

Mildner, Stormy-Annika; Mair, Sabine

Research Report

Im Schulterschluss für offene Märkte und Investorenschutz: Transatlantische Prinzipien für internationale Investitionsabkommen

SWP-Aktuell, No. 15/2013

Provided in Cooperation with:

Stiftung Wissenschaft und Politik (SWP), German Institute for International and Security Affairs, Berlin

Suggested Citation: Mildner, Stormy-Annika; Mair, Sabine (2013) : Im Schulterschluss für offene Märkte und Investorenschutz: Transatlantische Prinzipien für internationale Investitionsabkommen, SWP-Aktuell, No. 15/2013, Stiftung Wissenschaft und Politik (SWP), Berlin

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/255111>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

Im Schulterschluss für offene Märkte und Investorenschutz

Transatlantische Prinzipien für internationale Investitionsabkommen

Sabine Mair / Stormy-Annika Mildner

Die EU und die USA wollen sich zusammen für offene, transparente und diskriminierungsfreie Investitionspolitiken weltweit einsetzen. Grundlage hierfür sind die gemeinsamen Prinzipien für internationale Investitionsabkommen, auf die sich die transatlantischen Partner bereits im April 2012 geeinigt hatten. Die gemeinsamen Prinzipien sollen die Verhandlungsmacht der EU und der USA stärken und dabei helfen, international einen Standard nach ihren Vorstellungen zu verbreiten. Schon jetzt ist jedoch abzusehen, dass die Richtlinien des freien Marktzugangs für ausländische Investoren, die Vorgaben für offene und transparente Investor-Staat-Streitbeilegungsverfahren und die Definition von indirekter Enteignung nicht präzise genug formuliert werden. Hier sollten die EU und die USA noch einmal nachbessern. Dies gilt umso mehr, als die transatlantischen Partner bald ein umfassendes gemeinsames Handels- und Investitionsabkommen abschließen wollen.

Die Einigung auf gemeinsame transatlantische Grundsätze im Bereich der Investitionspolitik ist in dreierlei Hinsicht begrüßenswert: Erstens bilden sie eine wichtige Basis für ein Investitionskapitel in einem umfassenden transatlantischen Handels- und Investitionsabkommen. Am 12. Februar kündigten US-Präsident Barack Obama, EU-Kommissionspräsident José Manuel Barroso und Herman Van Rompuy, Präsident des Europäischen Rats, an, Gespräche über ein solches Handels- und Investitionsabkommen aufzunehmen. Die Verhandlungen sollen noch unter der irischen Ratspräsidentschaft beginnen. Die Integrations-

dynamik in den transatlantischen Wirtschaftsbeziehungen beruht schon lange nicht mehr auf dem Güterhandel, sondern auf ausländischen Direktinvestitionen und den wirtschaftlichen Aktivitäten von europäischen bzw. US-amerikanischen Unternehmensniederlassungen in den USA bzw. in der EU. Umso wichtiger ist es, Investitionsregeln stärker in den Blick zu nehmen.

Zweitens können die Grundsätze die Verhandlungsmacht der EU und der USA gegenüber Drittländern stärken und den transatlantischen Partnern helfen, ihre Ordnungsvorstellungen international durchzusetzen. Neben dem Marktzugang

geht es vor allem um Investorenschutz. Für Investitionen im Ausland ist ein stabiler Rechtsrahmen unabdingbar. Fehlt ein solcher Rahmen, sind sie schnell mit zu hohen Risiken behaftet. Drittens sind die Grundsätze ein Schritt hin zu international vergleichbaren Regeln. Je stärker das Recht weltweit angeglichen ist, desto ungehinderter kann im Ausland investiert werden. Die Erfahrungen mit der Vielzahl an bi- und plurilateralen Freihandelsabkommen (FTAs) haben gelehrt, welche hohen Transaktionskosten ein internationales Regelwarr nach sich ziehen kann. Sowohl in den USA als auch in der EU gibt es Überlegungen, ein bilaterales Investitionsabkommen (Bilateral Investment Treaty, BIT) mit China abzuschließen. Gemeinsame transatlantische Prinzipien würden unter anderem verhindern, dass EU- und US-Unternehmen in China unterschiedlichen und möglicherweise wettbewerbsverzerrenden Investitionsregeln unterliegen.

