen und Investoren ist, dass diese überhaupt vergleichbar sind. Das könnte ein erster Ansatzpunkt für umweltpolitisch legitimierte Differenzierungen sein. Genügt es für einen Vergleich schon, dass ein inländisches Unternehmen im gleichen Wirtschaftssektor wie der ausländische Investor tätig ist und beide im Wettbewerb miteinander stehen, verstieße jede Schlechterstellung ausländischer Investoren, mag sie auch auf noch so einsichtigen Motiven oder Unterschieden zwischen der konkreten Tätigkeit der beiden Unternehmen beruhen, gegen den Grundsatz der Inländerbehandlung. In diesem Sinne entschied ein Schiedsgericht im Fall *S.D.Myers/Kanada*, dass ein mit dem Betrieb von

Giftmülldeponien befasstes Unternehmen vergleichbar ist mit der Niederlassung eines ausländischen Unternehmens, die den Giftmüll zur Entsorgung ins Ausland übernimmt (Abs. 251; siehe auch Kapitel 4.7.2). Gegen diesen Ansatz spricht aber, dass nicht selten weder in- und ausländische Investoren noch die von ihnen hergestellten Güter oder Dienstleistungen im Wettbewerb miteinander stehen. Zudem unterscheiden sich Kapitalanlagen, vielleicht anders als Handelswaren, in vielfältiger Weise, z.B. durch die örtliche Lage einer Produktionsanlage oder einer Mine, durch ihre Auswirkungen auf Mensch und Umwelt oder durch die Zuverlässigkeit und Qualifikation eines Investors im Dienstleistungsbereich. So führte der oben genannte Test im Fall *S.D. Myers/Kanada* dazu, dass außer Betracht blieb, dass die umweltfreundliche Entsorgung der Giftabfälle durch den Investor in den USA aus Sicht der kanadischen Behörden nicht eindeutig sichergestellt war. Daher sollte eine Vergleichbarkeit zweier Investoren bzw. Kapitalanlagen im gleichen Wirtschaftssektor erst dann angenommen werden, wenn der ausländische Investor dargelegt hat, dass diese jedenfalls hinsichtlich ihrer wesentlichen Charakteristika vergleichbar sind. Der Wortlaut der deutschen BITs gibt dafür aber keine Anhaltspunkte.

Umweltpolitische Rechtfertigung

Ein weiterer Ansatz zur Berücksichtigung umweltpolitisch legitimer Differenzierungen könnte in einer Art ‚Rechtfertigung‘ für die unterschiedliche Behandlung in- und ausländischer Kapitalanlagen und Investoren im gleichen Sektor bestehen, wenn damit legitime Ziele verfolgt werden. Eine Protokollnotiz des deutschen Mustervertrags besagt, dass *„Maßnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, der Volksgesundheit oder Sittlichkeit zu treffen sind, nicht als "weniger günstige" Behandlung gelten“*. Sie verstoßen danach nicht gegen den Grundsatz der Inländerbehandlung, selbst wenn sie inländische Kapitalanlagen günstiger als ausländische behandeln.

In der internationalen Entscheidungspraxis wird die allgemeine Möglichkeit einer Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen unabhängig von derartigen Protokollnotizen weitgehend anerkannt. Das bestätigte etwa das Schiedsgericht im Fall *Pope & Talbot/Kanada* (Abs. 78ff.), das über ein kanadisches Exportkontrollregime für Holz in die USA zu entscheiden hatte. Es war der Auffassung, dass unterschiedliche Behandlungen im gleichen Wirtschaftssektor nicht gegen das NAFTA-Abkommen verstoßen, wenn sie eine vernünftige Beziehung zu sinnvollen öffentlichen Belangen haben, nicht formal oder *de facto* zwischen ausländischen und inländischen Unternehmen unterscheiden und auch im übrigen das im NAFTA-Abkommen verankerte Ziel der Liberalisierung von Investitionen nicht übermäßig beeinträchtigen. Als ein derartiges Ziel staatlicher Politik kommt insbesondere der Umweltschutz in Frage (siehe *S.D. Myers/Kanada*, Abs. 88ff.), aber auch bloße Verwaltungserfordernisse (siehe *Pope & Talbot/Kanada*, Abs. 88ff.). Auch ein legitimes Ziel kann allerdings keine Schlechterstellung rechtfertigen, wenn diese unmittelbar an die Nationalität des Investors anknüpft, oder wenn die Ziele der maßgeblichen Investitionsverträge übermäßig beeinträchtigt werden. Dabei berücksichtigten die Schiedsgerichte etwa, ob der Gaststaat aus protektionistischen Motiven handelte.

Auch im bereits erwähnten Fall *S.D. Myers/Kanada* diskutierte das Schiedsgericht der Sache nach, ob das von Kanada verhängte Giftmüllexportverbot aus umweltpolitischen Gründen

gerechtfertigt war. Obgleich mit dem Exportverbot im Sinne eines internationalen Übereinkommens (Baseler Giftmüllkonvention) der Aufbau und die Erhaltung von Entsorgungskapazitäten im Inland gestärkt wurden - was das Schiedsgericht grundsätzlich für ein legitimes Anliegen hielt -, war es der Auffassung, dass dafür andere, weniger protektionistisch ausgerichtete Maßnahmen verfügbar gewesen seien, und lehnte eine Rechtfertigung ab (Abs. 255)³².

Mit der Möglichkeit einer Art ‚Rechtfertigung‘ von Ungleichbehandlungen durch legitime Ziele staatlicher Politik würde die Zulässigkeit umweltpolitischer Differenzierungen zwischen inländischen und ausländischen Kapitalanlagen und Investoren klargestellt. Jenseits der konkreten, in der Protokollnotiz genannten Fälle ist eine Rechtfertigung von Benachteiligungen ausländischer Investoren aus Gründen des Umweltschutzes in den deutschen BITs aber nicht ausdrücklich vorgesehen.

Bewertung

Die Analyse der Inländerbehandlungsklauseln in den deutschen BITs zeigt, dass diese unter bestimmten Umständen mit legitimen umweltpolitischen Maßnahmen in Konflikt geraten können. Probleme können insbesondere bei Verboten bestimmter Produkte oder wirtschaftlicher Tätigkeiten auftauchen, von denen ausländische Investoren besonders betroffen sind. Offene Im- und Exportverbote, auch wenn sie aus ökologischen Gründen erlassen werden, sind dabei besonders anfällig für Verstöße gegen den Grundsatz der Inländerbehandlung. Um derartige Regelungen bei einem legitimen Bedürfnis zu ermöglichen, wäre eine ausdrückliche Regelung sinnvoll, nach der eine Besserstellung inländischer Investoren aus umweltpolitischen Gründen zulässig ist. Nur im noch nicht entschiedenen *Methanex/USA*-Fall geht es demgegenüber um ein allgemeines gesetzliches Verbot aus Umweltgründen. Wenngleich der Fall noch nicht entschieden wurde, zeichnet sich in den Diskussionen ab, dass die Anwendung des Grundsatzes der Inländerbehandlung hier in der Praxis zu einer inhaltlichen Überprüfung von Entscheidungen von Parlamenten und anderen, zum Erlass allgemeingültiger Rechtsakte berufenen Institutionen führt. Dabei ist unklar, welche Voraussetzungen im Einzelnen erfüllt werden müssen, damit eine Ungleichbehandlung aus Gründen des öffentlichen Wohls zulässig ist. Ist eine umfassende wissenschaftliche Bewertung und Abwägung von Gefahren, z.B. für die Umwelt oder für die Konsumenten einer Dienstleistung, erforderlich? Muss diese in sich und im Vergleich zu anderen Gesetzen konsistent sein? Es spricht viel dafür, dass Schiedsgerichte gerade allgemeingültige Gesetze nur auf besonders offensichtliche und grobe Missstände überprüfen sollten.

In allen genannten Beispielfällen gab es Vorwürfe, dass einheimische Wirtschaftsteilnehmer die Maßnahmen politisch aktiv unterstützt hätten. Dabei stellt sich die Frage, ob der Grundsatz der Inländerbehandlung immer verletzt ist, wenn eine protektionistische Absicht mitursächlich für

³² Demgegenüber konnte das Schiedsgericht im Fall *Pope & Talbot* bei der Verteilung von Holzeinschlagquoten keinen Verstoß gegen den Grundsatz der Inländerbehandlung erkennen, da für die Schlechterstellung eines ausländischen Unternehmens in verschiedenen Fällen jeweils legitime Entscheidungen über die Ausgestaltung und Umsetzung des Quotensystems zugrunde lagen (Abs. 83-104).

eine Maßnahme ist. Jedenfalls in *S.D. Myers/Kanada* hat das Schiedsgericht den Einsatz bestimmter Wirtschaftsteilnehmer für eine neue Regelung als Anhaltspunkt für protektionistische Motive gewertet und seine Entscheidung davon wohl beeinflussen lassen. In *Methanex/USA* beruht die Argumentation des Investors auf dem Vorwurf protektionistischer Absichten. Allerdings ist das Forschen nach den Motiven eines Gesetzgebers in der Regel höchst schwierig. Zudem ist fraglich, ob internationalen Schiedsgerichten eine Bewertung der Ausgewogenheit nationaler Gesetzgebungsprozesse weltweit mit ihren Unterschieden und Besonderheiten überlassen werden sollte. Daher erscheint es vorzugswürdig, ausschließlich die Regelung als solche und ihre Erforderlichkeit zu beurteilen, ohne die inneren Motive staatlicher Institutionen zu berücksichtigen (in diese Richtung zum WTO-rechtlichen Grundsatz der Inländerbehandlung für Waren der WTO-Appellate Body, z.B. in *Chile – Alcoholic Beverages*, Abs. 24).

4.1.4 FAZIT

Die Regelungen der deutschen BITs zur Entschädigungspflicht von Enteignungen, zum Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung und zur Inländerbehandlung stehen in bestimmten Konstellationen auch legitimer umweltpolitischer Regulierung im Gaststaat entgegen bzw. begründen eine Entschädigungspflicht gegenüber dem ausländischen Investor.

4.2 **Entwicklungsökonomisch und -politisch relevante Aspekte**

Bei einer Analyse der Auswirkungen von BITs stellen entwicklungsökonomische und entwicklungspolitische Aspekte einen wichtigen Komplex dar, insbesondere deshalb, weil alle Vertragspartner Deutschlands mehr oder weniger starke „Entwicklungsdefizite“ aufweisen. Die Überwindung dieser Defizite ist Hauptmotivation für den Abschluss von bilateralen Investitionsabkommen, denn eine Steigerung des Investitionsvolumens durch BITs und eine daraus resultierende Integration in den Weltmarkt werden gemeinhin als Voraussetzung einer erfolgreichen wirtschaftlichen Entwicklung gesehen.

Grundlage dieses Argumentationsstrangs ist die Annahme klassischer ökonomischer Theorien, dass ausländische Investitionen sich grundsätzlich positiv auf die wirtschaftliche Entwicklung im Gastland auswirken, da der Import ausländischen Kapitals inländisches Kapital freisetzt und für andere, z.B. öffentliche Zwecke, zugänglich macht und ausländische Direktinvestitionen als wichtige Quelle für Technologie- und Wissenstransfer betrachtet werden. Staatliche Investitionen in Infrastruktur, Bildung oder Gesundheitswesen, die häufig an ausländische Investitionen gekoppelt stattfinden, haben zusätzlich positive Entwicklungseffekte bezogen auf gesamtgesellschaftliche Strukturen. Aus dieser Einschätzung resultiert ein Verständnis von wirtschaftlicher Entwicklung, das auf den Zufluss von ausländischem Kapital setzt und die Integration in den Weltmarkt durch exportorientierte Produktion als entscheidend für eine positive ökonomische Entwicklung sieht. Diese vorausgesetzte entwicklungsfördernde Wirkung von ausländischen Investitionen bringt ein Teil eines Schiedsspruches im Fall *Amco/Indonesien* sehr gut auf den Punkt: „to protect investments is to protect the general interests of development and developing countries“.

Bei dieser Betrachtungsweise der Wirkung von ausländischen Investitionen wird die wirtschaftliche Heterogenität der Entwicklungsländer außer Acht gelassen, insbesondere aber Machtaspekte völlig ausgeblendet. So stellt sich etwa die Grundfrage, inwieweit eine entwicklungsfördernde Wirkung der getätigten Investitionen überhaupt intendiert ist und, sollte dies nicht der Fall sein, wie dieser Zusammenhang dennoch hergestellt werden kann. Weiterhin gilt es zu klären, inwiefern die Schaffung eines investitionsfreundlichen Klimas durch bilaterale Verträge eine Einschränkung von Regulierungsmöglichkeiten bedeutet, die erstens aufgrund des unterschiedlichen Entwicklungsniveaus Entwicklungsländer ungleich mehr trifft als Industrieländer und zweitens den positiven Nutzen aus Kapitalimporten verringert.

Im Folgenden wird zunächst dargelegt, wie die Erwartungen, die Entwicklungsländer mit dem Abschluss von bilateralen Investitionsabkommen verknüpfen, in zweifacher Hinsicht nicht erfüllt werden. Erstens kann empirisch die Verbindung zwischen einem Anstieg des Investitionsvolumens, ausgelöst durch den Abschluß von BITs, und Entwicklung nicht nachgewiesen werden. Zweitens wird an Beispielen verdeutlicht, dass der Automatismus zwischen dem Zufluss privaten Kapitals und einem Beitrag zur wirtschaftlichen Entwicklung grundsätzlich zu hinterfragen ist. Anschließend soll die „Entwicklungsfreundlichkeit“ einzelner Regelungen der bilateralen Investitionsabkommen im Detail analysiert werden. Denn, obwohl bei BITs angenommen wird, dass ausländische Investitionen eine ökonomische Entwicklung im Gastland fördern, und in der Präambel vermerkt ist, dass die mit den Verträgen begründete Förderung und der Schutz von Kapitalanlagen dazu geeignet ist, den Wohlstand beider beteiligter Völker zu mehren, enthalten BITs keine expliziten Regelungen, die diese ökonomische Entwicklung und die Wohlstandsmehrung aktiv fördern würden, sondern haben im Gegenteil viele der festgesetzten Regelungen einschränkende Auswirkungen auf Entwicklungsmöglichkeiten.

4.2.1 WIRKUNG VON BITs AUF DAS INVESTITIONSVOLUMEN

Hauptmotivation für kapitalimportierende Länder beim Abschluss von bilateralen Investitionsabkommen ist eine Steigerung der Attraktivität für ausländische Investoren durch die Tatsache, dass Investitionen unter den Schutz internationalen Rechts gestellt werden, und damit verbunden die Hoffnung auf einen Anstieg an Investitionszuflüssen.

Zunächst ist festzuhalten, dass BITs keine notwendige Bedingung für einen Investitionszufluss darstellen. Dies belegt der Fall Japan, das als zweitgrößter Kapitalexporteur bislang nur vier bilaterale Schutzabkommen abgeschlossen hat. China, unter den Entwicklungsländern Hauptempfänger US-amerikanischer Investitionen, hat kein Investitionsschutzabkommen mit den USA. Brasilien als einer der Hauptempfänger von ausländischen Direktinvestitionen (*Foreign Direct Investment* = FDI) hat zwar 13 bilaterale Abkommen verhandelt, darunter das mit der Bundesrepublik Deutschland, bislang jedoch kein einziges davon ratifiziert (Hallward-Driemeier 2003: 9, 12). Trotzdem unterhalten 1200 deutsche Unternehmen Niederlassungen in Brasilien (Fritz 2004: 11). Diese Reihe an Ausnahmen legt die Vermutung nahe, dass entweder Sicherheiten und Schutz auf anderem Wege garantiert werden können oder dass der nicht gewährte Schutz durch andere Vorteile substituiert werden kann. Denn im Gegenzug können viele Länder, die eine große Zahl von Verträgen zum Schutz ausländischer Investitionen in

ihrem Hoheitsgebiet abgeschlossen haben, dennoch keinen nennenswerten Investitionszufluss nachweisen. Auch Institutionen, die den Abschluss von bilateralen Investitionsschutzabkommen zur Schaffung eines investitionsfreundlichen Klimas und Erhöhung des Investitionsvolumens empfohlen haben, melden Zweifel an: So stellt die UNCTAD in ihrem „*World Investment Report 2004*“ fest, „(a)n aggregate statistical analysis does not reveal a significant independent impact of BITs in determining FDI flows“ (UNCTAD 2003b: 89). Auch eine jüngst als Weltbank-Publikation erschienene Studie, in der die Bedeutung von BITs für den Kapitalexport von OECD-Ländern in Entwicklungsländer in den letzten zwanzig Jahren analysiert wurde, kommt zu diesem Schluss (Hallward-Driemeier 2003). Der *World Development Report* (Weltbank) resümiert: „countries that had concluded a BIT were no more likely to receive additional FDI than were countries without such a pact“ (zitiert nach Sornarajah 2004: 216). Jedoch verweist Hallward-Driemeier darauf, dass sich dies aufgrund der Erfolge von Investoren in internationalen Schiedsverfahren ändern könnte. „It is possible that in a few years a different result will emerge. The publicity surrounding the investor protection cases being brought under NAFTA’s Chapter 11 and the cases being brought against Argentina as it dissolved its currency board, may make potential investors more aware of the potential gains they would have under a BIT and insist on such terms“ (Hallward-Driemeier 2003: 23). Bislang scheinen jedoch klassische Determinanten wie Marktgröße und -struktur, Vernetzung zu anderen wichtigen Märkten, Infrastruktur, Kostenfaktor, Arbeitskräfteangebot und politische Stabilität bei einer Investitionsentscheidung zu überwiegen (UNCTAD 2003b: 85ff.; Nunnenkamp 2002: 35-38).

4.2.2 PRIVATER KAPITALZUFLUSS UND ENTWICKLUNG: EIN AUTOMATISMUS?

*"FDI are not always, not at any time, and not at any quantity good for development"*³³

Diese Aussage ist Teil einer Erklärung einer Gruppe von Entwicklungsländern, die sich damit bei einer Pressekonferenz in Cancún nachdrücklich gegen die Aufnahme von Verhandlungen zu einem multilateralen Investitionsabkommen im Rahmen der WTO ausgesprochen hat. Damit wandten sie sich gegen den herrschenden, positiven Bezug auf ausländische Investitionen im Kontext von „Entwicklung“ und betonten die Wichtigkeit der Begleitumstände. Demnach stellt wirtschaftliches Wachstum gerade kein garantiertes Mitbringsel von privaten Kapitalflüssen dar, sondern ist direkt von den Vorbedingungen im Gastland (Bevölkerungsstruktur, Bildungsgrad, Wirtschaftsstruktur oder politische Stabilität usw.), von der Investitionsform und dem Bereich, in dem die Investition getätigt wird, oder von staatlichen Maßnahmen, die im Zusammenhang mit den Investitionen stehen, abhängig. Nicht zuletzt nimmt dieses Zitat auch Bezug auf die Regulierungsmöglichkeiten einer Regierung hinsichtlich einer quantitativen Einschränkung von Kapitalimporten und einer qualitativen Differenzierung.

Bei einer Betrachtung der Auswirkungen von ausländischen Investitionen sind unterschiedliche Faktoren entscheidend. Aus entwicklungspolitischer Perspektive grundlegend ist eine Differenzierung in langfristig angelegte, so genannte ausländische Direktinvestitionen, wozu Investitionen zählen, bei denen die ausländische Beteiligung einen Anteil von zwischen 10% und

³³ Das Zitat entstammt einer Erklärung, die eine Gruppe von Entwicklungsländern auf einer Pressekonferenz bei der fünften WTO-Ministerkonferenz in Cancún/Mexiko 2003 abgegeben hat.

25% am Gesamtkapital eines einheimischen Unternehmens ausmacht, und in kurzfristige Portfolio-Investition, die häufig eine reine Anteilseignerschaft umfassen, deren Umfang unterhalb der genannten Grenze liegt (Woodward 2001: 15-17; Krugman/Obstfeld 2003: 171). Langfristige wirtschaftliche Beziehungen erlauben dem ausländischen Investor einen signifikanten Einfluss auf das Investitionsumfeld, das Unternehmen an sich und seine Organisationsform³⁴ im Gegensatz zu Portfolio-Investitionen, deren Zweck auf die Bereitstellung finanzieller Mittel und die Gewinnerzielung beschränkt bleibt³⁵. Hinsichtlich ihrer ökonomischen Wirkung ist die Schaffung neuer Produktionskapazitäten (diese Art der Investitionen werden als *greenfield*-Investitionen bezeichnet) abzugrenzen von der Übernahme einheimischer - staatlicher oder privater – Unternehmen (*Mergers & Acquisitions, M&A*-Investitionen) (Woodward 2001: 16; UNCTAD 2003b: 100).

Bei einer Analyse der ökonomischen Auswirkungen stellen sich im Detail Fragen z. B. danach, ob *Spillover*-Effekte auf lokale Zulieferer oder einheimische Investoren registriert werden können, in welchem Maße sich die erhöhte Wettbewerbssituation durch die Anwesenheit ausländischer Unternehmensstrukturen positiv oder negativ auf die vorhandene, einheimische Unternehmensstruktur auswirkt, ob sich vorgelagerte oder nachgelagerte Verflechtungen mit der lokalen Wirtschaftsstruktur herausbilden (*backward/forward linkages*), in welchem Maße ein Produktivitätszuwachs einheimischer Unternehmen festzustellen ist und/oder eine verstärkte Integration in den Weltmarkt (was häufig als Ziel artikuliert wird), wie die lokale Beschäftigungssituation sich entwickelt, inwieweit sich der erhoffte Technologie- und Wissenstransfer realisiert und zu einer Steigerung im Bereich Forschung und Entwicklung und Innovation auch bei einheimischen Unternehmen führt, oder schließlich ob der Kapitalzufluss in der Summe zu einer ausgeglichenen Leistungsbilanz führt.

Exemplarisch sollen im Folgenden potentielle Auswirkungen in den Teilbereichen der Schaffung von Arbeitsplätzen, der Stimulierung einheimischer Investitionen und des Technologie- und Wissenstransfers aufgezeigt werden, in denen eine entwicklungsfördernde Wirkung von ausländischen Investitionen grundsätzlich erwartet wird. Der Schwerpunkt wird hierbei auf der Wirkung von ausländischen Direktinvestitionen liegen, weil sie den Hauptregelungsgegenstand deutscher BITs darstellen³⁶ und hier im Allgemeinen der positive Effekt auf Entwicklung betont wird. Mit den folgenden Ausführungen soll dieser Automatismus widerlegt und die Gefahren einer solch vereinfachten Argumentation aufgezeigt werden.

³⁴ *“The objective of obtaining a lasting interest by a resident entity in one economy in an enterprise resident in another economy...[t]he lasting interest implies the existence of a longterm relationship between the direct investor and the enterprise and a significant degree of influence by the investor on the management of the enterprise”* (IMF 1993: 86); *“an incorporated or unincorporated enterprise in which a foreign investor owns 10 per cent or more of the ordinary shares or voting power of an incorporated enterprise or the equivalent of an unincorporated enterprise”* (OECD 1996: 8).

³⁵ Portfolio-Investment *„involves the purchase and ownership of foreign stocks and bonds for the purpose of financial gains realized in the form of dividend and interest payments”* (UNCTAD 1999d: 27).

³⁶ Siehe hierzu auch die Diskussion um die Auslegung des in deutschen bilateralen Investitionsabkommen verwendeten Begriffs der Kapitalanlage in Kapitel 4.2.5.

Das Risiko von Verdrängungseffekten durch ausländische Investitionen

Eine Schlüsselfrage bei der Analyse von Auswirkungen von ausländischen Direktinvestitionen ist, ob ausländische Investitionen inländisches Kapital freisetzen und dadurch neue, vorgelagerte oder nachgelagerte Investitionen stimuliert werden oder ob im Gegenteil inländische Produzenten verdrängt und/oder inländische Investitionen verhindert werden (wird in der Literatur unter dem *crowding out* Effekt diskutiert: UNCTAD 2003b: 105; Agosin/Mayer 2000; Woodward 2001). Variierende lokale Voraussetzungen verbunden mit unterschiedlichen Auswirkungen je nach Art und Motiv der Investition führen zu sehr unterschiedlichen Ergebnissen. Nach Agosin/Mayer kann von einer Stimulierung einheimischer Investitionen durch den Zufluss ausländischer Investitionen dann gesprochen werden, wenn das Investitionsvolumen insgesamt um mehr als nur den Anteil der ausländischen Investitionen steigt (Agosin/Mayer 2000: 1-3). Zu einer negativen Bilanz, d.h. zu einem Zuwachs am gesamten Investitionsvolumen, der unterhalb des Zuflusses an ausländischen Direktinvestitionen liegt, kann es bei der Übernahme von vorhandenen Produktionskapazitäten inländischer, privater oder staatlicher Produktionseinheiten durch ausländische Investoren kommen. Hier ist entscheidend, was mit dem durch den Verkauf freigesetzten inländischen Kapital geschieht. Wird es in anderen Bereichen der Wirtschaft reinvestiert, so bleibt die Gesamtinvestitionssumme erhalten. Wird es für den Konsum verwendet oder exportiert, verringert sich nicht nur vorübergehend die Produktionskapazität, sondern auch das Gesamtvolumen an ‚getätigten‘ Investitionen (Woodward 2001: 117; Nunnenkamp 2001: 10-13). Insgesamt, so Woodward, ist es wahrscheinlich, dass wesentlich weniger als 100% des Kapitals wieder in neue Produktionskapazitäten fließen (Woodward 2001: 117).

Grundsätzlich ergeben sich im Umfeld von ausländischen Investitionen im Bereich der Herstellung von Vorprodukten oder der Weiterverarbeitung Möglichkeiten für Binneninvestitionen. Im Falle eines erfolgten wirtschaftlichen Wachstums erhöhen sich die zur Verfügung stehenden Ressourcen (Einkommen, Ersparnisse) und durch eine steigende Nachfrage kann die Warenproduktion für den lokalen Markt ein potentielles Investitionsfeld sein. Ein gelungener Technologie- und Wissenstransfer kann zu *Spillover*-Effekten führen. Zu Verdrängungseffekten bzw. mangelnder Kapitalformation kommt es z.B., wenn ausländische Investitionen knappe Ressourcen wie qualifizierte Arbeitskräfte absorbieren, die folglich einerseits einheimischen Investoren nicht mehr zur Verfügung stehen und andererseits als potentielle lokale Unternehmer ausfallen. Ebenso problematisch sind ausländische Investitionen in Bereichen, in denen inländische Investoren bislang noch nicht Fuß fassen konnten und ihnen das, bedingt durch die starke ausländische Konkurrenz, auch weiterhin verwehrt bleibt. Zu direkten Verdrängungseffekten durch wettbewerbsbedingte Geschäftsaufgaben kommt es häufig im Falle von marktorientierten Investitionen (UNCTAD 2003b: 105; Woodward 2001: 117f.).

Eine Studie von Agosin/Meyer zu Verdrängungseffekten über den Zeitraum von 1970-1996 zeigt, dass in Asien die Stimulierung von Binneninvestitionen durch ausländische Investitionen überwiegt, in Afrika ein ausgeglichenes Bild herrscht und in Lateinamerika Verdrängungseffekte

die Norm darstellen (Agosin/Meyer 2000)³⁷. Beim Versuch, eine direkte Verbindung zwischen dem Grad der Investitionsliberalisierung und Verdrängungseffekten herzustellen, kommen sie zu dem Schluß, dass in Lateinamerika, wo in den 90er Jahren eine weitreichende Liberalisierung der Kapitalmärkte stattfand, eher Verdrängungseffekte verzeichnet werden, während im asiatischen Raum, wo regulative Elemente nach wie vor angewendet werden, eine Stimulierung von Binneninvestitionen festgestellt wurde.

Laut UNCTAD („*World Investment Report 2003*“) könnten durch regulative Eingriffe wie die Überprüfung von ausländischen Direktinvestitionen vor Genehmigung der Investition bezüglich der Wahrscheinlichkeit von Verdrängungseffekten, durch Eingriffe von Seiten der Wettbewerbsbehörden im Falle des Eintretens von Verdrängungseffekten, durch Steuervergünstigungen für lokale Investoren, um Reinvestitionen zu fördern usw., Verdrängungseffekte vermieden und Entwicklungseffekte erhöht werden. Allerdings, so das Resümee, ist eine weitergehende Analyse notwendig, um genauere Kenntnis über die Rahmenbedingungen, die Verdrängungseffekte begünstigen, zu erlangen (UNCTAD 2003b: 105).

Arbeitsmarkt und Technologietransfer: zwischen Qualifizierung und Informalisierung

Ein direkter Zuwachs an Arbeitsplätzen durch die Schaffung von neuen Produktionskapazitäten kann bei *greenfield*-Investitionen registriert werden. Die Übernahme bereits existierender Unternehmen wirkt sich hingegen quantitativ zunächst nicht positiv aus, sondern birgt im Gegenteil die Gefahr des Abbaus vorhandener Arbeitskräfte durch Rationalisierung und Produktivitätssteigerung. Da zwischen 50% und 70% der ausländischen Direktinvestitionen weltweit *M&A*-Investitionen sind, stellt dies eine starke Einschränkung bezüglich der direkten Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt dar³⁸ (UNCTAD 2004b: 9).

Der Grad der Integration des ausländischen Unternehmens in die lokale Wirtschaftsstruktur durch vorgelagerte und nachgelagerte Produktion und wettbewerbsbedingte Verdrängungseffekte sind ausschlaggebend für indirekte Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt. Ressourcen-orientierte Investitionen wie in der Erdölförderung bleiben häufig auf Enklaven konzentriert, die von ausländischen Unternehmen dominiert werden und keine oder nur eingeschränkte Verbindungen zu den lokalen Märkten im Umland aufbauen (Blomström/Kokko 1996: 12-17; Nunnenkamp/Spatz 2003a: 6). Aber selbst ein gelungener Technologie- und Wissenstransfer auf die lokale Industrie führt hinsichtlich seiner quantitativen Wirkung auf den Arbeitsmarkt durch Produktivitätssteigerung zunächst zu einer negativen Bilanz (Blomström/Kokko 1996: 6-7).

Ein wichtiger Aspekt bei der Frage nach den Auswirkungen von ausländischen Direktinvestitionen auf die wirtschaftliche Entwicklung ist die Frage nach qualitativen Veränderungen auf dem Arbeitsmarkt. Letztere hängen unmittelbar mit dem Erfolg oder

³⁷ Eine weitere Studie weist im Zeitraum 1980-1999 bei 31 von 83 Ländern keine Effekte nach, 29 Länder zeigen Verdrängungseffekte und in 23 Fällen kam es zu einer Stimulierung inländischer Investitionen (siehe dazu UNCTAD 2003b: 105).

Misserfolg eines Technologie- und Wissenstransfers zusammen. Das ideale, im allgemeinen Diskurs um ausländische Direktinvestitionen dominierende Konstrukt geht davon aus, dass neue Technologien, Arbeits- und Organisationsformen über einheimische Arbeitskräfte in lokale Unternehmensstrukturen diffundieren. Jedoch ist zu beachten, dass der internationale Technologiemarkt fragmentiert und imperfekt ist und von wenigen großen Unternehmen dominiert wird. „(T)here is a risk that markets will not themselves optimize technology transfer and development“ (UNCTAD 2003b: 129). Einschränkend auf den Prozess der Wissensvermittlung wirkt, dass häufig arbeitsintensive Produktion zur Kostenminimierung im Lohnbereich verlagert wird, was den Import von veralteten Technologieinputs einerseits und das Verbleiben von wissensintensiven Bereichen wie Forschung und Entwicklung in den Industrieländern andererseits zur Folge hat. Ebenfalls beeinträchtigend auf einen Technologie- und Wissenstransfer wirkt sich der "Import" von qualifizierten Arbeitskräften oder lediglich eine Qualifizierung schmaler Segmente des Arbeitsmarktes mit sozial-segregativen Auswirkungen aus. Maßnahmen, die ein Unternehmen direkt gegen drohende Konkurrenz anwenden kann, sind die (absichtliche) Einbindung von lokalen Kräften in isolierten Teilen des Arbeitsprozesses oder die Patentierung von Arbeitsprozessen, so dass eine Nachahmung unwahrscheinlich oder rechtlich angreifbar wird (Woodward 2001: 124f.; Munck 2002). Andererseits kann dieser Diffusion auch die Job-Mobilität qualifizierterer Arbeitskräfte entgegenwirken. Einer Umfrage in Thailand nach tendieren von ausländischen Firmen qualifizierte Arbeitnehmer aufgrund besserer Verdienstmöglichkeiten dazu, sich wieder für einen ausländischen Arbeitgeber zu entscheiden (IISD 2004).

Die genannten Faktoren sind Ausdruck des grundsätzlicheren Widerspruchs, dass das Konzept des Technologie- und Wissenstransfers ein Interesse des Investors voraussetzt, mit seiner Investition - neben einem legitimen ökonomischen Eigeninteresse - eine Technologie- und Wissensvermittlung zu beabsichtigen, um damit einen Beitrag zur Entwicklung des Gastlandes zu leisten. Ausländische Direktinvestitionen in Entwicklungsländern sind aber primär Ergebnis von Unternehmensstrategien mit dem Ziel, im globalen Wettbewerb zu bestehen und Gewinne zu maximieren. Dazu gehören die Verlagerung von Teilen der Produktion aus Kostengründen, aber auch neue Organisationsmuster, die mit *Outsourcing* und der Vernetzung mit „selbständigen“ Subunternehmen Strategien zur Risikominimierung für das Kernunternehmen verfolgen. Eine zusätzliche, politisch forcierte Deregulierung (Flexibilisierung) schafft einen hochgradig fragmentierten Arbeitsmarkt weltweit, der hochqualifizierte Arbeitskräfte mit sicherem Arbeitsverhältnis von einer Masse an prekarierten Arbeitsverhältnissen wie Teilzeitarbeit, Heimarbeit, Zeitarbeitsfirmen etc. mit geringer sozialer Absicherung trennt. Große Segmente der Arbeitsmärkte in Entwicklungs- und Transformationsländer weisen aufgrund ihrer asymmetrischen Integration in den Weltmarkt Merkmale auf, die früher ausschließlich dem informellen Sektor zugeteilt wurden (Munck 2002: 115ff.; Young 2001: 33f.; Kabeer 2003: 60f.; Oxfam 2002: 46f.). Kennzeichen dieser ‚informellen Wirtschaft‘ ist, dass sie in unmittelbarem Umfeld von formellen Unternehmensstrukturen entsteht und direkt in die neuen

³⁸ Der Anteil der M&A Investitionen am Gesamtinvestitionsvolumen unterliegt sehr starken Schwankungen, je nach dem, wie viele Großfusionen im entsprechenden Zeitraum durchgeführt wurden (UNCTAD 2004b: 9ff.)

Organisationsstrukturen eingebunden wird. *„With the increase in outsourcing and subcontracting, many informal labor processes (...) have their center of gravity in the formal sector. In this way, the core firms take up a principal role in the generation of informality and poor working conditions“* (Benerin 2003: 114). Repräsentanten wie Exportproduktionszonen, Maquiladoras, *sweatshops* und andere Arten von Ausbeutungsbetrieben sind für ihre teils schlechten, teils prekären Arbeitsbedingungen hinreichend untersucht, verkörpern aber nur einen Typ der Informalisierung von Arbeitsverhältnissen. Andere finden fernab der Metropolen in kleinen Produktionshütten oder Heimwerkstätten außerhalb der ‚Öffentlichkeit‘ statt. Für die Zulieferer von Mercedes Benz in Brasilien fasst Fritz zusammen: *„Während die Belegschaften in der Endmontage und bei den Zulieferern der ersten Stufe sich noch vergleichsweise guter Arbeitsbedingungen erfreuen, verschlechtern sich diese rapide auf den niedrigeren Stufen der Zulieferkette, wo dann auch irreguläre Sweatshops anzutreffen sind“* (Fritz 2004: 13). Besonders betroffen von diesem Prozess der Informalisierung sind Frauen, wie die Weltbank bemerkt: *„women are often more vulnerable than men, disproportionately concentrated in low-wage sectors or occupations and often segregated to the informal sector“* (zitiert nach Munck 2002: 122). Frauen sind proportional stärker den Schwankungen auf dem Arbeitsmarkt ausgesetzt, da sie als erste entlassen werden, und werden ganz bewußt für bestimmte Bereiche des Niedriglohnsektors angeworben, da sie einen geringeren Organisationsgrad vorweisen (Young 2001: 32). Eine Broschüre in Malaysia, gerichtet an mögliche Investoren aus dem Norden, wirbt mit den Vorzügen der asiatischen Frau: *„The manual dexterity of the oriental female is famous the world over. Her hands are small and she works fast with extreme care. Who, therefore, could be better qualified by nature to contribute to the efficiency of a bench-assembly production line than the Oriental girl?“* (zitiert nach Munck 2002: 119).

Fazit: Regulierungsspielraum könnte positive Effekte auf Entwicklung erhöhen

Die Erläuterungen zu möglichen Auswirkungen von ausländischen Investitionen haben gezeigt, wie komplex die Wirkungszusammenhänge sind und dass einfache Kausalzusammenhänge, die in herkömmlichen Argumentationsmustern zu den positiven Effekten eines privaten Kapitalzuflusses vorkommen, so nicht hergestellt werden können. Deutlich geworden ist andererseits aber auch, dass nicht nur die positiven wirtschaftlichen (und in einem nächsten Schritt sozialen) Effekte nicht garantiert sind, sondern zusätzlich negative Auswirkungen möglich sind. Als Ursache dafür, dass ausländische Investitionen nicht positiv genutzt werden können, wird häufig auf die ‚unterentwickelte‘ institutionelle Infrastruktur und schwache Staatlichkeit von Entwicklungsländern verwiesen. Diese Defizite, die tatsächlich häufig in Entwicklungs- und Transformationsländern anzutreffen sind, deren Ursachen jedoch sowohl endogener als auch exogener Natur sind, sind allerdings nur Teil des Problems. Einen bedeutenden Anteil an der mangelnden Absorptionsfähigkeit der positiven Effekte von ausländischen Direktinvestitionen hat der aufgrund internationaler Regelungen und Verpflichtungen (u.a. TRIMS, GATS) eingeschränkte Handlungsspielraum auf staatlicher und kommunaler Ebene. Zahlreiche Studien³⁹ und Ansätze belegen, dass entsprechende wirtschaftspolitische Maßnahmen für Entwicklungsländer notwendig und hilfreich sind, um ausländische Investitionen als Beitrag zu

³⁹ Siehe etwa UNCTAD 2003b; Oxfam 2002; OECD 2002.

einer (eigenständigen) wirtschaftlichen Entwicklung nutzen zu können. Ein Beispiel sind die so genannten *performance requirements*, Auflagen, die ausländischen Investoren vor und nach Eintritt in das Gastland auferlegt werden mit dem Ziel, mögliche positive Effekte von ausländischen Investitionen zu verstärken bzw. negative abzuschwächen. Beispiele hierfür sind quantitative und qualitative Auflagen zu dem mit einer Investition in Verbindung stehenden Warenimport und –export; die *local content* Auflagen, die von einem Investor verlangen, dass ein bestimmter Anteil der Vorprodukte – mengen- oder wertmäßig – aus lokaler Produktion stammen muss; Auflagen bezüglich des Technologie- und Wissenstransfers oder der Qualifizierung von Arbeitskräften; die Festlegung einer Quote von Arbeitskräften, die lokal rekrutiert werden müssen oder Auflagen zu lokalen Kapitalbeteiligungen (*joint ventures*) (UNCTAD 2001; UNCTAD 2003b: 119f.). Während auf Seiten der Entwicklungsländer das Bestreben groß ist, diese verbleibenden Regulierungsmöglichkeiten weitestgehend zu erhalten und zu nutzen, existieren auf Seiten der Unternehmen und Industrieländer Vorbehalte gegenüber den in den klassischen Wirtschaftstheorien als interventionistisch geltenden Maßnahmen.

