

**Michael Efler**

**Internationale Investitionsverträge  
-  
Bestandsaufnahme und Reformansätze**

**Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors der Wirtschafts-  
und Sozialwissenschaften der Universität Hamburg, Fakultät  
Wirtschafts- und Sozialwissenschaften**

**Hamburg/Berlin, Mai 2005**

**Prüfungskommission der Universität Hamburg, Fakultät  
Wirtschafts- und Sozialwissenschaften**

Erstgutachter: Prof. Dr. Wolfgang Voegeli  
Zweitgutachterin: Prof. Dr. Ingrid GröBl

Weitere Mitglieder der Prüfungskommission:

Prof. Dr. Leonhard Hajen  
Prof. Dr. Jürgen Hoffmann

Das Wissenschaftliche Gespräch fand am 30.5.2005 statt.

Die vorliegende Arbeit wurde am 24.9.2004 eingereicht.

## **Vorwort**

Der Anlass für diese Arbeit waren die Verhandlungen über ein Multilaterales Abkommen über Investitionen (MAI) im Rahmen der OECD. Irgendwann im Laufe des Jahres 1998 wurde ich damit konfrontiert. Zu diesem Zeitpunkt war noch nicht absehbar, dass die Verhandlungen scheitern würden und dass sich die Debatte vor allem auf ein allgemeines WTO-Investitionsabkommen konzentrieren würde. Damals bin ich davon ausgegangen, dass durch den MAI-Vertrag die Macht multinationaler Unternehmen weiter ausgebaut wird und dass die Möglichkeiten zur Regulierung im öffentlichen Interesse gravierend eingeschränkt werden. Ich befürchtete insbesondere negative Auswirkungen auf ökologische, soziale und demokratische Standards.

Im Verlaufe der Arbeit musste ich diese zentralen Annahmen revidieren. Insbesondere führen internationale Investitionsverträge nicht zu einem „*race to the bottom*“ – zu einem Wettbewerb um die niedrigsten Umwelt- und Sozialstandards. Dafür sind andere gravierende Probleme mit diesen Verträgen sowie mit den ihnen zu Grunde liegenden ökonomischen Rechtfertigungen aufgetreten.

Ich danke meinem Betreuer, Prof. Dr. Wolfgang Voegeli, für die Unterstützung während der letzten Jahre sowie für kritische Bemerkungen zu früheren Entwürfen dieser Arbeit.

Dank gebührt auch den Sekretariaten der Weltbank, des Internationalen Währungsfonds, des Internationalen Zentrums für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten, der Kommission der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht, des Vertrages über die Energiecharta, der Welthandelsorganisation, der Internationalen Handelskammer sowie der Stockholmer Handelskammer. Alle haben mir durch die Beantwortung von Detailfragen sehr geholfen.

Ich bedanke mich ebenfalls bei Luke Eric Peterson und Martin Schmerbach für die kompetente Beantwortung meiner Fragen. Schließlich bin ich sowohl Jens Kuhleemann als auch meinen Eltern tief verpflichtet, ohne deren praktische und moralische Unterstützung diese Arbeit nicht hätte gelingen können.

## Inhaltsverzeichnis

<b>I. Einleitung .....</b>	<b>10</b>
I.1 Fragestellung und Methodik .....	10
I.2 Definitionen.....	12
 <b>II. Historische Entwicklung der Investitionspolitik und -abkommen.....</b>	 <b>15</b>
II.1 Industrialisierung der heutigen Industrieländer .....	16
II.1.1 Großbritannien .....	16
II.1.2 USA .....	19
II.1.3 Deutschland.....	22
II.1.4 Weitere Staaten .....	23
II.1.5 „Tigerstaaten“ .....	25
II.1.6 Lehren aus der Geschichte .....	28
II.2 Entwicklung internationaler Investitionsverträge nach dem Zweiten Weltkrieg.....	30
II.2.1 1945 – Ende der 1960er-Jahre: ITO, GATT und der beginnende Bilateralismus.....	31
II.2.2 Die 1970er-Jahre: Konflikte zwischen Industrie- und Entwicklungsländern .....	33
II.2.3 1980 – heute: Liberalisierung und beginnender Multilateralismus .....	35
II.2.4 Exkurs: Von der Calvo-Doktrin zur Hull-Formel .....	36
II.2.5 Zusammenfassung .....	38
 <b>III. Theoretische Grundlagen .....</b>	 <b>40</b>
III.1 Direktinvestitionstheorien.....	40
III.1.1 Erweiterte Außenhandelstheorien.....	40
III.1.1.1 Zinssatz- und Kapitaltheorie.....	41
III.1.1.2 Der Ansatz von Corden .....	42
III.1.1.3 Der Ansatz von Hirsch.....	43
III.1.2 Standorttheorien .....	44
III.1.2.1 Der Ansatz von Tesch.....	44
III.1.2.2 Währungsraumtheorie.....	46
III.1.3 Industrieökonomische Theorien.....	47
III.1.3.1 Die Theorie der internationalen Operationen von Hymer .....	47
III.1.3.2 Theorie des oligopolistischen Reaktionsverhaltens .....	48
III.1.4 Internalisierungstheorien .....	49
III.1.5 Sonstige Theorien.....	50
III.1.5.1 Der verhaltenstheoretische Ansatz.....	50
III.1.5.2 Der Produktlebenszyklus-Ansatz.....	51
III.1.6 Der eklektische Ansatz von Dunning.....	52

<b>III.2 Exkurs: Neue Institutionenökonomik .....</b>	<b>57</b>
III.2.1 Die Institutionenökonomik von Douglas C. North.....	57
III.2.2 Empirische Tests der Neuen Institutionenökonomik .....	59
<b>III.3 Zusammenfassung.....</b>	<b>61</b>
<b>IV. Volkswirtschaftliche Auswirkungen von DI und ausgewählten DI-Politiken .....</b>	<b>63</b>
<b>IV.1 Entwicklung von DI.....</b>	<b>63</b>
IV.1.1 Statistische Erfassung.....	63
IV.1.2 Probleme bei der statistischen Erfassung von DI .....	64
IV.1.2 Quantitative Entwicklung .....	66
<b>IV.2 Volkswirtschaftliche Auswirkungen von DI.....</b>	<b>75</b>
IV.2.1 Wachstumseffekte.....	76
IV.2.1.1 Theorie .....	77
IV.2.1.2 Empirische Evidenz.....	78
IV.2.1.3 Zusammenfassende Bewertung .....	82
IV.2.2 Beschäftigungseffekte.....	83
IV.2.2.1 Theorie .....	83
IV.2.2.2 Empirie .....	86
IV.2.3 Lohnhöhe.....	91
IV.2.4 Wettbewerbseffekte.....	94
IV.2.4.1 Effekte im Zielland .....	95
IV.2.4.1.1 Konzentrationsgrad.....	95
IV.2.4.1.2 Wettbewerbsbeschränkende Geschäftspraktiken .....	98
IV.2.4.2 Globale Effekte .....	101
IV.2.4.2.1 Die Konzentration auf ausgewählten globalen Märkten.....	101
IV.2.4.2.2 Der Vergleich zwischen transnationalen Konzernen und Staaten.....	102
IV.2.5 Zahlungsbilanzeffekte/Volatilität .....	104
IV.2.5.1 Zahlungsbilanz .....	104
IV.2.5.2 Finanzkrisen und Volatilität .....	108
IV.2.6 Transferpreismanipulation.....	110
<b>IV.3 Volkswirtschaftliche Auswirkungen ausgewählter DI-Politiken .....</b>	<b>115</b>
IV.3.1 Performance requirements .....	115
IV.3.1.1 Theorie .....	117
IV.3.1.2 Empirie .....	118
IV.3.2 Investitionsanreize .....	121
IV.3.2.1 Theorie .....	121
IV.3.2.2 Empirie .....	125
<b>IV.4 Zusammenfassung .....</b>	<b>129</b>
<b>V. WTO.....</b>	<b>132</b>
<b>V.1. Entwicklung und Aufbau des WTO-Systems.....</b>	<b>132</b>
V.1.1 Von der ITO zur WTO .....	132

V.1.1.1 Die Havanna-Charta.....	132
V.1.1.2 GATT.....	133
V.1.1.3 Uruguay-Runde und WTO-Gründung.....	134
V.1.2 Organisatorischer Aufbau und Funktionsweise .....	136
V.1.2.1 Organe und formale Entscheidungsmechanismen .....	136
V.1.2.2 Die "Green-room"-Problematik .....	137
V.1.2.3 Verhandlungsmechanismen und die Rolle des Sekretariats .....	139
V.1.3 Grundprinzipien und Behandlung der Entwicklungsländer .....	141
V.1.3.1 Grundprinzipien .....	141
V.1.3.2 Ausnahmen.....	142
V.1.3.3 Behandlung der Entwicklungsländer .....	144
V.1.4 Streitschlichtung .....	147
V.1.5 Der Kampf um ein Investitionsabkommen in der WTO .....	150
<b>V.2. Investitionsrelevante WTO-Verträge.....</b>	<b>152</b>
V.2.1 GATS .....	152
V.2.1.1 Vertragsinhalte .....	153
V.2.1.1.1 Anwendungsbereich und Struktur des Abkommens .....	153
V.2.1.1.2 Allgemeine Verpflichtungen .....	155
V.2.1.1.3 Spezifische Verpflichtungen .....	157
V.2.1.1.4 Prinzip der fortschreitenden Liberalisierung.....	158
V.2.1.2 GATS 2000-Verhandlungen .....	159
V.2.2 TRIMs .....	160
V.2.2.1 Vertragsinhalte .....	160
V.2.2.2 Streitschlichtungspraxis.....	161
V.2.3 Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen.....	162
V.2.3.1 Vertragsinhalte .....	162
V.2.3.2 Streitschlichtungspraxis.....	165
V.2.4 TRIPS.....	166
V.2.4.1 Vertragsinhalte .....	167
V.2.4.2 Doha-Erklärung und TRIPS-review .....	171
<b>V.3. Zusammenfassung .....</b>	<b>172</b>
<b>VI. Weitere bestehende und geplante internationale Investitionsverträge .....</b>	<b>174</b>
<b>VI.1 Bilaterale Investitionsverträge .....</b>	<b>174</b>
VI.1.1 Historische und quantitative Entwicklung.....	174
VI.1.2 Vertragsinhalte.....	177
VI.1.2.1 Definition von Investitionen .....	177
VI.1.2.2 Pre-establishment vs. Post-establishment.....	178
VI.1.2.3 Investitionsförderung.....	178
VI.1.2.4 Völkerrechtlicher Mindestbehandlungsstandard .....	179
VI.1.2.5 Nichtdiskriminierung.....	179
VI.1.2.6 Enteignung .....	180
VI.1.2.7 Transfers.....	181
VI.1.2.8 Performance requirements.....	181
VI.1.2.9 Transparenz.....	181
VI.1.2.10 Ausnahmen.....	182
VI.1.2.11 Streitschlichtung.....	182
VI.1.2.12 Neuer Modell-BIT der USA.....	183
VI.1.3 Streitschlichtungspraxis .....	185

VI.1.3.1	Quantitative Entwicklung.....	185
IV.1.3.2	Ausgewählte Schiedsfälle .....	188
VI.1.4	Empirische Auswirkungen.....	196
VI.1.5	Zusammenfassung.....	199
<b>VI.2</b>	<b>NAFTA .....</b>	<b>200</b>
VI.2.1	Kapitel 11 NAFTA .....	200
VI.2.1.1	Kernbestandteile.....	200
VI.2.1.2	Allgemeine Ausnahmen.....	201
VI.2.1.3	Länderspezifische Ausnahmen.....	202
VI.2.1.4	Streitschlichtung.....	205
VI.2.1.5	Interpretationen durch die Freihandelskommission Juli 2001.....	207
VI.2.1.6	Erklärungen der Freihandelskommission Oktober 2003 .....	208
VI.2.2	Analyse des Investor-Staat-Streitschlichtungsverfahrens.....	209
VI.2.2.1	Der Ethyl-Fall .....	209
VI.2.2.1.1	Die Fakten.....	209
VI.2.2.1.2	Die Schiedsklage von Ethyl.....	210
VI.2.2.1.3	Die Erwiderung Kanadas .....	212
VI.2.2.1.4	Der Schiedsspruch .....	214
VI.2.2.1.5	Die Beilegung des Streites .....	215
VI.2.2.1.6	Die Auswirkungen des Falles.....	216
VI.2.2.2	Der Metalclad-Fall .....	217
VI.2.2.2.1	Die Fakten.....	217
VI.2.2.2.2	Der Schiedsspruch .....	218
VI.2.2.2.3	Das Überprüfungsurteil des Supreme Court of British Columbia.....	219
VI.2.2.2.4	Die Bedeutung dieses Falles.....	222
VI.2.2.3	Weitere NAFTA-Schiedssprüche .....	224
VI.2.2.3.1	Azinian .....	224
VI.2.2.3.2	Pope & Talbot.....	225
VI.2.2.3.3	S.D. Myers .....	227
VI.2.2.3.4	Mondev International Ltd.....	229
VI.2.2.3.5	ADF Group Inc. ....	230
VI.2.2.3.6	Marvin Feldman .....	231
VI.2.2.3.7	Loewen Group.....	233
VI.2.2.3.8	Waste Management II.....	234
VI.2.3	Vergleich des Enteignungsrechtes der USA mit NAFTA .....	235
VI.2.3.1	Die Grundstruktur des US-Enteignungsrechtes .....	236
VI.2.3.2	Mögliche Erweiterung des US-Enteignungsrechtes durch NAFTA.....	237
VI.2.4	Zusammenfassende Bewertung.....	242
VI.2.4.1	Allgemeine Bewertung.....	242
VI.2.4.2	Formal-Prozessuale Bewertung.....	244
VI.2.4.3	Materiellrechtliche Bewertung .....	245
<b>VI.3</b>	<b>MAI-Vertrag .....</b>	<b>248</b>
VI.3.1	Vorgeschichte und Verhandlungsablauf.....	248
VI.3.2	Vertragsinhalte.....	250
VI.3.2.1	Investitionsdefinition und Anwendungsbereich.....	250
VI.3.2.2	Behandlung von Investoren und Investitionen.....	251
VI.3.2.3	Investitionsschutz.....	255
VI.3.2.4	Streitschlichtung.....	257
VI.3.2.5	Ausnahmen und Schutzklauseln .....	257
VI.3.2.6	Sonstige Bestimmungen bzw. Vorschläge.....	261
VI.3.2.7	Bestimmungen zu Arbeit und Umwelt.....	262
VI.3.3	Zusammenfassung.....	263
<b>VI.4</b>	<b>Gesamtamerikanische Freihandelszone .....</b>	<b>265</b>

VI.4.1 Das Kapitel Investitionen im FTAA-Entwurf .....	267
VI.4.2 Zusammenfassung.....	273
<b>VI.5. Weitere bilaterale und regionale Handelsabkommen .....</b>	<b>274</b>
VI.5.1 Investitionsbestimmungen in bilateralen Handelsabkommen.....	274
VI.5.1.1 USA.....	275
VI.5.1.2 EU .....	276
VI.5.2 Investitionsbestimmungen in regionalen Handelsabkommen .....	278
VI.5.2.1 APEC .....	278
VI.5.2.2 Vertrag über die Energiecharta.....	279
<b>VI.6. Internationale Schiedsgerichtsbarkeit .....</b>	<b>283</b>
VI.6.1 Schiedsgerichtsinstitutionen und -verfahren.....	284
VI.6.1.1 ICSID.....	286
VI.6.1.2 UNCITRAL-Schiedsverfahrensordnung.....	286
VI.6.1.3 Internationale Handelskammer/Stockholmer Handelskammer.....	287
VI.6.2 Ausgewählte Problemkreise .....	288
VI.6.2.1 Transparenz.....	288
VI.6.2.2 Überprüfung von Schiedssprüchen .....	291
VI.6.2.3 Durchsetzung von Schiedssprüchen .....	294
VI.6.3 Zusammenfassung.....	297
<b>VI.7 Zusammenfassung .....</b>	<b>299</b>
<b>VII. Reformansätze .....</b>	<b>303</b>
<b>VII.1. Internationaler Investitionsvertrag – Ja oder NEIN? .....</b>	<b>303</b>
VII.1.1 Abwägung der Argumente .....	304
VII.1.1.1 Anstieg von Direktinvestitionen .....	304
VII.1.1.2 Das Transaktionskostenargument .....	306
VII.1.1.3 Kohärenz von Regeln und Schiedsverfahren .....	310
VII.1.1.4 Eigentumsschutz und Rechtssicherheit.....	311
VII.1.1.5 Marktverzerrungen.....	312
VII.1.1.6 Investitionsanreize.....	313
VII.1.1.7 Lock In.....	314
VII.1.1.8 Wechselwirkung zwischen Handel und Investitionen.....	315
VII.1.1.9 Verhandlungstaktische Argumente.....	317
VII.1.1.10 Sonstige Argumente.....	318
VII.1.2 Zusammenfassende Bewertung der Argumente .....	320
VII.1.3 Die Frage des geeigneten Verhandlungsforums .....	321
VII.1.4 Code of Conduct als Alternative? .....	324
<b>VII.2 Reformbedarf bei internationalen Investitionsabkommen.....</b>	<b>326</b>
VII.2.1 Definition von Investitionen .....	328
VII.2.1.1 Verschiedene Grundkonzeptionen der Investitionsdefinition .....	328
VII.2.1.2 Welcher grundsätzliche Ansatz sollte zugrunde gelegt werden? .....	331
VII.2.1.3 Welche Limitierungen sind sinnvoll? .....	332
VII.2.2 Inländerbehandlung .....	335
VII.2.2.1 Pre-establishment.....	335
VII.2.2.2 Post-establishment.....	338
VII.2.3 Performance requirements .....	341
VII.2.3.1 TRIMs.....	341
VII.2.3.2 Sonstige internationale Investitionsverträge .....	343

VII.2.4 Investitionsanreize .....	344
VII.2.4.1 Transparenz.....	344
VII.2.4.2 Einschränkung von Investitionsanreizen .....	347
VII.2.4.3 Einbeziehung von regulativen Konzessionen.....	348
VII.2.5 Streitschlichtung .....	349
VII.2.5.1 Investor-Staat-Verfahren – Ja oder Nein? .....	350
VII.2.5.2 Nationale oder internationale Verfahren?.....	352
VII.2.5.3 Welche Formen der Schiedsgerichtsbarkeit sind geeignet? .....	354
VII.2.5.4 Ein internationaler Wirtschaftsgerichtshof? .....	356
VII.2.5.5 Transparenz.....	358
VII.2.5.6 Überprüfung von Schiedssprüchen .....	359
VII.2.6 Wettbewerbsordnung und Steuergesetzgebung .....	362
VII.2.6.1 Wettbewerbsordnung .....	362
VII.2.6.2 Steuergesetzgebung .....	364
<b>VII.3 Zusammenfassung .....</b>	<b>366</b>
<b>VIII. Fazit .....</b>	<b>369</b>
<b>Anhänge .....</b>	<b>372</b>
Anhang 1: Auswirkung von F+Ü auf Konzentrationsgrade .....	373
Anhang 2: Investitionsdefinition am Beispiel des Modell-BIT der Schweiz .	374
Anhang 3: Abbildungen und Tabellen.....	375
<b>Abkürzungsverzeichnis .....</b>	<b>391</b>
<b>Quellenverzeichnis .....</b>	<b>394</b>
<b>I. Entscheidungsverzeichnis .....</b>	<b>394</b>
<b>II. Literaturverzeichnis .....</b>	<b>396</b>

## I. Einleitung

Verlagerung von Produktionsstätten in Billiglohnländer, Wettbewerb um die niedrigsten Umwelt- und Sozialstandards sowie zunehmende Marktmacht von transnationalen Konzernen auf der einen Seite – beschleunigte ökonomische Entwicklung in Entwicklungsländern durch ausländisches Kapital, Technologietransfer sowie verbesserte internationale Wettbewerbsfähigkeit auf der anderen Seite. Diese Befürchtungen und Hoffnungen haben die Gemeinsamkeit, dass sie sich auf ausländische Investitionen beziehen. Trotz einer deutlich positiveren Einstellung der Entwicklungsländer zu Auslandsinvestitionen im Vergleich zu der ideologischen Auseinandersetzung in den 1970er-Jahren wird dieses Thema nach wie vor sehr kontrovers diskutiert. Die öffentliche Auseinandersetzung um Auslandsinvestitionen hat sogar zugenommen, wie auch die Aktivitäten von NGOs, die dieses Thema mittlerweile „entdeckt“ haben, belegen.

Der rechtliche Rahmen für Auslandsinvestitionen wird neben der nationalen Investitionsgesetzgebung durch internationale Investitionsverträge abgesteckt. Die Brisanz dieses Themas wird dadurch verdeutlicht, dass nach dem Ende des zweiten Weltkrieges mittlerweile ca. ein halbes Dutzend Anläufe für einen internationalen Investitionsvertrag in verschiedenen internationalen Organisationen gescheitert sind. Das jüngste Beispiel dafür ist der fehlgeschlagene Versuch, ein allgemeines Investitionsabkommen im Rahmen der Doha-Runde der WTO auszuhandeln. Stattdessen hat sich mittlerweile ein immer unübersichtlicher werdendes Netz aus bilateralen und regionalen Investitionsverträgen herausgebildet, das durch investitionsrelevante multilaterale WTO-Verträge ergänzt wird. Im Weiteren soll die Fragestellung der Arbeit sowie das methodische Vorgehen erklärt werden. Es folgen Definitionen von Begriffen, die im Verlaufe der Arbeit immer wieder eine Rolle spielen.

### I.1 Fragestellung und Methodik

Die beiden zentralen und eng miteinander verbundenen Fragestellungen dieser Arbeit sind, ob ein internationaler Investitionsvertrag abgeschlossen werden sollte oder nicht und ob ggfs. welcher Reformbedarf hinsichtlich des bestehenden Netzes an internationalen Investitionsverträgen besteht. Dafür ist es elementar, aufzuzeigen, welche ökonomischen Auswirkungen DI haben und welcher rechtliche Rahmen bereits jetzt existiert. Die meisten wissenschaftlichen Untersuchungen beschränken sich darauf, entweder das Eine oder das Andere zu analysieren. Ein interdisziplinäres Vorgehen ist aber unumgänglich. Das methodische Vorgehen soll nun im Einzelnen anhand des Aufbaus der Arbeit beschrieben werden.

In Kapitel II wird untersucht, welche Auslandsinvestitions- und Handelspolitik die heutigen Industriestaaten in der Phase ihrer Industrialisierung anwandten. Außerdem wird die historische Entwicklung internationaler Investitionsverträge nach dem Zweiten Weltkrieg gewürdigt. Aus beiden Ausführungen können wichtige Rückschlüsse für die Beantwortung der Leitfragen dieser Arbeit abgeleitet werden. Eine klare Trennung zwischen Handel und Investitionen ist in diesem Kapitel weder möglich noch sinnvoll.

In Kapitel III werden Erklärungsansätze für Direktinvestitionen dargestellt. Dabei wird zwischen erweiterten Außenhandelstheorien, Standorttheorien, industrieökonomischen Theorien, Internalisierungstheorien, sonstigen Theorien und dem eklektischen Ansatz von Dunning unterschieden. Außerdem wird die Neue Institutionenökonomik herangezogen, die wertvolle Aussagen über die Bedeutung des Schutzes von Eigentumsrechten sowie von Transaktionskosten zulässt, die auf das Thema dieser Arbeit anwendbar sind.

In Kapitel IV wird vor allem die empirische Evidenz bezüglich der quantitativen Entwicklung sowie der volkswirtschaftlichen Auswirkungen von Direktinvestitionen untersucht. Bei letzteren werden dafür sechs Felder – Wachstum, Beschäftigung, Lohnhöhe, Wettbewerb, Zahlungsbilanz und Transferpreismanipulation – ausgewählt. Hierfür werden vor allem ökonometrische Studien herangezogen. Außerdem werden die beiden wohl wichtigsten Politiken in Bezug auf Direktinvestitionen analysiert – „*performance requirements*“ und Investitionsanreize.

Kapitel V widmet sich der Darstellung der Entwicklung und des Aufbaus der Welthandelsorganisation sowie einer Untersuchung der investitionsrelevanten WTO-Verträge. Erstere Auseinandersetzung erfolgt verhältnismäßig intensiv, da die WTO immer wieder als ein potenzielles Forum für multilaterale Investitionsverhandlungen ins Spiel gebracht wird.

Das mit großem Abstand umfangreichste Kapitel 6 der Arbeit (Weitere bestehende und geplante internationale Investitionsverträge) behandelt weitere bestehende und geplante internationale Investitionsverträge. Der große Umfang ist angesichts der Vielzahl unterschiedlicher Abkommen, die keineswegs uniforme Bestimmungen enthalten, nicht zu vermeiden. Es wird allerdings so gut es geht versucht, Redundanzen zu vermeiden. Im Einzelnen werden bilaterale Investitionsverträge, das Investitionskapitel des NAFTA, die gescheiterten Verhandlungen für ein multilaterales Investitionsabkommen im OECD-Rahmen (MAI) sowie die Investitionsbestimmungen der geplanten gesamtamerikanischen Freihandelszone dargestellt. Dazu kommen noch weitere bilaterale und regionale Handelsverträge, insoweit sie Investitionsbestimmungen enthalten. Hier ist vor allem der Vertrag über die Energiecharta relevant. Besonderer Wert wurde auf die Analyse der Schiedspraxis gelegt. So wurden sämtliche Schiedssprüche im Rahmen des NAFTA, die materielle Rechtsfragen behandeln, sowie mehrere auf bilateralen Investitionsverträgen beruhende Schiedssprüche ausgewertet. Denn nur aus einer Untersuchung der Vertragsinhalte und der Schiedspraxis können die Auswirkungen der Abkommen adäquat bewertet werden. Diese Analyse erfolgt wie bei der Darstellung der Vertragsinhalte durch eine Auseinandersetzung mit den Primärquellen, die durch Sekundärliteratur ergänzt wird. Durch die Transparenzdefizite der Verträge wird eine wirklich sorgfältige wissenschaftliche Analyse stark erschwert. Z.B. sind in Bezug auf bilaterale Investitionsverträge eine ganze Reihe von Schiedssprüchen nicht öffentlich zugänglich.

Neben den Verträgen, die substanzielle Investitionsbestimmungen enthalten, wird auch die Rolle der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit gewürdigt. Diese stellt den Rahmen für die Durchführung von

investitionsrelevanten Streitschlichtungsverfahren und vor allem mit der New-York-Konvention ein effektives Instrument zur Durchsetzung und Vollstreckung von Schiedssprüchen zur Verfügung.

Kapitel VII greift intensiv die Ergebnisse der vorherigen Kapitel auf. Hier werden der beiden Leitfragen der Arbeit konkret beantwortet. Zunächst erfolgt eine Auseinandersetzung mit zahlreichen Argumenten, die für die Aufnahme von Verhandlungen über ein multilaterales Investitionsabkommen vorgebracht werden. Die Frage eines potenziellen Verhandlungsforums für einen internationalen Investitionsvertrag wird erörtert. Dann wird der Reformbedarf bei den bestehenden internationalen Investitionsverträgen anhand von sechs Feldern (Investitionsdefinition, Inländerbehandlung, *performance requirements*, Investitionsanreize, Streitschlichtung sowie Wettbewerbs- und Steuergesetzgebung) herausgearbeitet. Es werden jeweils konkrete Empfehlungen dazu abgegeben.

Ein kurzes Fazit sowie mehrere Anhänge, in denen ein Vertragsexzerpt sowie Abbildungen und Tabellen zu finden sind, schließen die Arbeit ab.

## I.2 Definitionen

Die ökonomische Definition von Auslandsinvestitionen (Im Folgenden AI) ist klar von der juristischen Definition des Investitionsbegriffes in internationalen Investitionsverträgen zu trennen. Während die Volkswirtschaft vor allem den Transfer und den Bestand an AI misst (bzw. schätzt), wird in Verträgen versucht, schützenswerte Vermögens- und Eigentumswerte zu definieren, deren Verletzung zu Kompensationsforderungen führen kann. Letzteres ist mittlerweile eine politisch sehr umstrittene Frage geworden, da von der Investitionsdefinition natürlich die Reichweite der substantiellen Bestimmungen eines Abkommens abhängt. Im Folgenden wird die ökonomische Definition von AI dargelegt; die Diskussion der juristischen Definition erfolgt bei den einschlägigen Verträgen sowie im Reformteil der Arbeit.

Eine international verbindliche Definition gibt es bisher nicht. Während UNCTAD, OECD und IWF auf die gleiche Definition zurückgreifen, verwenden einige Staaten davon abweichende eigene Definitionen und Statistiken. Gemeinsam unterscheiden alle Definitionen zwischen **Direktinvestitionen**<sup>1</sup> (im Folgenden DI) und **ausländischen Portfolioinvestitionen** (im Folgenden API). Bei DI handelt es sich um einen Kapitaleinsatz eines Investors (unabhängig davon, ob es sich um eine natürliche oder um eine juristische Person handelt) eines Staates in einem anderen Staat, mit dem ein „*signifikanter Grad an Einfluss auf das Management des Unternehmens*“<sup>2</sup> oder „*eine dauerhafte Kontrolle des Unternehmens*“<sup>3</sup> verbunden ist. Berücksichtigt werden sowohl die Ersttransaktion wie auch alle darauf folgenden Transaktionen des Investors.<sup>4</sup> Der Grad des Einflusses bzw. die Kontrolle wird in der Regel durch einen Schwellenwert für die Beteiligung an Unternehmen festgestellt. Mittlerweile hat sich ein

<sup>1</sup> Häufig werden auch die Begriffe ausländische oder internationale DI verwandt. Dies ist allerdings tautologisch, denn der Begriff DI wird ausschließlich für Investitionen im Ausland benutzt. Im Englischen wird aber meistens von *foreign direct investment (FDI)* gesprochen.

<sup>2</sup> OECD (1996): OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment, S. 7-8. Eine nicht näher definierte Langfristigkeit der Investition ist ebenfalls gefordert. Dieses OECD-Dokument stellt eine Empfehlung an die OECD-Mitgliedsstaaten dar.

<sup>3</sup> Jungnickel, R. (2000): Direktinvestitionen – ein problematischer Standortindikator, S. 372.

<sup>4</sup> IWF (1993): Balance of Payments Manual, para. 359.

Wert von 10% international durchgesetzt, seit 1999 gilt diese Grenze auch in Deutschland, vorher lag sie bei 20%.<sup>5</sup> In der Praxis kann es aber natürlich zu Konstellationen kommen, in denen ein Investor ein Unternehmen effektiv kontrolliert, obwohl er weniger als 10% daran besitzt.

API dienen ausschließlich der Vermögensanlage und begründen keinen unternehmerischen Einfluss. Typische API sind Aktien, Anleihen, Schuldscheine und Derivate, sofern die benannten Schwellenwerte unterschritten werden. API können kurz- als auch langfristig sein. So wäre z.B. die mehrheitliche Übernahme eines britischen Unternehmens durch einen deutschen Investor oder das Errichten einer Tochterfirma eines US-Investors in Brasilien eine DI, während eine 5%-Beteiligung eines Hamburgers an einem dänischen Windkraftfonds oder ein Anteil eines englischen Investors an einem internationalen Investmentfonds eine API darstellt. Konzerninterne Kredite stellen dagegen DI dar, da die Unternehmenskontrolle gegeben ist. Im Empfängerland reinvestierte Gewinne zählen ebenfalls zu den DI.

Der IWF empfiehlt neben diesen beiden Kategorien noch die getrennte Ausweisung von „sonstigen Investitionen“. Dazu zählen z.B. Handelskredite, Bankkredite, IWF-Kredite sowie Bargeld und Geldeinlagen, die von Ausländern gehalten werden. Ebenfalls nicht den Direkt- oder API zuzuweisen sind Veränderungen von Gold- oder Devisenreserven, Beiträge zu internationalen Organisationen, Kompensationszahlungen, Überweisungen von Gastarbeitern etc.<sup>6</sup>

Wird in der Arbeit von **Auslandsinvestitionen** bzw. AI gesprochen, so sind damit sowohl Direktinvestitionen (DI) als auch ausländische Portfolioinvestitionen (API) gemeint. Andere internationale Kapitalflüsse werden nur berücksichtigt, soweit sie in einem direkten Zusammenhang mit internationalen Investitionsverträgen stehen (z.B. Kompensationszahlungen).

Mit **internationalen Investitionsverträgen** sind bi-, pluri- oder multilaterale sowie regionale völkerrechtliche Verträge gemeint, die sich ganz oder teilweise mit AI befassen. Mit der Abkürzung IIA (Internationales Investitionsabkommen) ist dagegen ein multilateraler Investitionsvertrag gemeint. Investitionsverträge zwischen Staaten und Unternehmen werden im Rahmen dieser Arbeit nicht untersucht.

**Greenfield investment** bezeichnet produktive Realinvestitionen, mit denen der Kapitalstock eines Landes erhöht wird. Demgegenüber stehen **Fusionen und Übernahmen (F+Ü)**, die hin und wieder auch als „*brownfield investment*“ bezeichnet werden. Dies sind die beiden Formen von DI.

Es ist zu unterscheiden zwischen horizontalen, vertikalen und diagonalen DI. **Horizontale DI** sind Investitionen auf der gleichen Produktionsstufe und dem gleichen relevanten Markt (z.B. die Investition eines deutschen Chemieunternehmens in die schwedische Chemieindustrie). **Vertikale DI** sind Investitionen in vor- oder nachgelagerte Produktionsstufen (z.B. die Übernahme eines Eisenerzbergwerkes durch einen Stahlproduzenten). **Diagonale DI** sind Investitionen auf Produktionsstufen und Märkten, auf denen das investierende Unternehmen bislang nicht aktiv war (z.B.

---

<sup>5</sup> Jungnickel, a.a.O., S. 372.

die Übernahme eines Musikunternehmens durch einen Buchverlag). Letzteres ist eine eher seltene Form der DI; sie finden in der Regel durch F+Ü statt.

DI sind außerdem nach den ihnen zu Grunde liegenden Motivationen zu unterscheiden. **Kostenorientierte DI** dienen der Senkung von Faktorkosten (z.B. durch Zugang zu billigen Arbeitskräften). **Marktorientierte DI** erfolgen aus Gründen der Erschließung und Bedienung eines Auslandsmarktes (dies ist z.B. das Motiv der meisten DI in China). **Ressourcenorientierte DI** sollen den kostengünstigen Zugang zu natürlichen Ressourcen (z.B. Erdöl oder Uran) sicherstellen. **Strategische DI** dienen dem Ausbau der Marktmacht (z.B. durch Übernahme eines konkurrierenden Unternehmens).

**Internationaler Handel** oder **Außenhandel** ist der internationale Austausch von Gütern und Dienstleistungen.

**Lizenzierung** ist neben DI und Export eine weitere Form der Auslandsmarktbearbeitung. Darunter wird ein Vertragsverhältnis verstanden, bei dem der Lizenzgeber dem Lizenznehmer gegen Bezahlung einer Gebühr erlaubt, seine Technologie, Patente, Warenzeichen, Designs, Prozesse, Know-how oder andere patentrechtlich geschützte Rechte zu verwenden.

**Multinationale Unternehmen (MNU)** oder **Transnationale Konzerne (TNK)** sind Unternehmen, deren Leistungsprozess in mindestens zwei Volkswirtschaften eigenständig vollzogen wird. DI werden von MNU durchgeführt.

---

<sup>6</sup> IWF (1993), a.a.O., paras. 411-445.

## II. Historische Entwicklung der Investitionspolitik und -abkommen

Die aktuelle Debatte um einen IIA wird nur ganz selten mit historischen Argumenten bzw. Fakten geführt. Herangezogen werden höchstens Erfahrungswerte aus den Verhandlungen zum MAI und/oder mit der NAFTA. Dass aber – wie die neuere Forschung belegt – die Politik der heutigen Industrieländer sowie der südostasiatischen Schwellenländer zum Zeitpunkt ihres Industrialisierungserfolges wertvolle Beiträge für die heutige Kontroverse liefern kann, wird sowohl von Befürwortern als auch von Gegnern eines IIA wie auch von der Wirtschaftswissenschaft weitgehend ignoriert. Historische Erfahrungen werden äußerst selektiv herangezogen, häufig nur zur Rechtfertigung vorgefertigter Meinungen. Dazu kommen historische Mythen (Globalisierungsmythen) wie vom ökonomischen Aufstieg Englands durch seine Freihandelspolitik. Im Gabler Wirtschaftslexikon findet sich z.B. an keiner Stelle ein Hinweis auf die mit ihrem Industrialisierungserfolg korrelierende Zollschutzpolitik zahlreicher heutiger Industrieländer („*Now Developed Countries*“, im Folgenden NDCs), aber stattdessen die – richtige – Feststellung, dass durch die Abschaffung von Binnenzöllen zwischen den deutschen Ländern der Grundstein für eine wirtschaftliche Entwicklung des Deutschen Reiches gelegt worden ist.<sup>7</sup> Ohne nähere Begründung wird dort auch behauptet, dass exportorientierte Länder den Sprung zur Industrialisierung geschafft haben.<sup>8</sup>

Hinsichtlich der historischen Erfahrungen wird im Folgenden keine scharfe Trennlinie zwischen Handels- und Investitionspolitik gezogen. Erheblich mehr Forschung ist zur historischen Handelspolitik betrieben worden als zur historischen (Auslands-)Investitionspolitik. Zu letzterer scheint es nur eine einzige umfassende Studie zu geben. Das erste und wohl einzige Buch, das sich exklusiv der Geschichte der AI in den USA widmete, erschien 1989.<sup>9</sup> Zu den meisten Staaten findet sich überhaupt keine explizite Literatur. Bis in die 1920er-Jahre hat außerdem kein Staat Statistiken über den Bestand bzw. die Ströme von AI geführt.<sup>10</sup>

Die Frage, welche Handels- und Investitionspolitik die zu untersuchenden Staaten während ihres „*take-off*“ – ihrer Transformation von einem unterentwickelten zu einem sich aus der Armut befreienden und international konkurrenzfähig werdenden Staat oder kurz: ihrer Industrialisierung – anwandten, ist die Leitfrage dieses Kapitels. Soweit ermittelbar, wird aber auch die jüngere Auslandsinvestitionspolitik dieser Länder gewürdigt. Für diesen Zweck wurden mehrere NDCs, darunter Großbritannien, USA und Deutschland sowie die südostasiatischen Tigerstaaten ausgewählt. Der Untersuchungszeitraum unterscheidet sich daher notwendigerweise. Während für die NDCs vor allem das 19. Jahrhundert (wenngleich insbesondere bei Großbritannien viel weiter zurückgegriffen werden muss) bis Anfang der

<sup>7</sup> Gabler Volkswirtschaftslexikon (1997), S. 678.

<sup>8</sup> Ebenda, S. 291. Immerhin wird anerkannt, dass Importsubstitution oft Voraussetzung für eine erfolgreiche Exportförderung ist.  
<sup>9</sup> Es handelt sich um Wilkins, M. (1989): *The History of Foreign Investment in the USA to 1914*, Harvard Studies in Business History. Bei der Behandlung der US-amerikanischen Auslandsinvestitionspolitik war dies eine sehr wichtige Informationsquelle. Allerdings beschreibt die Autorin weniger die Politik in Bezug auf DI, sondern stellt deskriptiv die Rolle der AI in ausgewählten Wirtschaftssektoren in den Mittelpunkt.

<sup>10</sup> Nur Kanada hat vor dem 2. Weltkrieg überhaupt Daten über Auslandsinvestitionsflüsse veröffentlicht, vgl. Dunning, J.H. (1986): *Some Historical Antecedents to the Eclectic Paradigm*, in Dunning, J.H. (Hrsg., 2002): *The Selected Essays of John H. Dunning*,

1930er-Jahre relevant ist, sind für die zuletzt genannten Staaten vor allem die 1960er- bis 1980er-Jahre maßgeblich.

Neben einer Betrachtung der jeweiligen Politik der einzelnen Staaten soll auch ein Überblick über die Debatte um internationale Investitionsabkommen in historischer Perspektive (seit dem Zweiten Weltkrieg) gegeben werden, ohne bereits eine inhaltliche Analyse der wichtigsten Verträge vornehmen zu wollen. Auch diese – jüngeren – Erfahrungen spielen bislang eine unverdient geringe Rolle in der heutigen Auseinandersetzung um ein IIA.

## II.1 Industrialisierung der heutigen Industrieländer

War Freihandel die Regel und Protektionismus die Ausnahme beim Entwicklungsprozess der NDCs?<sup>11</sup> Gab es eine goldene Ära des Freihandels, die durch den Protektionismus der 1920er- und 1930er-Jahre abrupt unterbrochen wurde? Und hat der ehemalige EU-Handelskommissar *Pascal Lamy* Recht, wenn er behauptet: „Die Geschichte zeigt: Diejenigen Länder, die ihre Märkte geöffnet haben, haben mehr für die Arbeitsplätze und die Bekämpfung der Armut getan als diejenigen, die sich abgeschottet haben.“<sup>12</sup>

### II.1.1 Großbritannien

Seit dem 14. Jahrhundert waren die Herrscher Großbritanniens vor allem darum bemüht, eine eigene Tuchindustrie aufzubauen. *Edward III.* (1327-1377) trug nur in England produzierte Kleidung und verbot den Import von Wollprodukten. *Heinrich VII.* (1485-1509) belegte den Export von englischer Rohwolle mit Gebühren und verbot ihn sogar zeitweise, um die inländische Tuchproduktion anzuregen. Auch die nachfolgenden Könige Englands führten eine aktive Politik zur Erlangung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit auf dem damals sehr bedeutenden Gebiet der Wollverarbeitung durch. Zusammen mit der britischen Schifffahrtssuprematie und der Eroberung von Kolonien gelang es den Briten schließlich, der weltweit bedeutendste Produzent von Tüchern zu werden. Diese hatten während des gesamten 18. Jahrhunderts einen Anteil von ca. 50% an den britischen Exporten und damit einen wichtigen Anteil an der Industrialisierung Großbritanniens.<sup>13</sup> Auch in anderen Wirtschaftssektoren wurde staatsinterventionistisch gehandelt. Schon unter Königin *Elisabeth I.* wurde die Einfuhr von Metall- und Lederwaren verboten und die Einwanderung deutscher Bergleute und Metallfabrikanten begünstigt. Durch Einfuhrverbote und hohe Zölle wurden unter *Jakob I.* Fortschritte in der Hut-, Leinen-, Glas-, Papier-, Seiden- und Uhrenfabrikation erreicht.<sup>14</sup> *Adam Smith* merkte kritisch an: „Wer sich nicht gut in den Zollgesetzen auskennt, kann überhaupt nicht ermessen, wie hoch die Zahl der Waren ist, deren Einfuhr nach Großbritannien entweder völlig oder unter bestimmten Umständen verboten ist.“<sup>15</sup> Sehr bedeutsam war auch der Erlass der so genannten Navigationsakte, die *Adam Smith* als

I. Theories and Paradigms of International Business Activity, S. 234-255, hier S. 239.

<sup>11</sup> Lt. Bairoch, O. (1993): Economics and World History, S. 16 ist dies geradezu ein Dogma neoklassischer Ökonomen.

<sup>12</sup> In einem Interview mit der Süddeutschen Zeitung v. 10.3.2003, S. 23.

<sup>13</sup> Chang, H.-J. (2002): Kicking Away The Ladder - Development Strategy in Historical Perspective, S. 19-21.

<sup>14</sup> List, F. (1982): Das nationale System der politischen Ökonomie, S. 59-60. Dort findet sich in Bezug auf Großbritannien das wunderschöne Zitat: „Einmal im Besitz eines Industriezweigs, ward er jahrhundertlang von ihr gehegt und gepflegt, wie ein junger Baum, welcher der Stütze und Wartung bedarf.“

<sup>15</sup> Smith, A. (2001): Wohlstand der Nationen, S. 368. Dies schrieb *Smith* bereits wenige Jahre vor seiner Ernennung zum Zollaufsichtsbeamten in Schottland.

weitsichtigstes britisches Handelsgesetz bezeichnet hat.<sup>16</sup> Diese sah im Kern vor, dass Güter, die für England bestimmt waren oder aus England kamen, in englischen Schiffen zu transportieren waren.<sup>17</sup> Sie förderte die Entwicklung der Seeschifffahrt und des Steinkohlentransportes, die Ausdehnung des Handels sowie die Eroberung von Kolonien.<sup>18</sup>

**Tabelle 1: Durchschnittliche Zollsätze auf Industriegüter in ausgewählten Industrieländern in den Frühphasen ihrer Entwicklung (gewichtetes Mittel, in Prozent des Güterwertes)**

Land	1820	1875	1913	1925	1931	1950
Belgien <sup>1</sup>	6-8	9-10	9	15	14	11
Dänemark	25-35	15-20	14	10	n.a. <sup>2</sup>	3
Deutschland	8-12 <sup>3</sup>	4-6	13	20	21	26
Frankreich	R	12-15	20	21	30	18
Großbritannien	45-55	0	0	5	n.a.	23
Italien	n.a.	8-10	18	22	46	25
Japan	R	5 <sup>4</sup>	30	n.a.	n.a.	n.a.
Niederlande	6-8	3-5	4	6	n.a.	11
Österreich <sup>5</sup>	R	15-20	18	16	24	18
Russland	R	15-20	84	R	R	R
Spanien	R	15-20	41	41	63	n.a.
Schweden	R	3-5	20	16	21	9
Schweiz	8-12	4-6	9	14	19	n.a.
USA	35-45	40-50	44	37	48	14

**Quelle:** Bairoch, a.a.O., S. 40

**Legende:**

R = Zahlreiche und bedeutende Beschränkungen von Industriegüterimporten, so dass die Angabe des durchschnittlichen Zollsatzes nicht aussagekräftig wäre.

<sup>1</sup> 1820 war Belgien Teil der Niederlande.

<sup>2</sup> Keine Daten verfügbar.

<sup>3</sup> Zahl für Preußen.

<sup>4</sup> Japan erhielt erst 1911 Zollautonomie und wurde bis dahin vertraglich gezwungen, niedrige Zollsätze anzuwenden.

<sup>5</sup> Österreich-Ungarn bis 1925.

Wie Tabelle 1 zeigt, ist Großbritannien das einzige heutige Industrieland, das zumindest phasenweise eine konsequente Freihandelspolitik betrieb und einen Zollsatz auf Industriegüter von 0% hatte. Vorher betrieb Großbritannien allerdings seit ca. Ende des 18. Jahrhunderts eine protektionistische Zollpolitik bei gleichzeitiger Subventionierung seiner Industriegüterexporte und hatte bis 1846 die weltweit höchsten Industriegüterzölle. Zu diesem Zeitpunkt war die britische Industrie auf den meisten Gebieten die produktivste der Welt. Die Pro-Kopf-Industrieproduktion in Großbritannien hat 1830 diejenige Kontinentaleuropas um 250% übertroffen, verglichen mit 110% im Jahr 1800.<sup>19</sup> Ausländische Konkurrenz war nicht mehr zu fürchten, so dass ein erster Prozess der Zollsenkung begann. 1860

<sup>16</sup> Ebenda, S. 379.

<sup>17</sup> Chang, a.a.O., S. 21.

<sup>18</sup> List, a.a.O., S. 62-63.

<sup>19</sup> Bairoch, a.a.O., S. 20.

wurden dann die meisten Industriegüterzölle abgeschafft. Als die Briten ihre technologische Vorherrschaft an die USA und an Deutschland zu verlieren begannen, gab es eine Debatte um die Wiedereinführung von Zöllen. Auf breiter Ebene geschah dies dann 1932.<sup>20</sup> Seit ca. Mitte des 19. Jahrhunderts, insbesondere seit der Abschaffung des *corn law*, das die britische Landwirtschaft vor ausländischer Konkurrenz schützte, nahm der britische Außenhandel immer stärker die Struktur Einfuhr von Rohstoffen – Ausfuhr von Industriegütern an. Ein Erfolgsrezept, das schon *Georg I.* im Jahr 1721 erkannte: „...daß nichts so sehr zur Beförderung des öffentlichen Wohlstandes beiträgt, als die Ausfuhr von Manufakturwaren und die Einfuhr fremder Rohstoffe.“<sup>21</sup>

Die Briten setzten auf unterschiedliche Strategien, um ihre ökonomische Vorherrschaft durchzusetzen und abzusichern und schreckten dabei auch nicht vor Gewalt zurück. Ein sehr effektives Mittel war dabei der Abschluss von sog. „*unequal treaties*“. Ein berühmtes Beispiel dafür ist der Methuen-Vertrag von 1703. Er regelte den Wein-Tuch-Handel zwischen England und Portugal. Portugal erlaubte die Einfuhr englischen Tuches zu einem Zollsatz von 23% – wie er vor dem Jahr 1684 galt – und England gewährte dafür portugiesischem Wein Präferenzzollbehandlung. Dieser Vertrag hatte desaströse Auswirkungen für Portugal. Die portugiesischen Tuchmanufakturen konnten gegen die nunmehr billig ins Land kommende englische Konkurrenz nicht mithalten und wurden in den Ruin getrieben, während England allein schon aus klimatischen Gründen ohnehin keine großen Ambitionen auf die Entwicklung einer eigenen Weinindustrie hatte.<sup>22</sup> England hingegen profitierte ungemein von diesem Vertrag und konnte mit den Handelsüberschüssen Waren auf den Märkten Ostindiens einkaufen und auf den europäischen Märkten verkaufen. Das Königreich schloss weitere Handelsverträge nach diesem Muster ab (z.B. der Assiento-Vertrag mit Spanien 1713, der Eden-Vertrag mit Frankreich 1786 oder der Vertrag mit Brasilien 1810), die zu ähnlichen Ergebnissen führten, so dass sich *Friedrich List* zu folgender Aussage bemüßigt fand:

„So bemerken wir bei allen Handelsverträgen der Engländer die Tendenz, ihre Manufakturindustrie über diejenigen Länder auszudehnen, mit welchen sie unterhandeln, indem sie demselben in Ansehung ihrer Agrikulturprodukte und Rohstoffe scheinbare Vorteile bieten. Überall ist ihr Absehen darauf gerichtet, die innere Manufakturkraft dieser Länder durch wohlfeilere Waren und durch Kreditgebung zu ruinieren.“<sup>23</sup>

Länder, die keinen „*unequal treaty*“ abschließen wollten, wurden auch schon einmal mit Krieg überzogen. Ein Beispiel dafür ist der Opium-Krieg mit China 1839-1842, der China für fast ein Jahrhundert lang seiner Zoll- und damit auch zu einem signifikanten Teil seiner Wirtschaftsautonomie beraubte.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> Chang, a.a.O., S. 22-24.

<sup>21</sup> List, a.a.O., S. 61.

<sup>22</sup> Adam Smith, a.a.O., S. 456, kam zu dem erstaunlichen Ergebnis, dieser Vertrag wäre nachteilig für England, weil England Portugal eine Präferenzbehandlung zukommen lässt, die eigenen Tücher aber nicht vorteilhaftere Bedingungen eingeräumt bekamen als die anderer Staaten. Er übersah dabei den Produktivitätsvorsprung der englischen Tücher, die der ausländischen Konkurrenz deutlich überlegen waren. *Smith* hat sich auch nicht mit den faktischen Folgen dieses Vertrages für die portugiesische Tuchindustrie beschäftigt. Bestätigend auch Deutscher Bundestag (2002): Schlussbericht der Enquete-Kommission „Globalisierung der Weltwirtschaft – Herausforderungen und Antworten“, Drucksache 14/9200 v. 12.6.2002, S. 192.

<sup>23</sup> List, a.a.O., S. 87.

<sup>24</sup> England erklärte China den Krieg, um die chinesischen Häfen für Opium aus Indien, das unter britischer Kolonialherrschaft

Ähnliches gilt für den Kolonialhandel. Hier galt das größte britische Bestreben dem Versuch, jegliche Manufakturtätigkeit in den Kolonien zu unterbinden (vor allem in Indien und Nordamerika), die auch nur eine geringe Konkurrenz für die britischen Produzenten dargestellt hätte, und die Kolonien auf Rohstofflieferanten zu beschränken. Um dieses Ziel zu erreichen, wurde eine ganze Palette von Maßnahmen ergriffen, die von der Förderung des Rohstoffanbaus (z.B. Baumwollproduktion) bis hin zu schlichten Verboten, bestimmte Industriegüter zu produzieren oder zu exportieren, reichten. Alle Kolonien mussten Waren aus dem Mutterland freien Zugang einräumen. Im öffentlichen Beschaffungswesen mussten sogar häufig englische Waren genutzt werden. Auch hier war das Ergebnis für Großbritannien natürlich sehr positiv, während man die Kolonien an ihrer wirtschaftlichen Entwicklung hinderte bzw. wie in Indien einen unter normalen Verhältnissen wettbewerbsfähigen Industriesektor (Tuchproduktion) komplett zerstörte.<sup>25</sup>

In Bezug auf DI hat Großbritannien, das bis Anfang des 20. Jahrhunderts ein kapitalexportierender Staat war, nach dem Zweiten Weltkrieg auf informeller Basis *Local-content*-Bestimmungen (vgl. IV.3.1) vor allem gegenüber japanischen Automobilunternehmen durchgesetzt. So musste z.B. Nissan in den 1980er-Jahren einen *local content* von bis zu 80% erreichen. Dies wurde in Form von Absprachen zwischen dem Unternehmen und dem britischen Industrieministerium erreicht. Auch Kapitalverkehrskontrollen wurden – wenn auch eher selten – zur Kontrolle von DI eingesetzt.<sup>26</sup>

## II.1.2 USA

Adam Smith gab den USA im "*Wealth of Nations*" folgenden Rat:

*„Were the Americans, either by combination or by any other sort of violence, to stop the importation of European manufactures, and, by thus giving a monopoly to such of their own countrymen as could manufacture the like goods, divert any considerable part of their capital into this employment, they would retard instead of accelerating the further increase in the value of their annual produce, and would obstruct instead of promoting the progress of their country towards real wealth and greatness.“*<sup>27</sup>

Die damaligen Entscheidungsträger Nordamerikas haben sich nicht an diesen Ratschlag gehalten. Stattdessen verfolgten die USA während ihres beispiellosen ökonomischen Aufstieges zur Wirtschaftsmacht Nr. 1 keine Freihandelspolitik, sondern „*Infant-industry*“-Schutz.<sup>28</sup> Lange wurden die nordamerikanischen Kolonien vom Mutterland Großbritannien an ihrer industriellen Entwicklung

---

stand, zu öffnen. In Shafaeddin, M. (1998): *How Did Developed Countries Industrialize?*, The History of Trade and Industrial Policy: The Cases of Great Britain and the USA, S. 23; Deutscher Bundestag (2002): *Schlussbericht der Enquete-Kommission „Globalisierung der Weltwirtschaft – Herausforderungen und Antworten“*, S. 194.

<sup>25</sup> Shafaeddin (1998), a.a.O., S. 23-24; Chang, a.a.O., S. 51-53 sowie List, a.a.O., S. 114: „...man sollte nicht zugeben, daß in den Kolonien ein Hufnagel fabriziert werde.“

<sup>26</sup> Chang, H.-J./Green, D. (2003): *The Northern WTO Agenda on Investment, Do as we Say not as we Did*, S. 13-15.

<sup>27</sup> Zitiert nach Chang, a.a.O., S. 5.

<sup>28</sup> Die *infant-industry*- bzw. Schutzzolltheorie ist die wohl fundierteste protektionistische Theorie. Hauptvertreter sind Friedrich List und Alexander Hamilton. Die Grundüberlegung ist, dass der Freihandel kurzfristig allen Beteiligten nutzt, längerfristig betrachtet den weniger entwickelten Ländern jedoch Nachteile bringen kann, in dem durch die ausländische Konkurrenz einheimische Industrien verdrängt oder gar verhindert werden. Daher wird eine temporäre Abschottung vom Weltmarkt für bestimmte Industrien empfohlen, bis die internationale Wettbewerbsfähigkeit erreicht ist. Vgl. insbesondere List, a.a.O. sowie Shafaeddin, M. (2000a): *What Did Frederick List Actually Say?, Some Clarifications of the Infant Industry Argument*.

gehindert.<sup>29</sup> Auch nach der Unabhängigkeitserklärung von 1776 dauerte es noch über 20 Jahre, bis die USA ein eigenes nationales Zollsystem aufbauen konnten – die Zollhoheit lag zunächst bei den Bundesstaaten. Auf nationaler Ebene wurden zunächst sehr moderate Zollsätze eingeführt, die aber wenig Effekt angesichts der dominierenden britischen Produkte hatten. Im Windschatten des Napoleonischen Embargos gegen England und dessen Krieges gegen Frankreich begann sich die amerikanische Industrie rasant zu entwickeln. Nach dem Frieden von Gent begann dann 1816 die eigentliche Hochzollpolitik der USA inklusive einiger weniger Phasen deutlicher Zollreduzierungen (siehe auch Tabelle 1).<sup>30</sup> Es ist unschwer zu erkennen, dass die USA ein ganzes Jahrhundert lang das Land mit den durchschnittlich höchsten Zöllen auf Industriegütern von allen NDCs waren. *Alexander Hamilton*, Nationalökonom und erster amerikanischer Finanzminister, war einer der geistigen Väter – wenn nicht sogar der Mentor – der amerikanischen Handelspolitik.<sup>31</sup> Neben der Praxis der amerikanischen Schutzzollpolitik war auch die amerikanische Wirtschaftswissenschaft im deutlichen Unterschied zur heutigen Situation keineswegs von Freihandelstheoretikern, sondern durch Anhänger des *infant industry* dominiert. Der US-Präsident *Thomas Jefferson* hat gar versucht, das Erscheinen von *Ricardos* Standardwerk „Über die Grundsätze der politischen Ökonomie und der Besteuerung“<sup>32</sup> zu verhindern.<sup>33</sup> Die USA werden somit zu Recht als „*the mother country and bastion of modern protectionism*“ beschrieben.<sup>34</sup> Die amerikanische Wirtschaft war die am schnellsten wachsende Wirtschaft der Welt während des gesamten 19. Jahrhunderts bis zu den frühen 1920er-Jahren. *Chang* hat herausgefunden, dass die Wachstumsraten in den Phasen, in denen die höchsten amerikanischen Zollsätze galten, sogar noch etwas höher waren als in den Phasen mit geringeren Zollsätzen.<sup>35</sup> Dies belegt natürlich nicht, dass die Protektion für den ökonomischen Erfolg der USA verantwortlich war,<sup>36</sup> (wenngleich es dafür Indizien gibt, dass sie einen erheblichen Anteil daran hatte), es zeigt aber, dass eine protektionistische Politik nicht unvereinbar mit einem dynamischen Wirtschaftswachstum ist.

Haben die USA auch eine ähnlich restriktive Politik gegenüber AI wie gegenüber Importen betrieben? Die Antwort lautet Nein. Diese auf den ersten Blick erstaunliche Antwort ist bei genauerem Hinsehen durchaus verständlich und rational. Das ökonomische Ziel der Entscheidungsträger in den USA war die Industrialisierung, eines der Mittel dazu war Importsubstitution. Bei der Importsubstitution wurde ausländische Hilfe – auch in der Form von Investitionen ausländischer Unternehmen – durchaus in Anspruch genommen. AI waren in vielen Wirtschaftsbereichen die einzige Möglichkeit, Zugang zum riesigen und rasant wachsenden US-Markt zu bekommen, denn die hohen Zölle wirkten als Markteintrittsbarriere für die Produkte ausländischer Unternehmen. Sehr anschaulich auf den Punkt gebracht hat dies der Vorsitzende der nationalen Vereinigung der US-Wollfabrikanten *John L. Haynes* 1870:

<sup>29</sup> List, a.a.O., S. 113-114. Er bezeichnet diese Politik als eine Hauptursache für die amerikanische Revolution von 1776. Bairoch, a.a.O., S. 33 bezeichnet dies als eine der Ursachen.

<sup>30</sup> List, a.a.O., S. 114-117.

<sup>31</sup> Shafaeddin (1998), a.a.O., S. 12.

<sup>32</sup> Ricardo, D. (1979): Über die Grundsätze der politischen Ökonomie und der Besteuerung.

<sup>33</sup> Chang, a.a.O., S. 32.

<sup>34</sup> Bairoch, a.a.O., S. 30.

<sup>35</sup> Chang, a.a.O., S. 29-30.

<sup>36</sup> Dies wird z.B. auch von Irwin, D.A. (2000): Tariffs and Growth in Late Nineteenth Century America, bestritten, der zum Ergebnis kommt, dass die hohen Zölle den Preis importierter und inländischer Kapitalgüter erhöht haben und deswegen Kapitalakkumulation gebremst haben könnte („*may have discouraged*“) sowie dass das Wirtschaftswachstum vor allem auf nichthandelbare Wirtschaftssektoren wie Eisenbahnbau und Dienstleistungen zurückzuführen ist, auf die Zölle keinen Einfluss

„Let us keep up the walls about our continent...If we want the fabrics of Europe, let us not import them; but bring, by the attractions of our protective system, her capital and establishments, her skill and her workmen to our own land.“<sup>37</sup>

Allerdings darf nicht übersehen werden, dass es zahlreiche Vorbehalte gegen AI gab, die sich auch in diskriminierenden Gesetzen und Maßnahmen niederschlugen. Diese waren weniger allgemeiner Natur als sektorspezifisch. *Mira Wilkins* hat in ihrem bereits erwähnten Standardwerk zur Geschichte von AI in den USA bis 1914 Dutzende von Beispielen aufgezeigt, die hier nur zum Teil dargestellt werden können. Frühe Beschränkungen von AI gab es in der Schifffahrt. Durch differenzierte Tonnagegebühren wurden US-Schiffe bevorzugt.<sup>38</sup> 1817 wurde dann gar nach dem Vorbild der englischen Navigationsakte ein Monopol für amerikanische Schiffe bezüglich des Küstenhandels und bezüglich der Nutzung inländischer Wasserwege erlassen.<sup>39</sup> Beschränkungen von AI gab es vor allem auch beim Landbesitz. Fast alle Bundesstaaten und auch die Bundesebene erließen Gesetze, die ausländischen Landbesitz ganz oder zu erheblichen Teilen verboten.<sup>40</sup> Diskriminierende Gesetze oder administrative Maßnahmen gab es ferner im Bergbau<sup>41</sup>, bei Fragen der nationalen Sicherheit (vor allem bei der Waffenproduktion)<sup>42</sup>, im Bankensektor<sup>43</sup>, im Versicherungswesen<sup>44</sup>, beim Waldbesitz und Holzeinschlag<sup>45</sup>. Zum Teil wurden ausländische Unternehmen höher besteuert<sup>46</sup>, in Indiana genossen ausländische Unternehmen noch nicht einmal Zugang zu den Gerichten<sup>47</sup>. Auch vor entschädigungslosen Enteignungen haben die USA bzw. die US-Bundesstaaten nicht zurückgeschreckt. Im Zuge des amerikanischen Unabhängigkeitskrieges wurden zahlreiche Investitionen britischer und loyalistischer Eigentümer konfisziert. Alle (!) US-Bundesstaaten bis auf South Carolina gaben diesen Konfiskationen durch Gesetze einen legalen Anstrich. Die US-Bundesregierung hat Entschädigungsforderungen Großbritanniens nach Ende des Krieges mit dem formalen Argument abgelehnt, nicht die Bundesebene der USA hätte die Enteignungen

gehabt hatten.

<sup>37</sup> Wilkins, a.a.O., S. 130-131. Auch Alexander Hamilton begrüßte ausländisches Kapital: *„It is not impossible that there may be persons disposed to look at with a jealous eye on the introduction of foreign capital, as if it were an instrument to deprive our own citizens of the profits of our own industry; but, perhaps, there never could be a more unreasonable jealousy. Instead of being viewed as a rival, it ought to be considered as a most valuable auxiliary, conducing to put in motion a greater quantity of productive labour, and a greater portion of useful enterprise, that could exist without it. It is at least evident, that in a country situated like the USA, with an infinite fund of resources yet to be unfolded, every farthing of foreign capital, which is laid out in internal ameliorations, and in industrious establishments, of a permanent nature, is a precious acquisition.“*, zitiert nach Wilkins, a.a.O., S. 45. Dieses Zitat bringt das glänzende ökonomisch-strategische Verständnis Hamiltons auf den Punkt. Deutlich erkennt er die Grenzen der Entwicklungsfinanzierung aus eigener Kraft in den USA des späten 18. Jahrhunderts. Zu beachten ist auch, dass er die Vorteile ausländischen Kapitals an seine „permanent nature“ knüpft.

<sup>38</sup> Ebenda, S. 44.

<sup>39</sup> Ebenda, S. 83.

<sup>40</sup> Ebenda, S. 45-46, 84, 579, 581-582.

<sup>41</sup> Kalifornien erlegte ausländischen Bergbauunternehmen spezielle Steuern auf, siehe ebenda, S. 85. 1872 beschloss der US-Kongress ein Gesetz, wonach staatliche Bergbaugelände nur an US-Amerikaner verkauft werden durften (allerdings war der Weiterverkauf an Ausländer nicht untersagt), siehe ebenda, S. 581.

<sup>42</sup> Die U.S. Navy hat sich 1898 erfolgreich gegen die Vergabe eines Auftrages für die Entwicklung von Projektilen für Küstenverteidigungswaffen an die deutsche Firma *Mannesmann* eingesetzt. Gleiches gilt für Versuche der britischen Firma *Vicker's*, amerikanische Kriegsschiffe zu bauen, siehe ebenda, S. 576-577.

<sup>43</sup> Es gab große Vorbehalte gegen ausländische Banken und Bankiers. Der frühere US-Präsident Andrew Jackson sagte in Bezug auf ausländischen Einfluss auf die sogenannte zweite Bank der USA: *„Controlling our currency, receiving our public moneys, and holding thousands of our citizens in dependence, it would be far more formidable and dangerous than the naval and military power of the enemy. If we must have a bank ... it should be purely American.“*, ebenda S. 84. Zwischen 1875 und 1913 musste jeder nationale Bankdirektor US-Amerikaner sein, siehe ebenda, S. 583. In New York durften ausländische Banken keine Filialen errichten, siehe ebenda, S. 580.

<sup>44</sup> In New York mussten ausländische Versicherungen ein deutlich höheres Eigenkapital haben als amerikanische Versicherungen, siehe ebenda.

<sup>45</sup> Ebenda, S. 581.

<sup>46</sup> Besonders häufig im Versicherungs- und Bankensektor, siehe ebenda, S. 580.

<sup>47</sup> Ebenda, S. 579.

veranlasst, sondern die US-Bundesstaaten, auf deren Handeln die Bundesregierung aufgrund der föderalen Struktur keinen Einfluss hätte.<sup>48</sup> Die geschädigten Eigentümer wandten sich daraufhin mit ihren Schadenersatzforderungen an die britische Regierung.<sup>49</sup> Daraufhin kam es zum Abschluss des Jay-Vertrages zwischen den USA und Großbritannien (vgl. VII.2.5.1). Wichtig ist noch zu betonen, dass das Thema AI – von wenigen Phasen abgesehen – in der amerikanischen Wirtschaftspolitik nie eine große Rolle gespielt hat – im Gegensatz zur Frage des Zollprotektionismus oder der Monopolkontrolle.<sup>50</sup>

### II.1.3 Deutschland

Im Mittelalter beherrschte die Hanse, ein mehr oder weniger fester Zusammenschluss von bis zu 230 Städten, darunter viele, die sich auf dem Gebiet der heutigen Bundesrepublik Deutschland befinden, den europäischen Handel. Die Hanse war eine Gemeinschaft von Kaufleuten, die überwiegend Seehandel mit Produkten aus Nord-, West- und Osteuropa betrieb. Sie verfügte weder über eine nennenswerte eigene Landwirtschaft noch über Manufakturen. Ähnlich der englischen Navigationsakte gab sich auch die Hanse ein Transportmonopol, das heute wohl als ein Verstoß gegen das Nichtdiskriminierungsprinzip zu betrachten wäre. Als aus den unterschiedlichsten Gründen (Krieg, Aufstieg von Konkurrenten etc.) immer mehr Märkte wegbrachen und die Hanse dies mangels landwirtschaftlicher und vor allem industrieller Basis und der fehlenden territorialen Einheit nicht kompensieren konnte, war ihr Abstieg unaufhaltsam.<sup>51</sup>

Im Vergleich zu Großbritannien und den USA war Deutschland durch seine Zersplitterung in verschiedene Fürstentümer und Zollgebiete bis ins 19. Jahrhundert hinein in einer nachteiligen Position. Der 30-jährige Krieg (1616-1648) hatte zudem Verheerungen ausgelöst, die die wirtschaftliche Entwicklung für eine lange Zeit blockiert haben.<sup>52</sup> Inspiriert u.a. durch intellektuelle Vorarbeiten von *Friedrich List* begann seit ungefähr 1820 ein gradueller Prozess der Bildung größerer Zollgebiete und der schrittweisen Abschaffung der Binnenzölle und der Entwicklung eines gemeinsamen Außenzollsystems. 1834 wurde der deutsche Zollverein als Zusammenschluss des preußisch-hessischen- und des bayrisch-württembergischen Zollvereins mit Sachsen und Thüringen gegründet. Er umfasste erhebliche Teile des späteren Reichsgebietes, förderte die Industrialisierung Deutschlands und hatte unbestritten auch einen wichtigen Anteil an der Herstellung der politischen deutschen Einheit im Jahr 1871.<sup>53</sup> Parallel zur Herausbildung der Zollunion und insbesondere nach der Gründung des Deutschen Reiches begann ein Prozess des Schutzes und der Förderung der im Aufbau befindlichen deutschen Industrie. Im Unterschied zu Großbritannien und den USA basierte dieser Prozess aber nicht primär auf Zollprotektionismus. Selbst die Einführung besonderer Schutzzölle für die deutsche Schwerindustrie durch *Bismarck* änderte dies nicht grundsätzlich. Die durchschnittlichen Industriegüterzollsätze Deutschlands (bzw. vorher Preußens) waren bis in die 1920er-Jahre hinein – zu diesem Zeitpunkt war Deutschland zur weltweit größten Industrienation hinter den USA und Großbritannien aufgestiegen –

<sup>48</sup> Heute würden die USA mit einem solchen Argument an dem völkerrechtlichen state responsibility-Konzept, auf das noch in zahlreichen Stellen der Arbeit einzugehen ist, scheitern.

<sup>49</sup> Ebenda, S. 26-31.

<sup>50</sup> Ebenda, S. 585, 587.

<sup>51</sup> List, a.a.O., S. 34-48.

<sup>52</sup> Ebenda, S. 95-99.

<sup>53</sup> Shafaeddin (1998), a.a.O., S. 20-21; Gabler Volkswirtschaftslexikon, a.a.O., S. 678, 1256.

signifikant niedriger als in den meisten anderen Staaten (vgl. Tabelle 1.). Stattdessen wurden Maßnahmen wie u.a. Exportsubventionen, Zollbefreiung für Industriegüter, die reexportiert wurden, Staatsbeteiligung an Unternehmen sowie Bildung von Monopolen angewandt. Die deutsche Landwirtschaft wurde allerdings durch besonders hohe Zölle geschützt.<sup>54</sup>

Deutschland hat nach dem Zweiten Weltkrieg im großen und ganzen eine Pro-DI-Politik durchgeführt. Trotzdem gab es verschiedene Mechanismen der Kontrolle, Intervention und Regulierung. In bestimmten Sektoren der Volkswirtschaft gab es staatliche Unternehmen oder Unternehmen mit staatlicher Beteiligung, wie z.B. in der Energiewirtschaft oder in der Automobilbranche heute noch mit Volkswagen. Es gibt ein immer noch gültiges VW-Gesetz, das Restriktionen hinsichtlich der Investitionen ausländischer Unternehmen bei VW festlegt. Feindliche Übernahmen waren – und sind – in Deutschland schwerer als anderswo aufgrund des Systems der Mitbestimmung sowie der engen Beziehungen zwischen Industrie und Banken („*Deutschland AG*“).<sup>55</sup>

#### II.1.4 Weitere Staaten

In knapper Form werden noch drei weitere Länder dargestellt. Es wurde darauf geachtet, möglichst unterschiedliche Staaten im Vergleich zu Großbritannien, USA und Deutschland auszuwählen. Finnland unterscheidet sich fundamental von allen anderen Staaten. Es liegt geografisch in einer Randlage, verfügte nie über eine nennenswerte Seeherrschaft, hatte keine Kolonien und auch keinen großen nachfragestimulierenden Binnenmarkt wie ihn vor allem die USA hatten. Ähnliches gilt auch für Irland, das aber eine völlig andere Politik gegenüber DI als Finnland durchgeführt hat. Japan entstammt einem anderen Kulturkreis und begann später als alle anderen NDCs mit seinem ökonomischen Aufstieg.

##### a.) Finnland

Finnland war ein Spätstarter. Bis ins späte 19. Jahrhundert hinein war es ein ökonomisch sehr rückständiges Land. Von 1900-1987 war Finnland jedoch nach Japan das Land mit dem höchsten durchschnittlichen jährlichen Wirtschaftswachstum (2,6% pro Kopf) der 16 Staaten mit dem höchsten BIP von heute. Interessanterweise hat Finnland eine extrem restriktive Politik gegenüber DI verfolgt – womöglich gar die restriktivste aller NDCs. Seit der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts hat Finnland eine ganze Reihe von DI-beschränkenden Gesetzen beschlossen. 1851 wurde ausländischer Landbesitz von einer Genehmigung des Zaren – Finnland war bis 1917 ein Herzogtum Russlands – abhängig gemacht; 1886 wurde ausländischer Bankenbesitz in Finnland verboten; 1889 das Errichten und Betreiben von Eisenbahnlinien; 1919 wurde für Ausländer eine besondere Genehmigung zur Etablierung von Unternehmen vorgeschrieben – Steuerzahlungen mussten im Voraus garantiert werden. Alle diese Gesetze hatten Bestand bis in die 1980er-Jahre(!). In den 1930er-Jahren wurde ausländischer Landbesitz und der Besitz von Bergbauflächen durch ausländische Unternehmen verboten. Unternehmen mit einem Auslandsanteil von mehr als 20% wurden offiziell als „*gefährliche Unternehmen*“ eingestuft. Substanzielle Liberalisierungen gab es erst im Vorfeld des finnischen

<sup>54</sup> Ebenda, S. 20-22; Chang, a.a.O., S. 32-35.

EU-Beitrittes (1994) in den 1980er-Jahren.<sup>56</sup> Daher ist es kein Wunder, dass die DI in Finnland (Stromdaten) zwischen 1991 und 1996 nur durchschnittlich 796 Millionen US-Dollar pro Jahr betragen.<sup>57</sup> Dies ist innerhalb der Gruppe der Industrieländer der niedrigste Wert abgesehen von Israel sowie den Klein- und Kleinststaaten Gibraltar, Island und Malta. Erst ab 1997 gab es deutliche Zuwachsraten; aber immer noch haben die DI einen relativ geringen Anteil an der Wirtschaftsleistung Finnlands.

## b.) Irland

Die irische DI-Politik hätte unterschiedlicher als die Finnlands nicht sein können. Nach einer Phase der Importsubstitution in den 1950er-Jahren veränderte Irland seine wirtschaftspolitische Strategie und wurde von einem binnenmarktorientierten zu einem exportorientierten Land. DI insbesondere in Exportindustrien wurden gezielt gefördert. Ein Mittel dafür waren finanzielle Investitionsanreize. Auf der anderen Seite wurden ausländische Unternehmen sehr häufig zu *performance requirements*<sup>58</sup> verpflichtet. Dies sind Auflagen für die Tätigkeit von Investoren, die heute vor allem von Entwicklungsländern als Mittel zur Verfolgung bestimmter industriepolitischer Ziele eingesetzt werden. 20% aller US-Unternehmen berichteten 1981 von einer Auferlegung von *performance requirements*, was weit über den Werten anderer Länder lag. In den 1980er-Jahren gab es eine Anpassung der irischen DI-Strategie. In einem Weißbuch zur irischen Industriepolitik wurden Nachteile von DI beschrieben und die Gewährung von Subventionen in Zukunft stärker von dem genauen Beitrag der Unternehmen zur wirtschaftlichen Entwicklung des Landes abhängig gemacht. Es wurde z.B. mehr Wert auf Technologietransfer, Forschung und Entwicklung und „*Spillover*“-Effekte<sup>59</sup> zu irischen Unternehmen gelegt. Industriesektoren wurden ganz bewusst für ausländische Investoren ausgewählt – Irland betrieb mehr und mehr eine strategische und gesteuerte Auslandsinvestitionspolitik. Dieser Schwenk in der irischen Investitionspolitik wird mitverantwortlich für den großen ökonomischen Erfolg Irlands in den letzten 15 Jahren gemacht.<sup>60</sup>

## c.) Japan

Japan wurde durch ungleiche Verträge mit den USA – in diesem Fall mit Gewaltandrohung durchgesetzt<sup>61</sup> – und einigen europäischen Staaten an seiner ökonomischen Entwicklung durch Industrialisierung gehindert. Zölle wurden durch die Verträge niedrig gehalten (unter 5%), um europäische und amerikanische Produkte im Land absetzen zu können und den Aufbau eigener, potenziell konkurrierender Industrien zu verhindern. Erst 1911 verfügte das Land über Zollautonomie und konnte erst danach eine konsequente *Infant-industry*-Politik nach dem Vorbild der Staaten, die ihm die ungleichen Verträge aufzwangen, verfolgen.<sup>62</sup> Der Staat mit dem wie oben geschildert höchsten

<sup>55</sup> Chang/Green, a.a.O., S. 13-15.

<sup>56</sup> Ebenda, S. 16-19.

<sup>57</sup> UNCTAD (2003): World Investment Report 2003, FDI Policies for Development: National and International Perspectives, S. 249.

<sup>58</sup> Hier wird der englische Ausdruck beibehalten, weil alle deutschen Übersetzungen nicht treffend wären.

<sup>59</sup> Übertragungseffekte.

<sup>60</sup> Chang/Green, a.a.O., S. 19-22.

<sup>61</sup> Deutscher Bundestag, a.a.O., S. 196.

<sup>62</sup> Chang, a.a.O., S. 45-49. Eine staatsinterventionistische Industrialisierungspolitik betrieb Japan bereits lange vor der Zollautonomie, doch mit dem Erreichen derselben konnte es endlich eine *Infant-industry*-Politik „aus einem Guss“ betreiben.

durchschnittlichen jährlichen Pro-Kopf-Wirtschaftswachstum von 1900–1987 (zwischen 1950 und 1973 8%) der 16 reichsten Staaten von heute hat ähnlich wie der zweiterfolgreichste Industrialisierer Finnland eine sehr restriktive Politik gegenüber DI betrieben. Japan war nicht nur skeptisch in Bezug auf die Tätigkeit ausländischer Unternehmen in bestimmten Wirtschaftssektoren, sondern generell gegenüber AI. Von Beginn der 1950er-Jahre bis 1963 war der maximale Anteil ausländischen Kapitals auf 49% begrenzt, in bestimmten vitalen Industriesektoren wurde es ganz ausgeschlossen. Die Bildung von joint-ventures und die Lizenzierung ausländischer Technologie – vor allem um Technologietransfer und *spillovers* anzureizen – wurde stattdessen vorgezogen. Nach einer vorsichtigen Liberalisierung 1963 wurde jede Auslandsinvestition einem staatlichen Kontrollverfahren (*“screening”*) unterzogen; Fusionen und Übernahmen (F+Ü) mit bzw. durch ausländische Unternehmen waren sehr stark eingeschränkt. Bei diesen Beschränkungen ist es kein Wunder, dass Japans beispielloser ökonomischer Aufstieg nur zu einem sehr geringen Teil durch DI unterstützt wurde. Außerhalb des ehemaligen Ostblockes war Japan das am wenigsten DI-abhängige Land der Welt.<sup>63</sup> Auch heute noch ist die Rolle von DI in Japan sehr gering. Im Jahr 2002 beliefen sich die DI in Japan auf lediglich 9,3 Milliarden US-Dollar – die USA empfingen dagegen 30 Milliarden US-Dollar und die EU 374,3 Milliarden US-Dollar DI.<sup>64</sup>

### II.1.5 „Tigerstaaten“

Gegenstand heftiger politischer und wissenschaftlicher Kontroversen ist die Frage, was den ökonomischen Erfolg der sog. Tigerstaaten herbeigeführt hat und welchen Anteil dabei Handel und DI hatten. Zunächst erscheint aber eine Eingrenzung der zu untersuchenden Staaten bzw. Gebiete<sup>65</sup> wichtig. Im Folgenden werden Südkorea, Taiwan, Hong Kong und Singapur untersucht. Dass diese zu den Tigerstaaten zählen, ist unbestritten.<sup>66</sup> Hin und wieder werden auch Malaysia, Thailand und Indonesien zu den Tigerstaaten gezählt.<sup>67</sup> Dies ist aber angesichts der volkswirtschaftlichen Fundamentaldaten wenig überzeugend. Diese Staaten hatten 2000 ein Pro-Kopf-BSP von 3.380, 2.000 bzw. 570 US-Dollar, während Südkorea, Taiwan, Hong Kong (Pro-Kopf-BIP) und Singapur auf 8.910, 14.200, 24.244 bzw. 24.740 US-Dollar kamen. Indonesiens Pro-Kopf-BSP war 1999 sogar unter dem von Nordkorea.<sup>68</sup> Zudem sind diese Staaten deutlich langsamer gewachsen, wenngleich auch sie beachtenswerte Wachstumsraten vorzuweisen hatten. Die Tigerstaaten zeichnen sich dem gegenüber durch ein besonders hohes Wirtschaftswachstum aus, wie Tabelle 2 belegt. Das jährliche weltweite Wirtschaftswachstum (BIP pro Kopf) von 1961 – 1996 betrug nur 1,78%.<sup>69</sup>

<sup>63</sup> Chang/Green, a.a.O., S. 23-25.

<sup>64</sup> UNCTAD (2003), a.a.O., S. 249. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der Wert für die USA außergewöhnlich niedrig ist wg. des deutlichen Rückganges der weltweiten DI und vor allem der Fusionen und Übernahmen in diesem Jahr. Ein Jahr betrug die DI in den USA noch 143 Milliarden US-Dollar gegenüber 6,2 Milliarden US-Dollar in Japan, vgl. ebenda.

<sup>65</sup> Taiwan ist nicht als selbständiger Staat anerkannt, Hong Kong war lange Zeit britische Kolonie.

<sup>66</sup> Manchmal wird auch Japan dazugenommen, was aber nicht sehr überzeugend ist angesichts der historischen Entwicklung. Japan wurde zudem bereits behandelt.

<sup>67</sup> Quibria, M.G. (2002): Growth and Poverty: Lessons from the East Asian Miracle Revisited.

<sup>68</sup> Alle Daten aus Fischer Weltalmanach 2002 (2001) bzw. Fischer Weltalmanach 2003 (2002).

<sup>69</sup> Quibria, a.a.O., S. 8.

<b>Tabelle 2: Wirtschaftswachstum der Tigerstaaten zwischen 1961 und 1996 (jährliche Steigerungsrate des BIP pro Kopf in Prozent)</b>					
<b>Land</b>	<b>1961-1970</b>	<b>1971-1980</b>	<b>1981-1990</b>	<b>1991-1996</b>	<b>1961-1996</b>
<b>Hong Kong</b>	7,06	6,73	5,32	3,46	5,64
<b>Singapur</b>	7,16	6,40	5,99	6,97	6,63
<b>Südkorea</b>	5,18	5,53	8,03	6,23	6,24
<b>Taiwan</b>	5,20	9,20	7,70	k.A.	7,37
<b>Durchschnitt</b>	6,15	6,97	6,76	5,55	6,47

**Quelle:** Quibria, a.a.O., S. 8

Dieses Wirtschaftswachstum hat zu enormen sozialen Verbesserungen geführt und einen gewaltigen Beitrag zur Armutsbekämpfung geleistet. Nach dem „*Human Development Index*“, der den Entwicklungsstand eines Landes nicht primär nach dem Inlandsprodukt, sondern nach sozialen Kriterien wie z.B. Einschulungsrate, Zugang zu Trinkwasser, Zugang zu Sanitäreinrichtungen etc. misst, liegen Hong Kong, Singapur und Südkorea auf den Plätzen 26, 28 und 30 – vor allen osteuropäischen Staaten.<sup>70</sup> Der von NGOs erstellte Bericht „*Social Watch 2003*“, der die Lebensqualität in allen Staaten der Erde und die Erreichung bestimmter sozialer Ziele bis zum Jahr 2015 misst, gesteht Südkorea und Singapur bei allen wichtigen Sozialindikatoren entweder überdurchschnittliche Werte oder bereits Zielerreichung zu.<sup>71</sup> Als einziger Tigerstaat ist Südkorea von der schweren internationalen Finanzkrise 1997/98 in Mitleidenschaft gezogen worden. Bereits 1999 ist das Wirtschaftswachstum aber wieder sehr stark angestiegen.

Allen 4 Staaten bis auf Hong Kong, das früh auf Freihandel setzte, ist gemeinsam, dass sie eine anfängliche Phase der Imports substitution hatten, die dann aber seit ca. Anfang der 1960er-Jahre immer stärker durch eine Exportförderungspolitik abgelöst wurde.<sup>72</sup> Ähnlich wie Japan haben allerdings Südkorea und Taiwan während ihres Wachstumsprozesses relativ hohe Zollbarrieren aufrechterhalten und erst nach einem jahrzehntelangen Prozess der Entwicklung deutlich reduziert. Südkorea hatte Mitte der 1960er-Jahre ein durchschnittliches Zollniveau von fast 40%, zu Beginn der 1980er-Jahre 21% und zu Beginn der 1990er-Jahre 12%; die entsprechenden Zahlen für Taiwan sind 35%, 31% und 10%.<sup>73</sup> Außerdem wurden signifikante nichttarifäre Handelshemmnisse aufrechterhalten. In Südkorea waren noch 1973 40% aller Güter mit Importverboten oder –restriktionen belegt; 1981 fiel dieser Wert auf 25%. In Hong Kong und Singapur wurden alle Importrestriktionen relativ schnell komplett abgebaut.<sup>74</sup> Parallel zum Abbau von Importbarrieren gab es in Südkorea und Taiwan einen Prozess der aktiven staatlichen Exportförderung. Mittel dafür waren u.a. Exportsubventionen, Präferenzzölle auf Rohstoffe und Industriegüter für die Exportindustrie, Steuerermäßigungen für Exporteure sowie die Einrichtung von

<sup>70</sup> UNDP (2003): Human Development Report 2003, Millennium Development Goals: A Compact Among Nations to End Human Poverty, S. 237. Für Taiwan sind leider keine entsprechenden Daten verfügbar.

<sup>71</sup> Social Watch 2003 (2003): The Citizens Report on the Quality of Life in the World.

<sup>72</sup> In Südkorea und Taiwan wurden beide Strategien je nach Wirtschaftssektor sogar parallel angewandt, Weltbank (1993): The East Asian Miracle – Economic Growth and Public Policy, S. 358.

<sup>73</sup> Federal Reserve Bank of San Francisco (1997): Government Intervention and the East Asian Miracle, S. 2.

<sup>74</sup> Ebenda.

Exportproduktionszonen.<sup>75</sup> Hong Kong und Singapur verzichteten weitgehend auf staatliche Exportförderung.<sup>76</sup>

In der Auslandsinvestitionspolitik gibt es ein ähnliches Bild. Hong Kong und Singapur waren sehr offen gegenüber AI.<sup>77</sup> In Südkorea und Taiwan gab es hingegen einen deutlich ambivalenteren Umgang mit AI. Diese wurden zwar nicht per se abgelehnt bzw. beschränkt wie z.B. in Finnland, aber sie wurden intensiven Regulierungen unterzogen. In Südkorea wurde Auslandskapital der nationalen makroökonomischen Entwicklungsstrategie untergeordnet. Es gab teilweise erhebliche Beschränkungen für den Marktzugang ausländischer Investitionen als auch hinsichtlich der Beteiligung an südkoreanischen Unternehmen. Bis Anfang der 1980er-Jahre waren 50% aller Wirtschaftsbereiche und 20% aller Industriesektoren komplett für DI tabu. In Sektoren, wo DI erlaubt waren, war eine ausländische Beteiligung von mehr als 50% nur in "strategischen" Bereichen möglich, wozu nur 13% aller Fertigungsindustrien zählten. Weiterhin gab es ein genaues *screening* der DI in Bezug auf einen ausreichenden Technologietransfer zu inländischen Unternehmen. *Local-content*-Verpflichtungen wurden intensiv angewandt. Eine wirklich substantielle Liberalisierung begann erst Mitte der 1980er-Jahre.<sup>78</sup> Taiwan hat eine sehr ähnliche Auslandsinvestitionspolitik wie Südkorea betrieben und sämtliche der dortigen Maßnahmen auch angewandt. Die Beschränkungen der Auslandsbeteiligung waren allerdings moderater als in Südkorea. *Local-content*-Verpflichtungen wurden ebenfalls häufig angewandt, aber nicht so strikt für exportorientierte Sektoren. Exportverpflichtungen waren ebenfalls ein sehr häufig genutztes Instrument.<sup>79</sup> Taiwan ist erst im Jahr 2002 der WTO beigetreten und hat im Zuge dessen weitere Investitionsliberalisierungen vornehmen müssen. Folge dieser diversen Beschränkungen war, dass beide Staaten – ähnlich wie Japan und Finnland – zu den am wenigsten von AI abhängigen Staaten der Welt zählen.<sup>80</sup> Interessanterweise sind Südkorea und Taiwan damit im Handelsbereich stärker globalisiert als der Durchschnitt der Entwicklungsländer, im Auslandsinvestitionsbereich dagegen deutlich weniger.

Eine weitere bemerkenswerte Gemeinsamkeit bei der Analyse des Erfolges der Tigerstaaten ist der Hinweis darauf, dass heutige internationale Handelsabkommen viele der handels- und investitionspolitischen Maßnahmen dieser Staaten nicht mehr zulassen.<sup>81</sup> Wie beim Kapitel WTO noch genauer gezeigt wird, betrifft dies sowohl Maßnahmen der Importsubstitution als auch der Exportförderung.

Die Erfahrungen Hong Kongs und Singapurs sind deutlich schlechter zu übertragen als die von Südkorea und Taiwan. Zunächst handelt es sich um Stadtstaaten (unter den heutigen

<sup>75</sup> Die Exportförderungspolitik der Tigerstaaten ist einer der wenigen Punkte, wo in der Bewertung völlige Übereinstimmung herrscht; Chang, a.a.O., S. 50; Federal Reserve Bank of San Francisco, a.a.O., S. 3.; Quibria, a.a.O., S. 24.

<sup>76</sup> Weltbank (1993), a.a.O., S. 358-359.

<sup>77</sup> Quibria, a.a.O., S. 26.

<sup>78</sup> Alle Daten nach Chang/Green, a.a.O., S. 25-28.

<sup>79</sup> Ebenda, S. 28-30; Weltbank (1993), a.a.O., S. 359.

<sup>80</sup> Mit 1% bzw. 2,3% der Bruttoanlageinvestitionen zwischen 1971 und 1995 (bzw. 1999 für Taiwan) lagen diese Staaten unter dem durchschnittlichen Wert der Entwicklungsländer mit 4,3% zwischen 1981 und 1995 (Daten vor 1981 sind nicht verfügbar); Chang/Green, a.a.O., S. 28, 30.

<sup>81</sup> Federal Reserve Bank of San Francisco, a.a.O., S. 4; Quibria, a.a.O., S. 79: "...the policy autonomy the miracle economies enjoyed in their heyday is no longer available to aspiring miracle economies."; sehr ausführlich Chang/Green, a.a.O., S. 48-55; Weltbank (1993), a.a.O., S. 365, die sich noch auf die vergleichsweise flexibleren GATT-Regeln bezieht.

Entwicklungsländern findet sich kein einziger Stadtstaat mehr), die mangels nachfragestarkem Binnenmarkt gar keine Alternative zur Weltmarktorientierung hatten.<sup>82</sup> Hong Kong war zudem 150 Jahre lang britische Kolonie und ist seit 1997 Sonderverwaltungszone Chinas.

### II.1.6 Lehren aus der Geschichte

Was können wir aus der Industrialisierungsgeschichte lernen? Zunächst einmal so viel, dass alle der untersuchten Staaten mit der Ausnahme von Hong Kong in ihren Wachstumsprozessen zumindest phasenweise eine protektionistische Politik betrieben haben. Wäre das Ergebnis ein anderes, wenn noch weitere Staaten intensiv betrachtet worden wären? Die Antwort lautet: kaum. Auf den ersten Blick scheinen insbesondere die Niederlande und die Schweiz im Wesentlichen Freihandelspolitik betreibende Staaten während ihres *take-off* gewesen zu sein (Tabelle 1). Dabei darf jedoch nicht übersehen werden, dass die Niederlande ihren ökonomischen Erfolg nicht unwesentlich ihrer Schifffahrtssuprematie zu verdanken haben, die wiederum auf militärischer Dominanz und – allerdings zu einem geringeren Anteil – auf einem Navigationsgesetz nach englischem Vorbild beruhte. Die Schweiz genoss aufgrund ihrer geografischen Gegebenheiten – Einschluss von hohen Gebirgen, die den Gütertransport verteuerten – eine natürliche Protektion.<sup>83</sup> Zählt man dennoch Niederlande und die Schweiz zu den Freihandelsstaaten, so hätten vor 1860 trotzdem nur weniger als 4% der europäischen Bevölkerung in einem Staat gelebt, der Freihandel praktizierte.<sup>84</sup> Die ehemaligen britischen Kolonien Australien, Neuseeland und Kanada, die auch zu den NDCs zählen, wurden ähnlich wie die späteren USA an ihrer industriellen Entwicklung gehindert und u.a. durch ein britisches Präferenzzollsystem zu Rohstofflieferanten degradiert. Ab der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts, als die staatliche Unabhängigkeit erreicht (Kanada) bzw. die Zollautonomie gewährt wurde (Australien, Neuseeland), begannen alle drei Staaten eine protektionistische Politik, die noch stärker ausgeprägt war als in Kontinentaleuropa.<sup>85</sup> Zu berücksichtigen ist zudem, dass besonders Australien und Neuseeland über eine starke natürliche Protektion aufgrund ihrer großen Entfernung von Europa und den USA verfügten. Der Wirtschaftshistoriker *Paul Bairoch* kommt zu folgendem Ergebnis: "..., with the exception of Britain, the developed world was an ocean of protectionism."<sup>86</sup> Verschärfend kommt noch hinzu, dass es für das 18. und 19. Jahrhundert keine Messungen des genauen Umfanges an nichttarifären Handelshemmnissen wie Ursprungsregeln, technischen Vorschriften etc. gibt.

Die Geschichte zeigt auch, dass Staaten, die eine ökonomische Vorherrschaft erlangt haben, mit allen Mitteln (ungleiche Verträge, Unterdrückung industrieller Entwicklung in Kolonien, Marktöffnung durch Gewalt) versuchten, diese abzusichern und auszubauen.

Der Protektionismus hatte unterschiedliche Gesichter (Zollschutz, Importverbote oder –restriktionen, Exportsubventionen, Monopolbildung, staatliche Industriepolitik) und auch unterschiedliche Gründe bzw. Motive (Einnahmegewinnung aus Zöllen, Lobbydruck, *infant industry*, politische Gründe).

<sup>82</sup> So auch Weltbank (1993), a.a.O., S. 359.

<sup>83</sup> Chang, a.a.O, S. 43-46.

<sup>84</sup> Bairoch, a.a.O., S. 22.

<sup>85</sup> Ebenda, S. 38-40.

<sup>86</sup> Ebenda, S. 41.

Zumindest für die USA kann aber gesagt werden, dass *infant industry* das bestimmende Motiv war, was sich vor allem an der Person *Alexander Hamilton* festmacht. Der Erfolg der Tigerstaaten Südkorea und Taiwan, die aufgrund ihrer Bevölkerungszahl und Fläche erheblich repräsentativer für den Rest der Entwicklungsländer als die Stadtstaaten Hong Kong und Singapur sind, ging sowohl mit Importprotektion als auch mit aktiver staatlicher Exportförderung einher.

Was die Auslandsinvestitionspolitik angeht (bei der noch erhebliche Forschungslücken bestehen), ergibt sich ein ähnliches Bild. Unterschiedlicher hätten die Politiken kaum sein können. Von einer geradezu DI-abschreckenden Politik in Finnland und Japan über strikt-regulierende Ansätze in Südkorea und Taiwan und ambivalent-positive Handlungen in den USA (die USA dürften einer der wenigen Staaten gewesen sein, die AI zur Importsubstitution genutzt haben) bis hin zu DI-positiven Strategien in Irland (mit Einschränkungen), Hong Kong und Singapur reicht die Spannweite. Im Einzelnen gab es u.a. Markteintrittsbarrieren (vor allem was Landbesitz und den Bankensektor angeht), diskriminierende Behandlung ausländischer Investoren (z.B. in Bezug auf die Beteiligung an inländischen Unternehmen), teilweise bürokratische Genehmigungsprozeduren sowie *performance requirements* (vor allem *local content*-, aber auch Export-, Technologietransfer- oder Joint-Venture-Verpflichtungen). Eine gemeinsame Studie von WTO und UNCTAD kommt zum Ergebnis, dass eine ganze Reihe von NDCs (Australien, Kanada, Österreich, Griechenland, Frankreich, Neuseeland, Norwegen, Portugal, Schweden), die hier nicht untersucht werden konnten, *performance requirements* und andere DI-regulierende Maßnahmen angewandt haben. Australien und Kanada haben die Zulassung von DI sogar von allgemeinen positiven Auswirkungen für ihre Volkswirtschaft abhängig gemacht.<sup>87</sup> Enteignungen haben keine große Rolle gespielt. Trotz all dieser Unterschiede haben diese Staaten eines gemeinsam: Sie sind alle der Armut entwachsen. Eine Modell-Politik, ein "One-size-fits-all"-Konzept für DI gibt es also offensichtlich nicht. Wie die Beispiele Japan, Finnland, Südkorea und Taiwan zeigen, ist auch nicht zwingend ein hoher Auslandsinvestitionsanteil für eine erfolgreiche Industrialisierung erforderlich.

Wichtig ist es zu betonen, dass die Handels- und Investitionspolitik nur ein Bestandteil der Industrialisierungsstrategie aller untersuchten Staaten war und häufig noch nicht einmal ein zentraler.

Aus den genannten historischen Beispielen erfolgreicher Entwicklung lässt sich außerdem ableiten, dass Industrialisierung unverzichtbare Voraussetzung für Wirtschaftswachstum und damit für eine erfolgreiche ökonomische Entwicklung eines Landes (und damit wiederum für Armutsbekämpfung) ist. Ohne Industrialisierung wird eine Volkswirtschaft nicht den Weg aus Unterentwicklung, Elend und Hunger schaffen können.<sup>88</sup> Neben den historischen Erfahrungen sprechen noch weitere Fakten und Indizien dafür:

- Alle Staaten, die heute zu den reicheren Staaten zählen, haben einen überdurchschnittlich hohen Anteil der Industrie am Bruttoinlandsprodukt. Umgekehrt haben alle LDCs einen

<sup>87</sup> UNCTAD/WTO (2002): Trade-Related Investment Measures and other Performance requirements.

<sup>88</sup> Es ist allerdings auch problematisch, die Landwirtschaft zu vernachlässigen. Auch hier sind Produktivitätsfortschritte zur Armutsbekämpfung dringend notwendig.

überdurchschnittlich niedrigen Industrieanteil.

- Schon die Verwendung des Wortes Industrieland für ein ökonomisch weiter entwickeltes Land deutet auf einen Zusammenhang zwischen Industrialisierung und Entwicklung an.
- China, dessen Wachstums- und Armutsbekämpfungserfolg phänomenal ist, hat den Anteil der Industrie am BIP von 40,5% 1970 auf 49,5% im Jahre 2000 gesteigert, während sich der Anteil der Landwirtschaft im gleichen Zeitraum von 35,2% auf 16,2% reduziert hat<sup>89</sup>

Natürlich gibt es auch negative Folgen der Industrialisierung wie steigende ökologische Belastungen, Verstädterungsprozesse, zumindest temporär verschlechterte Arbeitsbedingungen etc., doch kann es unter dem Strich keinen Zweifel daran geben, dass sich die ökonomische und soziale Lage der Menschen verbessert.

## II.2 Entwicklung internationaler Investitionsverträge nach dem Zweiten Weltkrieg

Im Folgenden soll ein Überblick über die Entwicklung internationaler (nicht zwingend multilateraler) Investitionsverträge nach dem Zweiten Weltkrieg gegeben werden. Es lassen sich dabei drei Phasen unterscheiden, die von völlig unterschiedlichen grundsätzlichen Einstellungen gegenüber DI sowie veränderten wirtschaftspolitischen Paradigmen gekennzeichnet waren: 1945 – Ende der 1960er-Jahre, die 1970er-Jahre sowie die 1980er-Jahre bis heute. In Abbildung 1 wird dies auch grafisch dargestellt. Neben diesen verschiedenen Phasen wird noch eine wichtige Entwicklung auf dem Gebiet des internationalen Wirtschaftsrechtes gewürdigt: der Übergang von der CALVO-Doktrin zur Hull-Formel bei der Behandlung (insbesondere bei der Enteignung und Entschädigung) ausländischer Investitionen. Diese Transformation kann sinnvollerweise in keine der beschriebenen Phasen eingeordnet werden und wird deshalb in Form eines Exkurses behandelt. Die Inhalte der Verträge stehen hier bis auf einige Ausnahmen nicht im Blickfeld, da dies an anderen Stellen der Arbeit intensiv getan wird. Am Ende erfolgt eine kurze Zusammenfassung, die auch auf die Bedeutung dieser historischen Erfahrungen für die heutige Debatte über internationale Investitionsverträge eingeht.

---

<sup>89</sup> Fischer Weltalmanach 2003 (2002), CD-Ausgabe. Auch der Anteil des Dienstleistungssektors ist stark angestiegen.

<b>Abbildung 1: Zeitliche Entwicklung der Investitionsabkommen</b>	
1945 bis Ende der 1960er- Jahre	1948: ITO scheitert; GATT tritt in Kraft  1959: erster BIT Deutschland - Pakistan  1962: UNGV-Resolution zur permanenten Souveränität über die natürlichen Ressourcen 1966: ICSID-Konvention tritt in Kraft
1970er-Jahre	1974: Charta der ökonomischen Rechte und Pflichten der Staaten; UNCTC-Gründung  1976: OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen
1980er-Jahre bis heute	1985: MIGA-Gründung  1992: Weltbank/IWF-Richtlinien  1993: UNCTC wird aufgelöst  1994: NAFTA; Bildung einer gesamtamerikanischen Freihandelszone (FTAA) bis 2005 incl. Investitionsregeln wird vereinbart  1995: WTO (TRIMs, TRIPS, GATS, Subventionsabkommen); Einsetzung der Arbeitsgruppe Handel und Investitionen  1998: MAI-Verhandlungen scheitern  2004: Das Thema Investitionen wird von der Agenda der Doha-Welthandelsrunde gestrichen
<b>Quelle:</b> Eigene Zusammenstellung.	

### **II.2.1 1945 – Ende der 1960er-Jahre: ITO, GATT und der beginnende Bilateralismus**

Das erste wichtige Ereignis nach dem Zweiten Weltkrieg in Bezug auf internationale Investitionsverträge war das Scheitern der internationalen Handelsorganisation 1948 (International Trade Organisation, ITO), in dessen Rahmen auch ein IIA in Kraft treten sollte. Stattdessen wurde im gleichen Jahr „nur“ das GATT abgeschlossen, das keine allgemeinen Investitionsbestimmungen enthielt, gleichwohl aber – für den Bereich des Güterhandels – handelsbezogene Investitionsmaßnahmen restringiert (ITO und GATT werden intensiv unter V.1.1 behandelt). Die 1950er- und 1960er-Jahre wurden stark durch den Prozess der Dekolonialisierung bestimmt. Zahlreiche neue Staaten entstanden, die Entwicklungsländer gewannen an Selbstvertrauen und setzten überwiegend auf Importsubstitution als bestimmende Entwicklungsstrategie. Von den 1950er-Jahren bis zu den 1970er-Jahren kam es zu einer ganzen Reihe von Enteignungen ausländischer Investitionen, vor allem im Rohstoffbereich. Zwischen 1960 und

1974 zählten die Vereinten Nationen insgesamt 875 Enteignungen in 62 Staaten.<sup>90</sup> Zum Teil wurde dabei keine Entschädigung gezahlt. Die nichtbindende Deklaration der UN-Generalversammlung über die permanente Souveränität über natürliche Ressourcen, die mit der Mehrheit der Stimmen der Entwicklungsländer verabschiedet wurde, bekräftigte das Recht auf Enteignung ausländischer Investitionen gegen angemessene Entschädigung.<sup>91</sup> Gewinne aus AI müssen nach der Resolution zwischen Investor und Staat geteilt werden.<sup>92</sup> Die Resolution bekennt sich aber an mehreren Stellen zum Völkerrecht und besagt: „*Foreign investment agreements freely entered into by or between sovereign States shall be observed in good faith.*“<sup>93</sup> Ab den späten 1950er-Jahren begann die Phase der bilateralen Investitionsverträge (Im Folgenden BIT), die heute noch anhält und sich sogar immer größerer Beliebtheit erfreut. Die Industrieländer versprachen sich einen besseren Schutz der Investitionen ihrer Unternehmen in Entwicklungsländern, während das Motiv der Entwicklungsländer beim Abschluss dieser Verträge die Hoffnung auf größere Kapitalzuflüsse aus den Industrieländern war. BIT werden detailliert unter Kapitel VI.1 behandelt.

Parallel zum beginnenden Bilateralismus versuchten die Entwicklungsländer, die mittlerweile die Mehrheit bei den Vereinten Nationen stellten, das UN-System stärker an ihren ökonomischen und sozialen Bedürfnissen zu orientieren und entsprechende Institutionen zu schaffen. Ein Meilenstein war dabei die Gründung der Konferenz für Handel und Entwicklung der Vereinten Nationen (*United Nations Conference on Trade and Development*, UNCTAD) im Jahr 1964. Erster Generalsekretär wurde der Argentinier *Raúl Prebisch*, der wohl damals führende Dritte-Welt-Ökonom. Die UNCTAD sollte die Federführung bei der Umstrukturierung der Weltwirtschaftsordnung übernehmen, bei der die wichtigsten Ziele Rohstoffpreisstabilisierung, die Durchsetzung eines Präferenzzollsystems sowie eine Ausweitung der Unterstützungsleistungen der Ersten an die Dritte Welt waren. Diese Maßnahmen betrachteten die Entwicklungsländer damals als Wiedergutmachung für die während der Kolonialzeit erlittenen volkswirtschaftlichen Verluste.<sup>94</sup>

Ein weiteres wichtiges Ereignis in dieser Phase war 1966 die Gründung des Internationalen Zentrums zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (ICSID) in New York, einer Weltbank-Tochter, in deren Rahmen Investitionsstreitigkeiten zwischen einem Staat und einem Investor abgehandelt werden (mehr zu ICSID unter VI.1.3 und VI.6.1.1).

---

<sup>90</sup> Zitiert nach Beauvais, J.C./Been, V.L. (2003): The Global Fifth Amendment: NAFTA's Investment Protections and the Misguided Quest for an International „Regulatory Takings“ Doctrine, S. 17.

<sup>91</sup> UN-Generalversammlung: Permanent Sovereignty Over Natural Resources, G.A. Res. 1803 (XVII), 17 U.N. GAOR Supp. (No. 17), U.N. Doc. A/5217 (1962), S. 15.

<sup>92</sup> Ebenda, Z. 3.

<sup>93</sup> Ebenda, Z. 8.

<sup>94</sup> Bello, W. (2000a): UNCTAD: Time to Lead, Time to Challenge the WTO; in: Bello, W. (2000, Hrsg.): Why Reform of the WTO Is the Wrong Agenda, Four Essays on Four Institutions: WTO, UNCTAD, IMF and the World Bank, S. 16-18.

## II.2.2 Die 1970er-Jahre: Konflikte zwischen Industrie- und Entwicklungsländern

Die 1970er-Jahre brachten einen deutlichen Anstieg der Enteignungen ausländischen Eigentums sowie forcierte Versuche der Entwicklungsländer, die Strukturen der Weltwirtschaft zu ihren Gunsten zu ändern. Die Debatte um eine neue Weltwirtschaftsordnung wurde immer intensiver geführt. Die Entwicklungsländer betrachteten insbesondere die Rolle transnationaler Konzerne (TNK) zunehmend kritisch und negativ.<sup>95</sup> 1972 setzte der Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen (*Economic and Social Council*, ECOSOC) eine Beratergruppe (*eminent persons group*) ein, die Empfehlungen für den Umgang mit TNK und die entsprechende Rolle der Vereinten Nationen ausarbeiten sollte. Die Gruppe empfahl die Einsetzung einer Kommission und eines Zentrums der Vereinten Nationen für TNK (*United Nations Commission/Centre on Transnational Corporations*, UNCTC). Der ECOSOC kam dem nach und setzte 1974 die Kommission als intergouvernementales Forum und das Zentrum als Sekretariat ein. Aufgabe war die Untersuchung der Rolle von TNK, die Vorbereitung internationaler Abkommen zur Regulierung von TNK sowie die Verbesserung der Verhandlungskapazitäten der Entwicklungsländer (in Bezug auf den innerstaatlichen Umgang mit TNK). Erster Arbeitsschwerpunkt war ein sog. „*Code of Conduct*“, ein Versuch der Schaffung eines verbindlichen Abkommens zur Regulierung von TNK auf internationaler Ebene. Zwischen 1976 und 1982 gab es dazu insgesamt siebzehn Sitzungen einer intergouvernementalen Verhandlungsgruppe.<sup>96</sup> Zwischen 1983 und 1990 gab es eine Reihe von Sondersitzungen des UNCTC, die aber nicht zum Abschluss eines Abkommens führten. Es gelang lediglich, einen Entwurf zu erarbeiten, der aber noch zahlreiche umstrittene Passagen enthielt.<sup>97</sup> Der Entwurf<sup>98</sup> sah zahlreiche Verpflichtungen für TNK vor (u.a. Einhaltung der Gesetze und Regulierungen des Empfängerstaates, Verbraucherschutz, Technologietransfer, Nichteinmischung in politische Angelegenheiten des Staates und in intergouvernementale Beziehungen, Verbot von Investitionen in Südafrika und Namibia wegen der Apartheid und der illegalen Besetzung Namibias durch Südafrika etc.). TNK sollten verpflichtet sein, den Empfängerstaaten bei Zahlungsbilanzschwierigkeiten z.B. durch Exportförderung oder -diversifizierung zu helfen, und in diesem Fall auch Transferbeschränkungen unterliegen (während generell die Transferfreiheit anerkannt wurde, Art. 53). Große Differenzen gab es hinsichtlich der Behandlung von TNK. Hier enthält der Entwurf zwei Alternativen, nämlich das klassische Nichtdiskriminierungsprinzip „*treatment no less favourable*“ und „*appropriate treatment*“, was den Staaten erheblich mehr Interpretationsspielraum gelassen hätte (Art. 49). Bezüglich des Entschädigungsstandards bei Enteignungen und des anwendbaren Rechtes wurden sowohl die CALVO-Doktrin als auch die Hull-Formel aufgeführt (Art. 54).

Ein weiteres wichtiges Ereignis in dieser Phase war die Verabschiedung der Charta der ökonomischen

<sup>95</sup> Graham, E.M. (2000): *Fighting the Wrong Enemy, Antiglobal Activists and Multinational Enterprises*, S. 167-173.

<sup>96</sup> <http://www.benchpost.com/unctc>: United Nations Centre on Transnational Corporations: a Historical Collection and Re-collection by Former UNCTC Staff, 11.8.2003. Diese Homepage wird von früheren Mitarbeitern des UNCTC gestaltet.

<sup>97</sup> UNCTAD (1996): *International Investment Instruments: A Compendium, Volume I Multilateral Instruments*, S. 161.

<sup>98</sup> UNCTC: *Draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations* (1983), in UNCTAD (1996), a.a.O., S. 161-180. Der Text wird im Abschnitt über die 1970er-Jahre behandelt, weil die Verhandlungen in der Phase starteten. Es gab auch noch Versuche, Abkommen über den Technologietransfer im UNCTAD-Rahmen sowie über unerlaubte Zahlungen im ECOSOC-Rahmen auszuhandeln, aber auch diese scheiterten, UNCTAD: *Draft International Code of Conduct on the Transfer of Technology* (1985), in UNCTAD (1996), a.a.O., S. 181-201 sowie ECOSOC: *Draft International Agreement on Illicit Payments* (1979), in UNCTAD (1996), a.a.O., S. 103-107. Dagegen wurden nichtbindende Richtlinien über die Kontrolle von wettbewerbswidrigen Praktiken von der UN-Generalversammlung angenommen, UNGV: *The Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices* (1980), in UNCTAD (1996), a.a.O., S. 133-144.

Rechte und Pflichten der Staaten durch die UN-Generalversammlung.<sup>99</sup> Diese spiegelt geradezu exemplarisch das damalige Denken der großen Mehrheit der Entwicklungsländer wieder. Die Charta ist geprägt vom Geist der Dekolonialisierung und betont daher sehr stark das Prinzip der nationalen Souveränität und der Nichteinmischung in die inneren Angelegenheiten eines Landes. Jeder Staat soll frei sein eigenes Wirtschaftssystem wählen können (Art. 1). Die Charta enthält Bestimmungen zum Technologietransfer, zu einem Präferenzzollsystem, zur Rohstoffpreisstabilisierung und zu gesteigerten Hilfszahlungen der Industrie- an die Entwicklungsländer. Sie adressiert damit die zentralen Fragen einer neuen Weltwirtschaftsordnung<sup>100</sup> aus der Sicht der Entwicklungsländer.

1976 wurde die OECD-Erklärung zu internationalen Investitionen und multinationalen Unternehmen verabschiedet.<sup>101</sup> Sie enthält nur sehr vage Bestimmungen. Das Inländerbehandlungsprinzip wird grundsätzlich anerkannt, nicht aber das Meistbegünstigungsprinzip (II.1). Betont wird das Recht der Staaten, DI zu regulieren (II.4). Maßnahmen der Staaten, die sich auf DI auswirken können, sollen möglichst transparent gehalten werden (IV.3). Bestandteil der Erklärung sind die freiwilligen Leitsätze für multinationale Unternehmen. Ihr Ziel ist laut OECD: „*Setting voluntary standards of behaviour, they provide guidance to multinational enterprises and help to ensure that their operations are in harmony with the policies of the countries in which they operate.*“<sup>102</sup> Die Leitsätze enthalten einerseits allgemeine Grundsätze (u.a. Nichteinmischung in die inneren Angelegenheiten des Empfängerstaates). Andererseits beinhalten sie Bestimmungen über die Offenlegung von Informationen, Beschäftigung und Beziehungen zwischen den Sozialpartnern, u.a. Anerkennung der Kernarbeitsschutznormen der Internationalen Arbeitsorganisation ILO wie Zulassung gewerkschaftlicher Tätigkeit oder Verbot von Kinderarbeit. Hinzu kommen die Bereiche Umwelt (u.a. Beachtung von Umweltgesetzen des Gastlandes und Einführung von Umweltmanagementsystemen), Bekämpfung der Korruption (u.a. Verzicht auf Bestechung) und Verbraucherinteressen (u.a. Offenlegung von verbraucherrelevanten Informationen). Schließlich folgen die Punkte Wissenschaft und Technologie (u.a. Technologietransfer, soweit „*praktikabel*“ und unter Beachtung des Schutzes geistiger Eigentumsrechte), Wettbewerb (u.a. Verzicht auf wettbewerbswidrige Absprachen, ohne aber das Problem von Marktmacht generell anzusprechen) und Besteuerung (Steuergesetze des Gastlandes sind einzuhalten). Im Wesentlichen zeichnen sich die Leitsätze neben zahlreichen Transparenzgebotsen dadurch aus, dass sie TNK dazu – unverbindlich – auffordern, Bestimmungen einzuhalten, die sie ohnehin einhalten müssten. Die OECD hatte bis zur Verabschiedung der Erklärung und der Leitsätze vor allem analytische Arbeit zu DI geleistet. Die Leitsätze sind im Zusammenhang mit den Versuchen der UNCTC zu sehen, einen bindenden *Code of Conduct* zur TNK-Regulierung aufzustellen. Der OECD-Ansatz unterscheidet sich dadurch, dass er von vornherein auf ein nichtbindendes Instrument setzt und eine Verbindung mit Investorenrechten herstellt. Inhaltlich ist die Schnittmenge zwischen beiden Texten sehr groß. Das Kalkül der OECD war sicherlich auch, einen bindenden Vertrag zur Regulierung von TNK zu verhindern. Positiv betrachtet könnte man die Leitsätze aber auch als Beleg dafür ansehen, dass in der

<sup>99</sup> UN-GV: Charter of Economic Rights and Duties of States, G.A. Res. 3281 (XXIX), 31 U.N. GAOR Supp. (No. 31), S. 50-55, U.N. Doc. A/9946 (1974).

<sup>100</sup> Siehe auch UNGV: Declaration on the Establishment of a New International Economic Order (1974), in UNCTAD (1996), a.a.O., S. 47-51 sowie UNGV: Programme of Action on the Establishment of a New International Economic Order (1974), in UNCTAD, (1996), a.a.O., S. 52-55.

<sup>101</sup> Text abgedruckt in OECD (2000): Die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen, S. 11-30.

<sup>102</sup> OECD (1997): The OECD Guidelines for Multinational Enterprises, S. 2.

investitionspolitischen Debatte der 1970er-Jahre Investorenrechte und -pflichten im Zusammenhang diskutiert worden sind – auch von den Industrieländern. Während die UNCTC-Bemühungen erfolglos blieben, sind die OECD-Leitsätze immer noch in Kraft und wurden zuletzt im Jahr 2000 geändert. Der tatsächliche Einfluss der Leitsätze ist schwer einzuschätzen, dürfte aber nicht all zu groß sein.<sup>103</sup>

1976 wurde mit den Streitschlichtungsregeln der Kommission der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht (*United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL*, im Folgenden UNCITRAL-SO)<sup>104</sup> ein weiteres Investor-Staat-Streitschlichtungsverfahren entwickelt.

### II.2.3 1980 – heute: Liberalisierung und beginnender Multilateralismus

Die 1980er-Jahre brachten einen deutlichen Wandel der investitionspolitischen Debatte. Begleitet von einem allgemeinen wirtschaftspolitischen Paradigmenwechsel hin zu mehr Marktwirtschaft und Liberalismus begann die Phase der unilateralen Investitionsliberalisierung. Durch zwei Faktoren wurde diese Entwicklung bestimmt: endogen durch eine veränderte Sicht auf AI in den Entwicklungsländern<sup>105</sup> und exogen durch Strukturanpassungsprogramme des Internationalen Währungsfonds (IWF). Letztere wurden als Reaktion auf die Verschuldungskrise der Entwicklungsländer entwickelt und beinhalteten in aller Regel Handels- und Investitionsliberalisierungen.<sup>106</sup> Parallel zum Unilateralismus wurden aber auch bilaterale, regionale und multilaterale Ansätze weiterverfolgt. 1985 wurde die multilaterale Investitionsagentur (*Multilateral Investment Guarantee Agency, MIGA*) durch einen multilateralen Vertrag gegründet.<sup>107</sup> Das Ziel der MIGA, die der Weltbankgruppe angehört, ist die Förderung von AI „for productive purposes“ insbesondere in Entwicklungsländern (Art. 2). Das Abkommen enthält aber keine Bestimmungen zu Investorrechten oder -pflichten, sondern kreiert mit der MIGA das multilaterale Gegenstück zu nationalen Auslandsinvestitionsversicherungen bzw. -garantieagenturen. Die MIGA sichert mit Garantien AI gegen nichtkommerzielle Risiken ab (Art. 2 Z. a).<sup>108</sup> Zu den nichtkommerziellen Risiken zählen u.a. Enteignungen, Vertragsbruch und Transferbeschränkungen (Art. 11). 1992 war die Weltbank erneut in der internationalen Investitionsdebatte engagiert. Gemeinsam mit dem IWF veröffentlichte sie unverbindliche Richtlinien über DI, die bestehende multilaterale und bilaterale Verträge ergänzen sollten. Diese hatten teilweise einen liberalen Ansatz (*performance requirements* werden als überwiegend kontraproduktiv eingestuft, Nichtdiskriminierungsprinzip, Transferfreiheit, Kompensation für Enteignungen nach der Hull-Formel). Teilweise waren sie aber auch recht vorsichtig (*restricted-list-approach*,<sup>109</sup> Unterordnung von DI unter nationale Entwicklungsprioritäten, Ausnahmen

<sup>103</sup> Von Moltke, K. (2000): An International Investment Agreement? - Issues of Sustainability, S. 25-27.

<sup>104</sup> UNCITRAL Arbitration Rules, General Assembly Resolution 31/98, 15.12.1976. In der Präambel wird darauf verwiesen, dass diese Regeln vor allem bei Streitigkeiten bzgl. „commercial contracts“ angewandt werden sollten, also zwischen unterschiedlichen Unternehmen, nicht aber zwischen Staaten und Unternehmen.

<sup>105</sup> Graham, a.a.O., S. 167-173.

<sup>106</sup> Lt. Bello, W. (2000): Jurassic Fund: Should Developing Countries Push to Decommission the IMF?, in Bello, W. (2000, Hrsg.): Why Reform of the WTO is the Wrong Agenda, Four Essays on Four Institutions: WTO, UNCTAD, IMF and the World Bank, S. 26 sind für fast 90 Entwicklungsländer Strukturanpassungsprogramme entwickelt worden.

<sup>107</sup> World Bank: Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency, 11.10.1985.

<sup>108</sup> Daneben werden der MIGA noch zwei weitere, sehr allgemein formulierte Aufgaben gegeben: die Entwicklung geeigneter ergänzender Maßnahmen zur Förderung von DI und „exercise such other incidental powers as shall be necessary or desirable in the furtherance of its objective.“ (Art. 2 Z. b + c).

<sup>109</sup> Dies bedeutet, dass jeder Staat bestimmte Wirtschaftsbereiche entweder ganz für DI sperren kann oder sie speziellen Zulassungs- oder *Screening*-Verfahren unterziehen kann.

für Zoll- und Freihandelszonen).<sup>110</sup> Das Hauptaugenmerk wurde auf eine detaillierte Ausarbeitung der Entschädigungsstandards bei Enteignungen gelegt.

Mit dem Paradigmenwechsel in der Wirtschaftspolitik ging auch ein deutlicher Bedeutungsverlust der UN-Wirtschaftsinstitutionen wie ECOSOC und UNCTAD einher. Das UNCTC wurde 1993 sogar mit begrenztem Mandat in die UNCTAD eingegliedert – de facto bedeutete dies die Auflösung dieser Institution. 1994 trat dann das auf dem USA-Kanada-Freihandelsabkommen aufbauende Nordamerikanische Freihandelsabkommen (North American Free Trade Agreement, NAFTA) in Kraft, dessen Kapitel 11 das bis dahin ambitionierteste internationale Investitionsabkommen darstellte (vgl. detailliert unter VI.2). Es ging hinsichtlich des Investitionsschutzes und der Investitionsliberalisierung bei weitem über fast alle BIT hinaus. Im selben Jahr wurde vereinbart, eine gesamtamerikanische Freihandelszone (*Free Trade Area of the Americas*, FTAA) bis zum Jahr 2005 auszuhandeln, die auch Investitionsbestimmungen enthalten soll. Der bisherige Verhandlungsverlauf lässt darauf schließen, dass im Wesentlichen die NAFTA-Regeln auf den gesamten amerikanischen Kontinent ausgedehnt werden sollen, wobei sich etwas mehr Flexibilität für die einzelnen Staaten abzeichnet (vgl. VI.4). 1995 folgten mit der Gründung der Welthandelsorganisation (*World Trade Organization*, WTO) und dem Abschluss der Uruguay-Runde sektorale multilaterale Investitionsregeln (GATS, TRIPS, Subventionsabkommen, TRIMs, vgl. V.2). Eine Arbeitsgruppe Handel und Investitionen wurde eingesetzt. Mit der letzten WTO-Ministerkonferenz in Cancún im September 2003 scheiterte dann auch der Versuch, die Aufnahme von Verhandlungen für ein allgemeines WTO-Investitionsabkommen zu beschließen. Im Juli 2004 wurde das Thema Investitionen daraufhin von der Agenda der Doha-Welthandelsrunde gestrichen. Zuvor war 1998 der Versuch gescheitert, im Rahmen der OECD ein extrem weitreichendes multilaterales Investitionsabkommen (MAI) zu verhandeln (vgl. VI.3), das fast nur Investorenrechte beinhaltete, ohne entsprechende Pflichten vorzusehen. Dies war das erste Mal, dass die Debatte um internationale Investitionsverträge die Zirkel der Fachexperten verließ und eine breitere Öffentlichkeit interessierte.

## II.2.4 Exkurs: Von der Calvo-Doktrin zur Hull-Formel

*Carlos Calvo* war ein argentinischer Diplomat und Historiker, der 1868 vor dem Hintergrund wiederholter diplomatischer und militärischer Interventionen europäischer Staaten und der USA in Lateinamerika<sup>111</sup> ein Prinzip entwickelte, was später als Calvo-Doktrin bekannt wurde. Es sieht vor, dass sich kein Staat in die Angelegenheiten eines anderen souveränen Staates – sei es durch diplomatischen Schutz oder militärische Intervention – einmischen dürfe. Diplomatischer Schutz ist ein völkergewohnheitsrechtliches Konzept, zu dessen Mitteln Protest, Einschränkung von Handelsbeziehungen bis hin zu Gegenmaßnahmen wie dem Einfrieren ausländischer Guthaben gehören.<sup>112</sup> Ein weiterer Bestandteil ist das Gleichbehandlungsprinzip: „*It is certain that aliens who establish themselves in a country have the*

<sup>110</sup> IWF/Weltbank: Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, in: UNCTAD (1996), a.a.O., S. 247-255.

<sup>111</sup> Militärinterventionen dienten im 19. Jahrhundert häufig dazu, die Rechte von Staatsangehörigen bzw. Unternehmen im Ausland durchzusetzen. Die Interventionen Frankreichs in Mexiko 1838 und 1861, der USA in Santo Domingo 1904 und Haiti 1915 sowie die deutsch-britisch-italienische Intervention in Venezuela 1902-03 fallen u.a. in diese Kategorie, vgl. Shea, D.R. (1955): The CALVO Clause – A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy, S. 13.

<sup>112</sup> Herdegen, M. (2002): Internationales Wirtschaftsrecht, S. 83-84.

*same right to protection as nationals, but they ought not to lay claim to a protection more extended.*<sup>113</sup> Calvo fand, dass das internationale Recht Ausländer in Bezug auf den Eigentumsschutz nicht besser stelle als inländische Eigentümer. Zuständig bei solchen Streitigkeiten – dazu können natürlich auch Investitionsfragen zählen – seien immer und abschließend die Gerichte des Gaststaates.<sup>114</sup> Das Prinzip der Inländerbehandlung bedeutet nach der Calvo-Doktrin Gleichbehandlung („*same*“ oder „*similar treatment*“). Die Enteignungsfrage würde durch das Prinzip der Gleichbehandlung abgedeckt, d.h. dass die nationale Rechtsordnung definiert, ob und in welcher Höhe Entschädigungszahlungen geleistet werden und unter welchen Voraussetzungen Enteignungen grundsätzlich zulässig sind.<sup>115</sup> Die Calvo-Doktrin hat insbesondere in Lateinamerika eine große Bedeutung erlangt. Sie wurde in zahlreichen nationalen Verfassungen (u.a. in Bolivien und Mexiko) und Gesetzen verankert. Art. 24 der Verfassung von Bolivien lautet z.B.:

*„Die Staatsbürger und Unternehmer fremder Staaten sind den bolivianischen Gesetzen unterworfen und können keinesfalls eine Sonderstellung geltend machen oder diplomatischen Schutz in Anspruch nehmen.“*<sup>116</sup>

Die Doktrin hat sich aber außerhalb Lateinamerikas nicht durchsetzen können. Die Industrieländer, allen voran die USA, lehnen sie ab. In der Rechtsprechung internationaler Schiedsgerichte hat sie ebenso wenig Fuß gefasst wie in der Völkerrechtsliteratur (darunter sogar diejenige von lateinamerikanischen Autoren).<sup>117</sup>

Von der Calvo-Doktrin ist die sog. Calvo-Klausel zu unterscheiden. Sie bedeutet im Regelfall, dass in Verträgen zwischen Staaten und Nichtstaatsangehörigen (insbesondere Unternehmen) letztere auf ihr Recht auf diplomatischen Schutz durch ihren Heimatstaat verzichten und die abschließende Zuständigkeit der Gerichte des Gaststaates anerkennen. Substanziell unterscheidet sich die Calvo-Klausel also nicht von der Calvo-Doktrin. Der Unterschied liegt darin, dass die Klausel keine unilaterale Handlung darstellt wie die entsprechenden Verfassungs- und Gesetzesbestimmungen, sondern den Konsens des Vertragspartners voraussetzt. Die Calvo-Klausel hat sich deshalb im internationalen Recht erheblich stärker durchsetzen können als die Calvo-Doktrin. Zwischen 1926 und 1955 wurde in fünf von sieben diese Frage behandelnden Schiedsverfahren die Anwendbarkeit der Calvo-Klausel und damit die Nichtzuständigkeit internationaler Schiedsgerichte bejaht, obwohl sie von den USA ebenfalls abgelehnt wird. Eine Zuständigkeit internationaler Schiedsgerichte bzw. ein Rückgriff auf diplomatischen Schutz wird in der Regel aber dann anerkannt, wenn dem Nichtstaatsangehörigen der Rechtsschutz verweigert wird („*denial of justice*“).<sup>118</sup>

Dem gegenüber steht die Hull-Formel, die vom damaligen US-Außenminister *Cordell Hull* 1938 als Reaktion auf mexikanische Enteignungen US-amerikanischen Eigentums entwickelt wurde. *Hull* war

<sup>113</sup> Ebenda, S. 18.

<sup>114</sup> Wilkie, C. (2002): The Origins of NAFTA Investment Provisions: Economic and Policy Considerations, S. 19; UNCTAD (1998): Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s, S. 3.

<sup>115</sup> Beauvais/Benn, a.a.O., S. 15.

<sup>116</sup> Zitiert nach Herdegen, a.a.O., S. 84.

<sup>117</sup> Shea, a.a.O., S. 3-27.

<sup>118</sup> Ebenda, S. 27-32; 231-288.

der Auffassung, dass das Völkerrecht verlange, dass enteignete Eigentümer „*prompt, adequate and effective*“ zu entschädigen seien. Dies bedeutet unverzügliche Zahlung, die dem Wert nach angemessen ist und in einer konvertiblen Währung erbracht wird.<sup>119</sup> Die USA haben seitdem bis heute in allen Verhandlungen über Investitionsverträge auf die Integration der Hull-Formel gedrängt.<sup>120</sup>

Die Entwicklungsländer hingegen beharrten auf der CALVO-Doktrin. Der Höhepunkt dieses Streites war sicherlich die bereits erwähnte Charta der ökonomischen Rechte und Pflichten der Staaten. Art. 2 (2) Z. a der Charta spricht den Staaten das Recht zu, AI innerhalb seiner nationalen Rechtsordnung und in Übereinstimmung mit seinen nationalen Zielen und Prioritäten zu regulieren. Kein Staat soll gezwungen sein, AI eine Vorzugsbehandlung zukommen zu lassen. In allgemeiner Form enthält die Charta Bestimmungen über die Regulierung transnationaler Konzerne (ohne aber neue internationale Rechte oder Pflichten zu schaffen) und verbietet diesen eine Einmischung in die inneren Angelegenheiten eines Staates (Art. 2 (2) Z. b). Das Recht auf Enteignung wird wie in der Resolution über die permanente Souveränität über die natürlichen Ressourcen bekräftigt, wobei „*appropriate compensation*“ ausreichend sein soll. Bei Streitigkeiten bezüglich der Entschädigung ist die nationale Rechtsordnung maßgeblich, es sei denn, die beteiligten Staaten vereinbaren die Anwendung anderer Streitschlichtungsinstrumente (Art. 2 (2) Z. c). Bestimmungen über Marktzugang, Inländerbehandlung, Meistbegünstigung, Transferfreiheit etc. finden sich nicht in der Charta. Einseitig wurde also auf Regulierung von AI gesetzt, ohne Rechte für Investoren zu schaffen.<sup>121</sup> Zu erwähnen ist aber auch, dass den Entwicklungsländern die Pflicht auferlegt wurde, an der stetigen Ausweitung und Liberalisierung des Welthandels teilzunehmen – ein überraschend klares Bekenntnis zum Weltmarkt (Art. 14).

Ab den 1980er-Jahren gingen die Entwicklungsländer aber immer stärker von der CALVO-Doktrin ab. Die Hull-Formel findet sich laut UNCTAD-Angaben mittlerweile in der großen Mehrheit der BIT.<sup>122</sup> Im NAFTA (Art. 1110) wurde die Hull-Formel ebenfalls integriert.

## II.2.5 Zusammenfassung

Seit dem Ende des Zweiten Weltkrieges hat sich in mehreren Phasen die grundsätzliche Einstellung der Staatengemeinschaft gegenüber DI und internationalen Investitionsverträgen deutlich geändert. Die anfänglich skeptische bis ablehnende Haltung der Entwicklungsländer ist einer grundsätzlich positiven Haltung gewichen. Dies bedeutet allerdings noch längst nicht, dass die Staaten bereit wären, ausländischen Investoren unbeschränkten Marktzugang einzuräumen bzw. sich deutlich in ihrer Regulierungsfreiheit einschränken zu lassen. Außerdem gibt es immer noch sehr große Unterschiede in der Haltung einzelner Staaten zu DI. Deutlich wird der Wandel auch an der Weiterentwicklung völkerrechtlicher Konzepte, wie dies anhand des Beispiels der Calvo-Doktrin bzw. der Hull-Formel

<sup>119</sup> Ebenda, S. 221.

<sup>120</sup> Beauvais/Benn, a.a.O., S. 15.

<sup>121</sup> Dieses Ungleichgewicht führte natürlich dazu, dass Industrieländer, die bei der Annahme der Charta von den Entwicklungsländern überstimmt wurden, die Legitimation der UN zur Regulierung der Weltwirtschaft zunehmend in Zweifel zogen. Bestimmungen wie Art. 20, in dem die Entwicklungsländer aufgefordert werden, ihren Handel mit den damaligen sozialistischen Staaten auszuweiten, verschärfen diese Sichtweise noch.

<sup>122</sup> UNCTAD (1998), a.a.O., S. 69; Beauvais/Benn, a.a.O., S. 18 zitieren einen Aufsatz von M. Khalil aus dem Jahr 1992, nach

dargestellt wurde.

Deutlich dürfte auch geworden sein, dass trotz des Fehlens eines allgemeinen, alle Wirtschaftssektoren umfassenden Investitionsabkommens auf keinen Fall davon gesprochen werden, dass sich AI in einem internationalen rechtsfreien Raum bewegen bzw. weitgehend unreguliert sind. Im Laufe der Jahrzehnte hat sich ein zunehmend dichter werdendes Netz aus multilateralen, regionalen und bilateralen Investitionsverträgen herausgebildet. Dies wird noch sehr detailliert in den Kapiteln V und VI behandelt.

Welchen weiteren Wert hat die bisherige Entwicklung der Investitionsabkommen für die heutige Debatte? Eine besondere Aussagekraft kommt den Erfahrungen zu, die aus dem Scheitern mehrerer Versuche für einen IIA resultieren. Wie dargestellt, sind Anläufe im Rahmen der neu zu gründenden ITO, der UNO, der OECD (MAI-Vertrag) und mehrfach in der WTO gescheitert. Ich sehe hierfür zwei Hauptgründe: Entweder waren die angestrebten Abkommen zu unausgewogen, indem sie Investorenrechte (MAI) oder Investorenpflichten (UNO) überbetonten. Oder sie waren deutlich zu ambitioniert, in dem sie andere weltwirtschaftliche Fragen mit dem Thema AI verknüpft haben bzw. einen viel zu weitgehenden Ansatz der Investitionsliberalisierung respektive der Regulierung multinationaler Konzerne im Falle des geplanten *Code of Conducts* verfolgt haben. Sowohl die ideologisch aufgeladene Polarisierung der 1970er-Jahre zwischen Industrie- und Entwicklungsländern als auch der übertriebene Neoliberalismus, der sich in den missglückten MAI-Verhandlungen manifestierte, waren keine gute Grundlage für eine Lösung. Bei der WTO kommen noch die Überforderung der Entwicklungsländer sowie die problematischen internen Verhandlungsstrukturen hinzu (vgl. V.1.2+V.1.3). Es könnte daher viel für die Überlegung sprechen, im Rahmen eines IIA – so er denn überhaupt Sinn machte – sowohl zu einer besseren Balance von Investorenrechten und –pflichten zu kommen als auch einen eher graduellen, auf das bereits sehr komplexe Thema AI beschränkten Ansatz zu wählen. Eine einseitige bzw. überkomplexe Agenda ist zum Scheitern verurteilt.

### III. Theoretische Grundlagen

Im Folgenden soll ein Überblick über die theoretischen Grundlagen der DI gegeben werden. Für das tiefere Verständnis von Struktur, Richtung und Determination von DI ist dies unerlässlich. Auf einige theoretische Ansätze kann außerdem im Teil IV der Arbeit, der sich den Auswirkungen der DI auf ausgewählte volkswirtschaftliche Faktoren widmet, aufgebaut werden. Diese wiederum sind wichtig für Sinn und Zweck sowie konkrete Ausgestaltung internationaler Investitionsverträge. Die Direktinvestitionstheorien werden neben den erweiterten Außenhandelstheorien in die drei Hauptstränge Standorttheorien, industrieökonomische Theorien sowie Internalisierungstheorien unterteilt. Der heutzutage gängige eklektische Ansatz von *Dunning* rundet diese Darstellung ab.

In einem Exkurs wird schließlich die Neue Institutionenökonomik behandelt. Diese erklärt im Unterschied zu den beiden vorigen Ansätzen nicht die Bestimmungsgründe des Handels oder der DI. Sie kann vielmehr wertvolle Hinweise für die Erklärung der internationalen Investitionsverträgen zugrunde liegenden Überlegungen liefern. Zunächst wird diese Theorie anhand des Standardwerkes von *Douglas C. North* dargestellt. Danach folgt eine Beschäftigung mit der neueren empirischen Forschung zur Neuen Institutionenökonomik. Im jeweils letzten Absatz finden sich klassifizierende und kritische Anmerkungen zu jeder Theorie.

#### III.1 Direktinvestitionstheorien

Es gibt eine nahezu unüberschaubare Vielzahl von Direktinvestitionstheorien. Häufig haben sie sich aus anderen Theorie wie z.B. Handelstheorien oder eher betriebswirtschaftlichen Theorien der multinationalen Unternehmung heraus entwickelt. Im Mittelpunkt stehen neben der Erklärung der Bestimmungsgründe von DI häufig auch der Zusammenhang zwischen DI und internationalem Handel sowie die Auswahl unter mehreren Internationalisierungsformen. Fast alle Theorien liefern aber nur eine Partialanalyse. Erst *Dunnings* eklektischem Paradigma ist es zu verdanken, dass nunmehr ein umfassender Analyseansatz zur Verfügung steht, der auch ständig weiterentwickelt und ausdifferenziert wurde. Aus diesem Grund wird *Dunnings* Theorie auch erheblich intensiver dargestellt als die anderen Ansätze. Die Darstellung ist bewusst nicht chronologisch. Dies hätte angesichts des breiten Spektrums an theoretischen Ansätzen, die sich teilweise parallel zueinander entwickelt haben, keinen Sinn gemacht.

##### III.1.1 Erweiterte Außenhandelstheorien

Klassische und neoklassische Außenhandelstheorien blenden durch die Annahme der internationalen Immobilität von Faktorbewegungen DI implizit aus. Erweiterungen des *Heckscher-Ohlin*-Theorems<sup>123</sup>

<sup>123</sup> Das Heckscher-Ohlin-Theorem, häufig als Faktorproportionentheorem bezeichnet, ist eine Erweiterung des von David Ricardo entwickelten Theorems der komparativen Kostenvorteile. Im Unterschied zu Ricardo werden die Produktionsfaktoren Arbeit und Kapital berücksichtigt. Es basiert ebenfalls auf einem 2-Länder-2-Güter-Modell. Die Richtung der Handelsströme wird hierbei durch die unterschiedliche Ausstattung mit diesen Produktionsfaktoren erklärt. Jedes Land wird das Gut exportieren, das es vergleichsweise billiger produzieren kann. Betrachtet wird die relative Verfügbarkeit der Produktionsfaktoren (Faktorproportion). Wie bei Ricardo wird von einer internationalen Faktorimmobilität ausgegangen, so dass dieser keine DI erklären kann. Weitere Annahmen sind u.a. identische Nachfragebedingungen, vollständige Konkurrenz, identische Produktionstechnologien und

wie die Zinssatz- oder Kapitaltheorie lassen aber zumindest Erklärungsansätze für DI zu. Erst die Ansätze von *Hirsch* und *Corden* haben explizit DI in außenhandelstheoretische Modellbetrachtungen eingebracht. Nicht behandelt wird hier der Ansatz von *Kojima*, da dieser sich mit der Frage der Auswirkung von DI auf den internationalen Handel, nicht aber mit den Determinanten von DI befasst.<sup>124</sup>

### III.1.1.1 Zinssatz- und Kapitaltheorie

Im Rahmen der Zinssatz- und der Kapitaltheorie wurde in den 1930er-Jahren erstmals im Rahmen der Außenhandelstheorie die Annahme der internationalen Immobilität des Kapitals aufgegeben. Diese einzige wesentliche Modifikation des *Heckscher-Ohlin*-Theorems führt im Modell dazu, dass multinationale Unternehmen internationale Renditeunterschiede ausnutzen. DI entstünden somit dadurch, dass Kapital aus Ländern, die eine niedrige Rendite (Kapitalverzinsung) aufweisen, in Länder mit einer hohen Kapitalverzinsung transferiert werde. Die inländischen Renditen stellten die Opportunitätskosten der DI dar. Entsprechend dem Faktorpreisausgleichstheorem führten diese Kapitalflüsse langfristig zu einer internationalen Zinsangleichung. Alleiniges Ziel eines Unternehmens sei die Gewinnmaximierung in diesem Modell.<sup>125</sup>

Die erweiterte Zinssatztheorie berücksichtigt neben den Renditedifferenzen auch Wechselkurs- und andere Auslandsrisiken. Risiko- und Diversifikationsüberlegungen sind ebenso relevant wie Transaktionskosten. Im Gegensatz zur einfachen Zinstheorie können damit auch „*cross-investments*“ – parallele Kapitalbewegungen in ein Land und aus diesem heraus – erklärt werden.<sup>126</sup>

Die Kapitaltheorie ist nichts Weiteres als das einzelwirtschaftliche Pendant zur Zinstheorie. Im Mittelpunkt steht hier die multinationale Unternehmung, die Eigenkapital von Niedrig- in Hochzinsländer transferiert.<sup>127</sup>

Der Erklärungswert der Zinssatz- als auch der Kapitaltheorie muss als äußerst gering eingeschätzt werden. Die Reduktion auf das einzige Unternehmensmotiv Gewinnmaximierung durch Ausnutzung von Renditedifferenzen ist realitätsfremd und kann höchstens internationale Portfolioströme erklären. Internationale DI bestehen vielmehr aus kombinierten Faktorbewegungen. Neben Kapital werden auch Technologie, Management, Know-how usw. übertragen. Die erwähnte Theorie hilft auch nicht bei der Beantwortung der Frage, warum DI anderen Internationalisierungsansätzen wie Export und Lizenzierung (vgl. I.1 Definitionen) vorgezogen werden. Auch empirisch sind die Theorien schon früh widerlegt worden. In den 1960er-Jahren lagen die Renditen in den USA über denen in Europa, während weiterhin amerikanische Unternehmen hohe DI in Europa vornahmen. Trotz dieser offensichtlichen

---

–funktionen, Vollbeschäftigung, Abwesenheit von Transaktions- und Transportkosten sowie Skalenvorteilen, vollständige Information und Freihandel, vgl. Tesch, P. (1980): Die Bestimmungsgründe des internationalen Handels und der Direktinvestition, Eine kritische Untersuchung der außenwirtschaftlichen Theorien und Ansatzpunkte einer standorttheoretischen Erklärung der leistungswirtschaftlichen Auslandsbeziehungen der Unternehmen, S. 102-125; Gabler Volkswirtschaftslexikon, a.a.O., S. 476.

<sup>124</sup> Heiduk, G./Kerlen-Prinz, J. (1999): Direktinvestitionen in der Außenwirtschaftstheorie, in: Döhrn, R./Heiduk, G. (Hrsg., 1999): Theorie und Empirie der Direktinvestitionen, S. 31.

<sup>125</sup> Stein, I. (1991): Die Theorien der Multinationalen Unternehmung, in: Schoppe, S.G. (Hrsg.): Kompendium der internationalen Betriebswirtschaftslehre, S. 52-53; Stehn, J. (1992): Ausländische Direktinvestitionen in Industrieländern, Theoretische Erklärungsansätze und empirische Evidenz, S. 18-19; Heiduk/Kerlen-Prinz, a.a.O., S. 25-26.

<sup>126</sup> Heiduk/Kerlen-Prinz, a.a.O., S. 25.

<sup>127</sup> Stein, a.a.O., S. 53; Heiduk/Kerlen-Prinz, a.a.O., S. 26.

Unzulänglichkeiten bildeten diese Theorien die vorherrschenden Erklärungsansätze für DI bis Anfang der 1960er-Jahre.<sup>128</sup>

### III.1.1.2 Der Ansatz von Corden

*Cordens* Ansatz zeigt, dass durch die sukzessive Aufhebung von Prämissen eines leicht modifizierten Faktorproportionenmodells Aussagen über Standortentscheidungen multinationaler Unternehmen (und Auswirkungen auf internationale Handelsströme, was aber hier nicht im Fokus sein soll) möglich sind. *Corden* geht von folgenden Annahmen aus:

1. Es gebe die Produktionsfaktoren Arbeit, Sachkapital und Humankapital (Wissen). Die Nachfragebedingungen seien in allen Ländern identisch.
2. Sach- und Humankapital seien international vollkommen mobil.
3. Der Faktor Arbeit wäre international immobil.
4. Die Produktionsfunktionen und die Faktorausstattungen unterlägen keinen Veränderungen im Zeitablauf.
5. Die Produktionsfunktionen seien durch konstante Skalenerträge gekennzeichnet.<sup>129</sup>
6. Staatliche Interventionen, Zölle und Steuern träten nicht auf bzw. beeinflussten nicht die Standortentscheidung.
7. Es existierten keine Transportkosten.
8. Die Produktionsfunktionen seien in allen Ländern identisch.

Die beiden Unterschiede zum Faktorproportionentheorem bestehen in der Hinzunahme des dritten Produktionsfaktors Humankapital sowie in der internationalen Mobilität des Sach- und des Humankapitals. Dies habe zur Folge, dass sich die Sach- und Humankapitalrenditen und die Grenzproduktivitäten der Arbeit durch die Faktorbewegungen, zu denen in diesem Fall auch DI gehören, angleichen. Langfristig verschwänden die Produktionskostenunterschiede und damit auch Standortvorteile oder –nachteile.

Wirklich innovativ ist der Ansatz der Aufhebung der Prämissen. Unterschiedliche Produktionsfunktionen (Aufhebung der Prämisse 8) bedeuteten unterschiedliche Effizienzen in der Produktion. Die effizientesten Produktionsstandorte würden die meisten mobilen Produktionsfaktoren anziehen. Die Berücksichtigung von Transportkosten (Aufhebung der Annahme 7) wirke handelsbeschränkend und fördere die lokale Produktion. Staatliche Restriktionen (Aufhebung der Prämisse 6) wirkten ebenfalls handelsbeschränkend; die Standortwahl würde jetzt durch unterschiedliche Steuer- und Zollsätze bestimmt. Steigende Skalenerträge (Aufhebung der Prämisse 5) führten zu einer zentralisierten Produktion an einem Standort. Die Aufhebung der Prämisse 4 führte zu sich im Laufe der Zeit verändernden Standortbedingungen. Je nach veränderten Faktorproportionen und Produktionsfunktionen würden die Unternehmen eine Reallokation ihrer DI vornehmen. Würde schließlich die Annahme der vollkommenen

<sup>128</sup> Stein, a.a.O., S. 53-54; Stehn, a.a.O., S. 20-25; Heiduk/Kerlen-Prinz, a.a.O., S. 26.