Globale Investitionstrends

Mit den gemeinsamen Investitionsprinzipien reagieren die transatlantischen Partner auf mehrere Trends in der globalen Investitionslandschaft: Seit 1990 ist das Volumen der Bestände ausländischer Direktinvestitionen um das Zehnfache gewachsen. Im Jahr 2011 betrug der weltweite Bestand von ADI (Inward-ADI) 20,4 Billionen Dollar. Prognosen zufolge wird sich dieser Wachstumstrend fortsetzen.

Die USA und die EU sind die weltweit größten Ziel- und Herkunftsländer von ADI. 2011 betrug der Bestand von ADI in der EU 7,3 Billionen Dollar; der Bestand europäischer ADI im Ausland erreichte ein Volumen von 9,2 Billionen Dollar. In den USA belief sich der Bestand von ADI im Inland im selben Jahr auf 3,5 Billionen Dollar; der Bestand US-amerikanischer Investitionen im Ausland summierte sich auf 4,5 Billionen Dollar (vgl. Tabelle 1).

Die EU und die USA sind füreinander wichtige Investitionspartner. So flossen 2011 51,1 Prozent der gesamten US-ameri-

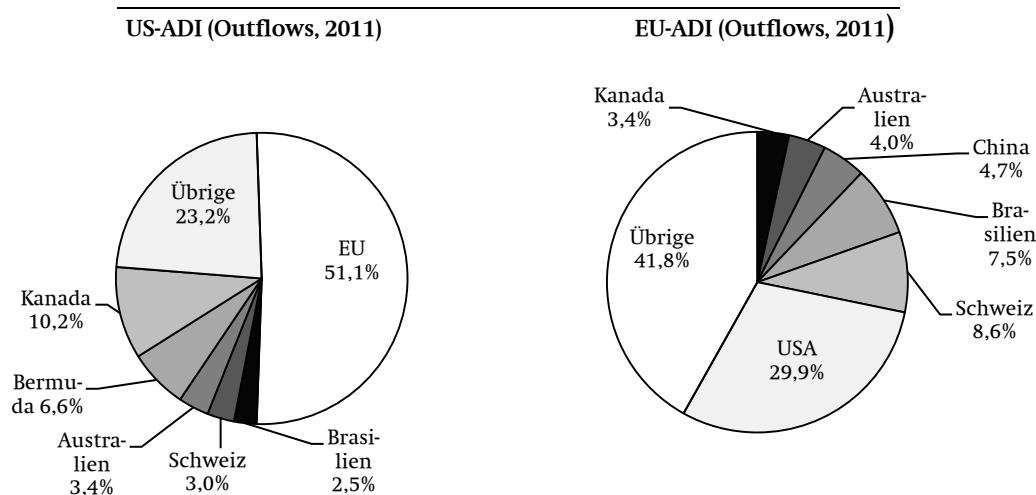
kanischen, im Ausland getätigten Direktinvestitionen in die EU. Im Gegenzug gingen im Jahr 2011 etwa 30 Prozent der gesamten europäischen ADI in die USA (vgl. Grafik 1).

Die Dominanz der transatlantischen Partner schmilzt jedoch (vgl. Tabelle 1). Augenfällig sind vor allem die Wachstumswahlen in China, wo die Bestände von ADI seit 1990 um knapp das 35-Fache auf 712 Milliarden Dollar im Jahr 2011 angewachsen sind. Allein 2011 betrug der Zufluss neuer Investitionen in China rund 124 Milliarden Dollar. Doch nicht nur die Investitionen in China steigen rapide an. Die Volksrepublik investiert auch immer mehr im Ausland und ist daher ein zunehmend wichtiger ADI-Partner sowohl für die USA als auch die EU.

Parallel zum wachsenden Volumen von ADI ist ein zweiter Trend zu beobachten: eine steigende Zahl von Investitionsabkommen. Solche Abkommen dienen dazu, ausländischen Investoren rechtliche Garantien wie faire Wettbewerbschancen, den Schutz des Eigentums und die Möglichkeit zuzusichern, ihre Rechte im Gastland gerichtlich durchzusetzen. Traditionell werden Investitionsabkommen auf bilateraler Ebene geschlossen, ein Trend, der sich in den letzten Jahren jedoch zu ändern scheint. Laut dem UNCTAD *World Investment Report* von 2012 dominieren BITs zwar in quantitativer Hinsicht immer noch, regionale Vereinbarungen, wie das 2012 unterzeichnete trilaterale Investitionsabkommen zwischen China, Japan und Südkorea, gewinnen aber an Bedeutung. Zudem werden Investitionsregelungen immer öfter in FTAs integriert. Im Jahr 2011 waren von 3164 internationalen Investitionsabkommen 2833 BITs und 311 »andere Investitionsabkommen«.