4.2.3 REGULIERUNGSMÖGLICHKEITEN VON KAPITALSTRÖMEN

In Art. 5 des Mustervertrags deutscher bilateraler Investitionsabkommen wird der freie Transfer aller Arten von Kapital festgelegt, die im Zusammenhang mit der ursprünglichen Investition stehen. Dabei handelt es sich um Erträge, die Rückzahlung von Darlehen, Erlöse aus Liquidation und Entschädigungen, die exportiert werden sollen, aber auch um Beträge, die zur Aufrechterhaltung oder Ausweitung der ursprünglichen Kapitalanlage zusätzlich ins Gastland importiert werden sollen. Beide Vertragspartner haben Sorge dafür zu tragen, dass dieser Kapitalverkehr ungehindert vonstatten geht.

Da Kapitalanlagen nach deutschen BITs in Übereinstimmung mit den Rechtsvorschriften des Gastlandes getätigt werden, ist das so genannte ‚*Screening*‘ von ausländischen Investitionen möglich, d.h. potentielle Investitionen und Investoren können im Vorfeld einer Überprüfung unterzogen werden und der Marktzugang bleibt folglich kontrollierbar. Im Gegensatz zu anderen Verträgen wie etwa den britischen⁴⁰ enthalten deutsche Verträge aber keine Ausnahmeregelungen, die etwa bei Zahlungsproblemen oder extremen Währungsschwankungen des Gastlandes eine Einschränkung des Kapitalabflusses zulassen. Deutsche Verträge legen allerdings - im Gegensatz zu anderen Verträgen wie etwa den britischen – im Bereich Kapitalexport ein absolutes Recht auf die Rückführung von Gewinnen fest (Peterson 2004c: 8). Das bedeutet, dass deutschen Investoren vom Gastland hinsichtlich des Kapitalexports keinerlei Auflagen und Einschränkungen auferlegt werden können. Solche in deutschen Verträgen standardmäßig nicht verankerten Ausnahmeregelungen könnten Bestimmungen sein, die bei Zahlungsproblemen oder extremen Währungsschwankungen des Gastlandes angewendet werden können. Beispielsweise könnte in ökonomischen oder finanziellen Ausnahmesituationen die Rückführung der Erträge nicht, oder nur eingeschränkt

⁴⁰ Allerdings ist auch hier eine Tendenz in Richtung eines möglichst uneingeschränkten Transfers von Kapital auszumachen (siehe Peterson 2004c).

möglich sein oder der Transfer für bestimmte Kapitalarten grundsätzlich eingeschränkt werden, um Währungsschwankungen vorzubeugen. Ein Beispiel für eine Formulierung, die einen derartigen Eingriff ermöglichen würde, ist das deutsche bilaterale Investitionsabkommen mit China, wo sich in den Protokollbestimmungen zu Art. 6 der Verweis findet, dass der Transfer von bestimmten Kapitalanlagen in Art. 6 "*nach dem den geltenden chinesischen Gesetzen und Rechtsvorschriften über Devisenkontrollen entsprechenden Verfahren*" vorgenommen werden muss. Sieht das chinesische Recht Einschränkungen des Zahlungsverkehrs beispielsweise in wirtschaftlichen Krisensituationen vor, so kann dies auch die Kapitalfreiheit deutscher Investoren betreffen. Staatliche Maßnahmen, die neben der gänzlichen Untersagungen und Verzögerungen des Kapitalverkehrs ebenfalls in den Anwendungsbereich von Art. 5 des Mustervertrages fallen können, weil sie den freien Transfer von Geldmitteln beeinträchtigen, sind Maßnahmen wie Gebührenerhebung oder Kontrollmaßnahmen. Gleiches gilt für Maßnahmen, die sich im Rahmen der Zwangsvollstreckung oder von Insolvenzverfahren gegen einen Investor ergeben, wie Maßnahmen zum Schutz von Gläubigern vor dem Beiseiteschaffen des Insolvenzvermögens (UNCTAD 2000d: 35f.). Eine derart breite Auslegung ist möglich, da die Gewährleistung des freien Transfers in Art. 5 deutscher BITs nicht explizit auf bestimmte Arten von Kapital oder bestimmte Beeinträchtigungen beschränkt bleibt.

Dass es legitime Gründe für vorübergehende Beschränkungen des Zahlungsverkehrs z.B. bei Zahlungsbilanzkrisen gibt, anerkennt etwa Art. 14 des Energie-Charter-Vertrags oder Art. 1109 NAFTA. Auch die maßgeblichen multilateralen Instrumente zum internationalen Zahlungsverkehr, die IWF-Artikel, die OECD-Kodizes (*Code of Liberalization of Capital Movements* sowie *Code on Current Invisible Transactions*) und das GATT enthalten detaillierte Ausnahmevorschriften für derartige Situationen. Da die überwiegende Mehrzahl der BITs-Vertragsparteien auch die IWF-Artikel unterzeichnet hat und gemäß Art. 31 Abs. 2 der Wiener Vertragsrechtskonvention jeder andere zwischen den Vertragsparteien einschlägige Völkerrechtssatz bei der Vertragsauslegung zu berücksichtigen ist, könnten die BITs dahingehend ausgelegt werden, dass die nach den IWF-Artikeln zulässigen Beschränkungen im Falle von Zahlungsproblemen trotz deutscher BITs angewendet werden können. Die gleiche Argumentation ließe sich auf die anderen multilateralen Instrumente ausweiten, soweit sie zwischen den Vertragsparteien eines BIT anwendbar sind (Alenfeld 1971: 79ff.). Wichtig ist, dass die multilateralen Instrumente zwar Beschränkungen des Zahlungsverkehrs grundsätzlich ermöglichen, aber durch die Abhängigkeit von der Interpretation des Schiedsgerichtes keine Garantie für deren Durchsetzbarkeit geben. Zudem sind die Unterzeichnerstaaten eines BITs an die in dem BIT enthaltenen weitergehenden Schutzbestimmungen für Investitionen und Investoren gebunden, so dass eine Beschränkung des Kapitalverkehrs zunächst eine Verletzung der Vertragspflicht darstellen würde und von einem internationalen Schiedsgericht als ein enteignungsgleicher Eingriff gedeutet werden könnte (siehe dazu Kapitel 3.3.1 und 4.1.1).

Freier Kapitalverkehr versus Zahlungsbilanzdefizite

Die Finanzkrisen in Mexiko, Südostasien und Brasilien in den 90er Jahren haben gezeigt, welche Gefahren die Liberalisierung von Kapitalmärkten in sich birgt. Dies gilt vor allem für

Länder, in denen grundsätzlich eine starke Tendenz zu Zahlungsbilanzdefiziten und damit eine Krisenanfälligkeit der Finanzmärkte bestehen. Instrumente zur Einschränkung des Kapitalverkehrs können in diesem Fall ein wichtiges Instrument zu einer gesamtwirtschaftlichen Steuerung darstellen (Khor 1999: 3; Straub 2004: 71f.). Vor allem im Zusammenhang mit der Asienkrise flammte die Diskussion um Kapitalverkehrskontrollen erneut auf. Obwohl sie grundsätzlich dem Liberalisierungsprinzip widersprechen, fand ihre Anwendung im Nachhinein auch bei führenden Ökonomen Anerkennung (Khor 1999). In der breiten Diskussion über die Notwendigkeit von Kapitalverkehrskontrollen ist einerseits die langfristig angelegte, präventive Kontrolle der Kapitalströme von Maßnahmen zur kurzfristigen Bekämpfung von Finanzkrisen zu unterscheiden. Die meisten BITs, die – im Gegensatz zu deutschen BITs - explizit einschränkende Maßnahmen im Fall von Zahlungsbilanzschwierigkeiten vorsehen, lassen Maßnahmen für eine längerfristige Einschränkung des Kapitalverkehrs nicht zu. Andererseits ist wesentlich, ob es sich um die Kontrolle von kurzfristigen oder langfristigen Kapitalflüssen handelt. Selbst wenn kurzfristige Investitionen explizit aus dem Anwendungsbereich deutscher BITs ausgeschlossen wären (siehe dazu Kapitel 4.2.5), würde die Einführung von Kontrollen, die sich primär auf kurzfristige Kapitalflüsse beziehen, aufgrund der fließenden Übergänge immer Gefahr laufen, auch den langfristigen Kapitalverkehr zu beeinträchtigen und damit zu einer Vertragsverletzung zu führen.

Im Falle der Maßnahmen, die Malaysia im September 1998 im Zuge der Asienkrise ergriffen hat, handelte es sich zunächst um kurzfristige Eingriffe mit dem Ziel der Stabilisierung der einheimischen Währung. Zur Regulierung des internationalen Handels mit dem Ringgit wurde z.B. festgesetzt, dass Finanztitel in Ringgit ihren Wert verlieren, wenn sie nicht innerhalb eines Monats nach Malaysia zurückgebracht würden. Insgesamt wurde die Konvertibilität für Transaktionen, die nicht in direktem Zusammenhang mit dem Handel standen, stark eingeschränkt (Khor 1999: 3ff.).

Während im Kontext der Asienkrise die Argumentation in Richtung einer größeren Flexibilität von finanzmarktschwachen Ländern bei Zahlungsbilanzkrisen ging und die Maßnahmen Malaysias explizit gegen volatile Kapitalströme und Währungsmanipulationen gerichtet waren, kann eine Verpflichtung auf freien Kapitalverkehr, wie in den deutschen BITs verankert, auch langfristig und ausgelöst durch langfristig angelegte ausländische Direktinvestitionen zu einer Destabilisierung von Volkswirtschaften führen.

Die Zahlungsbilanz eines Landes errechnet sich aus der Differenz der Zahlungseingänge und –ausgänge. Positiv verbucht werden z.B. Einkünfte aus Güter- und Dienstleistungsexporten und Kapitalzuflüsse aus dem Ausland wie Direktinvestitionen. Die Zahlungsausgänge umfassen im Wesentlichen Zahlungen für Importe, Direktinvestitionen von Inländern im Ausland oder Rückzahlungen (BLUE21; Krugman/Obstfeld 2003: 308ff.).

Entwicklungsländer tendieren aufgrund ihrer speziellen Wirtschaftsstruktur und dem daraus resultierenden *terms-of-trade* Problem sowie ihrer Schuldendienste zu Zahlungsbilanzdefiziten, die häufig nur solange ausgeglichen oder auf erträglichem Niveau gehalten werden können, solange ein Nettokapitalimport gewährleistet ist (Metzger 1999: 20). Nach der Schuldenkrise der 80er Jahre und der Erkenntnis, dass dieser Nettokapitalimport durch Kredite mit flexiblen Zinssätzen nicht notwendigerweise gewährleistet ist, liefert das strukturelle Zahlungsbilanzdefizit

nun die Begründung für den Bedarf an ausländischen Direktinvestitionen. Aber auch im Zusammenhang mit langfristig angelegten ausländischen Direktinvestitionen, dem vermeintlich „besten“ Kapital für den Süden, das zunächst zu den Zahlungseingängen zu zählen ist, besteht die Gefahr, dass dieser Kapitalimport Prozesse nach sich zieht, die insgesamt zu einem Nettokapitalexport führen, dessen Volumen bis zu 200 % des importierten Kapitalvolumens betragen kann (Sornarajah 2004: 53).

Neben direkten, negativen Auswirkungen auf den Devisentransfer (Kapitalimport und –export, Kapitaleinkünfte aus Warenexport und –import), wie der Rückführung von Erträgen und Gewinnen und des Imports von Vorprodukten, kann es im Umfeld von ausländischen Investitionen zusätzlich zu indirekten, negativen Effekten auf die Zahlungsbilanz kommen: So genannte Substituierungseffekte können bewirken, dass einheimische Produkte, die zuvor für den Export bestimmt waren, von den ausländischen Investoren in den Verarbeitungsprozess integriert werden und damit die Exporterlöse als Einkünfte verloren gehen.

„Durchfütterungseffekte“ treten dann auf, wenn z.B. die relativ „ideale“ Situation gegeben ist, dass der ausländische Investor einen Großteil der Vorprodukte auf dem einheimischen Markt bezieht, also eine vorgelagerte Vernetzung gelungen ist, aber dennoch die Inputs der Vorprodukte (Importe, potentielle Exportgüter usw.) zu einem Nettokapitalexport beitragen (Woodward 2001: 80-81).

Die Gesamtzahlungsbilanz hängt sehr stark von der Art der Investition, der Investitionsmotivation und der lokalen und nationalen Wirtschaftsstruktur ab. Ein Beispiel zeigt die Komplexität: Ein ausländischer Investor übernimmt ein inländisches Unternehmen im Dienstleistungssektor mit dem Ziel, neue Märkte zu erschließen. Basierend auf der ursprünglichen Intention sind zunächst keine Exporteinkünfte zu erwarten, andererseits aber ein Kapitalabfluss durch die erzielten Gewinne, die durch Produktivitätszuwächse aufgrund eines Technologie- und Wissenstransfers, höher, als zuvor angenommen werden, können. Die tatsächlichen Auswirkungen hängen stark davon ab, ob und in welcher Form es zu einer Vernetzung mit der einheimischen Wirtschaft kommt (Woodward 2001: 100-103, Nunnenkamp/Spatz 2003a: 7). In Brasilien beispielsweise wurde im Zusammenhang mit der Übernahme von brasilianischen Firmen durch ausländische Investoren festgestellt, dass die neuen Besitzer dazu tendieren, ausländische Inputs zu importieren, im Gegenzug aber vergleichsweise wenig zu exportieren. *„This results in fewer spin-offs for domestic firms and sees less diffusion of technology throughout the host state. In addition FDI into non-tradable services can impose continuing burdens on the balance of payments as profits are exported“* (IISD 2004).

Finanzkrisen und soziale Auswirkungen

Unterschiedliche Faktoren werden für die Finanzkrisen in Asien und Lateinamerika verantwortlich gemacht. Während sich viele Autoren einig sind, dass letztendlich der schnelle Abzug größerer Mengen an spekulativem Kapital den Bang auslöste, variieren die Sichtweisen über die Vorgeschichte. Ein genannter Aspekt im Rahmen der Asienkrise ist die unzureichende institutionelle Infrastruktur der Finanzmärkte, deren Aufnahmefähigkeit durch die Kapitalschwemme Mitte der 90er Jahre überstrapaziert wurde. Sobald dies den Anlegern auf

Suche nach rentablen Anlagemöglichkeiten klar wurde, kam es zu einer abrupten Umkehr des Kapitalflusses (Young 2004). Woodward argumentiert hingegen, dass nicht die institutionelle Schwäche, sondern die Schwäche der Finanzmärkte Ursache für die Finanzkrise war. Langanhaltende Zahlungsbilanzdefizite ausgelöst durch ausländische Direktinvestitionen hatten zu einer Destabilisierung der Finanzmärkte und daher zu einer Erhöhung der Krisenanfälligkeit geführt. Sowohl in der Asienkrise als auch in Mexiko lässt sich in den Jahren unmittelbar vor der Krise ein signifikanter Anstieg an ausländischen Direktinvestitionen registrieren, verbunden mit einer Zunahme der Zahlungsbilanzdefizite (Woodward 2001: 175ff.). Die durch spekulatives Kapital ausgelösten Krisen werden durch ein prozyklische Verhalten von ausländischen Direktinvestitionen noch verschärft (Woodward 2001: 159ff., 164f.).

Auch wenn makroökonomische Daten darauf hinweisen, dass sich die Volkswirtschaften Asiens in Bezug auf Wirtschaftswachstum, Zinssätze und Währungsmärkte verhältnismäßig schnell von der Krise erholten, so trifft dies im Bereich der sozialen Reproduktion nicht zu. Erfahrungen aus den Finanzkrisen in Asien und Lateinamerika in den 80er und 90er Jahren zeigen, dass sozialen Auswirkungen, insbesondere auf benachteiligte Bevölkerungsschichten, nur sehr schwer zu begegnen ist (Oxfam 2002: 33ff.). *„Die rigide Anwendung des „Washington Konsens“ mit den oktroyierten Haushaltskonsolidierungs- und Sparprogrammen hat die menschliche Unsicherheit und die Bedingungen für die soziale Reproduktion in diesen Ländern langfristig gefährdet“* (Young 2004: 39). Hinter Haushaltskonsolidierung, ein Teil der *„universelle(n) Tinktur für Staaten in Liquiditätsnot“* (Young 2004: 38), verbergen sich häufig Kürzungen im sozialen Bereich, im Bildungs- oder Gesundheitsbereich, von denen Frauen disproportional stärker betroffen sind als Männer.

Fazit

Die Ausführungen zeigen, dass der Zufluss von ausländischen Direktinvestitionen nicht grundsätzlich zu einem positiven Effekt auf die Zahlungsbilanz führt und verweisen darauf, wie sinnvoll flexible Interventionsmöglichkeiten von staatlicher Seite wären. Auch wenn deutsche BITs keinen Marktzugang gewähren, d.h. die Zulassung eines Investitionsvorhabens von innerstaatlichen Regelungen und Genehmigungsverfahren abhängt (*Screening*), kann in dem oben angeführten Sinne die Situation auftreten, dass in Bezug auf die Zahlungsbilanz „zuviel“ ausländische Direktinvestitionen im Land sind. Nicht nur direkte Beschränkungen des Kapitalexports, die durch die BITs ausgeschlossen sind, wären eine Möglichkeit zur längerfristigen Vorbeugung von Leistungsbilanzdefiziten, sondern auch Export- und Importauflagen könnten Nettokapitaleinkünfte erhöhen. Diesbezügliche Maßnahmen sind teilweise durch das TRIMS verboten. Auflagen, die nach der Investitionstätigkeit stattfinden, fallen durch die Gewährleistung der Nichtdiskriminierung in den Anwendungsbereich der deutschen BITs.

Die uneingeschränkte Gewährung eines freien Kapitalverkehrs in deutschen Investitionsschutzverträgen schränkt den Handlungsspielraum von kapitalimportierenden Ländern bezüglich der Bekämpfung von Zahlungsbilanzproblemen ein. Dies bezieht sich sowohl auf Maßnahmen zur Prävention von Zahlungsbilanzproblemen als auch auf die Flexibilität in Krisensituationen. Der Erfolg Malaysias durch eine schnelle und strikte Reaktion in der

Krisensituation und eine breite wissenschaftliche Diskussion haben interessanterweise nicht dazu geführt, dass sich dies in den Standardregelungen für deutsche BITs niedergeschlagen hätte. Das gleiche gilt für die desaströse Lage Argentiniens seit der Krise 2001/2002, das sich mit immensen Forderungen privater Gläubiger konfrontiert sieht (IISD 2004). Vertragspartner Deutschlands sind darauf angewiesen, dass im Falle einer Notsituation multilaterale Regelwerke Anwendung finden, d.h. Schiedsgerichte in dieser Hinsicht positiv entscheiden. Langfristige Maßnahmen zur Kontrolle von Kapitalflüssen sind unter dem allgemeinen Liberalisierungsdruck, der sowohl von internationalen Organisationen wie Weltbank und IWF als auch durch die geschaffene *rule of law* weitergegeben wird, nicht durchsetzbar, obwohl, „*ganz im Gegensatz zu der Ansicht, daß Kapitalverkehrskontrollen selten, unüblich und nur von wenigen irgendwie ‚marktfreundlichen‘ Ländern praktiziert werden, (...) ihr Einsatz immer weit verbreitet gewesen*“ ist (Khor 1999: 3). Gerade auch Industrieländer haben bis in die 70er Jahre die Möglichkeit der Kapitalkontrolle genutzt (Khor 1999, Chang 2002). Letztendlich verweist nicht zuletzt das Zitat *"FDI are not always, not at any time, and not at any quantity good for development"* darauf, dass ein Souveränitätsanspruch von Seiten der kapitalimportierenden Länder geltend gemacht wird und Investitionen auf ihre Nützlichkeit geprüft werden sollen.

4.2.4 EINSCHRÄNKUNG ENTWICKLUNGSPOLITISCHER MÖGLICHKEITEN DURCH DAS PRINZIP DER NICHTDISKRIMINIERUNG

Eines der wichtigsten Prinzipien im internationalen Handels- und Investitionsrecht ist das Prinzip der Nichtdiskriminierung, spezifiziert als Inländerbehandlung und Meistbegünstigungsprinzip (siehe dazu Kapitel 3.3.5). Auch wenn in deutschen Investitionsschutzabkommen im Gegensatz zu US-amerikanischen oder kanadischen BITs eine Nichtdiskriminierung in der *pre-establishment* Phase nicht im Anwendungsbereich liegt und dadurch ein Marktzugangsrecht nicht gewährt wird, hat auch eine Verpflichtung zur Gleichbehandlung nach erfolgter Investition einschränkende Wirkung auf entwicklungspolitisch wichtige Regulierungsformen. Hier sind insbesondere Maßnahmen zur Förderung einheimischer Industrie zu nennen, die sowohl eine bevorzugte Behandlung lokaler Investoren als auch Auflagen für ausländische Investoren mit dem Ziel einer stärkeren Integration in die einheimische Wirtschaft einschließen.

Der Schutz und Aufbau einheimischer Industrie durch eine bevorzugte Behandlung in einem vor dem internationalen Wettbewerb geschützten nationalen Rahmen wurde in den 60er und 70er Jahren häufig als Möglichkeit für eine nachholende Entwicklung von Ländern mit einer schwachen Wirtschaftsstruktur gesehen. Das Argument, dass junge Industriezweige und der Aufbau neuer Industrien zunächst durch die Einführung von Importzöllen und Kontingenten vor dem internationalen Wettbewerb geschützt werden müssen, um dann, wenn die nötige Produktivität erreicht ist, in Konkurrenz mit ausländischen Anbietern zu treten, stammt aus der Feder von Friedrich List. Aus einer Perspektive, die in der Tradition des ökonomischen Nationalismus steht, sieht List darin die Möglichkeit gegeben, die nationale Industrie schrittweise für den Weltmarkt und ausländische Anbieter auf dem einheimischen Markt konkurrenzfähig zu machen (List 1885: 308ff.). Dieser als „*infant industry*“ Argument rezipierte Argumentationsstrang lieferte nicht nur die theoretische Grundlage für die Importsubstitutionspolitik lateinamerikanischer Länder, die mit dem Ziel der Verringerung der

Abhängigkeiten von den ehemaligen Kolonialmächten in den 60er und 70er Jahren verfolgt wurde. Im Gegenteil, so weist Ha-Yo Chang in einer wirtschaftshistorischen Analyse der heute als „entwickelt“ bezeichneten Länder nach, bilden Elemente aus dieser Schutzpolitik einen wichtigen Bestandteil des Instrumentariums, das von ihnen auf dem Weg zur industriellen Entwicklung implementiert wurde. Interessant ist vor allem sein Resümee zu Großbritannien, Frankreich und Deutschland: Da alle drei Länder bis zur Mitte des 20. Jahrhunderts zu den kapitalexportierenden Ländern gehörten, spielte die Kontrolle von ausländischen Direktinvestitionen zunächst keine Rolle. Nach dem zweiten Weltkrieg änderte sich die Situation durch einen Investitionsschub aus den USA, dem man mit formellen und informellen Maßnahmen zur Wahrung nationaler Interessen zu begegnen versuchte. *„Die Verschärfung der Regulierung von ausländischen Investitionen nach dem Zweiten Weltkrieg in diesen drei Ländern reflektierte ihren veränderten Status im internationalen Investitionsgeschehen. Als sie den Platz mit den USA tauschten und von FDI-Nettoanlegern zu FDI-Nettoempfängern wurden, wendeten sie die gleichen Beschränkungen für ausländische Investitionen an, deren Anwendung sie zuvor bei den USA kritisiert hatten. Dies legt den Schluss nahe, dass Länder eine unterschiedliche Investitionspolitik verfolgten – und in der Tat auch verfolgen sollten – je nachdem, ob sie in der Rolle des Anlegers oder Empfängers von ausländischen Investitionen sind“* (Chang/Green 2003: 18).

Dass die unterschiedliche Stellung im Wirtschaftsprozess heute keine Berücksichtigung findet und nach dem Motto *„Don't do as we do, do as we say“* (Chang/Green 2003) mit den heute am Beginn ihrer wirtschaftlichen Entwicklung stehenden Ländern verfahren wird, geschieht mit dem Verweis auf die gescheiterten Versuche in Lateinamerika. Die Importsubstitutionspolitik, so die dominierende Interpretation, war verantwortlich für die große Schuldenkrise und deshalb wird heute davon ausgegangen, dass eine Öffnung der Märkte und die Integration in den Weltmarkt, basierend auf dem Argument der komparativen Kostenvorteile, den notwendigen und angestrebten Entwicklungsschub liefert. Eine weitgehende Abschottung vom Weltmarkt am Anfang, Teil des *infant industry* Arguments, ist durch die Verpflichtungen, die Entwicklungs- und Schwellenländer im Rahmen der WTO, durch Strukturanpassungsprogramme und Freihandelsverträge auf regionaler und bilateraler Ebene eingegangen sind, faktisch ausgeschlossen.

Durch bilaterale Investitionsverträge und dem integrierten Prinzip der Nichtdiskriminierung bei der Behandlung von ausländischen Direktinvestitionen ist aber auch die Anwendung einzelner Elemente dieses Instrumentariums nicht mehr möglich. So sind bei deutschen bilateralen Investitionsabkommen keine Ausnahmen vorgesehen, die eine bevorzugte Behandlung einheimischer Industrien gegenüber ausländischen Investoren zulassen würde. Im Gegenteil werden in der Protokollbestimmung zu Art. 3 Abs 2 durch eine Präzisierung der "weniger günstigen" Behandlung potentielle Regulierungsinstrumente in relevanten Bereichen wie der Rohstoffbeschaffung oder dem Energiebereich, sowie die *„unterschiedliche Behandlung im Falle von Behinderungen des Absatzes von Erzeugnissen im In- und Ausland sowie sonstige Maßnahmen mit ähnlicher Auswirkung“* explizit ausgeschlossen.

Durch die Unterscheidung der *pre-establishment* und *post-establishment* Phase kann der Marktzugang im Fall der deutschen BITs grundsätzlich an Bedingungen geknüpft werden. Eine

vertragliche Absicherung durch das Gastland verhindert, dass Ansprüche auf Gleichbehandlung von Investorensseite im Nachhinein geltend gemacht werden können. Schwer zu verhindern ist, dass offizielle Regelungen durch die vorhandene wirtschaftliche Macht des ausländischen Unternehmens umgangen werden, wie Sornarajah am Beispiel der so genannten *indigenisation measures* im Zusammenhang mit *joint ventures* klarstellt. Durch eine schrittweise Überführung eines *joint ventures* in die Hände lokaler Unternehmer soll ein direkter Technologie- und Wissenstransfer gewährleistet werden. Transnationale Konzerne umgehen diese Verpflichtung, indem sie lokale Investoren einsetzen, die ihre Rechte nicht wahrnehmen und die faktische Kontrolle beim ausländischen Investor belassen (Sornarajah 2004: 45). Einseitige Auflagen an ausländische Unternehmen sind nach getätigter Investition (*post-establishment*) durch das Prinzip der Gleichbehandlung nicht mehr möglich. Im Gegensatz zu bilateralen Investitionsabkommen der USA und Kanadas sind in deutschen BITs zwar *performance requirements* nicht explizit erwähnt und verboten, aufgrund des Nichtdiskriminierungsprinzips ist mit dem Abschluss eines deutschen BITs jedoch eine Anwendung von *performance requirements*, soweit nicht durch andere Abkommen wie das TRIMS von vorneherein ausgeschlossen, nur möglich, wenn dieselben Bedingungen auch für alle anderen ausländischen und für einheimische Investoren geltend gemacht werden. Ausschlaggebend ist hier, dass nicht nur eine Diskriminierung im eigentlichen, direkten Sinne – wie unterschiedliche Auflagen für inländische und ausländische Investoren –, sondern auch eine faktische Diskriminierung – z.B. Auflagen, die zwar allgemein eingeführt werden, aber nur für ausländische Investoren relevant sind - eine Vertragsverletzung darstellen können.

In nicht-deutschen BITs gibt es häufig den Zusatz, dass die Situation, in der eine nicht weniger günstige Behandlung gewährt werden soll, näher spezifiziert wird durch *in like/similar circumstances/situations*, also in vergleichbarer oder ähnlicher Situation. Das bedeutet, dass die Vergleichsobjekte sich in einer vergleichbaren Situation befinden müssen, um eine Gleichbehandlung einfordern zu können. Was eine vergleichbare Situation auszeichnet ist eine Einzelfallentscheidung, was diese Formulierung einer gewissen Beliebigkeit aussetzt (UNCTAD 2003b: 108). Einerseits bietet sie ausländischen Investoren die Möglichkeit, eine Gleichbehandlung durch die Schaffung gleicher Ausgangsvoraussetzungen einzufordern und notfalls einzuklagen. Andererseits kann der Verweis, dass das Prinzip der Nichtdiskriminierung nur in einer vergleichbaren Situation Anwendung findet, Grundlage für eine gezielte Bevorzugung inländischer Unternehmen sein. Beim Vergleich etwa eines Transnationalen Unternehmens - mit entsprechender Größe und einer vertikalen, globalen Organisationsstruktur - mit einem lokalen Unternehmen könnte z.B. wegen der größeren Effizienz oder anderen Organisationsstruktur ausländischer Unternehmen eine „nichtvergleichbaren“ Situation angenommen werden. Folglich würde das Prinzip der Nichtdiskriminierung in dieser Situation keine Anwendung finden. Dies würde die Möglichkeit eröffnen auf Basis des Infant industry Arguments eine gezielte Stärkung einheimischer Unternehmen durchführen zu können (UNCTAD 2003b: 102). Eine solche Argumentation wäre aber sicherlich nur dann erfolgreich, wenn die diskriminierenden Maßnahmen zeitlich befristet wären und überhaupt die Voraussetzung besteht, dass entsprechende inländische Unternehmen das Potential dazu haben, konkurrenzfähig zu werden. Auch wenn die Durchsetzbarkeit einer langfristigen Diskriminierung aus ökonomischen Gründen grundsätzlich nicht anzunehmen ist, würde der in

deutschen BITs fehlende Zusatz gegebenenfalls einen gewissen Spielraum einräumen. Letztendlich ist es abhängig von der Interpretation der Schiedsgerichte, ob auch die in deutschen Verträgen verwendete allgemeine Formulierung nur in vergleichbaren Situationen Anwendung findet (UNCTAD 2003b: 107; Sornarajah 2004: 235).

Während dies eine indirekte Möglichkeit der bevorzugten Behandlungen darstellen würde, enthalten wenige deutsche Verträge bezüglich der Nichtdiskriminierung besondere Passagen, die die Reziprozität der bilateralen Abkommen aufheben und einseitige Ausnahmen für den Vertragspartner enthalten. In den Protokollbestimmungen zu Art. 2 und Art. 3 des BITs zwischen China und Deutschland z.B. werden explizit Maßnahmen aus dem Anwendungsbereich der Nichtdiskriminierung ausgeschlossen und damit bestehende diskriminierende Maßnahmen erhalten:

„In Bezug auf die Volksrepublik China gelten Artikel 2 Absatz 3 und Artikel 3 Absatz 2 nicht für:

- a) In ihrem Hoheitsgebiet geltende Maßnahmen, die nicht mit den Bestimmungen des Abkommens übereinstimmen;*
- b) Die Beibehaltung von Maßnahmen, die nicht mit den Bestimmungen des Abkommens übereinstimmen;*
- c) Jede Änderung von Maßnahmen, die nicht mit den Bestimmungen des Abkommens übereinstimmen, sofern die Änderung die Nichtübereinstimmung der Maßnahmen nicht verstärkt.“*

In dem Zusatz dieser Protokollbestimmung verpflichtet sich China dazu, diese Maßnahmen schrittweise zu beseitigen, d.h. *de facto* bleiben zwar schon bestehende diskriminierende Regelungen erhalten, für die Implementierung neuer Instrumente gelten indes dieselben Einschränkungen wie in der Mehrzahl der deutschen Verträge. Im bilateralen Abkommen mit Mosambik wird noch expliziter auf die entwicklungspolitischen Aspekte und das *infant industry* Argument eingegangen (Protokollbestimmungen zu Art. 3):

„Besondere Anreize, die die Regierung der Republik Mosambik ihren Staatsangehörigen oder Gesellschaften mit dem Ziel gewährt, die Gründung und Entwicklung von kleinen und mittelständischen mosambikanischen Unternehmen zu fördern, gelten nicht als Verstoß gegen die in Artikel 3 dieses Vertrags niedergelegte Inländerbehandlung, sofern sie die wirtschaftliche Substanz der Kapitalanlagen oder der Tätigkeiten im Zusammenhang mit Kapitalanlagen von Staatsangehörigen oder Gesellschaften der anderen Vertragspartei nicht beeinträchtigen.“

Wichtig ist allerdings auch hier, dass die Zugeständnisse nur dann und nur solange zum Tragen kommen, wie die wirtschaftliche Substanz keiner Beeinträchtigung unterliegt. Aus machtpolitischer Perspektive ist insbesondere der Verhandlungserfolg Mosambiks mit einer deutlichen Abweichung vom deutschen Mustervertrag auffällig, während die gute Verhandlungsposition Chinas aus seiner wachsenden Wirtschaftsmacht und der Wichtigkeit des chinesischen Marktes heraus erklärbar ist. Erklärungshinweise könnten das Engagement deutscher Investoren bei Großprojekten in Mosambik sein und die Produktionsaufnahme der Aluminiumschmelze MOZAL im September 2000, die die Importe aus Mosambik von 2000 auf

2001 um 438% ansteigen ließ⁴¹. Laut Jahresbericht 2001 zur Vergabe von Investitionsgarantien der Bundesrepublik Deutschland wurde 2000 eine Investitionsgarantie für einen deutschen Investor für MOZAL vergeben. Hintergrund der Zugeständnisse in dem BIT zwischen Mosambik und Deutschland dürfte das besondere Interesse Deutschlands an dem Abschluss des BITs gewesen sein, um die Investitionen im Nachhinein mit dem notwendigen Schutz zu versehen.

Beispiele aus Brasilien und Argentinien zeigen, dass eine Vernetzung mit der lokalen Wirtschaftsstruktur nicht selbstverständlich ist. Eine Auswertung von ausländischen Direktinvestitionen in Argentinien, wo ausländische Investoren durch Anreize angelockt wurden, ergab, dass Unternehmen den Bezug von Vorprodukten häufig durch Import abdeckten (IISD 2004). Dasselbe Ergebnis lieferte eine Untersuchung des Produktionsnetzwerks von Mercedes Benz in Brasilien. Die erste Präferenz bei Zulieferern gilt Firmen, die bereits in Deutschland als Zulieferer für Mercedes Benz tätig sind und eine Niederlassung in Brasilien haben. Zweitwichtigste Position nehmen dann andere transnationale Zulieferer ein und erst dann kommen lokale Zulieferer zum Zuge. *„Eine einschneidende Folge der ausländischen Direktinvestitionen im Automobilsektor war, dass im Zuge des „follow sourcing“ transnationale Zulieferfirmen lokale Komponentenfertiger übernahmen oder Mehrheitsbeteiligungen erwarben. Für lokale Fertiger war es nicht mehr möglich, als eigenständige Automobilzulieferer der ersten Stufe zu überleben. Neben dieser Denationalisierung eines ganzen Industriezweigs gingen die ausländischen Direktinvestitionen auch mit stark steigenden Komponenten-Importen einher“* (Fritz 2004: 12).

Beispiele aus Südafrika und Malaysia verweisen auf die soziale Dimension des Prinzips der Nichtdiskriminierung, da spezielle Förderprogramme z.B. für benachteiligte ethnische Gruppen davon betroffen sein können. Historisch bedingt gibt es in Südafrika Programme wie das *„Black Economic Empowerment“* (BEE), um Schwarze im Wirtschaftssektor zu stärken. *„(I)t is notable that international legal commitments in South Africa’s roster of investment treaties could complicate efforts to craft Black Economic Empowerment policies. Only some of South Africa’s treaties enter exceptions for policies designed to further racial equality in the country. Those which do not would seem to raise concerns that such treaties could complicate efforts to impose BEE policies upon foreign investors where such policies may contravene a treaty protection.“* (IISD 2004; Peterson 2004a: 34). Ähnliches gilt für Förderprogramme in Malaysia, die ebenfalls spezielle Privilegien für ethnische Minderheiten einräumen (IISD 2004).

Fazit

Während also die Förderung einheimischer Industrie durch das Prinzip der Nichtdiskriminierung allenfalls eingeschränkt und abhängig von einer entsprechenden Auslegung durch die Schiedsgerichte möglich bleibt, ist eine Bevorzugung ausländischer Investoren möglich. Die Formulierung, dass ausländische Investitionen/Investoren „nicht weniger günstig“ behandelt werden dürfen, fordert keine Gleichbehandlung ein, sondern bleibt offen für eine Besserstellung

⁴¹ Informationen zu den Wirtschaftsbeziehungen zwischen Deutschland und Mosambik siehe http://www.auswaertiges-amt.de/www/de/laenderinfos/laender/laender_ausgabe_html?type_id=14&land_id=116; <http://www.mosambik-botschaft.de/ueberblick.html#kap6>.

ausländischer Investoren gegenüber einheimischen. Lediglich eine Benachteiligung unterschiedlicher ausländischer Investoren auf Grund ihrer Nationalität ist durch das Prinzip der Meistbegünstigung ausgeschlossen. Einschränkende Wirkung hat das Prinzip der Nichtdiskriminierung insbesondere auf den Handlungsspielraum von Regierungen gegenüber Investoren, deren wirtschaftliche Aktivitäten (z.B. Senkung des Marktpreises für wichtige Produkte) sich negativ auf die nationale Wirtschaft (z.B. auf den Arbeitsmarkt oder im Umweltbereich) auswirken.

4.2.5 FALLEN PORTFOLIO-INVESTITIONEN IN DEN ANWENDUNGSBEREICH DEUTSCHER INVESTITIONSSCHUTZVERTRÄGE?

Aus entwicklungsökonomischer Perspektive elementar ist, ob neben ausländischen Direktinvestitionen auch kurzfristige Investitionen, allgemein mit dem Sammelbegriff Portfolio-Investitionen bezeichnet, unter den Schutz von deutschen bilateralen Investitionsabkommen fallen. Wichtig ist diese Differenzierung und genaue Analyse insbesondere aus zwei Gründen: Erstens ist von kurzfristigen Investitionen oder Geldanlagen kein bis ein geringer, indirekter ökonomischer Nutzen zu erwarten. Eigenschaften wie Technologie- und Wissenstransfer, die bei langfristigen Investitionen als möglicher Beitrag zu einer wirtschaftlichen Entwicklung hervorgehoben werden, fallen bei Portfolio-Investitionen durch ihre Kurzfristigkeit und den geringen Anteil am Gesamtkapital eines Unternehmens weg. Zweitens sind die Gefahren, die von spekulativem Kapital aufgrund seiner Volatilität ausgehen, beträchtlich.