<sup>129</sup> Hier ist ein Fehler in der Darstellung bei Stein, a.a.O., S. 80, der ebenfalls von konstanten Skalenerträgen ausgeht, aber steigende Skalenerträge geschrieben hat.

Faktormobilität (Prämisse 2) aufgehoben, so könne Humankapital nur mit erheblichen Kosten auf die ausländische Tochtergesellschaft übertragen werden. Ein Güterexport könne dann den Vorzug gegenüber der Auslandsinvestition bekommen.<sup>130</sup>

Erstmals wurden mit dem Ansatz von *Corden* DI in das neoklassische Außenhandelsmodell einbezogen. Der sukzessive Wegfall von Prämissen führt zu einer Annäherung an die Realität des internationalen Wirtschaftslebens, die einen deutlichen Fortschritt gegenüber der schlichten Modellwelt der neoklassischen Außenhandelstheorie darstellt. Dennoch bleibt auch dieser Ansatz auf länderspezifische Standortfaktoren beschränkt. Unternehmensspezifische bzw. oligopolistische Faktoren wurden noch nicht analysiert. *Cordens* Ansatz erklärt außerdem nicht, wann genau ein multinationales Unternehmen eine DI dem Export – bzw. der Lizenzierung, die von *Corden* überhaupt nicht beachtet wird – vorzieht. Es werden lediglich Tendenzen aufgezeigt.<sup>131</sup>

### III.1.1.3 Der Ansatz von Hirsch

*Hirsch* sucht nach Entscheidungskriterien für die Internationalisierungsstrategien Export oder DI und nach Determinanten für DI. Auch dieser Ansatz baut auf dem *Heckscher/Ohlin/Samuelson*-Modell auf und erweitert ihn zunächst wie *Corden* um die Annahme der internationalen Kapitalmobilität. Darüber hinaus werden firmenspezifische Wettbewerbsvorteile sowie Informations-, Kommunikations- und Transaktionskosten berücksichtigt. Firmenspezifische Wettbewerbsvorteile entsprechen überlegener Technologie und überlegenem Marketing, welche sich wiederum aus den Aufwendungen des Unternehmens für F+E sowie Marketing ergeben würden. Weiter berücksichtigt *Hirsch* die unterschiedlichen Vertriebskosten im Falle des Exportes und im Falle der DI (Vertriebskostendifferenz). Vertriebskosten sprächen in der Regel gegen einen Export, weil höhere Fracht-, Verpackungs- und Versicherungskosten entstünden. Genau andersherum wirke die sog. Kontrollkostendifferenz. Kontrollkosten entstünden durch die Koordination von Produktion, Beschaffung, Transport und Kommunikation, die tendenziell bei DI allein schon wegen der Kommunikation mit der Mutterfirma höher zu veranschlagen seien als bei Exporten.

Wenn zwei Bedingungen erfüllt sind, würde sich ein Unternehmen für eine DI und gegen einen Export entscheiden: Die Kosten der DI (ausgedrückt in Produktionskosten und Kontrollkostendifferenz) sind geringer als die Exportkosten (ausgedrückt in Produktionskosten und Vertriebskostendifferenz). Außerdem müssen die Kontrollkosten geringer sein als der Wert des firmenspezifischen Wettbewerbsvorteils gegenüber potenziellen Konkurrenten im Gastland. Vereinfacht ausgedrückt müsste sich eine DI somit gegen die Alternative Export als auch gegen konkurrierende Unternehmen im Zielland durchsetzen. *Hirsch* hat sein eigenes Modell erweitert auf sog. Mehr-Produkt-Unternehmen. Dadurch lässt sich auch eine Komplementärbeziehung zwischen Exporten und DI erklären. DI könnten weitere Exporte z.B. dadurch auslösen, dass Vorprodukte, die kostengünstiger im Herkunftsland des Investors hergestellt werden könnten, in das Gastland exportiert würden.<sup>132</sup>

<sup>130</sup> Stein, a.a.O., S. 80-82; Stehn, a.a.O., S. 49-50; Heiduk/Kerlen-Prinz, a.a.O., S. 27-28.

<sup>131</sup> Stein, a.a.O., S. 82; Stehn, a.a.O., S. 50-51.

<sup>132</sup> Stein, a.a.O., S. 77-80; Stehn, a.a.O., S. 51-52; Heiduk/Kerlen-Prinz, a.a.O., S. 33-34.

Der Verdienst dieser Theorie liegt neben der Erklärung der Entscheidung über Export oder DI in der erstmaligen Berücksichtigung firmenspezifischer Wettbewerbsvorteile im Rahmen einer neoklassischen Theorie. Außerdem ist die Erklärung von Komplementärbeziehungen zwischen Handel und DI wertvoll, weil man bis dahin ausschließlich von Substitutionsbeziehungen ausgegangen war. Die größte Schwäche liegt aber darin, dass der Besitz firmenspezifischer Vorteile auf den ausländischen Märkten angeblich eine notwendige Bedingung für eine DI darstelle. Dies unterschlägt, dass DI auch aus dem Motiv heraus getätigt werden, den Markt des Herkunftslandes des Investors zu bedienen. Dann wären reine Kostenabwägungen ausschlaggebend (siehe auch die entsprechende Kritik am Ansatz von *Dunning* unter III.1.5.2). Ein weiterer Mangel ist, dass nur die Internationalisierungsalternativen Export und Direktinvestition betrachtet werden, nicht aber die Lizenzierung.<sup>133</sup>

### III.1.2 Standorttheorien

Standorttheorien zur Erklärung der Bestimmungsgründe des internationalen Handels und von DI beruhen in der Regel auf empirischen Erkenntnissen und haben einen Katalog von Standortfaktoren herausgearbeitet. Die Bedeutung der einzelnen Standortfaktoren variiert dabei je nach Investitionstyp und –motiv. So werden sich absatzorientierte DI eher am Marktpotenzial orientieren, während für kostenorientierte DI die Höhe der Faktorkosten natürlich ungleich wichtiger ist. Der bedeutendste Ansatz ist die Theorie des „*standortbedingten Wettbewerbsvorteils*“ von *Tesch*. Die ebenfalls hier aufgeführte Währungsraumtheorie von *Aliber* ist demgegenüber von erheblich eingeschränkterem Erklärungswert.

#### III.1.2.1 Der Ansatz von Tesch

*Tesch* hat aufbauend auf betriebswirtschaftlichen, national orientierten Standorttheorien einen umfassenden und generellen Ansatz der internationalen Unternehmenstätigkeit entwickelt, der nach den Bestimmungsgründen von DI, Exporten und Lizenzvergabe fragt. Eine zentrale Rolle spielen bei *Tesch* die sog. „*standortbedingten Wettbewerbsvorteile*“, die sich aus einer Betrachtung der lokalen, regionalen und nationalen Standortfaktoren auf dem Inlands- und dem Auslandsmarkt ergeben. Diese drückten sich in Verfügbarkeits-, Preis- und Nicht-Preis- (z.B. Qualitäts-) sowie Verfahrens- und Skalenvorteilen aus. Der internationale Handel ließe sich mit der Ausnutzung bestehender standortspezifischer Wettbewerbsvorteile (hiermit ist der Produktionsstandort des Exportunternehmens gemeint) erklären. Dabei übersieht *Tesch* nicht, dass auch Exporte aus dem Motiv heraus unternommen werden, Standortvorteile zu erlangen oder auszubauen. Dies kann z.B. die Erlangung von Skaleneffekten aufgrund einer exportinduzierten Ausweitung der Produktion oder die Verdrängung von Konkurrenten durch eine aggressive Preispolitik sein. DI seien hingegen durch den Versuch der Erlangung von Wettbewerbsvorteilen auf anderen Standorten bzw. die Vermeidung standortbedingter Nachteile im Inland zu erklären. Sie würden erfolgen, wenn die Standortvorteile im Gastland höher als im Ursprungsland des Investors wären. Eine Lizenzvergabe komme in Betracht, wenn die Alternativen Export oder DI nicht möglich (z.B. weil Handelsschranken bestehen oder das Kapital für DI fehlt) oder

aufgrund von Standortnachteilen nicht vorteilhaft wären.<sup>134</sup>

Diese Standortbedingungen listet *Tesch* in Katalogform<sup>135</sup> auf. Er unterscheidet zwischen Standortfaktoren, die Aktivitäten des Unternehmens insgesamt (z.B. Rechtssicherheit, politische Stabilität, Wettbewerbs- und Steuerpolitik etc.), Standortfaktoren, die die Verfügbarkeit und die Kosten der zur Produktion notwendigen Faktoren (z.B. Wechselkurseinflüsse, Qualifikation der Arbeitnehmer, Lohn- und Lohnnebenkosten etc.) und Standortfaktoren, die den Absatz betreffen (z.B. Bevölkerungszahl, Volkseinkommen, Zahl und Größe der Konkurrenten etc.). *Tesch* beschreibt umfangreich jeden einzelnen durch die Nationalstaatlichkeit<sup>136</sup> geschaffenen oder beeinflussten Faktor.<sup>137</sup> Die Standortfaktoren würden aber nicht absolut gelten, sondern nur in Verbindung mit den produkt-, verfahrens- und unternehmensspezifischen Anforderungen. Deswegen könne ein Standort für verschiedene Produkte, Verfahren und Unternehmen unterschiedliche Vor- und Nachteile besitzen. Dieser Ansatz ermögliche daher auch die Erklärung von *cross-investments* und Intra-Handel.<sup>138</sup> Die Standortbedingungen und –anforderungen unterlägen im Gegensatz zur neoklassischen Außenhandelstheorie Veränderungen im Zeitverlauf.<sup>139</sup> *Tesch* setzt sich ausführlich mit der Entwicklungsfähigkeit der Standortbedingungen auseinander und entwickelt dafür den Begriff der Produktivkraftentwicklung – eine verblüffende Ähnlichkeit zur Theorie der produktiven Kräfte von *List*. Im Unterschied zu *List* seien es überwiegend ökonomische Faktoren wie menschliche Arbeitskraft, Arbeitsorganisation, Technik/Produktionsmittel usw., die die Produktivkraftentwicklung determinierten. Die Rolle des Staates sieht *Tesch* vor allem in der Bildung, Wissenschaft, Infrastrukturbereitstellung etc.<sup>140</sup>

Mit der Untersuchung sog. Standortspaltungen hat *Tesch* eine Innovation in die Direktinvestitionstheorie eingeführt. Eine Standortspaltung bestehe in der Aufteilung eines Unternehmens auf mehrere räumlich getrennte Betriebseinheiten. Standortspaltungen werden vorgenommen, um das gleiche Produkt aus Absatzgründen (Marktnähe) an verschiedenen Standorten zu produzieren (parallele Produktion), darüber hinaus um Produkte im Ausland aus Kostengründen zum Zwecke des Reimports herzustellen (substituierende Produktion) und schließlich um einzelne Teilprozesse der Leistungserstellung an verschiedenen Standorten durchzuführen (komplementäre Produktion) oder schlicht aus steuerlichen Gründen.<sup>141</sup>

*Tesch*s Theorie stellt eine wertvolle multikausale Erweiterung des damals vorherrschenden direktinvestitionstheoretischen Denkens dar. Wichtig ist vor allem seine Kombination aus Standortfaktoren und unternehmensspezifischen Standortanforderungen, mit denen er die hohe

<sup>133</sup> Stein, a.a.O., S. 80; Stehn, a.a.O., S. 52-53; Heiduk/Kerlen-Prinz, a.a.O., S. 33.

<sup>134</sup> *Tesch*, a.a.O., S. 328-336; Stein, a.a.O., S. 122-127.

<sup>135</sup> Von einem Abdruck wurde hier abgesehen, da ein umfassenderer Katalog noch beim eklektischen Ansatz von *Dunning* dargestellt wird.

<sup>136</sup> Dies begründet *Tesch* damit, dass er vor allem die Bestimmungsgründe der Außenwirtschaftsbeziehungen und nicht allgemein der Standortfaktoren untersuchen will. Dadurch widmet er sich weitgehend politischen Fragen wie Außenwirtschafts-, Steuer- oder Währungspolitik.

<sup>137</sup> *Tesch*, a.a.O., S. 364-467.

<sup>138</sup> Ebenda, S. 520-534.

<sup>139</sup> Ebenda, S. 467 ff.

<sup>140</sup> Ebenda, a.a.O., S. 469 ff.

<sup>141</sup> Ebenda, S. 535-547.

Abstraktionsebene der bisher dominierenden Theorieansätze überzeugend durchbrochen hat. Sehr wertvoll ist auch sein dynamischer Ansatz der Produktivkraftentwicklung. Zu kritisieren ist seine zu geringe Gewichtung wettbewerbsspezifischer Determinanten. Außerdem sieht *Tesch* nur Substitutions- und keine Komplementärbeziehungen zwischen der Wahl der Internalisierungsform (Export, Lizenzvergabe oder Direktinvestition).<sup>142</sup> In der heutigen Zeit müssten sicherlich neben lokalen, regionalen und nationalen auch Standortvorteile in Binnenmärkten bzw. Freihandelszonen wie z.B. Mercosur oder EU berücksichtigt werden.

### III.1.2.2 Währungsraumtheorie

Der Währungsraumansatz von *Aliber* thematisiert die Fragestellung, warum ausländische Investoren den Unternehmen im Zielland überlegen sind und es Anreize zur Gründung von ausländischen Tochtergesellschaften gibt. Die Überlegenheit resultiere aus Wettbewerbsvorteilen. Diese Wettbewerbsvorteile basierten auf der Zugehörigkeit zu einem bestimmten Währungsraum. DI würden demnach aus Hartwährungsländern (Länder, von deren Währung Stabilität bzw. Aufwertung erwartet wird) in Weichwährungsländer (Länder, von deren Währung Instabilität bzw. Abwertung erwartet wird) fließen. Unternehmen in Hartwährungsländern seien gegenüber Unternehmen aus Weichwährungsländern im Vorteil, da sie aufgrund der positiven Wechselkurserwartungen der Kapitalgeber eine höhere Kapitalisierung hätten. Dieses würde wiederum zu einem niedrigeren Kalkulationszinsfuß führen. Sie könnten sich auch besser gegen Währungsrisiken absichern als Unternehmen in Weichwährungsländern. Diese Vorteile gelten nach *Aliber* auch für Tochtergesellschaften multinationaler Unternehmen im Ausland. Hinzu tritt die Fiktion, dass Anleger davon ausgehen, dass die Muttergesellschaft und die ausländische Tochterfirma ihren Standort im gleichen Währungsraum hätten; die Erzielung von Gewinnen im Zielland und das Wechselkursrisiko bei der Rückführung in den Währungsraum der Mutterfirma wird dabei ausgeblendet. Durch die Größe des Marktes im Zielland, die Höhe der Zölle, den Wert des monopolistischen Vorteils und durch „*costs of doing business abroad*“ könne der Währungsraumeffekt noch verstärkt werden.<sup>143</sup>

Auch *Alibers* Ansatz ist monokausal und liefert nur einen weiteren kleinen Mosaikstein zu einer allgemeinen Theorie der DI. Er vermag genauso wenig *cross-investments* wie DI zwischen Hartwährungsländern zu erklären. Es gibt auch keine befriedigende Antwort auf die Frage, warum multinationale Unternehmen ausländische Tochtergesellschaften gründen anstatt API zu tätigen. Sehr fragwürdig ist ferner die Fiktion des gemeinsamen Währungsraumes von Muttergesellschaft und ausländischer Tochterfirma und die damit verbundene Vernachlässigung des Wechselkursrisikos. Tatsächlich finanzieren Auslandsinvestoren ihre Projekte häufig mit lokalen Krediten. Die Aussage dieses Ansatzes beschränkt sich letztendlich darauf, dass Wechselkursschwankungen einen Einfluss auf AI ausüben.<sup>144</sup>

<sup>142</sup> Stein, a.a.O., S. 127; Heiduk/Kerlen-Prinz, a.a.O., S. 32-33.

<sup>143</sup> Stein, a.a.O., S. 62-64; Stehn, a.a.O., S. 33-35; Heiduk/Kerlen-Prinz, a.a.O., S. 26-27.

<sup>144</sup> Ebenda.

### III.1.3 Industrieökonomische Theorien

Industrieökonomische Ansätze unterscheiden sich von den zuvor beschriebenen Theorien insbesondere dadurch, dass sie auf firmenspezifische Determinanten für DI eingehen. Industrieökonomie ist ein Teilgebiet der Wettbewerbstheorie und beschäftigt sich u.a. mit Marktstruktur und –verhalten. Die beiden wichtigsten Ansätze – die Theorie der internationalen Operationen wie die Theorie des oligopolistischen Reaktionsverhaltens – werden im Folgenden dargestellt.

#### III.1.3.1 Die Theorie der internationalen Operationen von Hymer

*Stephen H. Hymer* hat in seiner Dissertation aus dem Jahr 1960, die erst posthum im Jahr 1976 veröffentlicht wurde, eine Theorie internationaler Operationen nationaler Firmen – besser bekannt unter der Theorie des monopolistischen Vorteils – entwickelt.<sup>145</sup> *Hymer* hat die Frage untersucht, aus welchen Motiven heraus Firmen international tätig sind (sei es durch Exporte, DI oder Lizenzverträge), wobei DI im Zentrum seiner Analyse stehen. Zunächst kritisiert er anhand empirischer Daten die zum Zeitpunkt des Verfassens seiner Arbeit noch vorherrschende Zinssatztheorie vor allem deshalb, weil diese keine *cross-investments* erkläre: „*If the investment is motivated by higher interest rates, it should move to some countries and to all industries and not, as is in fact the case, to some industries and to all countries.*“<sup>146</sup> *Hymer* geht davon aus, dass ausländische Unternehmen auf fremden Märkten zunächst einmal Nachteile gegenüber inländischen Unternehmen hätten. Nationale Unternehmen verfügten über bessere Informationen hinsichtlich der Gesetzgebung, der Sprache, Politik und der Wettbewerbsstrukturen des Landes. Bei der Gewinnrückführung unterlägen ausländische Unternehmen Wechselkursrisiken. Ausländische Unternehmen müssten zudem mit dem Risiko diskriminierender politischer Entscheidungen rechnen und würden häufiger enteignet als inländische Unternehmen.<sup>147</sup> Ein Auslandsengagement eines Unternehmens würde deshalb durch zwei Hauptmotive bestimmt: Ausschaltung bzw. Reduzierung des Wettbewerbs sowie die Ausnutzung bestehender firmenspezifischer Wettbewerbsvorteile. Als Prämissen setzt er jeweils hohe Markteintrittsbarrieren und unvollkommenen Wettbewerb.

Die Wettbewerbsreduzierung beziehe sich ausschließlich auf Unternehmen des Ziellandes, die entweder auf diesem Markt tätig sind oder mit dem Unternehmen des Herkunftslandes Handelsbeziehungen unterhalten. Als Möglichkeiten der Marktkontrolle identifiziert er F+Ü, Kartelle, *joint-ventures* und Minderheitsbeteiligungen.<sup>148</sup> *Hymer* hat diese Hypothese in seinem Werk empirisch untersucht in Bezug auf die DI amerikanischer Unternehmen. Er ist zu dem Ergebnis gekommen, dass einige Industriebereiche signifikant mehr DI bekämen als andere. Darüber hinaus konstatiert *Hymer*, dass die US-DI von wenigen großen Firmen auf wenigen Märkten bestimmt seien und dass diese Industriebereiche deutlich konzentrierter seien als solche, auf denen wenig oder keine DI getätigt würden.<sup>149</sup>

<sup>145</sup> Hymer, S.H. (1976): *The International Operations of National Firms: a Study of Direct Foreign Investment*. Auf die Weiterentwicklung durch *Kindleberger* wird hier nicht eingegangen.

<sup>146</sup> Ebenda, S. 22.

<sup>147</sup> Ebenda, S. 24, 34.

<sup>148</sup> Also ausschließlich „*brownfield investment*“.

<sup>149</sup> Ebenda, S. 100.

Die Ausnutzung bestimmter firmenspezifischer Wettbewerbsvorteile könnte in überlegener Technologie, besseren Produktionsfunktionen, Vertriebssystemen etc. liegen. Hier verfolgt *Hymer* einen sehr breiten Ansatz. Wichtig sei, dass dieser Vorteil besonders groß sein müsse, um die beschriebenen Nachteile gegenüber inländischen Unternehmen kompensieren zu können. Der Besitz von Wettbewerbsvorteilen ist für ihn eine ausreichende, aber nicht notwendige Bedingung für internationale Operationen.<sup>150</sup> Die Marktkontrolle könne DI somit ebenfalls eigenständig erklären.

*Hymers* Theorie ist insofern bedeutsam, als sie erstmals Wettbewerbsaspekte in die Direktinvestitionstheorie einbaute. Dazu musste er mit der neoklassischen Annahme der vollkommenen Konkurrenz brechen. Inwieweit dies korrekt ist, ist letztendlich eine empirische Frage (die *Hymer* für die späten 1950er-Jahre positiv beantwortet hat). Im Kapitel IV.2.4 wird dies intensiv untersucht. *Hymer* war auch der erste, der DI von API definitorisch klar unterschieden hat und das Merkmal der Kontrolle der Geschäftstätigkeit für erstere Form entwickelt hat. Kritisch anzumerken ist vor allem das weitgehende Ignorieren von länderspezifischen Einflüssen, also Standortfaktoren. Damit zusammen hängt das Faktum, dass DI nicht nur getätigt werden, um bestehende Vorteile auszunutzen, sondern um diese im Sinne von *Tesch* überhaupt erst zu erringen (z.B. Sicherung von Rohstoffquellen). Die Auseinandersetzung damit, welche Internationalisierungsform der anderen vorgezogen wird, fällt zudem mit Ausnahme des Verhältnisses zwischen Lizenzierung und DI, recht dürftig aus. Verkürzt ist die Betrachtung von Wettbewerbsvorteilen ausschließlich gegenüber Unternehmen des Gastlandes. Auch gegenüber dem Heimatmarkt können natürlich solche Vorteile bestehen und Verdrängungsinvestitionen können sich auf diese Unternehmen beziehen.

### III.1.3.2 Theorie des oligopolistischen Reaktionsverhaltens

*Knickerbocker* geht wie *Hymer* davon aus, dass DI vor allem auf oligopolistischen Märkten getätigt würden. Er untersucht vor diesem Hintergrund die Reaktion von Unternehmen auf DI ihrer Konkurrenten. Ausgelöst durch eine Störung des sog. oligopolistischen Gleichgewichts, eines Zustandes, in dem alle Oligopolisten angeblich auf ein aggressives Verhalten verzichten, weil dadurch ungünstige Gegenreaktionen der anderen Oligopolisten ausgelöst würden, unterscheidet *Knickerbocker* zwei Verhaltensweisen:<sup>151</sup>

1. Ein Unternehmen tätige ebenfalls eine DI im Zielland des Konkurrenten, um das Entstehen von Wettbewerbsvorsprüngen zu verhindern bzw. unvermeidbare Wettbewerbsvorteile des Konkurrenten nicht zu groß werden zu lassen („*follow-the-leader-investment*“).
2. Eine DI eines Konkurrenten in den eigenen Heimatmarkt würde mit einer DI in dessen Heimatmarkt beantwortet („*cross-investment*“).

Ein wesentliches Motiv für diese Reaktion sei dabei die Angst vor dem Verlust an Marktanteilen. Das konkurrierende Unternehmen nehme eine Abwägung des Risikos des passiven Verhaltens – u.a.

---

<sup>150</sup> Ebenda, S. 46.

hinsichtlich möglicher entgehender Exporterlöse, weil der Konkurrent ein substituierbares Gut preiswerter vor Ort produzieren kann – mit den Kosten einer reaktiven DI vor. *Knickerbocker* hat seine Hypothese selbst anhand der DI von 187 US-Unternehmen zwischen 1948 und 1967 getestet. Für ihn war das Ergebnis, dass 50% der DI in den untersuchten Branchen innerhalb von 3 Jahren und 75% innerhalb von sieben Jahren nach der ersten DI getätigt wurden, gleichbedeutend mit einer Bestätigung seiner Hypothese.<sup>152</sup>

*Knickerbocker's* Theorie hat sicherlich eine weitere nachvollziehbare Determinante von DI hervorgebracht. Allerdings ist der Erklärungswert äußerst eingeschränkt. Sein Ansatz bezieht sich nur auf reagierende DI und nicht auf Erstinvestitionen (hier geht er von der ebenfalls sehr fragwürdigen Produktlebenszyklustheorie von *Vernon*, siehe III.1.5.2 aus). Die Erklärung der Gegeninvestitionen ist zudem monokausal. Die zeitliche Ballung der US-DI könnte auch auf andere Gründe wie der Veränderung von Standortbedingungen z.B. durch Importrestriktionen oder Liberalisierungsmaßnahmen – die *Knickerbocker* nicht in Betracht gezogen hat – zurückzuführen sein.<sup>153</sup>

### III.1.4 Internalisierungstheorien

Internalisierungstheorien können ebenfalls relevant für DI sein. Ausgangspunkt ist der im Jahr 1937 veröffentlichte Aufsatz „*The Nature of the Firm*“ von *Coase*, in dem die Frage untersucht wird, warum es überhaupt Firmen gibt. Die Erklärung von *Coase* ist gleichzeitig ein Bruch mit einer der Annahmen der Neoklassik: Asymmetrisch verteilte Informationen auf dem Markt führen demnach dazu, dass der Marktmechanismus nicht kostenlos sei. Kosten für die Preisermittlung und für die Aushandlung von Verträgen würden bei jedem Tauschvorgang entstehen – dies sind die sog. Transaktionskosten. Firmen entstünden nun deshalb, weil durch die unternehmensinterne Abwicklung diese Transaktionskosten reduziert werden könnten. Voraussetzung sei, dass die Internalisierungskosten (z.B. Organisations- und Kontrollkosten) geringer als die entsprechenden Marktkosten seien. *Coase* hat schon damals darauf hingewiesen, dass eine Internalisierung dann von Vorteil sein könne, wenn staatliche Eingriffe, z.B. Steuern, Markttransaktionen belasten würden.<sup>154</sup>

Dieser Ansatz von *Coase*, der später vor allem von *Williamson* beträchtlich erweitert wurde, ist ein genereller Ansatz, der noch keine Aussagen zu grenzüberschreitenden Internalisierungsstrategien zulässt. Eine diesbezügliche Übertragung leisteten 1976 vor allem *Buckley/Casson*. Eine Internalisierung im internationalen Kontext bedeutet das Entstehen einer multinationalen Unternehmung, was wiederum eine DI darstellt. Eine solche Internalisierung werde dann vorgenommen, wenn sie aufgrund von Marktunvollkommenheiten beim Austausch von Zwischenprodukten niedrigere Transaktionskosten verursache als der marktliche Austausch. Mit dem Begriff Zwischenprodukte bezeichnen *Buckley/Casson* alle Güter, die nicht für den Endverbraucher bestimmt sind, z.B. Rohstoffe, Know-how, Technologie. Ein marktlicher Austausch könne z.B. in der Form von Lizenzverträgen oder Lieferverträgen für Rohstoffe erfolgen. Im ersten Fall erhalte eine DI vor

<sup>151</sup> Stein, a.a.O., S. 64; Heiduk/Kerlen-Prinz, a.a.O., S. 38-39.

<sup>152</sup> Ebenda.

<sup>153</sup> Stehn, a.a.O., S. 41-44; Heiduk/Kerlen-Prinz, a.a.O., S. 39; Stein, a.a.O., S. 65-68.

allem deswegen den Vorzug, weil sich dadurch das geistige Eigentum des Unternehmens besser schützen und eine hohe Qualität des Endproduktes garantieren ließe. Gerade Wissensmärkte (Know-how, Technologie) zeichneten sich bei einem marktbezogenem Austausch durch eine besonders große Gefahr der unrechtmäßigen Weitergabe geistigen Eigentums aus. Hinzu komme ein Bewertungsproblem. Der potenzielle Käufer sei über das Know-how nicht informiert und könne somit den Wert des Wissens nur begrenzt einschätzen. Eine Offenlegung des Wissens komme für den Verkäufer aber nicht in Frage, da der Käufer es sonst ohne Gegenleistung erlangen würde. Im zweiten Fall könne das Motiv die Vermeidung von Lieferengpässen bei Ausfall des Transaktionspartners oder die Verhinderung opportunistischen Verhaltens des Vertragspartners sein.<sup>155</sup>

Die Internalisierungstheorie erklärt nicht das „Warum“ der Internationalisierung, sondern das „Wie“. In Bezug auf das „Warum“ schließen sich *Buckley/Casson* der Standorttheorie an und blenden damit Wettbewerbsaspekte aus. Somit ist auch die Internalisierungstheorie lediglich ein partialanalytischer Erklärungsversuch für DI, dem allerdings hinsichtlich der Wahl der Internationalisierungsform hoher Erklärungswert zukommt.

### III.1.5 Sonstige Theorien

Hier sollen noch zwei Ansätze behandelt werden, die sich nur schlecht in eine der Theoriegruppen einordnen lassen. Es handelt sich um die Verhaltenstheorie der Unternehmung sowie um die sog. Produktzyklustheorie. Es hätten durchaus noch weitere Theorien beschrieben werden können. Diese hätten aber keine wesentlichen Erkenntnisgewinne mehr gegenüber den dargestellten Ansätzen erbracht.

Dies trifft auch für die sog. Risikoportfoliotheorie zu, die häufiger in Beschreibungen von Direktinvestitionstheorien erwähnt wird. Der in den 1950er-Jahren entwickelte Kerngedanke liegt darin, dass Unternehmen versuchen würden, ihr internationales Gesamtrisiko dadurch zu minimieren, dass sie ihre API diversifizierten. Dies hat *Ragazzi* dann entsprechend auf DI zu übertragen versucht.<sup>156</sup> Da dieser Ansatz aber lediglich DI zwischen den USA und Europa betrachtet und er sich nur der Frage widmet, wann DI aus Risikoerwägungen API vorgezogen werden (eine potenzielle Risikostreuung durch mehrere DI, z.B. durch unterschiedliche Produktionsstandorte, wird nicht behandelt), wird dieser Ansatz hier nicht weiter ausgeführt.

#### III.1.5.1 Der verhaltenstheoretische Ansatz

*Aharoni* hat 1966 einen völlig neuen Erklärungsansatz für DI entwickelt, der auf der verhaltenswissenschaftlichen Theorie der Unternehmung basiert. Er beruht auf der Befragung von Entscheidungsträgern aus 38 US-Unternehmen, die evtl. eine DI in Israel vornehmen wollten. *Aharoni* unterstellt im Gegensatz zur Neoklassik, dass die Mitglieder einer Organisation nicht zweckrational, sondern nach

<sup>154</sup> Stein, a.a.O., S. 83.

<sup>155</sup> Stein, a.a.O., S. 95-99; Stehn, a.a.O., S. 59-61; Heiduk/Kerlen-Prinz, a.a.O., S. 40-44.

<sup>156</sup> Stein, a.a.O., S. 127-139.

eigenen Nutzensvorstellungen entscheiden. Dadurch gebe es aber keine einheitliche Zielvorstellung im Unternehmen. Die Kernaussage ist, dass DI auf individuell geprägten Verhaltensmustern und Zielen der Entscheidungsträger beruhen, die in einem mehrstufigen Prozess koordiniert werden müssten. Es bedürfe eines Anstoßes, der von Entscheidungsträgern als auch von externen Entwicklungen ausgehen könne. Interne Anstöße könnten beispielsweise durch eine besondere Beziehung zum potenziellen Gastland, Prestigestreben, Wunsch nach Auslandsaufenthalten motiviert sein. Externe Anstöße könnten Investitionsanreize, erhöhte Handelsbarrieren, Verlust von Marktanteilen sowie weitere länder- und firmenspezifische Faktoren sein. Jeder Direktinvestitionsentscheidung ginge ein vierstufiger Prozess innerhalb des Unternehmens voran. Zunächst fiele die Entscheidung, sich überhaupt nach einer Direktinvestition umzusehen („*decision to look abroad*“); danach würde die Bewertung eines Projektes erfolgen, wobei *Aharoni* eine grundsätzliche Risikoscheu der Unternehmen vor DI festgestellt haben will; dann falle die eigentliche Investitionsentscheidung, die schließlich aufgrund von unternehmensinternen Widerständen nachgeprüft und evtl. modifiziert werde.<sup>157</sup>

Auch dieser Ansatz liefert nur einen sehr eingeschränkten Erklärungswert für das Vornehmen von DI. Die empirische Grundlage – 38 US-Unternehmen – ist gering bemessen. Erklären lassen sich damit nur Erstinvestitionen und nicht Folgeinvestitionen. Gegen die Theorie spricht außerdem, dass DI in der Praxis in unterschiedlichem Ausmaß in verschiedene Staaten und Branchen fließen. Wenn individuelle Ziele der Mitglieder der Organisation (in diesem Fall das Unternehmen) und unternehmensinterne Entscheidungsprozesse die Haupttriebfeder der Direktinvestitionsentscheidung wären, dürfte es nicht zu großen Unterschieden bei den Investitionsströmen kommen.<sup>158</sup> Das Ergebnis könnte auch dadurch verzerrt worden sein, dass ausschließlich geplante Investitionen in Israel betrachtet worden sind. Die von *Aharoni* beobachtete grundsätzliche Risikoscheu der Unternehmen mag auch politisch motiviert sein (Angst vor Instabilität, Krieg etc.).

### III.1.5.2 Der Produktlebenszyklus-Ansatz

Ebenfalls aus dem Jahr 1966 stammt die Hypothese von *Vernon*. Sie beruht auf Beobachtungen US-amerikanischer Unternehmen und ihrer DI unmittelbar nach dem Zweiten Weltkrieg. Demnach sei die Hauptdeterminante des internationalen Handels und der DI die technologische Innovation. Die Länder mit dem größten Marktvolumen und dem größten Pro-Kopf-Einkommen nähmen die Rolle des technologischen Vorreiters ein (bei *Vernon* somit die USA). DI werden produktspezifisch erklärt. In der Einführungsphase eines Produktes werde zunächst im Heimatland produziert und überwiegend auf diesem Markt abgesetzt. Dies liege daran, dass eine enge Koordination zwischen Forschungs- und Produktionsaktivitäten erforderlich sei. Zudem sei die Nachfrage in dieser Phase eher preisunelastisch, so dass Kosten noch keine dominierende Rolle spielten. In der Reifephase, in der durch eine gewisse Standardisierung Skaleneffekte ausgenutzt werden könnten, würden Kostengesichtspunkte an Bedeutung gewinnen; die Preiselastizität der Nachfrage steige und die Frage nach dem optimalen Produktionsstandort stelle sich intensiv. Dies würden in dieser Phase laut *Vernon* vor allem andere Industrieländer sein. In der Standardisierungsphase sei der Kostengesichtspunkt schließlich der

<sup>157</sup> Stein, a.a.O., S. 112-115; Stehn, a.a.O., S. 39-40; Heiduk/Kerlen-Prinz, a.a.O., S. 51.

entscheidende Faktor. Massenproduktion und starker Preiswettbewerb zwingen demnach zu einer möglichst kostengünstigen Produktion; Transaktionskosten bzw. Kosten für Forschung und Entwicklung spielten so gut wie keine Rolle mehr. Jetzt erfolge häufig eine Verlagerung des Produktionsstandortes in Entwicklungsländer, vor allem um die niedrigen Lohnkosten auszunutzen.<sup>159</sup>

*Vernons* Ansatz kann als veraltet angesehen werden. Das weltwirtschaftliche Umfeld hat sich seit seiner Theorie stark verändert. Innovative Produkte werden häufig zur gleichen Zeit auf mehreren Auslandsmärkten platziert. Der Abstand zwischen den USA und den europäischen Industrieländern sowie Japan ist deutlich kleiner geworden. Überhaupt vermag der Ansatz keine *cross-investments* zwischen Ländern auf einem ähnlichen Entwicklungsstand zu erklären. Unrealistisch ist auch der chronologische Ablauf zwischen Export und DI. Komplementäre Beziehungen zwischen diesen beiden Internationalisierungsformen werden somit ausgeblendet.<sup>160</sup>

### III.1.6 Der eklektische Ansatz von Dunning

Die bisher dargestellten Theorien sind fast alle als partialanalytisch zu bezeichnen. So stützt sich z.B. die Zins-, Kapital- oder Produktzyklustheorie nur auf einen einzigen Erklärungsfaktor unter Ausblendung wesentlicher Teile der weltwirtschaftlichen Realität. Umfangreichere Ansätze wie die Theorie des monopolistischen Vorteils von *Hymers* erklären, warum sich Unternehmen mit Wettbewerbsvorteilen gegenüber anderen Unternehmen auf einem Auslandsmarkt durchsetzen, nicht aber die Wahl des Produktionsstandortes. Genau umgekehrt ist es bei den standorttheoretischen Ansätzen, die unternehmensspezifische Wettbewerbsvorteile missachten oder ihnen zu geringe Bedeutung beimessen. Auch scheitern die meisten Ansätze daran, die Wahl zwischen Handel, DI und Lizenzierung als Form der Bearbeitung eines ausländischen Marktes zu erklären. Dieses leistet zwar die Internalisierungstheorie, ohne aber Aussagen über firmen- und standortspezifische Determinanten zuzulassen.

Vor diesem Hintergrund hat *Dunning* versucht, eine umfassende, die bisherigen Theorierichtungen verknüpfende Erklärung zu geben.<sup>161</sup> In einem sog. eklektischen Paradigma – auch OLI-Paradigma genannt – gibt er Antworten auf das Warum, Wo und Wie der Bearbeitung ausländischer Märkte. Dabei war es ihm sehr wichtig, die unterschiedlichen Internationalisierungsmöglichkeiten (wobei er vor allem Handel und DI im Blick hatte) in einem Erklärungsansatz zu behandeln. Denn diese stellen für ihn unterschiedliche Optionen für ein Auslandsengagement eines Unternehmens dar. *Dunning* hat seinen eigenen Ansatz mehrfach erweitert und modifiziert, ohne aber an seinen Grundaussagen zu rütteln.<sup>162</sup>

Drei Bedingungen müssten demnach erfüllt sein, damit ein Unternehmen eine DI vornimmt:

<sup>158</sup> Stein, a.a.O., S. 116; Stehn, a.a.O., S. 40-41.

<sup>159</sup> Stein, a.a.O., S. 70-75; Stehn, a.a.O., S. 30-31; Heiduk/Kerlen-Prinz, a.a.O., S. 34-35.

<sup>160</sup> Stehn, a.a.O., S. 31-33.

<sup>161</sup> Dunning, J.H. (1977): Trade, Location and Economic Activity and the Multinational Enterprise: A Search for an Eclectic Approach, in Dunning (Hrsg., 2002), a.a.O., S. 52-71; Dunning, J.H. (1981): Explaining the International Direct Investment Position of Countries: towards a Dynamic or Developmental Approach, in Dunning (Hrsg., 2002), a.a.O., S. 103-137.

<sup>162</sup> Siehe z.B. Dunning, J.H. (1988): The Eclectic Paradigm of International Production: A Restatement and Some Possible Extensions (1988), in Dunning (Hrsg., 2002), a.a.O., S. 199-226 sowie Dunning, J.H. (1999): Globalization and the Theory of MNE Activity (1999), in Dunning (Hrsg., 2002), a.a.O., S. 381-401.

1. Das Unternehmen müsse einen firmenspezifischen Wettbewerbsvorteil gegenüber den auf dem Auslandsmarkt tätigen ausländischen Unternehmen besitzen („*Ownership advantage*“).
2. Wenn Bedingung 1 erfüllt ist, müsse außerdem der Gastmarkt Standortvorteile gegenüber dem Heimatmarkt aufweisen („*Locational advantage*“).
3. Wenn die ersten beiden Bedingungen erfüllt sind, müsse es schließlich für das Unternehmen vorteilhaft sein, den Wettbewerbsvorteil selbst zu nutzen anstatt ihn über Lizenzvergabe, Verkauf oder eine andere vertragliche Vereinbarung an ein anderes Unternehmen weiterzugeben („*Internalization advantage*“).

Von der Erfüllung der beschriebenen Vorteilsarten hänge es nun ab, für welche Internationalisierungsform sich das Unternehmen entscheidet (siehe auch Tabelle 3). Eine DI erfordere wie beschrieben das Vorliegen von firmenspezifischen, Internalisierungs- und Standortvorteilen. Ein Unternehmen werde sich für den Export entscheiden, wenn es über unternehmensspezifische und Internalisierungsvorteile verfüge, aber der Auslandsmarkt keine Standortvorteile gegenüber dem Heimatmarkt aufweise. Wenn ein Unternehmen lediglich über unternehmensspezifische Wettbewerbsvorteile verfüge, ohne dass es in der Lage sei, diese selbst zu nutzen, und ohne dass Standortvorteile des Auslandsmarktes vorlägen, dann würde es seinen Wettbewerbsvorteil dem Markt – entweder durch Lizenzvergabe, Verkauf oder andere vertragliche Nutzung – zur Verfügung stellen. Weiterhin zeige die Entscheidungsmatrix, dass es auf jeden Fall unternehmensspezifischer Wettbewerbsvorteile bedürfe, um einen Auslandsmarkt zu erschließen (mit einer der drei beschriebenen Optionen). Dabei führe das Fehlen von Standort- und Internalisierungsvorteilen nicht zwingend dazu, dass ein Auslandsengagement – anders als aber eine DI – ausgeschlossen sei.

<b>Tabelle 3: Einfluss von Vorteilsarten auf die Internationalisierungsform</b>			
	<b>Unternehmensspezifische Wettbewerbsvorteile</b>	<b>Internalisierungsvorteile</b>	<b>Ausländische Standortvorteile</b>
<b>Vertragliche Ressourcetransfers<sup>163</sup></b>	Vorhanden	Nicht vorhanden	Nicht vorhanden
<b>Exporte</b>	Vorhanden	Vorhanden	Nicht vorhanden
<b>DI</b>	Vorhanden	Vorhanden	Vorhanden
<b>Quelle:</b> Dunning (1981), a.a.O., S. 105.			

*Dunning* hat die einzelnen Vorteilsarten in katalogischer Form weiter ausdifferenziert. Bei den

<sup>163</sup> Dunning spricht von „*contractual resource transfer*“ und meint damit z.B. Lizenzierung, technische Unterstützung,

unternehmensspezifischen Wettbewerbsvorteilen unterscheidet er erstens zwischen Vorteilen, die jedes Unternehmen gegenüber anderen Unternehmen haben könne, das im gleichen Markt produziert (Zugang zu Rohstoffen, Größenvorteile, Patente, Monopolmacht etc.). Zweitens sieht er Vorteile von ausländischen Tochtergesellschaften gegenüber neuen Unternehmen, weil die Tochterfirma zahlreiche Dienstleistungen der Mutterfirma in Anspruch nehmen könne. Der dritte Faktor ergebe sich aus der Multinationalität von Unternehmen. Je internationaler ein Unternehmen positioniert sei, desto besser sei es in der Lage, unterschiedliche Faktorausstattungen und Marktstrukturen zu seinem Vorteil auszunutzen.<sup>164</sup> Bei den Internalisierungsvorteilen berücksichtigt er auch staatliche Eingriffe wie Zölle oder Steuerunterschiede, die ein Unternehmen durch Produktionsverlagerung zu seinen Gunsten ausnutzen könne. Hinsichtlich der Standortvorteile, die entweder für den Heimat- oder einen ausländischen Markt sprechen mögen, greift *Dunning* auf die von der Standorttheorie entwickelte Vielzahl unterschiedlicher Faktoren zurück und weist auf zahlreiche Interdependenzen zwischen ihnen und den firmenspezifischen Wettbewerbsvorteilen hin. So seien z.B. manche Marketingvorteile standortgebunden und durch eine Übernahme einer anderen Firma – eine Internalisierung – könne das übernehmende Unternehmen einen Wettbewerbsvorteil einkaufen.<sup>165</sup> Darüber hinaus seien laut *Dunning* die einzelnen Vorteilsarten unterschiedlich auf Länder, Branchen und Unternehmen verteilt (siehe Tabelle 4) und unterliegen zudem Veränderungen im Laufe der Zeit: „...the ownership advantages of Japanese iron and steel firms over South Korean iron and steel firms will be very different from those of UK tobacco firms over Brazilian tobacco firms or US computer firms over French computer firms.“<sup>166</sup>

Somit lassen sich mit dem eklektischen Paradigma sowohl *cross-investments* als auch Unterschiede in Umfang und Richtung der DI in bestimmten Branchen und Staaten erklären.<sup>167</sup> Eine weitere Verfeinerung besteht darin, dass die Theorie auch unterschiedliche Direktinvestitionsmotive (Ressourcen-, Markt-, Risikodifferenzierungs-, Wettbewerbsbeherrschungs- und Effizienzorientierung) berücksichtigt. Je nach Investitionsmotiv lassen sich jetzt diejenigen Einflussfaktoren identifizieren, die entscheidenden Einfluss auf die entsprechenden Vorteilsarten ausüben.<sup>168</sup> Bei einer wettbewerbsstrategisch motivierten DI – angenommen wird eine Mehrheitsübernahme eines Unternehmens, das in der gleichen Branche tätig ist – ist demnach z.B. auf Ebene der firmenspezifischen Wettbewerbsvorteile der Einflussfaktor Kapitalverfügbarkeit, bei den Standortvorteilen der Faktor Zugang zu einem großen und stabilen Markt und bei den Internalisierungsvorteilen der Faktor Marktkontrolle von sehr wichtiger Bedeutung.

---

Management- und Franchising-Verträge, vgl. *Dunning* (1981), a.a.O., S. 104.

<sup>164</sup> *Dunning* (1977), a.a.O., S. 58.

<sup>165</sup> *Heiduk/Kerlen-Prinz*, a.a.O., S. 47-48.

<sup>166</sup> *Dunning* (1977), a.a.O., S. 64.

<sup>167</sup> Dies hat *Stehn*, a.a.O., S. 63, bei seiner Kritik, *Dunnings* Ansatz würde „cross-investments“ nicht ermöglichen, offensichtlich übersehen.

<sup>168</sup> *Heiduk/Kerlen-Prinz*, a.a.O., S. 49-50.

Tabelle 4 Einfluss von Unternehmens-, Branchen- und Ländercharakteristika auf OLI-Vorteile

	<b>Unternehmen</b>	<b>Branche</b>	<b>Land/Region</b>
<b>Eigentums-spezifische Vorteile</b>	Eigentumsrechte, Vermögensstruktur und –umfang, Finanzierung, Nicht-kodifizierbares Wissen, Produktions-, Prozess- oder Marktdiversifikation, Unternehmensgröße, Auslandserfahrung, Lernkurveneffekte, Innovationsfähigkeit, Marketingorientierung, Produktions-, Kosten- und Informationsmanagement, Risikoverhalten, Unternehmerisches Wertesystem, Strategisches Management	<u>Produktmerkmale:</u> Technologieintensität, Qualität, Produktdifferenzierung, Transaktionskosten ( <i>economies of scope</i> ), Käuferverhalten und –struktur (Marktnähe), Art und Intensität des Marktzuganges (Marktstruktur auf Absatz- und Beschaffungsmärkten), Synergieeffekte mit anderen Produzenten bzw. mit Zulieferern  <u>Produktionsmerkmale:</u> Technologieintensität, Produktionsverfahren ( <i>economies of scale</i> ) Innovationsentwicklung	Faktorausstattung (natürliche Ressourcen, Humankapital), Marktgröße und –charakter, Regierungspolitik in Bezug auf Innovation, Schutz von Eigentumsrechten, Wettbewerb, Bildung, Training und Industriestruktur, Regierungseinstellung gegenüber Internationalisierung und grenzüberschreitender Kooperation, Arbitragemöglichkeiten  <u>Wirtschaftssystem:</u> Organisationskultur, wirtschaftliche Grundeinstellung, Ausmaß der politischen Einflussnahme, Interfirmenrivalität oder –kooperation
<b>Internalisierungs-spezifische Vorteile</b>	Organisations- und Kontrollstrukturen, Entscheidungsverfahren, Flexibilität, Verteilung der unternehmerischen Funktionen, Wachstums- und Diversifikationsstreben, Einstellung zu vertraglichen Vereinbarungen zwischen Firmen (Lizenzvergabe, Franchising, Subcontracting), Kontrollarrangements	Möglichkeit zur vertikalen und horizontalen Integration von Wertschöpfungsaktivitäten (Kontrolle von inputs oder Märkten) Möglichkeit zur Nutzung von Internalisierungsvorteilen durch vertragliche Vereinbarungen; Vermeidung von „ <i>moral hazard</i> “; Qualitätssicherung, Nutzung von Eigentumsvorteilen, Komplementäre Vorteile anderer Firmen, Möglichkeiten zur (internationalen) Arbeitsteilung und Spezialisierung	Marktstruktur auf Beschaffungs- und Absatzmärkten, Unterschiede in Bezug auf Transaktionskosten, Kontrahierungskosten, Käuferunsicherheit usw. (z.B. gewerblicher Rechtsschutz, Vertragsrecht, Transportkosten, Steuerrecht), Staatliche Interventionen und Einfluss auf Internalisierungsverhalten von Unternehmen, Regierungspolitik gegenüber Unternehmenskäufen, Möglichkeiten der Arbitrage und Überkreuzsubventionierung, Adäquanz der Technologie-, Bildungs- und Kommunikationsinfrastruktur
<b>Standort-spezifische Vorteile</b>	Internationalisierungsstrategie, Dauer und Erfahrung im Auslandsgeschäft, Position im Produktzyklus, Psychische Distanz (Kultur, Sprache, Gesetz, Geschäftsbedingungen), Einstellung gegenüber Zentralisierung von Unternehmensfunktionen, Geographische Struktur der Vermögenswerte, Risikodiversifikation	Ursprung, Verteilung, Qualität und Produktivität der immobilen Ressourcen, Transportkosten von Zwischen- und Endprodukten, Industriespezifische tarifäre und nicht-tarifäre Handelsschranken, Wettbewerbsstruktur in dieser Branche, Trennbarkeit von Unternehmensfunktionen, Signifikanz sensibler lokaler Variablen, z.B. steuerliche Anreize, Energie- und Kommunikationskosten	Physische Distanz zwischen den Ländern (Entfernung, Geographie), Psychische Distanz zwischen den Ländern, Staatliche Interventionen, z.B. Zölle, Quoten, Steuern, Unterstützung, Regulierungspolitik, Einstellung gegenüber ausländischen Unternehmen, Standortkosten, z.B. Kosten für immobile Produktionsfaktoren oder für produktionsbezogene Dienstleistungen, Kommunikationskosten

Quelle: Heiduk/Kerlen-Prinz, a.a.O., S. 49 in Anlehnung an *Dunning*.

Die Quintessenz seiner Theorie fasst *Dunning* wie folgt zusammen:

- Je mehr „*ownership advantages*“ die Unternehmen eines bestimmten Landes im Verhältnis zu Unternehmen anderer Länder besitzen,
- je größer die Anreize sind, die Verwertung dieser Vorteile zu internalisieren, und
- je profitabler diese Verwertung auf ausländischen Produktionsstandorten ist,

desto höher würden die DI („*outward investment*“) eines Landes sein. Wenn diese Bedingungen in umgekehrter Richtung erfüllt seien, würde das Land umso mehr DI empfangen („*inward investment*“).<sup>169</sup>

Der Einfluss des eklektischen Paradigmas auf die Bestimmungsgründe von DI bzw. der Internationalisierung von Unternehmen überhaupt kann nicht hoch genug eingeschätzt werden. Zum ersten Mal ist damit ein theoretischer Ansatz entwickelt worden, der erstens wesentliche Realitäten des weltwirtschaftlichen Umfeldes aufgreift und nicht durch Prämissen ausklammert, zweitens Aussagen über Bestimmungsgründe von DI incl. *cross-investments* und je nach Branche und Land unterschiedlicher Investitionsströme ermöglicht und drittens auch Kriterien für die Wahl der Form der Bearbeitung des Auslandsmarktes liefert. Dabei besteht die Leistung des OLI-Paradigmas im Wesentlichen aus einer weiter ausdifferenzierten Zusammenführung der drei wohl wichtigsten theoretischen Strömungen der Direktinvestitionstheorie – der Industrieökonomik, der Standorttheorie sowie der Internalisierungstheorie. Die Kritik, dass verhaltenstheoretische Ansätze (siehe III.1.5.1) in dem Modell fehlen würden,<sup>170</sup> hat *Dunning* mit dem Hinweis darauf zurückgewiesen, dass systematisches bzw. strategisches Verhalten von Unternehmen durch das OLI-Modell erfassbar wäre, allerdings zufälliges und irrationales Verhalten nur sehr eingeschränkt. Er verweist ferner darauf, dass diese verhaltenstheoretischen Ansätze sich bisher kaum empirisch bewährt hätten und dass es an eindeutig identifizierbaren Variablen mangle, die sich in das OLI-Paradigma integrieren ließen.<sup>171</sup> Eine weitere Kritik liegt darin, dass das eklektische Paradigma nicht in der Lage sei, multiple Internationalisierungsstrategien zu erklären. *Stehn* verweist darauf, dass Unternehmen unterschiedliche Internationalisierungsstrategien auf dem gleichen Auslandsmarkt anwendeten.<sup>172</sup> Diese Kritik ist zunächst zutreffend, da *Dunning* in der Tat nur die Wahl einer Internationalisierungsform zulässt. Durch die Ausdifferenzierung der Vorteilsarten insbesondere nach Branchen lässt sich mit OLI aber zumindest erklären, warum die gleiche Firma mit unterschiedlichen Produkten auf dem gleichen Auslandsmarkt sowohl in Form von Exporten als auch in Form von DI tätig ist.

Eine grundsätzlichere Kritik liegt darin, dass es nicht unbedingt unternehmensspezifischer Wettbewerbsvorteile gegenüber einem ausländischen Unternehmen bedarf, um auf einem Auslandsmarkt zu investieren (Handel und Lizenzvergabe seien hier nicht betrachtet). Dies ist dann der Fall, wenn ein Unternehmen im Ausland mit dem Motiv investiert, den heimischen Markt durch Exporte zu bedienen. In einem solchen Fall kommt es nicht zum Wettbewerb mit ausländischen Unternehmen

<sup>169</sup> Dunning (1981), a.a.O., S. 104.

<sup>170</sup> Heiduk/Kerlen-Prinz, a.a.O., S. 50; Stein, a.a.O. S. 147.

<sup>171</sup> Dunning (1988), a.a.O., S. 205-207.

<sup>172</sup> Stehn, a.a.O., S. 63.

auf dem Auslandsmarkt. Ausreichend sind Standortvorteile auf dem Auslandsmarkt, die die Kosten der Aufnahme der Produktion kompensieren. *Dunning* hatte zwar dieses Investitionsmotiv durchaus erkannt: „...*production for the home market may be serviced from a domestic or a foreign location.*“<sup>173</sup> Allerdings zieht er daraus hinsichtlich der unternehmensspezifischen Wettbewerbsvorteile nicht die richtigen Schlussfolgerungen. Denn im Fall einer exportorientierten DI ist nicht ein unternehmensspezifischer Vorteil auf dem Auslandsmarkt, sondern auf dem Inlandsmarkt erforderlich. Dieser Vorteil muss sowohl gegenüber aus- als auch gegenüber inländischen Konkurrenten bestehen. *Dunning* hat sich aber nur Vorteilen gegenüber ausländischen Unternehmen gewidmet: „*The capability of home country’s enterprises to supply either a foreign or domestic market from a foreign production base depends on their possessing of certain resource endowments* (Anm. des Autors: *Dunning* meint damit die unternehmensspezifischen Wettbewerbsvorteile) *not available to ... another country’s* (Hervorhebung durch den Autor) *enterprises.*“<sup>174</sup>

## III.2 Exkurs: Neue Institutionenökonomik

Die bisher dargestellten Theorien sind vor allem dadurch gekennzeichnet, dass sie Bestimmungsgründe für den internationalen Handel bzw. für DI aufzuzeigen versuchen. Dagegen wurde bisher noch keine Theorie analysiert, die Investitionspolitik bzw. internationale Investitionsverträge erklären kann. Diese Lücke könnte zumindest ansatzweise durch die Neue Institutionenökonomik geschlossen werden. Diese befasst sich mit der Entstehung und der Funktion von Institutionen in Volkswirtschaften sowie mit deren Wandel im Zeitablauf. Sie baut zum Teil auf der historischen Schule, dem amerikanischen Institutionalismus und der Neoklassik, die sie zugleich deutlich kritisiert, auf. Sie ist ein eher heterogenes Gebilde, das aus den Teilbereichen *Property-rights*-Theorie, *public choice*, *Agency*-Theorie, Transaktionskostenökonomik sowie der ökonomischen Analyse des Rechts besteht.<sup>175</sup> Es soll im Folgenden nicht darum gehen, die Neue Institutionenökonomik erschöpfend darzustellen. Dies würde zu weit vom Kern dieser Arbeit wegführen. Stattdessen soll zunächst die theoretische Grundlage aufgrund der Darstellung des Standardwerkes von *North*<sup>176</sup> beschrieben werden. Dem folgt eine Auseinandersetzung mit der neueren empirischen Forschung, die die theoretischen Annahmen der Neuen Institutionenökonomik getestet hat. Die Reformvorschläge der Arbeit nehmen zum Teil wieder auf die Neue Institutionenökonomik Bezug.

### III.2.1 Die Institutionenökonomik von Douglas C. North

Der Ausgangspunkt von *Norths* Überlegungen ist – der Tradition von *Coase* folgend – die Anerkennung der Existenz von Transaktionskosten aufgrund von asymmetrischer Information der wirtschaftlichen Akteure. Diese seien in den USA auf bis zu 45% des BIP angestiegen<sup>177</sup> und sorgten für eine erhebliche Unsicherheit der wirtschaftlichen Akteure. Zur Reduzierung dieser Unsicherheiten bedürfe es Institutionen. Diesen Transaktionskostenansatz kombiniert *North* mit einer Theorie menschlichen

<sup>173</sup> Dunning (1977), a.a.O., S. 56.

<sup>174</sup> Ebenda.

<sup>175</sup> Gabler Volkswirtschaftlexikon, a.a.O., S. 764-766.

<sup>176</sup> North, D.C. (1990): Institutionen, institutioneller Wandel und Wirtschaftsleistung.

<sup>177</sup> Ebenda, S. 33 unter Verweis auf eine Studie von *North/Wallis* aus dem Jahr 1986.

Verhaltens zu einer Theorie der Institutionen. Insbesondere unterstellt er im Gegensatz zur Neoklassik nicht nur zweckrationales wohlfahrtsmaximierendes Verhalten, sondern begrenzte Rationalität und Opportunismus. Die Theorie der Institutionen erkläre wiederum – ergänzt um die herkömmliche neoklassische Produktionstheorie, die *North* weiterhin gelten lässt – die Bedeutung von Institutionen für die Wirtschaftsleistung. Institutionen seien dabei der wesentliche Bestimmungsfaktor der langfristigen Wirtschaftsleistung.

Institutionen sind für *North* die formellen und formlosen Spielregeln einer Gesellschaft oder „jegliche Art von Beschränkung, die Menschen zur Gestaltung menschlicher Interaktion ersinnen.“<sup>178</sup> Neben diesen Spielregeln gebe es Spieler, d.h. Organisationen wie öffentliche Körperschaften, Anstalten des Bildungswesens und Rechtspersonen des Wirtschaftslebens. Das Entstehen sowie die Fortentwicklung dieser Organisationen hänge von den institutionellen Rahmenbedingungen ab, welche sie wiederum selbst mit beeinflussten.<sup>179</sup> Eine zentrale Rolle in seinen Überlegungen spielt die Geschichte. Institutionen seien historisch bedingt, deswegen könnten sie auch nicht ohne ein Verständnis geschichtlicher Zusammenhänge erfasst werden. Daher liefert er zahlreiche historische Beispiele für die Entwicklung von erfolgreichen und nicht erfolgreichen Institutionen. Die Unterentwicklung der Entwicklungsländer führt er darauf zurück, dass deren institutionellen Gegebenheiten die formale Ordnung und Durchsetzbarkeit fehlen, auf denen effiziente Märkte beruhten. Dazu zähle insbesondere die Sicherung der Vertragserfüllung, d.h., „...dass die Zwangsgewalt des Staates so erweitert wird, dass er Eigentumsrechte überwachen und die Erfüllung von Verträgen wirksam sichern kann...“<sup>180</sup> Genau dies sei in Entwicklungsländern nicht gegeben: „...die Unfähigkeit von Gesellschaften, wirksam und mit geringen Kosten die Erfüllung von Verträgen zu sichern, ist die wichtigste Ursache sowohl historischer Stagnation wie auch der Unterentwicklung der Dritten Welt der Gegenwart.“<sup>181</sup>

Die heutige internationale Spezialisierung und Arbeitsteilung erfordere Institutionen und Organisationen zur Sicherung von Eigentumsrechten über Staatsgrenzen hinweg.<sup>182</sup> Der Prozess des institutionellen Wandels sei sehr komplex und nur zu einem Teil auf Gestaltungswillen z.B. der Politik zurückzuführen. Ebenso wichtig ist die kulturelle Evolution, wobei sich technologische Innovationen auch auf den institutionellen Wandel auswirkten.<sup>183</sup>

*North* hat selbst darauf hingewiesen, dass seine Institutionenanalyse keineswegs erschöpfend sei und dass sie insbesondere der empirischen Überprüfung bedürfe.<sup>184</sup>

Der grundsätzliche Erklärungsbeitrag der Neuen Institutionenökonomik kann nicht hoch genug eingeschätzt werden. Mit ihr steht insbesondere ein Instrumentarium zur Analyse der gravierenden Wohlfahrtsunterschiede zwischen Staaten zur Verfügung. Bemerkenswert sind m.E. auch die Überschneidungen zum *Infant-industry*-Ansatz von *List*, wenngleich dieser stärker auf (Industria-

<sup>178</sup> Ebenda, S. 4.

<sup>179</sup> Ebenda, S. 6.

<sup>180</sup> Ebenda, S. 71.

<sup>181</sup> Ebenda, S. 65.

<sup>182</sup> Ebenda, S. 144.

<sup>183</sup> Ebenda, S. 112.

<sup>184</sup> Ebenda, S. 160-161, 168.

lisierungs-)Politik ausgerichtet ist. Dennoch kann am Ansatz von *North* – und nur auf den beziehen sich diese Aussagen – berechtigte Kritik geübt werden. Insbesondere fehlt bei seiner Analyse der Schiedsrichter, der die Spielregeln überwacht und die Spieler notfalls sanktioniert. Einige der von *North* benannten Organisationen, insbesondere öffentlich-rechtliche Körperschaften,<sup>185</sup> sind eher in der Rolle des Schiedsrichters als in der Rolle des Spielers. Hier verweist er eher allgemein auf die Rolle des Staates als Instrument zur Durchsetzung von Eigentumsrechten. Eine nähere Beschäftigung mit der Rolle des Schiedsrichters hätte auch dem Nachteil abgeholfen, dass *North* – abgesehen von einigen anekdotischen historischen Ausführungen – nicht genauer darauf eingeht, welche Institutionen die richtigen sind. Auch die Analyse des institutionellen Wandels und die Herausarbeitung der Faktoren, die diesen bestimmen, sind nicht wirklich befriedigend. Schließlich kann ihm auch ein gewisses Schwarz-Weiß-Denken vorgeworfen werden, wenn er die Unterentwicklung der heutigen Entwicklungsländer ausschließlich auf institutionelle Defizite zurückführt, ohne erstens auf Unterschiede innerhalb der Gruppe der Entwicklungsländer einzugehen sowie zweitens potenzielle andere Erklärungsfaktoren wie z.B. geografische Gegebenheiten, Handelspolitik oder koloniale Vergangenheit<sup>186</sup> überhaupt anzusprechen.

### III.2.2 Empirische Tests der Neuen Institutionenökonomik

Die neuere empirische Forschung auf dem Gebiet der Neuen Institutionenökonomik hat es sich zur Aufgabe gemacht, die theoretischen Aussagen von *North* und anderen zu überprüfen. Darüber hinaus gibt es erste Ansätze zur Beantwortung der offenen Fragen, welche Institutionen die Wirtschaftsleistung positiv beeinflussen, welches Verhältnis Institutionen zu anderen Bestimmungsfaktoren wirtschaftlichen Erfolges haben und welche Determinanten wiederum die institutionelle Qualität beeinflussen.

Der IWF hat in einer Untersuchung<sup>187</sup> ein gegenüber *North* deutlich konkreteres Institutionenverständnis zugrunde gelegt, indem vor allem das Funktionieren von öffentlichen Institutionen und deren Auswirkungen auf den privaten Sektor in den Mittelpunkt gestellt werden. Dies wird anhand der drei Indikatoren „*quality of governance*“,<sup>188</sup> rechtlicher Schutz von privaten Eigentumsrechten und dessen Durchsetzung<sup>189</sup> sowie institutionelle und andere Begrenzungen für politische Führungspersonlichkeiten geleistet. Diesen institutionellen Faktoren werden wirtschaftspolitische<sup>190</sup> Erklärungsansätze ökonomischer Prosperität gegenübergestellt.<sup>191</sup> Untersucht

<sup>185</sup> Zu denken ist hier insbesondere an Gerichte, Wettbewerbs- und Steuerbehörden. Da *North* aber auch richtigerweise die Bedeutung formloser Institutionen anerkennt, muss die Schiedsrichterrolle nicht zwingend in jedem Fall die Form einer staatlichen Institution oder einer Behörde annehmen. Moralische und kulturelle Faktoren spielen sicherlich auch eine Rolle, z.B. die Glaubwürdigkeit in der internationalen Staatengemeinschaft, ein positives Wirtschaftsklima oder eine traditionelle Weltoffenheit einer Gesellschaft.

<sup>186</sup> *North* beschäftigt sich zwar mit dem Kolonialismus, aber nur in dem Sinne, dass durch diesen bestimmte Institutionen geschaffen wurden. Er beschäftigt sich nicht mit möglichen kolonisationsbedingten Wohlstandsverlusten durch Ausbeutung natürlicher und menschlicher Ressourcen oder Behinderung der industriellen Entfaltung von Kolonien.

<sup>187</sup> IWF (2003a): World Economic Outlook, Growth and Institutions.

<sup>188</sup> Hierzu zählen Korruption, politische Rechte, regulative Hürden (staatliche Kontrollen der Gütermärkte, des Bankenwesens sowie des internationalen Handels), politische Stabilität und die Abwesenheit von Gewalt, Rechtsstaatlichkeit sowie Effizienz des öffentlichen Sektors.

<sup>189</sup> Die Daten beruhen auf den Angaben der Heritage-Foundation, einer privaten Stiftung.

<sup>190</sup> Offenheitsgrad (vom IWF definiert als die Anzahl von Jahren zwischen 1960-1998, in der das jeweilige Land offen für den Welthandel war, was wiederum anhand verschiedener Kriterien, u.a. der Höhe nichttarifärer Handelshemmnisse sowie der Zollsätze, gemessen wird), Überbewertung der Landeswährung, Entwicklung des finanziellen Sektors, Inflation, Staatsquote sowie Kapitalverkehrsbeschränkungen. Diese Politiken wurden für den Zeitraum 1960-1998 ausgewertet.

<sup>191</sup> Dazu kommen noch einige geografische Kontrollvariablen, die hier nicht näher ausgeführt werden.

wurde der Einfluss dieser Variablen auf das Bruttoinlandsprodukt (reales BIP pro Kopf in US-Dollar von 1995), das Wirtschaftswachstum sowie die Wachstumsstabilität. Zugrunde liegen Daten für 24 Industrie- und 69 Entwicklungsländer. Die Ergebnisse sind eindeutig: Alle drei institutionellen Indikatoren wirken sich signifikant positiv auf das BIP, das Wirtschaftswachstum sowie die Wachstumsstabilität<sup>192</sup> aus.<sup>193</sup> Alle wirtschaftspolitischen Variablen hingegen haben keinen signifikanten Einfluss auf das BIP. In Bezug auf wirtschaftliches Wachstum ist lediglich die Entwicklung des finanziellen Sektors signifikant positiv korreliert, während eine überbewertete Landeswährung die Wachstumsvolatilität erhöht. Ansonsten gibt es keine signifikanten Zusammenhänge. Insbesondere hat der Offenheitsgrad („*trade openness*“) keine Bedeutung für die in der Untersuchung zugrunde gelegten Kriterien wirtschaftlichen Erfolges. Den stärksten Effekt innerhalb der institutionellen Variablen haben der Schutz und die Durchsetzung privater Eigentumsrechte.<sup>194</sup>

Dieses Ergebnis stimmt mit Untersuchungen von *Rodrik/Subramanian/Trebbi* (2002)<sup>195</sup> sowie *Rigobon/Rodrik* (2004)<sup>196</sup> überein, die sich allerdings auf das BIP als zu erklärende Variable beschränkt haben. In der zuerst genannten Untersuchung wurde der Einfluss von Institutionen, Offenheitsgrad<sup>197</sup> sowie der Geografie<sup>198</sup> auf die ökonomische Entwicklung untersucht. Die institutionelle Qualität<sup>199</sup> hat einen starken signifikant positiven direkten Einfluss auf das BIP, während sowohl der Offenheitsgrad als auch geografische Faktoren keinen signifikanten direkten Einfluss ausüben. Beide üben lediglich einen indirekten positiven Einfluss auf das BIP aus, weil sie die institutionelle Qualität positiv beeinflussen. Institutionen haben insgesamt den stärksten Einfluss auf das BIP und determinieren diese um den Faktor 4,4 stärker als Handel.<sup>200</sup> In der zweiten Studie wurde der Zusammenhang zwischen Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, Offenheitsgrad<sup>201</sup> und BIP untersucht. Demokratie und Rechtsstaatlichkeit haben beide einen signifikant positiven Einfluss auf das BIP, während dieses nur einen insignifikant positiven Effekt auf Rechtsstaatlichkeit und Demokratie ausübt. Handel hat überraschenderweise einen signifikant negativen Einfluss auf BIP und Demokratie, aber einen positiven Effekt auf Rechtsstaatlichkeit.<sup>202</sup> Demokratie und Rechtsstaatlichkeit verstärken sich gegenseitig. Beide Studien sind vor allem deshalb bemerkenswert, weil sie das Problem der Umkehrkausalität<sup>203</sup> und der

<sup>192</sup> Im statistischen Sinne gibt es zwischen den Institutionen und der Wachstumsvolatilität einen negativen Zusammenhang. Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass sich die Institutionen positiv auf die Stabilität des Wachstums auswirken.

<sup>193</sup> Ebenda, S. 105-108.

<sup>194</sup> Ebenda, S. 99.

<sup>195</sup> Rodrik, D./Subraminiam, A./Trebbi, F. (2002): Institutions Rule: the Primacy of Institutions over Geography and Integration in Economic Development.

<sup>196</sup> Rigobon, R./Rodrik, D. (2004): Rule of Law, Democracy, Openness and Income: Estimating the Interrelationships.

<sup>197</sup> Gegenüber der IWF-Untersuchung wurden hier bilaterale Handelsströme zugrundegelegt.

<sup>198</sup> Geografische Erklärungsansätze von Entwicklung bzw. Unterentwicklung verweisen auf Faktoren wie Temperatur, Zugang zum Meer, Häufigkeit von Krankheiten etc., die entweder direkten Einfluss auf eine Volkswirtschaft nähmen oder indirekt dadurch, dass sie wiederum Institutionen und Handel positiv beeinflussten.

<sup>199</sup> Je nach Datenverfügbarkeit haben die Autoren Eigentumsrechte, Rechtsstaatlichkeit sowie den Anteil der englischsprachigen Bevölkerung als Variablen für institutionelle Qualität verwendet.

<sup>200</sup> Ebenda, S. 9.

<sup>201</sup> Anteil von Im- und Exporten am BIP.

<sup>202</sup> Die Autoren liefern hierfür die folgende – unbefriedigende – Vermutung (ebenda, S. 18): Staaten, die über einen höheren Offenheitsgrad verfügten, hätten eine höhere Rechtsstaatlichkeit, weil dies im Rahmen einer höheren internationalen Wettbewerbsfähigkeit erforderlich sei. Demokratische Institutionen würden durch einen höheren Offenheitsgrad geschwächt, weil dieser zu stärkeren Verteilungskonflikten führe. Zu berücksichtigen ist, dass nur 10% der Unterschiede in den demokratischen Institutionen der Staaten durch den Offenheitsgrad bestimmt werden, ebenda, S. 20.

<sup>203</sup> Umkehrkausalität bedeutet, dass eine erklärende Variable (in diesem Fall Institutionen) nicht nur die zu erklärende Variable (hier Einkommenshöhe von Staaten) bestimmt, sondern auch umgekehrt die Einkommenshöhe die Entwicklung von Institutionen beeinflusst. Umkehrkausalität ist ein Problem, dass sich häufig bei ökonomischen Untersuchungen stellt, aber längst nicht immer zufriedenstellend gelöst wird.

sich gegenseitig beeinflussenden erklärenden Variablen<sup>204</sup> überzeugend gelöst haben<sup>205</sup> und außerdem eine ganze Reihe von Kontrollvariablen<sup>206</sup> in die Untersuchung mit eingebunden haben, um die Robustheit der Ergebnisse zu überprüfen.

Die Neue Institutionenökonomie verfügt aufgrund der dargestellten Untersuchungen über eine solide empirische Basis. Allerdings ist sie schwer zu operationalisieren und damit in politisches Handeln umzusetzen, wie auch *Rodrik* selbst zugibt.<sup>207</sup> Dies liegt vor allem an der Breite des Institutionenbegriffes und der damit immer noch verbundenen Unklarheit, welche Institutionen es innerhalb der jeweiligen Institutionenkategorien denn genau sind, die über den ökonomischen Erfolg einer Volkswirtschaft entscheiden. Einiges spricht dafür, dass eine genaue Identifizierung nicht möglich ist, sondern von länderspezifischen Bedingungen abhängig ist. Ein einheitliches institutionelles Design, das für jedes Land angestrebt werden müsste, scheint es nicht zu geben.

Wie ist die Verbindung der Neuen Institutionenökonomie zum Thema internationale Investitionsverträge? Mehr Rechtsstaatlichkeit und ein besserer Eigentumsschutz sind wichtig für die ökonomische Entwicklung eines Landes. Daraus folgt, dass ausländischen Investoren und ihren Investitionen entsprechende Rechte und Durchsetzungsmöglichkeiten zugebilligt werden sollten. Aus der Theorie und ihrer empirischen Überprüfung kann aber weder abgeleitet werden, welche Ebene für solche Schutzmechanismen die richtige ist (multilateral, regional, bilateral oder national) noch welche Bestimmungen in Investitionsverträgen oder –gesetzen erforderlich sind. Ein Argument für einen multilateralen Ansatz liegt aber im dem der Neuen Institutionenökonomie zugrunde liegenden Transaktionskostenansatz. Es könnte argumentiert werden, dass das bestehende Netz aus Investitionsverträgen auf verschiedenen internationalen Ebenen die Transaktionskosten für Investoren erhöht. Zur Senkung dieser Transaktionskosten wäre ein multilateraler Investitionsvertrag, der alle oder zumindest einen großen Teil der anderen internationalen Investitionsverträge ersetzt, die geeignete Institution. Im Reformteil wird dieses Argument wieder aufgegriffen.

### III.3 Zusammenfassung

Entgegen den weltwirtschaftlichen Realitäten wurde bis 1930er-Jahre hinein von der internationalen Immobilität des Kapitals ausgegangen. Und selbst die Aufgabe dieser Annahme hat zunächst mit der Zinssatztheorie nur zu einem weiteren monokausalen Erklärungsansatz geführt, der zudem nur auf API sinnvoll angewandt werden konnte. Eine wirkliche direktinvestitionstheoretische Forschung begann erst deutlich nach Ende des Zweiten Weltkrieges. Auch hier dominierten noch die

<sup>204</sup> In diesem Fall beeinflussen sich Institutionen, Handel und Geografie gegenseitig, so dass es ohne entsprechende ökonometrische Vorkehrungen schwierig ist, herauszufinden, welche Variable tatsächlich einen autonomen – exogenen – Effekt auf die Zielvariable (Einkommenshöhe) hat.

<sup>205</sup> Eine nähere Darstellung der verwandten ökonometrischen Methodik würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen.

<sup>206</sup> U.a. Bevölkerungszahl, Fläche, koloniale Vergangenheit, Kriegstote etc.

<sup>207</sup> Rodrik, D. (2004): *Getting Institutions Rights*, S. 6. Hier verweist *Rodrik* auch darauf, dass das Kriterium Schutz von Eigentumsrechten in aller Regel auf Umfragen bei Investoren beruht, wie diese diesen Schutz im Zielland einschätzen: „So these indices capture investors' perceptions, rather than any of the formal aspects of the institutional setting. They measure how well the rules of the game with regard to property rights are perceived to operate, and not what those rules are.“, ebenda.

außenhandelstheoretischen Ansätze, die aber durch den Wegfall von Prämissen erweitert wurden und somit sukzessive ihren Realitäts- und Erklärungsgehalt steigern konnten. Durch die Arbeit von *Hymer* gelang insofern eine bahnbrechende Innovation, als er erstmalig Wettbewerbsaspekte in die Theorie einbaute und den Oligopolcharakter von Märkten betonte. Die Internalisierungstheorie bereicherte die Wirtschaftswissenschaft durch die schon viel früher von *Coase* in Bezug auf die Entstehung von Firmen gewonnene Erkenntnis, dass Märkte auch deswegen imperfekt sind, weil aufgrund asymmetrisch verteilter Informationen Transaktionskosten entstehen. Der Beitrag der modernen Standorttheorie – endgültig den Beschränkungen der Modelltheorie entwachsen – liegt wiederum darin, in umfassender Art und Weise vor allem ökonomische sowie politisch-institutionelle Einflussfaktoren für DI (und Handel) identifiziert zu haben.

*Dunning* hat dann in seinem eklektischen Paradigma die beschriebenen Ansätze vereint und damit den heute noch vorherrschenden Erklärungsansatz für DI, Handel sowie nicht internalisierte Formen der Bearbeitung eines Auslandsmarktes gegeben. Dieser ständig erweiterte multikausale Ansatz – auch wenn er m.E. in Bezug auf exportorientierte DI eine Schwäche enthält – nimmt so gut es geht die weltwirtschaftliche Realität incl. von Marktunvollkommenheiten und von institutionellen Faktoren auf, ohne aber damit Produktivitäts- und Kostenerwägungen für irrelevant zu erklären. Er enthält allerdings noch keine wohlfahrtstheoretischen Aussagen, weshalb im nächsten Teil dieser Arbeit die Auswirkungen von DI auf ausgewählte volkswirtschaftliche Faktoren analysiert werden sollen. Aufgrund der Beschäftigung mit den theoretischen Grundlagen lassen sich bereits zwei Gebiete herauskristallisieren, die im Folgenden untersucht werden sollen: Auswirkungen auf den Wettbewerb sowie die Auswirkungen der internalisierungsbedingten Steuerreduzierungsstrategien multinationaler Unternehmen.

Die Neue Institutionenökonomik erklärt die Bedeutung von Institutionen für die wirtschaftliche Entwicklung. Sie verfügt über eine solide empirische Basis. Direkte Schlussfolgerungen für Form und Inhalt internationaler Investitionsverträge lassen sich aus ihr nicht ableiten. Mit dem Transaktionskostenargument liefert die Theorie allerdings ein überzeugendes Argument für einen IIA.

## IV. Volkswirtschaftliche Auswirkungen von DI und ausgewählten DI-Politiken

Gegenstand dieses Kapitels ist eine empirische Untersuchung der volkswirtschaftlichen Auswirkungen von DI sowie von ausgewählten DI-Politiken. Zunächst wird die quantitative Entwicklung von DI incl. der großen Probleme hinsichtlich der statistischen Erfassung dargestellt. Dann werden die Auswirkungen von DI auf sechs volkswirtschaftliche Felder (Wachstum, Beschäftigung, Lohnhöhe, Wettbewerb, Zahlungsbilanz und Transferpreismanipulation) analysiert. API werden nicht eigenständig behandelt mit Ausnahme von Daten über ihre quantitative Entwicklung. Bei den Zahlungsbilanzauswirkungen werden sie in Hinblick auf ihre Stabilität mit DI und anderen Kapitalformen verglichen. Nach der Darstellung der Auswirkungen von DI folgt eine Analyse der entsprechenden volkswirtschaftlichen Effekte zweier ausgewählter DI-Politiken. Es handelt sich dabei um *performance requirements* sowie um Investitionsanreize. Beide Punkte spielen eine wichtige Rolle bei der Auseinandersetzung um ein IIA. Außerdem handelt es sich um die beiden Politikbereiche, die wohl bisher am stärksten empirisch untersucht worden sind.

### IV.1 Entwicklung von DI

#### IV.1.1 Statistische Erfassung

Die umfangreichste Quelle für die Messung der Entwicklung von DI stellen zweifellos die Weltinvestitionsberichte der UNCTAD dar. In ihnen werden Transfer- und Bestandsdaten von DI gemessen. Die UNCTAD greift dabei auf offizielle Statistiken der Staaten (vor allem Zahlungsbilanzstatistiken der Zentralbanken), des IWF („*International Financial Statistics*“ sowie „*Balance of Payments*“), der Weltbank („*World Development Indicators*“), der OECD („*International Direct Investment Statistics Yearbook*“), regionaler Wirtschaftsorganisationen sowie zu einem nicht unerheblichen Anteil auf eigene Schätzungen zurück. Daten über F+Ü in den Weltinvestitionsberichten stammen von einer privaten Unternehmensberatung.<sup>208</sup>

Die Transfer- oder Stromstatistik (Zuflüsse und Abflüsse bzw. „*inflows*“ und „*outflows*“) ist die am häufigsten zitierte und im Mittelpunkt der öffentlichen Aufmerksamkeit stehende Form der Messung von DI. Sie misst grenzüberschreitende Kapitalübertragungen ausländischer Investoren. Berücksichtigt werden hierbei Eigenkapital, konzerninterne Kredite sowie reinvestierte Gewinne. Die Bestandsstatistik („*inward stock*“ bzw. „*outward stock*“) weist den Wert des Anteiles an Kapital, Rücklagen (incl. an die Mutterfirma abgeführter Gewinne) und Forderungen gegenüber den ausländischen Tochtergesellschaften, die dem ausländischen Investor anzurechnen sind. Während die Bestandsstatistik Aufschluss über die Struktur und Bedeutung der internationalen Wertschöpfung gibt, zeigt die Transferstatistik Veränderungen dieser Struktur an. Der DI-Bestand wird Jahr für Jahr durch die DI-Transfers mit beeinflusst. Die Datenlage hinsichtlich der DI-Transfers ist erheblich besser im

<sup>208</sup> UNCTAD (2002): World Investment Report 2002, Transnational Corporations and Export Competitiveness, S. 291-301.

Vergleich zu den Beständen, da letztere für die meisten Staaten von der UNCTAD auf Basis der Transferdaten geschätzt werden.<sup>209</sup>

Neben den Statistiken veröffentlicht die UNCTAD auch mehrere DI-Indizes. Im Weltinvestitionsbericht 2001 wurde erstmals der „*UNCTAD Inward FDI Index*“ veröffentlicht, der einen Vergleich verschiedener Länder hinsichtlich des Erfolges im Anlocken von DI unter Berücksichtigung der ökonomischen Größe eines Landes zulässt. Er wurde bereits ein Jahr später abgelöst und vereinfacht durch den „*UNCTAD Inward FDI Performance Index*“. Er wird ermittelt durch die Division des prozentualen Anteils der DI-Zuflüsse eines Landes an den weltweiten DI-Strömen durch den prozentualen Anteil des BIP eines Landes an dem Welt-BIP. Der Index wird für 3 Jahre bemessen, um außergewöhnliche Ereignisse, die zu Verzerrungen der Strom-Werte führen können, zu reduzieren. Eine weitere wichtige Besonderheit besteht darin, dass die UNCTAD Steueroasen<sup>210</sup> von dem Vergleich ausgeschlossen hat. Diese erhalten durchschnittlich deutlich höhere Zuflüsse als es ihrer ökonomischen Stärke entspricht. Insgesamt werden somit 140 Staaten untersucht. Der „*UNCTAD Inward FDI Potential Index*“ versucht das mögliche DI-Potenzial eines Landes abzuschätzen. Dies geschieht durch die Ermittlung eines Durchschnittswertes aus 8 Variablen.<sup>211</sup> Auf diesen Index wird bei der Darstellung der quantitativen Entwicklung nicht eingegangen, weil der Index erhebliche Einflussfaktoren für DI wie Infrastruktur, Qualifikationsgrad der Arbeitnehmer, makroökonomische Stabilität etc. nicht beinhaltet bzw. auch gar nicht sinnvoll beinhalten könnte. Die UNCTAD verweist selbst auf die Limitierungen dieses Index.<sup>212</sup>

API werden vom IWF („*World Economic Outlook*“ für Entwicklungs-, Schwellen- und Transformationsländer bzw. „*Coordinated Portfolio Investment Survey*“<sup>213</sup> für ca. 60 Staaten) und für Entwicklungsländer von der Weltbank („*Global Development Finance*“) erfasst, während die OECD nur API ihrer Mitgliedsstaaten misst. Es fehlt bislang an einer systematischen Erfassung und Veröffentlichung von weltweiten API-Daten.

#### IV.1.2 Probleme bei der statistischen Erfassung von DI

Hinsichtlich der statistischen Erfassung von DI-Daten ergibt sich eine ganze Reihe von Problemen, die sowohl Vergleiche zwischen unterschiedlichen Ländern als auch von DI-Daten mit anderen volkswirtschaftlichen Daten erschweren und zu Vorsicht in Bezug auf ökonomische Aussagen über die Bedeutung von DI für einen Standort zwingen. Die gravierendsten Probleme bestehen in den Unterschieden in den nationalen DI-Statistiken, der Bewertungsproblematik bei den Bestandsgrößen sowie in besonderen statistischen Problemen, die mit F+Ü einhergehen.

Die unterschiedlichen nationalen DI-Statistiken sind für das sog. „*deficit to the moon*“ verantwortlich. Unter normalen Umständen müssten sich die Direktinvestitionszu- und -abflüsse eines Jahres im Saldo ausgleichen. Tatsächlich weisen die Weltinvestitionsberichte aber eine zum Teil erhebliche Differenz

<sup>209</sup> UNCTAD (2001): World Investment Report 2001, Promoting Linkages, S. 275-286.

<sup>210</sup> Die UNCTAD definiert dies leider nicht näher.

<sup>211</sup> BIP-Wachstumsrate, BIP pro Kopf, Exportanteil am BIP, Telefonanschlüsse pro 1.000 Einwohner, Energieverbrauch pro Kopf, Anteil der Forschungsausgaben am BIP, Studentenanteil an der Bevölkerung und Länderrisiko.

<sup>212</sup> UNCTAD (2002), a.a.O., S. 23-34.

zwischen Zu- und Abflüssen aus. Damit hängen auch die teilweise großen Differenzen zwischen den Ergebnissen unterschiedlicher Statistiken für die DI des gleichen Landes zusammen. Das beste Beispiel dafür ist die Bundesrepublik Deutschland. Zwischen 1984 und 1994 gab es nach der von der Deutschen Bundesbank erstellten Zahlungsbilanzstatistik DI-Zuflüsse in Höhe von 34,6 Milliarden DM; nach den Zahlungsbilanzstatistiken von 18 OECD-Staaten beliefen sich diese aber auf 137,2 Milliarden DM.<sup>214</sup> Dies liegt an der traditionell eher vorsichtigen Erfassung von DI in Deutschland durch die Deutsche Bundesbank. So wurden bis 1999 nur Kapitalbeteiligungen von mind. 20% berücksichtigt im Unterschied zum internationalen Standard von 10%. Außerdem wurden kurzfristige Finanzbeziehungen innerhalb eines Unternehmens nicht als DI gewertet im Unterschied zu den OECD- und IWF-Empfehlungen.<sup>215</sup> Mittlerweile hat die Bundesbank aber ihre Erfassungsmethodik den OECD/IWF-Empfehlungen angeglichen. Neben dem Schwellenwert und der Behandlung unternehmensinterner Finanzbeziehungen ist auch die Behandlung reinvestierter Gewinne nicht einheitlich. Anders als in Deutschland werden diese nicht in allen Staaten erfasst, was ebenfalls zu erheblichen Unterschieden in der Höhe der DI führen kann.<sup>216</sup> Weitere Unterschiede ergeben sich aus dem Erfassungszeitraum (Kalender- oder Geschäftsjahr) sowie aus der Erfassungsmethode (freiwillig oder verpflichtend).<sup>217</sup> Einige Staaten erfassen alle DI, während andere die DI von kleinen und mittleren Unternehmen ausblenden.<sup>218</sup>

Der nächste wichtige Problemkomplex ist die unterschiedliche Bewertung von DI. OECD/IWF empfehlen eine Bewertung zu Marktpreisen, was eine ständige Neubewertung der DI impliziert.<sup>219</sup> Häufig sind in Bezug auf die Bestände aber nur historische Preise (Buchwerte) in den Bilanzen der Unternehmen verfügbar. Dies schränkt insbesondere die Vergleichbarkeit mit Indikatoren ein, die zu Marktpreisen berechnet werden (z.B. BIP).<sup>220</sup>

Besondere statistische Probleme ergeben sich bei der Erfassung von F+Ü. Abgesehen davon, dass diese mittlerweile für das Gros der DI-Flüsse verantwortlich sind, was schon allein die Aussagekraft von DI-Statistiken fraglich erscheinen lässt (ausführlich dazu siehe IV.1.2), verzerren F+Ü in mehrerer Hinsicht die Statistiken. Die Vergleichbarkeit mit Strom- und Bestandsdaten ist problematisch, da Daten über F+Ü sich nicht aus amtlichen Statistiken ergeben, sondern von Unternehmensberatungsfirmen oder Fachzeitschriften erhoben werden. Unsicherheiten ergeben sich hier in Bezug auf Vollständigkeit und zeitliche Zuordnung.<sup>221</sup> Außerdem wird der Transaktions- bzw. Marktwert zugrunde gelegt, der natürlich relativ höher ist als der historische Anschaffungswert bei den Beständen. Immer häufiger werden F+Ü durch Aktientausch finanziert, weil die übernehmende Firma nicht genügend liquide Mittel hat, um ausreichende Anteile an der zu übernehmenden Firma aufzukaufen. Ein Aktientausch, in dem

<sup>213</sup> Siehe <http://www.imf.org/external/np/sta/pi/cpis.htm>, abgerufen 15.2.2004.

<sup>214</sup> Deutsche Bundesbank (1997): Zur Problematik internationaler Vergleiche von Direktinvestitionsströmen, S. 80.

<sup>215</sup> Nicht ganz zu Unrecht hat die Bundesbank darauf hingewiesen, dass eine Erfassung kurzfristiger Finanzbeziehungen dem Merkmal der „Langfristigkeit“, das OECD/IWF für DI im Allgemeinen geschaffen haben, widerspricht, vgl. ebenda, S. 81. Die OECD (1996), a.a.O., para. 39, sowie der IWF (1993), a.a.O., paras. 369-370, bewerten Intra-Finanzbeziehungen dagegen als DI unabhängig von der Zeitdauer dieser Beziehungen.

<sup>216</sup> Bellak, C. (1999): Kritische Einschätzung der empirischen Erfassung und Verwendung von Direktinvestitionsdaten, in Döhrn/Heiduk (Hrsg., 1999), a.a.O., S. 118; Deutsche Bundesbank, a.a.O., S. 85.

<sup>217</sup> OECD (1996), a.a.O., paras. 75-76.

<sup>218</sup> Ebenda, para. 78.

<sup>219</sup> Ebenda, paras. 20-21; IWF (1993), a.a.O., paras. 107-108, 376-377.

<sup>220</sup> Bellak, a.a.O., S. 123-127.

die übernommene Firma mehr als 10% der Aktien der übernehmenden Firma erhält, wird in beiden Ländern als eine DI gezählt (in Höhe des Wertes der getauschten Aktienanteile). Dies bläht zum einen die DI-Statistik künstlich auf, zum anderen ist es widersprüchlich, die „Direktinvestitionen“ von Firmen zu berücksichtigen, die zu ihrem eigenen Ausscheiden aus dem Markt führen und eben nicht mit einem „signifikanten Grad an Einfluss auf das Management des Unternehmens“ im Sinne der OECD-Definition verbunden sind.<sup>222</sup>

Die beschriebenen statistischen Probleme sind keineswegs erschöpfend. Insbesondere Überkreuzbeteiligungen, Holdingstrukturen und Verlagerung von Firmensitzen in Steueroasen führen zu weiteren Verzerrungen. Auch müssen die DI-Daten einzelner Staaten mit Vorsicht betrachtet werden. Die relativ hohen DI Liberias erklären sich z.B. fast ausschließlich aus Schiffsregistrierungen.<sup>223</sup> Diese Einschränkungen sollten immer berücksichtigt werden, insbesondere, wenn im Folgenden die quantitative Entwicklung von DI aufzuzeigen versucht wird.

### IV.1.2 Quantitative Entwicklung

Historisch betrachtet haben bis Mitte des 19. Jahrhunderts API dominiert, insbesondere in der Form von Krediten oder Anleihen. Der Grund dafür waren vor allem die hohen Transportkosten. Ende des 19. Jahrhunderts stiegen dann die DI signifikant an, vor allem durch Investitionen in die Ausbeutung natürlicher Ressourcen und durch das Errichten großer Fabrikanlagen. Mitte des 20. Jahrhunderts hatten dann die DI einen höheren Anteil als die API.<sup>224</sup> Dieses Verhältnis hatte sich mit der Globalisierung der Finanzmärkte und der Deregulierung von Finanztransaktionen und Kapitalverkehrskontrollen erneut vorübergehend umgekehrt. Seit den 1990er-Jahren liegen aber erneut die DI vor den API. Gründe dafür sind der rasante Anstieg der DI sowie die zahlreichen Finanzkrisen in Entwicklungsländern, die die Anlageform API zunehmend risikoreicher gemacht haben.

Die absolute und relative Bedeutung der weltweiten DI ist in den letzten Jahrzehnten, vor allem aber in den 1990er-Jahren, erheblich angestiegen. Alle Indikatoren belegen dies. Nach der *Inflow*-Statistik sind die DI von 59 Milliarden US-Dollar im Jahre 1982 über 203 Milliarden US-Dollar im Jahr 1990 auf 651 Milliarden US-Dollar im Jahr 2002 angestiegen (siehe Abbildung 2). In dieser Zeitspanne gab es allerdings drei sog. „downward cycles“, in denen die Ströme für ein oder mehrere Jahre zurückgingen (1982/83, 1991/92, 2001/02). Im Jahr 2000 waren die DI erstmals auf über eine Billion US-Dollar gestiegen<sup>225</sup>, um in den beiden darauf folgenden Jahren mit einem Rückgang von 51% bzw. 21% geradezu einzubrechen. Die Gründe für diesen Rückgang, der in den Industrieländern erheblich heftiger ausfiel als in den Entwicklungsländern (51% gegenüber 14%), sind die Abschwächung der Weltwirtschaftslage, der Einbruch auf den Aktienmärkten sowie der Abschluss von Privatisierungsprogrammen in mehreren Staaten (z.B. Chile, Argentinien, Polen, Ungarn). 2002

<sup>221</sup> Jungnickel, a.a.O., S. 372.

<sup>222</sup> Ebenda, S. 374-375.

<sup>223</sup> „...statistically, is counted as FDI but, de facto, has little do with it.“, UNCTAD (2002), a.a.O., S. 55. Insbesondere europäische Hochlohnländer flaggen ihre Schiffe aus, um unter Billigflaggen mit niedriger entlohnenden ausländischen Seeleuten zu fahren.

<sup>224</sup> UNCTAD (1999): Scope and Definition, S. 7-8. Dies deckt sich mit der Entwicklung der AI in den USA, wie sie von Wilkins, a.a.O., dargestellt worden ist.

<sup>225</sup> Die Übernahme von *Mannesmann* durch *Vodafone* steuerte alleine ca. 200 Milliarden US-Dollar dazu bei, vgl. UNCTAD

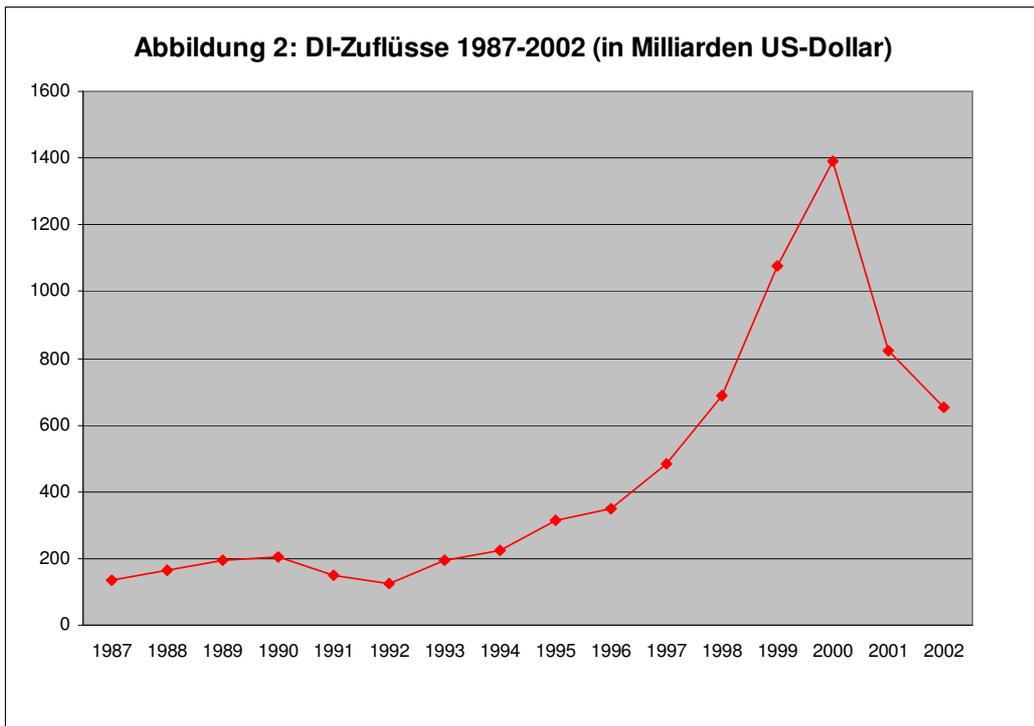
entfielen 70,7% aller Zuflüsse auf Industrieländer, 24,9% auf Entwicklungsländer und 4,4% auf Ost- und Zentraleuropa. Hierbei muss allerdings angemerkt werden, dass die UNCTAD alle 4 südostasiatischen Tigerstaaten zu den Entwicklungsländern zählt, was den ökonomischen Fundamentaldaten nicht angemessen ist und daher das Ergebnis zugunsten der Entwicklungsländer verzerrt. Im langfristigen Trend ist die Konzentration der Zuflüsse noch erheblich stärker. 1999 und 2000 betrug der durchschnittliche Anteil der Entwicklungsländer und der zentral- und osteuropäischen Staaten lediglich 20%. Zwischen 1986 und 1990 bekamen die Industrieländer durchschnittlich 82% aller DI, 1991/92 66,5% und 1993/98 61,2%. Die Entwicklungsländer (ohne Zentral- und Osteuropa) konnten ihren Anteil seit den 1980er-Jahren substanziell von 17,5% 1986/90 auf 24,9% 2002 erhöhen. Zwischen 1993 und 1998 kamen sie auf den Höchstwert von 35,3%. Innerhalb der Entwicklungsländer entfiel dieser Anstieg vor allem auf Lateinamerika, das seinen Anteil mehr als verdoppeln konnte, und Asien, während sich der bereits in den 1980er-Jahren sehr geringe Anteil Afrikas nur unwesentlich erhöhte. Die LDCs sind nur sehr marginal an den DI-Strömen beteiligt. Ihr durchschnittlicher Anteil betrug 1986/90 0,4% und lag 2002 bei 0,8%, nachdem er 1991/92 immerhin bei 1,1% lag. Gewinner im langfristigen Trend sind die zentral- und osteuropäischen Staaten. Betrug ihr Durchschnittswert 1986/90 nur 0,1% und lag damit sogar unter dem der LDCs, ist er über 2,2% 1991/92 auf 4,4% im Jahr 2002 gestiegen.<sup>226</sup> Dieser Trend erklärt sich durch den Zusammenbruch des Ostblockes und den darauf folgenden Marktöffnungsprozessen. Eine hohe Konzentration gibt es auch innerhalb des Blockes der Entwicklungsländer. 5 bzw. 10 Entwicklungsländer bekamen 2001 62% bzw. 75% aller DI-Zuflüsse dieser Gruppe. In 30 Entwicklungsländer gingen sogar ca. 95% aller DI-Zuflüsse. Seit Mitte der 1990er-Jahre steigt dieser Konzentrationsgrad kontinuierlich an mit Ausnahme des Jahres 2001.<sup>227</sup>

---

(2002), a.a.O., S. 83.

<sup>226</sup> Ebenda, S. 7; UNCTAD (2003), a.a.O., S. 3-7, 33.

<sup>227</sup> Ebenda, S. 9, 11.



Quelle: UNCTAD, World Investment Report (verschiedene Ausgaben).

Tabelle 5 zeigt, dass sowohl die DI-Zuflüsse als auch der DI *inward stock* seit Mitte der 1980er-Jahre erheblich schneller gewachsen sind als die weltweite Wertschöpfung (gemessen am BIP) und als der Welthandel (gemessen an den weltweiten Exporten). Besonders bemerkenswert ist das starke DI-Wachstum 1996-2000, das im Gegensatz zur Abschwächung der Weltwirtschaftsentwicklung steht und ein Indiz für eine Abkopplung der DI-Entwicklung von der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung darstellt. Demgegenüber verläuft die Entwicklung von Wachstum und Welthandel erheblich gleichförmiger.

Tabelle 5: Entwicklung ausgewählter Wirtschaftsindikatoren						
	Wert in Milliarden US-Dollar (in Preisen von 2001)			Jährliche Wachstumsrate (in Prozent)		
	1982	1990	2001	1986-1990	1991-1995	1996-2000
DI-Zuflüsse	59	203	735	23,6	20	40,1
DI-inward stock	734	1874	6846	15,6	9,1	17,9
BIP	10805	21672	31900	11,5	6,5	1,2
Exporte	2081	4375	7430	15,8	8,7	4,2

Quelle: UNCTAD (2002), a.a.O., S. 4

Die höheren Wachstumsraten führen natürlich auch zu höheren Anteilen am BIP bzw. am Welthandel. Während der Anteil der DI-Transfers am BIP trotz einer Vervierfachung seit 1982 von 0,5% auf gute 2% immer noch relativ gering ist, betragen die entsprechenden Anteile am Welthandel 2,8% bzw. ca. 10%. Ein völlig anderes Bild ergibt sich, wenn nicht die Transferdaten, sondern die DI-Bestandsstatistik in Form des *inward stock* herangezogen wird. Dann steigt der DI-Anteil am Welthandel von 35,2% im Jahr 1982 auf 42,8% bzw. 92% in den Jahren 1990 und 2001. Der DI-Bestand entspricht also mittlerweile fast dem Umfang des Welthandels. Bezogen auf das BIP ist der entsprechende Anteil 6,8%, 8,6% bzw. 21,5%. Allerdings ist ein Vergleich zwischen DI-Bestand und BIP aus zwei Gründen problematisch: Erstens ist der DI-Bestand eine zeitpunktbezogene Größe (z.B. Bestand am 1.1.2004), während das BIP zeitraumbezogen ist (z.B. BIP des Jahres 2003). Zweitens handelt es sich bei dem BIP um einen Wertschöpfungsindikator, bei den Beständen allerdings nicht. Der richtige Vergleichsindikator ist die Bruttowertschöpfung ausländischer Tochtergesellschaften. Diese betrug im Jahr 2002 10,7% des BIP und hat sich seit 1982 etwas mehr als verdoppelt.<sup>228</sup> Ein sinnvoller Vergleich zwischen zwei Stromgrößen ist der Anteil der DI-Zuflüsse an den weltweiten Bruttoanlageinvestitionen. Dieser betrug im Jahr 2002 10,1%.<sup>229</sup> Dies deckt sich erstaunlich gut mit dem Anteil der Bruttowertschöpfung ausländischer Tochtergesellschaften am weltweiten BIP, so dass die Höhe der Internationalisierung der Produktion ca. 10% beträgt. Hier sei allerdings noch einmal auf die Probleme bei der statistischen Erfassung, insbesondere bei der unterschiedlichen Bewertung der Bestände hingewiesen.

DI stellen mittlerweile für die Entwicklungsländer die wichtigste Art des Kapitalzufflusses dar. Ihr Anteil an allen Kapitalzufflüssen in Entwicklungsländer hat sich von 6% im Jahr 1980 über 25% im Jahr 1990 auf 60% im Jahr 2000 gesteigert. Damit haben die Investitionsströme die Entwicklungshilfe als wichtigste Form ausländischen Kapitals abgelöst. Allerdings trifft dies nicht für die LDCs zu. Hier stellen Entwicklungshilfeszahlungen nach wie vor den wichtigsten externen Kapitalzuffluss dar. 1990 bekamen die LDCs auf diesem Wege 16,7 Milliarden US-Dollar, im Jahr 1999 11,6 Milliarden US-Dollar. Die entsprechenden Werte für DI-Zuflüsse sind 0,6 bzw. 4,4 Milliarden US-Dollar.<sup>230</sup> Nach IWF-Angaben betragen die Netto-API-Zuflüsse in Entwicklungsländer von 1995-2002 52,6 Milliarden US-Dollar und

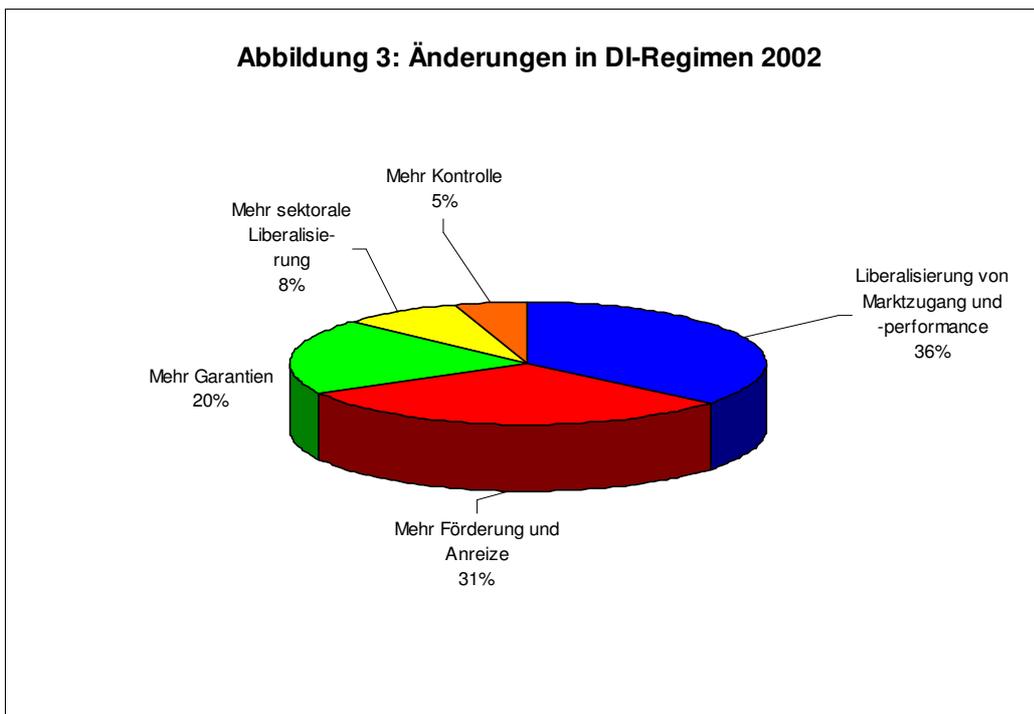
<sup>228</sup> BIP/von ausländischen Tochterfirmen erzeugte Bruttowertschöpfung, berechnet nach UNCTAD (2003), a.a.O., S. 3.

<sup>229</sup> UNCTAD (2003), a.a.O., S. 3.

<sup>230</sup> UNCTAD (2001), a.a.O., S. 30-33.

wurden damit im gleichen Zeitraum überaus deutlich von den DI übertroffen (988,3 Milliarden US-Dollar). Von 2000-2002 gab es sogar Netto-Abflüsse an API.<sup>231</sup> Die Weltbank gibt den Anteil von API an den Nettokapitalzuflüssen von 118 Entwicklungsländern von 1972-1998 mit lediglich 8% an (DI und Bankkredite je 20%), wobei es bemerkenswerterweise mit Ausnahme von Sub-Sahara-Afrika nur minimale regionale Unterschiede gibt.<sup>232</sup> Diese Zahlen belegen also auch hier einen deutlichen Strukturwandel hinsichtlich der Quelle der Kapitalzuflüsse.

Der in den 1980er-Jahren eingesetzte Trend der unilateralen Investitionsliberalisierung hält immer noch an und hat in den letzten Jahren sogar Höchstwerte erreicht. Im Jahr 2002 hatten 44% aller Regimeänderungen einen liberalisierenden Charakter, weil entweder sektoral oder auf die gesamte Volkswirtschaft bezogen der Marktzugang bzw. Marktbedingungen für DI erleichtert worden sind (siehe Abbildung 3). In 20% aller Fälle wurden Investitionsgarantien ausgeweitet; 31% aller Änderungen bezogen sich auf investitionsfördernde Maßnahmen (vor allem Investitionsanreize). Nur 5% aller Regimeänderungen zielten auf eine verstärkte Kontrolle von DI. Die UNCTAD zieht aus diesen Daten den Schluss, dass 95% aller Regimeänderungen liberalisierend waren.<sup>233</sup> Dies ist eine sehr fragwürdige Einstufung, denn Investitionsanreize stellen in der Theorie marktverzerrende Subventionen dar. Investitionsgarantien fördern zweifellos das Investitionsklima, sie stellen aber ebenfalls einen Eingriff in den freien Wettbewerb dar, weil sie nicht-kommerzielle Risiken absichern, die der Markt nicht abdeckt.



Quelle: UNCTAD (2003), a.a.O., S. 20-21.

<sup>231</sup> IWF (2003): World Economic Outlook, Public Debt in Emerging Markets, S. 219.

<sup>232</sup> Weltbank (2001): Global Development Finance 2001, S. 63.

Die bisherigen Daten geben noch keinen Aufschluss darüber, wie die DI-Ströme relativ zur ökonomischen Stärke eines Landes stehen. Dies misst der UNCTAD *Inward FDI Performance Index* (siehe Tabelle 6). Ein Wert von 1 bedeutet, dass ein Land genau so viel DI anzieht wie es seiner weltwirtschaftlichen Positionierung entspricht. Ein Wert von  $>1$  bedeutet überdurchschnittliche DI-Zuflüsse und ein Wert  $<1$  unterdurchschnittliche Zuflüsse. Im Folgenden werden die Werte für die 20 am höchsten und die 20 am niedrigsten eingestufteten Staaten aufgeführt. Für jedes Land ist zusätzlich jeweils die Einstufung im *Human Development Index* (vgl. II.1.5) aufgeführt. Dies wurde ausgewählt, um einen Vergleich mit dem Entwicklungsstand eines Landes zu ermöglichen. Der HDI 2002 basiert auf Werten von 1999 und 2000 und ist somit in etwa mit dem UNCTAD-Index vergleichbar. Allerdings sind erheblich mehr Staaten berücksichtigt (173).

---

<sup>233</sup> UNCTAD (2003), a.a.O., S. 20-21.

**Tabelle 6: UNCTAD Inward FDI Performance Index 1998-2000 (die 20 am höchsten und am niedrigsten eingestuften Staaten) sowie HDI-Einstufung 2002**

Rang	Staat	Wert 1998-2000	Rang HDI 2002	Rang	Staat	Wert 1998-2000	Rang HDI 2002
1	Belgien u. Luxemburg	13,8	10 <sup>1</sup>	121	Niger	0,1	172
2	Hong Kong, China	5,9	23	121	Bangladesch	0,1	145
3	Angola	5,1	161	121	Türkei	0,1	85
3	Irland	5,1	18	121	Haiti	0,1	146
5	Malta	4,6	30	121	Griechenland	0,1	24
6	Schweden	4,1	2	121	Libanon	0,1	75
7	Niederlande	3,3	8	121	Saudi-Arabien	0,1	71
7	Aserbaidshjan	3,3	88	121	Brunei	0,1	32
9	Nicaragua	3,1	118	121	Ruanda	0,1	162
10	Bolivien	3	114	121	Oman	0,1	78
11	Trinidad und Tobago	2,8	50	121	Japan	0,1	9
11	Dänemark	2,8	14	132	Kuwait	0	45
13	Tschechien	2,5	33	132	Nepal	0	142
13	Panama	2,5	57	132	Senegal	0	154
13	Armenien	2,5	76	132	Iran	0	98
16	Estland	2,3	42	136	Libyen	-0,1	64
16	Chile	2,3	38	136	Ver. Arab. Emirate	-0,1	46
18	Singapur	2,2	27	138	Indonesien	-0,6	110
18	Guayana	2,2	103	139	Jemen	-1	144
20	Vietnam	2,0	109	140	Surinam	-2	74

**Quelle:** Eigene Zusammenstellung nach UNCTAD (2002), a.a.O., S. 25-26; UNDP (2002): Human Development Report 2002, Deepening Democracy in a Fragmented World, S.149-152.

**Legende:**

<sup>1</sup> Mittelwert aus den Einstufungen Belgiens (4) und Luxemburg (16).

Zwar sind in der Tendenz mehr Industrie- als Entwicklungsländer unter den am höchsten 20 eingestuften Staaten zu finden als unter den 20 am niedrigsten eingestuften Staaten, aber eine genaue Betrachtung bringt interessante und überraschende Ergebnisse. Nur 7 der 20 am höchsten eingestuften Staaten finden sich unter den Top 30 des HDI 2002 wieder. Dabei handelt es sich ausnahmslos um Stadtstaaten oder um Staaten mit einer geringen Bevölkerungsanzahl und/oder einer geringen geografischen Größe. Dies deutet darauf hin, dass vor allem Länder mit kleinen Binnenmärkten in der Lage bzw. darauf angewiesen sind, überdurchschnittlich hohe DI-Zuflüsse anzulocken. Demgegenüber landen die USA auf Platz 74, direkt hinter Benin, Nigeria und Simbabwe. China als einer der größten DI-Empfänger hat nur einen leicht überdurchschnittlichen Index-Wert von 1,2 und liegt damit auf Rang 47.<sup>234</sup> 12 der Top 20 im *Inward Index* sind Entwicklungsländer bzw. zentral- und osteuropäische Transformationsländer. Die größte Überraschung ist sicherlich der 3. Platz Angolas, eines der ärmsten Länder der Welt. Dies liegt entscheidend an DI in den Ölsektor aufgrund der Stabilisierung der

<sup>234</sup> UNCTAD (2002), a.a.O., S. 25-26.

innenpolitischen Lage nach Beendigung des Bürgerkrieges.<sup>235</sup> Bei den am niedrigsten 20 eingestuften Staaten finden sich mit Japan und Griechenland zwei Industrieländer. Japans geringer Wert an DI erklärt sich aus der historisch restriktiven Haltung gegenüber DI (vgl. II.1.4). Mit Iran, Oman, Kuwait, Saudi-Arabien, Libyen und den Vereinigten Arabischen Emiraten finden sich außerdem eine Reihe von ölexportierenden Staaten unter den 20 am niedrigsten eingestuften Staaten. Hier spielen sicherlich kulturelle und religiöse Faktoren eine wichtige Rolle. Nur 7 der 20 Staaten fielen 2002 in die Kategorie „*Low Human Development*“ des UNDP.

DI sind in einem zunehmenden Maße von F+Ü dominiert. Obwohl der Anteil von F+Ü<sup>236</sup> an den DI bereits in den 1980er- und frühen 1990er-Jahren hoch war, ist seit Mitte der 1990er-Jahre ein dramatischer Anstieg zu verzeichnen (siehe Abbildung 4). Entfielen 1995 immerhin schon 42,9% aller DI auf F+Ü, so hat sich dieser Anteil auf geradezu unglaubliche 90% bzw. über eine Billion US-Dollar im Jahr 2000 gesteigert. Im Jahr 1999 betrug der Anteil in den Industrieländern 100% (!).<sup>237</sup> Der Rückgang der letzten Jahre ist vor allem auf den Rückgang bei den sog. Mega-Fusionen zurückzuführen. Im Zuge des weltweiten Einbruches der Aktienmärkte und damit verbundener Wertverluste der Unternehmen machte sich dies besonders bemerkbar bei den F+Ü, die per Aktientausch finanziert wurden. Im Schnitt betrug der F+Ü-Anteil zwischen 1995 und 2002 65,5%. Mit Ausnahme der LDCs, wo „*greenfield investment*“ dominiert, spielen F+Ü eine wichtige oder dominierende Rolle bei der Zusammensetzung der DI-Zuflüsse. Die jetzige Fusionswelle umfasst im Vergleich zu den 1980er-Jahren alle Wirtschaftssektoren (damals war vor allem der Industriesektor betroffen) und ist erheblich umfangreicher.

Was sind die Gründe für diese Entwicklung? Aus ökonomischer Sicht sind hier in erster Linie Größenvorteile („*economies of scale*“) zu nennen, die im Rahmen der Vergrößerung der Märkte durch die Globalisierung natürlich eine immer wichtigere Rolle spielen. Größe an sich wird zu einem immer wichtigeren Faktor für viele TNK, um gegen ökonomische Schocks besser gerüstet zu sein, Synergieeffekte auszuschöpfen und Marktmacht auf den internationalen Märkten aufzubauen und ausüben zu können. Weitere ökonomische Gründe liegen im Zugang zu technologischen und Forschungs- und Entwicklungskapazitäten, die leichter zugekauft als selbst aufgebaut werden können sowie im Abbau von Überkapazitäten. Rein kurzfristige Gründe wie das Abschöpfen von fusionsbedingten Aktienkursgewinnen spielen ebenfalls eine Rolle. Nicht selten ist der dominierende Grund einer Fusion oder Übernahme schlicht und ergreifend die Angst, selbst von einem Konkurrenten übernommen zu werden. Politische Gründe liegen in der beschriebenen Handels- und Investitionsliberalisierung seit mindestens den 1980er-Jahren, den Privatisierungsprogrammen in vielen Entwicklungsländern und den ost- und zentraleuropäischen Staaten, in der Liberalisierung der Finanzmärkte sowie in der Liberalisierung der Kartellgesetzgebung in einigen Staaten.<sup>238</sup>

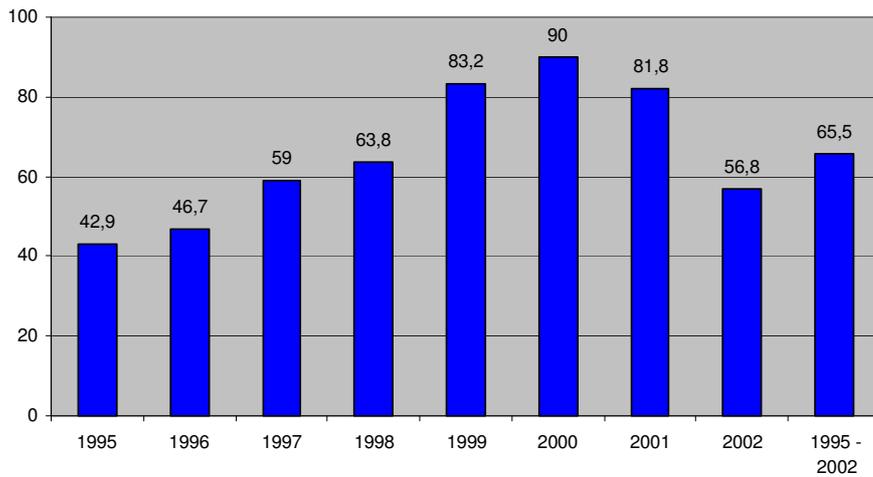
<sup>235</sup> Ebenda, S. 27.

<sup>236</sup> UNCTAD (2000a): World Investment Report 2000, Cross-border Mergers & Acquisitions and Development, S. 12.

<sup>237</sup> Die UNCTAD berücksichtigt ausschließlich mehrheitliche Übernahmen

<sup>238</sup> UNCTAD (1999a): World Investment Report 1999, Foreign Direct Investment and the Challenge of Development, S. 99-101.

**Abbildung 4: Anteil von Fusionen und Übernahmen an DI 1995-2002  
(in Prozent)**



Quelle: UNCTAD: World Investment Report (verschiedene Ausgaben)

Die organisatorischen Träger von DI sind die ca. 65.000 MNU. Auch innerhalb der MNU gibt es wie bei den Staaten eine starke Konzentration. Die 100 größten MNU hatten im Jahr 2000 einen Anteil von 11, 14 und 14% an den jeweils ausländischen Vermögenswerten, Umsätzen sowie an der Beschäftigung aller 65.000 MNU. Die Top 20 waren an 1/5 aller grenzüberschreitenden F+Ü zwischen 1987 und 2001 beteiligt (wenn der Transaktionswert zugrunde gelegt wird und nicht die Zahl aller F+Ü). Zwischen 1990 und 2000 konnten die Top 100 MNU ihre Gesamtumsätze von 3,2 Billionen US-Dollar auf 4,8 Billionen US-Dollar steigern; 50% davon entfielen 2000 auf Auslandsumsätze. 98 der Top 100 MNU stammen aus Industrieländern, lediglich je ein Konzern aus Venezuela und Malaysia war 2000 in dieser Gruppe vertreten.<sup>239</sup>

<sup>239</sup> UNCTAD (2002), a.a.O., S. 85-95.

## IV.2 Volkswirtschaftliche Auswirkungen von DI

„FDI is a weapon (one among many) in the economic arsenal of the empire in its overall strategy of control of the resources and markets of the south. ... All FDI is inherently problematic.“<sup>240</sup>

„Wird der Zustrom ausländischer Investitionen erleichtert, entstehen neue Arbeitsplätze, die Industrie wird effizienter und wettbewerbsfähiger, und das Angebot für Verbraucher und Verarbeiter auf dem Inlandsmarkt wird mit neuen und besseren Produkten bereichert.“<sup>241</sup>

Stärker können die Meinungen – erstere stammt von einem südafrikanischen Wissenschaftler und letztere vom ehemaligen Präsidenten der Internationalen Handelskammer (*International Chamber of Commerce*, im Folgenden ICC) – wohl kaum auseinander gehen über die Vor- und Nachteile von DI. Ohne eine Analyse der insbesondere volkswirtschaftlichen Auswirkungen von DI würde der Debatte um Sinnhaftigkeit und Ausgestaltung internationaler Investitionsverträge eine wichtige Grundlage fehlen.

Im Zentrum der Analyse stehen DI; im Rahmen der Zahlungsbilanzauswirkungen wird eine vergleichende Betrachtung der Volatilität unterschiedlicher Kapitalformen u.a. von DI und API vorgenommen. Da es zu den volkswirtschaftlichen Auswirkungen von DI eine äußerst voluminöse Literatur gibt, ist eine Eingrenzung erforderlich. Diese wird vor allem anhand der folgenden Kriterien vorgenommen: Bedeutung für die Volkswirtschaft und Relevanz für die Auseinandersetzung um internationale Investitionsverträge. Dafür sind zunächst die Auswirkungen auf zentrale volkswirtschaftliche Indikatoren wie Wachstum, Beschäftigung, Wettbewerb oder Lohnhöhe zu nennen, die für die Entscheidung über das „Ob“ von internationalen Investitionsverträgen eine Rolle spielen. Die Wachstumseffekte werden dabei am intensivsten analysiert. Mehr spezifische Punkte – das „Wie“ dieser Verträge – sind z.B. die Zahlungsbilanzauswirkungen von DI, die insbesondere bei den Transferbestimmungen eine Rolle spielen. Ein Punkt, der bisher unverdientermaßen eher am Rande behandelt wird, sind die sog. Transferpreise, die MNU in ihren internen Transaktionen anwenden. Hier ist zu prüfen, ob es tatsächlich manipulative Transferpreismethoden u.a. zur Steuervermeidung gibt. Die politischen Implikationen der Ergebnisse werden im Reformteil der Arbeit aufgegriffen.

Nach welchen Kriterien soll eine Analyse der Auswirkungen erfolgen? Für die einzelnen Felder muss sorgfältig nach den richtigen Determinanten und Indikatoren gesucht werden. So ist die Kapitalintensität von DI eine wichtige Determinante für die Beschäftigungswirkungen, das Import/Export-Verhältnis für Zahlungsbilanzauswirkungen und die Produktivität für Wachstumseffekte. Der Einfluss von DI auf den Konzentrationsgrad einer Branche ist ein guter, wenn auch nicht hinreichender Indikator für die Wettbewerbseffekte. Verzerrungen, die sich aus den Spezifika multinationaler Unternehmen ergeben, sind zu vermeiden. Dafür zwei Beispiele: DI finden typischerweise auf oligopolistischen Märkten statt. Würde jetzt ausschließlich die Marktstruktur als Kriterium für die Wettbewerbsauswirkungen herangezogen, so wäre ein falscher Schluss vorprogrammiert. Denn die DI sind *ceteris paribus* nicht Ursache, sondern Folge der Oligopolstruktur. Korrelation ist nicht Kausalität. Ein anderes Beispiel sind die

<sup>240</sup> Tandoon, Y. (2003): *The Role of Foreign Direct Investment in Development*, S. 1, 6.

Lohneffekte von DI. Größere Unternehmen zahlen durchschnittlich höhere Löhne als kleinere Unternehmen. Ebenfalls werden höher qualifizierte Beschäftigte in der Regel besser bezahlt als unqualifizierte Beschäftigte. Diese Faktoren gelten unabhängig vom Standort eines Unternehmens. Da aber MNU in der Regel größere Unternehmen sind und eher in Branchen aktiv sind, in denen der Anteil höher qualifizierter Beschäftigter größer ist, würde ein Vergleich mit inländischen Unternehmen ohne Berücksichtigung deren Größe und Branchenzugehörigkeit verzerrend wirken. Denn selbst wenn MNU in diesen Branchen nicht mehr Lohn zahlen würden als ihre inländischen Wettbewerber, wäre der MNU-Lohn höher als der von inländischen Unternehmen gezahlte Durchschnittslohn aller Branchen. Daher wurde – so gut es ging – versucht, diese Verzerrungen zu identifizieren und zu vermeiden. Studien, die dies nicht geleistet haben, wurden entweder nicht verwertet oder es wird explizit auf deren Schwäche hingewiesen. Ein Schwerpunkt wurde auf ökonometrische Studien gelegt, weil diese noch am ehesten in der Lage sind, die dargestellten Probleme zu vermeiden (vor allem durch eine sinnvolle Auswahl von abhängigen und unabhängigen Variablen).

Neben der empirischen Evidenz wird auch immer der theoretische Begründungszusammenhang hergestellt, um einen kontextlosen Empirizismus zu vermeiden. Die Untersuchung wird dadurch kompliziert, dass sich DI unterschiedlich auf Herkunfts- und Zielland sowie auf Industrie- und Entwicklungsländer auswirken können. Außerdem unterscheiden sich direkte und indirekte sowie statische und dynamische Effekte. Und schließlich kann auch eine globale Betrachtung in Ergänzung zu der Herkunfts-/Ziellandbetrachtung sinnvoll sein. Es ist nicht möglich und auch nicht sinnvoll, alle diese möglichen Ausdifferenzierungen bei jeder einzelnen volkswirtschaftlichen Auswirkung zu untersuchen. Als letzte Vorbemerkung sei mit *Dunning* darauf verwiesen, dass immer auch ein Vergleich mit der Ressourcenverwendung, die voraussichtlich ohne eine DI erfolgt wäre, gezogen werden sollte (Opportunitätskosten oder „*counterfactual*“). Er verdeutlicht dies an einem Beispiel über die Auswirkungen von US-DI auf britische Exporte. Deren diesbezüglicher Effekt besteht in den Exporten der US-Tochterfirmen in Großbritannien abzüglich der Exporte, die vorgenommen worden wären, wenn die US-Tochterfirmen nicht auf dem britischen Markt tätig gewesen wären.<sup>242</sup> Dies ist allerdings in vielen Fällen nicht leistbar bzw. würde auf eine reine Spekulation hinauslaufen. Wo dies sinnvoll ist, z.B. bei den Auswirkungen auf die Lohnhöhe und bei Transferpreismanipulation, wurde dieser Ansatz verfolgt.

#### IV.2.1 Wachstumseffekte

Wirtschaftliches Wachstum ist einer der zentralen Indikatoren der Volkswirtschaft. Wachstum ist gerade in Entwicklungsländern unumgänglich, um Erfolge bei der Armutsbekämpfung zu erzielen. Die Wachstumseffekte, die evtl. durch DI erzeugt werden, stehen in engen Wechselwirkungen mit anderen noch zu untersuchenden Wirkungsfeldern. Positive Wachstumseffekte würden z.B. zwangsläufig zu höheren Löhnen führen, weil die Nachfrage nach Arbeit steigt und damit deren Preis (empirisch ist festzustellen, dass in Ländern mit konstantem und signifikantem Wirtschaftswachstum auch das Lohnniveau steigt). Unter der Voraussetzung, dass die Wachstumsrate die Rate der Arbeitsproduktivität

<sup>241</sup> Maucher, H. (1998): Wo bleibt das Investitionsabkommen?

<sup>242</sup> Dunning, J.H. (1977a): Evaluating the Costs and Benefits of Multinational Enterprises to Host Countries: a Tool Kit Approach, in Dunning, J.H. (Hrsg., 2002a): The Selected Essays of John H. Dunning, II. Global Capitalism, FDI and Competitiveness, S. 200.

übersteigt, entstehen auch positive Beschäftigungseffekte. Aus der Wachstumstheorie sind die zwei grundsätzlichen Kanäle des Wirtschaftswachstums bekannt: zum einen eine bessere Auslastung der Produktionsfaktoren (höhere Faktorproduktivität, gemessen in Totaler Faktorproduktivität, TFP) und zum anderen eine Ausweitung der Produktionskapazitäten (Kapitalakkumulation z.B. durch Arbeitszeitverlängerung oder Erhöhung der Beschäftigungsquote). Auf welchem Wege das Wachstum erfolgt, ist mittel- bis langfristig keineswegs gleichgültig. *Krugman* verweist darauf, dass das Wachstum der südostasiatischen Staaten ähnlich wie das der Sowjetunion in den 1950er-Jahren im Wesentlichen auf einer Ausweitung der Produktionskapazitäten beruht und nicht auf einer Erhöhung der Faktorproduktivität.<sup>243</sup> Das Problem dabei ist, dass einer Ausweitung der Produktionskapazitäten zwangsläufig Grenzen gesetzt sind (z.B. können Arbeitszeit und Beschäftigungsquote nicht beliebig erhöht, erschöpfliche natürliche Ressourcen nicht unbegrenzt ausgebeutet werden). Dies gilt nicht bzw. nur in einem weit geringerem Ausmaß für die Erhöhung der TFP. Diese wird neben dem Bildungsniveau einer Gesellschaft vor allem durch den technologischen Fortschritt determiniert, dem kaum Grenzen gesetzt sind. Das Wachstum ist daher (im ökonomischen Sinne) umso nachhaltiger und stabiler, je stärker es durch eine Erhöhung der TFP bestimmt wird.

Die Fragen, die sich aus den vorherigen Ausführungen nun ergeben und die zunächst theoretisch und dann anhand einer Untersuchung der empirischen Evidenz zu beantworten versucht werden, sind die folgenden: Führen DI zu einer Ausweitung des Kapitalstocks bzw. zu einer Erhöhung der Faktorproduktivität? Gibt es neben dem direkten Beitrag ausländischer Unternehmen auch einen sog. *Spillover*-Effekt, d.h. einen durch DI induzierten positiven Produktivitätseffekt bei inländischen Unternehmen? Letzteres ist für die Analyse der Wachstumseffekte von DI sehr bedeutsam, weil der direkte Beitrag ausländischer Unternehmen zur Entwicklung eines Ziellandes natürlich durch deren Anteil am BIP bestimmt wird. Trotz klar zunehmender Tendenz ist dieser Anteil aber mit global betrachtet 10,7% (Anteil der Bruttowertschöpfung ausländischer Tochtergesellschaften am weltweiten BIP, vgl. IV.1.2) im Jahr 2002 immer noch relativ gering.

Es gibt bisher keinen Konsens hinsichtlich des Zusammenhanges zwischen DI und Wachstum. Während die Bretton-Woods-Organisationen und die OECD in teilweiser ideologischer Überhöhung einen klaren positiven Zusammenhang sehen („...*key ingredient for successful economic growth*...“<sup>244</sup>; „...*major determinant of economic growth*...“<sup>245</sup>), finden sich in der theoretischen und empirischen Literatur auch skeptische und sogar ablehnende Stimmen. In der Tendenz überwiegen aber die positiven Stimmen.

#### IV.2.1.1 Theorie

<sup>243</sup> Krugman, P. (1994): *The Myth of Asia's Miracle*, Foreign Affairs, November 1994. In diesem Aufsatz stellt Krugman die These auf, dass die südostasiatischen Staaten ungeachtet deren hohen Wachstumsraten auf lange Sicht gesehen nicht die Wirtschaftsleistung der USA erreichen werden, weil ihr Wachstum nicht auf einer Steigerung der TFP beruht, sondern auf Kapitalakkumulation. Krugman zieht dabei Parallelen zum hohen Wirtschaftswachstum der Sowjetunion in den 1950er-Jahren, das aber ebenfalls wg. der Fokussierung auf Kapitalakkumulation nicht konstant war.

<sup>244</sup> Aaron, C./Hadjimichael, B./Klein, M. (2001): *FDI and Poverty Reduction*, S. 2.

<sup>245</sup> OECD (1998): *Open Markets Matter – the Benefits of Trade and Investment Liberalisation*, S. 10. Diese Studie wurde von den OECD-Mitgliedsstaaten in Auftrag gegeben, als die OECD-Verhandlungen um einen multilateralen Investitionsvertrag ins Stocken gerieten und erstmals auch öffentlich auf Gegenwehr stießen. Nach eigenen Angaben ist das zentrale Ziel der Studie „...*to help*

DI erhöhen den **Kapitalstock**, wenn es sich um produktive realwirtschaftliche Investitionen handelt (*greenfield investment*). Dann werden der Produktivkraft eines Landes weitere Produktionskapazitäten hinzugefügt; es kommt zu Kapitalakkumulation. Dieser Effekt ist unstrittig. Er ergibt sich bereits aus der höheren Kapitalintensität ausländischer Unternehmen. Allerdings kann dieser Effekt konterkariert werden, wenn ausländische Unternehmen inländische Unternehmen vom Markt verdrängen.<sup>246</sup> DI können aber auch zu Kapitalstockerhöhung durch inländische Unternehmen führen. Dies ergibt sich dann, wenn es intensive Verknüpfungen („*linkages*“) mit der inländischen Wirtschaft gibt, die zu mehr Inlandsinvestitionen führen.<sup>247</sup> Wie dargestellt, dominieren heutzutage F+Ü die DI. Diese führen kurzfristig zu keiner Kapitalakkumulation, weil es sich nur um einen Eigentumswechsel handelt. Der Kapitalstock bleibt zunächst unverändert.

In Bezug auf die **Produktivität** ist anzunehmen, dass diese bei ausländischen Unternehmen höher ist. Die spätestens seit *Hymers* in der Direktinvestitionstheorie bekannten unternehmensspezifischen Wettbewerbsvorteile, die ausländische Unternehmen in die Lage versetzen, ihre zunächst einmal vor allem aufgrund der Unkenntnis der örtlichen Bedingungen vorhandenen Nachteile zu überwinden, lassen diesen Schluss zu. Auch die höhere Kapital- und F+E-Intensität ausländischer Unternehmen spricht für diese Hypothese.

Bezüglich der **spillovers** ergibt sich folgende Hypothese: Ausländische Unternehmen bringen neben ihrem Kapital neue Technologien, Managementmethoden und Know-how in das Land. Dieses wird von inländischen Unternehmen adaptiert und erhöht die Produktivität dieser Unternehmen und leistet damit einen Beitrag zum wirtschaftlichen Wachstum. Über folgende Kanäle kann es in der Theorie zu *Spillover*-Effekten kommen: Imitation, Wettbewerb, *Linkage* und Training. Inländische Unternehmen imitieren ausländische Technologie und Managementmethoden und können somit ihre Produktivität erhöhen. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass durch verschärfte internationale Schutzgesetze für geistiges Eigentum – insbesondere das TRIPS-Abkommen, das noch eingehend untersucht wird, vgl. V.2.4 – der Technologietransfer erschwert wird. Durch den Markteintritt ausländischer Unternehmen intensiviert sich der Wettbewerb – vorbehaltlich des Ausbleibens von Verdrängungseffekten und wettbewerbswidrigen Verhaltens – und inländische Unternehmen müssen ihre Effizienz steigern, um auf dem Markt bestehen zu können. Durch *linkages* mit inländischen Unternehmen sind MNU bereit, ihre Technologie an inländische Unternehmen zu transferieren. Auch dieser Effekt ist nicht eindeutig, da ein technologisch überlegenes Unternehmen nicht ohne weiteres auf diesen Wettbewerbsvorteil verzichten wird. Der vierte *Spillover*-Kanal – Training – ergibt sich dadurch, dass die neuen Technologien ein höheres Qualifizierungs- und Bildungsniveau der Arbeitnehmer (*human capital*) erfordern und inländische Unternehmen daher ihre Beschäftigten weiterbilden.<sup>248</sup>

#### IV.2.1.2 Empirische Evidenz

---

*governments better explain the clear net benefits of keeping markets open to international trade and investment...“*, ebenda, S. 9.

<sup>246</sup> Gallagher, K.P./Zarsky, L. (2004): Sustainable Industrial Development? The Performance of Mexico's FDI-led Integration Strategy, S. 17-18.

<sup>247</sup> Eine sehr intensive Diskussion von *linkages* findet sich in UNCTAD (2001), a.a.O., Teil II.

<sup>248</sup> Lensink, R./Morrisey, O. (2001): Foreign Direct Investment: Flows, Volatility and Growth, 2001, S. 3-4.

Zahlreiche Untersuchungen wurden zum Zusammenhang zwischen DI und Wachstum vorgenommen. 18 von ihnen sind in Tabelle 16 (siehe Anhang 3) unter Angabe der Autoren, des Untersuchungsgebietes und –zeitraums, der Methodologie und der wesentlichen Ergebnisse wiedergegeben. Es handelt sich dabei bis auf drei Ausnahmen um ökonometrische Studien. Es wurden nur Studien ausgewählt, die als (einzige oder eine) abhängige Variable die Pro-Kopf-Wachstumsrate des BIP bzw. in einem Fall BSP genommen haben, um die Vergleichbarkeit zu gewährleisten. Studien, die den Einfluss von DI auf *Spillover*-Effekte oder auf den Kapitalstock untersuchen, ohne auch den direkten Zusammenhang DI-Wachstum zu untersuchen, sind nicht in der Tabelle aufgeführt. Dennoch kommt diesen Untersuchungen in diesem Kontext eine Bedeutung zu, weshalb zunächst Kapitalstock- und *Spillover*-Evidenz dargestellt wird, bevor auf die eigentlichen Wachstumsstudien eingegangen wird.

Hinsichtlich des Beitrages von DI zum **Kapitalstock** ergeben sich in der Empirie noch die klarsten Ergebnisse. DI sind – wie Kapitalzuflüsse überhaupt – positiv korreliert mit inländischen Investitionen („*crowding-in*“). *Bosworth/Collins* haben in einer einflussreichen Untersuchung (Zeitraum 1979-1985, 61 Entwicklungsländer) herausgefunden, dass DI fast eine 1:1-Beziehung zu den Inlandsinvestitionen haben, d.h. ein Zuwachs der DI von 1% ist mit einem entsprechenden Zuwachs der Inlandsinvestitionen von 1% korreliert.<sup>249</sup> Die Weltbank hat die *Bosworth/Collins*-Studie mit einer größeren Stichprobe (mehr erfasste Länder und ein auf 1972–1998 verlängerter Untersuchungszeitraum) wiederholt und im Gegensatz zu *Bosworth/Collins* zwei unterschiedliche Zeiträume untersucht (1970-1989 und 1990-1998). Das Ergebnis ist überraschend, weil es zu großen Unterschieden zwischen den untersuchten Zeiträumen gekommen ist. In den 1990er-Jahren hat es einen dramatischen Rückgang in der Korrelation zwischen DI und inländischen Investitionen gegeben. Von 1970-1989 war ein DI-Zufluss in Höhe von 1% des BIP noch mit einem entsprechenden Anstieg der Inlandsinvestitionen um fast 2% des BIP korreliert, zwischen 1990 und 1998 lag dieser Wert nur noch bei 0,75%.<sup>250</sup> Die Weltbank führt dies auf den wachsenden Anteil von F+Ü in den 1990er-Jahren zurück, die im Gegensatz zu *greenfield investment* keinen unmittelbaren positiven Beitrag zum Wachstum des Kapitalstocks leisten.<sup>251</sup> Es gibt auch Evidenz für unterschiedliche Auswirkungen je nach Kontinent. *Agosin* hat für die Periode 1970-1997 herausgefunden, dass DI einen starken *Crowding-in*-Effekt in Asien hatten, aber einen starken „*Crowding-out*“-Effekt (Verdrängung inländischer Investitionen) in Lateinamerika, während es in Afrika keinen signifikanten Effekt gab.<sup>252</sup> Davon einmal abgesehen ist es wichtig zu betonen, dass es sich bei den Ergebnissen um Korrelationen handelt und nicht um einen Kausalzusammenhang zwischen aus- und inländischen Investitionen.

Die empirische Evidenz bzgl. eines positiven *Spillover*-Effektes ist gemischt. In einem neueren Literaturreview kommen *Gallagher/Zarsky* zu dem Ergebnis, dass von 11 untersuchten Studien nur drei eine klare Evidenz für *spillovers* feststellten, zwei dies explizit verneinten und sechs zu dem Ergebnis kamen, dass dies von den nationalen ökonomischen und politischen Bedingungen abhängt.<sup>253</sup> *Penalver* hält

<sup>249</sup> Bosworth, B.P./Collins, S.M. (1999): Capital Flows to Developing Economies: Implications for Savings and Investment, S. 143-169.

<sup>250</sup> Weltbank (2001): Global Development Finance 2001, S. 63.

<sup>251</sup> Ebenda, S. 62.

<sup>252</sup> Agosin, M.R./Mayer, R. (2000): Foreign Investment in Developing Countries, Does it Crowd in Domestic Investment?

<sup>253</sup> Gallagher/Zarsky, a.a.O., S. 13-16.

unter Berufung auf die Weltbank die Absorptionsfähigkeit eines Staates (Bildungsniveau, politische Stabilität, Infrastruktur, Geschäftsklima) für entscheidend, ob es zu DI-induzierten *spillovers* kommt oder nicht.<sup>254</sup> *Nunnenkamp* vertritt die gleiche These und verweist auf die technologische Rückständigkeit der Unternehmen in den ärmsten Entwicklungsländern, die *Spillover*-Effekte erschweren.<sup>255</sup> *Görg/Greenaway* führen die auch von ihnen festgestellte Diskrepanz zwischen Theorie und empirischer Evidenz u.a. darauf zurück, dass die meisten Studien methodisch problematisch sind. Bei den allermeisten Untersuchungen handele es sich um Querschnittsuntersuchungen („*cross-section-studies*“), die branchen- und häufig auch länderübergreifend angelegt sind. Diese seien anfälliger für Verzerrungen, weil sich MNU häufig in produktiveren Branchen niederließen. Dadurch steige natürlich die Gesamtproduktivität der gesamten Volkswirtschaft, obwohl die Direktinvestition nicht zwingend eine höhere Produktivität für die Branche erbringen würde, in der sich das Unternehmen niedergelassen hat. *Görg/Greenaway* halten daher Studien auf Firmen- oder Betriebsebene für sinnvoller, um diese Verzerrungen zu vermeiden.<sup>256</sup> Ähnlich argumentiert auch *Hanson*.<sup>257</sup> Eine klar positive Einschätzung nehmen *Aaron et al.* in einem Literaturreview vor, ohne allerdings auf die unterschiedlichen Methoden einzugehen.<sup>258</sup>

Ähnlich der *Spillover*-Ergebnisse gibt es auch kein klares Ergebnis bzgl. des direkten Zusammenhanges zwischen DI und Wachstum. Von den 18 dargestellten Untersuchungen und Literaturreviews kommen nur drei – *Lensink/Morrissey*, *Arena* und *Alguacil et al.* – zu einem uneingeschränkt positiven Ergebnis.<sup>259</sup> Zweimal – *te Velde* und *Carkovic/Levine* – wurde kein positiver Wachstumseffekt festgestellt, auch nicht im Zusammenwirken mit anderen Variablen wie Bildungsniveau etc.<sup>260</sup> Die weitaus meisten Untersuchungen (13) kommen zu einem differenzierten Ergebnis, weil sie entweder einen positiven Zusammenhang von dem Vorliegen bestimmter Voraussetzungen im Zielland abhängig machen oder die Kausalität anzweifeln. Auffällig ist auch hier, dass die neueren Studien in der Tendenz eher zu skeptischeren Ergebnissen kommen. Die Mehrheitsantwort der Studien auf die Frage „Führen DI zu Wachstum?“ lautet somit: „Ja, wenn...“

Ein autonomer Wachstumseffekt – in diesem Sinne ein nicht konditionalisierter, von Bedingungen im Zielland unabhängiger signifikant positiver Einfluss von DI auf Wachstum – wird von einer deutlichen Mehrheit abgelehnt. Es besteht allerdings Uneinigkeit, welche Faktoren entscheidend sind. Häufig

<sup>254</sup> Penalver, M. (2002): *Globalization, FDI and Growth: A Regional and Country Perspective*, S. 17. Diese Studie ist nicht in der Tabelle aufgeführt, weil sie sich nicht auf den direkten Zusammenhang zwischen DI und Wachstum bezieht.

<sup>255</sup> Nunnenkamp, P. (2002a): *To What Extent Can Foreign Direct Investment Help Achieve International Development Goals?*, S. 30-32.

<sup>256</sup> Görg, D./Greenaway, D. (2001): *Foreign Direct Investment and Intra-Industry Spillovers*, S. 14. Die Autoren präsentieren eine Tabelle mit insgesamt 33 (!) Studien, die sich mit *spillovers* beschäftigen. Davon kommen 14 zu einem positiven, fünf zu einem negativen und 14 zu einem gemischten Ergebnis. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich die 14 positiven Ergebnisse nur auf 7 verschiedene Länder beziehen (allein 5 positive Ergebnisse betreffen Mexiko), während die fünf negativen Ergebnisse sich auch auf fünf unterschiedliche Länder beziehen. Die 14 gemischten Ergebnisse betreffen 14 unterschiedliche Staaten (wobei im Unterschied zu den Studien mit den positiven Ergebnissen in einem Fall sieben Staaten untersucht worden sind). Weiterhin ist interessant, dass von den 14 im Jahr 2001 oder später veröffentlichten Studien nur zwei *spillover*-Effekte festgestellt haben. vgl. ebenda, S. 5.

<sup>257</sup> Hanson, G.H. (2001): *Should Countries Promote Foreign Direct Investment?*, S. 13-14.

<sup>258</sup> Aaron et al., a.a.O.

<sup>259</sup> *Lensink/Morrissey*, a.a.O.; *Arena*, M. (2002): *Foreign Direct Investment, Economic Growth and the Sources of Growth: Is There Evidence of a Causal Link for Developing Countries?*; *Alguacil, M. T./Cuadros, A./Orts, V.* (2004): *Openness and Growth: Re-Examining Foreign Direct Investment, Trade and Output Linkages in Latin America*, S. 167-192.