Hinzu kommt, dass internationale Investitionsabkommen immer öfter zwischen Schwellen- und Entwicklungsländern und nicht wie zuvor hauptsächlich zwischen Industrieländern und Schwellen- und Entwicklungsländern geschlossen werden. Die neuen ADI-Abkommen entsprechen nicht immer den Regelungsvorstellungen der EU und USA. So enthält beispielsweise das Über-

Abbildung 1: US- und EU-ADI 2011



Quellen: Bureau of Economic Analysis, *Foreign Direct Investment in the U.S.: Balance of Payments and Direct Investment Position Data*, <<http://www.bea.gov/international/di1fdibal.htm>> (eingesehen am 27.11.2012); Eurostat (eingesehen am 27.11.2012).

Tabelle 1

Anteile an dem weltweiten Handel und ausländischen Direktinvestitionen (FDI), in Prozent

	Anteile an den weltweiten Güterexporten ^a		Anteile an den weltweiten Güterimporten ^a		Anteile an den weltweiten FDI, Outward Stocks ^{**b}		Anteile an den weltweiten FDI, Inward Stocks ^{**b}	
	1980	2011	1980	2011	1980	2011	1980	2011
USA	16,4	10,6	17,9	15,6	39,2	21,3	11,9	17,2
EU	22,7	14,1	28,4	15,6	38,8	43,5	32,1	35,6
Deutschland	14,3	10,0	13,1	8,5	7,9	6,8	5,2	3,5
Japan	9,7	5,9	9,8	5,9	3,6	4,6	0,5	1,1
Brasilien	1,5	1,8	1,9	1,7	7,0	1,0	2,5	3,3
Indien	0,6	2,2	1,0	3,2	0,0	0,5	0,1	1,0
China	1,3	13,6	1,4	12,0	0,0	1,7	0,2	3,5

* Ohne Handel innerhalb der EU. ** Mit ausländischen Direktinvestitionen innerhalb der EU.

Quellen:

a IWF, *Direction of Trade Statistics*, via <<http://elibrary-data.imf.org/>> (Zugriff am 30.11.2012).

b UNCTAD, *UNCTADstat*, via <<http://unctadstat.unctad.org/>> (Zugriff am 30.11.2012).

einkommen zwischen China, Japan und Südkorea viele protektionistische Ausnahmeregelungen, die es dem Gastland erlauben, Marktzugang oder auch Investorenschutz einzuschränken.

Anders als für den Handel mit Gütern und Dienstleistungen, der den strengen Vorschriften der Welthandelsorganisation (WTO) unterliegt, gibt es für ausländische Direktinvestitionen kein vergleichbares

multilaterales Regelwerk. Lediglich handelsbezogene Aspekte von Investitionsmaßnahmen werden unter dem TRIMs-Abkommen der WTO geregelt.

Versuche, ein Multilateral Agreement on Investment (MAI) unter dem Dach der OECD abzuschließen, scheiterten Ende der 1990er Jahre. Investitionsregeln waren zwar zunächst Teil der Doha-Verhandlungsrunde der WTO, wurden jedoch auf

Wunsch der Entwicklungs- und Schwellenländer 2003 von der Agenda gestrichen. Im Sommer 2012 lancierte die United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) ihr Investment Policy Framework for Sustainable Development. Die UNCTAD-Richtlinien sollen sicherstellen, dass internationale Investitionsabkommen nachhaltiges Wachstum und Entwicklung in den Empfängerländern fördern. Im Besonderen werden Investoren dazu aufgefordert, Verantwortung für den sozialen und ökologischen Schutz von Entwicklungsländern zu übernehmen.