In der Literatur werden BITs häufig in zwei Grundmodelle eingeteilt – US- Modell und europäisches Modell –, bei denen als ein Unterscheidungsmerkmal angegeben wird, dass der Anwendungsbereich der US-amerikanischen im Gegenteil zu den europäischen BITs Portfolio-Investitionen mit einschließt (Vander Stichele 2003). Wie im Folgenden zu sehen ist, schließt der in deutschen Verträgen verwendete Begriff der Kapitalanlage Portfolio-Investitionen allerdings nicht explizit aus. Die in der Präambel verankerte Zielsetzung der Verträge, dass die Förderung und der Schutz von Kapitalanlagen dazu geeignet ist, den Wohlstand beider beteiligter Völker zu mehren, könnte zwar darauf hindeuten, dass nur Investitionen, die im Gastland positive entwicklungspolitische Auswirkungen haben, dem Schutz der Verträge unterliegen (siehe zur ICSID-Konvention Schreuer 2001: Art. 25 Randnummer 88). Für eine derartige Interpretation auf Basis der Präambel gibt es allerdings in der internationalen Entscheidungspraxis keine Beispiele. Im Folgenden soll gezeigt werden, wie unterschiedliche einzelne, in deutschen Verträgen verwendete Begriffe ausgelegt werden können, und dann diskutiert werden, ob eine Interpretation in Richtung der Inklusion von Portfolio-Investitionen möglich ist.

Auslegung des Begriffs der Kapitalanlage in deutschen BITs

Kapitalanlagen schließen nach Art. 1 Abs. 1 lit. b) des deutschen Mustervertrags „*Anteilsrechte an Gesellschaften und andere Arten von Beteiligungen an Gesellschaften*“ mit ein. Ausschlaggebend ist hier die Auslegung des Wortes „Beteiligung“. Nach allgemeinem Sprachgebrauch ist unter einer Beteiligung der Akt des Teilnehmens und Mitwirkens an einer Sache zu verstehen, aber auch der Anteil, den jemand zu einer Sache beisteuert und mit dem er einen Teil der Finanzierung übernimmt (Wahrig, Deutsches Wörterbuch). Eine Interpretation von

Beteiligung in diesem Sinne würde sämtliche gängigen Formen der Unternehmensfinanzierung einschließen (siehe zu den Definitionen Garner 1995; Siebel 1997: 22f.; Clausen 2003: 413f.). Dazu gehören neben Aktien und Gesellschaftsanteilen (auch als *equity* bezeichnet) insbesondere Schuldverschreibungen⁴² und Anleihen⁴³. Zusätzliche Finanzierungsinstrumente für Unternehmen sind Kredite sowie Schecks und Wechsel⁴⁴, die, im Gegensatz zu Schuldverschreibungen, eine gewisse Langfristigkeit nicht begriffsnotwendigerweise voraussetzen. Alenfeld hingegen legt den Begriff der Beteiligung enger aus, indem er Anteilsrechte an Gesellschaften als Mitgliedschaftsrechte sieht, durch die der Inhaber sich nicht nur finanziell an einer Gesellschaft beteiligt, sondern auch gewisse Mitbestimmungsrechte hat (Alenfeld 1971: 30f.). Einzelne jüngere deutsche Verträge präzisieren den Begriff der Gesellschaftsbeteiligungen: der Vertrag mit Sri Lanka nennt *Gesellschaftsanteile, -einlagen und -obligationen oder andere ähnliche Arten von Beteiligungen an Gesellschaften* und der deutsch-iranische Vertrag umfasst *alle Arten von Beteiligungen an Gesellschaften wie Wertpapiere, Obligationen, Kapitalbeteiligungen und Kredite*. Fraglich ist, welche Schlussfolgerungen daraus für die übrigen Verträge gezogen werden können. Da ‚Gesellschaftsbeteiligung‘ als Oberbegriff verwandt wird und seiner Bedeutung nach sämtliche der genannten Finanzierungsinstrumente für Unternehmen beinhalten kann, dürften die Weiterentwicklungen in den jüngsten Verträgen tatsächlich lediglich Präzisierungen, nicht aber Erweiterungen des Anwendungsbereichs der BITs sein.

Für diese Sichtweise spricht auch die allgemeine und damit umfassende Regelung in Art. 1 Abs. 1 lit. c) des Mustervertrags, wonach *„Ansprüche auf Geld, das verwendet wurde, um einen wirtschaftlichen Wert zu schaffen, oder Ansprüche auf Leistungen, die einen wirtschaftlichen Wert haben“* als Kapitalanlage gelten (so auch Siebel 1997: 514; Alenfeld 1971: 30). Ursprünglich sollten damit nach Alenfeld Darlehensforderungen deutscher Unternehmen an ausländische Partner erfasst werden (Alenfeld 1971: 31). Jeder im Wirtschaftsleben abgeschlossene Vertrag begründet jedoch Ansprüche auf die Erbringung von Leistungen mit wirtschaftlichem Wert und im Gegenzug einen Anspruch auf Geld. In dieser Hinsicht einschränkende Formulierungen finden sich in den Abkommen mit Brasilien, Marokko und Sri Lanka, nach denen Ansprüche *im Zusammenhang mit einer Kapitalanlage* stehen müssen. Der Vertrag mit Mexiko schließt ganz explizit bestimmte Verträge aus: *„Kapitalanlagen umfassen jedoch nicht Handelsgeschäfte, die ausschließlich dem Verkauf von Gütern oder Dienstleistungen dienen; Kredite zur Finanzierung von Handelsgeschäften mit einer Laufzeit von weniger als drei Jahren, andere Kredite mit einer Laufzeit von weniger als drei Jahren, sowie Kredite an einen Vertragsstaat oder ein staatliches Unternehmen.“* Alenfeld und Frick argumentieren, dass generell nur Forderungen im Zusammenhang mit Kapitalanlagen umfasst seien (Alenfeld 1971: 31; Frick 1975: 180). In den übrigen Verträgen könnte bestenfalls der

⁴² Nicht namentlich bezeichnete, längerfristige festverzinsliche Wertpapiere, die ein Forderungsrecht verbriefen.

⁴³ Aufnahme eines Kredits gegen Schuldverschreibung auf den Inhaber, insbesondere Anleihen der öffentlichen Hand oder von Kapitalgesellschaften (je nach Ausgestaltung und Sprachgebrauch auch als *debt security*, *bonds* oder *debentures* bezeichnet).

⁴⁴ In bestimmter Form ausgestelltes Wertpapier, in dem sich der Unterzeichner verpflichtet, zu einem bestimmten Zeitpunkt eine bestimmte Geldsumme zu zahlen.

Begriff der *Kapitalanlage*, dem als typische Charakteristika eine gewisse Dauer, ein gewisser Umfang und ein unternehmerisches Risiko zugeschrieben werden, dafür sprechen, dass Finanzierungsinstrumente wie Kredite oder Wechsel nur dann im Anwendungsbereich des BIT liegen, wenn mit den finanziellen Mitteln ein wirtschaftlicher Wert von gewisser Dauer geschaffen wurde. Andererseits hat schon die Verfügungsgewalt über einen Kredit- oder Wechselbetrag einen wirtschaftlichen Wert in Höhe der dafür zu erzielenden Zinsen. Letztlich bleibt der Wortlaut des deutschen Mustervertrags hier im Gegensatz zu anderen Abkommen wie des NAFTA, in dem Art. 1139(h) für gewisse Verträge eine Präsenz im Gastland voraussetzt, unpräzise.

Ausschluss von Portfolio-Investitionen?

Die obige Diskussion hat also ergeben, dass keiner der in den Definitionen genannten Begriffe zwingende Schlüsse darauf zulässt, dass die genannten Rechtstitel über ihre formale Rechtsnatur hinaus auch in tatsächlicher Hinsicht bestimmte Eigenschaften wie eine gewisse Dauer aufweisen müssen. Damit bleibt es offen und der Interpretation der Schiedsverfahren überlassen, ob Portfolio-Investitionen – d.h. jeder kleine Minderheitsanteil und jede geringe Beteiligung an einer Gesellschaft – als Kapitalanlage im Sinne der deutschen BITs gelten. Auffallend ist, dass der Wortlaut keinerlei Bemühungen erkennen lässt, den Schutzbereich explizit einzuschränken, wie dies in anderen Verträgen der Fall ist: Das ASEAN-Abkommen schließt Portfolio-Investitionen vollständig aus (Sornarajah 2004: 228). Im NAFTA-Abkommen werden die betroffenen Beteiligungsrechte genau umschrieben, insbesondere Schuldverschreibungen und Kredite werden nur unter der Voraussetzung einer gewissen Mindestlaufzeit umfasst (Art. 1139(h), siehe UNCTAD 1999d: 26; Schreuer 2001: Art. 25 Randnummer 104). Auch in den Verhandlungen der OECD über ein Multilaterales Investitionsabkommen wurden, jenseits einer Aufzählung von Rechtstiteln, per Ergänzungsnote bestimmte Charakteristika wie etwa ein gewisses Geschäftsrisiko auf Seiten des Investors hinzugefügt (UNCTAD 1999d: 17). Auch eine Präzisierung im neuen deutschen BIT mit China schränkt den Anwendungsbereich ein und schließt kurzfristigere Investitionen aus: Nach den Protokollbestimmungen zu Art. 1 gelten als Kapitalanlagen nur solche, *„die zur Schaffung dauerhafter wirtschaftlicher Beziehungen im Zusammenhang mit Unternehmen vorgenommen werden, insbesondere solche, die eine effektive Einflussnahme auf die Leitung der Unternehmen ermöglichen“*. Einerseits könnte diese Spezifizierung darauf verweisen, dass Vergleichbares auch für die übrigen Abkommen gilt, da die Protokollnotiz im Vertrag mit China ausweislich des Wortlautes „zur Klarstellung“ erfolgt. Andererseits kann genau diese Klarstellung dahingehend interpretiert werden, dass es einer Präzisierung bedurfte, um sicher zu gehen, dass kurzfristige Investitionen tatsächlich ausgeschlossen sind. Für die anderen Verträge ergibt sich dadurch allerdings nicht mehr Klarheit.

Für eine enge Auslegung, die ausschließlich langfristige Investitionen im Anwendungsbereich deutscher Verträge sieht, spricht nach Alenfeld (1971: 29f.), dass eine wesentliche Funktion der Verträge ist, dass sie die Voraussetzungen für die Gewährung von Investitionsgarantien

schaffen, die wiederum lediglich für Direktinvestitionen gelten⁴⁵. Dieses Argument stellt einerseits die Selbständigkeit und Wichtigkeit der Verträge unabhängig von Investitions Garantien sehr stark in Frage und andererseits werden die weitreichenden Regelungen, die bilaterale Investitionsabkommen unabhängig von Investitions Garantien enthalten, unverhältnismäßig relativiert. Frick bemerkt, dass die Verträge auch über den Zusammenhang mit Investitions Garantien hinaus ein umfassendes Schutzregime aufstellen und dies auch so beabsichtigt ist (Frick 1975: 184f.). Zusätzlich argumentiert Alenfeld, dass die entwicklungspolitischen Auswirkungen von Portfolio-Investitionen zweifelhaft seien, so dass diese im Hinblick auf die Zielsetzung der Investitionsschutzverträge in der Präambel von deren Anwendungsbereich ausgeschlossen sein könnten. Dieses Argument ist jedoch von mehreren Seiten zu entkräften: Erstens stellt die Präambel nicht mehr als eine Absichtserklärung dar, die aber weder die im Vertrag enthaltenen Regelungen relativieren oder spezifizieren kann, noch einklagbar ist. Zweitens würden mit dieser Argumentation auch aus entwicklungspolitischer Sicht nicht sinnvolle ausländische Direktinvestitionen aus dem Schutz ausgeschlossen, was aber allgemein nicht so praktiziert wird. Drittens wird von Befürwortern eines breit angelegten Investitionsbegriffs und damit einer Ausdehnung des Schutzes auch auf Portfolio-Investitionen häufig ein Zusammenhang zwischen Portfolio-Investitionen und Direktinvestitionen dahingehend hergestellt, dass der Zufluss von Portfolio den Zufluss von Direktinvestitionen fördert bzw. eine eindeutige Unterscheidung teilweise ohnehin problematisch ist. Und schließlich gibt es viertens und daran anschließend unterschiedliche Einschätzungen darüber, ob Portfolio-Investitionen eine positive Entwicklungswirkung haben oder nicht, wobei insbesondere dominante Akteure Portfolio-Investitionen für entwicklungspolitisch sinnvoll halten. Basierend auf dem Standpunkt, dass Portfolio-Investitionen wegen ihrer Volatilität für viele Volkswirtschaften mit defizitärer Zahlungsbilanz eine Gefahr darstellen und entwicklungspolitisch keine positive Relevanz haben, geben beide Argumente von Alenfeld wenig Anlass, von einer engen Auslegung und damit dem faktischen Ausschluss von Portfolio-Investitionen auszugehen.

Für eine Auslegung, dass deutsche BITs den Schutz von Portfolio-Investitionen umfassen, sprechen Schiedssprüche, die auf Grundlage von Verträgen ergangen sind, die den deutschen BITs weitgehend vergleichbar sind. Sie zeigen, dass auch internationale Schiedsgerichte einem generellen Ausschluß von Portfolio-Investitionen skeptisch gegenüber stehen. Z.B. im Fall *Fedax/Venezuela* hat das Schiedsgericht einen Wechsel (*promissory note*) als Kapitalanlage anerkannt und damit eine den deutschen Verträgen weitgehend ähnliche Definition ausdrücklich auf Portfolio-Investitionen bezogen (*Fedax/Venezuela – Jurisdiction*, Abs. 32). Das Schiedsgericht stellt fest, die Definition „*titles to money, to other assets or to any performance having an economic value*“ im US-venezolanischen BIT sei breit und umfasse derartige Wechsel ebenso wie Art. 25 der ICSID-Konvention. Allerdings verwies das Gericht zur Begründung darauf, dass es sich um einen langfristig angelegten Wechsel handelte, der die Voraussetzungen einer „*certain duration, a certain regulatory of profits and returns, assumption of risk, substantial commitment and a significance for the host state's economy*“ erfülle. Es grenzte dies zu „*mere short term occasional financial arrangements and volatile capital*“ ab.

⁴⁵ Allgemeine Bedingungen für die Übernahme von Garantien für Direktinvestitionen im Ausland, Fassung September 2004, § 3; zu BITs und Investitions Garantien siehe Sekler/Drillisch 2003.

Damit scheint das Schiedsgericht der Auffassung zu folgen, dass es jenseits einer formalen Einordnung von Rechtstiteln auch auf deren Eigenschaften ankommt (*Fedax/Venezuela - Jurisdiction*, Abs. 32, 37, 43).

Insgesamt interessant ist, dass von unterschiedlichen Akteuren häufig auf den Unterschied zwischen US-amerikanischen und europäischen und damit auch deutschen BITs hinsichtlich der Breite des Investitionsbegriffs verwiesen wird, während die USA in einer Eingabe in der *Working Group on the Relationship between Trade and Investment* anlässlich der Diskussionen um ein Multilaterales Investitionsabkommen in der WTO freimütig erklären „*Long-standing U.S. practice is to have the broadest definition of investment, covering both direct and portfolio investment. European bilateral investment treaties also cover all types of investment*“ (WTO 2002).

Vor diesem Hintergrund erscheint es zweifelhaft, ob ein Schiedsgericht die Anwendung der deutschen BITs auf Portfolio-Investitionen ablehnen würde. Wahrscheinlicher ist, dass Rechtstitel nur nach ihrer formalen Rechtsnatur beurteilt werden und damit eine Interpretation des Begriffs *Kapitalanlage* in Richtung, dass nur solche Vermögenswerte geschützt sind, die im Zusammenhang mit einer Leistung von gewisser Dauer, gewissem Umfang und mit gewissem Risiko stehen, unwahrscheinlich ist.

4.2.6 FAZIT: WIRTSCHAFTLICHE ENTWICKLUNG HAT EINE SOZIALE DIMENSION

"It is a very clever common device that when anyone has attained the summit of greatness, he kicks away the ladder by which he has climbed up, in order to deprive others of the means of climbing up after him."

Friedrich List⁴⁶

Die Auswirkungen von ausländischen Investitionen in Verbindung mit einzelnen in deutschen BITs enthaltenen Regelungsbereichen zeigen die Gefahr auf, dass auch durch den Abschluss dieser Verträge einzelne Leiterstufen für Entwicklungsländer auf dem Weg zu einer wirtschaftlichen Entwicklung durchbrochen werden. Ein Aspekt ist hierbei, dass deutsche Investitionsförder- und –schutzverträge keine Regelungen enthalten, die eine Entwicklung explizit fördern würden; das ist allerdings auch nicht ihre Absicht. Das Ziel ist, durch einen weitgehenden Schutz von Investoren und Investitionen den Kapitalexport bzw. Kapitalimport zu fördern. Entwicklungsländer hegen dabei die Hoffnung, mit einem solchen Vertragsabschluss im globalen Wettbewerb um privates Kapital eine bessere Position zu erhalten, das Investitionsvolumen zu erhöhen und die wirtschaftliche Entwicklung anzukurbeln. Jedoch werden die von ausländischen Direktinvestitionen ausgehenden Impulse für die wirtschaftliche Entwicklung meist überschätzt, denn parallel zu den steigenden ausländischen Direktinvestitionen haben sich in den 1990er Jahren globale Produktionsnetzwerke entwickelt, die hierarchisch strukturiert sind und von transnationalen Konzernen kontrolliert werden (Fritz 2004: 12). Um die Wahrscheinlichkeit dieser Funktionskette aus entwicklungspolitischer Sicht zu erhöhen, müssten sich die asymmetrischen wirtschaftlichen Verhältnisse im Vertragswerk durch eine Aufhebung der Reziprozität widerspiegeln. Statt dessen werden Entwicklungsländer durch

⁴⁶ Zitiert in Wade 2003: 632.

lange Laufzeiten und die Tatsache, dass Kapitalanlagen selbst bei einer einvernehmlichen Kündigung des Vertrages laut deutschem Mustervertrag für einen Übergangszeitraum von weiteren 20 Jahren geschützt werden (Art. 14 Abs. 3), an eine bestimmte Wirtschaftspolitik gebunden. Gerade in ökonomisch schwachen Phasen müsste allerdings eine gewisse Flexibilität gegeben sein, um auf ein breites Set an wirtschaftspolitischen Instrumenten zurückgreifen zu können. Letztendlich stellt sich hier auch die Frage, inwiefern eine wirtschaftliche Entwicklung, die nicht nur wirtschaftliches Wachstum und Produktivitätszuwächse, sondern auch eine soziale Entwicklung einschließt, in diesem engen Korsett an internationalen Verpflichtungen verwirklicht werden kann (siehe dazu Wade 2003). Wesentlich ist, welche sozialen Auswirkungen ausländische Direktinvestitionen direkt und durch Regelungen und Einschränkungen in bilateralen Investitionsabkommen haben. Auswirkungen auf zentrale Bereiche wie Gesundheitsversorgung, Arbeitsverhältnisse, Geschlechterverhältnisse, ethnische Minderheiten oder Veränderungen in der internen Verteilung von Reichtum und Macht müssen mit in den Blick genommen werden (Vandevelde 1998).

4.3 Erweiterter Schutz von geistigem Eigentum durch bilaterale Abkommen?

Ein wesentlicher Bestandteil internationalen Rechts ist der Schutz geistiger oder intellektueller Eigentumsrechte, die unterschiedliche Rechtstitel wie Patente, Urheberrechte, Rechte auf spezielle Designs oder technische Verfahren, Geschäftsgeheimnisse oder der so genannten *Goodwill* - Vorteile oder Profite, die ein guter Name, eine zentrale Marktposition oder der Ruf eines Unternehmens einbringen - umfassen. Historisch betrachtet steht die Ausdehnung des Schutzes auf geistige Eigentumsrechte im Zusammenhang mit dem Übergang in eine Informations- und Wissensgesellschaft, in der materielle Produktionsfaktoren wie Kapital, Bodenschätze oder Industrieanlagen in ihrer Dominanz abgelöst werden von immateriellen, geistigen Produktionsfaktoren. Eigentumsrechte in diesem Bereich einzuräumen bedeutet, ihre Nutzung zu kontrollieren und damit die lizenzfreie Kopie von Innovationen zu verhindern (Neelsen 2003).

Der Zusammenhang zwischen geistigen Eigentumsrechten und ausländischen Direktinvestitionen besteht über die Verlagerung der seriellen Verarbeitung innovativer Produkte in Entwicklungsländer und damit über den Transfer von geistigen Eigentumsrechten (Sornarajah 2004: 11f.). Gerade im Kontext von neueren Industriezweigen wie Bio- und Informationstechnologie wurde der Schutz geistiger Eigentumsrechte immer wichtiger. Ohne eine Festlegung im internationalen Recht (auf bilateraler oder multilateraler Ebene) geht bei einem *cross-border* Transfer von geistigem Eigentum im Zusammenhang mit einer Investition die Verantwortung des Schutzes in das nationale Recht des Gastlandes über. Kennt dieser allerdings, wie bei vielen Entwicklungsländern der Fall, keine institutionelle Verankerung von geistigen Eigentumsrechten mangels vorhandenem Regelungsgegenstand, so kann der Schutz nicht gewährleistet werden (Sornarajah 2004: 47f.). Um diese Lücke zu schließen, existieren Regelungsbestrebungen auf unterschiedlichen Ebenen. Basierend auf der Konvention von Paris zu Patenten, Warenzeichen etc. (1883) und von Bern zu dem Urheberrecht im Bereich von Literatur und Kunst (1886) begannen in den 80er Jahren auf das Drängen der USA hin

Verhandlungen zu dem heute als TRIPS –Abkommen (*Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*) bekannten Teilabkommen der WTO (Correa 2004). Da auf der multilateralen Ebene die Verhandlungen im Rahmen des TRIPS nur langsam vorangehen und die Aufnahme von Verhandlungen zu einem Multilateralen Investitionsabkommen im Rahmen der WTO, in das im Vergleich zum TRIPS erweiterte geistige Eigentumsrechte einbezogen werden könnten, bei der Ministerkonferenz in Cancún 2003 scheiterte, wird die multilaterale Ebene der Normsetzung zunehmend durch Regelungen in bilateralen Freihandelsabkommen oder Investitionsabkommen ergänzt.

Der Schutz geistiger Eigentumsrechte in bilateralen Investitionsabkommen findet mit Hilfe eines breiten Investitionsbegriffs statt, der neben Investitionen herkömmlicher Art auch geistiges Eigentum umfasst. Der im Vertrag gewährte Schutz ist dadurch auf geistiges Eigentum anwendbar. Während in einigen Abkommen geistige Eigentumsrechte relativ allgemein formuliert und festgelegt werden, ist in deutschen bilateralen Investitionsabkommen unter Art. 1d) geregelt, dass eine Kapitalanlage „*Rechte des geistigen Eigentums, wie insbesondere Urheberrechte, Patente, Gebrauchsmuster, gewerbliche Muster und Modelle, Marken, Handelsnamen, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, technische Verfahren, Know-how und Goodwill*“ umfasst.

Um grundsätzlich einen Schutzanspruch im Rahmen des deutschen BITs geltend machen zu können, müssen geistige Eigentumsrechte wie Patente, Handelszeichen, Industriedesign etc. zunächst durch deutsches oder europäisches Recht anerkannt werden, d. h. sie müssen registriert werden. Folglich ist das geistige Eigentum eines ausländischen Investors im Gastland gesetzlich nicht geschützt, wenn im Vorfeld kein dahingehender Antrag gestellt wurde. Einen automatischen Schutz in allen Unterzeichnerstaaten erhalten nur Urheber- und Geschmacksmusterrechte, da dieser Schutz ab dem Zeitpunkt ihrer „Kreation“ ohne zusätzliche Registrierung nach den einschlägigen internationalen Konventionen weltweit beansprucht werden kann. Damit gelten diese vom Zeitpunkt der Investitionstätigung an als Kapitalanlagen im Sinne deutscher BITs. So genannte *well known trademarks* (Art. 16.2 TRIPS) bedürfen ebenfalls keiner Registrierung (Correa 2004: 10).

Befürworter der Integration geistiger Eigentumsrechte in das internationale Recht sehen Vorteile vor allem in zwei Bereichen: einerseits soll durch die geschaffenen wirtschaftlichen Vorteile ein Anreiz für Kreativität und Innovation garantiert werden, andererseits wird argumentiert, dass Lizenzvereinbarungen einen Technologie- und Wissenstransfer fördern und dadurch ein Potential zur Entwicklungsförderung aufweisen. Problematisch an der Integration geistiger Eigentumsrechte in das internationale Recht ist, dass bestehende Machtunterschiede zwischen Zentren⁴⁷, in denen Innovationen stattfinden, und den Ländern, die diesbezüglich wenige bis gar keine Erfolge nachweisen können, manifestiert werden. Mit dem Verweis, dass der Schutz geistigen Eigentums jenseits von nationalen Bestimmungen die Chance auf einen Technologietransfer für Entwicklungsländer erhöht, greift der Diskurs dieses zugrundeliegende ökonomisch asymmetrische Verhältnis auf (Sornarajah 2004: 11f.). Geistige Eigentumsrechte

werden Bestandteil „einer globalen Ordnung, die der freien Zirkulation und Verwertung des Kapitals jenseits der politischen Staatenwelt einen weltweit einheitlichen Aktionsraum mit Normengleichheit und Rechtssicherheit liefert“ (Neelsen 2003). Durch die Überführung der Eigentumsrechte von nationalem Recht in internationales Recht verliert ein Land wichtige Interventionsmöglichkeiten und dies trotz der Zwischeninstanz der Registrierung, denn eine Verweigerung der Anerkennung ist im Kontext der Schaffung eines investitionsfreundlichen Klimas nicht zu realisieren. Neben der einschränkenden Wirkung auf einen angestrebten Technologietransfer (siehe dazu Kapitel 4.2) sind weitere entwicklungspolitische Implikationen die durch den Technologieimport anfallenden Rückzahlungen, die einerseits in die Zahlungsbilanz integriert werden müssen und andererseits auch dem freien Kapitalverkehr unterliegen, und der ganze Problemkomplex der Aneignung genetischer Ressourcen⁴⁸.

Deutsche bilaterale Investitionsverträge gehen in mehrerlei Hinsicht über den Anwendungsbereich des bestehenden TRIPS Abkommens hinaus. Die erste und wichtigste Ausweitung des Anwendungsbereiches stellt das Schiedsgerichtsverfahren dar, das im Rahmen von BITs generell eine Klage von Unternehmensseite gegen das Gastland erlaubt und die Möglichkeit zum *forum-shopping* für den Fall eröffnet, dass die Klage auf WTO Ebene erfolglos blieb. Diese Klagemöglichkeit zieht als weitere Gefahr nach sich, dass nationale Standards für Eigentumsrechte, die konsistent mit den Regelungen im TRIPS-Abkommen sind, als Verstoß gegen das Prinzip der „gerechten und billigen Behandlung“ beanstandet und eingeklagt werden können (Correa 2004: 4, 13f.). Eine zweite Ausweitung findet bezüglich der Definition von „Kapitalanlagen“ (s.o.) statt, die hier auch geistiges Eigentum wie technische Verfahren oder *Goodwill*, deren Schutz im TRIPS-Abkommen nicht gewährt wird, umfasst. Gerade die Patentierung technischer Verfahren und Produktionsabläufe ist ein wirksames Mittel gegen einen Wissenstransfer auf Ebene der Produktions- und Unternehmensorganisation. Die dritte Ausweitung des Anwendungsbereichs findet durch die Erosion von Flexibilitäten und Ausnahmeregelungen der Inländerbehandlung im Vergleich zum TRIPS Abkommen statt. Dies führt zu einer Etablierung von Doppelstandards im Sinne von WTO-plus Regelungen auf bilateraler Ebene (Correa 2004: 4, 10f.). Während in Art. 3.1 TRIPS ausführlich auf Ausnahmen Bezug genommen wird, sind in deutschen BITs nur sehr allgemeine Ausnahmen bezüglich öffentlicher Sicherheit usw. enthalten, die im Zweifels- bzw. Streitfall einer genaueren Auslegung bedürfen (siehe Protokollbestimmungen zu Art. 3).

Eine wichtige potentielle Quelle für Klagen stellt im Kontext von geistigem Eigentum die indirekte Enteignung dar. Nach Art. 31 des TRIPS Abkommens ist es einer Regierung in besonderen Umständen möglich, geistige Eigentumsrechte einer Zwangslizenz zu unterwerfen. Dies erlaubt Dritten die Nutzung des Patents oder anderer geistiger Eigentumsrechte ohne, dass es der Einwilligung des „Eigentümers“ bedarf. Diese Erlaubnis ist an bestimmte Bedingungen gebunden, meist zeitlich befristet und dem ursprünglichen Besitzer muss eine Abgabe bezahlt werden. Interessant und problematisch im Rahmen von bilateralen Verträgen ist nun, ob die

⁴⁷ Die starke Konzentration geistigen Eigentums in den ökonomischen Zentren macht die Anzahl der Patente deutlich, denn 97% befinden sich in den Händen reicher Industrieländer. Zudem erhalten Industrieländer 90% der internationalen Einnahmen aus Lizenzgebühren (Neelsen 2003).

⁴⁸ Zu dem Themenkomplex Investitionsabkommen und genetische Ressourcen siehe Correa 2004: 22f.

Gewährung einer Zwangslizenz mit den daraus folgenden finanziellen Einbußen für den Inhaber der Eigentumsrechte als indirekte Enteignung gedeutet werden kann. Nach Correa muss dies im jeweiligen Fall beurteilt werden; dennoch verweist er auf die Möglichkeit, dass für den ausländischen Investor eine Entschädigung lukrativer sein könnte als die Abgaben, die er vom aktuellen Nutzer erhält. Eine vergleichbare Situation wäre gegeben, wenn so genannte Parallelimporte stattfinden, d.h. ein Produkt, hergestellt unter der Verwendung von im Gastland registrierten Eigentumsrechten, wird günstig aus Drittstaaten importiert, in denen es legal auf den Markt gebracht wurde. Auch hier gibt das TRIPS Abkommen in Art. 6 die Möglichkeit, diese Parallelimporte zuzulassen. Dennoch wäre es ausländischen Investoren möglich, Kompensationszahlungen einzuklagen, da die ursprünglichen Gewinnerwartungen beeinträchtigt wurden (Correa 2003: 18; Sornarajah 2004: 12). Ein ähnlicher Fall der indirekten Enteignung ist bei einem Widerruf von Patenten aufgrund der Verletzung von Patentregelungen möglich. Dies stellt zwar keine Enteignung im direkten Sinne dar, da die Erfindung mit Widerruf des Patents wieder „öffentlich“ zugänglich gemacht wird. Dennoch ist der Wert dieser Kapitalanlage geschmälert (Correa 2004: 16f.). Der Vertrag zwischen Deutschland und Bangladesch enthält in seinen Protokollbestimmungen eine Formulierung, die sehr allgemein ist und eine Interpretation in diesem Sinne möglich macht: *„Unter Enteignung ist die Entziehung oder Beschränkung jedes Vermögensrechts zu verstehen, das allein oder mit anderen Rechten zusammen eine Kapitalanlage bildet“*.

Fazit

Der Schutz geistiger Eigentumsrechte durch eine breite Definition des Begriffs „Kapitalanlage“ in deutschen bilateralen Investitionsschutzverträgen bedeutet, dass bestehende Divergenzen bezüglich technologischem Know-How zementiert werden und ausländischen Investoren zusätzlich die Möglichkeit gegeben wird, Schadensersatz für entgangene Erträge aus ihren Innovationen bei Entwicklungsländern einzuklagen. Dies betrifft nicht nur den unerlaubten Nachbau von einzelnen technischen Geräten, sondern auch sensitive Bereiche wie die Herstellung erschwinglicher Medikamente wie etwa Präparate zur AIDS-Bekämpfung, deren Verbot nicht nur gesundheitspolitische, sondern auch wirtschaftspolitische Implikationen hat.

4.4 Dienstleistungsregulierung

Obwohl die deutschen BITs keine Verträge zur Regelung des internationalen Dienstleistungshandels sind, ist der Dienstleistungssektor nicht grundsätzlich davon ausgenommen. Wirtschaftliche Tätigkeiten in diesem Bereich fallen unter die Verträge, soweit sie nach der allgemeinen Definition in Art. 1 als Kapitalanlagen gelten. Das gilt insbesondere für Niederlassungen ausländischer Investoren zur Erbringung von Dienstleistungen im Gastland (*Mode 3* des GATS). So macht der Dienstleistungssektor bereits heute je nach Land zwischen 30 und 80 % der ausländischen Direktinvestitionen aus (UNCTAD 2004a: 98). Gleichzeitig gehört der Dienstleistungssektor zu den am stärksten regulierten Wirtschaftsbereichen. Gründe dafür sind u.a. die besondere Bedeutung vieler Dienstleistungen für die Befriedigung menschlicher Grundbedürfnisse, die Relevanz persönlicher Qualifikationen und die große

Beschäftigungsintensität sowie damit verbundene Auswirkungen auf soziale Fragen (Krajewski 2003: 11-20). Die Frage, ob die deutschen BITs legitime staatliche Regulierung einschränken, stellt sich damit ganz besonders für den Dienstleistungssektor, zumal sich mittlerweile auch die Schiedsgerichtsfälle in diesem Bereich häufen.

4.4.1 GENEHMIGUNGSENTZUG ALS ENTEIGNUNG UND VERLETZUNG DER PFLICHT ZUR BILLIGEN UND GERECHTEN BEHANDLUNG?

Vielerorts bestehen für einen großen Teil des Dienstleistungssektors Genehmigungserfordernisse. In Sektoren wie z.B. Bank- und Versicherungswesen, Fernsehen, aber auch Verkehrs-, Gaststätten- und Spielwesen müssen vor der Aufnahme einer Tätigkeit eine Genehmigung beantragt und während des Betriebes bestimmte Auflagen erfüllt werden. Damit soll z.B. sichergestellt werden, dass der Antragsteller die erforderliche Zuverlässigkeit hat oder das Unternehmen genügend Sicherheiten für die Erbringung einer Dienstleistung bietet.

Die zur Erbringung von Dienstleistungen erforderlichen Einrichtungen sind regelmäßig als Kapitalanlagen durch die deutschen BITs geschützt. Aber auch eine erteilte Genehmigung selbst wird häufig als Konzession gemäß Art. 1 Abs. 1 lit e) des deutschen Muster-BIT eine geschützte Kapitalanlage darstellen (siehe *Middle East Shipping/Ägypten*, Abs. 100; *Lanco/Argentinien*, Abs. 15; Sornarajah 2004: 222f.). Obwohl Konzessionen nach deutschem Rechtsverständnis eine besondere Form der Genehmigung sind, ist zu erwarten, dass ein internationales Schiedsgericht solchen durch ein nationales Rechtssystem geprägten Feinheiten keine besondere Bedeutung beimisst und nach völkerrechtlichem Verständnis alle Arten von Genehmigungen unter diesen Begriff fasst. Wird eine solche Genehmigung widerrufen, so kann dies eine Enteignung darstellen. Verliert das Unternehmen dadurch einen großen Teil seines Wertes, kann auch eine Enteignung am Unternehmen oder dessen Einrichtungen gegeben sein. Schließlich kann die Behandlung des Investors die Verpflichtung zur billigen und gerechten Behandlung ausländischer Investoren verletzen.

4.4.2 DAS BEISPIEL CME/LAUDER/TSCHECHISCHE REPUBLIK

Welche Probleme sich hier stellen, zeigt ein Blick auf die Fälle *Lauder/Tschechische Republik* und *CME/Tschechische Republik*, in denen internationale Schiedsgerichte über die Verletzung von mit den deutschen BITs weitgehend vergleichbaren Investitionsschutzverträgen zu entscheiden hatten. Gegenstand der Schiedssprüche war das Verhalten des tschechischen Medienrates gegenüber dem US-amerikanischen Investor Roland Lauder. In Kooperation mit dem tschechischen Unternehmen CET21, das formal Inhaber der erforderlichen Fernsehlizenz war, betrieb dessen Tochtergesellschaft CMTS seit 1993 den mittlerweile führenden tschechischen Fernsehsender TV Nova. Diese Konstruktion wurde vom Medienrat zunächst selbst vorgeschlagen, um die Beteiligung ausländischen Kapitals für die tschechische Öffentlichkeit akzeptabler zu machen. Ab 1996 riet der Medienrat dem Investor nach einer Veränderung der Rechtslage aber dazu, die Kooperationsverträge zugunsten einer stärkeren Rolle von CET21 zu verändern und schließlich die darin enthaltene Exklusivitätsverpflichtung für CET21 ganz zu streichen. CET21 nutzte dies aus, kündigte die Kooperationsverträge und betrieb den Fernsehsender in eigener Regie. Auf eine Klage des US-Investors hielt ein

Schiedsgericht das Verhalten des tschechischen Medienrats nicht für eine entschädigungspflichtige Enteignung oder eine Verletzung der Pflicht zur billigen und gerechten Behandlung nach dem US-tschechischen BIT (*Lauder/Tschechische Republik - Endgültige Entscheidung*, Abs. 296ff.). Es war der Auffassung, die Behörden hätten Grund zu der Annahme gehabt, dass CET21 als eigentlicher Inhaber der Fernsehlizenz an dem Betrieb des Fernsehsenders tatsächlich nicht beteiligt war, und sämtliche Anregungen für Veränderungen des Kooperationsvertrages hätten zur Beendigung dieser nach tschechischem Recht unzulässigen Lage gedient (Abs. 248-256, 278-288, 296f., 304). Das Schiedsgericht meinte, die Tätigkeit einer Verwaltungsbehörde zur Durchsetzung des geltenden Rechts könne nicht gegen Investitionsschutzverträge verstoßen, soweit die Behörde keine anderweitigen besonderen Zusagen gegeben hat. Es berücksichtigte zudem, dass vergleichbare Verfahren auch gegen einheimische Sender angestrengt worden waren und dass der Investor die Vorschläge der tschechischen Behörden über mehrere Jahre ohne Widerspruch hingenommen hatte.

Auf eine parallele Klage der niederländischen Beteiligungsgesellschaft CME, über die Lauder die Anteile an seinem tschechischen Unternehmen hielt, kam demgegenüber wenig später ein anderes Schiedsgericht zu dem Ergebnis, dass die Handlungen des tschechischen Medienrates als entschädigungspflichtige Enteignung im Sinne des niederländisch-tschechischen BIT zu werten seien und die Pflicht zur billigen und gerechten Behandlung verletzt, und verurteilte die Tschechische Republik zur Zahlung einer Entschädigung in Höhe von 350 Mio € (*CME/Tschechische Republik - Teilentscheidung*). Dieses Schiedsgericht hielt die Begründung der tschechischen Behörden für ihr Eingreifen für vorgeschoben. Der Medienrat habe CMTS zur Akzeptanz der Vertragsveränderungen zugunsten von CET21 gezwungen und damit letztlich die Beendigung der Zusammenarbeit durch CET21 ermöglicht (Abs. 594, 602). Zudem seien die Beweggründe des Medienrats für die Beurteilung seines Handelns als Enteignung ohne Bedeutung. Eine Veränderung der rechtlichen Rahmenbedingungen ermächtige den Gaststaat nicht dazu, einem ausländischen Investor sein Eigentum ohne Entschädigung zu entziehen (Abs. 592). Während das Schiedsgericht im Fall *Lauder* die Durchsetzung des geltenden Rechts auch dann nicht als Verstoß gegen internationale Investitionsabkommen verstanden wissen will, wenn sich die Rechtslage wirtschaftlich zum Nachteil des Investors entwickelt, wollte das *CME*-Schiedsgericht diese Argumente in keinsten Weise gelten lassen.