<sup>260</sup> *te Velde, D.W.* (2003): *Foreign Direct Investment and Development: the Case of Bolivia*; *Carkovic, M./Levine, R.* (2002): *Does Foreign Direct Investment Accelerate Economic Growth?* Letztere argumentieren genau wie *Görg/Greenaway* (2001), a.a.O., dass länder- und branchenübergreifende Querschnittsstudien ungeeignet für die Ermittlung der Wachstumseffekte von DI sind.

wurde der Offenheitsgrad eines Landes ermittelt (Anteil der Summe von Ex- und Importen am BIP)<sup>261</sup>. Dies kann damit erklärt werden, dass der Exportsektor generell produktiver ist, so dass sich dort ansiedelnde MNU stärker zum Wachstum beitragen können. *Borenszstein et al.* haben einen signifikanten Wachstumseffekt dann herausgefunden, wenn das betreffende Land einen bestimmten Schwellenwert an Humankapital (Bildungsniveau) erreicht hat. Weniger als ein Drittel der Länder in seiner Stichprobe konnten diese Bedingung erfüllen.<sup>262</sup> Das theoretische Argument für dieses Ergebnis ist wie bei den *spillovers* die Notwendigkeit, die überlegene Technologie auch tatsächlich anwenden zu können. Reicht dafür das Bildungsniveau der Beschäftigten nicht aus, kann dies nicht oder nicht zufriedenstellend erfolgen, Wachstumseffekte bleiben aus. Eine Untersuchung der UNCTAD, die sich auf über 100 Entwicklungsländer bezieht, hat ebenfalls ein bestimmtes Bildungsniveau zur Voraussetzung für DI-bedingte Wachstumseffekte ermittelt.<sup>263</sup> Ein ähnlich gelagertes Argument ist, dass „*the least developed countries may learn little from the multinationals, because local firms are too far behind in their technological levels to be either imitators or suppliers to the multinationals.*“<sup>264</sup> Weitere Voraussetzungen, die in einzelnen Studien ermittelt worden sind, sind Höhe der inländischen Investitionen und Anteil des privaten Sektors<sup>265</sup>, Grad der Komplementarität und Substituierbarkeit zwischen DI und inländischen Investitionen<sup>266</sup> sowie Marktgröße und Wettbewerbsstruktur<sup>267</sup>.

Das Verhältnis zwischen DI und **TFP-Wachstum**, das Rückschlüsse über den Beitrag von MNU zu einem stabileren Wachstum liefern könnte, wurde bisher nur selten getestet. *Haddad/Harrison*<sup>268</sup> haben ebenso wie *Carkovic/Levine* keinen positiven Einfluss gefunden<sup>269</sup>, *de Mello* nur einen schwach positiven Effekt für die OECD-Staaten.<sup>270</sup> *Djankov/Hoekman* haben herausgefunden, dass das TFP-Wachstum höher ist in Firmen mit ausländischer Beteiligung; Know-how-*spillovers* verlangen ein Mindestmaß an technologischer Kapazität in den inländischen Unternehmen.<sup>271</sup>

Bisher wurde der Kausalzusammenhang fast immer nur in eine Richtung getestet: Führen DI zu Wachstum oder nicht? Einige wenige Studien haben untersucht, ob es nicht auch eine wechselseitige Kausalität bzw. Umkehrkausalität gibt. DI befördern das Wachstum wegen der dargestellten Kapitalstock- und *Spillover*-Effekte, aber andersherum zieht ein hohes Wirtschaftswachstum in einem interessanten Markt DI an, die sonst nicht erfolgt wären. Beide Faktoren beeinflussen sich dann gegenseitig positiv. *Moudatsou* hat mit einer solchen Methodologie (Untersuchungszeitraum 1970-1999) festgestellt, dass in neun EU-Staaten DI zu Wachstum geführt haben, während es in vier

<sup>261</sup> Marino, A. (2000: The Impact of FDI on Developing Countries Growth: Trade Policy Matters; Nair-Reichert, U./Weinhold, D. (2001): Causality Tests for Cross-Country Panels: New Look at FDI and Economic Growth in Developing Countries, S. 153-171; Balasubramanyam, V.N./Salisu, M./Sapsford, D. (1996): Foreign Direct Investment and Growth in EP and IS Countries, S. 92-105.

<sup>262</sup> Borenszstein, E./de Gregorio, J./Lee, J.-W. (1998): How Does Foreign Direct Investment Affect Economic Growth?, S. 115-135.

<sup>263</sup> UNCTAD (1999a), a.a.O., S. 331-343.

<sup>264</sup> Ebenda, S. 330.

<sup>265</sup> Letzteres ermittelt durch den Anteil der in der Privatwirtschaft Beschäftigten sowie der selbständigen Unternehmer an allen Beschäftigten, vgl. Buckley, P./Clegg, J./Cross, A.R./Wang, C. (2002): FDI, Regional Differences and Economic Growth: Panel Data Evidence from China, S. 1-28.

<sup>266</sup> de Mello, Jr. (1999): Foreign Direct Investment-led Growth: Evidence from Time Series and Panel Data, S. 133-151.

<sup>267</sup> Balasubramanyam, V.N./Salisu, M./Sapsford, D. (1999): Foreign Direct Investment as an Engine of Growth, S. 27-40.

<sup>268</sup> Zitiert nach Aaron et al., a.a.O., S. 36.

<sup>269</sup> Carkovic/Levine, a.a.O.

<sup>270</sup> de Mello, a.a.O.

<sup>271</sup> Aaron et al. a.a.O., S. 36.

Staaten genau umgekehrt war.<sup>272</sup> *Shan et al.* haben für China – wo aufgrund des riesigen Marktes und des starken und konstanten Wachstums auch theoretisch viel für eine solche Hypothese spricht – eine wechselseitige Kausalität festgestellt<sup>273</sup>; *Buckley et al.* haben ebenfalls für China ermittelt, dass DI nur in den ökonomisch stärkeren Provinzen zu Wachstum führt.<sup>274</sup> *Rodrik* dreht das Kausalverhältnis zwischen DI und Wachstum sogar komplett um: „*Much, if not most, of the correlation between the presence of DFI (Direct Foreign Investment, der Autor) and superior performance seems to be driven by reverse causality: multinational enterprises tend to locate in the more productive and profitable economies...*“<sup>275</sup> Demnach lassen sich DI auch durch Investitionen anderer Konzerne, häufig in aufstrebenden und schnell wachsenden Märkten, erklären. Wäre auch in den anderen Studien das Kausalverhältnis in der umgekehrten Richtung getestet worden, hätten die Ergebnisse womöglich noch schwächere Bestätigung für einen positiven DI/Wachstumszusammenhang geliefert.

#### IV.2.1.3 Zusammenfassende Bewertung

Der Einfluss von DI auf wirtschaftliches Wachstum ist insoweit insgesamt mit Skepsis zu betrachten, weil es kaum Belege für einen autonomen Wachstumseffekt gibt. Obwohl es in der Theorie gute Argumente für eine entsprechende positive Beziehung gibt, liefert die Empirie nur gemischte Ergebnisse, die keinen klaren Beleg weder für DI-induzierte *spillovers* noch DI-induziertes Wachstum erbringen. Dafür könnte es im Wesentlichen vier Gründe geben:

- Die dramatisch steigende Bedeutung von F+Ü an DI schwächt Wachstumseffekte durch einen geringeren Beitrag zum Kapitalstock und womöglich auch durch schwächere bzw. zeitlich verzögerte Produktivitätseffekte ab. Dieser Trend in der Struktur der DI wird in fast allen Untersuchungen überhaupt nicht zur Kenntnis genommen.
- DI führen zu höheren Verdrängungseffekten durch wettbewerbswidriges Verhalten als allgemein angenommen.
- Die Kausalität verläuft umgekehrt oder beidseitig.
- Der Anteil der DI am BIP ist insgesamt zu gering.

Es spricht viel für die Annahme, dass ein positiver Zusammenhang von ökonomischen und politischen Faktoren im Zielland abhängig ist, wobei es keinen Konsens darüber gibt, welche Faktoren dies genau sind. Zu vermuten ist, dass angesichts der unter III.2 dargestellten Bedeutung von Institutionen für das Wirtschaftswachstum auch diesem Faktor eine wichtige Rolle zukommen könnte. Leider ist bis auf eine Ausnahme – *Borenszstein et al.* – in keiner der ausgewählten Studien die institutionelle Qualität als eine weitere erklärende Variable für wirtschaftliches Wachstum in die Untersuchung aufgenommen worden.

Deutlich ist auch, dass mehr und bessere empirische Forschung notwendig ist. Es gilt, die länderspezifischen Faktoren besser zu isolieren. Mehr mikroökonomische Forschung auf Unternehmensebene ist erforderlich; Querschnittsstudien müssen länderspezifische Verzerrungen vermeiden, um zu wirklich

<sup>272</sup> Moudatsou, A. (2003): Foreign Direct Investment and Economic Growth in the European Union, S. 689-707.

<sup>273</sup> Shan, J./Sun, F./Tian, G.G. (1997): The FDI-led Growth Hypothesis: Further Econometric Evidence from China.

<sup>274</sup> Buckley et al., a.a.O.

aussagefähigen Ergebnissen zu kommen. TFP und vor allem der Kausalitätszusammenhang müssen intensiver erforscht werden. Die Empirie – insbesondere die Ökonometrie – ist gefordert, die großen Forschungslücken in der Zukunft zu schließen und ihre Methoden zu verbessern.

## IV.2.2 Beschäftigungseffekte

Die Beschäftigungseffekte von DI sind ein viel diskutiertes und politisch sensibles Thema. Investitionsanreize werden von öffentlichen Körperschaften an Unternehmen in der Hoffnung gezahlt, dass diese neue Arbeitsplätze schaffen und in strukturschwachen Regionen die Arbeitslosigkeit reduzieren. Auf der anderen Seite gibt es immer wieder Debatten um eine Verlagerung von Produktionsstätten und damit von Arbeitsplätzen aus Industrieländern in sog. Billiglohnländer (Delokalisierung). Im Mittelpunkt der folgenden Ausführungen stehen die quantitativen Beschäftigungseffekte von DI. Die Auswirkungen auf die Lohnhöhe werden unter IV.2.3 dargestellt.

Die Beschäftigungsauswirkungen von DI sind äußerst komplex und vielschichtig. Während bei den meisten Wirkungsfeldern die Effekte für das Zielland analysiert worden sind, stehen hier Ziel- und Herkunftsland im Mittelpunkt. DI beeinflussen den Arbeitsmarkt im Zielland, aber durch Produktionsverlagerungen kann auch das Herkunftsland betroffen sein. Die Beschäftigungseffekte können sich auch deutlich unterscheiden, je nachdem, ob eine kurz- oder langfristige Beobachtungsperiode gewählt wird. Z.B. gehen häufig nach F+Ü Arbeitsplätze durch Rationalisierungen verloren, langfristig können aber neue Arbeitsplätze durch eine verbesserte Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens entstehen. DI können sich direkt auf Arbeitsplätze auswirken z.B. durch den Aufbau neuer Produktionskapazitäten oder indirekt z.B. durch *linkages* mit der nationalen Volkswirtschaft des Ziellandes. Die Ergebnisse können sich auch stark je nach Beobachtungsaggregat unterscheiden. So kann eine mikroökonomische Untersuchung zum Ergebnis kommen, dass in einer Tochterfirma eines MNU die Beschäftigungszahl gestiegen ist, während eine Untersuchung auf Branchenebene zu negativen Beschäftigungswirkungen führen kann, z.B. weil die Tochterfirma inländische Unternehmen vom Markt gedrängt hat. Eine Schlüsselfrage ist auch, ob DI inländische Investitionen bzw. Exporte verdrängen oder ergänzen. All diese Punkte machen es notwendig, neben der Unterscheidung zwischen Theorie und empirischer Evidenz auch eine Unterscheidung zwischen direkten und indirekten Beschäftigungseffekten vorzunehmen, wobei es natürlich Überschneidungen zwischen beiden Bereichen gibt. Dies alles wirft große methodische Probleme auf. Wie sollen z.B. die indirekten Effekte genau festgestellt werden? Arbeitsmarktstatistiken sind häufig national unterschiedlich, Daten über Beschäftigung von MNU werden in vielen Staaten nicht getrennt von der Beschäftigung inländischer Unternehmen erhoben.

### IV.2.2.1 Theorie

Die Beschäftigungswirkungen von DI werden von zahlreichen Faktoren bestimmt: Art des Markteintrittes (*greenfield investment* oder F+Ü), Branche, Motivation der DI (z.B. Kosten- oder Marktorientierung), Wirtschaftssektor, Nationalität des Investors, Technologieintensität etc. Sehr wichtig sind auch Arbeitsmarktstruktur und –politik der jeweiligen Volkswirtschaft sowie die

<sup>275</sup> Rodrik, D. (1999): *The New Global Economy and Developing Countries: Making Openness Work*, S. 37.

makroökonomischen Gegebenheiten und das institutionelle Regelwerk.<sup>276</sup>

### a.) Direkte Effekte

Auf der mikroökonomischen Ebene wird jede DI – abgesehen von F+Ü – zu einer erhöhten Arbeitsnachfrage im Zielland führen. Die Erhöhung des Kapitalstocks durch neue oder erweiterte Produktionskapazitäten erfordert grundsätzlich eine Ausweitung der Beschäftigung. Allerdings kann dieser Effekt durch eine erhöhte Produktivität konterkariert werden. Wenn nämlich die Ausweitung der Produktion im Wesentlichen durch bessere Technologie und höhere Kapitalintensität erfolgt, können die Beschäftigungsauswirkungen neutral oder sogar negativ sein. Die direkten Arbeitsmarkteffekte von F+Ü sind bestenfalls neutral. Zunächst handelt es sich nur um einen Eigentümerwechsel, der keinen Beitrag zum Kapitalstock leistet. Je nach Motivation für eine Fusion oder Übernahme ist damit zu rechnen, dass durch Rationalisierungen Synergieeffekte erzielt werden, z.B. durch die Einsparung von Funktionen und Posten, die in beiden Unternehmen vorhanden sind. Ein positiver direkter Effekt kann nur in einer Situation eintreten, wo ein Einstieg eines ausländischen Investors die letzte Rettung für ein vom Konkurs bedrohtes Unternehmen bedeutet. Dies dürfte die Ausnahme sein; Beispiele dafür sind Privatisierungen ehemaliger Staatsbetriebe in Ost- und Mitteleuropa sowie die „fire sales“ in den von der Finanzkrise betroffenen Staaten Südostasiens.

Die Delokalisierungsdebatte hat neue Nahrung durch behauptete Abwanderungen US-amerikanischer Unternehmen nach Mexiko im Rahmen der NAFTA sowie durch die Osterweiterung der Europäischen Union bekommen.<sup>277</sup> Das zentrale Argument ist, dass Unternehmen aus Kostengründen im Ausland investierten und damit Arbeitsplätze im Heimatland exportierten und substanziiell zu einer weiteren Erhöhung der Arbeitslosigkeit beitragen würden. Außerdem könne mit der Drohung einer Produktionsverlagerung Druck auf Gewerkschaften und Beschäftigte ausgeübt werden, Lohnzurückhaltung zu üben bzw. sogar Lohnneinbußen hinzunehmen. Theoretisch ist dem folgendes entgegenzuhalten: Es wurde schon mehrfach darauf hingewiesen, dass Kostengründe nur eines von mehreren möglichen Investitionsmotiven darstellen. Gerade DI in China dürften weit überwiegend dem starken Marktwachstum geschuldet sein. Diese DI führen nicht zu einer Verlagerung von Arbeitsplätzen. Überhaupt sind bei kostenmotivierten DI nicht unbedingt die Lohnkosten der entscheidende Indikator, sondern die Lohnstückkosten. Hier sind die globalen Unterschiede deutlich geringer.<sup>278</sup> Weiterhin lassen bestimmte Wirtschaftsbranchen eine Verlagerung überhaupt nicht zu. Offensichtlich ist dies bei der Landwirtschaft. Aber auch bei den ökonomisch erheblich bedeutungsvolleren Dienstleistungen ist in vielen Bereichen eine Ortsgebundenheit und Kundennähe – hingewiesen sei nur auf Bank- oder Versicherungsdienstleistungen – unverzichtbar. Außerdem sind die dynamischen Effekte zu bedenken. Ein Billiglohnland von heute kann in 20 Jahren das Lohnniveau eines Schwellenlandes erreichen.

<sup>276</sup> UNCTAD (1994): World Investment Report 1994, Transnational Corporations, Employment and the Workplace, S. 166-168; Alter, R. (1995): Overview on Analytical and Economic Policy Issues, in OECD (Hrsg., 1995): Foreign Direct Investment, Trade and Employment, S. 10; Lall, S. (1995): Employment and Foreign Investment: Policy Options for Developing Countries, S. 521-540.

<sup>277</sup> Zum Zeitpunkt des Abfassens dieses Kapitels wurde im ZDF „heute-journal“ vom 15.3.04 ein Bericht über die Abwanderung deutscher Unternehmen nach Osteuropa ausgestrahlt. Dieser Bericht vermittelte anhand von Einzelbeispielen den Eindruck einer substanziiellen Verlagerung von ostdeutschen Industriebetrieben über die Grenze nach Polen oder in die Tschechische Republik.

<sup>278</sup> OECD (1998), a.a.O., S. 59.

Angesichts nur noch schwach steigender Reallöhne in den Industrieländern nähern sich dann die globalen Lohnunterschiede an und Anreize für Produktionsverlagerungen verringern sich. Zu bedenken ist im Übrigen auch, dass sich bei einer angenommenen Bejahung der Verlagerungshypothese die Beschäftigungsbilanz im globalen Maßstab nicht verschlechtert. Die soziale Lage dürfte sich sogar positiv entwickeln, da ein in einem Entwicklungsland geschaffener Arbeitsplatz die Armut stärker reduziert als ein in einem Industrieland verloren gegangener Arbeitsplatz diese erhöht.

## b.) Indirekte Effekte

Im Mittelpunkt der bisher durchaus intensiv geführten Diskussion über die indirekten Beschäftigungseffekte von DI stehen die Fragen, ob DI-Abflüsse Inlandsinvestitionen bzw. Exporte ersetzen oder ergänzen. Beschäftigungswirkungen stehen hier nicht im Zentrum der Analyse. Bei einem Substitutionseffekt werden aber negative, bei einem Komplementäreffekt positive Arbeitsmarktauswirkungen auf das Heimatland des Investors angenommen. Für die Frage der Investitionssubstitution hat *Caves* drei verschiedene Fälle unterschieden: Im „*classical case*“ führt ein DI-*outflow* dazu, dass der nationale Kapitalstock des Heimatstaates des Investors um genau die Menge reduziert wird, um die der Kapitalstock des Ziellandes erhöht wird. Dies war lange Zeit aufgrund der Dominanz der neoklassischen Zinssatz- und Kapitaltheorie die gängige Erklärung (vgl. III.1.1.1). Beim „*reverse-classical case*“ bleibt ebenfalls der weltweite Kapitalstock gleich. Im Unterschied zum „*classical case*“ wird aber der Kapitalstock beider Länder nicht verändert, weil im Heimatstaat ein inländisches Unternehmen die durch die DI angenommene Investitionslücke schließt bzw. im Zielland ein Investitionsprojekt eines inländischen Unternehmens durch die DI verdrängt wird. Mittlerweile hat sich der „*anticlassical case*“ durchgesetzt. Demnach berührt eine DI weder die Investitionstätigkeit im Heimatstaat noch wird ein inländisches Unternehmen im Zielland verdrängt. Folglich steigt der weltweite Kapitalstock durch die DI.<sup>279</sup> Bei der Exportsubstitutionsfrage spricht in der Theorie ebenfalls viel für ein Komplementärverhältnis. Eine DI, die anfangs Exporte ersetzt, kann dies dadurch wieder ausgleichen, dass der neue Produktionsstandort mit Zwischenprodukten beliefert werden muss (Intra-Handel), und dass durch die Marktpräsenz Informationskosten gesenkt werden können und ein besseres Vertriebssystem aufgebaut werden kann.<sup>280</sup>

Ein weiterer indirekter, in diesem Fall unbestritten positiver Zusammenhang betrifft die bereits bei den Wachstumsauswirkungen dargestellten *linkages* mit der nationalen Volkswirtschaft. Weniger klar sind hingegen die Beschäftigungsauswirkungen einer erhöhten Wettbewerbsfähigkeit. Gerade bei F+Ü, aber auch bei Verlagerungsinvestitionen wird häufig das Argument angeführt, dass sich kurzfristige Arbeitsplatzverluste mittel- bis langfristig durch eine erhöhte internationale Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens kompensieren ließen.<sup>281</sup> Bei F+Ü ist schon die Annahme einer verbesserten internationalen Wettbewerbsfähigkeit kritisch zu hinterfragen, weil gerade große Unternehmen eher als innovationsschwach gelten. Die erhofften Gewinnsteigerungen lassen sich in höchstens der Hälfte der

<sup>279</sup> Caves, R.E. (1996): *Multinational Enterprise and Economic Analysis*, S. 115-118.

<sup>280</sup> Ebenda, S. 118-119.

<sup>281</sup> Hamill, J. (1993): *Cross-border Mergers, Acquisitions and Strategic Alliances*, in Bailey, P./Parisotto, A./Renshaw, G. (Hrsg., 1993): *Multinationals and Employment – the Global Economy of the 1990s*, S. 112-118.

Fälle realisieren.<sup>282</sup> Eine verbesserte Produktivität ist nicht in jedem Fall mit positiven Arbeitsmarkteffekten verbunden wegen der schon dargestellten Möglichkeit eines technologiebasierten, kapitalintensiven Wachstums. Außerdem darf nicht übersehen werden, dass der größte Vorteil einer verbesserten Wettbewerbsfähigkeit – ein besserer Schutz gegen Marktrisiken, der die Wahrscheinlichkeit von Insolvenz und Konkurs sinken lässt – nicht bzw. nur in einem reduzierten Ausmaß denjenigen Unternehmen zugutekommt, die ihn am dringendsten benötigen: kleinen und mittleren Unternehmen. Denn die überwiegenden Träger von DI sind größere MNU, vor allem was grenzüberschreitende F+Ü angeht. Negative indirekte Auswirkungen können sich außerdem durch wettbewerbswidrige Verhaltensweisen von MNU auf den Auslandsmärkten ergeben. Durch Verdrängung von alteingesessenen, möglicherweise deutlich arbeitsintensiveren Unternehmen können Arbeitsplätze verloren gehen. Näher untersucht wird dies bei den Wettbewerbsauswirkungen von DI.

### IV.2.2.2 Empirie

#### a.) Direkte Effekte

Als globaler Indikator der Beschäftigungseffekte von DI wird häufig die Zahl der Beschäftigten in MNU gewählt. Dies ist aber ungemessen und würde die Ergebnisse zu positiv ausfallen lassen. Denn da ein MNU breit definiert wird als ein Unternehmen, das in mind. zwei Volkswirtschaften tätig ist, können auch Unternehmen diesen Status bekommen, die zu 99% auf dem traditionellen Heimatmarkt tätig sind. Deren Beschäftigungszahlen haben dann so gut wie keinen Zusammenhang mit DI. Der richtige Indikator ist die Beschäftigtenzahl in ausländischen Tochtergesellschaften. Diese lag 2002 bei weltweit 53 Millionen und ist damit in den letzten 20 Jahren deutlich gestiegen (1990: 24 Millionen, 1982: 19 Millionen).<sup>283</sup> Auch in den Entwicklungsländern hat es eine deutliche Erhöhung von 7 Millionen im Jahr 1985 auf 19 Millionen im Jahr 1998 gegeben.<sup>284</sup> Im Allgemeinen ähnelt die Verteilung der Beschäftigtenzahlen auch der dargestellten Verteilung der DI-Ströme incl. der Konzentration großer Teile der Beschäftigten auf wenige Entwicklungsländer (allein in China waren bereits 1992 6 Millionen Menschen in ausländischen Tochtergesellschaften beschäftigt) sowie auf wenige MNU. Trotz dieses Anstieges machen die Beschäftigten in ausländischen Tochtergesellschaften nur einen sehr geringen Anteil an der Gesamtzahl der weltweit Beschäftigten (1994 ca. 1,2%) aus.<sup>285</sup> Allein in den Entwicklungsländern beträgt die Höhe der ökonomisch aktiven Bevölkerung 2,3 Milliarden und wächst zudem jedes Jahr um 2% bzw. 46 Millionen<sup>286</sup>, d.h. dass die Gesamtzahl der Beschäftigten in ausländischen Tochtergesellschaften in Entwicklungsländern nur ca. der Hälfte des jährlichen Wachstums der dortigen ökonomisch aktiven Bevölkerung entspricht. Im Industriesektor sowie einigen Staaten gibt es aber einen durchaus signifikanten Anteil. Dieser liegt beispielsweise in der ungarischen Industrie bei 36,2% (1996).<sup>287</sup> Generell liegt der relative Anteil in Industrieländern deutlich höher.

<sup>282</sup> Deutscher Bundestag, a.a.O., S. 160-162.

<sup>283</sup> UNCTAD (2003), a.a.O., S. 3.

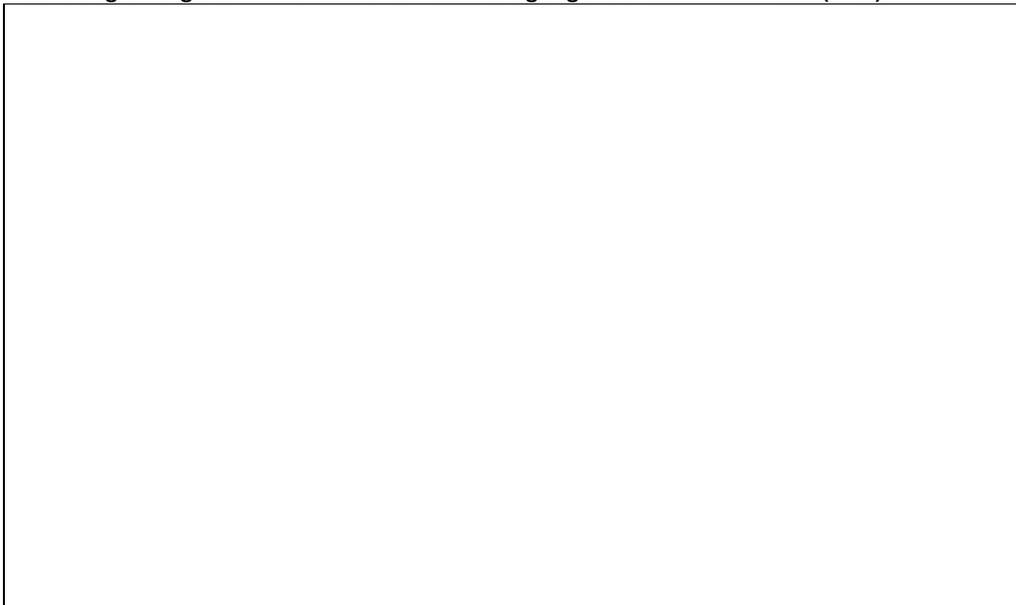
<sup>284</sup> UNCTAD (1999a), a.a.O., S. 265. Leider enthält der Weltinvestitionsbericht 2003 keine Angaben über die Zahl der Beschäftigten in ausländischen Tochtergesellschaften in Entwicklungsländern.

<sup>285</sup> UNCTAD (1994), a.a.O., S. 163. Die UNCTAD gibt dort den Anteil der in MNU Beschäftigten an der weltweiten Beschäftigtenzahl mit 3% an. 60% der MNU-Beschäftigten sind lt. UNCTAD bei der Mutterfirma beschäftigt, 40% in ausländischen Tochtergesellschaften. Dies ergibt für letztere umgerechnet einen Anteil von 1,2%.

<sup>286</sup> UNCTAD (1999a), a.a.O., S. 257.

<sup>287</sup> Mickiewicz, T./Radosevic, R./Varblane, U. (2000): The Value of Diversity: Foreign Direct Investment and Employment in

Abbildung 5 verdeutlicht, dass das Wachstum der Beschäftigung in ausländischen Tochtergesellschaften bei weitem nicht mit dem Wachstum der DI-Ströme mitgehalten hat.

**Abbildung 5 Vergleich DI-Zufluss und –beschäftigungswachstum 1986-2000 (in %)**

Quelle: UNCTAD (2003), a.a.O., S. 3.

Diese Entwicklung, die seit ca. 1985 eingesetzt hat, hat seine Gründe neben der zunehmenden Kapitalintensität von DI in Rationalisierungen und neuen Managementmethoden wie „*lean production*“.<sup>288</sup> Die zunehmende Bedeutung von F+Ü dürfte ebenfalls ihren Niederschlag gefunden haben.

Generell scheinen DI-Zuflüsse einen (schwachen) direkten positiven Effekt auf die Beschäftigung des Ziellandes zu haben. Diese Aussage wird deswegen bewusst mit Vorsicht getroffen, weil es im Gegensatz zu den Auswirkungen von DI-Abflüssen auf den Heimatstaat relativ wenige Untersuchungen über die Zielland-Effekte gibt. Ein knapp positives Ergebnis haben *Axaroglou et al.* in Bezug auf DI-Zuflüsse zwischen 1974 und 1994 in 20 Industriebranchen in 10 US-Bundesstaaten ermittelt. In sechs Bundesstaaten gab es positive, in vier Bundesstaaten negative Beschäftigungsauswirkungen, wobei es starke Unterschiede je nach Industriebranche gibt.<sup>289</sup> Einen deutlichen positiven Zusammenhang haben *Mickiewicz et al.* für die Periode 1993-1996 für Ungarn, Tschechien, Slowakei und Estland in Bezug auf 23 Industriebranchen festgestellt, allerdings mit großen Unterschieden zwischen den Staaten.<sup>290</sup> *McGuire* sieht einen kleinen positiven Zusammenhang für die USA zwischen 1982 und 1991, betont aber ausdrücklich das Problem inadäquater Daten und offener methodischer Fragen.<sup>291</sup> In einem Literaturreview präsentiert die OECD überwiegend Studien, die zu einem positiven Ergebnis

<sup>288</sup> UNCTAD (1994), a.a.O., S. 174-175. Ein weiterer Grund für das gedrosselte Beschäftigungswachstum ist „*Subcontracting*“ bzw. Lizenzierung und „*Franchising*“, also die vertragliche Beauftragung eines anderen Unternehmens. Dies kann allerdings nicht die Kluft zwischen DI-Strömen und DI-Beschäftigungswachstum erklären, weil diese Form der Internationalisierung nicht in Direktinvestitionsstatiken erfasst wird.

<sup>289</sup> Die Branchen mit positiven Arbeitsmarkteffekten haben einen 4,5-mal stärkeren Beschäftigungseffekt als die Branchen mit negativen Effekten, vgl. *Axaroglou, K./Casey, W./Han, H.-L.* (2002): *Inward Foreign Direct Investment in the US: An Empirical Analysis of their Impact on State Economies*.

<sup>290</sup> *Mickiewicz et al.*, a.a.O.

<sup>291</sup> *McGuire, S.O.* (1995): *Foreign Direct Investment, Trade and Employment in the USA*, in OECD (Hrsg., 1995), a.a.O., S. 121-139.

kommen.<sup>292</sup> Die theoretische Skepsis hinsichtlich der Beschäftigungsauswirkungen von F+Ü wird durch eine Studie von *Conyon et al.* bestätigt, wonach es in Großbritannien (Untersuchungszeitraum 1983-1996) zu einer kurzfristigen Reduktion der Arbeitsnachfrage um durchschnittlich 7,5% nach F+Ü gekommen ist. Allerdings bezieht sich diese Untersuchung nur auf inländische F+Ü und kann daher nur indirekt herangezogen werden.<sup>293</sup>

Welche empirische Evidenz ergibt sich gegenüber der Verlagerungshypothese? Schon aus der regionalen und sektoralen Verteilung der DI-Ströme lässt sich eine gewisse Skepsis ableiten. Nur ca. 1/4 aller DI-Ströme finden zwischen Industrie- und Entwicklungsländern statt. Außerdem gehen ca. 50% dieser DI-Ströme in den primären und tertiären Sektor, die sich kaum verlagern lassen.<sup>294</sup> Ökonometrische Untersuchungen auch auf mikroökonomischer Ebene stützen diese Ergebnisse weitgehend. Einen in seinem Umfang wohl einmaligen Literaturreview hat *van den Berghe* erstellt. Er präsentiert insgesamt 39 Studien, die sich entweder mit der Verlagerungsthese oder mit Investitions- bzw. Exportsubstitution befassen. Danach kommt eine sehr deutliche Mehrheit zum Ergebnis, dass es keine empirische Evidenz für eine Verlagerung von Arbeitsplätzen in Billiglohnländer gibt. Ausnahmen bilden vor allem politiknahe Studien einer amerikanischen Gewerkschaft sowie eines französischen Senators, die aber die unrealistische Annahme machen, dass alle DI-Abflüsse zu Lasten von Inlandsinvestitionen gehen.<sup>295</sup> Auch für die Bundesrepublik Deutschland, wo diese Debatte im Frühjahr 2004 wieder aufgekommen ist, wurde die Arbeitsplatzexporhypothese von *Röling* zurückgewiesen; stattdessen wurde ein positiver Nettobeschäftigungseffekt deutscher DI im Ausland festgestellt.<sup>296</sup> Das gleiche Ergebnis wurde für Japan festgestellt.<sup>297</sup> Unterschiedliche Ergebnisse hat eine Studie von *Blomström et al.* für die USA und Schweden erbracht. Während für die USA eine signifikante Verlagerung von Arbeitsplätzen in Billiglohnländer nachgewiesen wurde, wurde genau dies für Schweden nicht gefunden. Auch hier könnte wieder die Methodik für die Ergebnisse verantwortlich sein, denn die US-Untersuchung bezog sich nur auf das Jahr 1989, während für Schweden eine erheblich aussagekräftigere Zeitreihenuntersuchung (1970-1994) vorgenommen wurde.<sup>298</sup> Zu einem überraschenden Ergebnis kommen *Konings/Murphy*. Sie haben in einer ökonometrischen Untersuchung auf Unternehmensebene (1.200 in der EU ansässige MNU mit 3.164 Tochterfirmen in der EU und 227 in Osteuropa) für den Zeitraum von 1994-1998 herausgefunden, dass 10% weniger Lohnkosten zu einer Reduzierung der Beschäftigung in der Mutterfirma von 1,5%-2% führen. Allerdings

<sup>292</sup> OECD (1995), a.a.O., S. 142-143. Hingewiesen wird aber auch auf eine Studie von *Glickman/Woodward* aus dem Jahr 1989, die zu einem (schwachen) negativen Zusammenhang in Höhe von 56.000 verlorenen Arbeitsplätzen zwischen 1982 und 1986 in den USA kommen. Die Untersuchungsperiode fiel allerdings in eine Rezession, in der auch US-Unternehmen Arbeitsplätze abgebaut haben.

<sup>293</sup> *Conyon, M.J./Girma, S./Thompson, S./Wright, P.W.* (2001): Do Hostile Mergers Destroy Jobs?, S. 427-440. Die Autoren fanden keine Unterschiede zwischen "feindlichen Übernahmen" und anderen F+Ü.

<sup>294</sup> UNCTAD (1994), a.a.O., S. 186.

<sup>295</sup> *Van den Berghe, D.* (2001): International Production, Relocation and Employment: A Critical Assessment of the Literature.

<sup>296</sup> *Röling, J.* (1999): Bedeuten deutsche Direktinvestitionen im Ausland einen 'Export' deutscher Arbeitsplätze, S. 147-167. Interessant ist hier ein Verweis auf eine Studie des Rheinisch-Westfälischen Institutes für Wirtschaftsforschung aus dem Jahr 1996, wonach sich die Zahl der Mitarbeiter im Inland bei denjenigen deutschen Unternehmen, die im Ausland kräftig expandierten, im Allgemeinen günstiger entwickelte als bei den Unternehmen, die wenig im Ausland investierten, ebenda, S. 163.

<sup>297</sup> *Legewie, J.* (1999): Beschäftigungswirkungen von Direktinvestitionen: Das Beispiel Japan, S. 27-44.

<sup>298</sup> *Blomström, M./Fors, G./Lipse, R.E.* (1997): Foreign Direct Investment and Employment: Home Country Experience in the USA and Sweden, S. 1787-1797. Eine weitere Verzerrung – die aber für die meisten Studien gilt – könnte darin liegen, dass nur der sich noch am ehesten für Produktionsverlagerungen eignende Industriesektor beobachtet worden ist. *Chédor, S./Mucchielli, J.-L.* (1999): Foreign Direct Investment, Export Performance and the Impact on Home Employment: An Empirical Analysis of French Firms, in *Lee, S.-G./Ruffini, P.-B.* (Hrsg., 1999): The Global Integration of Europe and East Asia, Studies of International Trade and Investment, S. 19-36 kommen allerdings mit der gleichen Methodologie (922 französische Industrieunternehmen 1993) zu dem Ergebnis, dass es keine verlagerungsbedingten Arbeitsplatzverluste gegeben hat.

findet dieser Verlagerungseffekt nicht, wie man annehmen könnte, zwischen den EU-Mutterfirmen und ihren Tochtergesellschaften in Osteuropa statt, sondern zwischen den EU-Mutterfirmen und ihren Tochtergesellschaften in anderen EU-Staaten. Im Gegenteil ist ein Anstieg der Löhne im Dienstleistungssektor in Osteuropa sogar mit einem Anstieg der Beschäftigung bei der EU-Mutterfirma korreliert.<sup>299</sup> Vereinzelt wurde ein Verlagerungseffekt zwischen Industrieländern (und auch zwischen Firmen in verschiedenen Entwicklungsländern) schon in früheren Studien gefunden. Er wird vor allem auf die Angleichung der Standortbedingungen zurückgeführt (z.B. ähnliches Bildungsniveau, in der EU einheitlicher ökonomischer Rechtsrahmen etc.), der das Ausnutzen auch geringerer Kostenunterschiede lohnend erscheinen lässt.<sup>300</sup>

## b.) Indirekte Effekte

Die deutliche Mehrheit der empirischen Untersuchungen kommt zum Ergebnis, dass DI komplementär und nicht substitutiv zu Inlandsinvestitionen und vor allem zu Exporten sind.<sup>301</sup> Ein weiterer eng mit den letztgenannten Untersuchungen zusammenhängender indirekter Effekt ist die Frage, wie viele Arbeitsplätze ein durch eine DI geschaffener Arbeitsplatz in der Volkswirtschaft des Ziellandes schafft (oder zerstört). Eine Schätzung aus dem Jahr 1993 auf Basis von 8 empirischen Studien – die selbst wiederum zum Teil auf Schätzungen beruhen dürften – kommt auf ein Verhältnis von 1:1,6.<sup>302</sup> Damit wären die indirekten Beschäftigungseffekte bedeutsamer als die direkten Effekte. Da neuere Zahlen nicht vorliegen, kann nur vermutet werden, wie sich dieser Koeffizient entwickelt hat. Viel spricht dafür, dass er gesunken ist, da auch ein ähnlicher Koeffizient – der dargestellte indirekte Wachstums- bzw. *Crowding-in*-Indikator – in den 1990er-Jahren gesunken ist. Wenn DI deutlich weniger Inlandsinvestitionen nach sich ziehen, dürften auch die Beschäftigungsauswirkungen nicht davon unberührt geblieben sein. Verstärkte DI in EPZ – am Beispiel der „*maquilas*“ in Mexiko ist dies gut zu beobachten<sup>303</sup> – dürften aufgrund deren „*Insellage*“ den Koeffizienten weiter drücken. Unterstellt sei hiermit ein Faktor von 1,3 – mit einiger Wahrscheinlichkeit eher zu hoch als zu tief angesetzt – der dazu führen würde, dass DI weltweit insgesamt (direkt und indirekt) im Jahr 2002 den Arbeitsplatz von ca. 122 Millionen Menschen gesichert haben, in Entwicklungsländern ca. 44 Millionen (Zahl für 1998).<sup>304</sup> Die Anzahl der direkt und indirekt Beschäftigten in ausländischen Tochtergesellschaften in Entwicklungsländern entspräche somit ungefähr dem jährlichen Wachstum des dortigen Arbeitskräftepotenzials. Auch ein Vergleich mit der weltweiten Arbeitslosenzahl von ca. 186 Millionen im Jahr 2003 – die trotz des rasanten DI-Wachstums der letzten Jahrzehnte höchste jemals gemessene globale Arbeitslosenzahl<sup>305</sup> – sowie mit der Zahl von weltweit zusätzlich 700 Millionen Unterbeschäftigten im

<sup>299</sup> Konings, J./Murphy, A. (2001): Do Multinational Enterprises Substitute Parent Jobs for Foreign Ones? Evidence from Firm Level Panel Data.

<sup>300</sup> Van den Berghe, a.a.O., S. 11.

<sup>301</sup> Ebenda; Caves, a.a.O., S. 120-123; Andersen, P.S./Hainaut, P. (1998): Foreign Direct Investment and Employment in the Industrial Countries sowie OECD (1998), a.a.O., S. 10 unter Verweis auf eine Studie von Fontagnier, wonach 1 US \$ outward-DI mit 2 US \$ an Exporten verbunden sind.

<sup>302</sup> UNCTAD (1994), a.a.O., S. 195. Interessant ist, dass in den Exportproduktionszonen (EPZ) der Entwicklungsländer dieser Koeffizient deutlich niedriger liegt, da diese häufig nur schwach in die nationale Volkswirtschaft integriert sind.

<sup>303</sup> Gallagher/Zarsky, a.a.O.

<sup>304</sup> 53.000.000 direkt bei ausländischen Tochtergesellschaften Beschäftigte + 53 Millionen \* 1,3 = 121.900.000. Bei Entwicklungsländern gilt 19.000.000 + 19.000.000 \* 1,3 = 43.700.000.

<sup>305</sup> ILO (2004): Global Employment Trends, S. 1.

Jahr 1994<sup>306</sup> lässt schnell erkennen, dass DI selbst bei einer unterstellten weiteren deutlichen Steigerung nur sehr wenig am Problem der Arbeitslosigkeit und so gut wie gar nichts an dem der Unterbeschäftigung – global betrachtet – ändern werden. Dies gilt erst recht angesichts der weiteren Verschiebung der Struktur der DI in Richtung F+Ü sowie des immer noch starken, wenn auch zurückgehenden globalen Bevölkerungswachstums. Parisotto ist somit zuzustimmen: „*In general, it is assumed that the net effect of foreign direct investment by TNCs on employment and unemployment levels at home is of limited significance, particularly in developed countries.*“<sup>307</sup> Leider ist der Zusammenhang zwischen DI und Arbeitslosigkeit so gut wie unerforscht. Die ganz wenigen Untersuchungen kommen aber zu übereinstimmend skeptischen Ergebnissen.<sup>308</sup>

Zusammenfassend kann somit festgestellt werden, dass

- DI generell positive direkte und indirekte Beschäftigungsauswirkungen haben,
- die Anzahl der Beschäftigten in ausländischen Tochtergesellschaften als geeigneter Indikator trotz deutlicher Steigerungsraten nur einen geringen Anteil an der Anzahl der Gesamtbeschäftigten ausmacht,
- Verlagerungen von Produktionskapazitäten und Arbeitsplätzen in Billiglohnländer nicht in einem signifikanten Ausmaß auftreten. Verlagerungen treten aber anscheinend zwischen Industrieländern auf; dieser Zusammenhang muss aber noch stärker erforscht werden.
- DI selbst bei einem prognostizierten starken Anstieg nicht in der Lage sein werden, das Problem der Arbeitslosigkeit geschweige denn der Unterbeschäftigung substanziell zu reduzieren.

Ähnlich den Wachstumseffekten von DI muss auch hier wieder auf methodische Schwächen der bisherigen Untersuchungen hingewiesen werden (fehlende Beachtung des Dienstleistungssektors, fragwürdige Annahmen etc.). Die empirischen Beschäftigungseffekte von F+Ü sind verstärkt zu erforschen.

### IV.2.3 Lohnhöhe

Im Mittelpunkt der folgenden Ausführungen steht die Frage, ob MNU höhere Löhne zahlen als inländische Unternehmen, Spillover-Effekte werden hier nicht untersucht.<sup>309</sup> Die Auswirkungen von DI

<sup>306</sup> Arbeitslosenstatistiken sind für viele Entwicklungsländer entweder gar nicht vorhanden oder geben ein verzerrtes Bild der Realität wieder, weil viele Menschen nicht in der Lage sind, einen minimalen Lebensstandard mit ihrem Arbeitseinkommen zu sichern. Die ILO spricht in diesem Fall von „*underemployment*“, vgl. UNCTAD (1994), a.a.O., S. 165.

<sup>307</sup> Parisotto, A. (1995): Recent Trends in Employment in Transnational Corporations, in OECD (Hrsg., 1995), a.a.O., S. 69. Auch Dunning sieht die Beschäftigungswirkungen von DI eher im qualitativen als im quantitativen Bereich, vgl. UNCTAD (1994), a.a.O., S. 168.

<sup>308</sup> Seyf, I. (2000): Could FDI Solve the Problem of Unemployment?, S. 125-128 hat die Beschäftigungseffekte japanischer DI in Großbritannien, Deutschland, Frankreich und Spanien ermittelt und auf die Gesamthöhe der DI umgerechnet (was methodisch allerdings durchaus fragwürdig ist, weil auch die Nationalität des Direktinvestors ein Faktor bei den Beschäftigungsauswirkungen sein kann). Er kommt zum Ergebnis, dass der Beitrag zur Schaffung neuer Arbeitsplätze insignifikant ist und DI keine ernsthafte Strategie zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit darstellt. Mickiewicz et al., a.a.O., kommen für Ungarn, Estland, Tschechien und die Slowakei trotz des erwähnten grundsätzlich positiven Beitrages zu dem Ergebnis, dass DI die Beschäftigungsentwicklung nicht lenken können, sondern den Beschäftigungsabbau abbremsen (Slowakei, Tschechien, Estland) bzw. dem allgemeinen Beschäftigungsanstieg (Ungarn) folgen: „*Our evidence gives more support to a view that FDI can contribute to domestically generated employment and recovery than to a view that FDI can lead growth or generate the bulk of Industrie employment.*“, ebenda, S. 28.

<sup>309</sup> Hingewiesen sei aber auf Görg/Greenaway, a.a.O., S. 9-10, die bzgl. der Lohn-spillovers aus den gleichen Gründen wie bei den Wachstums-spillovers skeptisch sind.

auf die Lohnhöhe in den Empfangsstaaten sind weitgehend unumstritten. Eine Vielzahl von Studien kommt fast unisono zu dem Ergebnis, dass multinationale Unternehmen höhere Löhne zahlen als Unternehmen des Ziellandes („*wage premium*“). Dies ist auch theoretisch unschwer zu erklären: MNU haben natürlich eine erheblich höhere Eigenkapitalausstattung als konkurrierende Unternehmen im Empfängerland und setzen die Lohnhöhe als Mechanismus zur Gewinnung der besten Mitarbeiter ein. Dies gilt insbesondere für höher qualifizierte Arbeitnehmer. Auch wenn das Investitionsmotiv die Senkung von Arbeitskosten durch DI in Billiglohnländern ist, können es sich die meisten MNUs leisten, das *wage premium* zu zahlen, weil sie damit immer noch deutlich unter den Löhnen bleiben, die sie im Herkunftsland zu zahlen hätten. Die firmenspezifischen Wettbewerbsvorteile, die als ein Erklärungsansatz für DI gelten können und im theoretischen Teil dieser Arbeit dargestellt worden sind, versetzen ausländische Unternehmen überhaupt erst in die Lage, auf fremden Märkten zu bestehen. Dies können Faktoren wie überlegene Technologie, Marketingvorteile, Zugang zu internationalen Märkten etc. sein. Diese führen in der Regel zu höherer Produktivität und Profitabilität, die in höhere Löhne umgesetzt werden können. Eine partielle Erklärung könnte auch die bessere Verhandlungsposition von Arbeitnehmern gegenüber ausländischen Unternehmen sein, weil letztere mit den landesspezifischen Gegebenheiten nicht so vertraut sind.

Bevor auf die Ergebnisse von empirischen Studien (Tabelle 7) eingegangen wird, muss auf Faktoren hingewiesen werden, die zu Verzerrungen bei den Ergebnissen führen können. DI werden in der Regel von großen Firmen unternommen, benötigen mehr qualifizierte Arbeitsplätze und werden häufig in Regionen (z.B. in oder in der Nähe von Hauptstädten) und Branchen getätigt, in denen das Lohnniveau allgemein höher ist. All diese Faktoren würden bei einem nicht bereinigten Vergleich des Lohnniveaus aus- und inländischer Unternehmen das Ergebnis zugunsten der ersteren beeinflussen. Große Firmen zahlen generell mehr Lohn als kleinere Firmen und qualifizierte Arbeitnehmer sind natürlich teurer als unqualifizierte Arbeitnehmer.<sup>310</sup> Ein höheres Lohnniveau der MNU ist dann weniger auf die MNU an sich zurückzuführen als vielmehr den sektoralen, geografischen und firmenspezifischen Besonderheiten ihrer Investitionen geschuldet. Die wirklich spannende Frage ist, ob sich auch ein signifikant höheres Lohnniveau ausländischer Unternehmen ergibt, wenn diese Faktoren (oder zumindest einige von ihnen) berücksichtigt werden. Deswegen wurden – bis auf eine Ausnahme, die auch prompt zu einem Ausreißerergebnis geführt hat – nur Studien ausgewählt, die einen solchen Ansatz verfolgt haben. Das Ergebnis ist klar: In jedem untersuchten Land bzw. Staatengruppe existiert ein signifikantes *wage premium*. Für Großbritannien haben *Girma/Greenaway/Wakelin* auch eine etwas höhere Wachstumsrate der Löhne ermittelt, die natürlich im Zeitverlauf zu verstärkten Wohlfahrtseffekten führt. Unterschiede ergeben sich erwartungsgemäß in der Verteilung des *wage premium* auf Industrie- und Entwicklungsländer wie zwischen höher und niedriger bzw. unqualifizierten Arbeitnehmern.

---

<sup>310</sup> Morrissey, O./te Velde, D.W. (2002): Foreign Direct Investment: Who Gains?, S. 2.

Tabelle 7: Einfluss von DI auf die Lohnhöhe im Zielland

Autoren	Land, Untersuchungszeitraum	Berücksichtigte Einflussfaktoren	Wesentliche Ergebnisse
Lipsey/Sjöholm (Dezember 2002)	Indonesien, Industriebetriebe mit mehr als 20 Beschäftigten (1975-1999)	Branche, Region, Firmengröße	<i>Wage premium</i> : 29% für gering qualifizierte Beschäftigte, Wettbewerb, Bildung, Training 43% für hoch qualifizierte Beschäftigte
Faggio (September 2001)	Polen, Bulgarien, Rumänien Industrie (1994-1997)	Branche, Region, F+E-Intensität	<i>Wage premium</i> : 9,6%-10,6% (Polen); 2,3%-9,5% (Bulgarien); 7%-11,6% (Rumänien).
Morrissey/te Velde (2001)	Kamerun, Ghana, Kenia, Sambia, Simbabwe, 4 Industriebranchen (1990-1993)	Unternehmensgröße, Hoch-Lohn-Branchen und -Regionen, Bildungsgrad der Beschäftigten	<i>Wage premium</i> : 8%-23%; höher qualifizierte Beschäftigte bekommen deutlich höheres Premium; kein Premium bei Beschäftigten ohne Schulabschluss.
Graham (2000)	Löhne von US-Tochtergesellschaften in Niedrig-, Mittel- und Hochlohnländern, Industrie (1994)	Keine	<i>Wage premium</i> : Insgesamt 50%; in Hochlohnländern 40%, in Mittellohnländern 80%, in Niedriglohnländern 100%
Girma/Greenaway/Wakelin (1999)	Großbritannien, 175 Industriebranchen, 2342 inländische und 1408 ausländische Unternehmen, (1991-1996)	Produktivität, Branchen	<i>Wage premium</i> 5,34%, etwas höhere Lohnwachstumsrate (3,1% gegenüber 2,7%)
Doms/Jensen (1998)	USA, Industrie (1987)	Branche, Firmengröße und -alter, Region	<i>Wage premium</i> : 7,3% bei Beschäftigten in der Produktion; 2,6% bei nicht in der Produktion Beschäftigten
Aitken/Harrison/Lipsey (1996)	Vergleichende Studie über Löhne und DI in Mexiko (1984-1990), Venezuela (1977-1989) und den USA (1987), Daten für 2.113 mexikanische Betriebsstätten, Daten ebenfalls auf Betriebsebene für Venezuela, auf Branchenebene für die USA	Branche (für Mexiko und Venezuela), Region, Firmengröße und -alter	DI führen zu höheren Löhnen in allen drei Ländern. Lohngefälle zwischen qualifizierten und unqualifizierten Beschäftigten. Lohn-spillovers aber nur in den USA.
<b>Quelle:</b> Eigene Zusammenstellung			

Beschäftigte in Entwicklungsländern bekommen ein deutlich höheres *wage premium* als Arbeitnehmer in Transformationsländern, welche wiederum etwas besser dastehen als ihre Kollegen in Industrieländern. Dies ist auf die globalen Lohnkostendifferenzen zurückzuführen, die ein höheres *wage premium* in Billiglohnländern natürlich eher ermöglichen. Deutlich ist auch ein Gefälle („*wage gap*“) zwischen qualifizierten und unqualifizierten Arbeitnehmern zugunsten der ersteren Gruppe. Die einzige Ausnahme ist *Doms/Jensen*. Naturgemäß erhöht ein *wage gap* die Ungleichheit bei der Einkommensverteilung.<sup>311</sup> Es darf aber nicht übersehen werden, dass nach den Ergebnissen der meisten Studien – eine Ausnahme sind Beschäftigte in 5 afrikanischen Ländern in der Untersuchung von *Morrissey/te*

<sup>311</sup> Dieser Effekt wird noch dadurch verstärkt, dass DI die Nachfrage nach qualifizierten Arbeitskräften erhöhen, vgl. Feenstra,

*Velde* – auch die niedriger bzw. unqualifizierten Arbeitskräfte ein *wage premium* bekommen. Die Untersuchung von *Graham* ist methodisch zu hinterfragen, da sie keinerlei bedeutende Neutralisierung vorgenommen hat, sondern lediglich die Industrielöhne US-amerikanischer MNU mit inländischen Unternehmen vergleicht. Die Werte sind deswegen als deutlich überhöht zu betrachten.

Zu einem vordergründig anderen Ergebnis kommt überraschend *Caves*. Nach Auswertung einiger empirischer Studien sieht er keinen großen Unterschied zwischen Löhnen aus- und inländischer Unternehmen, wenn weitere unabhängige Variablen berücksichtigt werden. Diese Aussage bezieht sich aber nur auf Industrieländer und basiert vor allem auf älteren Studien. Das *wage premium* in Entwicklungsländern bestätigt er.<sup>312</sup> Eine neuere Übersicht empirischer Studien von *Morrissey/te Velde* stützt dagegen vollständig die hier dargestellten Ergebnisse.<sup>313</sup> Auch *Markusen* bestätigt das *wage premium* und das *wage gap*.<sup>314</sup>

Zusammenfassend kann somit festgestellt werden, dass

- DI zu höheren Löhnen im Zielland führen (dieser Effekt ist in Entwicklungsländern deutlich stärker als in Industrieländern), auch wenn Faktoren wie Unternehmensgröße, Industriesektor etc. berücksichtigt werden,
- das *wage premium* im Zielland bei höher qualifizierten Arbeitskräften ausgeprägter ist als bei unqualifizierten Arbeitskräften, aber auch letztere von höheren Löhnen profitieren. Die Einkommensungleichheit wird somit verstärkt.

Auch den Opportunitätskostentest von *Dunning* überstehen diese Ergebnisse. Wären die DI nicht erfolgt und wären sie – was schon an sich fraglich ist – durch Investitionen heimischer Unternehmen ersetzt worden, so gibt es keinen theoretischen oder empirischen Hinweis darauf, dass diese ein *wage premium* gezahlt hätten.

#### IV.2.4 Wettbewerbseffekte

Nirgendwo sonst scheinen die Meinungen so stark auseinander zu gehen wie bei den Auswirkungen der Globalisierung im Allgemeinen und der DI bzw. der Aktivitäten transnationaler Konzerne im Besonderen auf den Wettbewerb. Die Polarisierung hat zu einem nicht unerheblichen Teil damit zu tun, dass der Problembereich Wettbewerb nicht in seiner Gesamtheit und von unterschiedlichen Perspektiven aus betrachtet wird. Während Befürworter vor allem Effizienzgesichtspunkte und einen vermuteten Zugewinn an internationaler Wettbewerbsfähigkeit in den Mittelpunkt stellen, sind Kritiker eher über den angeblichen Zuwachs der Macht transnationaler Konzerne und der damit verbundenen verstärkten globalen und nationalen Konzentration besorgt. Eine umsichtige Analyse der Wettbewerbseffekte von DI muss daher das Thema in seinem gesamten Umfang erfassen und methodisch sorgfältig vorgehen, um verzerrte Vergleiche zu vermeiden, Korrelationen nicht mit Kausalzusammenhängen zu

R.C./Hanson, G.H. (1997): Foreign Direct Investment and Relative Wages: Evidence from Mexico's Maquiladoras, S. 371-393.

<sup>312</sup> Caves (1996), a.a.O., S. 126, 132.

<sup>313</sup> Morrissey/te Velde (2002), a.a.O., S. 3.

<sup>314</sup> Markusen, J.R./Venables, A.J. (1996): The Role of Multinational Firms in the Wage-Gap Debate, Oktober 1996.

verwechseln und aussagekräftige Indikatoren zu ermitteln.

Der Wettbewerb ist zentraler Bestandteil einer Marktwirtschaft. Er soll eine ganze Reihe individueller wie gesamtwirtschaftlich vorteilhafter Ergebnisse erbringen, z.B. eine nachfrage- und kostengerechte Lenkung der Produktionsfaktoren (Allokationsfunktion), Produkt- und Verfahrenserneuerung (Innovationsfunktion), eine leistungsgerechte Einkommensverteilung (Verteilungsfunktion) sowie die Freiheit der unternehmerischen Tätigkeit (durch die Möglichkeit des unbeschränkten Marktzu- und -austrittes), der Konsumwahl (durch die Auswahl unter verschiedenen Produkten) und der Arbeitsplatzwahl (durch Bereitstellung unterschiedlicher Arbeitsplätze in ausreichender Anzahl). Weitgehend unumstritten ist auch die Verhinderung wirtschaftlicher Machtpositionen und deren Umsetzung in politische Macht.<sup>315</sup> Ein unvollkommener Wettbewerb hätte demnach negative Rückwirkungen auf diese Felder. Durchgesetzt hat sich mittlerweile in der Wettbewerbstheorie und -politik eine interdependente Betrachtung der Marktstruktur und des Marktverhaltens. Während es bei der Marktstruktur vor allem um den Konzentrationsgrad einer Branche<sup>316</sup> geht, wird beim Marktverhalten auf wettbewerbsbeschränkende Geschäftspraktiken (z.B. Kartelle) abgestellt. Im Folgenden werden daher die Auswirkungen von DI auf die Marktstruktur und auf das Marktverhalten<sup>317</sup> analysiert. Dies erfolgt theoretisch und empirisch zunächst aus der Sicht des Ziellandes, wobei zwischen statischen und dynamischen Effekten unterschieden wird. Dann werden die globalen Effekte dargestellt; hier wird zwischen der Konzentration globaler Märkte sowie dem Vergleich der ökonomischen Stärke von Staaten und MNU differenziert. Da es nur wenig neuere empirische Literatur über die Wettbewerbswirkungen von DI gibt, wurde zum Teil auf Studien aus den 1960er- und 1970er-Jahren zurückgegriffen.

#### IV.2.4.1 Effekte im Zielland

##### IV.2.4.1.1 Konzentrationsgrad

Im theoretischen Teil dieser Arbeit wurde bereits darauf hingewiesen, dass ein Erklärungsansatz des OLI-Paradigmas die unternehmensspezifischen Wettbewerbsvorteile (Ownership advantages) sind, die MNU gegenüber Unternehmen des Ziellandes aufweisen. *Hyer, Kindleberger, Knickerbocker* und andere gingen davon aus, dass DI in oligopolistischen Märkten stattfinden. **Theoretisch** ist die Oligopolhypothese sehr überzeugend. Um die Markteintrittsbarrieren auf den Zielmärkten, die viele inländische Unternehmen nicht überspringen können, zu überwinden, müssen die MNU über spezifische Vorteile verfügen. Dies kann z.B. überdurchschnittliche Unternehmensgröße, Kapital- und Werbeintensität oder ein hoher F+E-aufwand sein. Dies wiederum sind Faktoren, die typischerweise oligopolistisch strukturierte Märkte kennzeichnen. Hinzu kommt, dass DI in der Regel auch von oligopolistischen Heimatmärkten ausgehen.<sup>318</sup>

<sup>315</sup> Gabler Volkswirtschaftslexikon, a.a.O., S. 1271; Baßeler et al., a.a.O., S. 190-191.

<sup>316</sup> Der Konzentrationsgrad einer Branche wird mit unterschiedlichen Indizes gemessen. Sehr häufig wird der Marktanteil (gemessen an den Umsätzen) der größten Unternehmen einer Branche herangezogen (Konzentrationsrate). Eine Konzentrationsrate CR-4 bzw. CR-8 bezieht sich beispielsweise auf den Marktanteil der 4 bzw. 8 größten Unternehmen einer Branche. Der Herfindahl-Index ist die Summe der quadrierten Marktanteile aller Unternehmen, wodurch vor allem die relative Größe der Unternehmen berücksichtigt wird. Ein relatives Konzentrationmaß ist die Lorenzkurve, aus der abgelesen werden kann, wieviel Prozent der gesamten Umsätze auf eine bestimmte Prozentzahl der Unternehmen entfallen (z.B. 80% der Umsätze entfallen auf 40% der Unternehmen).

<sup>317</sup> Prokompetitive Verhaltensweisen werden unter Marktstruktur behandelt.

<sup>318</sup> UNCTAD (1997): World Investment Report 1997, Transnational Corporations, Market Structure and Competition Policy, S.

**Empirisch** ist dieser Zusammenhang unumstritten und seit Jahrzehnten erforscht (siehe auch Tabelle 17 im Anhang 3). Das Ergebnis hat auch – in geringerem Maße – Bestand, wenn andere Variablen, die typischerweise den Konzentrationsgrad determinieren (z.B. Skaleneffekte, Marktgröße oder Kapitalintensität), beachtet werden. Intensive *reviews* von empirischen Studien sind ebenfalls klar bestätigend.<sup>319</sup> Die Ergebnisse treffen sowohl auf Industrie- und Entwicklungsländer (wobei es für letztere deutlich weniger Untersuchungen gibt) als auch auf große sowie kleine und mittlere MNU zu. Doch damit ist noch nichts über die Wettbewerbseffekte ausgesagt. Es handelt sich lediglich um eine statische Korrelation zwischen einer bestimmten Marktstruktur und dem Auftreten von MNU, ohne das eine Kausalität zwischen den beiden Variablen zurechenbar wäre.<sup>320</sup> Notwendig ist daher eine dynamische Betrachtung, also die Analyse der Veränderung des Konzentrationsgrades sowie der DI im Zeitablauf.

Der Markteintritt<sup>321</sup> sowie das Marktverhalten von MNU können sowohl pro- als auch antikompetitiv sein. *Per definitionem* ist der Markteintritt prokompetitiv, weil auf dem relevanten Markt nunmehr ein weiterer Marktteilnehmer vorhanden ist. Dies gilt jedoch nicht für den Fall einer Fusion oder Übernahme. Diese wirkt sich entweder neutral oder sogar antikompetitiv aus. Neutral dann, wenn das übernehmende Unternehmen bisher nicht auf dem Markt des Ziellandes aktiv war; antikompetitiv dann, wenn der Direktinvestor bereits auf dem Auslandsmarkt präsent ist und einen – ausländischen oder inländischen – Wettbewerber übernimmt.<sup>322</sup> Im Fall der in den letzten Jahren verstärkt auftretenden Megafusionen sind in vielen Fällen gleich die Märkte einer ganzen Reihe von Staaten betroffen.

Ein pro-kompetitiver Effekt ist die Ausnahme; dieser kann auftreten, wenn eine Übernahme durch ein ausländisches Unternehmen die letzte Rettung für ein ansonsten vom Markt ausscheidendes Unternehmen darstellt. Privatisierungen können zu einer Demonopolisierung führen, wenn nicht ein staatliches durch ein privates Monopol ersetzt wird. In seltenen Fällen können auch *greenfield investments* einen antikompetitiven Effekt haben, nämlich wenn ein Investor ein völlig neues, nicht substituierbares Produkt auf den Markt bringt und damit ein Monopol hat. Insgesamt sind aber durch *greenfield investment* deutlich positivere Wettbewerbsauswirkungen zu erwarten als durch F+Ü. Ein pro- oder antikompetitiver Wettbewerbseffekt kann sich im Zeitablauf verstärken oder auch völlig umkehren. Dies hängt vor allem von Marktverhalten und –performance des MNU und der Konkurrenten auf dem Gastmarkt, den Markteintrittsbarrieren, der Marktgröße sowie der Unternehmensgröße ab. Wettbewerbsbeschränkende Geschäftspraktiken (detailliert siehe unten) können den Konzentrationsgrad weiter erhöhen ebenso wie eine höhere Effizienz und Produktivität der MNU, mit denen inländische

---

137.

<sup>319</sup> Ebenda, S. 137; Caves, a.a.O., S. 83-85. Caves zitiert eine Studie von Baba aus dem Jahr 1975, der keine Korrelation für Japan ermittelt hat. Der Autor führt dies darauf zurück, dass die japanische Regierung inländische Unternehmen, die auf konzentrierten Märkten operieren, vor dem Wettbewerb geschützt hat. Das japanische Beispiel widerspricht damit nicht den anderen Studien.

<sup>320</sup> Willmore, L. (1989): Determinants of Industrial Structure: A Brazilian Case Study, S. 1606 hat dies zwar grundsätzlich anerkannt, behauptet dann aber ohne Begründung, dass die Konzentrationsrate stärker von DI beeinflusst wird als umgekehrt.

<sup>321</sup> Der Markteintritt ist bereits ein dynamischer Effekt, weil hier die Situation im Vergleich zu der Marktstruktur vor dem Markteintritt analysiert wird.

<sup>322</sup> Hier sei noch einmal darauf hingewiesen, dass in diesem Abschnitt die Auswirkungen auf den Wettbewerb im Zielland analysiert werden, nicht die globalen Auswirkungen. Eine Fusion oder Übernahme hat in globaler Hinsicht in den allermeisten Fällen einen direkten antikompetitiven Effekt (detaillierter siehe unten).

Unternehmen nicht mithalten können und daher Marktanteile verlieren bzw. ganz vom Markt verschwinden. Auf der anderen Seite ist es möglich, dass inländische Unternehmen aufgrund des höheren Wettbewerbsdrucks ihre Effizienz verbessern, z.B. durch die Anwendung neuer Managementmethoden oder neuer Technologien. Wie bereits bei den Wachstumseffekten geschildert, ist die Evidenz hinsichtlich dieser *spillovers* allerdings gemischt. Eine Reaktion auf den Zutritt von MNU kann auch die Bildung strategischer Allianzen oder F+Ü zwischen inländischen Unternehmen sein, um im Wettbewerb bestehen zu können.<sup>323</sup>

Empirische Untersuchungen, die den Zusammenhang zwischen DI bzw. MNU und Wettbewerb über die Darlegung einer statischen Korrelation hinausgehend zu analysieren versuchen, deuten darauf hin, dass es einen Unterschied zwischen den Effekten in Entwicklungs- und Industrieländern geben könnte.<sup>324</sup> Dies ist bewusst vorsichtig formuliert, da nicht sehr viele empirische Studien vorliegen und die jüngere Forschung das Interesse an diesem Thema anscheinend weitgehend verloren hat. *Brash*, dessen umfangreiche Studie US-amerikanischer DI in den australischen Industriesektor auf einer Umfrage bei 100 US-Unternehmen beruht, liefert in anekdotischer Form Beispiele für pro- als auch antikompetitive Auswirkungen. Australische Firmen hätten im Vergleich zu den US-Firmen einen Nachteil, weil diese Zugang zu Ressourcen ihrer Mutterfirma hätten; auf der anderen Seite zwingt der Wettbewerbsdruck australische Unternehmen zur Modernisierung ihrer Produktionsverfahren, und die australischen Konsumenten könnten durch die Einführung neuer Produkte sowie durch niedrigere Preise profitieren. *Brash* nimmt aber keine Gesamtbewertung der Wettbewerbsauswirkungen vor.<sup>325</sup> Mit der gleichen Methodik kommt *Deane* für DI in den Industriesektor Neuseelands zu einem fast identischen Ergebnis: Trotz oligopolistischer Marktstruktur gebe es in vielen von ausländischen Konzernen dominierten Märkten einen lebhaften Wettbewerb; gleichzeitig seien aber viele MNU in wettbewerbsbeschränkende Geschäftspraktiken involviert, so dass eine Gesamtbewertung schwierig erscheine.<sup>326</sup> *Rosenbluth* hat für Kanada zwischen 1954 und 1964 keinen statistisch signifikanten Zusammenhang ermittelt.<sup>327</sup> *Chung* hat für die USA einen prokompetitiven Effekt von DI ermittelt, wobei die Art des Markteintritts (*greenfield investment* oder F+Ü) den Konzentrationsgrad nicht beeinflusse. *Chung* hat allerdings nicht auf eine der klassischen Marktstrukturindikatoren wie Herfindahl-Index oder Konzentrationsrate zur Messung des Konzentrationsgrades zurückgegriffen, sondern mit dem Preis-Kosten-Aufschlag einen am Marktergebnis orientierten Indikator verwendet (die Vergleichbarkeit mit früheren Studien wird dadurch natürlich eingeschränkt).<sup>328</sup> Demgegenüber kommen *Blomström* unter Berücksichtigung anderer unabhängiger Variablen (siehe Tabelle 17, Anhang 3) für Mexiko und

<sup>323</sup> UNCTAD (1997), a.a.O., S. 140-147.

<sup>324</sup> Ebenda, S. 147-148, weist die UNCTAD auf sieben Studien für Industrieländer hin, von denen nur eine einen positiven Zusammenhang zwischen DI und Konzentrationsgrad (und damit stärkere Konzentration) feststellte, während die restlichen sechs entweder keinen bzw. einen negativen Zusammenhang (reduzierte Konzentration) ermitteln konnten. Alle der sieben entsprechenden Untersuchungen für Entwicklungsländer haben einen MNU-bedingten Anstieg des Konzentrationsgrades ermittelt. *Caves*, a.a.O., S. 87-90, sieht in seinem Literaturreview einen negativen Zusammenhang für Industrieländer (er zitiert eine einzige Studie für ein Industrieland, die einen positiven Zusammenhang ermittelt hat – *Petrochillas* für Griechenland, lässt aber insgesamt die Frage der Kausalität zwischen DI und Konzentrationsgrad offen.

<sup>325</sup> *Brash*, D.T. (1966): *American Investment in Australian Industry*, S. 179-193.

<sup>326</sup> *Deane*, R.S. (1970): *Foreign Investment in New Zealand Manufacturing*, S. 300-314.

<sup>327</sup> *Rosenbluth*, G. (1970): *The Relation Between Foreign Control and Concentration in Canadian Industry*, S. 14-38. Die Zuordnung von *Caves*, a.a.O., S. 88 ist schlicht falsch. Er zitiert *Rosenbluth* als Stützung der Evidenz für einen negativen Zusammenhang (also reduzierter Unternehmenskonzentration) zwischen MNU und Änderung des Konzentrationsgrades.

<sup>328</sup> *Chung*, W. (2001): *Mode, Size, and Location of Foreign Direct Investments and Industry Markups*, S. 185-211.

Lall für Malaysia zu dem Ergebnis, dass DI den Konzentrationsgrad im Zeitverlauf erhöhen.<sup>329</sup> Auch der unter IV.1.2 dargestellte Trend zu einem immer höheren Anteil von F+Ü an den gesamten DI (1995-2002 im Schnitt 65,5%) lässt aufgrund der theoretischen Analyse eher Skepsis hinsichtlich der Entwicklung des Konzentrationsgrades der Märkte aufkommen.

#### IV.2.4.1.2 Wettbewerbsbeschränkende Geschäftspraktiken

Ein hoher Konzentrationsgrad muss nicht zwangsläufig mit weniger Wettbewerb verbunden sein. Es gibt Beispiele von Märkten, auf denen es nur wenige Anbieter gibt, aber trotzdem intensiver Wettbewerb herrscht. Aus der Wettbewerbstheorie ist das Prinzip des bestreitbaren Wettbewerbs („*contestable market*“) bekannt. Danach kommt es vor allem darauf an, dass der Marktein- und -austritt unbeschränkt ist, was auch bei oligopolistischen Märkten gegeben sein kann.<sup>330</sup> Auf der anderen Seite herrscht aber weitgehende Übereinstimmung, dass stärker konzentrierte Märkte in der Tendenz weniger wettbewerbsintensiv sind als weniger konzentrierte Märkte und dass die Wahrscheinlichkeit wettbewerbsbeschränkender Geschäftspraktiken steigt.<sup>331</sup> Umgekehrt ist auch ein Markt mit einem niedrigen oder normalen Konzentrationsgrad keine sichere Garantie für einen vollkommenen Wettbewerb. Dies bedeutet, dass zu einer umfassenden Analyse der Wettbewerbsauswirkungen von DI die Untersuchung von Marktstruktur und Marktverhalten gehört.

Wettbewerbsbeschränkende Geschäftspraktiken sind nach einer älteren, in der Schlussakte der Havanna-Charta von 1948 enthaltenen, aber immer noch sinnvollen Definition alle Maßnahmen, die den Wettbewerb behindern, den Zugang zu Märkten reduzieren oder monopolistische Kontrolle begünstigen.<sup>332</sup> Beispiele dafür sind Preiskartelle, Absprachen zur Aufteilung von Märkten, Ausschließlichkeits- und Kopplungsverträge, Transferpreismanipulation (wird eigenständig unter IV.2.6 behandelt) und auch F+Ü, die zu einer dominierenden Marktposition führen.<sup>333</sup> Als sinnvoller Ausgangspunkt der Analyse der Auswirkungen von DI auf wettbewerbsbeschränkende Geschäftspraktiken kann auf die entsprechenden Ergebnisse der Marktstrukturauswirkungen zurückgegriffen werden. Festgestellt worden ist, dass MNU überwiegend in oligopolistischen Märkten investieren, deren Konzentrationsgrad – was Entwicklungsländer betrifft – sogar im Zeitverlauf noch zunimmt und stärker konzentrierte Märkte ein größeres Potenzial für wettbewerbsbeschränkende Geschäftspraktiken haben. Dazu kommt noch der überdurchschnittliche Marktanteil von MNU<sup>334</sup> sowie – eng damit zusammenhängend – deren überdurchschnittliche Größe. Somit ist davon auszugehen, dass ein Anstieg an DI auch mit einem Anstieg wettbewerbsbeschränkender Geschäftspraktiken verbunden ist. Diese Aussage gilt für Industrieländer aufgrund der gemischten Ergebnisse hinsichtlich des

<sup>329</sup> Blomström, M. (1986): Multinationals and Market Structure in Mexico, S. 523-530; Lall, S. (1979): Multinationals and Market Structure in an Open Developing Country: the Case of Malaysia, S. 325-350.

<sup>330</sup> Im Rahmen dieser Theorie der Wettbewerbsfreiheit, die u.a. von Hayek sowie die *Chicago School* propagieren, sind Vermachtungsprozesse in der Wirtschaft generell unproblematisch, solange es einen freien Markteintritt gibt. Großes Vertrauen wird in die Selbstheilungskräfte des Marktes gesetzt, staatliche Maßnahmen mit Ausnahme des Verbotes horizontaler Absprachen abgelehnt. Kritik an der contestable market-Theorie wird u.a. vom South Centre (1997): Foreign Direct Investment, Development and the New Global Economic Order, S. 34 geäußert.

<sup>331</sup> UNCTAD (1997), a.a.O., S. 150. So ist z.B. empirisch belegt, dass Gewinne von MNU positiv mit dem Konzentrationsgrad und ihrem Marktanteil korreliert sind, vgl. Caves, a.a.O., S. 96.

<sup>332</sup> Long, F. (1981): Restrictive Business Practices, Transnational Corporations, and Development, A Survey, S. 1.

<sup>333</sup> Ebenda, S. 76-81, präsentiert Long eine in dieser Umfassenheit wohl einmalige Auflistung aller möglichen von MNU angewandten wettbewerbsbeschränkenden Geschäftspraktiken (insgesamt 66 (!) verschiedene Maßnahmen).

<sup>334</sup> UNCTAD (1997), a.a.O., S. 157.

Konzentrationsgrades natürlich nur eingeschränkt. An dieser Stelle kommt noch eine weitere Determinante ins Spiel, die die unterschiedlichen Wettbewerbsauswirkungen von DI in Industrie- und Entwicklungsländern weiter verstärkt: Das Vorhandensein eines Wettbewerbsrechtes inklusive effektiver Durchsetzungsmechanismen. Alle Industrieländer sowie die EU verfügen mittlerweile über mehr oder weniger effektive Wettbewerbs- und Kartellgesetze, zum Teil auch aufgrund schlechter historischer Erfahrungen. In Entwicklungsländern sieht dies ganz anders aus – insgesamt verfügen nur 90 Staaten weltweit über eine Wettbewerbsgesetzgebung<sup>335</sup>, womit noch nichts über eine effektive Durchsetzung dieser Regeln ausgesagt wäre.

Was besagt die **empirische Evidenz**? Auffällig ist zunächst, dass insgesamt sehr wenig empirische, vor allem ökonometrische Untersuchungen zu diesem Bereich vorliegen. Dies mag auch an der Tatsache liegen, dass wettbewerbsbeschränkende Geschäftspraktiken im Gegensatz zum Konzentrationsgrad einer Branche naturgemäß nur schwer zu identifizieren sind. Außerdem ist von einer erheblichen Dunkelziffer nicht von den Kartellbehörden aufgedeckter Missbrauchsfälle auszugehen. Ein besonders krasses Beispiel ist der Marktzutritt des US-amerikanischen Unternehmens American Tobacco auf den britischen Zigarettenmarkt im Jahr 1901. Als Reaktion auf die Übernahme eines führenden britischen Zigarettenherstellers durch American Tobacco fusionierten die verbliebenen 13 britischen Zigarettenfirmen zu Imperial Tobacco. Nach einem Jahr duopolistischen Wettbewerbs wurde ein Marktaufteilungsabkommen geschlossen. Imperial Tobacco bekam ein Monopol für den britischen und irischen Markt, musste sich aber im Gegenzug dazu verpflichten, nicht den US-amerikanischen Markt zu bestreiten. Für den Rest der Welt wurde ein Gemeinschaftsunternehmen mit dem passenden Namen British-American Tobacco gegründet.<sup>336</sup> Für die Zeit vor dem Zweiten Weltkrieg lassen sich noch eine ganze Reihe weiterer solcher Beispiele finden, z.B. im Ölsektor<sup>337</sup>, in der Kupferindustrie<sup>338</sup> sowie in der Sprengstoffindustrie<sup>339</sup>. Die UNCTAD als auch *Caves* verweisen darauf, dass es nur wenige Beispiele für Kartellbildung durch transnationale Konzerne nach dem Zweiten Weltkrieg gegeben habe, weil viele Staaten eine wirksame Wettbewerbsgesetzgebung eingeführt hätten und durch den Marktzutritt europäischer und japanischer MNU prokompetitive Effekte eingetreten seien.<sup>340</sup> An dieser Sicht der Dinge sind Zweifel durchaus angebracht, insbesondere was Kartellbildung in Bezug auf die Märkte der Entwicklungsländer angeht. Wie beschrieben war der große Einfluss von MNU auf die Märkte des Südens und deren teils wettbewerbswidrige Verhaltensweisen ein sehr wichtiges Thema im Rahmen der Debatte um eine neue Weltwirtschaftsordnung in den 1970er-Jahren im Allgemeinen sowie um eine internationale Regulierung transnationaler Konzerne im Besonderen, die schließlich zum Erlass nichtbindender Richtlinien über die Kontrolle von wettbewerbswidrigen Praktiken im Jahr 1980 führten. Grundlage waren eine ganze Reihe von Untersuchungen über wettbewerbsbeschränkende Geschäftspraktiken von der OECD, UNCTC sowie Wissenschaftlern in den 1970er-Jahren. Hier sei nur hingewiesen auf die bereits zitierte Arbeit von

<sup>335</sup> Deutscher Bundestag (2002): Schlussbericht der Enquete-Kommission „Globalisierung der Weltwirtschaft – Herausforderungen und Antworten“, S. 162.

<sup>336</sup> Dunning, J.H. (1958): American Investment in British Manufacturing Industry, S. 30-31.

<sup>337</sup> Long, a.a.O., S. 86.

<sup>338</sup> „In the case of copper, formal cartels were set up between World War I and World War II by leading transnationals operating in developing countries. The idea was to fix prices, allocate production territorially and limit access to new firms.“, ebenda, S. 86-87.

<sup>339</sup> *Caves*, a.a.O., S. 92.

<sup>340</sup> UNCTAD (1997), a.a.O., S. 157; *Caves*, a.a.O., S. 92-93, wobei sich letzterer vor allem auf internationale Kartelle bezieht.

*Long*, die eine ganze Fülle von Beispielen für wettbewerbsbeschränkende Geschäftspraktiken in Entwicklungsländern durch MNU aufführt. Viele solcher Praktiken bis hin zu Hardcore-Kartellen gab es vor allem im landwirtschaftlichen Sektor<sup>341</sup> und im Bergbau.<sup>342</sup> Aber auch für den Industriesektor gibt es Evidenz.<sup>343</sup> *Long* verweist selbst auf große empirische Defizite (insbesondere was Daten über den Dienstleistungssektor bzw. über dynamische Effekte betrifft)<sup>344</sup>, die eine wirklich systematische Untersuchung dieses Problemkomplexes nicht ermöglichen. *Long* fokussiert sich außerdem sehr stark auf die hohen Marktanteile von MNU, die aber für sich gesehen noch keine Evidenz für wettbewerbswidriges Verhalten hergeben.

*Long* beschäftigt sich auch mit den Entwicklungsauswirkungen der von ihm dokumentierten wettbewerbsbeschränkenden Geschäftspraktiken. Er verweist auf die – durchaus nachvollziehbaren – Probleme der Monopolisierung von Landbesitz und Ressourcenzugang in den Händen ausländischer Unternehmen, die zu einer Beeinträchtigung der bäuerlichen Landwirtschaft sowie langfristiger Entwicklungsprioritäten führen könne. Gewisse wettbewerbsbeschränkende Geschäftspraktiken wie z.B. Absprachen zur Reduzierung der Produktion und von Exporten hätten sich negativ auf Wachstum und Beschäftigung ausgewirkt. Insgesamt sieht er negative Auswirkungen wettbewerbsbeschränkender Geschäftspraktiken auf die Entwicklung in der Dritten Welt, die die positiven Beiträge von MNU konterkarieren könnten und plädiert daher für deren strikte Regulierung auf nationaler und internationaler Ebene.<sup>345</sup> Seine Ausführungen zu den Entwicklungsauswirkungen werden aber kaum empirisch belegt.

Für Industrieländer gibt es zumindest Fall-Evidenz: In Großbritannien waren von 1990-1995 MNU an 50% aller von den britischen Kartellbehörden durchgeführten Monopolverfahren beteiligt<sup>346</sup>; für den nordamerikanischen Markt haben MNU ein Preiskartell für landwirtschaftliche Traktoren gebildet<sup>347</sup> und das niederländische MNU AKZO hat einem kleinen britischen Unternehmen eine wettbewerbswidrige Preissetzung angedroht, wenn es sich nicht vom deutschen Markt zurückziehen würde.<sup>348</sup> Auch für Neuseeland sind zahlreiche dementsprechende Vorfälle dokumentiert.<sup>349</sup>

<sup>341</sup> Plantagenmonopole, u.a. beim Bananenanbau und –handel durch United Fruit Company in einigen lateinamerikanischen Ländern, ebenda, S. 82-85; Preis- und Handelskartelle in der Kokosnusswirtschaft sowie ein Preiskartell hinsichtlich der Melassegewinnung in der Karibik, ebenda, S. 88.

<sup>342</sup> Bis Ende der 1960er-Jahre herrschten kartellähnliche Zustände in der Bauxitindustrie, ebenda, S. 86-87; Preis- und Marktaufteilungskartelle gab es auch bei einem Vorprodukt von Chinin sowie zumindest zeitweise bei den Rohstoffen Phosphor, Zement, Koks, Kautschuk, Kali sowie Holz Zellstoff, ebenda, S. 89.

<sup>343</sup> So haben MNU, die in nur ca. 10 Jahren nach der Öffnung dieses Sektors für DI ihren Marktanteil auf 90% steigern konnten, durch Absprachen systematisch das Entstehen lokaler Konkurrenten in der brasilianischen Elektronikindustrie verhindert, ebenda, S. 90-91. Die Elektronikindustrien Mexikos, Perus und Argentiniens wurden vor allem durch F+Ü zwischen den MNU aufgeteilt, ebenda, S. 91. Weitere Kartelle sind dokumentiert in der Pharmaindustrie, bei der Stahlherstellung sowie in der Dampf- und Brennstoffindustrie, ebenda, S. 99.

<sup>344</sup> Ebenda, S. 100.

<sup>345</sup> Ebenda, S. 101-122, 135-136.

<sup>346</sup> UNCTAD (1997), a.a.O., S. 151.

<sup>347</sup> Caves, a.a.O., S. 92.

<sup>348</sup> Dies konnte aber durch das Eingreifen der EU-Wettbewerbsaufsicht verhindert werden, siehe UNCTAD (1997), a.a.O., S. 158.

<sup>349</sup> Deane, a.a.O., S. 303-314.

## IV.2.4.2 Globale Effekte

### IV.2.4.2.1 Die Konzentration auf ausgewählten globalen Märkten

Oligopolistische Strukturen auf globaler Ebene könnten sich vor allem auf kapitalintensiven und technologisch anspruchsvolle Märkten herausgebildet haben. Ein Problem ist, dass nur wenige – vor allem dynamische – Daten über die Vermachtung der globalen Märkte zur Verfügung stehen. Tabelle 8 gibt einen nach der Höhe des globalen Konzentrationsgrades einer Branche geordneten Überblick.

Branche	Jahr	Marktanteil der 10 größten Unternehmen
Telekommunikation	1998	86%
Pestizide	1998	85%
Agrochemie	2002	80%
Computer	1998	70%
Veterinärmedizin	1998	60%
Pharma	2002	57%, CR-20 75% (Basis 118 Unternehmen)
Biotechnologie	2002	54% aller Einnahmen (Basis 416 Unternehmen)
Saatgut	2002	31%, bei Maissamen CR-4 75%
<b>Quelle:</b> Eigene Zusammenstellung nach ETC Group (2003), UNDP (1999): Human Development Report 1999, Globalization with a Human Face, S. 67 <b>Legende:</b> <sup>1</sup> Anteil am weltweiten Gesamtumsatz, soweit nicht anderweitig gekennzeichnet		

Diese Auflistung hoch konzentrierter Märkte im globalen Maßstab ist keineswegs erschöpfend. Auch beim Bau von Verkehrsflugzeugen, in der Mineralölindustrie sowie bei Standardsoftware wird der Markt von wenigen Unternehmen dominiert.<sup>350</sup> Die Höhe des Marktanteils spiegelt dabei nicht in jedem Fall die tatsächliche MNU-Dominanz auf einem Markt wieder. Durch strategische Allianzen und kartellähnliche Absprachen wird der Wettbewerb weiter eingeschränkt. So haben sich die beiden globalen Marktführer der Saatgutindustrie, *Dupont* und *Monsanto*, im April 2002 gegenseitig Lizenzen zur Nutzung ihrer Technologien und Patente eingeräumt, die von der kanadischen NGO *ETC Group* als „non-merger merger“ bezeichnet wird.<sup>351</sup> Der Prozess der Globalisierung der Märkte ist – nachdem er wie dargestellt für die Ziellandmärkte zunächst prokompetitiv wirkt – häufig mit einem Rückgang der Zahl der Marktteilnehmer verbunden. So hat sich z.B. die Zahl der Festplattenhersteller von 1990 bis 1995 von 59 auf 24 reduziert.<sup>352</sup>

Hinzuweisen ist an dieser Stelle auf ein theoretisches Modell (siehe Anhang 1), das den Effekt von horizontalen F+Ü auf den globalen Konzentrationsgrad sowie die nationalen Konzentrationsgrade darstellt. Der globale Konzentrationsgrad eines Marktes kann höher oder niedriger als der Konzentrationsgrad einzelner nationaler Märkte sein, niemals aber höher, wohl aber niedriger als das gewichtete arithmetische Mittel der Konzentrationsgrade aller nationalen Märkte. Dies gilt, wenn der Indikator Konzentrationsrate angewandt wird. Horizontale F+Ü erhöhen sowohl den globalen Konzentrationsgrad als auch alle Konzentrationsgrade der betroffenen nationalen Märkte, wenn das

<sup>350</sup> Jakobeit, C. (2001): Produktion und Handel, in: Stiftung Entwicklung und Frieden (Hrsg., 2001): Globale Trends 2002, S. 262.

<sup>351</sup> ETC Group (2003): Oligopoly, Inc., Concentration in Corporate Power: 2003, S. 7.

übernehmende Unternehmen bereits auf dem Markt des zu übernehmenden Unternehmens aktiv war. Wenn letzteres nicht der Fall ist, ein Unternehmen aus einem Land also ein Unternehmen in einem anderen Land übernimmt, in dem es bis dahin nicht auf dem Markt vertreten war, dann erhöht sich lediglich der globale Konzentrationsgrad.

#### IV.2.4.2.2 Der Vergleich zwischen transnationalen Konzernen und Staaten

Kaum ein Vergleich wird häufiger herangezogen, um die Macht transnationaler Konzerne zu verdeutlichen, wie der Vergleich der Stärke von einzelnen MNU mit der ökonomischen Stärke von Nationalstaaten. In nahezu allen dieser Untersuchungen wird dabei der Umsatz von MNU mit dem BIP von Nationalstaaten verglichen.<sup>353</sup> Danach waren 1999 unter den 50 stärksten „Volkswirtschaften“ der Welt 36 Staaten und 14 Konzerne; die Top 200 bzw. 500 MNU hatten 1999 bzw. 2002 einen gigantischen Anteil von 27,5%<sup>354</sup> bzw. gar von 43% am weltweiten BIP.<sup>355</sup> Allerdings führt der Vergleich von Umsätzen mit dem BIP zu starken Verzerrungen. Bei dem BIP handelt es sich um einen Wertschöpfungsindikator, der die im Inland entstandene wirtschaftliche Leistung der Wirtschaftseinheiten Unternehmen, private Haushalte und Staat misst. Er wird ermittelt durch die kumulierte Bruttowertschöpfung der Wirtschaftseinheiten. Diese wiederum setzt sich zusammen aus dem Produktionswert abzüglich der Vorleistungen. Der korrekte Vergleichsindikator wäre somit die Bruttowertschöpfung der MNU, weil die Umsätze sich auf den Produktionswert ohne Abzug der Vorleistungen beziehen und somit zwangsläufig zu einem höheren Anteil führen.<sup>356</sup> Ein erneuter Vergleich zwischen Staaten und Konzernen in einer gemeinsamen Rangliste auf Basis der Wertschöpfung<sup>357</sup> kommt zum Ergebnis, dass lediglich zwei MNU unter den Top 50 zu finden sind (siehe Abbildung 6); *Exxon-Mobil* wäre als größter MNU auf Rang 45. Unter den Top 100 sind 29 Unternehmen zu finden. Die Wertschöpfung der Top 100 MNU beträgt im Jahr 2000 4,3% des weltweiten BIP, Zahlen für die Top 200 präsentiert die UNCTAD nicht. Ich schätze diesen Anteil auf max. 7%<sup>358</sup> und damit nur ca. ¼ der Umsatz/BIP-Relation. Im Zeitverlauf hat die Bedeutung der MNU zugenommen. Der Anteil der Top 100 MNU ist von 1990 bis 2000 von 3,5% auf 4,3% des BIP gestiegen.<sup>359</sup> Alle ausländischen Tochtergesellschaften kommen, wie bereits unter IV.2.1 geschildert, auf einen Anteil von ca. 11% am weltweiten BIP.

<sup>352</sup> UNCTAD (1997), a.a.O., S. 167.

<sup>353</sup> Verwiesen sei nur auf König, J.-G. (1999): Alle Macht den Konzernen, S. 124-126 sowie Engels, R., Martens, J., Wahl, P., Windfuhr, M. (1998): Alles neu macht das MAI, S. 28-29. Zahlreiche weitere Beispiele ließen sich anführen.

<sup>354</sup> UNCTAD (2002), a.a.O., S. 90.

<sup>355</sup> ETC Group, a.a.O., S. 2.

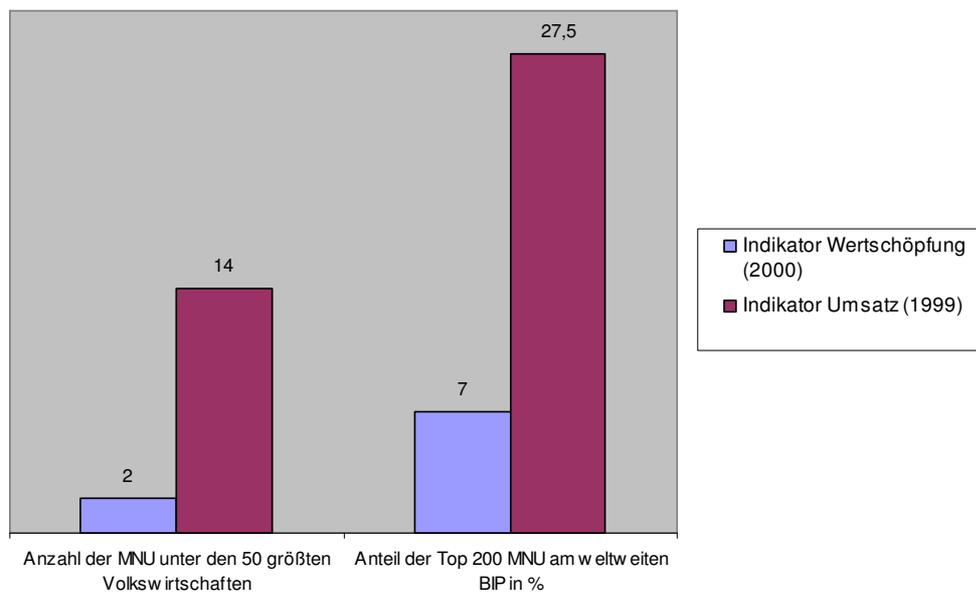
<sup>356</sup> Gablers Volkswirtschaftslexikon, a.a.O., S. 977. Die Bruttowertschöpfung der deutschen Unternehmen betrug im Jahr 1993 lediglich 39,3% des gesamten Produktionswertes der Unternehmen, siehe ebenda.

<sup>357</sup> Der Indikator, den die UNCTAD (2002), a.a.O., S. 90 verwendet hat (Summe aus Gehältern, Abschreibung, Amortisation und Vorsteuer-Einkommen), entspricht zwar auch nicht genau der Bruttowertschöpfung, erleichtert die Vergleichbarkeit mit dem BIP aber trotzdem enorm. Da im Gegensatz zum BIP Abschreibungen mit erfasst sind, wird der Wert allerdings etwas zu niedrig angesetzt.

<sup>358</sup> Rechnerisch können es max. 7,3% sein. Da die Top 50 einen Anteil von 2,8% hatten und die Top 100 einen Anteil von 4,3%, können die verbliebenen 100 Unternehmen nur einen addierten Anteil von max. 3% haben.

<sup>359</sup> UNCTAD (2002), a.a.O., S. 90-91.

**Abbildung 6: Vergleich von MNU und Staaten anhand zweier Indikatoren**



Quelle: UNCTAD (2002), a.a.O., S. 90-91; Wert für den Indikator Wertschöpfung bei Anteil der Top 200 MNU am weltweiten BIP in % beruht auf eigener Schätzung (siehe Text)

Zusammenfassend kann somit festgestellt werden, dass

- DI in der Regel von oligopolistischen Herkunftsmärkten ausgehen und in oligopolistische Zielmärkte fließen,
- die dynamischen Auswirkungen von DI auf den Wettbewerb in Industrieländern gemischt, in Entwicklungsländern negativ sind,
- MNU vor allem aufgrund der Oligopolstruktur häufig in wettbewerbsbeschränkende Geschäftspraktiken involviert sind, vor allem in Entwicklungsländern,
- einzelne globale Märkte einen sehr hohen Konzentrationsgrad aufweisen
- und die wirtschaftliche Stärke der größten MNU in Relation zum BIP im Zeitverlauf zugenommen hat, bei Verwendung des korrekten Indikators aber längst nicht so hoch wie häufig dargestellt ist.

Bis auf die erste und letzte These ist aber der Vorbehalt anzubringen, dass die empirische Grundlage aufgrund des Mangels an jüngeren und dynamischen Untersuchungen für diese Aussagen nicht besonders gut ist. Die wichtigsten Determinanten der Wettbewerbsauswirkungen sind das Vorhandensein eines Wettbewerbsrechtes (pro-kompetitiv) sowie die Art des Markteintritts (*greenfield investment* tendenziell pro-kompetitiv, F+Ü tendenziell antikompetitiv).

## IV.2.5 Zahlungsbilanzeffekte/Volatilität

Die Zahlungsbilanzeffekte von DI stehen in einer engen Wechselwirkung mit mehreren Bestimmungen in Investitionsverträgen. Aus Angst vor plötzlichen massiven Kapitalabflüssen, die eine Liquiditätskrise des betreffenden Staates auslösen können und es in der Praxis bereits getan haben, halten vor allem viele Entwicklungsländer an Kapitalverkehrskontrollen fest. In vielen Verträgen finden sich Bestimmungen über einen freien Kapitaltransfer, der im Fall von Zahlungsbilanzschwierigkeiten eingeschränkt werden kann. Ein weiterer wichtiger Bereich sind die *performance requirements*, wie z.B. die Verpflichtung eines Investors, einen bestimmten Anteil an Vorprodukten von Unternehmen des Ziellandes zu erwerben („*local content requirement*“, im Folgenden LCR), um Importe zu vermeiden und die Zahlungsbilanz zu entlasten. Zwei Fragen stehen im Mittelpunkt: Zunächst die große öffentliche Aufmerksamkeit erregenden Finanzkrisen sowie die Befürchtung, dass DI zu langfristigen Leistungsbilanzdefiziten und Dekapitalisierungsprozessen führen. Beide Punkte werden getrennt voneinander behandelt, da es beim Thema Finanzkrisen auch um eine Bewertung der Volatilität von DI im Vergleich zu anderen Kapitalflüssen geht, während sich die Zahlungsbilanzauswirkungen ausschließlich auf DI beziehen.

Ein substantielles durch DI verursachtes Leistungsbilanzdefizit oder ein Defizit einer anderen Teilbilanz<sup>360</sup> muss nicht bedeuten, dass das betreffende Zielland Wohlfahrtseinbußen erleidet. Da die Zahlungsbilanz alle außenwirtschaftlichen Transaktionen eines Landes darstellt, kann dies im Gegenteil sogar mit DI-veranlasstem erhöhtem Wachstum und positiven Beschäftigungseffekten – beides findet sich nicht in der Zahlungsbilanz – einhergehen. Im Industrialisierungsprozess kommt es häufig dazu, dass sich die Importe eines Landes erhöhen, weil die DI auf Zwischenprodukte angewiesen sind, die im Lande selbst entweder nicht oder nicht in der ausreichenden Qualität verfügbar sind oder der Direktinvestor noch nicht intensiv genug in die nationale Volkswirtschaft eingebunden ist. Eine isolierte Sicht auf Zahlungsbilanzeffekte ist daher problematisch. Noch fragwürdiger ist eine Bewertung einzelner Teilbilanzen der Zahlungsbilanz, z.B. möglicher DI-bedingter Handelsbilanzdefizite, weil diese durch positive Kapitalverkehrsbilanzeffekte wieder ausgeglichen werden können. Im globalen Maßstab kann es im Übrigen natürlich nicht zu DI-bedingten Zahlungsbilanzproblemen kommen, da sich entsprechende Überschüsse und Defizite ausgleichen. Zu untersuchen ist daher der entsprechende Effekt auf einzelne Volkswirtschaften, wobei Entwicklungsländer im Fokus sein werden.

### IV.2.5.1 Zahlungsbilanz

#### a.) Theorie

Determiniert werden die Zahlungsbilanzeffekte von DI neben den Besonderheiten des Ziellandes vor allem durch den Wirtschaftssektor (exportorientierte Branchen entlasten die Handelsbilanz), das Direktinvestitionsmotiv (z.B. wirken marktorientierte DI mit hohem Importanteil und Gewinntransfers

<sup>360</sup> Die Zahlungsbilanz als solche ist immer ausgeglichen.

eher problematisch) sowie das Alter der Investition (im Zeitverlauf verstärkt sich die Einbindung in die lokale Wirtschaft, es kommt aber auch zu einer Zunahme von Gewinntransfers). Durch verschiedene direkte und indirekte Mechanismen beeinflussen DI die Zahlungsbilanz.<sup>361</sup> Der DI-Zufluss geht als Aktiva in die Kapitalverkehrsbilanz ein. Demgegenüber stehen die vielfältigen Kapitalexporte, die mit DI verbunden sind (Gewinntransfer, Zinszahlung an die Mutterfirma für unternehmensinterne Kredite, Lizenzgebühren, Dividende etc.). Sie gehen als DI-Zahlungen („*direct investment payments*“) dementsprechend als Passiva in die Leistungsbilanz ein. Reinvestierte Gewinne gehen als DI-Zahlung („*direct investment income*“) in das Passiva der Leistungsbilanz ein und als Aktiva in die Kapitalverkehrsbilanz.<sup>362</sup> Die Handelsbilanz als Teil der Leistungsbilanz wird durch Importe (Passiva) bzw. Exporteinnahmen (Aktiva) der MNU berührt.<sup>363</sup> Auch die Dienstleistungsbilanz als eine weitere Teilbilanz der Leistungsbilanz kann betroffen sein durch entsprechende Erlöse bzw. Kosten (z.B. für Unternehmensberatung durch ein ausländisches Unternehmen). Die Summe all dieser Posten ergibt den direkten Zahlungsbilanzeffekt, der sich aus der Tätigkeit von ausländischen Tochtergesellschaften für das Zielland ergibt. Indirekt beeinflussen DI die Zahlungsbilanz durch positive Wachstumseffekte, weil dadurch wiederum die Im- und Exporte sowie die Sparrate beeinflusst werden. Da allerdings bei der Analyse der Wachstumsauswirkungen kein klarer Kausalzusammenhang ermittelt werden konnte bzw. bestimmte Bedingungen im Zielland entscheidend sind, kann hier auch keine Aussage zu einem indirekten Zahlungsbilanzeffekt getroffen werden. Anders verhält es sich mit dem unter den Beschäftigungseffekten festgestellten Komplementäreffekt von DI-Abflüssen und Exporten. Da im Mittelpunkt dieser Betrachtung aber die Auswirkungen auf das Zielland der DI stehen, wird dieser Zusammenhang nicht weiter behandelt.

Die zentrale Kritik hinsichtlich der Zahlungsbilanzauswirkungen von DI, die von Entwicklungsländern und zum Teil von NGOs formuliert wird, bezieht sich auf eine mögliche Dekapitalisierung. Demnach nähmen die Gewinntransfers ausländischer Tochtergesellschaften zu ihren – meist in Industrieländern ansässigen – Mutterfirmen vor allem wegen der höheren Renditen in Entwicklungsländern parallel zu den steigenden DI-Beständen immer weiter zu und überstiegen irgendwann den Kapitalzufluss durch DI. Verstärkt werde dieser Effekt noch, wenn die Tochtergesellschaften sich durch lokale Kredite finanzieren. DI führten zwar – so wird weiter fortgefahren – zu höheren Exporteinnahmen und zu einer gewissen Importsubstitution durch im Land selbst hergestellte Güter, aber durch erhöhte Importe für Zwischenprodukte ergebe sich nur ein schwach positiver oder sogar negativer Handelsbilanzeffekt, der nicht in der Lage sei, den negativen Kapitalverkehrsbilanzeffekt zu kompensieren.<sup>364</sup>

Wie vorher schon angedeutet, ist dies eine verkürzte Betrachtungsweise. Die Tatsache, dass ein MNU in der Lage ist, steigende Gewinne aus einer DI zu erzielen, deutet darauf hin, dass es sich um eine erfolgreiche DI handelt, die dem Empfängerland – besser bezahlte – Arbeitsplätze und einen erhöhten Kapitalstock bringt. Denn auch wenn die Gewinne außer Landes transferiert werden: Die ihnen

<sup>361</sup> Die folgenden Ausführungen beruhen auf den entsprechenden Empfehlungen des IWF (1993), a.a.O. Dabei ist natürlich nicht gesichert, dass sich jedes Land an diese Vorgaben hält.

<sup>362</sup> Ebenda, para. 31, 278, 288, 321, 369. Reinvestierte Gewinne gelten als Zahlung an den Direktinvestor, der dies aber sofort wieder in das Unternehmen investiert.

<sup>363</sup> UNCTAD (1997), a.a.O., S. 86.

<sup>364</sup> Khor, M. (2000): *Globalization and the South: Some Critical Issues*, S. 36-37; Caves, a.a.O., S. 233.

zugrunde liegende realwirtschaftliche Unternehmung bleibt *ceteris paribus* im Land. Auch dürfte die Renditehöhe in stark wachsenden Volkswirtschaften ab der Erreichung eines gewissen Wohlstands- und Sättigungseffektes abnehmen. Weiterhin dürfte der Direktinvestor an chronischen Zahlungsbilanzproblemen in seinem Zielland auch kein Interesse haben, weil er dann Gefahr läuft, stärkeren Regulierungen des Gastlandes, z.B. Kapitalverkehrsbeschränkungen unterworfen zu werden.<sup>365</sup> Ansonsten ist die Dekapitalisierungshypothese eine empirische Frage.

## b.) Empirie

Es gibt nur wenig empirische Literatur über die Zahlungsbilanzeffekte von DI bzw. MNU. Dazu kommen erhebungstechnische Probleme. So wird in einigen Ländern die Handelsbilanz nicht zwischen in- und ausländischen Unternehmen unterteilt, so dass der Zahlungsbilanzeffekt von MNU nicht komplett ermittelt werden kann. Die kritische Einstellung eines Teils der Entwicklungsländer lässt sich u.a. durch zwei ältere Studien erklären. *Lall/Streeten* kamen in ihrer Untersuchung von 6 Entwicklungsländern (die Stichprobe bestand aus 159 Industriebetrieben) zum Ergebnis, dass bis auf ein Land (Kenia) alle Länder durch die Aktivitäten von MNU negative Zahlungsbilanzauswirkungen zu verzeichnen hatten; die *UNCTC* ermittelte für Mexiko einen entsprechenden negativen Zahlungsbilanzbeitrag von 521 Millionen US-Dollar für das Jahr 1977.<sup>366</sup> Die UNCTAD misst diesen beiden Studien heute keine große Bedeutung mehr bei. Zum einen wird der Importsubstitution als damals dominierender Industrialisierungsstrategie zugeschrieben, DI in wenig profitable und vor allem kaum zum Export geeignete Branchen gelenkt zu haben, und zum anderen führt der DI-Boom zu einer deutlichen Verbesserung der Situation.<sup>367</sup> Neuere Studien kommen denn auch überwiegend zu anderen Ergebnissen. *Fry* hat für 16 Entwicklungsländer (1975-1989) weder einen signifikant negativen noch einen signifikant positiven Zahlungsbilanzeffekt festgestellt.<sup>368</sup> Für 6 asiatische Staaten hat ebenfalls *Fry* eine langfristige Verbesserung der Handels- und Kapitalbilanz unter der Voraussetzung ermittelt, dass das DI/BIP-Verhältnis stabil bleibt.<sup>369</sup> Die UNCTAD hat sich sowohl in mehreren Weltinvestitionsberichten (1997 und 1998) als auch 1999 im Bericht über Handel und Entwicklung („*Trade and Development Report*“) mit dieser Frage beschäftigt. Im Weltinvestitionsbericht 1997 wurden mit China, Malaysia, Singapur und Thailand die Zahlungsbilanzeffekte ausländischer Tochtergesellschaften von 1990-1995 von vier Staaten untersucht, die seit Mitte der 1980er-Jahre deutlich zunehmende DI-Zuflüsse haben. In China und Malaysia gab es einen insgesamt positiven Zahlungsbilanzbeitrag, weil jeweils die hohen DI-Zuflüsse die importbedingten Handelsbilanzdefizite überkompensierten. Für Singapur ließen sich die Zahlungsbilanzdaten nicht speziell auf ausländische Tochtergesellschaften aufgliedern. Wegen des hohen Leistungsbilanzüberschusses sowie der klaren Exportorientierung der MNU geht die UNCTAD aber auch hier von einem positiven Beitrag aus. Auch für Thailand liegen wenig verwertbare Daten vor, das hohe Leistungsbilanzdefizit sowie die starke Importabhängigkeit von DI lässt eine positive Schätzung aber unrealistisch erscheinen.<sup>370</sup>

<sup>365</sup> Schuster, H. (1973): Direktinvestitionen und Zahlungsbilanz in Entwicklungsländern, S. 191-196.

<sup>366</sup> Zitiert nach UNCTAD (1997), a.a.O., S. 88. Die beiden Studien wurden 1977 bzw. 1981 veröffentlicht.

<sup>367</sup> Ebenda sowie UNCTAD (1999c): *Trade and Development Report 1999, Trade, External Financing and Economic Growth in Developing Countries*, S. 120.

<sup>368</sup> Fry, M.J. (1993): *Foreign Direct Investment in a Macroeconomic Framework: Finance, Efficiency, Incentives and Distortions*.

<sup>369</sup> WTO (2001f): *Foreign Direct Investment and The Balance-of-Payments*, S. 2.

<sup>370</sup> UNCTAD (1997), a.a.O., S. 87-93. Bei China ist zu berücksichtigen, dass erst ab dem Jahr 1995 Gewinntransfers überhaupt

*Dhanani/Hasnain* haben die Zahlungsbilanzauswirkungen von DI in Indonesien von 1985-2000 untersucht und überraschend ein stark negatives Ergebnis gefunden. Von 1985-1993 betrug das DI-bedingte Kapitalverkehrsbilanzdefizit ca. 1,5 Milliarden US-Dollar/Jahr, durch den rasanten Anstieg der DI-Zuflüsse konnte es von 1993-1997 auf ca. 1 Milliarde US-Dollar/Jahr gesenkt werden. Im Zuge der Finanzkrise in Südostasien, von der Indonesien im besonderen Maße betroffen war, kam es zu einem großen Abzug von DI aus Indonesien verbundenen mit hohen DI-Zahlungen, die 1998-2000 zu einem Defizit von 9 Milliarden US-Dollar/Jahr führten. Der Beitrag zur Handelsbilanz war ebenfalls negativ, wird aber nicht genau quantifiziert.<sup>371</sup> Zu berücksichtigen ist, dass die Autoren selbst von einer unbefriedigenden Datenlage sprechen, und dass die Finanzkrise natürlich ein außergewöhnliches Ereignis darstellt, das nicht repräsentativ für alle Entwicklungsländer ist. Indonesien ist zudem das einzige Land, in dem die DI im Zuge der Finanzkrise stark eingebrochen sind (vgl. IV.2.5.2). Im Weltinvestitionsbericht 1998 kommt die UNCTAD nach einer Analyse der DI-bedingten Zahlungsbilanzeffekte für Lateinamerika von 1985-1996 zu folgendem Schluss: „...there is no conclusive evidence that a closer integration into the world economy has led to a negative balance-of-payments impact of FDI...“<sup>372</sup> Auch für Lateinamerika fehlen allerdings aussagekräftige, die Aktivitäten von ausländischen Tochtergesellschaften isolierende Daten, weshalb sich die UNCTAD-Aussage auf Teilbilanzstatistiken stützt.

Im *Trade and Development Report* 1999 wurde der DI-bedingte Nettokapitalzufluss aller Entwicklungsländer außer China von 1970-1998 untersucht, d.h. der Netto-DI-Zufluss abzüglich der Gewinntransfers. Demnach war dieser zwischen 1970 und 1989 negativ (115,1 Milliarden US-Dollar), zwischen 1990 und 1998 aber stark positiv (253,7 Milliarden US-Dollar). Die Erklärung dafür ist der Boom der DI ab den 1990er-Jahren, der die seit 1970 stetig ansteigenden Gewinntransfers kompensiert hat.<sup>373</sup> Aber auch dies ist natürlich nur eine Partialanalyse der DI-Zahlungsbilanzeffekte, weil hier – erneut aus Datengründen – die Handelsbilanzeffekte sowie andere DI-Zahlungen wie Gebühren, Zinszahlungen etc. fehlen. Nach meiner Schätzung – gestützt auch auf Fry (1996) – ist es aber sehr unwahrscheinlich, dass diese so negativ ausgefallen sind, dass damit der positive Nettokapitalzufluss wieder aufgezehrt wird. Die sonstigen DI-Zahlungen betragen für Lateinamerika zwischen 1985 und 1996 ca. 1,1 Milliarden US-Dollar pro Jahr bzw. 8,2% der jährlichen DI-Zuflüsse, wobei die Tendenz deutlich abnehmend ist. Wendet man diesen Prozentsatz auf alle DI-Zuflüsse des o.g. Reportes an (kumuliert 616,2 Milliarden US-Dollar) – was natürlich methodisch angesichts möglicher regionaler Verzerrungen schwierig, angesichts nicht verfügbarer besserer Daten aber alternativlos ist – so ergibt sich ein Wert von 50,5 Milliarden US-Dollar. Dieser muss wiederum vom Nettokapitalzufluss (253,7 – 115,1 = 138,6 Milliarden US-Dollar) subtrahiert werden. Im Ergebnis bleibt immer noch ein Plus von 88,1 Milliarden US-Dollar. Die Dekapitalisierungshypothese wäre damit für die Entwicklungsländer als Gruppe bereits widerlegt, weil diese ja davon ausgeht, dass es einen Nettokapitalabfluss gibt. Dies schließt natürlich nicht aus, dass dies in einzelnen Staaten unter besonderen Bedingungen – siehe Indonesien – anders aussieht. Fraglich ist, ob die Handelsbilanzeffekte von DI den Nettokapitalzufluss wieder aufzehren

---

statistisch ausgewiesen worden sind. Der positive Zahlungsbilanzbeitrag ist in der Realität also deutlich geringer gewesen.

<sup>371</sup> Dhanani, S./Hasnain, S.A. (2002): *The Impact of Foreign Direct Investment on Indonesia's Manufacturing Sector*, S. 61-94.

<sup>372</sup> UNCTAD (1998a): *World Investment Report 1998, Trends and Determinants*, S. 268.

<sup>373</sup> UNCTAD (1999c), a.a.O., S. 120.

würden. Aber dies steht ja gerade nicht im Mittelpunkt der Dekapitalisierungshypothese.

#### IV.2.5.2 Finanzkrisen und Volatilität

Seit den 1990er-Jahren häufen sich schwere Finanzkrisen in Entwicklungsländern. Am gravierendsten war sicherlich die Asienkrise (1997/98), von der insbesondere Thailand, Indonesien, die Philippinen, Malaysia und Südkorea betroffen waren. Aber auch Mexiko (1994/95), Russland (1998) und zuletzt Argentinien (2001/2002) sind in schwere Turbulenzen geraten. Es kann an dieser Stelle nicht darum gehen, die genauen Hintergründe der Finanzkrisen herauszuarbeiten.<sup>374</sup> Weitgehend unumstritten ist aber, dass Kapitalströme einen wesentlichen Anteil daran hatten. In diesem Zusammenhang wird häufig die sog. Volatilität von Kapitalströmen angesprochen, d.h. kurzfristige Schwankungen bei Kapitalzu- und -abflüssen. Die Volatilität unterschiedlicher Kapitalformen ist mittlerweile mehrfach untersucht worden.

Die Empirie spricht eine deutliche Sprache: DI sind deutlich stabiler als API bzw. Bankkredite. Im Weltinvestitionsbericht 1998 hat die UNCTAD die Kapitalbewegungen von 12 Entwicklungsländern zwischen 1992-1997 auf ihre Volatilität untersucht. Danach sind DI die am wenigsten volatile Form von Kapitalbewegungen, gefolgt von API, Anleihen und Bankkrediten. In Brasilien, Chile und Südkorea sind DI allerdings volatiliter als API gewesen. Die UNCTAD weist darauf hin, dass in Chile und Südkorea Kapitalverkehrskontrollen bzw. Kapitalmarktrestriktionen die Volatilität von API einschränken und dass das Ergebnis in Brasilien durch den hohen Anteil von Privatisierungen, der zu plötzlichen überdurchschnittlichen Kapitalbewegungen geführt hat, verzerrt wurde.<sup>375</sup> Die Weltbank ist in einer größeren Stichprobe (21 Entwicklungsländer, Kapitalströme von 1978-1997) zum Ergebnis gekommen, dass DI weniger volatil sind als andere Kapitalzuflüsse (letztere werden nicht weiter aufgeschlüsselt).<sup>376</sup> Eine neuere IWF-Studie hat Kapitalflüsse in die mittel- und osteuropäischen Transformationsländer von 1990-1999 untersucht und ist zum Ergebnis gekommen, dass DI eine relativ stabile Kapitalform für die meisten Länder darstellt, während Bankkredite und API erheblich volatiliter sind. Im Unterschied zur oben dargestellten UNCTAD-Untersuchung sind API auch deutlich volatiliter als Bankkredite.<sup>377</sup> Ein Gutachten für die Enquete-Kommission „Globalisierung der Weltwirtschaft – Herausforderungen und Antworten“ des Deutschen Bundestages bestätigt unter Hinweis auf eine Studie von *Lipsey* ebenfalls die geringere Volatilität von DI, ohne allerdings auch einen dementsprechenden Unterschied zwischen kurz- und langfristigen Kapitalbewegungen auszumachen.<sup>378</sup> Die einzige dem Autor bekannte empirische Studie, die diese Ergebnisse nicht unterstützt – *Blanchet et al.* – kommt aber nicht zum gegenteiligen Ergebnis – höhere Volatilität von DI – sondern kann keinen Volatilitätsunterschied zwischen den unterschiedlichen Kapitalformen feststellen.<sup>379</sup> Auch die nicht-ökonometrische Literatur stützt die

<sup>374</sup> Siehe hierzu insbesondere Stiglitz, J. (2002): Die Schatten der Globalisierung.

<sup>375</sup> UNCTAD (1998a), a.a.O., S. 14-16.

<sup>376</sup> Weltbank (1999): Global Development Finance 1999, S. 55. Leider fehlt eine genaue Beschreibung der Datengrundlage und der Ergebnisse.

<sup>377</sup> Garibaldi, P./Mora, N./Sahay, R./Zettelmeyer, J. (2001): What Moves Capital to Transition Economies?

<sup>378</sup> Institut für Weltwirtschaft (2000): Wohlstandsmehrung durch Freiheit des internationalen Kapitalverkehrs, Gutachten erstellt für die Enquete-Kommission „Globalisierung der Weltwirtschaft – Herausforderungen und Antworten“.

<sup>379</sup> Blanchet, M.-C./Burridge, P./Fry, M.J./Claessens, S. (1995): Foreign Direct Investment, Other Capital Flows, and Current Account Deficits - What Causes What?

geringere Volatilität von DI fast einhellig.<sup>380</sup> Interessant ist auch das Verhalten von DI während der Finanzkrisen. Während API und vor allem Bankkredite in den am stärksten betroffenen Staaten Südostasiens 1997 massiv einbrachen, blieben DI auf bereits hohem Niveau mit Ausnahme von Indonesien sehr stabil. Während der Peso-Krise in Mexiko sind DI lediglich um 13% gegenüber 40% bei API gefallen.<sup>381</sup> Auch für die Türkei, die 2000 in eine Zahlungsbilanzkrise geriet, ergab sich dieses Bild. Während der Argentinien-Krise sind allerdings auch DI massiv eingebrochen.<sup>382</sup> Die Gründe für die erhöhte Stabilität liegen in dem (ganz besonders im Vergleich zu Krediten mit kurzer Laufzeit oder kurzfristigen API) insgesamt deutlich langfristig angelegteren Charakter von DI und den höheren Transaktionskosten. Außerdem ist es ganz einfach schwieriger, physische Werte wie Fabriken, Gebäude etc. zu deinvestieren als eine reine Finanzanlage z.B. in einem Investmentfonds abzuziehen.

DI sind also weniger volatil als andere Kapitalformen, aber sind DI auch wirklich stabil? Eine sehr kritische Position wird u.a. vom *South Centre* bezogen. Demnach sind auch DI volatil, weil es zeitliche Inkompatibilitäten zwischen DI-Zu- und -abflüssen gibt, die leicht zu Liquiditätskrisen führen könnten, wie die Erfahrung auch zeigen würde. Diese könnten dann wie während der Asienkrise leicht in schwere Finanzkrisen übergehen. Akkumulierte DI-Bestände seien eine potenzielle „*disruptive force*“. Außerdem bestünden DI zu einem erheblichen Anteil aus Gewinntransfers, die auf kurzfristige Veränderungen der ökonomischen Rahmenbedingungen reagieren würden.<sup>383</sup>

Diese Bedenken, die in der Tradition der Dekapitalisierungshypothese stehen, sind theoretisch und empirisch nur schwach begründet. Die Verbindung mit der Asienkrise ist schon anhand der oben gezeigten Stabilität der DI-Ströme während der Krise zurückzuweisen. Auch für Indonesien gibt es keinerlei Hinweise, dass der DI-Abfluss Ursache und nicht Folge der Finanzkrise war. Akkumulierte DI-Bestände als eine Quelle der Volatilität anzusehen, geht an der ökonomischen Realität vorbei. Da in ihnen vor allem das Anlagekapital einer ausländischen Tochtergesellschaft enthalten ist, das wiederum u.a. aus physischem Kapital besteht, ist eine hohe Volatilität kaum anzunehmen. Im Gegenteil wirken die Bestände durch folgenden Mechanismus sogar stabilisierend: Jedes Jahr verlieren die Bestände durch Abschreibungen an Wert. Um diesen Wertverlust auszugleichen, gibt es einen Anreiz für den Direktinvestor, neu in den Kapitalstock zu investieren und nicht die gesamten DI-Einnahmen anzulegen bzw. als Gewinn an die Mutterfirma abzuführen. Die Frage des quantitativen Anteiles von Gewinntransfers an DI ist eine empirische Frage, die durch Datenlimitationen nur schwer zu beantworten ist. Im Zeitraum 1996-2001 wurden in den 56 Entwicklungsländern, für die aussagekräftige Daten vorlagen, ca. 40% aller DI-Einnahmen im Zielland reinvestiert.<sup>384</sup> Max. 60% der DI-Einnahmen konnten also als Gewinntransfers außer Landes transferiert werden. Da aber oben bereits gezeigt wurde, dass die DI-Zuflüsse sich stärker entwickelt haben als die Gewinntransfers, wäre auch eine angenommene starke Schwankung bei den Gewinntransfers nicht gleichbedeutend mit einer hohen Volatilität von DI.

<sup>380</sup> OECD (1998), a.a.O., S. 28; Deutscher Bundestag, a.a.O., S. 76; Klein et al., a.a.O., S. 7-8 (außerdem Verweis im Anhang auf drei weitere bestätigende Studien); Weltbank (2001), a.a.O., S. 70-73; WTO (2001f), a.a.O., S. 8 mit Verweis auf die OECD; UNCTAD (1997), a.a.O., S. 85-86.

<sup>381</sup> UNCTAD (1998a), a.a.O., S. 208.

<sup>382</sup> Weltbank (2003): Global Development Finance 2003, S. 89. Angesichts der teilweise von einem Verfall staatlicher Institutionen geprägten Situation ist dies aber kein Wunder.

<sup>383</sup> Singh, A. (2001): Foreign Direct Investment and International Agreements: A South Perspective, S. 8.

<sup>384</sup> Weltbank (2003), a.a.O., S. 91-94.

Eine Untersuchung der Kapitalströme US-amerikanischer Unternehmen in 18 Entwicklungsländer zwischen 1988-1997 von *Sarno/Taylor* kommt zu dem Ergebnis, dass DI „*largely permanent in nature*“ sind, gefolgt von ebenfalls relativ stabilen kommerziellen Bankkrediten, während offizielle Kapitalflüsse (Entwicklungshilfe sowie Zahlungen von IWF etc.) und noch stärker Portfolioinvestitionen einen starken volatilen Charakter haben.<sup>385</sup>

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass

- DI langfristig zu höheren Exporteinnahmen und ansteigenden Gewinntransfers führen, der Nettoeffekt für die Zahlungsbilanz aber positiv sein dürfte,
- DI erheblich stabiler als andere Kapitalflüsse sind
- und dass die absolute Volatilität von DI mangels empirischer Untersuchungen und verfügbarer Daten schwer einzuschätzen ist, theoretische Überlegungen aber eher zu der Annahme führen, dass DI als stabile Kapitalform einzustufen sind.

#### IV.2.6 Transferpreismanipulation

DI implizieren die Übertragung von Gütern, Dienstleistungen, Know-how, geistigem Eigentum etc. von der Mutterfirma zur ausländischen Tochtergesellschaft und umgekehrt. Die Preise, die für diese Transaktionen berechnet werden, werden als Transfer- oder Verrechnungspreise bezeichnet. Ihre Festlegung beeinflusst die Höhe des Einkommens sowie des Gewinns des Unternehmens im Ursprungs- und Zielland. Dieser wiederum ist Grundlage für die Besteuerung des Unternehmens. Ein Phänomen, das mindestens seit den 1960er-Jahren bekannt ist und Gegenstand der Debatten um internationale Investitionsverträge sowie Regulierung von MNU in den 1970er-Jahren war, ist Transferpreismanipulation (TPM). Diese kann aus unterschiedlichen Motiven heraus erfolgen: Neben Steuervermeidung sind vor allem Umgehung von Kapitalverkehrskontrollen oder Zöllen, Vermeidung von Ein- bzw. Ausfuhrgebühren sowie Aufbesserung von Unternehmensbilanzen zu nennen. In den folgenden Ausführungen wird nur TPM untersucht, da Transferpreissetzung an sich eine normale, legitime und notwendige Wirtschaftsaktivität darstellt.<sup>386</sup> Schon die Internalisierungstheorie (vgl. III.1.4) weist darauf hin, dass Unternehmen interne Transaktionen gegenüber Markttransaktionen u.a. deshalb vorziehen, um Steuern zu vermeiden. Dies kann die Entscheidung für eine DI beeinflussen.

Anhand der folgenden beiden Tabellen soll illustriert werden, wie eine TPM zur Steuervermeidung in der Praxis funktioniert. In dem Beispiel wird angenommen, dass die Mutterfirma in einem Hochlohnland (Steuersatz 34%) und die ausländische Tochterfirma in einem Niedriglohnland (10%) ansässig ist.

Im Szenario A (Tabelle 9) stellt die Tochterfirma ein bestimmtes Produkt mit Kosten in Höhe von 400 \$ her und verkauft es für den Transferpreis von 550 \$ an die Mutterfirma. Diese hat weitere 300 \$

<sup>385</sup> Sarno, L./Taylor, M.P. (1999): Hot Money, Accounting Labels, and the Permanence of Capital Flows to Developing Countries: An Empirical Investigation, S. 337-364.

<sup>386</sup> Eden, L. (1998): Taxing Multinationals: Transfer Pricing and Corporate Income Taxation in North America, S. 20. Es gibt schon aus steuerlichen Gründen eine Notwendigkeit, interne Transaktionen zu berechnen. Daneben gibt es zahlreiche firmeninterne Gründe, z.B. die Zuordnung von Gewinnen an einzelne profit center.

Verarbeitungskosten, bevor es das Produkt an den Endverbraucher für 2.000 \$ verkauft. Die Mutterfirma zieht neben den 300 \$ Verarbeitungskosten auch die 550 \$, die an die Tochterfirma gezahlt wurden, von den Einnahmen ab (ebenso weitere 500 \$ Betriebskosten). Dieses Einkommen wird besteuert und führt zu einer Steuerlast von 221 \$. Bei der Tochterfirma ergeben sich die steuerpflichtigen Einnahmen aus dem Verkauf des Produktes an die Mutterfirma abzüglich der Produktions- und weiterer Betriebskosten, so dass sich eine Steuerzahlung von 5 \$ ergibt. Insgesamt zahlt das MNU 226 \$ Steuern und hat ein Nettoeinkommen von 474 \$.

Im Szenario B (Tabelle 10) berechnet die Tochterfirma der Mutterfirma mit 700 \$ einen weit über den Kosten liegenden Verrechnungspreis (alle anderen Einnahmen und Kosten bleiben gleich). Dadurch erhöhen sich die Kosten der Mutterfirma und ihre steuerpflichtigen Einnahmen sinken. Die Steuerlast reduziert sich auf 170 \$. Bei der Tochterfirma erhöhen sich die steuerpflichtigen Einnahmen; die Steuerlast steigt auf 20 \$. Obwohl sich die steuerpflichtigen Einnahmen des Gesamtkonzerns gegenüber Szenario A nicht erhöhen, reduziert sich aber die Gesamtsteuerbelastung des Konzerns auf 190 \$, das Nettoeinkommen steigt auf 510 \$. Durch die TPM spart der Gesamtkonzern somit 36 \$ Steuern.

Transfers in Gewinn- und Verlustrechnung	Tochtergesellschaft in Niedrigsteuerland (Steuersatz 10%)	Mutterfirma in Hochsteuerland (Steuersatz 34%)	Gesamtes Konzerneinkommen
Erträge	\$550	\$2,000	\$2,550
Abzgl. Kosten des Warenabsatzes	\$400	(\$550 + \$300)	\$1,250
Bruttogewinn	\$150	\$1,150	\$1,300
Abzgl. Betriebskosten	\$100	\$500	\$600
Vorsteuer-Einkommen	\$50	\$650	\$700
Abzgl. Steuerlast	\$5	\$221	\$226
Nettoeinkommen	\$45	\$429	\$474

Transfers in Gewinn- und Verlustrechnung	Tochtergesellschaft in Niedrigsteuerland (Steuersatz 10%)	Mutterfirma in Hochsteuerland (Steuersatz 34%)	Gesamtes Konzerneinkommen
Erträge	\$700	\$2,000	\$2,700
Abzgl. Kosten des Warenabsatzes	\$400	(\$700 + \$300)	\$1,400
Bruttogewinn	\$300	\$1,000	\$1,300
Abzgl. Betriebskosten	\$100	\$500	\$600
Vorsteuer-Einkommen	\$200	\$500	\$700
Abzgl. Steuerlast	\$20	\$170	\$190
Nettoeinkommen	\$180	\$330	<b>\$510</b>

**Quelle:** UNCTAD (1999b): Transfer Pricing, S. 4-5. Die Darstellung wurde gegenüber dem Original etwas vereinfacht, ohne die Ergebnisse zu verändern.

Ein Beispiel aus der Praxis ist die Firma Hoechst AG (heute Aventis). Hoechst Indien, eine Tochterfirma der Hoechst AG, hat 1994/95 von seiner Mutterfirma ein Arznei-Zwischenprodukt (Theobromine) importiert. Im September 1995 belief sich der interne Verrechnungspreis auf 5172,17 Rupie/kg. Die indische Behörde für Industriekosten und -preise hat ermittelt, dass zur gleichen Zeit dieses Produkt von anderen Unternehmen zu einem Preis von 888,10 Rupie/kg importiert wurde. Hoechst Indien hat also den sechsfachen Preis bezahlt verglichen mit anderen Unternehmen. Dies hätte dem Unternehmen Steuern in Indien erspart, weil dort der Gewinn durch die hohen Importkosten geringer ausgefallen wäre.<sup>387</sup>

Die intensivste Debatte um TPM wurde in den USA geführt. *Lorraine Eden* hat diese Debatte nachgezeichnet und mehrere empirische Studien vorgestellt.<sup>388</sup> Alle kommen zum Ergebnis, dass es Steuerausfälle durch TPM gibt, unterscheiden sich aber in den Summen. In einer Anhörung vor dem US-Kongress im Jahr 1992 veranschlagte der *Internal Revenue Service* (IRS), eine US-Regierungsbehörde, die MNU zuzuschreibenden TPM-bedingten Steuerausfälle auf 3 Milliarden US-Dollar pro Jahr. Basis war eine Studie von *Grubert* aus dem Jahr 1991, der mehr als 50% der Gewinndifferenz zwischen MNU und US-Konzernen auf TPM zurückgeführt hat. In etwa bestätigt wurde das IRS-Ergebnis durch eine Untersuchung von *Amerkhail* 1993, der auch die Ergebnisse um Firmengröße und Branchen bereinigt hat. Je nach Berechnungsmethode ergaben sich Steuerausfälle von 2,06 Milliarden bzw. 4,09 Milliarden US-Dollar/Jahr. Die Unternehmensberatung *Ernst&Young*, die u.a. MNU in Sachen Transferpreisangelegenheiten berät, hat untersucht, wie viel zusätzliche Steuergelder der IRS bei einer schärferen Durchsetzung der gesetzlichen Bestimmungen (was nicht zu verwechseln ist mit dem tatsächlich durch TPM entstandenen Schaden) aufbringen könnte und kam auf eine Summe von 610 Millionen US-Dollar pro Jahr.<sup>389</sup> In der Praxis haben die US-Steuerbehörden von 1989 bis 1994 nach intensiven Betriebsprüfungen das gemeldete Einkommen von ca. 30.000 ausländischen MNU um durchschnittlich 1,18 Milliarden US-Dollar/Jahr korrigiert (incl. der 1,3 Millionen US-amerikanischen Unternehmen 3,75 Milliarden US-Dollar/Jahr). Aussagen über den dadurch verursachten Steuerausfall können aber nur mit großer Vorsicht getroffen werden, denn die meisten Anpassungen werden von den betroffenen Konzernen vor Gericht angefochten. Eine lange Verfahrensdauer sorgt dafür, dass jedes Jahr nur ein geringerer Teil der jährlich neu entstehenden Streitfälle abgeschlossen werden kann. Mit Stand 30.6.1994 waren noch Streitfälle in Höhe von 14,4 Milliarden US-Dollar (Summe der von den Steuerbehörden vorgeschlagenen Einkommensanpassungen) offen.<sup>390</sup>

Die Dimensionen der TPM sind naturgemäß schwer einzuschätzen, da das Aufdecken manipulativer Methoden einen hohen administrativen Aufwand erfordert, der insbesondere in Entwicklungsländern kaum zu leisten ist. In einer UNCTAD-Umfrage unter Entwicklungsländern gaben 61% der Befragten an,

<sup>387</sup> Singh, K. (1997): *The Reality of Foreign Investment, German Investments in Indien (1991-96)*, S. 69-71.

<sup>388</sup> Eden, a.a.O.

<sup>389</sup> Ebenda, S. 344-354.

<sup>390</sup> General Accounting Office (1995): *International Taxation: Transfer Pricing and Information on Nonpayment of Tax*, S. 19, 23. Eine Untersuchung von Pak/Zdanowicz aus dem Jahr 1994 kommt zum Ergebnis, dass den USA im Jahr 1992 28,6 Milliarden US-Dollar und 1993 33,1 Milliarden US-Dollar an Steuereinnahmen wg. nicht deklarierten Unternehmenseinnahmen entgangen sind. Hierbei handelt es sich um eine Schätzung aufgrund von Daten der US Merchandise Trade Base (enthält 18 Millionen Import- und 13 Millionen Exporttransaktionen). Da die Autoren aber nicht zwischen konzerninternen und Markttransaktionen unterschieden haben, ist diese Studie nicht seriös heranzuziehen bei der Ermittlung des TPM-Umfangs und der daraus verursachten Steuerausfälle in den USA; vgl.: Eden, a.a.O., S. 323-324.

dass auch ihre MNU steuervermeidende Transferpreismethoden anwenden; 70% erachteten dies als ein großes Problem. In Bezug auf MNU der Industrieländer gingen 84% der Befragten davon aus, dass diese entsprechend agieren; 87% der Befragten hielten dies für ein großes Problem.<sup>391</sup>

In Japan – wo der Umfang der DI und damit die Tätigkeit ausländischer Konzerne erheblich geringer ist – wurden von den Steuerbehörden Mitte 1996 bis Mitte 1997 78 TPM-bedingte Einkommensanpassungen in Höhe von 330 Millionen US-Dollar vorgenommen.<sup>392</sup> Mit Ausnahme der USA-Studien gibt es relativ wenige Untersuchungen über TPM. Frühe Studien von *Lall* und *Vaitsos* aus den Jahren 1973 und 1974 kommen zum Ergebnis, dass in Kolumbien tätige MNU zwischen 1967-1970 in allen vier von der Regierung untersuchten Branchen deutlich überhöhte Importpreise gezahlt haben, um Kapitalverkehrskontrollen zu umgehen. Je nach Branche gab es Preisaufschläge von 25% (Chemie), 44% (Gummi), 54% (elektrische Komponenten) bzw. 87-155% (Pharma).<sup>393</sup> *Lecraw* hat die Im- und Exportpreise des Jahres 1978 von im ASEAN tätigen MNU aufgrund von zahlreichen Interviews mit Managern dieser Firmen ermittelt. Die Abweichungen vom Marktpreis (58% aller Transaktionen) hat er dann mit potenziellen Determinanten korreliert. Signifikant positive Ergebnisse (im statistischen Sinne) gab es bei Gewinnsteuern, Preiskontrollen, Zöllen, Kapitalverkehrskontrollen und Länderrisiko.<sup>394</sup> *Caves* bestätigt die Tendenz der dargestellten Studien nach einem *review* zahlreicher empirischer Untersuchungen.<sup>395</sup> Ebenso *Long*, der Evidenz für Chile, Peru, Ecuador, Iran, die Philippinen und Indien zitiert.<sup>396</sup>

Nicht so klare Ergebnisse gibt es für die Ölindustrie. Bezüglich der Transaktionen in Kanada tätiger Öl-MNU hat sich in den 1970er- und 1980er-Jahren ein wissenschaftlicher Streit ergeben. Zunächst kamen *Jenkins/Wright* zum Ergebnis, dass Kanada in den Jahren 1966 und 1970 Steuereinnahmen in Höhe von 205 Millionen bzw. 240 Millionen US-Dollar wegen TPM durch US-amerikanische Öl-MNU verloren gingen.<sup>397</sup> Dann kam der sog. *Bertrand-Report* in einer ausführlichen Untersuchung über den Stand des Wettbewerbes in der kanadischen Ölindustrie zu dem Ergebnis, dass die kanadischen Konsumenten aufgrund von TPM ausländischer Unternehmen zwischen 1958 und 1973 3,2 Milliarden US-Dollar zu viel für Ölimporte gezahlt hätten. *Rugman* warf wiederum *Bertrand* unwissenschaftliche Methoden, insbesondere das selektive Heranziehen von Vergleichszahlen, vor und stellte keinen signifikanten Unterschied zwischen den Transfer- und Marktpreisen fest. Erwähnenswert ist noch, dass *Rugman* in seinem Aufsatz ausschließlich Imperial Oil, eine in Kanada tätige US-Ölfirma, als Quellenangabe nennt.<sup>398</sup> Für die Transaktionen von ausländischen Tochtergesellschaften US-amerikanischer Ölkonzerne von 1973-1984 haben *Bernard/Weiner* ermittelt, dass Nichtmarktpreise systematisch eingesetzt wurden, aber es nur eine schwache Evidenz für TPM gibt. Hierbei ist allerdings zu berücksichtigen,

<sup>391</sup> UNCTAD (1999b), a.a.O., S. 31.

<sup>392</sup> Ebenda, S. 31-32.

<sup>393</sup> Eden, a.a.O., S. 321-322.

<sup>394</sup> *Lecraw*, D.J. (1985): Some Evidence on Transfer Pricing by Multinational Corporations, in: Eden, L./Rugman, A.M. (Hrsg., 1985): *Multinationals and Transfer Pricing*, S. 223-240.

<sup>395</sup> *Caves*, a.a.O., S.208-212.

<sup>396</sup> *Long*, a.a.O., S. 97-98.

<sup>397</sup> *Jenkins*, G.P./*Wright*, B.D. (1975): *Taxation of Income of Multinational Corporations: The Case of the USA Petroleum Industry*, S. 8-9.

<sup>398</sup> *Rugman*, A.M. (1985): *Transfer Pricing in the Canadian Petroleum Industry*, in: Eden/Rugman (Hrsg., 1985), a.a.O., S. 173-192. *Rugmans* Untersuchung ist damit die einzige, die zum Ergebnis kommt, es gäbe keinen signifikanten Unterschied zwischen Transfer- und Marktpreisen.

dass die Autoren nur den Zusammenhang zwischen Transferpreisen und Höhe der Unternehmenssteuern korreliert und somit andere Determinanten von TPM von vornherein ignoriert haben.<sup>399</sup>

Erwähnt werden muss in diesem Zusammenhang aber auch das Problem der sog. Doppelbesteuerung. Dies tritt dadurch auf, dass Staaten unterschiedliche Berechnungsmethoden für Transferpreise in ihren Steuergesetzen anwenden. Diesem Problem ist vor allem durch den Abschluss von mittlerweile 2.256 Doppelbesteuerungsabkommen (Stand: 31.12.2002)<sup>400</sup> angegangen worden, so dass mit Sicherheit davon auszugehen ist, dass die Steuereinnahmen durch Doppelbesteuerung nicht die transferpreisbedingten Steuerverluste kompensieren.

Was ergibt der Opportunitätskostentest? Es sei angenommen, die DI wären durch inländische Investitionen ersetzt worden. Natürlich wenden auch Unternehmen, die nur auf nationalen Märkten präsent sind, TPM an. Es gibt nach Auswertung der einschlägigen empirischen Literatur aber großen Anlass zur Aufstellung der These, dass dieses Problem bei MNU größer ist. *Benvignati* kommt bei einer Untersuchung der internationalen und nationalen Transaktionen von 466 US-MNU im Jahr 1975 zu dem Ergebnis, dass 76% aller internationalen Transfers nicht mit Marktpreisen berechnet worden sind, während der entsprechende Wert bei den nationalen Transfers bei ca. 50% lag.<sup>401</sup> *Natke* hat die Importpreise von 141 aus- und inländischen Unternehmen in Brasilien für das Jahr 1979 verglichen. Er kommt zum Ergebnis, dass MNU zwischen 21% und 39% höhere Importpreise gezahlt haben.<sup>402</sup> Die bereits zitierte GAO-Studie kommt zum Ergebnis, dass in dem untersuchten Fünf-Jahres-Zeitraum ausländische Unternehmen in jedem Jahr ca. 10% weniger Unternehmenssteuern zahlten als inländische Unternehmen.<sup>403</sup> Theoretisch lässt sich dies vor allem damit erklären, dass es ja gerade das Ausnutzen unterschiedlicher Steuerrhöhen bzw. das Umgehen lästiger Regulierungen ist, das Transferpreissetzung so attraktiv macht. Dies ist im globalen Maßstab natürlich erheblich einfacher, weil es nur wenige Länder auf der Welt geben dürfte (USA, Schweiz), die aufgrund ihrer föderalistischen Struktur deutliche innerstaatliche Unterschiede bei der Unternehmensbesteuerung aufweisen. Auch Kapitalverkehrskontrollen oder Zollsätze betreffen nur international tätige Unternehmen.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass

- die vorliegenden empirischen Untersuchungen weit überwiegend die Hypothese bestätigen, dass TPM stattfindet, um Steuern zu sparen oder Regulierungen zu umgehen,
- TPM häufiger von MNU als von inländischen Unternehmen angewandt wird
- und dass der genaue Umfang der TPM-bedingten Steuerausfälle nicht zu beziffern ist. Selbst für die

<sup>399</sup> Bernard, J.-T./Weiner R.J. (1990): Multinational Corporations, Transfer Prices, and Taxes: Evidence from the U.S. Petroleum Industry, in: Razin, A./Slemrod, J. (Hrsg., 1990): Taxation in the Global Economy, S. 123-154. Die Autoren sagen selbst: "...one should be extremely cautious in generalizing results from Petroleum to other industries", ebenda, S. 124.

<sup>400</sup> UNCTAD (2003), a.a.O., S. 21.

<sup>401</sup> Benvignati, A.M. (1985): An Empirical Investigation of International Transfer Pricing by US Manufacturing Firms, in: Eden/Rugman (Hrsg., 1985), a.a.O., S. 197. Benvignati hat auch einige Determinanten der TPM getestet und kommt dabei zum Ergebnis, dass es eher firmen- als branchenspezifische Gründe für TPM gibt.

<sup>402</sup> Natke, P.A. (1985): A Comparison of Import Pricing by Foreign and Domestic Firms in Brasilien, in: Eden/Rugman (Hrsg., 1985), a.a.O., S. 212-222. Die Spannweite erklärt sich aus drei verschiedenen Stichproben (127, 48 und 26 unterschiedliche Produkte), die der Autor vorgenommen hat. Er verweist darauf, dass die höheren MNU-Importpreise nicht unbedingt Ergebnis von TPM sein müssen, sondern auch durch die höhere Qualität der importierten Produkte zustande gekommen sein könnte (empirisch getestet hat er dies nicht).

<sup>403</sup> GAO, a.a.O., S. 7.

USA, wo die umfangreichsten Daten vorliegen, ist dies schwer zu kalkulieren. Bei Einkommensanpassungen in Höhe von mind. 1 Milliarde US-Dollar/Jahr dürften sich die daraus resultierenden Steuerausfälle in Höhe von mind. mehreren hundert Millionen US-Dollar/Jahr bewegen.

### **IV.3 Volkswirtschaftliche Auswirkungen ausgewählter DI-Politiken**

Neben den Auswirkungen von DI stehen auch die volkswirtschaftlichen Auswirkungen von nationalen DI-Politiken im Mittelpunkt der Diskussion um einen IIA. Die beiden wichtigsten Felder sind *performance requirements* sowie Investitionsanreize. Beide werden immer wieder als Rechtfertigung für die Aushandlung eines IIA herangezogen, so dass hier eine intensive Auseinandersetzung nötig ist. Diese beiden Felder werden sowohl theoretisch als auch empirisch analysiert. Die Schlussfolgerungen daraus werden im Reformteil der Arbeit aufgegriffen.

#### **IV.3.1 Performance requirements**

*Performance requirements* zählen zu den sog. „*post-entry restrictions*“ (Regulierung der Aktivitäten eines Direktinvestors nach erfolgtem Marktzugang). Die UNCTAD hat eine illustrative Zusammenstellung von *post-entry restrictions* vorgenommen (siehe Tabelle 11). In der UNCTAD-Terminologie wird dies „*host country operational measures*“ (HCOMs) genannt. *Performance requirements* in der einen oder anderen Form spielen dabei die größte Rolle. Diese werden entweder im Zusammenhang mit Investitionsanreizen oder eigenständig festgelegt.

**Tabelle 11: Illustrative Liste von HCOMs nach UNCTAD**

- Restrictions on employment of key foreign professional or technical personnel, including restrictions associated with the granting of visas and permits.
- Requirements to establish a joint venture with domestic participation.
- Requirements for a minimum level of domestic equity participation.
- Requirements on location of headquarters for a specific region or the world market.
- Public procurement restrictions (e.g. foreign affiliates are excluded as Government suppliers or subject to providing special guarantees).
- Restrictions on imports of capital goods, spare parts, Industrie inputs.
- Restrictions/conditions on access to local raw materials, spare parts and inputs.
- Restrictions on long-term leases of land and real property.
- Restrictions to relocate operations within a country.
- Restrictions to diversify operations.
- Restrictions on access to telecommunications networks.
- Restrictions on the free flow of data.
- Restrictions relating to monopolies or participation in public companies (e.g. an obligation to provide a public service at a certain price).
- Restrictions on access to local credit facilities.
- Restrictions on access to foreign exchange (e.g. to pay for foreign finance, imports of goods and services or remitting profits).
- Restrictions on repatriation of capital and profits (e.g. case-by-case approval, additional taxation or remittances, phase out of transfers over a number of years).
- „Cultural“ restrictions, mainly in relation to educational or media services.
- Disclosure of information requirements (e.g. on the foreign operations of TNCs).
- Special requirements on foreign firms in certain sectors/ activities (e.g. on branches of foreign banks).
- Operational permits and licences (e.g. to transfer funds).
- Special requirements on professional qualifications, technical standards.
- Advertising restrictions for foreign firms.
- Ceilings on royalties and technical assistance fees or special taxes.
- Limits on the use of certain technologies (e.g. territorial restrictions), brand names, etc., or case-by-case approval and conditions.
- Rules of origin, tracing requirements.
- Linking local production to access or establishment of distribution facilities.
- Restrictions related to national security, public order, public morals, etc.
- Sourcing/local content performance requirements.
- Manufacturing performance requirements.
- Technology transfer requirements.
- Regional and/or global product mandates.
- Research-and-development requirements.
- Employment performance requirements.
- Training requirements.
- Export requirements.
- Trade-balancing requirements.
- Import restrictions, local sales requirements.
- Linking export quotas to domestic sales.
- Export/foreign exchange earning requirements.