EU- und US-Investitionsabkommen

Mit dem Lissabonner Vertrag von 2009 erhielt die EU die Kompetenz zur Regulierung ausländischer Direktinvestitionen als Teil ihrer Handelspolitik (Art. 207 [1] und Art. 3 [1]e AEUV). Bisher hat die EU-Kommission jedoch kein eigenständiges Investitionsabkommen mit einem Drittstaat unterzeichnet. Daher sind die BITs der Mitgliedstaaten momentan die gültige Rechtsgrundlage. Die EU-Mitglieder unterhalten insgesamt 1765 BITs, Deutschland mit 136 nicht nur die meisten in der EU, sondern auch weltweit. Die BITs der EU-Staaten unterscheiden sich dabei teils sehr deutlich.

Regelungen über ADI finden sich gleichwohl in vielen der FTAs der EU in den Kapiteln zum Dienstleistungshandel. Am 11. September 2011 übertrug der EU-Rat der Kommission offiziell das Mandat, ein Investitionskapitel in die zu verhandelnden FTAs mit Indien, Singapur und Kanada zu integrieren. Zudem hat der EU-Rat der Kommission am 29. November 2012 grünes Licht für FTA-Verhandlungen mit Japan gegeben. Wie weitreichend die Investitionsregeln sein werden, ist zum jetzigen Zeitpunkt noch unklar.

Bisher hat die EU zwar noch keine Blaupause für Investitionsabkommen (Modell-BIT) vorgelegt. Seitdem der Lissabon-Vertrag in Kraft getreten ist, hat sie jedoch einige Mitteilungen und Verordnungsentwürfe veröffentlicht, die richtungsweisend sind.

Ein Entwurf vom 21. Juni 2012 etwa legt fest, wie im Falle eines Streitbeilegungsverfahrens die finanzielle Verantwortung zwischen den Mitgliedstaaten und der EU aufgeteilt werden soll. Klagt ein ausländischer Investor beispielsweise gegen eine ungerechte Behandlung in Deutschland, der jedoch eine europäische Richtlinie zugrunde liegt, so muss die EU gemäß Entwurf die Gerichtskosten und auch eine eventuell anfallende Entschädigungszahlung übernehmen. Am 11. Februar 2013 sprach sich die EU zudem für die neuen Transparenzregeln bei Investor-Staat-Streitbeilegungsverfahren aus, die von der UN-Arbeitsgruppe für Internationalen Handel erarbeitet wurden.

Die USA haben bis zum jetzigen Zeitpunkt 47 bilaterale Investitionsabkommen mit Drittstaaten geschlossen. Im weltweiten Vergleich ist dies eine eher geringe Zahl. Als Grund hierfür gilt das Beharren der US-Amerikaner auf ihrem Modell-BIT, von dem sie in Verhandlungen mit Drittstaaten selten abzuweichen bereit sind. Mittlerweile handelt die US-Administration Investitionsregelungen immer öfter auch als Teil von FTAs aus. So findet sich im FTA mit Südkorea ein Investitionskapitel. Auch in ein transpazifisches Partnerschaftsabkommen, das die USA zurzeit verhandeln, soll ein Investitionskapitel integriert werden. Die USA haben zwar bislang kein BIT mit China unterzeichnet, aber die Gespräche darüber wiederaufgenommen, die sie nach dem Tian'anmen-Massaker von 1989 abgebrochen hatten.

Am 20. April 2012 stellte die US-Administration einen neuen Modell-BIT vor. Darin wurden die Regelungen für den Umgang mit Staatsunternehmen geändert, die Möglichkeiten für US-Unternehmen, im Gastland bei der Ausarbeitung neuer Standards mitzuwirken, erweitert, neue Anforderungen für transparentes Regieren etabliert und das Verbot von Leistungsanforderungen ausgebaut. Letzteres soll verhindern, dass ein Gastland bestimmte Leistungen von ausländischen Investoren fordern kann (beispielsweise den Zugang zu bestimmten

Technologien). Auch sind in dem Modell-BIT neue Arbeits- und Umweltstandards festgeschrieben, denen zufolge Staaten zum Beispiel Umwelt- und Arbeitsgesetze nicht aussetzen dürfen, um ausländische Investoren anzulocken. Der neue US-Modell-BIT wird als Katalysator und Grundlage für die Verhandlungen mit China und Indien gesehen.