Die gegenläufigen Entscheidungen der beiden Schiedsgerichte im Verfahren gegen die Tschechische Republik zeigen, dass die Kontroversen über die Auslegung der Enteignungsklauseln sowie der Pflicht zur billigen und gerechten Behandlung in internationalen Investitionsschutzverträgen (siehe Kapitel 4.1) auch im Dienstleistungssektor von Bedeutung sind. Gerade in einem derart stark regulierten Sektor können staatliche Entscheidungen, selbst wenn ihnen legitime Motive zugrunde liegen, zu erheblichen Werteinbußen für ausländische Kapitalanlagen führen. Schließt sich ein Schiedsgericht wie im Fall *CME/Tschechische Republik* bei der Auslegung der deutschen BITs einem breiten Enteignungsbegriff an, der ausschließlich auf die Auswirkungen einer staatlichen Maßnahme auf den Investor schaut, so läuft die Regulierung ausländischer Dienstleistungsanbieter insbesondere bei Veränderungen der rechtlichen oder politischen Rahmenbedingungen Gefahr, mit den Enteignungsschutzklauseln in Konflikt zu geraten.

4.4.3 DAS BEISPIEL GENIN/ESTLAND

Selbst wenn die Schiedsgerichte sich der Auffassung anschließen, dass die Durchsetzung geltenden Rechts kein Verstoß gegen ein Investitionsschutzabkommen ist, erfordert die Frage, ob die Behörden im Gastland tatsächlich nur das geltende Recht anwenden, in der Praxis eine Beurteilung der örtlichen Rechtslage und der Rechtmäßigkeit behördlicher Entscheidungen. Dass Schiedsgerichte eine solche Beurteilung durchaus durchführen, wird etwa im Fall *Genin/Estland* deutlich: Hier hatten die estnischen Behörden die Genehmigung für den Betrieb einer Geschäftsbank widerrufen, weil dem Investor verschiedene Ungereimtheiten vorzuwerfen waren, die an seiner Zuverlässigkeit als Bankbetreiber zweifeln ließen. Das Schiedsgericht überprüfte detailliert, ob der Widerruf einer Bankgenehmigung nach estnischem Bankrecht gerechtfertigt war und bejahte dies letztlich (Abs. 348ff.). Auch bei der Anwendung eines deutschen BIT besteht die Möglichkeit, dass internationale Schiedsgerichte eine vertiefte Beurteilung der innerstaatlichen Rechtslage vornehmen. Eine derart detaillierte Überprüfung der Rechtsanwendung durch internationale Schiedsgerichte erscheint im Hinblick auf die den Schiedsgerichten ursprünglich zugeordnete Rolle, nur die Verletzung internationaler Standards zu rügen, problematisch. Im Zweifelsfall dürfte es vielen internationalen Schiedsgerichten auch an Kenntnissen und am Verständnis des Rechts im Gaststaat fehlen.

4.4.4 FAZIT

Die Regulierung von Dienstleistungen droht in manchen Fällen insbesondere mit einem weit interpretierten Schutz vor Enteignungen und mit dem Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung in Konflikt zu geraten. Das könnte vermieden werden, wenn klargestellt wird, dass die Durchsetzung legitimer Regulierung im Regelfall nicht gegen die deutschen BITs verstößt. Zudem sollte die Beurteilung staatlicher Akte zur Durchsetzung von Dienstleistungsregulierung nicht ausschließlich einem internationalen Schiedsgericht überlassen werden. Zu überlegen wäre daher, diese zunächst durch ein Gericht im Gaststaat auf ihre Vereinbarkeit mit einheimischem Recht zu überprüfen. Wird daraufhin ein internationales Schiedsgericht angerufen, so könnte es sich weitgehend auf dessen Auslegung des nationalen Rechts beziehen.

4.5 *Private Unternehmen in der Daseinsvorsorge*

In zahlreichen Ländern sind private Unternehmen in der einen oder anderen Form in Wirtschaftsbereichen tätig, an denen ein besonderes öffentliches Interesse besteht oder die als öffentliche Aufgabe gelten. In den vergangenen Jahren wurden insbesondere zahlreiche Dienstleistungen der Daseinsvorsorge wie Wasser, Energie oder Verkehr in private Hände überführt, wobei gerade in Ländern des Südens häufig ausländische Investoren zum Zuge kamen. Die finanziellen und regulatorischen Rahmenbedingungen für die Erbringung der Dienstleistungen wurden dabei in umfangreichen und langfristigen Konzessionsverträgen festgelegt. Die Umsetzung dieser Verträge gestaltet sich aber häufig schwieriger als erwartet. Aus unterschiedlichen Auffassungen über die vertraglichen Pflichten, aber auch aufgrund von Veränderungen der wirtschaftlichen oder politischen Rahmenbedingungen entwickeln sich zahlreiche Streitigkeiten, die nicht selten vor internationalen Schiedsgerichten enden. Im derzeit

anhängigen Fall *Bechtel/Bolivien*, der aus dem weltweit Aufsehen erregenden *guerra del agua* in Cochabamba hervorging, verpflichtete sich etwa das Bechtel-Tochterunternehmen Aguas del Tunari dazu, im Großraum Cochabamba den Betrieb der Wasserversorgung und Abwasserentsorgung zu übernehmen. Zugleich sollte das Unternehmen ein Staudammprojekt finanzieren. Im Gegenzug wurden dem Unternehmen für mehr als vier Jahrzehnte ein ausschließliches Recht zur Wasserversorgung im Konzessionsgebiet verliehen sowie bestimmte Wasserversorgungstarife und eine garantierte, in US-Dollar bemessene Rendite auf das eingesetzte Kapital zugesichert. Nach heftigen Protesten vor Ort u.a. aufgrund von Tarifierhöhungen kündigten die örtlichen Behörden den Vertrag nur wenige Monate später (Woodhouse 2003; Bechtel 2002; Stoehr 2004). Daraufhin rief Bechtel ein internationales Schiedsgericht an, wo der Streit noch immer anhängig ist. Im Fall *PSEG/Türkei* war anvisiert, dass der Investor ein Kraftwerk bauen und die türkischen Behörden ihm im Gegenzug für mehrere Jahrzehnte die Abnahme der dort erzeugten Elektrizität zu einem bestimmten Preis garantieren sollten (sog. *Build-operate-transfer* Modell). Noch vor Beginn der Bauarbeiten entwickelte sich aber ein Streit über Höhe und Umfang der Abnahmeverpflichtungen, der letztlich zur Aufgabe des Projektes führte. Ein ähnliches Modell lag dem kontroversen Dabhol-Kraftwerk in Indien zugrunde, das von einem Konsortium unter Beteiligung verschiedener US-amerikanischer Versorgungskonzerne errichtet wurde. In der Folge weigerten sich die indischen Behörden, die vertraglichen Vereinbarungen einzuhalten, u.a. weil diese durch Korruption zu Stande gekommen und die vereinbarten Preise überhöht seien (siehe dazu Kantor 2004; Peterson 2003). Unabhängig von der Bewertung dieser Fälle zeigen sie, dass dem Verhalten des Gaststaates gegenüber Investoren in der Daseinsvorsorge legitime Regulierungsinteressen zugrunde liegen können. Es stellt sich die Frage, ob diese Anliegen bei Entscheidungen internationaler Schiedsgerichte aufgrund der deutschen Investitionsschutzverträge in ausreichendem Maße berücksichtigt werden.

4.5.1 DASEINSVORSORGE ALS KAPITALANLAGE?

Die Rechtspositionen von Unternehmen im Bereich der Daseinsvorsorge können unter verschiedenen Gesichtspunkten als Kapitalanlage unter Investitionsschutzverträge fallen. Soweit zur Erfüllung der Verträge tatsächlich bereits Anlagen im Gastland errichtet oder Einrichtungen eröffnet wurden, besteht dort ein Sachvermögen im Sinne von Art. 1 Abs. 1 Nr. 1 a) des deutschen Muster-BIT. Soweit den Unternehmen öffentlich-rechtliche Konzessionen oder Genehmigungen für ihre Tätigkeit erteilt wurden, fallen diese zudem unter Nr. 1 e) der Kapitalanlage-Definition. Schließlich wurden verbindliche Verträge über die Ausführung eines Projektes von Schiedsgerichten als Kapitalanlage bezeichnet (*PSEG/Türkei*, Abs. 80, 104). Nach den deutschen Verträgen könnten diese insbesondere als Ansprüche auf Geld oder Leistungen mit wirtschaftlichem Wert (Nr. 1 c) gelten. Allerdings sind Ansprüche auf Geld nur insoweit von den Verträgen umfasst, als dieses verwendet wurde, um einen wirtschaftlichen Wert zu schaffen. Das spricht dafür, dass Verträge erst dann vom Schutzbereich der deutschen BITs umfasst sind, wenn der Investor tatsächlich mit der Erbringung der vereinbarten Leistungen begonnen hat.

4.5.2 KONFLIKTE MIT DEM ENTEIGNUNGSSCHUTZ UND DEM GRUNDSATZ DER GERECHTEN UND BILLIGEN BEHANDLUNG

Verstöße der örtlichen Behörden gegen die Konzessionsverträge können die Verpflichtung zur billigen und gerechten Behandlung und das Verbot entschädigungsloser Enteignungen in den deutschen BITs verletzen. Nach den in Kapitel 4.1 erzielten Auslegungsergebnissen setzt das allerdings voraus, dass der Investor grob unfair und willkürlich behandelt wird oder dass vertragswidrige Handlungen der Behörden den wirtschaftlichen Wert der Konzessionsverträge oder der getätigten Sachinvestitionen gleich einem Entzug beeinträchtigen. Allein die Verletzung eines Vertrages stellt danach noch keine Verletzung der Verpflichtungen aus den Investitionsschutzabkommen dar (so auch verschiedene Schiedsgerichte, z.B. *RFCC/Marokko* Abs. 24; *Aguas del Aconquija, Vivendi/Argentinien*, Abs. 95). Wird der Vertrag aber gekündigt oder verweigern die örtlichen Behörden jede weitere Ausführung, so wird dieser für den Investor wertlos, was hinsichtlich der wirtschaftlichen Auswirkungen einem Entzug seiner Rechte gleichkommen kann. Nimmt ein Schiedsgericht dies als alleinigen Maßstab dafür, ob ein Investor enteignet wird, so ist eine Einstufung als Enteignung wahrscheinlich. Damit dürfte es häufig darauf ankommen, ob das Schiedsgericht einen hinreichenden Anlass für das Verhalten der örtlichen Behörden erkennen kann oder ob es dieses als willkürlich und unverständlich einstuft. International vergleichbare Fälle deuten die Problematik an: Im Fall *Waste Management/Mexiko* war ein Vertrag mit einem ausländischen Investor zur Übernahme der Abfallentsorgung in der mexikanischen Urlaubsstadt Acapulco geschlossen worden. Obwohl die Stadt in erhebliche Zahlungsrückstände geriet, das ausschließliche Recht des Investors nicht hinreichend durchsetzte und entgegen ihrer Verpflichtungen kein Deponiegelände bereitstellte, hielt das Schiedsgericht den im NAFTA-Abkommen enthaltenen Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung nicht für verletzt. Es berücksichtigte, dass die Stadt verschiedene Versuche zur Erfüllung und Fortführung des Vertrages unternommen hatte, die mexikanische Währungskrise ihr dies aber unmöglich gemacht hatte. Für ebenso wichtig hielt es, dass die Stadt Beschwerden des Investors durchaus ernst genommen hatte und sich um Lösungen bemühte und dass der Investor die innerstaatlichen Rechtsmittel nicht erschöpft hatte (Abs. 116). Auch eine Enteignung konnte das Schiedsgericht nicht erkennen: Eine entschädigungspflichtige Enteignung vertraglicher Rechtspositionen sei erst dann gegeben, wenn der Gaststaat nicht nur einzelne Vertragsbestimmungen verletzt, sondern die durch den Vertrag eingegangenen Verpflichtungen vollständig ignoriert und dem Investor keine rechtliche Handhabe dagegen offen steht (Abs. 168, 174f.). Insgesamt deutet der Schiedsspruch darauf hin, dass eine Nichterfüllung vertraglicher Pflichten aus Konzessionsverträgen erst dann Investitionsschutzverträge verletzt, wenn der Investor den betroffenen Behörden keinen Anlass dafür gegeben hat, die Behörden andere Handlungsoptionen gehabt hätten und sie sich nicht einmal um die Einhaltung des Vertrags bemüht haben. In anderen Fällen ist das Verhalten der örtlichen Behörden auch nach dieser Einschränkung aber nicht zu rechtfertigen. Das betrifft etwa die erste Entscheidung in einem der zahlreichen anhängigen Verfahren gegen Argentinien wegen der dortigen Finanzkrise im Jahr 2001. In diesen Verfahren geht es vor allem um Gas- und Elektrizitätsversorgungsverträge, die ausländischen Investoren in US-Dollar bemessene, jährlich zu erhöhende Versorgungstarife zusichern. Als die Regierung im Rahmen der

Finanzkrise die Dollarbindung des Peso nicht mehr aufrecht erhalten konnte, wurden auch die Dollarbindung und die automatische Tarifierpassung in den Versorgungsverträgen von der Regierung aufgekündigt, um eine faktische Vervielfachung der Preise zu verhindern. Trotz dieser Motivation meinte das Schiedsgericht im Fall *CMS/Argentinien*, Argentinien verletze den Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung (*CMS/Argentinien*, Abs. 274-280). Eine Enteignung der betroffenen Investoren sah es darin aber nicht, da diese im Besitz ihrer Kapitalanlagen blieben (Abs. 262-265).

4.5.3 KONFLIKTE MIT ABSCHIRMUNGSKLAUSELN

Ein Schiedsgericht, das über die Verletzung eines deutschen Investitionsschutzvertrags zu befinden hat, muss auch die Abschirmungsklauseln berücksichtigen, die in fast allen deutschen Verträgen zu finden sind. Danach ist der Gaststaat schadensersatzpflichtig für jede Verletzung einer in Bezug auf die Kapitalanlage eines ausländischen Investors eingegangenen Verpflichtung. Aus dem Wortlaut der Abschirmungsklauseln in den deutschen Verträgen und ihrem Zusammenhang mit den Bestimmungen zur Streitschlichtung ergibt sich, dass diese Klauseln eine eigenständige Verpflichtung auf internationaler Ebene begründen, die im Rahmen eines internationalen Schiedsgerichtsverfahrens durchsetzbar ist⁴⁹. Das führt dazu, dass nahezu sämtliche Streitigkeiten über die Rechtsbeziehungen zwischen Investor und Gaststaat vor internationale Schiedsgerichte getragen werden können⁵⁰. Das gilt jedenfalls für alle Streitigkeiten über unmittelbar zwischen Investor und den Institutionen des Gaststaates geschlossene Verträge sowie über Konzessionen, möglicherweise aber auch über Rechte, die Investoren aufgrund allgemeiner Gesetze eingeräumt werden⁵¹. Eine Einschränkung ließe sich allenfalls daraus ableiten, dass die Klausel nach dem deutschen Mustervertrag nur Verpflichtungen *in Bezug auf eine Kapitalanlage* betrifft. Gerade Verpflichtungen aus allgemeingültigen Gesetzen, so könnte man argumentieren, weisen diesen Bezug zu einzelnen Kapitalanlagen nicht auf. Eindeutig ist der Wortlaut der Abkommen hier aber nicht. Damit besteht jedenfalls die Möglichkeit, dass die deutschen Verträge auch zur Durchsetzung allgemeiner gesetzlicher Vorschriften zugunsten des Investors im Wege der Streitschlichtung genutzt werden können. Auch für die Überlegung, dass Eingriffe, die einen legitimen Zweck verfolgen, keinen Verstoß gegen die Abschirmungsklauseln darstellen können, gibt es im Wortlaut der deutschen BITs keine Anhaltspunkte. In Frage käme hier etwa die

⁴⁹ So auch die Argumentation zu einer ähnlichen Klausel in *SGS/Philippines - Entscheidung über Zuständigkeit*; Im Unterschied zu der im Fall *SGS/Philippines* (Abs. 113-129) zugrunde liegenden Klausel im schweizerisch-philippinischen BIT, die von „*obligations with regard to specific investments*“ spricht und vom Schiedsgericht dahingehend ausgelegt wurde, dass nur Verpflichtungen, die individuell im Hinblick auf den betroffenen Investor übernommen wurden – also vor allem vertragliche Verpflichtungen oder behördliche Entscheidungen im Einzelfall – erfasst werden, ist in den deutschen Verträgen nicht die Rede davon, dass nur Verpflichtungen in Bezug auf „*spezifische Kapitalanlagen*“ von der Abschirmungsklausel umfasst sind.

⁵⁰ Vgl. Argumentation des Schiedsgerichts in *SGS/Pakistan – Entscheidung über Zuständigkeit*, das die Anwendung einer allerdings wesentlich allgemeiner formulierten Klausel ablehnte.

⁵¹ Im Fall *SGS/Philippines* hielt sich das Gericht ohne weiteres für zuständig, über noch ausstehende Forderungen für die Erbringung von Zollinspektionsdienstleistungen zu entscheiden. Diese Zuständigkeit besteht nach Auffassung des Schiedsgerichts auch dann, wenn der Investor keinerlei Verletzung anderweitiger Bestimmungen eines Investitionsschutzvertrags geltend macht.

völkergewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtfertigung einer Vertragsverletzung durch Notstand. Der jüngst entschiedene Fall *CMS/Argentinien* zeigt aber, dass an eine Rechtfertigung durch Notstand im Bereich wirtschaftspolitischer Entscheidungen extrem hohe Anforderungen gestellt werden, die kaum jemals erfüllt werden dürften (Abs. 304ff.). Denn dem Gaststaat dürften fast immer andere wirtschaftspolitische Mittel zur Verfügung stehen, die ausländische Investoren weniger stark beeinträchtigen als eine Verletzung vertraglicher Pflichten. Daher spricht viel dafür, dass jedes staatliche Handeln, das gegen Verträge mit einem ausländischen Investor verstößt, unabhängig von seiner legitimen Zielsetzung als Verstoß gegen die Abschirmungsklauseln der deutschen Verträge behandelt werden wird. Das gilt nicht nur für die vollständige Ignorierung derartiger Verträge, sondern für nahezu jede Verletzung vertraglicher Pflichten. Dies ist in mehrerlei Hinsicht problematisch. Zum einen führt die häufig sehr lange Laufzeit von Konzessionsverträgen in der Versorgungs- und Infrastrukturwirtschaft dazu, dass die darin getroffenen Lösungen unabhängig von ihrer Bewährung für einen sehr langen Zeitraum festgeschrieben sind und den betroffenen Kommunen, Regionen und Staaten faktisch selbst in Notlagen die Hände gebunden bleiben. Das ist umso gravierender, als insbesondere die in den ersten Jahren der Privatisierung von Versorgungsnetzen abgeschlossenen Verträge häufig unrealistische Annahmen über Zahlungskraft und –bereitschaft gerade von Privatkunden treffen. Obgleich diese Verträge formal unter Zustimmung der betroffenen staatlichen Stellen zu Stande gekommen sind, stellt sich die Frage, ob ein zwischenstaatlicher Investitionsschutzvertrag deren Einhaltung ohne jede inhaltliche Kontrolle einfordern sollte.

4.5.4 FAZIT

Aufgrund mehrerer Schiedsgerichtsentscheidungen spricht einiges dafür, dass der Schutz vor entschädigungslosen Enteignungen und der Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung für Verträge im Rahmen der Daseinsvorsorge nur in Ausnahmefällen zu einer Einengung legitimer Regelungen führt. Demgegenüber deuten sich massive Konflikte mit der Abschirmungsklausel an. Vor dem Hintergrund, dass Investitionsschutzverträge vor allem gegenüber dem Risiko instabiler rechtlicher und politischer Rahmenbedingungen schützen sollen, ist fraglich, ob die Abschirmungsklauseln nicht generell über das Ziel eines solchen Vertrages hinaus schießen.

4.6 Arbeitsbeziehungen und Sozialpolitik

Obgleich die Interessen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in den deutschen BITs ebenso wenig Erwähnung finden wie sozialpolitische Ziele, wirken sich die Verträge auch in diesen Bereichen in verschiedener Art und Weise aus. Soweit die Verträge durch die Förderung ausländischer Direktinvestitionen die wirtschaftliche Entwicklung insbesondere in Entwicklungsländern fördern sollen (siehe auch Kapitel 4.2.1), ist damit auch die Hoffnung auf zusätzliche Arbeitsplätze verbunden (siehe zur Diskussion UNCTAD 1994). Im Heimatland des Investors gehen demgegenüber durch Auslandsinvestitionen zur Verlagerung von Produktionsstandorten kurzfristig Arbeitsplätze verloren, die allenfalls mittelfristig durch eine Stärkung der Wirtschaftskraft ersetzt werden. Der Anstieg ausländischer Direktinvestitionen lässt aber auch Arbeitsbeziehungen, Arbeitsstandards und Löhne sowie die soziale Sicherung für

Arbeitnehmer im Gastland nicht unberührt. Teilweise bieten ausländische Investoren bessere Arbeitsbedingungen als die einheimische Wirtschaft. In anderen Fällen locken die Gaststaaten aufgrund der wachsenden globalen Konkurrenz Investoren gerade mit niedrigen Arbeitsstandards. Das gilt insbesondere in Sonderwirtschaftszonen (*export processing zones*, EPZ), in denen Unternehmen besonders günstige Ansiedlungsbedingungen geboten werden, zu denen nicht selten auch eine Einschränkung der gewerkschaftlichen Organisationsrechte gehören (ILO 2003: 7ff.).

Anders als andere Investitionsverträge verpflichten die deutschen BITs die Vertragsparteien nicht, bestehende Sozialstandards aufrecht zu erhalten und durchzusetzen. Es stellt sich die Frage, ob sie in Konflikt mit der Regulierung der Arbeitsbeziehungen und mit staatlicher Sozialpolitik geraten, zumal beides für Unternehmen nicht selten mit erheblichen betriebswirtschaftlichen Belastungen verbunden ist.

4.6.1 SCHUTZ VOR ARBEITSKÄMPFEN?

Ein Konflikt könnte sich etwa aus Streiks und Arbeitsniederlegungen ergeben. Nach Art. 4 Abs. 1 des Mustervertrags ist der Gaststaat verpflichtet, den Kapitalanlagen ausländischer Investoren vollen Schutz und volle Sicherheit zukommen zu lassen. Wird eine Investition im Gastland durch Aktivitäten der Bevölkerung bedroht, so hat der Gaststaat diese zu schützen. Dabei hat er zwar keine absolute Sicherheit zu gewährleisten, muss sich aber mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln um Schutz bemühen (*AAPL/Sri Lanka*, Abs. 545f.; *Wena/Ägypten*, Abs. 84). Daraus könnte sich eine Verpflichtung für den Gaststaat ergeben, im Fall länger andauernder Streiks oder Arbeitskämpfe einzugreifen – insbesondere wenn ein Arbeitskampf nach geltendem Recht im Gaststaat unzulässig ist. Allerdings müsste der Investor zeigen, dass die Sicherheit seiner Kapitalanlage durch den Arbeitskampf gefährdet ist. Das dürfte nur in Ausnahmefällen gelingen, da ein nur vorübergehender Arbeitsausfall kaum die Sicherheit eines Betriebes bedrohen wird. Wenn dieser länger andauert, mit Besetzungen verbunden ist oder die wirtschaftliche Existenz des Betriebes bedroht, könnte aus Sicht eines Schiedsgerichts aber eine Pflicht des Gaststaates zum Eingreifen bestehen. Die Entscheidung des Internationalen Gerichtshofs (IGH) im Fall *Elettronica Siculla* ist allerdings ein Anhaltspunkt dafür, dass internationale Gerichte nur in Ausnahmefällen aus internationalen Investitionsschutzverträgen eine Pflicht des Gaststaates zum Eingreifen im Fall eines Arbeitskampfs herleiten dürften. Nach der Ankündigung, dass eine mehrheitlich in US-amerikanischen Händen stehende Produktionsstätte auf Sizilien geschlossen werden sollte, hatten Arbeiter mehrere Wochen lang gestreikt und die Produktion besetzt. Trotz einer mit Art. 4 Abs. 1 des deutschen Muster-BIT vergleichbaren Klausel im US-italienischen Handels-, Niederlassungs- und Schifffahrtsvertrag waren die italienischen Behörden nach Auffassung des IGH nicht dazu verpflichtet, einzugreifen (Urteil vom 20.8.1989, Abs. 108).

Geht man davon aus, dass sich ein Schiedsgericht bei der Auslegung der deutschen BITs an dieser Entscheidung orientieren würde, so dürfte sich aus den deutschen BITs kaum eine Verpflichtung für den Gaststaat herleiten lassen, friedliche Arbeitskämpfe zu beenden. Allenfalls besteht eine gewisse Gefahr, dass Investoren versuchen, den Gaststaat unter Verweis auf die Verträge in diese Richtung unter Druck zu setzen.

4.6.2 ARBEITS- UND SOZIALRECHT ALS VERLETZUNG VON BITs?

Möglich erscheint auch, dass Investoren versuchen, sich zum Schutz vor gesetzlichen Vorgaben des Arbeits- und Sozialrechts auf die Enteignungsklauseln deutscher BITs zu berufen. Diese Untersuchung hat gezeigt, dass die deutschen BITs auch für legitime staatliche Regulierung eine Entschädigungspflicht vorsehen, wenn sie ausländische Investoren wirtschaftlich ebenso stark wie eine formelle Enteignung betreffen (siehe Kapitel 4.1.1). Selbst in sehr arbeitsintensiven Betrieben ist aber kaum vorstellbar, dass die Auswirkungen arbeits- und sozialrechtlicher Vorgaben einen Investor derart stark beeinträchtigen. Zu denken wäre allenfalls an Fälle, in denen der Gaststaat Modelle der Arbeitnehmermitbestimmung ähnlich dem deutschen Vorbild einführen möchte, durch die den Arbeitnehmern ein Mitspracherecht z.B. im Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft eingeräumt wird. Nach deutschem Recht ist die Einführung und Ausweitung der Mitbestimmung keine entschädigungspflichtige Enteignung. Ein internationales Schiedsgericht könnte aber auf der Grundlage der deutschen BITs, die als Völkerrechtsquellen unabhängig vom deutschen Recht auszulegen sind, zu einem anderen Ergebnis kommen. So könnte es argumentieren, dass es einem Entzug des betroffenen Unternehmens gleichkommt, wenn Arbeitnehmervertreter Unternehmensentscheidungen blockieren können.

Enthalten die BITs wie der deutsche Mustervertrag eine Abschirmungsklausel, so könnte auch die Einführung neuer Arbeits- oder Sozialstandards gegen diese Klauseln verstoßen. Wie oben gezeigt wurde, ist der Gaststaat danach schadensersatzpflichtig für jede Verletzung einer in Bezug auf die Kapitalanlage eines ausländischen Investors eingegangenen Verpflichtung. Findet ein Investor bei seiner Ankunft im Gaststaat eine bestimmte Gesetzeslage im Arbeits- und Sozialrecht vor, so kann dies allein zwar nicht als Verpflichtung gegenüber dem Investor interpretiert werden, dass die Rechtslage auch in Zukunft unverändert bleibt. Anderes könnte aber für Investitionen in Sonderwirtschaftszonen gelten: Hier gehören Einschränkungen des geltenden Arbeits- und Sozialrechts häufig zum rechtlichen Rahmen der Sonderwirtschaftszone, Genehmigungen für ausländische Kapitalanlagen werden unter ausdrücklichem Verweis auf diesen Rahmen erteilt. Dies könnte durchaus als Verpflichtung in Bezug auf die konkrete Kapitalanlage interpretiert werden, diese Bestimmungen nicht zu verändern. Damit erscheint es möglich, dass sich der Gaststaat schadensersatzpflichtig macht, wenn er Arbeits- und Sozialstandards in der Sonderwirtschaftszone später erhöht.

Ein Problem könnte sich schließlich ergeben, wenn Gaststaaten, in denen kein umfassendes soziales Sicherungssystem besteht, für soziale Risiken wie Alter oder Krankheit ein Pflichtversicherungssystem einrichten. Dann stellt sich die Frage, ob Investoren, die bisher vergleichbare Versicherungen auf privater Basis erbracht haben, sich wegen einer Enteignung an ihrem Unternehmen auf ein deutsches BIT berufen könnten. Grundsätzlich ist die Geschäftsstellung eines Unternehmens als Kapitalanlage nach internationalen Investitionsschutzverträgen anerkannt (siehe etwa *S.D. Myers/Kanada*, Abs. 232). Bringt die Einführung eines öffentlichen Versicherungssystems die Geschäfte eines Unternehmens fast völlig zum Erliegen, könnte es auch wirtschaftlich in gleicher Weise wie durch eine formale Enteignung betroffen sein. Andererseits kann der Investor nicht ohne weiteres davon ausgehen, dass die staatlichen Rahmenbedingungen für sein Geschäft dauerhaft unverändert bleiben. Sind

keine dahin gehenden besonderen Zusicherungen von staatlicher Seite gemacht worden, ist daher eher unwahrscheinlich, dass die Einführung eines öffentlichen Versicherungssystems als entschädigungspflichtige Enteignung gewertet würde. Das gilt besonders, wenn sich ein Schiedsgericht der Auffassung anschließt, dass legitime staatliche Regulierung im Regelfall nicht als Enteignung gilt (siehe Kapitel 4.1.1).

4.6.3 UMVERTEILUNG VON PRODUKTIONSMITTELN ALS ENTEIGNUNG?

Die Enteignungsklauseln in deutschen BITs können schließlich ein Hindernis für Enteignungen zur Umverteilung von Land und anderen Produktionsmitteln sein. Aufgrund der extrem ungleichen Verteilung des Landeigentums in vielen Ländern Südamerikas und Afrikas ist die Umverteilung von Land dort ein wichtiges Instrument zur Bekämpfung der Armut und zur Beseitigung bestehender Ungleichheiten. Soweit Großgrundbesitzer dieser nicht freiwillig zustimmen, macht die Landumverteilung aber eine Enteignung erforderlich, die nach den deutschen BITs in voller Höhe des Verkehrswertes entschädigungspflichtig ist. So hat eine Nichtregierungsorganisation kürzlich kritisiert, dass ein deutsches BIT der Umverteilung von 1.000 Hektar Land in Paraguay an Kleinbauern im Weg steht (FIAN 2005: 7). Das Land gehöre deutschen Staatsangehörigen, die es aber brach liegen lassen. Dennoch lehnt die paraguayische Regierung unter Verweis auf das deutsch-paraguayische BIT ab, das Land an etwa 120 Kleinbauernfamilien umzuverteilen, die es seit Jahren bewirtschaften. Die deutsche Botschaft habe unter Verweis auf das BIT zugunsten der Landeigentümer interveniert. Daraufhin seien die Kleinbauern gewaltsam von dem Land vertrieben worden. Auch die Ratifizierung des seit Jahren unterzeichneten deutsch-brasilianischen BIT scheint bisher an der Frage der Entschädigung für Landumverteilung zu scheitern. Brasilien bietet in solchen Fällen eine Entschädigung in Form von brasilianischen Staatsanleihen an. Deutschland besteht aber darauf, dass auch im BIT mit Brasilien eine sofortige Entschädigung in frei transferierbarer Valuta erfolgt. Vergleichbare Konflikte mit deutschen BITs kann eine Politik zur Umverteilung von Wirtschaftsvermögen hervorrufen, wie sie derzeit Südafrika verfolgt. Im Rahmen des *Black Economic Empowerment*-Programms sollen dort in zehn Jahren 26% des Bergbausektors in Eigentum und Kontrolle von Schwarzen überführt werden. Unternehmen, die sich einer solchen Beteiligung widersetzen, droht ein Entzug ihrer Bergbaukonzessionen (siehe Sornarajah 2004: 364-367; Peterson 2003a). Sollten derartige Programme deutsche Investoren betreffen, so wären sie als Enteignungen im Sinne der deutschen BITs entschädigungspflichtig. Wie in Kapitel 4.1.1 gezeigt, verpflichten die deutschen BITs bei Enteignungen dazu, eine Entschädigung in voller Höhe zu zahlen, selbst wenn damit gesellschaftlich sinnvolle Ziele verfolgt werden. Diese Beispiele machen deutlich, dass auch formelle Enteignungen unter bestimmten Umständen, z.B. zur Beseitigung von Hunger und Armut in Entwicklungs- und Schwellenländern sowie zur Überwindung eines Apartheid-Regimes, legitim sein können. Weil die heutigen deutschen BITs zu einer Entschädigung in voller Höhe des Verkehrswertes verpflichten, setzen sie derartigen Programmen enge haushaltspolitische Grenzen.

4.6.4 FAZIT

Im Bereich der Arbeitsbeziehungen und der Sozialpolitik können die deutschen BITs an einigen Stellen als Hindernis für eine Verbesserung der Stellung von Arbeitnehmern und Kleinbauern wirken. Das gilt insbesondere für die Abschirmungsklauseln sowie für die Pflicht zur vollen Entschädigung von Enteignungen bei der Umverteilung von Produktionsmitteln. Um die Schutzbestimmungen der BITs in einen ausgewogeneren Ausgleich mit legitimer Arbeits- und Sozialpolitik zu bringen, sind die Abschirmungsklauseln zu hinterfragen. Zudem wäre an eine Herabsetzung des Entschädigungsstandards bei diskriminierungsfrei angewandten Programmen der Umverteilung von Produktionsmitteln zu denken.

4.7 *Besteuerung ausländischer Unternehmen*

Nach dem Völkerrecht genießen Staaten grundsätzlich Freiheit bei der Besteuerung der ihnen unterliegenden Gebiete und Personen (Picciotto 1992; Muchlinski 1999: 277-309). Die Besteuerung ausländischer Investoren schafft aber Koordinierungsbedarf hinsichtlich der Frage, in welchem Land ausländische Investoren der Besteuerung unterliegen. Die Koordinierung zwischen Gaststaat und Herkunftsstaat in Bezug auf die Ausübung der Besteuerungshoheit erfolgt heute häufig durch Doppelbesteuerungsabkommen (siehe UNCTAD 2000b; Muchlinski). Dies wird auch von den deutschen Investitionsschutzabkommen anerkannt, indem die aufgrund derartiger Abkommen gewährten Vorteile gemäß Art. 3 Abs. 4 des Mustervertrags nicht der Anwendung des Meistbegünstigungsprinzips unterliegen.

Zudem kann die Erhebung von Steuern gegenüber ausländischen Investoren im Einzelfall gegen die Bestimmungen internationaler Investitionsschutzverträge verstoßen. Protokollnotiz Nr. 3 b) des deutschen Muster-BIT besagt, dass ein Vertragsstaat nicht verpflichtet ist, steuerliche Vergünstigungen, Befreiungen und Ermäßigungen, die nach den Steuergesetzen nur den in seinem Hoheitsgebiet ansässigen Investoren gewährt werden, auf im Hoheitsgebiet des anderen Vertragsstaats ansässige Investoren auszudehnen. Damit sind derartige Privilegien von den Grundsätzen der Inländerbehandlung und der Meistbegünstigung ausgenommen. Im Umkehrschluss kann gefolgert werden, dass die Abkommen grundsätzlich auch auf Steuermaßnahmen anwendbar sind. Dies ist verschiedentlich von internationalen Schiedsgerichten bestätigt worden (siehe etwa *Enron/Argentinien*, Abs. 29; *Feldman/Mexiko*, Abs. 103ff.). Fraglich ist insbesondere, ob eine exzessive Besteuerung von Kapitalanlagen als Enteignung im Sinne internationaler Investitionsschutzverträge betrachtet werden kann. Wechselwirkungen zwischen Besteuerungsmaßnahmen und Investitionsschutzverträgen betreffen auch den Grundsatz der Inländerbehandlung.

4.7.1 BESTEUERUNG ALS ENTEIGNUNG?

In Kapitel 4.1.1 wurde gezeigt, dass staatliche Maßnahmen als entschädigungspflichtige Enteignungen eingestuft werden können, wenn ihre wirtschaftlichen Auswirkungen die Rechtspositionen des Investors ähnlich stark beeinträchtigen wie ihr vollständiger Entzug. Das könnte bei steuerlichen Maßnahmen zutreffen, wenn durch sie die Tätigkeit eines Investors unrentabel wird und er diese aufgeben muss. Zu berücksichtigen ist aber, dass es nicht Sinn

und Zweck von Investitionsschutzabkommen sein kann, die Besteuerung von Investoren im Rahmen des allgemeinen Steuersystems zu verhindern. Diese wird weitgehend als legitime staatliche Aufgabe anerkannt. Die internationale Schiedsgerichtspraxis bestätigt, dass steuerliche Maßnahmen als Enteignungen gelten können. Zwar ist auf Grundlage der deutschen BITs noch kein Besteuerungsfall entschieden worden. Eine Enteignung wurde aber z.B. im Fall *Goetz/Burundi* festgestellt, dem mit dem belgisch-kongolesischen BIT eine inhaltlich weitgehend gleiche Enteignungsschutzklausel zugrunde lag (*Goetz/Burundi*, Abs. 124). Hier war dem Investor zunächst eine Industrietätigkeit in der Verarbeitung von Edelmetallen im Rahmen einer Sonderwirtschaftszone mit entsprechenden Steuervergünstigungen genehmigt worden. Nachdem der Investor erhebliche Sachinvestitionen getätigt hatte, wurde ihm dieser Status wieder entzogen. Aufgrund der steuerlichen Belastung lohnte sich seine Betätigung nicht mehr und die Investitionen lagen brach. Internationale Schiedsgerichte haben aber auch anerkannt, dass die Besteuerung ausländischer Investoren grundsätzlich zulässig ist. Im Fall *Feldman/Mexiko* hatten die mexikanischen Behörden die Anwendung einer Ausnahme im mexikanischen Steuergesetz auf ein mit dem Reimport von Zigaretten in die USA befasstes Unternehmen verweigert, so dass der Inhaber das Geschäft aufgeben musste (Abs. 105-132). Das Schiedsgericht wollte der Argumentation, dies stelle eine Enteignung dar, aber nicht folgen. Es verwies darauf, dass Besteuerungsmaßnahmen nach allgemeinem Völkerrecht legitime staatliche Regulierung darstellen, die grundsätzlich keine Enteignung, sondern Teil des allgemeinen geschäftlichen Umfelds im Gastland sind, auf das sich ein ausländischer Investor einstellen muss. Gegenüber dem Argument des Investors, die Besteuerung sei intransparent, betonte das Schiedsgericht, dass es für Investoren eine gewisse Obliegenheit zur Einholung fachkundigen Rates gebe, ohne die ein solches Argument keinen Erfolg haben könne.

Insbesondere der Schiedsspruch im Fall *Feldman/Mexiko* betont in sinnvoller Weise den bestehenden Grundsatz, dass steuerliche Belastungen nur in Ausnahmefällen eine enteignende Wirkung haben. Das lässt darauf hoffen, dass die Anwendung des allgemeinen Steuerrechts auch im Rahmen der deutschen BITs im Regelfall nicht als Enteignung bewertet werden wird.