**Quelle:** UNCTAD: Host Country Operational Measures, 2001, S. 8-9.

### IV.3.1.1 Theorie

Gibt es eine wohlfahrtstheoretische Rechtfertigung für *performance requirements*? Eine allgemeine Rechtfertigung liegt im Marktversagen bzw. im Vorliegen unvollkommener Märkte. In Bezug auf DI ist dies vor allem die unvollständige Konkurrenz. DI finden überwiegend auf oligopolistischen Märkten statt und neigen zu einer weiteren Einschränkung des Wettbewerbs (vgl. IV.2.4). Dadurch erzielen MNU Extra-Gewinne, die zu Lasten des Ziellandes und konkurrierender inländischer Unternehmen gehen. Verdrängungseffekte und wettbewerbsbeschränkende Geschäftspraktiken sind leichter möglich. Unter dieser Voraussetzung sind Interventionen (ökonomisch) gerechtfertigt bzw. sogar unumgänglich. LCR sowie *export performance requirements* (im Folgenden EPR)<sup>404</sup> können dann durchaus erfolgreich sein, weil die Extra-Gewinne des ausländischen Unternehmens wieder zu den inländischen Unternehmen verschoben werden. Das Marktversagen wird somit durch eine Marktverzerrung wieder ausgeglichen. Die Etablierung einer vernünftigen Wettbewerbsordnung wird aber von Ökonomen vorgezogen, weil diese nicht handels- und/oder investitionsverzerrend wirkt.<sup>405</sup>

Eine weitere Rechtfertigung für *performance requirements* können Verteilungsgesichtspunkte darstellen. Hierunter können z.B. bestimmte *employment requirements* fallen, in denen ausländischen Unternehmen die Beschäftigung eines bestimmten Anteiles an benachteiligten gesellschaftlichen Gruppen (z.B. Angehöriger unterer Kasten in Indien, indigene Bevölkerung, Behinderte etc.) auferlegt wird. Wenn nicht besondere Umstände vorliegen, sollte dies nichtdiskriminierend erfolgen. Auch aus der Theorie der öffentlichen Güter kann eine Rechtfertigung für *entry-* und *post-entry-restrictions* abgeleitet werden. So können Marktzugangs- und *Performance*-Beschränkungen für ausländische Investoren in Bereichen wie Wasser, Bildung, natürliche Ressourcen etc. mit der Knappheit dieser Güter bzw. der Notwendigkeit der Gewährleistung eines allgemeinen kostenfreien oder kostengünstigen Zuganges zu diesen Gütern begründet werden. Auch hier gilt, dass unter vergleichbaren Umständen nur eine nichtdiskriminierende Regulierung überzeugend ist.

Wenn *performance requirements* nicht unter den beschriebenen Umständen eingeführt werden, sind Wohlfahrtsreduzierungen wahrscheinlich. DI werden dann unter Umständen in ineffizientere Bereiche gelenkt, nicht wettbewerbsfähige inländische Unternehmen werden geschützt, bürokratische Auflagen erhöhen die Kosten und für das Zielland entstehen höhere Kosten durch Erlass und Durchsetzung der entsprechenden Maßnahmen. Es können auch Handelsbeschränkungen auftreten: Bei EPR können z.B. die Exporte eines oder mehrerer anderer Staaten beeinträchtigt werden unter der Voraussetzung, dass das MNU die Produkte billiger exportieren kann als Unternehmen in anderen Ländern. Sanna-Randaccio hält *performance requirements*, die effizient sind, für ein Nullsummenspiel, weil sie nur die Wohlfahrt des Ziellandes erhöhen, aber die Wohlfahrt des Ursprungslandes senken, weil die Gewinne des MNU aus diesem Land eingeschränkt werden.<sup>406</sup> Diese Einschätzung ist fragwürdig, weil

<sup>404</sup> Der wohl bedeutendste modelltheoretische Beitrag in diesem Bereich ist von Rodrik, D. (1987): The Economics of Export-Performance requirements, S. 633-650. EPR sind dann wohlfahrtsfördernd, wenn sie unter Bedingungen oligopolistischen Wettbewerbs und Handelsprotektionismus stattfinden. In diesem Fall wird die Überproduktion von Gütern eingeschränkt und Gewinne zu einheimischen Firmen umgeleitet.

<sup>405</sup> Hoekman, B./Saggi, K. (1999): Multilateral Disciplines for Investment-Related Policies?, S. 4-6. Die Autoren lassen restriktive DI-Politiken unter bestimmten Umständen als beste Handlungsmöglichkeit zu.

<sup>406</sup> Sanna-Randaccio, F. (2001): Why We Need a MAID (a MAI for Development), S. 20.

bei einem zielgerichteten Einsatz von *performance requirements* der Nutzen in Bezug auf die Armutsbekämpfung in Entwicklungsländern höher einzuschätzen ist als die potenziellen Kosten durch die reduzierte Wohlfahrt des MNU bzw. des Herkunftslandes.

Insgesamt ist wieder auf das *counterfactual* hinzuweisen. Wenn ein MNU auch ohne *performance requirements* einen gewissen Mindestanteil an inländischer Produktion gehabt oder einen bestimmten Exportanteil etc. erreicht hätte, dann wäre diese *performance requirements* zum einen unnötig gewesen, zum anderen kann dann aber nicht mehr von einer marktverzerrenden Wirkung gesprochen werden, weil die *performance requirements* den veränderten Marktzustand nicht ausgelöst hat.

#### IV.3.1.2 Empirie

Letztendlich kann die Sinnhaftigkeit von *performance requirements* nur empirisch überprüft werden. Dabei stehen zwei Aspekte im Mittelpunkt: Die Effizienz der Maßnahmen sowie deren Umfang.

Die deutliche Mehrheit in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur neigt zu der Ansicht, dass *performance requirements* ineffizient seien und nur EPR unter den oben beschriebenen Umständen sinnvoll seien.<sup>407</sup> Markusen, der insgesamt die skeptische Mehrheitsmeinung teilt, hält *performance requirements*, die mit Investitionsanreizen verbunden sind, für gerechtfertigt, wenn hohe Fixkosten eine Markteintrittsbarriere für MNU darstellen.<sup>408</sup> Moran hat in einer neueren Publikation seine sehr negative Einschätzung von *performance requirements* erneuert. Er präsentiert allerdings nur anekdotische Evidenz und bezieht sich fast nur auf die – ohnehin längst empirisch erforschte – Automobilindustrie, in geringerem Umfang auf die Elektronikindustrie einiger ausgewählter Länder.<sup>409</sup> Neuere empirische Untersuchungen sowie Literaturreviews<sup>410</sup> führen zu einem deutlich differenzierteren Ergebnis. Im Weltinvestitionsbericht 2001 hat die UNCTAD die empirischen Erfahrungen mit vier verschiedenen *performance requirements* dargestellt. In Bezug auf LCR, wo eindeutig die meiste Evidenz vorliegt, verweist die UNCTAD auf fünf Studien (betroffen sind u.a. Brasilien, Taiwan, Mexiko, Thailand, Südkorea), die zu einem positiven Ergebnis kommen sowie 7 Studien, die zu einem negativen Ergebnis kommen.<sup>411</sup> Die UNCTAD bilanziert, dass LCR, die im richtigen kompetitiven Umfeld angewandt werden, durchaus sinnvoll sein können und vergleicht dies mit entsprechenden *Infant-industry*-Maßnahmen. Die Ergebnisse bei *joint-venture-requirements* bewertet die UNCTAD als gemischt, die von EPR – wie die deutliche Mehrheit aller Kommentatoren – als eher positiv.<sup>412</sup> Hinsichtlich Technologietransferauflagen verweist die UNCTAD lediglich auf die Erfahrungen in Südkorea, wo entsprechende Regulierungen wegen Erfolglosigkeit wieder aufgehoben worden

<sup>407</sup> Graham, a.a.O., S. 61; Sanna-Randaccio, a.a.O., S. 11; sowie etwas differenzierter Ferrarini, B. (2003): A Multilateral Investment Framework: Would it Be Justified on Welfare Grounds?, S. 502-504; Nunnenkamp, P./Pant, M. (2003): Why the Case for a Multilateral Agreement on Investment Is Weak, S. 26-29; Hoekman/Saggi, a.a.O., S. 4-8 (die Autoren verweisen auf eine Studie, wonach auch LCR unter Bedingungen unvollkommenen Wettbewerbs gerechtfertigt werden können). Interessanterweise wird fast immer auf die Quelle Moran, T.H. (1998): Foreign Direct Investment and Development, The New Policy Agenda for Developing Countries and Economies in Transition verwiesen.

<sup>408</sup> Markusen, J.R. (1998): Multilateral Rules on Foreign Direct Investment: the Developing Countries' Stake, S. 41-42.

<sup>409</sup> Moran, T.H. (2002): Beyond Sweatshops.

<sup>410</sup> UNCTAD (2001), a.a.O., S. 165-172; UNCTAD/WTO (2002), a.a.O.; UNCTAD (2003a): Foreign Direct Investment and Performance requirements: New Evidence from Selected Countries.

<sup>411</sup> Unter den Studien, die zu einem negativen Ergebnis kommen, befindet sich zweimal Moran sowie drei Untersuchungen, die Mitte der 1980er-Jahre vorgenommen worden sind, auf Umfragen basieren und jeweils „highly protected markets“ betreffen.

<sup>412</sup> Ebenda, S. 167-170.

seien.<sup>413</sup>

In einer Gemeinschaftsstudie haben UNCTAD und WTO die Erfahrungen mit *performance requirements* insbesondere in Bezug auf Handels- und Investitionsströme in Form eines *reviews* empirischer Studien untersucht.<sup>414</sup> In Bezug auf Handelsströme konnte – mit einer einzigen auf die Automobilindustrie bezogenen Ausnahme – weder eine signifikante Beziehung zwischen *performance requirements* und Handelsströmen noch zwischen *performance requirements* und Standortentscheidungen von Investoren herausgefunden werden. In Bezug auf Investitionsströme ist das Fazit: „*Reported shifts in firm behaviour due to TRIMs regulations are surprisingly small.*“<sup>415</sup> In Bezug auf die Effizienz überwiegt die negative Einschätzung von LCR deutlich. Von 13 untersuchten Studien kommen 11 zu negativen Ergebnissen. LCR wären in diesen Fällen ineffizient und kostentreibend gewesen. Auffällig ist, dass sich mind. 8 dieser Studien auf die Automobilindustrie beziehen und bei vielen dieser Studie auch andere Faktoren<sup>416</sup> mit untersucht wurden.

In einer weiteren Studie der UNCTAD wurden die Erfahrungen mit *performance requirements* in Indien, Malaysia, Chile und Südafrika untersucht.<sup>417</sup> Dabei ergab sich ein überraschend positives Fazit. Während in Chile *performance requirements* keine große Rolle spielten<sup>418</sup>, werden die indischen Erfahrungen sehr positiv eingeschätzt. EPR hätten eine ganze Reihe von positiven Externalitäten bewirkt, u.a. beschleunigten Technologietransfer sowie vertikale *linkages* mit der indischen Wirtschaft. *Domestic equity requirements*<sup>419</sup> hätten einen Wissenstransfer zu indischen Unternehmen mit sich gebracht.<sup>420</sup> Die Erfahrungen mit *performance requirements* in Malaysia können nach der UNCTAD-Studie als verhalten positiv eingeschätzt werden. Generell gilt Malaysia, das sehr intensiv von der Anwendung verschiedenster *performance requirements* Gebrauch macht, als attraktives Land für Auslandsinvestoren. Training- sowie F+E-*requirements* waren weitgehend erfolglos. Insgesamt hätten *performance requirements* aber zur Industrialisierung des Landes beigetragen.<sup>421</sup> In Südafrika wurden neben den schon traditionell gut abschneidenden EPR erstmals auch Technologietransferverpflichtungen im Rahmen einer empirischen Untersuchung als positiv eingeschätzt. Außerdem hätten *domestic equity requirements* die Etablierung von Firmen im Besitz von schwarzen Südafrikanern im Minensektor befördert. Insgesamt müsse aber sehr genau auf die Umstände der Einführung und der Durchsetzung von *performance requirements* geachtet werden, um die erhofften Ziele zu erreichen und Investoren nicht abzuschrecken.<sup>422</sup>

Insgesamt sind die Erfahrungen mit *performance requirements* somit keineswegs eindeutig negativ zu bewerten, sondern eher gemischt bis verhalten negativ. Viel spricht dafür, dass die jeweiligen länder-

<sup>413</sup> Ebenda, S. 175.

<sup>414</sup> UNCTAD/WTO, a.a.O.

<sup>415</sup> Ebenda, S. 26.

<sup>416</sup> Z.B. eine überbewertete Währung sowie eine erfolglose regionale Entwicklungsstrategie in Chile, ebenda, S. 29.

<sup>417</sup> UNCTAD (2003a), a.a.O.

<sup>418</sup> Ebenda, S. 49-79.

<sup>419</sup> Dies ist die Festlegung eines bestimmten Mindestanteiles inländischen Kapitals an der DI.

<sup>420</sup> Ebenda, S. 80- 134. Folgendes Fazit wird von der UNCTAD in Bezug auf Indien gezogen: „*The evidence presented suggests that performance requirements, effectively enforced, can affect the performance of foreign affiliates and help the host countries meet their objectives.*“, ebenda, S. 114.

<sup>421</sup> Ebenda, S. 135-184.

<sup>422</sup> Ebenda, S. 185-219.

und branchenspezifischen Rahmenbedingungen entscheidend sind. Dazu kommt, dass bisher noch niemand den potenziellen weltweiten Wohlfahrtsschaden durch *performance requirements* und durch *entry restrictions* ermittelt hat. Lt. *Graham* ist dies auch nicht möglich: „*The honest answer is that they are almost impossible to quantify.*“<sup>423</sup> Die praktische Anwendung von *performance requirements* ist klar rückläufig, wie Tabelle 12 und Abbildung 9 (siehe Anhang 3), die auf einer Umfrage des Europäischen Runden Tisches der Industriellen (European Round Table of Industrialists, im Folgenden ERT) beruhen, zeigen. Die Investitionsbarrieren in 28 Entwicklungsländern haben sich innerhalb von nur sieben Jahren fast halbiert. *Performance requirements* sind auf einen Durchschnittswert von 0,82 gesunken. Interessanterweise hat China mit 3,5 den höchsten Wert aller untersuchten Staaten. Dies zeigt, dass ein großer und stark wachsender Markt die potenziellen Verzerrungen durch *performance requirements* überkompensiert.

<b>Tabelle 12: Anwendung von Performance requirements in Entwicklungsländern</b>			
<b>Staat</b>	<b>1992</b>	<b>1996</b>	<b>1999</b>
Argentinien	1	0,5	0,5
Bangladesch	1	0	0
Brasilien	0,5	0	0
China	4	3	3,5
Kolumbien	1	1	1
Ecuador	1	1	1
Ägypten	2	1	1
Ghana	1	1	0
Guatemala	1	0,5	0
Indien	1,5	1,5	1
Indonesien	3	1	0
Iran	3	3	3
Kenia	2	0	0
Südkorea	0	0	0
Malaysia	3	2	2,5
Mexiko	2	0,5	0
Nigeria	3	0	0,5
Pakistan	3	3	3
Philippinen	2	1	1
Sri Lanka	2	1	1
Syrien	2	2	2
Taiwan	1	1	1
Thailand	2	1	1
Tunesien	0	0	0
Türkei	0	0	0
Vietnam	0	0	0
Zimbabwe	3	0	0
<b>Durchschnitt</b>	<b>1,61</b>	<b>0,89</b>	<b>0,82</b>
<b>Quelle:</b> European Round Table of Industrialists (2000): Improved Investment Conditions, Third Survey on Improvements in Conditions for Investment in the Developing World.			

<sup>423</sup> Graham, a.a.O., S. 188.

Fraglich ist, ob ein investitionsverzerrender Effekt von *performance requirements* überhaupt existiert. Nunnenkamp/Pant haben die Ergebnisse der ERT-Studie als Grundlage für eine ökonometrische Korrelationsanalyse genommen. Untersucht wurde der Einfluss von *performance requirements* (unterteilt in a.) EPR, LCR und Industrie requirements, b.) employment requirements und c.) Technologietransferauflagen) auf DI-Bestände pro Kopf. Sowohl 1992 und 1999 gab es einen insignifikanten, leicht negativen Zusammenhang bei den ersten beiden *Performance-requirements*-Arten und sogar einen positiven, aber ebenfalls insignifikanten Zusammenhang bei der letztgenannten *Performance-requirements*-Art.<sup>424</sup>

Zu bilanzieren ist, dass es

- theoretische Rechtfertigungen für *performance requirements* gibt, dass aber die Gefahr von Ineffizienzen besteht, wenn kein geeignetes kompetitives Umfeld besteht,
- dass es empirische Evidenz für deren erfolgreiche Anwendung gibt (wenngleich dies wohl nicht für die Mehrzahl der Fälle gilt)
- und dass es immer weniger DI-Restriktionen in Entwicklungsländern gibt.

### IV.3.2 Investitionsanreize

Investitionsanreize lassen sich unterteilen in finanzielle, fiskalische und sonstige Anreize. Tabelle 18 (siehe Anhang 3) gibt einen Überblick über die vorhandenen Investitionsanreize. Unter finanzielle Investitionsanreize fallen insbesondere Subventionen (z.B. Ansiedlungsprämien) in ihren diversen Ausprägungen, während fiskalische Investitionsanreize vor allem Steuererleichterungen sind. Unter die sonstigen Investitionsanreize fallen insbesondere regulative Konzessionen wie niedrigere Arbeit- und Umweltstandards (z.B. Verbot gewerkschaftlicher Betätigung in EPZ) sowie subventionierte Infrastruktur. Zur Vereinfachung der Analyse werden im Folgenden ausschließlich finanzielle und fiskalische Investitionsanreize behandelt.

#### IV.3.2.1 Theorie

Investitionsanreize werden häufig als ein typisches Beispiel für ein Gefangenendilemma angesehen. Im Folgenden wird daher zunächst das Gefangenendilemma selbst dargestellt und anschließend auf Investitionsanreize angewandt.

Der Begriff Gefangenendilemma ist der Spieltheorie entnommen und bezeichnet allgemein Situationen, in denen Kooperation alle Spieler besser stellen könnte, bei denen jeder einzelne aber den Anreiz besitzt, sich nicht-kooperativ zu verhalten („defektieren“ in der Sprachwahl der Spieltheorie). Das klassische Gefangenendilemma, dem ein strikt zweckrationales Menschenbild zugrunde liegt, ist das Folgende: Zwei Männer (nennen wir sie A. und G.) werden beschuldigt, einen Bankraub begangen zu haben. Sie sind in getrennten Zellen inhaftiert und können nicht miteinander kommunizieren. Beiden wird nun unabhängig voneinander folgender „deal“ vorgeschlagen:

<sup>424</sup> Nunnenkamp/Pant, a.a.O., S. 26-28.

- Gesteht einer von beiden und der andere schweigt, so wird der Gestehende freigesprochen und der Schweigende zu zehn Jahren Haft verurteilt.
- Gestehen beide, werden beide zu acht Jahren Haft verurteilt.
- Schweigen beide, so werden beide aus Mangel an Beweisen nur wegen illegalen Waffenbesitzes zu zwei Jahren Haft verurteilt.

Welche ist nun die optimale Strategie für G. (und *vice versa* für A.), um die eigene Haftstrafe zu minimieren? Wenn G. redet und A. schweigt, wird A. zu zehn Jahren Haft verurteilt. Gesteht er und A. ebenfalls, reduziert sich die Haftstrafe auf acht Jahre. Es ist also besser für A. zu reden. Wenn G. schweigt und A. ebenfalls schweigt, wird er für zwei Jahre inhaftiert. Gesteht er, kommt er frei. Auch hier besteht also für A. ein Anreiz zu gestehen.

Somit ist es in jedem Fall für A. (und natürlich auch für G.) besser, zu gestehen. Beide werden nun also gestehen und damit für 10 Jahre in Haft kommen. Hätten sie beide geschwiegen („*kooperiert*“), wären sie nur für 2 Jahre inhaftiert worden.

Die Auswirkungen von Investitionsanreizen sowie der Bezug zum Gefangenendilemma sollen im Folgenden anhand eines Beispiels aus der Praxis analysiert werden.<sup>425</sup> Ein großes MNU hatte die Absicht, in einem von zwei Staaten zu investieren, um die Produktion eines ihrer Produkte zu steigern. In Land A hatte das Unternehmen bislang keine Produktionsanlagen, während es in Land B bereits entsprechende Kapazitäten gab, die problemlos hätten erweitert werden können. Dies wäre die ökonomischere Investition gewesen. In Konsultationen mit Regierungsvertretern des Landes A deutete das MNU aber an, dass es trotz der Standortnachteile bereit wäre, in Land A zu investieren, wenn das MNU Investitionsanreize – Subventionen – erhalten würde. Das Land A sagte daraufhin entsprechende Subventionen zu und das Unternehmen siedelte sich daraufhin in Land A an. Die Regierung des Landes Land A verkaufte die Investitionsentscheidung des MNU als großen Erfolg ihrer Wirtschaftspolitik. Da die Produktion sehr technologieintensiv erfolgt, erhoffte sich Land A einen Technologietransfer zu nationalen Unternehmen durch die Investition.

Wer sind nun die Gewinner und die Verlierer dieses Vorgangs? Unterstellt sei zunächst, dass das MNU die Wahrheit gesagt hat und Land B tatsächlich der ökonomischere Standort gewesen wäre. Dann wäre aus der globalen Perspektive ein Wohlfahrtsverlust entstanden, weil die Investition in einen unökonomischeren Standort gelenkt worden wäre. Leidtragender wäre natürlich auch das Land B, dem eine effiziente Investition „abgeworben“ worden wäre („*beggar-thy-neighbour*“).<sup>426</sup> Außerdem wäre ein Ressourcentransfer aus Steuergeldern in die Hände eines großen privaten Unternehmens für einen

<sup>425</sup> Es beruht im Wesentlichen auf Graham, a.a.O., S. 63-67. Nach seinen Angaben stammt das Beispiel von einem hochrangigen Regierungsvertreter eines asiatischen Staates.

<sup>426</sup> Im Grunde ist das *beggar-thy-neighbour*-Problem das Pendant des „St. Florians-Prinzips“. Während es bei ersteren darum geht, Vorteile zu Lasten anderer zu erzielen, geht es beim St. Florians-Prinzip darum, potenzielle Nachteile (man denke z.B. an den Widerstand von Bürgerinitiativen gegen die Aufstellung von Windkraftanlagen) für sich abzuwehren und in Kauf zu nehmen, dass andere diese Lasten tragen.

ineffizienteren Standort erfolgt.<sup>427</sup> Wenn das MNU aber geblufft hätte, d.h. wenn es von vornherein und ohne Aussicht auf staatliche Hilfen vorgehabt hätte, in Land A zu investieren, dann wäre zwar keine Investitionsverzerrung entstanden, aber ein Mitnahmeeffekt. Der Ressourcentransfer von öffentlichen in private Hände wäre in beiden Konstellationen eingetreten.

Die Schlussfolgerung *Grahams* hieraus ist, dass Investitionsanreize in jedem Fall wohlfahrtsreduzierend sind, weil sie entweder zu unökonomischen Standortentscheidungen oder zu Mitnahmeeffekten/Ressourcentransfer führen. Der Grund, warum es trotzdem immer noch zu Investitionsanreizen kommt, liege nun im Gefangenendilemma. Jeder Staat erhoffe sich Vorteile von DI für sich und seine Bürger. Die jeweiligen Regierungen erwarteten daher, dass auch die Regierungen anderer Staaten Investitionsanreize vergeben. Um den Konkurrenten auszusteichen, müssten ebenfalls Investitionsanreize erbracht werden, und zwar mehr als der Konkurrent zu erbringen bereit ist. So schraube sich die Spirale immer höher und es käme zu „*incentive wars*“, den die Staaten mit den größten Ressourcen gewinnen würden. Selbst, wenn ein Staat wisse, dass ein um eine Investition konkurrierender Staat keine Investitionsanreize vergibt, hätte der erstgenannte Staat einen Anreiz, solche zu vergeben, damit er einen Vorteil gegenüber dem Konkurrenten hat.

Die Konsequenz hieraus sei die Folgende: Obwohl es im gemeinsamen Interesse aller Staaten liegen würde, keine Investitionsanreize zu zahlen, täten es trotzdem alle, weil es (scheinbar) in ihrem Eigeninteresse liege. Eine Lösung dieses Problems könne nur durch eine Vereinbarung beider Staaten bzw. aller miteinander im Wettbewerb um Investitionen stehender Staaten liegen, keine Investitionsanreize mehr zu zahlen und Fehlverhalten zu sanktionieren. Ein multilateraler Investitionsvertrag wäre somit notwendig.<sup>428</sup>

Am Modell des Gefangenendilemmas kann berechtigte Kritik geübt werden. Hier soll dies auf zwei Punkte begrenzt werden.<sup>429</sup> Erstens ist die Annahme des rein zweckrationalen Verhaltens von Menschen zu hinterfragen. Vertrauen, Intuition, moralische Werte sowie Traditionen, die das menschliche Verhalten natürlich auch determinieren, werden dadurch ausgeblendet. Zweitens kann argumentiert werden, dass das „kooperieren“ (schweigen) durchaus rational sein kann. Denn das „defektieren“ (gestehen) ist eine riskante Strategie, die zu acht Jahren Gefängnis führen kann. Wenn beide schweigen, können beide ihre Haftzeit sehr stark begrenzen. Im Sinne einer Risikominimierung wäre dies eine logische Entscheidung, auch ohne die Möglichkeit der Kommunikation. Es hängt dann davon ab, wie die Gefangenen das Verhalten der Anderen einschätzen. Dazu kommen Übertragbarkeitsprobleme: Das Verhalten zweier Menschen kann nicht ohne weiteres auf das Verhalten zweier oder mehr Staaten übertragen werden. Bei letzteren wirken erheblich mehr Einflussfaktoren wie z.B. öffentliche Meinung, politisches System etc. mit.

<sup>427</sup> *Graham* fragt an dieser Stelle rhetorisch, ob die Steuerzahler des Landes A applaudiert hätten, wenn ihre Regierung die Investitionsentscheidung in diesem Licht dargestellt hätte, vgl. ebenda, S. 64.

<sup>428</sup> Ebenda, S. 66.

<sup>429</sup> Schon der Vorschlag eines entsprechenden deals erscheint sehr unrealistisch. Denn ein Beschuldigter kann kaum nur wegen einer belastenden Aussage allein verurteilt werden, wenn nicht noch weitere Indizien bzw. Beweise vorliegen.

Im Ergebnis kein Übertragbarkeitsproblem stellt die Tatsache dar, dass es sich bei Investitionsanreizen nicht um ein klassisches Gefangenendilemma handelt. Dieses zeichnet sich dadurch aus, dass es nur ein einziges Mal gespielt wird. Investitionsanreize werden natürlich immer wieder vergeben. In diesem Fall wird von einem sog. iterierten oder wiederholten Gefangenendilemma gesprochen. Dann läge zwar durchaus nahe, dass die Spieler nunmehr bereit wären, zu kooperieren, da sie häufiger miteinander zu tun haben. Die Theorie hat aber für diesen Fall festgestellt, dass jetzt eine Strategie des „tit-for-tat“ (Gleiches-mit-Gleichem-Vergelten) die dominante Strategie ist.<sup>430</sup> Übertragen auf das Thema Investitionsanreize würde dies bedeuten, dass die Standortsubvention des einen Staates mit einer – womöglich höheren – Standortsubvention des anderen Staates beantwortet wird, so dass die Schlussfolgerung *Grahams* nach wie vor ihre Gültigkeit behält. Demnach ist das Gefangenendilemma ein guter Ausgangspunkt für die Analyse von Investitionsanreizen. Es darf allerdings keinesfalls dogmatisch angewandt werden.

Die dargestellte Einschätzung von Investitionsanreizen und die daraus abgeleitete Notwendigkeit eines IIA ist auch in der Literatur nicht unumstritten. Insbesondere *Hoekman/Saggi* sind der Auffassung, dass es eines internationalen Ansatzes nur bedarf, wenn Investitionsanreize effektiv sind in dem Sinne, dass sie die Standortentscheidung eines Investors tatsächlich beeinflussen. Denn wenn die Investitionsanreize nicht im Eigeninteresse der Staaten wären, gäbe es auch keinen Anlass mehr, sie zu vergeben. Ineffektive Investitionsanreize wiederum seien nicht investitionsverzerrend und auch generell nicht sonderlich problematisch: „If incentives are ineffective, there are no real negative spillovers.“<sup>431</sup> Dieser Einschätzung ist zu widersprechen. Denn im Umkehrschluss würde dies bedeuten, dass nur noch effektive Investitionsanreize vergeben werden. Dies ist ganz sicher ein unrealistisches Szenario, wengleich es letztendlich nur empirisch überprüft werden kann. Es kann schon bezweifelt werden, ob die Subventionsgeber (häufig Kommunen und sub-nationale Einheiten wie Bundesstaaten, Kantone, Bundesländer etc.) überhaupt über die notwendigen Informationen verfügen, um die Effektivität eines Investitionsanreizes richtig einschätzen zu können. Und nicht erfolgreiche Investitionsanreize sind ein Problem, da sie zu Ressourcenverschwendung- und -transfer und Mitnahmeeffekten führen können. Gerade in Entwicklungsländern ist dies bei knappen öffentlichen Ressourcen und relativ schwachen inländischen Unternehmen, deren Wettbewerbsposition gegenüber MNU durch unsinnige Transfers noch weiter gestärkt wird, ein großes Problem.

Effektive Investitionsanreize wiederum können ökonomisch durchaus gerechtfertigt werden. Die Argumentation ist ähnlich wie bei *performance requirements*. Positive Externalitäten, z.B. durch induzierten Technologietransfer an einheimische Unternehmen, können die Kosten der Subventionsgewährung kompensieren.<sup>432</sup> Hier kommt es wieder entscheidend auf die volkswirtschaftlichen Auswirkungen von DI im Allgemeinen und von *spillovers* im Besonderen an. Diese hängen sehr von den Bedingungen des Ziellandes und von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab und sind als eher gemischt einzuschätzen (vgl. IV.2.1).

<sup>430</sup> North, a.a.O., S. 15-16.

<sup>431</sup> Hoekman/Saggi, a.a.O., S. 14-15, hier: S.15; Ferrarini, a.a.O., S. 505.

<sup>432</sup> Allerdings ist die an *Samuelson* angelehnte Begründung von *Hoekman/Saggi*, durch Subventionen könnten Investitionen an den Standort gelenkt werden, wo es den höchsten gesellschaftlichen Nutzen bringt, höchst fragwürdig, vgl. Hoekman/Saggi, a.a.O., S. 14-15.

Ein interessantes Argument ist, dass durch Investitionsanreize im Zusammenhang mit *performance requirements* eine Verhaltensänderung des Unternehmens leichter zu erreichen ist. Während *performance requirements* ohne Verknüpfung mit Investitionsanreizen zu einem Verzicht auf die Investition führen können, kann eine entsprechende Verbindung dazu führen, dass die Investition trotz der Auflagen getätigt wird und die Auflagen sogar besser eingehalten werden, weil der Investor dafür „bezahlt“ worden ist. Natürlich hängt der Nutzen dann wieder von der Sinnhaftigkeit der *performance requirements* ab.

Der letzte Punkt verdeutlicht, dass eine – leider fast immer ignorierte – Differenzierung zwischen verschiedenen Arten von Investitionsanreizen notwendig ist. Alle dargestellten Probleme mit Investitionsanreizen bezogen sich auf Standortsubventionen („*locational incentives*“). Viele dieser Nachteile sind bei verhaltensbezogenen Investitionsanreizen („*behaviour-specific incentives*“), die erst nach erfolgtem Marktzutritt vergeben werden, entweder überhaupt nicht oder nur in eingeschränkter Ausprägung möglich. So ist z.B. ein *incentive war* sowie eine evtl. dadurch veranlasste ineffiziente Standortentscheidung unmöglich, da der Investor bereits seine Standortwahl getroffen hat. Natürlich liegt in diesem Fall auch ein Ressourcentransfer vor, aber die Knüpfung an eine Auflage, z.B. ein bestimmter *local content*, kann evtl. Asymmetrien wieder reduzieren. Die Gefahr eines Mitnahmeeffekts ist allerdings ähnlich groß wie bei Standortsubventionen.

In der Abwägung sind Investitionsanreize in theoretischer Hinsicht kritisch zu bewerten, wenngleich es ökonomisch nachvollziehbare Rechtfertigungen für sie gibt.

#### IV.3.2.2 Empirie

Große Übereinstimmung herrscht in der Literatur darüber, dass auf der einen Seite die Vergabe von Investitionsanreizen deutlich zugenommen hat, auf der anderen Seite verlässliche Zahlen über den genauen Umfang fehlen.<sup>433</sup> Investitionsanreize werden mittlerweile in Paketen (direkte Subventionen, Steuererleichterungen, Infrastrukturhilfen, Lohnzuschüsse etc.) geschnürt und gehen bei größeren Projekten immer häufiger in dreistellige Millionenhöhen. So hat z.B. Portugal für die Ansiedlung einer Automobilfabrik 680 Millionen US-Dollar an Ford und Volkswagen gezahlt; für die AMD-Chipfabrik in Dresden wurden immerhin noch Investitionsanreize im Wert von 550 Millionen US-Dollar (bei einem Gesamtwert der Investition von 1,9 Milliarden US-Dollar) gewährt.<sup>434</sup> Den bisherigen Rekord hält die Ansiedlung einer petrochemischen Fabrik von *Dow Chemical* in Ostdeutschland, die 1996 mit 6,8 Milliarden US-Dollar unterstützt worden ist.<sup>435</sup> Wenn die Investitionsanreize in Beziehung zu den geschaffenen Arbeitsplätzen gewährt werden, wird der Umfang besonders gut deutlich (vgl. Tabelle 13). Wenn – wie im Fall von *Dow Chemical* – jeder geschaffene Arbeitsplatz mit 3,4 Millionen US-Dollar an Steuergeldern subventioniert wird, kann nur von einem krassen Missverhältnis gesprochen werden.

<sup>433</sup> Charlton, A. (2003): Incentive Bidding for Mobile Investment: Economic Consequences and Potential Responses; UNCTAD (2002), a.a.O., S. 204; UNCTAD (2004): Incentives, S. 59; Nunnenkamp/Pant, a.a.O., S. 29. Letzterer verweist darauf, dass weder Regierungen noch Investoren aus offensichtlichen Gründen ein Interesse daran haben, genaue Zahlen zu veröffentlichen.

<sup>434</sup> Charlton, a.a.O., S. 23.

<sup>435</sup> UNCTAD (2002), a.a.O., S. 204; Weltbank (2003a): Global Economic Prospects and the Developing Countries 2003, S. 82.

<b>Tabelle 13: Geschätzte Höhe von Investitionsanreizen für ausgewählte DI-Projekte 1995-2000</b>			
<b>Jahr</b>	<b>Zielland</b>	<b>Investor</b>	<b>Summe pro Arbeitsplatz (in US-Dollar)</b>
1995	Brasilien	Volkswagen	54.000-94.000
1995	Großbritannien	Siemens	51.000-190.000
1996	Brasilien	Renault	133.000
1996	Brasilien	Mercedes-Benz	340.000
1996	Deutschland	Dow	3.400.000
1996	Israel	Intel	300.000
1996	Großbritannien	Hyundai	190.000
1996	Großbritannien	LG	48.000
1997	Indien	Ford	420.000
1997	USA	Shintech	500.000
1997	USA	Daimler Benz	100.000
1998	Großbritannien	Ford	138.000
1998	Großbritannien	IMR	63.400
1998	Großbritannien	Dupont	201.000
1998	USA	Toyota	69.000
2000 (geplant)	Kanada	Mosel Vitelic	450.000
2000 (geplant)	Israel	Intel	350.000
2000	USA	Honda	105.000

**Quelle:** UNCTAD (2002), a.a.O., S. 205

Insbesondere Entwicklungsländer wenden dieses Instrument immer häufiger an.<sup>436</sup> So wird der Wert der Investitionsanreize, die alleine die Philippinen im Jahr 2001 vergeben haben, auf 2,5 Milliarden US-Dollar geschätzt.<sup>437</sup> Besonders häufig werden Investitionsanreize in föderalistischen Staaten wie USA, Kanada, Deutschland, Indien, Brasilien etc. angewandt, weil dort auch die Kommunen und Regionen um Investitionen konkurrieren können. Der Bundesstaat New York hat beispielsweise innerhalb von 10 Jahren 2 Milliarden US-Dollar an Unternehmen nur aus dem Grund gezahlt, dass diese ihren Standort nicht verlagern.<sup>438</sup> In 11 von 20 untersuchten Bundesstaaten der USA sind für das Jahr 1998 Fälle dokumentiert, in denen die Höhe der Investitionsanreize die Höhe der Steuerzahlungen übertroffen hat („Negativsteuern“).<sup>439</sup> Meistens werden von Entwicklungsländern fiskalische Anreize angewandt, während Industrieländer – immer noch die Hauptnutzer von Investitionsanreizen – überwiegend finanzielle Anreize gewähren.<sup>440</sup> Eine weitere wichtige Übereinstimmung besteht darin, dass Subventionswettläufe um DI weniger globalen, sondern eher regionalen oder gar lokalen Charakter haben.<sup>441</sup> Daher kommt es nur selten zu einem direkten Wettbewerb um DI zwischen Industrie- und Entwicklungsländern. Meistens werben Staaten oder Regionen mit vergleichbaren Standortbedingungen um DI in technologie- und Know-how-intensiven Industriebereichen. Typische Branchen sind die Automobil- und die Computerindustrie (siehe auch Tabelle 13). Große *incentive wars* zwischen Staaten – nicht unbedingt aber innerhalb von Staaten – sind nach Weltbank-Angaben eher

<sup>436</sup> Weltbank (2003a), a.a.O., S. 80-82.

<sup>437</sup> Charlton, a.a.O., S. 18.

<sup>438</sup> Ebenda, S. 22.

<sup>439</sup> Ebenda, S. 21.

<sup>440</sup> UNCTAD (2004), a.a.O., S. 5.

<sup>441</sup> Sanna-Randaccio, a.a.O., S. 11; UNCTAD (2004), a.a.O., S. 60.

selten. Sie würden nur bei außergewöhnlich großen Projekten in einigen von den Zielländern als strategisch eingestuften Branchen auftreten.<sup>442</sup>

Neben der Anwendung von Investitionsanreizen stellt sich die Frage, welche empirischen Ergebnisse es hinsichtlich der Effektivität (der Beeinflussung der Standortentscheidung) und der Effizienz (der Erreichung der mit den DI erhofften Externalitäten) gibt. Hinsichtlich der Effektivität überwiegen eindeutig die skeptischen Stimmen. Investitionsanreize werden generell als ein untergeordneter Faktor bei der Standortentscheidung ausländischer Investoren angesehen.<sup>443</sup> Dieses Ergebnis bestätigen auch *Morisset/Pirnia* in einem sehr umfangreichen *Review* von Umfragen und ökonomischen Untersuchungen, der bis in die 1950er-Jahre zurückgeht, wobei allerdings ausschließlich fiskalische Investitionsanreize untersucht wurden. Interessant ist aber die Differenzierung, dass Investitionsanreize doch eine wichtige Rolle spielen können, wenn ein Investor die Auswahl zwischen mehreren Standorten mit mehr oder weniger gleichen Bedingungen hat. Dann können sie quasi das „Zünglein an der Waage“ sein. Außerdem wären Investitionsanreize bei exportorientierten DI effektiver als bei binnenmarkt-orientierten DI.<sup>444</sup> Die UNCTAD – die die vorangestellten Ergebnisse ebenfalls bestätigt – verweist auf zwei neuere Studien, wonach Investitionsanreize in jüngster Zeit doch eine bedeutendere Rolle als Determinante für DI spielen. Gleichzeitig verweist sie anhand eines Beispiels aus Botswana darauf, dass die Wahrscheinlichkeit, dass solche DI nach Auslaufen der Subventionen wieder abgewickelt werden, höher ist.<sup>445</sup>

Hinsichtlich der Effizienz bzw. der Wohlfahrtsauswirkungen von Investitionsanreizen mangelt es an systematischer empirischer Evidenz. Dies könnte daran liegen, dass diese Effekte schwer zu messen und zu bewerten sind. Schon die Kosten von Investitionsanreizen sind aufgrund der Bündelung vieler Einzelmaßnahmen in Pakete nicht immer einfach feststellbar. Die Schwierigkeiten bei der Messung von *spillovers* – der potenzielle Nutzen von Investitionsanreizen – sind bereits an anderer Stelle dargelegt worden (IV.2.1). Schwierig ist auch, wie quantitative Kosten (z.B. Wert der gezahlten Subventionen) mit qualitativen Effekten (z.B. Technologietransfer) „verrechnet“ werden sollen. Diese Einschränkungen vorausschauend, ist die Effizienz bestenfalls als gemischt einzuschätzen. Nach *Morisset/Pirnia* realisieren sich die erwünschten Externalitäten überwiegend nicht. Verwiesen wird z.B. auf gravierende negative Einflüsse von Investitionsanreizen in South Carolina auf den Haushalt des Bundesstaates. Insgesamt gäbe es nur wenige Erfolgsbeispiele wie z.B. Singapur und Irland.<sup>446</sup> Neben diesen beiden Ländern, die häufig als positive Beispiele angeführt werden, gibt es anekdotische Evidenz dafür, dass es in Portugal und teilweise in Brasilien gelungen ist, durch Investitionsanreize mehr DI in unterentwickelte Regionen zu lenken und damit wichtige und gewünschte Verteilungswirkungen zu erzielen.<sup>447</sup> Die UNCTAD verweist darauf, dass verhaltensspezifische Investitionsanreize generell zu

<sup>442</sup> Weltbank (2003a), a.a.O., S. 130-131.

<sup>443</sup> Nunnenkamp, a.a.O., S. 29; Hoekman-Saggi, a.a.O., S. 12. Interessanterweise hat die UNCTAD in ihrem Weltinvestitionsbericht 1998, in dem u.a. Determinanten von DI untersucht worden sind, die Rolle von Investitionsanreizen noch nicht einmal erwähnt, vgl. UNCTAD (1998a), a.a.O., S. 89-126.

<sup>444</sup> Morisset, J./Pirnia, N. (2000): How Tax Policy and Incentives Affect Foreign Direct Investment, A Review; letzteres bestätigt auch die Weltbank (2003a), a.a.O., S. 81.

<sup>445</sup> UNCTAD (2004), a.a.O., S. 61-62, 75.

<sup>446</sup> Morisset/Pirnia, a.a.O., S. 21-23. Die Autoren verweisen auch auf die zum Teil sehr hohen administrativen Kosten für das Management von Anreizsystemen.

<sup>447</sup> Charlton, a.a.O., S. 26.

besseren Ergebnissen führen als Standortanreize. So sei es in Ungarn, Malaysia, Südkorea, Südafrika und Singapur gelungen, die Ausbildung der Mitarbeiter in ausländischen Tochtergesellschaften zu verbessern.<sup>448</sup>

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass

- bei Investitionsanreizen die Situation eines Gefangenendilemmas vorliegt;
- theoretische Rechtfertigungsgründe für Investitionsanreize vorliegen;
- die Anwendung von Investitionsanreizen in der Praxis immer weiter zunimmt, wodurch die öffentlichen Haushalte immer stärker belastet werden;
- Investitionsanreize in der Regel ineffektiv und ineffizient sind, wobei zwischen verhaltensspezifischen Investitionsanreizen und Standortsubventionen zu differenzieren ist.

---

<sup>448</sup> UNCTAD (2004), a.a.O., S. 62.

## IV.4 Zusammenfassung

### a.) Aussagekraft von Direktinvestitionsstatistiken und quantitative Entwicklung

Es wurde dargelegt, dass es eine ganze Reihe von Problemen bei der statistischen Erfassung von DI gibt. Die größten Schwächen liegen in der unterschiedlichen Erfassung und Qualität nationaler Statistiken (die eher konservative Zählweise der Deutschen Bundesbank erklärt zum Teil die im internationalen Vergleich niedrigen DI der Bundesrepublik Deutschland vor 1999), der unterschiedlichen Bewertung von DI-Beständen sowie bei der Erfassung von F+Ü. Tendenziell werden die Statistiken durch die beschriebenen Mechanismen eher zu hoch ausgewiesen. Die Aussagekraft dieser Statistiken ist daher eingeschränkt, die Vergleichbarkeit mit anderen gesamtwirtschaftlichen Indikatoren nur bedingt sinnvoll. Gänzlich ungeeignet sind sie, wenn damit die Qualität eines Standortes bzw. die internationale Wettbewerbsfähigkeit einer Volkswirtschaft ausgesagt werden soll.<sup>449</sup> Allerdings darf nicht übersehen werden, dass es Bemühungen für eine bessere internationale Vergleichbarkeit der Statistiken gibt.

Unter Berücksichtigung der genannten Einschränkungen ist die wichtigste quantitative Entwicklung sicherlich der starke absolute und relative Anstieg der DI (Ströme und Bestände) seit den 1980er-Jahren, vor allem aber seit Anfang der 1990er-Jahre. Die Schallgrenze von einer Billion US-Dollar (DI-Zuflüsse im Jahr 2000) ist dafür ein Symbol. Auch der Rückgang der DI-Ströme im Zuge des Einbruchs auf den weltweiten Aktienmärkten kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Bedeutung von DI stark gestiegen ist. Allerdings beträgt die Höhe der Internationalisierung der Produktion unter Verwendung der richtigen Indikatoren und unter Beachtung der statistischen Unsicherheiten nicht mehr als 10-11%. DI sind sehr ungleich zwischen Industrie- und Entwicklungsländern sowie innerhalb des Blockes der Entwicklungsländer verteilt. Der Löwenanteil der DI entfällt in der letztgenannten Gruppe auf wenige Staaten, die LDCs sind weitgehend von den weltweiten DI-Flüssen abgekoppelt. DI stellen mit Ausnahme der LDCs die wichtigste Art des Kapitalzuflusses in Entwicklungsländer dar und haben damit API, Entwicklungshilfe sowie Bankkredite abgelöst. Ein Vergleich der DI-Ströme relativ zur ökonomischen Größe eines Landes erbringt Evidenz für die These, dass Staaten mit kleineren Binnenmärkten überproportional viel DI bekommen, während nicht unbedingt eine Parallelität zwischen Wirtschaftsstärke und Höhe von DI festzustellen ist. F+Ü haben seit Mitte der 1990er-Jahre einen Anteil von ca. 2/3 an den DI-Strömen; in den Industrieländern liegt der Wert sogar noch höher. Die größten MNU, die einen hohen Anteil an den DI haben, kommen fast ausschließlich aus Industrieländern.

### b.) Volkswirtschaftliche Auswirkungen von DI

Im Unterschied zu der Zusammenfassung der quantitativen Entwicklung soll hier nur eine knappe Wiederholung der Einzelergebnisse erfolgen. Ansonsten soll der Versuch unternommen werden, Gemeinsamkeiten zwischen den einzelnen Feldern herauszuarbeiten. Zur besseren Orientierung gibt

<sup>449</sup> Diese Einschätzung teilen auch Jungnickel, a.a.O., S. 374 sowie Bellak, a.a.O., S. 111, 116-117.

Tabelle 14 einen Überblick über die Teilergebnisse, wobei ++ stark positiv, + tendenziell positiv, +- gemischt, - tendenziell negativ und -- stark negativ bedeutet. Die Tabelle dient der Illustration. Es ist natürlich nicht möglich, aus ihr eine sinnvolle Aussage zu den gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen von DI abzuleiten, weil z.B. der Faktor Wachstum bedeutsamer ist als der Faktor Lohnhöhe oder TPM. Auch lassen die Einstufungen keine Differenzierung nach Ziel- und Herkunftsland, Industrie- und Entwicklungsland, direkten und indirekten Effekten, Kontinenten usw. zu. Trotzdem soll die Übersicht als Ausgangspunkt der Analyse dienen.

<b>Tabelle 14: Überblick über die volkswirtschaftlichen Auswirkungen von DI</b>	
<b>Feld</b>	<b>Auswirkung</b>
Wachstum	+-
Beschäftigung	+
Lohnhöhe	++
Wettbewerb	-
Zahlungsbilanz/Volatilität	+
Transferpreismanipulation	--
<b>Quelle:</b> Eigene Zusammenstellung	

Es ergibt sich insgesamt ein gemischtes Bild. Die klarsten Ergebnisse ergeben sich hinsichtlich der Lohnhöhe sowie in Bezug auf TPM. Alle anderen Einstufungen beziehen sich auf Tendenzen bzw. gemischte Ergebnisse. Deutlich wird aber, dass DI sowohl positive als auch negative Auswirkungen haben können. Wie insbesondere bei den Wachstumseffekten dargelegt wurde, ist bei der Ermittlung von positiven oder negativen Effekten immer zu prüfen, in welche Richtung die Kausalität verläuft (die Unklarheiten bei den Wachstumseffekten führen daher zu der gemischten (+-) Einstufung). Zu bedenken ist, dass nur bei den Bereichen Lohnhöhe und TPM in sinnvoller Weise der Opportunitätskostentest durchgeführt werden konnte.

Eine erste wichtige Gemeinsamkeit ist, dass politische und ökonomische Bedingungen im Zielland die Auswirkungen entscheidend beeinflussen können. Die Wachstumseffekte von DI scheinen von makro-ökonomischen und institutionellen Faktoren wie Bildungsniveau, Offenheitsgrad, Infrastruktur etc. abzuhängen, die Wettbewerbsauswirkungen lassen sich entscheidend durch Wettbewerbsgesetze verbessern, und auch TPM ist durch ein effektives nationales Steuersystem oder internationale Unternehmenssteuerharmonisierung sicherlich reduzierbar.

Zweitens ist die Art des Markteintritts bedeutsam. Zwischen *greenfield investment* sowie F+Ü lässt sich ein klares wohlfahrtsökonomisches Über-Unterordnungsverhältnis zugunsten der ersten Kategorie feststellen. F+Ü führen bei den zentralen volkswirtschaftlichen Feldern Wachstum, Beschäftigung und Wettbewerb entweder zu einem negativen oder bestenfalls neutralen direkten Wohlfahrtseffekt. Offen bleibt, ob F+Ü im Zeitverlauf diese Schwächen gegenüber *greenfield investment* wieder kompensieren können.

Die dritte Gemeinsamkeit bezieht sich auf die Methodik. Die Auswahl unabhängiger und abhängiger Variablen, das Beobachtungsaggregat, der beobachtete Zeitraum, die Auswahl und Verlässlichkeit der Datenquellen sowie das gewählte statistische Verfahren determinieren die Ergebnisse. Dies ist auch der Grund dafür, warum es immer wieder unterschiedliche Ergebnisse zu den gleichen Fragestellungen gibt.

Obwohl die politischen Implikationen dieses Kapitels erst später behandelt werden, sei hier schon einmal darauf hingewiesen, dass es nicht unbedingt ein politisches Ziel sein kann, die Quantität der DI auf noch größeren Höhen zu schrauben, sondern für eine bessere geografische Verteilung von DI sowie für eine Maximierung der positiven bzw. eine Minimierung der negativen Seiten zu sorgen. Inwieweit internationale Investitionsverträge dies leisten können, wird eine entscheidende Frage sein.

### **c.) Volkswirtschaftliche Auswirkungen ausgewählter DI-Politiken**

Die volkswirtschaftlichen Auswirkungen von *performance requirements* und Investitionsanreizen sind als sehr unterschiedlich einzuschätzen. Zwar gibt es für beide Formen gute theoretische Rechtfertigungsgründe, die sich auch nicht sonderlich voneinander unterscheiden, bei den Investitionsanreizen ist aber die besondere Situation des Gefangenendilemmas gegeben. Unterschiedlich sind vor allem die empirischen Ergebnisse zu bewerten. Bei *performance requirements* weisen insbesondere neuere Studien auf größere Erfolgchancen hin, wobei insgesamt immer noch eine gewisse Skepsis angebracht erscheint. Bei Investitionsanreizen – mit der Ausnahme von verhaltensbezogenen Investitionsanreizen – muss klar davon gesprochen werden, dass diese ineffizient und ineffektiv sind und somit wohlfahrtsreduzierend wirken. Der größte Unterschied zwischen *performance requirements* und Investitionsanreizen besteht darin, dass die praktische Anwendung bei ersteren immer weiter abnimmt und bei letzteren immer weiter zunimmt. Daher spricht viel dafür, dass es eher die Investitionsanreize sind, auf die sich der Fokus internationaler Investitionsverträge richten sollte und weniger *performance requirements*. Diese Frage wird im Reformteil wieder aufgegriffen.

## V. WTO

Die Welthandelsorganisation (*World Trade Organization*, WTO) ist die neben dem IWF und der Weltbank bedeutendste globale Wirtschaftsorganisation. Da sie in vielfältiger Weise bereits jetzt mit DI zu tun hat und als ein mögliches Forum für einen IIA gilt, wird sie in diesem Kapitel entsprechend intensiv dargestellt. Im ersten Abschnitt werden die historischen Grundlagen sowie der Aufbau und die Funktionsweise des WTO-Systems beschrieben. Im zweiten Abschnitt werden dann die WTO-Verträge dargestellt, die einen Bezug zu DI haben.

### V.1. Entwicklung und Aufbau des WTO-Systems

#### V.1.1 Von der ITO zur WTO

##### V.1.1.1 Die Havanna-Charta

Nach dem Zweiten Weltkrieg gab es zunächst einen starken Willen zum (Wieder)aufbau multilateraler Friedens- und Wirtschaftsorganisationen. Neben einer handlungsfähigen UN, die im Mittelpunkt des Völkerrechtssystems stehen sollte, waren im Wirtschaftsbereich der Aufbau des IWF, der Weltbank und der ITO geplant. Die geplanten Wirtschaftsorganisationen gingen sehr stark auf theoretische Vorarbeiten von *John Maynard Keynes* zurück. In diesem Konzept war der ITO ein sehr breites Mandat zugeschrieben, das weit über den Rahmen der Handelsliberalisierung hinausgehen sollte. Von November 1947 bis März 1948 fand die UN-Konferenz für Handel und Beschäftigung in Havanna statt. Nach intensiven Verhandlungen gelang es den 53 beteiligten Staaten, die Charta für die ITO auszuhandeln und zu unterzeichnen (Havanna-Charta<sup>450</sup>, im Folgenden ITO-E).

Von den insgesamt 9 Kapiteln der Havanna-Charta war nur eines (Kapitel IV) der Handelspolitik gewidmet. Daneben gab es Kapitel zur Beschäftigungspolitik, zu ökonomischer Entwicklung und Wiederaufbau, wettbewerbsbeschränkenden Geschäftspraktiken und zu intergouvernementalen Rohstoffabkommen.<sup>451</sup> Die ITO sollte eine Sonderorganisation der UN nach Art. 57 der UN-Charta werden und eng mit der UN kooperieren (Art. 72 (1) (f), 86 ITO-E). In sehr allgemeiner Form enthielt die Charta auch Bestimmungen über internationale Investitionen. So sollten sich die Mitgliedsstaaten ungerechtfertigten Maßnahmen gegenüber ausländischen Investoren enthalten (Art. 11 (1)). Verbindliche Bestimmungen über Enteignung und Kompensation waren aber noch nicht durchsetzbar. Die ITO sollte Empfehlungen für bi- oder multilaterale Investitionsabkommen aussprechen, die sowohl Investitionsschutzbestimmungen als auch Technologie- und Know-how-Transfer an die Empfängerstaaten enthalten sollten (Art. 11 (2)). Anerkannt wurde, dass internationale Investitionen eine wichtige Rolle bei der ökonomischen Entwicklung eines Landes und so weit auch für den sozialen Fortschritt spielen können. Auf der anderen Seite wurde aber den Staaten das Recht zuerkannt, selbst zu entscheiden, ob und zu welchen Bedingungen zukünftige AI in ihren Ländern zugelassen werden –

<sup>450</sup> Havanna Charta for an International Trade Organization (Exzerpt), in UNCTAD (1996), a.a.O., S. 3-13.

<sup>451</sup> Außerdem noch ein Kapitel zu den Zielbestimmungen sowie drei institutionelle Kapitel.

ein völkerrechtliches Recht auf Marktzugang für ausländische Investoren war chancenlos (Art. 12 (1) (c) (iii)). Ausländische Investoren sollten sich zudem nicht in die inneren Angelegenheiten und die nationalen Politiken der Empfängerstaaten einmischen (Art. 12 (1) (c) (i)) – dies war vor allem für Entwicklungsländer sehr bedeutsam, die zum Teil gerade erst ihre staatliche Unabhängigkeit erkämpft hatten.

Auch in institutioneller Hinsicht enthielt die Havanna-Charta bemerkenswerte Ansätze. So wurde ein Review-Mechanismus für Entscheidungen der ITO-Konferenz, des höchsten Organes der geplanten Organisation, geschaffen. Jedes Mitglied, das von einer Entscheidung der Konferenz betroffen gewesen wäre, hätte die Möglichkeit gehabt, diese Entscheidung vom Internationalen Gerichtshof (IGH) überprüfen zu lassen (Art. 96 (2)). Dies hätte zwar nur die Rechtsqualität einer „*advisory opinion*“ gehabt, aber die ITO wollte sich an ein IGH-Votum gebunden fühlen und ihre Entscheidungen im Konfliktfall modifizieren (Art. 96 (5)). Außerdem wurde die Möglichkeit, nach Art. 96 UN-Charta Gutachten des IGH zu bestimmten Rechtsfragen anzufordern, explizit in die Havanna-Charta aufgenommen (Art. 96 (1)). Interessant sind auch die Entscheidungsmechanismen der ITO. Demnach sollten Mehrheitsentscheidungen durch Abstimmung die gewöhnliche Entscheidungsform sein (einfache Mehrheit der anwesenden und abstimmenden Mitglieder nach Art. 75 (2)). Neue völkerrechtliche Verträge, die innerhalb des ITO-Rahmens ausgearbeitet werden, sollten mit einer 2/3-Mehrheit der anwesenden Mitglieder zur Annahme empfohlen werden (Art. 77 (4)). Sogar eine Änderung der Charta selbst wäre mit einer qualifizierten Mehrheit von 2/3 möglich gewesen, soweit nicht Verpflichtungen von Mitgliedern betroffen gewesen wären (Art. 100 (1)).

Die ITO kam nie zustande, stattdessen wurde das allgemeine Zoll- und Handelsabkommen (*General Agreement on Tariffs and Trade*, GATT) ausgehandelt. Die USA unterzeichneten zwar die Charta, ratifizierten sie aber nicht. Es kam noch nicht einmal zu einer Ratifizierungsabstimmung im US-Kongress. Der Grund ist vor allem der Widerstand breiter Kreise der amerikanischen Wirtschaft gegen die Charta. Befürchtet wurde eine Art Überregierung durch die ITO und ein zu starker Eingriff in die amerikanische Souveränität; befürchtet wurde auch, dass die USA in den ITO-Gremien von der Mehrheit der Entwicklungsländer überstimmt werden könnten. Ein weiterer Grund waren die aus Sicht der Wirtschaft unzureichenden Investitionsschutzbestimmungen, die zu wenig dem Geiste des freien Unternehmertums und des freien Wettbewerbs verpflichtet gewesen seien. Ohne die Ratifikation der USA wurde die Gründung der ITO nach Auffassung der anderen Unterzeichnerstaaten als sinnlos eingeschätzt.<sup>452</sup> Lt. UNCTAD scheiterte die Charta am Widerstand der führenden kapitalexportierenden Staaten.<sup>453</sup>

### V.1.1.2 GATT

1947 – noch vor der Havanna-Konferenz – begannen 23 Staaten mit Verhandlungen zur Reduzierung von Zollsätzen und zur Aufstellung von Handelsregeln. Die beteiligten Staaten gingen davon aus, dass

<sup>452</sup> Brog, H. (1990): *Handel statt Hilfe, Die entwicklungspolitischen Vorstellungen in der Havanna-Charta 1947/48*, S. 221-232; Herdegen, a.a.O., S. 121; UNCTAD (1996), a.a.O., S. XX.

<sup>453</sup> Ebenda.

diese Regeln in einem engen Zusammenhang zu den umfassenderen ITO-Bestimmungen stehen würden. Deswegen sieht der – heute bedeutungslose – Art. 29 des GATT vor, dass die allgemeinen Grundsätze der Havanna-Charta bis auf die Kapitel VII und VIII zu beachten sind. Die Anwendung des gesamten Teils II des GATT, in dem die wichtigsten Bestimmungen enthalten sind, wäre ausgesetzt worden, wenn die Havanna-Charta in Kraft getreten wäre (Art. 29 (2)). Am 1.1.1948 trat dann das GATT als internationaler Vertrag vorläufig in Kraft – zu diesem Zeitpunkt wurde noch über die Havanna-Charta verhandelt. De facto entwickelte sich das GATT zu einer internationalen Organisation mit eigenen Beschluss- und Vollzugsorganen sowie einem Streitschlichtungsmechanismus. Bis Mitte der 1970er-Jahre folgten sechs weitere Welthandelsrunden, in denen es überwiegend um Zollreduzierungen ging. Eine erste Erweiterung des Anwendungsbereiches brachte die Kennedy-Runde von 1964-1967, die das Anti-Dumpingabkommen hervorbrachte. In der darauf folgenden Tokio-Runde von 1973-1976 wurde dann erstmals versucht, die GATT-Regeln auf nichttarifäre Handelshemmnisse zu erweitern. Themen wie Subventionen, öffentliches Beschaffungswesen und technische Handelshemmnisse kamen auf die Tagesordnung, zunächst aber nicht in der Form von multilateralen Abkommen, sondern in der Form von „codes“, die im Wesentlichen nur die Industrieländer untereinander abschlossen.<sup>454</sup> 1971 wurde das „Generalized System of Preferences“ (im Folgenden GSP) eingeführt.<sup>455</sup> Dadurch wurde die Möglichkeit geschaffen und intensiv genutzt, Entwicklungsländern Präferenzzölle zu gewähren. Es handelt sich dabei um Handelsprivilegien, nicht um einklagbare Rechte für Entwicklungsländer. Bis zu seiner Ablösung durch die WTO blieb das GATT aber im Wesentlichen ein Verhandlungsforum zur Reduzierung von Zollsätzen.<sup>456</sup> Mit einem durchschnittlichen weltweiten Zollsatz von heute 3% auf Industrieprodukte<sup>457</sup> konnte dieses Ziel weitgehend verwirklicht werden, wengleich für einzelne Produkte immer noch sehr hohe Zölle bestehen (genauer siehe V.1.3.1).

Neben den multilateralen Zollsenkungen, die rechtstechnisch nicht durch eigene Abkommen, sondern durch Annexierung umgesetzt worden sind, wurden im GATT-System auch sog. plurilaterale Übereinkommen ausgehandelt. Dies sind Übereinkommen, die nicht von allen GATT-Vertragsstaaten abgeschlossen worden sind. Heute gibt es noch das Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen sowie das Übereinkommen über den Handel mit Zivilluftfahrzeugen. Erwähnenswert ist noch, dass das GATT das sog. „grandfathering“ zuließ. Damit sind Ausnahmen für bereits bestehende nonkonforme („altehrwürdige“) Maßnahmen gemeint.

### V.1.1.3 Uruguay-Runde und WTO-Gründung

Anfang der 1980er-Jahre begannen die Vorarbeiten für die Welthandelsrunde, die später als Uruguay-Runde in die Geschichte einging. Sie war eines der ambitioniertesten Völkerrechtsprojekte aller Zeiten, die formal mit der Erklärung der Ministerkonferenz von Punta del Este (Uruguay) im Jahr 1986 auf den Weg gebracht wurde.<sup>458</sup> Nicht weniger als 15 Themen wurden in dieser Runde behandelt. Darunter waren neben weiteren Zollsenkungen auch zahlreiche neue Themen wie z.B.

<sup>454</sup> WTO (2001g): Trading into the Future, S. 19.

<sup>455</sup> WTO (2000b): Implementation of Special and Differential Treatment Provisions in WTO Agreements and Decisions, S. 20.

<sup>456</sup> Tietje, C. (2000): Einführung, in NN (2000): Welthandelsorganisation, S. IX-XV; WTO (2001g), a.a.o., S. 9-11

<sup>457</sup> E-mail des WTO-Sekretariates vom 26.3.03. Der Zollsatz bezieht sich auf Industrieländer. Demgegenüber gab es bei der Reduzierung von Agrarsubventionen kaum Fortschritte.

Dienstleistungen, geistiges Eigentum, handelsbezogene Investitionsmaßnahmen usw., mit denen den geänderten Bedingungen des Welthandels sowie den Bedürfnissen der Wirtschaft Rechnung getragen werden sollte. Einige der *codes* der Uruguay-Runde wurden in multilaterale Übereinkommen überführt. Insgesamt stieß das GATT-System in völlig neue Bereiche vor, die zuvor niemals in einen Zusammenhang mit Handelspolitik gebracht worden waren. In institutioneller Hinsicht wurde das GATT-Streitschlichtungssystem komplett durch das „*Dispute Settlement Understanding*“ (DSU, vgl. unter V.1.4) überarbeitet. Und mit der WTO wurde eine internationale Organisation als Nachfolgerin des GATT gegründet. Dies war nicht in der Ministererklärung von Punta del Este mandatiert, sondern ergab sich während der Verhandlungen, als einige Industrieländer entsprechende Vorschläge einbrachten. Nachdem die Verhandlungen mehrfach kurz vor dem Scheitern waren und der Zeitplan mehrfach überschritten wurde, gelang schließlich Ende 1993 der Durchbruch. Mitte April 1994 wurden die Abkommen letztendlich in Marrakesch von 123 Staaten unterzeichnet. Nach den Ratifizierungsprozessen konnten die multilateralen Handelsabkommen am 1.1.1995 in Kraft treten; die WTO wurde gegründet.<sup>459</sup>

Die Gründung der WTO kann nicht isoliert von den Verhandlungsprozessen, die ihr vorausgingen, betrachtet werden. Zum ersten Mal in der Geschichte des GATT wurde in der Uruguay-Runde das sog. „*single undertaking*“ angewandt.<sup>460</sup> *Single undertaking* bedeutet, dass Handelsrunden als Paketverhandlungen geführt werden. Das ganze Paket wird am Ende zusammen von allen Verhandlungsteilnehmern abgeschlossen und in Kraft gesetzt. So lange nicht alle Verhandlungen in allen Bereichen abgeschlossen sind, kann kein anderer Verhandlungsbereich vorher abgeschlossen und in Kraft gesetzt werden („*nothing is agreed unless everything is agreed*“). Die einzelnen GATT-Vertragsstaaten hatten nur die Möglichkeit, entweder das ganze Paket anzunehmen oder sich aus dem GATT-System zu verabschieden. Das *single undertaking* hatte keine Rechtsgrundlage im GATT-Vertragssystem, sondern wurde in der Punta del Este-Erklärung das erste Mal im Zusammenhang mit dem Teil I der Erklärung, dem Güterhandel (incl. TRIPS), verwendet. Der Dienstleistungshandel wurde in Teil II mandatiert als Teil der multilateralen Handelsverhandlungen, ohne dass aber Bezug auf das *single undertaking* genommen wurde.<sup>461</sup> Das *single undertaking* wurde vor allem auf US-amerikanischen Druck hin angewandt, um die neuen Themen Dienstleistungen und geistiges Eigentum in das Welthandelssystem zu integrieren. Diese Themen, die für Entwicklungsländer kaum Vorteile versprachen wegen einer geringeren Bedeutung des Dienstleistungssektors und weniger technologieintensiven Unternehmen, die auf Schutz geistiger Eigentumsrechte angewiesen wären, hätten es erheblich schwerer in das Welthandelssystem geschafft, wenn sie als eigenständige Themen verhandelt worden wären. So aber waren sog. *trade-offs* – Verbindungen zwischen den einzelnen Verhandlungsbereichen, z.B. verbesserter Marktzugang für tropische Produkte gegen Zulassung von Regeln über geistiges Eigentum – möglich. Schließlich wurde dann auch der Dienstleistungshandel in die *Single-undertaking*-Struktur überführt und mit dem GATS ein entsprechendes Abkommen

<sup>458</sup> GATT (1996): Punta Del Este Declaration.

<sup>459</sup> Tietje, a.a.O., S. X; WTO (2001g), a.a.O., S. 12-13.

<sup>460</sup> Part 1, B (ii) der Punta Del Este Declaration lautete: „*The launching, the conduct and the implementation of the outcome of the negotiations shall be treated as parts of a single undertaking.*“

<sup>461</sup> Ebenda, Part II.

vereinbart, allerdings mit einem flexibleren Positivistenansatz (vgl. V.2.1).<sup>462</sup> Am Ende der Uruguay-Runde wurde dann das sog. Marrakesch-Abkommen über die Errichtung der WTO abgeschlossen, alle einzelnen Abkommen wurden annexiert. Neue WTO-Mitglieder müssen seitdem alle multilateralen Übereinkommen der WTO annehmen, nur die plurilateralen Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen und den Handel mit Zivilluftfahrzeugen können auf freiwilliger Basis angenommen werden (Art. II (2+3) Übereinkommen zur Errichtung der WTO, im Folgenden WTO-Ü). Da also alle WTO-Mitglieder grundsätzlich die gleichen Regeln einhalten müssen, kommt den formalen und faktischen Entscheidungsprozessen innerhalb der WTO eine herausragende Bedeutung zu.

## V.1.2 Organisatorischer Aufbau und Funktionsweise

### V.1.2.1 Organe und formale Entscheidungsmechanismen

Der WTO gehören mittlerweile (Stand: 23.4.2004) 147 Mitglieder an.<sup>463</sup> Oberstes Organ ist die mindestens alle zwei Jahre stattfindende Ministerkonferenz (Art. IV (1) WTO-Ü). Auf ihr werden neue Welthandelsrunden auf den Weg gebracht, Auslegungsentscheidungen getroffen und der Generaldirektor der WTO gewählt. Die Ministerkonferenz ist das politische Leitorgan der WTO. Seit Gründung der WTO haben 5 Ministerkonferenzen stattgefunden: 1996 in Singapur, 1998 in Genf, 1999 in Seattle, 2001 in Doha und 2003 in Cancún. Das nächstniedrigere Gremium ist der Allgemeine Rat, der die Aufgaben der Ministerkonferenz zwischen ihren Tagungen wahrnimmt (Art. IV (2)). Er tritt in der Regel monatlich immer am Sitz der WTO in Genf zusammen und ist das zentrale operative Organ der WTO. Nach Art. IV (3) und (4) WTO-Ü kommt er auch als Streitbeilegungsgremium („*Dispute Settlement Body*“ – DSB) sowie als Organ zur Überprüfung der Handelspolitik („*Trade Policy Review Body*“) zusammen. Dem Allgemeinen Rat nachgeordnet und unter seiner Leitung tätig sind die Räte für den Handel mit Gütern, dem Dienstleistungshandel sowie für handelsbezogene Aspekte des geistigen Eigentums (Art. IV (5)). Diese Räte können wiederum nach Bedarf nachgeordnete Gremien einsetzen, wovon sie reichlich Gebrauch gemacht haben. Dazu kommen noch von der Ministerkonferenz eingesetzte Ausschüsse und Arbeitsgruppen, z.B. die Arbeitsgruppe Handel und Investitionen, sowie besondere Verhandlungsgruppen, z.B. für Landwirtschaft oder Dienstleistungen.<sup>464</sup> Im Februar 2002 bestand die WTO aus insgesamt 67 Gremien; im Jahr 2001 gab es insgesamt 400 offizielle und 500 informelle WTO-Sitzungen plus 90 weiteren Veranstaltungen wie Symposien, Workshops oder Seminare.<sup>465</sup> Ein Generaldirektor steht an der Spitze des Sekretariates (Art. VI (1)). Am 1.9.2002 wurde mit dem Thailänder *Supachai Panitchpakdi* als Nachfolger von *Mike Moore* (Neuseeland) zum ersten Mal im GATT/WTO-System ein Staatsangehöriger eines Entwicklungslandes zum Generaldirektor berufen.

Das gewöhnliche Entscheidungssystem der WTO ist wie beim GATT das Konsens-Prinzip (Art. IX (1)). Rein rechtlich wären zwar Mehrheitsentscheidungen durch Abstimmung möglich. Grundsätzlich gilt die Mehrheit der abgegebenen Stimmen auf der Ministerkonferenz oder im Allgemeinen Rat (Art. IX (1)).<sup>466</sup>

<sup>462</sup> Kwa, A. (2000): The à la Carte Undertaking: A New Form of Special and Differential Treatment?

<sup>463</sup> [http://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/tif\\_e/org6\\_e.htm](http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm), abgerufen 4.6.2004.

<sup>464</sup> Hinzu kommen noch das „*Trade Negotiations Committee*“, 2 Verhandlungsgruppen sowie mehrere besondere Verhandlungstreffen bestehender Organe.

<sup>465</sup> ICTSD (2002a): WTO Agrees on Chairs, Ready to Begin Substantive Negotiations.

<sup>466</sup> Für Auslegungen der multilateralen Handelsübereinkommen ist eine 3/4-Mehrheit aller Mitglieder notwendig (Art. IX (2)).

Innerhalb der WTO wurde dieses Prinzip aber noch nie angewandt. Die letzte Abstimmung im GATT gab es im Jahr 1959. Konsens im WTO-System bedeutet nicht die Zustimmung aller Mitglieder: „*Ein Beschluss des betreffenden Organes ... gilt als durch Konsens gefasst, wenn kein auf der beschlussfassenden Tagung anwesendes Mitglied gegen den vorgeschlagenen Beschluss förmlich Einspruch erhebt.*“<sup>467</sup> Ein Mitglied, das einen Beschluss verhindern will, muss also zwei Hürden überspringen. Es muss bei der Sitzung anwesend sein und explizit seinen Dissens äußern. Was sich zunächst problemlos anhört, ist in der Praxis aber extrem schwierig, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen werden.

### V.1.2.2 Die "Green-room"-Problematik

Um an allen WTO-Sitzungen teilnehmen zu können, braucht ein Mitgliedsstaat mind. vier Repräsentanten in Genf. Tatsächlich haben aber 30 Mitgliedsstaaten überhaupt keine Vertretung in Genf. 50 Mitgliedsstaaten haben nur einen bis drei Vertreter, nur 60 Staaten haben mindestens vier Repräsentanten.<sup>468</sup> Verschärfend kommt hinzu, dass gerade Repräsentanten von Entwicklungsländern nicht nur für die WTO, sondern auch für die UN-Institutionen in Genf zuständig sind. Demgegenüber haben Industrieländer durchschnittlich 7,4 Repräsentanten bei der WTO.<sup>469</sup> Zu diesen strukturellen Benachteiligungen von Entwicklungsländern kommen dann noch die sog. „*Green-room*“-Verfahren hinzu.

*Green rooms* sind informelle Treffen im Rahmen des WTO-Systems, an denen nur ein ausgewählter Teil der Mitgliedschaft teilnimmt und auf denen wichtige Vorentscheidungen getroffen werden. Sie finden sowohl auf Ministerkonferenzen als auch im normalen Tagesgeschäft der WTO an ihrem Sitz in Genf statt. In der Regel nehmen 15-25 Länder an diesen Treffen teil.<sup>470</sup> Oft wird nur den teilnehmenden Staaten selbst bekannt gemacht, dass ein *Green-room*-Treffen stattfindet. Verhandlungsgrundlage und Mandat sind meistens nicht genau definiert. Die gefundenen Kompromisse werden dann dem Plenum als endgültiges Ergebnis vorgestellt, das dann häufig ohne weitere Diskussion und Änderung abgesegnet wird. Auf mindestens drei Ministerkonferenzen ist es sogar vorgekommen, dass offiziellen Delegierten, in einem Fall dem Handelsminister von Guyana, der Eintritt zu diesen Treffen verweigert worden ist.<sup>471</sup>

---

Änderungen dieser Abkommen legt die Ministerkonferenz mit 2/3-Mehrheit aller Mitglieder den Mitgliedern zur Annahme vor, wobei Änderungen nicht gegen den Willen einzelner Mitglieder möglich sind, wenn Rechte oder Pflichten der Mitglieder betroffen sind (Art. X (3)). Sind diese nicht betroffen, reicht ein Beschluss der Ministerkonferenz mit 2/3-Mehrheit aller Mitglieder und die Annahme durch 2/3 aller Mitglieder aus, um Änderungen für alle Mitglieder verbindlich zu machen (Art. X (4)). Nur die Regeln über die Beschlussfassung selbst sowie die Meistbegünstigungsbestimmungen des GATS, GATT und TRIPS können einstimmig geändert werden (Art. X (2)). Es gilt grundsätzlich die Regel: ein Land – eine Stimme, womit sich die WTO vom IWF unterscheidet, wo es gewichtete Stimmen gibt.

<sup>467</sup> Art. IX (1) S.1 FN 1 WTO-Ü.

<sup>468</sup> Krajewski, M. (2000): Vom Green Room zum Glass Room – Partizipation von Entwicklungsländern und interne Transparenz in der WTO-Entscheidungsfindung. Die UNDP, a.a.O., S. 34 gibt an, dass von 29 LDCs nur 12 eine Repräsentanz in Genf haben.

<sup>469</sup> South Centre (2001): WTO Decision-making and Developing Countries, Trade-related Agenda, S. 6.

<sup>470</sup> Auf der Doha-Ministerkonferenz waren dies Australien, Brasilien, Botswana, Kanada, Chile, Ägypten, EU, Guatemala, Indien, Japan, Kenia, Malaysia, Mexiko, Nigeria, Pakistan, Singapur, Südafrika, Schweiz, Tansania, Uruguay, USA und Simbabwe, außerdem der Generaldirektor und der Vorsitzende des Allgemeinen Rates, vgl. Kwa (2002), a.a.O., S. 25.

<sup>471</sup> Ebenda; Fuchs, P./Pfahl, S./Reichert, T. (2000): Die WTO-Ministerkonferenz in Seattle – Ergebnisse und Perspektiven für den Umweltschutz, in Umweltbundesamt (Hrsg., 2000), S. 73; Kreissl-Dörfler, W. (1997): Reformbedarf der WTO – die Rolle Europas, in: Kreissl-Dörfler, W./Die Grünen im Europäischen Parlament (Hrsg., 1997): Die WTO – Gefahr für Umwelt, Entwicklung und Demokratie?, S. 9-18, hier S. 15.

Das folgende Zitat eines karibischen Delegierten stellt sehr gut die Probleme der realen Entscheidungsmechanismen für kleinere Staaten dar: „*Formally, one can vote. But in the absence of a one-country-one-vote, and in the presence of a decision-making structure that is based on consensus and an informal decision-making process, I will be ignored if I raised my flag. You will be ignored unless you are a major trading country. The informality of the process means that in fact, it is a process of consultation and discussion behind closed doors. This means that those with clout will carry the most weight. There are few countries that would challenge a decision that has been put forward as a done deal.*“<sup>472</sup>

Informelle Sitzungen bzw. Treffen, an denen nur ein Teil der Mitgliedschaft teilnimmt, sind natürlich weder in anderen internationalen Organisationen noch in der nationalstaatlichen Entscheidungsfindung etwas Neues und sind gerade in Organisationen mit größerer Mitgliederzahl auch unumgänglich. Doch im Unterschied zu anderen Organisationen ist der *Green-room*-Prozess intransparent (es gibt keinerlei Regeln für ihn), ausschließend und entscheidungsorientiert.<sup>473</sup> Diese Prinzip mag vielleicht im GATT funktioniert haben, vor allem, weil es noch nicht das *Single-undertaking*-Prinzip gab und Entwicklungsländer sich gar nicht an allen Verhandlungen beteiligen mussten, aber in einem System mit über 140 Mitgliedern, in dem alle Mitglieder die gesamte WTO-Rechtsordnung und alle folgenden Änderungen übernehmen müssen, hat es nicht genügend Legitimation.

Mittlerweile scheinen sich die Entwicklungsländer aber besser auf diese Mechanismen eingestellt zu haben. In den letzten Jahren sind mehrere Entscheidungen getroffen worden, die den Interessen der Entwicklungsländer deutlich entgegenkommen. Dazu zählen die *Public-health*-Erklärung im Rahmen des TRIPS (vgl. V.2.4.2), die Verhinderung der Aufnahme von Verhandlungen in den Bereichen Investitionen und Handel sowie eine weitgehende Verpflichtung der Industriestaaten auf eine Senkung ihrer Agrarexportsubventionen (vgl. V.1.5). Letztere ist allerdings noch im Rahmen der Doha-Runde zu konkretisieren. Dies könnte seinen Grund zu einem nicht unerheblichen Teil darin haben, dass es die Entwicklungsländer durch die Bildung von unterschiedlichen Koalitionen nunmehr besser in der Lage sind, ihre Interessen zu artikulieren und durchzusetzen. Allgemein wird vor allem die WTO-Ministerkonferenz in Cancún als ein diesbezüglicher Wendepunkt gesehen. Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass es den Entwicklungsländern dort nicht gelungen ist, eigene Themen auf die WTO-Agenda zu setzen. Es gelang lediglich – dass ist allerdings in dem Fall als ein großer Erfolg aus Sicht der Entwicklungsländer zu werten – die Aufnahme von Verhandlungen in den beschriebenen Bereichen zu verhindern. Es würde zu weit führen, an dieser Stelle auf die vielen unterschiedlichen Koalitionen einzugehen.<sup>474</sup> Hinsichtlich der Singapur-Themen ist aber die Rolle der G-90 zu würdigen. Dies war die größte Koalition der Entwicklungsländer in Cancún, die – daher der Name – ca. 90 WTO-Mitglieder umfasste. Darunter waren Staaten wie z.B. China, Indien, Indonesien, Ägypten.<sup>475</sup>

<sup>472</sup> Kwa, A. (2002): Power Politics in the WTO, S. 16.

<sup>473</sup> Krajewski, a.a.O., der das *Green-room*-Verfahren mit informellen Verfahren anderer internationaler Organisationen verglichen hat.

<sup>474</sup> Hier sei verwiesen auf die Studie des South Centre (2004): South-South Cooperation in the Multilateral Trading System: Cancún and beyond.

### V.1.2.3 Verhandlungsmechanismen und die Rolle des Sekretariats

Neben dem faktischen Ausschluss zahlreicher Mitgliedsstaaten aus den Verhandlungen werden regelmäßig auch Droh- und Anreiztaktiken von einigen Industrieländern angewandt, um den „Konsens“ widerwilliger Entwicklungsländer zu bekommen. Diese sind allerdings sehr schwer zu belegen. Die thailändische NGO „*Focus on the Global South*“ hat deshalb 30 Delegierte, die an der Ministerkonferenz in Doha teilgenommen haben, nach ihren Erfahrungen mit den Verhandlungen befragt und die Ergebnisse in der Studie „*Power Politics in the WTO*“ veröffentlicht.<sup>476</sup> Weiterhin wurde auch der Vorbereitungsprozess der Ministerkonferenz analysiert. Demnach wurden vor allem folgende Druckmechanismen angewandt:

- Reduzierung von Entwicklungshilfeszahlungen;
- Rücknahme von Zollzugeständnissen;
- Forderungen nach dem Rückzug bestimmter WTO-Botschafter;<sup>477</sup>
- Zurückhalten von Visa;
- Moralischer Druck (Verknüpfung einer neuen Runde mit dem 11.9./Kampf gegen den Terrorismus;<sup>478</sup> Verknüpfung mit der globalen Wirtschaftskrise; Blockadevorwürfe).

Neben diesen Druckmechanismen wurden den Staaten für ein Akzeptieren einer neuen Runde aber auch zahlreiche Hilfen in Aussicht gestellt und teilweise auch gewährt. Folgende Anreize gab es:

- Erhöhung der Militärhilfe,<sup>479</sup>
- Abschluss eines bilateralen Investitionsschutzabkommens;<sup>480</sup>
- Verminderte Schuldentrückzahlung bzw. Schuldenstreckung,<sup>481</sup>
- Ausnahme für das ACP-Abkommen;<sup>482</sup>
- TRIPS „*Public-Health*“-Erklärung.<sup>483</sup>

Drei Tage vor der Ministerkonferenz erhielt ein Botschafter eines Entwicklungslandes folgenden Brief des *US Trade Representative* (USTR, vergleichbar mit dem EU-Kommissar für Handelsfragen) Robert Zoellick: „...*My deputy in Geneva, Ambassador Linnet Deily, is working hard to lead succesful talks. We*

<sup>475</sup> Ebenda, S. 20-22.

<sup>476</sup> Kwa (2002), a.a.O. Die meisten Delegierten haben ihre Antworten nur unter der Bedingung zur Veröffentlichung freigegeben, dass sie nicht namentlich benannt werden

<sup>477</sup> Die ersten drei Druckmechanismen werden u.a. auch durch britische NGOs bestätigt, die deswegen sogar einen Verhaltenskodex für faire Handelsverhandlungen gefordert haben, vgl. Actionaid et al. (2001): Rich Nations Urged to Sign No-bullying Pledge at WTO Summit.

<sup>478</sup> Auch dies ist sehr plausibel. Die WTO-Konferenz fand im November 2001 statt, nur zwei Monate nach den Terroranschlägen. Auch das US General Accounting Office hat den 11.9. als einen Grund für die Vereinbarung einer neuen Handelsrunde bezeichnet, vgl. General Accounting Office (2002): World Trade Organization Early Decisions Are Vital to Progress in Ongoing Negotiations, S. 2.

<sup>479</sup> Nur einen Tag nach dem Abschluss der Doha-Ministerkonferenz haben die USA Pakistan entsprechende Zahlungen in Höhe von 150 Millionen Dollar jährlich für 3 Jahre zugesprochen, vgl. Kwa (2002), a.a.O., S. 31.

<sup>480</sup> Japan hat den Abschluss eines solchen Abkommens mit Indonesien von dessen Unterstützung eines internationalen Investitionsabkommens im Rahmen der WTO abhängig gemacht, vgl. ebenda.

<sup>481</sup> Nigeria wurden entsprechende Erleichterungen zugestanden, vgl. ebenda.

<sup>482</sup> Auf der Doha-Konferenz wurde das ACP-Abkommen (Cotonou-Abkommen), das zahlreichen Entwicklungsländern Präferenzmarktzugangsbedingungen in der EU einräumt, als Ausnahme von den WTO-Meistbegünstigungsbestimmungen gebilligt, vgl. ebenda.

<sup>483</sup> Diese Erklärung der Ministerkonferenz billigt Entwicklungsländern das Recht zu, aus Gründen des Gesundheitsschutzes von

have been discouraged that (your country) has so consistently, and so vocally, adopted positions counter to those of the USA. We would very much appreciate the cooperation of your team there (in Doha) in helping move forward issues of common interest. ...<sup>484</sup> Diese Mischung aus Drohungen und Anreizen war dann auch ein wichtiger Erfolgsfaktor, die neue Welthandelsrunde in Doha unter Dach und Fach zu bringen. Möglicherweise geht dies nicht über das hinaus, was auch bei anderen internationalen Verhandlungen gängige Praxis ist, wenngleich die besondere materielle Bedeutung von Welthandelsrunden dies eher fragwürdig erscheinen lässt. Aber selbst wenn dem so wäre, müsste die Kritik an den beschriebenen Praktiken bestehen bleiben.

Bezüglich der Zusammensetzung des WTO-Sekretariates gibt es formalen und faktischen Reformbedarf. So haben die Aufgaben des Generaldirektors und das Sekretariatspersonal zwar ausschließlich internationalen Charakter (Art. VI (4) WTO-Ü). Es fehlt aber eine der UN-Charta (Art. 101 (3) S. 2) oder der Havanna-Charta (Art. 85 (2)) vergleichbare Zielbestimmung, die Auswahl der Bediensteten auf breiter geografischer Basis vorzunehmen. Von 512,5 Stellen sind 410,5 Stellen mit Personen aus Industrieländern besetzt.<sup>485</sup> Inhaltlich hat sich das Sekretariat auf der Ministerkonferenz in Doha und vorher keineswegs an ihren neutralen, internationalen Auftrag gehalten. *Mike Moore* hat schon vor der Ministerkonferenz immer wieder für den Abschluss einer neuen Welthandelsrunde geworben.<sup>486</sup> Auf der Konferenz selbst hat er immer wieder Position für den Abschluss einer neuen Runde incl. der neuen Themen bezogen und nach Aussage einiger Delegierter seinerseits Druck auf Delegierte ausgeübt, die nicht bereit waren, einer neuen Runde bzw. der Integration neuer Themen zuzustimmen. Nach der Ministerkonferenz wurde die Interessenkollision sogar institutionalisiert, als der Generaldirektor trotz anfänglichen Widerstandes vieler Entwicklungsländer auch zum Leiter des neu eingesetzten *Trade Negotiations Committee* bestimmt wurde.<sup>487</sup> Dieses Komitee leitete die Verhandlungen der Doha-Runde. Nachdem diese Benennung eine Ausnahme sein sollte und es in Zukunft eine Trennung zwischen Sekretariatspositionen und Verhandlungsämtern geben sollte<sup>488</sup>, wurde nur einige Monate später gegen diese Regel verstoßen, als *Stuart Harbinson*, der damalige Vorsitzende des Allgemeinen Rates, der jetzt eine hochrangige Position im WTO-Sekretariat innehat, auch zum Vorsitzenden der Verhandlungsgruppe Landwirtschaft benannt worden ist.<sup>489</sup>

---

Patentschutzbestimmungen abzuweichen, geht aber nicht über das TRIPS-Abkommen hinaus, siehe auch Kapitel V.2.4.2.

<sup>484</sup> Ebenda, S. 42.

<sup>485</sup> South Centre, a.a.O., S. 11.

<sup>486</sup> Moore, M. (2000): In Praise of the Future; Moore, M. (2000a): The Post-Seattle Trade Agenda.

<sup>487</sup> Diese Entscheidung wurde im Übrigen auch in einem *green room* getroffen, wobei *Mike Moore* selbst anwesend war, vgl. Kwa, a.a.O., S. 49.

<sup>488</sup> "It is understood that doing so does not create a precedent for the future.", WTO (2002b): Statement by the Chairman of the General Council, S. 3.

<sup>489</sup> Kwa, a.a.O., S. 51-52.

## V.1.3 Grundprinzipien und Behandlung der Entwicklungsländer

### V.1.3.1 Grundprinzipien

„The system's overriding purpose is to help trade flow as freely as possible – so long as there are no undesirable side effects.“<sup>490</sup> Diesem von der WTO genannten Ziel sollen die Grundprinzipien des Welthandelssystems dienen. Die drei zentralen Prinzipien sind Nichtdiskriminierung (Meistbegünstigung und Inländerbehandlung), Zollabbau und Reduzierung nichttarifärer Handelshemmnisse.

Das Meistbegünstigungsprinzip ist in Art. 1, 13 (1) GATT sowie in Art. 2 GATS, Art. 4 TRIPS und Art. 3 des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen enthalten. Es besagt, dass ein Vertragsstaat alle WTO-Mitgliedsstaaten gleich bzw. nicht weniger günstig behandeln muss. Außerdem müssen Handelsvorteile, z.B. ein Präferenzzoll, der Nicht-WTO-Mitgliedern gewährt wird, an alle WTO-Mitglieder weitergegeben werden. Das Prinzip der Inländerbehandlung ist das Pendant zur Meistbegünstigung. Es untersagt die Diskriminierung zwischen ausländischen und inländischen Produkten (Art. 3 (4) GATT), Dienstleistungen und Investitionen (Art. 17 GATS)<sup>491</sup> und geistigen Eigentumsrechten (Art. 3 TRIPS). Die Nichtdiskriminierungsvorschriften unterscheiden sich geringfügig je nach Abkommen.

Die weitere Reduktion von Zöllen tritt zunehmend hinter den anderen Grundprinzipien des WTO-Systems zurück, weil die Zölle aufgrund des GATT bereits auf einem relativ niedrigen Niveau sind. Neben einer allgemeinen Zollreduktion ist es dem GATT/WTO-System aber auch gelungen, den Prozentsatz gebundener Zölle deutlich zu erhöhen. Nach der Uruguay-Runde waren 99% der Zölle in den Industrieländern und 73% in den Entwicklungsländern gebunden, d.h. dass sich die Staaten verpflichtet haben, diese Zölle nur dann zu erhöhen, wenn sie ihre Verhandlungspartner für entsprechende Handelsverluste entschädigen.<sup>492</sup> Zu beachten ist allerdings, dass viele Entwicklungsländer Zölle weit unterhalb der gebundenen Sätze haben, so dass sie diese immerhin bis zum gebundenen Satz erhöhen könnten. Dennoch steht den Entwicklungsländern durch die fortgeschrittene Reduktion von Industriegüterzöllen ein wichtiges Instrument der Industrialisierungspolitik nur noch in sehr eingeschränkter Form zur Verfügung. Dazu kommt noch, dass in den für Entwicklungsländer wichtigen Bereichen wie Landwirtschaft und Textil zum Teil noch hohe Zölle seitens der Industriestaaten bestehen, die den Marktzugang für Produkte aus Entwicklungsländern erschweren. Eine weitere Zollsenkung wird derzeit in der laufenden Welthandelsrunde sowohl für landwirtschaftliche Produkte als auch für Industriegüter („*Non-agricultural Market Access*“) verhandelt.

Nichttarifäre Handelshemmnisse geraten mehr und mehr in den Fokus des WTO-Systems. Zu ihnen zählen Lizenzierungsprozeduren, mengenmäßige Beschränkungen, technische Normen, Einfuhr-genehmigungen etc. Die Zurückdrängung dieser Handelshemmnisse wird durch zahlreiche

<sup>490</sup> WTO (1999), a.a.O., S. 4.

<sup>491</sup> Unter der Voraussetzung, dass der Vertragsstaat vorher den Marktzugang der Dienstleistung ermöglicht hat, vgl. Kapitel V.2.1.1.1.

<sup>492</sup> WTO (2001g), a.a.O., S. 16.

WTO-Regeln sichergestellt. So konstituiert Art. 11 GATT ein allgemeines Verbot mengenmäßiger Beschränkungen in Form von Kontingenten, Einfuhr- und Ausfuhrbewilligungen oder in Form von anderen Maßnahmen. Technische Handelshemmnisse werden in einem eigenen Abkommen erfasst, ebenso Einfuhrlizenzverfahren, Ursprungsregeln, Vorversandkontrollen und gesundheitspolizeiliche und pflanzenschutzrechtliche Maßnahmen. Das Subventions- und das Anti-Dumpingabkommen dienen grundsätzlich der Herstellung fairer Wettbewerbsbedingungen (zum Subventionsabkommen siehe V.2.2.3).

### V.1.3.2 Ausnahmen

Die Grundprinzipien der WTO werden durch zahlreiche Ausnahmen durchbrochen, die sich sowohl im GATT als auch in den anderen Übereinkommen finden.<sup>493</sup> Eine der wichtigsten Bestimmungen ist der Art. 20 GATT. Unter der Voraussetzung, dass die Anwendung des Artikels nicht zu einer willkürlichen und ungerechtfertigten Diskriminierung oder einer verschleierten Beschränkung des internationalen Handels führt („*introductory clause*“), darf ein Vertragsstaat u.a. Maßnahmen zum Schutz der öffentlichen Sittlichkeit, zum Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen, zum Schutz nationaler Kulturgüter, zur Erhaltung erschöpflicher Naturschätze sowie zur Beschränkung der Ausfuhr natürlicher Rohstoffe in bestimmten Fällen treffen. Auch hinsichtlich von Gefangenen hergestellter Produkte gibt es Ausnahmebestimmungen, nicht aber in Bezug auf Waren, die ganz oder zum Teil von Kindern hergestellt worden sind. Umstritten ist, ob Art. 20 genügend Spielraum lässt, um handelsbeschränkende Maßnahmen aus Gründen des Umwelt-, Tier- oder Verbraucherschutzes zu legitimieren. Die Rechtsprechung des GATT und die ersten diesbezüglichen WTO-Urteile ließen eher den Kritikern Recht geben. In den Streitfällen *USA – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*<sup>494</sup>, *USA – Restrictions on Imports of Tuna*<sup>495</sup> (damit ist nicht der berühmte Thunfisch-Delphin-Fall gemeint, denn in diesem Fall wurden die entsprechenden Panel-Berichte nie vom DSB angenommen und sind damit nicht in GATT-Recht überführt worden) und *USA – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*<sup>496</sup> (der Garnelen-Fall), in denen Art. 20 eine entscheidende Rolle spielte, wurden die handelsbeschränkenden Maßnahmen für unzulässig erklärt.<sup>497</sup> Darüber hinaus gibt es eine ganze Reihe von Fällen, in denen mit WTO-Streitschlichtungsverfahren gegen handelsbeschränkende Maßnahmen aus ökologischen Gründen gedroht wurde und wird. Seit einigen Jahren ist aber eine Wende in der WTO-Rechtsprechung zu verzeichnen. Zunächst sorgte das Urteil des „*Appellate Body*“ (WTO-Berufungsorgan, detaillierter siehe V.1.4) im Garnelen-Fall für Aufsehen.<sup>498</sup> Im Ergebnis wurde zwar auch hier gegen die Umweltregulierung entschieden, aber erstmals wurde anerkannt, dass ein Staat Art. 20 (g) als Legitimation für handelsbeschränkende Maßnahmen aufgrund eines Produktherstellungsverfahrens heranziehen kann. Im konkreten Fall scheiterten die USA allerdings an der „*introductory clause*“; ihre Maßnahmen wurden

<sup>493</sup> In den einzelnen Abkommen gibt es ähnliche Ausnahmebestimmungen, z.B. Art. 14 GATS. Das TRIMs-Abkommen erklärt alle Ausnahmetatbestände des GATT für anwendbar.

<sup>494</sup> *USA – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, Panel Report, WT/DS2/R, 29.1.1996; Appellate Body Report, WT/DS2/AB/R, 20.5.1996.

<sup>495</sup> *USA - Prohibition of Imports of Tuna and Tuna Products from Canada*, GATT Panel Report, BISD 29S/91, 22.2.1982

<sup>496</sup> *USA – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, Panel Report, WT/DS58/R, 15.5.1998.

<sup>497</sup> Storza, M./Wallach, L. (1999): *Whose Trade Organization? – Corporate Globalization and the Erosion of Democracy*, An Assessment of the World Trade Organization, S. 12-100; Center for International Environmental Law/Greenpeace International (1999): *Safe Trade in the 21<sup>st</sup> Century*.

als willkürliche und ungerechtfertigte Diskriminierung angesehen, wenngleich sie die Voraussetzungen des Art. 20 (g) erfüllten. Nach dem *Appellate-Body-Urteil* kam es noch zu einem *Compliance-Verfahren*. Hier entschied abschließend der *Appellate Body*, dass die Umsetzung durch die USA nunmehr in Einklang mit Art. 20 GATT steht.<sup>499</sup>

In *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-containing Products*<sup>500</sup> hat dann erstmals auch im Ergebnis eine handelsbeschränkende Maßnahme, die aus Gesundheitsschutzgründen erlassen wurde, einer Prüfung standgehalten. Der *Appellate Body* entschied am 12.3.2001, dass ein französisches Dekret, das u.a. den Import von Asbest untersagte, durch Art. 20 (b) gerechtfertigt war. Bereits im Panel-Urteil wurde auch die Vereinbarkeit mit der *introductory clause* bejaht, die der Kläger Kanada auch nicht mehr vom *Appellate Body* überprüfen ließ.<sup>501</sup> Das Urteil des Berufungsgremiums ist noch aus zwei weiteren Gründen sehr interessant: Erstmals wurden in einem WTO-Urteil Verfahren für die Zulassung von „*Amicus-curiae*“-Eingaben<sup>502</sup> entwickelt.<sup>503</sup> Und zweitens wurde im Unterschied zum Panel-Report keine Gleichartigkeit („*like products*“) nach Art. 3 (4) zwischen Asbest und ungiftigem Asbest-Ersatzstoff gesehen.<sup>504</sup> Wäre das Panel-Urteil aufrechterhalten worden, hätte dies zur Folge gehabt, dass Produkte bereits dann als gleichartig gelten, wenn sie substituierbar sind unabhängig von der Gefährlichkeit eines Produktes. Im Mai 2003 haben die USA ein Streitschlichtungsverfahren bei der WTO eingeleitet, mit der das seit 1998 in der EU bestehende Moratorium für die Zulassung und Vermarktung von gentechnisch veränderten Organismen angegriffen werden soll.<sup>505</sup> Der Ausgang dieses Streitfalles dürfte für die ökologische Reputation der WTO große Bedeutung haben.

Typisch für das internationale Wirtschaftsrecht sind auch die Ausnahmen zur Wahrung der Sicherheit nach Art. 21, die Staaten u.a. Maßnahmen zubilligen, die sie zur Aufrechterhaltung ihrer Sicherheitsinteressen für notwendig erachten oder zu denen sie aus Gründen der Aufrechterhaltung des internationalen Friedens verpflichtet sind (z.B. Waffen- oder Ölembargos gegen bestimmte Staaten). Daneben gibt es noch Sonderbestimmungen für Kinofilme (Art. 5), für land- und fischereiwirtschaftliche Produkte (Art. 11 (2) c) sowie für Freihandelszonen und Zollunionen (Art. 24).

Ungeklärt ist das Verhältnis zwischen der WTO-Rechtsordnung und multilateralen Umweltübereinkommen (*Multilateral Environmental Agreements*, MEAs). Immer mehr MEAs enthalten handelsbeschränkende Maßnahmen. Zu den wichtigsten der mittlerweile gut 20 MEAs zählen u.a. das

<sup>498</sup> USA – *Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, Appellate Body Report, WT/DS58/AB/R, 12.10.1998.

<sup>499</sup> USA – *Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, Appellate Body Report, WT/DS58/AB/RW, Recourse to Article 21.5 of the DSU by Malaysia, 22.10.2001.

<sup>500</sup> *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-containing Products*, Appellate Body Report, WT/DS135/AB/R, 12.3.2001.

<sup>501</sup> *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-containing Products*, Panel Report WT/DS135/R, 18.9.2000.

<sup>502</sup> Damit ist die Beteiligung von Nichtmitgliedern am Verfahren gemeint, z.B. NGOs. Dies ist abzugrenzen von der Beteiligung von WTO-Mitgliedern, die weder Kläger noch Beklagte sind.

<sup>503</sup> *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/9, Communication from the Appellate Body, 9.11.2000 sowie *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, Appellate Body Report, a.a.O., paras. 50-57. *Amicus curiae*-Eingaben wurden erstmals im Garnelen-Fall zugelassen, vgl. ICTSD (2000): *Dispute Settlement: EU Chile - Swordfish; Asbestos Appellate Body*.

<sup>504</sup> *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, Appellate Body Report, a.a.O., paras. 84-154. Siehe auch ICTSD (2001): *Asbestos Ruling Breaks New Ground in 'Like Product' Determination*, S. 1-2, 14.

<sup>505</sup> *European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, WT/DS291.

Washingtoner Artenschutzabkommen, das Basler Übereinkommen über die Kontrolle der grenzüberschreitenden Verbringung gefährlicher Abfälle und ihrer Entsorgung<sup>506</sup> und das Montrealer Protokoll über Stoffe, die zu einem Abbau der Ozonschicht führen<sup>507</sup>. Die Handelsbeschränkungen können dabei zwei unterschiedliche Funktionen ausüben; zum einen die direkte Durchsetzung umweltpolitischer Ziele (z.B. ein Handelsverbot mit vom Aussterben bedrohten Tieren) und zum anderen die Sanktionierung vertragswidrigen Verhaltens eines Unterzeichnerstaates. Ein mögliches Konfliktpotenzial zwischen WTO-Regeln und MEAs könnte sich dadurch ergeben, dass ein Staat eine aufgrund eines MEAs zulässige, evtl. sogar verpflichtende handelsbeschränkende Maßnahme erlässt, die gegen Grundprinzipien der WTO verstößt, z.B. gegen das Verbot mengenmäßiger Beschränkungen oder gegen die Nichtdiskriminierungsvorschriften. Kein Problem kann entstehen, wenn beide Staaten Vertragsstaaten des entsprechenden MEAs sind. Dann gelten die völkerrechtlichen Prinzipien „*Lex specialis derogat legi generali*“<sup>508</sup> (das besondere Gesetz geht dem allgemeinen Gesetz vor) sowie „*Lex posterior derogat legi priori*“<sup>509</sup> (das spätere Gesetz geht dem früheren Gesetz vor). MEAs, die also nach dem Inkrafttreten eines entsprechenden WTO-Abkommens abgeschlossen wurden, gehen somit in jedem Fall dem WTO-Vertrag vor. Bei MEAs, die früher abgeschlossen wurden, ist davon auszugehen, dass diese als „*Lex specialis*“ gegenüber der WTO-Rechtsordnung anzusehen sind und ebenfalls vorrangig anzuwenden wären. Schwierigkeiten können lediglich eintreten, wenn in einem konkreten Streitfall einer der beiden WTO-Mitglieder nicht Vertragsstaat des MEAs ist. Dann könnte sich ein Staat auf eine handelsbeschränkende Maßnahme aufgrund eines MEA berufen, während ein anderer – frei von den Verpflichtungen dieses MEAs – ebendiese Maßnahme als Verstoß gegen die WTO-Regeln vor das Streitschlichtungssystem bringen könnte. Bisher hat es allerdings noch keinen einzigen diesbezüglichen WTO-Streitfall gegeben. Unklar wäre, wie ein WTO-Panel oder der *Appellate Body* in einem solchen Fall entscheiden würde und ob der Art. 20 GATT ausreichend wäre, um MEA-umsetzende Gesetzgebung zu legitimieren.<sup>510</sup> Um Rechtssicherheit herzustellen, wird deswegen auch von einzelnen WTO-Mitgliedern ein Auslegungsbeschluss nach Art. 9 (2) WTO-Übereinkommen hinsichtlich des Art. 20 GATT gefordert, wonach die WTO nicht die Legitimität von umweltpolitischen Zielen eines MEA bewerten sollte.<sup>511</sup>

### V.1.3.3 Behandlung der Entwicklungsländer

Wie beschrieben mussten mit dem Abschluss der Uruguay-Runde und der Durchsetzung der WTO auch die Entwicklungsländer umfangreiche Verpflichtungen übernehmen. Da die ökonomischen Unterschiede zwischen den WTO-Mitgliedsstaaten erheblich sind – und in der Tendenz noch weiter

<sup>506</sup> Fuchs et al., a.a.O., S. 21.

<sup>507</sup> NN (2002): Völkerrechtliche Verträge, S. 569-606.

<sup>508</sup> Ebenda, S. 503-531.

<sup>509</sup> Dies ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, der nicht völkervertragsrechtlich kodifiziert ist, vgl. Sinclair, I. (1984): *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, S. 96.

<sup>510</sup> Dieses Prinzip ist kodifiziert in Art. 30 (3) des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (WVRK): „*Sind alle Vertragsparteien eines früheren Vertrages zugleich Vertragsparteien eines späteren, ohne dass der frühere Vertrag beendet oder nach Artikel 59 suspendiert wird, so findet der frühere Vertrag nur insoweit Anwendung, als er mit dem späteren Vertrag vereinbar ist.*“

<sup>511</sup> Würde alleine das Appellate Body—Urteil *Shrimp-Turtle* herangezogen, könnte diese Frage wohl bejaht werden. Allerdings bezog sich dies auf den Art. 20 (g), der keinen Notwendigkeitstest erfordert. Bei den Art. 20 (a) - (d) – hier wäre relevant Maßnahmen zum Schutze des Lebens und der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen (Art. 20 (b)) – ist ein solcher Nachweis erforderlich.

<sup>512</sup> WTO (2000): *The Relationship between the Provisions of the Multilateral Trading System and Multilateral Environmental Agreements (MEAs)*.

zunehmen –, wurde den Entwicklungsländern und besonders den am wenigsten entwickelten Staaten (*Least Developed Countries*: LDCs<sup>512</sup>) eine besondere und differenzierte Behandlung (*special and differential treatment*, im Folgenden S&D) bei der Umsetzung ihrer Verpflichtungen zugestanden. Hierbei wurde zum Teil auf alte GATT-Prinzipien zurückgegriffen. S&D soll vor allem durch verlängerte Umsetzungsfristen, technische Unterstützung, Handelskonzessionen, Flexibilität der Verpflichtungen incl. der Nutzung politischer Instrumente und Bestimmungen, wonach die WTO-Staaten die Interessen der Entwicklungsländer schützen sollen, realisiert werden.<sup>513</sup> Die gesamte WTO-Rechtsordnung enthält 145 S&D-Bestimmungen, 107 davon wurden im Zuge der Uruguay-Runde als Kompensation für die Übernahme zahlreicher zusätzlicher Verpflichtungen eingeführt und 22 gelten nur für die LDCs. Beispiele sind der Art. 18 GATT, der anerkennt, dass Entwicklungsländer im Interesse der Durchführung wirtschaftlicher Entwicklungsprogramme unter Umständen Schutzmaßnahmen treffen müssen oder der Art. 9 (1) des Übereinkommens über Schutzmaßnahmen, der unter bestimmten Umständen Schutzmaßnahmen gegen Produkte aus Entwicklungsländern untersagt. Das Konzept des S&D hat mit der Uruguay-Runde eine wesentliche Charakteränderung durchlaufen.<sup>514</sup> Zum einen ist es den Entwicklungsländern bis auf die wenigen plurilateralen Verträge nicht mehr möglich, selbst zu entscheiden, welche WTO-Abkommen unterzeichnet werden und welche nicht. Zum anderen wird immer stärker das Instrument der verlängerten Umsetzungsfristen bzw. der technischen Unterstützung („*technical assistance*“) angewandt anstatt wirkliche Flexibilität und politische Gestaltungsspielräume zuzulassen.<sup>515</sup> So werden von den 145 S&D-Bestimmungen lediglich 30 der Kategorie „*Flexibility of commitments, of action, and use of policy instruments*“ zugeordnet, während 35 Bestimmungen längere Umsetzungsfristen bzw. technische Unterstützung vorsehen.<sup>516</sup> In 60 Fällen sollen die WTO-Mitglieder die Interessen der Entwicklungsländer schützen.<sup>517</sup> Dabei handelt es sich in aller Regel um programmatische oder deklaratorische Aussagen, denen keine direkte rechtliche Bindungswirkung zukommt. Beispiele dafür sind Art. 27 (1) des Übereinkommens über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen („*Die Mitglieder erkennen an, dass Subventionen in den Wirtschaftsentwicklungsprogrammen der Entwicklungsland-Mitglieder eine wichtige Rolle spielen können.*“) oder Art. 4 (10) DSU: „*Während der Konsultationen sollen die Mitglieder den speziellen Problemen und Interessen der Mitglieder, die Entwicklungsstaaten sind, besonders Rechnung tragen.*“<sup>518</sup> Die WTO entwickelt sich damit trotz der enormen Unterschiede in der wirtschaftlichen Entwicklung der Mitgliedsstaaten immer stärker zu einer Organisation, in der gleiche Regeln für alle gelten sollen.

Die Entwicklungsländer versprachen sich von S&D eine differenzierte Übernahme von Verpflichtungen, verbesserten Marktzugang und ganz allgemein die Steigerung ihres Handelsvolumens sowie einen

<sup>512</sup> Derzeit zählen 30 WTO-Mitglieder zu den LDCs, vgl. [http://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/tif\\_e/org7\\_e.htm](http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org7_e.htm), abgerufen 9.6.2004.

<sup>513</sup> WTO (2000b), a.a.O., S. 4-6.

<sup>514</sup> ICTSD/IISD (2003): *Special and Differential Treatment, Developments Since the Fourth WTO Ministerial Conference*, S. 1.

<sup>515</sup> „*Rather than blanket exemptions, special and differential treatment in many of the UR agreements involve different time frames for implementation and commitments to extend technical assistance*“, vgl. Hart, M./Dymond, B. (2003): *Special and Differential Treatment and the Doha „Development“ Round*, S. 403. Die Autoren bewerten dies positiv, weil damit die Entwicklungsländer stärker ins Welthandelssystem integriert werden.

<sup>516</sup> WTO (2000b), a.a.O., S. 5-6.

<sup>517</sup> Ebenda, S. 5.

<sup>518</sup> Die fehlenden 17 Bestimmungen sind „*aimed at increasing the trade opportunities of developing country Members.*“ Von diesen bestanden 9 bereits vor der Uruguay-Runde, vgl. ebenda, S. 4.

höheren Anteil am Welthandel. Mittlerweile ist große Ernüchterung bzw. Enttäuschung in Bezug auf S&D eingetreten. Viele Bestimmungen sind entweder unverbindliche Absichtserklärungen oder es handelt sich um mit derartig hohen Hürden versehene Ausnahmestimmungen, dass sie teilweise noch nicht angewandt werden konnten. Art. 18 C GATT (*infant industry*) wurde kaum in Anspruch genommen, weil in solchen Fällen Kompensationszahlungen fällig gewesen wären.<sup>519</sup> Viele Entwicklungsländer haben deshalb auf der 4. Ministerkonferenz in Doha auf eine Behandlung des Themas S&D gedrungen mit dem Ziel, nichtverbindliche Bestimmungen in verbindliche Bestimmungen umzuwandeln und die Effektivität des S&D-Mechanismus zu erhöhen.<sup>520</sup> In Doha gelang es dann immerhin, ein Mandat über einen *review* sämtlicher S&D-Bestimmungen auszuhandeln „*with a view to strengten them and making them more precise, effective and operationable.*“<sup>521</sup> Das Komitee für Handel und Entwicklung enthielt den Auftrag, zu untersuchen, welche S&D-Bestimmungen verbindlich und welche unverbindlich sind und festzulegen, welche Bestimmungen verbindlich gemacht werden sollen. Als Frist für einen entsprechenden Bericht an den Allgemeinen Rat wurde der 31.7.2002 gesetzt. Was folgte, war erneut eine herbe Enttäuschung für die Entwicklungsländer. Zunächst traten fundamentale Unterschiede hinsichtlich der Interpretation des Mandates zutage. Während die Industrieländer kein spezifisches Verhandlungsmandat anerkennen und evtl. Verhandlungen auf jeden Fall zum Gegenstand von *trade-offs* mit anderen Verhandlungen machen wollen, bestehen die Entwicklungsländer darauf, dass in Doha ein Verhandlungsmandat erteilt worden ist und lehnen Verknüpfungen mit anderen Verhandlungen strikt ab. Streit gibt es auch hinsichtlich der Aufstellung von Kriterien. Die Frist 31.7.2002 sowie zwei weitere Fristen (31.12.2002 und 10.2.2003) verstrichen ohne substantielle Ergebnisse. Im Juni 2003 waren erst 14 von 88 S&D-Vorschlägen vereinbart.<sup>522</sup> Mittlerweile wurde der Juli 2005 als neue Frist gesetzt.<sup>523</sup>

Eine ähnliche Entwicklung gibt es hinsichtlich der sog. „*implementation issues*“, die einerseits die Umsetzung eingegangener Verpflichtungen der Industrieländer gegenüber Entwicklungsländern (z.B. erhöhte Quoten für Textilimporte) und andererseits Schwierigkeiten der Entwicklungsländer bei der Umsetzung der mit der Uruguay-Runde übernommenen Verpflichtungen betreffen. Dieser für die Entwicklungsländer ebenfalls sehr wichtige Komplex ist nach Doha ebenfalls kaum vorangekommen, zahlreiche Fristen wurden auch hier nicht eingehalten.<sup>524</sup> All dies geschieht vor dem Hintergrund einer zunehmenden „*Erosion*“<sup>525</sup> des GSP seit Gründung der WTO. Zwischen 1994 und 2001 ist die durchschnittliche GSP-Rate für Importe der QUAD (EU, USA, Japan, Kanada) aus GSP-Empfängerstaaten von 51,1% auf 38,9% gefallen; in absoluten Zahlen ergab sich ein Rückgang von 82,7 Milliarden US-Dollar auf 71,5 Milliarden US-Dollar.<sup>526</sup> Außerdem kritisieren viele

<sup>519</sup> Bora, B./Lloyd, P.J./Pangestu, M. (1999): *Industrial Policy and the WTO*, S. 13-14.

<sup>520</sup> ICTSD/IISD (2003a), a.a.O., S. 2-4.

<sup>521</sup> WTO (2001c): *Ministerial Declaration*, para. 44.

<sup>522</sup> ICTSD (2003): *S&D Review back Underway*.

<sup>523</sup> WTO (2004a): *Doha Work Programme, Decision Adopted by the General Council on 1 August 2004*, S. 2.

<sup>524</sup> ICTSD/IISD (2003a): *Implementation-related Issues and Concerns, Developments Since the Fourth WTO Ministerial Conference*. Auch mehrere Fristen zur Reform des WTO-Streitschlichtungsabkommens wurden verpasst. Im Mai 2004 wurde sogar darauf verzichtet, ein neues Enddatum für die Verhandlungen festzulegen. In der Entscheidung des Allgemeinen Rates über einen Verhandlungsrahmen für die ins Stocken geratene Doha-Runde wurde auch die Frist für die Implementation erneut verlängert bis Juli 2005, vgl. WTO (2004a), a.a.O., S. 2.

<sup>525</sup> Dies ist die Wortwahl, die die WTO selbst gebraucht, vgl. WTO (2001g), a.a.O., S. 57, 58.

<sup>526</sup> Inama, S. (2003): *Trade Preferences and the World Trade Organization Negotiations on Market Access, Battling for Compensation of Erosion of GSP, ACP and other Trade Preferences or Assessing and Improving their Utilization and Value by Addressing Rules of Origin and Graduation?*, S. 962.

Entwicklungsländer u.a., dass die Vergabe von GSP an Nicht-Handelskonditionen geknüpft wird (Umwelt- und Sozialstandards, zum Teil auch Kampf gegen Drogen), dass mit der Rücknahme von GSP gedroht wird, um Nicht-Handelskonzessionen durchzusetzen, dass GSP-gewährende Staaten unilateral entscheiden, für welche Staaten oder Produkte aufgrund von ökonomischen Erfolgen kein GSP mehr erforderlich ist („*graduation*“) etc.<sup>527</sup> Begrüßenswerte Initiativen wie z.B. der EU mit „*Everything but arms*“ ändern dieses Problem nicht grundsätzlich, weil sie nur für Produkte der LDCs gelten, die aber nur einen sehr marginalen Anteil am Welthandel haben.

#### V.1.4 Streitschlichtung

Das WTO-Streitschlichtungsverfahren gilt als „Herzstück“ des gesamten WTO-Systems. Mit ihm gibt es ein sehr wirkungsvolles und effizientes Instrument der Durchsetzung der einzelnen Verträge. Es wurde gegenüber den GATT-Regeln komplett überarbeitet und mit dem *single undertaking* der Uruguay-Runde verbindlich in die neue WTO-Rechtsordnung überführt. Gegenüber den alten GATT-Regeln können Panel-Urteile jetzt nicht mehr durch das unterlegene Land blockiert werden, außerdem gibt es einen festen Zeitplan für den Abschluss von Verfahren sowie erweiterte – allerdings auch zunehmend umstrittenere – Sanktionsmöglichkeiten.<sup>528</sup> Panel-Urteile können jetzt von einem Berufungsorgan – dem *Appellate Body* – überprüft werden. Zudem wurde mit dem DSB ein Organ geschaffen, das den gesamten Verlauf eines Streitschlichtungsverfahrens verfolgt – vom Beginn der Konsultationen über die Errichtung eines Panels über die Entgegennahme von Panel- und/oder *Appellate Body*-Urteilen bis hin zur Implementation von Urteilen und der evtl. Genehmigung von Gegenmaßnahmen (Art. 2 DSU).

Gewöhnlicherweise nimmt ein Panel-Verfahren folgenden Verlauf (in Klammern jeweils die einschlägige Bestimmung im DSU): Zunächst sollen die beteiligten Staaten versuchen, ihre Streitigkeiten durch vertrauliche Konsultationen zu lösen (Art. 4). Gelingt dies nicht, kann das Land, das sich durch die Maßnahmen eines anderen Landes geschädigt fühlt, die Einsetzung eines Panels beantragen (Art. 4 (3) S. 2 und Abs. 7). Dieses Panel wird vom DSB entweder auf der ersten Sitzung, auf der das Thema behandelt wird, durch Konsens, also mit Billigung der beklagten Partei, oder spätestens auf der darauf folgenden Sitzung eingesetzt. Beklagte Staaten haben somit nur die Möglichkeit, die Einsetzung eines Panels zeitlich etwas zu verzögern (Art. 6). Das WTO-Sekretariat schlägt den Streitparteien 3 Panel-Mitglieder, die aus einer Liste hochqualifizierter Einzelpersonen ausgewählt werden und nicht die Staatsangehörigkeit einer der Streitparteien haben dürfen, vor (Art. 8). Innerhalb von 6 Monaten muss das Panel grundsätzlich seinen Bericht<sup>529</sup> vorlegen; die Beratungen des Panels sind vertraulich (Art. 12, 14). Nachdem den Streitparteien Gelegenheit gegeben wurde, den Berichtsentwurf des Panels einzusehen und zu kommentieren, wird der abschließende Bericht des Panels an den DSB zur Annahme weitergeleitet (Art. 15, 16). Nur durch die Anrufung des *Appellate Body* oder durch Konsens kann die Annahme des Panel-Berichtes abgelehnt werden. Letztere Möglichkeit ist höchst theoretischer

<sup>527</sup> Eine umfassende Auflistung aller von den Entwicklungsländern als problematisch eingestuften Entwicklungen in Bezug auf GSP findet sich in WTO (2000b), a.a.O., S. 21-22.

<sup>528</sup> WTO (2001g), a.a.O., S. 38-41.

<sup>529</sup> De facto handelt es sich bei den „*Berichten*“ um Urteile. In diesem Absatz wird aber durchgängig von „*Bericht*“ gesprochen, weil dies die Terminologie des DSU ist. Mit Ausnahme dieses Absatzes wird von „*Urteil*“ gesprochen.

Natur, weil die Beschwerde führende Partei selbst die Nichtannahme mittragen müsste (Art. 16 (4)). Der *Appellate Body* ist im Gegensatz zu den Panels ein ständiges Organ, das aus sieben Mitgliedern besteht, von denen sich jeweils drei mit einem Fall befassen (Art. 17 (1)). Das gesamte Berufungsverfahren ist vertraulich, beschränkt sich auf Rechtsfragen<sup>530</sup> und soll innerhalb von 2 Monaten abgeschlossen sein (Art. 17 Abs. 5-6, 10). Die Annahme von Berichten des *Appellate Body* erfolgt vom DSB nach dem gleichen Verfahren wie bei der Annahme von Panel-Berichten (Art. 17 (14)). Empfehlungen eines Panel oder des *Appellate Body* können nur darauf abzielen, dass der betroffene Staat seine Maßnahmen in Übereinstimmung mit der WTO-Rechtsordnung bringt (Art. 19 (1)). Diese Maßnahmen können wiederum Gegenstand eines Streitschlichtungsverfahrens werden, wenn die Beschwerde führende Partei der Auffassung ist, die Empfehlungen des Panel oder *Appellate Body* wären nicht oder nicht WTO-konform umgesetzt worden („*Compliance*“-Verfahren, Art. 21 (5)). Kommt ein Mitglied den Empfehlungen eines Panel oder des *Appellate Body* innerhalb einer gesetzten Frist nicht nach, können freiwillige Entschädigungen und die Aussetzung von Zugeständnissen als vorübergehende Maßnahmen vom DSB angewandt werden, bis eine volle Umsetzung der Urteile erreicht ist (Art. 22 (1, 8)). Die Aussetzung von Zugeständnissen – gewöhnlich als Handelssanktionen bezeichnet, auch wenn das Wort Sanktionen nicht im Vertragstext auftaucht – sollen sich auf die WTO-Übereinkommen beziehen, in denen ein Verstoß festgestellt worden ist (z.B. Sanktionen gegen GATT-Verstöße durch Maßnahmen gegen Güterimporte).<sup>531</sup> Wenn dies nach Auffassung der geschädigten Partei nicht möglich ist, können auch Zugeständnisse, die sich aus anderen Abkommen ergeben (z.B. Sanktionen gegen GATS-Verstoß durch Maßnahmen gegen Güterimporte), ausgesetzt werden („*cross-retaliation*“, Art. 22 (3) a+b).<sup>532</sup> Die Aussetzung von Zugeständnissen kann selbst zum Gegenstand eines Schiedsverfahrens werden, denn der Mitgliedsstaat, dessen Zugeständnisse ausgesetzt werden, kann dagegen klagen (Art. 22 (6)). Auch hinsichtlich der „*non-violation-clause*“<sup>533</sup> des GATT ist das Streitschlichtungsverfahren anwendbar; wenn ein solcher Fall eintritt, muss die entsprechende Maßnahme aber nicht eingestellt werden (Art. 26 (1) b).

Seit dem 1.1.1995 hat es 309 WTO-Streitschlichtungsverfahren gegeben (Stand: 23.3.2004), davon wurden bisher 88 mit einem Urteil eines Panel und/oder des *Appellate Body* abgeschlossen.<sup>534</sup> Dies ist eine erhebliche Steigerung gegenüber dem GATT, wo es in 46 Jahren nur 101 Urteile gab.<sup>535</sup> Dies resultiert aus einer Zunahme des Welthandels, der gesteigerten Mitgliederzahl der WTO, dem umfassenderen Rechtsrahmen und dem effektiveren Streitschlichtungssystem. Von den 88 Urteilen – darunter elf *Compliance*-Urteile – waren 72 ganz oder teilweise erfolgreich in dem Sinne, dass dem beklagten Staat ein Verstoß gegen ein oder mehrere WTO-Handelsabkommen zur Last gelegt wurde. Dies ist eine außerordentlich hohe Erfolgsquote (81,8%). Industrieländer waren in 197 der insgesamt

<sup>530</sup> Und geht damit deutlich über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit hinaus, vgl. VI.6.

<sup>531</sup> Zusätzlich soll die klagende Partei versuchen, Zugeständnisse im selben Wirtschaftssektor auszusetzen und erst wenn dies nach Auffassung der klagenden Partei nicht möglich ist, können Zugeständnisse in anderen Sektoren des gleichen WTO-Abkommens ausgesetzt werden (Art. 22 (3) a+b DSU).

<sup>532</sup> Ein sehr populäres Beispiel dafür ist der französische Bauernführer Jose Bové, dessen Roquefort-Käse mit Strafzöllen durch die USA belegt wurde, weil die EU ein Importverbot für hormonbehandeltes Fleisch aus den USA erlassen hatte, welches gegen WTO-Bestimmungen verstieß.

<sup>533</sup> Nach Art. 23 (1) b GATT sind damit Maßnahmen von Mitgliedsstaaten gemeint, die nicht gegen eines der WTO-Abkommen verstoßen, aber Zugeständnisse oder Vorteile anderer Mitglieder schmälern oder zunichte machen.

<sup>534</sup> WTO (2004): Update of WTO Dispute Settlement Cases. Die WTO zählt jede Anfrage nach Konsultationen als ein Streitschlichtungsverfahren.

<sup>535</sup> WTO (2002c): Adopted Panel Reports within the Framework of GATT 1947; leider ohne Angabe, wie viele Streitfälle es

309 Verfahren Kläger, Entwicklungsländer in 118 Fällen.<sup>536</sup> In 188 Fällen wurde gegen ein Industrieland, in 121 Fällen gegen ein Entwicklungsland geklagt.<sup>537</sup> In 123 Fällen hat ein Industriestaat gegen einen anderen Industriestaat geklagt, 74-mal ein Industrieland gegen ein Entwicklungsland, 68-mal ein Entwicklungsland gegen ein Industrieland und 50-mal ein Entwicklungsland gegen ein anderes Entwicklungsland.<sup>538</sup> Die WTO-Streitschlichtung ist also kein Instrument, mit dem Industriestaaten ihre Handelsinteressen gegen schwächere Entwicklungsländer durchsetzen. Doch um den wahren Charakter des Streitschlichtungssystems zu erkennen, bedarf es vor allem einer quantitativen Untersuchung der einzelnen Akteure. Die USA waren bisher an 54 (61,4%) der mit einem Urteil abgeschlossenen Verfahren beteiligt, die EU an 37 (42%, siehe auch Abbildung 8); zusammen waren diese beiden Akteure abzgl. von gemeinsam geführten bzw. gegeneinander gerichteten Verfahren an 73 (83%) aller Verfahren beteiligt.

Quelle: Eigene Zusammenstellung aufgrund WTO (2004), a.a.O.<sup>539</sup>

Insgesamt waren Industrieländer an 90,9% aller Verfahren beteiligt, Entwicklungsländer nur an 48,9%. Von den 147 Mitgliedern der WTO waren 85 Staaten (57,8%) noch nie Kläger oder Beklagte eines Streitschlichtungsverfahrens. Erst 56 Staaten haben in mindestens einem Fall geklagt. Die deutliche Mehrheit der Mitgliedsstaaten beteiligt sich also nicht an der Schlichtung von Streitigkeiten, obwohl die Streitschlichtung immer wieder als ein Mittel gerade der schwächeren Länder angesehen worden ist,

insgesamt gegeben hat.

<sup>536</sup> Die Differenz zwischen der Gesamtzahl der Fälle und den Zahlen für Industrie- und Entwicklungsländer ergibt sich dadurch, dass bei sechs Verfahren Industrie- und Entwicklungsländer gemeinsam Kläger waren.

<sup>537</sup> Die Mitgliedsländer der EU sind bei den Staaten, die bereits Gebrauch vom Streitschlichtungsverfahren gemacht haben, eingerechnet, weil die Europäische Union ihre Mitgliedsstaaten bei diesen Verfahren vertritt.

<sup>538</sup> Die Erfolgsquoten sind dabei ungefähr gleich, d.h. dass prozentual genauso viele Industrieländer Klagen gegen Entwicklungsländer gewinnen wie umgekehrt.

<sup>539</sup> Berücksichtigt wurden alle mit einem Urteil abgeschlossenen Streitfälle. Da die USA/EU in 16 Streitfällen gegeneinander geklagt haben und in zwei Fällen gemeinsam als Kläger auftraten, überschreitet die addierte Summe der Streitfälle der USA/EU in der Grafik die Summe aller Streitfälle.

ihre Interessen gegen die stärkeren Staaten durchzusetzen.<sup>540</sup> Allerdings darf nicht übersehen werden, dass die Inanspruchnahme des WTO-Streitschlichtungssystems durch die Entwicklungsländer ständig zunimmt. Der gesamte afrikanische Kontinent ist bisher in nur einem einzigen Fall als Kläger aufgetreten (Ägypten).

### V.1.5 Der Kampf um ein Investitionsabkommen in der WTO

Seit Bestehen der WTO gibt es hartnäckige Bemühungen, ein allgemeines Investitionsabkommen im Rahmen der WTO auszuhandeln. Bereits auf der ersten Ministerkonferenz in Singapur wollte die EU ein entsprechendes Verhandlungsmandat in die Ministererklärung aufgenommen sehen. Parallel dazu liefen bereits die MAI-Verhandlungen im Rahmen der OECD. Dies ist allerdings am Widerstand vieler Entwicklungsländer, vor allem Indien, Pakistan und Malaysia, gescheitert. Auch die USA waren zu diesem Zeitpunkt keineswegs leidenschaftliche Befürworter eines WTO-Abkommens, da sie auf den MAI-Vertrag sowie den weiteren Ausbau ihrer bilateralen Investitionsschutzverträge setzten. Hiervon versprachen sie sich höhere Schutzstandards für ihre Unternehmen. In Singapur war schließlich nur die Einsetzung einer Arbeitsgruppe, die den Zusammenhang zwischen Handel und Investitionen analysieren und kein Präjudiz für spätere Verhandlungen sein sollte, durchgesetzt worden.<sup>541</sup> Ebenfalls in Singapur wurden auch Arbeitsgruppen zu den Themen Handel und Wettbewerbspolitik und zum öffentlichen Beschaffungswesen eingesetzt; der Rat für den Handel mit Gütern wurde aufgefordert, analytische Arbeit in Hinblick auf die Erleichterung von Handelsprozeduren („*trade facilitation*“) vorzunehmen.<sup>542</sup> Seitdem werden diese vier Bereiche mit „*Singapur-Themen*“ oder „*neue Themen*“ bezeichnet. Nachdem sich die Arbeitsgruppe Handel und Investitionen zunächst in sehr allgemeiner Form mit ihrem Thema befasste, gab es schon auf der übernächsten Ministerkonferenz Ende 1999 in Seattle den nächsten Versuch, ein Verhandlungsmandat für ein Investitionsabkommen durchzusetzen. Wieder war es vor allem die EU, die das Thema vorantrieb, während die meisten Entwicklungsländer erneut Widerstand leisteten und die USA bestenfalls passiv blieben. Zwar enthielt der Entwurf der Ministererklärung ein geklammertes, also umstrittenes Verhandlungsmandat, aber die Ministerkonferenz scheiterte.

Auf der 4. Ministerkonferenz in Doha waren die „*Singapur-Themen*“ im Allgemeinen und das Investitionsabkommen im Besonderen höchst umstritten. Es gab allerdings einen entscheidenden Unterschied zu den vorangegangenen Ministerkonferenzen. Die USA hatten ihre ablehnende bis skeptische Haltung gegenüber einem WTO-Investitionsabkommen aufgegeben und setzten sich diesmal zusammen mit der EU für ein Investitionsabkommen ein. Auch bei den Entwicklungsländern gab es jetzt etwas mehr Zustimmung für entsprechende Verhandlungen, wenngleich immer noch die große Mehrheit dagegen war. Nach intensiven Verhandlungen incl. der dargestellten informellen und machtorientierten Prozesse gelang es schließlich der EU und den USA, unterstützt von den anderen Industrieländern und einigen Entwicklungsländern, folgenden Kompromiss durchzusetzen:

<sup>540</sup> WTO (2001g), a.a.O., S. 38, 58.

<sup>541</sup> WTO (1996): Singapore Ministerial Declaration, para. 20.

<sup>542</sup> Ebenda, paras. 20-21

„RELATIONSHIP BETWEEN TRADE AND INVESTMENT

20. *Recognizing the case for a multilateral framework to secure transparent, stable and predictable conditions for long-term cross-border investment, particularly foreign direct investment, that will contribute to the expansion of trade, and the need for enhanced technical assistance and capacity-building in this area as referred to in paragraph 21, we agree that negotiations will take place after the Fifth Session of the Ministerial Conference on the basis of a decision to be taken, by explicit consensus, at that Session on modalities of negotiations.*<sup>543</sup>

Diese Sprache spiegelt das harte Ringen zwischen Befürwortern und Gegnern eines WTO-Investitionsabkommens wider. Verhandlungen sollten also stattfinden, wenn auf der 5. WTO-Ministerkonferenz eine Entscheidung über die Verhandlungsmodalitäten gefallen ist. Diese Entscheidung hätte „*by explicit consensus*“ fallen müssen. Nach der Ministerkonferenz wurde das Verhandlungsergebnis höchst unterschiedlich interpretiert. Während vor allem Industrieländer davon ausgingen, dass Verhandlungen jetzt definitiv mandatiert waren und nur noch die Modalitäten festgelegt werden müssen, gingen vor allem Entwicklungsländer davon aus, dass Verhandlungen erst dann stattfinden, wenn sie durch „*explicit consensus*“ beschlossen worden sind.

Die fünfte Ministerkonferenz im September 2003 im mexikanischen Cancún endete wie schon die dritte Ministerkonferenz in Seattle ohne Konsens. Der entscheidende Grund war Uneinigkeit über die Aufnahme von Verhandlungen hinsichtlich der Singapur-Themen, wobei das Thema Investitionen besonders umstritten war. Trotz Widerstandes vieler Entwicklungsländer enthielt der letzte Entwurf der Ministererklärung die Verpflichtung zur Aufnahme von Verhandlungen in den Bereichen öffentliches Beschaffungswesen, Handelserleichterung und – nach einer weiteren Klärungsphase in der Arbeitsgruppe Handel und Investitionen – Investitionen. Nur der Bereich Wettbewerb sollte von Verhandlungen ausgenommen bleiben.<sup>544</sup> In den daraufhin stattfindenden *Green-room*-Gesprächen wurde schnell deutlich, dass dies nicht konsensfähig war. Auch das überraschende Entgegenkommen der EU, neben Wettbewerb auch noch Investitionen von den Verhandlungen auszunehmen, konnte nicht den Durchbruch bringen. Zahlreiche Entwicklungsländer, insbesondere die afrikanischen Staaten, beharrten darauf, dass zu keinem einzigen Singapur-Thema Verhandlungen beschlossen werden sollten. Auf der anderen Seite waren Staaten wie Südkorea und Japan nicht damit einverstanden, über weniger als alle vier Singapur-Themen Verhandlungen aufzunehmen. Daraufhin erklärte der mexikanische Tagungsleiter die Konferenz für beendet.<sup>545</sup> In einer sehr kurzen Ministererklärung wurde lediglich ein Treffen des Allgemeinen Rates bis spätestens zum 15.12.2003 vereinbart, das Wege aus der Krise finden sollte.<sup>546</sup> Dies gelang nicht, stattdessen wurde Ende Juli 2004 im Allgemeinen Rat ein Verhandlungsrahmen vereinbart. Hierin wurde festgelegt, im Rahmen der Doha-Runde Verhandlungen zu „*trade facilitation*“ aufzunehmen. Zu den anderen drei Singapur-Themen Investitionen, Wettbewerb und Transparenz im öffentlichen Beschaffungswesen wurde festgehalten: „...*the Council agrees that these issues, mentioned in the Doha Ministerial Declaration in paragraphs 20-22, 23-25 and 26 respectively, will not form part of the Work Programme set out in that Declaration and therefore no work*

<sup>543</sup> WTO (2001c), a.a.O., para. 20.

<sup>544</sup> WTO (2003d): Draft Cancún Ministerial Text, paras. 14-17.

<sup>545</sup> ICTSD (2003a): BRIDGES Daily Update on the Fifth Ministerial Conference - Issue 6.

towards negotiations on any of these issues will take place within the WTO during the Doha Round.<sup>547</sup>

Da gleichzeitig die Frist für den Abschluss der Doha-Runde (bisher 1.1.2005) auf einen nicht näher spezifizierten Zeitpunkt verschoben wurde, ist das Thema Investitionen damit für mehrere Jahre von der WTO-Agenda verschwunden. Die sechste WTO-Ministerkonferenz wird im Dezember 2005 in Hongkong stattfinden.<sup>548</sup>

## V.2. Investitionsrelevante WTO-Verträge

Trotz des Fehlens eines allgemeinen Investitionsabkommens behandeln mehrere WTO-Abkommen direkt oder indirekt DI. Im Folgenden werden diese Abkommen dargestellt.<sup>549</sup>

### V.2.1 GATS

Das allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (General Agreement on Trade in Services, GATS)<sup>550</sup> gehört zu den während der Uruguay-Runde der WTO abgeschlossenen multilateralen Abkommen.

Dem Dienstleistungssektor kommt eine enorme Bedeutung zu. Bereits jetzt ist der tertiäre Sektor der größte Wirtschaftssektor, der zugleich am schnellsten wächst. Nach OECD-Angaben haben Dienstleistungen einen Anteil von ca. 60-70% am BIP der OECD-Staaten und beschäftigen 64% aller Arbeitnehmer. 50% der DI in Industrie- und 1/3 in Entwicklungsländern fließen in den Dienstleistungssektor. Der Handel mit Dienstleistungen machte im Jahr 2000 fast 1/4 des gesamten Welthandelsvolumens aus und betrug 1,4 Billionen US-Dollar.<sup>551</sup> Dieser Anteil dürfte sich noch weiter erhöhen, da der Dienstleistungshandel schneller wächst als der Güterhandel, wo bereits durch das GATT-Regime zahlreiche Marktzugangsbarrieren – vor allem Zollschränken – abgebaut worden sind. Neben der enormen quantitativen Bedeutung kommt vielen Dienstleistungsbereichen auch eine wichtige qualitative Bedeutung für die gesamte Volkswirtschaft zu. Telekommunikation, Transportwesen, Versicherungen, Banken etc. sind Infrastruktursektoren, die für alle Marktteilnehmer von großer Bedeutung sind.

Von einer Untersuchung der Streitschlichtungspraxis wurde aufgrund der geringen Fallanzahl abgesehen.<sup>552</sup>

<sup>546</sup> WTO (2003a): Ministerial Declaration, para. 4.

<sup>547</sup> WTO (2004a), a.a.O., S. 3.

<sup>548</sup> Ebenda, para. 3.

<sup>549</sup> Neben den dargestellten Abkommen ist auch noch das Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, vgl. NN (2000): Welthandelsorganisation, S. 289-316 investitionsrelevant, weil es auch für die Beschaffung von Gütern oder Dienstleistungen gilt, die ein im Zielland ansässiges ausländisches Unternehmen produziert oder bereitgestellt hat, vgl.: OECD (2004): Relationships Between International Investment Agreements, S. 7. Da es aber ein plurilaterales Abkommen ist, das zudem im Wesentlichen Transparenz- und Nichtdiskriminierungsbestimmungen enthält, wird es im Folgenden nicht dargestellt.

<sup>550</sup> In NN (2000): Welthandelsorganisation, a.a.O., S. 191-226.

<sup>551</sup> zitiert nach Fritz, T./Scherrer, C. (2002): GATS: zu wessen Diensten?, Öffentliche Aufgaben unter Globalisierungsdruck, S. 10.

<sup>552</sup> Insgesamt sind 12 Streitschlichtungsverfahren GATS-relevant. Bei den zwei Urteilen war GATS nur ein Randthema und ein Verstoß gegen das Abkommen wurde nicht festgestellt. Zudem werden diese beiden Urteile auch unter TRIMs kurz beleuchtet. Je ein Verfahren wurde durch Klagerückzug, eines durch Einigung beendet. 8 Verfahren laufen noch, bisher wurde aber erst in zwei Fällen ein Panel konstituiert. Alle Daten entnommen aus WTO (2004), a.a.O.; Stand: 26.3.2004.

## V.2.1.1 Vertragsinhalte

### V.2.1.1.1 Anwendungsbereich und Struktur des Abkommens

Das GATS besteht in substanzieller Hinsicht aus zwei Teilen. Die allgemeinen Verpflichtungen (häufig auch als Rahmenabkommen bezeichnet) gelten für alle Dienstleistungssektoren („*top down*“), während die spezifischen Verpflichtungen es jedem Mitgliedsstaat selbst überlassen, welche Dienstleistungssektoren in welchem Umfang liberalisiert werden („*bottom up*“). Dieses flexible Liberalisierungskonzept überlässt es den Mitgliedsstaaten im Prinzip selbst, nur in den Sektoren ihren Markt zu öffnen, in denen sie es für angebracht halten. Daneben gehören zum GATS noch sektorspezifische Anlagen, z.B. zu Finanz-, Telekommunikations- oder Luftverkehrsdienstleistungen.

Das GATS unterscheidet vier verschiedene Erbringungsarten („*modes*“) von Dienstleistungen:

- grenzüberschreitende Lieferung („*cross border supply*“)
- Konsum im Ausland („*consumption abroad*“)
- Kommerzielle Präsenz im Ausland („*commercial presence*“)
- Präsenz natürlicher Personen im Ausland („*movement of natural persons*“)

Die Anteile der unterschiedlichen Erbringungsarten am gesamten Dienstleistungshandel enthalten noch große statistische Unsicherheiten. Schätzungsweise 4/5 werden alleine durch die *modes* 1 und 3 abgedeckt, wobei der grenzüberschreitenden Lieferung eine etwas höhere Bedeutung zugemessen wird als der kommerziellen Präsenz. Nahezu bedeutungslos ist die Präsenz natürlicher Personen im Ausland, wenngleich dies für einige Entwicklungsländer durchaus eine Rolle spielt.<sup>553</sup> Durch den mode 3 – kommerzielle Präsenz – dringt GATS in den Bereich der DI vor. Denn hierdurch wird die Niederlassung von ausländischen Dienstleistungsunternehmen im Ausland, z.B. die Eröffnung einer Filiale einer amerikanischen Bank in Deutschland oder die komplette oder teilweise Übernahme eines französischen Versicherungsunternehmens durch ein kanadisches Versicherungsunternehmen, berührt. In diesen Fällen, die auch in den Anwendungsbereich fast jedes Investitionsabkommens fallen, handelt es sich um Fragen des Marktzuganges ausländischer Dienstleistungsanbieter und nicht um Dienstleistungshandel – insofern ist der Terminus GATS („*General Agreement on Trade in Services*“) im Grunde irreführend, weil weit mehr als nur der grenzüberschreitende Handel mit Dienstleistungen geregelt wird. GATS ist somit auch ein Investitionsabkommen.<sup>554</sup>

GATS gilt für alle Dienstleistungsbereiche mit der Ausnahme von Dienstleistungen, „*die in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbracht werden*“ (Art. 1 (3) (b)). Letzteres wird definiert als „*jede Art von*

<sup>553</sup> Sauvé, P./Stern, R.M. (2000): New Directions in Services Trade Liberalization: An Overview, in Sauvé, P./Stern, R.M. (Hrsg., 2000): GATS 2000: New Directions in Services Trade Liberalization, S. 4.

<sup>554</sup> Grundsätzlich herrscht hier in der Literatur vollständige Übereinstimmung, vgl. Sinclair, S. (2000): GATS - How the World Trade Organization's New "Services" Negotiations Threaten Democracy, Canadian Centre for Policy Alternatives; Fritz/Scherrer, a.a.O., S. 12; Von Moltke, a.a.O. oder Graham, a.a.O., um nur einige zu nennen. Die WTO selbst spricht davon, dass durch den mode 3 DI angeregt werden sollen, das GATS aber kein "*set of rules on foreign direct investment*" enthält, vgl. WTO (2000a): WTO Secretariat Hits False Attacks against GATS. In einer anderen Publikation spricht die WTO darüber hinaus gehend davon, dass GATS die nötige politische Stabilität für potenzielle Investoren gewährleisten soll, vgl. WTO (2001a): GATS – Fact and Fiction, S. 4.

Dienstleistung, die weder zu kommerziellen Zwecken noch im Wettbewerb mit einem oder mehreren Dienstleistungserbringern erbracht wird" (Art. 1 (3) (c)). Die Begriffe „zu kommerziellen Zwecken“ und „im Wettbewerb mit einem oder mehreren Dienstleistungserbringern“ werden nicht näher definiert. Die WTO scheint sich selbst nicht sicher darüber zu sein, inwieweit öffentliche Dienstleistungen doch betroffen sein können und ob eine Klärung dieser Frage nötig ist oder nicht. Im November 2000 hat der damalige Leiter der Dienstleistungshandelsabteilung des WTO-Sekretariats *David Hartridge* noch erklärt, dass vor allem der Terminus „zu kommerziellen Zwecken“ nicht hinreichend klar sei und dass der Rat für den Handel mit Dienstleistungen ein „*understanding on the interpretation*“ des Art. 1 (3) vornehmen sollte.<sup>555</sup> In der Broschüre „*GATS: Fact and Fiction*“ aus dem Jahr 2001 heißt es dagegen, dass es keine Notwendigkeit für eine Interpretation gäbe, weil kein Mitgliedsstaat je die Frage als umstritten betrachtet habe.<sup>556</sup> Außerdem gebe es laut *Hartridge* zwar in fast allen öffentlichen Dienstleistungsbereichen wie Gesundheit und Bildung auch private Anbieter, aber diese würden nicht mit staatlichen Dienstleistungen konkurrieren und folglich wären letztere vom GATS-Anwendungsbereich ausgenommen.<sup>557</sup> In einer Hintergrundnote des WTO-Sekretariats aus dem Jahr 1998 zu Gesundheits- und sozialen Dienstleistungen heißt es dagegen in Bezug auf Krankenhausdienstleistungen: „*It seems unrealistic in such cases to argue for continued application of Article 1:3 and/or maintain that no competitive relationship exists between the two Groups* (öffentliche und private Dienstleister, Anm. des Autors) *of suppliers or services. In scheduled sectors, this suggests that subsidies and any similar economic benefits conferred on one Group would be subject to the national treatment obligation under Article XVII.*“<sup>558</sup> Eine neuere Studie des WTO-Sekretariats kommt nun wiederum zu dem Ergebnis, dass allein die Koexistenz von öffentlichen und privaten Dienstleistern im Bereich Gesundheit und Bildung noch nicht dazu führt, dass es sich nicht mehr um eine Dienstleistung in Ausübung hoheitlicher Gewalt handelt.<sup>559</sup> Es herrscht also eine ziemliche Unklarheit über die Frage des Einbezugs öffentlicher Dienstleistungen.<sup>560</sup> *Krajewski* geht davon aus, dass die meisten öffentlichen Dienstleistungen unter den Anwendungsbereich des GATS fallen.<sup>561</sup> Es ist aber auch zu betonen, dass die meisten GATS-Verpflichtungen nur dann auf öffentliche Dienste, die unter die Definition des Art. 1 (3) (c) fallen, zutreffen können, wenn ein Mitgliedsstaat entsprechende spezifische Verpflichtungen in seiner Länderliste eingegangen ist (siehe unten). Bisher lag noch keinem WTO-Streitfall die Auslegung des Art. 1 (3) (b) + (c) zugrunde.