Die transatlantischen Grundsätze

Die transatlantischen Partner haben sich auf folgende Grundsätze geeinigt: 1. Nicht-Diskriminierung zwischen inländischen und ausländischen Investoren; 2. wettbewerbsneutrale Rahmenbedingungen für staatliche und private Unternehmen, die in Konkurrenz zueinander stehen; 3. Investorenschutz, Rechtssicherheit und Rechtsschutz; 4. fairer und obligatorischer Streitbeilegungsmechanismus; 5. Transparenz und Beteiligung der Öffentlichkeit bei der Entwicklung nationaler Regelungen, die Investitionen betreffen; 6. die Verpflichtung, multinationale Unternehmen zu einer sozial verantwortungsvollen Geschäftstätigkeit anzuhalten; und 7. eng definierte Prüfverfahren für Investitionen auf der Grundlage nationaler Sicherheitserwägungen.

Die Erarbeitung der EU-US-Prinzipien ist grundsätzlich zu begrüßen, doch wurden einige Differenzen zwischen den Partnern mit ihnen nicht gelöst. Diese betreffen unter anderem den freien Marktzugang für ausländische Investoren, die Regelungen in Sachen Investor-Staat-Streitbeilegungsverfahren und schließlich den Geltungsbereich indirekter Enteignung.

Investitionsregeln bewegen sich in einem Spannungsverhältnis zwischen dem Interesse des Investors und dem des Gastlands. Gewöhnlich ist einem Investor an einem möglichst einfachen und diskriminierungsfreien Zugang zum ausländischen Markt gelegen, bei gleichzeitig großer Rechtssicherheit und wirksamem Schutz seiner Investition. Die Regierung des Gastlands ist hingegen darauf aus, dass ihre Regelungskompetenz gewahrt bleibt. Ihr geht es darum, einen größtmöglichen Nutzen der

Investition für das Land zu sichern. Beide Interessen in Einklang zu bringen ist nicht immer einfach. Als Ziel sollte dies aber bei der weiteren Ausarbeitung der transatlantischen Prinzipien im Auge behalten werden.

Marktzugang

Entscheidend für die Offenheit eines Investitionsmarkts ist die nationale Gesetzgebung eines Landes. Der UNCTAD-Report berichtet jährlich über die Zahl der liberalen und protektionistischen Regularien in Ländern der ganzen Welt. Der prozentuale Anteil liberaler Gesetze sank von 94 Prozent im Jahr 2000 auf 78 Prozent 2011. Gleichzeitig stieg der Anteil protektionistischer Gesetze von 6 Prozent auf 22 Prozent an. Davon waren vor allem die Bereiche Landwirtschaft, Finanzdienstleistungen und Rohstoffe betroffen.

Zentrale Maßgabe, um den Marktzugang für ausländische Investoren zu sichern, ist das Diskriminierungsverbot. Dieses umfasst die Prinzipien der Inländerbehandlung und der Meistbegünstigung. Ersteres verlangt, dass ein Investor des Vertragspartners grundsätzlich nicht schlechter behandelt werden darf als ein einheimischer Investor. Die Meistbegünstigung verbietet dagegen eine Schlechterstellung gegenüber Investoren aus Drittstaaten.

Das Prinzip der Nicht-Diskriminierung kann sich sowohl auf die »Pre-establishment-Phase« beziehen, also auf die Zeit, bevor die Investition tatsächlich getätigt wird, wie auch auf die »Post-establishment-Phase«, wenn der Investor bereits vor Ort ist. Wird der Markteintritt eines Investors durch das nationale Recht reguliert und kein Diskriminierungsverbot für die Pre-establishment-Phase festgelegt, spricht man vom »admission clause«-Modell. Untersagt das Investitionsabkommen hingegen bereits für die Pre-establishment-Phase eine Diskriminierung ausländischer Investoren und enthält explizite Regeln etwa für Ausschreibung und Zulassung einer Investition, spricht man vom »right of establishment«-Modell. Letzteres bedeutet einen deutlich

größeren Einschnitt in die Regelungsmöglichkeiten von Staaten, da die Regierung des Gastlands eine ADI nicht untersagen kann. Beim »admission clause«-Modell kann die Regierung des Ziellands dagegen eine Investition ablehnen, da der im Vertrag verbrieft Schutz erst nach der getätigten Investition greift. Das Gastland muss diskriminierende Gesetze, welche die Ausschreibung, Zulassung und Lizenzierung von ausländischen Investitionen beeinträchtigen, dementsprechend nicht beseitigen.