4.7.2 STEUERLICHE DISKRIMINIERUNG

Deutliche Berührungspunkte ergeben sich darüber hinaus mit dem Grundsatz der Inländerbehandlung. Obwohl hier die bereits genannte Ausnahme in den deutschen BITs anwendbar ist, gilt diese nach ihrem Wortlaut nur für Benachteiligungen ausländischer Investoren, die ausdrücklich zwischen ausländischen und inländischen Investoren unterscheiden und die gesetzlich vorgesehen sind. Verschiedene Fälle aus der Schiedsgerichtspraxis zeigen aber, dass Konflikte vor allem im Hinblick auf die Benachteiligung ausländischer Investoren durch formal nicht diskriminierende Steuervorschriften und durch eine diskriminierende Praxis in der Anwendung von Steuervorschriften entstehen können. Damit sind diese Fälle gerade nicht von der Ausnahme erfasst und können grundsätzlich auch auf die deutschen BITs übertragen werden. Obgleich die Grenzen einer umfassenden Überprüfung des Steuerrechts am Grundsatz der Inländerbehandlung auch von internationalen Schiedsgerichten erkannt wurden, lassen die bisher zur Besteuerung ergangenen Entscheidungen doch eine Bereitschaft zu nicht unerheblichen Eingriffen in die nationale Besteuerung erkennen. Dies erfolgte auf der Grundlage

anderer Investitionsabkommen; die dort angestellten Überlegungen gelten aber in vergleichbarer Weise auch für die deutschen BITs. Das Schiedsgericht im Fall *Feldman/Mexiko* wollte zwar eine unterschiedliche steuerliche Behandlung von Zigaretten-Produzenten und Re-Exporteuren zum Zwecke einer besseren Kontrolle, der Bekämpfung von Zigarettschmuggel und dem Schutz von geistigen Eigentumsrechten nicht als Verletzung des Grundsatzes der Inländerbehandlung ansehen, da hier gewisse rationale Grundlagen für die Unterscheidung bestünden. Es sah den Grundsatz aber schon dadurch verletzt, dass einem einzigen einheimischen Konkurrenten Steuerrabatte gewährt wurden, die Feldman nicht erhielt, da Mexiko nicht beweisen konnte, dass diese Ungleichbehandlung auch einheimische Unternehmen betraf (Abs. 177, 181-186). Im Fall *Occidental/Ecuador* stellte das Schiedsgericht fest, dass die Steuerbehörden dem Investor entgegen der gesetzlichen Vorschriften keine Mehrwertsteuerrückerstattung erlaubt hatten, die aber einem vergleichbaren inländischen Unternehmen gewährt worden war. Dass die Steuerbehörden aufgrund sachlicher Unterschiede zwischen beiden Investoren von der Rechtmäßigkeit ihrer Praxis überzeugt waren und keinerlei diskriminierende Absichten gegenüber dem ausländischen Investor hatten, hielt das Schiedsgericht dabei für irrelevant (*Occidental/Ecuador*, Abs. 173, 175). In solchen Fällen handelt es sich im Kern nicht um eine absichtliche Benachteiligung ausländischer Investoren, sondern schlicht um eine Inkonsistenz des Steuerrechts bzw. der steuerbehördlichen Praxis. Ob jeder dieser Fälle, sobald ein ausländischer Investor beteiligt ist, zu einem Investitionsschutzfall werden sollte, erscheint fraglich. Dagegen spricht nicht nur, dass dadurch auch leistungsfähige einheimische Gerichtsbarkeiten übergangen werden und erhebliche Arbeit auf die Schiedsgerichte zukommt. Es besteht auch die Gefahr, dass ausländische Investoren aus Furcht vor hohen Schadensersatzklagen übervorteilt werden und ihre ohnehin bereits geringen Steuerzahlungen weiter sinken.

4.7.3 FAZIT

Steuerliche Belastungen haben nur in absoluten Ausnahmefällen eine enteignende Wirkung. Demgegenüber besteht eine gewisse Tendenz, hinsichtlich der Einhaltung des Grundsatzes der Inländerbehandlung übermäßig strenge Maßstäbe an die Einzelfallgerechtigkeit von Steuervorschriften und Steuerbehörden zu stellen, die die Durchsetzung von Steuervorschriften gegenüber ausländischen Investoren potentiell nicht unerheblich beeinträchtigen können. Das würde dafür sprechen, dass nur in Fällen offensichtlich protektionistischer Hintergründe eine Verletzung des Grundsatzes der Inländerbehandlung durch steuerliche Maßnahmen angenommen werden sollte.

4.8 Staatliche Regulierung und das Investor-to-State Verfahren

An zahlreichen Beispielfällen aus *Investor-to-State* Verfahren wurden in diesem Kapitel Spannungsfelder zwischen den materiellen Regelungen deutschen BITs und legitimer staatlicher Regulierung aufgezeigt. Auch das *Investor-to-State* Verfahren selbst, das zu diesen Entscheidungen geführt hat, muss sich daran messen lassen, ob es geeignet ist, einen angemessenen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen herbeizuführen. Diese Frage stellt sich umso mehr, als internationale Schiedsverfahren ursprünglich für Streitigkeiten

zwischen Unternehmen in privaten internationalen Handelsbeziehungen entwickelt wurden. Die zahlreichen Beispielsfälle zeigen aber, dass es bei Investitionsstreitigkeiten aufgrund von BITs nicht nur um Partikularinteressen einzelner Unternehmen geht, sondern immer häufiger auch um Fragen der Legitimität öffentlichen Handelns (siehe zu folgendem Brower 2003; Sornarajah 2004; Silberman 2002; IISD 2004: 3-8; Public Citizen/Friends of the Earth 2001).

4.8.1 LEGITIMATION

Problematisch ist zunächst die Legitimation der Schiedsgerichte, über Fragen von allgemeiner wirtschaftlicher und nicht selten auch politischer Bedeutung zu entscheiden. Bei privaten Schiedsverfahren legitimiert schon die Zustimmung der Parteien das Schiedsgericht. Für ein Schiedsgericht, das über die Zulässigkeit öffentlicher Entscheidungen zu befinden hat, vermag diese Begründung nicht zu überzeugen. Vielmehr besteht die Gefahr, dass jedenfalls Teile der Schiedsrichter öffentliche Interessen kaum im Blick haben. Gerade Kritiker aus Entwicklungsländern bemängeln zudem, dass die Sensibilität der Schiedsgerichtsmitglieder für die Auswirkungen ihrer Urteile vor allem in Entwicklungsländern zu wünschen übrig lässt, zumal die übergroße Mehrzahl der Schiedsgerichtsmitglieder Wirtschaftsjuristen aus Industrieländern sind. Darüber hinaus besteht die Gefahr, dass die Schiedsrichter Interessenkonflikten ausgesetzt sind. Weil die Schiedsgerichte für jeden Fall neu zusammengesetzt werden, kann ein und dieselbe Person in einem Verfahren als Schiedsrichter und im nächsten als Parteivertreter auftreten. Trotz der Integrität vieler Investitionsrechtler besteht dann die Gefahr, dass sich Schiedsrichter bei ihrer Urteilsbildung auch an der Fortentwicklung der Rechtsprechung im Sinne ihrer Mandanten orientieren.

Auch eine öffentliche Kontrolle der Schiedsgerichte findet nur begrenzt statt. Während öffentlich zugängliche Verhandlungen in zahlreichen Staaten zu den Grundprinzipien eines rechtsstaatlichen Gerichtswesens gezählt werden, finden die Schiedsverfahren unter weitgehendem Ausschluss der Öffentlichkeit statt. Nur wenn beide Parteien in einem Fall einwilligen, können Schiedsgerichte sich dazu entschließen, das Verfahren in öffentlicher Sitzung durchzuführen und eine verstärkte Beteiligung der Öffentlichkeit zuzulassen. Das ist mittlerweile in mehreren NAFTA-Verfahren erfolgt. Hier wurden die Anhörungen des Schiedsgerichts öffentlich durchgeführt (*Methanex/USA*; *UPS/Canada*). Soweit die Schiedsgerichte über Belange verhandeln, die nicht nur die betroffenen Behörden, sondern auch Bürgerinnen und Bürger im Gastland betreffen, ist aber kaum einzusehen, warum es die Parteien in der Hand haben sollen, ob ein Verfahren überhaupt an die Öffentlichkeit gelangt und ob die Argumente der Parteien und des Gerichts allgemein zugänglich sind. Diesen Bedenken könnte Rechnung getragen werden, indem in BITs oder in den Schiedsverfahrensübereinkommen eine allgemeine Öffnung der Verfahren vorgesehen wird.

Ein erster Schritt, die Öffentlichkeit unabhängig von der Zustimmung der Parteien stärker in die Schiedsgerichtsverfahren einzubeziehen, ist die Beteiligung von zivilgesellschaftlichen Gruppen, die durch das Verfahren betroffen sind. Erstmals hat kürzlich ein ICSID-Schiedsgericht entschieden, dass es zivilgesellschaftliche Kommentare (sog. *amicus curiae briefs*) von Umweltorganisationen zu den umweltpolitischen Auswirkungen eines Falles in das Verfahren einfließen lassen wird (*Agua del Aconquija, Vivendi/Argentinien II, Abs. 16*). Solange die

Zivilgesellschaft den Verlauf des Verfahrens selbst nicht verfolgen kann, ist eine wirkliche Begleitung und Beurteilung der Verfahren aber auch dadurch nur unzureichend möglich.

4.8.2 KOHÄRENZ

Die fragmentarische Natur der Schiedsverfahren führt zu inkohärenten und sich teils offen widersprechenden Entscheidungen. Grund dafür ist, dass für jeden Fall ein neues Schiedsgericht gebildet wird und die Entscheidungen der Schiedsgerichte nur für den Einzelfall und für die daran beteiligten Parteien verbindlich sind. Zu welchen Konsequenzen dies führen kann, zeigt der Fall *CME, Lauder/Tschechische Republik* (im Einzelnen dazu siehe Kapitel 4.4.2). Auf zwei Klagen eines niederländischen Unternehmens und seines US-amerikanischen Anteilseigners befassten sich zwei Schiedsgerichte mit dem Entzug einer Fernsehlizenz durch die tschechischen Behörden. Während eines der Gerichte diese für unproblematisch hielt, wertete das andere sie als offenen Verstoß gegen ein weitgehend vergleichbares BIT. Gerade für staatliche Regulierung, die eine Vielzahl von Einzelfällen betrifft, führen solche Ergebnisse zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit.

Um derartigen Widersprüchen in der Schiedsgerichtspraxis abzuhelpen, wird die Einrichtung eines ständigen Berufungsschiedsgerichts diskutiert, das aus dauerhaft eingesetzten Richtern besteht und für Berufungen der Parteien gegen die Entscheidungen der einzelnen Schiedsgerichte zuständig sein könnte. Die Vereinigten Staaten haben bereits in mehreren Freihandelsabkommen ausdrücklich die Einrichtung eines solchen Berufungsorgans vorbehalten, über das das ICSID-Sekretariat derzeit einen Konsultationsprozess durchführt.

4.8.3 ANGEMESSENE ENTSCHEIDUNGSGRUNDLAGEN

Die internationalen Schiedsgerichte sind mit der Rechtslage und den Verhältnissen im Gastland nicht in gleichem Maße wie örtliche Gerichte vertraut. Obgleich in Schiedsgerichtsverfahren häufig zahllose Dokumente beigebracht und Zeugen gehört werden, gestaltet sich aufgrund der großen räumlichen Distanz auch die Ermittlung von Tatsachen erheblich schwieriger als in einem örtlichen Gerichtsverfahren. Da die meisten der deutschen BITs dem Investor nicht vorschreiben, seine Rechte zunächst durch gerichtliche Verfahren im Gaststaat durchzusetzen, müssen die Schiedsgerichte sich in aller Regel aufgrund des Vorbringens der Parteien den entscheidungserheblichen Sachverhalt selbst aufbereiten. Eine vorherige Erschöpfung innerstaatlicher Rechtsmittel kann aber zur Ermittlung des Sachverhaltes und insbesondere auch zur Darstellung eventuell maßgeblicher einheimischer Rechtsvorschriften durchaus sinnvoll sein. Dagegen wird eingewandt, dass die innerstaatlichen Gerichte das Verfahren nicht selten verschleppen. Die Gefahr einer Verschleppung ist aber nur gering, wenn - wie in den Verträgen mit China und Chile vorgesehen - der Investor innerhalb einer gewissen Frist nach Einleitung des innerstaatlichen Verfahrens (zwischen 3 und 18 Monaten) auch ohne dessen Abschluss ein Schiedsverfahren einleiten kann.

4.8.4 FAZIT

Neben den einzelnen Bestimmungen der BITs trägt auch das *Investor-to-State* Verfahren dazu bei, dass der Ausgleich zwischen Investitionsschutz und legitimen staatlichen Regulierungsinteressen teilweise nur unzureichend gelingt. Das liegt unter anderem an seiner Nichtöffentlichkeit, der fragmentarischen Natur der Entscheidungen und der fehlenden Nähe zu den Ursachen der Streitigkeiten. Um dies zu verbessern, könnten BITs vorsehen, dass Verfahren generell öffentlich sind und dass vor Anrufung eines Schiedsgerichts der innerstaatliche Rechtsweg beschritten werden muss.

5 Die deutschen BITs im völker- und europarechtlichen Zusammenhang

Gegenstand dieser Studie sind die von Deutschland geschlossenen BITs. Diese stehen aber in engem Zusammenhang mit den Entwicklungen auf europäischer und internationaler Ebene. Wie auch alle anderen der weltweit über 2000 bilateralen Investitionsschutzverträge gelten die deutschen BITs nur für Investoren aus dem jeweils anderen Vertragsstaat. Angesichts zunehmender internationaler Verflechtung von Unternehmen stellt sich die Frage, welche dieser Unternehmen als Staatszugehörige der Vertragsparteien Rechte aus einem von Deutschland geschlossenen BIT herleiten können. Ebenso ist zu untersuchen, welche Wechselwirkungen zwischen den deutschen und anderen bilateralen Investitionsschutzverträgen bestehen. Internationale Investitionsströme berühren auch zahlreiche andere völkerrechtlich regulierte Bereiche wie das internationale Umweltrecht oder international verbürgte Menschenrechte. Für diese Studie ist von Bedeutung, in welchem Verhältnis die deutschen BITs zu derartigen internationalen Verpflichtungen stehen und ob sie deren Einhaltung möglicherweise erschweren. Schließlich hat auch die immer engere Koordinierung der internationalen Handels- und Kapitalverkehrspolitik auf europäischer Ebene Auswirkungen auf die Verträge. Hier stellt sich die Frage, ob die Bundesrepublik überhaupt noch die Möglichkeit hat, Inhalt und Reichweite von Investitionsschutzverträgen zu verändern.

5.1 *Bilaterale Verträge, multinationale Unternehmen*

5.1.1 WAS IST EIN DEUTSCHES UNTERNEHMEN?

Grundsätzlich können sich alle Investoren, die die Staatszugehörigkeit einer der BIT-Vertragsparteien haben, gegenüber dem jeweils anderen Vertragsstaat auf das BIT berufen. Angesichts zunehmender internationaler Verflechtung von Unternehmen ist die Bestimmung der Zugehörigkeit eines Unternehmens zum Heimatstaat aber häufig schwierig. Deutschland hat in seinen BITs festgelegt, dass sich Handelsgesellschaften und andere juristische Personen auf die deutschen BITs berufen können, wenn sie ihren Sitz in Deutschland haben. Als Gesellschaftssitz wird der Ort bezeichnet, wo die Gesellschaft den tatsächlichen Schwerpunkt ihrer Geschäfte hat (Ipsen 2004: § 24 Randnummer 24; UNCTAD 1999a: 38f.). Die Vertragspartner der Bundesrepublik regeln dies teilweise ebenso (z.B. Vertrag mit Nigeria), andere erkennen in Übereinstimmung mit der anglo-amerikanischen Tradition alle Gesellschaften als ihre Staatszugehörigen an, die nach ihrem Recht gegründet wurden (sog. Gründungs-/Inkorporationstheorie, z.B. Vertrag mit Iran).

Komplizierter wird es, wenn Investoren im Gastland nach örtlichem Recht eine Tochtergesellschaft gründen. Nach Art. 3 des deutschen Mustervertrages gelten die Grundsätze der Inländerbehandlung und der Meistbegünstigung auch für Kapitalanlagen, die *unter dem Einfluss* von Investoren des anderen Vertragsstaats stehen. Wird also die Tochtergesellschaft eines ausländischen Investors etwa bei der Besteuerung gegenüber inländischen Unternehmen

diskriminiert, so kann der Investor sich auf den Investitionsschutzvertrag berufen. Obwohl eine vergleichbare Formulierung bei den übrigen Bestimmungen des Mustervertrags fehlt, wendet die internationale Schiedsgerichtspraxis die Bestimmungen von BITs auch für solche Tochtergesellschaften ohne Einschränkungen an. So lehnte das Schiedsgericht im Fall *Siemens/Argentinien* – hier trat nur die deutsche Siemens-AG als Kläger auf, obwohl der maßgebliche Vertrag von einer argentinischen Tochtergesellschaft geschlossen worden war – die ausführlich dargelegten Einwände Argentiniens ab und befand, dass aufgrund der breiten Investitionsdefinition auch Siemens als Anteilseigner Klage erheben könne (Abs. 135ff.).

Kann sich damit eine deutsche Muttergesellschaft, die eine Tochter im Gaststaat kontrolliert, auf die deutschen BITs berufen, so gilt dies auch über mehrere Beteiligungsstufen, also z.B. für eine deutsche Muttergesellschaft, die eine Tochtergesellschaft im Gaststaat nur indirekt über eine Tochter in einem Drittstaat kontrolliert. Wenngleich dazu noch keine Entscheidungen aufgrund der deutschen BITs ergangen sind, wurde auch dies von verschiedenen internationalen Schiedsgerichten aufgrund vergleichbarer Klauseln in anderen Investitionsschutzverträgen anerkannt. So konnte sich im Fall *Waste Management/Mexiko* ein US-amerikanischer Investor, der am mexikanischen Tochterunternehmen nur mittelbar über eine auf den Cayman Islands ansässige Briefkastenfirma beteiligt war, erfolgreich auf das nur für Mexiko, Kanada und die USA geltende NAFTA-Abkommen berufen (*Waste Management/Mexiko*, Abs. 80-85; so auch *SOABI/Senegal*, Abs 182f.). Umgekehrt bedeutet dies aber nicht, dass eine deutsche Muttergesellschaft nicht mehr von den deutschen BITs geschützt wäre, wenn sie ihrerseits unter Kontrolle eines ausländischen Unternehmens steht (siehe etwa *Autopistas/Venezuela – Entscheidung über Zuständigkeit*, Abs. 112ff.; kritisch Schreuer 2001: Art. 25 Randnummer 563). Die Kontrolle durch andere Unternehmen wurde bisher nur zur Ausweitung, nicht aber zur Einschränkung des Kreises der unter Investitionsschutzverträgen Berechtigten genutzt. Ein mit Tochtergesellschaften auf mehreren Ebenen mit verschiedenen Staatszugehörigkeiten strukturierter Konzern kann sich damit auf die deutschen BITs berufen, sobald eine der Tochtergesellschaften ihren Sitz in Deutschland hat.

5.1.2 PROBLEM: BITS-SHOPPING

Das hat weitreichende Folgen: Investoren, die ihre Kapitalanlagen über mehrstufige, international organisierte Konzerne halten, können sich bei Problemen auf das jeweils weitreichendste BITs berufen. Ohne die tatsächlichen Eigentumsverhältnisse zu verändern, können sie darüber hinaus Kapitalanlagen allein durch gesellschaftsrechtliche Konstruktionen unter den Schutz eines deutschen BIT stellen, indem in der Kontrollkette eine deutsche Gesellschaft zwischengeschaltet wird. Nach Ansicht von Kommentatoren wird von dieser Möglichkeit international Gebrauch gemacht, z.B. im Fall des Streits um Investitionen im indischen Dabhol-Kraftwerk. Weil zwischen den USA und Indien kein BIT besteht, halten die US-amerikanischen Investoren ihre Beteiligungen daran über eine nach mauritischem Recht gegründete Tochtergesellschaft, die ihrerseits unter das Abkommen zwischen Indien und Mauritius fällt (siehe Kantor 2004; Peterson 2003).

Noch weitgehender kann dieses Modell auch von inländischen Investoren angewandt werden. Das zeigt der kürzlich ergangene Schiedsspruch im Fall *Tokio Tokelos/Ukraine* (Abs. 27ff.). Hier

hatten ukrainische Staatsangehörige eine Gesellschaft nach litauischem Recht gegründet, der eine Tochtergesellschaft in der Ukraine gehörte. Wegen angeblich schikanöser Verhaltensweisen der ukrainischen Behörden berief sich die nach litauischem Recht gegründete Gesellschaft auf das ukrainisch-litauische BIT. Das Schiedsgericht hielt dies für zulässig. Nach dem zugrunde liegenden BIT komme es allein darauf an, dass der Kläger als Gesellschaft im anderen Vertragsstaat gegründet worden sei. Dass die Inhaber der Gesellschaft Ukrainer seien und der Großteil der finanziellen Mittel aus der Ukraine stammten (dazu auch UNCTAD 1999a: 75-77; *Tradex Hellas/Albanien*, Abs. 109), sei kein Problem⁵². Raum für derartige Konstruktionen besteht auch bei den deutschen BITs. Zwar orientieren sich die deutschen BITs anders als das ukrainisch-litauische BIT nicht an der Gründung einer Gesellschaft, sondern nach der Sitztheorie am tatsächlichen Zentrum der Geschäftsführungstätigkeit. Investoren aus dem anderen Vertragsstaat eines deutschen BIT könnten ihre heimatlichen Kapitalanlagen daher nicht über bloße Briefkastenfirmen in der Bundesrepublik unter den Schutz des BIT stellen. Sobald aber die Tochtergesellschaft eines Unternehmens aus dem anderen Vertragsstaat ihre Tätigkeit in Deutschland mit gewisser Selbständigkeit ausübt (siehe Rauscher 2002: 141), ist auch nach den deutschen BITs ein vergleichbarer Fall denkbar. Sollten deutsche Unternehmen versuchen, ihre Kapitalanlagen in Deutschland über eine Tochter im anderen Vertragsstaat unter ein deutsches BIT zu stellen, gilt diese Einschränkung zudem nicht, soweit die Vertragspartner der Bundesrepublik für sich die Zugehörigkeit von Investoren nach der Gründungstheorie bestimmen.

5.1.3 FAZIT

Die Definition der Unternehmen, die sich als Gesellschaften mit deutscher Staatszugehörigkeit auf die deutschen BITs berufen können, ist relativ weit. Im Zusammenhang mit den BITs anderer Staaten führt das dazu, dass Unternehmen durch geschickte gesellschaftsrechtliche Konstruktionen eine Art ‚BITs-shopping‘ betreiben können. Indem sie ihre Kapitalanlagen über möglichst viele Tochtergesellschaften in verschiedenen Staaten halten, werden sie unter den Schutz von für Investoren möglichst günstige BITs gestellt. Ein legitimes Schutzbedürfnis besteht dabei kaum. Geht man davon aus, dass gerade die Einschränkung bestimmter Rechte für Investoren oder auch die Entscheidung, kein BIT mit einem bestimmten Staat abzuschließen, Ausdruck bewusster politischer Entscheidungen sein kann, so ist dies kritisch zu bewerten. Derartige Auswüchse könnten vermieden werden, wenn die Nationalität eines Investors einzig und allein nach der letzten Stufe gesellschaftsrechtlicher Konstruktionen zu bestimmen wäre. Nur in Deutschland ansässige Gesellschaften, die ihrerseits nicht mehr unter der Kontrolle anderer Gesellschaften stehen, könnten sich danach auf die deutschen BITs berufen.

⁵² Der Präsident des Schiedsgerichts wollte diese Schlussfolgerung allerdings nicht mittragen, veröffentlichte in einem bisher einmaligen Vorfall eine abweichende Meinung und erklärte seinen Rücktritt (*Tokio Tokelos/Ukraine – Entscheidung über Zuständigkeit, Dissenting Opinion*). Zur Begründung verwies er darauf, dass das ICSID-Verfahren nur zur Beilegung internationaler Streitigkeiten geschaffen worden sei.

5.2 Das Verhältnis zu anderen Investitionsschutzverträgen

5.2.1 BITS-SHOPPING ÜBER DIE MEISTBEGÜNSTIGUNGSKLAUSEL?

Deutschland hat insgesamt weit über 100 bilaterale Investitionsschutzverträge unterzeichnet. Auch die meisten Vertragspartner der Bundesrepublik haben Verträge mit anderen Staaten geschlossen. Die in diesen Verträgen verankerten Rechte sind häufig ähnlich, unterscheiden sich aber im Detail erheblich. So sind in manchen Verträgen einzelne Sektoren vom Grundsatz der Inländerbehandlung ausgenommen, oder die Anrufung eines internationalen Schiedsgerichts wird von der vorherigen Erschöpfung innerstaatlicher Rechtsmittel abhängig gemacht. Wie ein ausländischer Investor zu behandeln ist, richtet sich grundsätzlich nach dem mit seinem Heimatstaat geschlossenen BIT. Allerdings schreiben sämtliche BITs auch vor, dass Kapitalanlagen und Investoren aus dem anderen Vertragsstaat nicht weniger günstig behandelt werden dürfen als ausländische Kapitalanlagen oder Investoren aus Drittstaaten (Grundsatz der Meistbegünstigung, Art. 3 sowie Art. 4 Abs. 4 des deutschen Mustervertrags; siehe zum folgenden UNCTAD 1999c: 8). Dieser Grundsatz dient dazu, einzelnen Staaten eingeräumte Vorteile und Rechte zu ‚multilateralisieren‘, d.h. auch allen anderen Staaten zukommen zu lassen. Im Zusammenhang mit Investitionsschutzverträgen, die eine Tendenz zur fortschreitenden Anhebung des Schutzniveaus erkennen lassen, sollen dadurch die jeweils jüngsten und weitgehendsten Verpflichtungen auch Investoren aus allen anderen Ländern zugute kommen. Das mag aus Sicht des Investitionsschutzes nachvollziehbar sein. Zu welchen Konsequenzen es führen kann, hat sich aber jüngst an einem Streitfall unter deutscher Beteiligung (*Siemens/Argentinien*) gezeigt: Obwohl der deutsch-argentinische Vertrag vorsieht, dass der Investor vor Anrufung eines Schiedsgerichts zunächst den innerstaatlichen Rechtsweg beschreiten muss, hielt das Schiedsgericht die Klage auch ohne dies für zulässig. Denn in anderen BITs, auf die sich Siemens über die Meistbegünstigungsklausel berufen könne, habe Argentinien keine vergleichbaren Fristen vorgesehen (Abs. 104).

Das macht deutlich: die Meistbegünstigungsklausel kann in Verbindung mit anderen vom Gaststaat abgeschlossenen BITs dazu genutzt, Beschränkungen der in den Verträgen vorgesehenen Rechte zu umgehen, auch wenn diese von den Vertragsstaaten bewusst ausgehandelt wurden. Wenn ein BIT gewisse Wirtschaftssektoren vom Grundsatz der Inländerbehandlung ausnimmt, kann dies unter Berufung auf andere BITs des Gaststaates nutzlos werden. Gleiches gilt, wenn ein BIT legitime staatliche Regulierung vom Enteignungsschutz ausnimmt. Das steht in deutlichem Widerspruch zu dem Grundsatz, dass die Unterzeichnerstaaten eines BIT die autonome Entscheidungsbefugnis darüber haben, welche Rechte und Pflichten ausländischen Investoren eingeräumt werden. Es führt auch dazu, dass jegliches Lernen aus vergangenen Streitfällen, jegliche Präzisierung und Einschränkung der Vorschriften in später abgeschlossenen Verträgen außerordentlich schwierig wird.

5.2.2 ANSÄTZE ZUR EINSCHRÄNKUNG DER MEISTBEGÜNSTIGUNG

Ein Ansatz zur Einschränkung des Grundsatzes der Meistbegünstigung ergibt sich aus der Überlegung, dass Gleiches nur mit Gleichem verglichen werden kann. Beruft sich ein Investor auf den Grundsatz der Meistbegünstigung, so muss er zeigen, dass vergleichbare Investoren

oder Kapitalanlagen von Investoren aus Drittstaaten vom Gaststaat günstiger behandelt werden. Im Regelfall wird dazu ein Bezug auf ein anderes völkerrechtliches Abkommen hergestellt. Um den Anwendungsbereich von Meistbegünstigungsklauseln nicht ins Uferlose auszuweiten, hat sich dazu in der völkerrechtlichen Entscheidungspraxis der Grundsatz herausgebildet, dass ein Vergleich nur mit Abkommen zulässig ist, die den gleichen Gegenstand betreffen (*ejusdem generis*-Prinzip; siehe IGH *Anglo-American Oil Company*, S. 93; IGH *Ambatielos*, S. 1953; OECD 2004a). Das spricht dafür, dass sich Investoren nicht mit Hilfe der Meistbegünstigungsklauseln auf Marktzugangsregelungen für Investoren berufen können, wie sie etwa in US-amerikanischen BITs vorgesehen sind (Wälde 2004). Denn diese haben einen anderen Gegenstand als die von Deutschland geschlossenen BITs, die sich hauptsächlich mit dem Schutz bestehender Investitionen befassen. Soweit andere bilaterale Investitionsschutzabkommen vergleichbare Regelungen wie die deutschen Abkommen treffen, dürfte ein Vergleich aber auch nach dem *ejusdem generis*-Prinzip zulässig sein (siehe *Mafezzini/Spanien*, Abs. 56). Folglich können sich Investoren danach uneingeschränkt auf den Schutz anderer BITs berufen, die vergleichbare, aber für Investoren günstigere Regelungen z.B. zur Inländerbehandlung aufstellen.

Es spricht aber einiges dafür, dass von den Vertragsparteien nicht gewollt ist, Einschränkungen der BITs-Bestimmungen, deren Reichweite und Grenzen häufig Gegenstand intensiver Verhandlungen zwischen den Vertragsstaaten sind, faktisch gegenstandslos werden zu lassen. Der Zusammenhang mit den anderen BIT-Klauseln spricht daher für eine engere Lesart des Grundsatzes der Meistbegünstigung. Eine Einschränkung könnte sich auch aus dem Wortlaut der deutschen Abkommen selbst ergeben: Diese beziehen die Meistbegünstigung ausdrücklich auf die Behandlung von Kapitalanlagen und von Investoren in Bezug auf ihre Kapitalanlagen. Das spricht dafür, dass der Grundsatz nur auf die Standards für deren Behandlung selbst, nicht aber auf die Regeln für die Durchsetzung in einem internationalen Schiedsgerichtsverfahren anwendbar ist. Auch einige internationale Schiedsgerichte waren der Auffassung, dass der Grundsatz der Meistbegünstigung nicht für die Regeln des Schiedsgerichtsverfahrens gelte. Im Streit um eine Regelung im mexikanisch-spanischen BIT, nach der Klagen innerhalb von drei Jahren nach den streitgegenständlichen Ereignissen geltend gemacht werden müssen, entschied ein Schiedsgericht im Fall *Tecmed/Mexiko*, dass diese Frage ebenso wie die Frage der zeitlichen Rückwirkung von Investitionsschutzabkommen zum notwendigen Kern der Verhandlungen zwischen den Vertragsstaaten gehöre und daher der Grundsatz der Meistbegünstigung nicht darauf anwendbar sei (Abs. 69, 74). In *Salini/Jordanien - Entscheidung über Zuständigkeit* (Abs. 118f.) entschied das Schiedsgericht, dass eine Meistbegünstigungsklausel, die sich nicht ausdrücklich auf alle vom BIT umfassten Fragen bezieht, keine Anwendung auf Fragen der Streitschlichtung finde. Mit dem Schiedsspruch im Fall *Siemens/Argentinien* hat jetzt aber ein Schiedsgericht auf der Grundlage des deutsch-argentinischen BIT unter Berufung auf andere internationale Entscheidungen (vor allem *Mafezzini/Spanien*) derartige Einschränkungen rundherum abgelehnt. Das Gericht erkannte zwar an, dass Beschränkungen der im BIT vorgesehenen Rechte mit wesentlicher politischer Bedeutung für die Vertragsparteien nicht unter die Meistbegünstigungsklausel fallen. Weil Argentinien in anderen BITs keine vergleichbaren Fristen vorgesehen habe, sei die Frage für Argentinien aber nicht von wesentlicher Bedeutung, so das Schiedsgericht. Auch der Verweis,

dass die Frist eine eigenständig verhandelte Abweichung vom deutschen Muster-BIT ist, brachte das Schiedsgericht nicht von dieser Argumentation ab (Abs. 104). Vor dem Hintergrund dieser Entscheidung ist es eher unwahrscheinlich, dass zukünftige Schiedsgerichte den Grundsatz der Meistbegünstigung in deutschen BITs einschränkend auslegen und nicht auf Fragen des Schiedsgerichtsverfahrens anwenden werden.

5.2.3 FAZIT

Der Grundsatz der Meistbegünstigung führt dazu, dass sich Investoren in aller Regel nicht nur auf die in deutschen BITs vorgesehenen Rechte, sondern auch auf weiterreichende Bestimmungen in anderen vom Gaststaat abgeschlossenen BITs berufen können. Das bringt eine erhebliche Einschränkung des politischen Entscheidungsspielraums bei Aushandlung und Abschluss von BITs mit sich. Es bedeutet aber nicht, dass Verhandlungen über Präzisierungen und Einschränkungen von Investitionsschutzverträgen von vornherein sinnlos sind. Auch der Grundsatz der Meistbegünstigung gilt nur soweit, wie ihn die Vertragsparteien festgeschrieben haben. Damit liegt es in ihrer Hand, diesen Grundsatz in zukünftigen Verträgen so klarzustellen, dass dieser nicht zur Umgehung ausdrücklicher Einschränkungen in den Verträgen selbst missbraucht werden kann.

5.3 *Das Verhältnis zu anderen Rechtsquellen des Völkerrechts*

Neben den zu Beginn der Studie genannten Abkommen, die sich in der einen oder anderen Form unmittelbar mit ausländischen Investitionen befassen, können auch eine Vielzahl anderer internationaler Rechtsquellen in bestimmten Situationen für die Behandlung von ausländischen Investoren von Bedeutung sein. So fallen die Arbeitsbedingungen in Unternehmen ausländischer Investoren ebenso wie in allen anderen Unternehmen unter die von der Internationalen Arbeitsorganisation aufgestellten Kernarbeitsnormen (ILO 1998). Die Vorgaben internationaler Menschenrechtsabkommen wie des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte, der u.a. das Verbot der Folter, Sklaverei und der Diskriminierung wegen Rasse, Geschlecht oder Herkunft enthält, müssen von den Unterzeichnerstaaten auch gegenüber ausländischen Investoren durchgesetzt werden. Schließlich kann die Tätigkeit von ausländischen Investoren Gegenstand umweltpolitischer Vorgaben sein, die auf internationalen Umweltabkommen wie z.B. dem Baseler Abkommen über den grenzüberschreitenden Verkehr von Giftmüll oder dem Espoo-Übereinkommen über Umweltverträglichkeitsprüfungen in grenzüberschreitenden Zusammenhängen beruhen. Ausländische Kapitalanlagen können in vielen Fällen zur Verwirklichung dieser Rechte beitragen. Im Einzelfall kann sich aber für den Gaststaat die Notwendigkeit ergeben, gegenüber einzelnen Investoren zur Durchsetzung internationaler Verpflichtungen belastende Maßnahmen zu ergreifen, die mit den Bestimmungen von BITs in Konflikt geraten können. Dann stellt sich die Frage, ob das zu einer Verletzung der BITs führt. Die deutschen BITs treffen keine Aussagen zu ihrem Verhältnis mit anderen internationalen Rechtsquellen. Damit besteht grundsätzlich Raum für die Anwendung der allgemeinen völkerrechtlichen Regeln zum Verhältnis verschiedener internationaler Verträge, die in Art. 30 des Wiener Vertragsrechtsübereinkommens niedergelegt sind. Für den Fall eines wirklichen Widerspruchs kommt danach z.B. dem späteren Vertrag der Vorrang zu.

Zieht man allerdings eine Parallele zu der über mehrere Jahre intensiv geführten Debatte über das Verhältnis zwischen dem Recht der Welthandelsorganisation WTO und anderen internationalen Abkommen, so kommt es für das Verhältnis des Wirtschaftsvölkerrechts zu anderen internationalen Abkommen weniger auf formelle Regeln für den ohnehin äußerst seltenen Fall eines offenen Widerspruchs an. Stattdessen haben die WTO-Streitschlichtungsorgane mit der Entscheidung im Shrimp-Turtle-Fall einen Weg eingeschlagen, nach dem relevante multilaterale Abkommen – im konkreten Fall ein Umweltschutzabkommen – schon bei der Auslegung der WTO-Abkommen zu berücksichtigen sind, so dass es gar nicht erst zu einem Widerspruch kommt (siehe zum Stand der Debatte etwa Cottier/Panizzon/Türk 2003). Danach sind insbesondere staatliche Maßnahmen, die auf multilateralen Umweltübereinkommen beruhen, im Regelfall keine nach WTO-Recht unzulässigen Handelsbarrieren. Vielmehr kommt gerade in ihrem Abschluss der Wille des jeweiligen Staates zum Ausdruck, zur Erleichterung des Handels einvernehmlich nach internationalen, für alle Wirtschaftsteilnehmer geltenden Regeln zu suchen. Auch im internationalen Investitionsschutzrecht spricht viel dafür, dass BITs im Einklang mit multilateralen Abkommen in anderen Bereichen interpretiert werden sollten. Daraus folgt, dass Einschränkungen der Tätigkeit ausländischer Investoren, die auf international geltenden Regeln beruhen, grundsätzlich nicht als Verstoß gegen die Verträge gelten sollten. Mit diesen Einschränkungen müssen ausländische Investoren rechnen, ihnen gegenüber sind sie erheblich weniger schutzbedürftig, als gegenüber den Eigenheiten nationaler Rechts- und Verwaltungssysteme.

Anders als die WTO-Abkommen beziehen sich die deutschen BITs weder in der Präambel noch in den einzelnen Artikeln auf die Menschenrechte oder nachhaltige Entwicklung. Lediglich die Protokollnotiz zu Art. 3 des deutschen Mustervertrags sieht eine Klarstellung hinsichtlich der Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, der Volksgesundheit sowie der Sittlichkeit vor. Auch internationale Investitionsschiedsgerichte haben sich nur vereinzelt zu einer einschränkenden Auslegung von BITs im Lichte multilateraler Abkommen durchringen können. Ein Beispiel dafür ist der Schiedsspruch im Fall *Mafezzini/Spanien* (Abs. 67): Dieser rechtfertigte die Zulässigkeit einer Umweltverträglichkeitsprüfung des Vorhabens eines ausländischen Investors unter anderem damit, dass dieses Vorgehen auch in internationalen Übereinkommen vorgesehen ist. Demgegenüber entschied das Schiedsgericht im Fall *Santa Elena/Costa Rica* (Abs. 71), dass für ein zu Naturschutzzwecken enteignetes Grundstück eine Entschädigung in voller Höhe zu zahlen sei, selbst wenn die Enteignung dem Schutz des Lebensraums der nach Anhang I des Abkommens über den Handel mit bedrohten Tierarten geschützten Tierarten wie Pumas und Jaguare diene (siehe im Einzelnen Kapitel 4.1.1).

Insgesamt ist also nicht eindeutig abzuschätzen, wie ein Schiedsgericht bei der Auslegung der deutschen BITs einschlägige andere völkerrechtliche Regeln berücksichtigen würde. Es erscheint zwar wünschenswert, dass es dem Vorbild des Welthandelsrechts folgt und jedenfalls Maßnahmen des Gaststaates aufgrund von multilateralen Umwelt-, Sozial- oder Menschenrechtsabkommen in aller Regel nicht als Verstoß gegen die Vorgaben der BITs wertet. Ein ausdrücklicher Verweis auf die Bedeutung multilateraler Zusammenarbeit in diesen Gebieten könnte dies unterstreichen. Solange sich die deutschen BITs noch nicht einmal auf die

Ziele der nachhaltigen Entwicklung sowie des Schutzes von Menschenrechten beziehen, sprechen aber keine eindeutigen Argumente für eine dahingehende Auslegung der Verträge.