<sup>555</sup> WTO (2000a), a.a.O.

<sup>556</sup> WTO (2001a), a.a.O., S. 8.

<sup>557</sup> WTO (2000a), a.a.O. Diese Erklärung findet sich immer noch (Stand: 12.12.2002) auf der offiziellen WTO-Homepage.

<sup>558</sup> WTO (1998): *Health and Social Services*, para. 39. Der Hinweis auf Subventionen ist allerdings verfehlt, da es noch keine substanziellen GATS-Subventionsbestimmungen gibt. Auch bei Postdienstleistungen geht das WTO-Sekretariat davon aus, dass GATS anwendbar ist; bei Umweltdienstleistungen (dazu zählen u.a. Abwasserbeseitigung und Müllabfuhr) wird dies für möglich gehalten, vgl. *Krajewski*, M. (2003): *Public Services and Trade Liberalization - Mapping the Legal Framework*, S. 348.

<sup>559</sup> WTO (2001i): *Special Study No. 6 on Market Access: Unfinished Business. Post-Uruguayround Inventory and Issues*, S. 123-124.

<sup>560</sup> Der frühere WTO-Generaldirektor Renato Ruggiero hat dazu bereits 1998 erklärt: „The GATS provides guarantees over a much wider field of regulation and law than the GATT. The right of establishment and the obligation to treat foreign service suppliers fairly and objectively in all relevant areas of domestic regulation extend the reach of the Agreement into areas never before recognized as trade policy. I suspect that neither governments nor industries have yet appreciated the full scope of these guarantees or the full value of existing commitments“, zitiert nach *George*, S. (2002): *WTO: Demokratie statt Drakula*, S. 84.

<sup>561</sup> So auch *Krajewski* (2003), a.a.O., S. 367, der deshalb Maßnahmen wie eine GATS-Änderung, einen Auslegungsbeschluss nach Art. 9 (2) WTO-Ü sowie eine nicht-bindende Erklärung diskutiert, um diese Frage zu klären.

<sup>562</sup> Ebenda.

### V.2.1.1.2 Allgemeine Verpflichtungen

Die wichtigste GATS-Bestimmung, die für alle Dienstleistungssektoren gilt, ist das bereits aus dem GATT bekannte Prinzip der Meistbegünstigung (Art. II). Hiervon können die Mitgliedsstaaten aber länderspezifische Ausnahmen anmelden. Außerdem gibt es Ausnahmebestimmungen hinsichtlich des Dienstleistungsverkehrs eines Mitgliedsstaates mit angrenzenden Ländern (Art. 2 (3)) sowie hinsichtlich wirtschaftlicher Integrationsabkommen, die den Dienstleistungsverkehr beträchtlich liberalisieren (Art. 5). Mit letzterem sind Freihandelszonen oder Binnenmärkte wie die EU gemeint, deren Mitglieder sich selbst besondere Handelsvorteile gewährt haben. Ohne eine solche Klausel müssten solche Vorteile allen anderen WTO-Mitgliedern eingeräumt werden, was eine tiefere Integration natürlich erschweren würde.

Die neben der Meistbegünstigung bedeutendste allgemeine Verpflichtung betrifft die sog. „innerstaatliche Regelung“ (Art. 6). Wie der Name schon andeutet, wird hier in den Bereich der nationalen Regulierung von Dienstleistungen eingegriffen – ein Ansatz, der im Welthandelsrecht relativ neu ist und erst mit der Uruguay-Runde durchgesetzt werden konnte. Eine allgemeine Verpflichtung enthalten allerdings nur der Absatz 2, alle anderen Absätze gelten nur für sektorspezifische Verpflichtungen. In Absatz 2 werden die Mitgliedsstaaten aufgefordert, gerichtliche oder administrative Instanzen einzurichten, die auf Antrag eines Dienstleistungsunternehmens die Auswirkung von Verwaltungsentscheidungen auf den Dienstleistungshandel überprüfen sollen. Diese sich auf das nationale Justizsystem der Mitgliedsstaaten beziehende Verpflichtung, die es in ähnlicher Form nur noch in Art. 13 des Anti-Dumping-Abkommens und Art. 41-61 TRIPS gibt, steht allerdings unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit nationalem Verfassungsrecht und der nationalen Rechtsordnung. Zusätzlich dazu ist das Staat-Staat-Verfahren der WTO-Streitschlichtung anwendbar (Art. 23), so dass Dienstleistungsunternehmen im Streitfall entweder direkt vor eine nationale Instanz gehen können oder indirekt über ihre nationale Regierung ein Streitschlichtungsverfahren einleiten können. Eine Ausschöpfung des nationalen Rechtsweges ist zudem keine Voraussetzung für die Anwendung des WTO-Streitschlichtungsmechanismus.

Weitaus umstrittener als der bislang kaum thematisierte Art. 6 (2) ist Art. 6 (4). Dieser stellt – obwohl häufig anders dargestellt und im Abkommen auch entsprechend verortet<sup>562</sup> – keine allgemeine Verpflichtung dar. Angestrebt wird, Hemmnisse für den Dienstleistungshandel, die aus Qualifikationsanforderungen, technischen Normen und Zulassungserfordernissen bestehen, abzubauen. Für diesen Zweck soll der Rat für den Handel mit Dienstleistungen entsprechende Disziplinen entwickeln, die u.a. sicherstellen, dass solche Maßnahmen nicht belastender sind als nötig, um die Qualität der Dienstleistung zu gewährleisten („*necessity test*“). Der Absatz 4 ist im Zusammenhang mit Absatz 5 zu interpretieren. Demnach wendet ein Mitglied in den Sektoren, in denen spezifische Verpflichtungen eingegangen worden sind, bis zum Inkrafttreten der in Absatz 4 beschriebenen Disziplinen keine entsprechenden Maßnahmen an, die Vergünstigungen eines anderen Mitgliedes beeinträchtigen. Ohne einen zuvor eröffneten Marktzugang kann aber ein Mitglied keine Vergünstigungen erhalten haben.

<sup>562</sup> Daher wird er auch in dieser Arbeit unter „*allgemeine Verpflichtungen*“ behandelt.

Disziplinen nach Absatz 4 sollen im Rahmen der GATS 2000-Verhandlungen entwickelt werden. Bisher sind nur sektorale Kriterien für den Bereich der Wirtschaftsprüfungsdienstleistungen („*accounting services*“) entwickelt worden, in denen auch legitime Ziele für staatliche Regulierungen benannt werden, auf die sich der Notwendigkeitstest bezieht.<sup>563</sup> In der GATS-Präambel wird das Recht der Mitglieder anerkannt, „*die Erbringung von Dienstleistungen in ihrem Hoheitsgebiet zu regeln und neue Vorschriften hierfür einzuführen, um ihre nationalen politischen Ziele zu erreichen.*“ Da sich eine solche Vorschrift aber nur in der Präambel findet, könnte durch weitreichende Kriterien im Rahmen des „*necessity test*“ (Notwendigkeitstest) die Regulierungsfreiheit der Staaten doch eingeschränkt werden.<sup>564</sup> Allerdings ist auch zu berücksichtigen, dass Notwendigkeitstests – wenn auch überwiegend in anderen Kontexten – kein Fremdkörper des GATT-WTO-Systems sind und sich in vielen WTO-Übereinkommen finden.<sup>565</sup> Die bisherige Rechtsprechung zu Notwendigkeitstests (u.a. auch der Asbest-Fall) hat ergeben, dass weniger die Legitimität der Ziele nationaler Regulierung im Fokus des Notwendigkeitstests steht als die Auswahl der Mittel zur Erreichung dieser Ziele. Dabei kommt es vor allem darauf an, aus mehreren vorhandenen Alternativen – soweit diese verfügbar sind – zur Erreichung des legitimen Regulierungszieles die am wenigsten handelsbeschränkende Maßnahme auszuwählen. Die Beweislast würde im Fall von Klagen nach Art. 6 (4) beim klagenden Staat liegen, weil dieser generell einen Verstoß eines anderen Mitgliedes gegen WTO-Verpflichtungen beweisen muss. Im Unterschied dazu liegt die Beweislast bei Notwendigkeitstest im Rahmen von Ausnahmen von WTO-Verpflichtungen beim Beklagten.<sup>566</sup>

Mit den Artikeln 8 und 9 enthält das GATS – wenn auch sehr schwache – Wettbewerbsregeln, was für ein Handelsabkommen sehr ungewöhnlich ist.<sup>567</sup> In Bezug auf Monopole werden die Mitgliedsstaaten verpflichtet, nicht gegen die Meistbegünstigungsbestimmung sowie gegen die spezifischen Verpflichtungen zu verstoßen (Art. 8). Dies dürfte in der Praxis keine große Bedeutung haben, da die meisten Monopole staatliche oder inländische private Unternehmen sind. Weiterhin sollen Monopole, die auch auf einem Wettbewerbsmarkt auftreten, ihre Monopolstellung nicht missbrauchen (Art. 8 (2)). Dies dürfte sich vor allem auf die Praxis der Quersubventionierung beziehen, bei der öffentliche oder private Monopolisten Gewinne aus ihren Monopolgeschäften zur Bezuschussung von Nichtmonopolgeschäften verwenden. Auch diese Bestimmung gilt nur für die spezifischen Verpflichtungen der Mitgliedsstaaten. Die Vorschrift über wettbewerbsbehindernde Geschäftspraktiken (Art. 9) geht nicht über Informations- und Konsultationsverpflichtungen hinaus.

<sup>563</sup> WTO (2003b): „Necessity Tests“ in the WTO.

<sup>564</sup> Fuchs, P./Tuerk, E. (2003): Das Allgemeine Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen (General Agreement on Trade in Services – GATS) und die derzeitigen GATS-Verhandlungen, S. 44-53.

<sup>565</sup> Art. 20, 21 GATT, Art. 12 (2) d, 14 GATS, Art. 2 (2), 2 (3), 2 (5) TBT-Abkommen, Art. 2 (2), 5 (6) SPS-Abkommen, Art. 3 (2), 8 (1), 27 (2) TRIPS, Art. 23 (2) Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (bei letzterem fehlt in der deutschen Übersetzung in NN (2000): Welthandelsorganisation, a.a.O., S. 312, das Wort „*notwendig*“, im verbindlichen englischen Wortlaut ist das Wort „*necessary*“ vorhanden).

<sup>566</sup> WTO (2003b), a.a.O.; Osiro, D.A. (2002): GATT/WTO Necessity Analysis: Evolutionary Interpretation and its Impact on the Autonomy of Domestic Regulation, S. 123-141 (dieser Aufsatz, der ebenda, S. 140-141 zum Ergebnis kommt, dass „...*trade values no longer obtain unqualified recognition over domestic environmental, safety and health imperatives*“, bezieht sich ausschließlich auf Notwendigkeitstests unter GATT Art. 20). Allerdings ist zu berücksichtigen, dass es bisher nur Rechtsprechung zu Notwendigkeitstest im Rahmen des GATT 1994, des SPS-Abkommens und des TBT-Abkommens gegeben hat, was kein Präjudiz für die Auslegung des Art. 6 (4) GATS darstellt.

<sup>567</sup> Im WTO-Rahmen enthalten nur noch das GATT und das TRIPS-Abkommen Wettbewerbsbestimmungen. Diese disziplinieren fast nur staatliches Verhalten, während privates Handeln nur dann abgedeckt ist, wenn es wiederum durch den Staat unterstützt oder geduldet wird. Eine Übersicht über Wettbewerbsbestimmungen in der WTO liefert Koopmann, G. (1998):

Für die Bereiche Notstandsmaßnahmen, öffentliches Beschaffungswesen und Subventionen wird im GATS im Grunde kaum mehr als ein Verhandlungsmandat festgelegt. In Bezug auf Notstandsmaßnahmen – Schutzmaßnahmen für den Fall einer ernsthaften Schädigung inländischer Dienstleistungserbringer durch ausländische Dienstleistungen – hätten die Verhandlungsergebnisse schon 3 Jahre nach Abschluss des WTO-Übereinkommens in Kraft treten müssen (Art. 10). Bis heute (Stand: 8.6.2004) ist es aber noch zu keiner Einigung gekommen, obwohl das WTO-Abkommen bereits über 9 Jahre in Kraft ist. Die wichtigsten Bestimmungen des Abkommens – Meistbegünstigung, Inländerbehandlung und Marktzugang – sind nicht auf das öffentliche Beschaffungswesen anzuwenden (Art. 13); Verhandlungen über eine evtl. Einbeziehung des bedeutsamen Sektors öffentliche Beschaffung von Dienstleistungen sollten innerhalb von 2 Jahren nach Inkrafttreten des WTO-Übereinkommens beginnen. Hinsichtlich Subventionen enthält das GATS keine substantiellen Bestimmungen – es gibt lediglich eine deklaratorische Bestimmung in Art. 15, mit der die Mitglieder anerkennen, dass Subventionen unter bestimmten Umständen zu Verzerrungen im Handel mit Dienstleistungen führen können. Zur Vermeidung dieser Verzerrungen sollen Verhandlungen zur Ausarbeitung entsprechender Bestimmungen geführt werden.

Neben den Meistbegünstigungsausnahmen enthält GATS noch allgemeine Ausnahmen (Art. 14) und Ausnahmen zur Wahrung der Sicherheit (Art. 14bis). Die allgemeinen Ausnahmen betreffen die öffentliche Moral und die öffentliche Ordnung, das Leben und die Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen, die Verhinderung betrügerischer Geschäftspraktiken und den Schutz personenbezogener Daten sowie bestimmter Maßnahmen im Steuerbereich. Gegenüber dem GATT Art. 20 fehlen Ausnahmebestimmungen für den kulturellen Bereich sowie zum Schutz erschöpflicher Ressourcen. Die Sicherheitsausnahmen sind fast deckungsgleich mit dem GATT und entsprechenden Bestimmungen in vielen anderen internationalen Handels- und Investitionsabkommen.

#### **V.2.1.1.3 Spezifische Verpflichtungen**

Spezifische Verpflichtungen können vor allem hinsichtlich des Marktzuganges (Art. 16) und der Inländerbehandlung (Art. 17) eingegangen werden. Diese werden in Länderlisten („*Listen spezifischer Verpflichtungen*“) festgehalten und dem GATS-Abkommen als Anlagen beigefügt; sie bilden einen wesentlichen Bestandteil des Übereinkommens (Art. 20). Diese Länderlisten legen den Standard der Behandlung ausländischer Dienstleister fest. Verpflichtungen können dabei auf eine sehr flexible Art und Weise eingegangen werden: Die Mitgliedsstaaten können sich zum einen die Wirtschaftssektoren aussuchen, in denen sie Verpflichtungen hinsichtlich des Marktzuganges und/oder der Inländerbehandlung eingehen. Zum anderen können die Verpflichtungen nach den Erbringungsarten differenziert werden. Ein Land könnte z.B. Erwachsenenbildungsdienstleistungen in seine Länderliste aufnehmen und für die ersten 3 *modes* Verpflichtungen eingehen, nicht aber für mode 4 (Präsenz natürlicher Personen). Außerdem können auch die Verpflichtungen in den einzelnen *modes* konditioniert werden. Um bei dem obigen Beispiel zu bleiben, könnte das Land z.B. für mode 3

(kommerzielle Präsenz) vorschreiben, dass ausländische Unternehmen sich zu max. 49% an einer Erwachsenenbildungseinrichtung beteiligen dürfen. Wenn ein Land keine Konditionierungen vornimmt, dann gelten hinsichtlich des Marktzuganges, dass folgende Maßnahmen weder aufrechterhalten noch eingeführt werden dürfen (Art. 16 (2)):

- Beschränkungen der Anzahl der Dienstleistungserbringer
- Beschränkungen des Gesamtwertes der Dienstleistungsgeschäfte
- Beschränkungen der Gesamtzahl der Dienstleistungen
- Beschränkungen der Gesamtzahl von Dienstleistungserbringern beschäftigten Personen
- Vorschreiben bestimmter rechtlicher Unternehmensformen für den Dienstleistungserbringer
- Beschränkungen der Beteiligung ausländischen Kapitals oder des Gesamtwertes „ausländischer Investitionen“<sup>568</sup>

Die UNCTAD stuft die letzten beiden Punkte völlig zu Recht als *performance requirements* ein.<sup>569</sup>

#### V.2.1.1.4 Prinzip der fortschreitenden Liberalisierung

Das Prinzip der fortschreitenden Liberalisierung ist in der Präambel benannt und in den Art. 19-21 ausgeführt. Danach treten die GATS-Mitgliedsstaaten „*in aufeinanderfolgende Verhandlungsrunden ein, die spätestens 5 Jahre nach Inkrafttreten des WTO-Übereinkommens beginnen und danach regelmäßig stattfinden, um schrittweise einen höheren Stand der Liberalisierung zu erreichen.*“ (Art. 19 (1)). Dieser höhere Stand der Liberalisierung soll dadurch erreicht werden, dass in jeder Verhandlungsrunde der allgemeine Umfang der spezifischen Verpflichtungen, die die Mitglieder übernommen haben, vergrößert wird (Art. 19 (4)). Eingegangene spezifische Verpflichtungen können, nachdem sie drei Jahre in Kraft waren, jederzeit geändert oder zurückgenommen werden. Allerdings muss der betreffende Mitgliedsstaat in diesem Fall einem anderen Mitgliedsstaat, der durch eine Änderung oder Rücknahme der Verpflichtungen betroffen sein könnte, Ausgleichsmaßnahmen einräumen, die im Wege von bilateralen Verhandlungen bestimmt werden.<sup>570</sup> Kommt keine Einigung zustande, kann ein Streitschlichtungsverfahren eingeleitet werden (Art. 21 (1-3)). Eine solche Ausgleichsmaßnahme besteht nicht in einer Kompensationszahlung, sondern im Ersatz einer zurückgezogenen oder geänderten Verpflichtung durch eine neue Verpflichtung mit dem gleichen Gegenwert. In der Praxis dürfte die Rücknahme eingegangener Verpflichtungen aufgrund des Ausgleichsmechanismus schwierig sein. Neben dem sukzessiven Ausbau der spezifischen Verpflichtungen enthält das Abkommen auch eine Bestimmung zum Ausbau der horizontalen Verpflichtungen. Nach der Anlage zu Ausnahmen von Artikel II GATS sollen Ausnahmen vom Meistbegünstigungsprinzip einen Zeitraum von 10 Jahren nicht überschreiten und werden auf jeden Fall Gegenstand von Verhandlungen späterer Handelsliberalisierungsrunden sein (Art. 6 der Anlage). Der Rat für den Handel mit Dienstleistungen überprüft regelmäßig, ob die Ausnahmegründe noch gerechtfertigt sind (Art. 4 der

<sup>568</sup> Originaltext in deutscher Übersetzung des Art. 16 (2) (f). Ein weiterer deutlicher Beleg für die Investitionsimplikationen des GATS.

<sup>569</sup> UNCTAD (2001), a.a.O., S. 170. Die vierte unzulässige Maßnahme (Beschränkungen der Gesamtzahl von Dienstleistungserbringern beschäftigten Personen) ist auch eine *performance requirement*, weil sie keine allgemein quantitative Beschränkung ist, sondern auch auf einen konkreten Dienstleistungserbringer angewandt werden kann.

Anlage).

GATS kann also als ein embryonales Abkommen mit großem Entwicklungspotenzial bezeichnet werden. Es wird wohl – die schrittweise Senkung von Zöllen im Rahmen der GATT-Welthandelsrunden können da als Beispiel dienen – mehrere Jahrzehnte dauern, bis es seine volle Wirkung entfalten wird und zu einer umfassenden Liberalisierung von Dienstleistungen führen wird.

### V.2.1.2 GATS 2000-Verhandlungen

Im Januar 2000 sind Verhandlungen über eine Änderung des GATS-Abkommens aufgenommen worden. Die Verhandlungsagenda ergibt sich aus den beschriebenen im Abkommen selbst niedergelegten Verhandlungsaufträgen, insbesondere der Erweiterung der spezifischen Verpflichtungen der Mitgliedsstaaten. Die GATS-Verhandlungen sind Teil des *single undertaking* der Doha-Welthandelsrunde und sollten deshalb ursprünglich bis zum 1.1.2005 abgeschlossen werden.<sup>571</sup> Dadurch werden die Verhandlungen mit anderen Bereichen, z.B. Landwirtschaft, verknüpft werden, um Paketlösungen zu schnüren. Insbesondere Zugeständnisse der Industrieländer im Agrarbereich, z.B. die Reduzierung von Exportsubventionen, dürften u.a. von Marktöffnungen im Dienstleistungsbereich abhängig gemacht werden und umgekehrt.

In der ersten Phase der Verhandlungen wurde eine Verständigung über Verhandlungsrichtlinien und -verfahren erzielt. Danach wird das Recht auf Regulierung betont und darauf verwiesen, dass der Liberalisierungsprozess in Einklang gebracht werden muss mit den nationalen politischen Zielen, dem Entwicklungsstand und der ökonomischen Größe eines Landes; Entwicklungsländer haben die Möglichkeit, weniger Dienstleistungsbereiche in ihre Länderlisten aufzunehmen als Industrieländer sowie „*progressively extending market access in line with their development situation.*“ Kein Dienstleistungsbereich soll aber *a priori* von der Liberalisierung ausgeschlossen werden, d.h., dass Marktöffnungsforderungen auch in allen Sektoren erhoben werden dürfen. Bevor die Verhandlungen über die Erweiterung der Länderlisten abgeschlossen werden, sollen die entsprechenden horizontalen Verhandlungen in Bezug auf die innerstaatliche Regulierung, Notstandsmaßnahmen, Subventionen und öffentliches Beschaffungswesen abgeschlossen werden.<sup>572</sup> Verhandelt wird nach dem „*Request-offer*“-Prinzip.<sup>573</sup> Zunächst sollen die Mitglieder ihre Forderungen in Bezug auf die Erweiterung der spezifischen Verpflichtungen an andere Mitglieder stellen (*request*). Dafür war laut dem Doha-Mandat Zeit bis zum 30.6.2002.<sup>574</sup> Danach war bis zum 31.3.2003 Gelegenheit, Liberalisierungsangebote (*offer*) abzugeben.<sup>575</sup> Auf dieser Grundlage sollen dann die wirklich substanziellen Verhandlungen beginnen. Die Fristen wurden im Grunde nicht beachtet. Im Juli 2004 hatten überhaupt erst 44 Mitglieder Angebote abgegeben, wobei der Umfang der angebotenen

<sup>570</sup> WTO (2001a), a.a.O., S. 12.

<sup>571</sup> WTO (2002): The Doha Declaration Explained.

<sup>572</sup> WTO (2001b): Guidelines and Procedures for the Negotiations on Trade in Services. Die Vorgabe, bis 15.3.2002 die Verhandlungen zu Notstandsmaßnahmen abzuschließen, wurde erneut verfehlt.

<sup>573</sup> Ebenda.

<sup>574</sup> Ebenda.

<sup>575</sup> WTO (2001c), a.a.O., para. 15.

Liberalisierung nicht sehr ambitioniert ist.<sup>576</sup> Bis Mai 2005 sollen überarbeitete Angebote vorgelegt werden.<sup>577</sup> Der gesamte Verhandlungsprozess ist vertraulich; sowohl die Forderungen als auch die Angebote wurden nicht veröffentlicht.<sup>578</sup>

## V.2.2 TRIMs<sup>579</sup>

Das Abkommen über handelsbezogene Investitionsmaßnahmen (*Agreement on Trade-related Investment Measures*, TRIMs)<sup>580</sup> wurde im Rahmen der Uruguay-Runde der WTO vereinbart und trat somit zum 1.1.1995 in Kraft.

### V.2.2.1 Vertragsinhalte

Nach der TRIMs-Präambel sind sowohl die Vermeidung von handelsbehindernden Investitionsmaßnahmen als auch die Erleichterung/Förderung von Investitionen Ziele des Abkommens. Tatsächlich wird von TRIMs aber nur das erste Ziel adressiert. Nach Art. 1 gilt der Vertrag nur für Investitionsmaßnahmen in Bezug auf den Handel mit Gütern und somit nicht für den immer bedeutsamer werdenden Handel mit Dienstleistungen. Art. 2 enthält die auf den ersten Blick bedeutsamsten Bestimmungen des Abkommens. In Absatz 1 wird festgelegt, dass alle TRIMs unzulässig sind, die gegen Art. III oder Art. XI GATT verstoßen. Der Begriff TRIMs wird nicht näher definiert. In Absatz 2 wird aber auf einen Annex zum Abkommen verwiesen, der beispielhaft (*„illustrative“*) TRIMs enthält, die gegen das Prinzip der Inländerbehandlung nach Art. 3 (4) GATT und die Verpflichtung zur Eliminierung mengenmäßiger Beschränkungen des Art. 11 (1) GATT verstoßen. Dabei handelt es sich in Bezug auf Art. 3 (4) um Verpflichtungen für Unternehmen zum Kauf oder zur Verwendung eines bestimmten Anteils an Waren inländischen Ursprungs (LCR) und um Restriktionen der Ein- oder Ausfuhr von Waren, sei es durch generelle oder relative Importbeschränkungen oder das Vorschreiben gewisser Exportquoten (*„trade balancing requirements“*). In Bezug auf Art. 11 (1) sind Beschränkungen der Einfuhr von Waren durch Einschränkungen des Zugangs zu Devisen (*„foreign exchange restrictions“*) sowie Ausfuhrbeschränkungen durch Verpflichtung zur Ausfuhr eines bestimmten Anteiles an der einheimischen Produktion (*„export controls“*) gemeint. Diese TRIMs sind sowohl ohne als auch mit der Verknüpfung mit einem Vorteil, z.B. einer Subvention, verboten. Die bisherige Streitschlichtungspraxis (siehe unten) hat klar ergeben, dass Art. 2 TRIMs keine über das GATT hinausgehenden Verpflichtungen für die Vertragsstaaten kreiert, sondern eher eine Interpretation und Auslegung der Art. 3, 11 GATT darstellt.

Art. 3 und 4 erklären die allgemeinen Ausnahmebestimmungen sowie die temporären Ausnahmemöglichkeiten des GATT für Entwicklungsländer in Zahlungsbilanzschwierigkeiten auch für TRIMs für anwendbar. Die praktisch bedeutsamste Konsequenz des TRIMs-Abkommens folgt aus Art. 5, der alle Vertragsstaaten dazu verpflichtet, ihre TRIMs zu notifizieren und innerhalb einer bestimmten

<sup>576</sup> ICTSD (2004): Services Coalition Calls for Progress in Ag Sector Talks.

<sup>577</sup> WTO (2004a), a.a.O., S. 3.

<sup>578</sup> Natürlich „sickern“ aber hier und da entsprechende Informationen durch.

<sup>579</sup> Dieser Begriff wird im Folgenden auch als Abkürzung für handelsbezogene Investitionsmaßnahmen verwendet.

<sup>580</sup> In NN (2000): Welthandelsorganisation, a.a.O., S. 115-118.

Frist abzuschaffen. Industrieländer hatten dafür nach dem Inkrafttreten des Abkommens 2 Jahre, Entwicklungsländer 5 Jahr und LDCs sieben Jahre Zeit. Der Rat für den Handel mit Gütern kann auf Antrag für Entwicklungsländer und LDCs eine Verlängerung aussprechen, wenn diese Länder Schwierigkeiten bei der Umsetzung des Abkommens haben. Bei der Bewertung dieser Verlängerungsanträge soll der Rat den Entwicklungsstand sowie die Finanz- und Handelsbedürfnisse des betreffenden Mitgliedsstaates berücksichtigen. In der Doha-Erklärung wird dem Rat für den Handel mit Gütern auferlegt, die Verlängerungswünsche von LDCs positiv zu prüfen („*consider positively*“).<sup>581</sup>

Nach Art. 9 sollte bis zum Jahr 2000 eine Überprüfung des Abkommens durch den Rat für den Handel mit Gütern erfolgen, der evtl. der nächsten Ministerkonferenz auch Textänderungen vorschlagen sollte. In diesem Rahmen sollte auch geprüft werden, ob Bestimmungen zur Investitions- und Wettbewerbspolitik in das Abkommen integriert werden sollten. Auch durch diese Formulierung wird klar, dass TRIMs kein umfassendes Investitionsabkommen ist, denn sonst wäre der Bezug auf Investitionspolitik unsinnig. Die Überprüfung hat bisher nicht zu Änderungen des Abkommens geführt. Es scheint augenblicklich auch keine stärkere politische Bereitschaft zu geben, in ernsthafte Verhandlungen zur Änderung des Abkommens einzutreten. Die politischen Kapazitäten konzentrieren sich stattdessen auf die Erweiterung des GATS-Abkommens.

### V.2.2.2 Streitschlichtungspraxis

Bisher gab es vier mit einem Urteil abgeschlossene Streitschlichtungsverfahren, die einen Bezug zu TRIMs hatten<sup>582</sup> und hier kurz dargestellt werden. Hinsichtlich der Fakten als auch der Rechtsfragen ähneln sie sich sehr. Im Einzelnen handelt es sich um die Urteile *Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry*<sup>583</sup> (im Folgenden *Canada – Automotive Industry*), *Indonesia – Certain Measures Affecting the Automotive Industry*<sup>584</sup> (im Folgenden *Indonesia – Automotive Industry*), *Indien – Measures Affecting the Automotive Industry*<sup>585</sup> (im Folgenden *Indien – Automotive Industry*) und *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*<sup>586</sup> (im Folgenden *European Communities – Bananas*). Auffällig dabei ist, dass es sich in gleich drei Fällen um Maßnahmen bzgl. der nationalen Automobilindustrie gehandelt hat. In diesen drei Fällen wurden neben einigen anderen Maßnahmen jeweils LCR angegriffen. Bei *European Communities – Bananas* handelt es sich um einen sehr komplexen, langwierigen Streitfall, bei der es im Kern um ein Präferenzsystem der EU für Bananenimporte aus früheren Kolonien geht. Hier ist TRIMs nur eines der relevanten Abkommen neben GATT, GATS, dem Agrarabkommen und dem Lizenzierungsabkommen.

<sup>581</sup> WTO (2001d): Implementation-related Issues and Concerns, Decision, para. 6.2. Bereits vor dieser Entscheidung hatte der Rat Verlängerungen bis Ende 2003 für Argentinien, Chile, Kolumbien, Malaysia, Mexico, Pakistan, Philippinen, Thailand und Rumänien ausgesprochen, die mittlerweile ausgelaufen sind und nicht verlängert wurden.

<sup>582</sup> 8 Verfahren laufen noch, davon betreffen 4 nahezu identische Massnahmen in Bezug auf die Automobilindustrie Brasiliens. In zwei der acht Fälle wurde bisher ein Panel konstituiert (betroffen ist die philippinische Automobilbranche sowie kanadische Importregulierungen in Bezug auf Getreide, die angeblich gegen die local content-Bestimmungen verstoßen). In einem Fall gab es eine Einigung, vgl. WTO (2004), a.a.O.

<sup>583</sup> *Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, Panel Report, WT/DS139/R und WT/DS142/R, 11.2.2000; Appellate Body Report, WT/DS139/AB/R und WT/DS142/AB/R, 31.5.2000.

<sup>584</sup> *Indonesia, Certain Measures Affecting the Automobile Industry*, Panel Report, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, 2.7.1998.

<sup>585</sup> *India – Measures Affecting the Automotive Sector*, Panel Report, WT/DS146/R und WT/DS175/R, 21.12.2001; Appellate Body Report, WT/DS146/AB/R und WT/DS175/AB/R, 19.3.2002

<sup>586</sup> *European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, Panel Report, WT/DS27/R/ECU, 22.5.1997; Appellate Body Report, WT/DS27/AB/R, 9.9.1997.

Die rechtliche Bedeutung des TRIMs-Abkommens wurde besonders gut in den *Indien – Automotive Industry* und *European Communities – Bananas*-Urteilen herausgearbeitet: „Although the TRIMs Agreement ‘has an autonomous legal existence’, independent from the relevant GATT provisions ..., the substance of its obligations refers directly to Articles III and XI of the GATT, and clarifies their meaning, inter alia, through an Illustrative list.”<sup>587</sup> „We note that with the exception of its transition provisions the TRIMs Agreement essentially interprets and clarifies the provisions of Article III (and also Article XI) where trade-related investment measures are concerned. Thus the TRIMs Agreement does not add to or subtract from those GATT obligations, although it clarifies that Article III:4 may cover investment-related matters.”<sup>588</sup>

Im Ergebnis bleibt also festzuhalten, dass das TRIMs in substantieller Hinsicht keine über die Art. III und XI GATT hinausgehenden Verpflichtungen festlegt. Das GATT selbst ist somit ein investitionsrelevanter Vertrag (in Bezug auf handelsbeeinträchtigende Investitionsmaßnahmen), was durch das TRIMs klargestellt wird. In allen vier Verfahren wurde ein Verstoß gegen das TRIMs-Abkommen festgestellt. Leider gibt es keine Informationen darüber, inwieweit die geschilderten Urteile Auswirkungen auf die nationalen Volkswirtschaften hatten.

## V.2.3 Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen

### V.2.3.1 Vertragsinhalte

Dieses Abkommen der Uruguay-Runde gilt nur für Güter, nicht für Dienstleistungen. Es regelt (besser: restringiert) die Vergabe von Subventionen und entsprechende Ausgleichsmaßnahmen („*countervailing duties*“). Dafür werden in einem komplexen System verschiedene Subventionsarten (verbotene, anfechtbare und nichtanfechtbare Subventionen), Verfahren zur Anwendung von Ausgleichsmaßnahmen sowie Ausnahmebestimmungen festgelegt. Der Subventionsbegriff ist sehr weit gefasst: Sowohl direkte Geldtransfers, Steuervergünstigungen, Sachleistungen, Kreditbürgschaften als auch Einkommens- oder Preisstützungen fallen nach Art.1 unter den Subventionsbegriff. Nach Art. 2 muss eine Subvention spezifisch, d.h. sie muss an ein Unternehmen bzw. an eine Gruppe von Unternehmen gezahlt werden. Dadurch, dass alle Subventionen im Gebiet eines Mitgliedes erfasst sind, ergibt sich die Relevanz für DI. Denn dies gilt folglich auch für ausländische Unternehmen, soweit die Subvention an einen Handelsbezug geknüpft ist. Investitionsanreize („*investment incentives*“) wie z.B. Ansiedlungsprämien oder Niedrigsteuergelände können somit erfasst sein.<sup>589</sup>

#### a.) Verbotene Subventionen

Nach Art. 3 gelten als verbotene Subventionen: Exportsubventionen (mit der Ausnahme von

<sup>587</sup> Panel Report *Indien – Automotive Industry*, a.a.O., para. 7.157.

<sup>588</sup> *European Communities – Bananas*, Panel Report, a.a.O., para. 7.185.

<sup>589</sup> Die Investitionsrelevanz des Subventionsabkommens wird auch bejaht von UNCTAD (2001), a.a.O., S. 171 und Sauvé, P./Wilkie, C. (1999): Exploring Approaches to Investment Liberalization in the GATS, Paper Prepared for the Conference "Services 2000 – New Directions in Services Trade Liberalization", S. 8, 12, 14.

Agrarexportsubventionen, die vom WTO-Agrarabkommen erfasst werden) und Subventionen, die einheimischen Waren Vorrang vor eingeführten Waren einräumen. Bei letzteren spricht die WTO selbst davon, dass es sich dabei um Importsubstitutionssubventionen handelt.<sup>590</sup> Im Streitfall kann ein Streitschlichtungsverfahren eingeleitet werden mit dem Ziel der Abschaffung der Subvention oder ihrer schädigenden Effekte. Kommt ein Land trotz eines entsprechenden Urteiles dem nicht nach, kann ein von den Subventionen betroffener Staat nach einem Untersuchungsverfahren Ausgleichsmaßnahmen in Form von höheren Zöllen auf subventionierte Importe beschließen.

### **b.) Anfechtbare Subventionen**

Anfechtbare Subventionen sind alle Subventionen, die nachteilige Auswirkungen auf die Interessen eines anderen Mitgliednes verursachen, weil sie einen inländischen Wirtschaftszweig schädigen, einen Handelsvorteil zunichte machen oder schmälern oder eine ernsthafte Schädigung der Interessen eines anderen Mitgliedsstaates darstellen (Art. 5). Letzteres wird immer dann angenommen, wenn u.a. Einfuhren auf dem Markt des subventionierenden Landes oder auf Drittmärkten durch die Subventionen verdrängt werden, es zu einer deutlichen Preisunterbietung kommt oder die subventionierten Güter einen überdurchschnittlichen Weltmarktanteil bekommen (Art. 6 (3)). Auch die anfechtbaren Subventionen unterliegen dem Streitschlichtungsmechanismus und möglichen Ausgleichsmaßnahmen.

### **c.) Nichtanfechtbare Subventionen**

Es gibt drei verschiedene nichtanfechtbare Subventionen: Beihilfen für Forschungstätigkeiten, für benachteiligte Regionen und zur Förderung der Anpassung an neue Umweltvorschriften (Art. 8). Diese Subventionen können weder vor das WTO-Streitschlichtungssystem gebracht noch dürfen Ausgleichsmaßnahmen hierzu ergriffen werden. Alle Ausnahmen sind aber an bestimmte Bedingungen bzw. Limitierungen gebunden. So dürfen z.B. bei den Forschungsbeihilfen nicht mehr als 75% der Kosten für industrielle Forschung und nicht mehr als 50% der Kosten für vorwettbewerbliche Entwicklung gedeckt werden. Die Umweltbeihilfen dürfen sogar nur einmalig erteilt werden und nicht mehr als 20% der Kosten betragen.

Für Entwicklungsländer galten Übergangsbestimmungen. Es wird anerkannt, dass Subventionen in den Wirtschaftsentwicklungsprogrammen dieser Länder eine wichtige Rolle spielen können (Art. 27). Das Verbot der Exportsubventionen gilt für die in Anhang VII genannten Entwicklungsländer<sup>591</sup> grundsätzlich nicht, die übrigen Entwicklungsländer mussten diese Subventionen schrittweise bis 2003 abgebaut haben. Allerdings sind Exportsubventionen für Waren, die Ausfuhrwettbewerbsfähigkeit erreicht haben, binnen 2 Jahren für Entwicklungsländer bzw. 8 Jahren für LDCs abzubauen (Art. 27 (5)). Importsubstitutionssubventionen mussten bis 2000, in den LDCs bis 2003 abgeschafft sein. Nur Exportsubventionen können unter bestimmten Umständen verlängert werden. Im Fall der Privatisierung

<sup>590</sup> WTO (1999), a.a.O., S. 31.

<sup>591</sup> Dieser Anhang schafft zwei verschiedene Kategorien: erstens LDCs, die Mitglieder der WTO sind und zweitens 20 dort aufgeführte Staaten. Letztere Staaten werden aber dann wie alle anderen Entwicklungsländer behandelt, wenn ihr jährliches BIP pro Kopf 1.000 US-Dollar erreicht hat (Anhang VII (b) Subventionsabkommen).

von Staatsunternehmen gelten die Bestimmungen über verbotene Subventionen nicht (Art. 27 (13)). Transformationsländer mussten die verbotenen Subventionen bis 2002 abschaffen (Art. 29). Für anfechtbare Subventionen nach Art. 5 gibt es keine Übergangsbestimmungen.

Die Trennung zwischen verbotenen und anfechtbaren Subventionen wird durch Art. 2 (3) wieder durchbrochen. Danach gilt jede Subvention nach Art. 3 als eine spezifische Subvention, die nach Art. 1 (2) unter die Bestimmungen für anfechtbare Subventionen fallen. Dies bedeutet, dass jede verbotene Subvention gleichzeitig auch eine anfechtbare Subvention ist, die nach Art. 5 sofort angefochten werden kann, allerdings nach den dort festgelegten erschwerten Bedingungen.<sup>592</sup> Die praktische Konsequenz daraus war und ist eine massive Verschlechterung für LDCs und Entwicklungsländer, weil dadurch die Übergangsfristen bzw. Ausnahmen unterlaufen werden können. Im Fall *Indonesia – Automotive Industry*, der bereits unter TRIMs benannt worden ist, wurde dies dann auch so entschieden.<sup>593</sup> Der UNCTAD-Ökonom Shafaeddin zieht aus Art. 2 (3) folgende Konsequenz: „*The implication of this article is that a country cannot support its infant industries, whether or not for exports, either across-the-board or on a selective basis, when the subsidy is tied to export performance – a practice common until very recently, particularly in East Asian countries.*“<sup>594</sup> Mittlerweile hat sich das Problem durch das Auslaufen der Übergangsfristen reduziert.

In der Ministererklärung von Doha werden auch Verhandlungen für das Subventionsabkommen mandatiert mit dem Ziel „*to clarify and improve disciplines while preserving the basic concepts, principles and effectiveness of these agreements.*“<sup>595</sup> Auch dies gehört zum *single undertaking* und soll demnach bis zum 1.1.2005 abgeschlossen sein. In der Entscheidung der Ministerkonferenz zu den Implementationsfragen wird das Subventionsabkommen intensiv berücksichtigt. Allerdings beschränkt sich dies auf eher Rechtssicherheit schaffenden Klarstellungen, unter welchen Voraussetzungen ein Staat als ein LDC einzustufen ist und wann Subventionen für Waren, die Exportwettbewerbsfähigkeit erreicht haben, abzubauen sind. Ein Vorschlag, den Bereich der nichtanfechtbaren Subventionen von Entwicklungsländern zu erweitern auf Maßnahmen zur Förderung des regionalen Wachstums, Produktdiversifikation und –entwicklung, technologische Forschung und Entwicklungsfinanzierung sowie Entwicklung von umweltfreundlichen Produktionsmethoden wird zur Kenntnis genommen und in die Liste der abzuarbeitenden „*outstanding implementation issues*“, das Teil des *single undertaking* ist, aufgenommen. Die Reichweite von Art. 8 (2) würde dadurch etwas ausgedehnt. Die Mitgliedsstaaten werden dazu angehalten, während der Zeit der Verhandlungen Zurückhaltung hinsichtlich der Anwendung des Streitschlichtungsmechanismus in Bezug auf die genannten Maßnahmen zu üben.<sup>596</sup>

<sup>592</sup> Die WTO bestätigt diese Rechtsauffassung in ihrem eigenen Kommentar: „As a consequence, subsidies contingent upon export performance and upon the use of domestic over imported goods are, when granted by qualifying developing country members, merely actionable rather than prohibited subsidies.“, vgl.: WTO (2001h): WTO Analytical Index: Guide to WTO Law and Practice, Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, Interpretation and Application of Article 2, para. 30.

<sup>593</sup> *Indonesia - Certain Measures Affecting the Automobile Industry*, Panel Report, a.a.O., para. 14.155. Das betroffene indonesische „*national car programme*“ hatte das Ziel, eine wettbewerbsfähige indonesische Automobilindustrie aufzubauen. Australien hatte direkt nach dem zweiten Weltkrieg ebenfalls ein „*national car program*“, das erst in den 1990er-Jahren signifikant reduziert wurde, vgl. Bora/Lloyd/Pangestu, a.a.O., S. 27.

<sup>594</sup> Shafaeddin, M. (2000b): *Free Trade or Fair Trade?, An Enquiry into the Causes of Failure in Recent Trade Negotiations, Fallacies Surrounding the Theories of Trade Liberalization and Protection and Contradictions in International Trade Rules*, S. 23. Natürlich müssen aber die beschriebenen Kriterien des Art. 5 erfüllt sein.

<sup>595</sup> WTO (2001c), a.a.O., para. 28.

### V.2.3.2 Streitschlichtungspraxis

Die folgenden Ausführungen widmen sich der quantitativen Analyse der bisherigen subventionsabkommensrelevanten Streitschlichtungspraxis. Von insgesamt 309 Streitschlichtungsverfahren (Stand: 26.3.2004) hatten 55 einen vollständigen oder teilweisen Bezug auf das Subventionsabkommen. Dies ist ein sehr hoher Anteil, wenn die große Anzahl der unterschiedlichen WTO-Abkommen berücksichtigt wird. Nur das Anti-Dumpingabkommen hat – neben dem GATT – mit 54 eine vergleichbare Anzahl von Streitfällen. Und es ist mehr, als alle anderen investitionsrelevanten WTO-Verträge zusammen an Streitfallpraxis haben (insgesamt 47, davon TRIPS 22, TRIMs dreizehn und GATS zwölf). Von den 55 Verfahren sind 23 durch Urteil eines Panel oder des *Appellate Body* abgeschlossen, zwei durch Einigung oder anderweitig erledigt und 30 noch nicht abgeschlossen. In zwanzig Fällen sind Konsultationen verlangt worden, in neun Fällen ist ein Panel gebildet worden und in einem weiteren Fall wurde das Panel-Urteil dem DSB weitergeleitet.

In 11 Fällen wurde gegen Entwicklungsländer geklagt, in 44 Fällen gegen Industrieländer.<sup>597</sup> Diese Zahlen erscheinen in Bezug auf die Entwicklungsländer zunächst relativ gering. Die absolute Zahl von 11 Klagen ist aber nicht gerade niedrig, wenn sie mit Verfahren verglichen werden, die andere Abkommen betreffen. In den bisherigen drei Urteilen, die sich mit Maßnahmen von Entwicklungsländern befassen, wurden diese als ein Verstoß gegen das Subventionsabkommen bewertet.<sup>598</sup> Bisher war keines der unter Anhang VII fallenden Länder an einem Streitschlichtungsverfahren beteiligt, obwohl diese wie beschrieben unter die Bestimmungen über anfechtbare Subventionen fallen. Die Befürchtungen hinsichtlich negativer Auswirkungen für LDCs/Entwicklungsländer, die sich aus einer Analyse des Vertragstextes ableiten lassen, sind durch die bisherige Streitschlichtungspraxis somit nicht zu bestätigen. Hauptbeteiligte an den Verfahren sind die EU und die USA. Daneben gehören Kanada, Brasilien und Australien zu den Staaten, die am Häufigsten an entsprechenden Verfahren beteiligt waren.<sup>599</sup>

Erstaunlich ist, dass dieses Abkommen im Vergleich zum GATS oder zum TRIPS kaum Gegenstand breiter Kritik geworden ist, obwohl es einen sehr breiten Anwendungsbereich hat, hinsichtlich der Streitschlichtungspraxis nur das Anti-Dumping-Abkommen eine ähnliche Bedeutung hat und sehr stark in die ökonomische Souveränität der Mitgliedsstaaten eingreift. Insbesondere Entwicklungsländern werden Instrumente zur Entwicklung wettbewerbsfähiger Industrien und damit zur Herausbildung wettbewerbsfähiger Volkswirtschaften stark erschwert.<sup>600</sup> Und dies, obwohl die Wirtschaftsgeschichte sowohl der heute industrialisierten Staaten als auch der südostasiatischen "*Tigerstaaten*" zeigt, dass diese Staaten durch intensive Nutzung heute nach WTO-Recht verbotener Maßnahmen ihre Industrialisierungserfolge zu Stande brachten. Die UNCTAD weist darauf hin, dass auch Programme

<sup>596</sup> WTO (2001d), a.a.O., para. 10.2.

<sup>597</sup> Eigene Berechnungen aufgrund WTO (2004), a.a.O.

<sup>598</sup> Neben den bereits erwähnten Subventionen für die indonesische Automobilindustrie sind noch zwei Urteile hinsichtlich der Subventionierung der brasilianischen Flugzeugindustrie (WT/DS46, WT/DS46/RW und WT/DS46/RW/2) ergangen, darunter ein compliance-Urteil. In einem weiteren compliance-Urteil, das von der WTO-Streitschlichtungssystematik aber nicht als ein extra Verfahren gewertet worden ist, sind die brasilianischen Maßnahmen dann aufrechterhalten worden.

<sup>599</sup> Ebenda. Die Zahlen bezüglich Brasilien und Kanada sind aber stark verzerrt durch 6 gegeneinander gerichtete Streitverfahren, die Subventionen für die Flugzeugindustrie betreffen.

<sup>600</sup> Die genauen Auswirkungen auf Entwicklungsländer wären nur bei einem umfangreichen assessment der bisherigen

von Entwicklungsländern, die Investitionsanreize für ausländische Investoren zum technologischen *upgrading* und zum Know-how-Transfer an einheimische Unternehmen vorsehen, anfechtbare Subventionen darstellen können. Als Konsequenz fordert sie eine Änderung des Abkommens, um den Katalog der nichtanfechtbaren Subventionen zu erweitern.<sup>601</sup> Dieser Katalog kommt in seiner jetzigen Ausgestaltung in der Tat eher den Interessen der Industrieländer entgegen, die viel stärker als Entwicklungsländer in der Lage sind, Hochschul- und Forschungseinrichtungen aufzubauen und zu subventionieren. Auch die Unterstützung unterentwickelter Regionen ist für die meisten Entwicklungsländer keine besondere Priorität, da es vor allem darum geht, den allgemeinen Stand der ökonomischen Entwicklung des Landes anzuheben. Die Frage der Erweiterung des Kataloges nichtanfechtbarer Subventionen wird im Rahmen der Diskussion von Reformansätzen näher behandelt.

## V.2.4 TRIPS

Durch das Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, TRIPS)<sup>602</sup> ist das Welthandelssystem in einen völlig neuen Bereich – nicht nur – wirtschaftlicher Aktivität vorgestoßen. Lt. WTO soll es der gestiegenen Bedeutung von Ideen und Wissen im Rahmen des Handels sowie der großen Unterschiedlichkeit nationaler Schutzgesetze für geistiges Eigentum Rechnung tragen.<sup>603</sup> Ausgangspunkt sind die bereits bestehenden internationalen Verträge zum Schutz geistigen Eigentums, wie sie vor allem von der Weltorganisation für geistiges Eigentum (World Intellectual Property Organization, WIPO) entwickelt worden sind. TRIPS geht über deren Bestimmungen dadurch hinaus, dass es auch völlig neue Bereiche geistigen Eigentums behandelt und den Schutzstandard für bestehende Bereiche erhöht.

TRIPS ist das mit Abstand komplexeste und längste aller WTO-Abkommen. Sieht man sich den Anwendungsbereich und den Aufbau des Abkommens genauer an, so fällt auf, dass sich TRIPS keineswegs nur auf handelsbezogene Aspekte des geistigen Eigentums konzentriert. Die drei wichtigsten Teile des Abkommens – die allgemeinen Bestimmungen, die genaue Beschreibung der unterschiedlichen Arten des geistigen Eigentums wie Marken, Patente etc. sowie deren Schutzkonzept und die Durchsetzungsbestimmungen – sind nicht an eine wie auch immer geartete Handelsbezogenheit geknüpft. Es findet sich auch keine Definition, was handelsbezogene Aspekte des geistigen Eigentums eigentlich sein sollen. Der Name TRIPS ist somit genau wie GATS irreführend, weil er nur einen eingeschränkten Anwendungsbereich des Abkommens suggeriert. *Vandana Shiva* ist insoweit zuzustimmen: „*By merely affixing ‘trade-related’ to issues that are decided domestically, GATT, through the World Trade Organization, will not merely regulate international trade, but, in essence, will determine domestic policy.*“<sup>604</sup>

Die Investitionsimplikation des Abkommens ergibt sich daraus, dass ausländische Investoren

---

Auswirkungen des Abkommens zu ermitteln, das im Rahmen dieser Arbeit nicht geleistet werden kann.

<sup>601</sup> UNCTAD (2001), a.a.O., S. 171. Begründet wird dies damit, dass jede Maßnahme eines Mitgliedes, die unter die Subventionsdefinition des Abkommens fällt, eine anfechtbare Subvention darstellt.

<sup>602</sup> NN (2000): Welthandelsorganisation, a.a.O., S. 227-257.

<sup>603</sup> WTO (1999), a.a.O., S. 25-26.

Nichtdiskriminierungsschutz und spezielle Schutzrechte in Bezug auf ihre immateriellen Investitionen bekommen, ohne dass diese einen Handelsbezug haben müssten. Ein Beispiel wäre der Aufbau einer Produktionsanlage von *Coca-Cola* mit dem Ziel des Produktabsatzes auf dem dortigen Markt eines Landes, wo die Firma bisher nicht präsent war. Das TRIPS-Abkommen führt zu einem Schutz der Marke *Coca-Cola*<sup>605</sup> vor der Benutzung identischer oder ähnlicher Markennamen von evtl. Konkurrenzprodukten und damit zu einer erhöhten Rechtssicherheit für den Investor.<sup>606</sup>

TRIPS ist eines der umstrittensten Abkommen des gesamten WTO-Systems. Verfestigung der technologischen Abhängigkeit des Südens vom Norden, Gefahren für die biologische Diversität, Aneignung traditionellen indigenen Wissens durch multinationale Konzerne, erschwerter Zugang zu bezahlbaren Medikamenten und Lebensmitteln sowie Patentierung von Lebensformen sind die am heftigsten innerhalb und außerhalb der WTO diskutierten Probleme, die mit dem Abkommen verbunden werden. Es ist nicht möglich, alle diese potenziellen Auswirkungen des Abkommens genau zu analysieren. Der Fokus soll auf eine Darstellung der Vertragsinhalte gelegt werden. Der besonders sensible Bereich des Zugangs zu lebensnotwendigen Medikamenten und die dafür relevanten Patentrechtseinschränkungen durch Zwangslizenzen, Parallelimporte und Generika werden näher behandelt.<sup>607</sup>

#### V.2.4.1 Vertragsinhalte

##### a.) Allgemeine Bestimmungen und Grundprinzipien

Generell sind die WTO-Mitglieder verpflichtet, die Prinzipien der Inländerbehandlung und der Meistbegünstigung im Bezug auf den Schutz geistigen Eigentums anzuwenden (Art. 3 und 4). Als Zielbestimmung wird die Förderung der technischen Innovation sowie die Weitergabe und Verbreitung von Technologie benannt (Art. 7). Dem folgt in Art. 66 (2) eine – allerdings allgemein gehaltene – Verpflichtung für Industrieländer, Anreize für den Technologietransfer in LDCs durch ihre Unternehmen und Institutionen zu schaffen. Den Mitgliedern wird zunächst die Freiheit gelassen, Maßnahmen zu ergreifen, die „zum Schutz der öffentlichen Gesundheit und Ernährung...in den für ihre sozio-ökonomische und technische Entwicklung lebenswichtigen Sektoren notwendig sind;“ (Art. 8 (1) S.1 1. Halbsatz). Allerdings „müssen diese Maßnahmen mit diesem Übereinkommen vereinbar sein.“ (Art. 8 (1) S.1 2. Halbsatz). Dieselbe Einschränkung gilt hinsichtlich von Maßnahmen zur Vermeidung von Missbrauch durch Inhaber von Rechten geistigen Eigentums oder in Bezug auf Praktiken, die den Handel unangemessen beschränken oder den internationalen Technologietransfer nachteilig beeinflussen (Art. 8 (2)). Dies bedeutet, dass sämtliche TRIPS-Bestimmungen umzusetzen sind und dass es auf Regelungstiefe und spezifische Ausnahmen (Art. 13, 17, 24 und 30) des Abkommens ankommt, inwieweit sich Spielraum für die beschriebenen Maßnahmen ergibt. Dies unterscheidet das

<sup>604</sup> Shiva, V. (1997): *Biopiracy – The Plunder of Nature and Knowledge*, S. 111.

<sup>605</sup> Es kann vorausgesetzt werden, dass diese Marke im Sinne des Art. 15 ff. TRIPS eintragungsfähig ist.

<sup>606</sup> Den Bezug des TRIPS zu DI sehen auch FitzGerald, E.V.K./Cubero-Brealey, R./Lehmann, A. (1998): *The Development Implications of the Multilateral Agreement on Investment*, S. 34; Sauve/Wilkie, a.a.O., S. 8, 14 und Halle, M. (2001): *Investment – Avoiding a Dangerous Minefield for the WTO*, S. 2. In vielen Investitionsabkommen fallen geistige Eigentumsrechte unter die Definition von Investitionen (vgl. Teil III.).

<sup>607</sup> Auf eine besondere Würdigung der Streitschlichtungspraxis wird verzichtet, stattdessen werden einige patentrelevante

TRIPS-Abkommen von allen anderen WTO-Abkommen, die jeweils allgemeine Ausnahmen von ihrem Anwendungsbereich kennen (z.B. Art. 20 GATT, Art. 8 Subventionsabkommen und Art. 14 GATS).<sup>608</sup>

## b.) Umfang und Ausübung von Rechten des geistigen Eigentums

In diesem Abschnitt werden die einzelnen Formen des geistigen Eigentums und ihr Schutzstandard festgelegt. TRIPS behandelt Urheberrechte, Marken, geografische Angaben<sup>609</sup>, gewerbliche Muster und Modelle, Patente, Layout-Designs sowie Schutz nicht offenbarer Informationen (Industriegeheimnisse) und weist diesen jeweils unterschiedliche Schutzstandards zu. In der Regel wird den Inhabern eines geistigen Eigentumsrechtes ein ausschließliches Nutzungsrecht und eine bestimmte Mindestschutzdauer zugesprochen. Diese Mindestschutzdauer variiert von 7 Jahren für Marken (Art. 18) bis zu 50 Jahren für Urheberrechte (Art. 12). Nur in Bezug auf die Kontrolle wettbewerbswidriger Praktiken in vertraglichen Lizenzen können regulierende Maßnahmen gegen Rechteinhaber ergriffen werden (Art. 40).

### Exkurs: Patente und Zugang zu Medikamenten

Patente sind nach Art. 27 (1) für Produkte und Verfahren auf allen Gebieten der Technik erhältlich, soweit sie neu sind, auf einer erfinderischen Tätigkeit beruhen und gewerblich anwendbar sind. „Gewerblich anwendbar“ kann dabei synonym mit „nützlich“ verstanden werden, was eher auf eine breite Anwendbarkeit schließen lässt.<sup>610</sup> Diskriminierungen hinsichtlich des Gebiets der Technik, des Ortes der Erfindung oder danach, ob die Erzeugnisse eingeführt oder im Land hergestellt werden, sind verboten. Die Gewährleistung eines Patentbesitzes bedeutet die Einräumung ausschließlicher Rechte hinsichtlich der Herstellung, des Gebrauches, des Anbietens zum Verkauf, des Verkaufes und der Lizenzierung (Art. 28). Patente sind allerdings offen zu legen, so dass sie von Fachleuten ausgeführt werden können (Art. 29).

Von den 22 bisherigen TRIPS-relevanten Streitschlichtungsverfahren stehen 12 in Zusammenhang mit Patenten.<sup>611</sup> An 11 dieser 12 Verfahren<sup>612</sup> sind die USA beteiligt, nur in zwei Fällen wurden dabei Patentschutzverletzungen, die den USA zur Last gelegt werden, angegriffen. Insgesamt sind die USA sogar an 19 der 22 Streitfälle beteiligt.<sup>613</sup> Diese Zahlen unterstützen die These, dass TRIPS vor allem im Interesse der USA und deren Unternehmen ist.<sup>614</sup>

Besondere Aufmerksamkeit haben die Patentschutzregelungen in Bezug auf den Zugang zu

Streitverfahren mit herangezogen bei der Betrachtung.

<sup>608</sup> Üblicherweise steht die Anwendung der Ausnahmebestimmungen unter dem Vorbehalt, dass sie nicht zu einer verschleierte Handelsbeschränkung oder zu einer willkürlichen oder unberechtigten Diskriminierung führt.

<sup>609</sup> Über das bestehende Schutzniveau des internationalen Urheberrechts hinausgehend werden hier geografische Angaben für Weine und Spirituosen behandelt und ein Verhandlungsmandat festgelegt.

<sup>610</sup> Art. 27 (1) S. 1 FN 5 TRIPS.

<sup>611</sup> In den vier Urteilen, die Patentfragen behandelten, ist jeweils ein Verstoß festgestellt worden (WT/DS50, WT/DS79, WT/DS114 und WT/DS170). Ansonsten sind vor allem Copyright-Verletzungen Gegenstand der Verfahren gewesen.

<sup>612</sup> Das 12. Verfahren ist eine Klage der EU gegen Indien (WT/DS79), die in fast identischer Form bereits von den USA eingereicht worden ist, nach der Systematik der WTO aber trotzdem als eigenständiges Verfahren gewertet wird.

<sup>613</sup> Eigene Berechnungen aufgrund WTO (2004), a.a.O.

<sup>614</sup> Von einer Globalisierung des amerikanischen Patentrechtes spricht Shiva, a.a.O., S. 9.

Medikamenten, insbesondere lebenswichtigen Medikamenten im Falle von schweren Epidemien oder Seuchen, gefunden.<sup>615</sup> Das Interesse an einem schnellen Zugang zu preiswerten Medikamenten zur Bekämpfung von Krankheiten wie z.B. AIDS oder Malaria hat zu einer Praxis sowohl in Entwicklungs- als auch in Industrieländern geführt, vor allem durch drei Maßnahmen von Patentschutzbestimmungen abzuweichen: Generika, Parallelimporte und Zwangslizenzen. Es wurde und wird befürchtet, dass TRIPS diese Praktiken unmöglich macht bzw. stark erschwert. Generika sind nachgeahmte Medikamente, die noch während der Patentschutzdauer entwickelt und genehmigt werden, um kurze Zeit nach dem Ablauf des Patentschutzes auf den Markt gebracht und verkauft werden zu können. Dies soll vor allem dazu dienen, die Zeit für den Marktzutritt neuer Medikamente zu verkürzen und den Wettbewerb damit zu stärken.<sup>616</sup> Parallelimporte sind Reimporte von patentgeschützten Medikamenten: Patentinhaber A exportiert Medikamente aus dem Land A in das Land B und verkauft sie dort zu einem niedrigeren Preis als im Land A, Firma B kauft diese Medikamente in Land B auf und exportiert sie ohne die Zustimmung des Patentinhabers zu einem niedrigeren Preis wieder in das Land A. Zwangslizenzierung bedeutet die Erlaubnis der Herstellung von patentgeschützten Produkten oder Verfahren ohne die Zustimmung des Patentinhabers. Wichtig für Entwicklungsländer ist in diesem Zusammenhang vor allem der Import von in anderen Staaten unter Zwangslizenz hergestellten Medikamenten.<sup>617</sup>

Was sehen die TRIPS-Regeln für diese Bereiche vor? Nach Art. 6 darf die Streitschlichtung mit der Ausnahme der Beachtung der Nichtdiskriminierungsvorschriften nicht zur Behandlung von Fragen der Erschöpfung von geistigen Eigentumsrechten verwendet werden. Von Erschöpfung spricht man im Fall von Parallelimporten.<sup>618</sup> In diesem Bereich haben die Staaten also weitgehende Freiheiten. Bei Generika und Zwangslizenzierung ist die Sachlage komplizierter. In Bezug auf Generika ist der Art. 30 relevant, der unter bestimmten Umständen begrenzte Ausnahmen von den ausschließlichen Patentrechten des Art. 28 zulässt. In *Canada – Patent Protection of Pharmaceutical Products* wurde das bislang einzige Urteil in Bezug auf Generika erlassen. Kanada hatte in seiner nationalen Umsetzungsgesetzgebung zum TRIPS-Abkommen zwei Ausnahmen von den ausschließlichen Patentrechten aufgenommen: die sog. „*regulatory review exception*“ und die „*stockpiling exception*“.<sup>619</sup> Die *regulatory review exception* sieht vor, dass das Herstellen, Entwickeln, Nutzen und Verkaufen einer patentierten Erfindung für die einzigen Zwecke der Entwicklung und der Bereitstellung von notwendigen Informationen für die Genehmigung von Produkten keinen Patentverstoß bzw. eine berechtigte Ausnahme nach Art. 30 darstellt. Ein WTO-Panel hat diese Maßnahme für konsistent mit Art. 30 und damit auch Art. 28 erklärt, dabei aber auf den engen Anwendungsbereich dieses Artikels hingewiesen.<sup>620</sup> Die *stockpiling exception*, die in den sechs Monaten vor Ablauf der 20-jährigen

<sup>615</sup> Neben vielen anderen vgl. Sforza/Wallach (1999), a.a.O., S. 100-129 und UNDP, a.a.O., S. 10, das gar von „*perverse effects*“ spricht.

<sup>616</sup> Aufgrund der aufwändigen Genehmigungs-, Entwicklungs-, Test- und Marktzulassungsverfahren benötigen neue Medikamente ca. 8-12 Jahre nach Erteilung eines Patentes, bis sie auf dem Markt erhältlich sind. Bei Generika verkürzt sich diese Zeit auf 3–6 ½ Jahre (Daten für Kanada). Würde der Patentschutz so rigoros ausgelegt, dass auch keine Entwicklungs- und Genehmigungsverfahren während der Patentschutzfrist möglich sind, würde sich die faktische Exklusivität der patentgeschützten Medikamente um weitere 3–6 ½ Jahre verlängern, vgl. *Canada – Patent Protection of Pharmaceutical Products*, Panel Report, WT/DS114/R, 17.3.2000, paras. 7.48, 7.74.

<sup>617</sup> WTO (2001): TRIPS and Pharmaceutical Patents, S. 3-5.

<sup>618</sup> Ebenda, S. 5.

<sup>619</sup> *Canada – Pharmaceuticals*, Panel Report, a.a.O., paras. 7.1-7.10.

<sup>620</sup> Ebenda, paras. 7.39-7.84.

Patentschutzfrist auch das Herstellen und Lagern – nicht aber den Verkauf – von Generika vorsah, wurde als ein Verstoß gegen Art. 30 und 28 gewertet, weil es sich nicht um eine begrenzte Ausnahme gehandelt habe.<sup>621</sup> Generika sind somit grundsätzlich zulässig, aber als praktische Folge des Urteiles zur *stockpiling exception* wird es Verzögerungen nach Ablauf der Patentschutzfrist für den Marktzugang für Generika geben.

Die Frage der Zwangslizenzierung ist weder dogmatisch hinreichend klar noch gibt es dazu bisher Streitschlichtungspraxis. Relevant ist hier der äußerst komplexe Art. 31, der unter bestimmten Umständen die sonstige Nutzung eines Patentes ohne Zustimmung des Rechteinhabers zulässt. U.a. muss der bisherige Rechteinhaber eine Nutzung des Patentes durch Dritte abgelehnt haben (Ziffer b, davon ausgenommen sind nationale Notstände oder sonstige Umstände von äußerster Dringlichkeit), eine solche Benutzung ist vorwiegend für den Binnenmarkt gestattet (Ziffer f) und der Rechteinhaber muss eine angemessene Vergütung erhalten (Ziffer h). Das Problem dabei ist vor allem die Ziffer f. Denn zahlreiche Staaten verfügen nicht über ausreichende Produktionskapazitäten in ihrem eigenen Land, um Zwangslizenzierungen durchzusetzen. Sie sind also auf Importe angewiesen. Dies wiederum würde wahrscheinlich mit der vorwiegenden Versorgung des Binnenmarktes kollidieren. Die Ministerkonferenz in Doha hat sich dieses Problems angenommen und an den TRIPS-Rat bzw. den Allgemeinen Rat zur Lösung weitergeleitet. Eine Einigung wurde kurz vor der fünften Ministerkonferenz in Cancún erzielt (siehe unten).

### c.) Durchsetzungsbestimmungen und Streitschlichtung

Hier unterscheidet sich TRIPS deutlich von den anderen WTO-Abkommen. Detailliert werden Vorgaben für das nationale Recht gemacht. Dies betrifft Zivil- und Verwaltungsverfahren, Unterlassungsanordnungen, Schadenersatzzahlungen, einstweilige Maßnahmen, besondere Erfordernisse bei Grenzmaßnahmen etc. (Art. 41-61). Bei grob vorsätzlichen Verstößen müssen die Staaten sogar Strafverfahren und Strafen vorsehen<sup>622</sup> – eine solche Vorgabe für das nationale Strafrecht ist einmalig im Welthandelssystem. Neben dem nationalen Rechtsschutz ist außerdem noch das WTO-Streitschlichtungssystem anwendbar (Art. 64).

### d.) Sonstige Regelungen

Entwicklungs- und Transformationsländer mussten das Abkommen bis zum Jahr 2000 umsetzen, LDCs haben dafür noch 5 Jahre länger Zeit (Art. 65, 66). Entwicklungsländer, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des TRIPS-Abkommens für bestimmte Bereiche keinen Patentschutz gewährten, dazu aber nun durch das Abkommen verpflichtet sind, haben noch bis zum Jahr 2005 Zeit für eine entsprechende Umsetzung (Art. 65 (4)). Patente für pharmazeutische und agrochemische Erzeugnisse müssen aber sofort angemeldet werden können (Art. 70 (8) – „*mailbox provision*“).<sup>623</sup> Art. 71 (1) enthält ein

<sup>621</sup> Ebenda, paras. 7.17-7.38.

<sup>622</sup> Art. 61 (1) S. 2 lautet: „Die vorgesehenen Sanktionen umfassen zur Abschreckung ausreichende Haft- und/oder Geldstrafen...“

<sup>623</sup> Nach einer Appellate Body-Entscheidung hat Indien hiergegen verstoßen, Appellate Body Report *Indien – Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*, WT/DS50/AB/R, 19.12.1997, para. 97.

umfassendes Mandat für die Überprüfung des gesamten Abkommens. 7 Jahre nach Inkrafttreten des WTO-Übereinkommens sollte eine allgemeine Überprüfung der Umsetzung des Abkommens erfolgen; außerdem kann der TRIPS-Rat auch bei neuen Entwicklungen, die eine Ergänzung oder Änderung des Abkommens rechtfertigen könnten, Überprüfungen vornehmen.

#### V.2.4.2 Doha-Erklärung und TRIPS-review

TRIPS war auf der vierten WTO-Ministerkonferenz in Doha eines der wichtigsten und umstrittensten Themen. Neben der Ministererklärung finden sich auch in der Entscheidung der Ministerkonferenz zu *implementation issues* Bezüge zum TRIPS-Abkommen. Daneben gibt es noch eine eigene Erklärung der Ministerkonferenz zum TRIPS-Abkommen und zur öffentlichen Gesundheit. In der Ministererklärung wurde eine Frist für die Verhandlungen über geografische Angaben für Weine und Spirituosen bis zur 5. Ministerkonferenz im September 2003 in Mexiko gesetzt.<sup>624</sup> Außerdem soll im Rahmen der allgemeinen Überprüfung des TRIPS-Abkommens nach Art. 71 (1) sowie im Rahmen der besonderen Überprüfung der Patentbestimmungen des Art. 27 (3) (b) das Verhältnis zwischen TRIPS und der Konvention über biologische Vielfalt sowie der Schutz traditionellen Wissens geprüft werden.<sup>625</sup> In der Entscheidung zu den *implementation issues* betreffen zwei Punkte das TRIPS-Abkommen: Zum einen sollten der Anwendungsbereich und die Modalitäten für Streitschlichtungsverfahren nach GATT Art. 23 1 (b) und 1 (c)<sup>626</sup> bis zur 5. Ministerkonferenz geklärt werden; in der Zwischenzeit würden die Mitgliedsstaaten keine entsprechenden Verfahren einleiten.<sup>627</sup> Zum anderen soll ein Überprüfungs- und Umsetzungsmechanismus für Art. 66 (2) – Anreize für den Technologietransfer in LDCs durch Industrieländer – geschaffen werden.<sup>628</sup> Kaum eine der dargestellten Maßnahmen ist bisher umgesetzt worden.

Die Erklärung der Ministerkonferenz zu TRIPS und *public health* stellt einen Kompromiss zwischen den Wünschen der Entwicklungsländer nach einem möglichst unbehinderten Zugang zu preiswerten lebenswichtigen Medikamenten dar und dem Wunsch vor allem der USA, weiterhin ein anspruchsvolles Patentschutzregime aufrechtzuerhalten. In vielen Formulierungen wird dieses Spannungsverhältnis widerspiegelt, z.B. darin, dass Schutzrechte für das geistige Eigentum wichtig für die Entwicklung neuer Medikamente seien, aber dass auch negative Preiseffekte dadurch entstehen können. TRIPS soll in einer Art und Weise angewandt werden, die den Zugang zu lebenswichtigen Medikamenten fördert. Das Recht der Mitgliedsstaaten, Zwangslizenzen zu vergeben, wird bekräftigt. Das Problem der Länder ohne eigene Produktionskapazitäten wird gesehen und der TRIPS-Rat aufgefordert, bis Ende 2002 dem Allgemeinen Rat entsprechende Lösungen vorzuschlagen. Ein nationaler Notstand nach Art. 31 (b) kann bei *Public-health*-Krisen u.a. im Bereich AIDS, Malaria und Tuberkulose und anderen Epidemien vorliegen. Die Nichtanwendbarkeit der Bestimmungen zum Patentschutz und zum Schutz von Handelsgeheimnissen wird für LDCs um 11 Jahre auf den 1.1.2016 verlängert. Die Erklärung betont,

<sup>624</sup> WTO (2001c), a.a.O., para. 18.

<sup>625</sup> Ebenda, para. 19.

<sup>626</sup> Es handelt sich hierbei um Handelsnachteile für ein Land, die aufgrund von Maßnahmen eines anderen Landes entstehen, die aber nicht gegen das TRIPS-Abkommen verstoßen („*non-violation-complaints*“).

<sup>627</sup> WTO (2001d), a.a.O., para. 11.1.

<sup>628</sup> Ebenda, para. 11.2.

dass alle Verpflichtungen des TRIPS-Abkommens nach wie vor gelten.<sup>629</sup>

In den darauf beginnenden Verhandlungen zur Umsetzung der TRIPS-relevanten Erklärungen und Entscheidungen der Ministerkonferenz wurde zunächst wieder einmal die Einhaltung einer für Entwicklungsländer wichtigen Frist verpasst. Die Lösung für das Problem der Zwangslizenzen in Ländern ohne eigene Produktionskapazitäten kam nicht bis Ende 2002 zustande, weil die USA dem vorliegenden Textentwurf nicht zustimmten. Den USA gingen die im Entwurfstext erfassten Krankheiten, die einen nationalen Notstand und damit die Voraussetzung für Zwangslizenzen begründen können, zu weit.<sup>630</sup> Kurz vor der 5. Ministerkonferenz in Cancún kam dann aber doch eine Einigung zustande. Der allgemeine Rat traf am 30.8.2003 eine Entscheidung, wonach jeder Mitgliedsstaat unter bestimmten Bedingungen berechtigt ist, unter Zwangslizenzen produzierte Medikamente (Generika) zu importieren. 23 Industrieländer gaben eine Erklärung ab, wonach sie dieses System nicht zum Import benutzen werden. 11 weitere Staaten, überwiegend Industrie- und Schwellenländer, erklärten, dieses System nur im Fall von Notständen oder extrem dringenden Situationen anzuwenden. Staaten, die das System zum Import nutzen wollen, müssen den TRIPS-Rat darüber informieren, welche Medikamente sie in welcher Quantität importieren wollen. Außerdem müssen sie bestätigen, dass sie über keine inländischen Produktionskapazitäten verfügen. Der exportierende Staat muss ebenfalls die genaue Produktionsmenge angeben und die Medikamente durch entsprechendes *Labelling* oder Farbgebung kennzeichnen. Eine Einschränkung der zum Import freigegebenen Medikamente bzw. eine eingeschränkte Anwendung auf bestimmte Krankheiten gibt es nicht. Die Entscheidung gilt so lange, bis das TRIPS-Abkommen geändert wird.<sup>631</sup>

### V.3. Zusammenfassung

Die Entwicklung des GATT/WTO-Systems ist ähnlich wie bei anderen internationalen Organisationen von einer permanenten Ausweitung der Aufgaben und Kompetenzen gekennzeichnet, die noch nicht ihr Ende erreicht zu haben scheint, wie die Diskussion um die „*new issues*“ zeigt. Allerdings ist der Aufgabenzuwachs der WTO durch die gescheiterte Ministerkonferenz in Cancún und die Streichung der Themen Investitionen sowie Wettbewerb von der Agenda der Doha-Runde erst einmal ins Stocken geraten.

WTO-Abkommen greifen immer stärker in nationale Politiken (nicht nur Wirtschaftspolitiken) ein, die ökonomische Souveränität der Mitgliedsstaaten wird geringer. Zu berücksichtigen ist auch, dass viele Entwicklungsländer abhängig sind von Finanzhilfen des IWF, der als Gegenleistung häufig tiefgreifende Umstrukturierungen der Volkswirtschaften der Empfängerstaaten verlangt. Die WTO läuft auch Gefahr, an die Grenze ihrer Steuerungsfähigkeit zu gelangen. Schon jetzt ist es einem erheblichen Teil der Mitgliedschaft nicht mehr möglich, effektiv an neuen Verhandlungen und an der Umsetzung bestehender Abkommen teilzunehmen. Ein weiterer Aufgabenzuwachs würde die strukturellen

<sup>629</sup> WTO (2001e): Ministerial Conference, Fourth Session, Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, WT/MIN(01)/DEC/W/2, 14.11.2001, insbes. paras. 3-7.

<sup>630</sup> ICTSD (2002): WTO Members Still Battling over TRIPS and Health. Am gleichen Tag haben die USA erklärt, keine entsprechenden Schiedsverfahren einzuleiten, bis eine Lösung gefunden worden ist.

<sup>631</sup> WTO (2003): Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, Decision.

Probleme noch vertiefen und die bestehenden Ungleichheiten verschärfen. Dadurch könnte die gesamte Legitimation der WTO in Frage gestellt werden. Insofern könnte sich die eingeschränktere Agenda der Doha-Runde, die sich vor allem auf die beiden Themen Abbau von Agrarexportsubventionen sowie Marktzugang für Industriegüter fokussiert, als heilsam erweisen.

Das Konsensprinzip führt in der realen Ausprägung in der WTO-Entscheidungsfindung nicht zu demokratischen Entscheidungsverfahren. Die informellen, ausschließenden *Green-room*-Verfahren sowie die zum Teil auf Druck und Erpressung basierenden Verhandlungen geben neben den ohnehin bestehenden strukturellen Verhandlungsungleichgewichten den Industrieländern erheblich bessere Möglichkeiten, ihre Interessen durchzusetzen. Das *single undertaking* verschärft dieses Problem. Die Entwicklungsländer haben es aber mittlerweile verstanden, durch das Bilden von Koalitionen ihr Gewicht innerhalb der WTO signifikant zu steigern. Es bleibt allerdings abzuwarten, ob dies vor allem eine Verhinderungsmacht ist – wie es in Cancún der Fall war –, oder ob sich auch eine Gestaltungsmacht für Entwicklungsländer daraus entwickeln kann.

Das WTO-System geht auf die strukturellen ökonomischen Ungleichheiten ihrer Mitglieder im Wesentlichen durch längere Umsetzungsfristen für Entwicklungsländer und LDCs ein. Es müssen aber bis auf relativ wenige Ausnahmen alle Mitglieder die gleichen Regeln einhalten trotz der extremen Unterschiede in ihren Industrialisierungs- und Entwicklungsstufen. Dies trifft aber nicht auf das WTO-Abkommen mit den größten Investitionsimplikationen zu – das GATS – zu. Diese hat wie beschrieben einen Positivlistenansatz, nach dem die Staaten grundsätzlich selbst festlegen, in welchen Dienstleistungsbereichen sie spezifische Verpflichtungen hinsichtlich des Marktzuganges und der Inländerbehandlung eingehen. Eine weitere Ausnahme stellt das GSP dar, das allerdings noch aus der GATT-Zeit stammt. Zu würdigen ist auch die beschriebene *Public-Health*-Erklärung im Rahmen des TRIPS, die Entwicklungsländern in einem sehr wichtigen Punkt mehr Spielraum gewährt.

Die Investitionsimplikationen der WTO-Rechtsordnung sind bereits ohne ein allgemeines Investitionsabkommen signifikant. Insbesondere das GATS-Abkommen enthält mit dem *mode 3* „*commercial presence*“ Investitionsregeln. Auch das TRIPS-, TRIMs- und das Subventionsabkommen sind investitionsrelevant. Die Frage eines allgemeinen Investitionsabkommens entwickelt sich mittlerweile zu einer der umstrittensten Fragen des gesamten WTO-Systems. Nach jahrelangen energischen Bemühungen insbesondere der EU, ein Verhandlungsmandat festzulegen, ist dies zumindest für die Doha-Runde gescheitert. Es bleibt aber auf der Agenda der WTO.

Die Frage der Notwendigkeit eines allgemeinen Investitionsabkommens – ob im WTO-Rahmen oder in einem anderen Forum – wird im Reformteil dieser Arbeit unter VII.1 behandelt.

## VI. Weitere bestehende und geplante internationale Investitionsverträge

### VI.1 Bilaterale Investitionsverträge

BIT sind Investitionsverträge, die zwischen zwei Staaten abgeschlossen werden. Sie sind zurzeit in Ermangelung eines umfassenden multilateralen Vertrages das wichtigste internationale Rechtsinstrument zur Regelung von AI. Sie tragen in erheblicher Weise zur Weiterentwicklung des internationalen Wirtschaftsrechts bei. Regionale Investitionsabkommen wie NAFTA, Mercosur, die geplante FTAA sowie der MAI-Vertragsentwurf (im Folgenden MAI-E) beruhen sehr stark auf den Vertragsinhalten neuerer BIT. Daher und weil der Trend zum Abschluss weiterer BIT ungebrochen ist, werden sie und die bisherige Streitschlichtungspraxis in angemessenem Umfang hier dargestellt.

#### VI.1.1 Historische und quantitative Entwicklung

BIT stellen nicht den Anfang der Entwicklung des internationalen Investitionsschutzes dar. Sie bauen selbst wiederum auf teilweise jahrhundertealten völkergewohnheitsrechtlichen Prinzipien und anderen internationalen (bilateralen) Verträgen auf. Ende des 18. Jahrhunderts wurden insbesondere von den USA, in deutlich geringerem Umfang von europäischen Staaten sowie Japan die ersten Freundschafts-, Handels- und Navigationsverträge („*friendship, commerce- and navigation treaties*“, FCN) abgeschlossen. Die FCN-Verträge enthielten vor allem Schutzbestimmungen für ausländisches Eigentum gegen Enteignungen. Darüber hinaus wurden im Gegensatz zu BIT, die sich strikt auf Investitionsfragen beziehen, Themen wie Handel, Schifffahrt und diplomatische Beziehungen geregelt. Einige FCN-Verträge gelten noch heute.<sup>632</sup>

Nachdem es nach dem Zweiten Weltkrieg nicht gelang, AI im Rahmen einer neu zu gründenden ITO zu behandeln, begann in den späten 1950er-Jahren die Phase des Bilateralismus in Bezug auf AI. 1959 wurde schließlich zwischen Deutschland und Pakistan der erste BIT abgeschlossen.<sup>633</sup> Bis Ende der 1960er-Jahre gab es 65 BIT, während in den 1970er-Jahren weitere 86 BIT unterzeichnet wurden. Die 1980er-Jahre brachte dann eine starke Steigerung der abgeschlossenen BIT auf 385 Ende des Jahrzehnts, doch erst die 1990er-Jahre führten zu einem explosionsartigen Anstieg der Vertragsabschlüsse.<sup>634</sup> Ende 2002 gab es bereits 2.181 BIT, allein im Jahr 2002 wurden 82 neue BIT abgeschlossen.<sup>635</sup> Das theoretische Maximum an BIT ist im Übrigen noch längst nicht erreicht. Bei zurzeit 193 souveränen Staaten auf der Erde wären bis zu 18.528 BIT ( $193 * 192 / 2$ ) theoretisch denkbar. Wird angenommen, dass alle OECD-Staaten (30 laut OECD-Homepage vom 21.4.2004) mit allen Nicht-OECD-Staaten sowie alle Nicht-OECD-Staaten untereinander BIT abschließen, so wären immer noch 18.093 BIT ( $18.528 - (30 * 29 / 2)$ ) möglich.

<sup>632</sup> UNCTAD (1998), a.a.O., S. 8.

<sup>633</sup> Unterzeichnet am 25.11.1959, in Kraft getreten 28.4.1962, vgl. UNCTAD (2000): *Bilateral Investment Treaties 1959-1999*, S. 57.

<sup>634</sup> UNCTAD (2000), a.a.O., S. 1.

<sup>635</sup> UNCTAD (2003), a.a.O., S. 21.

Interessant ist auch die Verteilung der BIT auf Industrie-, Entwicklungs- und Transformationsländer. Während anfangs BIT nahezu ausschließlich zwischen Industrie- und Entwicklungsländern abgeschlossen worden sind, werden vor allem seit den 1990er-Jahren auch BIT zwischen Entwicklungs- und Transformationsländern bzw. nur zwischen Entwicklungsländern vereinbart.<sup>636</sup> 40% aller BIT (Basis 1.1.2000) sind zwischen Industrie- und Entwicklungsländern abgeschlossen worden, 26% zwischen Entwicklungsländern, 14% zwischen Transformations- und Entwicklungsländern, 15% zwischen Industrie- und Transformationsländern, 5% zwischen Transformationsländern und ganze 11 BIT wurden zwischen Industrieländern vereinbart. Dadurch erklärt sich auch, dass nur 7% der weltweiten DI-Bestände durch einen BIT abgedeckt sind.<sup>637</sup> Der Grund für die äußerst geringe Zahl der BIT zwischen Industrieländern liegt darin, dass sich diese Staaten untereinander durch OECD-Investitionsregime gebunden haben bzw. regionale Vereinbarungen wie NAFTA oder europäische Verträge Anwendung finden, die für einen Schutz von AI sorgen. Deutschland ist im Übrigen das Land mit den meisten BIT. Nach einer Aufstellung des Bundeswirtschaftsministeriums hat Deutschland (Stand: 13.4.2004) 114 in Kraft getretene und 21 unterzeichnete, aber noch nicht in Kraft getretene BIT.<sup>638</sup> Überraschend ist, dass Staaten mit bedeutenden DI-Zuflüssen wie USA oder Kanada relativ wenige BIT abgeschlossen haben (siehe Abbildung 7). Japan als eines der wichtigsten kapitalexportierenden Staaten der Welt ist auf dem Gebiet der BIT fast überhaupt nicht aktiv. Demgegenüber überrascht die hohe BIT-Zahl in Entwicklungsländern wie Ägypten und Malaysia sowie im Transformationsland Rumänien.

---

<sup>636</sup> UNCTAD (2000), a.a.O., S. 4. Industrieländer sind an insgesamt 1.169, Transformationsländer an mehr als 700, asiatische Länder an 1003, afrikanische Länder an 533 und lateinamerikanische Länder an 413 BIT beteiligt, vgl. UNCTAD (2003), a.a.O., S. 36, 48, 55, 64, 74.

<sup>637</sup> UNCTAD (2003), a.a.O., S. 89.

<sup>638</sup> Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit (2004): Übersicht über die bilateralen Investitionsförderungs- und -schutzverträge (IFV) der Bundesrepublik Deutschland.

**Quelle:** UNCTAD (2000), a.a.O., S. 18; BMWI (2004)

Klassischerweise sind mit dem Abschluss eines BIT unterschiedliche Erwartungshaltungen verbunden. Während sich die Industrieländer vor allem den Schutz von getätigten AI erhoffen, wollen Entwicklungs- und Transformationsländer AI in ihre Länder anlocken.<sup>639</sup> In Deutschland sind BIT auch eine Voraussetzung für die Gewährung von Investitionsgarantien seitens des Bundes,<sup>640</sup> mit denen politische Risiken (nicht Marktrisiken) in den Empfängerstaaten abgedeckt werden sollen: *„Auf der Basis des Haushaltsgesetzes sowie der dazu erlassenen Richtlinien kann der Bund für Investitionen deutscher Unternehmer im Ausland Garantien zur Absicherung gegen politische Risiken übernehmen....Die Übernahme einer Garantie ist nur dann möglich, wenn ein ausreichender Rechtsschutz der Investitionen im Investitionsland gewährleistet ist. Das Bestehen eines solchen Rechtsschutzes wird regelmäßig angenommen, wenn zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Investitionsland ein Investitionsschutzabkommen abgeschlossen worden ist.“*<sup>641</sup> Gleiches gilt für die Investitionsgarantieagenturen anderer Industrieländer. Insgesamt haben diese Agenturen im Jahr 2001

<sup>639</sup> UNCTAD (1998), a.a.O., S. 1.

<sup>640</sup> Abwickeln tun dies die Euler Hermes Kreditversicherungs-AG und die PwC (Price Waterhouse Coopers) Deutsche Revision AG, die ein Mandatarkonsortium bilden. Federführend ist die PwC.

AI in Höhe von 20-25 Milliarden US-Dollar abgesichert, also nur einen relativ kleinen Anteil aller Investitionsströme.<sup>642</sup> Auch die MIGA, eine Weltbank-Tochter, empfiehlt den Abschluss von BIT.

## VI.1.2 Vertragsinhalte

Bei mehreren tausend BIT ist es natürlich notwendig, eine Auswahl zu treffen, um die Vertragsinhalte analysieren zu können. Dies wird dadurch erleichtert, dass mittlerweile viele Staaten dazu übergegangen sind, sog. Modell-BIT zu erstellen, die als Verhandlungsgrundlage dienen. Die wichtigsten dieser Modell-BIT sowie zahlreiche weitere BIT dienen als Grundlage dieser Analyse. Die Beschäftigung mit den Vertragsinhalten von BIT ist auch deshalb wichtig, weil diese über eine institutionelle Vielfalt verfügen, die in neueren Investitionsabkommen wie NAFTA/MAI-E/FTAA-E nicht mehr enthalten ist. Deswegen werden gerade auch Inhalte gewürdigt, die sich von den jüngeren Investitionsverträgen unterscheiden.

### VI.1.2.1 Definition von Investitionen

Die Investitionsdefinition ist alles andere als eine rein formale Frage. Mit ihr entscheidet sich die Reichweite des Investitionsschutzes in Bezug auf die verschiedensten Formen, die Investitionen heutzutage annehmen können. In der Regel wird ein breiter Definitionsansatz verfolgt, der auch geistiges Eigentum und Konzessionen umfasst, wobei häufig Konzessionen zur Ausbeutung natürlicher Ressourcen explizit benannt sind. Häufig wird eine Übereinstimmung mit Gesetzen des Empfängerstaates gefordert, was bedeutet, dass bestimmte Investitionsformen durch die nationale Gesetzgebung eingeschränkt werden können.<sup>643</sup> Insbesondere Entwicklungsländer bestehen häufig auf dieser Einschränkung, z.B. enthalten alle chinesischen und indischen BIT diesen Gesetzesvorbehalt. Im neuen Deutschland-Iran-BIT ist diese Einschränkung ebenfalls enthalten.<sup>644</sup>

Einige BIT unterscheiden zwischen DI und API und lassen letzteren keinen Investitionsschutz zukommen, siehe z.B. die BIT Deutschland/Israel und Dänemark/Litauen. Im Deutschland/Israel-BIT werden Investitionen als „*investment in an enterprise involving active participation therein...*“ und im Dänemark/Litauen-BIT als „*every kind of asset connected with economic activities acquired for the purpose of establishing lasting economic relations between an investor and an enterprise...*“<sup>645</sup> definiert. Der Grund für eine Trennung dieser beiden Bereiche ist die größere Volatilität von API, die mögliche finanzielle Instabilitäten bis hin zu größeren Finanzkrisen hervorrufen kann (vgl. IV.2.5.2). Durch eine Herausnahme aus der Investitionsdefinition soll versucht werden, eine Lenkungswirkung in Bezug auf die Anlockung längerfristiger Investitionen zu erzielen, von denen anzunehmen ist, dass sie für die ökonomische Entwicklung eines Landes einen positiveren und auch konstanteren Beitrag leisten können. In den Richtlinien der „*Caribbean Community*“ (CARICOM) für die Aushandlung von BIT wird

<sup>641</sup> Scheibe, R. (2002): Garantien & Bürgschaften von A - Z, Lexikon der Ausfuhrleistung des Bundes, S. 145.

<sup>642</sup> UNCTAD (2003), a.a.O., S. 158.

<sup>643</sup> UNCTAD (1998), a.a.O., S. 36.

<sup>644</sup> § 1 Z. 1 des Abkommens zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Islamischen Republik Iran über die gegenseitige Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen v. 17.8.2002, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2004 Teil II Nr. 2, Bonn, 20.1.2004, S. 56.

<sup>645</sup> UNCTAD (1998), a.a.O., S. 33.

empfohlen, in die Präambel als ein Ziel eines BIT die Verbesserung der produktiven Basis eines kapitalimportierenden Landes aufzunehmen.<sup>646</sup>

### VI.1.2.2 Pre-establishment vs. Post-establishment

Viele Autoren verweisen darauf, dass die große Mehrzahl der BIT Investitionen nach dem „*Post-establishment*“-Prinzip schützt, nicht aber „*pre-establishment*“.<sup>647</sup> Mit *post-establishment* ist gemeint, dass Investitionen erst dann vom Anwendungsbereich eines Abkommens erfasst sind, wenn sie bereits Zugang zum Markt erhalten haben. *Pre-establishment* bezieht sich hingegen auch auf den Marktzugang selbst und ist damit erheblich weitergehend. Dies ist der wohl gravierendste Unterschied zu MAI-E/NAFTA/FTAA-E, die alle *pre-establishment* zulassen. Die Entscheidung darüber, wer in einen bestimmten Wirtschaftsbereich investieren darf und wer nicht, obliegt klassischerweise dem Empfängerstaat. Dies ist Bestandteil des Völkergewohnheitsrechts im Unterschied zur Behandlung von Investitionen, die bereits getätigt worden sind.<sup>648</sup> Das Thema *pre-establishment* könnte sich bei evtl. Verhandlungen über ein IIA zu einer Sollbruchstelle entwickeln. Auch in der WTO-Ministererklärung von Doha wurde *pre-establishment* festgelegt, allerdings verbunden mit einem Positivlistenansatz, wie er auch im GATS gilt. Dies hätte den Mitgliedsstaaten relativ viel Flexibilität gelassen.

Rechtstechnisch wird dies in der Regel ähnlich wie bei der Investitionsdefinition mit einem Gesetzesvorbehalt umgesetzt, d.h. der Marktzugang erfolgt auf Basis der nationalen Gesetzgebung des Ziellandes.<sup>649</sup> Dies gilt auch für alle Modell-BIT von Industrieländern mit Ausnahme des US-Modell-BIT, der *pre-establishment* vorsieht, aber die Möglichkeiten zur Anmeldung von Ausnahmen von diesem Prinzip in einem Annex ermöglicht (wovon die USA in der Regel selbst den intensivsten Gebrauch machen).<sup>650</sup> Auch einige weitere neuere BIT sowie Freihandelsabkommen enthalten *pre-establishment*.<sup>651</sup> Variationen dieses Prinzips finden sich in früheren BIT z.B. Pakistan/Schweden, Deutschland/Malaysia, Belgien/Singapur etc., wo AI zunächst genehmigt werden müssen.<sup>652</sup>

### VI.1.2.3 Investitionsförderung

In vielen BIT wurden seit den 1960er-Jahren Bestimmungen zur Investitionsförderung („*investment promotion*“) integriert. Diese legen den kapitalexportierenden Staaten aber fast nie rechtsverbindliche Investitionsförderungsverpflichtungen auf, sondern belassen es bei mehr oder weniger deutlich formulierten Appellen wie „*encourage and create favourable conditions for investment*“. Eine Ausnahme stellen einige zwischen Entwicklungsländern abgeschlossene BIT dar, in denen kapitalexportierende Staaten zur Schaffung geeigneter Anreizinstrumente wie Steuernachlässe oder Investitions Garantien verpflichtet werden.<sup>653</sup> Eine originelle Lösung findet sich im Belgien-Luxemburg/Kamerun-BIT. Hier gibt

<sup>646</sup> Ebenda, S. 237.

<sup>647</sup> Barlow, M./Clarke, T. (1998): The MAI and the Threat to American Freedom, S. 9; Engels et al., a.a.O., S. 25; FitzGerald et al., a.a.O., S. 51; UNCTAD (2000), a.a.O., S. 20; UNCTAD (2003), a.a.O., S. 108.

<sup>648</sup> UNCTAD (1998), a.a.O., S. 2.

<sup>649</sup> So auch in § 2 (1) des deutschen Modell-Bit von 1991, vgl. UNCTAD (1998), a.a.O., S. 260.

<sup>650</sup> Ebenda, S. 289. Auch neuere kanadische BIT beinhalten *pre-establishment*.

<sup>651</sup> UNCTAD (2003), a.a.O., S. 108.

<sup>652</sup> UNCTAD (1998), a.a.O., S. 46-48.

<sup>653</sup> Ebenda, S. 50-51.

es eine (vage) asymmetrische Promotionsverpflichtung. Nur Belgien-Luxemburg muss sich um entsprechende Investitionen nach Kamerun bemühen.<sup>654</sup> Die Worte „*investment promotion*“ tauchen demgegenüber im gesamten MAI-E überhaupt nicht auf. Investitionsanreize, also Subventionen zur Anlockung von AI oder zur Unterstützung bereits getätigter AI, werden nur in den allerwenigsten BIT festgelegt. Ohnehin wären durch die *Post-establishment*-Struktur der meisten BIT Ansiedlungssubventionen nicht erfasst.

#### VI.1.2.4 Völkerrechtlicher Mindestbehandlungsstandard

Nur für AI geltende Schutzstandards sind Bestandteil nahezu jeden BIT. Insbesondere das Konzept des „*fair and equitable treatment*“, dem auch völkerrechtsgewohnheitsrechtlicher Rang zukommt, ist mittlerweile eine Standardklausel, die sich in allen Modell-BIT findet. Sie macht es für die Streitschlichtung möglich, den gesamten Fall und das Umfeld einer Streitigkeit zu behandeln. Sie hat quasi die Funktion einer Auffangklausel für den Fall, dass die spezifischen Schutzklauseln wie Inländerbehandlung oder Enteignung nicht anwendbar sind, aber trotzdem eine unfaire Behandlung des Investors vorliegt.<sup>655</sup> Häufig wird sie kombiniert bzw. ergänzt durch die Worte „*full protection and security*“. Dieser alte Standard stammt noch aus den FCN-Verträgen und wurde bis 1967 ohne die Worte „*fair and equitable treatment*“ verwendet.<sup>656</sup> Es stellt sich die Frage, ob nicht einer der beiden Standards ausreichend ist bzw. ob der „*fair and equitable treatment*“-Ansatz nicht bereits „*full protection and security*“ beinhaltet.<sup>657</sup>

#### VI.1.2.5 Nichtdiskriminierung

Hierunter fallen die klassischen und alten Prinzipien der Inländerbehandlung und der Meistbegünstigung, die meistens beide in BIT enthalten sind. Eine dieser beiden Bestimmungen dürfte wohl in jedem BIT enthalten sein. Durchgesetzt hat sich mittlerweile die Formulierung „*treatment no less favourable*“. Dies war nicht immer so, ältere BIT hatten auch Formulierungen wie „*same*“ oder „*similar treatment*“. Dies war noch ein Ergebnis der CALVO-Doktrin (siehe II.2.4), der es um eine Gleichbehandlung in- und ausländischer Investoren ging, während das „*treatment no less favourable*“ auch eine Besserstellung von AI zulässt. In Bezug auf die Entwicklung der Nichtdiskriminierungsbestimmungen wird die Liberalisierung der AI-Politiken besonders gut sichtbar. In den früheren chinesischen BIT wurde das Inländerbehandlungsprinzip nicht gewährt, bis es geknüpft an bestimmte Bedingungen und seit Anfang der 1990er-Jahre schließlich unkonditioniert Einzug in die BIT fand.<sup>658</sup> In einigen deutschen BIT, u.a. mit Papua-Neuguinea, werden einige Ausnahmen von der Inländerbehandlung akzeptiert, wenn sie aus Entwicklungsgründen vorgenommen werden (z.B. um kleine und mittlere Unternehmen zu fördern).<sup>659</sup>

Das Meistbegünstigungsprinzip hebt das allgemeine Investitionsschutzniveau, denn die Behandlung eines Investors aus einem Land, mit dem der betreffende Staat einen BIT abgeschlossen hat, muss auf

<sup>654</sup> Ebenda, S. 52.

<sup>655</sup> Ebenda, S. 53-54.

<sup>656</sup> Ebenda, S. 55.

<sup>657</sup> Dies gilt auch für den seltener verwendeten Terminus „Neither contracting party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures the management ... of investments of investors of another contracting party.“

<sup>658</sup> Ebenda, S. 57-59.

<sup>659</sup> UNCTAD (2003), a.a.O., S. 154.

alle anderen Investoren aus Ländern, mit denen der entsprechende Vertragsstaat BIT abgeschlossen hat, ausgedehnt werden. Aus diesem Grunde gehen Staaten, die sich innerhalb von Freihandelszonen oder Wirtschaftsgemeinschaften wie der Europäischen Gemeinschaft gegenseitig eine besondere Behandlung zugesprochen haben, dazu über, diese Behandlung vor dem Zugriff weiterer Staaten, die nicht Mitglied dieser Organisationen sind („*free rider*“), durch Ausnahmen zu schützen. Alle Modell-BIT von EU-Mitgliedsstaaten haben diese Klauseln.<sup>660</sup> Im Rahmen der MAI-Verhandlungen war dies eine der größten Kontroversen mit den USA, die eine solche Klausel in einem internationalen Investitionsabkommen ablehnen (siehe VI.3.2.6).

Die Nichtdiskriminierungsprinzipien werden häufig an das Vorliegen von „*like situations*“ bzw. „*like circumstances*“ geknüpft. Dies ist eine gewisse Einschränkung bzw. Konditionierung des Nichtdiskriminierungsprinzips. Nach der Praxis der OECD-Staaten wird in diesen geprüft, ob sich die beiden Investoren im gleichen Wirtschaftssektor befinden, miteinander im Wettbewerb stehen und welche Motivation hinter der politischen Maßnahme des Empfängerstaates steht.<sup>661</sup>

### VI.1.2.6 Enteignung

Schutz vor ungerechtfertigter und diskriminierender Enteignung war – wie beschrieben – bereits Bestandteil der ersten FCN-Verträge und zählt heutzutage ebenfalls zum Völkergewohnheitsrecht. Da es aus Sicht der Industrieländer ein zentrales Ziel ist, durch BIT Investitionen in anderen Staaten zu schützen, haben die Enteignungsvorschriften einen hohen Stellenwert. Demnach sind Enteignungen nur für einen öffentlichen Zweck, gegen Entschädigungszahlung, nichtdiskriminierend und unter Beachtung rechtsstaatlicher Grundsätze zulässig. Neben direkten Enteignungen werden häufig auch indirekte bzw. schleichende Enteignungen erfasst, wobei die konkrete Abgrenzung nicht einfach ist und häufig der Streitschlichtung überlassen wird.

Die BIT differieren nicht bei der Frage des „Ob“ des Enteignungsschutzes, wohl aber bei der Frage des „Wie“. Dabei ist vor allem der Standard der Kompensationszahlung eine wichtige Frage. Hier steht „*prompte, adäquate und effektive Kompensation*“ (Industrieländer) gegen „*angemessene Kompensation*“ (Entwicklungsländer), was natürlich dem zur Kompensation verpflichteten Staat einen größeren Ermessensspielraum lässt. Umstritten ist ebenfalls der Standard der Zinsberechnung sowie die Frage, ob der Markt- oder der Buchwert einer Investition zugrunde zu legen ist.<sup>662</sup>

Eine Bestimmung, die in engem Zusammenhang mit dem Investitionsschutz steht und daher auch meistens im gleichen Artikel geregelt wird, ist die Behandlung von AI im Falle von Krieg, bewaffneten Konflikten, Revolutionen, Notständen etc. BIT sichern hier in der Regel nur den Meistbegünstigungsstandard zu, d.h. dass die Behandlung im Fall kriegsbedingter Schäden bei ausländischen Investoren untereinander nichtdiskriminierend erfolgen muss, dass aber die Investoren des eigenen Staates bevorzugt behandelt werden dürfen. Die US-BIT sichern wie in fast allen Fällen

<sup>660</sup> UNCTAD (1998), a.a.O., S. 253-285.

<sup>661</sup> Ebenda, S. 62.

<sup>662</sup> Ebenda, S. 67-71.

aber auch hier einen höheren Standard zu, in dem sie auch das Prinzip der Inländerbehandlung inkorporieren. Eine Kompensationspflicht für kriegsbedingte Investitionsschäden gibt es nicht.<sup>663</sup>

### VI.1.2.7 Transfers

Fast jeder BIT enthält Transferbestimmungen. Auch hier ist wieder nur das „Wie“ strittig, nicht das „Ob“. Das Ziel ist, Transfers, die im Zusammenhang mit einer AI stehen, unbehindert zu ermöglichen. Dies gilt u. a. für Gewinne, Löhne, Dividenden, Zinsen, Kompensationszahlungen, Verkaufserlöse, auf Verträgen beruhende Zahlungen etc. Auch hier besteht wieder die Möglichkeit, zwischen lang- und kurzfristigen Investitionen zu differenzieren. Dies tut Chile in all seinen BIT, so sieht z.B. der BIT zwischen Chile und Norwegen in Art. 5 (4) vor: „*Equity capital can only be transferred one year after it has entered the territory of the contracting party unless its legislation provides for a more favourable treatment.*“<sup>664</sup> Der chinesische Modell-BIT erlaubt in Art. 6 (1) Transfers, soweit nicht nationale Gesetze und Regulierungen entgegenstehen.<sup>665</sup> Ein weiteres für Entwicklungsländer wichtiges Thema ist die Möglichkeit der Transferbeschränkung im Falle von Zahlungsbilanzschwierigkeiten. Für diesen Fall sehen viele BIT die Möglichkeit vor, temporär von den eingegangenen Transferverpflichtungen abzuweichen, sofern der Meistbegünstigungsgrundsatz beachtet wird. Zum Teil wird auch die Unabhängigkeit der Währung als ein Ausnahmegrund definiert.<sup>666</sup> Die Transferbestimmungen des Abkommens haben große Überschneidungen zu wirtschaftspolitisch und theoretisch kontrovers geführten Diskussionen in den Bereichen Volatilität von Kapitalflüssen, Kapitalverkehrskontrollen, Kapitalflucht etc.

### VI.1.2.8 Performance requirements

Neben der Möglichkeit, den Marktzugang für AI national zu regulieren, stellt die Möglichkeit, die Tätigkeit von Investoren an bestimmte Auflagen und Bedingungen zu knüpfen, eine weitere wichtige Möglichkeit dar, mit Hilfe von AI nationale Entwicklungsstrategien und –pläne zu verfolgen. Fast alle BIT schränken *performance requirements* nicht ein – die Ausnahme bildet einmal mehr der US-Modell-BIT, der 6 verschiedene *performance requirements* verbietet.<sup>667</sup> Auch die kanadischen BIT sowie einige neuere BIT schränken neben dem GATT bzw. dem TRIMs-Abkommen (vgl. V.2.2) *performance requirements* ein.<sup>668</sup>

### VI.1.2.9 Transparenz

Auch dieses Thema wird nur selten in den BIT behandelt. Das Konfliktpotenzial ist hier auch nicht besonders hoch, es sei denn, Entwicklungsländer würden zu kostenintensiven Publikations- und Notifizierungsverpflichtungen gedrängt. Wenn es Bestimmungen hierzu gibt, dann werden Vertrags-

<sup>663</sup> Ebenda, S. 73-75. Auch hiervon machen die US-BIT eine Ausnahme.

<sup>664</sup> Ebenda, S. 77. Im Protokoll zum chilenischen Modell-BIT findet sich eine gleichlautende Bestimmung.

<sup>665</sup> Ebenda, S. 249.

<sup>666</sup> Siehe den BIT Niederlande/Philippinen, ebenda, S. 77.

<sup>667</sup> Sforza, M. (1998): MAI Bestimmungen und Vorschläge: Eine Analyse des Textes vom April 1998, S. 5 spricht davon, dass 99% aller BIT keine *performance requirements*-Bestimmungen enthalten; FitzGerald et al., a.a.O., S. 31; UNCTAD (1998), a.a.O., S. 81, 291.

<sup>668</sup> UNCTAD (2003), a.a.O., S. 121-122.

parteien in der Regel dazu verpflichtet, alle Gesetze, Regulierungen etc., die einen Effekt auf AI haben können, zu veröffentlichen. Die Form der Veröffentlichung obliegt den Vertragsparteien.

### VI.1.2.10 Ausnahmen

BIT enthalten nur wenige allgemeine Ausnahmen. Neben der schon beschriebenen Ausnahme für Freihandelszonen und Wirtschaftsgemeinschaften sind vor allem Ausnahmen zur Sicherheit sowie die Behandlung von Steuern zu nennen. Alle US-BIT, aber auch viele andere BIT enthalten ähnlich wie im GATT eine Ausnahme für Maßnahmen, die der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dienen. Der politisch äußerst sensible Bereich der Besteuerung wird in BIT gewöhnlicherweise nur eingeschränkt erfasst. Dies liegt daran, dass Steuerfragen im internationalen Recht bisher vor allem durch Doppelbesteuerungsabkommen geregelt werden. Art. 7 (b) des Modell-BIT von Großbritannien nimmt gar die gesamte nationale Steuergesetzgebung von den Bestimmungen aus.<sup>669</sup> Im US-Modell-BIT sind Steuermaßnahmen ebenfalls komplett vom Anwendungsbereich ausgenommen mit Ausnahme der Enteignungsbestimmungen (Art. 13).<sup>670</sup> Der deutsche Modell-BIT nimmt ausdrücklich fiskalische Investitionsanreize von den Nichtdiskriminierungsbestimmungen aus (Art. 3 b) des Protokolls zum Modell-BIT).<sup>671</sup> Neuere deutsche BIT enthalten allerdings keine Steuerbestimmungen mit Ausnahme des BIT Deutschland-Bosnien. Bestimmungen zu Arbeit und Umwelt gibt es so gut wie nie in BIT.

### VI.1.2.11 Streitschlichtung

Die Ausgestaltung des Streitschlichtungsverfahrens hat sich im Verlaufe der BIT-Geschichte deutlich verändert. Während bis 1968 noch alle BIT ausschließlich das Staat-Staat-Verfahren vorsahen, änderte sich dies mit der Gründung von ICSID (vgl. VI.1.3 und VI.6.1.1) in New York, einer Weltbank-Tochter. Im Oktober 1966 trat die ICSID-Konvention<sup>672</sup> in Kraft, die Streitschlichtungsregeln für den Fall von Investitionsstreitigkeiten zwischen einem Investor und einem Staat festlegt.<sup>673</sup> Spätestens mit Beginn der 1970er-Jahre war dann ein Bezug auf die ICSID-Konvention Standard in BIT, ohne dass das Staat-Staat-Verfahren dadurch verdrängt worden wäre. Das ICSID-Investor-Staat-Verfahren kann aber auch durch nationale Gesetzgebung oder Investitionsverträge zwischen Staaten und Investoren für anwendbar erklärt werden. 1976 kam die UNCITRAL-SO hinzu, die ebenfalls Investor-Staat-Verfahren ermöglichen. Mit den ICSID-Regeln über die Zusatzeinrichtung für die Abwicklung von Klagen (*ICSID Additional Facility Rules*, im Folgenden ICSID-AF) wurde eine Erleichterung der Inanspruchnahme der ICSID-Regeln erreicht. Bisher mussten der Gaststaat und der Heimatstaat des Investors die ICSID-Konvention ratifiziert haben, damit sie angewandt werden konnte, jetzt reichte es aus, wenn dies einer der beiden Staaten getan hat. Die überwältigende Mehrheit der BIT verweist auf ICSID.<sup>674</sup> Die neueren BIT sehen in der Regel sowohl das Staat-Staat-Verfahren als auch das

<sup>669</sup> UNCTAD (1998), a.a.O., S. 282.

<sup>670</sup> Ebenda, S. 294.

<sup>671</sup> Ebenda, S. 265.

<sup>672</sup> Weltbank (1965): Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, in UNCTAD (1996), a.a.O., S. 25-45.

<sup>673</sup> UNCTAD (1998), a.a.O., S. 94. Der erste BIT mit einem Bezug auf ICSID war der zwischen Indonesien und Niederlande aus dem Jahr 1968.

<sup>674</sup> Parra, A.R. (2000): ICSID and Bilateral Investment Treaties, S. 1.

Investor-Staat-Verfahren vor<sup>675</sup> und geben bei letzterem dem Investor ein Wahlrecht zwischen verschiedenen Streitschlichtungsmöglichkeiten (ICSID-Konvention, UNCITRAL-SO, ICSID-AF). Einige BIT ermöglichen auch die Anrufung des Schiedsgerichtes der internationalen Handelskammer<sup>676</sup> oder der Stockholmer Handelskammer (*Stockholm Chamber of Commerce*, im Folgenden SCC), die traditionell Streitigkeiten zwischen privaten Unternehmen schlichten.

Die institutionelle Vielfalt der BIT kommt gerade beim Streitschlichtungsverfahren besonders gut zur Geltung. So gibt es hier teilweise die Möglichkeit, dass auch Vertragsstaaten gegen Investoren klagen können. Eine solche Möglichkeit ist bei den MAI-Verhandlungen noch nicht einmal diskutiert worden und auch NAFTA und FTAA-E kennen die Klagemöglichkeit nur in der entgegengesetzten Richtung. Inhaltlich muss der Investor nicht unbedingt gegen das BIT verstoßen haben – dies ist im Prinzip auch unmöglich, weil den Investoren keine rechtsverbindlichen Verpflichtungen auferlegt werden, es reicht aus, wenn gegen die Gesetze und Regulierungen des Empfängerstaates verstoßen worden ist. Der chinesische Modell-BIT gibt dem Vertragsstaat die Möglichkeit, einen Investor vor einem chinesischen Gericht zu verklagen. Im Australien/Laos-BIT kann ein Vertragsstaat gegen einen Investor entweder vor einem nationalen Gericht, vor ICSID oder einem einvernehmlich vereinbarten Ad-hoc-Streitschlichtungsorgan klagen.<sup>677</sup> Diese Klagemöglichkeit wird – soweit Informationen darüber bekannt sind – äußerst selten angewandt, die UNCTAD spricht von genau einem Fall, der bei ICSID registriert worden ist.<sup>678</sup>

Zahlreiche BIT verlangen, dass der Investor zunächst den Rechtsweg des Vertragsstaates ausschöpft, bevor die Investor-Staat-Streitschlichtung angerufen werden kann, dies ist vor allem in den älteren BIT enthalten, z.B. Malaysia/Niederlande oder<sup>679</sup> <sup>680</sup> Jamaika/USA.<sup>681</sup> Neuere BIT enthalten diese Verpflichtung in der Regel nicht mehr. Zur praktischen Anwendung der Streitschlichtungsbestimmungen siehe unten (VI.1.3).

#### VI.1.2.12 Neuer Modell-BIT der USA

Die wichtigste Entwicklung der letzten Jahre in Bezug auf die Entwicklung der Vertragsinhalte stellt der Prozess der Neufassung des US-Modell-BIT dar. Nach einem längeren regierungsinternen Abstimmungsprozess, an dem zahlreiche Ministerien und Behörden beteiligt waren, hat das US-Außenministerium im Dezember 2003 einen Entwurf bekannt gemacht (im Folgenden Modell-BIT-E) und zur Stellungnahme an das aus Industrie- sowie Umwelt- und Gewerkschafts-

<sup>675</sup> UNCTAD (1998), a.a.O., S. 90.

<sup>676</sup> Siehe z.B. den Modell-BIT Großbritanniens, Art. 8 (2) Z. b, in UNCTAD (1996b): *International Investment Instruments: A Compendium*, Vol. III Regional Integration, Bilateral and Non-Governmental Instruments, S. 190.

<sup>677</sup> UNCTAD (1998), a.a.O., S. 91.

<sup>678</sup> Es handelt sich dabei um eine Klage von Gabun gegen die Firma Société Serete S.A. (Case No. ARB/76/1), registriert am 5.10.1976. Es ging um den Bau eines Krankenhauses, das Verfahren wurde durch Einigung beendet, weitere Informationen sind nicht verfügbar.

<sup>679</sup>

<sup>680</sup>

<sup>681</sup> Ebenda, S. 93. Jamaika besteht heute nicht mehr auf dieser Voraussetzung.

vertretern bestehende Beratungskomitee für internationale Wirtschaftspolitik übersandt. Zum Zeitpunkt orientieren,<sup>682</sup> kommt dem Modell-BIT-E eine sehr wichtige Bedeutung zu. Der Modell-BIT-E enthält zum einen Anpassungen an unlängst abgeschlossene BIT, bilaterale Freihandelsabkommen (siehe VI.5.1) sowie an NAFTA-Bestimmungen und greift zum anderen die Vorgaben der sog. „*trade promotion authority*“ von 2002 auf, mit der dem US-Präsidenten die Vollmacht erteilt wird, Handelsverträge in einem vereinfachten Verfahren auszuhandeln und abzuschließen. Der Modell-BIT wird Verhandlungsgrundlage für alle BIT sowie bilateralen und regionalen Freihandelsabkommen mit Investitionsbestimmungen der USA sein.

Der Modell-BIT-E ist erheblich umfangreicher als der bestehende Modell-BIT aus dem Jahr 1994, den er ersetzen soll. Dies liegt vor allem an den erweiterten Streitschlichtungsbestimmungen. Hier geht der Entwurf auf die einschlägigen NAFTA-Erfahrungen (vgl. VI.2) und die dementsprechende Kritik ein und legt fest, dass alle Dokumente incl. der Schiedssprüche sowie das gesamte Schiedsverfahren incl. der Verhandlungen öffentlich zugänglich sind, wobei der Investor aber die Möglichkeit hat, vertrauliche Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu schützen (Art. 29). Das jeweilige Schiedsgericht erhält die Möglichkeit, Sachverständige zu den Themen Umwelt, Gesundheit, Sicherheit sowie zu weiteren wissenschaftlichen Fragen heranzuziehen (Art. 32). Streitfälle, die eine gemeinsame rechtliche und/oder faktische Basis haben, können – allerdings nach einem komplizierten Verfahren – zusammengefasst werden (Art. 33). Hinsichtlich eines auch in der *trade promotion authority* angemahnten Berufungsorgans ähnlich dem *Appellate Body* der WTO gibt es nur die schwache Bestimmung, dass sich die Vertragsparteien innerhalb von 3 Jahren nach Inkrafttreten eines BIT mit einer solchen Frage befassen können (Annex D). Dem jeweiligen Schiedsgericht wird die Kompetenz eingeräumt, *Amicus-curiae*-Eingaben zuzulassen (Art. 28 (3)).

Neu sind auch Bestimmungen zu Investitionen und Umwelt bzw. Investitionen und Arbeit (Art. 12-13), die allerdings keine verbindlichen Standards setzen. Es gibt lediglich eine Art Appell, dass es unangemessen ist, Investitionen durch das Lockern nationaler Umwelt- oder Sozialgesetze anzulocken, weshalb die Staaten davon Abstand nehmen sollen („*shall strive to ensure*“).<sup>683</sup> Für den Fall eines möglichen Verstoßes gegen diese Vorschrift gibt es lediglich für die andere Vertragspartei die Möglichkeit, Konsultationen zu verlangen. Die Streitschlichtung ist nicht anwendbar. Klargestellt wird, dass Regulierungen von ausländischen Investitionen aus ökologischen Gründen nach wie vor möglich sind – allerdings nur, wenn diese Maßnahmen mit dem BIT vereinbar ist („*otherwise consistent with this Treaty*“), wodurch diese Bestimmung substantiell bedeutungslos wird. Und selbst diese Bestimmung gilt nur für Umwelt-, nicht aber für Arbeitsgesetze.

Hinsichtlich der substantiellen Bestimmungen gibt es vor allem Änderungen bei den Enteignungsbestimmungen sowie bei dem Konzept des *minimum standard of treatment*. Neu und konsequent ist

<sup>682</sup> Siehe z.B. der neue kanadische Modell-Investitionsvertrag, IISD (2004): Canada Releases its Revised Model Investment Treaty; Disputes to Be Open.

<sup>683</sup> Dies wird weiter dadurch geschwächt, dass sich dies in Bezug auf Arbeitsgesetze nur auf die Kernarbeitsnormen der ILO bezieht, nicht aber auf andere Arbeitsgesetze. In Bezug auf Umweltgesetze wird der Anwendungsbereich dieser Vorschrift auf nationale Gesetze eingeschränkt, was insbesondere für die USA aufgrund der föderalistischen Struktur und der traditionell intensiven Umweltregulierung zahlreicher Bundesstaaten eine erhebliche Einschränkung bedeutet.

eine Klarstellung, dass das Gewähren von Zwangslizenzen nach dem TRIPS-Abkommen (vgl. V.2.4) keine Enteignung darstellt (Art. 6 (5)). Erstmals werden direkte und indirekte Enteignungen näher spezifiziert. Für letztere werden zunächst die Kriterien der *US Supreme Court*-Entscheidung *Penn Central Transportation Co. v. City of New York* zugrunde gelegt (vgl. VI.3.2.4.1). Dann folgt eine überraschende Passage, wonach nichtdiskriminierende Regulierungen zum Schutz legitimer öffentlicher Interessen „*except in rare circumstances*“ keine indirekten Enteignungen darstellen (Annex B, Abs. 4, Z. b). Dieser Passus stößt auf heftigen Widerstand der Industrievertreter im Beratungskomitee, während er den Umwelt- und Entwicklungsgruppen noch nicht weit genug geht.<sup>684</sup> Hinsichtlich des *minimum standard of treatment*, das weiterhin aus den beiden Termini „*fair and equitable treatment*“ sowie „*full protection and security*“ besteht, wird die selbe Einschränkung vorgenommen, die bereits die NAFTA-Freihandelskommission in ihrer Interpretation vom 30.7.2001 vorgenommen hat (vgl. VI.2.1.5). Erstmals werden diese Begriffe auch etwas näher definiert. Während *fair and equitable treatment* die Verpflichtung, den Rechtsschutz und einen fairen Prozess zu gewährleisten bedeutet, wird unter *full protection and security* der Grad an Polizeischutz, der nach dem Völkergewohnheitsrecht vorgeschrieben ist, verstanden (Art. 5 (2)).

### VI.1.3 Streitschlichtungspraxis

#### VI.1.3.1 Quantitative Entwicklung

Die Staat-Staat-Streitschlichtung ist vollkommen bedeutungslos. Die UNCTAD kam 1998 zu folgender Annahme: „*It does not appear that the state-to-state dispute-settlement provision of any BIT has ever been invoked.*“ Mittlerweile ist immerhin ein Staat-Staat-Verfahren bekannt geworden (Peru vs. Chile).<sup>685</sup>

Wie festgestellt, wird die Investor-Staat-Streitschlichtung im Wesentlichen von ICSID bzw. nach der UNCITRAL-SO durchgeführt, wobei ICSID die bei weitem bedeutendere Streitschlichtungsinstitution ist. Die Transparenzdefizite von ICSID, vor allem aber von UNCITRAL, die intensiv unter VI.6.2.1 dargestellt werden, erschweren eine Untersuchung der Investor-Staat-Streitschlichtung außerordentlich.

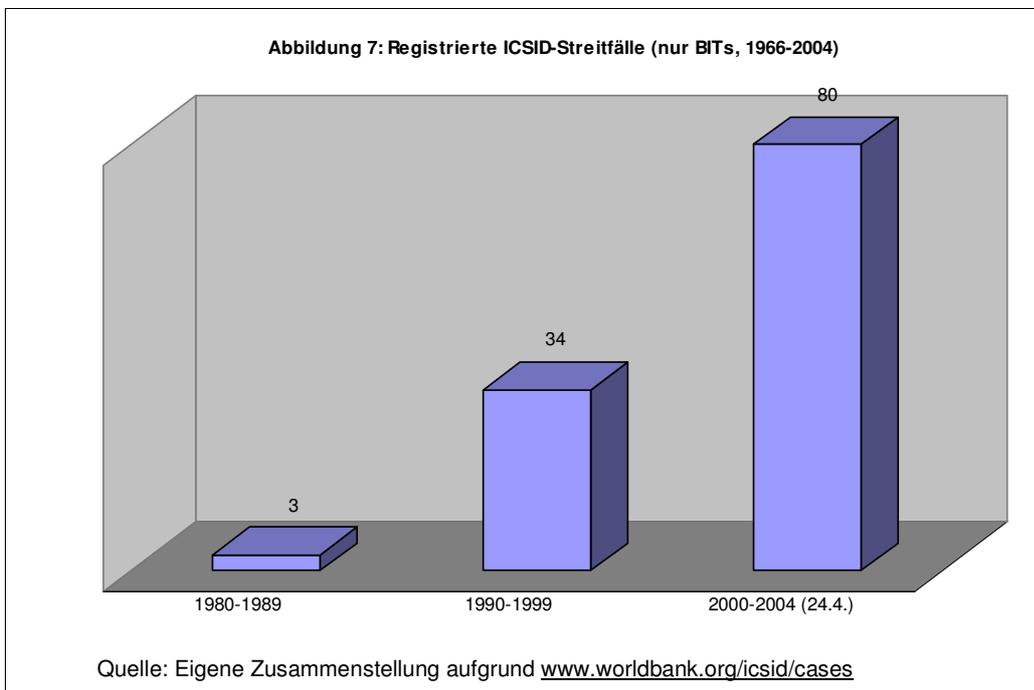
Da ICSID im Gegensatz zu UNCITRAL als Institution die Schiedsgerichtsverfahren betreut, ist auch eine deutlich offenere Informationspolitik möglich. Alle Schiedsfälle werden registriert und auf der Homepage ([www.icsid.org](http://www.icsid.org)) relativ zeitnah veröffentlicht, es gibt eine Unterteilung in abgeschlossene und hängige Fälle. Die wesentlichen Verfahrensinformationen wie Datum der Registrierung des Falles, Konstituierung des Schiedsgerichts, Streitgegenstand sowie das Ergebnis des Verfahrens werden ebenfalls veröffentlicht. Die Schiedssprüche selbst werden meistens publiziert, überwiegend im *Foreign Investment Law Journal*, das ICSID selbst herausgibt. Schiedssprüche sind zum Teil auch online abrufbar. Häufig werden aber nur Exzerpte der Schiedssprüche veröffentlicht, was die wissen-

<sup>684</sup> Subcommittee on Investment (2004): Report of the Subcommittee on Investment Regarding the Draft Model Bilateral Investment Treaty, S. 10-11.

<sup>685</sup> IISD (2003b): Peru Launches Unprecedented State-to-State Arbitration in Dispute with Chile.

schaftliche Analyse erschwert. Allerdings gibt es auch bei ICSID eine teilweise erhebliche zeitliche Verzögerung zwischen dem Schiedsspruch und dessen Veröffentlichung, die teilweise über 2 1/2-Jahre beträgt. Außerdem differenziert ICSID nicht zwischen Streitfällen, die auf BIT, Investitionsverträgen zwischen Staaten und Unternehmen, NAFTA oder anderen regionalen Investitionsverträgen beruhen.

Trotzdem ermöglicht die ICSID-Homepage aussagekräftige Angaben über die quantitative Entwicklung der Investor-Staat-Streitschlichtung. Seit Inkrafttreten der ICSID-Konvention wurden 117 (Stand: 24.4.2004) auf BIT zurückzuführende Investor-Staat-Streitfälle registriert, von denen 50 abgeschlossen sind.<sup>686</sup> In 116 Fällen haben Investoren gegen Staaten geklagt, in einem Fall ein Staat gegen einen Investor (vgl. oben). Das rasante Wachstum der Anzahl der BIT selbst hat natürlich Auswirkungen auf die Zahl der Streitfälle. Dabei ist es sehr erstaunlich, dass erst im Jahr 1987 zum ersten Mal ein auf einen BIT beruhender Investor-Staat-Streitfall bei ICSID registriert wurde. In den 1990ern gab es dann bereits 34 Fälle. Seit dem 1.1.2000 wächst die Zahl der Fälle geradezu explosionsartig. Bis zum 24.4.2004 sind weitere 83 hinzugekommen.



Von den 50 abgeschlossenen Fällen sind 26 durch einen Schiedsspruch, 12 durch Einigung, 9 durch Rücknahme der Klage und 3 auf andere Weise erledigt worden. Wenn die Streitfälle nach den einzelnen

<sup>686</sup> Dieser Zahl liegen alle auf der ICSID-Homepage veröffentlichten Streitfälle zugrunde. NAFTA-Fälle wurden hier nicht berücksichtigt, ebenso neun Streitfälle, die unzweideutig auf einen Vertrag zwischen zwei Privatunternehmen, in fünf Fällen auf einen Investitionsvertrag zwischen einem Staat und einem Investor, ein nationales Direktinvestitionsgesetz, eine unilaterale Erklärung zur Anwendung der ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit sowie auf die Energy Charta Treaty zurückzuführen sind. Es ist aber davon auszugehen, dass zahlreiche weitere Fälle gerade aus den 1980- und 1990er-Jahren nicht auf BIT basieren, da dies nur dann identifizierbar ist, wenn ein Verfahren mit einem Schiedsspruch abgeschlossen wurde und dieser Schiedsspruch öffentlich zugänglich ist.

Wirtschaftssektoren betrachtet werden, ergibt sich folgendes Bild: Bergbau/Energie<sup>687</sup> 47 Streitfälle, Straßenbau/Verkehr 14, Immobilien/Bau 9, Wasserversorgung 8, Finanzdienstleistungen 6, Land- und Forstwirtschaft 5, Telekommunikation/Medien 5, Dienstleistungsverträge (nicht näher spezifiziert) 5, Textil 3, Zement 3, Beteiligung an Unternehmen (nicht näher spezifiziert) 3, Sonstige<sup>688</sup> 9. Der Bereich Bergbau/Energie zeigt, dass der Schutz von Investitionen im Bereich natürlicher Ressourcen wie Kohle, Öl, Gas etc. eine überragende Bedeutung hat. Dies galt noch deutlicher für die 1970er- und 1980er-Jahre, wo die Nationalisierung westlicher Investitionen in Entwicklungsländern noch häufig vorkam. In den letzten Jahren sind neben Bergbau/Energie und Straßenbau vor allem Dienstleistungsbereiche wie Finanzdienstleistungen, Immobilien und Wasserversorgung Gegenstand von Streitfällen gewesen. Die Bedeutung der Sektoren Land- und Forstwirtschaft, Textil und Tourismus geht demgegenüber deutlich zurück. Überraschend ist, dass es nur wenig Streitfälle im Telekommunikationsbereich und keine im Pharmabereich gibt. Bei allen Einschränkungen, die sich aufgrund der Transparenzdefizite ergeben, ist aber klar, dass es sich in vielen Fällen um Sachverhalte handelt, die weit mehr als nur eine kommerzielle Streitigkeit beinhalten und öffentliche Interessen berühren.<sup>689</sup>

Bricht man die Streitfälle auf die einzelnen Staaten herunter, so wird die klassische Konstellation des Abschlusses von BIT – Entwicklungs- und Transformationsländer wollen Investitionen anlocken, während Industrieländer Investitionen schützen wollen – wiedergespiegelt. Von den 143 Streitfällen sind nur in drei Fällen Klagen gegen Industrieländer eingereicht worden (Island, Neuseeland und Spanien).<sup>690</sup> Argentinien ist das Land, das mit großem Abstand am häufigsten beklagt wurde (bisher 33 Mal, 29 Fälle sind noch offen, Stand 24.4.04), alle Klagen sind erst seit 1997 eingereicht worden. Im Zuge der argentinischen Wirtschaftskrise hat das Land eine Reihe von Maßnahmen beschlossen, die von Investoren als eine Einschränkung ihrer Investitionen bewertet werden. Gleich zwei internationale Anwaltsfirmen, die aktiv sind auf dem Gebiet der Investor-Staat-Streitschlichtung und Investoren vertreten, haben Publikationen zu diesem Thema Investor-Staat-Streitschlichtung in Argentinien veröffentlicht.<sup>691</sup> Darin werden die Chancen, die insbesondere BIT für Investoren bringen, dargestellt und auf das argentinische Notstandsgesetz verwiesen, das durch die Aufhebung der Peso-Dollar-Bindung, Exportsteuern für Gas und Öl und Beschränkung von Finanztransaktionen angeblich einen Verstoß gegen Investitionsschutzbestimmungen enthalte. Insbesondere Investitionen in öffentliche Dienstleistungen wie Öl und Gas, Verkehr, Wasser, Strom und Telekommunikation seien betroffen. Schon die Drohung mit einer solchen Klage wird als Erfolg versprechende Möglichkeit angesehen, um Investoreninteressen zu befriedigen.<sup>692</sup> Interessant ist auch folgende Aussage: „*The concept of expropriation has been extended in recent years, to the benefit of foreign investors, to an indirect taking (also referred to as creeping or de facto expropriation)*...“<sup>693</sup> Es bleibt in der Praxis abzuwarten, zu welchen Ergebnissen die noch anhängigen und zu erwartenden Streitschlich-

<sup>687</sup> Elektrizitätsversorgung ist hier mit einbezogen, obgleich dies eher eine Dienstleistung ist.

<sup>688</sup> Chemie, Tourismus, Industrie and trading enterprise, Tabak, Rechtsanwaltsdienstleistungen, duty free, Abfallentsorgung, Lebensmittelindustrie, Leasing.

<sup>689</sup> So auch Peterson, L.E. (2003): Research Note: Emerging Bilateral Investment Treaty Arbitration and Sustainable Development, der eine der ganz wenigen Analysen der BIT-Schiedsgerichtspraxis vorgenommen hat.

<sup>690</sup> 1984 wurde das heutige Industrieland Südkorea beklagt, als es noch zu der Gruppe der Entwicklungsländer gezählt wurde.

<sup>691</sup> Freshfields, Bruckhaus, Deringer (2002): The Argentine Crisis – Foreign Investor Rights und Miller & Chevalier (2002): The Argentina Meltdown, BIT by BIT.

<sup>692</sup> Freshfields, a.a.O., S. 2.

<sup>693</sup> „.....and regardless of whether the government action is justified in terms of economic policy or otherwise“, ebenda, S. 3.

tungsverfahren gegen Argentinien führen werden.

#### IV.1.3.2 Ausgewählte Schiedsfälle

Im Folgenden werden alle Schiedsfälle, in denen ein Schiedsspruch hinsichtlich der materiellen Fragen ergangen ist und welches in ungekürzter Fassung von der ICSID-Homepage zum Zeitpunkt des Abfassens dieses Kapitels abrufbar war, knapp dargestellt. Ausführlich dargestellt wird der UNCITRAL-Schiedsfall *Lauder/CME vs. Tschechien*, weil diesem eine grundsätzliche Bedeutung in einer ganzen Reihe wichtiger Fragen zukommt.

##### a.) Vivendi

Der Schiedssache *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux, v. Argentinien*<sup>694</sup> liegt eine interessante Konstellation zugrunde. Der klagende Investor ist eine Tochterfirma des französischen Mischkonzerns *Vivendi* (im Folgenden wird von *Vivendi* als Kläger gesprochen). Der Streit dreht sich um das Management der Wasserversorgung in der Provinz Tucumán. Diese wurde von Tucumán 1993 privatisiert und *Vivendi* mit der Wasserversorgung beauftragt. Im Oktober 1998 wurde der Konzessionsvertrag durch Tucumán beendet und die Wasserversorgung wieder öffentlich wahrgenommen, weil es im Verlaufe der Zusammenarbeit zwischen *Vivendi* und Tucumán zu ständigen Problemen kam. Tucumán bzw. Argentinien wirft *Vivendi* vor, schlechte Dienstleistungen erbracht zu haben. *Vivendi* wiederum wirft Tucumán vor, durch ständig neue Regulierungen, Auflagen etc. eine konstante und erfolgreiche Dienstleistungserbringung unmöglich gemacht zu haben und klagt auf 300 Millionen US-Dollar Entschädigung wegen Verletzung des BIT zwischen Argentinien und Frankreich.<sup>695</sup> Die Klage wird auf Verletzung der Enteignungsbestimmungen sowie des Prinzips *fair and equitable treatment* gestützt. *Vivendi* wirft Argentinien vor, durch Unterlassen das Verhalten der Provinz geduldet zu haben und gegen den BIT verstoßen zu haben. Völkerrechtlich sei Argentinien auch für Verstöße gegen internationales Recht seitens seiner Gemeinden und Regionen verantwortlich, folglich müsse sich Argentinien jedes Fehlverhalten Tucumáns anrechnen lassen.<sup>696</sup>

Das Schiedsgericht erkennt selbstverständlich an, dass Verstöße gegen das Völkerrecht durch Gemeinden oder Regionen eines Staates grundsätzlich dem Gesamtstaat zurechenbar sind. Dies ist eine allgemein anerkannte Regel des Völkerrechtes, die auch von der Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen noch einmal bekräftigt worden ist: „*The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law ... whatever its character as an organ of the central government or of a territorial unit of the State.*“<sup>697</sup> Entscheidend sei vielmehr die Frage, ob die behaupteten spezifischen Rechtsverstöße Tucumáns tatsächlich dem Staat Argentinien anzulasten

<sup>694</sup> *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux, v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, 21.11.2000.

<sup>695</sup> Ebenda, paras. 24-56.

<sup>696</sup> Ebenda, paras. 57-61.

<sup>697</sup> International Law Commission (2001): Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Art. 4. Siehe auch den entsprechenden Kommentar mit weiteren Nachweisen, International Law Commission (2001a): Commentary to the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Adopted by the International Law Commission at its

seien. *Vivendi* habe es hier versäumt, diese Verstöße vor die zuständigen Gerichte Tucumáns zu bringen, obwohl dies der Konzessionsvertrag vorsieht. Nur eine Verweigerung des Zuganges zu den Gerichten bzw. eine grob diskriminierende Behandlung seitens eines Gerichts hätte einen Völkerrechtsverstoß ergeben. Das Schiedsgericht hat zudem keine ernsthaften Anstrengungen *Vivendis* gesehen, Argentinien aufzufordern, auf das Verhalten Tucumáns einzuwirken; während des gesamten Streitfalles hat *Vivendi* lediglich einen einzigen Brief an die argentinische Regierung geschrieben, in dem noch nicht einmal der Wunsch nach einem Tätigwerden Argentiniens zum Ausdruck gebracht worden ist.<sup>698</sup> Die Klage von *Vivendi* wurde abgelehnt. Im Schiedsspruch wird aber betont, dass die Ausschöpfung des nationalen Rechtswegs keine Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Investor-Staat-Verfahrens ist.<sup>699</sup> Dieser Schiedsspruch macht klar, dass ein Investor sich aktiv darum bemühen muss, dass ein Gesamtstaat seiner völkerrechtlichen Verpflichtung, auch für das evtl. dem internationalen Recht widersprechende Handeln seiner territorialen Untergliederungen einzustehen, nachkommt. Eine Missachtung einer (konzessions-)vertraglichen Verpflichtung zur Ausschöpfung des lokalen Rechtswegs führt zwar nicht zur Nichtanwendbarkeit des Investor-Staat-Verfahrens, aber – in diesem konkreten Streitfall – zur Ablehnung der Klage in der Hauptsache. *Vivendi* hat aber eine teilweise Annullierung dieses Schiedsspruchs durchgesetzt. Das ICSID-Schiedsgericht hat nach Auffassung des Annullierungskomitees seine Kompetenzen überschritten. *Vivendi* hat daraufhin im Oktober 2003 ein neues Verfahren angestrengt.<sup>700</sup> Ein neues Schiedsgericht wurde eingesetzt, so dass dieser Streitfall immer noch nicht abgeschlossen ist.<sup>701</sup>

#### b.) Maffezini

In der Schiedssache *Emilio Agustín Maffezini vs. Spanien*<sup>702</sup> geht es um eine Investition eines argentinischen Unternehmers in ein Chemieunternehmen in Galizien. Der Investor klagt gegen Spanien, weil ein öffentliches Unternehmen, mit dem Maffezini die Investition zusammen tätigen wollte, Maffezini schlecht beraten habe sowie von ihm zur Verfügung gestellte Gelder in irregulärer Art und Weise transferiert habe. Außerdem seien durch Umweltverträglichkeitsprüfungen so hohe Kosten entstanden, dass der Wert der Investition nachhaltig gemindert worden sei.<sup>703</sup>

Im Schiedsspruch wird klargestellt, dass Spanien auch für die Handlungen von öffentlichen Unternehmen völkerrechtlich verantwortlich ist. Das Argument der schlechten Beratung Maffezinis wertet das Schiedsgericht als eine rein kommerziell relevante Handlung, die nicht durch den BIT zwischen Argentinien und Spanien geschützt ist: „*In this connection, the Tribunal must emphasize that Bilateral Investment Treaties are not insurance policies against bad business judgements.*“<sup>704</sup> Auch die Belastungen durch die Umweltverträglichkeitsprüfungen würden keinen BIT-Verstoß darstellen, da sie durch das spanische Recht incl. der spanischen Verfassung vorgeschrieben seien und dem Investor im

---

Fifty-third Session (2001), Art. 4, Z. 6, 8-10.

<sup>698</sup> *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux, v. Argentine Republic, a.a.O.*, para. 83.

<sup>699</sup> Ebenda, para. 81.

<sup>700</sup> IISD (2003): *Vivendi-Argentina Water Dispute Heading Back to BIT Arbitration?*.

<sup>701</sup> IISD (2004a): *New Tribunal Constituted in Long-Running Vivendi-Argentina Water Dispute.*

<sup>702</sup> *Emilio Agustín Maffezini and The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, 9.11.2000.*

<sup>703</sup> Ebenda, paras. 39-45.

<sup>704</sup> Ebenda, para. 64.

Voraus bekannt gewesen wären. In Hinblick auf den Transfer wird Maffezini allerdings Recht gegeben; dieser sei hinsichtlich der Verwendung irregulär gewesen, intransparent zu Stande gekommen und verletze daher das Prinzip des *fair and equitable treatment*. Spanien wurde zur Zahlung von 30 Millionen Peseta Entschädigung verurteilt. Wichtig an diesem Schiedsspruch ist der Hinweis, dass BIT keine Absicherung gegen gewöhnliche Marktrisiken sind, sondern politische Risiken abdecken.

### c.) Olgúin

In der Schiedssache *Eudoro Armando Olgúin vs. Paraguay*<sup>705</sup> klagt ein Bürger mit den Staatsbürgerschaften der USA und Perus aufgrund des BIT Peru-Paraguay wegen Diskriminierung und entschädigungsloser Enteignung gegen Paraguay. Olgúin hat Ende 1993 Anteile an einem Finanzunternehmen in Höhe von 1,2 Millionen US-Dollar erworben und bei der Zentralbank Paraguays hinterlegt. Die Gelder waren vorgesehen zum Aufbau eines eigenen Lebensmittelunternehmens in Paraguay. Durch die schwere ökonomische Krise Paraguays Mitte der 1990er-Jahre geriet das Finanzunternehmen in große ökonomische Schwierigkeiten und musste schließlich alle Operationen einstellen. Olgúin bekam seine Einlagen von der Zentralbank Paraguays bis auf einen kleinen Anteil nicht zurück.<sup>706</sup>

Das Schiedsgericht lehnt die Klage von Olgúin komplett ab. Olgúin könne nicht die Hilfe der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit für Probleme in Anspruch nehmen, die ursächlich dem Risikograd der Investition und der allgemeinen Finanzkrise Paraguays anzulasten sind: „*He had his reasons (which this Tribunal makes no attempt to judge) for investing in that country, but it is not reasonable for him to seek compensation for the losses he suffered on making a speculative, or at best, a not very prudent, investment.*“<sup>707</sup> Das oben genannte Zitat aus dem Maffezini-Schiedsspruch wird auch hier verwandt.<sup>708</sup> Zwar wären Paraguay durchaus Versäumnisse in Hinblick auf die Aufrechterhaltung und Regulierung eines effizienten Finanzmarktsystems vorzuwerfen, dies würde aber keinen Verstoß gegen den BIT darstellen. Eine Enteignung liege nicht vor, weil Paraguay keine Schuld an dem Bankrott des Finanzunternehmens trifft, das ursächlich für den Schaden des Investors verantwortlich ist.<sup>709</sup>

### d.) Tecmed

Die Schiedssache *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. (im Folgenden Tecmed) vs. Mexiko*<sup>710</sup> ähnelt dem *Metalclad*-Fall (VI.2.2.2), der unter den NAFTA-Regeln entschieden wurde. Aufgrund des BIT Spanien-Mexiko klagte eine spanische Firma u.a. wegen Enteignung, Diskriminierung sowie Verstoß gegen den völkerrechtlichen Mindestbehandlungsstandard. Im November 1996 wurde *Tecmed* die zunächst auf ein Jahr befristete Genehmigung zum Betrieb einer Giftmülldeponie erteilt, die jährlich

<sup>705</sup> Eudoro Armando Olgúin v. Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/98/5, 26.7.2001.

<sup>706</sup> Ebenda, paras. 45-59.

<sup>707</sup> Ebenda, para. 65.

<sup>708</sup> Ebenda, para. 73.

<sup>709</sup> Ebenda, paras. 65-84.

<sup>710</sup> Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 29.5.2003.

auf Antrag des Investors um ein weiteres Jahr verlängert werden konnte. Diese Verlängerung wurde von der zuständigen Behörde im Herbst 1998 nicht mehr erteilt, so dass *Tecmed* die Deponie nicht länger betreiben konnte. *Tecmed* wirft Mexiko vor, dass die Nichtverlängerung der Genehmigung aus politischen Gründen erfolgt ist. Der Investor weist ferner darauf hin, dass eine andere mexikanische Behörde zu dem Ergebnis gekommen sei, dass *Tecmed* zwar einzelne Verstöße gegen die Konditionen der Genehmigung anzulasten seien, diese aber nicht zu einer Gefährdung der Umwelt oder der Gesundheit geführt hätten. Die Nichterneuerung der Genehmigung, auf dessen Verlängerung sich *Tecmed* eingestellt hatte, wäre unverhältnismäßig. Mexiko kontert, dass *Tecmed* zahlreiche Auflagen der Betriebsgenehmigung missachtet habe. Außerdem hätte es starke Bürgerproteste gegen den Standort der Deponie gegeben.<sup>711</sup>

Das Schiedsgericht sah sowohl einen Verstoß gegen die Enteignungsbestimmungen als auch gegen den Mindestbehandlungsgrundsatz. Die Nichtverlängerung der Genehmigung käme einer Enteignung gleich, weil sie den Investor komplett und irreversibel aus seinem Geschäft – dem Betreiben einer Giftmülldeponie – verdrängt habe. Dann untersucht das Schiedsgericht intensiv die Motivation der mexikanischen Behörden und kommt zu dem Ergebnis, dass der Nichtverlängerung der Genehmigung in erster Linie sozio-politische und keine ökologischen Gründe zugrunde lagen. Außerdem gebe es legitime Gründe, dass Inländer mehr Pflichten als Ausländer im öffentlichen Interesse zu tragen hätten, weil nur Inländer an der politischen Willensbildung des Landes mitwirken könnten.<sup>712</sup> Der Mindestbehandlungsstandard sei verletzt, weil Mexiko gegen das Prinzip „*fair and equitable treatment*“ verstoßen habe. Diesen Grundsatz definiert das Schiedsgericht als „*treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment.*“<sup>713</sup> *Tecmed* wäre aber in gutem Glauben gewesen, dass die Genehmigung verlängert werde. Außerdem wäre der Investor so spät auf seine Versäumnisse hinsichtlich der Konditionen der Genehmigung hingewiesen worden, dass ein Korrigieren dieser Fehler nicht mehr vor der Entscheidung über die Verlängerung der Genehmigung möglich gewesen sei. Das Gericht bemängelt zudem das intransparente und inkonsistente Verhalten der mexikanischen Behörden.<sup>714</sup> Verstöße gegen andere Bestimmungen des BIT wurden vom Gericht abgelehnt, da der Investor dazu keine ausreichende Evidenz vorgelegt habe. Mexiko muss dem Investor 5,5 Millionen US-Dollar plus Zinsen Entschädigung zahlen.<sup>715</sup>

#### e.) Middle East

In der Schiedssache *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. (im Folgenden Middle East) vs. Ägypten*<sup>716</sup> klagte eine griechische Zementfirma aufgrund des BIT Griechenland-Ägypten. Middle East hat von Ägypten eine Zulassung für 10 Jahre für Import, Lagerung, Verpackung und Verteilung von Zement bekommen. Dann wurde noch vor Ablauf der 10 Jahre ein Importverbot für eine bestimmte

<sup>711</sup> Ebenda, paras. 35-51.

<sup>712</sup> Ebenda, paras. 95-151.

<sup>713</sup> Ebenda, para. 154.

<sup>714</sup> Ebenda, paras. 152-174.

<sup>715</sup> Ebenda, para. 201.

<sup>716</sup> Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. vs. Arab Republic of Egypt, ICSID Case. No. ARB/99/6, Award, 12.4.2002.