Für die BITs der EU-Mitgliedstaaten ist das »admission clause«-Modell charakteristisch; sie beziehen sich mehrheitlich auf den Zeitraum *nach* der Tätigkeit einer Investition. Allerdings ist damit zu rechnen, dass sich die EU bei zukünftigen Verhandlungen über Investitionsabkommen für Pre-establishment-Rechte einsetzen wird.

Die US-BITs haben schon jetzt einen größeren Geltungsbereich; sie folgen dem »right of establishment«-Modell. In Artikel 3 des US-Modell-BIT steht, dass jede Vertragspartei einen Investor der anderen Partei (und auch Investoren von Drittparteien, Art. 4) unter gleichen Umständen »bezüglich der Etablierung, der Übernahme, dem Management, der Führung, der Betätigung, dem Verkauf« nicht weniger bevorzugt behandeln darf als inländische Investoren. Dies gilt auch schon für die Ausschreibung und Zulassung einer Investitionsanlage von Seiten des Gastlands.

In den transatlantischen Prinzipien wird nicht konkretisiert, ob sich diese auch auf die Pre-establishment-Phase beziehen. Es heißt dort lediglich: »Regierungen sollen sich, mit geringen Ausnahmen, verpflichten, ausländischen Investoren weitreichenden Marktzugang zu gewähren und ihnen zu erlauben, Investitionen zu tätigen und ihr Geschäft zu betreiben unter nicht schlechteren Bedingungen, als sie für heimische oder andere ausländische Investoren gegeben sind«.

Die transatlantischen Partner sollten den Grundsatz Marktzugang konkretisieren und sich auf das »right of establishment«-

Modell einigen, da dieses einen leichteren Marktzugang schafft. Allerdings sollte es, wie im Handelsrecht auch, Ausnahmeregeln geben, die klar definieren, wann von diesem Prinzip abgewichen werden darf, beispielsweise zum Schutz der nationalen Sicherheit und zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung. Dabei sollten soziale und ökologische Standards gemäß den UNCTAD-Richtlinien integriert werden, damit Entwicklungsländer in einer angemessenen und nachhaltigen Weise von dem erweiterten Marktzugang profitieren können.

Streitbeilegung

Offene, berechenbare und transparente Regeln für die Beilegung von Streitigkeiten sind unabdingbar, um Investitionsrisiken zu mindern.

Internationale Investitionsabkommen erlauben einem Investor üblicherweise, im Streitfall neben nationalen Gerichten auch ein internationales Schiedsgericht einzuschalten. Dazu zählen das International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) in New York, oder auch Ad-hoc-Tribunale, die gemäß den Regeln der United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Recht sprechen. Die Zahl der Streitbeilegungsverfahren ist den letzten Jahren enorm gestiegen. Im Jahr 2000 waren weltweit nur 13 Streitbeilegungsverfahren bekannt, mittlerweile sind es 450. Allein im Jahr 2011 sind 46 neue Streitbeilegungsfälle verzeichnet worden, der bislang größte Anstieg innerhalb eines Jahres.

Gerade in Hinblick auf die Investitionsverhandlungen mit China könnten starke transatlantische Streitschlichtungsprinzipien hilfreich sein. Bisher haben wenige ausländische Investoren ein Streitschlichtungsverfahren gegen China unter dem Schuttschirm eines BITs eingeleitet. Die meisten Investoren fürchten, dass ein solches Vorgehen ihrem Chinageschäft schaden könnte. Wenn die transatlantischen Partner sich hier auf eine starke Position einigen,

könnte dies in der Wirtschaft ein Umdenken einleiten.