5.4 Die deutschen BITs im europäischen Kontext

5.4.1 EUROPARECHTLICHE GRENZEN FÜR BITs

Der Abschluss von Investitionsschutzabkommen wie den deutschen BITs ist einer der wenigen Bereiche der Außenwirtschaftspolitik, in dem die Mitgliedstaaten der EU noch weitgehend allein und unkoordiniert vorgehen (Ceyssens 2005; Karl 2004). Obgleich mittlerweile alle EU-Mitgliedstaaten BITs geschlossen haben, variieren ihre Zahl, aber auch die Vertragspartner und der Inhalt der Verträge ganz erheblich. Zu erwähnen ist insbesondere der Unterschied zu den neuen Mitgliedstaaten, die ausnahmslos Abkommen mit den USA geschlossen und dabei auch den Marktzugang für Investoren weitgehend geöffnet haben.

Anders als im Bereich des internationalen Waren- und Dienstleistungshandels hat die EU bisher keine ausdrückliche und erschöpfende Zuständigkeit für den Abschluss von Investitionsschutzverträgen. Zwar ist sie seit dem Vertrag von Maastricht auch für die Regulierung des Kapitalverkehrs zwischen der EU und Drittstaaten zuständig. Diese Kompetenz dürfte jedoch nicht alle in BITs geregelten Fragen abdecken und ist zudem mit den Mitgliedstaaten geteilt. Könnten BITs damit theoretisch schon heute gemeinsam von EU und Mitgliedstaaten abgeschlossen werden, so ist dies in der Praxis nie erfolgt.

Das entbindet die Mitgliedstaaten aber nicht von der Pflicht, auch beim Abschluss von BITs EU-Recht zu beachten. Sie müssen insbesondere gewährleisten, dass kein Widerspruch zwischen ihren Verpflichtungen aus dem Europarecht und aus den BITs entsteht. In diesem Fall geht nach der Rechtsordnung der EU das Europarecht zwar vor. Im Verhältnis zum Vertragspartner eines BITs gilt dies aber nicht, so dass sich ein Mitgliedstaat im Zweifel ausländischen Investoren gegenüber schadensersatzpflichtig machen kann. Ein konkreter Widerspruch kann sich insbesondere mit der Verpflichtung zur freien Transferierbarkeit von mit einer Investition verbundenen Zahlungen (Art. 5 des Mustervertrags) ergeben. Dafür sind in den deutschen BITs auch im Fall einer Finanzkrise keinerlei Einschränkungen vorgesehen. Nach Art. 59 und 60 des EG-Vertrags kann die EU seit der Einführung des Euros im Fall von Zahlungsbilanzkrisen aber vorübergehend den freien Kapitalverkehr aus den EU-Mitgliedstaaten einschränken. Setzen die deutschen Behörden dies gegenüber einem durch ein BIT geschützten Investor um, so dürften sie sich damit schadensersatzpflichtig machen⁵³. Derartige Schadensersatzpflichten können sich auch in anderen Bereichen ergeben: So könnte beispielsweise der Entzug von Produktionsquoten im Rahmen der Gemeinsamen Agrarpolitik der EU von betroffenen ausländischen Investoren als Enteignung angegriffen werden, wie jüngst im Fall von zwei US-

⁵³ Aus diesem Grund hat die Europäische Kommission gegen Dänemark, Österreich, Finnland und Schweden Vertragsverletzungsverfahren eröffnet, um sie zur Anpassung von BITs zu bewegen, die sie vor ihrem Beitritt zur EU geschlossen haben (vgl. Ceyssens 2005, Scholz 2005). Anders als die von einem Altmitglied wie Deutschland nach Gründung der EG geschlossenen Verträge haben diese keinen automatischen Vorrang vor EU-Recht (Art. 307 EG-Vertrag).

amerikanischen Agrarunternehmen in Polen und der Tschechischen Republik geschehen (Peterson 2004c, 2005).

Insgesamt ist festzuhalten, dass das EU-Recht den Mitgliedstaaten beim Abschluss von BITs deutliche Grenzen setzt. Insbesondere eine übermäßige Einschränkung der EU bei der öffentlichen Regulierung von Investoren ist danach nicht nur politisch fragwürdig, sondern auch europarechtlich unzulässig. Deutschland kann hier allenfalls darauf hoffen, dass in der Bundesrepublik nur wenige Kapitalanlagen tatsächlich unter den Schutz von BITs fallen. Will man sich darauf nicht verlassen, so ist eine Überarbeitung der bestehenden BITs und eine deutlichere Abgrenzung zwischen legitimer öffentlicher Regulierung von Investoren und Verstößen gegen Investitionsschutzverträge geboten.

5.4.2 VERHÄLTNIS ZU BILATERALEN EU-ABKOMMEN

Während die EU sich bis heute trotz entsprechender Kompetenzen nie an Investitionsschutzverträgen der Mitgliedstaaten beteiligt hat – eine Ausnahme ist hier nur der Energie-Charter-Vertrag zwischen 52 west- und osteuropäischen Staaten über Investitionen im Energiebereich – regeln die meisten der von der EU und den Mitgliedstaaten mit anderen Handelspartnern geschlossenen bilateralen Assoziierungs- sowie Handels-, Entwicklungs- und Kooperationsabkommen den freien Kapitalverkehr sowie teilweise die Niederlassung von Unternehmen. Neben der freien Transferierbarkeit von investitionsbezogenem Kapital enthalten diese Abkommen vor allem Regelungen zum Marktzugang für Investoren und zu den Grundsätzen der Inländerbehandlung und der Meistbegünstigung. Keines der Abkommen regelt dagegen den Enteignungsschutz oder einen Mindeststandard für die Behandlung ausländischer Investoren oder sieht ein *Investor-to-State* Streitschlichtungsverfahren vor. Die bilateralen Abkommen der EU und die BITs der Mitgliedstaaten finden nebeneinander Anwendung.

Insgesamt ergibt sich daraus eine Art Arbeitsteilung, nach der die BITs der Mitgliedstaaten vornehmlich den Investitionsschutz, die EU-Abkommen dagegen den Marktzugang für Investoren regeln. Dennoch ergeben sich im Einzelfall zum Teil deutliche Überschneidungen, die mittelfristig zu einer Zusammenführung von BITs und Freihandelsabkommen führen könnten.

5.4.3 DIE EU-VERFASSUNG – ANLASS FÜR EINE NEUORDNUNG

Sollte der derzeit von den EU-Mitgliedstaaten zu ratifizierende Vertrag über eine Verfassung für Europa in Kraft treten, so dürfte sich dieser Trend beschleunigen. Danach wäre die EU im Rahmen der Gemeinsamen Handelspolitik erstmals allein auch für ausländische Direktinvestitionen zuständig. Zwar dürfte auch diese Zuständigkeit noch nicht den vollen Umfang der in BITs geregelten Fragen betreffen, u.a. weil sie auf Direktinvestitionen begrenzt ist. Jedoch wäre der Abschluss von BITs mit Regelungen zur Inländerbehandlung und zum freien Kapitaltransfer nach dem bisherigen Muster allein durch die Mitgliedstaaten nach Inkrafttreten der Verfassung wohl unzulässig. Damit macht die EU-Verfassung, sollte sie in dieser Form in Kraft treten, eine grundlegende Neugestaltung der Investitionsabkommen zwischen den EU-Mitgliedstaaten und Drittstaaten noch dringlicher. Zwar dürften die

bestehenden Verträge der Mitgliedstaaten nach Inkrafttreten der Verfassung weiterhin gültig bleiben. Dennoch wäre dies eine besondere Gelegenheit für eine Neugestaltung.

5.4.4 FAZIT

Bei der Auslegung der deutschen BITs und bei der Bewertung möglicher Handlungsoptionen für eine Anpassung des Investitionsschutzregimes ergeben sich aus dem europäischen und internationalen Zusammenhang dieser Verträge verschiedene Einschränkungen, es eröffnen sich aber auch neue Perspektiven. Problematisch ist insbesondere, dass sich Investoren ohne große Schwierigkeiten durch entsprechende gesellschaftsrechtliche Konstruktionen unter den Schutz der jeweils weitreichendsten Abkommen stellen können. Solange in den Verträgen ein weit gefasster Grundsatz der Meistbegünstigung vorgesehen ist, dürften Begrenzungen der Rechte von Investoren im Sinne eines Ausgleichs mit der Regulierung von Investitionen weitgehend wirkungslos bleiben. Demgegenüber können multilaterale Menschenrechts- und Umweltabkommen die Auslegung der BITs in diesem Sinne positiv beeinflussen. Auch die europarechtlichen Vorgaben verpflichten die Bundesrepublik, in ihren BITs gewisse Handlungsspielräume für die Regulierung von Investoren aufrechtzuerhalten. Nicht zuletzt aufgrund der Überschneidungen mit bilateralen Abkommen der EU böte eine Neuordnung der investitionsrechtlichen Verpflichtungen der EU-Mitgliedstaaten auf europäischer Ebene die Gelegenheit für eine ausgeglichene Regulierung von Auslandsinvestitionen. Sollte die EU-Verfassung in Kraft treten, wäre eine Neuregelung sogar unausweichlich.

6 Diskussion von Reformansätzen

Die Analyse des politischen, wirtschaftlichen und juristischen Umfeldes, in dem deutsche bilaterale Investitionsabkommen zu verorten sind, sowie die Erläuterungen zu den einzelnen Auswirkungsbereichen, die sich aus den konkreten Regelungen in deutschen bilateralen Investitionsabkommen ergeben, weisen auf folgenden Problemzusammenhang hin: Durch die unterschiedlichen Positionen Deutschlands und seiner Vertragspartner in der globalen Wirtschaft und die divergierenden Interessen von kapitalimportierenden und –exportierenden Ländern liegt bilateralen Investitionsabkommen grundsätzlich ein Machtungleichgewicht zugrunde. Auch wenn von Unternehmensseite legitime Schutzinteressen bzgl. ihrer Investitionstätigkeit bestehen, so führen die ungleichen Verhandlungspositionen bislang dazu, dass die existierenden Regelungen in bilateralen Investitionsabkommen weit über reine Schutzinteressen hinausgehen und eine Einseitigkeit in Richtung der Interessen ausländischer Investoren aufweisen, im konkreten Aushandlungsprozess vertreten durch Deutschland als kapitalexportierendem Land. Zudem werden einerseits die Liberalisierung von Investitionen und der Schutz des Eigentums im internationalen Recht verankert („neuer Konstitutionalismus“), andererseits findet aber im Gegenzug keine Institutionalisierung von Regulierungsmöglichkeiten gegenüber transnational agierenden Unternehmen statt. Resultat ist eine Einschränkung legitimer politischer Regulierungsmöglichkeiten von staatlicher Seite durch internationales Recht, das schwächere staatliche Akteure ungleich stärker in ihren Entwicklungsmöglichkeiten beeinträchtigt.

6.1 Möglichkeiten und Grenzen der Reformierbarkeit

Eine Reform von deutschen bilateralen Investitionsabkommen kann ein erster Schritt zur Schaffung eines Gleichgewichts zwischen Investorenrechten und Investorenpflichten bzw. zwischen den Interessen von kapitalexportierenden und kapitalimportierenden Ländern sein. Im Wesentlichen zwei Bereiche kristallisieren sich bei Reformbemühungen als zentral heraus: Einerseits eine Erhöhung des Handlungsspielraums und der Flexibilität von Regierungen, um kapitalimportierenden Ländern unterschiedliche wirtschaftspolitische Strategien zu ermöglichen und damit den ökonomischen Nutzen aus dem Zufluss von ausländischen Direktinvestitionen zu erhöhen und gleichermaßen kapitalexportierenden Ländern eine Regulierung im öffentlichen Interesse einzuräumen. Andererseits können Machtungleichgewichte durch eine Verankerung von Unternehmenspflichten und die Möglichkeit für schwächere staatliche und nicht-staatliche Akteure, Sanktionsmaßnahmen in die Wege zu leiten, teilweise ausgeglichen werden.

Bei allen Reformbemühungen darf allerdings nicht aus den Augen verloren werden, dass Investitionsschutz- und –förderverträge mit der Absicht abgeschlossen werden, Investitionen zu liberalisieren und ausländischen Investoren einen größtmöglichen Bewegungsspielraum und Schutz zu garantieren. Sieht man von der Tatsache ab, dass im Vorfeld der Verhandlungen interne Absprachen über Entwicklungshilfe oder die Aussicht auf wichtige Investitionen, die mit einer Investitionsgarantie versehen werden sollen, eine Rolle spielen könnten, so sind BITs zunächst Verhandlungssache zwischen zwei selbständigen Staaten und haben entsprechend

ihre Gültigkeit. Unterschiedliche Motive von kapitalexportierenden und -importierenden Ländern, ein fiktiver, in beide Richtungen fließender Investitionsstrom, auf den eigentlich in den BITs Bezug genommen wird, unterschiedliche Machtressourcen sowie das originäre Interesse der Unternehmen an Gewinnabschöpfung und nicht an einer Entwicklung von ‚unterentwickelten‘ Ländern können nur schwer von außen ausgeglichen werden. In diesem Sinne kann auch eine Reform nicht das grundsätzliche Problem einer globalen, asymmetrischen Weltwirtschaftsordnung beheben, insbesondere, wenn sie vornehmlich unerwünschte Anhängsel einer ansonsten auf Liberalisierung abzielenden Agenda bleibt (Greven 2005: 5). Charakteristisch für dieses Dilemma ist der neugestaltete US-amerikanische Mustervertrag⁵⁴. Hier wurden sowohl Ausnahmen als auch ein Bezug zu Umwelt- und Arbeitsrechten in das Vertragswerk integriert, dennoch aber die grundsätzlichen, sehr weitreichenden Regelungen wie das Verbot von *performance requirements* und auch das Meistbegünstigungsprinzip nicht explizit beschnitten. Die ‚erhöhte Flexibilität‘ bedeutet vielmehr, dass die Gestaltung insgesamt und die Verankerung von Ausnahmen nach wie vor von der Macht und dem Geschick des Verhandlungspartners abhängt. Resultat ist, dass vertragsinterne Widersprüche zwischen weitreichend liberalisierenden Elementen und ‚protektionistischen‘ zunehmen und das Durchsetzungspotential der Ausnahmen durch ein uneingeschränktes Meistbegünstigungsprinzip letztendlich äußerst beschränkt sein dürfte.

Insgesamt einschränkend muss hinzugefügt werden, dass durch das dichte Netz an internationalen Abkommen mit investitionsrelevanten Regelungen einerseits und einem komplexen Zusammenspiel unterschiedlichster wirtschaftlicher und politischer Faktoren andererseits viele Wechselwirkungen, die sich durch Regelungen in den BITs ergeben, nicht in vollem Maße abgeschätzt werden können, wie am Beispiel der Verdrängungseffekte durch ausländische Direktinvestitionen (Kapitel 4.2.2) erläutert wurde. Dies hat zur Folge, dass zukünftige Erkenntnisse über Ursachen und Effekte Regulierungsformen erforderlich machen würden, die noch nicht im „Werkzeugkasten des Möglichen“ zu finden sind und auch in der vorliegenden Analyse nicht ausreichend berücksichtigt werden konnten.

6.2 Ansätze zur Integration von Pflichten für Investoren: eine Lösung?

In unterschiedlichsten Foren werden Ansätze zur Regulierung transnationaler Konzerne und der vertraglichen Fixierung einer ökologischen, menschenrechtlichen und sozialen Verantwortung diskutiert. Die Vorschläge und Umsetzungen sind dabei sehr heterogen: völkerrechtlich verbindliche Verträge oder freiwillige Selbstverpflichtungen, die Etablierung einer eigenständigen Konvention oder die Integration in bereits bestehende Handels- und Investitionsabkommen, auf Unternehmensebene, pro Industriesektor, auf bilateraler, regionaler oder multilateraler Verhandlungsebene, etc.⁵⁵. Im Folgenden wird kurz die aktuelle Diskussion vorgestellt und anschließend werden Möglichkeiten einer Integration entsprechender Elemente in bilaterale Investitionsabkommen diskutiert.

⁵⁴ Download: <http://www.state.gov/documents/organization/38710.pdf>.

⁵⁵ Einen guten und detaillierten Überblick zu den unterschiedlichsten Formen der Regulierung transnationaler Konzerne bietet Abrahams 2004.

6.2.1 ÜBERSICHT: BESTREBUNGEN IN RICHTUNG VERHALTENSKODIZES

Die Ursprünge der Kritik an einem rücksichtslosen Agieren von transnationalen Konzernen sind eng verbunden mit Dekolonialisierungsprozessen in den 50er und 60er Jahren. Damals forderten Entwicklungsländer durch die Verstaatlichung von Schlüsselsektoren und Restriktionen gegenüber transnationalen Konzernen ihre nationale Souveränität zurück. Teil der Diskussionen um eine Neue Weltwirtschaftsordnung im Rahmen der UN Ende der 60er, Anfang der 70er Jahre, deren Ziel es war, die herrschende Wirtschaftsordnung in Richtung der Bedürfnisse von Entwicklungsländern zu ‚revolutionieren‘, war die Kontrolle von weltweit agierenden Unternehmen. Im Gegensatz zur Etablierung von Rechten und Schutz für ausländische Investoren in internationalen Handels- und Investitionsverträgen, ist die Durchsetzung von Pflichten auf der Ebene internationalen Rechts nach wie vor – nach konjunkturellen Höhen und Tiefen - im Verhandlungsstadium (Global Policy Forum/Heinrich-Böll-Stiftung/WEED 2000; Abrahams 2004; Feldt/Hörtreiter/Ceyssens 2005).

Im Einklang mit der Philosophie des freien Marktes und dadurch der Ablehnung jeglicher staatlicher Eingriffe, die das freie Agieren der wirtschaftlichen Subjekte zu stark beeinflussen könnte, boomten in den 90er Jahren die freiwilligen Selbstverpflichtungen (*Codes of Conduct* auf Unternehmensebene, *Codes* für Industriezweige). Als Teil von Unternehmensstrategien, um bestimmte Segmente des Marktes zu bedienen, und in der allgemeinen Verwässerung des neuen Schlagwortes der „nachhaltigen Entwicklung“ mutierten diese Verpflichtungen allerdings eher zu Werbestrategien und einem „*greenwashing*“ (Abrahams 2004: 3).

Neue Diskussionen um die Verankerung von Unternehmenspflichten im internationalen Recht seit Ende der 90er Jahre sind stark von einer kritischen Zivilgesellschaft im Norden dominiert, die mit Hilfe von *Multistakeholder* Dialogprozessen kooperativ statt konfrontativ gemeinsame Standards zu entwickeln versucht. Auch die 1976 erstmals verabschiedeten OECD-Leitsätze wurden unter Mitwirkung von Nichtregierungsorganisationen und Gewerkschaften nach dem Scheitern des MAI ab 1998 überarbeitet und sind seit 2000 in ihrer neuen Fassung in Kraft. Transnationale Konzerne, deren Muttersitz sich in einem der Unterzeichnerstaaten befindet, sind automatisch an die darin festgelegten Vereinbarungen zu Arbeitsnormen, Umweltschutz, Antikorruptions- und Verbraucherschutz gebunden. Nationale Kontaktstellen sollen für die Umsetzung der Leitsätze sorgen und sind Anlaufstelle für Beschwerden. Das Sanktionspotential bleibt allerdings, sollte es zu keiner einvernehmlichen Lösung im Streitfall kommen, auf eine Veröffentlichung des Sachverhalts beschränkt (Abrahams 2004: 20f.; Heydenreich 2003). Andere, aktuell in der Diskussion befindliche Ansätze sind neuerliche Initiativen auf der Ebene der Vereinten Nationen. Zum einen ist dies der durch Kofi Annan 1999 initiierte ‚Global Compact‘, in dessen Rahmen sich Unternehmen freiwillig zur Einhaltung von bestimmten Prinzipien⁵⁶ verpflichten können. Zum anderen sind dies die ‚Normen für die Verantwortlichkeit transnationaler Unternehmen und anderer Wirtschaftsunternehmen im Hinblick auf

⁵⁶ Diese 10 Prinzipien wurden entlang den Themenblöcken Menschenrechte, Arbeits- und Umweltstandards entwickelt.

Menschenrechte⁵⁷, die im Rahmen einer Arbeitsgruppe der Unterkommission zur Förderung und zum Schutz der Menschenrechte der Vereinten Nationen und unter Konsultation von Unternehmen, Gewerkschaften, Regierungen und Nichtregierungsorganisationen entwickelt wurden. Sie zielen darauf ab, Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen ein Recht auf Chancengleichheit und nichtdiskriminierende Behandlung, ein Recht auf Sicherheit der Person sowie Rechte, die sich aus den wichtigsten Konventionen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) ergeben, zu gewähren und Unternehmen zusätzlich sowohl zur Achtung der nationalen Souveränität und der Menschenrechte als auch zur Einhaltung von Vorgaben zum Verbraucher- und Umweltschutz zu verpflichten. Eine Implementierung wird auf Unternehmensebene angestrebt, d.h. Unternehmen entwickeln interne Regelungen in Einklang mit den UN Normen, setzen sie in ihrer eigenen Unternehmenspraxis um und verpflichten selbst wiederum Subunternehmen und Zulieferer zu deren Umsetzung. Unabhängige Überwachungsmechanismen sollen die Einhaltung gewährleisten. Inzwischen wurden die Normen 2003 von der Unterkommission zur Förderung und zum Schutz der Menschenrechte zwar verabschiedet, vor einem möglichen Inkrafttreten dieses umfassenden Normenkatalogs müssen allerdings weitere Genehmigungsstufen innerhalb der Vereinten Nationen folgen. Die Menschenrechtskommission selbst hat sie in der vorliegenden Form bislang nicht angenommen; sie sollen lediglich als Grundlage für die weitere Arbeit der Kommission zum Thema Unternehmen und Menschenrechte dienen (Feldt/Hörtreiter/Ceyssens 2005: 7ff.; Strohscheidt 2003; Abrahams 2004: 17ff.).

Das generelle Problem der genannten Ansätze zur Institutionalisierung von Unternehmensverantwortlichkeit ist, dass Sanktionsmechanismen entweder nicht oder zu unzulänglich vorhanden sind und das Durchsetzungspotential dadurch als sehr gering einzuschätzen ist. Eine weitere Möglichkeit, Unternehmen in die Pflicht zu nehmen, ist die Verankerung von Sozial- und Umweltklauseln in Handels- und Investitionsverträgen. Das bedeutet, dass Rechte und Zugeständnisse, die im Rahmen dieser Verträge vereinbart sind, von der Einhaltung dieser Klauseln abhängig gemacht werden (Scherrer/Greven 2002: 2). Der prominenteste Versuch, eine derartige, indirekte Verankerung von Unternehmenspflichten in internationalen Verträgen zu etablieren, ist die Integration von Kernarbeitsnormen in der Welthandelsorganisation. Dies hätte den Vorteil, so Befürworter, dass mit dem Streitschlichtungsverfahren der WTO eine Sanktionsmöglichkeit gegeben wäre, allerdings nur über den Umweg der Staatenebene, da die Verantwortung zur Durchsetzung dieser Klauseln bei den Staaten läge (Greven 2005: 6f.).

6.2.2 MÖGLICHKEITEN DER VERANKERUNG VON UNTERNEHMENSVERANTWORTUNG IN BILATERALEN INVESTITIONSABKOMMEN

In deutschen bilateralen Investitionsschutzabkommen in der jetzigen Form sind keine Unternehmenspflichten verankert. Ein indirekter Ansatzpunkt dafür wäre Art. 2 Abs.1 des Mustervertrags, nach dem Kapitalanlagen in Übereinstimmung mit den Rechtsvorschriften des

⁵⁷ *Norms on Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights.*

Gastlandes erfolgen müssen. Ausländische Investoren könnten durch diesen Passus zur Einhaltung nationaler Regelungen im Bereich Umwelt und Soziales verpflichtet werden, indem, im Fall einer Klage mit Hilfe des *Investor-to-State* Streitschlichtungsmechanismus, zunächst geprüft wird, ob die geltenden Umwelt- und Sozialstandards im Gastland eingehalten wurden, und entsprechend der Rechtsschutz davon abhängig gemacht wird (UNCTAD 2003: 167; Feldt/Hörtreiter/Ceyssens 2005: 31). Bislang gibt es in der internationalen Entscheidungspraxis allerdings keine Hinweise darauf, dass etwaige Verstöße gegen nationales Recht grundsätzlich vor einer Verfahrensaufnahme geprüft würden. Dies einzuführen wäre ein erster Schritt in Richtung Einklagbarkeit von Unternehmenspflichten. Einen umfassenden Durchsetzungsmechanismus kann es jedoch nicht ersetzen, da eine Anwendbarkeit nur in passiver Form als Reaktion auf eine Klage möglich ist.

Bei der Diskussion um eine Integration von Unternehmenspflichten in Form eines Bezugs auf Sozial- und Umweltstandards in bilateralen Investitionsabkommen kristallisieren sich aus der bisherigen Praxis drei Möglichkeiten mit verschiedener Reichweite und Durchsetzungskraft heraus. Wichtige Unterscheidungsmerkmale sind, ob ein Bezug auf international anerkannte Standards enthalten ist oder lediglich auf die Durchsetzung der jeweiligen innerstaatlichen Regelungen verwiesen wird sowie welche Instrumente zu einer Streitbeilegung angewandt werden können und von welchen Akteuren.

Der erste und zugleich niedrigschwelligste Ansatz ist die Integration einer Verpflichtung der Staaten zur Einhaltung von Arbeits- und Umweltstandards nach Vorbild des neuen US-amerikanischen Mustervertrages. In Art. 12 des US-Model BIT verpflichten sich beide Vertragsparteien, keine Maßnahmen zur Senkung oder Schwächung ihrer Umweltgesetzgebung durchzuführen, die auf eine Steigerung des Investitionsvolumens abzielen.⁵⁸ In Art. 13 wird entsprechendes für den Bereich der Arbeitsrechte festgelegt. Bei Verstößen wird in beiden Artikeln explizit auf einen anzustrebenden Konsultationsprozess zwischen den Vertragspartnern Bezug genommen. Auch wenn in Diskussionen um die Integration von Umwelt- und Sozialstandards bzw. einer Unternehmensverantwortung in bilaterale Investitionsverträge häufig positiv auf das US-Model BIT verwiesen wird, ist diese Verknüpfung irreführend. Die Art der Integration von Sozial- und Umweltstandards richtet sich nicht an das Verhalten und die Verantwortung von Unternehmen, sondern soll lediglich eine wettbewerbsbedingte Senkung von innerstaatlichen Regelungen verhindern. Und selbst bei einer diesbezüglichen Verletzung ist durch den expliziten Verweis auf einen Konsultationsprozess eine Durchsetzung mittels eines Streitschlichtungsmechanismus ausgeschlossen. In einem, allerdings unzureichenden ersten Schritt wäre dies eine Möglichkeit, ein wettbewerbsbedingtes *race-to-the-bottom* in der Umwelt- und Sozialgesetzgebung zu verhindern, wenngleich die Durchsetzungskraft gering und grundsätzlich ein dahingehendes Interesse des Herkunftslands Voraussetzung für eine Konsultation ist.

Ein zweiter Ansatz und eine Möglichkeit zur Verbindung von bilateralen Investitionsabkommen und Unternehmensverantwortlichkeit ist ein Bezug auf bestehende Verhaltenskodizes. In einem

⁵⁸ *“The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by weakening or reducing the protections afforded in domestic environmental laws (...)”* (Art. 12, Herv. i. Org.).

bilateralen Investitionsabkommen könnten sich die Vertragsstaaten gegenseitig zur Anwendung internationaler Instrumente der Unternehmensverantwortlichkeit verpflichten, wie etwa der OECD-Leitsätze ‚Richtlinien für Multinationale Unternehmen‘ und die Einrichtung nationaler Kontaktpunkte zur Überwachung forcieren. Eine Integration im Sinne des EU-Chile-Assoziationsabkommens, das transnationale Unternehmen ‚freundlich‘ erinnert *“of their recommendation to observe the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, wherever they operate”*, ist zwar ein Signal in diese Richtung. Grundsätzlich ist aber zu fordern, dass ein Verweis verbindlich geschehen muss (UNCTAD 2003: 167; Feldt/Hörtreiter/Ceyssens 2005: 31f.). In der Konsequenz könnten dann einerseits die im Vertrag festgelegten Rechte nur für die Unternehmen Anwendung finden, die die Einhaltung der Verhaltenskodizes nachweisen können, andererseits würde über die nationalen Kontaktpunkte die Möglichkeit bestehen, aktiv gegen Verstöße vorzugehen. Damit wäre jedoch nicht die Schwierigkeit der effektiven Kontrolle durch die nationalen Kontaktpunkte im Kontext der *OECD-Guidelines* oder ihr mangelndes Sanktionspotential gelöst (Heydenreich 2003). Der in deutschen bilateralen Investitionsabkommen festgelegte Streitschlichtungsmechanismus stellt in dieser Hinsicht keine Alternative dar, denn bislang ist nicht-staatlichen Akteuren kein Zugang möglich. Da das *Investor-to-State* Verfahren primär die Durchsetzung privater Rechte beabsichtigt, bei einem Beschwerdemechanismus aber grundlegend andere Fragen im Mittelpunkt stehen, sind bestehende schiedsrichterliche Streitbeilegungsverfahren und -institutionen dafür ungeeignet.

Ein dritter Ansatz ist die Einrichtung eines speziellen Beschwerdeverfahrens, etwa nach dem Beispiel des Nordamerikanischen Freihandelsabkommens (NAFTA), mit dem Ziel, vorhandene innerstaatliche Arbeits- und Umweltvorschriften gegenüber Unternehmen effektiver durchzusetzen. Gleichzeitig mit der NAFTA wurden so genannte *Side Agreements* abgeschlossen, in denen eine Kooperation in den Bereichen Umwelt (*North American Agreement on Environmental Cooperation* (NAAEC)) und Arbeit (*North American Agreement on Labor Cooperation* (NAALC)) zwischen den drei Vertragspartnern festgelegt wurde. Bei Verstoß eines Unternehmens gegen die geltenden Arbeits- und Umweltvorschriften gibt es zwei unterschiedliche Beschwerdemechanismen. Während im Umweltbereich zivilgesellschaftlichen Akteuren eine direkte Beschwerdemöglichkeit bei einem internationalen Sekretariat gegeben ist, sind für Verstöße gegen das geltende Arbeitsrecht ausschließlich nationale Kontaktstellen zuständig, die den jeweiligen Ministerien unterstellt sind. In beiden Bereichen ist im Falle, dass alle Verhandlungen und Konsultationen scheitern, die Einrichtung eines Schiedsgerichtes durch einen der Vertragsstaaten möglich. Eine wichtige Einschränkung ist hier, dass es lediglich um die Durchsetzung existierender, innerstaatlicher Rechtsvorschriften und nicht um eine Berufung auf international anerkannte Standards geht. Zusätzlich sind der Durchsetzbarkeit an sich Grenzen gesetzt, da einerseits der unmittelbare Einfluss zivilgesellschaftlicher Akteure auf den Umweltbereich beschränkt bleibt und hier zusätzlich auch nur die Initiierung einer Beschwerde, nicht aber die Erzwingung eines Schiedsgerichtsverfahrens möglich ist. Andererseits ist der ordnungsgemäße Verlauf des Verfahrens an zahlreichen Stellen vom Einverständnis der Vertragsstaaten abhängig, so dass Machtungleichgewichte hier zum Tragen kommen (Feldt/Hörtreiter/Ceyssens 2005: 32ff.; Greven 2005: 24ff.).

6.2.3 FAZIT

Aus den diskutierten Ansätzen zur Integration von Unternehmensverantwortlichkeit und einer entsprechenden Durchsetzbarkeit lassen sich zwei Hauptkriterien herausarbeiten. Erstens und um der bestehenden Machtasymmetrie zu begegnen, müssten immer international anerkannte und nicht nationale Standards Bezugspunkt sein. Sollten auf der Grundlage der UN-Normen derartige Standards entwickelt werden, könnte auf sie verwiesen werden. Ein erster Schritt bis dahin wäre der Bezug auf die OECD-Richtlinien. Die Berufung auf internationale Standards ist zum einen wichtig, da niedrige Sozial- und Umweltstandards häufig ein Charakteristikum von Entwicklungs- oder Schwellenländern darstellen, was u.a. und in bestimmten Sektoren auch Investitionsmotivation für Transnationale Unternehmen ist. Folglich würde eine Durchsetzung dieser niedrigen Standards am eigentlichen Problem vorbei zielen. Zum anderen können Regierungen zwar Auflagen erteilen; Machtungleichgewichte zwischen Unternehmen und vergleichsweise schwachen Regierungen im Wettbewerb und in der Konkurrenz um ausländische Investitionen führen allerdings nicht zu einer effektiven Durchsetzung.

Zweitens muss für eine wirksame Durchsetzung solcher, in bilateralen Investitionsabkommen verankerter Pflichten ein Beschwerdemechanismus geschaffen werden, an den sich auch und speziell zivilgesellschaftliche Gruppierungen wenden können, ohne allerdings als Voraussetzung für eine Verfahrensinitiiierung das Einverständnis der Streitparteien zu benötigen. Zusätzlich müssen Beschwerdemechanismen gerade auch für Gruppierungen aus Entwicklungsländern effektiv zugänglich sein, das bedeutet u.a., dass finanzielle Ressourcen keine Hürde darstellen dürfen. Eine Berufung auf das innerstaatliche Rechtssystem und innerstaatliche Schiedsverfahren birgt dabei insbesondere in Ländern mit einer schwachen institutionellen Infrastruktur die Gefahr, dass die Durchsetzungskraft durch eine ökonomisch mächtige Stellung des Investors beeinträchtigt wird.

Insgesamt einschränkend muss allerdings hinzugefügt werden, dass sich nicht zuletzt auch in den Diskussionen um die Integration von Sozial- und Umweltstandards in internationale Handels- und Investitionsverträge ein Macht- und Interessenungleichgewicht manifestiert. Sozial- und Arbeitsstandards wurden nämlich z.B. auf multilateraler Ebene insbesondere von mächtigen OECD-Ländern in die Verhandlungsrunden der Welthandelsorganisation eingebracht, während dies von Süd-Regierungen bislang erfolgreich bekämpft wurde. *„Auch wenn das Machtgefälle zwischen Befürwortern und den Adressaten der Sozialklauseln dadurch deutlich verringert wird, dass eine Sozialklausel in den OECD-Ländern von fast allen Unternehmensverbänden abgelehnt wird und umgekehrt die Vertretungen der direkt Betroffenen, also die Gewerkschaften des Südens, mehrheitlich Sozialklauseln fordern, stellt sich die Frage, unter welchen Umständen es gerechtfertigt ist, widerstrebenden Regierungen der Nicht-OECD-Welt am Verhandlungstisch Veränderungen ihres nationalen Arbeitsrechts sowie ihrer Wirtschafts- und Sozialpolitik abzurufen“* (Scherrer/Greven 2002: 3; Greven 2005; Köpke 2002). Die Art und Weise der Integration von Unternehmenspflichten in bilaterale Abkommen unterliegt demnach auch einem Aushandlungsprozess zwischen den Vertragsparteien. Kapitalexporthierende Länder sollten hier nicht protektionistisch motivierte Interessen in den Vordergrund stellen.

6.3 Forderungen: Handlungsspielräume durch mehr Flexibilität, Verantwortung und „Öffentlichkeit“ öffnen

Um die Wahrscheinlichkeit der Realisierung der in der Präambel ausgedrückten Erkenntnis, „dass eine Förderung und ein vertraglicher Schutz dieser Kapitalanlagen geeignet sind, die private wirtschaftliche Initiative zu beleben und den Wohlstand beider Völker zu mehren“, zu erhöhen, müssen deutsche bilaterale Investitionsabkommen flexibler werden, öffentlichen Belangen stärkeren Raum geben sowie – der oben geführten Diskussion entsprechend – soziales und ökologisches Agieren von ausländischen Unternehmen einfordern. Eine Umgestaltung in diesem Sinne sollte zwei Ziele verfolgen: erstens müssen die häufig grundsätzlich unterschiedlichen Interessen und Anliegen beider Vertragsparteien in der bilateralen Übereinkunft entsprechend berücksichtigt werden, was momentan eine Aufwertung der Interessen von kapitalimportierenden Ländern zur Folge hätte. Zweitens dürfen die Regulierungsmöglichkeiten von Regierungen durch internationales Recht nicht so einschränkt werden, dass Regulierung im öffentlichen und allgemeinen Interesse zu einer Vertragsverletzung führt. Sollen die Abkommen *zum Wohle beider Völker* beitragen, muss auch zivilgesellschaftlichen Interessen im Kontext von ausländischen Investitionen eine Artikulationsmöglichkeit gegeben werden.

Aus einer **entwicklungspolitischen Perspektive** müssen die besonderen wirtschaftlichen Voraussetzungen in Entwicklungsländern anerkannt werden. Erstens sollten Bestrebungen in diese Richtung Ausnahmen im Bereich des freien Kapitaltransfers enthalten. Die Möglichkeit zur Einschränkung des Kapitalexports und Maßnahmen zur Währungsstabilisierung bei Zahlungsbilanzproblemen (*balance-of-payments*) müssen fest und explizit verankert werden. Das gleiche gilt für die Möglichkeit, im Fall von Zahlungsbilanzkrisen die Transferierbarkeit von Entschädigungszahlungen vorübergehend und ohne Diskriminierung gegenüber Investoren aus einzelnen Ländern einzuschränken. Zusätzlich muss Entwicklungsländern eine langfristige Kapitalverkehrskontrolle und –steuerung ermöglicht werden, die chronisch schwachen Leistungsbilanzen zu begegnen versucht und zu einer Stabilisierung beiträgt. Dies impliziert, dass die Möglichkeit zur dauerhaften Einschränkung von Kapitalexporten aus dem Gastland bestehen muss, d.h. Art. 5 über die Gewährleistung des freien Transfers von Kapital in seinem Anwendungsbereich eingeschränkt werden muss. Mengenmäßige oder prozentuale Beschränkungen auf bestimmte Arten des Kapitalexports wie Erlöse aus Liquidationszahlungen sollten für zulässig erklärt werden, wenn sie aus legitimen zahlungsbilanzpolitischen Gründen erfolgen. Eine erste Möglichkeit zur konkreten Umsetzung ist ein Verweis, dass der Transfer von Kapital nach den geltenden Gesetzen im Gastland vorgenommen werden muss, wie er im Vertrag mit China (Protokollbestimmungen zu Art. 6, siehe dazu Kapitel 4.2.3) zu finden ist. Wichtig ist hier allerdings, dass dieser Verweis nicht einen Status Quo festschreibt, sondern sich ändernde nationale Regelungen zulässt.