Zementsorte erlassen, die dazu führte, dass der Investor sein Geschäft nicht mehr betreiben konnte. Außerdem wurde ein Schiff des Investors von den ägyptischen Behörden beschlagnahmt und anschließend versteigert, um Schulden des Investors abzutragen. Ägypten argumentiert damit, dass Middle East sich unprofessionell verhalten habe und dass das Importverbot den Investor nur für die verbliebenen 4 Monate der Lizenzdauer betroffen und nur geringfügig beschädigt hätte.<sup>717</sup>

Das Schiedsgericht sieht in dem Importverbot eine Enteignung, auch deshalb, weil Ägypten dies selbst zumindest für den Zeitraum von 4 Monaten anerkannt habe. Das Gericht nimmt aber den Standpunkt ein, dass der Investor ca. 4 Jahre vor Ablauf seiner Lizenz aus dem Geschäft gedrängt worden ist und der Schaden daher weit höher ist. Auch die Beschlagnahmung und Versteigerung des Schiffes bewertet das Schiedsgericht als Enteignung und als Verstoß gegen das Prinzip des „*fair and equitable treatment*“, weil der Investor nicht direkt von der Beschlagnahmung informiert worden ist.<sup>718</sup> Ägypten muss 3,7 Millionen US-Dollar Entschädigung zahlen.<sup>719</sup>

#### f.) **Lauder/CME vs. Tschechien**

Zunächst werden die Fakten und danach die beiden Schiedsverfahren dargestellt, jedenfalls soweit die entsprechenden Schiedssprüche überhaupt öffentlich zugänglich sind.

##### Fakten

Die tschechische Firma *CET 21* hat sich Ende 1992 zusammen mit der damals in Deutschland ansässigen Firma *CEDC*, auf die der US-Amerikaner *Ronald S. Lauder* einen kontrollierenden Einfluss ausübte, um eine Lizenz zum Betrieb eines privaten Fernsehsenders in Tschechien beworben. Die ursprünglich geplante direkte Kapitalbeteiligung von *CEDC* wurde aufgrund von Vorbehalten des tschechischen Parlamentes, die einen Einstieg ausländischer Investoren in den Fernsehmarkt verhindern wollten, zurückgestellt. Stattdessen wurde im Einvernehmen mit den beiden Unternehmen ein Gemeinschaftsunternehmen, *CNTS*, gebildet. Dieses Unternehmen, an dem der ausländische Investor *CEDC* mehrheitlich beteiligt war, erhielt einen exklusiven Vertrag zur Erbringung von Fernsehdienstleistungen, während ausschließlich *CET 21* die Lizenz zum Betrieb des Fernsehsenders erteilt wurde. Das genaue Verhältnis zwischen *CNTS* und *CET 21* wurde in mehrfach abgeänderten Verträgen und Vereinbarungen, an deren die tschechische Medienaufsichtsbehörde (im Folgenden Medienrat) beteiligt war, und in Form von Lizenzauflagen, festgelegt. *Vladimír Železný* wurde Geschäftsführer von *CET 21* und *CNTS*. Der Sender *TV Nova* wurde sehr populär und profitabel. Im Juli 1994 übernahm die holländische Firma *CME*, die ebenfalls von *Lauder* kontrolliert wird, die gesamten Anteile an *CEDC*. Während des Betriebes des Fernsehsenders initiierte der Medienrat mehrfach administrative Kontrollverfahren gegen *CET 21/CNTS* wegen illegalen Betriebes eines Fernsehsenders durch *CNTS*, die aber nach der Änderung der vertraglichen Beziehungen zwischen *CET 21* und *CNTS* ausnahmslos eingestellt wurden. Am 5.8.1999 kündigte *CET 21* den Dienstleistungsvertrag mit *CNTS*,

<sup>717</sup> Ebenda, paras. 81-84.

<sup>718</sup> Ebenda, paras. 97-151.

<sup>719</sup> Ebenda, para. 178.

bereits am 19.8.1999 reichte *Lauder* die „notice of arbitration“ nach der UNCITRAL-SO auf der Grundlage des BIT zwischen den USA und Tschechien ein.<sup>720</sup> Im Februar 2000 klagte ebenfalls nach der UNCITRAL-SO *CME* aufgrund des BIT Niederlande-Tschechien. Außerdem initiierte *CME* Klagen vor den zuständigen tschechischen Gerichten sowie ein privatrechtliches Schiedsgerichtsverfahren vor der ICC gegen *Železný*.<sup>721</sup>

*Lauder/CME* stützen die Klage auf das angeblich BIT-widrige Verhalten des Medienrats während der Lizenzvergabe, während des Betriebes des Fernsehsenders und kurz vor der Kündigung des Vertrages durch *CET 21*. Durch Handeln und Unterlassen habe Tschechien die Investition von *CME* zerstört. Der Medienrat habe verhindert, dass sich *CEDC* direkt an *CET 21* beteiligen könne und damit einen ausländischen Investor diskriminiert. Die administrativen Verfahren und andere Handlungen hätten einen Zwang auf den Investor ausgeübt, um die vertraglichen Beziehungen zu *CET 21* zu ändern. Dabei wäre die Rechtsposition des Investors verschlechtert worden. Und schließlich hätte der Medienrat die Vertragskündigung durch *Železný* unterstützt bzw. nicht verhindert, vor allem dadurch, dass er in einem Brief an *Železný* die Position einer Nichtexklusivität der Vertragsbeziehungen zwischen *CET 21* und *CNTS* (die zwischen den beiden Unternehmen umstritten war) einnahm und *Železný*, der zwischenzeitlich nur noch Geschäftsführer von *CET 21* war, zur Kündigung animierte.

#### Lauder vs. Tschechien

In diesem Schiedsspruch wurde zunächst eine interessante Kontroverse hinsichtlich der Zuständigkeit des Schiedsgerichtes ausgefochten. Tschechien lehnte letztere u.a. mit dem Argument ab, dass der Kläger den gleichen Streitfall bereits vor ein anderes Schiedsgericht (im Folgenden: das Stockholm-Schiedsgericht) gebracht und damit Prozessmissbrauch betrieben hätte. Das Schiedsgericht lehnt dies mit dem schlichten Hinweis ab, dass in diesem Fall *Lauder* geklagt hat, in dem anderen Fall aber die Firma *CME* und somit ein anderer Investor. Außerdem wäre hier der BIT USA-Tschechien relevant, während es im anderen Streitfall der BIT Holland-Tschechien wäre. Das Risiko inkonsistenter Entscheidungen sieht zwar auch das Schiedsgericht, die praktische Konsequenz wäre aber lediglich eine doppelte Entschädigungspflicht für den beklagten Staat. In diesem Fall könne das zweite Schiedsgericht die Entschädigungssumme mit der im ersten Schiedsspruch angeordneten Summe verrechnen, damit der Investor nicht überkompensiert werde.<sup>722</sup>

Hinsichtlich der materiellen Fragen verneint das Schiedsgericht zunächst das Vorliegen einer unrechtmäßigen Enteignung durch die Handlungen des Medienrats. Bis zur Vertragskündigung durch *CET 21* habe der Investor die volle Verfügungsgewalt über sein Eigentum gehabt. Die Kündigung des Vertrages wiederum sei nicht Tschechien anzulasten, sondern das Ergebnis eines Streites zweier privater Firmen.<sup>723</sup> Dagegen bewertet das Schiedsgericht das Hinwirken des Medienrats auf die Bildung des joint-ventures *CNTS* und die dadurch erfolgte Verhinderung der direkten Beteiligung des

<sup>720</sup> *Ronald S. Lauder and The Czech Republic*, Final Award in the Matter of an UNCITRAL Arbitration, 3.9.2001, paras. 1-10.

<sup>721</sup> *CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) vs. The Czech Republic*, Partial Award, 13.9.2001, paras. 1-19, 142.

<sup>722</sup> *Ronald S. Lauder and The Czech Republic*, a.a.O., paras. 156-175. Außerdem habe Tschechien einer Konsolidierung beider Schiedsfälle nicht zugestimmt.

<sup>723</sup> Ebenda, paras. 196-204.

Auslandsinvestors an *CET 21* als einen Verstoß gegen den BIT. Dies sei ein Verstoß gegen das Prinzip der Inländerbehandlung, der zudem willkürlich („arbitrary“) sei. Allerdings habe *CEDC* nicht gegen diese Maßnahme protestiert. Außerdem gebe es keinen ursächlichen Zusammenhang mit der Vertragskündigung durch *CET 21*, weshalb trotz des Verstoßes gegen den BIT Tschechien nicht zur Zahlung einer Entschädigung verurteilt wurde.<sup>724</sup> Alle weiteren von *CME* behaupteten Verstöße Tschechiens gegen den BIT lehnt das Schiedsgericht ab. Entscheidend ist das Argument, die Handlungen Tschechiens stellten keine Maßnahmen im Sinne des BIT dar, weil es sich z.B. um Statements oder um rechtlich bedeutungslose Schriftstücke gehandelt habe. Die administrativen Verfahren des Medienrats wären in Ausübung seiner normalen regulativen Aufgaben erfolgt und in gutem Glauben, dass der Investor gegen die Lizenzbedingungen verstoßen habe. Außerdem wären sie nichtdiskriminierend erfolgt, da auch tschechische Unternehmen ähnlichen Kontrollverfahren unterworfen worden seien.<sup>725</sup> Im Ergebnis ist dieser Schiedsspruch somit eine vollständige Niederlage für den Investor.

#### CME vs. Tschechien

Diesem Schiedsspruch liegt der exakt gleiche Sachverhalt wie im oben dargestellten Fall zugrunde. Auch spielen mögliche Unterschiede zwischen den Bestimmungen beider BIT bei den Schiedssprüchen keinerlei Rolle. Trotzdem könnten die beiden Schiedssprüche unterschiedlicher nicht sein.

Interessanterweise prüft das Schiedsgericht nicht, ob die Handlungen des Medienrats während der Lizenzvergabe einen BIT-Verstoß darstellen, wie es das andere Schiedsgericht (im Folgenden: das London-Schiedsgericht) getan hat.<sup>726</sup> Das Schiedsgericht sieht aber vor allem aus zwei Gründen einen Verstoß gegen den BIT. Zum einen wäre die Änderung der vertraglichen Beziehungen zwischen *CET 21* und *CNTS* auf Druck des Medienrats erfolgt und hätte die Rechtsposition des Investors geschmälert. Zum anderen hätte der Medienrat durch Handlungen und Unterlassungen die Zerstörung der Investition (so beschreibt das Schiedsgericht die Vertragskündigung durch *CET 21*) unterstützt. Im Gegensatz zum London-Schiedsgericht werden die administrativen Verfahren als die Ausübung eines Druckmittels gesehen, um die Vertragsbeziehungen der beiden Unternehmen zu Lasten von *CNTS* zu ändern.<sup>727</sup> Die Unterstützung der Vertragskündigung macht das Schiedsgericht daran fest, dass *Železný* bei einem Gespräch mit Repräsentanten des Medienrats diesen um Mithilfe bei dem Versuch der Befreiung von der Exklusivität des Dienstleistungsvertrages zwischen *CET 21* und *CNTS* gebeten habe. Auf seine Bitte hin erhielt er am 15.3.1999 einen Brief, in dem der Medienrat im Widerspruch zu früheren Äußerungen und zu den bestehenden Vertragsbeziehungen jetzt von einer Nichtexklusivität der Beziehungen beider Unternehmen ausging. Dies wertet das Schiedsgericht als Beleg für die Unterstützung der Vertragskündigung.<sup>728</sup> Im Ergebnis sieht das Stockholm-Schiedsgericht eine

<sup>724</sup> Ebenda, paras. 214-235.

<sup>725</sup> Ebenda, paras. 236-314.

<sup>726</sup> Dies könnte daran liegen, dass zu diesem Zeitpunkt noch keine Investition eines niederländischen Investors vorlag, die zur Anwendbarkeit des Niederlande-Tschechien-BIT geführt hätte. Begründet wird dies allerdings nicht.

<sup>727</sup> *CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) vs. The Czech Republic*, a.a.O., paras. 460-538. Dies unterscheidet sich von der Bewertung des London-Schiedsgerichtes, das lediglich eine Spezifizierung der ursprünglich eingeräumten Rechte sieht und vor allem keine Verschlechterung der Rechtsposition des Investors erkennt, siehe *Ronald S. Lauder and The Czech Republic*, a.a.O., paras 263-274.

<sup>728</sup> *CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) vs. The Czech Republic*, a.a.O., paras. 539-574. Auch hier kommt das London-Schiedsgericht zu einer vollständig anderen Bewertung dieses Sachverhaltes. Zwar erkennt es auch an, dass der Media

indirekte Enteignung der Investition von CME. Das Gericht wendet dabei den gleichen Standard wie im NAFTA-Streitfall *Metalclad* an, ohne aber die Einschränkungen durch das Berufungsurteil berücksichtigt zu haben.<sup>729</sup> Außerdem kommt das Schiedsgericht zu dem Ergebnis, dass noch vier weitere Bestimmungen<sup>730</sup> des BIT verletzt sind. Dies wird nicht näher ausgeführt, für das Schiedsgericht ist ausreichend, dass die anderen Verstöße auf den gleichen Fakten beruhen.<sup>731</sup> Der von Tschechien nominierte Schiedsrichter *Hándl* verweigerte aus Protest gegen den Schiedsspruch die Unterzeichnung.<sup>732</sup>

Am 14.3.2003 erging dann der Schiedsspruch zur Festlegung der Höhe der Entschädigungszahlung. Dieser Schiedsspruch ist nicht veröffentlicht worden. Es ist aber bekannt geworden, dass Tschechien zur Zahlung einer Entschädigung in Höhe von ca. 350 Millionen US-Dollar verurteilt worden ist. Dies ist die – soweit bekannt – höchste Summe, die jemals in einem Investor-Staat-Verfahren festgelegt worden ist. Dazu kommen noch 10 Millionen US-Dollar an Anwalts- und Gerichtskosten. Nach Angaben eines Mitglieds des London-Schiedsgerichtes hat die Tschechische Republik den Schiedsspruch vollstreckt und umgerechnet ca. 390 Millionen US-Dollar gezahlt.<sup>733</sup>

Tschechien hat versucht, den Schiedsspruch vom 13.9.2001 außer Kraft setzen bzw. ganz oder teilweise annullieren zu lassen. Da sich die Schiedsparteien auf den Gerichtsstand Stockholm geeinigt hatten, ist das anwendbare Recht in diesem Fall das schwedische Schiedsgerichtsgesetz. Dieses wiederum ist sehr eng an das Modell-Schiedsgerichtsgesetz von UNCITRAL angelehnt, das nur sehr eingeschränkte Überprüfungsöglichkeiten vorsieht (vgl. die detaillierte Auseinandersetzung mit den Möglichkeiten der Aufhebung bzw. Annullierung internationaler Schiedssprüche unter VI.6.2.2).<sup>734</sup> Konsequenterweise verweist das schwedische Gericht auch selbst auf seinen geringen Handlungsspielraum: „... *it is in the interest of efficient arbitration proceedings that review of arbitration awards should be limited in scope and that annulment of or refusal to recognize an award should be possible only in exceptional circumstances.*“<sup>735</sup> Wegen dieser Einschränkungen hat Tschechien in diesem Verfahren vor allem die Argumente vorgebracht, dass ein Schiedsrichter faktisch von den Verhandlungen des Schiedsgerichtes ausgeschlossen worden sei und dass das Schiedsgericht entgegen dem BIT nicht auch tschechisches Recht als anwendbares Recht herangezogen habe.<sup>736</sup> Die

---

Council seine bisherige Position hinsichtlich der Exklusivität des Vertrages geändert hat, aber es misst dem Brief keine rechtliche Bedeutung bei. Die Vertragskündigung *Železnýs* erfolgte zudem fast 6 Monate später und hatte somit überhaupt keinen Bezug mehr zu dem Brief. Außerdem wäre die Kündigung wahrscheinlich auch ohne den Brief erfolgt, vgl. *Ronald S. Lauder and The Czech Republic, a.a.O.*, paras. 275-288, 303-304.

<sup>729</sup> Ebenda, paras. 591-609.

<sup>730</sup> „Obligation of fair and equitable treatment“, „Obligation of full security and protection“, „Obligation not to impair investments by unreasonable or discriminatory measures“ sowie „Obligation to treat investments in conformity with principles of international law“.

<sup>731</sup> Ebenda, paras. 610-614.

<sup>732</sup> In einer „*dissenting opinion*“ verweist *Hándl* darauf, dass Tschechien das gesamte Verfahren nur unter Protest durchgeführt habe und dass er selbst von den anderen beiden Schiedsrichtern in der Endphase faktisch von den Beratungen ausgeschlossen wurde. Außerdem kommt er zu einer völlig anderen Bewertung der Fakten als die anderen beiden Schiedsrichter; insbesondere sieht er keine BIT-widrigen Handlungen Tschechiens, weil ohne die Handlungen *Železnýs* dem Investor kein Schaden entstanden wäre: „*If a person intentionally destroys somebody's property by incendiary attack, then principally responsible for the damage is this person that completed the fire and not another person that prepared the fuel /wood, oil etc./ and incendiary means.*“, siehe *CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) vs. The Czech Republic*, Dissenting Opinion of the Arbitrator JUDr Jaroslav Hándl against the Partial Arbitration Award, 11.9.2001, S. 1-3, 21.

<sup>733</sup> E-mail von Bohuslav Klein vom 14.9.2004.

<sup>734</sup>: *CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) vs. The Czech Republic*, Svea Court of Appeal, Judgement, Case No. T 8735-01, 15.5.2003, S. 84.

<sup>735</sup> Ebenda, S. 85.

<sup>736</sup> Ebenda, S. 7-9.

substanziellen rechtlichen Fragen, ob die Handlungen des Medienrats eine Enteignung oder einen Verstoß gegen den völkerrechtlichen Mindestbehandlungsstandard darstellen, wurden nicht erneut überprüft. Die Motion Tschechiens wurde komplett abgelehnt.<sup>737</sup>

### Bewertung

An dieser Stelle soll es nicht darum gehen, die inhaltliche Argumentation der Schiedssprüche zu hinterfragen. Dazu ist der Sachverhalt viel zu komplex und dem Autor stehen außer den Schiedssprüchen keine weiteren Unterlagen zur Verfügung, die eine solche Analyse ermöglichen würden. Bewertet sollen die formalen bzw. prozessualen Probleme, die mit diesem Fall verbunden sind. Besonders hervorzuheben ist das Transparenzdefizit. Ausgerechnet der Schiedsspruch, in dem die bisher höchste Entschädigungssumme, die ein Staat einem Investor zahlen muss, berechnet und festgelegt wird, bleibt der Öffentlichkeit vorenthalten. Aus rechtsstaatlicher Perspektive ist dies ein untragbarer Zustand. Es sei angenommen, die Bundesrepublik Deutschland müsste für einen gesetzlichen Atomausstieg aufgrund eines Gerichtsurteiles Entschädigung in Milliardenhöhe an die betroffenen Atomkonzerne entrichten und dieses Urteil wäre nicht öffentlich zugänglich. Die Empörung wäre verständlicherweise sehr groß. Ein weiteres Problem ist das eingeschränkte Überprüfungsverfahren. De facto spielten bei dem Verfahren vor dem schwedischen Gericht ganz andere Fragen eine Rolle als beim Schiedsgerichtsverfahren. Angesichts der Tatsache, dass durch den Schiedsspruch das Haushaltsdefizit Tschechiens verdoppelt wird, entspricht dieses Procedere nicht etablierten Grundsätzen staatlicher Gerichtsbarkeit. Weiterer Reformbedarf besteht hinsichtlich der Zusammenfassung von Fällen, die eine gleiche rechtliche oder faktische Basis haben.<sup>738</sup> Im Sinne einer ökonomischen Verwendung von Schiedsgerichtsressourcen ist es absurd, parallele jahrelange Verfahren durchzuführen, die aus den gleichen Umständen entstanden sind und sich auch in rechtlicher Hinsicht nicht unterscheiden. Im Reformteil der Arbeit werden diese Fragen wieder aufgegriffen.

### **VI.1.4 Empirische Auswirkungen**

Während die empirischen Auswirkungen von DI auf Wirtschaftswachstum und Entwicklung relativ gut erforscht, aber methodisch noch nicht völlig ausgereift sind (vgl. IV.2.1), so sind die empirischen Auswirkungen von Investitionsverträgen bislang nahezu völlig unerforscht. Der UNCTAD, der Weltbank sowie einem indischen Wissenschaftler ist es zu verdanken, dass es immerhin drei ökonomische Untersuchungen über die Auswirkungen des Abschlusses von BIT auf DI gibt. Die UNCTAD hat zunächst (Stufe 1) den Zusammenhang anhand ausgewählter BIT zwischen Industrie- und Entwicklungsländern und in einem weiteren Schritt (Stufe 2) anhand der gesamten Anzahl abgeschlossener BIT zahlreicher Empfängerstaaten untersucht.<sup>739</sup>

<sup>737</sup> Ebenda, S. 2.

<sup>738</sup> Auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur hat dieser Fall eine Menge Unruhe ausgelöst. In der einschlägigen Fachzeitschrift *Journal of World Investment & Trade* erschienen gleich drei (!) Aufsätze zu der Frage, wie in Zukunft parallele Verfahren mit gleicher rechtlicher und faktischer Basis wie bei den Fällen *Lauder/CME* zu verhindern sind, vgl. Kühn, W. (2004): How to Avoid Conflicting Awards, The *Lauder and CME Cases*; Klein, B. (2004): How to Avoid Conflicting Awards, The *Lauder and CME Cases*; Bagner, H. (2004): How to Avoid Conflicting Awards, The *Lauder and CME Cases*.

<sup>739</sup> UNCTAD (1998), a.a.O., S. 105-122.

In **Stufe 1** wurden Daten der UNCTAD-DI-Datenbank, der OECD sowie der Regierungen und Zentralbanken einiger Industrieländer aus den Jahren 1971 bis 1994 zugrunde gelegt. Insgesamt wurden 200 BIT erfasst, abgeschlossen zwischen 14 Ursprungs- und 72 Zielländern. Anhand von 4 abhängigen Variablen (DI-Flüsse zwischen den betrachteten BIT-Signaturstaaten<sup>740</sup>, Verhältnis DI/BIP, Anteil des Ursprungslandes an den DI-Zuflüssen des Empfängerstaates und Anteil des Empfängerstaates an den DI-Abflüssen des Ursprungslandes) wurde getestet, ob der Abschluss eines BIT zu signifikant erhöhten DI führt oder nicht.<sup>741</sup>

**Stufe 2** ermöglicht im Vergleich zur Stufe 1, erheblich mehr Staaten (133) sowie BIT zu berücksichtigen, weil hier nicht bilaterale DI-Flüsse als abhängige Variable genommen worden sind, sondern die Zuflüsse und der Bestand an DI im Zielland. Es liegen die Daten einer ganzen Reihe von erklärenden Variablen aus den Jahren 1993 bis 1995 zugrunde.<sup>742</sup> Diese Daten stammen aus dem Jahr 1995 (aktuellere Daten waren zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Studie nicht in der Breite verfügbar).

Das Ergebnis bei der Zeitreihenuntersuchung (**Stufe 1**) ist, dass der Einfluss von BIT auf DI hinsichtlich des Anteils der DI-Zuflüsse des Ziel- an den DI-Abflüssen des Ursprungslandes die stärkste Signifikanz aufweist. Diese Signifikanz ist allerdings schwach. Hinsichtlich der allgemeinen Steigerung der DI zwischen den Vertragsstaaten durch den Abschluss von BIT konnte nur ein sehr schwacher signifikanter Zusammenhang ermittelt werden.<sup>743</sup> Mit anderen Worten bedeutet dies, dass es nach dem Abschluss eines BIT wahrscheinlich ist, dass ein kapitalimportierendes Land seinen Anteil an den DI des kapitalexportierenden Landes etwas erhöht. Das Ergebnis bei **Stufe 2** ist sehr klar: Die einzelnen Variablen, die den Fluss von DI am stärksten bestimmen, sind die Bevölkerungszahl und das BIP; beides Indikatoren für die Größe eines Marktes.<sup>744</sup> BIT spielen demgegenüber so gut wie keine Rolle: „*The overall conclusion is that BIT appear to play a minor and secondary role in influencing FDI flows.*“<sup>745</sup>

Die Weltbank ist in einer neueren Untersuchung (Datengrundlage: BIT von 20 OECD-Staaten mit 31 Entwicklungsländern 1980-2000, womit nach eigenen Angaben 85% der DI-Zuflüsse in Entwicklungsländer abgedeckt werden) mit einer ähnlichen Methodik zu einem fast identischen Ergebnis gekommen.<sup>746</sup> Die Marktgröße und das BIP pro Kopf sind die wichtigsten Determinanten für DI, während der Einfluss von BIT insignifikant ist. Der Abschluss eines BIT führt genau wie bei der

<sup>740</sup> Nicht mit einbezogen wurden die ansonsten häufig als bedeutsam eingeschätzten Faktoren Arbeitskosten, Qualifikation der Arbeitnehmer sowie Infrastruktur. Die beiden ersten Faktoren wurden als vor allem für einzelne Wirtschaftssektoren bedeutsam eingestuft und deshalb im Rahmen dieser Studie, die eine große Anzahl von Staaten ohne Differenzierung nach Branchen vornimmt, außen vor gelassen. Dies ist sehr bedauerlich, ein Vergleich zwischen diesen Faktoren und BIT wäre sehr interessant gewesen. Hinsichtlich der Infrastruktur ist die Datenlage zu unbefriedigend, um diesen Faktor in eine solch breit angelegte Vergleichsuntersuchung mit einzubeziehen.

<sup>741</sup> Für jeden der 200 BIT wurden die Daten dieser 4 Variablen 5 Jahre vor und 5 Jahre nach Abschluss eines BIT (Jahr 0) ermittelt. Insgesamt wurden 54 unterschiedliche Zeitpaare gebildet (z.B. Jahr -2 bis Jahr 0 im Vergleich zu Jahr plus 2 bis Jahr plus 4 usw.). Dann wurde ermittelt, wie viele der 54 Zeitpaare in jeder Kategorie statistisch signifikante Ergebnisse hatten.

<sup>742</sup> Kumulierte Anzahl der von einem Land abgeschlossenen BIT, BIT pro Kopf, BIT im Vergleich zum BIP, Höhe des BIP, Wachstumsrate des BIP, BIP pro Kopf, Bevölkerung, Bruttoanlageinvestitionen, Wechselkurs, Veränderung des Wechselkurses, Inflationsrate, politische, ökonomische und finanzielle Risikobewertung sowie eine allgemeine Risikobewertung eines Staates.

<sup>743</sup> Die Ausreißer China, Hong Kong und Singapur (Verzerrungen durch extrem große bzw. extrem kleine Bevölkerungszahlen) wurden korrekterweise herausgerechnet.

<sup>744</sup> Lediglich bei einer von neun als aussagekräftig bewerteten Ergebnisreihen, dem Verhältnis des inflows von DI zu 1.000 Dollar BIP im Jahr 1993, wurden die BIT als stärkster erklärender Einzelfaktor ermittelt, allerdings liegt hier im Vergleich zu den Spitzenreitern der anderen 8 Ergebnisreihen die geringste Signifikanz vor.

<sup>745</sup> Ebenda, S. 122. Interessant ist auch der Bezug auf die Rolle der Institutionen.

<sup>746</sup> Hallward-Driemeier, M. (2002): Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a Bit...and they Could Bite.

UNCTAD-Untersuchung lediglich dazu, dass sich der Anteil des Ziellandes an den DI des Ursprungslandes etwas erhöht. Die Autoren ziehen selbst ein skeptisches Fazit: „*Analyzing twenty years of bilateral FDI flows from the OECD to developing countries finds little evidence that BIT have stimulated additional investment. Those countries with weak domestic institutions, including protection of property, have not gotten significant additional benefits; a BIT has not acted as a substitute for broader domestic reform.*“<sup>747</sup>

*Banga* kommt dagegen zu dem Ergebnis, dass der Abschluss von BIT durch Entwicklungsländer insgesamt signifikant positiv mit DI-Zuflüssen korreliert ist.<sup>748</sup> Interessant ist das Ergebnis seines disaggregierten Ansatzes: Während BIT, die ein Entwicklungsland mit einem Industrieland abschließt, signifikant positiv mit einem Anstieg der DI-Zuflüsse korreliert sind, ist der Zusammenhang bei BIT zwischen Entwicklungsländern insignifikant. *Banga* erklärt dies damit, dass die DI-Ströme zwischen Entwicklungsländern insgesamt zu gering sind und dass sich die Determinanten für DI aus Industrie- und Entwicklungsländern unterscheiden.<sup>749</sup> Die Verallgemeinerungsfähigkeit dieser Studie ist allerdings aus einer ganzen Reihe von Gründen anzuzweifeln:

- Es wurden nur 15 Zielländer<sup>750</sup> untersucht, im disaggregierten Ansatz sogar nur 10, wobei diese nicht genannt werden.
- Alle Zielländer befinden sich in Süd-, Südost- oder Ostasien und damit in einer Region, die zu den wachstumsstärksten der Welt gehört.
- Der Untersuchungszeitraum ist zumindest verglichen mit der UNCTAD-Studie erheblich kürzer (1980-2000 für das aggregierte und 1986-1997 für das disaggregierte Modell).
- Bei der Auswahl der unabhängigen Variablen wurden Risikofaktoren komplett ignoriert; das BIP wurde in absoluten und nicht in Pro-Kopf-Werten herangezogen, was das Ergebnis für die Determinante Marktgröße in großen Staaten wie China zu positiv und in kleineren Staaten wie Singapur zu negativ ausfallen lässt.

Hinzu kommt, dass der Autor nicht die vor seiner Untersuchung veröffentlichten Studien der UNCTAD und der Weltbank zur Kenntnis genommen hat. Insgesamt enthält die verwendete Methodologie so viele Schwächen, dass die Ergebnisse mit größter Vorsicht – selbst für die untersuchte Region – zu behandeln sind.

<sup>747</sup> Ebenda, S. 22.

<sup>748</sup> *Banga*, R. (2003): Impact of Government Policies and Investment Agreements on FDI Inflows.

<sup>749</sup> Während die Marktgröße weiterhin die wichtigste Determinante für DI aus Industrie- und Entwicklungsländern ist, sind Zollsätze und Investitionsanreize nur für DI aus Entwicklungsländern relevant. Interessanterweise sind DI-Restriktionen im disaggregierten Modell für beide DI-Ströme insignifikant, während sie im Aggregat noch signifikant waren. Dies hängt wohl mit der geringeren Anzahl von Staaten (10 gegenüber 15) zusammen, die im disaggregierten Ansatz untersucht wurden.

<sup>750</sup> Bangladesch, China, Hongkong, Taiwan, Singapur, Südkorea, Indonesien, Indien, Malaysia, Vietnam, Thailand, Sri Lanka, Philippinen, Pakistan, Nepal. Erneut wurden damit die Tigerstaaten zu den Entwicklungsländern gerechnet, was zu einer weiteren Verzerrung der Studie führt. Im Unterschied zur UNCTAD-Studie wurden auch nicht Stadt-Staaten wie Hongkong und Singapur sowie riesige Staaten wie Indien und China wenigstens zur Kontrolle herausgerechnet.

### VI.1.5 Zusammenfassung

BIT spielen eine immer größere Rolle, wie der rasante Anstieg der abgeschlossenen BIT belegt. Dies dürfte auch noch eine geraume Zeit so bleiben, da sich die WTO-Mitglieder nicht auf die Aufnahme von Verhandlungen für ein allgemeines Investitionsabkommen einigen konnten. Bezüglich der Vertragsinhalte bleibt festzuhalten, dass die zentralen Ziele der meisten BIT Investitionsschutz- und -förderung sowie Streitschlichtung darstellen, während Investitionsliberalisierung erst in den neueren BIT eine größere Rolle spielt. Die meisten BIT enthalten Bestimmungen zu Anwendungsbereich und Definitionen, Nichtdiskriminierung, absoluten Investitionsschutzstandards, Enteignung und Entschädigung, Transfers und Streitschlichtung (Investor-Staat und Staat-Staat-Verfahren). Im Unterschied zu NAFTA/MAI-Entwurf/FTAA-Entwurf beinhalten die meisten BIT keine Einschränkung von *performance requirements*, Investitionsanreizen sowie kein *pre-establishment*. Ebenso wenig enthalten die meisten BIT Transparenzverpflichtungen sowie Umwelt- und Sozialbestimmungen. Insgesamt enthalten die BIT eine sehr große Vielfalt an Bestimmungen, die sich über die Jahrzehnte entwickelt haben. Die mit großem Abstand weitreichendsten BIT sind die der USA, deren strategisches Ziel seit dem Scheitern des MAI ohnehin das Setzen hoher Schutzstandards durch bilaterale Verträge ist. Bemerkenswert ist der neue Modell-BIT-E der USA. Dieser könnte sowohl in formaler Hinsicht durch die Durchsetzung einer erhöhten Transparenz der Schiedsgerichtsverfahren als auch in materiell-rechtlicher Hinsicht durch nähere Interpretationen der umstrittenen Bestimmungen zu Enteignung und Entschädigung sowie zum völkerrechtlichen Mindestbehandlungsgrundsatz neue Akzente setzen.

Eine Bilanz in Bezug auf die Schiedsgerichtspraxis zu ziehen aufgrund von nur sieben untersuchten Urteilen in der Hauptsache ist sicherlich schwierig, die ersten Tendenzen deuten aber darauf hin, dass die BIT Investoren keine Freifahrtsscheine für die Durchsetzung ihrer Eigeninteressen zu Lasten der Gemeinwohlorientierung gewähren. Der außergewöhnliche Fall *Lauder/CME vs. Tschechien* verdeutlicht aber exemplarisch einige der Probleme, die mit BIT und der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit verbunden sind. Aber der Lackmustest für die Gewichtung zwischen Investoren- und Gemeinwohlintereessen wird noch zu erbringen sein. Insbesondere der Ausgang der diversen Klagen, die sich gegen Argentinien richten, bleibt abzuwarten. Informationen über indirekte Wirkungen des Investor-Staat-Mechanismus, z.B. durch angedrohte Schiedsklagen, liegen bisher nicht vor. Festzustellen ist der eindeutige Trend, dass die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit, die lange Zeit kaum in Anspruch genommen wurde, intensiv genutzt wird. Aufgrund der Unübersichtlichkeiten und der Transparenzdefizite der verschiedenen Schiedsgerichtsbarkeitsmöglichkeiten ist eine genaue quantitative wie qualitative Analyse allerdings nicht möglich.

Empirisch gibt es – abgesehen von der methodisch fragwürdigen Studie von *Banga* – keinerlei Belege dafür, dass der Abschluss von BIT zu mehr DI führt.

## VI.2 NAFTA

Am 1.1.1994 trat nach langjährigen Verhandlungen das Nordamerikanische Freihandelsabkommen (NAFTA)<sup>751</sup> in Kraft. Vertragsstaaten sind Kanada, die USA und Mexiko. In insgesamt 22 Kapiteln werden Vorschriften zu Bereichen wie Dienstleistungen, geistigem Eigentum, Anti-Dumping, Handel mit Gütern etc. festgelegt. Dem Bereich Investitionen kommt dabei eine wichtige Rolle zu. In einem eigenen Kapitel – dem berühmten „*chapter eleven*“ – werden umfangreiche Rechte für ausländische Investoren sowie eigene Streitschlichtungsbestimmungen geregelt. Eines der Ziele des Abkommens ist nach Art. 102 (c) „...to increase substantially investment opportunities in the territories of the Parties...“ Im Folgenden wird der wesentliche Inhalt des Kapitels 11 sowie der Ablauf eines Streitschlichtungsverfahrens knapp dargestellt. Es folgt dann eine umfassende Analyse der Anwendung des Investor-Staat-Streitschlichtungsverfahrens des Kapitels 11, des Herzstückes des Investitionskapitels, wenn nicht gar des NAFTA selbst. Hier liegen mittlerweile wertvolle Erfahrungen vor, die für die Debatte um internationale Investitionsregime wichtige Schlussfolgerungen zulassen.

### VI.2.1 Kapitel 11 NAFTA

#### VI.2.1.1 Kernbestandteile

NAFTA ist ein *Top-down*- und *Pre-establishment*-Abkommen, d.h. dass alle Wirtschaftsbereiche und alle Investitionsphasen erfasst sind, es sei denn, sie werden explizit vom Geltungsbereich ausgenommen. Im Vergleich zu den neueren BIT ist die Investitionsdefinition (Art. 1139) deutlich enger, u.a. sind vertragliche Geldansprüche sowie geistiges Eigentum nicht erfasst. Den Verfassern des Vertragstextes ist auch anzumerken, dass sie sich darum bemüht haben, den Fokus auf realwirtschaftliche Investitionen zu legen – allerdings sind API nicht ausdrücklich ausgeschlossen. Art. 1102 und 1103 regeln die Prinzipien der Inländerbehandlung und Meistbegünstigung. Ausländische Investoren eines Vertragsstaates dürfen nicht schlechter als inländische Investoren behandelt werden. Darüber hinaus dürfen Investoren aus einem anderen Staat (gleich, ob Vertragsstaat oder nicht) nicht gegenüber Investoren aus einem anderen Vertragsstaat bevorzugt werden. Art. 1105 (1) lautet wie folgt: „*Each party shall accord to investments of investors of another party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.*“ Diese Vorschrift hat sich zum wichtigsten Ansatzpunkt für Investoren im Rahmen des Streitschlichtungsverfahrens entwickelt (vgl. VI.2.2). Der *minimum standard of treatment* ist ein sog. absoluter Investorenstandard, weil hier keine Ungleichbehandlung zwischen in- und ausländischen bzw. zwischen unterschiedlichen ausländischen Investoren vorliegen muss. Eine dem internationalen Recht widersprechende Behandlung eines ausländischen Investors genügt, um diese Bestimmung zu verletzen. Durch die weiter unten dargestellte Interpretation der NAFTA-Freihandelskommission ist diese Klausel nunmehr enger auszulegen.

Art. 1106 (1) untersagt den Vertragsstaaten das Verhängen von sieben verschiedenen *performance*

<sup>751</sup> North American Free Trade Agreement, Vertragstext abgerufen von [http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/legal/index\\_e.aspx?ArticleID=78](http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/legal/index_e.aspx?ArticleID=78) (NAFTA-Sekretariat), Download vom 15.3.2001..

*requirements* im Zusammenhang mit einer Investition. Die *performance requirements* sind die einzigen Bestimmungen des gesamten Abkommens, die sich nicht nur an Investoren aus einem NAFTA-Vertragsstaat richten, sondern auch an inländische Investoren sowie an Investoren aus Nicht-NAFTA-Vertragsstaaten (Art. 1106 (1) S. 1). Damit wird der Anwendungsbereich des Abkommens deutlich ausgedehnt. Der Grund für diese Erweiterung liegt darin, dass eine De-facto-Diskriminierung ausländischer Investoren verhindert werden sollte. Denn wenn das Verbot von *performance requirements* nur für ausländische Investoren gegolten hätte, wäre eine Vertragspartei evtl. zur Bevorzugung inländischer Investoren bereit, weil diesen *performance requirements* auferlegt werden dürfen.<sup>752</sup> De facto wird diese Vorschrift aber nur ausländischen Investoren etwas nützen, weil nur sie berechtigt sind, das Investor-Staat-Streitschlichtungsverfahren anzuwenden. Art. 1106 (3) verbietet vier dieser *performance requirements* auch dann, wenn sie im Zusammenhang mit einem Investitionsanreiz stehen. Ausdrücklich zulässig sind *performance requirements* im Zusammenhang mit Investitionsanreizen, wenn sie u.a. auf die Bereitstellung einer Dienstleistung, die Lokalisierung der Produktion oder auf die Durchführung von Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten gerichtet sind. Art. 1107 (1) verbietet Nationalitätsauflagen bzgl. höherer Managementpositionen von ausländischen Unternehmen, während Art. 1107 (2) explizit Auflagen hinsichtlich der Nationalität von Vorstandsmitgliedern im Grundsatz zulässt. Insgesamt ist Art. 1107 aber eher nachrangig, er hat bisher keine Rolle im Rahmen der Streitschlichtung gespielt. Nach Art. 1109 sind alle Kapitaltransfers, die im Zusammenhang mit einer Investition stehen, ohne Verzögerung zu erlauben. Nach Absatz 4 kann davon in bestimmten Situationen (Bankrott, kriminelle Transfers etc.) abgewichen werden. Auch im Falle von Zahlungsbilanzschwierigkeiten kann die Transferfreiheit eingeschränkt werden, sofern dies mit den entsprechenden IWF-Vorschriften vereinbar ist und die entsprechenden Maßnahmen nur vorübergehend angewandt werden (Art. 2104). Art. 1110 ist die letzte wichtige substanzielle Vorschrift des NAFTA. Sie verbietet direkte und indirekte Enteignungen, es sei denn, sie sind im öffentlichen Interesse, auf einer nichtdiskriminierenden Basis, in Übereinstimmung mit rechtsstaatlichen Prinzipien und nach Zahlung einer Kompensation im Sinne der Hull-Formel (vgl. II.2.4) erfolgt. Laut Art. 2205 wird ein Rücktritt vom NAFTA bereits nach sechs Monaten wirksam.

### VI.2.1.2 Allgemeine Ausnahmen

Nach Art. 1101 (3) gelten die Investitionsbestimmungen nicht für Finanzdienstleistungen. Art. 1108 (7) nimmt das öffentliche Beschaffungswesen sowie Subventionen von den Nichtdiskriminierungsvorschriften sowie von den *performance requirements* aus. Nach Art. 2102 werden die Veröffentlichungen von Informationen, die nach der Auffassung eines Vertragsstaates seinen nationalen Sicherheitsinteressen zuwiderlaufen würden, ferner alle Maßnahmen eines Vertragsstaates, die er zur Erfüllung seiner Sicherheitsinteressen für notwendig hält, sowie Maßnahmen, zu denen ein Vertragsstaat aufgrund der UN-Charta verpflichtet ist, generell vom NAFTA-Anwendungsbereich ausgeschlossen.<sup>753</sup> Hinsichtlich der Anwendbarkeit auf Steuern enthält NAFTA Sonderregeln für

<sup>752</sup> Graham, a.a.O., S. 61-62 spricht fälschlicherweise wiederholt von „foreign investors“ als Adressaten der *performance requirements*; ebenfalls falsch Merk, K-P. (1998): Eine kritische Kommentierung des Multilateralen Abkommens über Investitionen, in Glunk, F.R. (Hrsg, 1998.): Das MAI und die Herrschaft der Konzerne, S. 143-144; ungenau Engels et al., a.a.O., S. 15-16.

<sup>753</sup> Diese Maßnahmen müssen allerdings in Verbindung mit der Nichtweiterverbreitung von Nuklearwaffen oder mit

Investitionen. Generell gilt NAFTA nach Art. 2103 nicht für steuerliche Maßnahmen. Die Nichtdiskriminierungsvorschriften des Investitionskapitels sind allerdings eingeschränkt anwendbar.<sup>754</sup> Die *Performance-requirements*-Bestimmungen sind anwendbar, soweit sie sich auf die zweite Gruppe (Art. 1106 (3)) beziehen. Die Enteignungsbestimmungen sind ebenfalls auf Steuermaßnahmen anwendbar, allerdings mit der Einschränkung, dass das Investor-Staat-Verfahren in diesem Fall nicht voll anwendbar ist. Erst dann, wenn staatliche Stellen aller drei NAFTA-Staaten (die für Steuerpolitik verantwortlichen Behördenleiter der nationalen Finanzministerien) nicht darin übereinstimmen, dass die steuerliche Maßnahme keine Enteignung darstellt, kann der Investor dies zum Bestandteil seiner Klage machen (Art. 2103 (6)). Kapitaltransfers können im Fall von Zahlungsbilanzkrisen bei Eintreten ganz bestimmter Voraussetzungen befristet eingeschränkt werden gemäß Art. 2104.<sup>755</sup> Hinsichtlich Kultur verweist der Annex 2106 auf das Kanada-USA-Freihandelsabkommen und erklärt dessen Bestimmungen für die Beziehungen zwischen Kanada und den anderen Vertragsstaaten für anwendbar. Dies bedeutet einen weitgehenden Ausschluss von Kulturdienstleistungen und –industrien vom NAFTA.<sup>756</sup> Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass auch Maßnahmen im Kultursektor unter das Kapitel 11 fallen, soweit die USA und Mexiko involviert sind.

Art. 1114 (1) enthält eine nur für den Bereich des Umweltschutzes geltende Bekräftigung des Rechtes auf Regulierung: *„Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining or enforcing any measure otherwise consistent with this Chapter that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns.“* Durch den Zusatz *„otherwise consistent with this Chapter“* wird dies aber zu einer reinen deklaratorischen Bestimmung zurückgestuft. Außerdem erkennen die Vertragsparteien nach Art. 1114 (2) S. 1 an, dass es *„inappropriate“* ist, nationale Gesundheits-, Sicherheits- oder Umweltstandards zu senken, um DI anzulocken (*„not lowering standards clause“*). Deshalb sollen sie von entsprechenden Maßnahmen Abstand nehmen (Art. 1114 (2) S. 2). Bei einem möglichen Verstoß ist lediglich die Aufnahme zwischenstaatlicher Konsultationen vorgesehen (Art. 1114 (2) S. 3). Das Kapitel 11 enthält keinerlei Bestimmungen zu Arbeitsgesetzen und –regulierungen.

### VI.2.1.3 Länderspezifische Ausnahmen

Neben diesen allgemeinen Ausnahmen hatten die Vertragsstaaten nach Art. 1108 die Möglichkeit, länderspezifische Ausnahmen von den Verpflichtungen der Art. 1102, 1103, 1106 und 1107 anzumelden. Ausnahmen oder Vorbehalte zu den wichtigen Artikeln 1105 und 1110 sind nicht möglich. Diese länderspezifischen Ausnahmen werden in vier verschiedenen Annexen aufgeführt mit der

---

Waffentransporten stehen oder in Kriegszeiten bzw. in der Zeit eines Notstandes in den internationalen Beziehungen getroffen worden sein. Letzteres würden die USA im Konfliktfall mit Sicherheit für die Zeit nach dem 11.9.2001 für sich in Anspruch genommen haben.

<sup>754</sup> Einkommens-, Gewinn-, Grund- und Erbschaftssteuern sind allerdings davon ausgenommen sowie alle in einem Annex von den Vertragsstaaten benannten Steuern (nur Mexiko hat davon in zwei Fällen Gebrauch gemacht).

<sup>755</sup> So muss es sich um ernsthafte Zahlungsbilanzschwierigkeiten handeln. Die Maßnahmen müssen zudem mit dem IWF abgestimmt sein, dürfen nicht dem IWF-Vertrag widersprechen, müssen nichtdiskriminierend sein und unnötigen Schaden für die kommerziellen, finanziellen und ökonomischen Interessen eines anderen Vertragsstaates vermeiden. Quoten, Lizenzen und ähnliche Maßnahmen sind generell unzulässig. Hinsichtlich des Art. 1109 (Transfers) wird explizit festgehalten, dass eine Transferbeschränkung nicht substantiell zur Einschränkung eines Transfers in einer frei konvertiblen Währung führen darf. Kapitalverkehrskontrollen werden somit durch NAFTA stark erschwert.

<sup>756</sup> Wilkie, a.a.O., S. 23.

Ausnahme von existierenden nichtkonformen Maßnahmen von Kommunen, die generell nicht auf die genannten Artikel anzuwenden sind. Dieser Bereich wird ausführlicher dargestellt, weil er einen exemplarischen Charakter für kommende Verhandlungen über ein IIA haben könnte und nicht im Rahmen der Analyse des MAI-Vertrages vorgenommen werden konnte, weil die Liste der länderspezifischen Ausnahmen nicht veröffentlicht worden ist und weil darüber auch kein abschließendes Verhandlungsergebnis vorlag. Wichtig sind hier vor allem die Methoden des „standstill“ und des „rollback“.

**Kommentar:** Rolle der Provinzen und Bundesstaaten noch einbauen

Annex I („Reservations for Existing Measures and Liberalization Commitments“) i.V.m. Art. 1108 (1) lässt nur Ausnahmen für bereits bestehende nonkonforme Maßnahmen zu (*grandfathering*). In diesen Bereichen dürfen keine neuen nonkonformen oder restriktiveren Maßnahmen ergriffen werden (*standstill*). *Standstill* steht in einem engen Verhältnis zum *rollback*. Letzteres ist sehr präzise im Kommentar zum MAI-Vertragsentwurf beschrieben:

„Rollback is the liberalisation process by which the reduction and eventual elimination of non-conforming measures to the MAI would take place. It is a dynamic element linked with standstill, which provides its starting point. Combined with standstill, it would produce a ‘ratchet effect’, where any new liberalisation measures would be ‘locked in’ so they could not be rescinded or nullified over time.“<sup>757</sup>

Grundsätzlich gibt es in Handels- und Investitionsverträgen unterschiedliche *Rollback*-Methoden. Dazu zählen Liberalisierungsverpflichtungen der Vertragsstaaten, die z.B. direkt bei der Anmeldung der länderspezifischen Ausnahmen eingegangen werden. Häufig wird dies mit einer Frist bis zum Auslaufen oder Reduzieren der nichtkonformen Maßnahme verbunden („*phase-out*“ bzw. „*sunset-clause*“). Eine weitere Möglichkeit ist die regelmäßige Überprüfung der länderspezifischen Ausnahmen, z.B. durch eine Institution, die mit dem Vertrag geschaffen wurde.<sup>758</sup> Außerdem gibt es noch die vor allem im WTO-Rahmen häufig genutzte Variante, dass in einem Vertrag bereits zukünftige Verhandlungen zur Abschaffung bzw. Reduzierung nonkonformer Maßnahmen mandatiert werden („*built-in agenda*“). Das Prinzip der fortschreitenden Liberalisierung im GATS (V.2.1.1.4) ist vom zu erreichenden Ziel her mit dem *rollback* identisch. Allerdings geht es aufgrund der Positivlistenstruktur des GATS nicht um eine Rücknahme nonkonformer Maßnahmen, sondern um die Ausweitung positiver Liberalisierungsverpflichtungen der Vertragsstaaten.

Vom *grandfathering* ist extensiv Gebrauch gemacht worden, insgesamt belaufen sich die Ausnahmen der drei Staaten auf 77 Seiten. Die USA haben 11 Maßnahmen angemeldet, Kanada 16 und Mexiko gleich 41. Mexiko hat vor allem Maßnahmen in den Sektoren Verkehr, Telekommunikation und Medien,<sup>759</sup> Automobilindustrie sowie juristische Dienstleistungen gesichert. Dazu kommen sektorübergreifende Maßnahmen wie die Überprüfung des Erwerbs von mehr als 49% der Anteile an mexikanischen Unternehmen, das Verbot ausländischen Besitzes an Wäldern und landwirtschaftlichen

<sup>757</sup> IX. Country Specific Exceptions, Rollback, 1. MAI-EK.

<sup>758</sup> Im NAFTA-Rahmen käme dafür vor allem die Freihandelskommission in Frage, bei der WTO übernimmt der *Trade Policy Review Mechanism* eine ähnliche Funktion.

<sup>759</sup> Darunter fällt z.B. auch eine Verpflichtung, dass 30% aller in mexikanischen Kinos gezeigten Filme von Mexikanern produziert sein müssen.

Flächen oder das Verbot des Erwerbs von Grundbesitz in einer 100-Kilometer-Zone entlang der Staatsgrenzen bzw. innerhalb einer 50-Kilometer-Zone entlang der Küsten. Die USA haben Reservierungen u.a. in den Bereichen Atomwirtschaft, Öl und Gas sowie Luftverkehr eingebracht; die Behandlung von Industrieabfällen muss mit in den USA hergestellten Materialien erfolgen. Kanada hat besonders viele sektorenübergreifende Maßnahmen angemeldet, wie z.B. die Verpflichtung, dass eine Mehrheit aller Vorstandsmitglieder von kanadischen Firmen die kanadische Staatsangehörigkeit haben sein muss, darüber hinaus die Begrenzung des Höchstanteils für den Besitz ausländischer Investoren an bestimmten kanadischen Unternehmen oder die Überprüfung von Firmenakquisitionen durch ausländische Investoren durch eine Regierungsagentur, sobald die Akquisitionssumme mehr als fünf Millionen kanadische Dollar beträgt, außerdem Maßnahmen u.a. in den Bereichen Öl-, Gas-, Uran- und Fischereiwirtschaft.<sup>760</sup>

Hinsichtlich des *rollback* wird im NAFTA die Methode der „*phase-outs*“ bzw. „*sunset-clauses*“ angewandt. Die Zahl der eingegangenen *phase-outs* lässt Rückschlüsse auf die zukünftige Liberalisierungsbereitschaft der Vertragsstaaten zu: Kanada hat sich nur in drei Fällen zur Abgabe einer solchen Verpflichtung bewegen lassen, die USA nur in zwei Fällen (wovon einer nur die Aufnahme von Gesprächen nach einigen Jahren beinhaltet), während Mexiko immerhin zwölf *phase-outs* eingegangen ist.

Annex II („*Reservations for Future Measures*“) i.V.m. Art 1108 (3) lässt Ausnahmen für bestehende, zukünftige oder restriktivere nonkonforme Maßnahmen („*existing...new or more restrictive measures*“) zu. Er gibt Aufschluss über Wirtschaftsbereiche, die die Vertragsstaaten als strategisch bedeutsam oder zu sensitiv für eine Liberalisierung auffassen. Kanada hat neun, Mexiko sechs und die USA haben acht Maßnahmen bzgl. unterschiedliche Sektoren bzw. Untersektoren ihrer Volkswirtschaft als Ausnahmen angemeldet. Die Ausnahmen betreffen in jedem Fall Art. 1102, häufig auch Art. 1103 und Art. 1107, selten jedoch Art. 1106. Alle drei Staaten haben Ausnahmen für Telekommunikationsinfrastruktur und soziale Dienstleistungen (z.B. Kinderbetreuung, Gesundheit, öffentliche Bildung, soziale Sicherheit, Sozialversicherung) angemeldet.<sup>761</sup> Die USA und Kanada schützen gewisse Wassertransportdienstleistungen, Minderheitenschutzprogramme und klammern den Kauf von Grundstücken an den Atlantik- und Pazifikküsten aus. Die USA und Mexiko schützen ihre Rechtsberatungsregime. Kanada und Mexiko haben den Zugang zu einigen öffentlichen Finanzierungsinstrumenten wie Schatzwechsel etc. als Ausnahmen angemeldet. Kanada hat außerdem seinen Luftverkehrssektor, Mexiko seine Unterhaltungsindustrien und die USA eine bestimmte Marktnische im Tageszeitungsbereich reserviert.

Annex III („*Activities Reserved to the State*“) i.V.m. Art. 1108 (1) bezieht sich ausschließlich auf Mexiko. Die meisten der dort aufgelisteten Wirtschaftsbereiche sind aufgrund der mexikanischen Verfassung in Staatseigentum; Privatinvestitionen in diese Märkte sind untersagt. Es handelt sich um 11 verschiedene Bereiche, darunter vor allem öffentliche Dienstleistungen wie Post, Elektrizität oder Eisenbahnverkehr

<sup>760</sup> Annex I, („*Reservations for Existing Measures and Liberalization Commitments*“), schedule für Kanada, Mexiko und die USA.

<sup>761</sup> Öffentliche soziale Dienstleistungen werden zusätzlich noch durch Art. 1101 (4) abgesichert.

bzw. Bergbau-, Transport- und Lageraktivitäten u.a. in den Bereichen Uran, Öl und Gas.<sup>762</sup> Nach Annex III Abschnitt B gelten im Falle der Zulassung von Privatinvestitionen in diesen Bereichen die Reservierungen weiter, d.h. Mexiko wäre in diesem Fall nicht verpflichtet, US-amerikanischen oder kanadischen Investoren Marktzugang zu ermöglichen.

Annex IV („*Exceptions to Most-Favored-Nation Treatment*“) i.V.m. Art. 1108 (6) enthält Ausnahmen von der Meistbegünstigungsverpflichtung des Art. 1103, die für alle drei Staaten identisch sind. Alle bi- und multilateralen Verträge, die vor Inkrafttreten des NAFTA wirksam oder unterzeichnet worden sind, werden ausgenommen. Da Begünstigungen für Investoren anderer Staaten in der Regel auf internationalen Verträgen beruhen (z.B. Cotonou-Abkommen, USA-Kanada-Freihandelsabkommen, bilaterale Investitionsverträge etc.), wird durch diesen Annex im Grunde ein Bestandsschutz für Maßnahmen, die dem Art. 1103 widersprechen, geschaffen. In den Bereichen Luftfahrt, Fischerei, Telekommunikationsinfrastruktur und Seefahrt gilt die Ausnahme auch für internationale Verträge, die nach Inkrafttreten des NAFTA wirksam oder unterzeichnet worden sind.

Neben den allgemeinen und länderspezifischen Ausnahmen gibt es noch weitere besondere Ausnahmen, z.B. Annex 1138 (2), wonach Entscheidungen nach dem *Canada Investment Act* sowie der mexikanischen *National Commission on Foreign Investment* nicht Gegenstand eines Streitschlichtungsverfahrens sein dürfen.

#### VI.2.1.4 Streitschlichtung

Die Wirksamkeit internationaler Verträge hängt entscheidend von den Durchsetzungsmöglichkeiten ab. Die im internationalen Investitions- und Handelsrecht herausgebildeten Staat-Staat- und Investor-Staat-Streitschlichtungsverfahren sind auch in das NAFTA integriert worden. Sie bilden sogar einen eigenen der drei Abschnitte (*Section B*) des Kapitels 11. Das Besondere an diesen Bestimmungen ist das Zusammenwirken unterschiedlicher internationaler Verträge und Institutionen. So werden nur die ersten Verfahrensschritte durch das NAFTA-Abkommen exklusiv geregelt (siehe auch Schaubild unten). Mit der Einreichung der „*Submission of a Claim to Arbitration*“ nach Art. 1120 wählt der Investor das anzuwendende Streitschlichtungsrecht aus: entweder die ICSID-Konvention<sup>763</sup>, die ICSID-AF<sup>764</sup> oder die UNCITRAL-SO.<sup>765</sup> Die Schiedsordnungen der Internationalen Handelskammer oder der Stockholmer Handelskammer sind nicht anwendbar. Nach Art. 1120 (2): „*The applicable arbitration rules shall govern the arbitration except to the extent modified by this Section*“ gilt NAFTA dann nur noch ergänzend (siehe die entsprechenden Ausführungen zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit unter VI.6). Dies erschwert natürlich die Handhabbarkeit, Übersichtlichkeit und Verständlichkeit des gesamten Verfahrens.<sup>766</sup>

Im Folgenden soll der typische Ablauf eines Investor-Staat-Verfahrens kurz dargestellt werden, da dies

<sup>762</sup> Annex III, Section A, Z. 1-11.

<sup>763</sup> Wenn das Ursprungsland des Investors und das Zielland die ICSID-Konvention ratifiziert haben.

<sup>764</sup> Wenn entweder das Ursprungsland des Investors oder das Zielland die ICSID-Konvention ratifiziert haben.

<sup>765</sup> Diese sind immer anwendbar, da es sich nicht um einen völkerrechtlichen Vertrag handelt (vgl. VI.6.1.2).

<sup>766</sup> So auch Hart, M.M./Dymond, W.A. (2002): NAFTA Chapter 11: Precedents, Principles, and Prospects, S. 23.

für das Verständnis der nachfolgenden Analyse wichtig ist (in Klammern sind der Übersichtlichkeit wegen lediglich die entsprechenden Bestimmungen des NAFTA angegeben):

- ▶ Der Investor übermittelt dem beklagten Staat eine „*notice of intent to submit a claim to arbitration*“ (Art. 1119).<sup>767</sup>
- ▶ Der Investor überreicht dem beklagten Staat eine „*submission of a claim to arbitration*“ incl. der Benennung des anzuwendenden Streitschlichtungsrechtes frühestens 90 Tage nach dem „*notice of intent*“ sowie frühestens sechs Monate nach dem Eintritt der Ereignisse, die Anlass zur Klage geben (Art. 1119, 1120)<sup>768</sup> sowie spätestens drei Jahre nachdem der Investor erstmals von den möglichen Verletzungen des NAFTA Kenntnis genommen hat bzw. hätte nehmen müssen (Art. 1116 (2), Art. 1117 (2)).
- ▶ Das Schiedsgericht konstituiert sich. Jede Partei benennt einen der drei Schiedsrichter. Der Vorsitzende des Schiedsgerichts wird im Konsens beider Parteien benannt (Art. 1123-1125).
- ▶ Der Investor und der Vertragsstaat überreichen dem Schiedsgericht in Übereinstimmung mit dessen prozeduralen Anordnungen Schriftsätze. Typischerweise ergehen zunächst Entscheidungen, häufig auch vorläufiger Art, zu Fragen wie denen des Gerichtsstandes, der Vertraulichkeit von Dokumenten, des anzuwendenden Rechtes und vor allem der der Zuständigkeit („*jurisdiction*“) etc (Art. 1127-1134).
- ▶ Im Normalfall findet eine mündliche Verhandlung statt. Dies liegt im Ermessen der Streitparteien und wird ausschließlich durch die anwendbaren Schiedsgerichtsordnungen geregelt.
- ▶ Ein abschließender Schiedsspruch ergeht. Dieser enthält, soweit die Zuständigkeit bejaht wurde, Entscheidungen zu den materiellen Fragen („*merits*“) des Schiedsfall (Art. 1135).
- ▶ Jede Partei kann ein stark limitiertes Überprüfungsverfahren anstrengen (Art. 1136).

Mit der Ausnahme der Veröffentlichung von Schiedssprüchen sowie der im Folgenden dargestellten Interpretation der NAFTA-Freihandelskommission enthält das NAFTA in Bezug auf die Streitschlichtung keine Transparenzbestimmungen. Damit werden die Transparenzdefizite der entsprechenden Schiedsgerichtsinstitutionen- und -ordnungen (vgl. VI.6.2.1) inkorporiert. Hinsichtlich der Veröffentlichung von Schiedssprüchen sind Art. 1137 (4) und Annex 1137 (4) maßgeblich. Demnach kann bei Schiedsfällen, in die Kanada oder die USA involviert sind, sowohl der entsprechende Vertragsstaat oder der Investor den Schiedsspruch veröffentlichen. Wenn allerdings Mexiko in einen Schiedsfall involviert ist, richtet sich die Veröffentlichung nach den jeweiligen Schiedsgerichtsordnungen.

<sup>767</sup> Nach Art. 1118 sollen die Streitparteien versuchen, den Streit zunächst durch Verhandlungen zu lösen. Dies ist aber nicht verpflichtend und wird deswegen auch nicht als Teil des Streitschlichtungsverfahrens aufgeführt.

<sup>768</sup> Nach Art. 1121 sind eine Voraussetzung für die Übermittlung des „*claim to arbitration*“ ein entsprechender Konsens zur Streitschlichtung und eine Erklärung, dass keine anderen Gerichts- oder Schiedsgerichtsverfahren parallel zum NAFTA-Streitschlichtungsverfahren betrieben werden, soweit diese ebenfalls auf die Durchsetzung von Entschädigungszahlungen gerichtet sind. Letzteres darf nicht mit einer Verpflichtung zur Ausschöpfung des nationalen Rechtsweges verwechselt werden.

### VI.2.1.5 Interpretationen durch die Freihandelskommission Juli 2001

Zum ersten und bislang einzigen Mal hat die NAFTA-Freihandelskommission am 31.7.2001 Interpretationen des NAFTA-Investitionskapitels vorgenommen.<sup>769</sup> Sie sind bindend nach Art. 1131 (2) und betreffen zwei Fragen: den Zugang zu Dokumenten im Rahmen der Streitschlichtung sowie die Auslegung des Art. 1105 (1) (*minimum standard of treatment*).

#### a.) Zugang zu Dokumenten

Zunächst wird klargestellt, dass weder der NAFTA-Text noch die relevanten Schiedsgerichtsordnungen (UNICITRAL oder ICSID) den Vertragsparteien Verpflichtungen zur Vertraulichkeit von Dokumenten im Rahmen von Kapitel-11-Schiedsgerichten auferlegen.<sup>770</sup> Im Weiteren folgt die Verpflichtung, dass alle Dokumente, die einem Kapitel-11-Schiedsgericht übermittelt bzw. von diesem erstellt worden sind, „*in a timely manner*“ veröffentlicht werden.<sup>771</sup> Ausgenommen davon sind allerdings Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse („*confidential business information*“), Informationen, die nach nationalem Recht nicht veröffentlicht werden dürften sowie Informationen, die eine Partei aufgrund der relevanten Streitschlichtungsregeln zurückhalten muss.<sup>772</sup> Ohne die letzte Ausnahme wäre diese Interpretation eine bedeutende Erhöhung der Transparenz im Rahmen des NAFTA-Streitschlichtungsverfahrens gewesen. Denn diese Ausnahme überlässt es den Schiedsgerichten selbst, inwieweit Dokumente veröffentlicht werden oder nicht. Bisher haben alle Schiedsgerichte sehr restriktive Öffentlichkeitsregeln geschaffen.<sup>773</sup> Es bleibt abzuwarten, ob sich die Interpretation auf die Handlungen der Schiedsgerichte in Richtung einer gesteigerten Transparenz auswirken wird.

Alle Informationen, incl. der vertraulichen Informationen, dürfen von den Regierungen der USA, Kanadas und Mexikos mit Vertretern von Kommunen, Bundesstaaten, Provinzen etc. ausgetauscht werden. Dies ist eine direkte Reaktion auf die widersprüchliche Praxis zweier Schiedsgerichte in Bezug auf die Weitergabe solcher Informationen durch die kanadische Regierung an von einem Streitschlichtungsverfahren betroffene Provinzen.<sup>774</sup> Informationen, die den Sicherheitsinteressen der Vertragsparteien widersprechen bzw. den Datenschutz oder das Bankgeheimnis verletzen würden, dürfen nicht veröffentlicht werden.

#### b.) Minimum standard of treatment

Hiermit wird der beschriebene Artikel 1105 (1) ausgelegt. Danach bezieht sich die Mindestbehandlung auf das Völkergewohnheitsrecht. Die Termini „*fair and equitable treatment*“ und „*full protection and security*“ gehen nicht darüber hinaus. Die Verletzung einer NAFTA-Bestimmung oder eines einzelnen

<sup>769</sup> NAFTA Free Trade Commission: Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, 31.7.2001

<sup>770</sup> Ebenda, A.1 + A.2.a.

<sup>771</sup> Ebenda, A.2.b.

<sup>772</sup> Ebenda, A.2.b. i.-iii.

<sup>773</sup> IISD (2001): Note on NAFTA Commission's July 31, 2001, Initiative to Clarify Chapter 11 Investment Provisions, S. 2.

<sup>774</sup> Ebenda, S. 3.

internationalen Vertrages stellt noch keinen Verstoß gegen Art. 1105 (1) dar.<sup>775</sup> Diese Interpretation ist als sehr bedeutsam anzusehen. Das Völkergewohnheitsrecht bezieht sich auf grundlegende und unumstrittene Prinzipien in den internationalen Beziehungen, die in lang anhaltender Übung zwischen den Staaten akzeptiert sind. Durch die Interpretation wird klargestellt und sogar explizit verdeutlicht, dass die Verletzung einer einzigen Bestimmung eines internationalen Vertrages noch keine Verletzung des *minimum standard of treatment* darstellen kann. Dies war aber bei den meisten bisherigen NAFTA-Klagen ein wichtiger Klagegrund. Nach der darauf folgenden Streitschlichtungspraxis, die hinsichtlich der Auslegung der Interpretation der Freihandelskommission nicht ganz konsistent ist, zeichnet sich eine – von den Vertragsparteien gewünschte – Einschränkung des Anwendungsbereiches ab (siehe genauer unter VI.2.2).<sup>776</sup>

### VI.2.1.6 Erklärungen der Freihandelskommission Oktober 2003

Im Oktober 2003 hat die Freihandelskommission Erklärungen („*statements*“) zum Bereich der Beteiligung von Dritten am Verfahren sowie zu dem der Abgabe des *notice of intent* abgegeben.<sup>777</sup> Bei den Erklärungen handelt es sich im Unterschied zu Interpretationen um rechtsunverbindliche Empfehlungen, die im ersten Fall an das Schiedsgericht und im zweiten Fall an den Investor gerichtet sind. Bindend für NAFTA-Schiedsgerichte sind neben dem Vertragstext und den anwendbaren Regeln des Völkerrechtes nur Interpretationen der Kommission (Art. 1131). Die Erklärung hinsichtlich *amicus curiae*<sup>778</sup> stellt zunächst fest, dass keine NAFTA-Bestimmung ein Schiedsgericht daran hindert, schriftliche Eingaben von Nicht-Streitparteien zu berücksichtigen (Ziffer A.1 der Erklärung). Darüber hinaus wird den Schiedsgerichten die Annahme eines Musterverfahrens für die Beantragung und Zulassung derartiger Eingaben empfohlen (A.3). So soll ein entsprechender Antrag potenzielle Verbindungen des Antragstellers zu einer Streitpartei offen legen (B.2.d), und die Eingabe selbst darf 20 Seiten nicht überschreiten (B.3.b). Auch hier bleibt abzuwarten, wie die Schiedsgerichte, die traditionellerweise sehr selten mit Eingaben von Dritten konfrontiert werden, reagieren werden. Die Erklärung zur *notice of intent* empfiehlt den Investoren lediglich die Verwendung eines der Erklärung angehängten Musterformulars, die die Effizienz des Verfahrens erhöhen soll.<sup>779</sup> In einer Presseerklärung des kanadischen Außenministeriums<sup>780</sup> findet sich zudem der interessante Hinweis, dass die USA und Kanada in jedem Fall ihre Zustimmung geben werden, mündliche Verhandlungen öffentlich durchzuführen und auch die Zustimmung des Investors einzufordern. Der Hinweis: „*We will continue to work with Mexico on this*

<sup>775</sup> NAFTA Free Trade Commission, a.a.O., B. 1.-3.

<sup>776</sup> Es gab unmittelbar nach Veröffentlichung der Interpretation mehrere Stimmen, die die Auslegung der *Free Trade Commission* scharf kritisierten und als versteckte Änderung des NAFTA-Textes bezeichneten, die keinen rechtsverbindlichen Charakter hätte, vgl. Weiler, T. (2001a): *Trade Ministers Say the Darndest Things*, S. 2, der außerdem der Auffassung ist, dass die beabsichtigte Einengung des Anwendungsbereiches des Art. 1105 an den Schiedsgerichten scheitern wird, sowie den früheren IGH-Präsidenten Jennings, R. (2001): *The Meaning of Article 1105 (1) of the NAFTA Agreement*, S. 5. Zentrales Argument der beiden Autoren ist, dass der Vertragstext des Art. 1105 von „*international law*“ spricht, was nach allgemeiner Überzeugung mehr als nur das Völkergewohnheitsrecht darstelle und nicht im Wege einer Interpretation auf nur eine Quelle des Völkerrechtes reduziert werden dürfe. Beide genannten Autoren sind als Anwälte zu Gunsten von Investoren, die die NAFTA-Streitschlichtungsregeln anwenden, tätig. Zumindest die Vorhersage, dass die Interpretation keine verbindliche Wirkung durch die nachfolgende Streitschlichtungspraxis bekommen würde, hat sich nicht bestätigt.

<sup>777</sup> NAFTA Free Trade Commission: *Statements of the NAFTA Free Trade Commission on the Operation of Chapter 11*, 7.11.2003.

<sup>778</sup> NAFTA Free Trade Commission: *Statement of the NAFTA Free Trade Commission on Non-disputing Party Participation*, 7.11.2003.

<sup>779</sup> NAFTA Free Trade Commission: *Statement of the NAFTA Free Trade Commission on Notices of Intent to Submit a Claim to Arbitration*, 7.11.2003.

<sup>780</sup> Canadian Department of Foreign Affairs and International Trade (2003): *NAFTA Commission Joint Statement*.

*matter*<sup>781</sup> macht deutlich, dass Mexiko zu diesem Schritt nicht bereit ist, weshalb dies auch nicht Bestandteil der Erklärungen der Kommission ist. Die mit der Interpretation der Kommission im Juli 2001 beginnende Tendenz, mehr Transparenz in NAFTA-Schiedsverfahren hineinzubringen, wird somit begrüßenswerterweise fortgesetzt. Allerdings darf nicht übersehen werden, dass der Investor auch weiterhin öffentliche Verhandlungen durch die Verweigerung seiner Zustimmung verhindern kann, im Gegensatz zu *Amicus-curiae*-Eingaben, über die das Schiedsgericht entscheidet.<sup>782</sup>

## VI.2.2 Analyse des Investor-Staat-Streitschlichtungsverfahrens

Exemplarisch werden im Folgenden zwei komplett abgeschlossene Streitfälle intensiv dargestellt, um die Funktionsweise und die Auswirkungen des NAFTA-Streitschlichtungsverfahrens noch genauer analysieren zu können. Eine umfassende juristische Detailanalyse ist in beiden Fällen nicht beabsichtigt. Danach werden alle acht weiteren NAFTA-Schiedssprüche, soweit sie sich mit materiellen Fragen beschäftigen, kurz beschrieben.

### VI.2.2.1 Der Ethyl-Fall

Dieser Fall wurde aus folgenden Gründen ausgewählt:

- Es ist der erste abgeschlossene NAFTA-Streitfall
- Er hat erhebliche Aufmerksamkeit in der Fachöffentlichkeit und darüber hinaus erzielt, vor allem im Zusammenhang mit den NGO-Protesten gegen den MAI-Vertrag
- Es handelt sich um einen NAFTA-typischen Konfliktfall zwischen umweltpolitischer Regulierung und dem Schutzinteresse von Investoren und deren Investitionen

Allerdings ist dieser Fall ohne einen Schiedsspruch hinsichtlich der materiell-rechtlichen Fragen abgeschlossen worden. Mit einem Schiedsspruch zur Zuständigkeit des Schiedsgerichts („*award on jurisdiction*“) wurden aber wichtige prozessuale und formale Fragen entschieden.

#### VI.2.2.1.1 Die Fakten

*Ethyl Corporation* ist eine US-amerikanische Firma, die seit 1978 u.a. das Produkt Methylcyclopentadienyl Manganese Tricarbonyl (MMT) herstellt und vertreibt, einen Zusatzstoff für bleifreies Benzin.<sup>783</sup> *Ethyl* ist der weltweit einzige Hersteller dieses Stoffes.<sup>784</sup> *Ethyl* exportiert MMT nach Kanada an die Tochterfirma *Ethyl Kanada*, den einzigen kanadischen MMT-Importeur. *Ethyl Kanada* verarbeitet das importierte MMT weiter und verkauft es. Im Dezember 1994 kündigte die kanadische Umweltministerin ein Verbot von MMT an, weil sie dieses Produkt für umwelt- und gesundheitsschädlich hielt und weil MMT negative Auswirkungen auf Emissionskontrollsysteme in PKWs habe.<sup>785</sup> Am

<sup>781</sup> Ebenda.

<sup>782</sup> Mann, H. (2003): The Free Trade Commission Statements of October 7, 2003, on NAFTA's Chapter 11: Never-Never Land or Real Progress? hat eine verhalten positive Analyse der Erklärungen vorgenommen.

<sup>783</sup> *Ethyl Corp. and Government of Canada*, Award on Jurisdiction, 24.6.1998, para. 1.

<sup>784</sup> Mann, H. (2001): Private Rights - Public Problems, A Guide to NAFTA's Controversial Chapter on Investor Rights, S. 71.

<sup>785</sup> Appleton & Associates (1996): Notice of Intent to Submit a Claim to Arbitration under Section B of Chapter 11 of the North

19.5.1995 wurde erstmals ein entsprechender Gesetzentwurf in das kanadische Parlament eingebracht. Wegen des Ablaufs der Legislaturperiode konnte das Gesetzgebungsverfahren nicht mehr abgeschlossen werden; es wurde mit der erneuten Einbringung eines identischen Entwurfes am 22.4.1996 wieder aufgenommen. Am 24.6.1997 trat das Gesetz in Kraft (im Folgenden als MMT-Gesetz bezeichnet).<sup>786</sup> Inhalt ist ein Importverbot sowie ein Verbot des interprovinziellen Handels mit Produkten, die in einem Anhang zum Entwurf aufgeführt wurden; das einzige in diesem Anhang aufgeführte Produkt war MMT.<sup>787</sup>

Hinsichtlich der Gefährlichkeit von MMT bestand der einzige substanzielle Dissens hinsichtlich der Fakten. *Ethyl* hielt das Produkt für unbedenklich und verwies darauf, dass Kanada MMT nicht nach dem kanadischen Umweltschutzgesetz verboten hat, sondern ein eigenes Gesetz nur zum Verbot von MMT erlassen hat.<sup>788</sup> Das Unternehmen wies außerdem darauf hin, dass ein hohes US-Gericht die Entscheidung der amerikanischen Umweltbehörde EPA (*Environmental Protection Agency*) aus dem Jahr 1978, MMT nicht als Zusatzstoff für unverbleites Benzin zuzulassen, im Jahre 1995 wieder aufgehoben hat.<sup>789</sup> Kanada dagegen hielt MMT für hochgiftig, die Langzeitwirkungen für unerforscht und verwies auf die Gesundheitsbeeinträchtigungen von Mangan, einem Hauptinhaltsstoff von MMT. Dieses könne in hoher Dosierung neurologische Sprach- und Bewegungsschäden auslösen, die dem Parkinson-Syndrom ähneln.<sup>790</sup> Außerdem sei MMT in den USA in einigen Bundesstaaten weiterhin verboten; insgesamt wäre 1/3 des US-amerikanischen Marktes nicht zugänglich für MMT. MMT würde in keiner einzigen größeren US-amerikanischen Stadt verkauft und in Europa nur als Dieselzusatzstoff genutzt.<sup>791</sup>

#### VI.2.2.1.2 Die Schiedsklage von Ethyl

Am 10.9.1996 hat *Ethyl* die *notice of intent to submit a claim to arbitration* nach Art. 1119 eingereicht. Am 14.4.1997 folgte die „*notice of arbitration*“ nach Art. 3 UNCITRAL-SO sowie Art. 1120. Beide Schriftstücke sind somit vor dem Inkrafttreten des MMT-Gesetzes im Juni 1997 eingereicht worden. Am 2.10.1997 hat *Ethyl* dann den „*statement of claim*“ nach Art. 18 UNCITRAL-SO zusammen mit den geforderten Erklärungen (Konsens zur Streitschlichtung/Verzicht auf parallele Gerichtsverfahren) nach Art. 1121 eingereicht. In allen drei Schriftsätzen warf *Ethyl* Kanada den Bruch von drei NAFTA-Bestimmungen vor:

- Art. 1102 (nationale Behandlung)
- Art. 1106 (*performance requirements*)

---

American Free Trade Agreement, Ethyl Corporation and Government of Canada, 10.9.1996, paras. 3-6.

<sup>786</sup> Ethyl Corp. and Government of Canada, a.a.O., para. 5.

<sup>787</sup> The House of Commons of Canada: Manganese-based Fuel Additive Act, S.C. 1997, § 4 sowie Schedule (Sections 2, 11 and 20)

<sup>788</sup> Appleton & Associates (1996), a.a.O., para. 6

<sup>789</sup> Appleton & Associates (1997): Notice of Arbitration under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law and the North American Free Trade Agreement, Ethyl Corporation v. Government of Canada, 14.4.1997, para. 12.

<sup>790</sup> Ethyl Corp. and Government of Canada, a.a.O., para. 5

<sup>790</sup> Government of Canada: Statement of Defence in the Matter of a Arbitration under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, Ethyl Corp. vs. Government of Canada, 27.11.1997, paras. 29-30.

<sup>791</sup> Ebenda, paras. 33-35.

- Art. 1110 (Enteignung)<sup>792</sup>

### a.) Nationale Behandlung

Diese Bestimmung wird nach *Ethyls* Auffassung verletzt, weil das MMT-Gesetz die Einfuhr eines Produktes verbietet, nicht aber die Herstellung im Lande selbst. Dadurch würden einheimische MMT-Hersteller gegenüber nicht in Kanada ansässigen Herstellern bevorzugt. Außerdem stünde MMT im Wettbewerb mit anderen Benzinzusätzen wie Ethanol, Methanol, MTBE etc., weshalb sich *Ethyl* in vergleichbaren Umständen („*in like circumstances*“) mit anderen Produzenten befinde.<sup>793</sup> *Ethyl* verweist auf die GATT-Rechtsprechung, wonach auch eine formale Gleichbehandlung aus- und inländischer Produkte zu einer Diskriminierung ausländischer Produkte führen kann, wenn dem ausländischen Produkt nicht die gleichen Möglichkeiten auf dem Markt blieben.<sup>794</sup> Damit bezog sich *Ethyl* auf die sog. De-facto-Diskriminierung. Erstaunlich ist aber, dass diese Argumentation nur in der *notice of arbitration* eine Rolle spielte, nicht aber im *statement of claim*.

### b.) Performance requirements

Auch hier bezog sich *Ethyl* auf sog. De-facto-performance-requirements, da das MMT-Gesetz unstreitig keine direkten Auflagen veranlasst. *Ethyl* sah zwei *performance requirements* des Art. 1106 als gegeben an, nämlich:

- „*To achieve a given level or percentage of domestic content*“ (Art. 1106 (1) (b))
- „*To purchase, use or accord a preference to goods produced or services provided in its territory, or to purchase goods or services from persons in its territory*“ (Art. 1106 (1) (c))

Die erste *performance requirement* war nach *Ethyls* Auffassung gegeben, weil das MMT-Gesetz den Investor faktisch dazu verpflichtet, in jeder der zehn kanadischen Provinzen MMT zu produzieren, um weiterhin seine Stellung auf dem gesamten kanadischen Markt behaupten zu können. Dies wiederum würde dazu führen, dass der Investor zu 100% in Kanada produziertes MMT nutzen müsste.<sup>795</sup> Die zweite *performance requirement* bezöge sich darauf, dass *Ethyl* angeblich verpflichtet wäre, das gesamte MMT in Kanada zu kaufen statt es wie bisher aus den USA zu importieren und weiter zu verarbeiten. Dies wäre eine Verpflichtung zum Kauf nationaler Produkte. Durch die De-facto-Verpflichtung, in jeder Provinz Fabriken zu errichten, gäbe es zudem eine wirtschaftliche Notwendigkeit, örtliche Konstruktionsgüter und –dienstleistungen zu erwerben.<sup>796</sup>

<sup>792</sup> Damit ist *Ethyl* der einzige Investor, der keinen Verstoß gegen Art. 1105 NAFTA (*minimum standard of treatment*) vorgebracht hat; siehe auch Tabelle 15.

<sup>793</sup> *Appleton & Associates* (1997/2): *Statement of Claim, Ethyl Corporation v. Government of Canada*, 2.10.1997, paras. 29-36.

<sup>794</sup> Zitiert wird ein Schiedsgericht-Report aus dem Jahre 1989 gegen Section 337 des US-amerikanischen *Tariff Act* von 1930, vgl. *Appleton & Associates* (1997/1), a.a.O., para. 17.

<sup>795</sup> Ebenda, para. 45.

<sup>796</sup> Ebenda, paras. 44, 46.

### c.) Enteignung

Der Investor sah im MMT-Gesetz eine enteignungsähnliche Maßnahme („*measure tantamount to nationalization or expropriation*“). Er zitierte dabei den kanadischen Handelsminister, der in einem Schreiben an den Umweltminister von einer möglichen Enteignung der *Ethyl*-Investitionen sprach, weil ein großer Teil ihrer Verkaufseinnahmen durch das MMT-Gesetz wegfallen würden.<sup>797</sup> Der Investor ging dabei noch einen Schritt weiter und betrachtete öffentliche Äußerungen von kanadischen Regierungsvertretern über MMT, die *Ethyl*-Vertreter als falsch und diffamierend empfanden, als Enteignung:

*„The government measures have resulted in harm to Ethyl Corporations property – most notably its substantial goodwill regarding the use of MMT. The damage to the commercial reputations of Ethyl Corporation and Ethyl Canada by the defamatory and reckless statements of Canadian officials constitutes a measure tantamount to the expropriation of the goodwill of Ethyl Corporation and Ethyl Canada.“*<sup>798</sup>

### d.) Die Entschädigungsforderungen von *Ethyl*

*Ethyl* verlangte mindestens 251 Millionen US-Dollar Entschädigung für folgende Schäden:

- *Lost profits since the date of introduction of Bill C-29;*
- *Loss of value of its investments in Ethyl Canada;*
- *Loss of world-wide sales due to other countries relying on those measures taken by the Government of Canada which are inconsistent with its NAFTA obligations;*
- *The costs of reducing operations in Canada;*
- *Fees and expenses incurred to oppose Bills C-94 and C-29 and the MMT act; and*
- *Tax consequences of the award to maintain the integrity of the award.*<sup>799</sup>

Mit dem Punkt 5. wurden im Grunde Kosten der Lobbyarbeit gegen unliebsame Gesetzentwürfe in Rechnung gestellt.

#### VI.2.2.1.3 Die Erwiderung Kanadas

In seinem „*statement of defence*“ warf Kanada eine ganze Reihe von prozessualen und formalen Fragen auf, entgegnete aber auch den substanziellen Argumenten von *Ethyl*. Kanada verneinte die Zuständigkeit des Schiedsgerichts und erklärte alternativ für den Fall, dass das Schiedsgericht die Zuständigkeit bejahen würde, dass es in voller Übereinstimmung mit den Verpflichtungen des NAFTA gehandelt habe.<sup>800</sup>

<sup>797</sup> Ebenda, paras. 21-24.

<sup>798</sup> Appleton & Associates (1997/1), a.a.O., para. 59; die Rufschädigung sei sowohl innerhalb Kanadas als auch außerhalb erfolgt.

<sup>799</sup> Appleton & Associates (1997/2), a.a.O., para. 51.

<sup>800</sup> Government of Canada, a.a.O., para. 1.

### a.) Prozedurale und formale Argumente

Kanada verneinte aus zwei Gründen, dass überhaupt eine beklagungsfähige Maßnahme im Sinne von Art. 1101 (1) vorlag. Soweit sich die Klage auf politische Äußerungen bezog, wurde diesen generell der Charakter einer Maßnahme abgesprochen; soweit sie sich auf das MMT-Gesetz bezog, wurde festgestellt, dass dieses Gesetz zum Zeitpunkt sowohl der Einreichung des *notice of intent* als auch des *notice of arbitration* noch nicht in Kraft getreten war. Dies sei aber Voraussetzung für eine Maßnahme.<sup>801</sup> Kanada sah einen Verstoß von *Ethyl* gegen die in Art. 1120 (1) genannte 6-Monats-Frist, die ein Investor nach Bekanntwerden der Klagegründe („*events giving rise to a claim*“) einhalten muss, bevor er die *notice of arbitration* übermittelt. Kanada bezog das Bekanntwerden der Klagegründe auf das Inkrafttreten des Gesetzes.<sup>802</sup> Weiterhin betrachtete Kanada *Ethyl* als von der NAFTA-Streitschlichtung ausgeschlossen, weil es die in Art. 1121 (1) a + b niedergelegten beiden Klagevoraussetzungen – Abgabe von Konsens– und Verzichtserklärung – nicht vor der Einreichung des *notice of arbitration* erfüllt hatte.<sup>803</sup> Außerdem handele es sich nicht um einen Streitfall nach Kapitel 11 (Investitionen), sondern um einen Streitfall nach Kapitel 3 (Handel mit Gütern).<sup>804</sup>

### b.) Die substanziellen Argumente

Kanada begründete intensiv die ökologische Motivation hinter dem MMT-Gesetz. Es verwies auf zahlreiche internationale Umweltabkommen, die Kanada ratifiziert hat und die zu einer aktiven Luftreinhaltungspolitik verpflichten, sowie auf die Präambel des NAFTA-Vertrages, die als ein NAFTA-Ziel die Entwicklung und Durchsetzung von Umweltgesetzen und –regulierungen nennt.<sup>805</sup> Hinsichtlich der von *Ethyl* vorgebrachten Verstöße gegen die Prinzipien der Inländerbehandlung, des Verbots von *performance requirements* sowie des Enteignungsschutzes entgegnete Kanada folgendermaßen:

#### Nationale Behandlung

Das MMT-Gesetz treffe keine Unterscheidung zwischen in- und ausländischen Unternehmen hinsichtlich des Importes von MMT und des interprovinziellen Handels. Kanadische MMT-Produzenten gebe es überhaupt nicht – dies wird im Übrigen nicht von *Ethyl* bestritten – und da *Ethyl* Inhaber der Patentrechte von MMT sei, könne auch keine kanadische Firma gegenüber *Ethyl* übervorteilt werden. Die Tatsache, dass MMT innerhalb von Provinzen genutzt werden kann, sei zudem rechtlich unerheblich, weil auch ausländische Investoren innerhalb dieser Provinzen MMT produzieren könnten. Ein Verstoß gegen das Nichtdiskriminierungsprinzip läge folglich nicht vor. Die Argumentation von *Ethyl* hinsichtlich „*in like circumstances*“ wurde zurückgewiesen, da die Produktionsmethoden von MMT und anderen Benzinzusatzstoffen zu unterschiedlich seien.<sup>806</sup>

<sup>801</sup> Ebenda, paras. 22-23.

<sup>802</sup> Ebenda, paras. 20, 22.

<sup>803</sup> Art. 1121 spricht in seinem Titel von „Conditions Precedent to Submission of a Claim to Arbitration“.

<sup>804</sup> Ebenda, paras. 21-22.

<sup>805</sup> Ebenda, paras. 31-74, insbesondere paras. 42-43, 71.

<sup>806</sup> Ebenda, paras. 77-84.

### Performance requirements

Auch hier verwies Kanada darauf, dass das Gesetz keinerlei Auflagen im Zusammenhang mit einer Investition statuiere. Das Ziel des Gesetzes sei die Verdrängung von MMT aus dem in Kanada produzierten Benzin und nicht die Auferlegung von *performance requirements* im Zusammenhang mit MMT-Investitionen. Kanada kritisierte die extensive Auslegung von *performance requirements* durch *Ethyl* und verwies darauf, dass im Erfolgsfalle jede Grenzmaßnahme – sei es ein Importverbot, eine Quote oder ein Zolltarif – zu einer *performance requirement* umgedeutet werden könnte.<sup>807</sup>

### Enteignung

Kanada interpretierte den Art. 1110 als einen Schutz vor der physischen Inbesitznahme einer Investition durch einen Staat und nicht als eine Vorschrift, die sich mit Regulierung beschäftigt.<sup>808</sup>

#### **VI.2.2.1.4 Der Schiedsspruch**

Mit dem Schiedsspruch wurde nur die Frage nach der Zuständigkeit des Schiedsgerichtes entschieden. *Ethyl* hat dabei einen Sieg auf ganzer Linie davongetragen.

Im Einzelnen wurde die Ablehnung der Argumente Kanadas wie folgt begründet:

##### **a.) Kein Vorliegen einer Maßnahme**

Das Schiedsgericht verwies auf Art. 201, wonach eine Maßnahme ein Gesetz, eine Regulierung, eine Prozedur, eine Auflage oder eine Praxis sein kann. Eine rechtliche Struktur ist danach nicht unbedingt erforderlich. Allerdings ist ein Gesetzentwurf noch keine Praxis. Da aber der Entwurf mittlerweile Gesetz geworden ist, liegt mittlerweile eine Maßnahme im Sinne des Art. 1101 vor.<sup>809</sup> Auf die Zweifel hinsichtlich der Deklaration politischer Äußerungen als Maßnahmen ging das Schiedsgericht nicht ein.<sup>810</sup>

##### **b.) 6-Monats-Frist des Artikels 1120**

Das Schiedsgericht interpretierte die entscheidenden Wörter „*events giving rise to a claim*“ in dem Sinne, dass nicht unbedingt eine rechtskräftige Maßnahme sechs Monate vor der *notice of arbitration* vorgelegen haben muss, sondern dass es auf die Herauskristallisierung der Tatsachen, die Anlass zu einer Klage geben, ankommt. Es lässt offen, ob trotzdem in diesem Fall die besagte Formvorschrift verletzt worden ist, weil ein solcher Fehler in jedem Fall durch eine erneute *notice of arbitration* geheilt werden könnte. Eine Zurückweisung der Klage aus diesem Grund würde den NAFTA-Zielen widersprechen. Das Schiedsgericht vermutet taktische Gründe für das frühe Handeln von *Ethyl*: „*The*

<sup>807</sup> Ebenda, paras. 85-92.

<sup>808</sup> Ebenda, paras. 93-98.

<sup>809</sup> Ebenda, paras. 65-69.

<sup>810</sup> *Sornarajah* zieht daraus den Schluss, dass der Begriff Maßnahme sehr expansiv ausgelegt worden ist, vgl. Ontario Superior Court of Justice, *The Council of Canadians et al. vs. Canada*, Court File No. 01-CV-208141, Affidavit of M. Sornarajah, April 2003, para. 77.

*claimant may have 'jumped the gun' for tactical reasons relating to the legislative process.*<sup>811</sup> Die einzige Sanktion für *Ethyl* ist die anteilige Übernahme der Prozesskosten, weil eine Einhaltung der 6-Monats-Frist diese Verfahrensfrage gar nicht erst aufgeworfen hätte.<sup>812</sup> In Bezug auf die fehlenden Konsens- und Verzichtserklärungen nach Art. 1121 argumentiert das Schiedsgericht ähnlich, räumt aber ein, dass es gewisse Schwierigkeiten hatte, die Zuständigkeit aufgrund dieses Verfahrensverstößes zu verneinen. Auch diese anteiligen Prozesskosten gehen zu Lasten von *Ethyl*.<sup>813</sup>

### c.) Konflikt zwischen Kapitel 11 und Kapitel 3

Hinsichtlich des von Kanada vorgebrachten Argumentes, es läge überhaupt kein investitionsrelevanter, sondern ein handelsrelevanter Streitfall vor, der die Anwendbarkeit des Investor-Staat-Verfahrens ausschließt, trifft das Schiedsgericht keine Entscheidung, sondern verweist darauf, dass diese Frage für die Beurteilung der Zuständigkeit nicht relevant sei. Das Schiedsgericht deutet aber bereits an, dass es wahrscheinlich auch in dieser Frage zu Gunsten des Investors entschieden hätte: „*In the circumstances, further treatment of this issue, if any (Hervorhebung durch den Autor), must abide another day.*“<sup>814</sup> In zwei anderen NAFTA-Streitfällen ist diese Frage dann auch tatsächlich im Sinne des Investors entschieden worden.<sup>815</sup>

#### VI.2.2.1.5 Die Beilegung des Streites

Zu einer Klärung der inhaltlichen Fragen kam es nicht mehr, weil sich *Ethyl* und Kanada am 20.7.1998 auf folgenden Vergleich einigten:

- Kanada zahlt *Ethyl* 13 Millionen US-Dollar Entschädigung;
- Kanada schafft das MMT-Gesetz wieder ab;
- Kanada gibt *Ethyl* gegenüber eine Erklärung ab, wonach es keine wissenschaftlichen Beweise dafür gibt, dass MMT für die Gesundheit oder für PKW-Emissionskontrollsysteme schädlich ist.<sup>816</sup>

Die offizielle Begründung, warum Kanada nun zu einem Vergleich bereit war, ist die Einhaltung einer Empfehlung eines kanadischen Handelsschiedsgerichts, die 14 Tage vor der Zuständigkeitsentscheidung des NAFTA-Schiedsgerichts erging.<sup>817</sup> Aufgrund einer Klage mehrerer kanadischer Provinzen erklärte das Schiedsgericht das MMT-Gesetz für nicht vereinbar mit dem kanadischen Gesetz über den Binnenhandel. Allerdings hat das Schiedsgericht gemäß seiner Zuständigkeit nur das Verbot des interprovinziellen Handels geprüft und nicht das Importverbot für MMT. Die Empfehlung bezieht sich daher folgerichtig auf die Beseitigung der „*inconsistency of the Act with the*

<sup>811</sup> Ebenda, para. 87.

<sup>812</sup> Ebenda, paras. 79-88.

<sup>813</sup> Ebenda, paras. 89-92.

<sup>814</sup> Ebenda, para. 64.

<sup>815</sup> *Pope & Talbot Ltd. and the Government of Canada*, NAFTA/UNCITRAL Tribunal, Award on Canada's Motion to Dismiss re: Application of NAFTA Article 1101, 26.1.2000, paras. 32-33 und *S.D. Myers, Inc. and The Government of Canada*, NAFTA/UNCITRAL Tribunal, Award on the Merits, 13.11.2000, paras. 289-296.

<sup>816</sup> Mann (2001), a.a.O., S. 73.

<sup>817</sup> Report of the Article 1704 Tribunal Concerning a Dispute between Alberta and Canada Regarding the Manganese-based Fuel Additives Act, File No. 97/98 - 15 - MMT - P058, 12.6.1998.

*Agreement*.<sup>818</sup> Das Schiedsgericht begründet seine Empfehlung damit, dass Kanada nicht das am wenigsten handelsbeschränkende Mittel angewandt hat – ein Argument, dass *Ethyl* im Streitfall überhaupt nicht vorgebracht hat. Ein Verstoß gegen das Prinzip der Nichtdiskriminierung verneint das Schiedsgericht sogar ausdrücklich.<sup>819</sup>

#### VI.2.2.1.6 Die Auswirkungen des Falles

Dieser erste abgeschlossene Streitfall, der über mehrere Jahre lang wahrscheinlich der am häufigsten in der Literatur beschriebene NAFTA-Streitfall war, lässt bei aller Vorsicht doch einige Rückschlüsse zu, obwohl kein Schiedsspruch in der Sache ergangen ist. Zum einen zeigt sich – allerdings wenig überraschend –, dass Investoren zu einer extensiven Auslegung des NAFTA-Textes neigen und mehrere Rechtsverletzungen auf einmal beklagen. Die Argumentation, dass nationale Umweltregulierungen eine Enteignung von Investitionen sowie unzulässige *performance requirements* darstellen können, wurde – zumindest was die Möglichkeit einer Enteignung angeht –, zu Unrecht als neu angesehen.<sup>820</sup> Beunruhigend ist die sehr weitgehende Darlegung von erlittenen Verlusten und die Geltendmachung von entsprechenden Kompensationszahlungen – allein in diesem Fall bereits eine Viertel Milliarde US-Dollar.

In prozeduraler und formaler Hinsicht ist der Schiedsspruch ein klares Zeichen für eine extensive, im Zweifel zu Gunsten des Investoren zu treffende Auslegung. Ein konkreter Effekt des Schiedsspruchs ist darüber hinaus, dass Investoren die ersten Verfahrensschritte einer NAFTA-Streitschlichtung als ein Lobbyinstrument gegen ihren Interessen zuwiderlaufende Gesetzgebungsverfahren einsetzen können, ohne damit das Risiko des Scheiterns der Klage aus prozessualen Gründen in Kauf nehmen zu müssen.

Allerdings wäre es auch falsch, dem *Ethyl*-Fall eine zu grundsätzliche Bedeutung beizumessen. Er ist durch einen Vergleich beigelegt worden, in der Sache erging kein Schiedsspruch (das kanadische Urteil ist hier nicht relevant). Bei der Bewertung dieses Falles muss einigen NGOs daher eine gewisse Übertreibung hinsichtlich der Auswirkungen auf nationale Umwelt- und Gesundheitsgesetze, die im potenziellen Konflikt mit Investitionsregeln stehen, vorgeworfen werden.<sup>821</sup> Dies hängt evtl. auch mit der Tatsache zusammen, dass es sich um ein inhaltlich neues Feld für diese Verbände gehandelt hat, auf dem zunächst einmal entsprechendes Know-how gesammelt werden muss. Insbesondere die Beilegung des Streites durch einen Vergleich kann nicht unbedingt als Zeichen dafür gewertet werden, dass Kanada auch im Schiedsspruch bzgl. der materiellen Fragen unterlegen wäre. Das Verhältnis zwischen nationalstaatlicher Regulierung und internationalem Investitionsschutz kann aus dem *Ethyl*-Fall allein heraus noch nicht ausreichend beurteilt werden. Es folgen daher weitere Analysen von abgeschlossenen NAFTA-Streitfällen.

<sup>818</sup> Ebenda, para. 15. Eine abweichende Meinung, die das interprovinzielle Handelsverbot für zulässig hält, wird ebenda, para. 16, geäußert.

<sup>819</sup> Ebenda, para. 9.

<sup>820</sup> Mann (2001), a.a.O., S. 73-74.

<sup>821</sup> Z.B. Mann, H./v. Moltke, K. (1999): NAFTA's Chapter 11 and the Environment, Addressing the Impacts of the Investor-State

### VI.2.2.2 Der Metalclad-Fall

Dieser Fall wurde ausgewählt, weil er ebenfalls abgeschlossen ist, ein Schiedsspruch zu den materiell-rechtlichen Fragen erging und hier zum ersten Mal ein NAFTA-Schiedsspruch von einem staatlichen Gericht überprüft worden ist. Außerdem werden wichtige Fragen wie Enteignungsschutz und *minimum standard of treatment* berührt. Er wird daher in angemessener Breite dargestellt. Die Informationen beruhen im Wesentlichen auf den Urteilen des NAFTA-Schiedsgerichtes und des Überprüfungsurteils des *Supreme Court of British Columbia*, da im Gegensatz zum *Ethyl*-Fall kaum andere Prozessunterlagen veröffentlicht worden sind.

#### VI.2.2.2.1 Die Fakten

*Metalclad* ist ein US-amerikanischer Abfallkonzern, der 1993 eine Option für den Kauf einer Abfalltransferstation für Giftmüll in einer mexikanischen Gemeinde im Bundesstaat San Luis Potosi in der Absicht erworben hat, eine Giftmülldeponie zu errichten und zu betreiben. Dem vorherigen Inhaber der Transferstation wurden mehrfach kommunale Genehmigungen zum Bau einer Giftmülldeponie verweigert. Eine nationale Behörde ordnete die Schließung der Station an, weil 20.000 Tonnen Abfall rechtswidrig nicht lediglich gesammelt, sondern ohne Behandlung deponiert worden sind. Bedingung für die Zahlung des Kaufpreises war, dass dem bisherigen Besitzer entweder eine kommunale Genehmigung für die Giftmülldeponie erteilt wird oder ein definitiver Gerichtsentscheid ergeht, wonach eine solche Genehmigung nicht erforderlich ist.<sup>822</sup> Im Mai bzw. im August 1993 bekam *Metalclad* eine provinzielle sowie zwei nationale Genehmigungen für die Deponie, außerdem nach eigenen Angaben – was von Mexiko bestritten wird – die Zusage einer nationalen Behörde, dass alle erforderlichen Genehmigungen zum Bau und zum Betrieb der Giftmülldeponie vorliegen. *Metalclad* machte daraufhin im September 1993 von seiner Kaufoption Gebrauch und begann im Mai 1995 mit dem Bau der Deponie.<sup>823</sup> Eine kommunale Genehmigung lag zu diesem Zeitpunkt nicht vor, weshalb die Gemeinde am 26.10.1994 einen Baustopp verhängte. *Metalclad* beantragte daraufhin im November 1994 eine Baugenehmigung, setzte aber gleichzeitig die Bauarbeiten fort und schloss sie im März 1995 ab. Im Dezember 1995 wurde die Genehmigung u.a. aus folgenden Gründen nicht erteilt:

- Ökologische Unverträglichkeit des Projektes;
- Deponiegenehmigungen wurden schon 1991/92 abgelehnt;
- Beginn und Abschluss der Bauarbeiten ohne Genehmigung.

In der Zwischenzeit erhielt *Metalclad* weitere nationale Genehmigungen sowie eine Bescheinigung über die ökologische Unbedenklichkeit der Deponie, die in einem Vertrag niedergelegt wurden. Die Gemeinde beklagte diesen Vertrag, gewann zunächst, scheiterte dann aber an einem nationalen Gericht aus formalen Gründen. Der Investor versuchte im April 1996 erneut vergeblich, eine kommunale

---

Process on the Environment.

<sup>822</sup> *Supreme Court of British Columbia*, United Mexican States vs. Metalclad Corporation, 2001 BCSC 664, Vancouver, 2.5.2001, paras. 5-6, 8.

<sup>823</sup> *Metalclad Corporation and The United Mexican States*, NAFTA/ICSID(AF) Tribunal, Award on the Merits, 22.8.2000, paras. 31, 35, 37 (im Original para. 36, aber wahrscheinlich Nummerierungsfehler).

Genehmigung zu erhalten. Eine Klage vor einem nationalen Gericht wurde abgelehnt, weil der Investor noch nicht alle administrativen Möglichkeiten gegen die Nichterteilung der Genehmigung in Anspruch genommen hatte. Eine Berufung vor dem mexikanischen Verfassungsgericht gegen die Klageablehnung nahm der Investor „as a sign of good faith to the municipality“ zurück.<sup>824</sup>

Im Oktober 1996 reichte *Metalclad* schließlich die *notice of intent* ein; im Januar 1997 folgte die *notice of arbitration*. Am 20.9.1997 erließ der Gouverneur von San Luis Potosi drei Tage vor dem Ablauf seiner Amtszeit ein ökologisches Dekret, das das gesamte Gelände zu einem Naturschutzgebiet erklärte und somit die Nutzung als Giftmülldeponie ausschloss.<sup>825</sup> In einer Entscheidung über den Gerichtsstand ordnete das Schiedsgericht als solchen Vancouver, *British Columbia*, Kanada, an.<sup>826</sup>

#### VI.2.2.2 Der Schiedsspruch

*Metalclad* wirft Mexiko die Verletzung der Art. 1102, 1103, 1104, 1105, 1106, 1110 und 1111 vor und verlangt 43 Millionen-Dollar Entschädigung. Wirklich begründet wird von den beklagten NAFTA-Verletzungen nur Art. 1110 (Enteignung).<sup>827</sup> Die Nichterteilung der Genehmigung zur Inbetriebnahme stelle eine direkte und indirekte Enteignung der Investitionen *Metalclads* dar. Art. 1102, 1103 und Art. 1106 gelten laut Art. 1108 (1) (iii) nicht für Gemeinden und sind daher hier nicht anwendbar. Art. 1104 ist indirekt somit auch nicht anwendbar, weil hier die bessere der beiden in Art. 1102 und 1103 niedergelegten Behandlungen von Investoren verlangt wird.

Der Schiedsspruch behandelt daher konsequenterweise nur die behaupteten Verstöße gegen die Art. 1105 und 1110. Es kommt zum Ergebnis, dass beide Artikel verletzt worden sind und spricht *Metalclad* 16,685 Millionen US-Dollar Entschädigung zu.<sup>828</sup>

##### a.) Art. 1105:

Im Wesentlichen wird hier ein Verstoß gegen die Transparenzverpflichtungen des NAFTA gesehen. Transparenz sei nach dem Schiedsspruch eines der wesentliche Ziele im NAFTA. Zugleich wird die Präambel zitiert: „to ensure a predictable commercial framework for business planning and investment“ (NAFTA-Präambel, para. 6), außerdem Art. 1802 (1): „[e]ach Party shall ensure that its laws, regulations, procedures, and administrative rulings of general application respecting any matter covered by this agreement are promptly published or otherwise made available in such a manner as to enable interested persons and Parties to become acquainted with them.“ Das Schiedsgericht entscheidet dann, dass Mexiko – in der völkerrechtlichen Verantwortung für die Handlungen seiner subnationalen Ebenen, in diesem Falle der Gemeinden – gegen diese Transparenzvorschrift verstoßen hat, weil dem Investor

<sup>824</sup> Supreme Court of British Columbia, a.a.O., paras. 10-15.

<sup>825</sup> Ebenda, paras. 16-17.

<sup>826</sup> Ebenda, para. 1.

<sup>827</sup> Pearce, Clyde C.: *Metalclad Corp. vs. The United Mexican States, Notice of Claim*, 2.1.1997, para. 4. Allerdings kann es sein, dass die Begründung im *notice of intent* ausführlicher ausgefallen ist. Dieses ist allerdings nicht verfügbar. Dem steht entgegen, dass das Schiedsgericht in seinem Schiedsspruch kaum Bezug auf die vom Investor vorgebrachten Argumentationen genommen hat, was sehr ungewöhnlich ist. Die Benennung von Art. 1111 ist im Übrigen gänzlich absurd, weil hier überhaupt kein Recht für Investoren statuiert wird, sondern im Gegenteil den Vertragsparteien gewisse Rechte gegenüber Investoren gegeben werden.

<sup>828</sup> *Metalclad Corporation and The United Mexican States*, a.a.O., para. 132.

nicht alle erforderlichen Informationen über benötigte Genehmigungen durch den mexikanischen Staat bekannt gemacht worden sind.<sup>829</sup> Ferner analysiert das Schiedsgericht die innerstaatlichen Zuständigkeiten für die Erteilung von Genehmigungen zum Bau und zum Betrieb von Giftmülldeponien und kommt zu dem Ergebnis, dass die mexikanischen Gemeinden in solchen Fällen nur sehr begrenzte Kompetenzen haben und dass *Metalclad* zu Recht in dem Glauben war, dass es zusätzlich keiner kommunalen Genehmigung bedürfe. Schließlich wird konstatiert:

„The absence of a clear rule as to the requirement or not of a municipal construction permit, as well as the absence of any established practice or procedure as to the manner of handling applications for a municipal construction permit amounts to a failure on the part of Mexico to ensure the transparency required by NAFTA.”<sup>830</sup>

Ohne nähere rechtliche Begründung wird dann behauptet, dass somit auch ein Verstoß gegen Art. 1105 NAFTA vorliegt, weil dem Investor keine *fair and equitable treatment* zugekommen ist.<sup>831</sup> Das Schiedsgericht hat somit noch die frühere weitgehende Interpretation des Art. 1105 angewandt, wonach ein Verstoß gegen einen anderen NAFTA-Artikel auch zu einem Verstoß gegen Art. 1105 führt. Wie beschrieben hat mittlerweile die NAFTA-Freihandelskommission eine anders lautende Interpretation vorgenommen (vgl. VI.2.1.5).

#### **b.) Art. 1110:**

Das Schiedsgericht begründet zunächst, dass dieselben Maßnahmen, die zu einer Verletzung von Art. 1105 führten, auch zu einer Verletzung von Art. 1110 führen. Anschließend führt es aus, dass die Gemeinde mit der Verweigerung der Erteilung der Genehmigung für die Giftmülldeponie ihre Kompetenzen überschritten habe. Dies habe zusammen mit der unsubstanzierten und verspäteten Verweigerung der Genehmigung sowie den falschen Versicherungen der nationalen Behörden Mexikos eine indirekte Enteignung darstellt.<sup>832</sup> Auch hinsichtlich des ökologischen Dekrets kommt das Schiedsgericht zum Ergebnis, dass eine Enteignung vorliegt, in dem Fall eine „*measure tantamount to expropriation*“. Es stellt aber explizit klar, dass es auf diese Feststellung nicht mehr ankommt wegen der festgestellten anderen Rechtsverletzungen. Das Dekret stelle eine Enteignung dar, weil es die Inbetriebnahme der Giftmülldeponie für immer verhindere.<sup>833</sup>

#### **VI.3.2.2.3. Das Überprüfungsurteil des Supreme Court of British Columbia**

Nach Art. 1136 (3) (b) (i) darf ein Schiedsspruch nicht vollstreckt werden, solange nicht innerhalb von drei Monaten eine Streitpartei ein Verfahren zur Annullierung, Revision oder Außerkraftsetzung anstrengt. Von diesem Recht hat Mexiko Gebrauch gemacht. Da NAFTA keine weiteren Aussagen für das weitere Überprüfungsverfahren trifft, ist das anwendbare Streitschlichtungsrecht, in diesem Falle

<sup>829</sup> Ebenda, para. 76.

<sup>830</sup> Ebenda, paras. 79-87, hier para. 87.

<sup>831</sup> Ebenda, paras. 100-101.

<sup>832</sup> Ebenda, paras. 104-107.

<sup>833</sup> Ebenda, paras. 109-111.

die ICSID-AF, maßgeblich. Weil das Schiedsgericht den Gerichtsstand auf *Vancouver, British Columbia*, festlegte, war der dortige *Supreme Court* die zuständige Instanz für die Überprüfung.<sup>834</sup> Das anzuwendende Gesetz ist der „*International Commercial Arbitration Act*“ von *British Columbia*.<sup>835</sup> Das Gericht eines kanadischen Bundesstaates entscheidet somit nach einer auf kanadischem Recht beruhenden Interpretation des NAFTA-Textes darüber, ob ein Schiedsspruch eines internationalen Schiedsgerichts ganz oder teilweise außer Kraft gesetzt wird. Dies erklärt sich aus den Besonderheiten der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, die unter VI.6 dargestellt werden.

Das Urteil verweist zunächst auf die engen Grenzen für eine Außerkraftsetzung von Schiedssprüchen, die sich aus dem genannten kanadischen Gesetz ergeben:

*„An award may be set aside only if the party making the application furnishes proof that...the arbitral award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration...or the court finds that...the arbitral award is in conflict with the public policy in British Columbia.“*<sup>836</sup>

Die Prüfung des Schiedsspruches wird dann in drei Bereiche eingeteilt: Art. 1105 sowie Art. 1110 (Maßnahmen vor dem ökologischen Dekret) und Art. 1110 (ökologisches Dekret). Der Fokus liegt bei der Frage, ob das NAFTA-Schiedsgericht „*decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration*“ getroffen hat.

#### **a.) Art. 1105:**

Der *Supreme Court* befasst sich intensiv mit der Argumentation des Schiedsgerichts, dass eine Verletzung der Transparenzverpflichtungen des NAFTA zu einer Verletzung des Art. 1105 führt. Das Gericht interpretiert den Terminus „*treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security*“ dahin gehend, dass die Prinzipien des Völkergewohnheitsrechtes eingehalten werden müssen. Das internationale Vertragsrecht sei hier nicht gemeint. Damit legt das Gericht Art. 1105 genau so aus wie die NAFTA-Freihandelskommission, allerdings schon vor deren Interpretation. Dann stellt das Gericht im Unterschied zum Schiedsgericht fest, dass Transparenz kein Ziel des NAFTA ist, sondern eines der Prinzipien und Regeln, mit denen die Ziele erreicht werden können. Es gibt außerdem keinerlei Transparenzprinzipien im Kapitel 11 des NAFTA, die eine Vertragspartei verletzen könnte. Das Schiedsgericht hätte dann diese Verletzung der Transparenzverpflichtungen ohne weitere Interpretation als eine Verletzung des Art. 1105 angesehen. Das Gericht kommt somit zum Ergebnis, dass das Schiedsgericht seine Zuständigkeit überschritten hat, indem es seine Entscheidung auf Transparenzverpflichtungen gestützt hat. Die Frage, ob das Schiedsgericht auch in anderen Punkten seine Zuständigkeit überschritten hat – z.B. in der Bewertung der Anwendung mexikanischer Gesetze –, wurde offengelassen.<sup>837</sup>

<sup>834</sup> Die Entscheidung wurde von einem Einzelrichter getroffen. Dennoch wird im Folgenden von „Gericht“ gesprochen.

<sup>835</sup> Supreme Court of British Columbia, a.a.O., paras. 39-49.

<sup>836</sup> Ebenda, para. 50.

<sup>837</sup> Ebenda, paras. 57-76.

### b.) Art. 1110 (Maßnahmen vor dem ökologischen Dekret)

Hier stellt das Gericht folgerichtig eine Überschreitung der Kompetenzen des Schiedsgerichts fest, weil dieses im Wesentlichen einen Bruch des Art. 1105 als einen Bruch des Art. 1110 angesehen hat. *"I agree with the submission of Counsel for Mexico that the Tribunal's analysis of Article 1105 infected its analysis of Article 1110."*<sup>838</sup>

### c.) Art. 1110 (Ökologisches Dekret)

Wäre das Gericht auch hier zum Ergebnis gekommen, das Schiedsgericht habe seine Kompetenzen überschritten, so hätte der Schiedsspruch voll und ganz außer Kraft gesetzt werden müssen. Mexiko berief sich darauf, dass diese Frage gar nicht prüfungsrelevant sei, weil die Entscheidung des Schiedsgerichts nicht hierauf basiert habe. Vielmehr habe das Schiedsgericht explizit ausgedrückt, dass es auf die Prüfung dieser Frage nicht mehr ankäme. Das Gericht bestätigt zwar, dass diese Frage für den Schiedsspruch nicht entscheidend war, nichtsdestotrotz aber hier relevant sei, weil nun einmal das ökologische Dekret in den Augen des Schiedsgerichtes eine (indirekte) Enteignung darstelle. Daher müsse auch hier ein möglicher Verstoß gegen die Zuständigkeit des Schiedsgerichtes geprüft werden. Nachdem das Gericht Mexiko auch nicht in der Argumentation folgte, der behauptete NAFTA-Verstoß durch das Dekret sei ein rechtlich nicht vorgesehener zusätzlicher Klagegrund, kam es entscheidend darauf an, ob das Gericht auch in diesem Fall eine Überschreitung der Zuständigkeiten des Schiedsgerichtes sehen würde. Hierzu wird knapp festgestellt, dass das Schiedsgericht im Gegensatz zu den beiden anderen Verstößen seine Entscheidung nicht auf die Transparenzbestimmungen gestützt hat, sondern direkt auf einen Bruch von Art. 1110 (Enteignung). Dies sei innerhalb der Zuständigkeit des Schiedsgerichtes, weshalb die Prüfung in diesem Punkt von den Ergebnissen der ersten beiden Fragen abweicht.<sup>839</sup>

Das Gericht kommt somit zu dem Ergebnis, dass das Schiedsgericht in zwei von drei entscheidungsrelevanten Fragen seine Zuständigkeit überschritten hat. Es prüft noch weitere mögliche Außerkraftsetzungsgründe, u.a. ob ein *„patently unreasonable error“* vorliegt und stellt hierzu folgendes fest:

*„The Tribunal gives an extremely broad definition on expropriation for the purposes of Article 1110. In addition to the more conventional notion of expropriation involving a taking of property, the Tribunal held that expropriation under the NAFTA includes convert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use of reasonably-to-be-expected economic benefit of property....However, the definition of expropriation is a question of law with which this court is not entitled to interfere under the international CAA.“*<sup>840</sup>

<sup>838</sup> Ebenda, paras. 77-80.

<sup>839</sup> Ebenda, paras. 81-95.

<sup>840</sup> Ebenda, para. 99.

Der letzte Versuch Mexikos, eine völlige Außerkraftsetzung des Schiedsspruchs zu erreichen, bezog sich auf Korruptionsvorwürfe gegen *Metalclad*. Die Frau eines der Hauptzeugen *Metalclads*, ein früherer Mitarbeiter der nationalen mexikanischen Umweltbehörde, der an dem Verkauf der Giftmülltransferstation an *Metalclad* beteiligt war, erhielt von *Metalclad* Aktien im Wert von 150.000 US-Dollar und zwei Zahlungen in Höhe von jeweils 10.000 US-Dollar. Der *Supreme Court* sah aber eine Korruption als nicht gegeben an, weil die Zahlungen in Zusammenhang mit der Übertragung von Aktien einer anderen Giftmüllfirma an *Metalclad* gestanden hätten.<sup>841</sup>

Die zwei festgestellten Zuständigkeitsüberschreitungen führen zu einer teilweisen Außerkraftsetzung des Schiedsspruchs. Dies geschieht in der Weise, dass die Festsetzung der Kompensationszahlung an *Metalclad* auf eine neue Grundlage gestellt werden muss. Das Schiedsgericht setzte Zinszahlungen in Höhe von jährlich 6% fest, beginnend ab dem 5.12.1995 (an diesem Tage wurde *Metalclad* die Erteilung der kommunalen Baugenehmigung verweigert). Da der *Supreme Court* aber eine Verletzung von NAFTA-Bestimmungen nur durch das ökologische Dekret festgestellt hat, wurde der Beginn des Eintritts der Zinszahlung auf den Tag des Erlasses dieses Dekretes – 20.9.1997 – verschoben.<sup>842</sup> *Metalclad* verliert somit eine Kompensation für Zinszahlungen für 18 Monate, ansonsten bleibt es bei der zugesprochenen Entschädigung. Der genaue Verlust von *Metalclad* gegenüber dem Schiedsspruch wurde nicht vom Gericht berechnet, sondern an die beiden Streitparteien zur Aushandlung verwiesen – falls keine Einigung erfolgen würde, hätte das Schiedsgericht erneut entscheiden müssen. Über die letztendliche Entschädigungssumme liegen keine Informationen vor. Es kann sich aber um nicht mehr als 12% Abzug von der ursprünglichen Gesamtsumme handeln, womit *Metalclad* im Ergebnis – rein materiell betrachtet – einen deutlichen Erfolg erzielt hat.

Mexiko legte am 31.5.2001 gegen das Urteil Berufung beim kanadischen *Supreme Court of Appeal* ein, nahm diesen aber am 30.10.2001 wieder zurück, womit der Fall nach fünf Jahren komplett abgeschlossen wurde.<sup>843</sup>

#### VI.2.2.2.4 Die Bedeutung dieses Falles

Der Ausgang dieses Falles muss als kurios eingeordnet werden. Beinahe wäre das Urteil des NAFTA-Schiedsgerichtes komplett außer Kraft gesetzt worden. Nur das ökologische Dekret, das erst nach der *notice of intent* und der *notice of arbitration* erlassen wurde und vom Schiedsgericht als nicht entscheidungserheblich eingestuft wurde, „rettete“ *Metalclad*. Der Investor sprach interessanterweise sogar von einer Niederlage, die er erlitten hätte.<sup>844</sup>

<sup>841</sup> Ebenda, paars. 110-112.

<sup>842</sup> Ebenda, paras. 133-135.

<sup>843</sup> *Metalclad Corp. vs. The United Mexican States*, Notice of Abandonment of Appeal, Supreme Court of Appeal, CA028658, 30.10.2001.

<sup>844</sup> NN (2001): Questions Remain After B.C. Supreme Court Upholds Metalclad Victory in Mexico Case, S. 1. In einem Interview in derselben Ausgabe dieser Zeitschrift versucht *Todd Weiler* im Übrigen, die Folgen des Schiedsspruchs herunterzuspielen: „... because it is 'municipal law' and has virtually no value in the international context“, siehe ebenda, S. 6.

Die substantiell wichtigsten Lehren dieses Falles sind:

- Die NAFTA-Transparenzbestimmungen stellen keine Investorenrechte dar, die zu einem Verstoß gegen eine Verpflichtung des Kapitels 11 und damit zur Berechtigung des Investor-Staat-Verfahrens führen.
- Insbesondere kann ein Verstoß gegen Art. 1105 nicht ohne weiteres aus einem Verstoß gegen Transparenzbestimmungen hergeleitet werden.<sup>845</sup>
- Der NAFTA-Enteignungsschutz ist sehr weitgehend. Indirekte Enteignungen bzw. „*regulatory takings*“ liegen bereits dann vor, wenn eine Maßnahme einer Vertragspartei „*includes convert or incidental interference with the use of property*“ und dem Investor komplett oder zu einem signifikanten Anteil (was nicht näher definiert wird) eine ökonomische Nutzung seines Eigentums verwehrt.

Wichtige Bedeutung erlangt dieser Fall auch deswegen, weil erstmals ein Schiedsspruch von einer anderen Instanz beurteilt worden ist. Die Limitationen dieses Überprüfungsverfahrens sind deutlich aufgezeigt worden. Obwohl das Überprüfungsgericht von einer extrem breiten Definition von Enteignung spricht, sieht es sich aus Gründen seiner eingeschränkten Kompetenzen nicht in der Lage, diese Frage zu überprüfen.

Eine weitere beunruhigende Tatsache ergibt sich aus einem genauen Vergleich des Urteils und des Schiedsspruches in Hinblick auf die Tatsachenfeststellung. Folgende bereits genannte Fakten, die vom *Supreme Court* in seinem Urteil als unstrittig („*undisputed*“) benannt worden sind und für das Verständnis dieses sehr komplexen Sachverhaltes von großer Bedeutung gewesen wären, finden sich an keiner Stelle des Schiedsspruchs (in Klammern die Fundstellen im Urteil des *Supreme Court*):

- Behördliche Schließung der Giftmülltransferstation (para 5);
- Konditionierung der Kaufoption *Metalclads* an das Vorliegen einer kommunalen Genehmigung bzw. Einholung einer definitiven Gerichtsentscheidung, dass eine solche Genehmigung nicht erforderlich ist (para. 8);
- Fortsetzung der Bauarbeiten durch *Metalclad* trotz eines Baustopps (para. 11);
- Niederlage der mexikanischen Gemeinde vor einem nationalen Gericht aus rein formalen Gründen (para. 14);
- Erfolgreiche Klagen *Metalclads* vor mexikanischen Gerichten (para. 15).

Natürlich können in einem Schiedsspruch nicht sämtliche Fakten genannt werden, aber in diesem Fall ergeben sich ungewöhnlich viele Versäumnisse (die obige Auflistung ist zudem nicht erschöpfend). Hieran wird auch der grundsätzliche Mehrwert eines Überprüfungsverfahrens deutlich.

---

<sup>845</sup> „*The decision of the British Columbia court strikes a blow against the expansive interpretation of the standard of fair and equitable treatment*“, vgl. Sorjarajah, M. (2004): *The International Law on Foreign Investment*, S. 334.

### VI.2.2.3 Weitere NAFTA-Schiedssprüche

Bisher (Stand 9.6.04) gab es neben dem *Metalclad*-Schiedsspruch noch in acht weiteren Streitfällen Hauptschiedssprüche – *Azinian et al. and United Mexican States*,<sup>846</sup> *Pope & Talbot and Canada*<sup>847</sup> (hier gleich zwei Schiedssprüche), *S.D. Meyers Inc. and Canada*,<sup>848</sup> *Mondev International Ltd. and United States of America*,<sup>849</sup> *ADF Group Inc. and United States of America*,<sup>850</sup> *Marvin Feldman v. Mexico*,<sup>851</sup> *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen and United States of America*<sup>852</sup> und *Waste Management versus United Mexican States (Waste Management II)*.<sup>853</sup>

#### VI.2.2.3.1 Azinian

Eine US-amerikanische Abfallfirma, *Global Waste Industries*, schloss Ende 1993 mit einer mexikanischen Gemeinde einen Abfallkonzessionsvertrag ab, der die Übertragung der gesamten Abfallentsorgungsdienstleistungen der Gemeinde sowie die Errichtung eines sehr großen Biogaskraftwerkes vorsah. Der Vertrag sah u.a. vor, dass 70 Abfallfahrzeuge in der Gemeinde durch den Investor bereitgestellt und eingesetzt werden.<sup>854</sup> *Global Waste* stellte allerdings nur zwei Fahrzeuge bereit. Nachdem die Gemeinde insgesamt 27 Verstöße gegen den Konzessionsvertrag feststellte, annullierte sie den Vertrag am 15.3.1994. Der Investor klagte gegen diese Entscheidung und verlor in allen drei Instanzen, darunter auch vor einem nationalen Gericht. Ca. zwei Jahre nach der letzten mexikanischen Gerichtsentscheidung übermittelte der Investor am 16.12.1996 den *notice of intent*, in dem er einen Verstoß Mexikos gegen Art. 1105 (*minimum standard of treatment*) und Art. 1110 (Enteignung) vorbringt und 11,6 bis 19 Millionen US-Dollar Entschädigung beantragt.<sup>855</sup>

Im Schiedsspruch des Schiedsgerichts wird festgestellt, dass der Investor die Gemeinde hinsichtlich mehrerer wichtiger Fakten getäuscht hat, u.a. hieß es:

- *Global Waste* hatte nicht die angegebenen 40 Jahre Erfahrung im Abfallgeschäfts, sondern war neu auf diesem Gebiet;
- Bereits vor Abschluss des Konzessionsvertrages hatte sich die Firma, die das Biogaskraftwerk bauen wollte, von dem Projekt zurückgezogen. Diese wurde der Gemeinde nicht bekannt gegeben;
- *Global Waste* besaß überhaupt keine eigenen Müllfahrzeuge und war 1992 in den Vereinigten Staaten Bankrott gegangen.<sup>856</sup>

<sup>846</sup> *Azinian et al. and The United Mexican States*, NAFTA/ICSID(AF) Tribunal, Case No. ARB(AF)/97/2, Award on the Merits, 1.11.1999.

<sup>847</sup> *Pope & Talbot, Inc. and The Government of Canada*, NAFTA/UNCITRAL Tribunal, Interim Award on the Merits, 26.6.2000 (im Folgenden: Pope & Talbot Interim Award); NAFTA/UNCITRAL Tribunal, Final Award on the Merits, 20.4.2001 (im Folgenden: Pope & Talbot Final Award).

<sup>848</sup> *S.D. Myers, Inc. and The Government of Canada*, a.a.O.

<sup>849</sup> *Mondev International Ltd. And United States of America*, NAFTA/ICSID(AF) Tribunal, Case No. ARB(AF)/99/2, Award, 11.10.2002.

<sup>850</sup> *ADF Group Inc. and United States of America*, NAFTA/ICSID(AF) Tribunal, Case No. ARB(AF)/00/1, Award, 9.1.2003.

<sup>851</sup> *Marvin Feldman v. Mexico*, NAFTA/ICSID(AF) Tribunal, Case No. ARB(AF)/99/1, Award, 16.12.2002.

<sup>852</sup> *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen and United States of America*, NAFTA/ICSID (AF) Tribunal, Case No. ARB(AF)/98/3, Award, 26.6.03

<sup>853</sup> *Waste Management, Inc. versus United Mexican States*, NAFTA/ICSID Tribunal, Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30.4.2004.

<sup>854</sup> *Azinian et al and The United Mexican States*, a.a.O., paras. 7-10.

<sup>855</sup> Ebenda, paras. 10-24.

<sup>856</sup> Ebenda, paras. 27.-29. Dazu kommen noch zahlreiche weitere Probleme hinsichtlich der Kläger (nicht *Global Waste* war der klagende Investor, sondern einige seiner Aktionäre, die angaben, das Unternehmen zu kontrollieren). Z.B. war einer der Kläger

Angesichts dieser Faktenlage verwundert es nicht, dass das Schiedsgericht die eigentlichen Rechtsfragen relativ knapp geprüft hat. Es kommt in seinem Schiedsspruch vom 1.11.1999 zum Ergebnis, dass kein Verstoß gegen eine NAFTA-Verpflichtung vorliegt. Ein NAFTA-Schiedsgericht hätte nicht die Funktion einer Berufungsinstanz gegen nationale Gerichtsurteile. Außerdem seien vom Investor keine Argumente vorgetragen worden, wonach die Schiedssprüche in einer Weise ergangen wären, die eine Verletzung internationalen Rechtes begründen würden.<sup>857</sup> Des Weiteren weist das Schiedsgericht darauf hin, dass ein Bruch eines Konzessionsvertrages für sich alleine genommen noch keine Grundlage für ein NAFTA-Streitschlichtungsverfahren darstellt: „*NAFTA does not, however, allow investors to seek international arbitration for mere contractual breaches. Indeed, NAFTA cannot possibly be read to create such a regime, which would have elevated a multitude of ordinary transactions with public authorities into potential international disputes.*“<sup>858</sup>

Insgesamt dürfte der exemplarische Wert dieses Schiedsspruchs aber denkbar gering sein, da die Umstände dieses Falles, vor allem die quasi-wirtschaftskriminellen Handlungen des Investors, (hoffentlich) Ausnahmecharakter haben. Zur Auslegung der strittigsten NAFTA-Bestimmungen Art. 1105 und Art. 1110 trägt der Schiedsspruch nicht bei. Gegen die Effizienz des NAFTA-Streitschlichtungsverfahrens spricht, dass selbst in einem rechtlich so klaren Fall wie diesem die Verfahrensdauer drei Jahre betrug.

#### VI.2.2.3.2 Pope & Talbot

Der Hintergrund dieses Falles ist das sog. *Softwood Lumber Agreement* (SLA) zwischen den USA und Kanada, in dem Quoten für Exporte kanadischen Weichholzes in die USA festgelegt wurden. Die amerikanische Firma *Pope & Talbot*, die Holzeinschlagkonzessionen und mehrere Fabriken in Kanada besitzt, fühlte sich durch die Umsetzung dieses bilateralen Abkommens durch Kanada diskriminierend behandelt. Durch das komplizierte Exportregime werden Höchstgrenzen für gebührenfreie Holzexporte in die USA festgelegt. Für Exporte, die ein bestimmtes Limit überschreiten, müssen gestaffelte Exportgebühren bezahlt werden. Es werden die Holzexporte aus vier kanadischen Provinzen erfasst, die zusammen 95% aller Exporte in die USA ausmachen. Der Investor klagte wegen einer Diskriminierung seiner Investitionen im Vergleich zu den Investitionen aus nicht betroffenen Provinzen, wegen Diskriminierung zwischen den betroffenen Provinzen (angeblich wäre die Provinz *British Columbia*, wo sich die Investitionen von *Pope & Talbot* befinden, gegenüber den anderen betroffenen Provinzen benachteiligt worden) sowie wegen Diskriminierung seiner Investitionen im Vergleich zu anderen Unternehmen in *British Columbia*. Im Einzelnen wirft der Investor Kanada Verstöße gegen die Art. 1102, 1103, 1105, 1106 und 1110 vor.<sup>859</sup>

In diesem Fall sind ungewöhnlicherweise zwei Schiedssprüche in der Hauptsache ergangen. Im ersten

---

kein Staatsangehöriger eines NAFTA-Staates und als solcher kein Investor im Sinne des NAFTA. Diese formalen Probleme müssen hier aber nicht näher analysiert werden, da sie nicht entscheidend waren.

<sup>857</sup> Ebenda, para. 99.

<sup>858</sup> Ebenda, para. 87.

<sup>859</sup> *Pope & Talbot Ltd. and the Government of Canada (Interim Award)*, a.a.O., paras. 27-40.

Schiedsspruch wurden die behaupteten Verstöße gegen Art. 1106 (*performance requirements*) und Art. 1110 (Enteignung) entschieden. Im zweiten Schiedsspruch wurden Art. 1102 (nationale Behandlung) und Art. 1105 (*minimum standard of treatment*) behandelt. Im ersten Schiedsspruch erlitt der Investor eine klare Niederlage. Das Schiedsgericht sah in der kanadischen Umsetzung des SLA weder einen Verstoß gegen das Verbot der Auferlegung von *performance requirements* noch eine direkte oder indirekte Enteignung. Die wichtigsten Aussagen des Schiedsspruches sind die folgenden:

- Art. 1106 ist eng auszulegen, es handelt sich um eine abschließende Aufzählung verbotener *performance requirements*;
- Eine *performance requirement* liegt erst dann vor, wenn im Zusammenhang mit einer Investition explizit eine bestimmte Auflage erteilt wird (womit das Schiedsgericht im Grunde De-facto-*performance-requirements* nicht anerkennt);
- Auch eine nichtdiskriminierende Regulierung eines Staates kann eine Enteignung im Sinne des Art. 1110 darstellen (para. 96, 99.);
- Die Formel „*measures tantamount to expropriation*“ geht nicht über das normale Enteignungskonzept im Völkerrecht hinaus und bedeutet nicht mehr als „äquivalent“ (para. 104)
- Da die Beeinträchtigung der Investition von *Pope & Talbot* nicht substantiell genug ist, liegt hier keine Enteignung vor.

Im zweiten Schiedsspruch prüft das Schiedsgericht zunächst sehr intensiv, ob ein Verstoß gegen Art. 1102 vorliegt. Da Kanadas Maßnahmen keine direkte Diskriminierung ausländischer Investoren darstellen, wird geprüft, ob eine De-facto-Diskriminierung vorliegt, die das Schiedsgericht zu Recht als eine grundsätzlich ebenfalls verbotene Form der Behandlung ausländischer Investoren ansieht. In Bezug auf eine mögliche De-facto-Diskriminierung untersucht das Schiedsgericht zunächst, ob eine im Effekt ungleiche Behandlung von ausländischen und inländischen Investoren vorliegt. Liegt eine solche ungleiche Behandlung vor, so muss zusätzlich das Kriterium „*in like circumstances*“ erfüllt sein, was wiederum nach der Auffassung des Schiedsgerichts eine sorgfältige Analyse der den Fall umgebenden Fakten, der Intention Kanadas sowie des betreffenden Marktes voraussetzt. Im Grundsatz ist für das Schiedsgericht eine De-facto-Diskriminierung hinnehmbar bzw. eine Behandlung ist nicht „*in like circumstances*“, wenn sie auf legitimen und rationalen politischen Zielen basiert, die nicht die Intention einer Bevorzugung inländischer gegenüber ausländischen Investoren hat. Im konkreten Fall prüft das Schiedsgericht eine Diskriminierung von *Pope & Talbot* gegenüber kanadischen Investoren in den nicht betroffenen Provinzen, dann gegenüber Investoren aus anderen betroffenen Provinzen sowie aus der des Investors (*British Columbia*) und schließlich gegenüber inländischen Investoren in *British Columbia*. Es kommt schließlich zum Ergebnis, dass trotz ungleicher Behandlung im Effekt kein Verstoß gegen Art. 1102 vorliegt, weil Kanada rational und nicht in der Intention diskriminierend gehandelt hat.<sup>860</sup>

Bei der Prüfung des Art. 1105 legt das Schiedsgericht den Begriff „...*international law, including fair and equitable treatment and full protection and security*“ weit aus. Obwohl das Schiedsgericht das Wort „*including*“ als ein Indiz für einen integrierten Ansatz wertet, entscheidet es sich für einen additiven

<sup>860</sup> *Pope & Talbot Ltd. and the Government of Canada (Final Award)*, a.a.O., paras. 43-104.

Ansatz. Begründet wird dies mit dem Vorbildcharakter des US-Modell-Bits (vgl. VI.1.2.12) für NAFTA, in dem ein solcher additiver Ansatz zu finden ist. Es wäre daher nach Ansicht des Schiedsgerichtes absurd, ein solches Konzept nicht auch den NAFTA-Staaten bei den Verhandlungen des NAFTA-Textes als ihre Motivation zu unterstellen. Eine andere Interpretation würde dazu führen, dass Investitionen aufgrund eines solchen BIT besser gestellt werden als Investitionen gemäß NAFTA. Dies würde aber den Meistbegünstigungsgrundsatz nach Art. 1103 verletzen, weil Investitionen aus Ländern, mit denen Kanada ein solches BIT abgeschlossen hat, gegenüber Investitionen aus den USA und Mexiko bevorzugt würden.<sup>861</sup> Darüber hinaus prüft das Schiedsgericht, ob dem Investor eine faire Behandlung bei der Umsetzung des SLA zugekommen ist. Es werden sieben unterschiedliche administrative Prozesse untersucht und nur in einem Fall – der „*verification review episode*“ – wird Kanada eine unfaire Behandlung attestiert und damit ein Bruch seiner Verpflichtungen nach Art. 1105. Im Wesentlichen geschehe dies deshalb, weil Kanada ohne rechtliche Grundlage und ohne Begründung eine Prüfung von Antragsunterlagen in Portland, USA – dem Hauptsitz von *Pope & Talbot* – abgelehnt haben soll.<sup>862</sup> Im später ergangenen Schiedsspruch hinsichtlich der Höhe der Schadensersatzzahlung, in der erstmals die Interpretation der Freihandelskommission vom 31.7.2001 eine Rolle spielte (dazu siehe 3.1.5), wird *Pope & Talbot* eine Kompensation von nur ca. 0,46 Millionen US-Dollar zugesprochen<sup>863</sup> – die bisher geringste Summe, die von einem NAFTA-Schiedsgericht bisher festgesetzt worden ist. Insgesamt muss somit eher von einem Sieg Kanadas gesprochen werden.

#### VI.2.2.3.3 S.D. Myers

*Myers* ist eine kleine amerikanische Firma, die u.a. im PCB-Entsorgungsgeschäft tätig ist und Giftmülldeponien in den USA betreibt. PCB (Polychlorinated Biphenyl) ist ein hochgiftiges Abfallprodukt, das seit Jahrzehnten strenger nationaler wie internationaler Regulierung unterliegt. In Kanada sind die Herstellung und der Import von PCB seit 1977 verboten, seit 1990 auch der Export. Das Exportverbot gilt allerdings nicht für die USA, aufgrund eines bilateralen Abkommens – des *Transboundary Agreement* – sind entsprechende Transporte mit Sondererlaubnis gestattet. Kanada hat weiterhin das sog. Basel-Abkommen über das Verbot von Giftmüllexporten ratifiziert, während die USA dieses Abkommen zwar unterzeichnet, aber nicht ratifiziert haben. Das Basel-Abkommen verbietet den Export von Giftmüll auch in Nichtunterzeichnerstaaten. *Myers* hat sich seit 1993 intensiv darum bemüht, in Kanada angefallenes PCB in die USA zu exportieren, um es dort in einer eigenen Behandlungsanlage zu entsorgen. Eine entsprechende Importgenehmigung durch die amerikanische Umweltbehörde EPA (*Environmental Protection Agency*) wurde erteilt. Kanada wollte jedoch eine nationale Lösung des PCB-Problems erzwingen. Es zweifelte die Rechtmäßigkeit der EPA-Genehmigung an und sorgte sich um die Einhaltung ökologischer Standards bei der PCB-Entsorgung in den USA. Kanada schloss schließlich für 16 Monate (von November 1995 bis Februar 1997) die Grenze zu den USA für den Export von PCB. Im Juli 1997 wurde die Grenze erneut geschlossen – diesmal aufgrund einer amerikanischen

<sup>861</sup> Diese Argumentation ist schon deswegen falsch, weil Annex IV alle bi- und multilateralen internationalen Verträge, die vor dem Inkrafttreten von NAFTA wirksam wurden oder unterzeichnet worden sind, von der Meistbegünstigungsverpflichtung des Art. 1103 ausnimmt (siehe auch 3.1.3).

<sup>862</sup> Ebenda, paras. 105-185.

<sup>863</sup> *Pope & Talbot, Inc. and The Government of Canada*, NAFTA/UNCITRAL Tribunal, Award in Respect of Damages, 31.5.2002, para. 91.

Gerichtssentscheidung.<sup>864</sup>

*Myers* warf Kanada Verstöße gegen Art. 1102, 1105, 1106 und 1110 vor. Kanada hielt dagegen, dass es sich bei dem Fall nicht um eine Investitionsstreitigkeit, sondern um eine Handelsstreitigkeit handele, die nicht dem Investor-Staat-Verfahren zugänglich sei. Das Exportverbot sei ökologisch motiviert gewesen, und außerdem sei Kanada durch das Basel-Abkommen zu dem Verbot gezwungen worden. Dieses Abkommen wiederum gehe explizit den NAFTA-Verpflichtungen vor.<sup>865</sup>

In seinem Schiedsspruch versucht das Schiedsgericht intensiv die Motivation hinter dem kanadischen Exportverbot zu analysieren. Es kommt zum Ergebnis, dass Kanada aus protektionistischen Motiven gehandelt hat. Begründet wird dies u.a. damit, dass die damalige kanadische Umweltministerin im Parlament gesagt hat, dass die Behandlung von PCB in Kanada durch Kanadier geschehen solle. Außerdem gab es Expertisen des Umweltministeriums, die beinhalteten, dass ein PCB-Export in die USA ökologisch vertretbar sei bzw. sogar Vorteile gegenüber der Deponierung in Kanada hätte.<sup>866</sup>

Das formale Argument Kanadas, dass es sich um eine Handelsstreitigkeit und nicht um eine Investitionsstreitigkeit handele, wurde vom Schiedsgericht zurückgewiesen. NAFTA sei von vornherein als ein umfassendes Abkommen und als *single undertaking* konzipiert gewesen, so dass alle Bestandteile des Abkommens in einem engen Verhältnis zueinander stünden. Da der Export von PCB im Zusammenhang mit einer Investition von *Myers* stehe, sei Kapitel 11 anwendbar. Auch auf das Basel-Abkommen kann sich Kanada nach Auffassung des Schiedsgerichts nicht stützen, weil es explizit den Abschluss von bi- oder multilateralen Abkommen über die Zulassung von grenzüberschreitenden Giftmülltransporten wie z.B. dem *Transboundary Agreement* ermöglicht, vorausgesetzt diese Abkommen dienen den (primär ökologischen) Zielen des Basel-Abkommens.<sup>867</sup> Im Schiedsspruch wird ein Verstoß gegen die Art. 1102 und 1105 festgestellt, nicht jedoch gegen die Art. 1106 und 1110. Der Verstoß gegen das Nichtdiskriminierungsprinzip wird mit der protektionistischen Intention des Exportverbotes und dessen faktischer Schlechterstellung der Investition von *Myers* gegenüber kanadischen Giftmülldeponiebetreibern begründet. Außerdem habe es weniger investitionsbeeinträchtigende Maßnahmen als den Exportstopp gegeben. In einer 2:1-Entscheidung stellt das Schiedsgericht den Verstoß gegen Art. 1105 im Wesentlichen mit der bereits im *Metalclad*-Fall gegebenen Begründung fest, dass durch den Verstoß gegen Art. 1102 eine fundamentale internationale Investitionsschutzvorschrift gebrochen wurde. Es seien zwar Fälle denkbar, in denen ein Verstoß gegen Art. 1102 nicht automatisch auch ein Verstoß gegen Art. 1105 darstellen würde, in diesem konkreten Fall wäre dies aber so (eine konkrete Begründung dafür wird nicht genannt). Eine Enteignung wurde in dem Exportverbot nicht gesehen, weil die Maßnahme nur temporär war. Auch eine *performance requirement* liege nicht vor.<sup>868</sup> Die Höhe der Kompensationszahlung wurde in einem weiteren, sehr umfangreichen Schiedsspruch zwei Jahre später (!) auf 6,05 Millionen kanadische Dollar plus Zinsen festgesetzt.<sup>869</sup>

<sup>864</sup> S.D. Myers, Inc. and The Government of Canada, a.a.O., paras. 88-128.

<sup>865</sup> Ebenda, paras. 129-160.

<sup>866</sup> Ebenda, paras. 161-195.

<sup>867</sup> Mann (2001), a.a.O., S. 102, ist nicht zuzustimmen, wenn er meint, dass das Schiedsgericht ungerechtfertigterweise Handelsprinzipien zur Interpretation internationaler Umweltabkommen herangezogen habe. Art. 104 (1) sieht genau dies vor.

<sup>868</sup> Ebenda, paras. 196-298.

<sup>869</sup> S.D. Myers, Inc. and The Government of Canada, NAFTA/UNCITRAL Tribunal, Second Partial Award, 21.10.2002, paras.

Kanada Beschwerde gegen den Schiedsspruch wurde von einem kanadischen Bundesgericht abgelehnt.<sup>870</sup> Da das anzuwendende Recht für das Überprüfungsverfahren das kanadische Schiedsgerichtsgesetz ist, das eng auf dem UNCITRAL-MG (vgl. VI.6.1.2) aufbaut, verweist das Gericht unter Bezugnahme auf die Urteile in den Schiedsfällen *Metalclad* und *Feldman* auf seinen engen Überprüfungsraum und insbesondere darauf, dass eine erneute Prüfung der Rechtsfragen nicht zulässig ist.<sup>871</sup> Der Versuch Kanadas, eine Aufhebung des Schiedsspruchs wegen Überschreitung der Befugnisse des Schiedsgerichts zu erreichen, weil *Myers* angeblich kein Investor im Sinne des NAFTA gewesen sei und weil es sich um eine Handelsstreitigkeit und nicht um eine Investitionsstreitigkeit handele, scheiterte bereits aufgrund von Präklusion.<sup>872</sup> Hilfsweise hat das Gericht diese Argumente dann aber überraschend doch noch geprüft und ebenfalls abgelehnt.<sup>873</sup> Durch dieses erneute, erstmals von einem Bundesgericht erlassene Urteil hat sich die restriktive Auslegung der Überprüfung von NAFTA-Schiedssprüchen weiter verfestigt.

#### VI.2.2.3.4 *Mondev International Ltd.*

Im *Mondev*-Fall ist es erstmals in einem gegen die USA gerichteten Verfahren zu einem Schiedsspruch gekommen. In der Sache geht es um ein Immobilienprojekt in Boston, Massachusetts, im Wert von ca. 50 Millionen US-Dollar. Nach einem Vertrag zwischen dem kanadischen Investor *Mondev*, der Stadt Boston sowie einer dem Bundesstaat Massachusetts unterstehenden Planungsagentur hatte *Mondev* eine Option auf den Kauf eines Grundstückes, um darauf Büro- und Geschäftsgebäude zu bauen. 1992 begannen gerichtliche Auseinandersetzungen u.a. um den Kaufpreis und bautechnische Details vor US-Gerichten, die erst nach Inkrafttreten des NAFTA am 1.1.1994 abgeschlossen wurden. *Mondev* gewann zwar Prozesse gegen die Stadt und die Planungsbehörde. Die Gerichtsentscheidung gegen die Planungsbehörde wurde aber nicht umgesetzt, weil ihr eine gesetzliche Immunität aufgrund der Gesetze des Bundesstaates Massachusetts eingeräumt wird.<sup>874</sup>

*Mondev* klagte wegen Verletzung der Art. 1102, 1105 und 1110 durch die Gerichtsentscheidungen. Die USA verneinen die Zuständigkeit vor allem mit der Begründung, dass die behaupteten Verstöße vor Inkrafttreten des NAFTA vorgefallen seien und damit keine Klagebasis darstellen können. Das Schiedsgericht lehnt aus diesem Grund tatsächlich die Zuständigkeit hinsichtlich der Verstöße gegen Art. 1102 und 1110 ab. Zugelassen wird allerdings die Klage hinsichtlich eines Verstoßes gegen den Art. 1105.<sup>875</sup>

In der Sache blieb der Investor jedoch auch in Bezug auf Art. 1105 erfolglos, womit seine Klage komplett abgelehnt wurde. Zunächst beschäftigt sich das Gericht mit der Interpretation von Art. 1105 durch die

311-312.