Zudem enthalten die bestehenden BITs der EU-Mitglieder mit China nur sehr schwache Streitschlichtungsprinzipien und stellen keine gute Verhandlungsbasis für ein mögliches EU-China-BIT dar. Beispielsweise werden in dem Deutschland-China-BIT von 2005 in Artikel 9 chinesischen Autoritäten bei Investitionsstreitigkeiten mehr Rechte eingeräumt als deutschen Autoritäten. Demnach darf ein deutscher Investor gemäß Punkt 6 des angehängten Protokolls erst ein ICSID-Schiedsgericht gegen China anrufen, nachdem die Angelegenheit einem Verwaltungsprüfverfahren nach chinesischem Recht unterzogen wurde. Chinesische Investoren dürfen dagegen ohne die Ausschöpfung des deutschen Verwaltungswegs sofort ein ICSID-Schiedsgericht einberufen. In anderen BITs europäischer Staaten mit China finden sich noch schwächere Streitschlichtungsvereinbarungen. In dem UK-China-BIT (1986), dem Frankreich-China-BIT (1985) und dem Dänemark-China-BIT (1985) sind Investor-Staat-Streitbeilegungsverfahren beispielsweise nur dann erlaubt, wenn es um die Bestimmung der Entschädigungssumme bei Enteignungen geht. Andere Streitigkeiten können gemäß diesen Abkommen nicht vor einem internationalen Tribunal eingeklagt werden.

Im neuen Modell-Investitionsvertrag der USA ist die Pflicht zur Ausschöpfung des nationalen Verwaltungswegs bei Investor-Staat-Streitigkeiten nicht vorgesehen. Nach Artikel 25 müssen Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien durch ICSID-Verfahren gelöst werden.

Investor-Staat-Streitbeilegungsverfahren (ISDS) sind allerdings nicht unumstritten. Immer mehr Staaten fürchten, dass diese den eigenen Regulierungsspielraum zu stark beschneiden. Dass diese Sorgen nicht unberechtigt sind, belegen die Klagen von Philip Morris gegen Australien und Uruguay wegen deren nationaler Tabakgesetzgebung oder auch von Vattenfall gegen Deutschland wegen des Ausstiegs aus der

Nuklearenergie. Einige Staaten wie Bolivien und Ecuador haben sich daher bereits vom ICSID zurückgezogen. Australien hat angekündigt, dass seine Investitionsabkommen in Zukunft keine ISDS-Klauseln mehr enthalten werden.

In den gemeinsamen transatlantischen Investitionsgrundsätzen heißt es diesbezüglich: »Regierungen sollten Zugang zu fairen und obligatorischen Streitbeilegungsmechanismen bieten, einschließlich Investor-Staat-Streitbeilegungsverfahren, und sicherstellen, dass solche Verfahren offen und transparent sind sowie die Möglichkeit öffentlicher Beteiligung bieten«. Die transatlantischen Partner sollten diesen Grundsatz ergänzen: Eine verpflichtende Ausschöpfung des nationalen Verwaltungswegs bei Investor-Staat-Streitigkeiten sollte nicht vorgesehen werden. Zudem sollten sie auf mehr Transparenz bei der Streitschlichtung drängen. Gleichzeitig sollte bei der Konkretisierung des Grundsatzes darauf geachtet werden, dass der Spielraum für nationale Regulierungen gewahrt wird, beispielsweise zum Schutz der Gesundheit oder auch der Umwelt.

Indirekte Enteignung

Neben der gerechten und diskriminierungsfreien Behandlung von Investitionen ist der Schutz vor unrechtmäßiger Enteignung eines der wichtigen Anliegen von BITs. Ein bekannter Fall ist die spanische Öl- und Gas-Firma YPF, die im April 2012 von der argentinischen Regierung enteignet wurde. Im Dezember 2012 reichte das Unternehmen eine Klage gegen Argentinien vor dem ICSID ein.

Die Enteignung eines ausländischen Investors durch die Regierung des Gastlands ist unter den BITs zwar grundsätzlich gestattet, aber nur gegen angemessene und verwertbare Entschädigung. Dabei kann zwischen direkter und indirekter (schleichender) Enteignung unterschieden werden. Gerade die Definition indirekter Enteignung ist umstritten. Der Begriff ist dehnbar und lässt viel Spielraum für Inter-

pretation. Eine indirekte Enteignung und ein Anspruch auf Kompensation können beispielsweise geltend gemacht werden, wenn eine Gesetzesänderung den Wert einer Investition bzw. eines Investors mindert. Umstritten ist diese weite Auslegung, da sie die Regierung des Gastlands empfindlich in ihrer Regulierungsfreiheit einschränkt. Verbieht sie beispielsweise die Herstellung eines Produkts aufgrund gesundheitlicher oder ökologischer Erwägungen, kann dies als enteignungsgleicher Eingriff interpretiert werden, wenn das Verbot unternehmerische Verluste nach sich zieht.