Zweitens muss es Regierungen grundsätzlich gestattet sein, Maßnahmen zum Zweck der Förderung der einheimischen Wirtschaft und damit einheimischer Investoren anzuwenden, auch wenn das Resultat ‚diskriminierend‘ im Sinne des Prinzips der Nichtdiskriminierung ist. Dazu sollte in den BITs vorgesehen sein, dass *performance requirements* wie Auflagen zur Verwendung von lokalen Produktionsfaktoren oder Technologietransfers als Ausnahmen zum

Grundsatz der Inländerbehandlung zulässig sind, wenn sie der Förderung einheimischer Unternehmen dienen. Als ein Beispiel in Richtung einer Anerkennung spezieller wirtschaftlicher Voraussetzungen kann eine Passage im BITs mit Mosambik betrachtet werden. Danach gelten Anreize, die mit dem Ziel der „*Gründung und Entwicklung von kleinen und mittelständischen mosambikanischen Unternehmen*“ angewendet werden, nicht als Verstoß gegen den Grundsatz der Inländerbehandlung. Allerdings dürfen Einschränkungen wie im BIT mit Mosambik nicht derart weit gefasst sein, dass eine konkrete Anwendung der Ausnahmen faktisch unmöglich gemacht wird. Auch Regelungen wie im Falle Chinas, die auf bestehende diskriminierende Maßnahmen beschränkt bleiben – also die Festschreibung des Status Quo – reichen nicht aus. Die Flexibilität kann nur dann erhöht werden, wenn keine einmalige Aushandlung und Festsetzung von Ausnahmen stattfindet, sondern ein Mechanismus etabliert wird, der bei veränderten wirtschaftlichen Rahmenbedingungen Handlungsspielräume einräumt. Reformen in bilateralen Investitionsabkommen im Bereich *performance requirements* sind zwar durch multilaterale Verpflichtungen im Rahmen des TRIMS, das einen Großteil der Auflagen im Bereich Warenimport und -export schon reglementiert, nur beschränkt möglich. Gerade die relevanten Bereiche Technologie- und Wissenstransfer bzw. Forschung und Entwicklung fallen aber nicht unter die Verbote des TRIMS und zudem sieht das TRIMS keine Entschädigungspflichten für Investoren vor.

Ein weiterer Ansatz zur Steigerung der Flexibilität aus entwicklungspolitischer Perspektive und zur Förderung einheimischer Unternehmen könnte es drittens sein, im Zusammenhang mit den Prinzipien der Nichtdiskriminierung (Inländerbehandlung und Meistbegünstigung) ausdrücklich klarzustellen, dass eine weniger günstige Behandlung ausländischer Kapitalanlagen oder Investoren nur dann vorliegt, wenn „vergleichbare Kapitalanlagen“ oder „vergleichbare Investoren“ im Inland oder aus Drittstaaten günstiger behandelt werden. Dies würde Handlungsspielräume öffnen, einheimische Wirtschaftsteilnehmer mit unterschiedlicher Wirtschaftskraft, Organisationsstruktur und Produktionsweise anders und im Zweifelsfall besser zu behandeln als transnationale Unternehmen. Zugleich wäre dies ein Hinweis darauf, dass die Vergleichbarkeit auch von anderen Gegebenheiten abhängen kann, beispielsweise den Auswirkungen einer Kapitalanlage auf die Umwelt.

Um die Auswirkungen völkerrechtlicher Verpflichtungen und deren Auslegung durch internationale Schiedsgerichte auf die Vertragsparteien berechenbarer und kohärenter zu gestalten, muss der **Anwendungsbereich der BITs sowie einzelner Regelungen** präzisiert werden. Bezüglich der Definition des Begriffs Kapitalanlage in deutschen BITs impliziert dies, dass eine Konkretisierung in Richtung einer Langfristigkeit und einer Beschränkung auf Investitionen im engeren Sinne als Qualitätsmerkmale zu fordern sind. Weil eine Anwendung deutscher BITs auf Portfolio-Investitionen durch ein Schiedsgericht nicht auszuschließen ist, sollten Portfolio-Investitionen explizit ausgeschlossen werden. Vorbild könnte etwa Art. 2 des *Framework Agreement on the ASEAN Investment Area* im Rahmen des ASEAN sein, wo festgehalten wird: „(t)his Agreement shall cover all direct investments other than (a) portfolio investments (...)“. Geistiges Eigentum als solches, das Gegenstand zahlreicher spezieller internationaler Konventionen ist, sollte aus dem Anwendungsbereich der BITs ausgeschlossen werden, nicht zuletzt, um die Möglichkeit von Schadensersatzforderungen zu verhindern.

Genauer umrissen werden sollte auch, welche Investoren sich auf deutsche BITs berufen können. Juristische Personen sollten nur als Investor eines der Vertragsstaaten gelten, wenn sie nicht selbst unter der Kontrolle anderer Unternehmen stehen.

Abschirmungsklauseln, die den Anwendungsbereich von bilateralen Investitionsabkommen im Allgemeinen unbestimmt erweitern, sollten aus dem Vertragswerk entfernt werden.

Um die genannten Reformen der deutschen bilateralen Investitionsverträge zur Erhöhung des Handlungsspielraums von Regierungen überhaupt wirksam werden zu lassen, muss schließlich das **Prinzip der Meistbegünstigung** dahingehend **eingeschränkt** werden, dass ausdrücklich in den Verträgen genannte Einschränkungen von Investorenrechten nicht durch die Berufung auf andere Verträge umgangen werden können.

Insgesamt sollte das Vertragswerk für eine **Regulierung zugunsten von öffentlichen und sozialen Belangen** geöffnet werden. Um zu vermeiden, dass legitime Regelungen (wie die Beispiele der Verstaatlichung von Krankenversicherungen, der Maßnahmen im Zusammenhang des „*Black Economic Empowerment*“ in Südafrika oder gesetzliche Änderungen im Bereich Arbeits- und Sozialpolitik) mit dem Prinzip der Nichtdiskriminierung und dem Schutz vor Enteignung in Konflikt geraten, muss ausdrücklich festgehalten werden, dass die Durchsetzung allgemeiner, formal nicht diskriminierender staatlicher Gesetze, die zur Verwirklichung legitimer staatlicher Zwecke erforderlich sind, keine Vertragsverletzung darstellt, auch wenn sie ausländische Investoren wirtschaftlich stark beeinträchtigen oder benachteiligen sollte. Wichtig ist in diesem Kontext auch, dass insbesondere Regulierungen, die zur Umsetzung internationaler Verträge oder Konventionen implementiert werden, nicht beeinträchtigt werden dürfen. Darüber hinaus muss bestimmt werden, dass bei der Höhe der Entschädigung im Enteignungsfall auch die Sozialbindung des Eigentums zu berücksichtigen ist. Zu erwägen wäre, insbesondere für allgemeine Programme zur Umverteilung von Land und anderen Produktionsmitteln an sozial benachteiligte Bevölkerungsgruppen, die in- und ausländische Investoren in gleichem Maße betreffen, lediglich eine Entschädigung unterhalb des vollen Wertes einer Kapitalanlage einzufordern.

Bezüglich des **Streitschlichtungsverfahrens** gibt es an einigen Punkten Reformbedarf. Um die umfassende Aufklärung der Umstände eines Streitverfahrens sowie maßgeblicher örtlicher Rechtsvorschriften zu gewährleisten, sollte die Anrufung eines internationalen Schiedsgerichts erst möglich sein, nachdem der Investor zunächst den innerstaatlichen Rechtsweg beschritten hat und der Streit dort auch nach einem gewissen Zeitraum (z.B. 18 Monate) nicht gelöst wurde.

Die Interessenartikulation „der“ **Öffentlichkeit** und von zivilgesellschaftlichen Akteuren ist vor allem im Zusammenhang mit der Forderung von mehr Transparenz und Legitimität von Schiedsgerichten relevant. Dazu könnte zunächst ausdrücklich bestätigt werden, dass zivilgesellschaftliche Akteure auch ohne Zustimmung der Parteien die Möglichkeit haben, in laufenden Verfahren durch *amicus-curiae-briefs* auf besondere öffentliche Interessen hinzuweisen. Eine höhere öffentliche Kontrolle bei einem *Investor-to-State* Streitschlichtungsmechanismus und eine Erhöhung der Relevanz öffentlicher und v.a. sozialer Belange in beiden Vertragsstaaten kann erreicht werden, indem zum einen Anhörungen vor Schiedsgerichten grundsätzlich öffentlich stattfinden und alle Schriftstücke öffentlich zugänglich

gemacht werden. Zum anderen ist bei der Besetzung der Schiedsgerichte darauf zu achten, dass die einseitige Konzentration auf Wirtschaftsjuristen aus Industrieländern aufgehoben wird. Deutschland könnte darauf z.B. Einfluss nehmen, indem es entsprechende Vorschläge für die ICSID-Schiedsrichterlisten macht. Durch die Einrichtung einer Berufungsinstanz mit ständigen Mitgliedern könnte die Berücksichtigung von Interdisziplinarität und Interkulturalität institutionalisiert und ein Beitrag zur Erhöhung der Kohärenz von Schiedssprüchen geleistet werden.

Hinsichtlich einer **Integration von Unternehmensverantwortlichkeit** sollten deutsche BITs grundsätzlich stärker betonen, dass Investoren erstens den Rechtsvorschriften im Gaststaat unterliegen und dass Schiedsgerichte Investoren, die diese offensichtlich missachten, den Rechtsschutz verweigern können. Zweitens sollte ausdrücklich normiert werden, dass Investoren die Pflicht haben, sich mit den wirtschaftlichen, politischen und rechtlichen Gegebenheiten im Gaststaat vertraut zu machen. Drittens sollte die Einhaltung international anerkannter ökologischer und sozialer Standards als Bedingung für die in bilateralen Verträgen festgesetzten Rechte gelten, um bestehenden Machtasymmetrien zu begegnen. Deutschland könnte in Verhandlungen darauf hinwirken, dass die Geltung der OECD-Richtlinien für multinationale Unternehmen für ausländische Investoren in den Verträgen ausdrücklich festgeschrieben wird und diese über ein verbindliches Streitschlichtungsverfahren einklagbar sind. Viertens sollte für eine effektive Durchsetzung ein Beschwerdemechanismus geschaffen werden, an den sich gerade auch zivilgesellschaftliche Gruppierungen wenden können und dessen Einleitung nicht vom Einverständnis des Investors abhängt.

Als Ergänzung zu den genannten Veränderungen sollten die Abkommen grundsätzlich deutlich machen, dass ihr Ziel in der **Förderung einer sozial ausgewogenen und umweltpolitisch tragfähigen Entwicklung** liegt. Während die Nennung von guten Absichten allein noch keine substantiellen Veränderungen herbeiführen dürfte, muss eine ausbalancierte Zielsetzung aber klar aus den Abkommen ersichtlich werden, so dass auch den berufenen Schiedsgerichten bewusst ist, an welchen Grundvoraussetzungen sie sich bei der Auslegung auszurichten haben.

Damit die deutschen bilateralen Investitionsabkommen einer sozialen, wirtschaftlichen und ökologischen Regulierung von Investitionen nicht im Wege stehen, sollten die diskutierten Reformansätze in dem deutschen Mustervertrag umgesetzt werden und sowohl bei Neuverhandlungen als auch bei anzustrebenden Nachverhandlungen als Grundlage dienen. Falls es zu einer Zuständigkeitsverschiebung kommt, sollte sich Deutschland auch im Rahmen der EU für eine entsprechende Ausgewogenheit der Zielsetzung und der enthaltenen Regelungen einsetzen. In den intensiven Diskussionen zum Thema Investitionsregelungen im Vorfeld der WTO-Ministerkonferenz in Cancún 2003 wurde nicht nur deutlich, wie unterschiedlich die Länder-Positionen hinsichtlich der weiteren Liberalisierung von Investitionen sind, sondern auch, dass wichtige zivilgesellschaftliche Kräfte sich unabhängig von den jeweiligen Länder-Positionen für eine ausgewogene Investitionsagenda einsetzen. Eine Veränderung der Regelungen in internationalen Investitionsverträgen wäre ein Schritt in diese Richtung, wenngleich damit nur Teile der unterschiedlichen Positionen und des Machtungleichgewichts eliminiert werden können.

Literatur

- Abrahams, Désirée (2004): Regulating Corporations. A Resource Guide (United Nations Research Institute for Social Development (UNRISD) (www.corporate-accountability.org/docs/unrisd_guideCSR.pdf, 10.6.2005).
- Agosin, Manuel R. & Ricardo Mayer (2000): Foreign Investment in Developing Countries – Does It Crowd in Domestic Investment? UNCTAD Discussion Paper 146, Geneva (www.unctad.org/en/pub/pubframe.htm, 21.06.04).
- Alenfeld, Justus (1971): Die Investitionsförderungsverträge der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt (Athenäum Verlag).
- American Law Institute (1987): Third Restatement of the Law, the Foreign Relations of the United States, Vol. 1, USA (American Law Institute Publishers).
- Apeldoorn, Bastian van (2000): Transnational Class Agency and European Governance: The Case of the European Round Table of Industrialists, *New Political Economy* 5 (2), S. 157-181.
- Arfazadeh, Homayoon (2002): In the Shadow of the Unruly Horse: International Arbitration and the Public Policy Exception, *American Review of International Arbitration* 13, S. 43ff.
- Banz, Michael (1988): Völkerrechtlicher Eigentumsschutz durch Investitionsschutzabkommen, Insbesondere die Praxis der BRD seit 1959, Berlin (Duncker & Humboldt).
- BDI (Bundesverband Deutscher Industrie) (2002): Die Doha Development Agenda zum Erfolg führen, Positionspapier (<http://www.bdi-online.de>, 23.6.03).
- Bechtel Corporation (2002): Cochabamba and the Aguas del Tunari Consortium – Background note (www.bechtel.com/pdf/cochabambafacts.pdf, 7.4.2005).
- Benería, Lourdes (2003): Gender, Development, and Globalization. Economics as if All People Mattered, New York & London (Routledge).
- Benería, Lourdes (2001): Changing employment Patterns and the Informalization of Jobs: General Trends and Gender Dimensions, Geneva (International Labor Office).
- Bieler, Andreas & David Adam Morton (2003): Neo-Gramscianische Perspektiven, in: Schieder, Siegfried & Manuela Spindler (Hrsg.): Theorien der Internationalen Beziehungen, Opladen, S. 337-362.
- Blomström, Magnus & Ari Kokko (1996): The Impact of Foreign Investment on Host Countries: A Review of the Empirical Evidence, World Bank Policy Research Working Paper 1745. (www.fetp.edu.vn/shortcourse/0203/Trade03/Readings/The%20impact%20of%20foreign%20investment%20on%20host%20countries.pdf, 21.06.04).
- BLUE21: Kapitalverkehrsregime. Internationale Kapitalbewegungen aus entwicklungspolitischer Perspektive. Gibt es „gutes Kapital“ für den Süden? (Reader, Berliner Landesarbeitsgemeinschaft Umwelt und Entwicklung e.V.).
- Böhmer, Alexander & Guido Glania (2003): The Doha Development Round: Reintegrating Business Interests into the Agenda – WTO Negotiations from a German Industry perspective, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht 15, Halle-Wittenberg (Martin-Luther-Universität).

- Brower, Charles H. (2003): Structure, Legitimacy and Nafta's Investment Chapter, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 36, S. 37-94.
- Buch, Claudia M. et al. (2001): Does the East Get What Would Otherwise Flow to the South? FDI Diversion in Europe. Kiel Working Papers No. 1061 (Kiel Institute for World Economy).
- Ceyssens, Jan (2005): Towards a Common Foreign Investment Policy? – Foreign Investment in the European Constitution, *Legal Issues of Economic Integration* Bd. 32 Nr. 3, S. 259-293
- Chang, Ha-Joon (2002): *Kicking Away the Ladder: Development Strategy in Historical Perspective*, London (Anthem Press).
- Chang, Ha-Joon & Duncan Green (2003): *Investitionsverhandlungen in der WTO als Agenda des Nordens: „Hört auf unsere Worte, vergesst unsere Taten!“*, Berlin (deutsche Übersetzung hrsg. von WEED und Germanwatch).
- Clausen, Carsten Peter (2003): *Bank- und Börsenrecht*, 3. Auflage, München (C.H. Beck).
- Clemenceau, Raymond (2000): FDI and Global Environmental Protection, *Journal of World Investment* 1 (1), S. 199-223.
- Correa, Carlos M. (2004): Bilateral Investment Agreements: Agents of new global standards for the protection of intellectual property rights? (<http://www.grain.org/briefings/?id=186>, 14.12.04).
- Cosbey, Aaron et al. (2004): *Investment and Sustainable Development. A Guide to the Use and Potential of International Investment Agreements* (International Institute for Sustainable Development: www.iisd.org, 13.4.05)
- Cottier, Thomas/Panizzon, Marion/Türk, Elisabeth (2003): *Handel und Umwelt im Recht der WTO: Auf dem Weg zur praktischen Konkordanz*, *Zeitschrift für Umweltrecht (Sonderheft)* S. 155-166
- Dolzer, Rudolf/Stevens, Margaret (1994): *Bilateral Investment Treaties*, Den Haag (Kluwer).
- Drillisch, Heike & Nicola Sekler (2004): *Bilaterale Investitionsabkommen und Investitionsgarantien. Konzept, Kritik und Perspektiven*, Berlin (WEED-Arbeitspapier).
- Feldt, Heidi; Isabel Hörtreiter und Jan Ceyssens (2005): *Zwischenstaatliche Instrumente zur Stärkung der Unternehmensverantwortlichkeit*, Berlin (WEED Arbeitspapier).
- FIAN (2005): *Seven Case Studies on the Effects of German Policies on Human Rights in the South*, Herne.
- Fine, Ben (2004): Examining the Ideas of Globalisation and Development Critically: What Role for Political Economy, *New Political Economy* 9 (2), S. 213-231.
- Frank, Volker (1999): Die Durchsetzung internationaler Sozialstandards. Erfolgsbedingungen von Sozialklauseln, *Peripherie (Zeitschrift für Politik und Ökonomie in der Dritten Welt)* 19 (75), S. 66-82.
- Frick, Helmut (1975): *Bilateraler Investitionsschutz in Entwicklungsländern. Ein Vergleich der Vertragssysteme der Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin (Duncker & Humboldt).
- Fritz, Thomas (2004): *Feindliche Übernahme. Die geplante Freihandelszone zwischen der Europäischen Union und dem Mercosur*, Berlin (Arbeitspapier BLUE21 (Berliner Landesarbeitsgemeinschaft Umwelt und Entwicklung e.V.)).
- Fritz, Thomas (2003): *Die letzte Grenze – GATS: Die Dienstleistungsverhandlungen in der WTO. Sachstand, Probleme, Alternativen*, Berlin (WEED-Arbeitspapier).

- Fuchs, Peter (2002): Investment agreements as one-sided enforcement of investor rights II: What's wrong in the WTO already? In: Seattle to Brussels Network (Hrsg.): Investment and competition negotiations in the WTO – What's wrong with it and what are the alternatives?, Berlin/Brüssel, S. 2-3 (www.s2bnetwork.org).
- Fuchs, Peter & Klaus Schilder (2004): Watch out beyond the WTO: the EU's aggressive multi-level trade agenda. In: Seattle-to-Brussels-network (Hrsg.): From Cancún to Hong Kong: Challenging corporate led trade liberalisation, Berlin/Brüssel (www.s2bnetwork.org).
- Garner, Bryan A. (1995): A dictionary of modern legal usage, 2. Auflage, New York/Oxford.
- Gill, Stephen (2003): Power and Resistance in the New World Order, London (Palgrave MacMillan).
- Gill, Stephen (2002): Privatization of the State and Social Reproduction? GATS and New Constitutionalism (Draft Paper on the occasion of an International Workshop on GATS: Trading Development, 20-21 September 2002, University of Warwick).
- Gill, Stephen (2000): The constitution of global capitalism (Paper presented to a Panel: The Capitalist World, Past and Present at the International Studies Association Annual Convention, Los Angeles).
- Gill, Stephen (1998): New Constitutionalism and the Reconstitution of Capital (Paper from the Conference on "The Shifting Geopolitics of the Modern World-System", held at Northwestern University, March 22-23, 1998, organized by PEWS - Political Economy of the World-System Section of the American Sociological Association).
- Gill, Stephen (Hrsg.) (1993): Gramsci, Historical Materialism and International Relations, Cambridge (Cambridge University Press).
- Global Policy Forum, Heinrich-Böll-Stiftung, WEED (Hrsg.) (2000): Unternehmen in der Pflicht. Internationale Ansätze zur (Selbst-) Regulierung der Wirtschaft, Arbeitspapier zum Prozess „Finanzierung für Entwicklung“ der Vereinten Nationen.
- GRAIN/SANFEC (2001): "TRIPS-plus" through the back door. How bilateral treaties impose much stronger rules for IPRs on life than the WTO.
- Greven, Thomas (2005): Social Standards in Bilateral and Regional Trade and Investment Agreements. Instruments, Enforcement, and Policy Options for Trade Unions, Occasional Paper 16 (Dialogue on Globalization), Geneva.
- Guzman, Andrew T. (1998): Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties, Virginia Journal of International Law 21 (38) (<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/97/97-12-I.html>, 10.12.04).
- Hallward-Driemeier, Mary (2003): Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a bit...and they could bite, World Bank Policy Research Paper (<http://www.screenquota.org/epage/upload/BIT%20working%20paper.pdf>, 19.12.05).
- Harrison, Graham (2004): Globalisation, Governance and Development (Editorial), New Political Economy 9 (2), S. 155-162.
- Herr, Hansjörg (2001): Keynes und seine Interpreten, PROKLA (Zeitschrift für kritische Sozialwissenschaft) 31 (123), S. 203-225.
- Heydenreich, Cornelia (2003): Der Arbeitskreis „OECD-Leitsätze für Multinationale Unternehmen“ im Bundeswirtschaftsministerium, in: WEED/DGB-Bildungswerk/terre des

- hommes (Hrsg.): *Auslandsinvestitionen und Unternehmensverantwortung – zwischen ökonomischer Liberalisierung und sozial-ökologischer Regulierung*, Bonn, S. 40-42.
- Hoedemann, Oliver (2002): *Corporate lobbying for a ‚MAI‘ in the WTO*, in: *Seattle to Brussels Network* (Hrsg.): *Investment and competition negotiations in the WTO – What’s wrong with it and what are the alternatives?*, Berlin/Brüssel, S. 12-13 (www.s2bnetwork.org).
- ICFTU (International Confederation of Free Trade Unions) (2004): *The Spread of Bilateral and Regional Trade Agreements (Draft)* (www.gurn.info/topic/trade/icftu_0604.pdf, 13.11.04).
- IISD (International Institute for Sustainable Development) (2004): *Towards A Southern Agenda on Investment, Summary of Country Studies and Some Observations* (www.iisd.org).
- ILO (2003): *Employment and social policy in respect of export processing zones (EPZs)*, Committee on Employment and Social Policy.
- ILO (1998): *Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, beschlossen von der International Labour Conference auf der 86. Sitzung, Genf.
- Ipsen, Knut (2004): *Völkerrecht*, 5. Auflage, München (C.H. Beck).
- Jessop, Bob (2001): *Die Globalisierung des Kapitals und die Zukunft des Nationalstaates. Ein Beitrag zur Kritik der globalen politischen Ökonomie*, in: Hirsch, Joachim; Jessop, Bob und Nicos Poulantzas (Hrsg.): *Die Zukunft des Staates*, Hamburg (VSA-Verlag), S. 139-170.
- Joy, Clare (2003): *International Investment policy and sustainable development*, in: *Documentation of the International Conference „The Controversy about a New Investment Agreement in the WTO – Social and Ecological Implications and Alternatives“*, Bonn (veranstaltet und hrsg. von Forum Umwelt & Entwicklung und dem Evangelischen Entwicklungsdienst), S. 51-56.
- Kabeer, Naila (2003): *Gender Mainstreaming in Poverty Eradication and the Millenium Development Goals. A Handbook for Policy-Makers and Other Stakeholder*, London.
- Kantor Mark (2004): *Arbitration award may alter Dabhol debate*, *Transnational Dispute Management* (1) 2.
- Karl, Joachim (2004): *The Competence for Foreign Direct Investment – New Powers for the European Union?*, *Journal of World Investment* 2004, S. 413-448.
- Kaufmann, Daniel; Kraay, Aart & Massimo Mastruzzi (2003): *Governance Matters III: Governance Indicators for 1996-2002*, World Bank Policy Research Working Paper (<http://econwpa.wustl.edu:8089/eps/dev/papers/0308/0308001.pdf.gz>, 03.01.05).
- Khor, Martin (2002): *The development issue in the WTO from a development perspective*, in: *Seattle to Brussels Network* (Hrsg.): *Investment and competition negotiations in the WTO – What’s wrong with it and what are the alternatives?*, Berlin/Brüssel, S. 8 (www.s2bnetwork.org).
- Khor, Martin (1999): *Die Erfahrungen Malaysias: Kapitalverkehr kontrollieren und Insolvenzregeln einführen*, *Informationsbrief Weltwirtschaft und Entwicklung*, Sonderdienst 6/99.
- Köppen, Margit (2003): *Ein Investitionsabkommen in der WTO? Die Position der IG Metall*, in: *WEED/DGB-Bildungswerk/terre des hommes* (Hrsg.): *Auslandsinvestitionen und Unternehmensverantwortung – zwischen ökonomischer Liberalisierung und sozial-ökologischer Regulierung*, Bonn, S. 10-14.

- Köpke, Ronald (2002): "Keiner zieht am selben Strang": Vom Mythos der Verträglichkeit von Nordkampagnen und Südnetzwerken, in: Walk, Heike & Nele Boehme (Eds.): Globaler Widerstand. Internationale Netzwerke auf der Suche nach Alternativen im globalen Kapitalismus, Münster (Westfälisches Dampfboot), S. 211-219.
- Krajewski, Markus (2003): National regulation and trade liberalization in services: the legal impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on national regulatory autonomy, The Hague et al. (Kluwer Law International)
- Krugman, Paul R. & Maurice Obstfeld (2003): International Economics – Theory and Policy, Boston et al. (sixth edition).
- List, Friedrich (1885): The national System of Political Economy, New York.
- Makinson, David (2000): The development debate: beyond the Washington Consensus (Editorial), International Social Science Journal 166, S. 439-440.
- Mann, F.A. (1981): British Treaties for the Promotion and Protection of Foreign Investment, British Yearbook of International Law.
- Metzger, Martina (1999): An der Schwelle zum Bankrott. Währungskrise in Asien oder das Scheitern eines Entwicklungsmodells, iz3w 235, S. 20-22.
- Muchlinski, Peter (1999): Multinational Enterprises and the Law, Oxford (Blackwell Publishing).
- Munck, Ronaldo (2002): Globalization and Labour. The New ‚Great Transformation‘, London, New York, Melbourne (Cambridge University Press).
- NAFTA Free Trade Commission (2001): Clarifications Related to NAFTA Chapter 11 vom 31.7.2001.
- Neelsen, John P. (2003): Intellektuelles Eigentum – Herrschaft und Aneignung als universales Recht. TRIPS oder Monopol der Konzerne und Unterentwicklung der Dritten Welt, Sozialismus 4, S. 47-53.
- Nunnenkamp, Peter (2002): Determinants of FDI in Developing Countries: Has Globalization Changed the Rule of the Game? Kiel Working Papers No. 1122 (Kiel Institute for World Economy).
- Nunnenkamp, Peter (2001): Foreign Direct Investment in Developing Countries – What Policymakers Should Not Do and What Economists Don't know. Kiel Discussion Papers 380 (Kiel Institute for World Economy).
- Nunnenkamp, Peter & Julius Spatz (2003a): Foreign Direct Investment and Economic Growth in Developing Countries: How Relevant Are Host-country and Industry Characteristics? Kiel Working Papers No. 1176 (Kiel Institute for World Economy).
- Nunnenkamp, Peter & Julius Spatz (2003b): Intellectual Property Rights and Foreign Direct Investment: The Role of Industry and Host-Country Characteristics. Kiel Working Papers No. 1167 (Kiel Institute for World Economy).
- Nuscheler, Franz (2004): Lern- und Arbeitsbuch Entwicklungspolitik, Bonn (5. Auflage).
- O'Brien, Robert & Marc Williams (2004): Global Political Economy – Evolution and Dynamics, New York.
- OECD (2004a): Most-favoured-Nation Treatment in International Investment Law – Working Paper on International Investment, Number 2004/2, Paris.
- OECD (2004b): Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law - Working Paper on International Investment, Number 2004/3, Paris.

- OECD (2004c): "Indirect Expropriation" and the "Right To Regulate" in International Investment Law - Working Paper on International Investment, Number 2004/4, Paris.
- OECD (2003): Relationship between International Investment Agreements.
- OECD (2002): Foreign Direct Investment for Development – Maximising benefits, minimising costs – an overview, Paris (www.oecd.org/bookshop, 21.06.04).
- OECD (1997), FDI and the Environment – Secretariat Note, MAI Negotiating Group, Dokument Nr. DAF/MAI(97)33/REV1 vom 22.12.1997, Paris.
- Oxfam (2002): Global Finance Hurts the Poor. Analysis of the impact of North-South private capital flows on growth, inequality and poverty (www.oxfamamerica.org/art2613.html, 23.11.04).
- Panetta, Frank (2003): Ausländische Direktinvestitionen und Welthandelsordnung, Heidelberg (Dissertation).
- Peterson, Luke (2005): Arbitrators announced in Eastern Sugar v. Czech Republic arbitration, Investment & Sustainable Development News Bulletin vom 28.4.2005 (<http://www.iisd.org/investment/invest-sd>, 11.6.2005).
- Peterson, Luke (2004a): Bilateral Investment Treaties and Development Policy-Making (Paper: International Institute for Sustainable Development, www.iisd.org).
- Peterson, Luke (2004b): Cargill Challenges Polish Agricultural Quotas at ICSID, Investment & Sustainable Development News Bulletin, 16.7.2004 (<http://www.iisd.org/investment/invest-sd>, 11.6.2005).
- Peterson, Luke (2004c): UK Bilateral Investment Treaty Programme and Sustainable Development, Royal Institute for International Affairs Briefing Paper No. 10 (Februar).
- Peterson, Luke (2003a): Investment & Sustainable Development News Bulletin, 10.5.2003 (<http://www.iisd.org/investment/invest-sd>, 11.6.2005)
- Peterson, Luke (2003b): Investment & Sustainable Development News Bulletin, 23.6.2003 (<http://www.iisd.org/investment/invest-sd>, 11.6.2005)
- Peterson, Luke (2003c): Investment & Sustainable Development News Bulletin, 26.9.2003 (<http://www.iisd.org/investment/invest-sd>, 11.6.2005)
- Pfahl, Stefanie (2003): Environmental Aspects of an Investment Agreement in the WTO-System – Executive Summary, in: Documentation of the International Conference „The Controversy about a New Investment Agreement in the WTO – Social and Ecological Implications and Alternatives“, Bonn (veranstaltet und hrsg. von Forum Umwelt & Entwicklung und dem Evangelischen Entwicklungsdienst), S. 31-38.
- Picciotto, Sol (1992): International Business Taxation, London (Weidenfeld and Nicolsen).
- PricewaterhouseCoopers (PwC) (2002): Investitionsgarantien der Bundesrepublik Deutschland – Jahresbericht 2001, Hamburg.
- PricewaterhouseCoopers (PwC) (2001): Investitionsgarantien der Bundesrepublik Deutschland – Jahresbericht 2000, Hamburg.
- Public Citizen/Friends of the Earth (2001): NAFTA Chapter 11 Investor-to-State Cases: Bankrupting Democracy, Lessons for Fast Track and the Free Trade Area of the Americas, Washington DC.
- Rauscher, Thomas (2002): Internationales Privatrecht, 2. Auflage, Heidelberg (C.F.Müller).

- Scherrer, Christoph & Thomas Greven (2001): Instrumente zur globalen Durchsetzung fundamentaler Arbeiterrechte, in: Scherer, Andreas Georg; Blickle, Karl-Hermann; Dietzfelbinger, Daniel & Gerhard Hütter (Hrsg.): Globalisierung und Sozialstandards, Deutsches Netzwerk Wirtschaftsethik (DNWE), Schriftenreihe Folge 9, München, S. 163-178.
- Schneidermann, David (2001): Investment Rules and the Rule of Law, *Constellations* 8 (4).
- Scholz, Katja (2005): The long Goodbye – the Commission’s Infringement Proceedings against Austria, Denmark, Finland and Sweden for Incompatibilities of their BITs with the EC-Treaty, Policy Papers on Transnational Economic Law No. 14 (www.telc.uni-halle.de, 11.6.2005).
- Schreuer, Christoph (2001): *The ICSID Convention – A Commentary*, Cambridge (Cambridge University Press).
- Seattle to Brussels Network (Hrsg.) (2004): From Cancún to Hong Kong: Challenging the Corporate led Trade Liberalisation (www.s2bnetwork.org).
- Seattle to Brussels Network (Hrsg.) (2002): Investment and competition negotiations in the WTO – What’s wrong with it and what are the alternatives? (www.s2bnetwork.org)
- Sekler, Nicola (2003a): Bilaterale Investitionsabkommen und deutsche Außenwirtschaftsförderung, in: WEED/DGB-Bildungswerk/terre des hommes (Hrsg.): *Auslandsinvestitionen und Unternehmensverantwortung – zwischen ökonomischer Liberalisierung und sozial-ökologischer Regulierung*, Bonn, S. 15-17.
- Sekler, Nicola (2003b): Die Kontroverse um ein neues Investitionsabkommen in der WTO, in: *Documentation of the International Conference „The Controversy about a New Investment Agreement in the WTO – Social and Ecological Implications and Alternatives“*, Bonn (veranstaltet und hrsg. von Forum Umwelt & Entwicklung und dem Evangelischen Entwicklungsdienst), S. 6-15.
- Siebel, Ulf R. (1997): *Rechtsfragen internationaler Anleihen*, Berlin (Duncker & Humblot)
- Silberman, Linda (2002): *International Arbitration: Comments from a Critic*, in: *American Review of International Arbitration* 13, S. 9ff.
- Soloway, Julie (1999), *Minnesota Journal of Global Trade* 1999, S. 55ff.
- Sornarajah, M. (2004): *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge (second edition).
- Stoehr, Jakob (2004): Searching for truth and water (http://shepherd.wlu.edu/2004_PDF_papers/04%20Water%20Wars.pdf, 11.6.2005).
- Straub, Ute (2004): Kapitalverkehrskontrollen: Schutz vor den Kosten eines instabilen Finanzsystems, in: *Weed Schuldenreport 2004. Die Entwicklungsblockade. Finanzmärkte und Verschuldung. Fakten - Analysen – Alternativen*, Berlin, S. 71-75.
- Strohscheidt, Elisabeth (2003): Zur Debatte in der UN-Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights über ein verbindliches Dokument zur Unternehmensverantwortung, in: WEED/DGB-Bildungswerk/terre des hommes (Hrsg.): *Auslandsinvestitionen und Unternehmensverantwortung – zwischen ökonomischer Liberalisierung und sozial-ökologischer Regulierung*, Bonn, S. 24-30.
- Tandon, Yash (2003): The role of foreign direct investment in development, in: *Documentation of the International Conference „The Controversy about a New Investment Agreement in the*

- WTO – Social and Ecological Implications and Alternatives“, Bonn (veranstaltet und hrsg. von Forum Umwelt & Entwicklung und dem Evangelischen Entwicklungsdienst), S. 44-49.
- UNCTAD (2004a): Occasional Note International Investment Disputes on the Rise, UNCTAD/WEB/ITE/IIT/2004/2 (<http://www.unctad.org/>, 1.6.2005).
- UNCTAD (2004b): World Investment Report 2004 – The Shift to Services, Genf.
- UNCTAD (2003a): International Investment Agreements: Dispute Settlement – Investor-to-State. UNCTAD series on international investment agreements. United Nations, New York and Geneva.
- UNCTAD (2003b): World Investment Report 2003. FDI Policies for Development: National and International perspectives. United Nations, New York and Geneva.
- UNCTAD (2002): World Investment Report 2002. Transnational Corporations and export competitiveness. United Nations, New York and Geneva.
- UNCTAD (2001a): Environment. UNCTAD series on international investment agreements. United Nations, New York and Geneva.
- UNCTAD (2001b): Host Country Operational Measures. UNCTAD series on international investment agreements. United Nations, New York and Geneva.
- UNCTAD (2001c): 29 Bilateral Investment Treaties Signed By Least Developed Countries, (Press release LDCIII/PRESS/08/Rev.1, 18/05/01) (<http://www.unctad.org/Templates/webflyer.asp?docid=2914&intltemID=2022&lang=1>).
- UNCTAD (2000a): International Investment Agreements: Flexibility for Development. UNCTAD series on international investment agreements. United Nations, New York and Geneva.
- UNCTAD (2000b): International Investment Agreements: Taking of Property. UNCTAD series on international investment agreements. United Nations, New York and Geneva.
- UNCTAD (2000c): International Investment Agreements: Taxation. UNCTAD series on international investment agreements. United Nations, New York and Geneva.
- UNCTAD (2000d): International Investment Agreements: Transfer of Funds. UNCTAD series on international investment agreements. United Nations, New York and Geneva.
- UNCTAD (1999a): International Investment Agreements: Fair and Equitable Treatment. UNCTAD series on international investment agreements. United Nations, New York and Geneva.
- UNCTAD (1999b): International Investment Agreements: Most Favorite Nation Treatment. UNCTAD series on international investment agreements. United Nations, New York and Geneva.
- UNCTAD (1999c): International Investment Agreements: National Treatment. UNCTAD series on international investment agreements. United Nations, New York and Geneva.
- UNCTAD (1999d): International Investment Agreements: Scope and Definition. UNCTAD series on international investment agreements. United Nations, New York and Geneva.
- UNCTAD (1997): Bilateral investment treaties and their relevance to a possible multilateral framework on investment: issues and questions, Geneva.
- UNCTAD (1996): World Investment Report 1996. Investment, Trade and International Policy Arrangements. United Nations, New York and Geneva.
- UNCTAD (1994): World Investment Report 1994. Transnational Corporations, Employment and the Workplace. United Nations, New York and Geneva.

- Vander Stichele, Myriam (2003): Bilateral Investment Treaties and a WTO Investment Framework (A background paper commissioned by Novib/Oxfam Netherlands).
- Vandavelde, Kenneth J. (1998a): Investment Liberalization and Economic Development: The Role of Bilateral Investment Treaties. *Columbia Journal of Transnational Law* 38 (501).
- Vandavelde, Kenneth J. (1998b): The Political Economy of a Bilateral Investment Treaty. *American Journal International Law* 92 (621).
- Von Moltke, Konrad (2000): An international investment regime? Issues of sustainability. International Institute for Sustainable Development, Winnipeg.
- Wade, Robert Hunter (2004): On the Causes of Increasing World Poverty and Inequality, or Why the Matthew Effect Prevails, *New Political Economy* 9 (2), S. 163-188.
- Wade, Robert Hunter (2003): What Strategies are viable for developing countries today? The World Trade Organization and the shrinking of ‚development space‘, *Review of international Political Economy* 10 (4), S. 621-644.
- Wahrig Verlag (2002) (Hrsg.): Deutsches Wörterbuch, Bertelsmann Lexikon Verlag (7. Auflage), Bielefeld.
- Wälde, Thomas (2004): Application of the MFN-Clause – Replies to Two Questions, *Transnational Dispute Management* (1) 2.
- Wandel, Alexandra (2002): How an investment agreement in the WTO will harm people and the environment, in: Seattle to Brussels Network (Hrsg.): Investment and competition negotiations in the WTO – What’s wrong with it and what are the alternatives?, Berlin/Brüssel S. 7 (www.s2bnetwork.org).
- Weber, Klaus (Hrsg.) (2004): Creifelds Rechtswörterbuch, 18. Auflage, München (C.H. Beck).
- Woodhouse, Eric (2003): The “Guerra del Agua” and the Cochabamba Concession: Social Risk and Foreign Direct Investment in Public Infrastructure, *Stanford Journal of International Law* (39), S. 295ff.
- Woodward, David (2001): The next crisis? Direct and Equity Investment in Developing Countries, London and New York (Zed Books).
- World Development Movement (WDM) (1999): Making investment work for people: an international framework for regulating corporations (<http://www.wdm.org.uk/cambriefs/wto/TNCs.htm>, 16.12.04).
- WTO (World Trade Organization) (2002): Communication from the United States. Covering FDI and Portfolio Investment in a WTO investment agreement (WT/WGTI/W/142, 16 September 2002), Geneva (www.wto.org).
- Young, Brigitte (2004): Gender-Perspektive auf die Kapitalflüsse und deren realwirtschaftliche Auswirkungen, in: Weed Schuldenreport 2004. Die Entwicklungsblockade. Finanzmärkte und Verschuldung. Fakten - Analysen – Alternativen, Berlin, S. 38-41.
- Young, Brigitte (2001): Globalization and Gender: A European Perspective. In: Kelly Rita Mae; Bayes, Jane H.; Hawkesworth, Mary E.; Young, Brigitte (Hrsg.): Gender, Globalization & Democratization, Lanham/Boulder et al, S. 27-47.
- Zarsky, Lyuba (1999): International Investment Rules and the Environment: Stuck in the Mud? In: Foreign Policy in Focus 4 (22) (<http://www.fpif.org/pdf/vol4/22ifenv.pdf>).