<sup>870</sup> *Federal Court of Canada*, *The Attorney General of Canada and S.D. Myers, Inc.*, 2004 FC 38, 31.1.2004.

<sup>871</sup> Ebenda, paras. 21, 35-42.

<sup>872</sup> Ebenda, paras 46-54, 76 (Ziffer 6). Das ebenfalls von Kanada vorgebrachte Argument, der Schiedsspruch stehe im Widerspruch zur „*ordre public*“ in Kanada, wurde vom Gericht mit wenigen Sätzen abgelehnt, weil es dafür keine Anhaltspunkte gebe, paras. 55-56.

<sup>873</sup> Die Interpretation des Investorbegriffs durch das Schiedsgericht sei korrekt gewesen, vgl. ebenda, paras. 62-70. Außerdem seien Kapitel 12 (grenzüberschreitender Dienstleistungshandel) sowie Kapitel 11 kumulativ und nicht ausschließend zu betrachten. Da *Myers* über eine Investition in Kanada verfügte und der Streit hiermit in Verbindung stehe, handele es sich auch um eine dem Investor-Staat-Verfahren zugängliche Investitionsstreitigkeit, vgl. ebenda, para 71.

<sup>874</sup> *Mondev International Ltd. and United States of America, a.a.O.*, paras. 37-40.

Freihandelskommission. Es sieht keine Anhaltspunkte dafür, dass es sich bei der Interpretation um eine versteckte Änderung des NAFTA-Textes handelte, die keinen rechtlichen Effekt habe (was *Mondev* behauptete), und kommt zum Ergebnis: „Moreover the phrase ‘minimum standard of treatment’ has historically been understood as a reference to a minimum standard under customary international law...“<sup>876</sup> Im Mittelpunkt der weiteren Prüfung, ob Art. 1105 verletzt wurde, steht die Frage, ob die Immunität der Planungsagentur einen Verstoß gegen Art. 1105 darstellt. Das Schiedsgericht erkennt an, dass unter bestimmten Umständen eine generelle Immunität für öffentliche Stellen zu einem solchen Verstoß führen könnte. Im konkreten Fall handelte es sich aber um eine begrenzte Immunität, für die es rationale Beweggründe gebe. Außerdem seien den US-Gerichten, auf deren Handeln es hier ankam, in Bezug auf die Auslegung des Immunitätsgesetzes keine Fehler unterlaufen.<sup>877</sup>

#### VI.2.2.3.5 ADF Group Inc.

Auch in diesem Fall klagte ein kanadischer Investor gegen die USA. *ADF* wurde von einer amerikanischen Firma als Subunternehmer für Stahllieferungen, die für den Bau einer Autobahnkreuzung in Virginia benötigt wurden, vorgesehen. *ADF* wollte amerikanischen Stahl benutzen, die für das Projekt erforderlichen Fabrikationsarbeiten aber in Kanada durchführen. Damit waren die zuständigen amerikanischen Behörden in Virginia und auf nationaler Ebene nicht einverstanden, weil dies gegen amerikanische Gesetze („Buy-America-Gesetze“) verstoße, wonach bei bestimmten öffentlichen Projekten grundsätzlich amerikanischer Stahl zu benutzen und notwendige Fabrikationsarbeiten in den USA durchzuführen sind. *ADF* hat daraufhin für die Fabrikationsarbeiten Subaufträge an amerikanische Unternehmen vergeben, was die Kosten des Projektes deutlich in die Höhe getrieben habe. *ADF* wirft den USA Verstöße gegen die Art. 1102, 1103, 1105 und 1106 vor.<sup>878</sup>

Da der Auftraggeber des Projektes eine staatliche Behörde war, handelt es sich in diesem Fall um öffentliche Beschaffung. Deswegen haben die USA erfolgreich das Argument vorgebracht, dass die Ausnahmebestimmungen des Art. 1108 (7) a und (8) b hier anwendbar sind und deswegen kein Verstoß gegen die Art. 1102, 1103 und 1106 vorliegen kann.<sup>879</sup> Der Investor versuchte vergeblich zu bestreiten, dass es sich um öffentliche Beschaffung handelte, weil nicht die USA der Auftraggeber des Projektes seien, sondern der Bundesstaat *Virginia*.<sup>880</sup> Dies wurde vom Schiedsgericht mit dem *State-responsibility*-Konzept (völkerrechtliche Verantwortung eines Staates für seine territorialen Untergliederungen) abgelehnt.<sup>881</sup> Somit blieb nur noch ein möglicher Verstoß gegen Art. 1105 offen. Hier setzt sich das Schiedsgericht zunächst mit der Interpretation der Freihandelskommission

<sup>875</sup> Ebenda, paras. 41-92.

<sup>876</sup> Ebenda, para. 121.

<sup>877</sup> Ebenda, paras. 139-156. Das Schiedsgericht weist allerdings darauf hin, dass es in der Sache auch anders hätte entscheiden können, wenn das entsprechende Gesetz erst nach dem 1.1.1994 in Kraft getreten wäre; ebenda, para. 156. Dies ist m.E. unverständlich, da das Schiedsgericht bei der Prüfung der Immunitätsregelung den USA (in der völkerrechtlichen Verantwortung für seinen Bundesstaat Massachusetts) noch weitgehende Regulierungsfreiheit zugestanden hatte.

<sup>878</sup> *ADF Group Inc. and United States of America, a.a.O.*, paras. 44-90.

<sup>879</sup> Ebenda, paras. 91-101.

<sup>880</sup> Ebenda, paras. 86-88.

<sup>881</sup> Ebenda, paras. 166, 170. Auch ohne die Ausnahmebestimmungen des Art. 1108 wäre die Klage des Investors in Bezug auf die Art. 1102 und 1103 abgelehnt worden. Das Schiedsgericht sah weder eine De-Jure- noch eine De-facto-Diskriminierung in dem amerikanischen Gesetz. Der Investor habe keine ausreichende Evidenz für eine Benachteiligung seiner Investitionen im Vergleich zu amerikanischen Investoren und deren Investitionen vorgelegt; ebenda, para. 156. Ein Verstoß gegen Art. 1106 wäre aber festgestellt worden, da auch die USA nicht bestritten haben, dass es sich bei den *Buy-America*-Gesetzen um unerlaubte *performance requirements* handelt; ebenda, para. 159.

auseinander. Es lehnt entgegen dem Wunsch des Investors eine Überprüfung der Frage ab, ob es sich dabei um eine Interpretation oder um eine Änderung des NAFTA handelt, weil es dafür keine rechtliche Basis gebe. Eine Verletzung des Art. 1105 muss nach Auffassung des Schiedsgerichtes bedeuten, dass eine allgemeine Regel des Völkergewohnheitsrechtes verletzt ist, was vom Investor zu beweisen ist. Der Investor habe aber ähnlich wie bei dem Vorwurf der Diskriminierung keine ausreichenden Belege dafür erbracht, dass ihm eine *fair and equitable treatment* und *full protection and security* vorenthalten blieb. Die *Domestic-content*-Verpflichtungen, die diesem konkreten Fall zugrunde liegen, seien zudem in der Praxis aller NAFTA-Staaten und auch darüber hinaus nicht ungewöhnlich. Sie könnten daher zumindest nicht per se unfair oder unangemessen sein. Folglich wird auch ein Verstoß gegen Art. 1105 verneint, womit der Investor auf ganzer Linie sieglos blieb.<sup>882</sup>

### VI.2.2.3.6 Marvin Feldman

Diesem Fall liegt die klassische Ausgangslage eines US-amerikanischen Investors, der gegen Mexiko klagt, zugrunde. *Feldman* ist u.a. auf dem Gebiet des Exportes von Zigaretten in Mexiko als Wiederverkäufer („*reseller*“) tätig. Dies bedeutet, dass die Firma Zigaretten in Mexiko einkauft, um sie danach in andere Staaten zu exportieren. Der Streit resultiert aus einer ganzen Kette von legislativen und administrativen Handlungen Mexikos. Bis 1992 waren alle Zigarettenexporte steuerfrei, *reseller* konnten die zuvor beim Einkauf gezahlten Steuern zurückerstattet bekommen. Durch eine Gesetzesänderung sollte diese Erstattungsmöglichkeit auf Unternehmen, die in Mexiko Zigaretten produzieren, beschränkt werden. Dies wurde nach Klage von *Feldman* allerdings vom mexikanischen Verfassungsgericht abgelehnt. *Feldman* bekam trotzdem keine Steuerrückzahlungen, weil es gegen die Bestimmung, den Anteil der Zigarettensteuer auf den Exportrechnungen auszuweisen, verstieß. Außerdem wurde *Feldman* die Möglichkeit der Registrierung als Exportunternehmen verweigert, von der die Möglichkeit der Geltendmachung von Steuerrückzahlungen abhängig war. Nachdem ein mexikanisches Ministerium auch noch die Rückzahlung von Steuererstattungen von *Feldman* verlangte, klagte *Feldman* erneut vor mexikanischen Gerichten und strengte noch vor Abschluss der mexikanischen Gerichtsverfahren ein NAFTA-Verfahren wegen Verletzung der Art. 1102, 1105 und 1110 an. *Feldman* verwies darauf, dass mexikanische Zigarettenexporteure Steuererstattungen bekommen hätten. Dieser Fall ist zum Teil kurios, weil etliche Fakten umstritten sind und viele Unterlagen, die für das Verständnis der Umstände wohl von Bedeutung gewesen wären, aufgrund eines Gesetzes von Mexiko vernichtet worden sind.<sup>883</sup>

Diesem Fall kommt deswegen eine große Bedeutung zu, weil hier zum einen die Frage, ob NAFTA eine Ausschöpfung des nationalen Rechtsweges vorschreibt, geklärt wurde. Zum anderen war erstmals eine Steuer Gegenstand eines Streitschlichtungsverfahrens. Eine Ausschöpfung des nationalen Rechtsweges wird vom Schiedsgericht ganz klar abgelehnt: „*Therefore, on contrast to the local remedies rule, Article 1121 (2) (b) gives preference to international arbitration rather than domestic*

<sup>882</sup> Ebenda, paras. 175-192.

<sup>883</sup> *Marvin Feldman v. Mexico*, a.a.O., paras. 6-23. Das Kapitel zu den Fakten ist dann bezeichnenderweise auch mit „*Facts and allegations*“ betitelt.

*judicial proceedings*.<sup>884</sup> Art. 1121 (2) (b) verlangt wie beschrieben von dem Investor eine Erklärung, wonach er in Bezug auf die vor ein NAFTA-Schiedsgericht gebrachten Maßnahmen keine nationalen Gerichtsverfahren initiiert oder fortführt, soweit diese ebenfalls auf Kompensationszahlungen abzielen. Das Schiedsgericht erkennt damit explizit an, dass NAFTA von der allgemeinen Regel des Völkergewohnheitsrechtes, wonach zunächst nationale Gerichtsverfahren abzuschließen sind, bevor internationale Gerichtsverfahren initiiert werden können, abweicht.<sup>885</sup> Unumstritten war die Frage, inwieweit die mexikanische Steuer überhaupt vom Kapitel 11 erfasst wird. Wie unter 3.1.2 erläutert, sind nur die Nichtdiskriminierungs- und die Enteignungsvorschriften unter bestimmten Umständen anwendbar. Art. 1105 (*minimum standard of treatment*) schied somit von vornherein aus. Zu prüfen war daher, ob die Besteuerung einen Verstoß gegen Art. 1110 (Enteignung) darstellte. Nach Auffassung des Investors habe die Verweigerung der Steuererstattung sowie die Verpflichtung zur Rückzahlung das Unternehmen effektiv am Zigarettenexport gehindert und somit „schleichend“ enteignet, und dies wäre auch die Intention Mexikos gewesen.<sup>886</sup> Damit hatte das Schiedsgericht Kriterien für eine „schleichende Enteignung“ durch exzessive Besteuerung anzulegen. Es stellt klar, dass die Begriffe „*indirect expropriation*“ und „*tantamount to expropriation*“ in Art. 1110 schleichende Enteignungen („*creeping expropriation*“) umfasst und steuerliche Maßnahmen unter Umständen als solche zu bewerten sein können. Nachdem das Schiedsgericht intensiv vor allem unter Berufung auf das amerikanische *foreign relations law* theoretisch die Grenze zwischen legitimer Regulierung und entschädigungspflichtiger Enteignung zu bestimmen versucht, nimmt es eine Gesamtbetrachtung der Umstände des konkreten Falles vor und kommt zum Ergebnis, dass Art. 1110 nicht verletzt ist. Nicht jedes Wirtschaftsproblem für einen ausländischen Investor, das aus staatlicher Regulierung erwachse, sei eine Enteignung. NAFTA und das Völkergewohnheitsrecht gewährten demnach kein Recht auf „*gray market exports*“ (Exporte von im Inland aufgekauften Gütern) und die Investitionen (das Exportgeschäft des Investors) blieben unter der völligen Kontrolle des Investors und ließen Exporte von anderen Gütern wie Alkoholika, Fotozubehör etc. zu.<sup>887</sup> Interessant ist ein *Obiter dictum*, in dem das Schiedsgericht explizit Bezug nimmt auf das Berufungsurteil des *British Columbia Supreme Court* im *Metalclad*-Fall. Es bezeichnet dessen Ergebnis, dass ein Mangel an Transparenz noch nicht zu einer Verletzung einer NAFTA-Bestimmung führt, als eine „*instructive decision*“.<sup>888</sup>

Hinsichtlich des Art. 1102 entscheidet das Schiedsgericht mit 2:1, dass der Investor diskriminierend behandelt worden ist. Nachdem zunächst der relevante Markt analysiert und festgestellt wird, dass es andere inländische Investoren gab, die *in like circumstances* zu *Feldman* waren, wird die Tatsache, dass mehrere mexikanische Unternehmen Steuerrückzahlungen erhielten, *Feldman* aber nicht, als De-facto-Diskriminierung gewertet. Das Schiedsgericht hielt es nicht für erforderlich, zu prüfen, ob die Maßnahmen Mexikos auch entsprechend intendiert waren. Mexiko muss ca. 1,6 Millionen US-Dollar Entschädigung zahlen; der Investor hatte ca. 50 Millionen US-Dollar verlangt.<sup>889</sup> Mexikos Berufung vor

<sup>884</sup> Ebenda, para. 73.

<sup>885</sup> Ebenda.

<sup>886</sup> Ebenda, para. 89.

<sup>887</sup> Ebenda, paras. 96-153.

<sup>888</sup> Ebenda, para. 133.

<sup>889</sup> Ebenda, paras. 154-213. Im Minderheitenvotum wird die Feststellung einer Verletzung des Art. 1102 mit dem Argument abgelehnt, dass die Faktenlage dafür zu unvollständig sei.

einem kanadischen Gericht wurde abgelehnt.<sup>890</sup> Das Gericht wies explizit darauf hin, dass internationalen Schiedssprüchen generell und besonders auf dem Gebiet des Handels eine hohe rechtliche Achtung („*judicial deference*“) entgegenzubringen sei.<sup>891</sup>

### VI.2.2.3.7 Loewen Group

Beim *Loewen-Fall*<sup>892</sup> geht es um eine Auseinandersetzung um Handelsverträge im Wert von fünf Millionen US-Dollar vor einem Gericht des US-Bundesstaates Mississippi, das die kanadische Firma *Loewen* zur Zahlung von 500 Millionen US-Dollar an die mit ihr in Konkurrenz stehende US-amerikanische Firma *O’Keefe* verurteilt hat. Um Berufung vor dem nächsthöheren Gericht in Mississippi einlegen zu können, hätte *Loewen* eine Kautionssumme in Höhe von 625 Millionen US-Dollar hinterlegen müssen. Nachdem gerichtliche Versuche *Loewens*, diese Summe zu reduzieren, scheiterten, einigte sich die Firma mit *O’Keefe* auf die Zahlung von 175 Millionen US-Dollar.<sup>893</sup> *Loewen* wirft dem Gericht vor, eine nationalistische, antikanadische und klassenkämpferische Argumentation des Konkurrenten zugelassen und zur Grundlage des Schiedsspruchs gemacht zu haben. Die Bestimmung, wonach ein Berufungsverfahren vor dem *Supreme Court of Mississippi* nur erfolgen kann, wenn eine Kautionsumme in Höhe von 125% der Schadenssumme hinterlegt wird, wurde nicht von *Loewen* angegriffen, aber die Art und Weise des Umgangs mit den Versuchen, diese Summe zu reduzieren. Dies hätte *Loewen* im Effekt in seinem Rechtsschutz beschnitten. *Loewen* setzte daraufhin ein NAFTA-Streitschlichtungsverfahren in Gang wegen eines Verstoßes gegen Art. 1102, 1105 und 1110 in Gang gesetzt.<sup>894</sup>

Nachdem das NAFTA-Schiedsgericht zunächst die Zuständigkeit bejaht hatte und die Prüfung der materiellen Fragen bereits weit vorangeschritten war, musste *Loewen* Bankrott anmelden und wurde nach den Gesetzen des Staates *Mississippi* umstrukturiert. Durch diesen Umstrukturierungsprozess verlor *Loewen* aber die Kontrolle über das Unternehmen, alle wichtigen Entscheidungen wurden nunmehr unter Aufsicht der zuständigen Gerichte Mississippis getroffen. Dadurch aber war *Loewen* nicht mehr länger ein kanadischer Investor, sondern ein amerikanisches Unternehmen, das nicht länger berechtigt war, das NAFTA-Streitschlichtungsverfahren fortzuführen.<sup>895</sup> Somit verweigerte das Schiedsgericht doch noch die Zuständigkeit. In der Hauptsache wäre *Loewen* aber auch erfolglos geblieben. Zwar erkennt das Schiedsgericht in einer ausnahmsweise dem Schiedsspruch nachfolgenden Schlussfolgerung („*conclusion*“) an, dass *Loewen* von den Gerichten *Mississippis* sehr ungerecht behandelt worden ist und dass das Rechtsgefühl eigentlich verlangen würde, dem Investor Recht zu geben.<sup>896</sup> *Loewen* erhielt dies aber nicht, weil der Investor es versäumt hat, ausreichend zu begründen, warum er einen Vergleich mit *O’Keefe* abgeschlossen hat, obwohl noch eine Option auf Anrufung des *Supreme Court of Mississippi* wegen der Reduzierung der Kautionssumme, die *Loewen*

<sup>890</sup> *Ontario Superior Court of Justice*, In the Matter of an Arbitration Pursuant to Chapter Eleven of the North American Free Trade Agreement („NAFTA“) between Marvin Roy Feldman Karpas and the United Mexican States, ICSID-AF Case No. ARB (AF)/99/1, 3.12.2003.

<sup>891</sup> Ebenda, para. 97.

<sup>892</sup> The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen and United States of America, a.a.O.

<sup>893</sup> Ebenda, paras. 1-7.

<sup>894</sup> The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen and United States of America, a.a.O., para. 2.

<sup>895</sup> Es half *Loewen* auch nichts, dass es eine neue Firma namens „*Nalcancor*“ gründete, die den einzigen Zweck hatte, das NAFTA-Streitschlichtungsverfahren weiterzuführen. Das Gericht wies dies als Umgehungsversuch zurück.

den weiteren Rechtsweg offengehalten hätte, bestand. Wie schon bei *Azinian* sieht sich das Schiedsgericht nicht in der Rolle einer Appellationsinstanz für nationale Gerichtsentscheidungen: „*In the last resort, a failure by that nation to provide adequate means of remedy may amount to an international wrong but only in the last resort.*“<sup>897</sup>

#### VI.2.2.3.8 Waste Management II

In einem Konzessionsvertrag wurde dem US-amerikanischen Unternehmen *Waste Management* ein exklusives Recht für Abfallentsorgungsdienstleistungen in bestimmten Gebieten der mexikanischen Millionenstadt *Acapulco* eingeräumt. *Waste Management* standen durch den Vertrag monatliche Zahlungen durch die Stadt *Acapulco* zu. Zur Erfüllung ihrer Zahlungsverpflichtungen schloss die Stadt einen Kreditvertrag mit einer staatlichen Bank ab, der im Falle von Zahlungsschwierigkeiten maximal sechs Monatszahlungen an den Investor abdecken sollte. In der Praxis ließ sich die Exklusivität nicht durchsetzen, weil es in der Bevölkerung Widerstand gegen die Zahlung von Müllgebühren, die vorher nicht erhoben wurden, gab und einige Gruppen illegal Müll einsammelten und deponierten. Die Stadt bezahlte nur einen kleineren Teil der vom Investor vorgelegten Rechnungen, der Kreditvertrag mit der Bank wurde daraufhin für vier Monatszahlungen in Anspruch genommen. Die Bank verweigerte dem Investor aber weitere Zahlungen, weil die ersten Zahlungen nicht von der Stadt erstattet wurden und die Stadt weiteren Auszahlungen nicht zustimmte, da *Waste Management* nach Auffassung der Stadt nicht alle Bedingungen des Konzessionsvertrages erfüllte. Insgesamt 80% der in Rechnung gestellten Summe des Investors wurden nicht gezahlt. Sämtliche Verfahren vor mexikanischen Gerichten endeten mit einer Niederlage von *Waste Management*.<sup>898</sup> Eine erste NAFTA-Klage von *Waste Management* wurde wegen Unzuständigkeit des Schiedsgerichtes nicht zugelassen, weil der Investor gleichzeitig zu dem NAFTA-Schiedsverfahren noch die Gerichtsverfahren in Mexiko betrieb und somit gegen Art. 1121 (b) verstieß.<sup>899</sup> Daraufhin hat *Waste Management* ein neues Verfahren angestrengt,<sup>900</sup> in dem er sich auf Verstöße gegen Art. 1105 und 1110 beruft.<sup>901</sup>

Hinsichtlich der Rechtsfragen betont das Schiedsgericht zunächst, dass das NAFTA nicht für Verstöße gegen Verträge zwischen Investoren und staatlichen Parteien, in diesem Fall also dem Konzessionsvertrag, gilt. Ein Vertragsbruch führt daher nicht zwangsläufig zu einem NAFTA-Verstoß.<sup>902</sup> Dies deckt sich mit dem *Azinian*-Schiedsspruch (vgl. VI.2.2.3.1). Nachdem es intensiv die bisherigen Art. 1105-Auslegungen in *Mondev*, *ADF*, *Loewen* und *Myers* sowie die Interpretation der Freihandelskommission zitiert, sieht das Schiedsgericht keinen Verstoß gegen Art. 1105. Der Bank, die fast den gesamten Kreditrahmen ausgeschöpft hat, sei kein Vorwurf zu machen gewesen. Das Verhalten der Stadt *Acapulco* habe zwar dem Konzessionsvertrag widersprochen, nicht aber dem Art. 1105. Die Maßnahme sei diskriminierungsfrei erfolgt und auch vor dem Hintergrund der mexikanischen Finanzkrise (die Streitigkeiten trugen sich 1995-1997 zu und somit auf dem Höhepunkt der sog.

<sup>896</sup> Ebenda, para. 241.

<sup>897</sup> Ebenda, para. 242.

<sup>898</sup> *Waste Management, Inc. versus United Mexican States*, a.a.O. paras. 40-72.

<sup>899</sup> *Waste Management, Inc. and United Mexican States*, Arbitral Award, ICSID Case No. ARB(AF) 98/2, 2.6.2000.

<sup>900</sup> ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, registriert 27.9.2000.

<sup>901</sup> *Waste Management, Inc. versus United Mexican States*, para. 74.

<sup>902</sup> Ebenda, para. 73.

Peso-Krise) sowie des Widerstandes in der Bevölkerung gegen die Zahlung von Abfallgebühren zu bewerten, obgleich letzteres keine Entschuldigung für die Nichteinhaltung vertraglicher Verpflichtungen sein könne. Darüber hinaus sei dem Investor ausreichender Rechtsschutz vor den mexikanischen Gerichten eingeräumt worden.<sup>903</sup> In Bezug auf den Art. 1110 enthält sich das Schiedsgericht einer genauen Auslegung. Da hier auch kein *regulatory taking* vorliegen könne, seien auch die bisherigen NAFTA-Schiedssprüche nicht wegweisend für diesen Fall. Weder das Unternehmen *Waste Management* sei enteignet worden noch habe der Investor seine vertraglichen Rechte aus dem Konzessionsvertrag verloren: „*In the Tribunal’s view, an enterprise is not expropriated just because its debts are not paid or other contractual obligations towards it are breached.*“<sup>904</sup> Allerdings lässt das Schiedsgericht die Möglichkeit zu, dass ein besonders schwerer Vertragsbruch einen Verstoß gegen Art. 1110 darstellen kann. Sehr wichtig ist auch die Auffassung des Schiedsgerichtes, dass Äußerungen des Bürgermeisters von *Acapulco*, die vertraglichen Beziehungen zu *Waste Management* zu Lasten des Investors zu verändern, keinen Verstoß gegen den Art. 1110 darstellen, weil diesen Äußerungen keine verbindlichen Maßnahmen gefolgt sind.<sup>905</sup> Im *Ethyl*-Fall wurde dies vom Schiedsgericht noch offengelassen (vgl. VI.2.2.4).<sup>906</sup> Somit sieht das Schiedsgericht auch keinen Verstoß gegen Art. 1110 und lehnt die Schiedsklage in Gänze ab. Insgesamt liegt dieser Schiedsspruch, der wegen der zugrunde liegenden Fakten keine weitere Klärung des *Regulatory-taking*-Komplexes erbringt, auf einer Linie mit den meisten anderen Schiedssprüchen.

### VI.2.3 Vergleich des Enteignungsrechtes der USA mit NAFTA

Um zu einer fundierten Bewertung des NAFTA-Streitschlichtungsmechanismus in der Lage zu sein, ist ein Vergleich der Behandlungsstandards für AI mit einer der nationalen Rechtsordnungen der NAFTA-Staaten hilfreich. Exemplarisch wurden dafür die USA ausgewählt, die als einer der Hauptempfängerstaaten für DI, als Wegbereiter der Hull-Formel und als freie Marktwirtschaft wenig Spielraum für die Vermutung lassen, Interessen ausländischer Investoren gering zu schätzen. *Vicki L. Been* und *Joel C. Beauvais* von der Universität New York haben in einer umfassenden Vergleichsstudie die Enteignungs- und Entschädigungsbestimmungen der USA und der NAFTA miteinander verglichen.<sup>907</sup> Sie kommen zum Ergebnis, dass NAFTA sowohl in materieller als auch in prozedural-formeller Hinsicht über das US-Enteignungsrecht hinausgeht. Nach einer kurzen Beschreibung der Grundzüge des US-amerikanischen Enteignungsrechtes werden hier die wichtigsten ihrer Ergebnisse kritisch dargestellt. In der zusammenfassenden Bewertung des NAFTA-Streitschlichtungssystems wird darauf wieder Bezug genommen.

<sup>903</sup> Ebenda, paras. 86-140.

<sup>904</sup> Ebenda, para. 160.

<sup>905</sup> Deutlich ist auch folgende Aussage: „Individual statements of this kind made by local political figures in the heat of public debate may or may not be wise or appropriate, but they are not tantamount to expropriation unless they are acted on in such a way as to negate the rights concerned without any remedy“, ebenda, para. 161.

<sup>906</sup> Ebenda, paras. 141-176.

<sup>907</sup> Beauvais/Been, a.a.O.

### VI.2.3.1 Die Grundstruktur des US-Enteignungsrechtes

Ausgangspunkt der US-Enteignungsordnung ist die Verfassung. Der Zusatzartikel 5 („*fifth amendment*“) besagt: „*Privateigentum darf nicht ohne angemessene Entschädigung für öffentliche Zwecke eingezogen werden.*“<sup>908</sup> Zusatzartikel 14 der US-Verfassung ist ebenfalls relevant. Demnach darf Eigentum nicht ohne ein ordentliches Gerichtsverfahren entzogen werden.<sup>909</sup> Der Terminus „*angemessene Entschädigung*“ („*just compensation*“) im Zusatzartikel 5 unterscheidet sich auf dem ersten Blick von den meisten BIT, die die USA abgeschlossen haben, bei denen gemäß der Hull-Formel von „*prompt, adequate and effective compensation*“<sup>910</sup> gesprochen wird, und auch vom Art. 1110 (2) NAFTA, der ebenfalls auf *Hull* beruht und die Begriffe „*prompt, adequate and effective*“ näher ausführt. Der Verfassungsartikel wird aber durch das „*foreign relations law*“ konkretisiert, der „*just compensation*“ als „*prompt, adequate and effective*“ definiert.<sup>911</sup> Der Unterschied zwischen den USA und NAFTA liegt somit nicht im „Wie“ der Kompensationszahlung, sondern im „Wann“, d.h. zu welchem Zeitpunkt eine entschädigungspflichtige Enteignung vorliegt.

US-Gerichte haben folgende Kriterien zur Frage der Prüfung, ob eine entschädigungspflichtige Enteignung vorliegt, entwickelt: „*A permanent physical invasion of private property*“ und wo eine Regulierung „*deprives land of all economically beneficial use*“, worunter eine 100%ige Wertminderung zu verstehen ist.<sup>912</sup> Mit dem ersten Kriterium ist eine physische Inbesitznahme privaten Eigentums durch den Staat oder im Auftrage des Staates zu verstehen, z.B. weil Flächen für Straßen- oder Wohnungsbau benötigt werden. Das zweite Kriterium spricht indirekte bzw. De-facto-Enteignungen an. Staatliche Regulierungen, die zu keinem Transfer von Eigentumstiteln bzw. zu keiner physischen Inbesitznahme führen, aber trotzdem keine wirtschaftliche Nutzung des Eigentums mehr zulassen, sind damit erfasst. Wenn keines dieser beiden Kriterien zutrifft, untersuchen US-Gerichte die genauen Umstände eines konkreten Einzelfalles nach einem erstmals im Urteil *Penn Central Transportation Co. v. City of New York* entwickelten Analyserasters. Danach sind wichtige Entscheidungskriterien „*the economic impact of the regulation on the claimant, and particularly, the extent to which the regulation has interfered with distinct investment backed expectations*“ sowie „*the character of the governmental action*“.<sup>913</sup> Entscheidend für die ökonomische Auswirkung einer Regulierung ist dabei die Definition dessen, was als Eigentum angesehen wird. Werden z.B. durch eine Umweltregulierung 10% des gesamten Landbesitzes eines Investors komplett einer ökonomischen Nutzung entzogen, so sind nur 10% des gesamten Eigentums betroffen. Wird das Eigentum aber nur als das spezifische, durch die Regulierung betroffene Teilgebiet des gesamten Besitzes angesehen, so liegt eine komplette Wertminderung vor, die zu einer entschädigungspflichtigen Enteignung führt – vorausgesetzt, alle weiteren Kriterien wären erfüllt und es gibt keine sonstigen außergewöhnlichen Umstände. Auch was eine „*distinct investment backed expectation*“ bzw. ein „*character of the governmental action*“ darstellt,

<sup>908</sup> Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika (17.9.1787), in: documentArchiv.de (Hrsg.), <http://www.documentArchiv.de/in/usverf.html>, Stand: 20.4.03.

<sup>909</sup> Allerdings gilt diese Vorschrift eher als eine allgemeine rechtsstaatliche Regel und weniger als eine konkrete Enteignungsschutzvorschrift wie das *fifth amendment*.

<sup>910</sup> Art. III (1) Treaty between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of El Salvador Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment.

<sup>911</sup> Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States of America § 712(1) (1986).

<sup>912</sup> Beauvais/Benn, a.a.O., S. 27. Auffallend ist, dass das amerikanische Enteignungskonzept sehr bodenbezogen ist.

<sup>913</sup> Ebenda.

ist nicht hinreichend klar in der amerikanischen Rechtsprechung. Eindeutig ist allerdings, dass es sehr schwer ist, vor einem US-Gericht eine enteignungsbezogene Entschädigung durchzusetzen.<sup>914</sup> Fast nie haben US-Gerichte eine 100%ige Wertminderung durch eine staatliche Regulierung festgestellt und nur selten hat eine Einzelfallüberprüfung nach dem *Penn Central*-Vorbild einen Entschädigungsanspruch begründet: „*The ‘character of the government action’ inquiry has generally militated in favor of liability only when there has been a permanent physical invasion or occupation. Similarly, a compensable taking is only rarely found by consideration of the economic impact factor when less than all beneficial use of the property has been destroyed.*“<sup>915</sup>

### VI.2.3.2 Mögliche Erweiterung des US-Enteignungsrechtes durch NAFTA

#### a.) Geld als schützenswertes Eigentum

Das US-Recht erkennt nur unter ganz besonderen Umständen staatlich verordnete Geldzahlungen für Investoren als Enteignungen an, z.B. wenn diese als Voraussetzung für die Erteilung von Genehmigungen, die im Zusammenhang mit einer Investition stehen, gelten. Der US Supreme Court hat in einer knappen Entscheidung in *Eastern Enterprises v. Apfel* im Jahr 1998 den Rahmen für solche Fälle abgesteckt. Ein früheres Kohleunternehmen sah den *Coal Industry Retiree Health Benefit Act*, der die Firma zu rückwirkenden Geldzahlungen an ehemalige Bergleute verpflichtet, als Enteignung an. Die Mehrheit des Gerichtes lehnte dies mit der Begründung ab, dass das *fifth amendment* nur spezifische und identifizierbare Eigentumsrechte schützt, nicht aber bloße Geldzahlungen. Allerdings sah die Mehrheit den Zusatzartikel 14 der US-Verfassung (*denial of justice*) als verletzt an wegen der bis zu 35 Jahre rückwirkenden Geltung des Gesetzes.<sup>916</sup>

Hier ist der Schlussfolgerung von *Beauvais/Benn* zu widersprechen, die bisherige NAFTA-Streitschlichtungspraxis habe durch die Schiedssprüche in den Fällen *Pope & Talbot* und *Loewen* (Entscheidung über die Zuständigkeit) eine expansive Ausdehnung des Eigentumsbegriffes auf Geldzahlungen ergeben.<sup>917</sup> Kein NAFTA-Schiedsgericht hat sich bisher direkt mit dieser Frage beschäftigt. Beim beschriebenen *Loewen*-Fall geht es zwar um Geldzahlungen des Investors, diese stehen aber in einem Zusammenhang mit angeblichen diskriminierenden, antikanadischen Äußerungen sowie einer zumindest faktischen Verweigerung des Rechtsschutzes. Außerdem wurde in der Zuständigkeitsentscheidung dieses Argument von den USA überhaupt nicht vorgebracht. Auch der *Pope & Talbot*-Schiedsspruch bringt keine näheren Hinweise. Zwar geht es hier im Kern tatsächlich um Geldzahlungen (Exportgebühren). Diese stehen aber zweifelsfrei in einem direkten Verhältnis zu den Investitionen des Unternehmens. Außerdem hat das NAFTA-Schiedsgericht vor allem den Zugang zum US-Markt als die schützenswerte Investition angesehen (was zwar auch eine expansive Interpretation

<sup>914</sup> Vgl. auch Echeverria, J.D. (2003): *The Real Contract On America*, S. 28-39.

<sup>915</sup> Radford, R.S./Breemer, J.D. (2000): *The Significance and Proper Role of Investment-backed Expectations in Regulatory Takings Law*, S. 449-495, zitiert nach Beauvais/Benn, a.a.O., S. 28, m.w.N.

<sup>916</sup> Ebenda, S. 33-34 mit weiteren Nachweisen u.a. mit klaren Zitaten wie „Requiring money to be spent is not a taking of property“ oder „[T]he mere imposition of an obligation to pay money, as here, does not give rise to a claim under the Takings Clause of the *Fifth Amendment*“ aus Urteilen nationaler oder bundesstaatlicher Gerichte.

<sup>917</sup> Ebenda, S. 34-35.

des Investitionsbegriffes darstellt, aber hier nicht im Fokus ist).<sup>918</sup> Da außerdem im Ergebnis eine Enteignung von *Pope & Talbots* Investition verneint wurde, weil die Beeinträchtigung nicht substantiell genug war, dient dieser Fall schlecht als Beispiel für eine extensive Streitschlichtungspraxis in Bezug auf die expansive Definition von bloßen Geldzahlungen als schützenswertes Eigentum. Unterstützt wird diese Ansicht durch den Text des NAFTA selbst. Art. 1138 (g) definiert eine Investition u.a. als „*property (tangible and intangible) acquired in the expectation or used for the purpose of economic benefit or other business purposes.*“ Nirgends im NAFTA findet sich eine Definition, die Geldzahlungen ohne einen Bezug zu ökonomischer Aktivität als Investition ansieht.

#### b.) „Estoppel“ und „vested rights“

Diese beiden prozeduralen Rechtsgrundsätze des US-Rechtes - die in ähnlicher Form auch Bestandteil anderer Rechtsordnungen sind – gehören eng zusammen. *Estoppel* lässt sich am besten mit dem Gedanken des vertrauensbegründenden Vorverhaltens definieren. Danach kann sich derjenige, der einen anderen zu bestimmten Maßnahmen veranlasst, nicht darauf berufen, der andere habe rechtswidrig gehandelt.<sup>919</sup> Im US-Recht wird *estoppel* aber nicht anerkannt, wenn ein solcher Fehler mit einem vertretbaren Aufwand hätte bemerkt werden können.<sup>920</sup> *Vested rights* bedeutet, dass – hier angewandt auf das Thema Investitionen – ein Investor eine Investition, z.B. ein Bauprojekt, welches durch zwischenzeitliche gesetzliche Änderungen eigentlich nicht mehr beendet werden dürfte, trotzdem abschließen darf, wenn der Investor in Treu und Glauben auf eine rechtmäßige Fertigstellung seiner Investition bereits substantielle Aufwendungen erbracht hat.<sup>921</sup>

In Bezug auf die genannten Rechtsgrundsätze ist das auch hinsichtlich der Fakten intensiv unter VI.2.2.2 dargestellte *Metalclad*-Verfahren relevant. Hier hat das Schiedsgericht ein vertrauensbegründendes Vorverhalten des mexikanischen Staates gesehen. US-Gerichte hätten diesen Fall nach *Beauvois/Benn* wohl anders beurteilt. Die Klage *Metalclads* wäre ungeachtet der Frage, ob der Investor bereits substantielle Aufwendungen erbracht hätte, schon deswegen abgelehnt worden, weil der Investor ohne kommunale Baugenehmigung angefangen hat zu bauen und einen Baustopp der mexikanischen Gemeinde ignoriert hat. Außerdem war dem Investor sehr bewusst, dass die Frage, ob es einer kommunalen Baugenehmigung bedürfe oder nicht, umstritten war. Insofern war das Vertrauen auf die Aussagen einer nationalen Behörde, die im fundamentalen Gegensatz zu den Aussagen der Gemeinde stand, auf deren Territorium die Deponie errichtet werden sollte, zumindest riskant.<sup>922</sup>

#### c.) Analyse der Motive

In der US-Rechtsprechung ist die Achtung der Entscheidung der demokratisch gewählten Legislative die Regel und deren juristische Überprüfung die Ausnahme. Eine Untersuchung der Motive der

<sup>918</sup> *Pope & Talbot Ltd. and the Government of Canada, a.a.O.*, para. 96.

<sup>919</sup> *Herdegen, a.a.O.*, S. 16.

<sup>920</sup> *Beauvois/Benn, a.a.O.*, S. 38.

<sup>921</sup> *Ebenda.*

<sup>922</sup> *Ebenda*, S. 38-44. Die Autoren nennen hier mehrere ähnliche gelagerte Fälle in den USA, in denen Gerichte kein vertrauensbegründendes Vorverhalten akzeptiert haben. In einem Fall (*Allied-General Nuclear Services v. United States of America*) wurden sogar 200 Millionen US-Dollar in ein Projekt auf dem Gebiet der Atomenergie investiert.

Parlamentarier in Bezug auf die Gesetzgebung wird nur in Hinblick auf fundamentale Grundrechte und potenzielle Verstöße gegen den Zusatzartikel 14 Absatz 1 der US-Verfassung („*equal protection clause*“, mit der die Rassendiskriminierung in den USA abgeschafft wurde) anerkannt.<sup>923</sup> Auch in Bezug auf Klagen, dass bestimmte Umwelt- oder Landnutzungsregulierungen protektionistisch oder wettbewerbsverzerrend seien, wird eine Hands-off-Doktrin verfolgt. Der *US Court of Appeals for the Seventh Circuit* hat eine Klage gegen eine Landnutzungsentscheidung zurückgewiesen und festgestellt, dass „*much governmental action is protectionist or anticompetitive; and nothing is more common in zoning disputes than selfish opposition to zoning changes. The Constitution does not forbid government to yield to such opposition; it does not outlaw the characteristic operations of democratic (perhaps of any) government, operations which are permeated by pressure from special interests.*“<sup>924</sup> Im US-Recht führt eine protektionistische Intention hinter einer Entscheidung oder einer Maßnahme nicht zwingend zu deren Ungültigkeit, so lange legitime Gründe für deren Einführung vorhanden waren die primäre Motivation hinter einer Entscheidung oder Maßnahme darstellten.<sup>925</sup>

Die Untersuchung der Motive hinter einer als protektionistisch angesehenen Maßnahme hat im geschilderten *Myers-Fall* eine wichtige Bedeutung gehabt. Es war der erste und bislang einzige Fall, in dem ein NAFTA-Schiedsgericht einen Verstoß einer Maßnahme gegen die Nichtdiskriminierungsvorschriften auch mit deren zugrunde liegender Motivation und Entstehungsgeschichte begründet und sich insofern vom US-Recht unterscheidet. Obwohl das Schiedsgericht explizit anerkennt, dass Kanada auch legitime politische Gründe für die beklagten Maßnahmen hatte (nämlich die Unterbindung des grenzüberschreitenden Transportes hochgiftiger Abfälle), wird ein Verstoß gegen das Prinzip der Inländerbehandlung festgestellt, weil es nach Ansicht des Schiedsgerichtes weniger investitionsstörende Alternativen gegeben hätte.<sup>926</sup> Das Schiedsgericht erkennt an, dass eine protektionistische Intention für sich allein gesehen noch keinen Verstoß gegen Art. 1102 darstellen kann. Es müsse in jedem Fall auch eine konkrete Benachteiligung ausländischer Investoren vorliegen.<sup>927</sup> Wie beschrieben, war die letztere Feststellung ausreichend für das *Feldman-Schiedsgericht*.

Eine Untersuchung der Motive einer Maßnahme muss nicht notwendigerweise zum Nachteil der Regulierungsfreiheit eines Staates reichen, wie das Beispiel *Pope & Talbot* zeigt (vgl. VI.2.2.3.2). Umgekehrt kann dies auch eine Chance sein, von einer rein faktischen Betrachtung der Frage, ob ein ausländischer Investor Nachteile im Vergleich zu einem inländischen Investor erleidet, abzuweichen. Dem gegenüber ließen sich legitime öffentliche Belange berücksichtigen, die evtl. zur Einführung der Maßnahmen geführt haben.<sup>928</sup>

<sup>923</sup> Ebenda, S. 44.

<sup>924</sup> Zitiert ebenda, S. 45.

<sup>925</sup> Ebenda. Auf meine Nachfrage hin, ob dies nicht doch bedeute, dass US-Gerichte mögliche protektionistische Motive untersuchten, antwortete mir eine der beiden Autorinnen, Vicki Been: „*They (Anm.: die US-Gerichte, der Autor) will not engage in what I think of as 'searching' inquiries except in race and fundamental rights cases. They respond to allegations that a decisionmaker had a protectionist motive not by scrutinizing the actual motives, but rather by looking for whether there is any evidence of a legitimate motive that was predominant, and if so, that will overcome evidence of a bad motive.*“ (E-mail vom 7.5.2003).

<sup>926</sup> S.D. Myers, Inc. and The Government of Canada, a.a.O., paras. 255.

<sup>927</sup> Ebenda, paras. 252, 254.

<sup>928</sup> Mann (2001), a.a.O., S. 32, der zu Recht darauf hinweist, dass im Gegensatz zum *Myers-Fall* eine solche Untersuchung im *Metalclad-Schiedspruch* nicht geleistet worden ist. Im *Metaclad-Schiedspruch* findet sich folgende Passage: „*The Tribunal need*

#### d.) Enteignung aufgrund von Gerichtsurteilen

US-Gerichte einschließlich des *Supreme Court* haben die Möglichkeit, dass Gerichtsentscheidungen entschädigungspflichtige Enteignungen darstellen können („*judicial takings*“), in ständiger Rechtsprechung zurückgewiesen. Nur in einem einzigen Urteil, das der Supreme Court aus anderen Gründen wieder aufhob, wurde ein *judicial taking* unter außergewöhnlichen Umständen von einem Gericht akzeptiert.<sup>929</sup>

Der bereits geschilderte *Azinian*-Schiedsspruch hielt zwar fest, dass NAFTA keine Berufungsinstanz gegen nationale Gerichtsurteile darstellt. Auf der anderen Seite wurde aber in einem *Obiter dictum* u.a. unter Berufung auf den früheren Präsidenten des Internationalen Gerichtshofes konstatiert, dass ein Staat nach internationalem Recht verantwortlich ist für Handlungen seiner legislativen, exekutiven und judikativen Gewalten (*state responsibility*). Im Rahmen der judikativen Gewalt ist neben einer Verweigerung des Rechtsschutzes (*denial of justice*) auch „*a pretence of form to achieve an internationally unlawful end*“ eine Möglichkeit, nationale Gerichtsentscheidungen durch die NAFTA-Streitschlichtung überprüfen zu lassen. Letzteres wird nicht näher definiert, während eine Verweigerung des Rechtsschutzes in vier Situationen auftreten kann: „*If the relevant courts refuse to entertain a suit, if they subject it to undue delay, if they administer justice in a seriously inadequate way*“ oder wenn es eine „*clear and malicious misapplication of the law*“ gibt.<sup>930</sup>

Das NAFTA-Schiedsgericht hat in seinem Schiedsspruch zur Zuständigkeit im *Loewen*-Fall unter Bezugnahme auf das *Obiter dictum* im *Azinian*-Urteil und das State-responsibility-Konzept festgestellt, dass das Abkommen unter dem Begriff „*measures*“ auch nationale Gerichtsurteile versteht und deswegen die Zuständigkeit bejaht.<sup>931</sup> Zur Frage, ob Gerichtsurteile auch eine entschädigungspflichtige Enteignung darstellen können, hat sich das Schiedsgericht zwar im materiell-rechtlichen Schiedsspruch nicht äußern müssen. Die Wahrscheinlichkeit ist aber sehr hoch, dass dies bejaht worden wäre. Denn wenn Gerichtsurteile eine Maßnahme im Sinne des NAFTA darstellen können, dann kann eine solche Maßnahme auch eine Enteignung darstellen. Art. 1110 spricht u.a. von „*measure tantamount to nationalization or expropriation...*“ und nichts deutet darauf hin, dass der Begriff „*measure*“ in Art. 1110 anders auszulegen wäre als „*measure*“ in Art. 201. Außerdem haben die USA in ihrer Klageerwiderung diesen Punkt überhaupt nicht thematisiert. Das Gleiche gilt für den *Mondev*-Fall. Das Schiedsgericht hatte deswegen keine Schwierigkeiten, die entsprechende Zuständigkeit festzustellen.<sup>932</sup>

*Beauvais/Benn* kommen zu folgendem Ergebnis: „*None of the judicial actions at issue in those NAFTA claims would be considered takings* (von US-amerikanischen Gerichten, der Autor) *even under the most expansive judicial takings theory...*“<sup>933</sup> Festzuhalten bleibt aber auch, dass bislang noch in keinem

*not decide or consider the motivation or intent of the adoption of the Ecological Decree*“, *Metalclad Corporation and The United Mexican States*, a.a.O., para. 111.

<sup>929</sup> Beauvais/Benn, a.a.O., S. 47-49 mit umfangreichen weiteren Nachweisen.

<sup>930</sup> Azinian et al and The United Mexican States, a.a.O., paras. 98-103.

<sup>931</sup> The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen and United States of America, a.a.O., S. 22.

<sup>932</sup> Mondev International Ltd. and United States of America, a.a.O., S. 60.

<sup>933</sup> Beauvais/Benn, a.a.O., S. 51.

Schiedsspruch eine entschädigungspflichtige Enteignung aufgrund eines nationalen Gerichtsurteiles festgestellt wurde.

#### e.) Ausschöpfung des nationalen Rechtsweges und „ripeness“

Bestandteil der US-Rechtsordnung ist generell und nicht nur bei Entschädigungsklagen eine Verpflichtung zur Ausschöpfung des Rechtsweges („*exhaustion of state remedies*“). Bevor der *US Supreme Court* angerufen werden kann, müssen zunächst alle zuständigen kommunalen und bundesstaatlichen Gerichte durchlaufen worden sein.<sup>934</sup>

NAFTA verlangt demgegenüber wie dargestellt keine Ausschöpfung des nationalen Rechtsweges. Im *Metalclad*-Schiedsspruch wurde diese Frage im Rahmen einer Fußnote mit dem gleichen Ergebnis wie bei *Feldman* angesprochen.<sup>935</sup> Auch bei *Azinian*, wo der Investor bei den substanziellen Fragen scheiterte, ist implizit die Ausschöpfung des nationalen Rechtsweges verneint worden.<sup>936</sup> Die Tendenz geht also dahin, eine Notwendigkeit der Ausschöpfung des nationalen Rechtsweges nicht zu statuieren. Damit hat der Investor effektiv ein Wahlrecht, ob er nationale Gerichtsverfahren initiieren bzw. fortführen oder ob er die NAFTA-Streitschlichtung anrufen will. Nur parallele Verfahren schließt Art. 1121 (2) (b) aus, soweit sie auf Entschädigungszahlungen gerichtet sind.

*Ripeness* ist quasi das administrativ-legislative Pendant zur Regel der Ausschöpfung des Rechtsweges. US-Gerichte haben Entschädigungsklagen häufiger deswegen abgelehnt, weil noch keine abschließende administrative oder legislative Entscheidung im jeweiligen Streitfall ergangen war. Solange dies nicht der Fall ist, sei eine entsprechende Entscheidung nicht möglich, weil dann sowohl die Prüfung der ökonomischen Auswirkungen einer als Enteignung angesehenen Maßnahme in Bezug auf den Investor als auch eine Bewertung, ob er „*reasonable investment-backed expectations*“ hatte, nicht möglich sei.<sup>937</sup>

In einem Fall hat ein NAFTA-Schiedsgericht bisher gegen *Ripeness*-Regeln entschieden. Und zwar wie beschrieben bei *Ethyl*, wo die Maßnahme, gegen die der Investor klagte, ein noch nicht in Kraft getretenes Gesetz war. Dennoch wurde die Zuständigkeit bejaht.

<sup>934</sup> Ebenda, S. 51-52.

<sup>935</sup> *Metalclad Corporation and The United Mexican States*, a.a.O., FN 4, S. 31.

<sup>936</sup> *Azinian et al and The United Mexican States*, a.a.O., para. 100.

<sup>937</sup> *Beauvais/Benn*, a.a.O., S. 53-54.

## VI.2.4 Zusammenfassende Bewertung

Nach gut zehn Jahren NAFTA lässt sich eine erste Zwischenbilanz ziehen. Diese bezieht sich auf die Streitschlichtungspraxis. Zugrundeliegen die dargestellten Streitfälle sowie die anderen in Tabelle 19 aufgeführten Fälle (Stand: 30.3.2005). Die Bewertung wird unterteilt in allgemeine, formell-prozessuale sowie in materiell-rechtliche Aspekte. Nach Art. 1136 (1) entfalten Schiedssprüche nur für den jeweiligen Fall bindende Wirkung: „*An award made by a Tribunal shall have no binding force except between the disputing parties and in respect of the particular case.*“ Faktisch kommt den Schiedssprüchen aber eine sehr bedeutende Wirkung zu, was auch daran gesehen werden kann, dass fast alle Schiedsgerichte sehr intensiv andere Schiedssprüche zitieren und in ihre Urteilsbildung einfließen lassen.

### VI.2.4.1 Allgemeine Bewertung

Bisher sind 38 Investor-Staat-Streitfälle bekannt geworden, rein rechnerisch also ca. 3,5 pro Jahr. Vom 1.1.1994 bis zum 1.1.1997 gab es erstaunlicherweise nur fünf Streitfälle, wobei über zwei Schiedsfälle so gut wie keine Informationen öffentlich verfügbar sind. Statistisch gesehen wird also jeder der drei Vertragsstaaten etwas häufiger als einmal im Jahr mit einer Klage eines Investors konfrontiert. Ob dies viel oder wenig ist, hängt auch sehr stark von einer vergleichenden Bewertung ab. Hierfür bietet sich allerdings nur die Anzahl der BIT-Streitfälle an. WTO- und GATT-Streitfälle lassen sich nicht mit den NAFTA-Schiedsfällen vergleichen, weil sie zum einen zwischenstaatlich sind und zum anderen über den Investitionsbereich hinausgehen.<sup>938</sup> Auch dies bleibt deutlich hinter dem NAFTA-Wert zurück. Im Rahmen der ICSID-Streitschlichtung kam es bisher zu 117 auf BIT beruhenden Fällen, davon sind 50 abgeschlossen (vgl. VI.1.3). Für UNCITRAL, ICC und SCC sind leider keine entsprechenden Daten verfügbar, so dass ein solider Vergleich zwischen NAFTA- und auf BIT beruhenden Schiedsverfahren nicht möglich ist. Da die erste ICSID-Konvention bereits 1966 in Kraft trat und fast jeder Staat der Welt BIT unterzeichnet hat, spricht allerdings auch hier einiges dafür, dass die Anwendungsrate niedriger ist als bei NAFTA. Zu beachten ist aber die dargestellte stark ansteigende Nutzung der ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit in den letzten Jahren. Trotzdem kann nicht von einer inflationären Anwendung des NAFTA-Streitschlichtungsverfahrens gesprochen werden. Ganz klar ist jedoch, dass das Investor-Staat-Verfahren das entscheidende Instrument zur Durchsetzung der NAFTA-Bestimmungen geworden ist. Denn das nach Kapitel 20 vorgesehene Staat-Staat-Streitschlichtungsverfahren spielt nur eine untergeordnete Rolle. Dabei sollte es nach Art. 2004 das eigentlich anwendbare Verfahren sein, was auch dadurch zum Ausdruck kommt, dass es in die Schlussbestimmungen des Abkommens integriert ist und nicht wie das Investor-Staat-Verfahren in ein inhaltliches Kapitel. Innerhalb von zehn Jahren gab es nur drei Streitfälle, die mit einem

<sup>938</sup> Wenn dennoch ein Vergleich gezogen wird, dann fällt auf, dass die Inanspruchnahme der WTO-Streitschlichtung weit geringer ist als die der NAFTA-Streitschlichtung: Seit Gründung der WTO am 1.1.1995 gab es (Stand: 23.3.2004) 309 Streitfälle, in 88 Fällen sind Urteile ergangen, vgl. Kapitel V.1.4. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die WTO 147 Mitglieder hat. Damit kommen umgerechnet auf jeden WTO-Mitgliedsstaat und Jahr nur 0,23 Streitfälle bzw. knapp ein Viertel so viele Fälle wie im Vergleich zum NAFTA. Im Rahmen des GATT sind von 1948 bis zum 31.12.1994 insgesamt 101 Urteile ergangen, vgl. WTO (2002c), a.a.O., wobei leider keine Daten über die Zahl aller GATT-Streitfälle zu ermitteln waren. Es kann somit insgesamt von mindestens 250 Streitfällen kann ausgegangen werden, dies wären ca. 5,3 pro Jahr bzw. nur 0,13 pro GATT-Mitgliedsstaat und Jahr bei einer durchschnittlichen GATT-Mitgliederzahl von 41,4 (Berechnungsgrundlage: Zahl der Mitgliedsstaaten dividiert durch die Zahl der Welthandelsrunden seit 1947 mit Ausnahme der Uruguay-Runde, weil deren Ergebnisse erst am 1.1.1995 in Kraft getreten sind,

Schiedsspruch abgeschlossen wurden. Kein einziger Streitfall ist noch anhängig.<sup>939</sup> Diese Tatsache sollte eine wichtige Rolle spielen bei der Debatte um die Schaffung eines internationalen Investitionsabkommens und den dazugehörigen Streitschlichtungsvorschriften.

Schaut man sich die Herkunftsländer der Investoren und die beklagten Staaten näher an, wird ein deutliches Gefälle erkennbar. In 23 Fällen handelte es sich um amerikanische Investoren, zwölfmal um kanadische und nur in zwei Fällen um mexikanische Investoren,<sup>940</sup> in einem Fall liegen keine entsprechenden Informationen vor. Zwölfmal waren die USA die beklagte Partei, zehnmal Kanada und in sechzehn Fällen Mexiko. Mexiko ist also überdurchschnittlich häufig Klagen ausgesetzt, während seine Investoren dieses Instrument quasi nicht nutzen. Hauptnutzer sind US-amerikanische Investoren.

Abgeschlossen sind – soweit bekannt – bislang vierzehn Fälle, davon zehn durch Schiedsspruch, zwei durch Vergleich, einer durch Klagerückzug und einer (*Signa*), weil ein nationales Gericht im Sinne des Investors entschieden hat. Bei diesen Daten sind große Unsicherheiten möglich, da es keine Verpflichtung gibt, den aktuellen Verfahrensstatus zu veröffentlichen. So ist wahrscheinlich, dass mehrere der als „hängig“ bezeichneten Schiedsfälle tatsächlich bereits abgeschlossen sind. Außerdem ist natürlich möglich, dass mehr als die beschriebenen 38 Schiedsverfahren eingeleitet worden sind. Z.B. wurde der *notice of intent* im Fall *Signa* erst sieben (!) Jahre nach seiner Einreichung veröffentlicht. Schiedssprüche bezüglich der substantiellen Vorschriften des Kapitels 11 (vor allem Art. 1102, 1105 und 1110) sind in neun Fällen ergangen. Auffallend ist dabei die lange durchschnittliche Verfahrensdauer: Bei den zehn durch Schiedsspruch abgeschlossenen Verfahren beträgt diese ca. vier Jahre, ein weiteres Verfahren läuft bereits seit über fünf Jahren. Die Effizienz dieses Verfahrens lässt damit trotz der eingeschränkten Überprüfungsmöglichkeiten zu wünschen übrig. Dies hat sicher auch mit der Splittung der Schiedssprüche zu tun. Nur selten wird die Frage der Zuständigkeit und der materiellen Rechtsfragen in einem Schiedsspruch entschieden. Häufig gibt es vorläufige und Teilschiedssprüche. Selbst die Festsetzung der Kompensationshöhe erfolgt manchmal in einem eigenen Schiedsspruch.

Eine Bewertung, ob die bisher abgeschlossenen Verfahren eher zu Gunsten der Investoren oder der Staaten ausgegangen sind, ist im Einzelfall nicht einfach. So hat z.B. *Metalclad* zwar sechzehn Millionen US-Dollar an Kompensation zugesprochen bekommen, bei den meisten Rechtsfragen aber verloren. Noch deutlicher ist das Missverhältnis im Fall *Pope & Talbot*, wo der Schiedsspruch zwar dem Investor Recht gibt, aber nur in einer einzigen, relativ nachrangigen Frage. Die anfängliche Tendenz zu Gunsten der Investoren hat sich in den jüngsten Schiedssprüchen nicht fortgesetzt. Dies könnte bereits eine Folge der Interpretation der NAFTA-Freihandelskommission sein. In sechs Fällen (*Azinian*, *ADF*, *Mondev*, *Loewen*, *Waste Management I* und *II*) wurde das Ansinnen eines klagenden Investors komplett zurückgewiesen, bis auf *Waste Management I* immer hinsichtlich der materiellen Fragen. Erfolge für die Investoren gab es neben *Metalclad* und *Pope & Talbot* in den Schiedsfällen *Myers* und *Feldman*. Dazu

---

Daten nach WTO (1999), a.a.O., S. 9).

<sup>939</sup> NAFTA-Sekretariat, <http://www.nafta-sec-alena.org/english/index.htm>, Recherche v. 3.6.2004. Leider ist die Zahl der insgesamt angestregten Streitfälle nicht bekannt, weder die NAFTA-Sekretariatshomepage noch die entsprechenden Webseiten der Vertragsstaaten geben darüber Auskunft. Es muss aber davon ausgegangen werden, dass es solche Streitfälle bisher kaum gegeben hat, sonst hätten diese in der wissenschaftlichen Literatur sowie in der politischen Diskussion eine Rolle gespielt.

<sup>940</sup> Einer dieser beiden Fälle (*Lomos Santa Fé*) ist schon von vornherein chancenlos, weil sich die Klage gegen Mexiko richtet.

kommt noch der *Ethyl*-Fall, der als ein klarer Sieg für den Investor gewertet werden muss. Die USA haben bisher alle ihre Verfahren, in denen sie Beklagte waren, gewonnen. Insgesamt wurden Investoren in den zehn Jahren seit Inkrafttreten des NAFTA ca. 27,1 Millionen US-Dollar Schadenersatz zugesprochen. Dies stellt nur einen sehr geringen Teil dessen dar, was eingeklagt werden sollte. Insgesamt lässt sich mit Sicherheit sagen, dass sich – quantitativ betrachtet – die schlimmsten Befürchtungen von Skeptikern des Investor-Staat-Verfahrens des Kapitels 11 nicht bestätigt haben.

#### VI.2.4.2 Formal-Prozessuale Bewertung

Eindeutig investorenfreundlich ist die Streitschlichtungspraxis, soweit sie sich auf formale bzw. prozessuale Fragen bezieht. Formale Verstöße von Investoren werden überwiegend liberal gehandhabt. Fragen wie die nach der Definition eines Investors oder die, was alles eine Maßnahme im Sinne des NAFTA sein kann, werden sehr extensiv ausgelegt. Durch die Entscheidung in den Fällen *Loewen* und *Mondev* (sowie durch das *Obiter dictum* in *Azinian*) ist auch klar, dass nationale bzw. regionale Gerichtsurteile Maßnahmen im Sinne des NAFTA sein können.<sup>941</sup> Der Fall *Loewen* zeigt aber auch, dass der Investor während des gesamten Verfahrens die Kontrolle über sein Unternehmen behalten muss, um einen Streitfall für sich entscheiden zu können. Die Schiedssprüche *Azinian* und *Waste Management II* haben darüber hinaus verdeutlicht, dass NAFTA kein Forum ist, um Verstöße gegen Konzessionsverträge zu überprüfen.

Ein ganz entscheidender Punkt ist, dass das Investor-Staat-Verfahren de facto zu einem Hebel für Investoren geworden ist, auch andere als Investitionsstreitigkeiten direkt, d.h. ohne einen mühsamen Umweg über das Staat-Staat-Verfahren, zur Streitschlichtung zu bringen. In drei Fällen handelte es sich im Kern eindeutig um Streitigkeiten bezüglich des Handels mit Gütern (Exportregime im Fall *Pope & Talbot*, Exportverbot im Fall *Myers* sowie Importverbot im Fall *Ethyl*). Dennoch reichte bereits ein gewisser Zusammenhang mit einer Investition aus, um das Investor-Staat-Verfahren für anwendbar zu erklären. Da es bei jeder Handelsstreitigkeit natürlich auch einen Investor bzw. eine Investition gibt – nämlich den Produzenten und seine Produkte – wird in Zukunft jede Handelsstreitigkeit, bei der ein NAFTA-Investor bzw. seine Investitionen involviert sind, zu einem Kapitel-11-Verfahren führen können. Der Analyse von *Weiler* ist somit nichts hinzuzufügen, außer dass sie natürlich nicht nur für Kanada gilt: „Based upon its submission to the Tribunal, it appears that Canada never imagined that by agreeing to the NAFTA it had left itself open to challenges by American businesses whose ‘investments’ had been harmed by laws or policies that were not strictly related to investors and investments.“<sup>942</sup>

Die Überprüfungsmöglichkeiten sind bisher in drei Fällen angewandt und zum Abschluss gebracht worden, wodurch sich eine erste vorsichtige Bewertung rechtfertigen lässt. Die Einschränkungen sind dabei in allen Fällen sehr deutlich geworden, auch wenn es im *Metalclad*-Fall eine Teilaufhebung gegeben hat. Die Zuhilfenahme der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit bzw. der Mangel an NAFTA-eigenen Streitschlichtungsinstitutionen – wie es sie z.B. innerhalb der WTO gibt –, führt dazu, dass nur ganz schwerwiegende Fehler der Schiedsgerichte zu einer Aufhebung des Urteils führen. Dies

<sup>941</sup> Mann (2001), a.a.O., S. 105.

dürfte in der Praxis nur selten der Fall sein. Wie das Beispiel *Metalclad* zeigt, kann eine Überprüfungsinstanz aber durchaus eine positive Rolle spielen.

Vergleicht man die Enteignungsbestimmungen der USA mit denen des NAFTA, so ist vor allem in formal-prozeduraler Hinsicht der Unterschied unverkennbar. Die Hürden des NAFTA sind insoweit signifikant niedriger als in den USA,<sup>943</sup> insbesondere durch die unterschiedlichen Standards hinsichtlich *estoppel*, Ausschöpfung des Rechtsweges, der Möglichkeit, dass Gerichtsurteile als Enteignungen bewertet werden sowie *ripeness*. Eine Übertragung auf Kanada und Mexiko ist ohne eine eingehende Prüfung nicht möglich. In Bezug auf Mexiko kann aber vermutet werden, dass auch hier NAFTA zu einer deutlichen Ausweitung geführt hat. Es ist kaum zu erwarten, dass mexikanische Gerichte weniger streng diesbezügliche Standards anlegen als US-amerikanische Gerichte. In Mexiko war die CALVO-Doktrin Bestandteil der Verfassung und das Land hat eine lange Geschichte von Enteignungen und Nationalisierungen.<sup>944</sup>

#### VI.2.4.3 Materielle rechtliche Bewertung

Hinsichtlich des Prinzips der Inländerbehandlung scheint sich eine eher extensive Rechtsprechung herauszukristallisieren. Zwar wurde in den sieben Schiedssprüchen, bei denen vorgebrachte Verstöße gegen Art. 1102 entschieden wurden, zweimal (*Myers, Feldman*) für und fünfmal (*Metalclad, Mondev, ADF, Loewen, Pope & Talbot*) gegen den Investor entschieden. Aber in allen Fällen außer bei *Pope & Talbot* schied eine Verletzung bereits aus formalen Gründen aus. Der materielle Prüfungsmaßstab ist sehr ähnlich. Klar ist, dass neben einer direkten Diskriminierung ausländischer Investoren (De-jure-Diskriminierung) auch die Diskriminierung im Effekt (De-facto-Diskriminierung) zu einem Bruch des Art. 1102 führen kann. Um „*in like circumstances*“ festzustellen, bedarf es einer genauen Marktanalyse, um inländische konkurrierende Investoren zu ermitteln. In diesem Fall wird die Intention hinter der beklagten Maßnahme des Vertragsstaates geprüft (nur bei *Feldman* wurde dies nicht getan) – bis hin zu Äußerungen von Regierungsvertretern im Parlament. Erkennt das Schiedsgericht einen protektionistischen Hintergrund, dann liegt ein Verstoß vor.<sup>945</sup> Grundet sich die Maßnahme hingegen auf rationale Erwägungen im öffentlichen Interesse, dann liegt kein Verstoß vor. Für gesicherte Aussagen müssen die Ergebnisse der weiteren Streitschlichtungspraxis abgewartet werden.

Das Konzept des *minimum standard of treatment* des Art. 1105, das ein absolutes Schutzrecht für ausländische Investoren darstellt, ist das zentrale Einfallstor für Investorklagen. In jeder Klage mit Ausnahme von *Ethyl* wurde ein Verstoß gegen diesen Artikel vorgebracht. In fast allen Schiedssprüchen spielte dieser Aspekt eine Rolle, in drei Schiedssprüchen wurde ein Verstoß gegen Art. 1105 festgestellt (*Metalclad, Myers, Pope & Talbot*), im Fall *Metalclad* wurde dies wieder aufgehoben durch das Berufungsurteil des *Supreme Court of British Columbia*. Die Auslegung des Art. 1105 war zunächst extrem extensiv. Im Grunde wird ein Verstoß gegen andere internationale Verträge, vor allem aber

<sup>942</sup> Weiler, T. (2001): *The Ethyl Arbitration: First of its Kind and a Harbinger of Things to Come*, S. 192.

<sup>943</sup> Bestätigend auch Echeverria, a.a.O., S. 33. Nicht zuzustimmen ist Echeverria aber, wenn er davon ausgeht, dass NAFTA-Schiedsgerichte eine Routineüberprüfung von US-Gerichtsurteilen vornehmen könnten, ebenda.

<sup>944</sup> Ebenda, S. 15.

<sup>945</sup> Zusätzlich muss natürlich noch das Kriterium „*in like circumstances*“ erfüllt sein, d.h. es muss nationale Wettbewerber im

gegen einen anderen NAFTA-Artikel als ausreichend angesehen. Es ist sicherlich kein Zufall, dass gerade dieser Artikel durch die Interpretation der Freihandelskommission eingeschränkt worden ist. Insbesondere Kanada hatte nach mehreren verlorenen Prozessen ein massives Interesse an einer Einschränkung. Nach der Interpretation ist in keinem weiteren Schiedsspruch ein Verstoß gegen Art. 1105 festgestellt worden. Entgegen anders lautender Prognosen haben die Schiedsgerichte auch nicht die Legalität der Interpretation durch die Freihandelskommission angezweifelt. Natürlich bleibt die weitere Praxis abzuwarten, aber es sieht sehr danach aus, dass dem Art. 1105 die „schärfsten Zähne“ gezogen worden sind.<sup>946</sup>

Zwei Schiedssprüche (*Myers, Pope & Talbot*) sind in Bezug auf Art. 1106 (*performance requirements*) ergangen. In keinem Schiedsspruch wurde ein Verstoß festgestellt. *Performance requirements* werden sehr eng ausgelegt. Das Konzept der *De-facto-performance-requirements* wird im Grunde nicht anerkannt. *Performance requirements* müssen explizit einer Investition auferlegt werden.

Überraschend hat Art. 1110 (Enteignung) keine solche dominante Rolle eingenommen, obwohl die Kritik am Kapitel 11, aber auch bei anderen Investitionsabkommen, vor allem beim MAI-E, sich sehr stark auf die Enteignungsbestimmungen bezog. Befürchtet wurde ein deutliches Missverhältnis zwischen dem Schutz von Investitionen und der Möglichkeit von Staaten, im öffentlichen Interesse zu regulieren. Der durch Vergleich beigelegte *Ethyl*-Fall wurde als Präjudiz für viele weitere Fälle gesehen, in denen nationale Umwelt- oder Sozialgesetze aufgrund von Klagen multinationaler Konzerne „gekippt“ werden. Dies ist nicht eingetreten. Häufig wurde wohl auch übersehen, dass ein NAFTA-Schiedsgericht eben "nur" Kompensationszahlungen verhängen, aber kein nationales Gesetz außer Kraft setzen kann. Auch im Vergleich NAFTA-USA kann lediglich eine geringe Ausweitung des materiellen Enteignungsrechtes festgestellt werden.<sup>947</sup> Einzig im *Metalclad*-Fall wurde ein Verstoß gegen Art. 1110 festgestellt, bei *Mondev, Feldman, Pope & Talbot, Myers* und *Waste Management II* wurde dies zurückgewiesen. Klargestellt ist auch, dass der Terminus „*measures tantamount to expropriation*“ keine über das normale internationale Enteignungsschutzkonzept hinausgehende Bedeutung hat. Auf der anderen Seite hat die Praxis aber auch ergeben, dass das NAFTA-Enteignungsschutzkonzept in den Bereich der Regulierung hineinragt. Nichtdiskriminierende Regulierungen aus Umwelt- oder Sozialgründen können eine Enteignung darstellen. Die Intention hinter diesen Regulierungen wurde in den bisherigen Streitfällen im Unterschied zur Prüfung der De-facto-Diskriminierung bei den meisten Schiedssprüchen nach Art. 1102 nicht analysiert. Das genaue Verhältnis zwischen der Möglichkeit zur Regulierung im öffentlichen Interesse und dem Enteignungsschutz muss sich erst noch weiter herauskristalisieren, zumal die Freihandelskommission hier keine Interpretation vorgenommen hat. Umstritten ist, ob das sog. „*regulatory chilling*“ eingetreten ist. Darunter ist zu verstehen, dass Staaten es nicht mehr wagen, neue Umwelt- oder Sozialgesetze zu erlassen, aus Angst, später von einem NAFTA-Schiedsgericht zu Kompensationszahlungen in Millionenhöhe verurteilt zu werden. Dieser

---

gleichen Markt bzw. in einem Substitutionsgütermarkt geben, die durch die Maßnahme bevorteilt werden.

<sup>946</sup> VanDuzer, J.A. (2002): NAFTA Chapter 11 to Date: The Progress of a Work in Progress, S. 27 kommt zum Ergebnis, dass in Zukunft Schiedssprüche wie in den Fällen *Metalclad, Pope & Talbot* und *Myers* nicht mehr möglich sind.

<sup>947</sup> So auch Echeverria, a.a.O., S. 33: „*The most significant (substanzielle Bestimmungen, der Autor), however, are essentially restatements, in more expansive terms, of the very broad property-protective provisions of the U.S. Constitution.*“ Er sieht aber eine expansivere Auslegung dieser Bestimmungen im Vergleich zur Rechtsprechung der US-Gerichte.

Effekt ist extrem schwer zu messen. Im Grunde müsste hierfür eine umfangreiche vergleichende Analyse der Umwelt- und Sozialgesetzgebung der NAFTA-Staaten im Vergleich zu dieser Gesetzgebung vor Inkrafttreten des NAFTA sowie zur entsprechenden Gesetzgebung von Nicht-NAFTA-Staaten unternommen werden. Eine solche Analyse ist dem Autor nicht bekannt, sie kann im Rahmen dieser Arbeit auch nicht geleistet werden. Die geringe Zahl der abgeschlossenen Verfahren könnte die Vermutung nahe legen, dass sich die NAFTA-Staaten noch nicht so in Besorgnis versetzen lassen, dass wirklich gravierende Einflüsse auf die Gesetzgebung zu erwarten sind.<sup>948</sup> Mann kommt allerdings in Hinblick auf Kanada zum Ergebnis, dass nach NAFTA-Inkrafttreten erst zwei neue Umweltgesetze erlassen worden sind, die zudem beide im Rahmen des Investor-Staat-Verfahrens angegriffen worden sind.<sup>949</sup> Zu berücksichtigen ist auch, dass ein möglicher *Chilling*-Effekt sich durch das Zusammenwirken von bilateralen Verträgen, der WTO-Rechtsordnung und dem NAFTA ergeben könnte. Viel wird in dieser Hinsicht vom Ausgang des *Methanex*-Falles<sup>950</sup> (vgl. Tabelle 19 im Anhang 3) abhängen, der bereits jetzt in den USA eine große Medienaufmerksamkeit erregt hat.

---

<sup>948</sup> So auch Hart/Dymond (2002), a.a.O., S. 18.

<sup>949</sup> Mann (2001), a.a.O., S. 33, wobei auch er keine umfassende Analyse dieses Problems leistet.

<sup>950</sup> In einem vorläufigen Schiedsspruch zur Zuständigkeit hat der Investor eine schwere Niederlage hinnehmen müssen, so dass es fraglich ist, ob es in diesem Fall überhaupt zu einer Hauptsachentscheidung kommt, vgl. *Methanex vs. the United States of America*, NAFTA/UNCITRAL Tribunal, Preliminary Award on Jurisdiction, 5.8.2002.

## VI.3 MAI-Vertrag

Den bisher ambitioniertesten Versuch, ein IIA auf den Weg zu bringen, stellten die gescheiterten Verhandlungen um ein Multilaterales Abkommen über Investitionen (MAI) dar. Im Folgenden sollen der Verhandlungsablauf und die Vertragsinhalte dargestellt werden, weil hieraus wichtige Rückschlüsse im Hinblick auf die aktuelle Debatte um ein IIA gezogen werden können. Besonders die Abweichungen von BIT und vom NAFTA werden herausgearbeitet.

### VI.3.1 Vorgeschichte und Verhandlungsablauf

Die OECD hatte sich bereits lange Zeit vor den MAI-Verhandlungen sowohl wissenschaftlich als auch politisch mit dem Thema DI beschäftigt. Bereits sieben Jahre vor dem offiziellen Startschuss der Verhandlungen gab es den Versuch, das damals schon im OECD-Rahmen bestehende nichtverbindliche *national treatment instrument*<sup>951</sup> in ein rechtverbindliches Instrument umzuwandeln. Dieser Versuch, der vor allem im OECD-Komitee für internationale Investitionen und multinationale Unternehmen verhandelt wurde, misslang einige Jahre später vor allem deswegen, weil die europäischen Regierungen auch die subnationalen staatlichen Ebenen in den Anwendungsbereich des Instrumentes einbeziehen wollten. Dagegen leisteten wiederum die USA Widerstand.<sup>952</sup> Die USA setzten sich seitdem für ein umfassenderes *High-standard*-Investitionsabkommen ein. Nachdem 1991 eine Machbarkeitsstudie für ein MAI in Auftrag gegeben wurde, kam es 1994 zur Einsetzung von Arbeitsgruppen, die die wesentlichen Inhalte eines MAI vorbereiten sollten. Schon zu diesem Zeitpunkt gab es eine intensive Einbeziehung von Industrieverbänden.<sup>953</sup> Von Anfang an fiel die Auswahl des Verhandlungsforums auf die OECD, weil bei dieser Organisation die Entwicklungsländer von den Verhandlungen ausgeschlossen sind. Dadurch wäre – so war die Überlegung – ein weitreichendes Abkommen erheblich einfacher durchzusetzen. Später sollte das Abkommen dann über den sukzessiven Beitritt von Entwicklungsländern internationalisiert werden.<sup>954</sup> Doch nach dem offiziellen Beginn der Verhandlungen im Mai 1995, bei denen eine Frist zum Abschluss der Verhandlungen von zwei Jahren gesetzt wurde,<sup>955</sup> kam es schnell zu internen Differenzen. Die drei Hauptstreitpunkte, auf die bei der Darstellung der Vertragsinhalte näher eingegangen wird, waren ein angestrebter Boykott von Sekundärinvestitionen, eine Ausnahmeklausel für Organisationen der regionalen Wirtschaftsorganisation (*Regional Economic Integration Organization*, im Folgenden REIO) sowie die Behandlung des kulturellen Sektors. Die Hauptkontrahenten waren dabei im Wesentlichen die USA und die EU. Bei der Frage des kulturellen Sektors gab es die schärfsten Auseinandersetzungen zwischen den USA auf der einen sowie Frankreich und Kanada auf der anderen Seite. Weitere wichtige Streitpunkte waren der Einbezug

<sup>951</sup> Das „*national treatment instrument*“ der OECD besteht aus einer Prinzipienklärung, die Bestandteil der im Jahr 1976 verabschiedeten Erklärung über internationale Investitionen und multinationale Unternehmen ist (vgl. II.2.2) sowie Entscheidungen des OECD-Rates. Es ist ein rechtsunverbindliches Instrument, mit dem lediglich *post-establishment* geregelt wird. In einem Annex haben die OECD-Staaten länderspezifische Ausnahmen angemeldet. 1988 sind die OECD-Staaten übereingekommen, die Anzahl der Ausnahmen nicht weiter zu erhöhen („*standstill*“). Der Text des „*national treatment instrument*“ sowie die länderspezifischen Ausnahmen finden sich in OECD (2002): *National Treatment for Foreign-Controlled Enterprises*.

<sup>952</sup> Graham, a.a.O., S. 20-21; Balanya, B., Doherty, A., Hoedeman, O., Ma'anit, A., Wesselius, E. (1998): *MAIgalomania*, S. 5.

<sup>953</sup> Balanya et al., a.a.O., S. 5.

<sup>954</sup> Graham, a.a.O., S. 10. Einige Beobachter sind der Meinung, dass der MAI-Vertrag als Grundlage für die Aushandlung eines WTO-Investitionsabkommens gedient hätte, vgl. von Moltke, a.a.O., S. 28; Balanya et al., a.a.O., S. 5 unter Verweis auf ein Dokument der niederländischen Verhandlungsdelegation.

<sup>955</sup> OECD (1995a): *A Multilateral Agreement on Investment*, S. 3. Der Bericht wurde im Mai 1995 vom OECD-Rat angenommen, womit der Beginn der Verhandlungen offiziell beschlossen worden ist.

steuerlicher Maßnahmen sowie der subnationalen Ebenen in den Anwendungsbereich des Abkommens. Erheblich belastet wurden die Verhandlungen durch das *Helms-Burton*-Gesetz der USA (siehe VI.3.2.6), das im März 1996 in Kraft trat.<sup>956</sup> Die Frist wurde nicht eingehalten und im Mai 1997 um ein weiteres Jahr verlängert.<sup>957</sup> Erst zu diesem Zeitpunkt kam es zu größeren öffentlichen Protesten, die vor allem von NGOs organisiert wurden. Die NGOs waren vor allem besorgt über die ihrer Meinung nach zu weit gehenden Enteignungsbestimmungen des Entwurfes, die ihrer Meinung nach vor allem zu *regulatory takings* geführt hätten und denen, durchgesetzt durch den Investor-Staat-Mechanismus, zahlreiche Umwelt- und Sozialgesetze zum „Opfer“ fallen würden. Das Fehlen verbindlicher Umwelt- und Sozialbestimmungen wurde heftig kritisiert. Genährt wurden die Befürchtungen der NGOs durch die ihrer Auffassung nach einseitig an Wirtschafts- und Handelsinteressen orientierte Streitschlichtungspraxis der WTO sowie den ersten Erfahrungen mit der NAFTA-Schiedspraxis, insbesondere dem ausführlich dargestellten Fall *Ethyl* (VI.2.2.1).<sup>958</sup> Bei den Verhandlungen wurden diese Proteste durchaus zur Kenntnis genommen, was auch die Tatsache belegt, dass im letzten der insgesamt drei Vertragsentwürfe explizite Bestimmungen zu Arbeit und Umwelt, die allerdings noch keinen Konsens unter den Verhandlungsdelegationen erzielen konnten, enthalten waren.<sup>959</sup> Die Verhandlungen waren jedoch nicht mehr zu „retten“. Zwischen Mai und Oktober 1998 wurden sie suspendiert. Der Auszug Frankreichs aus den Verhandlungen im Oktober 1998 war dann das endgültige Scheitern, das offiziell von der OECD erst im Dezember 1998 bekanntgegeben wurde.<sup>960</sup>

Nach dem Scheitern der Verhandlungen ist viel über die Gründe dieses Scheiterns diskutiert worden. Es kommt hier nicht im Einzelnen darauf an, diese genau aufzuschlüsseln. Klar ist, dass es mehrere Ursachen für das Scheitern gab und dass der Auszug Frankreichs aus den Verhandlungen nur ein Symptom, aber nicht die Ursache der Krise war. Vier Gründe sind zu nennen: Neben den internen Differenzen bei Schlüsselfragen sind dies der große Umfang der länderspezifischen Ausnahmen, der starke öffentliche Protest sowie die mangelnde Unterstützung der Wirtschaft in der schwierigen Schlussphase der Verhandlungen.<sup>961</sup> Insbesondere wäre es verfehlt, das Scheitern der Verhandlungen nur dem starken Widerstand der NGOs zurechnen zu wollen.

Neben den Inhalten des Abkommens wurde insbesondere von NGOs immer wieder kritisiert, dass Industrieverbände einen starken Einfluss auf das Abkommen gehabt hätten, sowie dass die Verhandlungen sehr intransparent abgelaufen wären. Es wurde gar von Geheimverhandlungen gesprochen.<sup>962</sup> Obwohl beide Kritiken über einen klaren rationalen Kern verfügen, schießen sie im Ergebnis doch über das Ziel hinaus. Es ist richtig, dass es einen massiven Einfluss der Wirtschaft auf die Verhandlungen gegeben hat. Zu nennen sind hier insbesondere die ICC, die im Abkommen ja auch als potenzielles Streitschlichtungsforum benannt wird, der ERT, der Dachverband der europäischen Unternehmerverbände (*Union of Industrial and Employer's Confederations of Europe*, UNICE) sowie

<sup>956</sup> Ebenda, S. 27-32; Balanya et al., a.a.O., S. 7.

<sup>957</sup> Balanya et al., a.a.O., S. 7.

<sup>958</sup> Graham, a.a.O., S. 35-49.

<sup>959</sup> Sforza, a.a.O., S. 2.

<sup>960</sup> Graham, a.a.O., S. 10-12.

<sup>961</sup> Barlow/Clarke, a.a.O., S. 11; Graham, a.a.O., S. 15-49 weist zusätzlich auf die mangelnde Unterstützung durch die politischen Führer der verhandelnden Staaten hin, die es bei der Uruguay-Runde sowie bei den NAFTA-Verhandlungen noch gegeben habe; Balanya et al., a.a.O., S. 6-8.

natürlich der offizielle Wirtschaftsbeirat der OECD, der BIAC (*Business-Industry Advisory Council*). Dazu kommen noch zahlreiche nationale Lobbyverbände der Wirtschaft.<sup>963</sup>

Genau so gehört es aber zur historischen Wahrheit, dass die Gewerkschaften über den OECD-Beirat TUAC (*Trade Union Advisory Council*) von Anfang an in die Verhandlungen eingebunden waren. Außerdem nahm die Unterstützung der Wirtschaft für das Abkommen rapide ab, als klar wurde, dass die Reichweite insbesondere wegen der umfangreichen länderspezifischen Ausnahmen nicht mehr so weitgehend, wie ursprünglich gedacht, ausfallen würde.<sup>964</sup> Die Transparenzdefizite bei den MAI-Verhandlungen spiegelten in etwa die Defizite wider, die sich generell bei der Aushandlung internationaler Verträge ergeben. Richtig ist, dass es in keinem an den Verhandlungen beteiligten Land eine größere öffentliche Debatte gegeben hat. Außerdem war der US-Kongress entgegen der üblichen Tradition der Beteiligung an der Aufnahme von Verhandlungen über Handelsverträge nicht mit eingebunden worden, was in den USA stark kritisiert wurde.<sup>965</sup> Von Geheimverhandlungen kann aber schon deshalb keine Rede sein, weil diese offiziell von den OECD-Gremien beschlossen worden sind.

### VI.3.2 Vertragsinhalte

Ergänzend zum eigentlichen Vertragsentwurfstext incl. Fußnoten wird in der folgenden Darstellung auch der Kommentar herangezogen, der wichtige Erläuterungen des Entwurfstextes sowie verworfene Vorschläge bzw. Minderheitenpositionen enthält. Es wird aber jeweils explizit benannt, ob der Entwurfstext oder der Kommentar gemeint ist. Ausdrücklich wird auch klargestellt, ob eine Entwurfsbestimmung Konsens unter den Verhandlungsparteien erzielt hatte oder ob sie umstritten war. Es wurde der jeweils letzte Entwurfstext (Stand: 24.4.1998) in englischer Originalfassung verwendet, deutsche Übersetzungen wurden ergänzend herangezogen.<sup>966</sup>

#### VI.3.2.1 Investitionsdefinition und Anwendungsbereich

Die Investitionsdefinition war weitgehend vereinbart.<sup>967</sup> Alle Investitionsarten sowie die Produkte der Investitionen waren in der Definition des MAI-E erfasst<sup>968</sup>, incl. API<sup>969</sup>, F+Ü, *greenfield investment* etc. unabhängig davon, ob sie kurz- oder langfristig sind. Auch die Benennung von geistigen Eigentumsrechten, Managementverträgen, Konzessionen<sup>970</sup> sowie allen anderen materiellen und immateriellen, beweglichen und unbeweglichen Eigentums verdeutlichten einen umfassenden Ansatz. Es wurde darauf hingewiesen, „*that this broad definition of investment calls for further work on*

<sup>962</sup> Jakobeit (1999), a.a.O.

<sup>963</sup> Balanya et al., a.a.O., S. 13-17.

<sup>964</sup> Ebenda, S. 8; Graham, a.a.O., S. 10.

<sup>965</sup> Graham, a.a.O., S. 18-20.

<sup>966</sup> Da die MAI-Bestimmungen nicht einheitlich nummeriert sind, werden Textzitate in folgender Weise nummeriert: Kapitelnummer, Überschrift, Unterkapitelnummer (falls vorhanden) und evtl. Absatznummer sowie MAI-E für MAI-Vertragsentwurf bzw. MAI-EK für MAI-Vertragsentwurf-Kommentar (z.B. III. Performance Requirements 1.g MAI-E) In den seltenen Fällen, in denen Kapitel durchgehend skizziert sind, entfallen die Überschriften, und Zitate werden in verkürzter Form gekennzeichnet (z.B. IV.2.1.c MAI-E).

<sup>967</sup> U.a. sollte die geeignete Behandlung – nicht aber die Frage, ob diese Bereiche erfasst sind oder nicht - von indirekten Investitionen, geistigen Eigentumsrechten, Konzessionen, Staatsschulden und Landbesitz noch weiter geprüft werden.

<sup>968</sup> II. Definitions, Investment 1. MAI-EK.

<sup>969</sup> II. Definitions, Investment 8. MAI-EK.

<sup>970</sup> II. Definitions 2. Z. vii MAI-E.

*appropriate safeguard provisions.*<sup>971</sup> Unter den Terminus „*enterprise*“ fielen laut MAI-EK auch Universitäten und wissenschaftliche Forschungseinrichtungen.<sup>972</sup> Die Nennung von Konzessionen und Lizenzen zielte vor allem auf den Zugang zu natürlichen Ressourcen.<sup>973</sup> Eine Einschränkung des Investitionsbegriffes durch die nationale Gesetzgebung enthielt der MAI-E nicht. Der Entwurf enthielt keine Einschränkung des Anwendungsbereiches bezüglich sub-nationaler Ebenen (für Deutschland Bundesländer oder Kommunen), wie es z.B. im NAFTA enthalten ist.<sup>974</sup>

Insgesamt gingen somit Investitionsdefinition und Anwendungsbereich des MAI-E deutlich über die im NAFTA und vielen BIT enthaltenen Bestimmungen hinaus.

### VI.3.2.2 Behandlung von Investoren und Investitionen

#### a.) Inländerbehandlung und Meistbegünstigung

Die Nichtdiskriminierungsbestimmungen des MAI-E waren nahezu textgleich mit den entsprechenden NAFTA-Regelungen. Durch die Liberalisierung des Marktzuganges im MAI-E ging der Entwurf über die Bestimmungen der weitaus meisten BIT sowie anderer regionaler oder internationaler Investitionsabkommen hinaus. Der Grundsatz, dass es in die Rechtshoheit des jeweiligen Staates fällt, zu bestimmen, wer in bestimmten Wirtschaftssektoren investieren darf und wer nicht, wäre damit aufgegeben worden.<sup>975</sup> Eine weitere Gemeinsamkeit besteht darin, dass keineswegs eine gleiche oder vergleichbare Behandlung von in- und ausländischen Investoren verlangt wurde, sondern dass es darum geht, dass ausländische Investoren gegenüber ihren inländischen Konkurrenten bzw. anderen ausländischen Konkurrenten nicht schlechter gestellt werden dürfen. Eine positive Diskriminierung zu Gunsten ausländischer Investoren war erlaubt. Vorschläge, die Formulierung „*no less favourable*“ durch „*same*“ oder „*comparable*“ zu ersetzen, konnten sich nicht durchsetzen, weil sie nach Auffassung der meisten Verhandlungsdelegationen eine unakzeptable Schwächung des Behandlungsstandards der Investoren bedeutet hätten.<sup>976</sup>

Erstaunlicherweise wurde der Terminus „*in like circumstances*“, der wohl in allen internationalen Investitionsverträgen verwandt wird, als umstritten markiert. Wäre diese Formulierung nicht in den Vertragstext aufgenommen worden, hätte dies weitreichende Konsequenzen gehabt, wie folgendes Beispiel demonstriert: In einem bestimmten sensitiven Bereich wie der Forstwirtschaft werden aus ökologischen Gründen von einem Staat keine weiteren Konzessionen zum Holzeinschlag vergeben, um zu einer Erholung des verbliebenen Waldbestandes zu gelangen. Angenommen, die bisher vergebenen Konzessionen behielten ihre Gültigkeit und wären nur an inländische Unternehmen erteilt worden, so läge hier ein Fall der De-facto-Diskriminierung vor, weil diese neue Maßnahme dazu führt, dass ausländische Investoren keinen Zugang zu einem Markt bekommen, während inländische Investoren Einschlagkonzessionen besitzen. Mit dem Zusatz „*in like circumstances*“ (unter vergleichbaren

<sup>971</sup> II. Definitions, FN 1 MAI-E.

<sup>972</sup> II. Definitions, Investment 8. MAI-EK.

<sup>973</sup> II. Definitions, Investment 14. MAI-EK.

<sup>974</sup> Die USA hatten allerdings einen entsprechenden Vorschlag eingebracht, vgl. Annex 1, Subnational Measures MAI-E.

<sup>975</sup> Engels et al., a.a.O., S. 15.

Umständen), der von den USA vorgeschlagen worden ist, sollte das Verbot der De-facto-Diskriminierung eingeschränkt werden, denn nun käme es nicht mehr allein auf den Effekt einer Maßnahme an, sondern auf den Umstand ihrer Einführung. Im genannten Beispiel mit den Holzkonzessionen läge dann wohl keine De-facto-Diskriminierung mehr vor, weil die Beschränkung der Konzessionsvergabe an ausländische Investoren unter anderen Umständen erfolgt wäre als die Vergabe der Konzessionen an inländische Investoren (vgl. auch den „Asbest-Fall“ innerhalb der WTO unter V.1.3.2 sowie die entsprechenden Ausführungen im NAFTA-Kapitel).

### b.) Transparenz

Die Transparenzbestimmungen des Vertragsentwurfs verpflichteten im Gegensatz zu den meisten BIT alle Vertragsstaaten, unverzüglich ihre Gesetze, anderen Rechtsnormen, administrative und gerichtliche Entscheidungen zu veröffentlichen, die relevant für das Abkommen sind.<sup>977</sup> Dies deckt sich mit Art. 1802 NAFTA. Eine Vertragspartei hätte die Veröffentlichung von Informationen verweigern können, wenn die „*financial affairs and accounts of individual customers of particular investors or investments*“ oder vertrauliche Informationen bzgl. einzelner Investoren bzw. legitime kommerzielle Interessen einzelner Unternehmen betroffen gewesen wären.<sup>978</sup>

Der Hintergrund der Transparenzbestimmungen des MAI-Vertrages besteht darin, diskriminierende Investitionspolitiken öffentlich zu machen, um damit zum einen den Investoren mehr Rechtssicherheit zu geben und zum anderen faktischen Druck in Bezug auf die Nichteinführung neuer diskriminierender Bestimmungen auszuüben. Denn diese würden sich sicher leichter einführen lassen, wenn sie nicht umgehend veröffentlicht werden müssten, was auch die Möglichkeit von Streitschlichtungsfällen erhöhen würde. Für Entwicklungsländer, insbesondere für LDCs, hätten die Bestimmungen allerdings Kostenprobleme aufwerfen können.<sup>979</sup>

### c.) Performance requirements

Die Vorschriften zu den *performance requirements* stellten einen weiteren zentralen Bereich des MAI dar, der innerhalb<sup>980</sup> und außerhalb der Verhandlungen höchst strittig war. Während der erste Artikel in nicht weniger als zwölf Bereichen einem Vertragsstaat verbot, aus- und inländischen Investoren *performance requirements* aufzuerlegen, wurden durch den zweiten Artikel im Grunde zwei Arten von *performance requirements* eingeführt. Sechs verschiedene *performance requirements*, darunter LCR und *export performance requirements*, sollten generell verboten werden.<sup>981</sup> In sechs weiteren Fällen wurden sie für den Fall zugelassen, dass sie im Zusammenhang mit Investitionsanreizen auferlegt werden. Der Investor hätte sich also in einem solchen Fall entscheiden können, ob er

<sup>976</sup> III. National Treatment and Most Favoured Nation Treatment 3. MAI-EK. Näher begründet wurde dies nicht.

<sup>977</sup> III. Transparency 1. MAI-E.

<sup>978</sup> III. Transparency 3. MAI-E.

<sup>979</sup> FitzGerald et al., a.a.O., S. 19.

<sup>980</sup> Nur zu diesem Bereich gibt es 25 Fußnoten. Erstaunlicherweise werden die *performance requirements* aber überhaupt nicht im Kommentar behandelt.

<sup>981</sup> Eine Delegation hatte allerdings bis zum Abbruch der Verhandlungen ihre diesbezügliche Position noch nicht festgelegt, siehe III. FN 15 MAI-E.

Investitionsanreize annimmt und damit aber evtl. *performance requirements* erfüllen muss oder ob er auf Investitionsanreize verzichtet und damit seine Investition ohne entsprechende Auflagen tätigen kann. Der MAI-E wäre damit nicht nur über die BIT hinausgegangen, die *performance requirements* in der Regel überhaupt nicht behandeln, sondern auch über NAFTA, das „nur“ sieben bzw. drei in Zusammenhang mit der Gewährung eines Vorteils auferlegte *performance requirements* verbietet.

Im Unterschied zu NAFTA gewährte der MAI-E dem Schlüsselpersonal von investierenden Unternehmen vorübergehende Einreise, Aufenthalts- und Arbeitsrecht. Explizit genannt werden geschäftsführende Direktoren, Manager, leitende Angestellte und Fachkräfte.<sup>982</sup> Dies korrespondiert mit einem weiteren sich vom NAFTA unterscheidenden Artikel, in dem Vertragsstaaten untersagt wurde, einen Investor dazu zu verpflichten, als geschäftsführende Direktoren, Manager oder Vorstandsmitglieder Personen mit einer bestimmten Staatsangehörigkeit zu benennen.<sup>983</sup> In Übereinstimmung mit dem NAFTA war es einem Investor erlaubt, jede natürliche Person unabhängig von der Staatsangehörigkeit oder Nationalität unter der Voraussetzung einzustellen, dass diese Person eine gültige Arbeitserlaubnis hat.<sup>984</sup> In einer Fußnote wurde vermerkt, dass dieser Artikel so verstanden wird, dass er nicht mit nationalstaatlichen Antidiskriminierungs- und Arbeitsmarktgesetzen kollidiert.<sup>985</sup> BIT sind in Bezug auf diese Fragen sehr vorsichtig und binden entsprechende Rechte in aller Regel an die Übereinstimmung mit der nationalen Rechtsordnung.

#### **d.) Bestimmungen zu Privatisierung und Monopolen**

Bezüglich der Privatisierungsbestimmungen gab es bis zum Abbruch der Verhandlungen keinen Konsens.<sup>986</sup> Die Prinzipien der Inländerbehandlung und Meistbegünstigung wurden explizit auch auf Privatisierungen angewandt, außerdem wurden Vertragsstaaten dazu verpflichtet, alle wichtigen Informationen bzgl. des Privatisierungsprozesses zu veröffentlichen.<sup>987</sup> Ausdrücklich wurde klargestellt, dass das MAI keinen Vertragsstaat zu Privatisierungen verpflichtet.<sup>988</sup> Bestimmte Privatisierungsformen, die gewöhnlich mit Nichtdiskriminierungsvorschriften kollidieren können wie z.B. das Verbot der Weiterveräußerung privatisierter Unternehmen an ausländische Investoren, wollten einige Delegationen vor allem aus Osteuropa vom Anwendungsbereich ausnehmen.<sup>989</sup>

Die ebenfalls nicht konsensual vereinbarten Monopolbestimmungen des MAI-E waren in etwa mit dem GATS vergleichbar. Jedem Vertragsstaat war die Aufrechterhaltung, Errichtung oder Abschaffung eines staatlichen oder privaten Monopols erlaubt<sup>990</sup>, wobei er zu nichtdiskriminierender Behandlung hinsichtlich der Neuerrichtung eines Monopoles angehalten war („*shall [endeavour to] accord...*“).<sup>991</sup> Im

<sup>982</sup> III. Temporary Entry, Stay and Work of Investors and Key Personnel 1.a (ii) MAI-E.

<sup>983</sup> III. Nationality Requirements for Executives, Managers and Members of Boards of Directors MAI-E.

<sup>984</sup> III. Employment Requirements MAI-E.

<sup>985</sup> Ebenda, FN 14.

<sup>986</sup> Vier Delegationen lehnten grundsätzlich die Aufnahme einer solchen Vorschrift ab, III. Privatisation, FN 41 MAI-E.

<sup>987</sup> III. Privatisation, 1., 8. MAI-E.

<sup>988</sup> III. Privatisation, 3. MAI-E.

<sup>989</sup> III. Privatisation, 2., 4.-7. MAI-E.

<sup>990</sup> III.A.1 MAI-E. Allerdings wird in einer Fußnote vermerkt, dass diese Bestimmungen „*without prejudice to the Article on Expropriation and Compensation*“ ist, ebenda, FN 58.

<sup>991</sup> III.A.2 MAI-E, wobei eine Differenzierung hinsichtlich der Behandlung öffentlicher und privater Monopole noch im Raume stand, ebenda, FN 59.

Weiteren wurden dann GATS-ähnliche Anti-Missbrauchsklauseln eingeführt. Diese waren die einzigen Bestimmungen des MAI-E, die sich auf Wettbewerbspolitik beziehen, wobei auch hier nur die Wettbewerbsposition ausländischer Investoren geschützt werden sollte und nicht etwa die Aufrechterhaltung des Wettbewerbes auf einem Markt insgesamt im Vordergrund stand. Ein US-amerikanischer Vorschlag, das Marktverhalten von Monopolen auf rein kommerzielle Erwägungen zu beschränken – unabhängig davon, ob nichtkommerzielles Verhalten ausländische Investoren tangiert oder nicht –, wurde mehrheitlich abgelehnt.<sup>992</sup> Drei Delegationen schlugen eine Nichtanwendung des Investor-Staat-Verfahrens (vgl. VI.3.2.4) auf die Monopolbestimmungen wegen deren Neuheit und Komplexität vor.<sup>993</sup>

#### e.) Investitionsanreize

Das Thema Investitionsanreize ist eine politisch hochsensible Angelegenheit,<sup>994</sup> weswegen es grundsätzlich sehr umstritten war, ob zu diesem Bereich überhaupt etwas in den Vertrag hineingeschrieben werden sollte. Viele Delegationen glaubten, dass ein MAI-Vertrag ohne Bestimmungen zu Investitionsanreizen ungläubwürdig wäre,<sup>995</sup> während andere Delegationen die Befürchtung äußerten, dass jede spezielle Vorschrift hierzu Investitionen in Nicht-Vertragsstaaten umlenken könnte und ein Hindernis für den Beitritt weiterer Staaten zum Vertrag darstellen könnte.<sup>996</sup>

Es bestand Einigkeit darüber, dass Investitionsanreize den Bestimmungen zur Nichtdiskriminierung und Transparenz unterliegen sollten, aber nicht darüber, ob eine explizite Aussage dazu erforderlich wäre.<sup>997</sup> Die teilweise investitionsverzerrende Rolle der Investitionsanreize – ob diskriminierend oder nicht – wurde anerkannt; spezielle Konsultationsmechanismen für den Fall, dass eine Vertragspartei der Auffassung ist, dass einer ihrer Investoren durch einen Investitionsanreiz negativ beeinflusst wird, vorgeschlagen.<sup>998</sup> Die Anwendbarkeit des Streitschlichtungsmechanismus auf nichtdiskriminierende Investitionsanreize wurde offen gelassen<sup>999</sup>; sie wäre aber m.E. nicht durchsetzbar gewesen.

In einem eigenen umstrittenen Artikel wurde eine *built-in-agenda* für weitere Verhandlungen nach einem bestimmten Zeitraum nach der Unterzeichnung des MAI-Vertrages auf diesem Gebiet vorgeschlagen. Hier wurde sehr klar auf das Ziel dieser Verhandlungen hingewiesen: „*to...minimise such distorting effects and to avoid undue competition ... in order to attract or retain investments...*“,<sup>1000</sup> gleichzeitig aber auch die Rolle der Investitionsanreize in Hinblick auf politische Ziele, z.B. Regional-, Struktur-, Sozial- und Umweltpolitik sowie Forschung und Entwicklung hingewiesen.<sup>1001</sup> Insbesondere sollten bei den Verhandlungen Fragen der positiven Diskriminierung, der Transparenz sowie *standstill* und *rollback*

<sup>992</sup> III.A.3.d. MAI-E, siehe auch FN 66 MAI-E.

<sup>993</sup> III.A.6 sowie FN 73 MAI-E.

<sup>994</sup> Auch das WTO-Doha-Mandat enthält keine Aussage zu Investitionsanreizen.

<sup>995</sup> III. Investment Incentives 2. MAI-EK.

<sup>996</sup> III. Investment Incentives 7. MAI-EK.

<sup>997</sup> III. Investment Incentives 1., FN 96 MAI-E.

<sup>998</sup> III. Investment Incentives 2. MAI-EK.

<sup>999</sup> III. Investment Incentives FN 98 MAI-E.

<sup>1000</sup> III. Investment Incentives 3., S. 1 MAI-E.

<sup>1001</sup> III. Investment Incentives 3., S. 2 MAI-E.

(vgl. V.1.2.9) behandelt werden.<sup>1002</sup>

Es stellt sich die Frage, warum ausgerechnet im Bereich Investitionsanreize explizit die politischen und ökonomischen Gründe für solche Maßnahmen benannt werden, während dies für weitere Bereiche, wo solche Gründe in einem ähnlichen Maße vorliegen – z.B. *performance requirements* – nicht getan wird. Dies hängt wahrscheinlich damit zusammen, dass Investitionsanreize vor allem in OECD-Staaten gegeben werden, während *performance requirements* ein klassisches Instrument der Industrialisierungspolitik der Entwicklungsländer sind. Das Fehlen von konsensualen expliziten Bestimmungen zu Investitionsanreizen ist gerade von Befürwortern internationaler Investitionsverträge als eines der größten Schwächen des MAI-Vertrages bezeichnet worden.<sup>1003</sup>

### VI.3.2.3 Investitionsschutz

Die Bestimmungen zum Investitionsschutz, die ausschließlich absolute Schutzstandards setzen, waren nach den Vorschriften über die Behandlung von Investoren und Investitionen wohl die substantiell Wichtigsten. Hier wurden u.a. die äußerst umstrittenen Bestimmungen über Enteignung und Kompensation festgelegt.

#### a.) Allgemeine Behandlung

Hier wurde zunächst der völkerrechtliche Mindestbehandlungsstandard festgelegt, wie er aus Art. 1105 NAFTA und der großen Mehrzahl der BIT bekannt ist.<sup>1004</sup> Das Konzept des *fair and equitable treatment* ist insbesondere im NAFTA-Rahmen Gegenstand zahlreicher Streitschlichtungsverfahren gewesen, so dass auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden kann. Zusätzlich dazu und im Unterschied zum NAFTA sowie zu den meisten BIT sollten die Vertragsstaaten Investitionen nicht durch unangemessene und/oder diskriminierende Maßnahmen beeinträchtigen dürfen, wobei lediglich umstritten war, ob es einer Kombination der Unangemessenheit und der Diskriminierung bedarf. Der substantielle Mehrwert gegenüber der ersten Bestimmung und den Nichtdiskriminierungsregeln ist unklar und wird auch nicht im Kommentar ausgeführt.

#### b.) Enteignung sowie Behandlung bei Krieg, bewaffneten Konflikten etc.

Die Enteignungsbestimmungen waren ebenfalls fast identisch mit den entsprechenden NAFTA-Regelungen, so dass auf die dortigen Ausführungen insbesondere zu den *regulatory takings* verwiesen werden kann. Die einzige erwähnenswerte Abweichung ist eine genauere Ausführung des Terminus „*Due process of law*“: Dies wurde so verstanden, dass der Fall eines Investors, der eine Enteignung seiner Investition beklagt, zügig durch ein Gericht oder eine andere unabhängige Instanz eines Vertragsstaates behandelt werden soll incl. der Feststellung des Investitionswertes und der

<sup>1002</sup> III. Investment Incentives 3., S. 3 MAI-E.

<sup>1003</sup> Graham, a.a.O., S. 67; Hoekman/Saggi, a.a.O., S. 22.

<sup>1004</sup> IV.1.1 MAI-E.

Zahlung der Entschädigung.<sup>1005</sup> Den Bestimmungen zur Enteignung und Entschädigung ist höchste Priorität während der Verhandlungen zuteil geworden, was auch daran erkennbar ist, dass diese Bestimmungen fast unumstritten und zum Zeitpunkt des Abbruches der Verhandlungen so gut wie „fertig“ waren.<sup>1006</sup>

Im Unterschied zu BIT wurde ausländischen Investoren Meistbegünstigung und Inländerbehandlung gewährt für den Fall, dass ihre Investitionen durch Krieg, bewaffnete Konflikte, Revolution, Notstand etc. beeinträchtigt worden sind.<sup>1007</sup> Art. 1105 (2) NAFTA legt zwar auch diesen Standard fest, aber die Nichtdiskriminierungsvorschriften gelten im Unterschied zum MAI-E generell nicht für staatliche Subventionen (Art. 1108 (7) b NAFTA).<sup>1008</sup> Dies schränkt den Anwendungsbereich erheblich ein, weil gerade staatliche Hilfen nach den oben genannten Ereignissen große Bedeutung haben können. Für den Fall, dass die Investitionen durch Militär oder andere Sicherheitskräfte des Vertragsstaates unnötigerweise geschädigt worden sind, sollten die Enteignungsbestimmungen des Abkommens Anwendung finden, während bei NAFTA/BIT ausschließlich Nichtdiskriminierungsbestimmungen vorhanden sind.<sup>1009</sup>

Diese Bestimmungen stellten einen erstaunlich hohen Schutzstandard dar, vor allem wenn man bedenkt, dass es sich um Verhandlungen zwischen OECD-Staaten handelt, in denen Krieg, bewaffnete Konflikte etc. nur noch Seltenheitswert haben. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass insbesondere diese Bestimmungen in der Erwartung formuliert worden sind, dass in einer späteren Phase auch Entwicklungsländer das Abkommen unterzeichnen würden.

### c.) Transfers

Die Transferbestimmungen deckten sich hinsichtlich der geschützten Transfers mit NAFTA und den meisten BIT; eine Differenzierung zwischen kurz- und langfristigen Kapitalflüssen war wie schon bei der Investitionsdefinition nicht vorgesehen. Zur Vermeidung von Zahlungsbilanzschwierigkeiten speziell der Entwicklungsländer waren temporäre Transfereinschränkungen erlaubt. Im Kommentar wurde klargestellt, dass Entschädigungszahlungen nach den Enteignungsbestimmungen des MAI von keiner Ausnahme erfasst werden.<sup>1010</sup> Hätte dies Eingang in den endgültigen Vertragstext gefunden, wären Entwicklungsländer auch in Zeiten schwerer Finanzkrisen verpflichtet gewesen, den Transfer von unter Umständen dutzender Millionen US-Dollar (siehe auch den Fall *Lauder* unter VI.1.3) hinzunehmen, so weit diese Gelder auf einem Investor-Staat-Schiedsspruch beruht hätten.

<sup>1005</sup> IV.2.6 MAI-E.

<sup>1006</sup> Dymond, W.A. (1997): The Main Substantive Provisions of the MAI, in: OECD (Hrsg., 1997): Proceedings of the Special Session on The Multilateral Agreement on Investment Held in Paris on 17 September 1997, S. 14.

<sup>1007</sup> IV.3.1 MAI-E.

<sup>1008</sup> Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass Art. 1105 (2) NAFTA ausschließlich „armed conflict and civil strife“ erfasst, während der IV.3.1 MAI-E von „war or ... other armed conflict, state of emergency, revolution, insurrection, civil disturbance, or any other similar event“ spricht.

<sup>1009</sup> IV.3.2 MAI-E.

<sup>1010</sup> IV.4.4 MAI-EK.

#### VI.3.2.4 Streitschlichtung

Der Vertragsentwurf enthielt Bestimmungen für Staat-Staat- und Investor-Staat-Verfahren. Da nach den Erfahrungen mit BIT, NAFTA und anderen Verträgen das Staat-Staat-Verfahren weitgehend bedeutungslos ist, wenn es gleichzeitig die Möglichkeit von Investor-Staat-Verfahren gibt, und sich die entsprechenden MAI-E-Bestimmungen nur geringfügig von anderen Verträgen unterscheiden, wird es hier nicht dargestellt.

Obwohl die Vorschriften zum Investor-Staat-Verfahren die längsten des gesamten Abkommens waren, gab es nur eine einzige umstrittene Stelle, die zudem unbedeutend ist. Dies belegt die Aufmerksamkeit, die diesem Thema bei den Verhandlungen zuteil wurde. Der MAI-Vertrag hätte Investoren die Wahl zwischen sechs verschiedenen Verfahren gelassen. Neben den nationalen Gerichten des Ziellandes und jedem Streitbelegungsverfahren, das vor Auftreten der Streitigkeit beschlossen wurde, wären Schiedsverfahren nach der ICSID-Konvention, den ICSID-AF, der UNCITRAL-SO sowie der ICC-Schiedsordnung möglich gewesen.<sup>1011</sup> Abgesehen von einigen BIT hat bisher kein internationaler Investitionsvertrag Investoren eine solche Auswahl hinsichtlich des anzuwendenden Streitschlichtungsforums eingeräumt.

Der Schiedsspruch selbst sollte öffentlich zugänglich sein, allerdings wären alle vertraulichen und rechtlich geschützten Informationen nicht veröffentlicht worden (wobei die Streitpartei selbst bestimmen sollte, welche Informationen als vertraulich bzw. rechtlich geschützt gelten).<sup>1012</sup> Die Generalsekretäre von ICSID bzw. der ICC wären verpflichtet gewesen, Schiedssprüche der Parteiengruppe, die die MAI-Umsetzung hätte überwachen sollen, weiterzuleiten; bei Schiedssprüchen nach der UNCITRAL-SO wäre dies mangels institutioneller Einbindung die Aufgabe des jeweiligen Schiedsgerichtes gewesen.<sup>1013</sup> Dies ist eine Abweichung von der wohl großen Mehrheit der BIT, die die Veröffentlichung von Schiedssprüchen nicht eigenständig regeln, sondern den jeweiligen Schiedsverfahrensordnungen überlassen. Im Rahmen des NAFTA ist auf die entsprechende Interpretation der Freihandelskommission zu verweisen (VI.2.1.5). Hinsichtlich der sonstigen Transparenz, der Überprüfbarkeit und Vollstreckung von Schiedssprüchen sowie sonstiger Verfahrensbestimmungen ist auf die entsprechenden Ergebnisse bei der Untersuchung der Streitschlichtungspraxis BIT/NAFTA sowie auf die entsprechenden Ausführungen zur internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit zu verweisen (VI.6.1).

#### VI.3.2.5 Ausnahmen und Schutzklauseln

Beim MAI handelte es sich im Unterschied zum GATS um ein *Top-Down*-Abkommen. Dies bedeutet, dass alle Bereiche erfasst waren, wenn sie nicht ausdrücklich ausgenommen worden wären (auch Negativlistenansatz genannt). Dadurch wäre den Ausnahmebestimmungen eine ungleich höhere Bedeutung zugekommen. Der MAI-E enthielt Bestimmungen zu allgemeinen, vorübergehenden und länderspezifischen Ausnahmen.

<sup>1011</sup> V.D.2 MAI-E.

<sup>1012</sup> V.D.16.a + c. MAI-E.

### a.) Allgemeine Ausnahmen

Die allgemeinen Ausnahmen waren noch nicht abschließend von der Verhandlungsgruppe abgesegnet.<sup>1014</sup> Hinsichtlich der Ausnahmen aus Gründen der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung<sup>1015</sup> sowie aus Gründen der nationalen Sicherheit, die ein Vertragsstaat „*considers necessary*“,<sup>1016</sup> orientierte sich der MAI-E an NAFTA und BIT, vor allem dem US-Modell-BIT. Wie im NAFTA wurde ausdrücklich die Aufrechterhaltung von Aufsichtsmaßnahmen im Finanzdienstleistungssektor erlaubt, auch wenn sie den MAI-E-Bestimmungen widersprechen sollten.<sup>1017</sup> Alle weiteren Passagen zu Finanzdienstleistungen incl. der Frage, ob die Streitschlichtungsbestimmungen des MAI hier Anwendung gefunden hätten, hatten noch keinen Konsens erzielt.<sup>1018</sup> Im Unterschied zum NAFTA hätte der MAI-E volle Anwendung auf das öffentliche Beschaffungswesen gefunden.<sup>1019</sup> Steuermaßnahmen<sup>1020</sup> fielen grundsätzlich nicht unter den MAI-E mit Ausnahme der Bestimmungen über Enteignung und Transparenz.<sup>1021</sup> Die Nichtdiskriminierungsbestimmungen wären somit im Gegensatz zum NAFTA nicht auf Steuern anwendbar gewesen.<sup>1022</sup> Die Anwendbarkeit sowohl des Staat-Staat-Verfahrens als auch des Investor-Staat-Verfahrens waren Konsens.<sup>1023</sup> In einer interpretativen Note wurden Tatbestände benannt, die keine Enteignung dargestellt hätten, z.B.:

- die Festlegung von Steuern im Allgemeinen bzw. die Einführung neuer Steuern<sup>1024</sup>
- Besteuerung durch mehr als eine Jurisdiktion<sup>1025</sup>
- Besteuerung im gewöhnlichen internationalen Rahmen<sup>1026</sup>
- Steuerliche Maßnahmen, die zum Zeitpunkt des Tätigens der Investition bereits in Kraft waren und transparent waren<sup>1027</sup>

Zu einem Hauptstreitpunkt bei den Verhandlungen wurde der französische Vorschlag für eine allgemeine Ausnahme zugunsten von Regulierungen zum Schutz und zur Förderung der kulturellen und linguistischen Diversität – speziell im audio-visuellen Bereich. Die USA hatten ein massives Interesse

<sup>1013</sup> V.D.16.5 S. 2 MAI-E

<sup>1014</sup> VI. General Exceptions FN 1 MAI-E.

<sup>1015</sup> VI. General Exceptions 3. MAI-E.

<sup>1016</sup> VI. General Exceptions 2.a MAI-E.

<sup>1017</sup> VII. Prudential Measures 1. MAI-E.

<sup>1018</sup> In den Verhandlungen wurde die besondere Rolle, die Finanzdienstleistungen für die gesamte Volkswirtschaft spielen, hervorgehoben. Außerdem gab es parallele WTO-Verhandlungen über ein Finanzdienstleistungsabkommen, so dass regulative Zugeständnisse bei den MAI-Verhandlungen leichter fielen.

<sup>1019</sup> Eine Delegation brachte einen wahrscheinlich nicht mehr diskutierten Vorschlag ein, mit dem der MAI-E keine Anwendung auf die öffentliche Beschaffung von Dienstleistungen gefunden hätte (Annex 1 Country Specific Proposals for Draft Texts, Government Procurement of Services MAI-E).

<sup>1020</sup> Unter Steuern im Sinne des MAI werden direkte und indirekte Steuern sowie Sozialversicherungsabgaben verstanden, wobei der Einbezug des letzten Punktes noch auf den Widerstand zweier Delegationen stieß (VIII. Taxation 5 + FN 6 MAI-E.).

<sup>1021</sup> VIII. Taxation 1.-3. MAI-E. Für die Transparenzbestimmungen galt dies allerdings nur, soweit dadurch nicht durch das Steuergeheimnis geschützte oder durch nationale oder internationale Regeln geschützte vertrauliche Informationen betroffen sind, siehe FitzGerald et al., a.a.O., S. 27.

<sup>1022</sup> Somit wäre ein Schiedsspruch wie im Fall *Feldman* (VI.2.2.3.6) unter dem MAI-E nicht möglich gewesen. Allerdings wurde in einer politischen Deklaration festgehalten, dass die Vertragsstaaten die Bedeutung nichtdiskriminierendes Verhaltens in Bezug auf Steuern anerkennen (VIII. Taxation FN 1 MAI-E).

<sup>1023</sup> VIII. Taxation 4. MAI-E. Hier geht der MAI-E wieder über NAFTA hinaus, das die Inanspruchnahme des Investor-Staat-Verfahrens deutlich erschwert.

<sup>1024</sup> VIII. Taxation FN 3.a MAI-E.

<sup>1025</sup> Ebenda.

<sup>1026</sup> VIII. Taxation FN 3.b MAI-E.

<sup>1027</sup> VIII. Taxation 3.c MAI-E.

daran, diesen Bereich für ihre Unternehmen (vor allem im Filmsektor), die große Wettbewerbsvorsprünge haben, zu öffnen. Frankreich befürchtete, dass eine Anmeldung von kulturellen Dienstleistungen bzw. Kulturindustrien als länderspezifische Ausnahme nicht ausreichen würde, weil zum einen das *Standstill*-Prinzip nicht auf neue Technologien anwendbar gewesen wäre und weil im Zuge von Verhandlungen ein weiterer Liberalisierungsdruck ausgeübt worden wäre.<sup>1028</sup>

Alle allgemeinen Ausnahmen hätten nicht für die Artikel IV.2 und 3 MAI-E (Enteignung und Kompensation sowie Schutz vor Unruhen) gegolten.<sup>1029</sup> Diese für internationale Investitionsverträge sehr ungewöhnliche Bestimmung hat deutliche Kritik hervorgerufen.<sup>1030</sup> Ebenfalls kritisiert wurde, dass zu wenig allgemeine Ausnahmen möglich sind. Das Europäische Parlament hat z.B. vorgeschlagen, die Bereiche Verkehr, Telekommunikation, Fischerei, Kultur sowie den audiovisuellen Sektor dauerhaft vom MAI auszunehmen.<sup>1031</sup>

### **b.) Vorübergehende Ausnahmen**

Dieser Artikel erlaubte vorübergehende, nicht dem IWF-Abkommen widersprechende Ausnahmen von den Bestimmungen zu Transfers und zur Inländerbehandlung in Bezug auf grenzüberschreitende Transaktionen, wenn sich ein Land in Zahlungsbilanz- und extremen finanziellen Schwierigkeiten befindet bzw. eine solche Situation einzutreten droht oder wenn durch besondere Umstände der Kapitalverkehr Schwierigkeiten für das makroökonomische Management,<sup>1032</sup> insbesondere in Bezug auf Währungs- und Wechselkurspolitik, verursacht oder zu verursachen droht.<sup>1033</sup> Alle 6 Monate sollte überprüft werden, ob die Aufrechterhaltung der Maßnahme noch gerechtfertigt ist.<sup>1034</sup>

Oben beschriebene Maßnahmen hätten von der Parteiengruppe dem IWF zur Prüfung vorgelegt werden müssen.<sup>1035</sup> Die Parteiengruppe wäre in jedem Fall an das Ergebnis dieser Überprüfung gebunden gewesen.<sup>1036</sup> Sollte es zu einem Streitschlichtungsverfahren kommen, hätte das Schiedsgericht ebenfalls eine Überprüfung durch den IWF veranlassen können, an dessen Ergebnis es in jedem Fall gebunden gewesen wäre.<sup>1037</sup> Im Endeffekt wäre die Kompetenz, darüber zu entscheiden, ob eine Maßnahme nach diesem Artikel gerechtfertigt ist oder nicht, dem IWF übertragen worden. Dies war im Übrigen die einzige Stelle im gesamten Vertragsentwurf, der einer anderen internationalen Organisation solche Rechte zukommen lässt.

<sup>1028</sup> Annex 1 Introduction of an Exception Clause for Cultural Industries MAI-E.

<sup>1029</sup> VI. General Exceptions 1. MAI-E.

<sup>1030</sup> Skarpelis-Sperk, S. (1998): Ein neues Grundgesetz einer einheitlichen globalen Wirtschaft, in Glunk, a.a.O., S. 159-190, S. 171.

<sup>1031</sup> Europäisches Parlament (1998): Bericht mit den Empfehlungen des Europäischen Parlamentes an die Kommission zu den Verhandlungen im Rahmen der OECD über ein multilaterales Abkommen über Investitionen (MAI), S. 16.

<sup>1032</sup> Die Bezugnahme auf makroökonomisches Management wurde von mehreren Delegationen als zu weit gehend bezeichnet, siehe VI. Temporary Safeguard FN 5. MAI-E.

<sup>1033</sup> VI. Temporary Safeguard 1. MAI-E.

<sup>1034</sup> VI. Temporary Safeguard 3.b MAI-E.

<sup>1035</sup> VI. Temporary Safeguard 4., 5., 7. MAI-E.

<sup>1036</sup> VI. Temporary Safeguard 5.c MAI-E..

<sup>1037</sup> VI. Temporary Safeguard Additional Article MAI-E; dies war allerdings umstritten.

### c.) Länderspezifische Ausnahmen

Wie NAFTA enthielt auch der MAI-E das *grandfathering* und *Standstill*-Prinzip.<sup>1038</sup> Ausnahmen wären von den Nichtdiskriminierungsbestimmungen möglich gewesen, die Ausdehnung auf andere materielle MAI-E-Bestimmungen sollte noch diskutiert werden.<sup>1039</sup> Umstritten war bis zum Abbruch der Verhandlungen, ob in einem weiteren Annex – ähnlich dem Annex II NAFTA – Wirtschaftssektoren hätten benannt werden können, in denen neue nonkonforme Maßnahmen auch nach Inkrafttreten des MAI-E hätten ergriffen werden können.<sup>1040</sup> Dem *Rollback*-Prinzip wäre bei einem erfolgreichen Vertragsabschluss wahrscheinlich eine wichtige Rolle zugekommen. An keiner Stelle des Vertragsentwurfes oder des Kommentares findet sich ein Hinweis darauf, dass dieses Prinzip grundsätzlich strittig gewesen wäre. Nur die konkrete *Rollback*-Methode sowie die Reichweite der *Rollback*-Verpflichtungen waren noch nicht vereinbart.

Die Konsequenz aus den weitgehenden materiellen Bestimmungen, insbes. des *pre-establishment*, war die Anmeldung einer großen Zahl von länderspezifischen Ausnahmen. Die Listen sind zwar nie veröffentlicht worden, weil sie noch nicht endgültig vereinbart waren beim Abbruch der Verhandlungen, aber in zahlreichen Analysen des MAI-E ist darauf hingewiesen worden. Die Angaben reichten von hunderten von Seiten<sup>1041</sup> über 600 länderspezifischen Ausnahmen<sup>1042</sup> bis hin zu 1.600 Seiten mit Ausnahmen, von denen allein die USA 309 Seiten an Ausnahmen angemeldet haben sollen.<sup>1043</sup> Angeblich wären von vielen Staaten auch die kompletten Schlüsselindustrien als Ausnahme angemeldet worden.<sup>1044</sup> *Graham* geht sogar so weit, dass der MAI-E wegen der länderspezifischen Ausnahmen keinerlei weitere Liberalisierung erbracht hätte.<sup>1045</sup> Dies erscheint allerdings etwas übertrieben, da die Ausnahmen sich nicht auf alle materiellen Bestimmungen des MAI-E bezogen hätten (wahrscheinlich wie im NAFTA nicht auf den völkerrechtlichen Mindestbehandlungsstandard und auf die Enteignungsbestimmungen) und weil die Einführung des Investor-Staat-Verfahrens als solches pro-liberalisierende Auswirkungen gehabt haben könnte. Außerdem muss der dynamische Charakter des *rollback* betrachtet werden. Aber sicherlich wäre die Reichweite des Abkommens zunächst deutlich eingeschränkt worden.

<sup>1038</sup> IX.A MAI-E.

<sup>1039</sup> IX. A. FN 4 MAI-E

<sup>1040</sup> IX.B MAI-E.

<sup>1041</sup> Barlow/Clarke, a.a.O., S. 89. Fälschlicherweise wird hier behauptet, dass „Country-specific exceptions will become a kind of hit list“ of non-conforming laws that Corporations will challenge and strike down one by one“, ebenda, S. 88. Dies wäre in keinem Fall möglich gewesen. Länderspezifische Ausnahmen sind rechtsverbindliche Ausnahmen von den Bestimmungen des Vertrages, die kein Schiedsgericht als Verstoß gegen den MAI-E bewertet hätte. Es gibt auch kein einziges Beispiel im NAFTA oder einem anderen Investitionsvertrag, die diese Behauptung rechtfertigen würde.

<sup>1042</sup> Europäisches Parlament, a.a.O., S. 38.

<sup>1043</sup> Skarpelis-Sperk, a.a.O., S. 177.

<sup>1044</sup> Balanya et al., a.a.O., unter Berufung auf einen Teilnehmer der holländischen Verhandlungsdelegation.

<sup>1045</sup> Der MAI-E „... would have done little or nothing to change government policies that threatened to distort the flows and end uses of foreign investment“, vgl. Graham, a.a.O., S. 7.

### VI.3.2.6 Sonstige Bestimmungen bzw. Vorschläge

#### a.) Rücktritt

Fünf Jahre nach dem Inkrafttreten des Abkommens hätte ein Vertragsstaat das Abkommen kündigen können.<sup>1046</sup> Der Rücktritt wäre nach weiteren sechs Monaten wirksam geworden, wenn kein späterer Termin vom zurücktretenden Vertragsstaat benannt worden wäre.<sup>1047</sup> Für Investitionen, die zum Zeitpunkt der Bekanntgabe des Rücktritts einer Vertragspartei existierten, wären die Bestimmungen des Abkommens weitere fünfzehn Jahre in Kraft geblieben.<sup>1048</sup> Effektiv wäre ein Vertragsstaat somit zwanzig Jahre an die Pflichten des Vertrages gebunden gewesen mit Ausnahme von nach Bekanntgabe des Rücktritts getätigten Investitionen. Eine ungewöhnlich lange Vertragsdauer – selbst das IWF-Abkommen lässt sofort wirksame Kündigungen zu.<sup>1049</sup> Kündigungen des NAFTA, der WTO-Mitgliedschaft bzw. der multilateralen Handelsübereinkommen (Art. 15 (1) WTO-Ü) werden nach sechs Monaten wirksam. Nur BIT haben in der Regel eine längere Mindestvertragsdauer, die in der Regel zehn Jahre beträgt, aber sich ebenfalls in der Regel um weitere zehn Jahre im Falle der Kündigung oder des Fristablaufes ohne Kündigung verlängert.<sup>1050</sup> Es gibt aber auch BIT, die bereits nach einem Jahr kündbar sind.<sup>1051</sup> Die neueren deutschen BIT enthalten eine effektive Bindung an die Vertragspflichten von in der Regel 30 Jahren.

#### b.) REIO-Klausel

REIO<sup>1052</sup> sollten nach einem Vorschlag der EU von der Meistbegünstigungsklausel des MAI-Vertrages ausgenommen werden.<sup>1053</sup> Harmonisierungsmaßnahmen der REIO sollten in keinem Fall einen Verstoß gegen den Vertrag darstellen. Staaten, die einer REIO beitreten bzw. Beitrittskandidaten, mit denen bereits Verträge abgeschlossen wurden, sollten die Gesetzgebung der REIO übernehmen können, ohne dass dies einen Verstoß gegen den MAI-Vertrag darstellen würde.<sup>1054</sup> Die EU-Kommission hat diesen Vorschlag eingebracht, um die europäische Integration weiter voranzutreiben. Dieser Vorschlag hätte es den Mitgliedsstaaten der EU (aber auch anderen REIO) ermöglicht, sich untereinander weitergehende investitionsliberalisierende Maßnahmen zukommen zu lassen, ohne dies in gleichem Atemzuge Nicht-Mitgliedsstaaten zu ermöglichen. Dies rief den Unmut der USA hervor, die große Probleme für den Marktzugang ihrer Unternehmen befürchteten. Eine REIO-Klausel ist im WTO/GATT-System verbreitet (z.B. Art. 24 GATT) und findet sich in den meisten BIT.

<sup>1046</sup> XII. Withdrawal 1. MAI-E.

<sup>1047</sup> XII. Withdrawal 2. MAI-E.

<sup>1048</sup> XII. Withdrawal 3. MAI-E.

<sup>1049</sup> Art. 26 Section 1 Articles of Agreement of the International Monetary Fund.

<sup>1050</sup> UNCTAD (1998), a.a.O., S. 44.

<sup>1051</sup> Z.B. der BIT Schweiz-Burkina Faso, vgl. ebenda.

<sup>1052</sup> REIO werden in dem Vorschlag definiert als Organisationen souveräner Staaten, die sich dazu verpflichtet haben, untereinander grundsätzlich alle Investitionshemmnisse abzubauen, und der die Staaten die Zuständigkeit für Angelegenheiten, die zum Anwendungsbereich des MAI-Vertrages zählen, übertragen haben (Annex I Clause for Regional Economic Integration Organisations (REIO-Clause), 1. MAI-E.

<sup>1053</sup> Annex I Clause for Regional Economic Integration Organisations (REIO-Clause), 2. MAI-E.

<sup>1054</sup> Annex I Clause for Regional Economic Integration Organisations (REIO-Clause), 3+4. MAI-E.

### c.) Boykott von Sekundärinvestitionen

Dieser von der EU und Kanada eingebrachte Vorschlag richtete sich gegen die heute noch bestehende Praxis der USA, Investitionsgesetze mit extraterritorialer Wirkung zu erlassen.<sup>1055</sup> Am Bekanntesten sind das sog. *Helms-Burton*- und das *D'Amato*-Gesetz. Diese Gesetze verbieten bzw. sanktionieren Investitionen ausländischer Investoren in Staaten wie Kuba, Libyen oder Iran.<sup>1056</sup> Dazu kommen noch Beschlüsse einzelner Bundesstaaten oder Gemeinden, die häufig aus menschenrechtlichen Erwägungen heraus keine Aufträge mehr an Firmen vergeben, die in bestimmten Ländern, z.B. Nigeria oder Burma, investieren. Auch diese Vorschrift hätte absolute Schutzstandards für ausländische Investoren gesetzt, da der Wortlaut Sanktionsmaßnahmen eines Vertragsstaates gegen seine eigenen Investoren für Maßnahmen in einem Drittstaat nicht verboten hätte. Eine solche Bestimmung wäre ein absolutes Novum für internationale Investitionsverträge gewesen.

#### VI.3.2.7 Bestimmungen zu Arbeit und Umwelt

Zum Zeitpunkt des Abbruchs der Verhandlungen gab es keinen Konsens darüber, ob überhaupt spezifische Aussagen zu Arbeit und Umwelt in den Vertragstext aufgenommen werden sollten. Stattdessen hat der Vorsitzende der MAI-Verhandlungen Vorschläge für diesen Bereich gemacht, die in einem eigenen Annex 2 („*Chairman's proposals on environment and related matters and on labour*“) dem Vertragsentwurfstext beigefügt wurden. Hier tauchte zum ersten Mal der Begriff „*three anchor*“ auf. Damit war der Dreiklang von Präambel, Textbestimmungen sowie der Annexierung der OECD-Richtlinien gemeint, der von Seiten der OECD häufig als Verteidigung gegen die von Kritikern vorgetragenen Bedenken hinsichtlich der Auswirkungen des MAI auf die Bereiche Arbeit und Umwelt vorgebracht wurde.

In der Präambel wurde der umstrittene arbeits- und umweltrelevante Präambeltext wiedergegeben. Es gab Verweise auf die Rio-Erklärung über Umwelt und Entwicklung, die Agenda 21 und die Erklärung des Weltsozialgipfels. Auffällig daran ist, dass ausschließlich auf rechtlich unverbindliche Erklärungen anstatt auf das mittlerweile einigermaßen entwickelte multilaterale Umweltrecht verwiesen wurde. Dann folgte noch ein Hinweis auf die ILO, die als zuständiges Organ zur Behandlung von Kernarbeitsrechten beschrieben wurde. Hätte sich dieser Vorschlag durchgesetzt, wäre aber kein neues substantielles Recht geschaffen worden, weil Präambeltexte grundsätzlich rechtsunverbindlich sind.

Hinsichtlich der Textbestimmungen verwies der Vorsitzende zum Teil auf Passagen des Entwurfstextes.<sup>1057</sup> Neu war eine dem Art. 1114 (1) NAFTA nachempfundene Bestimmung, wonach

<sup>1055</sup> Annex I Draft Article on Secondary Investment Boycotts MAI-E.

<sup>1056</sup> Skarpelis-Sperk, a.a.O., S. 182-183.

<sup>1057</sup> So z.B. auf die – umstrittene – Einfügung der Worte „*in like circumstances*“ bei den Nichtdiskriminierungsvorschriften (vgl. VI.3.2.2), die nach Auffassung des Vorsitzenden den notwendigen Spielraum für eine nichtdiskriminierende Regulierung lassen würde (Annex 2, Annex Package of Proposals for Text on Environment and Labour, 2. MAI-E). In Bezug auf Enteignung schlug der Vorsitzende eine interpretative Note vor, nach der ein Investor entstandener Schaden, der durch das Vorliegen einer öffentlichen Regulierung oder einer anderen normalen Aktivität im öffentlichen Interesse verursacht worden ist, für sich alleine genommen noch keine entschädigungspflichtige Enteignung darstellt (Annex 2, Annex Package of Proposals for Text on Environment and Labour, 5. MAI-E). Ein weiterer Hinweis bezog sich auf die ebenfalls umstrittene Ausnahmebestimmung von dem Verbot der *performance requirements* aus Gründen des Gesundheits- oder Umweltschutzes bzw. zum Schutz erschöpfbarer natürlicher Ressourcen (Annex 2, Annex Package of Proposals for Text on Environment and Labour, 6. MAI-E).

eine Vertragspartei jede MAI-konforme Maßnahme hätte einführen, aufrechterhalten oder durchsetzen dürfen, um Investitionsaktivitäten aus Gesundheits-, Sicherheits- und Umweltgründen zu regulieren. Auch die *Not-lowering-standards*-Klausel des Art. 1114 (2) NAFTA fand sich im Vorschlag des Vorsitzenden.<sup>1058</sup> Die Formulierung wich etwas ab. So wäre den Staaten eine bindende Verpflichtung („*shall not*“ statt „*should not*“) auferlegt worden, die neben Maßnahmen auf den Gebieten Gesundheit, Sicherheit und Umwelt im Unterschied zum NAFTA auch auf Arbeitsmaßnahmen anzuwenden gewesen wäre. Nach den Erläuterungen des Vorsitzenden hätte diese Bestimmung aber nur im Zusammenhang mit einer spezifischen Investition Anwendung gefunden. Außerdem enthielt der Text keinerlei Vorschlag für eine mögliche Sanktionierbarkeit entsprechender Verstöße.<sup>1059</sup>

Die nichtbindenden OECD-Richtlinien (vgl. II.2.2) sollten dem Vertrag annexiert werden.

### VI.3.3 Zusammenfassung

Die Bewertung der Vertragsinhalte steht natürlich unter dem Vorbehalt, dass die Verhandlungen nie beendet worden sind und daher über das exakte potenzielle Endergebnis nur spekuliert werden kann. Allerdings sind aus den zum Zeitpunkt des Abbruchs der Verhandlungen unumstrittenen Entwurfspassagen, dem MAI-Kommentar sowie einer vergleichenden Analyse mit anderen Investitionsverträgen mehr als nur grobe Tendenzen deutlich erkennbar. Sehr stark vereinfacht ausgedrückt wäre der MAI-Vertrag der bisher weitgehendste internationale Investitionsvertrag geworden, dessen kurz- bis mittelfristige Reichweite aber genau deshalb durch zahlreiche länderspezifische Ausnahmen wieder eingeschränkt worden wäre.

Der MAI-Vertrag wäre ein *pre-establishment* und *Top-down*-Abkommen gewesen, der zum Zeitpunkt des Verhandlungsabbruchs keine rechtsverbindlichen und durchsetzbaren Schutzbestimmungen für Arbeit oder Umwelt beinhaltete. In den Punkten Investitionsdefinition, *performance requirements*, Schlüsselpersonal bzw. Nationalitätsauflagen, Behandlung bei Krieg etc., Streitschlichtung, Rücktritt und allgemeine Ausnahmen ging der MAI-E über NAFTA hinaus. Bei all diesen Punkten sowie bei den Bereichen Transparenz und Marktzugang, nicht aber bei den allgemeinen Ausnahmen und Rücktritt, ging er auch über die entsprechenden BIT-Regelungen hinaus. Weniger weit wäre der MAI-Vertrag nur in Bezug auf die Behandlung von steuerlichen Maßnahmen im Vergleich zum NAFTA sowie bei den länderspezifischen Ausnahmen im Vergleich zu den BIT gegangen. Sehr ungewöhnlich für internationale Investitionsverträge, wenn auch nicht besonders weitgehend, waren die Bestimmungen zu Monopolen. Sehr vage, aber im Rahmen anderer Verträgen, waren die Bestimmungen zu Investitionsanreizen. In Bezug auf Investorenpflichten gab es eine klare Linie: „*The Chairman concluded that there is full agreement that government-imposed discriminatory practices would be covered by the MAI. In view of the views expressed by a clear majority of delegations, the MAI should not contain disciplines on non-government imposed discriminatory corporate practices.*“<sup>1060</sup>

<sup>1058</sup> Annex 2, Annex Package of Proposals for Text on Environment and Labour, 4. MAI-E.

<sup>1059</sup> Es hieß lediglich in der Erläuterung des Vorsitzenden: „Further consideration of the implications of binding language for the dispute settlement procedures may be required.“ (Annex 2, 7. S. 3 MAI-E).

<sup>1060</sup> III. Corporate Practices FN 118. MAI-E.

Insgesamt enthielt der MAI-E nur sehr wenige wirklich neue Bestimmungen, aber er war weit mehr als eine Kodifikation der bisherigen Investitionsverträge, insbesondere der BIT. Vielmehr wurde eine Investitionsliberalisierung auf höchstem Niveau angestrebt. Im Zweifel wurden aus anderen Investitionsverträgen die investorenfreundlichsten Regelungen übernommen. Die verhandelnden Staaten haben dies auch sehr genau gewusst, weshalb sie intensiv von dem Instrument der länderspezifischen Ausnahmen Gebrauch gemacht haben. Einen „*race to the bottom*“, einen Wettbewerb um die niedrigsten Sozial- und Umweltstandards, hätte der Vertrag allerdings nicht ausgelöst.

## VI.4. Gesamtamerikanische Freihandelszone

Im Dezember 1994 wurde auf dem ersten sog. „*Summit of the Americas*“ in Miami von den Staats- und Regierungschefs aller nord-, mittel- und südamerikanischen Staaten mit der Ausnahme Kubas beschlossen, eine gesamtamerikanische Freihandelszone (Free Trade Area of the Americas, FTAA) einzurichten, in der die Barrieren für Handel und Investitionen „*progressively eliminated*“ werden und entsprechende Verhandlungen bis zum Jahre 2005 abgeschlossen sein sollen. Seitdem fanden acht Ministertreffen und zwei weitere *summits* (in etwa mit EU-Regierungskonferenzen vergleichbar) statt, in denen über weitere Integrationschritte beraten worden ist.<sup>1061</sup> Formell wurden die FTAA-Verhandlungen auf dem „*Second Summit of the Americas*“ im April 1998 in Santiago, Chile, beschlossen; sie sollen bis Januar 2005 abgeschlossen sein und bis spätestens Dezember 2005 in Kraft treten. Die letzte Phase der Verhandlungen wird gemeinsam von den USA und Brasilien geleitet.

### Exkurs: Zentralamerikanische Freihandelszone (CAFTA)

Im Zusammenhang mit der FTAA sind auch die erstmals im Januar 2002 der Öffentlichkeit bekannt gegebenen Bemühungen der US-Administration zu sehen, eine zentralamerikanische Freihandelszone zu schaffen (CAFTA, *Central America Free Trade Agreement*).<sup>1062</sup> Diese würde aus den USA sowie den Entwicklungsländern El Salvador, Nicaragua, Guatemala, Costa Rica, Honduras sowie der Dominikanischen Republik bestehen. Dies widerspiegelt die Strategie der US-Administration, an möglichst vielen „Fronten“ gleichzeitig über Handelsliberalisierungen zu verhandeln. Das CAFTA ist Teil einer Strategie, bei der es aus offizieller US-amerikanischer Sicht darum geht, die ökonomische Vorherrschaft der USA weiter abzusichern und den politischen Einfluss der USA weiter auszubauen: „*By moving on multiple fronts simultaneously, we create a competition in liberalization with the USA as a central driving force. This strategy enhances America's leadership by strengthening our economic ties, leverage, promotion of fresh approaches, and influence around the world.*“<sup>1063</sup> Im Januar 2003 wurden Verhandlungen aufgenommen, die Ende 2003 abgeschlossen worden sind. Das Abkommen wurde mittlerweile unterzeichnet und befindet sich im Ratifizierungsverfahren.<sup>1064</sup> Inhaltlich entspricht das Abkommen (im Folgenden CAFTA-E) in weiten Teilen dem Entwurf des neuen US-Modell-BIT (vgl. VI.1.2.12). Hinsichtlich der Investor-Staat-Streitschlichtung gibt es drei erwähnenswerte Abweichungen. Erstens sind als Schiedsgerichtsverfahren ausschließlich die ICSID-Konvention, die ICSID-AF sowie die UNCITRAL-SO anwendbar (CAFTA-E, Kapitel 10, Art. 10.16 Abs. 3). Dies bedeutet, dass z.B. die Regeln der ICC bzw. der SCC nicht anwendbar sind. Zweitens gibt es bei der Anwendung der Schiedsgerichtsbarkeit ein Ausschlussprinzip, das nur für Investoren aus den USA gilt. Diese dürfen die Schiedsgerichtsbarkeit nur anwenden, wenn sie nicht zuvor die nationale Gerichtsbarkeit des entsprechenden CAFTA-Vertragsstaates wegen eines behaupteten Verstoßes gegen das CAFTA-Abkommen angerufen haben (Kapitel 10, Annex 10-E CAFTA-E). Eine Verpflichtung zur Ausschöpfung des nationalen Rechtsweges (*local remedies rule*) gibt es allerdings nicht. Diese erstaunliche Konzession der USA würde das Initiieren von parallelen Prozessen vor mehreren

<sup>1061</sup> FTAA (2003): Antecedents of the FTAA Process.

<sup>1062</sup> USTR (2002): Proposed U.S. - Central America Free Trade Agreement Fact Sheet.

<sup>1063</sup> Ebenda.

(Schieds-)gerichten erschweren. Und drittens gibt es eine erheblich stärkere Bestimmung bezüglich der Einrichtung eines Berufungsmechanismus. Binnen drei Monaten nach Inkrafttreten des Abkommens muss eine Verhandlungsgruppe eingerichtet sein, die ein entsprechendes Berufungsorgan bzw. –mechanismus erarbeiten soll. Innerhalb eines Jahres nach ihrer Einsetzung soll die Verhandlungsgruppe bereits einen entsprechenden Änderungsentwurf zum CAFTA-Abkommen vorlegen (Kapitel 10, Annex 10-F CAFTA-E).

Durch die FTAA würde eine gigantische Freihandelszone von Alaska bis Feuerland geschaffen werden, die selbst die EU an Umfang übertreffen würde. Das Ziel ist umfassende Integration und Liberalisierung in vielen Bereichen. Zu diesem Zweck wurden neun Verhandlungsgruppen zu verschiedenen Themen eingesetzt, darunter Dienstleistungen, öffentliches Beschaffungswesen, geistige Eigentumsrechte und Investitionen. Auf den Gebieten landwirtschaftliche und nichtlandwirtschaftliche Produkte, Dienstleistungen, öffentliches Beschaffungswesen und Investitionen soll das aus dem GATS bekannte Prinzip der progressiven Liberalisierung angewandt werden.<sup>1065</sup> Nach starken öffentlichen Protesten während des zweiten *summit* entschlossen sich zunächst die Minister der FTAA-Staaten auf ihrem Treffen in Buenos Aires, auf eine Veröffentlichung der bisherigen Verhandlungsergebnisse zu drängen. Die Staats- und Regierungschefs gaben dem schließlich nach und veröffentlichten am 3.7.2001 den ersten Entwurf, der aus insgesamt elf Kapiteln besteht.<sup>1066</sup> Zuvor hatte bereits eine amerikanische NGO – das *Institute for Agriculture and Trade Policy* – einen Entwurf im Internet veröffentlicht.<sup>1067</sup> Am 1.11.2002 wurde der zweite Entwurf, am 21.11.2003 der dritte Entwurf vorgelegt.