Wie problematisch die Auslegung des Begriffs indirekte Enteignung ist, zeigt sich aktuell in den Verhandlungen zur transpazifischen Partnerschaft. Die USA fordern einen größtmöglichen Schutz des Investors vor indirekter Enteignung. Im US-Modell-Investitionsschutzvertrag steht in Annex B, Artikel 4, dass »indirekte Enteignung« je nach Fall bewertet werden soll und Faktoren wie die wirtschaftlichen Konsequenzen der Enteignung, die investitionsrelevanten Erwartungen und die Art der Regierungsintervention berücksichtigt werden müssen. Andere Verhandlungspartner befürworten hingegen eine Definition, wie sie etwa im FTA zwischen China und Peru (2009) oder auch zwischen China und Neuseeland (2008) zu finden ist. Diese FTAs bieten einen geringeren Schutz vor indirekter Enteignung, während der Regierung des Gastlands mehr Flexibilität zugestanden wird. Als Rechtfertigung für indirekte Enteignung kann das Gastland auf das öffentliche Gemeinwohl verweisen. Die Investitionsabkommen von EU-Mitgliedstaaten handhaben die Definition von »indirekter Enteignung« oft noch laxer. Im Deutschland-China-BIT von 2005 findet sich keine Bestimmung des Begriffs indirekte Enteignung. Auch die BITs Großbritanniens oder Frankreichs enthalten oft keine genaue Definition. Die Festlegung, was exakt mit indirekter Enteignung gemeint ist, dürfte neben der Frage des freien Marktzugangs eine der schwierigsten Heraus-

forderungen in den Verhandlungen mit den Chinesen werden.

In den transatlantischen Investitionsgrundsätzen wurde die Thematik nur gestreift. Es findet sich darin lediglich die Bemerkung: »Regierungen sollten den größtmöglichen Grad an Rechtssicherheit und Schutz gegen diskriminierende, willkürliche und anderweitig unfaire und schädigende Behandlung für alle Investoren und Investitionen in ihren Territorien herstellen, sowohl für materielle als auch immaterielle wie etwa geistige Eigentumsrechte. Dies beinhaltet das Recht auf prompte, angemessene und effektive Kompensation im Fall einer direkten oder indirekten Enteignung oder Verstaatlichung.«

Eine Konkretisierung des Begriffs indirekte Enteignung wäre wünschenswert. Dabei gilt es, einen Kompromiss zu finden, der auf der einen Seite dem Investor Schutz vor einer indirekten Enteignung gewährt, auf der anderen Seite den Regierungen Raum dafür lässt, Regulierungen im Sinne des Gemeinwohls vorzunehmen.

Es bleibt viel zu tun

Die transatlantischen Investitionsprinzipien sind ein Schritt in die richtige Richtung. Damit das gemeinsame Vorhaben, für offene Märkte und Investorenschutz einzutreten, Schlagkraft gewinnt, ist aber noch einige Konkretisierungsarbeit zu leisten. Einfach wird dies sicherlich nicht werden, zumal die EU noch keinen eigenen Modell-Investitionsvertrag vorgelegt hat. Will die EU mit den USA auf gleicher Augenhöhe verhandeln und gehaltvolle Regelungen zum Marktzugang und zum Schutz ausländischer Direktinvestitionen sowie zur Streitbeilegung erreichen, wird es allerhöchste Zeit, dass sie selbst ihre Vorstellungen zu den kritischen Punkten präzisiert. Angesichts seiner starken Investitionstätigkeit im Ausland und der Vielzahl an bisher abgeschlossenen BITs hat Deutschland ein besonderes Interesse an einer starken europäischen Position in den Verhandlungen.

© Stiftung Wissenschaft und Politik, 2013
Alle Rechte vorbehalten

Das Aktuell gibt ausschließlich die persönliche Auffassung der Autorinnen wieder

SWP
Stiftung Wissenschaft und Politik
Deutsches Institut für Internationale Politik und Sicherheit

Ludwigkirchplatz 3–4
10719 Berlin
Telefon +49 30 880 07-0
Fax +49 30 880 07-100
www.swp-berlin.org
swp@swp-berlin.org

ISSN 1611-6364

Siehe zur weiterführenden Lektüre auch das **SWP-Themendossier** »Die USA: Weltmacht im Wandel« www.swp-berlin.org/de/swp-themendossiers/die-usa-weltmacht-im-wandel.html