Liste schiedsgerichtlicher Fälle und Entscheidungen

Soweit nicht anders vermerkt, stehen die Entscheidungen zum Download auf folgenden Internetseiten zur Verfügung:

<http://www.worldbank.org/icsid/cases/cases.htm>

<http://ita.law.uvic.ca>

<http://www.naftalaw.org>

AAPL/Sri Lanka, ICSID Fall ARB/87/3

Entscheidung vom 27.6.1990, ILM Band 30 (1991), S. 577ff.

ADF/United States of America, ICSID Fall ARB(AF)/00/1

Entscheidung vom 9.1.2003

Aguas del Aconquija, Vivendi/Argentinien, ICSID Fall ARB/97/3

Entscheidung vom 21.11.2000

Annullierungsentscheidung vom 3.7.2002

Aguas del Aconquija, Vivendi/Argentinien II, ICSID Fall ARB/03/19

Anordnung vom 19.5.2005

Alex Genin, Eastern Credit, Baltoil Genin/Estland, ICSID Fall ARB/99/2

Entscheidung vom 25.6.2001

Ambatielos-Fall (Griechenland/Vereinigtes Königreich)

Entscheidungen des Internationalen Gerichtshofs, IGH-Sammlung 1952, 1953, United Nations, Reports of International Arbitral Awards, Band XII, United Nations (1963)

AMCO/Indonesien, Fall ICSID ARB/81/1

Entscheidung vom 20.11.1984, ICISD Reports Band 1, S. 413ff.

Anglo-American Oil Company

Entscheidung des Internationalen Gerichtshofs, ICJ-Reports 1952, S. 93

Autopistas/Venezuela, ICSID Fall ARB/00/5

Entscheidung über Zuständigkeit vom 27.9.2001.

Bechtel/Bolivien, ICSID Fall ARB/02/3

- bisher keine Entscheidung ergangen -

Biloune/Ghana

Entscheidungen vom 27.10.1989 und vom 30.6.1990, ILR Band 95, S. 183ff.

Chile – Alcoholic Beverages

Entscheidung des WTO-Appellate Body (WT/DS87/AB/R, WT/DS110/AB/R, Download:

<http://www.wto.org>)

CME/Tschechische Republik, UNCITRAL Schiedsverfahren

Teilentscheidung vom 13.9.2001

Endgültige Entscheidung vom 14.3.2003

CMS/Argentinien, ICSID Fall ARB/01/8

Entscheidung über Zuständigkeit vom 17.7.2003

Entscheidung vom 25.4.2005

Corn Products International/Mexiko

- Antrag auf Einleitung des Verfahrens vom 21.10.2003
CSOB/Slovakische Republik, ICSID Fall ARB/97/4
Entscheidung über Zuständigkeit vom 24.5.1999
- Elettronica Sicula (USA/Italien)*
Urteil des Internationalen Gerichtshofs vom 20.8.1989, ICJ-Reports 1989, S. 15ff.
- Enron/Argentinien*, ICSID Fall ARB/01/3
Entscheidung über Zuständigkeit vom 14.1.2004
- Fedax/Venezuela*, ICSID Fall ARB/96/3
Entscheidung über Zuständigkeit vom 14.7.1997
Entscheidung vom 9.3.1998
- Feldman/Mexiko*, ICSID Fall ARB/(AF)/99/1
Entscheidung vom 16.12.2002.
- Generation Ukraine/Ukraine*, ICSID Fall ARB/00/9
Entscheidung vom 16.9.2003
- Goetz/Burundi*, ICSID Fall ARB/95/3
Entscheidung vom 10.2.1999
- Klöckner/Kamerun*, ICSID-Fall ARB/81/2
Entscheidung vom 21.10.1983, ICSID Reports Band 2, S. 3ff.
Annullierungsentscheidungen vom 3.5.1985, ICSID Reports Band 2, S. 95ff.
- Lanco/Argentinien*, ICSID Fall ARB/97/6
Entscheidung über Zuständigkeit vom 9.12.1998
- Lauder/Tschechische Republik*, UNCITRAL Schiedsverfahren
Entscheidung vom 3.9.2002 (Download: www.mfcr.cz/scripts/hpe/default.asp, 11.6.2005)
- LG&E/Argentinien*, ICSID Fall ARB/02/1
Entscheidung vom 13.3.2004
- Mafezzini/Spanien*, ICSID Fall ARB/97/7
Entscheidung vom 13.11.2000
- Metalclad/Mexiko*, ICSID Fall ARB(AF)/97/1
Entscheidung vom 30.8.2000
Entscheidung des Supreme Court of British Columbia vom 2.5.2001 (2001 BSCS 644)
- Methanex/United States of America*, UNCITRAL Schiedsverfahren
Schriftsatz des Klägers vom 19.2.2004
Zweite ergänzende Klageschrift vom 5.11.2003
Entscheidung über Zuständigkeit vom 5.8.2002
Entgegnung des Klägers vom 28.8.2000
- Middle East Shipping/Ägypten*, ICSID Fall ARB/99/6
Entscheidung vom 12.4.2002
- Mondev/United States of America*, ICSID Fall ARB(AF)/99/2
Entscheidung vom 11.10.2002, ICSID Reports (6), S. 192ff.
- MTD/Chile*, ICSID Fall ARB/01/7
Entscheidung vom 25.5.2004
- Neer-Fall (USA/Mexiko)*
Entscheidung, RIAA 1926, S.60, 61

- Occidental/Ecuador*, UNCITRAL Schiedsverfahren
Entscheidung vom 1.7.2004
- Pope & Talbot/Kanada*, UNCITRAL Schiedsverfahren
Vorläufige Entscheidung vom 26.6.2000
Entscheidung Teil 2 vom 10.4.2001
- PSEG/Türkei*, ICSID Fall ARB/02/5
Entscheidung über Zuständigkeit vom 4.6.2004
- RFCC/Marokko* ICSID Fall ARB/00/6
Entscheidung vom 22.12.2003
- Salini/Jordanien*, ICSID Fall ARB/13/02
Entscheidung über Zuständigkeit vom 15.11.2004
- Santa Elena/Costa Rica*, ICSID Fall ARB/96/1
Entscheidung vom 15.2.2000
- S. D. Myers/Kanada*, UNCITRAL-Schiedsverfahren
Teilentscheidung vom 13.11.2000
- SGS/Pakistan*, ICSID Fall ARB/01/13
Entscheidung über Zuständigkeit vom 6.8.2003
- SGS/Philippinen*, ICSID Fall ARB/02/6
Entscheidung über Zuständigkeit vom 29.1.2004
- Siemens/Argentinien*, ICSID Fall ARB/02/8
Entscheidung über Zuständigkeit vom 3.8.2004
- SOABI/Senegal*
Entscheidung über Zuständigkeit, 1.8.1984, ICSID Reports Band 2, S. 182ff.
- Tecmed/Mexiko*, ICSID Fall ARB(AF)/00/2
Entscheidung vom 29.5.2003
- Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton/TAMS-AFFA*
Entscheidung des Iran-US-Claims-Tribunal No. 141-7-2, 22.6.1984, Iran-U.S. Cl. Tribunal Reports, 1986, Band 6, S. 219ff.
- Tokio Tokelés/Ukraine*, ICSID-Fall ARB/02/18
Entscheidung über Zuständigkeit vom 29.4.2004.
- Too v. Greater Modesto Insurance Associates*,
Entscheidung des Iran-US-Claims-Tribunal, 29.12.1989, Iran-United States Cl. Trib. Reports Band 23, S. 378ff.
- Tradex Hellas/Albanien*, ICSID Fall ARB/94/2
Entscheidung vom 29.4.1999
- US/Mexiko - Cross Border Trucking Services*
Entscheidung vom 6.2.2001
- Waste Management/Mexico*, ICSID Fall ARB(AF)/00/3
Entscheidung vom 30.4.2004
- Wena/Ägypten*, ICSID Fall ARB/98/4
Entscheidung vom 8.12.2000

Anhang 1

Übersicht über die bilateralen Investitionsförderungs- und -schutzverträge (IFV) der Bundesrepublik Deutschland

Quelle: Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, Stand: 20.06.2005

A. In Kraft getretene Verträge

Vertragspartner	unterzeichnet am:	Zustimmungsgesetz veröffentlicht im BGBl.:	in Kraft seit dem
Ägypten	05.07.1974	1977 II S. 1145	22.07.1978
Albanien	31.10.1991	1994 II S. 3720	18.08.1995
Algerien	11.03.1996	2002 II S. 286	30.05.2002
Antigua und Barbuda	05.11.1998	2000 II S. 858	28.02.2001
Argentinien	09.04.1991	1993 II S. 1244	08.11.1993
Armenien	21.12.1995	2000 II S. 46	04.08.2000
Aserbaidshjan	22.12.1995	1998 II S. 567	29.07.1998
Bangladesch	06.05.1981	1984 II S. 838	14.09.1986
Barbados	02.12.1994	1997 II S. 2047	11.05.2002
Belarus (Weißrussland)	02.04.1993	1996 II S. 85	23.09.1996
Benin	29.06.1978	1985 II S. 2	18.07.1985
Bolivien	23.03.1987	1988 II S. 254	09.11.1990
<i>Bosnien u. Herzegowina</i> ^{*)}	<i>IFV mit dem ehemaligen Jugoslawien gilt weiter (BGBl II 1992 S. 1196)</i>		
Brunei	30.03.1998	2004 II S. 40	15.06.2004
Bulgarien	12.04.1986	1987 II S. 742	10.03.1988
Burundi	10.09.1984	1985 II S. 1162	09.12.1987
Chile	21.10.1991	1998 II S. 1427	08.05.1999
China	07.10.1983	1985 II S. 30	18.03.1985
Costa Rica	13.09.1994	1997 II S. 1830	24.03.1998
CSFR	02.10.1990	1992 II S. 294	02.08.1992
Demokratische Republik Kongo (ehem. Zaire)	18.03.1969	1970 II S. 509	22.07.1971
Dominica	01.10.1984	1985 II S. 1170	11.05.1986
Ecuador (neuer Vertrag)	21.03.1996	1998 II S. 610	12.02.1999
Elfenbeinküste	27.10.1966	1968 II S. 61	10.06.1968
El Salvador	11.12.1997	2000 II S. 673	15.04.2001
Estland	12.11.1992	1996 II S. 66	12.01.1997
Gabun	16.05.1969	1970 II S. 657	29.03.1971
Georgien	25.06.1993	1998 II S. 576	27.09.1998
Ghana	24.02.1995	1997 II S. 2055	23.11.1998
Griechenland	27.03.1961	1963 II S. 216	15.07.1963
Guinea	19.04.1962	1964 II S. 145	13.03.1965
Guyana	06.12.1989	1993 II S. 938	08.03.1994
Haiti	14.08.1973	1975 II S. 101	01.12.1975
Honduras	21.03.1995	1997 II S. 2064	27.05.1998
Hongkong	31.01.1996	1997 II S. 1848	19.02.1998

Bilaterale Investitionsabkommen (BITs)

Indien	10.07.1995	1998 II S.	619	13.07.1998
Indonesien	08.11.1968	1970 II S.	492	19.04.1971
Iran (neu)	17.08.2002	2004 II S.	55	23.06.2005
Jamaika	24.09.1992	1996 II S.	58	29.05.1996
Jemen (Arab. Rep.)	21.06.1974	1975 II S.	1246	19.12.1978
Jordanien	15.07.1974	1975 II S.	1254	10.10.1977
Jugoslawien (SFRJ)	10.07.1989	1990 II S.	350	25.10.1990
<i>Jugoslawien*)</i> <i>(Bundesrepublik)</i>		IFV mit dem ehemaligen Jugoslawien gilt weiter.		
Kambodscha	15.02.1999	2001 II S.	487	14.04.2002
Kamerun	29.06.1962	1963 II S.	991	21.11.1963
Kap Verde	18.01.1990	1993 II S.	947	15.12.1993
Kasachstan	22.09.1992	1994 II S.	3730	10.05.1995
Katar	14.06.1996	1998 II S.	628	19.01.1999
Kenia	03.05.1996	1998 II S.	585	07.12.2000
<i>Kirgistan*)</i>		IFV mit der ehemaligen Sowjetunion gilt weiter		
Kongo (Volksrepublik)	13.09.1965	1967 II S.	1733	14.10.1967
Korea (Republik)	04.02.1964	1966 II S.	841	15.01.1967
Kroatien	21.03.1997	2000 II S.	653	28.09.2000
Kuba	30.04.1996	1998 II S.	746	22.11.1998
Kuwait	30.03.1994	1997 II S.	166	15.11.1997
Laos	09.08.1996	1998 II S.	1466	24.03.1999
Lesotho	11.11.1982	1985 II S.	14	17.08.1985
Lettland	20.04.1993	1996 II S.	94	09.06.1996
Libanon	18.03.1997	1998 II S.	1439	25.03.1999
Liberia	12.12.1961	1967 II S.	1537	22.10.1967
Litauen	28.02.1992	1997 II S.	176	27.06.1997
Madagaskar	21.09.1962	1965 II S.	369	21.03.1966
Malaysia	22.12.1960	1962 II S.	1064	06.07.1963
Mali	28.06.1977	1979 II S.	77	16.05.1980
Malta	17.09.1974	1975 II S.	1237	14.12.1975
Marokko	31.08.1961	1967 II S.	1641	21.01.1968
Mauretanien	08.12.1982	1985 II S.	22	26.04.1986
Mauritius	25.05.1971	1973 II S.	615	27.08.1973
Mazedonien	10.09.1996	2000 II S.	646	17.09.2000
Mexiko	25.08.1998	2000 II S.	866	23.02.2001
<i>Moldau^{*)}</i>	28.02.1994	IFV mit der ehemaligen Sowjetunion gilt bis zum Inkrafttreten des neuen Vertrags weiter		
Mongolei	26.06.1991	1996 II S.	50	23.06.1996
Namibia	21.01.1994	1997 II S.	186	21.12.1997
Nepal	20.10.1986	1988 II S.	262	07.07.1988
Nicaragua	06.05.1996	1998 II S.	637	19.01.2001
Niger	29.10.1964	1965 II S.	1402	10.01.1966
Oman	25.06.1979	1985 II S.	354	04.02.1986
Pakistan	25.11.1959	1961 II S.	793	28.04.1962
Panama	02.11.1983	1987 II S.	2	10.03.1989
Papua Neuguinea	12.11.1980	1982 II S.	389	03.11.1983
Paraguay	11.08.1993	1997 II S.	2080	03.07.1998
Peru	30.01.1995	1997 II S.	197	01.05.1997
Philippinen	18.04.1997	1998 II S.	1448	01.02.2000
Polen ^{**)}	10.11.1989	1990 II S.	606	24.02.1991
Portugal	16.09.1980	1982 II S.	56	23.04.1982
Ruanda	18.05.1967	1968 II S.	1260	28.02.1969
Rumänien (neuer)	25.06.1996	1998 II S.	645	12.12.1998

Vertrag)				
<i>Russland</i> ^{*)}	IFV mit der ehemaligen Sowjetunion gilt weiter			
Sambia	10.12.1966	1968 II S.	33	25.08.1972
Saudi-Arabien	29.10.1996	1998 II S.	593	09.01.1999
Senegal	24.01.1964	1965 II S.	1391	16.01.1966
Sierra Leone	08.04.1965	1966 II S.	861	10.12.1966
Simbabwe	29.09.1995	1997 II S.	1839	14.04.2000
Singapur	03.10.1973	1975 II S.	49	01.10.1975
<i>Slowakische Republik</i> ^{*)}	IFV mit der ehemaligen CSFR gilt weiter			
Slowenien	28.10.1993	1997 II S.	2088	18.07.1998
Somalia	27.11.1981	1984 II S.	778	15.02.1985
Sowjetunion	13.06.1989	1990 II S.	342	05.08.1991
Sri Lanka (neuer Vertrag)	07.02.2000	2002 II S.	296	16.01.2004
St. Lucia	16.03.1985	1987 II S.	13	22.07.1987
St. Vincent und die Grenadinen	25.03.1986	1987 II S.	744	08.01.1989
Südafrika	11.09.1995	1997 II S.	2098	10.04.1998
Sudan	07.02.1963	1966 II S.	889	24.11.1967
Swasiland	05.04.1990	1993 II S.	209	07.08.1995
Syrien	02.08.1977	1979 II S.	422	20.04.1980
<i>Tadschikistan</i> ^{*)}	IFV mit der ehemaligen Sowjetunion gilt weiter			
Tansania	30.01.1965	1966 II S.	873	12.07.1968
Thailand (neuer Vertrag)	24.06.2002	2004 II S.	48	20.10.2004
Togo	16.05.1961	1964 II S.	154	21.12.1964
Tschad	11.04.1967	1968 II S.	221	23.11.1968
<i>Tschechische Republik</i> ^{*)}	IFV mit der ehemaligen CSFR gilt weiter			
Tunesien	20.12.1963	1965 II S.	1377	06.02.1966
Türkei	20.06.1962	1965 II S.	1193	16.12.1965
Turkmenistan	28.08.1997	2000 II S.	664	19.02.2001
Uganda	29.11.1966	1968 II S.	449	19.08.1968
Ukraine	15.02.1993	1996 II S.	75	29.06.1996
Ungarn	30.04.1986	1987 II S.	438	07.11.1987
Uruguay	04.05.1987	1988 II S.	272	29.06.1990
Usbekistan	28.04.1993	1997 II S.	2106	23.05.1998
Venezuela	14.05.1996	1998 II S.	653	16.10.1998
Vereinigte Arabische Emirate	21.06.1997	1998 II S.	1474	02.07.1999
Vietnam	03.04.1993	1997 II S.	2116	19.09.1998
Zentralafrikanische Republik	23.08.1965	1967 II S.	1657	21.01.1968

Insgesamt: 115 Verträge

^{*)} Kursiv gedruckte Länder (Weitergeltung bestehender Verträge) wurden bei der Gesamtzahl der Verträge nicht mit-gezählt.

^{**)} Änderungs- und Ergänzungsprotokoll (siehe Pkt. C).

B. Unterzeichnete, aber noch nicht in Kraft getretene Verträge

Vertragspartner	unterzeichnet am:	Zustimmungsgesetz veröffentlicht im BGBl.:	vorläufig anwendbar
Afghanistan	19.04. und 20.04.2005	-	nein
Ägypten	16.06.2005	-	1
Äthiopien	19.01.2004	-	nein
Angola	30.10.2003	-	nein
Bosnien und Herzegowina	18.10.2001	2004 II S. 314	2
Botsuana	23.05.2000	2002 II S. 278	nein
Brasilien	21.09.1995	1998 II S. 602	nein
Burkina Faso	22.10.1996	1998 II S. 1457	ja
China (neuer Vertrag)	01.12.2003	-	3
Gabun (neuer Vertrag)	15.09.1998	2001 II S. 478	4
Guatemala	17.10.2003	-	nein
Indonesien (neuer Vertrag)	14.05.2003	2005 II S. 514	5
Israel	24.06.1976	1978 II S. 209	ja
Kirgistan	28.08.1997	-	6
Libyen	15.10.2004	-	nein
Marokko (neuer Vertrag)	06.08.2001	2004 II S. 333	7
Moldau	28.02.1994	1997 II S. 2072	8
Mosambik	06.03.2002	2004 II S. 341	nein
Nigeria	28.03.2000	-	nein
Palästina	10.07.2000	2005 II S. 526	nein
Tadschikistan	27.03.2003	2005 II S. 538	9 ⁶⁾
Jemen (Arab.Rep.) (neuer Vertrag)	02.03.2005	-	10 ⁸⁾

Insgesamt: 22 Verträge

¹ Bis zum Inkrafttreten des neuen IFV gilt der Vertrag vom 05.07.1974 weiter.

² Es wurde Weiteranwendung des IFV mit dem ehemaligen Jugoslawien bis zum Inkrafttreten des neuen IFV vereinbart.

³ Bis zum Inkrafttreten des neuen IFV gilt der Vertrag vom 07.10.1983 weiter.

⁴ Bis zum Inkrafttreten des neuen IFV gilt der Vertrag vom 16.05.1969 weiter.

⁵ Bis zum Inkrafttreten des neuen IFV gilt der Vertrag vom 08.11.1968 weiter.

⁶ Es wurde Weiteranwendung des IFV mit der ehemaligen Sowjetunion bis zum Inkrafttreten des neuen IFV vereinbart.

⁷ Bis zum Inkrafttreten des neuen IFV gilt der Vertrag vom 31.08.1961 weiter.

⁸ Es wurde Weiteranwendung des IFV mit der ehemaligen Sowjetunion bis zum Inkrafttreten des neuen IFV vereinbart.

⁹ Es wurde Weiteranwendung des IFV mit der ehemaligen Sowjetunion bis zum Inkrafttreten des neuen IFV vereinbart.

¹⁰ Bis zum Inkrafttreten des neuen IFV gilt der Vertrag vom 21.06.1974 weiter.

C. Unterzeichnete, aber noch nicht in Kraft getretene Änderungsprotokolle zu bestehenden Verträgen

mit	unterzeichnet am:	Zustimmungsgesetz veröffentlicht im BGBl.:	vorläufig anwendbar	
Polen	14.05.2003	2005 II S. 535	nein	
Moldau	26.08.2003	2005 II S. 523	nein	

Anhang 2

Deutscher Mustervertrag

Quelle: BMWA, Stand: Mai 2005

Vertrag
zwischen
der Bundesrepublik Deutschland
und
.....
über
die Förderung und den gegenseitigen Schutz von
Kapitalanlagen

Die Bundesrepublik Deutschland
und
..... -

in dem Wunsch, die wirtschaftliche Zusammenarbeit zwischen beiden Staaten zu vertiefen,

in dem Bestreben, günstige Bedingungen für Kapitalanlagen von Investoren des einen Staates im Hoheitsgebiet des anderen Staates zu schaffen,

in der Erkenntnis, dass eine Förderung und ein vertraglicher Schutz dieser Kapitalanlagen geeignet sind, die private wirtschaftliche Initiative zu beleben und den Wohlstand beider Völker zu mehren -

haben folgendes vereinbart:

Artikel 1

Für die Zwecke dieses Vertrags

1. umfasst der Begriff "Kapitalanlagen" Vermögenswerte jeder Art, insbesondere
 - a) Eigentum an beweglichen und unbeweglichen Sachen sowie sonstige dingliche Rechte wie Hypotheken und Pfandrechte;
 - b) Anteilsrechte an Gesellschaften und andere Arten von Beteiligungen an Gesellschaften;
 - c) Ansprüche auf Geld, das verwendet wurde, um einen wirtschaftlichen Wert zu schaffen, oder Ansprüche auf Leistungen, die einen wirtschaftlichen Wert haben;
 - d) Rechte des geistigen Eigentums, wie insbesondere Urheberrechte, Patente, Gebrauchsmuster, gewerbliche Muster und Modelle, Marken, Handelsnamen, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, technische Verfahren, Know-how und Goodwill;
 - e) öffentlich-rechtliche Konzessionen einschließlich Aufsuchungs- und Gewinnungskonzessionen;

eine Änderung der Form, in der Vermögenswerte angelegt werden, lässt ihre Eigenschaft als Kapitalanlage unberührt;

2. bezeichnet der Begriff "Erträge" diejenigen Beträge, die auf eine Kapitalanlage für einen bestimmten Zeitraum anfallen, wie Gewinnanteile, Dividenden, Zinsen, Lizenz- oder andere Entgelte;

3. bezeichnet der Begriff "Investor"

a) in bezug auf die Bundesrepublik Deutschland:

i) Deutsche im Sinne des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland,

ii) jede juristische Person sowie jede Handelsgesellschaft oder sonstige Gesellschaft oder Vereinigung mit oder ohne Rechtspersönlichkeit, die ihren Sitz im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland hat, gleichviel, ob ihre Tätigkeit auf Gewinn gerichtet ist oder nicht,

b) in bezug auf.....:

i)

ii)

Artikel 2

(1) Jeder Vertragsstaat wird in seinem Hoheitsgebiet Kapitalanlagen von Investoren des anderen Vertragsstaats nach Möglichkeit fördern und diese Kapitalanlagen in Übereinstimmung mit seinen Rechtsvorschriften zulassen.

(2) Jeder Vertragsstaat wird in seinem Hoheitsgebiet Kapitalanlagen von Investoren des anderen Vertragsstaats in jedem Fall gerecht und billig behandeln und ihnen den vollen Schutz des Vertrags gewähren.

(3) Ein Vertragsstaat wird die Verwaltung, die Erhaltung, den Gebrauch, die Nutzung oder die Verfügung über die Kapitalanlagen von Investoren des anderen Vertragsstaats in seinem Hoheitsgebiet in keiner Weise durch willkürliche oder diskriminierende Maßnahmen beeinträchtigen.

Artikel 3

(1) Jeder Vertragsstaat behandelt Kapitalanlagen in seinem Hoheitsgebiet, die im Eigentum oder unter dem Einfluss von Investoren des anderen Vertragsstaats stehen, nicht weniger günstig als Kapitalanlagen der eigenen Investoren oder Investoren dritter Staaten.

(2) Jeder Vertragsstaat behandelt Investoren des anderen Vertragsstaats hinsichtlich ihrer Betätigung im Zusammenhang mit Kapitalanlagen in seinem Hoheitsgebiet nicht weniger günstig als seine eigenen Investoren oder Investoren dritter Staaten.

(3) Diese Behandlung bezieht sich nicht auf Vorrechte, die ein Vertragsstaat den Investoren dritter Staaten wegen seiner Mitgliedschaft in einer Zoll- oder Wirtschaftsunion, einem gemeinsamen Markt oder einer Freihandelszone oder wegen seiner Assoziierung damit einräumt.

(4) Die in diesem Artikel gewährte Behandlung bezieht sich nicht auf Vergünstigungen, die ein Vertragsstaat den Investoren dritter Staaten aufgrund eines Doppelbesteuerungsabkommens oder sonstiger Vereinbarungen über Steuerfragen gewährt.

Artikel 4

(1) Kapitalanlagen von Investoren eines Vertragsstaats genießen im Hoheitsgebiet des anderen Vertragsstaats vollen Schutz und volle Sicherheit.

(2) Kapitalanlagen von Investoren eines Vertragsstaats dürfen im Hoheitsgebiet des anderen Vertragsstaats nur zum allgemeinen Wohl und gegen Entschädigung direkt oder indirekt enteignet, verstaatlicht oder anderen Maßnahmen unterworfen werden, die in ihren Auswirkungen einer Enteignung oder Verstaatlichung gleichkommen. Die Entschädigung muss dem Wert der enteigneten Kapitalanlage unmittelbar vor dem Zeitpunkt entsprechen, in dem die tatsächliche oder drohende Enteignung, Verstaatlichung oder vergleichbare Maßnahme öffentlich bekannt wurde. Die Entschädigung muss unverzüglich geleistet werden und ist bis zum Zeitpunkt der Zahlung mit dem üblichen bankmäßigen Zinssatz zu verzinsen; sie muss tatsächlich verwertbar und frei transferierbar sein. Spätestens im Zeitpunkt der Enteignung, Verstaatlichung oder vergleichbaren Maßnahme muss in geeigneter Weise für die Festsetzung und Leistung der Entschädigung Vorsorge getroffen sein. Die Rechtmäßigkeit der Enteignung, Verstaatlichung oder vergleichbaren Maßnahme und die Höhe der Entschädigung müssen in einem ordentlichen Rechtsverfahren nachgeprüft werden können.

(3) Investoren eines Vertragsstaats, die durch Krieg oder sonstige bewaffnete Auseinandersetzungen, Revolution, Staatsnotstand oder Aufruhr im Hoheitsgebiet des anderen Vertragsstaats Verluste an Kapitalanlagen erleiden, werden von diesem Vertragsstaat hinsichtlich der Rückerstattungen, Abfindungen, Entschädigungen oder sonstigen Gegenleistungen nicht weniger günstig behandelt als seine eigenen Investoren. Solche Zahlungen müssen frei transferierbar sein.

(4) Hinsichtlich der in diesem Artikel geregelten Angelegenheiten genießen die Investoren eines Vertragsstaats im Hoheitsgebiet des anderen Vertragsstaats Meistbegünstigung.

Artikel 5

Jeder Vertragsstaat gewährleistet den Investoren des anderen Vertragsstaats den freien Transfer der im Zusammenhang mit einer Kapitalanlage stehenden Zahlungen, insbesondere

- a) des Kapitals und zusätzlicher Beträge zur Aufrechterhaltung oder Ausweitung der Kapitalanlage;
- b) der Erträge;
- c) zur Rückzahlung von Darlehen;
- d) des Erlöses aus der vollständigen oder teilweisen Liquidation oder Veräußerung der Kapitalanlage;
- e) der in Artikel 4 vorgesehenen Entschädigungen.

Artikel 6

Leistet ein Vertragsstaat seinen Investoren Zahlungen aufgrund einer Gewährleistung für eine Kapitalanlage im Hoheitsgebiet des anderen Vertragsstaats, so erkennt dieser andere Vertragsstaat, unbeschadet der Rechte des erstgenannten Vertragsstaats aus Artikel 10, die Übertragung aller Rechte oder Ansprüche dieser Investoren kraft Gesetzes oder aufgrund Rechtsgeschäfts auf den erstgenannten Vertragsstaat an. Ferner erkennt der andere Vertragsstaat den Eintritt des erstgenannten Vertragsstaats in alle diese Rechte oder Ansprüche (übertragene Ansprüche) an, welche der erstgenannte Vertragsstaat in demselben Umfang wie sein Rechtsvorgänger auszuüben berechtigt ist. Für den Transfer von Zahlungen aufgrund der übertragenen Ansprüche gelten Artikel 4 Absätze 2 und 3 und Artikel 5 entsprechend.

Artikel 7

- (1) Transferierungen nach Artikel 4 Absätze 2 oder 3, Artikel 5 oder Artikel 6 erfolgen unverzüglich zu dem am Tag des Transfers geltenden Marktkurs.
- (2) Gibt es keinen Devisenmarkt, so gilt der Kreuzkurs (cross rate), der sich aus denjenigen Umrechnungskursen ergibt, die der Internationale Währungsfonds zum Zeitpunkt der Zahlung Umrechnungen der betreffenden Währungen in Sonderziehungsrechte zugrunde legen würde.

Artikel 8

- (1) Ergibt sich aus den Rechtsvorschriften eines Vertragsstaats oder aus völkerrechtlichen Verpflichtungen, die neben diesem Vertrag zwischen den Vertragsstaaten bestehen oder in Zukunft begründet werden, eine allgemeine oder besondere Regelung, durch die den Kapitalanlagen der Investoren des anderen Vertragsstaats eine günstigere Behandlung als nach diesem Vertrag zu gewähren ist, so geht diese Regelung dem vorliegenden Vertrag insoweit vor, als sie günstiger ist.
- (2) Jeder Vertragsstaat wird jede andere Verpflichtung einhalten, die er in bezug auf Kapitalanlagen von Investoren des anderen Vertragsstaats in seinem Hoheitsgebiet übernommen hat.

Artikel 9

Dieser Vertrag gilt auch für Kapitalanlagen, die Investoren des einen Vertragsstaats in Übereinstimmung mit den Rechtsvorschriften des anderen Vertragsstaats in dessen Hoheitsgebiet schon vor dem Inkrafttreten dieses Vertrags vorgenommen haben.

Artikel 10

- (1) Meinungsverschiedenheiten zwischen den Vertragsstaaten über die Auslegung oder Anwendung dieses Vertrags sollen, soweit möglich, durch die Regierungen der beiden Vertragsstaaten beigelegt werden.
- (2) Kann eine Meinungsverschiedenheit auf diese Weise nicht beigelegt werden, so ist sie auf Verlangen eines der beiden Vertragsstaaten einem Schiedsgericht zu unterbreiten.
- (3) Das Schiedsgericht wird von Fall zu Fall gebildet, indem jeder Vertragsstaat ein Mitglied bestellt und beide Mitglieder sich auf den Angehörigen eines dritten Staates als Obmann einigen, der von den Regierungen der beiden Vertragsstaaten zu bestellen ist. Die Mitglieder sind innerhalb von zwei Monaten, der Obmann innerhalb von drei Monaten zu bestellen, nachdem der eine Vertragsstaat dem anderen mitgeteilt hat, dass er die Meinungsverschiedenheit einem Schiedsgericht unterbreiten will.
- (4) Werden die in Absatz 3 genannten Fristen nicht eingehalten, so kann in Ermangelung einer anderen Vereinbarung jeder Vertragsstaat den Präsidenten des Internationalen Gerichtshofs bitten, die erforderlichen Ernennungen vorzunehmen. Besitzt der Präsident die Staatsangehörigkeit eines der beiden Vertragsstaaten oder ist er aus einem anderen Grund verhindert, so soll der Vizepräsident die Ernennungen vornehmen. Besitzt auch der Vizepräsident die Staatsangehörigkeit eines der beiden Vertragsstaaten oder ist auch er verhindert, so soll das im Rang nächstfolgende Mitglied des Gerichtshofs, das nicht die Staatsangehörigkeit eines der beiden Vertragsstaaten besitzt, die Ernennungen vornehmen.

(5) Das Schiedsgericht entscheidet mit Stimmenmehrheit. Seine Entscheidungen sind bindend. Jeder Vertragsstaat trägt die Kosten seines Mitglieds sowie seiner Vertretung in dem Verfahren vor dem Schiedsgericht; die Kosten des Obmanns sowie die sonstigen Kosten werden von den beiden Vertragsstaaten zu gleichen Teilen getragen. Das Schiedsgericht kann eine andere Kostenregelung treffen. Im übrigen regelt das Schiedsgericht sein Verfahren selbst.

Muster I (ICSID-Mitgliedschaft beider Vertragsstaaten)

Artikel 11

(1) Meinungsverschiedenheiten in bezug auf Kapitalanlagen zwischen einem der Vertragsstaaten und einem Investor des anderen Vertragsstaats sollen, soweit möglich, zwischen den Streitparteien gütlich beigelegt werden.

(2) Kann die Meinungsverschiedenheit innerhalb einer Frist von sechs Monaten ab dem Zeitpunkt ihrer Geltendmachung durch eine der beiden Streitparteien nicht beigelegt werden, so wird sie auf Verlangen des Investors des anderen Vertragsstaats einem Schiedsverfahren unterworfen. Sofern die Streitparteien keine abweichende Vereinbarung treffen, wird die Meinungsverschiedenheit einem Schiedsverfahren im Rahmen des Übereinkommens vom 18. März 1965 zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten unterworfen.

(3) Der Schiedsspruch ist bindend und unterliegt keinen anderen als den in dem genannten Übereinkommen vorgesehenen Rechtsmitteln oder sonstigen Rechtsbehelfen. Er wird nach innerstaatlichem Recht vollstreckt.

(4) Der an der Streitigkeit beteiligte Vertragsstaat wird während eines Schiedsverfahrens oder der Vollstreckung eines Schiedsspruchs nicht als Einwand geltend machen, dass der Investor des anderen Vertragsstaats eine Entschädigung für einen Teil des Schadens oder den Gesamtschaden aus einer Versicherung erhalten hat.

Muster II (ICSID-Mitgliedschaft nur eines Vertragsstaats)

Artikel 11

(1) Meinungsverschiedenheiten in bezug auf Kapitalanlagen zwischen einem der Vertragsstaaten und einem Investor des anderen Vertragsstaats sollen, soweit möglich, zwischen den Streitparteien gütlich beigelegt werden.

(2) Kann die Meinungsverschiedenheit innerhalb einer Frist von sechs Monaten ab dem Zeitpunkt ihrer Geltendmachung durch eine der beiden Streitparteien nicht beigelegt werden, so wird sie auf Verlangen des Investors des anderen Vertragsstaats einem Schiedsverfahren unterworfen. Sofern die Streitparteien keine abweichende Vereinbarung treffen, sind die Bestimmungen des Artikels 10 Absätze 3 bis 5 sinngemäß mit der Maßgabe anzuwenden, dass die Bestellung der Mitglieder des Schiedsgerichts nach Artikel 10 Absatz 3 durch die Streitparteien erfolgt und dass, soweit die in Artikel 10 Absatz 3 genannten Fristen nicht eingehalten werden, jede Streitpartei mangels anderer Vereinbarungen den Präsidenten des Schiedsgerichtshofs der Internationalen Handelskammer in Paris bitten kann, die erforderlichen Ernennungen vorzunehmen. Der Schiedsspruch wird nach innerstaatlichem Recht vollstreckt.

(3) Der an der Streitigkeit beteiligte Vertragsstaat wird während eines Schiedsverfahrens oder der Vollstreckung eines Schiedsspruchs nicht als Einwand geltend machen, dass der Investor

des anderen Vertragsstaats eine Entschädigung für einen Teil des Schadens oder den Gesamtschaden aus einer Versicherung erhalten hat.

(4) Für den Fall, dass beide Vertragsstaaten auch Vertragsstaaten des Übereinkommens vom 18. März 1965 zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten geworden sind, werden Meinungsverschiedenheiten nach diesem Artikel zwischen den Streitparteien einem Schiedsverfahren im Rahmen des genannten Übereinkommens unterworfen, es sei denn, die Streitparteien treffen eine abweichende Vereinbarung; jeder Vertragsstaat erklärt hiermit sein Einverständnis mit einem solchen Verfahren.

Artikel 12

Dieser Vertrag gilt unabhängig davon, ob zwischen den beiden Vertragsstaaten diplomatische oder konsularische Beziehungen bestehen.

Artikel 13

Das beiliegende Protokoll ist Bestandteil dieses Vertrags.

Artikel 14

(1) Dieser Vertrag bedarf der Ratifikation; die Ratifikationsurkunden werden so bald wie möglich ausgetauscht.

(2) Dieser Vertrag tritt einen Monat nach Austausch der Ratifikationsurkunden in Kraft. Er bleibt zehn Jahre lang in Kraft; nach deren Ablauf verlängert sich die Geltungsdauer auf unbegrenzte Zeit, sofern nicht einer der beiden Vertragsstaaten den Vertrag mit einer Frist von zwölf Monaten vor Ablauf schriftlich kündigt. Nach Ablauf von zehn Jahren kann der Vertrag jederzeit mit einer Frist von zwölf Monaten gekündigt werden.

(3) Für Kapitalanlagen, die bis zum Zeitpunkt des Außerkrafttretens dieses Vertrags vorgenommen worden sind, gelten die vorstehenden Artikel noch für weitere zwanzig Jahre vom Tag des Außerkrafttretens des Vertrags an.

Geschehen zu am in zwei Urschriften,
jede in deutscher und Sprache, wobei jeder Wortlaut gleichermaßen verbindlich ist.

Für die
Bundesrepublik Deutschland

Für