Das achte Ministertreffen in Miami im November 2003 fand nur kurze Zeit nach der gescheiterten WTO-Ministerkonferenz in Cancún statt. Die USA wollten unbedingt ein erneutes Scheitern einer internationalen Handelskonferenz verhindern und bereiteten bereits im Vorfeld des Treffens mit Brasilien eine viele Fragen offen lassende Einigung vor. Brasilien gilt als Wortführer der Staaten, die sowohl den USA weitgehende Zugeständnisse im Agrarbereich abringen wollen als auch die Übernahme weitgehender eigener Liberalisierungszugeständnisse verhindern wollen. Die Ministererklärung<sup>1068</sup> ist deshalb relativ kurz ausgefallen und bedarf weiterer Konkretisierung und Interpretation. Trotzdem zeichnet sich eine bemerkenswerte Entwicklung ab. Die Verhandlungen sollen ein ausgewogenes Ergebnis erbringen und die Unterschiede in der Größe der Volkswirtschaften und des jeweiligen Entwicklungsstandes durch unterschiedliche Bestimmungen und Mechanismen berücksichtigen.<sup>1069</sup> Deshalb erhalten die Staaten die Möglichkeit, zwei unterschiedliche Arten von Verpflichtungen eingehen können. Ein „Set“ von Regeln soll für alle Staaten verbindlich gelten. Darüber hinaus können Staaten auf freiwilliger Basis weitergehendere Verpflichtungen übernehmen.<sup>1070</sup>

<sup>1064</sup> IISD (2004b): US-Central America FTA Draft Text Published; Contains MFN Limitations.

<sup>1065</sup> FTAA (2002): Methods and Modalities for Negotiations.

<sup>1066</sup> FTAA (2003), a.a.O.

<sup>1067</sup> Hemispheric Social Alliance (2001): NAFTA Investor Rights Plus – an Analysis of the Draft Investment Chapter of the FTAA, S.

1.

<sup>1068</sup> FTAA (2003a): Eight Ministerial Meeting, Ministerial Declaration.

<sup>1069</sup> Ebenda, para. 6.

<sup>1070</sup> Ebenda, paras. 7, 10.

Verhandlungen in diesem Bereich sind offen für alle Staaten; beobachtende Staaten können jederzeit in die Verhandlungen einsteigen.<sup>1071</sup> Mit diesem plurilateralen Ansatz wird das Prinzip des *single undertaking* aufgegeben. Allerdings muss berücksichtigt werden, dass sich das für alle Staaten verbindliche Regelwerk auf alle Verhandlungsdisziplinen erstreckt und dass erst am Ende des Verhandlungsprozesses eingeschätzt werden kann, wie umfangreich diese Basisverpflichtungen sein werden. Neben diesem flexibleren Ansatz wird in der Ministererklärung der Beteiligung der Zivilgesellschaft sowie der Transparenz ein deutlich höherer Stellenwert eingeräumt als zuvor.<sup>1072</sup>

Die investitionsrelevanten Bestimmungen des letzten Entwurfes werden im Folgenden dargestellt.

#### **VI.4.1 Das Kapitel Investitionen im FTAA-Entwurf<sup>1073</sup>**

Das hier zugrundeliegende Kapitel über Investitionen<sup>1074</sup> (im Folgenden FTAA-E bezeichnet) umfasst insgesamt 51 Artikel und fünf Annexe. Ausnahmslos jeder Artikelabsatz ist geklammert, insgesamt enthält das Dokument hunderte von Klammern, so dass zum jetzigen Zeitpunkt formal noch keine Festlegungen auf bestimmte Textentwürfe erfolgt sind. Zu vielen Absätzen gibt es mehrere Entwürfe, was Aussagen darüber, auf was sich die Verhandlungsdelegationen voraussichtlich einigen werden, natürlich erschwert. Eine vergleichende Textanalyse mit Kapitel 11 des NAFTA ergibt aber schnell Klarheit. Die FTAA-Investitionsregeln sind unmittelbar den im Kapitel 11 des NAFTA niedergelegten Investitionsbestimmungen nachempfunden. Aufbau, Systematik und in vielen Fällen auch der konkrete Text sind nahezu deckungsgleich. Deswegen kann im Folgenden auf eine umfassende Würdigung des Entwurfes verzichtet werden. Nur die allerwichtigsten Bestimmungen sowie die wenigen Unterschiede zum NAFTA-Text werden genauer dargestellt.<sup>1075</sup>

##### **a.) Grundkonzeption und Ausnahmen**

Wie NAFTA wird auch die FTAA als ein *Top-down-* sowie *Pre-establishment-*Abkommen konstruiert. Umstritten ist noch, ob wie im NAFTA auch Investitionen, die vor Inkrafttreten des Vertrages bestanden, erfasst sind oder nicht (was im Übrigen nicht mit *Pre-establishment* zu verwechseln ist).

Der aktuelle Entwurf enthält dreizehn allgemeine Ausnahmen und würde damit weit über NAFTA hinausgehen. Maßnahmen zur Verbrechensbekämpfung, zum Schutz von menschlichem, tierischem und pflanzlichem Leben, zum Schutz von Behinderten und Minderheiten, zum Datenschutz und zum Schutz von nationalen Schätzen von archäologischem, künstlerischem, historischem, paläontologischem und anthropologischem Wert sind im FTAA ausgenommen, nicht aber in NAFTA. Im Unterschied zum NAFTA – zumindest, was im Verhältnis zwischen den USA und Kanada (vgl. VI.2.1.2) – gibt es aber keine Ausnahmen für den Bereich Kultur.<sup>1076</sup> Länderspezifische Ausnahmen werden möglich sein

<sup>1071</sup> Ebenda, para. 10.

<sup>1072</sup> Es soll z.B. nach Inkrafttreten des FTAA ein eigenes ständiges Komitee zur Einbindung der Zivilgesellschaft eingerichtet werden; ebenda, paras. 23-28.

<sup>1073</sup> 3. Entwurf, Stand: 21.11.2003.

<sup>1074</sup> FTAA: Free Trade Area of the Americas – Draft Agreement, Chapter XVII Investment, FTAA.TNC/w/133/Rev.3., 21.11.2003.

<sup>1075</sup> Verweis auf Synopse

<sup>1076</sup> Eine entsprechende Vorschrift „*protection of the cultural heritage*“ fand sich noch im ersten Textentwurf.

und sollen wie beim NAFTA in unterschiedlichen Annexen zum Abkommen niedergelegt werden. Entsprechende Listen liegen noch nicht vor.

### b.) Kleinere Volkswirtschaften

Erstmals finden sich im zweiten Entwurfstext in zahlreichen Artikeln Bestimmungen zu kleineren Volkswirtschaften („*smaller economies*“). Diesen wird jeweils die Möglichkeit gegeben, einzelne Verpflichtungen unter bestimmten Umständen permanent oder vorübergehend nicht anzuwenden bzw. flexibler mit ihnen umzugehen. Z.B. können sie auf einer Fall-zu-Fall-Basis entscheiden, ob sie auch *pre-establishment* zulassen.<sup>1077</sup> Entwicklungsorientierte *performance requirements* sind zulässig, soweit sie WTO-kompatibel sind.<sup>1078</sup> Ausnahmen, die aufgrund von nationalen Entwicklungsprioritäten angemeldet worden sind, können länger aufrechterhalten werden.<sup>1079</sup> Weitere Sonderbestimmungen für kleinere Volkswirtschaften gibt es hinsichtlich Meistbegünstigung, fairer und angemessener Behandlung, Beschäftigung von Schlüsselpersonal, Enteignung und Entschädigung, Transfers, allgemeiner Ausnahmen, Streitschlichtung sowie Arbeits- und Umweltbestimmungen (bei letzterem wird der Zugang zu Mitteln des *Hemispheric Cooperation Programme* eröffnet, der finanzielle und technische Unterstützung gewähren soll). Außerdem können kleinere Volkswirtschaften im Falle von Naturkatastrophen inländische Investoren bevorzugt gegenüber ausländischen Investoren behandeln.<sup>1080</sup> Eine Bestimmung des 2. Entwurfes, wonach hinsichtlich der Inländerbehandlung in bestimmten Situationen – z.B. im Falle einer drohenden ökonomischen Instabilität – Maßnahmen ergriffen werden können, die auf einheimische Investoren weniger einschränkend als auf ausländische Investoren wirken, ist im dritten Entwurf nicht länger enthalten.<sup>1081</sup> Unklar ist, welche Staaten als kleinere Volkswirtschaften einzuordnen sind. Der Terminus ist bisher nicht im Entwurf definiert worden.

### c.) Definition von Investitionen

Die Definition des Investitionsbegriffes scheint eine äußerst kontrovers geführte Diskussion innerhalb der Verhandlungsgruppe Investitionen ausgelöst zu haben. So existieren nicht weniger als neun verschiedene Textentwürfe sowie elf von insgesamt 26 Fußnoten nur zu dieser Frage. Einige dieser Vorschläge legen die Absicht offen, wie bei den Vorschriften über Transfers eine extrem breite Definition von Investitionen durchzusetzen, die sich eher an den Vorschriften des MAI-E als am NAFTA-Text orientieren würde. Nur ein Textvorschlag bezieht sich fast wortgleich auf die NAFTA-Investitionsdefinition.<sup>1082</sup> Sechs der Vorschläge enthalten im Gegensatz zum NAFTA-Text geistige Eigentumsrechte.<sup>1083</sup> Ein Vorschlag bezieht sich explizit auch auf API bzw. spekulative

<sup>1077</sup> Art. 2 Abs. 10 FTAA-E

<sup>1078</sup> Art. 10 Abs. 8 FTAA-E. Das TRIMs-Abkommen schränkt bereits den entsprechenden Spielraum ein.

<sup>1079</sup> Art. 16 Abs. 2, 2. Textvorschlag FTAA-E.

<sup>1080</sup> Art. 14 Abs. 4 FTAA-E. Die katastrophalen Wirbelstürme Ende der 1990er in Mittelamerika dürften eine wesentliche Rolle bei der Gestaltung dieser Vorschrift gespielt haben.

<sup>1081</sup> Art. 2 Abs. 3 FTAA-E. Auch dies ist eine Änderung gegenüber dem ersten Entwurf. Zusätzlich können kleinere Volkswirtschaften auch vom Meistbegünstigungsgrundsatz abweichen, wenn sie anderen kleineren Volkswirtschaften in Süd- oder Nordamerika Vorzugsbedingungen einräumen, vgl. Art. 3 Abs. 2 FTAA-E.

<sup>1082</sup> Art. 1 Abs. 1, 1. Textvorschlag FTAA-E.

<sup>1083</sup> Art. 1 Abs. 1, Textvorschläge 2-7 FTAA-E.

Investitionen z.B. durch den Einschluss von „*futures, options, and other derivatives*“<sup>1084</sup>, während drei Vorschläge API ausschließen bzw. keine „*merely financial flows*“ zulassen wollen.<sup>1085</sup> Auch der Einschluss von „*turnkey, construction, management, production, concession, revenue-sharing, and other similar contracts*“<sup>1086</sup> geht über die NAFTA-Bestimmungen hinaus, denn dort werden in Art. 1138 „*claims to money that solely arise from: (i) commercial contracts for the sale of goods and services...*“ explizit nicht als Investitionen definiert.

#### d.) Nichtdiskriminierungsvorschriften

Die Ausgestaltung der Prinzipien der Inländerbehandlung und der Meistbegünstigung sind nahezu textgleich mit den NAFTA-Bestimmungen. Im Unterschied zum NAFTA gibt es aber einen eigenen Ausnahmeartikel von den Nichtdiskriminierungsvorschriften zugunsten von regionalen Freihandelsabkommen, gemeinsamen Märkten, Währungsunionen etc. Dies bezieht sich vor allem auf den Mercosur und den Andenpakt, deren Mitgliedsstaaten sich untereinander Handels- und Investitionserleichterungen eingeräumt haben, die unter normalen Umständen allen FTAA-Staaten eingeräumt werden müssten. Eine solche Bestimmung würde innerhalb des NAFTA mit nur drei Vertragsstaaten keinen Sinn machen. Überraschend ist, dass die USA mit einer solchen Klausel anscheinend kein Problem haben, obwohl sie noch bei den MAI-Verhandlungen vehementen Widerstand gegen die REIO-Klausel, die vor allem der EU die Aufrechterhaltung ihrer Integrationsvorteile ermöglicht hätte, geleistet hatten.<sup>1087</sup>

#### e.) Fair and equitable treatment

Dies entspricht dem Art. 1105 NAFTA (*minimum standard of treatment*). Die tatsächliche Anwendung und Auslegung dieses Begriffes im Rahmen der NAFTA ist nicht spurlos an den FTAA-Verhandlungen vorbeigegangen. Wie beim NAFTA soll ein Verstoß gegen das FTAA oder einen internationalen Vertrag für sich allein noch nicht zu einem Verstoß gegen diese Bestimmung führen.<sup>1088</sup> Außerdem wird in einem neuen, ergänzenden Textentwurf darauf abgestellt, dass die Termini „*fair and equitable treatment*“ sowie „*full protection and security*“ keine über das Völkergewohnheitsrecht hinausgehende Behandlung statuieren.<sup>1089</sup> Erstmals werden diese Begriffe auch näher definiert. Während *fair and equitable treatment* die Verpflichtung, den Rechtsschutz zu gewähren im Zusammenhang mit der Gewährleistung eines fairen Prozesses bedeutet, wird unter *full protection and security* der Grad an Polizeischutz, der nach dem Völkergewohnheitsrecht vorgeschrieben ist, verstanden.<sup>1090</sup>

<sup>1084</sup> Art. 1 Abs. 1, 3. Textvorschlag FTAA-E.

<sup>1085</sup> Art. 1 Abs. 1, Textvorschläge 5, 8-9 FTAA-E.

<sup>1086</sup> Art. 11 Abs. 1 3. Textvorschlag FTAA-E.

<sup>1087</sup> In der offiziellen US-Verhandlungsposition zum Thema Investitionen innerhalb der FTAA findet sich kein Hinweis auf eine entsprechende Opposition, vgl. USTR (2001): Negotiating Group on Investment - Public Summary of U.S. Position.

<sup>1088</sup> Art. 9 Abs. 3 FTAA-E.

<sup>1089</sup> Art. 9 Abs. 2 FTAA-E.

<sup>1090</sup> Art. 9 Abs. 2, Z. a)+b) FTAA-E.

### f.) Performance requirements

Die Bestimmungen zu den *performance requirements* unterscheiden sich nur hinsichtlich der Ausnahmen vom NAFTA. Hier lässt der FTAA-E etwas mehr Spielraum, indem er bestimmte *performance requirements* zulässt, soweit diese dem Transfer von geistigen Eigentumsrechten oder notwendig für den Schutz lebender und nicht lebender natürlicher und erschöpfbarer Ressourcen sind.<sup>1091</sup> Ob sich dies auch im Schlusstext des FTAA wiederfinden wird, darf schon deswegen bezweifelt werden, weil die USA diese Ausnahmetatbestände gerade nicht in ihrer Verhandlungsposition benannt haben.<sup>1092</sup>

### g.) Transfers

Zu diesem Bereich liegen vier verschiedene Textentwürfe vor. Zusätzlich zu den schon im NAFTA geschützten Kapitalflüssen werden in einem Textvorschlag „*contributions to capita*“ und „*royalty payments*“ als nicht einschränkbare Transfers klassifiziert.<sup>1093</sup> Die Möglichkeit für Kapitalverkehrskontrollen könnten somit im FTAA noch weiter eingeschränkt werden, als sie es schon im NAFTA trotz der einschlägigen Erfahrungen mit der Peso-Krise in Mexiko sind. Daran ändern auch die etwas über den NAFTA-Text hinausgehenden Ausnahmebestimmungen eines Textvorschlages nichts, nach denen Transferbeschränkungen auch aus Gründen der Umsetzung bestehender Gesetze in den Bereichen soziale Sicherheit sowie Nichterfüllung von Arbeits- und Steuerpflichten erlaubt sein sollen.<sup>1094</sup>

### h.) Enteignung und Entschädigung

Der Entwurfstext übernimmt in Art. 10 FTAA-E das aus NAFTA und MAI-E bekannte Konzept des Schutzes direkter und indirekter Enteignungen sowie von Maßnahmen, die einen ähnlichen Effekt haben. Nur zwei Vorschläge würden davon abweichen, die den Handlungsspielraum für FTAA-konforme Enteignungen möglicherweise erweitern würden. Zum einen der Vorschlag, dass der Terminus „*public purpose*“ auch Maßnahmen aus Gründen zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung oder aus sozialen Interessen („*social interest*“) einschließt.<sup>1095</sup> Zum anderen sollen, Enteignungen, die in Übereinstimmung mit den entsprechenden nationalen Verfassungsbestimmungen stehen, FTAA-konform sein.<sup>1096</sup>

Die Entschädigungsbestimmungen decken sich hier mit dem MAI-E, weil Investoren auch für Schäden Kompensationszahlungen erhalten sollen, die durch Zerstörung ihrer Investitionen durch das Militär oder andere Autoritäten eines Vertragsstaates entstanden sind.<sup>1097</sup> Im NAFTA gilt laut Art. 1105 Abs. 2 lediglich eine Verpflichtung zu nichtdiskriminierender Behandlung im Falle von bewaffneten Konflikten oder Bürgerkriegen.

<sup>1091</sup> Art. 10 (4) b + d FTAA-E.

<sup>1092</sup> USTR (2001), a.a.O., S. 2.

<sup>1093</sup> Art. 12 Abs. 1, 2. Textvorschlag FTAA-E.

<sup>1094</sup> Art. 12 Abs. 4, Z. d) – f), 1. Textvorschlag FTAA-E.

<sup>1095</sup> Art. 13 Abs. 1. (a), 1. Textvorschlag FTAA-E.

<sup>1096</sup> Art. 13 Abs. 1., 4. Textvorschlag FTAA-E.

<sup>1097</sup> Art. 14 Abs. 2 FTAA-E.

## i.) Streitschlichtung

Die Streitschlichtungsbestimmungen sind ganz besonders eng an die entsprechenden NAFTA-Regelungen angelehnt. Nur die Investor-Staat-Regeln werden im Investitionskapitel näher ausgeführt, das auch anwendbare Staat-Staat-Verfahren wird in einem eigenen Kapitel geregelt. Die zentrale Rolle des Investor-Staat-Verfahrens wird schon durch seinen quantitativen Umfang deutlich. Nicht weniger als 28 der insgesamt 60 Seiten des Investitionskapitels behandeln nur dieses Thema. Es gibt hierzu drei verschiedene Textvorschläge, die zum Teil erstaunliche Innovationen enthalten:

Der erste Textvorschlag enthält gleich eine ganze Reihe von neuartigen Bestimmungen. Klagt in einem Schiedsgerichtsverfahren ein Investor aus einer großen oder entwickelten Volkswirtschaft gegen eine kleinere Volkswirtschaft (*smaller economy*), dann werden evtl. Entschädigungszahlungen mindestens zur Hälfte aus Mitteln eines regionalen Entwicklungsfonds beglichen.<sup>1098</sup> Schiedsverfahren, die eine ähnliche faktische oder rechtliche Basis haben, können zusammengefasst werden.<sup>1099</sup> Alle Schiedsklagen sind vom FTAA-Sekretariat in einem öffentlichen Register zu dokumentieren.<sup>1100</sup> Ein Schiedsgericht bekommt explizit die Möglichkeit der Hinzuziehung von schriftlichen Stellungnahmen von Sachverständigen eingeräumt.<sup>1101</sup> Alle Dokumente, die das Schiedsgericht erhält bzw. erarbeitet hat, sind zu veröffentlichen.<sup>1102</sup> Alle Verhandlungen des Schiedsgerichtes sollen öffentlich sein.<sup>1103</sup> Besondere Bestimmungen gelten jeweils für vertrauliche Informationen.

Eine weitere Neuigkeit, ist die – eingeschränkte – Möglichkeit für Schiedsgerichte, *Amicus-curiae*-Eingaben zuzulassen.<sup>1104</sup> Schließlich wird den Staaten die Geltendmachung diplomatischen Schutzes während laufender Streitschlichtungsverfahren oder im Falle der Nichtvollstreckung von Schiedssprüchen untersagt.<sup>1105</sup> Dies könnte die Angst kleinerer amerikanischer Staaten vor entsprechenden diplomatischen Maßnahmen vor allem der USA zum Ausdruck bringen.

Im zweiten Textvorschlag sind vier Bestimmungen erwähnenswert: erstens die Möglichkeit der Zulassung von *Amicus-curiae*-Eingaben,<sup>1106</sup> zweitens die Verpflichtung zur Veröffentlichung aller Dokumente (incl. der Schiedssprüche) des Schiedsgerichtes sowie zur Zulassung der Öffentlichkeit bei Verhandlungen des Schiedsgerichtes,<sup>1107</sup> drittens die Möglichkeit der Hinzuziehung von schriftlichen Stellungnahmen von Sachverständigen<sup>1108</sup> sowie viertens die Möglichkeit der Konsolidierung von Schiedsverfahren.<sup>1109</sup>

<sup>1098</sup> Art. 24 (2), 1. Textvorschlag FTAA-E.

<sup>1099</sup> Art. 36, 1. Textvorschlag FTAA-E. Dies würde es erleichtern, parallele Schiedsverfahren wie bei den Fällen *Lauder/CME* zu vermeiden.

<sup>1100</sup> Art. 37 (4), 1. Textvorschlag FTAA-E.

<sup>1101</sup> Art. 43, 1. Textvorschlag FTAA-E.

<sup>1102</sup> Art. 50 (3), 1. Textvorschlag, FTAA-E.

<sup>1103</sup> Art. 50 (1), 1. Textvorschlag, FTAA-E.

<sup>1104</sup> Art. 51, 1. Textvorschlag, FTAA-E.

<sup>1105</sup> Art. 48, 1. Textvorschlag FTAA-E.

<sup>1106</sup> Art. 29, 2. Textvorschlag FTAA-E.

<sup>1107</sup> Art. 30, 2. Textvorschlag FTAA-E.

<sup>1108</sup> Art. 33, 2. Textvorschlag FTAA-E.

Der dritte Textvorschlag – der sehr kurz ist – enthält mit den Bestimmungen, dass alle Schiedssprüche zu veröffentlichen sind und dass auf die Anwendung diplomatischen Schutzes zu verzichten ist, lediglich zwei Regelungen, die als innovativ einzuschätzen ist.<sup>1110</sup>

Keiner der drei Textvorschläge enthält Möglichkeiten der Überprüfung von Schiedssprüchen, die über die Standardklauseln von NAFTA oder der BIT hinausgehen würden. Alle drei Vorschläge schränken die Auswahl der Schiedsgerichtsinstitution bzw. –ordnung auf die ICSID-Konvention, die ICSID-AF, die UNCITRAL-SO sowie auf jedes weitere im Konsens der Streitpartei vereinbarte Verfahren ein.<sup>1111</sup> Die Schiedsordnungen der Internationalen Handelskammer und der Stockholmer Handelskammer (vgl. VI.6.1.3) sind damit nur anwendbar, wenn der beklagte Staat der Anwendung dieser Regeln zustimmt.

#### **j.) Bestimmungen zu Arbeit und Umwelt**

Der aktuelle Entwurf enthält auch zwei Artikel zu Arbeit und Umwelt, während ein inoffizieller von einer NGO ins Internet gestellter Entwurf noch überhaupt keine derartigen Bestimmungen enthielt. Folgende Formulierung wurde gewählt: *„The parties recognize that it is in appropriate to encourage investments by relaxing domestic labor laws. Accordingly, each party shall strive to ensure that it does not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such laws as encouragement for the establishment, acquisition, expansion or retention of an investment on an investor in its territory.“*<sup>1112</sup> Art. 19 Abs. 1 FTAA-E ersetzt nur das Wort „*labor*“ durch „*environmental*“ und enthält ansonsten den exakt gleichen Text. Folgende Unterschiede bestehen zum NAFTA:

- Da der FTAA-Text nur auf „*laws*“ abstellt, ist der Anwendungsbereich im Vergleich zur NAFTA, wo alle „*measures*“ umfasst sind, auf Gesetze beschränkt. Damit bleiben viele administrative Maßnahmen wie Standards, Programme, Verordnungen etc. unberücksichtigt, obwohl die Investitionsschutzbestimmungen sich auf alle „*measures*“ nach Art. 2 Abs. 1 FTAA-E beziehen.
- Art. 19 FTAA-E beschränkt sich auf „*environmental laws*“ (Hervorhebung durch den Autor), während Art. 1114 Abs. 2 NAFTA „*health, safety or environmental measures*“ (Hervorhebung durch den Autor) umfasst.
- NAFTA enthält lediglich eine Aussage zu Umweltbestimmungen (Art. 1114), nicht aber zu Arbeitsbestimmungen.

Aus Sicht des Umwelt- und Arbeitsschutzes stellen die FTAA-Bestimmungen sogar gegenüber den NAFTA-Bestimmungen einen Rückschritt dar, auch wenn nicht übersehen werden darf, dass Arbeitsgesetze erfasst sind.

<sup>1109</sup> Art. 34, 2. Textvorschlag FTAA-E.

<sup>1110</sup> Art. 24 (11, 15), 3. Textvorschlag FTAA-E.

<sup>1111</sup> Art. 29, 1. Textvorschlag FTAA-E ; Art. 25, 2. Textvorschlag FTAA-E; Art. 24 (2), 3. Textvorschlag FTAA-E. Der 3. Textvorschlag lässt ausschließlich die UNCITRAL-SO als letzte Alternative neben der ICSID-Konvention und den ICSID-AF zu.

<sup>1112</sup> Art. 18 Abs. 1 FTAA-E.

### k.) Verbot extraterritorialer Maßnahmen

Überraschenderweise findet sich im aktuellen Entwurfstext ein Artikel zum Verbot extraterritorialer Investitionsmaßnahmen, der sich an der beschriebenen Vorschrift im MAI-E (vgl. VI.3.2.6) orientiert.<sup>1113</sup> Auch hier bleibt abzuwarten, inwieweit diese Vorschrift Eingang in den Schlusstext finden wird.

### VI.4.2 Zusammenfassung

Obwohl der Fakt, dass sämtliche Bestimmungen des Entwurfstextes geklammert sind und zu vielen wichtigen Einzelbestimmungen mehrere Vorschläge vorliegen, definitive Aussagen nicht zulässt, kann kein Zweifel daran bestehen, dass die Behandlung von Investitionen und Investoren innerhalb der geplanten gesamtamerikanischen Freihandelszone in einer sehr stark die Rechte von Investoren betonenden Art und Weise erfolgen soll. Die Vorschriften lehnen sich sehr eng an das NAFTA-Abkommen an, so dass durchaus NAFTA als eine „Blaupause“ für das FTAA bezeichnet werden kann. Die meisten der Abweichungen vom NAFTA-Abkommen führen zu einer noch weitgehenderen Investitionsliberalisierung. Unklar ist, wie sich die Bestimmungen zu den kleineren Volkswirtschaften auswirken würden. Hinter dem MAI-E bleibt allerdings auch der FTAA-E zurück.

Auf der anderen Seite zeigt sich aber auch eine deutliche Tendenz, Innovationen in das Streitschlichtungsverfahren wie erhöhte Transparenz und *amicus curiae* einzubauen. Dies folgt der Entwicklung beim NAFTA sowie bei den US-amerikanischen Investitionsverträgen. Selbstverständlich bleibt auch hier der endgültige Vertragstext abzuwarten. Keinen Fortschritt gibt es allerdings hinsichtlich der Überprüfung von Schiedssprüchen.

Zu würdigen sind die jüngsten Entwicklungen bei den FTAA-Verhandlungen. Insbesondere die sich abzeichnende Bereitschaft, von dem Konzept des *single undertaking* abzugehen und einen plurilateralen Ansatz zu verfolgen, wäre eine bemerkenswerte Kehrtwende, die vor wenigen Jahren noch undenkbar gewesen wäre. Sie hätte sicherlich Signalwirkung für ähnliche Verhandlungen, evtl. auch für die weitere Entwicklung des WTO-Systems.

---

<sup>1113</sup> Art. 8 Abs. 1 FTAA-E.

## VI.5. Weitere bilaterale und regionale Handelsabkommen

Mit den entsprechenden WTO-Verträgen, BIT, NAFTA, MAI-E und dem FTAA-E wurden die wichtigsten geltenden bzw. geplanten Investitionsverträge bereits dargestellt. Darüber hinaus gibt es noch zahlreiche weitere investitionsrelevante Verträge auf bilateraler oder regionaler Ebene. Eine Zwischenform stellen interregionale Abkommen dar, die zwischen zwei regionalen Organisationen bzw. Freihandelszonen abgeschlossen werden (ein Beispiel dafür sind die laufenden Verhandlungen zwischen der EU und dem Mercosur über ein Assoziierungsabkommen). Die meisten von ihnen sind keine sog. „*stand alone agreements*“, d.h. Verträge, die sich nur mit AI befassen. Es handelt sich vielmehr um erheblich breiter angelegte allgemeine Freihandelsabkommen ähnlich NAFTA/FTAA oder – vor allem bei den von der EU abgeschlossenen Verträgen – um Assoziations-, Partnerschafts- und Kooperationsverträge, die entweder ein eigenes Kapitel mit Investitionsbestimmungen oder nur einige Einzelschriften zu Investitionen aufweisen. Die Regelungstiefe ist sehr unterschiedlich, z.B. sind die US-Verträge erheblich detaillierter als die EU-Verträge. Teilweise sind nur einzelne Wirtschaftssektoren wie z.B. beim Vertrag über die Energiecharta (vgl. VI.5.4) betroffen. Zu unterscheiden ist auch zwischen bindenden und nichtbindenden Verträgen.

Mittlerweile hat sich ein relativ großes und zunehmend unübersichtlicher werdendes Netz an investitionsrelevanten bilateralen und regionalen Verträgen herausgebildet, das besonders in den letzten Jahren stark gewachsen ist. Laut UNCTAD wurden seit 1970 alleine von den USA, der EG, der EFTA und von Kanada insgesamt 136 entsprechende bilaterale Verträge abgeschlossen.<sup>1114</sup> Seit 1948 sind – von der UNCTAD auf „*main international instruments*“ eingegrenzt – insgesamt 89 regionale, 47 bilaterale und dreizehn interregionale Verträge verhandelt worden, die sich mit AI befassen.<sup>1115</sup> BIT sind natürlich bei beiden Statistiken nicht mit einbezogen. 75% der *main international instruments* entfallen alleine auf die Jahre 1990-2003, wobei es – ähnlich wie bei den BIT – in den letzten Jahren ein sehr starkes Wachstum gegeben hat.

Im Folgenden werden die wichtigsten bilateralen und regionalen Verträge knapp dargestellt. Zur Vermeidung von Redundanzen werden vor allem Bestimmungen erwähnt, die von den typischen Inhalten der meisten bereits dargestellten Verträge abweichen. Eine Untersuchung der – wahrscheinlich ohnehin nicht besonders intensiven – Schiedsgerichtspraxis erfolgt nicht.

### VI.5.1 Investitionsbestimmungen in bilateralen Handelsabkommen

Die wichtigsten Entwicklungen bei der Ausgestaltung von Investitionsbestimmungen in bilateralen Verträgen, die von den USA bzw. der EU abgeschlossen worden sind bzw. derzeit verhandelt werden, sollen im Weiteren analysiert werden. Dadurch dürfte zum einen bereits ein großer Teil der DI-Ströme erfasst sein, zum anderen orientieren sich natürlich viele weitere Staaten an den Verträgen dieser

<sup>1114</sup> UNCTAD (2003), a.a.O., S. 219-221. Einige dieser Verträge sind nicht mehr in Kraft bzw. unterzeichnet, aber noch nicht ratifiziert worden.

<sup>1115</sup> Ebenda, S. 208-218. Berücksichtigt wurden auch Vorschläge von Nichtregierungsorganisationen, z.B. der Internationalen Handelskammer. Zum Teil sind die Verhandlungen noch nicht abgeschlossen, vereinzelt ist ein ausgehandelter Vertrag nicht ratifiziert worden.

beiden Volkswirtschaften.

### VI.5.1.1 USA

Die USA setzen seit mehreren Jahren – nicht erst seit der gescheiterten WTO-Ministerkonferenz in Cancún – auf den Abschluss von bilateralen Investitions- und Handelsverträgen. Seit Anfang 2004 haben die USA mit insgesamt neunzehn Staaten Freihandelsverträge abgeschlossen bzw. über deren Abschluss verhandelt oder den baldigen Beginn von Verhandlungen angekündigt (Stand: 10.5.2004).<sup>1116</sup> Mehrere bereits unterzeichnete Verträge befinden sich im Ratifikationsverfahren. Teilweise wird dabei ein mehrstufiges Konzept angewandt. Zunächst wird ein Rahmenabkommen, das kaum substantielle Bestimmungen schafft, sondern eher ein qualifiziertes und institutionalisiertes Konsultationsforum zu Handels- und Investitionsfragen darstellt, abgeschlossen. Dem folgt dann einige Jahre später die Aufnahme von Verhandlungen über einen Freihandelsvertrag. Ein solcher Freihandelsvertrag ist in der Regel nach dem Muster des NAFTA aufgebaut und schafft damit also substantielle, über die WTO-Verträge hinausgehende Verpflichtungen. Auch für den Bereich Investitionen werden damit hohe Standards gesetzt. Auf der anderen Seite gehen die USA zunehmend dazu über, in ihren Freihandelsverträgen umfangreichere Bestimmungen zu Umwelt und Arbeit sowie Wettbewerbsregeln aufzunehmen, die sich in BIT überhaupt nicht oder nur sehr vage finden. Die Bestimmungen zu Umwelt und Arbeit sind allerdings eher deklaratorischer Natur.<sup>1117</sup> So wird die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen unterstrichen, ein Kooperations- und Konsultationsmechanismus eingesetzt, sowie festgestellt, dass jede Vertragspartei frei ist, ihre eigenen Umwelt- und Arbeitsstandards festzulegen. Die Streitschlichtung ist nicht anwendbar. Die Wettbewerbsregeln dienen eher dazu, staatliches Verhalten einzuschränken, als das Problem von Marktmacht oder wettbewerbsbeschränkenden Geschäftspraktiken anzugehen.<sup>1118</sup>

In zwei unlängst abgeschlossenen Freihandelsverträgen<sup>1119</sup> mussten die USA Kompromisse hinsichtlich des Schutzes von uneingeschränkten Kapitaltransfers eingehen. Chile und Singapur konnten gegen den Widerstand der US-Finanzlobby durchsetzen, dass für die Anrufung der Schiedsgerichtsbarkeit wegen der substantiellen Einschränkung von Kapitaltransfers eine Wartefrist von einem Jahr ab dem Zeitpunkt der Einschränkung eingehalten werden muss. Für Schäden, die durch die Maßnahmen innerhalb dieses Jahreszeitraumes entstanden sein sollten, können Singapur und Chile nicht zur Verantwortung gezogen werden; der Streitschlichtungsmechanismus ist hierfür nicht anwendbar. Gewinnrückführungen im Zusammenhang mit DI sind allerdings nicht von diesen Einschränkungen betroffen.<sup>1120</sup>

<sup>1116</sup> USTR (2004): United States and Malaysia Sign Bilateral Trade and Investment Framework Agreement, S. 2.

<sup>1117</sup> Siehe z.B. USA - Australia Free Trade Agreement v. 18.5.2004, <http://www.ustr.gov/new/fta/Australia/final/final.pdf>, Download v. 19.5.04, Kapitel 18 und 19; USA - Singapore Free Trade Agreement v. 6.5.2003, <http://www.ustr.gov/new/fta/Singapore/final/2004-01-15-final.pdf>, Download vom 24.5.2004, Kapitel 17 und 18.

<sup>1118</sup> Siehe z.B. USA - Singapore Free Trade Agreement v. 6.5.2003, Kapitel 12 (Anticompetitive Business Conduct, Designated Monopolies, and Government Enterprises).

<sup>1119</sup> USA - Singapore Free Trade Agreement v. 6.5.2003; USA - Chile Free Trade Agreement v. 6.6.2003, <http://www.ustr.gov/new/fta/Chile/final/10.investment.PDF>, Download vom 24.5.2004.

<sup>1120</sup> USA - Singapore Free Trade Agreement v. 6.5.2003, Annex 15-A; USA - Chile Free Trade Agreement v. 6.6.2003, Annex 10-C. In diesem Vertrag wird ein kompensationsfähiger Schaden zudem eingeschränkt auf den Wertverlust des Kapitaltransfers, mögliche entgangene Gewinne und andere Schäden sind explizit ausgeschlossen, Annex 10-C, 1 (c).

Hinsichtlich der Schiedsgerichtsbarkeit folgen alle neuen Freihandelsverträge den Vorgaben der „*trade promotion authority*“ (vgl. VI.1.2.12) und enthalten u.a. verbesserte Transparenzbestimmungen, Zugang für Dritte zum Verfahren („*amicus curiae*“) sowie die Möglichkeit zur Einrichtung eines bilateralen Berufungsorganes. Eine fast als sensationell zu bezeichnende Innovation enthält das Freihandelsabkommen zwischen den USA und Australien.<sup>1121</sup> Es verzichtet komplett auf eine Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit. Anwendbar ist lediglich die Staat-Staat- oder die jeweilige nationale Schiedsgerichtsbarkeit. Die Vertragsparteien nehmen aber Konsultationen über die Zulassung von Investor-Staat-Verfahren auf, wenn nach Auffassung einer Vertragspartei „*there has been a change in circumstances affecting the settlement of disputes*“ (Art. 11.16 (1)). Diese Konsultationen sollen umgehend aufgenommen werden „*...with a view towards allowing such a claim...*“ (Art. 11.16 (2)). In diesem Abkommen ist ebenfalls die rechtlich zwar bedeutungslose, politisch aber unter Umständen sehr hilfreiche Klarstellung: „*For greater certainty, nothing in this Chapter imposes an obligation on a Party to privatise*“ zu finden (Art. 11.1 (2)).

### VI.5.1.2 EU

Die EU bzw. die EG haben eine jahrzehntelange Tradition im Abschluss von bilateralen und interregionalen Wirtschaftsabkommen. Diese haben sich ständig weiterentwickelt, so dass heutzutage „Abkommen der vierten Kategorie“ abgeschlossen werden. In der ersten Kategorie wurden reine Handelsverträge abgeschlossen, die meistens darauf gerichtet waren, Zollunionen zu errichten. Die „Abkommen der zweiten Kategorie“, die ab ca. Mitte der 1970er-Jahre abgeschlossen wurden, betrifft Kooperationsabkommen. Die Abkommen der ersten beiden Kategorien enthielten keine Investitionsbestimmungen, so dass sie hier unbeachtet bleiben. Zu den „Abkommen der dritten Kategorie“ zählen Handels- und Assoziierungsabkommen, die seit Mitte der 1990er-Jahre abgeschlossen worden sind. Beispiele dafür sind Verträge mit Chile, Mexiko oder Südafrika. Die „Abkommen der vierten Kategorie“ bilden die neuen Handelsabkommen, die Handelsfragen mit politischen Fragen wie Demokratisierung, Menschenrechten, „*good governance*“ etc. verknüpfen und auch Fragen wie Entwicklungshilfe, technische Unterstützung, soziale und kulturelle Zusammenarbeit etc. regeln.<sup>1122</sup> Die Abkommen der beiden letztgenannten Kategorien enthalten in der Regel auch Bestimmungen zu Investitionen.

Ein Artikel zu Investitionsförderung und –schutz ist mittlerweile Standard in den EU-Verträgen.<sup>1123</sup> Dieser ist allerdings deklaratorisch gehalten und begründet in der Regel keine konkreten Verpflichtungen für die Vertragsparteien. So sollen die Vertragsparteien ein nicht näher ausgeführtes

<sup>1121</sup> USA - Australia Free Trade Agreement v. 18.5.2004. Das Inkrafttreten wird zum 1.1.2005 erwartet.

<sup>1122</sup> Schilders, K. (2003): Regionalisierung unter neoliberalen Vorzeichen? Die polit-ökonomische Geographie der EU-Handelspolitik.

<sup>1123</sup> Siehe z.B. Art. 46 Partnership and Cooperation Agreement between the European Communities and their Member States and the Republic of Kazakhstan, Official Journal of the European Communities, L 196/3-33, 28.7.1999; Art. 52 Agreement on Trade, Development and Cooperation between the European Community and its Member States, of the one Part, and the Republic of South Africa, of the other Part, Official Journal of the European Communities, L 311/3-297, 4.12.1999 (diese Bestimmung gilt für in- und ausländische Investitionen); Art. 21 Agreement Establishing an Association between the European Community and its Member States, of the one Part, and the Republic of Chile, of the other Part, Official Journal of the European Communities, 31.12.2002, S. 1-1439; Art. 15 Economic Partnership, Political Coordination and Cooperation Agreement between the European Community and its Member States, of the one Part, and the United Mexican States, of the other Part, Official Journal of the European Communities, L 276/45-61, 28.10.2000.

positives Investitionsklima sicherstellen oder Informationen über Investitionsmöglichkeiten und Gesetze, die Investitionen betreffen, austauschen. Außerdem sollen die Mitgliedsstaaten der EU mit dem entsprechenden Vertragspartner einen BIT abschließen. Der Grund für dieses wenig ambitionierte Vorgehen liegt in der Kompetenzverteilung zwischen der EU und ihren Mitgliedsstaaten. Im Unterschied zur Handelspolitik gehören DI (noch) nicht zur ausschließlichen Kompetenz der Europäischen Union.<sup>1124</sup> Insbesondere der Abschluss von BIT ist eine klassische Domäne der Mitgliedsstaaten. Die Eingangsklausel „*Bearing in mind the respective powers and competences of the Community and the Member States...*“ im EU-Kasachstan-Abkommen macht dies deutlich (Art. 46 Abs. 1 S. 1). Im Konfliktfall ist die Staat-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit anwendbar. In Hinblick auf Transparenz, *Amicus-curiae*-Zugang, Überprüfungsmöglichkeiten etc. bleiben diese Bestimmungen weit hinter den US-amerikanischen Verträgen zurück.<sup>1125</sup> Verbindliche Bestimmungen zu Investorenpflichten finden sich weder in den US- noch in den EU-Verträgen.

Wie auch der EG-Vertrag, enthalten die EU-Abkommen in unterschiedlicher Ausprägung Bestimmungen über den freien Kapitalverkehr.<sup>1126</sup> Abweichungen gibt es bei den Ausnahmen vom Prinzip des freien Kapitalverkehrs. Mal ist dies bei Zahlungsbilanzschwierigkeiten möglich (EU-Südafrika, EU-Mexiko, EU-Chile), ein anderes Mal bei Wechselkurs- oder geldpolitischen Schwierigkeiten der Vertragspartner (EU-Mexiko, EU-Chile, EU-Kasachstan). Insbesondere Chile hat seine geltenden Kapitalverkehrskontrollen, die bestimmte Transfers von kurzfristigen Investitionen einschränken, in einem Annex zu dem Abkommen reserviert (Annex XIV). Weitere substantielle Bestimmungen gibt es im Bereich der Nichtdiskriminierung. Allerdings haben nicht alle der neueren EU-Verträge Nichtdiskriminierungsvorschriften. Beispiele dafür sind die Verträge zwischen der EU und Südafrika sowie zwischen der EU und Mexiko.<sup>1127</sup> Im Partnerschaftsabkommen EU-Kasachstan gilt *pre-establishment* bei der Meistbegünstigung (MFN) für kasachische und EU-Investoren (Art. 23 Abs. 1 Z. a, Abs. 2). In Bezug auf die Inländerbehandlung wird differenziert: EU-Unternehmen genießen auch hier *pre-establishment* (Art. 23 Abs. 2), während kasachischen Unternehmen nur in eingeschränkter Form *post-establishment* eingeräumt wird (Art. 23 Abs. 1 Z. b).<sup>1128</sup> Das EU-Chile-Assoziierungsabkommen enthält reziproke *Pre-establishment*-Bestimmungen für die Inländerbehandlung. Wie im GATS gibt es einen Positivistenansatz sowie zahlreiche Ausnahmen (Art. 132, 135). Eine MFN-Klausel gibt es nicht.

<sup>1124</sup> Mit dem Vertrag über eine Europäische Verfassung sollen wesentliche Bereiche der Direktinvestitionspolitik in den neuen Bereich der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz der EU überführt werden, vgl. Karl, J. (2004): *The Competence for FDI – New Powers for the European Union?*

<sup>1125</sup> So enthält das Schiedsgerichtsverfahren im EU-Chile-Assoziierungsabkommen keinerlei Überprüfungsmöglichkeiten, und die Anhörungen des Schiedsgerichtes sind nichtöffentlich, solange die Streitparteien nichts anderes vereinbaren, vgl. Art. 187, 189 (3).

<sup>1126</sup> Z.B. Art. 32-34 Agreement on Trade, Development and Cooperation between the European Community and its Member States, of the one Part, and the Republic of South Africa, of the other Part; Art. 41 Partnership and Cooperation Agreement between the European Communities and their Member States and the Republic of Kazakhstan; Art. 163-167 Agreement Establishing an Association between the European Community and its Member States, of the one Part, and the Republic of Chile, of the other Part; Art. 8-9 Economic Partnership, Political Coordination and Cooperation Agreement between the European Community and its Member States, of the one Part, and the United Mexican States, of the other Part.

<sup>1127</sup> Für den letztgenannten Vertrag gibt es bezüglich der Inländerbehandlung nur einen Hinweis auf ein nicht rechtsverbindliches OECD-Instrument, vgl. Art. 34 Decision No 2/2001 of the EU-Mexiko Joint Council of 27 February 2001 Implementing Articles 6, 9, 12(2)(b) and 50 of the Economic Partnership, Political Coordination and Cooperation Agreement, (2001/153/EC), Official Journal of the European Communities, L 70/7-50, 12.3.2001.

<sup>1128</sup> Die EU-Mitgliedsstaaten haben die Möglichkeit, Ausnahmen in einem Annex zu reservieren. Alle Nichtdiskriminierungsbestimmungen enthalten einen Gesetzesvorbehalt („...in conformity with its legislation and regulations.“)

Damit bleiben die EU-Verträge vor allem hinsichtlich folgender Bestimmungen deutlich hinter den US-Verträgen und zum Teil auch hinter den BIT der EU-Mitgliedsstaaten zurück: Verbot von *performance requirements*, Ermöglichung der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit, Enteignung und Entschädigung, völkerrechtlicher Mindestbehandlungsstandard. Im Bereich Nichtdiskriminierung gehen sie teilweise weiter als die BIT. In Bezug auf Mexiko kommt die EU selbst zu folgendem Fazit: „*On the whole, no new commitment compared to the investment protection agreements that most member states already had in force with Mexiko.*“<sup>1129</sup>

## VI.5.2 Investitionsbestimmungen in regionalen Handelsabkommen

Im Gegensatz zu BIT gibt es kaum verbindliche regionale Verträge, die sich exklusiv mit Investitionen beschäftigen. Meistens werden Investitionsbestimmungen in weiterreichende Freihandelsverträge eingebettet. Die EU stellt einen weltweit einzigartigen Sonderfall einer regionalen Organisation dar, die supranationale und intergouvernementale Elemente vereint. Aufgrund dieser unvergleichbaren besonderen Struktur sowie der Tatsache, dass eine ausführliche Untersuchung des EG-Rechts und der EG-Politik in Bezug auf Investitionen den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde, wird auf eine Analyse der EG verzichtet.<sup>1130</sup> Stattdessen werden exemplarisch für die große Vielfalt an regionalen Verträgen die APEC und der Vertrag über die Energiecharta herausgegriffen. Die APEC hat zwar nur unverbindliche Investitionsregeln, dafür umfasst der APEC-Raum große Teile der Weltwirtschaft. Der Vertrag über die Energiecharta ist ein sektoraler Vertrag, der bei den MAI-Verhandlungen immer wieder herangezogen wurde. Außerdem ist hier etwas Schiedsgerichtspraxis bekannt geworden.

### VI.5.2.1 APEC

Die Asiatisch-Pazifische Wirtschaftliche Zusammenarbeit (*Asia Pacific Economic Cooperation Forum*, im Folgenden APEC) ist ein eher lockerer Zusammenschluss von 21 Staaten,<sup>1131</sup> der sich 1989 auf Anregung der USA gebildet hat und 2,5 Milliarden Menschen sowie ca. die Hälfte des Welthandels umfasst. Mit der „Deklaration von Bogor“ wurden im November 1994 erstmals konkrete politische Ziele festgelegt. Die Liberalisierung von Handel und Investitionen soll durch eine Selbstverpflichtung der Staaten, den Grad der Protektion nicht weiter zu erhöhen, sowie unilaterale Liberalisierungsmaßnahmen fortgeführt werden.<sup>1132</sup> Langfristig werden freier und offener Handel und Investitionen sowie unbehinderter Kapitalverkehr angestrebt; diese Ziele sollen für die Industriestaaten unter den APEC-Mitgliedern bis zum Jahr 2010, für die Entwicklungsländer bis zum Jahr 2020 erreicht sein.<sup>1133</sup>

In den „*APEC Non-binding Investment Principles*“<sup>1134</sup> wird ein Rahmen für die Behandlungen von AI vorgegeben. Dieser ist, wie bereits der Titel andeutet, rechtlich unverbindlich und soll daher auch nur

<sup>1129</sup> Homepage der Generaldirektion Handel der EU-Kommission, [http://europa.eu.int/comm/trade/issues/bilateral/countries/mexico/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/trade/issues/bilateral/countries/mexico/index_en.htm), abgerufen 21.5.2004.

<sup>1130</sup> So auch die UNCTAD in ihrer Untersuchung bestehender internationaler Investitionsverträge, UNCTAD (2003), a.a.O., S. 96.

<sup>1131</sup> China, Vietnam, Indonesien, Südkorea, Chile, Malaysia, Taiwan, Japan, Philippinen, Thailand, Singapur, Hong Kong, Russland, Mexiko, Peru, Kanada, Neuseeland, Australien, USA, Papua-Neuguinea und Brunei.

<sup>1132</sup> APEC (1994): APEC Economic Leaders' Declaration of Common Resolve.

<sup>1133</sup> Ebenda, Nr. 6.

knapp dargestellt werden. Er enthält sehr knapp abgefasste Aussagen zu Transparenz, Nichtdiskriminierung, Investitionsanreizen, *performance requirements*, Enteignung und Entschädigung, Transfers, Streitschlichtung, Beschäftigung von Schlüsselpersonal, Investorenverhalten sowie den Abbau von Barrieren für Kapitalexporte. Keine Aussagen gibt es zum Anwendungsbereich bzw. zu allgemeinen Ausnahmen, was aufgrund des nichtbindenden Charakters auch entbehrlich ist, sowie zur Definition von Investitionen. Die Bestimmungen ähneln von der Zielsetzung her den weitreichenden Investitionsschutzabkommen NAFTA und FTAA-E, bleiben aber in einigen Punkten hinter deren Aussagen zurück. Die Prinzipien zum freien Kapitalverkehr und die Minimierung von „*regulatory and institutional barriers to the outflow of investment*“<sup>1135</sup> haben eine deutlich deregulative Absicht, ebenso die Enteignungs- und Entschädigungsprinzipien. Die Einschränkung von *performance requirements* demgegenüber ist sehr vorsichtig formuliert; eine Klausel, wonach Investitionen nicht durch das Absenken von Umwelt-, Gesundheits- oder Sicherheitsstandards angelockt werden dürfen, überrascht angesichts des vehementen Widerstandes vieler asiatischer Staaten gegen eine Behandlung von Umweltthemen in der WTO. Zum Investorenverhalten wurde lediglich festgehalten, dass die Akzeptanz von Investitionen gefördert wird, wenn sich ausländische Investoren genauso wie inländische Investoren an die jeweiligen Gesetze des Empfängerstaates halten.

Neben den nichtbindenden Investitionsprinzipien gibt es innerhalb der APEC noch weitere investitionsliberalisierende Maßnahmen wie individuelle oder kollektive Aktionspläne sowie freiwillige sektorspezifische Liberalisierungen („*Early Voluntary Sectoral Liberalisation*“).<sup>1136</sup> Ein verbindliches Investitionsabkommen ist bislang nicht vorgesehen, in der „*Osaka Action Agenda*“, die die Bogor-Deklaration umsetzen soll, heißt es aber: „...*assess, in the long-term, the merits of developing an APEC-wide discipline on investment in the light of APEC's own progress through the medium term as well as developments in other international fora.*“<sup>1137</sup> Eine wirkliche politische Dynamik, die in diese Richtung wirken würde, ist aber bislang – vermutlich auch wegen des weiten Zeitfensters – im Gegensatz z.B. zur FTAA nicht erkennbar.

### VI.5.2.2 Vertrag über die Energiecharta

Der Vertrag über die Energiecharta („*Energy Charta Treaty*“, im Folgenden ECT) dürfte der Investitionsvertrag sein, der gemessen an seiner Bedeutung die wenigste öffentliche Aufmerksamkeit genießt. Die Wurzeln dieses Vertrages liegen in der energiepolitischen Zusammenarbeit zwischen den westlichen Industrieländern und den ehemaligen Ostblock-Staaten, die bereits kurze Zeit nach dem Zusammenbruch des Kommunismus forciert wurde.<sup>1138</sup> Den Rahmen für den Vertrag über die Energiecharta bildet die nicht verbindliche europäische Energiecharta, die 1991 unterzeichnet wurde. Der ECT selbst ist ein verbindlicher völkerrechtlicher Vertrag, mittlerweile von 52 Staaten unterzeichnet,

<sup>1134</sup> APEC (1994a): APEC Non-binding Investment Principles.

<sup>1135</sup> Ebenda, S. 2.

<sup>1136</sup> Die amerikanische Verbraucherschutzorganisation Public Citizen geht davon aus, dass bereits durch diese Maßnahmen ein erheblicher Liberalisierungsdruck entstanden ist, Public Citizen (1999): The MAI Shell Game – Asia Pacific Economic Co-operation Forum (APEC), S. 1-2.

<sup>1137</sup> APEC (1995): The Osaka Action Agenda, Implementation of the Bogor Declaration, Teil 1, C. 4. Collective Actions h.

<sup>1138</sup> Energy Charter Secretariat (2002): The Energy Charter Treaty, A Reader's Guide, S. 7, 11.

von 46 Staaten plus der Europäischen Gemeinschaft ratifiziert und im April 1998 in Kraft getreten.<sup>1139</sup> Sein Ziel ist laut Vertragstext die Förderung der langfristigen Zusammenarbeit im Energiebereich (Art. 2). Tatsächlich geht es aber vor allem um die Reduzierung politischer Risiken im Energiebereich in den Transformationsländern.<sup>1140</sup> Der ECT ist im Wesentlichen ein Handels- und Investitionsvertrag, der daneben noch Bestimmungen zu Energietransit- und –effizienz sowie Wettbewerb enthält.

Der Anwendungsbereich der Investitionsbestimmungen ist sehr breit, weil er für API<sup>1141</sup> und DI gilt und neben direkten Verstößen gegen den ECT auch „*alle Verpflichtungen, die sie (die Vertragspartei, der Autor) gegenüber einem Investor oder den Investitionen des Investors einer anderen Vertragspartei eingegangen ist*“ umfasst (Art. 10 Abs. 1 S. 5). Damit sind individuelle Investitionsvereinbarungen zwischen einem Investor und einem Staat sowie Investitionsgenehmigungen gemeint (z.B. Konzessionsverträge), ohne die im Energiebereich kaum ein größeres Projekt abgewickelt wird.<sup>1142</sup> Ein Bruch einer Investitionsvereinbarung führt somit zu einem Bruch des ECT. Eine bemerkenswerte Abweichung zu NAFTA und den meisten BIT. Hinsichtlich der absoluten Schutzstandards enthält der ECT Standardvorschriften zu Entschädigung bei entstandenen Verlusten durch Krieg, Notstand etc. (Art. 12), zu Enteignung und Entschädigung (Art. 13) sowie zum *minimum standard of treatment*, wobei hier auch das Völkervertragsrecht im Unterschied zur jetzigen NAFTA-Interpretation explizit erfasst ist (Art. 10 Abs. 1 S. 1-4). In einer verbindlichen Interpretation des ECT, die der Schlussakte beigelegt ist, gilt dies aber nicht für Entscheidungen internationaler Organisationen sowie für internationale Verträge, die vor dem 1.1.1970 in Kraft getreten sind.<sup>1143</sup>

Sehr interessant sind die Nichtdiskriminierungsvorschriften des ECT. Verbindliche Bestimmungen gibt es zu Inländerbehandlung und Meistbegünstigung nur auf *Post-establishment*-Basis (Art. 10 Abs. 7), während es für ein *pre-establishment* nur rechtlich unverbindliche „*Best-effort*“-Bestimmungen gibt, die neben freiwilliger Beachtung dieses Prinzips auch *standstill* und *rollback* umfassen (Art. 10 Abs. 2-3, 5-6). In einem Zusatzvertrag, dessen Abschluss bis zum 1.1.1998 angestrebt wurde, sollte auch ein verbindliches *pre-establishment* vereinbart werden. Dass dies immer noch nicht gelungen ist (mit Stand: 24.5.2004 lag lediglich ein Verhandlungsentwurf<sup>1144</sup> vor<sup>1145</sup>), zeigt die politischen Schwierigkeiten bei der Zulassung des Marktzuganges. Der Entwurf sieht ein *pre-establishment* vor, zu dem die Vertragsstaaten in Annexen allgemeine bzw. privatisierungsbezogene Ausnahmen anmelden können, die aber sukzessive wieder aufgehoben werden müssen.<sup>1146</sup> Im Energiebereich ist die Liberalisierung des Marktzuganges entscheidend, weil nur dann ausländische Investoren diskriminierungsfreien Zugang zu Lizenzvergabe- oder Konzessionsvertragsvergabeverfahren bekommen. Außerdem dürften sie dann nicht mehr bei Ausschreibungen zum Kauf von Staatsbetrieben benachteiligt werden. In

<sup>1139</sup> [www.encharter.org](http://www.encharter.org), abgerufen 23.5.04. Weißrussland und Russland wenden den Vertrag ohne Ratifikation vorläufig an.

<sup>1140</sup> Energy Charter Secretariat (2002), a.a.O., S. 9.

<sup>1141</sup> Energy Charter Secretariat (1996): Der Vertrag über die Energiecharta und dazugehörige Dokumente, S. 9.

<sup>1142</sup> Energy Charter Secretariat (2002), a.a.O., S. 26. Vier Staaten haben die Schiedsgerichtsbarkeit in diesem Fall für unanwendbar erklärt (Annex IA).

<sup>1143</sup> International Energy Agency (1995): The Energy Charter Treaty, A Description of its Provisions, S. 17.

<sup>1144</sup> Draft Supplementary Treaty to The Energy Charter Treaty, undatiert, <http://www.encharter.org/upload/1/ST%20-%20main%20text.pdf>, Download v. 24.5.2004.

<sup>1145</sup> Im Herbst 2002 sind die Verhandlungen unterbrochen worden, um die entsprechenden Bemühungen um ein WTO-Investitionsabkommen abzuwarten, siehe <http://www.encharter.org/index.jsp?psk=03&ptp=tDetail.jsp&pci=127&pti=23>, abgerufen 24.5.2004.

<sup>1146</sup> Art. 2 Draft Supplementary Treaty to The Energy Charter Treaty.

diesem Kontext, wenn auch rechtstechnisch anders verortet, ist auch die Bestimmung über die Souveränität von Energievorkommen zu sehen (Art. 18). Neben einer allgemeinen Bekräftigung des Prinzips der staatlichen Souveränität wird die Souveränität über die eigenen Energieressourcen bekräftigt sowie das Recht „...über die geografischen Bereiche innerhalb seines Gebiets zu entscheiden, die für die Aufsuchung und Erschließung seiner Energievorkommen...zur Verfügung gestellt werden...und wie und in welchem Tempo sie abgebaut...werden“ (Art. 18 Abs. 3).

Der ECT sieht bei nur wenigen Ausnahmen das Prinzip des freien Kapitalverkehrs vor (Art. 14) und erstreckt die WTO-TRIMS-Bestimmungen auch auf alle Nicht-WTO-Mitglieder, z.B. Russland, die den ECT anwenden (Art. 5). Die Streitschlichtungsbestimmungen sehen sowohl die Möglichkeit von Investor-Staat- als auch von Staat-Staat-Schiedsgerichtsverfahren vor. Der Investor hat die Wahl zwischen den Gerichten des Ziellandes, ICSID, UNCITRAL sowie der SCC (Art. 26 Abs. 2, 4). Die Zustimmung zur Anwendbarkeit dieser Schiedsgerichtsregeln durch die Staaten („*consent to arbitration*“) wird durch den ECT automatisch erteilt (Art. 26 Abs. 3.a), allerdings haben 24 Staaten in einem Annex diese für den Fall ausgeschlossen, dass zuvor ein nationales Gericht in der Streitsache angerufen worden ist (Anlage ID). Parallele Verfahren sollen hierdurch ausgeschlossen werden. Zwischenstaatliche Verfahren, die im Investitionsbereich mit großer Sicherheit keine wesentliche Rolle spielen werden, werden einem Ad-hoc-Schiedsgericht vorgelegt, das das Verfahren aufgrund der Schiedsregeln der UNCITRAL, so weit nicht anders vereinbart, durchführt (Art. 27). In weiteren Vertrags“details“ wie z.B. der Bildung der „*ECT Investment Group*“<sup>1147</sup>, der sehr langen Fortgeltungsdauer der Investitionsbestimmungen nach dem Wirksamwerden eines Rücktritts von zwanzig Jahren verglichen mit einem Jahr für die restlichen Bestimmungen (Art. 47 Abs. 1-3)<sup>1148</sup> sowie der Bestimmung, dass keinerlei Vorbehalte zu dem Abkommen zulässig sind (Art. 46), wird der sehr weitreichende und liberalisierende Charakter dieses Vertrages deutlich. Zusammengefasst ist der ECT „*the first binding multilateral agreement on the promotion and protection of foreign investment, covering all important investment issues and providing high standards of protection, including a fully developed dispute settlement mechanism.*“<sup>1149</sup> Kein anderer Investitionsvertrag ähnelt dem MAI-E so sehr wie der ECT.

Dem ECT-Sekretariat sind bisher fünf Investor-Staat-Verfahren bekannt geworden, von denen drei bei ICSID registriert sind und zwei vor der SCC abgewickelt werden.<sup>1150</sup> Da es keine Registrierungspflicht gibt, ist es möglich, dass die tatsächliche Anzahl von Verfahren höher liegt. Zwei Schiedsgerichtsverfahren sind bereits abgeschlossen. Ein ICSID-Schiedsfall betraf Maßnahmen im Kontext der Privatisierung der ungarischen Energiewirtschaft und ist durch Einigung beigelegt worden.<sup>1151</sup> Ein weiterer Fall, in dem ein schwedisches Unternehmen gegen Lettland nach dem Schiedsverfahren der SCC Klage eingereicht hat, ist durch ein für den Investor siegreichen

<sup>1147</sup> Die „ECT Investment Group“ ist von der Energiechartakonferenz, dem höchsten beschlussfassenden Gremium der ECT, eingesetzt worden und soll „*peer pressure with regard to the reduction of remaining restrictions for foreign investment in the energy sector*“ ausüben, Energy Charter Treaty Secretariat (2002), a.a.O., S. 28.

<sup>1148</sup> Sechs Vertragsstaaten, darunter die Bundesrepublik Deutschland, haben in Hinblick auf die vorläufige Anwendung dieses Artikels erklärt, diese Bestimmung nicht anzuwenden (Annex PA).

<sup>1149</sup> Energy Charter Secretariat (2002), a.a.O., S. 10.

<sup>1150</sup> „...*the Secretariat is aware of 5 investor-state cases*“, E-mail des ECT-Sekretariates vom 26.5.2004.

<sup>1151</sup> AES Summit Generation Limit v. Republic of Hungary (Case No. ARB/01/4). Siehe außerdem Peterson, L.E. (2001):

Schiedsspruch abgeschlossen worden. Lettland hat danach gegen die Nichtdiskriminierungsbestimmungen einer Investitionsvereinbarung verstoßen. Der Schiedsspruch wurde nicht veröffentlicht.<sup>1152</sup> Zusätzlich ist dem Sekretariat bisher ein Staat-Staat-Streitfall bekannt geworden, der aber durch Einigung beigelegt wurde.<sup>1153</sup>

---

Challenges under Bilateral Investment Treaties Give Weight to Calls for Multilateral Rules, S. 13.

<sup>1152</sup> IISD (2003a): Swedish Firm Wins Energy Charter Treaty Case against Republic of Latvia.

<sup>1153</sup> E-mail- des ECT-Sekretariates vom 26.5.2004.

## VI.6. Internationale Schiedsgerichtsbarkeit

Ohne wirksame Streiterledigungs- und Durchsetzungsbestimmungen sind insbesondere internationale Verträge nicht viel wert. Für den Bereich der Investitionsverträge – wie auch generell im Bereich des internationalen Wirtschaftsrechtes – gibt es daher ein ausdifferenziertes und mittlerweile jahrzehntelang angewandtes Streiterledigungsinstrumentarium. Dabei wird insbesondere auf die Schiedsgerichtsbarkeit zurückgegriffen. Schiedsgerichtsbarkeit ist eine uralte, vorgerichtliche und vorstaatliche Form der Streitbeilegung. Sie ist eine auf einer Vereinbarung der Streitparteien beruhende Streiterledigung, die sowohl zwischen zwei<sup>1154</sup> Privaten (in der Regel Unternehmen), zwischen zwei Staaten als auch zwischen einem Staat und einem Privaten Anwendung finden kann. Die Unterwerfung unter die Schiedsgerichtsbarkeit erfolgt entweder in einer Schiedsvereinbarung oder gilt für die staatliche Seite automatisch durch Ratifikation eines internationalen Vertrages, der eine entsprechende Schiedsklausel bereits vorsieht. Die Popularität der Schiedsgerichtsbarkeit bei internationalen Streitigkeiten erklärt sich wie folgt: kürzere Verfahrensdauer, leichtere Vollstreckbarkeit und geringere Verfahrenskosten,<sup>1155</sup> im Vergleich mit staatlichen Gerichten bzw. Gerichtsurteilen, Vertraulichkeit, Bestimmung der Schiedsrichter, des anwendbaren Rechtes sowie des Verfahrensortes durch die Streitparteien, größere Sachnähe der Schiedsrichter sowie Unabhängigkeit von der nationalen Gerichtsbarkeit, die häufig als partiisch zugunsten des beklagten Staates eingeschätzt wird.<sup>1156</sup> Aden weist darauf hin, dass alle diese Ziele mit Ausnahme der freien Richterwahl im Prinzip auch vor staatlichen Gerichten erreichbar sind, weil z.B. die Zivilprozessordnung (ZPO) ein hohes Maß an Flexibilität und Parteiensouveränität aufweist.<sup>1157</sup>

An dieser Stelle kann es nicht darum gehen, ein allgemeines Pro/Contra zwischen Schiedsgerichtsbarkeit und staatlicher Gerichtsbarkeit zu diskutieren, wengleich dies sicherlich reizvoll wäre. Stattdessen sollen neben einer Unterscheidung der verschiedenen Arten der Schiedsgerichtsbarkeit die wichtigsten Schiedsgerichtsverfahren- und -institutionen im Bereich der internationalen Investitionen dargestellt sowie einige Problemkreise herausgearbeitet werden, auf die mit einer Ausnahme bereits im Verlauf der Arbeit bei der Darstellung der Streitschlichtungspraxis bei der jeweiligen internationalen Investitionsverträge eingegangen worden ist. Am Ende folgt eine knappe Zusammenfassung. Ausgewählt wurden neben ICSID als bedeutendster Einrichtung zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (relevante Verfahren sind hier die ICSID-Konvention und die ICSID-AF), die UNCITRAL-SO als wichtigstes Ad-hoc-Schiedsverfahren sowie die Schiedsordnungen der ICC und der

<sup>1154</sup> Die Möglichkeit von Mehrparteienschiedsverfahren ist hier der Einfachheit halber ausgeklammert.

<sup>1155</sup> Was empirisch aber nur schlecht untermauert ist. Z.B. weist Lörcher, T. (2001): Neue Verfahren der internationalen Streiterledigung in Wirtschaftssachen, S. 87, darauf hin, dass im internationalen Wirtschaftsverkehr zunehmend alternative Streitbeilegungsverfahren, die vor allem auf Mediation und Verhandlungslösung setzen, Anwendung finden, weil Verfahren vor Gerichten und Schiedsgerichten von einer langen Verfahrensdauer und hohen Kosten gekennzeichnet sind. Die NAFTA-Erfahrungen bestätigen dies hinsichtlich der Verfahrensdauer (vgl. VI.2.2.5.1).

<sup>1156</sup> Vgl. Herdegen, a.a.O., S. 108; Pagel, R. (1999): Die Aufhebung von Schiedssprüchen in der ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit, S. 1-2.

<sup>1157</sup> Aden, M. (2003): Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, Kommentar zu den Schiedsverfahrensordnungen ICC - DIS - Wiener Regeln – UNCITRAL – LCIA, S. 11-12. Alles andere als die freie Richterwahl ist in seinen Augen „Beiwerk“ des Schiedsgerichtswesens.

SCC als Einrichtungen der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit<sup>1158</sup>, weil letztere in mehreren Investitionsverträgen (MAI-E, ECT sowie in einigen BIT) benannt sind. Aufgrund ihrer vielen Gemeinsamkeiten werden sie zusammen dargestellt. Als wichtige Problembereiche der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit wurden Transparenz, die Überprüfbarkeit von Schiedssprüchen sowie deren Vollstreckung ausgewählt. Es hätten natürlich noch weitere Bereiche untersucht werden können, die auch immer wieder im Mittelpunkt der Kritik an diesen Verfahren stehen, wie z.B. Zusammenlegung mehrerer Schiedsverfahren, die gleiche Rechts- oder Tatsachenfragen behandeln, Zugang von Dritten zum Verfahren (*amicus curiae*) oder die von den Streitparteien selbst vorgenommene Auswahl der Schiedsrichter.<sup>1159</sup> Die ausgewählten Punkte dürften aber die wichtigsten Fragen beinhalten.

### VI.6.1 Schiedsgerichtsinstitutionen und -verfahren

Generell sind drei verschiedene Formen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zu unterscheiden. Die zwischenstaatliche Schiedsgerichtsbarkeit, die internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit (insbesondere die Handelskammerverfahren) und die internationale Investitionsschiedsgerichtsbarkeit (im Wesentlichen ICSID).<sup>1160</sup> Historisch war die internationale Schiedsgerichtsbarkeit klassischerweise – allerdings nicht ausschließlich – eine zwischenstaatliche Schiedsgerichtsbarkeit. Dies bestätigt vor allem die Tatsache, dass der 1899 gegründete Ständige Schiedsgerichtshof in Den Haag lediglich diese Form der Streitbeilegung vorsah.<sup>1161</sup>

Die internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, die häufig auch als „internationale private Schiedsgerichtsbarkeit“ bezeichnet wird, gab es schon vor der zwischenstaatlichen Schiedsgerichtsbarkeit. Die Wurzeln reichen zurück bis ins Mittelalter, wo Schiedsgerichtsbarkeit die bevorzugte Streitbeilegungsmethode unter Kaufleuten war. Die Einordnung als „private“ Schiedsgerichtsbarkeit ist nicht nur deswegen gerechtfertigt, weil überwiegend Streitigkeiten zwischen mehreren Privaten in ihrem Rahmen entschieden werden, sondern weil die entsprechenden Institutionen in der Regel privat sind und die Schiedsverfahrensordnungen nicht auf völkerrechtlichen Verträgen beruhen. Diese Form hat sich mehr und mehr durchgesetzt; staatliche Gerichte erkennen entsprechende Schiedssprüche weit häufiger an als früher. Generell ist ein „*hands-off-approach*“ staatlicher Gerichte gegenüber der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit zu beobachten. Umstritten ist, ob es im Rahmen dieser Schiedsgerichtsbarkeit auch zur Herausbildung einer sog. „*lex mercatoria*“ gekommen ist, die sich vom nationalen Recht gelöst hat. Darunter werden internationale Handelssitten und –bräuche sowie Regeln insbesondere der Internationalen Handelskammer verstanden.<sup>1162</sup>

<sup>1158</sup> Es gibt noch zahlreiche weitere private Schiedsgerichtsinstitutionen wie z.B. die Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit, die Zürcher Handelskammer, der London Court of International Arbitration (LCIA), das Schiedsgericht der österreichischen Wirtschaftskammer oder die American Arbitration Association (AAA), die alle eigene Schiedsregeln erlassen haben. Dazu kommen noch regionale Schiedsgerichtsinstitutionen.

<sup>1159</sup> Vgl. hierzu Peterson, L.E. (2002): All Roads Lead Out of Rome: Divergent Paths of Dispute Settlement in Bilateral Investment Treaties.

<sup>1160</sup> Sie wird manchmal auch als gemischte Schiedsgerichtsbarkeit („*mixed arbitration*“) bezeichnet, weil ein Staat und ein Privater Streitparteien sind.

<sup>1161</sup> Art. 1, 37 des Abkommens zur friedlichen Erledigung internationaler Streitfälle (I. Haager Abkommen), in NN (2002): Völkerrechtliche Verträge, a.a.O., S. 609-624.

<sup>1162</sup> Herdegen, a.a.O., S. 26.

An der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit wird von einzelnen Autoren zum Teil heftige Kritik geübt. *Sornarajah*, einer der führenden Wissenschaftlicher auf dem Gebiet des internationalen Investitionsrechtes, kritisiert vor allem die Schaffung eines Streitbeilegungssystems von und zum Nutzen der internationalen Wirtschaft, dass sich mehr und mehr öffentlicher Kontrolle entzieht: „...*international commercial arbitration is commanded by a tiny club of men who cross-fertilise each other's views and establish definite tendencies in the field. The arbitrators often have pro-business attitudes likely to favour notions such as party autonomy, delocalisation and lex mercatoria.*“<sup>1163</sup> Aden verweist auf den Bedeutungsverlust staatlicher Gerichte durch die Handelsschiedsgerichtsbarkeit: „*Rechtlich verbindliche Entscheidungen in Streitigkeiten von großer volkswirtschaftlicher Bedeutung werden in Hotelzimmern in Genf, Hong Kong oder New York getroffen – aber schon lange nicht mehr im Bundesgerichtshof.*“<sup>1164</sup> Bedenklich ist außerdem, dass zumindest die Internationale Handelskammer seit langem für eine Liberalisierung von Investitionen wirbt und eine der treibenden Kräfte hinter den MAI-Verhandlungen auf Seiten der Wirtschaft war (VI.3.1). Eine gewisse Voreingenommenheit kann dieser Institution daher nicht abgesprochen werden.

Die internationale Investitionsschiedsgerichtsbarkeit befindet sich zwischen den beiden anderen Formen der Schiedsgerichtsbarkeit. Ihre Prinzipien bauen aber vor allem auf der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit auf. Außerdem gibt es eine hohe personelle Überschneidung zwischen den unterschiedlichen Schiedsgerichtsbarkeiten. Daher besteht die Gefahr, dass sich auch hier die gleichen Tendenzen durchsetzen wie bei der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit. Genau dies wird bereits von mehreren Beobachtern kritisiert. *Raeschke-Kessler*, der mehrere Staaten in BIT-Verfahren vor dem Bundesgerichtshof vertreten hat, kritisiert vor allem die mangelnde Beachtung des internationalen öffentlichen Rechtes durch die Schiedsgerichte: „*It is always striking to me that states emphasize the public law aspects of the cases whereas the private commercial arbitral tribunals seized with the matter sometimes do not place sufficient emphasis on this aspect. For me, the lack of empathy für the public law aspect in the cases is always striking.*“<sup>1165</sup> *Sornarajah* sieht gar, dass die Schiedsgerichtsbarkeit private Macht befördert hätte und von dieser für ihre eigenen Interessen genutzt würde zum Nachteil der Staaten, die an Investitionsstreitfällen beteiligt sind. Die Heimatstaaten der großen multinationalen Konzerne, die an den Verfahren in der Regel beteiligt sind, würden ihre Unterstützung für derartige Regeln geben. Dennoch sieht er in einer reformierten internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit durchaus eine unterstützenswerte Form der Streiterledigung in Investitionssachen.<sup>1166</sup>

Die im Folgenden behandelten Institutionen und Verfahren betreffen nur die internationale Investitionsschiedsgerichtsbarkeit sowie die internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, da die zwischenstaatliche Schiedsgerichtsbarkeit so gut wie keine Bedeutung für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten hat.

<sup>1163</sup> Sornarajah, a.a.O., S. 158.

<sup>1164</sup> Aden, a.a.O., S. 5. Die Überschrift des entsprechenden Kapitels lautet im Übrigen: „*Die Privatisierung des Rechts durch die Schiedsgerichtsbarkeit.*“

<sup>1165</sup> Raeschke-Kessler, H. (2004): How to Avoid Conflicting Awards, Discussion Section, S. 41-42.

<sup>1166</sup> Sornarajah, a.a.O., S. 159-161.

### VI.6.1.1 ICSID

Zur Vermeidung von Redundanzen sei hier auf die Kapitel VI.2.2 und VI.2.3 verwiesen, wo bereits Einiges zur Gründung und zur Bedeutung von ICSID, zu den ICSID-AF sowie vor allem zur Streitschlichtungspraxis geschrieben worden ist. Die ICSID-Konvention unterscheidet sich von den anderen Schiedsverfahren dadurch, dass sie ein völkerrechtlicher Vertrag ist, dass die Konvention von einer öffentlich-rechtlichen internationalen Organisation – eben von ICSID – administriert wird und dass das Abkommen nur für Investitionsstreitigkeiten zwischen einem Staat und einem Angehörigen eines anderen Staates Anwendung findet (Art. 1 (2)). Dadurch ist die Einordnung der ICSID-Konvention in das internationale System der Schiedsgerichtsbarkeit nicht ganz einfach.<sup>1167</sup> Im Folgenden soll es der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit zugeordnet werden. 140 Staaten haben die ICSID-Konvention ratifiziert, weitere vierzehn Staaten unterzeichnet, ohne bisher ratifiziert zu haben (Stand: 3.11.2003).<sup>1168</sup>

Die ICSID-AF sind 1978 vom ICSID-Verwaltungsrat erlassen worden und stellen im Gegensatz zur Konvention keinen völkerrechtlichen Vertrag dar. Sie ermöglichen neben Schieds- und Schlichtungsverfahren auch Tatsachenfeststellungsverfahren (*fact finding*).<sup>1169</sup> Durch die ständig steigende Zahl der Vertragsstaaten der ICSID-Konvention werden die ICSID-AF natürlich tendenziell bedeutungsloser. Da die NAFTA-Staaten Mexiko und Kanada aber immer noch keine Vertragsstaaten der ICSID-Konvention sind, können Schiedsverfahren über ICSID, die einen dieser beiden Staaten betreffen, nur nach den ICSID-AF durchgeführt werden. Bei allen bis auf einen der ICSID-AF-Fälle<sup>1170</sup> handelt es sich daher um NAFTA-Streitigkeiten. Wenn Mexiko und Kanada an einem Schiedsverfahren beteiligt sind, bleibt nur die Anrufung der UNCITRAL-SO. Dies erklärt deren häufige Nutzung im NAFTA-Rahmen (vgl. Anhang 3, Tabelle 19).

### VI.6.1.2 UNCITRAL-Schiedsverfahrensordnung

Auch hier sei auf die entsprechenden Ausführungen in den Kapiteln VI.2.2 und VI.2.3 verwiesen. Die UNCITRAL wurde von der UN-Generalversammlung am 17.12.1966 als Sonderorganisation der Generalversammlung eingesetzt.<sup>1171</sup> Das Ziel war, Hindernisse für den Welthandel, die sich aus unterschiedlichen nationalen Gesetzen ergaben, durch eine stärkere Rechtsangleichung und –harmonisierung zu reduzieren bzw. zu beseitigen. Die UNCITRAL hat seit ihrer Gründung eine ganze Reihe von völkerrechtlichen Verträgen, Modellgesetzen sowie Empfehlungen zu Themen wie z.B. internationales Kaufrecht, internationales Insolvenzrecht, *e-commerce*, internationales Transportrecht

<sup>1167</sup> Nach Lörcher, a.a.O., S. 90 befindet sich ICSID an der Schnittstelle zwischen zwischenstaatlicher und privater Streiterledigung, ähnlich auch Pagel, a.a.O., S. 17-19, der auch die Klassifizierung als Schiedsgerichtsbarkeit *sui generis* sowie als internationale verwaltungsrechtliche Schiedsgerichtsbarkeit ins Spiel bringt. Herdegen, a.a.O., S. 105-111 führt ICSID dagegen nicht unter Schiedsgerichtsbarkeit auf, sondern unter den völkerrechtlichen Mechanismen der Streiterledigung.

<sup>1168</sup> ICSID: List of Contracting States and other Signatories of the Convention, <http://www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-en.htm>, abgerufen 26.4.2004.

<sup>1169</sup> Pagel, a.a.O., S. 16.

<sup>1170</sup> Joseph C. Lemire v. Ukraine (ICSID Case No. ARB/AF/98/1), registriert 16.1.1998.

<sup>1171</sup> UNGV-Res. 2205 (XXI) v. 17.12.1966.

erarbeitet.<sup>1172</sup> Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit ist dabei nur ein Thema unter Vielen. Die UNCITRAL-SO „...provide a comprehensive set of procedural rules upon which parties may agree for the conduct of arbitral proceedings arising out of their commercial relationship.“<sup>1173</sup> Die Besonderheit der UNCITRAL-SO liegt darin, dass es sich um eine sog. Ad-hoc-Verfahrensordnung handelt im Gegensatz zu den institutionellen Verfahrensordnungen.<sup>1174</sup> Dies bedeutet, dass die UNCITRAL-SO keine eigenen Einrichtungen kennt und daher bei bestimmten Phasen des Schiedsverfahrens auf die Hilfestellung anderer Institutionen angewiesen ist. So übernehmen z.B. der Ständige Schiedsgerichtshof in Den Haag, LCIA, AAA und ICC bestimmte administrative Aufgaben wie z.B. die Bestimmung einer Benennenden Stelle für den Fall, dass sich die Streitparteien nicht darauf einigen können.<sup>1175</sup> Einen enormen Bedeutungszuwachs hat die UNCITRAL-SO durch das *Iran – U.S. Claims Tribunal* bekommen.<sup>1176</sup> 1985 wurde das Modellgesetz für internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit erlassen (im Folgenden UNCITRAL-MG), das mittlerweile den Schiedsgerichtsgesetzen von 42 Staaten, Schottland sowie fünf US-Bundesstaaten zugrunde liegt.<sup>1177</sup>

### VI.6.1.3 Internationale Handelskammer/Stockholmer Handelskammer

Die ICC wurde bereits 1919 gegründet und ist der wohl bedeutendste internationale Wirtschaftsverband. Eines der wesentlichen Ziele ist die Förderung eines freien Welthandels. Die ICC ist eine private Institution, ihre Mitglieder sind neben den nationalen Handelskammern vor allem die großen MNU. 1923 wurde mit der Schiedsgerichtsordnung der ICC (im Folgenden ICC-SO) der ICC-Schiedsgerichtshof gegründet, der seitdem mehr als 10.000 Schiedsverfahren zu betreuen hatte.<sup>1178</sup> Ähnlich ICSID ist die Zahl der Schiedsverfahren in den 1980er- und vor allem den 1990er-Jahren dramatisch angestiegen.<sup>1179</sup> Der ICC-Schiedsgerichtshof ist damit die bedeutendste Einrichtung der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit. Die ICC-SO, die mit Wirkung zum 1.1.1998 neu gefasst wurde, ist zwar primär auf die Bedürfnisse internationaler Schiedsverfahren ausgerichtet, aber auch für nationale Schiedsverfahren anwendbar.<sup>1180</sup> Der ICC-Schiedsgerichtshof führt die Schiedsverfahren nicht selbst durch, sondern sorgt für die Anwendung der ICC-SO (Art. 1 (2) ICC-SO)). Er hat damit eher den Charakter einer „ständigen Geschäftsstelle für den jeweils einzusetzenden Spruchkörper.“<sup>1181</sup> Zwischen 1999 und 2003 wurden pro Jahr zwischen 500 und 600 Schiedsklagen eingereicht, wobei mind. ein Staat nur

<sup>1172</sup> UNCITRAL: UNCITRAL's Business is the Modernization and Harmonization of Rules on International Business, <http://www.uncitral.org/english/commiss/geninfo.htm>, Download vom 27.5.2004, S. 1-8.

<sup>1173</sup> Ebenda, S. 4.

<sup>1174</sup> Eine Ausgestaltung der UNCITRAL-SO als institutionalisierte Schiedsordnung wurde auf Druck führender Schiedsinstitutionen und westeuropäischer Staaten verhindert, vgl. Zuleger, C. (2002): Die UNCITRAL-Schiedsregeln – 25 Jahre nach ihrer Schaffung, S. 32.

<sup>1175</sup> Ebenda, S. 34-35. Siehe auch Art. 6, 12 UNCITRAL-SO. Auch ICSID übernimmt entsprechende Aufgaben, z.B. die Durchführung von mündlichen Verhandlungen.

<sup>1176</sup> Im Anschluß an die Besetzung der US-Botschaft in Teheran und der Geiselnahme zahlreicher US-Diplomaten im November 1979 und der nachfolgenden Einfrierung iranischer Bankguthaben durch die USA wurde im Konsens beider Staaten ein spezielles Schiedsgericht mit Sitz in Den Haag eingesetzt, das sowohl über Klagen zwischen den beiden Vertragsstaaten als auch über Klagen von Angehörigen eines Vertragsstaates gegen den anderen Vertragsstaat entschieden hat. Grundlage des Verfahrens war die UNCITRAL-SO, die allerdings durch das Schiedsgericht modifiziert worden ist. Insgesamt wurden 3947 Schiedsklagen registriert. Da alle Schiedssprüche veröffentlicht worden sind, hat dieses Verfahren einen herausragenden Beitrag zur Weiterentwicklung des internationalen Wirtschaftsrechtes geleistet. Vgl. Herdegen, a.a.O., S. 105-107; Zuleger, a.a.O., S. 38-42.

<sup>1177</sup> <http://www.uncitral.org/english/status/status-e.htm>, abgerufen 1.6.2004.

<sup>1178</sup> ICC (1999): Schiedsgerichtsordnung, S. 5.

<sup>1179</sup> Brower, C.N. (2002): Crisis of Legitimacy, S. 1-2.

<sup>1180</sup> ICC, a.a.O., S. 5.

<sup>1181</sup> Aden, a.a.O., S. 104.

an 8%-12,5% aller Verfahren beteiligt war.<sup>1182</sup> Dies belegt die eindeutige Dominanz der Streitbeilegung zwischen Unternehmen im Rahmen des ICC. Der Anteil der Investor-Staat-Verfahren ist nicht bekannt und konnte auch auf eine Anfrage des Autors hin vom ICC-Sekretariat nicht mitgeteilt werden. Es wurde darauf verwiesen, dass im Jahr 2002 öffentliche oder teilweise öffentliche Körperschaften („*public or semi-public entities*“) in 9,4% aller Schiedsfälle involviert waren; davon waren nach Schätzung des Sekretariates ca. die Hälfte Staaten.<sup>1183</sup> Insgesamt ist davon auszugehen, dass die Zahl der ICC-Investor-Staat-Schiedsfälle deutlich hinter der entsprechenden Zahl der ICSID-Schiedsfälle zurückbleibt.

Von der Struktur her ist die SCC mit der ICC fast identisch, was die Schiedsverfahrensmechanismen angeht. Auch hier gibt es einen Schiedsgerichtshof (passend Schiedsgerichtsinstitut bezeichnet), der nicht selbst das Verfahren durchführt, sowie eine bereits seit 1917 geltende Schiedsverfahrensordnung (im Folgenden SCC-SO), die internationale und nationale Schiedsverfahren abdeckt.<sup>1184</sup> Die Inanspruchnahme ist nicht so hoch wie bei der ICC, aber dennoch erstaunlich. Im Jahre 2003 wurden 169 Schiedsklagen eingereicht, was einen neuen Höchstwert für die SCC darstellt. Zwischen 1994 und 2002 bewegte sich die Zahl der neuen Schiedsklagen zwischen 99 und 135. Von den 169 Schiedsklagen des Jahres 2003 waren nur 82 internationale Schiedsfälle. Erstaunlich ist, dass Russland mit 19 Schiedsfällen des Jahres 2003 der am häufigsten an SCC-Schiedsfällen beteiligte ausländische Staat war.<sup>1185</sup> Daten über den Anteil von Verfahren mit Staatenbeteiligung oder gar über die Zahl der Investor-Staat-Schiedsfälle gibt es nicht.

## VI.6.2 Ausgewählte Problemkreise

Auf die ICSID-AF wird nur eingegangen, soweit sie von der ICSID-Konvention abweichen. Ebenso wird mit den SCC-SO in Bezug auf die ICC-SO umgegangen.

### VI.6.2.1 Transparenz

Die Frage der Transparenz bei der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit ist insbesondere aus zwei Gründen relevant. Erstens geht es um den Unterschied zur rein privaten Streitschlichtung zwischen unterschiedlichen Unternehmen hier um einen Streit zwischen einem Staat und einem Investor, bei der immer auch öffentliche Belange betroffen sind. Zwar entscheiden die Schiedsgerichte nicht über die Gültigkeit nationaler Gesetze oder Verordnungen, sondern „nur“ über die Festsetzung von Entschädigungszahlungen. Dennoch wird damit implizit auch über den Fortbestand nationaler (oder regionaler bzw. kommunaler) Regulierungen entschieden, denn ein Staat wird es sich nicht leisten können, eine Maßnahme aufrechtzuerhalten, wegen der er gerade zu einer Entschädigungszahlung verpflichtet worden ist. Ein Blick auf die ausführlich dargestellten Themen der Streitschlichtungspraxis im NAFTA- oder BIT-Rahmen genügt, um das Interesse der Öffentlichkeit an diesen Verfahren zu

<sup>1182</sup> [http://www.iccwbo.org/court/english/right\\_topics/stat\\_2003.asp](http://www.iccwbo.org/court/english/right_topics/stat_2003.asp), abgerufen 27.5.2004.

<sup>1183</sup> E-mail des ICC-Sekretariates vom 15.6.2004.

<sup>1184</sup> Zuleger, a.a.O., S. 48-50.

<sup>1185</sup> Alle Zahlen sind dem ansonsten wenig informativen Jahresbericht des SCC-Schiedsgerichtshofes entnommen, SCC Institute (2004): Annual Report 2003. Die starke Rolle Russlands hängt mit der traditionellen Bedeutung Schwedens und des SCC als in Bezug auf die Ost-West-Konfrontation neutraler Staat bzw. neutrales Schlichtungsorgan zusammen.

begründen. Der zweite Grund ist rechtspolitisch und betrifft die Öffentlichkeit von Schiedssprüchen. Ohne eine Veröffentlichung von Schiedssprüchen kann sich nur schwer eine einheitliche Rechtsprechung herausbilden, was sowohl für die Schiedsgerichte selbst, die immer wieder von neuem Fälle ausführlich bearbeiten müssen, deren zugrunde liegende Rechtsfragen evtl. schon vielfach entschieden worden sind, als auch für die rechtswissenschaftliche Analyse der Schiedsgerichtsbarkeit von Nachteil ist. Die Frage der Transparenz wird im Folgenden anhand von drei Kriterien (Registrierung/Veröffentlichung von Schiedsklagen, Öffentlichkeit von mündlichen Verhandlungen sowie Veröffentlichung von Schiedssprüchen und sonstigen Verfahrensunterlagen) geprüft.

#### a.) ICSID

ICSID registriert eingereichte Schiedsklagen und veröffentlicht die Registrierung (siehe VI.1.3). Rechtsgrundlage dafür ist Art. 36 (3) ICSID-Konvention i.V.m. Regel 22 (1) + 23 (1+2) der vom Verwaltungsrat verabschiedeten *ICSID-Administrative and Financial Regulations*<sup>1186</sup>. Die ICSID-Konvention enthält keinerlei Bestimmungen zu mündlichen Verhandlungen oder Anhörungen. Nach den *Rules of Procedure for Arbitration Proceedings (Arbitration Rules)*<sup>1187</sup> (im Folgenden ICSID-AR), die das Schiedsverfahren detaillierter beschreiben, entscheidet das Schiedsgericht im Konsens mit den Streitparteien darüber, welche Personen zu den Verhandlungen zusätzlich zu den Anwälten und Beratern der Parteien zugelassen werden (Regel 32 (2) ICSID-AR). Der Investor oder der beklagte Staat können also eine öffentliche Verhandlung verhindern. Das Gleiche gilt auch für Protokolle der Verhandlungen. Eine weitere Bestimmung, die Vertraulichkeit für die Beratungen des Schiedsgerichtes festlegt (Regel 15 (1) ICSID-AR), unterscheidet sich nicht von der staatlichen Gerichtsbarkeit. Auch ein Schiedsspruch darf von ICSID nur im Konsens mit den Streitparteien veröffentlicht werden (Art. 48 (5) ICSID-Konvention). Dieser Konsens ist nur sehr selten gegeben.<sup>1188</sup> In seinen Publikationen darf ICSID aber Exzerpte des Schiedsspruchs, die sich auf die „*legal rules applied by the Tribunal*“ beschränken müssen, veröffentlichen (Regel 48 (4) S. 2 ICSID-AR). Die Streitparteien sind berechtigt, einen Schiedsspruch einseitig zu veröffentlichen. Diese Möglichkeit ist erheblich häufiger genutzt worden, so dass mittlerweile eine deutliche Mehrheit aller ICSID-Schiedssprüche öffentlich verfügbar ist.<sup>1189</sup> Die vorstehenden Ausführungen gelten analog auch für die Veröffentlichung von anderen Entscheidungen des Schiedsgerichtes sowie von anderen Verfahrensdokumenten.

#### b.) UNCITRAL

Da es sich bei UNCITRAL um eine nicht-institutionalisierte Form der Schiedsgerichtsbarkeit handelt, gibt es folglich auch keine Einrichtung, die Schiedsklagen registrieren und veröffentlichen könnte. Das UNCITRAL-Sekretariat hat dafür kein Mandat, da die UNCITRAL-SO keine diesbezügliche Regelung enthält. Dies wird verdeutlicht durch die folgende Antwort des UNCITRAL-Sekretariates auf eine Anfrage des Autors nach der Anzahl der aufgrund der UNCITRAL-SO durchgeführten Schiedsfälle:

<sup>1186</sup> Veröffentlicht in ICSID: ICSID Convention, Regulations and Rules, ICSID/15/Rev. 1, Januar 2003, S. 51-71.

<sup>1187</sup> Ebenda, S. 99-127.

<sup>1188</sup> Schreuer, C.H. (2001): The ICSID Convention, A Commentary, S. 820, para. 96.

<sup>1189</sup> Ebenda, S. 823, para. 103.

„Das UNCITRAL Sekretariat hat u.a. zur Aufgabe, Konventionen und Modellgesetze im Bereich des internationalen Handelsrechts vorzubereiten. Dazu gehören auch Regeln zur Schiedsgerichtsbarkeit. Es ist jedoch nicht die Aufgabe der UNCITRAL, selbst solche Schiedsverfahren durchzuführen. Aus diesem Grund haben wir keine Kenntnis über die Anzahl der Streitfälle, die derzeit unter den UNCITRAL Regeln verhandelt werden oder bereits unter Anwendung der UNCITRAL Regeln entschieden worden sind.“<sup>1190</sup> Hier zeigt sich deutlich das Dilemma der nicht institutsgebundenen Streit-schlichtung. Natürlich ist dem UNCITRAL-Sekretariat kein Vorwurf zu machen, aber die Situation ist aus der Perspektive der Transparenz unbefriedigend.

Dies hat zur Folge, dass es mehr oder weniger eine Sache des Zufalls bzw. bestimmter Suchtechniken ist, die ein Beobachter mit der „Suche nach einer Nadel im Heuhaufen“ vergleicht,<sup>1191</sup> um investitionsrelevante UNCITRAL-Schiedsfälle herauszufinden. Eine klare Regelung besteht hinsichtlich der Öffentlichkeit von Verhandlungen: „Verhandlungen sind nicht öffentlich, es sei denn, dass die Parteien etwas anderes vereinbaren“ (Art. 25 (4) S. 1 UNCITRAL-SO). Von dieser Möglichkeit haben die Parteien z.B. in den NAFTA-Fällen *UPS and The Government of Canada*<sup>1192</sup> sowie *Methanex vs. The United States of America*<sup>1193</sup> (vgl. Anhang 3, Tabelle 19) Gebrauch gemacht. In beiden Fällen hat ICSID die Anhörung durchgeführt. Ein Schiedsspruch kann nur im Konsens beider Streitparteien veröffentlicht werden, eine Möglichkeit der unilateralen Veröffentlichung wie bei ICSID besteht nicht (Art. 32 (5) UNCITRAL-SO). Dies dürfte mangels separater Regelungen analog auch für weitere Dokumente gelten.

### c.) ICC/SCC

Vertraulichkeit ist geradezu ein konstituierendes Element der privaten Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit vor den Handelskammern, die vor allem der Sorge um die Veröffentlichung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen geschuldet ist. So unterliegt die gesamte Arbeit des ICC-Schiedsgerichtshofes nach Art. 6 der Satzung des ICC-Schiedsgerichtshofes der Vertraulichkeit. Eine Registrierungs- oder gar Veröffentlichungspflicht von Schiedsklagen gibt es nicht. Im Gegensatz zu UNCITRAL werden aber zumindest grobe Informationen über die Zahl der Verfahren, der erlassenen Schiedssprüche etc. auf der Website, in den jeweiligen Jahresberichten sowie weiteren Publikationen veröffentlicht. Ähnlich wie bei UNCITRAL sind mündliche Verhandlungen nichtöffentlich, nur mit Zustimmung der Parteien und des Schiedsgerichts können nicht an dem Verfahren Beteiligte zugelassen werden (Art. 21 (3) S. 3 ICC-SO). In den SCC-SO fehlt eine dementsprechende Regelung, was aber in der Praxis nichts daran ändert, dass Verhandlungen nur im Konsens der Parteien der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden.<sup>1194</sup> Eine Regelung zur Veröffentlichung von Schiedssprüchen und sonstigen Verfahrensdokumenten fehlt in den ICC-SO völlig. In der Geschäftsordnung des Schiedsgerichtshofes (im Folgenden ICC-GO), die grundsätzlich den vertraulichen Charakter der Arbeiten des Gerichtshofes betont, findet sich aber die interessante Regelung, dass Personen, die wissenschaftlich auf dem Gebiet des internationalen

<sup>1190</sup> E-mail des UNCITRAL-Sekretariates vom 9.9.2002.

<sup>1191</sup> Peterson (2002), a.a.O., S. 11.

<sup>1192</sup> [www.worldbank.org/icsid](http://www.worldbank.org/icsid), abgerufen 25.8.2002.

<sup>1193</sup> [www.worldbank.org/icsid/methanex-from.htm](http://www.worldbank.org/icsid/methanex-from.htm), abgerufen 26.5.2004.

<sup>1194</sup> Peterson (2002), a.a.O., S. 12.

Handelsrechtes arbeiten, Einsicht in Schiedssprüche und andere Unterlagen gewährt werden kann (Art. 1 (4) ICC-GO).<sup>1195</sup> Eine Veröffentlichung seitens des Wissenschaftlers bedarf der vorherigen Genehmigung des Generalsekretärs des Gerichtshofs (Art. 1 (5) ICC-GO).

### VI.6.2.2 Überprüfung von Schiedssprüchen

Ein Kernbestandteil staatlicher Gerichtsbarkeit besteht in der Möglichkeit, Gerichtsentscheidungen von einer oder mehreren höheren Instanzen überprüfen zu lassen (Berufung bzw. Revision). Dies verlangt für den Bereich der Verletzung von Grundrechten durch die öffentliche Gewalt schon die Rechtswegegarantie des Grundgesetzes (Art. 19 (4)). In aller Regel schließt dies eine Überprüfung der von der ersten Instanz vorgenommenen Rechtsanwendung und Tatsachenfeststellung ein. Im Rahmen der WTO ist mit dem *Appellate Body* eine Möglichkeit der Überprüfung der im Panelbericht behandelten Rechtsfragen und der Rechtsauslegung geschaffen worden (Art. 17 (6) DSU). Im deutlichen Unterschied dazu ist in der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit nur eine eingeschränkte Überprüfung von Schiedssprüchen vor staatlichen Gerichten oder schiedsintern vorgesehen, die insbesondere die erneute Prüfung der Rechts- und Tatsachenfragen nicht zulässt. Die Überprüfung ist abzugrenzen von der Berichtigung, Auslegung und Ergänzung von Schiedssprüchen, die alle Schiedsordnungen in sich nicht grundsätzlich unterscheidender Form vorsehen.<sup>1196</sup> Da diese Möglichkeiten weder eine erneute Entscheidung des Verfahrens noch eine Aufhebung des Schiedsspruches als Rechtsfolge haben können, werden sie im Folgenden nicht dargestellt. Dies gilt auch für die nur im Rahmen der ICSID-Konvention mögliche Wiederaufnahme von Schiedsverfahren (Art. 51 ICSID-Konvention i.V.m. Regel 50 ICSID-AR), da diese an extrem einschränkende Bedingungen geknüpft ist und auch bisher noch nicht erfolgreich angewandt wurde.

#### a.) ICSID

Die ICSID-Konvention unterscheidet sich von allen anderen Schiedsordnungen dadurch, dass sie ein internes Aufhebungsverfahren vorsieht (Art. 52). Gewissermaßen als Ausgleich wird in Art. 53 (1) jeder andere Rechtsbehelf außerhalb der ICSID-Konvention ausgeschlossen. Damit entfällt die Möglichkeit der Überprüfung von ICSID-Schiedssprüchen durch nationale Gerichte.<sup>1197</sup> Eine Streitpartei kann die Aufhebung eines Schiedsspruches wegen des Vorliegens eines oder mehrerer der folgenden fünf Gründe innerhalb von vier Monaten nach dem Erlass des Schiedsspruchs verlangen:

- nicht ordnungsgemäße Bildung des Schiedsgerichts (Art. 52 (1) a);

<sup>1195</sup> Die ICC-GO konstituiert eine Aufbewahrungspflicht für alle Schiedssprüche und sonstigen Entscheidungen des Gerichtshofes (Art. 1 (6) ICC-GO).

<sup>1196</sup> Berichtigung: Art. 49 (2) ICSID-Konvention i.V.m. Regel 49 ICSID-AR; Art. 36 UNCITRAL-SO; Art. 29 ICC-SO; § 37 (1) SCC-SO. Auslegung: Art. 50 ICSID-Konvention i.V.m. Regeln 50-51, 53-54 ICSID-AR; Art. 35 UNCITRAL-SO; Art. 29 (2+3) ICC-SO; § 37 (3+4) SCC-SO. Ergänzung: Art. 49 (2) ICSID-Konvention i.V.m. Regel 49 ICSID-AR; Art. 37 UNCITRAL-SO; § 37 (2) SCC-SO. Die ICC-SO enthält keine explizite Ermächtigung zu einem ergänzenden Schiedsspruch. Dies ist eine bewusste Abweichung von anderen Schiedsordnungen. Da Schiedssprüche von ICC-SO Schiedsgerichten nach Art. 27 ICC-SO dem Schiedsgerichtshof vorgelegt werden, hielt man es für theoretisch und praktisch ausgeschlossen, dass Schiedssprüche über Anträge der Parteien nicht vollständig entscheiden, vgl. Khadjavi, A.C. (2002): ICC-Schiedsordnung und deutsches Schiedsverfahrensrecht – Kompatibilität institutioneller Schiedsgerichtsbarkeit mit nationalem Recht in verfahrensrechtlicher Hinsicht, S. 93. Ein ICC-Schiedsgericht dürfte dennoch zu einem Nachtragsschiedsspruch berechtigt sein, weil es sich dabei um die Erfüllung des Schiedsvertrages handelt, vgl. Aden, a.a.O., S. 390-391.

<sup>1197</sup> Lörcher, a.a.O., S. 468; Pagel, a.a.O., S. 12, der aber fälschlicherweise Art. 52 (2) ICSID-Konvention als Vorschrift angibt.

- offenkundige Überschreitung der Befugnisse (Art. 52 (1) b);
- Bestechung eines Schiedsrichters (Art. 52 (1) c)
- schwerwiegende Abweichung von einer grundlegenden Verfahrensvorschrift (Art. 52 (1) d);
- fehlende Begründung des Schiedsspruchs (Art. 52 (1) e).

Zuständig für das Aufhebungsverfahren ist ein sog. Ad-hoc-Komitee, das aus drei Schiedsrichtern gebildet wird, die im Gegensatz zu den Schiedsrichtern des Schiedsgerichtes nicht die Staatsangehörigkeit des streitenden Staates bzw. des Investors haben dürfen (Art. 52 (3)). Die Parteien haben ebenfalls im Unterschied zur Bildung eines gewöhnlichen ICSID-Schiedsgerichtes keinen Einfluss auf die Auswahl der Schiedsrichter, dies übernimmt der Vorsitzende des Verwaltungsrates. Die rechtliche Konsequenz einer Entscheidung nach Art. 52 kann nur die Aufhebung oder Nichtaufhebung eines Schiedsspruches sein, nicht – wie z.B. im WTO-Rechtsmittelverfahren – dessen erneute Entscheidung. Im Falle der Aufhebung muss auf Antrag einer Streitpartei ein neues Schiedsgericht eingesetzt werden (Art. 52 (6)).

Bisher gab es sieben mit einer Entscheidung abgeschlossene Aufhebungsverfahren<sup>1198</sup> in der ICSID-Geschichte, von denen zwei ganz und weitere drei teilweise erfolgreich waren.<sup>1199</sup> Die Aufhebungsgründe „fehlerhafte Bildung eines Schiedsgerichtes“ sowie „Bestechung eines Schiedsrichters“ sind bisher nicht vorgebracht worden. Die Aufhebungsentscheidungen Klöckner I und AMCO I stützten sich auf Verstöße gegen Art. 52 (1) b (offensichtliche Überschreitung der Befugnisse), weil nach Auffassung der Komitees jeweils das anzuwendende Recht nicht (Klöckner I) bzw. fehlerhaft angewandt worden sei (AMCO I). Insbesondere letztere Entscheidung traf auf scharfe Kritik in der rechtswissenschaftlichen Literatur, weil damit eine materielle Überprüfung der Entscheidung des Schiedsgerichtes vorgenommen worden sei, die nicht durch den engen Überprüfungsspielraum des Art. 52 gedeckt sei. In späteren Entscheidungen haben die Komitees dann auch eine erheblich restriktivere Auslegung dieses Aufhebungsgrundes vorgenommen.<sup>1200</sup> Im Fall *Vivendi* ist dann erneut ein Schiedsspruch wegen eines Verstoßes gegen Art. 52 (1) b teilweise aufgehoben worden. Diesmal war die Begründung des Komitees allerdings, dass das Schiedsgericht einige Klagegründe des Investors nicht geprüft bzw. pauschal abgelehnt hatte. Das Komitee hat es explizit vermieden, auch nur in die Nähe einer erneuten Rechtsprüfung zu geraten.<sup>1201</sup>

<sup>1198</sup> Klöckner Industrie-Anlagen GmbH, Klöckner Belge S.A. Handelsmaatschappij B.V. v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais (ICSID Case No. ARB/81/2, im Folgenden Klöckner I); AMCO Asia Corporation, Pan American Development Limited and P.T. AMCO Indonesia v. Republic of Indonesia (ICSID-Case No. ARB/81/1, im Folgenden AMCO I); Maritime International Nominees Establishment (Mine) v. Government of the Republic of Guinea (ICSID-Case No. ARB/84/4, im Folgenden MINE); WENA Hotels LTD vs. Arabic Republic of Egypt (ICSID-Case No. ARB/98/4, im Folgenden WENA); *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux, v. Argentine Republic* (ICSID-Case No. ARB/97/03, im Folgenden Vivendi). Die Verfahren Klöckner I und AMCO I endeten mit der jeweiligen Aufhebung des Schiedsspruchs. Daraufhin wurden neue Schiedsgerichte eingesetzt, deren Schiedssprüche wiederum Gegenstand eines Aufhebungsverfahrens waren (diese beiden Verfahren werden im Folgenden mit Klöckner II und AMCO II bezeichnet).

<sup>1199</sup> Die ausführlichste Darstellung dieser Fälle mit Ausnahme der neueren Entscheidungen WENA und *Vivendi* findet sich bei Pagel, a.a.O., S. 86-193. Schreuer, a.a.O., S. 897-901, paras. 21-35 und Lörcher, a.a.O., S. 470-485 stellen die Fälle Klöckner I, AMCO I und MINE dar, nicht aber Klöckner II und AMCO II, weil diese Schiedssprüche nicht veröffentlicht worden sind. Pagel hat diese Aufhebungsentscheidungen direkt von den Anwälten Klöckners und AMCOs bekommen, vgl. Pagel, a.a.O., S. 94, 108. Ein weiterer Beleg für die Transparenzdefizite von ICSID.

<sup>1200</sup> Lörcher, a.a.O., S. 472-476; Pagel, a.a.O., S. 134-157.

<sup>1201</sup> *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux, v. Argentine Republic*, (ICSID-Case No. ARB/97/03, Decision on Annulment, 41 ILM 1135 (2002) v. 3.7.2002, paras. 93-115.

Ähnliches gilt für den Aufhebungsgrund Art. 52 (1) e (Fehlende Begründung des Schiedsspruches), der der teilweisen Aufhebung der Schiedssprüche AMCO I und MINE zugrunde lag. Die ersten Komitee-Entscheidungen sahen vor, dass die Begründung von Schiedssprüchen „*sufficiently relevant*“ (hinreichend schlüssig) sein müsse, während die Komitees bei MINE, Klöckner II und AMCO II es als ausreichend ansahen, wenn eine Begründung nachvollziehbar und nicht widersprüchlich oder irrelevant sei.<sup>1202</sup> Auch in den Fällen *Vivendi* und WENA wurde dieser Standard angelegt. Zu keinen größeren Kontroversen hat bisher der Aufhebungsgrund Art. 52 (1) d (Schwerwiegende Abweichung von einer grundlegenden Verfahrensvorschrift) geführt. Auf dieser Grundlage wurde lediglich ein korrigierender Schiedsspruch im Fall AMCO II aufgehoben, weil der Grundsatz der Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt wurde.<sup>1203</sup> Unterschiedlich haben die Komitees auch die Frage beantwortet, ob das Feststellen des Vorliegens einer der fünf Gründe des Art. 52 zwingend zu einer Aufhebung des Schiedsspruches führen muss oder ob das Komitee in diesem Fall über ein Aufhebungsermessen verfügt. Im Fall Klöckner I wurde ein Ermessensspielraum verneint, während dies bei MINE und AMCO II unter der Voraussetzung bejaht wurde, dass eine Aufhebung offensichtlich nicht erforderlich ist, um verfahrensrechtliche Ungerechtigkeiten zu korrigieren.<sup>1204</sup> Auch im Fall *Vivendi* wurde ein Aufhebungsermessen bejaht,<sup>1205</sup> während dies bei WENA offengelassen wurde. In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird das ICSID-Aufhebungsverfahren mittlerweile einhellig positiv bewertet. Die „*Krise von ICSID*“ sei überwunden, weil die Ad-hoc-Komitees wieder zu einer restriktiven Auslegung der Überprüfung von Schiedssprüchen zurückgefunden hätten.<sup>1206</sup>

Alle diese Ausführungen gelten nicht für die ICSID-AF. Diese schließen eine externe Überprüfung durch staatliche Gerichte nicht aus und werden somit durch die folgenden Ausführungen zur sonstigen Schiedsgerichtsbarkeit mit abgedeckt.

## b.) Sonstige Schiedsgerichtsbarkeit

Hier macht es Sinn, die UNCITRAL-SO, ICSID-AF sowie ICC/SCC-SO zusammen zu behandeln, da sich das Überprüfungsverfahren nicht voneinander unterscheidet. Keine dieser Schiedsordnungen enthält Regelungen zur Überprüfung von Schiedssprüchen, die über Fragen der Berichtigung, Auslegung oder Ergänzung hinausgehen. Gleichzeitig enthalten die Schiedsordnungen aber keinen Ausschluss sonstiger Rechtsbehelfe,<sup>1207</sup> so dass sich die Aufhebung entweder nach dem Recht des Staates, in dem das Schiedsgericht seinen Sitz hat oder nach dem Recht des Staates, in dem eine

<sup>1202</sup> Lörcher, a.a.O., S. 478-482; Pagel, a.a.O., S. 170-180.

<sup>1203</sup> Pagel, a.a.O., S. 111.

<sup>1204</sup> Die Komitees AMCO I und Klöckner II haben sich zu dieser Frage nicht geäußert. Pagel, a.a.O., S. 187-193, lehnt ein Aufhebungsermessen ab, weil dies die Berechenbarkeit des Verfahrens vermindern würde. A.A. ist Lörcher, a.a.O., S. 482-485, der auf den Ausnahmecharakter des Aufhebungsverfahrens verweist. Ebenso Schreuer, a.a.O., S. 1018-1023, paras. 355-368, der bei technischen Verstößen ohne materiellen Einfluss auf eine der Parteien ein Aufhebungsermessen sieht.

<sup>1205</sup> *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux, v. Argentine Republic*, a.a.O., para. 66.

<sup>1206</sup> Vgl. mit zahlreichen weiteren Nachweisen Lörcher, a.a.O., S. 484-485; Schreuer, a.a.O., S. 903, para. 38 („...after a difficult start the system of annulment has now found its proper balance“). Pagel, a.a.O., S. 196-213 empfiehlt sogar die Übertragung des ICSID-Überprüfungssystems auf die sonstige Schiedsgerichtsbarkeit.

<sup>1207</sup> Die einzige Ausnahme bildet Art. 28 (6) S. 2 ICC-SO, wonach sich jede Partei dazu verpflichtet, „von allen Rechtsmitteln, auf die sie verzichten kann, Abstand zu nehmen.“ Der Terminus „auf die sie verzichten kann“ macht aber klar, dass es sich nicht um einen unbeschränkten Verzicht auf die Einlegung von Rechtsmitteln handelt, sondern dass hier die nationalen Schiedsgesetze maßgeblich sind. Das englische und das schweizerische Schiedsverfahrensrecht lassen z.B. nicht den Verzicht auf die Überprüfung von Schiedssprüchen auf mögliche Überschreitung der Kompetenzen oder schwere Verfahrensverstöße zu, vgl. Aden, a.a.O., S. 388, para. 26. Auch die Aufhebungsklage nach deutschem Recht ist nicht verzichtbar, vgl. Khadjavi, a.a.O., S. 96.

Vollstreckung des Schiedsspruchs veranlasst wird, richtet.<sup>1208</sup> In diesen Fällen sind dann die jeweiligen nationalen Schiedsgerichtsgesetze oder –bestimmungen die entsprechende Rechtsgrundlage.<sup>1209</sup> Da diese wie unter VI.6.1.2 beschrieben stark auf dem entsprechenden UNCITRAL-MG aufbauen, beziehen sich die folgenden Ausführungen darauf (in Klammern die jeweilige Fundstelle).<sup>1210</sup> Die aufhebende Prüfung erfolgt nach dem Territorialprinzip, d.h. sie findet nur in dem Staat statt, in dem das Schiedsverfahren stattgefunden hat (Art. 1 (2) UNCITRAL-MG). Spätestens drei Monate nach dem Erlass eines Schiedsspruches ist eine Aufhebung durch eine der Parteien zu beantragen (Art. 34 (3)). Die Aufhebungsgründe ähneln inhaltlich denen des Art. 52 ICSID-Konvention, auch wenn sie sich vom Wortlaut her unterscheiden. Im Einzelnen handelt es sich um unzulässige Schiedsverfahren (Art. 34 (2) a (i) + (iv)), Überschreitung der Befugnisse durch das Schiedsgericht (Art. 34 (2) a (iii)) sowie um einen Verstoß gegen die Grundsätze eines fairen Verfahrens (Art. 34 (2) a (ii)). Im Unterschied zur ICSID-Konvention gibt es den Aufhebungsgrund „*the award is in conflict with the public policy of this state*“, (Art. 34 (2) b (iii)). Die Auslegung dieses auch als „*ordre public*“ bezeichneten Begriffes unterscheidet sich mehr oder weniger stark von Rechtsordnung zu Rechtsordnung. In der Bundesrepublik Deutschland ist damit ein Schiedsspruch gemeint, der gegen die Grundlagen des staatlichen oder wirtschaftlichen Lebens verstößt oder mit deutschen Gerechtigkeitsvorstellungen in einem untragbaren Widerspruch steht.<sup>1211</sup> Materiell geht eine Überprüfung vor staatlichen Gerichten nicht über die Maßstäbe des ICSID-internen Verfahrens hinaus, insbesondere ist eine Kontrolle der inhaltlichen Richtigkeit der Entscheidung ausgeschlossen.<sup>1212</sup> Den Gerichten wird unzweideutig ein Aufhebungsermessen eingeräumt („*An arbitral award may (Hervorhebung durch den Autor) be set aside...*“, Art. 34 (2)). Ebenfalls im Unterschied zu ICSID kann ein Gericht einen Schiedsspruch nicht nur aufheben oder bestätigen, sondern das Aufhebungsverfahren aussetzen, um dem Schiedsgericht Gelegenheit zu geben, die Gründe für das Aufhebungsverfahren zu beseitigen (Art. 34 (4)). Dies dürfte sich besonders für relativ einfach zu korrigierende Verfahrensfehler wie z.B. die fehlende Einräumung ausreichenden rechtlichen Gehörs für eine Streitpartei anbieten.

### VI.6.2.3 Durchsetzung von Schiedssprüchen

Für die Vorhersehbarkeit und die abschließende Erledigung eines Schiedsverfahrens ist eine Erfüllung des Schiedsspruchs durch die Streitparteien von elementarer Bedeutung. Die überwältigende Mehrheit (ca. 90%) aller Schiedssprüche wird dabei freiwillig erfüllt.<sup>1213</sup> Die Gründe dafür sind vielfältig: moralischer Druck, Eigeninteresse des Staates an der Einhaltung des Völkerrechtes, Kosten-Nutzen-Abwägungen sowie die Angst vor negativen diplomatischen und ökonomischen Folgen.<sup>1214</sup> Im Fall von Investitionsstreitigkeiten kommt dabei noch die Angst vor der Verschlechterung des allgemeinen Investitionsklimas und möglicher negativer Rückwirkungen auf DI-Zuflüsse hinzu. Die

<sup>1208</sup> Schreuer, a.a.O., S. 889, para. 5.

<sup>1209</sup> In Deutschland wären dies die §§ 1025 ff. ZPO.

<sup>1210</sup> Es darf allerdings nicht übersehen werden, dass die aufhebende Überprüfung von Schiedssprüchen noch längst nicht so stark harmonisiert ist wie die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche. So gibt es in mehreren Staaten (Schweiz, Belgien, Schweden, Großbritannien) die Möglichkeit, die Überprüfung vor staatlichen Gerichten unter bestimmten Bedingungen ganz oder teilweise durch Parteivereinbarung auszuschließen. Außerdem lässt das englische Recht in gewissen Grenzen auch eine Überprüfung von Rechts- und Tatsachenfragen zu, vgl. Pagel, a.a.O., S. 46-48, 52-54.

<sup>1211</sup> Lörcher, a.a.O., S. 492 m.w.N. und einem Hinweis auf die entsprechende restriktive BGH-Rechtsprechung.

<sup>1212</sup> Ebenda, S. 488.

<sup>1213</sup> Ebenda, S. 497.

<sup>1214</sup> Ebenda.

Weltbank macht die Gewährung von Unterstützungsleistungen an Entwicklungsländer u.a. von der Erfüllung von ICSID-Schiedssprüchen abhängig.<sup>1215</sup>

#### a.) ICSID

Wie bei der Überprüfung von Schiedssprüchen nimmt die ICSID-Konvention auch bei deren Durchsetzung eine Sonderrolle ein, da die Konvention selbst hohe diesbezügliche Standards setzt und den Vertragsstaaten nur noch sehr geringen Spielraum einräumt. Relevant sind die Art. 53-55 ICSID-Konvention.

Art. 53 verpflichtet die Vertragsstaaten zur Erfüllung von Schiedssprüchen (Abs. 1 (2)). Ein Verstoß gegen diese Erfüllungspflicht durch einen Vertragsstaat stellt somit einen Bruch des Völkerrechtes dar und kann zu zwei Konsequenzen führen: Erstens kann der obsiegende Investor diplomatischen Schutz durch seinen Heimatstaat beantragen (Art. 27)<sup>1216</sup> und zweitens kann der Heimatstaat den pflichtwidrig handelnden anderen Vertragsstaat vor dem IGH verklagen (Art. 64).<sup>1217</sup>

Die Kernvorschrift der ICSID-Durchführungsbestimmungen ist Art. 54. Im Unterschied zur sonstigen Schiedsgerichtsbarkeit und zusätzlich zur Erfüllungspflicht des Art. 53 wird hiermit eine völkerrechtliche Pflicht zur Anerkennung und Vollstreckung<sup>1218</sup> von ICSID-Schiedssprüchen geschaffen (Art. 54 (1)). Die Vollstreckung ist dabei in jedem ICSID-Vertragsstaat möglich und kann sogar parallel in mehreren Vertragsstaaten erfolgen.<sup>1219</sup> Zu unterscheiden ist die Anerkennungs- und Vollstreckbarkeitsklärung (das sog. Exequatur) von der Durchführung des Vollstreckungsverfahrens selbst. Dieses legt die ICSID-Konvention wiederum in die Obhut der nationalen Rechtsordnung (Art. 54 (3)), weil das Völkerrecht generell über keinen eigenen Vollstreckungsapparat verfügt. Entscheidend ist dabei, dass die Vertragsstaaten hierbei nur prozedurale Fragen klären können, aber nicht den Schiedsspruch inhaltlich überprüfen oder für nicht vollstreckbar erklären dürfen.<sup>1220</sup> Die Vollstreckung kann im Falle von Wiederaufnahme-, Auslegungs- und Aufhebungsverfahren ausgesetzt werden (Art. 50 (2) S. 3; Art. 51 (4); Art. 52 (5)).

Art. 55 schafft eine begrenzte Ausnahme von der Anerkennungs- und Vollstreckungspflicht, nicht aber von der Erfüllungspflicht. Das nationale Recht in Bezug auf die staatliche Immunität wird nicht angetastet. Dies bedeutet, dass sich ein Staat unter Umständen gegen eine Vollstreckung seines oder des Eigentums eines anderen Staates zur Wehr setzen kann. *Schreuer* sieht im Art. 55 eine mögliche Achillesferse der gesamten ICSID-Konvention; die Wahrscheinlichkeit, dass sich ein Staat erfolgreich

<sup>1215</sup> Ebenda, S. 511; *Schreuer*, a.a.O., S. 1088, para. 33, der darauf hinweist, dass der ICSID-Generalsekretär, der gewöhnlicherweise auch der oberste Rechtsvertreter der Weltbank ist, „widerspenstige“ Parteien an die Erfüllung ihrer Pflichten erinnert hat.

<sup>1216</sup> Dies stellt eine Ausnahme vom Ausschluss des diplomatischen Schutzes nach der ICSID-Konvention dar (Art. 27 (1) S. 1 1. Halbsatz). In der Praxis ist eine Anwendung des Art. 27 bisher nicht vorgekommen, vgl. *Schreuer*, a.a.O., S. 399, para. 7.

<sup>1217</sup> Art. 64 ICSID-Konvention schafft i.V.m. Art. 36 (1) IGH-Statut die Rechtsgrundlage für die Zuständigkeit des IGH. Bis 1999 ist kein einziges Mal von dieser Bestimmung Gebrauch gemacht worden, so dass sich eine nähere Auseinandersetzung erübrigt, vgl. *Schreuer*, a.a.O., S. 1260, para. 5.

<sup>1218</sup> Die Einschränkung der Vollstreckung auf „*pecuniary obligations*“ (Art. 54 (1) S. 1) ist dabei unschädlich, weil es wohl kaum einen Investor geben wird, der nicht auf die Zahlung von Entschädigung klagt.

<sup>1219</sup> In einem solchen Fall müssten die Vertragsstaaten allerdings miteinander kooperieren, damit ein Investor nicht überkompensiert wird, vgl. *Schreuer*, a.a.O., S. 1136, para. 95.

unter Berufung auf die staatliche Immunität gegen die Vollstreckung eines Schiedsspruchs wehren würde, wäre hoch.<sup>1221</sup> Dem ist nicht zuzustimmen. Erstens sei noch einmal in Erinnerung gerufen, dass die überwältigende Mehrheit aller Schiedssprüche freiwillig befolgt wird. Zweitens ist das staatliche und internationale Recht der Staatenimmunität im Wandel; die Tendenz geht in Richtung einer eingeschränkteren Staatenimmunität, die dem Schutz der hoheitlichen Funktionen von Staaten dient, aber staatliches Fehlverhalten nicht generell unsanktioniert lässt. Drittens ist bisher nur ein einziger ICSID-Praxisfall bekannt geworden, in dem aus diesem Grund ein Schiedsspruch nicht vollstreckt wurde.<sup>1222</sup> Und letztlich bleibt es dem Investor überlassen, sich das aus seiner Sicht günstigste Immunitätsrecht auszusuchen, da ICSID-Schiedssprüche in allen Vertragsstaaten vollstreckbar sind. Hinsichtlich der Vollstreckbarkeit von ICSID-Schiedssprüchen gibt es daher m.E. keinen Reformbedarf.

## b.) Sonstige Schiedsgerichtsbarkeit

Die UNCITRAL-SO sowie die ICC/SCC-SO enthalten keine expliziten Bestimmungen über die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen.<sup>1223</sup> Art. 19 ICSID-AF enthält die Vorgabe, dass Schiedsverfahren nur in einem Vertragsstaat der New York-Konvention<sup>1224</sup> stattfinden dürfen. Die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen richtet sich in der sonstigen Schiedsgerichtsbarkeit somit nach internationalem und nationalem Recht. In erster Linie ist hier auf die bereits mehrfach benannte New York-Konvention aus dem Jahr 1958 hinzuweisen, der mit mittlerweile 134 Vertragsstaaten<sup>1225</sup> mit Abstand bedeutendste internationale Vertrag auf diesem Gebiet. Aus diesem Grund wird auf die Darstellung weiterer regionaler und bilateraler Verträge<sup>1226</sup> sowie der nationalen Gesetzgebung in diesem Bereich verzichtet.

Die New York-Konvention gilt für die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen, die in einem anderen Staat als in dem Staat, in dem die Vollstreckung vollzogen werden soll, ergangen sind oder in diesem Staat nicht als inländische Schiedssprüche anzusehen sind (Art. 1 (1)). Die Anerkennung und Vollstreckung inländischer Schiedssprüche wird durch das nationale Recht geregelt. Grundsätzlich findet die Konvention damit auch auf Schiedssprüche, die in Nicht-Vertragsstaaten ergangen sind, Anwendung. Allerdings haben 68 Vertragsstaaten von der in Art. 1 (3) S. 1 explizit vorgesehenen Möglichkeit der Abgabe einer Erklärung Gebrauch gemacht, wonach der Vertragsstaat

<sup>1220</sup> Ebenda, S. 1138-1140, paras. 102-107.

<sup>1221</sup> Ebenda, S. 1144, 1165, paras. 8, 64.

<sup>1222</sup> Liberian Eastern Timber Corporation vs. Republic of Liberia (ICSID Case. No. ARB/83/2), vgl. ebenda, S. 1154, 1163-1164, paras. 34-35, 59-61 sowie Lörcher, a.a.O., S. 509-510. In diesem Fall wurde die Vollstreckung im Wege der Pfändung von Steuer- und Gebühreneinnahmen sowie Botschaftskonten abgelehnt. Letztere dienen klassischerweise der Aufrechterhaltung diplomatischer Funktionen des Staates, vgl. Herdegen, a.a.O., S. 79.

<sup>1223</sup> Art. 28 ICC-SO ist Zustellung, Hinterlegung und Vollstreckbarkeit des Schiedsspruchs überschrieben, statuiert aber tatsächlich nur eine Erfüllungspflicht eines Schiedsspruches (Art. 28 (6)), die nicht mit Anerkennung und Vollstreckung zu verwechseln ist. Bestimmungen über eine Erfüllungspflicht enthalten auch alle anderen Schiedsordnungen in der Form, dass ein Schiedsspruch für die Parteien verbindlich ist, vgl. Art. 52 (4) S. 1 ICSID-AF; § 36 SCC-SO; Art. 32 (2) UNCITRAL-SO, nach dem „The parties have to carry out the award without delay“ (S. 2). Diese Bestimmungen haben allerdings nicht die gleiche Rechtswirkung wie bei der ICSID-Konvention, da es sich nicht um völkerrechtliche Verträge handelt.

<sup>1224</sup> New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958 (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards), BGBl. II, 1961, S. 121-140. Das Abkommen trat am 7.6.1959 in Kraft.

<sup>1225</sup> <http://www.uncitral.org/english/status/status-e.htm>, abgerufen 1.6.2004.

<sup>1226</sup> Die Bundesrepublik Deutschland hat z.B. bilaterale Anerkennungs- und Vollstreckungsabkommen abgeschlossen. Hinzuzuweisen ist auch auf das europäische Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit v. 21.4.1961, vgl. BGBl. II, S. 426 (1964).

die Konvention nur auf Schiedssprüche anwendet, die in einem anderen Vertragsstaat ergangen sind.<sup>1227</sup> Damit soll ein Profitieren von *free riders* von der Konvention ausgeschlossen werden. Außerdem kann nach Art. 1 (3) die Anwendung auf Streitigkeiten eingeschränkt werden, die nach dem innerstaatlichen Recht eines Vertragsstaates als Handelssachen anzusehen sind.<sup>1228</sup>

Art. 3 schafft eine Anerkennungs- und Vollstreckungspflicht für ausländische Schiedssprüche und ist damit die Kernbestimmung der New-York-Konvention. Diese darf „...weder wesentlich strengeren Verfahrensvorschriften noch wesentlich höheren Kosten unterliegen als die Anerkennung oder Vollstreckung inländischer Schiedssprüche.“ (Art. 3 S. 2). Eine Versagung darf nur aus den bereits unter VI.6.2.2 unter „Sonstige Schiedsgerichtsbarkeit“ dargestellten Gründen erfolgen (Art. 5). Diese Gründe, die im UNCITRAL-MG enthalten sind, entstammen beinahe wortidentisch der New York-Konvention. Der einzige sich vom UNCITRAL-MG unterscheidende Versagungsgrund liegt vor, wenn der Schiedsspruch noch nicht verbindlich, aufgehoben oder in seinen Wirkungen einstweilen gehemmt geworden ist (Art. 5 (1) Z. e). Ein Schiedsspruch kann auch dann vollstreckt werden, wenn in einem anderen Land die Vollstreckung untersagt und der Schiedsspruch annulliert worden ist;<sup>1229</sup> entsprechende Praxis liegt bereits vor.<sup>1230</sup> Insgesamt ist die Nichtanerkennung oder Nichtvollstreckung eines ausländischen Schiedsspruches mittlerweile die große Ausnahme, wozu die New York-Konvention sicherlich einen bedeutenden Beitrag geleistet hat.<sup>1231</sup>

### VI.6.3 Zusammenfassung

Zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten wird in der Regel auf die internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit bzw. die internationale Investitionsschiedsgerichtsbarkeit zurückgegriffen. Die wichtigste Schiedsverfahrensordnung ist die ICSID-Konvention, die speziell für Streitigkeiten zwischen einem Staat und einem Investor konzipiert wurde. Die ICSID-AF haben eine ergänzende Bedeutung für den Fall, dass nur einer der beteiligten Vertragsstaaten die ICSID-Konvention ratifiziert hat. Eine Ad-Hoc-Schiedsgerichtsbarkeit stellt die UNCITRAL-SO dar, da dem UNCITRAL-Sekretariat nicht die Kompetenz eingeräumt wurde, Verfahren nach dieser Schiedsverfahrensordnung zu administrieren. In letzter Zeit haben daneben die Schiedsordnungen der Internationalen Handelskammer und der Stockholmer Handelskammer an Bedeutung gewonnen. Dies bedeutet, dass Streitigkeiten, an denen ein Staat beteiligt ist, unter der Administrierung von privaten Institutionen beigelegt werden.

Alle untersuchten Schiedsordnungen gewährleisteten – allerdings in einem unterschiedlichen Ausmaß – deutlich weniger Transparenz im Vergleich zur staatlichen Gerichtsbarkeit. Dies liegt daran, dass Vertraulichkeit von jeher ein konstituierendes Merkmal der Schiedsgerichtsbarkeit ist. Von den analysierten Verfahren ermöglichen die ICSID-Konvention und die ICSID-AF noch die größte Transparenz, da alle Schiedsklagen registriert und relativ zeitnah veröffentlicht und weil die meisten

<sup>1227</sup> Ebenda. Deutschland hat als bislang einziger Vertragsstaat eine entsprechende Erklärung wieder zurückgenommen.

<sup>1228</sup> Ebenda. Hiervon haben 43 Vertragsstaaten Gebrauch gemacht. Nach der Interpretation von Schreuer, a.a.O., S. 1106, paras. 17-20, ist die New York-Konvention auf alle Investor-Staat-Fälle nach den ICSID-AF anwendbar.

<sup>1229</sup> Sornarajah in Ontario Superior Court of Justice, a.a.O., para. 88.

<sup>1230</sup> Brower, a.a.O., S. 2 verweist auf das Beispiel eines Schiedsspruches, der in Ägypten annulliert worden ist, aber dann vor einem US-Gericht durchgesetzt wurde.

<sup>1231</sup> Aden, a.a.O., S. 57, para. 7.

Schiedssprüche der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden. Nur die ICSID-Konvention lässt die Möglichkeit der einseitigen Veröffentlichung von Schiedssprüchen zu, während alle anderen Schiedsverfahrensordnungen einen Konsens zwischen Staat und Investor vorschreiben. Hinsichtlich der Öffentlichkeit von Verhandlungen haben alle Schiedsverfahrensordnungen die inhaltliche gleiche Regelung, wonach die Zulassung der Öffentlichkeit vom Willen der Streitparteien abhängt. Eine Registrierungspflicht von Schiedssprüchen gibt es weder in der UNCITRAL-SO noch in der ICC-SO oder der SCC-SO. Bei UNCITRAL erklärt sich dies aus der Tatsache, dass diese Organisation keine Streitschlichtungsinstitution darstellt.

Hinsichtlich der Überprüfung von Schiedssprüchen schließen alle Schiedsverfahren die Möglichkeit einer erneuten Überprüfung der Rechtsfragen aus. Ermöglicht wird lediglich eine aufhebende Kontrolle der Schiedssprüche auf schwerwiegende Form- und Verfahrensfehler. Der Unterschied zwischen der ICSID-Konvention und den anderen Schiedsverfahrensordnungen besteht im Kern darin, dass erstere ein schiedsinternes Aufhebungsverfahren vorsieht, während bei letzteren die staatlichen Gerichte zuständig sind. Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit unterscheidet sich somit auch in diesem Punkt vom WTO-System, das mit dem *Appellate Body* ein Organ zur Überprüfung der Rechtsanwendung und –auslegung der *Panels* geschaffen hat.

Die ICSID-Konvention nimmt auch hinsichtlich der Durchsetzung von Schiedssprüchen eine Sonderrolle ein, indem sie im Vertrag selbst eine völkerrechtliche Anerkennungs- und Vollstreckungspflicht statuiert und damit entsprechendes nationales Recht verdrängt. Alle anderen Schiedsverfahrensordnungen enthalten demgegenüber keine expliziten Bestimmungen zur Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen, so dass die New York-Konvention anwendbar ist. Diese schafft ebenfalls eine völkerrechtliche Anerkennungs- und Vollstreckungspflicht von ausländischen Schiedssprüchen. Einer Versagung der Anerkennung und Vollstreckung sind enge Grenzen gesetzt. Schiedssprüche sind in jedem Vertragsstaat der New-York-Konvention vollstreckbar. Die tatsächliche Vollstreckung eines Schiedsspruches ist allerdings in jedem Fall auf die Mitwirkung der nationalen staatlichen Stellen angewiesen.

## VI.7 Zusammenfassung

In diesem längsten Kapitel der Arbeit sind zahlreiche verschiedene internationale Investitionsverträge bzw. investitionsrelevante Handelsverträge dargestellt worden. Wie intensiv dargestellt wurde, gibt es bereits jetzt ein dichtes Netz von multilateralen, regionalen und bilateralen Verträgen sowie nationalen Gesetzen, die die Eigentumsrechte von Investoren absichern sollen. Dieses Netz nimmt ständig zu, was natürlich zu einer weiteren Zersplitterung und Unübersichtlichkeit des internationalen Investitionsrechtes führt. Im Folgenden sollen die Ergebnisse des Kapitels anhand von drei Kriterien zusammengefasst werden: Vertragsinhalte, Schiedspraxis sowie neuere Entwicklungen.

### a.) Vertragsinhalte

An dieser Stelle soll keine vertiefte vergleichende Diskussion der Vertragsinhalte geführt werden. Dies würde erstens unweigerlich zu zahlreichen Redundanzen führen und zweitens wäre dies anhand der Vielzahl und Komplexität der Verträge ein sehr schwieriges Unterfangen. Stattdessen werden in Tabelle 15 in einer Synopse wichtige Bestimmungen internationaler Investitionsverträge dargestellt. Integriert wurden auch die investitionsrelevanten WTO-Verträge, die im vorletzten Kapitel analysiert worden sind. Es muss aber an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, dass diese nur eingeschränkt mit den „klassischen“ internationalen Investitionsverträgen vergleichbar sind. Ein allgemeines WTO-Investitionsabkommen fehlt, die dargestellten Verträge behandeln in außerordentlich unterschiedlicher Intensität lediglich Teilaspekte von internationalen Investitionen. Ein Verzicht auf die Integration dieser Verträge würde aber auf der anderen Seite nicht dem bestehenden rechtlichen Rahmen der Regelung von DI gerecht werden. Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit ist insoweit mit integriert, als dass die Regelungen zur Transparenz und zur Überprüfung von Schiedssprüchen mit aufgenommen worden sind. Nicht mit aufgeführt wurde der Entwurf des Investitionskapitels im Rahmen der FTAA. Diese orientiert sich zum einen sehr stark an Kapitel 11 des NAFTA, und auf der anderen Seite erschwert die Tatsache, dass zu vielen Bestimmungen mehrere unterschiedliche Textvorschläge bestehen, eine genaue Zuordnung. Schließlich sei noch darauf hingewiesen, dass diese Synopse notwendigerweise die tatsächliche Komplexität der Vertragsinhalte reduzieren muss. Für Details der Vertragsinhalte ist auf die jeweiligen Ausführungen zu den einzelnen Abkommen zu verweisen.

**Tabelle 15 Synopse zentraler Vertragsinhalte von MAI-E, NAFTA, BIT und WTO**

	MAI-E	NAFTA	BIT	WTO <sup>[1]</sup>
<b>Top down</b>	JA	JA	JA	JA <sup>[2]</sup>
<b>Pre-establishment</b>	JA	JA	Nein, US-BIT ja	Nur bei GATS <sup>[3]</sup>
<b>MFN</b>	JA	JA	JA	JA <sup>[4]</sup>
<b>Investitionsdefinition</b>	Sehr breit	Relativ breit, Fokus auf Realinvestitionen	Breit	Unternehmensbasiert bei GATS
<b>Einschränkung von performance requirements</b>	Sehr stark	Stark	Selten	Relativ gering <sup>[5]</sup>
<b>Einschränkung von Investitionsanreizen</b>	Nein	Nein	Nein	Relativ gering <sup>[6]</sup>
<b>Enteignungsregeln</b>	JA	JA	JA	NEIN
<b>Minimum Standard of Treatment</b>	JA	JA	JA	NEIN
<b>Länderspezifische Ausnahmen</b>	Grandfathering Standstill Rollback	Grandfathering Standstill <sup>[7]</sup> Rollback	Selten	Grandfathering <sup>[7]</sup> (GATS) Standstill (GATS) Rollback (GATS) <sup>[8]</sup>
<b>Effektive Mindestvertragsdauer</b>	20 Jahre <sup>[9]</sup>	1 ½-Jahre	20 Jahre	6 Monate
<b>Investor-Staat-Verfahren</b>	JA	JA	Meistens JA	NEIN
<b>Überprüfung von Schiedssprüchen bzw. Urteilen</b>	Nur Form- und Verfahrensfehler	Nur Form- und Verfahrensfehler	Nur Form- und Verfahrensfehler	Überprüfung der Rechtsanwendung
<b>Transparenz des Streitschlichtungsverfahrens</b>	Sehr gering	Relativ groß, Ausnahme Mexiko	Sehr gering	Groß, Ausnahme Verhandlungen

**Quelle:** Eigene Zusammenstellung.

**Legende:**

<sup>[1]</sup> GATS, TRIMs, TRIPS und Subventionsabkommen.

<sup>[2]</sup> Alle investitionsrelevanten WTO-Abkommen haben einen Top-Down-Ansatz. Nur das GATS-Abkommen hat in den Bereichen Marktzugang und Inländerbehandlung einen Bottom-up-Ansatz; das Prinzip der progressiven Liberalisierung ist zu beachten.

<sup>[3]</sup> Abhängig von spezifischen Verpflichtungen.

<sup>[4]</sup> Nicht in TRIMs und Subventionsabkommen.

<sup>[5]</sup> Nur bei handelsverzerrender Wirkung im Güterbereich (TRIMs) bzw. abhängig von spezifischen Verpflichtungen (GATS).

<sup>[6]</sup> Nur bei handelsverzerrender Wirkung im Güterbereich (Subventionsabkommen).

<sup>[7]</sup> In allen 4 WTO-Abkommen besondere und differenzierte Behandlung von Entwicklungsländern.

<sup>[8]</sup> Grandfathering, Standstill und Rollback nur bei MFN-Ausnahmen.

<sup>[9]</sup> Für bestehende Investitionen, ansonsten 5 Jahre und 6 Monate.

## b.) Schiedspraxis

Schiedspraxis wurde intensiv im Rahmen der BIT und vor allem im Rahmen des NAFTA analysiert. Alle anderen dargestellten Verträge sind entweder (noch) nicht in Kraft getreten oder es ist kaum Schiedspraxis bekannt geworden (wie z.B. im Rahmen des ECT). Die erste wichtige gemeinsame Erkenntnis ist, dass die Anzahl der Schiedsgerichtsverfahren in den letzten Jahren sehr stark zugenommen hat. Dabei handelt es sich fast ausschließlich um Investor-Staat-Verfahren, die zwischenstaatliche Streitschlichtung spielt demgegenüber so gut wie keine Rolle. Dieser Trend dürfte sich in den nächsten Jahren weiter fortsetzen, da immer noch weitere internationale Investitionsverträge abgeschlossen werden (vor allem BIT). Außerdem hat der Bekanntheitsgrad der Möglichkeit der

Investor-Staat-Streitschlichtung seinen Zenit noch nicht erreicht. Das typische – wenn auch nicht ausschließliche – Muster ist, dass ein Investor aus einem Industrieland Schiedsklage gegen ein Entwicklungsland einreicht. Hier wird es spannend zu beobachten sein, ob die Tendenz der zunehmenden Integration der Entwicklungsländer in die Weltwirtschaft dazu führt, dass ähnlich der Entwicklung in der WTO Investoren aus Entwicklungsländern verstärkt von dieser Möglichkeit Gebrauch machen.

In materiell-rechtlicher Hinsicht ist eine Bewertung schwieriger, weil insgesamt immer noch relativ wenige Schiedssprüche vorliegen und weil die beschriebenen Transparenzdefizite eine genaue Analyse stark erschweren. Unter diesen Einschränkungen kann davon gesprochen werden, dass das Verhältnis zwischen dem staatlichen Recht auf Regulierung im öffentlichen Interesse und privaten Eigentumsrechten durch die internationale Schiedsgerichtsbarkeit bisher nicht in einem fragwürdigen Ausmaß zu Lasten des Rechtes auf Regulierung verändert worden wäre. Insbesondere die geringe Summe der bisherigen Entschädigungszahlungen untermauert dies. Lediglich in Bezug auf die Zuständigkeitsentscheidungen der Schiedsgerichte kann – was NAFTA angeht – von einer extensiven und investorenfreundlichen Schiedspraxis gesprochen werden.

Den Schiedsgerichtsverfahren mangelt es insgesamt neben der mehrfach angesprochenen Transparenz vor allem an der Möglichkeit einer Überprüfung der Rechtsfragen durch eine weitere Instanz. Dies hängt damit zusammen, dass internationale Investitionsverträge nahezu ausschließlich die Schiedsgerichtsbarkeit als Streiterledigungsinstrumentarium anwenden, die historisch auf Vertraulichkeit sowie Endgültigkeit von Schiedssprüchen aufgebaut ist. Die Durchsetzung von Schiedssprüchen ist im deutlichen Gegensatz dazu sehr effektiv vor allem durch die New-York-Konvention sichergestellt.

### **c.) Neuere Entwicklungen**

Das mittlerweile mehrfache Scheitern von Anläufen für einen IIA ist ein erster Indikator dafür, dass das Thema internationale Investitionsverträge kein reines Expertenthema mehr ist, wie es dies vielleicht noch vor einigen Jahrzehnten war. Es ist deutlich erkennbar, dass in den letzten Jahren in internationalen Investitionsverträgen zunehmend neue Wege gegangen oder zumindest angedacht wurden. Dies bezieht sich allerdings im Wesentlichen auf die Ausgestaltung der Schiedsgerichtsverfahren und weniger auf die materiellen Inhalte der Verträge.

Zu würdigen ist – wenn er sich denn im abschließenden Text wieder finden sollte – der plurilaterale Ansatz, der im Rahmen der FTAA verfolgt wird. Auch eine sich abzeichnende Sonderbehandlung für kleinere Volkswirtschaften ebenfalls im FTAA-Rahmen zeigt, dass flexiblere Lösungen zunehmend größere Umsetzungschancen haben.

Die deutlichsten Veränderungen haben sich in Bezug auf die Durchsetzung von mehr Transparenz beim Schiedsgerichtsverfahren sowie die Möglichkeiten von *Amicus-curiae*-Eingaben ergeben. Ebenfalls zu erwähnen sind die Versuche, parallele Schiedsverfahren zum gleichen Gegenstand zu vermeiden sowie das Wissen von Sachverständigen stärker in das Schiedsverfahren einfließen zu lassen.

Verwiesen sei auf die entsprechenden Entwicklungen bei NAFTA, dem FTAA-E sowie den Entwurf des neuen US-Modell-BIT. Die Möglichkeit der rechtlichen Überprüfbarkeit von Schiedssprüchen wird zunehmend als notwendig anerkannt, aber bisher sind die entsprechenden Implementationsversuche noch mehr als zaghafte. All diese Punkte gehen in Richtung einer verstärkten Formalisierung und Verrechtlichung des Verfahrens und zu Lasten der Parteienautonomie, was – wie noch im Einzelnen im folgenden Reformteil der Arbeit dargelegt – zu begrüßen ist.

Hinsichtlich der materiellen Inhalte von internationalen Investitionsverträgen ist auf die einschränkende Interpretation der NAFTA-Freihandelskommission in Bezug auf den *minimum standard of treatment* zu verweisen. Außerdem bleibt abzuwarten, ob sich der in Bezug auf die Enteignungsvorschriften ebenfalls einschränkende Modell-BIT-E der USA durchsetzen wird.

## VII. Reformansätze

Dieses Kapitel schließt die Arbeit ab. Ihm liegt eine breite Auseinandersetzung mit Reform- und Alternativvorschlägen aus dem wissenschaftlichen Bereich, von NGOs sowie von nationalen Regierungen, Ministerien und Parlamenten zugrunde. Zunächst wird die Frage nach der generellen Notwendigkeit eines IIA geprüft. Dem schließt sich die Erörterung des richtigen Forums für multilaterale Investitionsverhandlungen an. Danach wird thematisiert, ob ein *Code of Conduct* eine sinnvolle Alternative zu einem IIA darstellt. Dann werden ausgewählte wichtige Bestandteile internationaler Investitionsverträge geprüft und auf ihren Reformbedarf hin analysiert. Letztere Auseinandersetzung ist sowohl für das jetzige Vertragsnetz als auch für den Fall der Verhandlung eines IIA nützlich. Bei den Erörterungen wird immer wieder auf die Ergebnisse der vorherigen Kapitel der Arbeit zurückgegriffen.

### VII.1. Internationaler Investitionsvertrag – Ja oder NEIN?

Die wichtigste Frage in Bezug auf internationale Investitionsverträge ist wohl, ob es ein IIA überhaupt geben sollte. Diese Frage dürfte in den nächsten Jahren weiter auf der politischen Agenda stehen, auch wenn dieses Thema von der Agenda der Doha-Runde der WTO heruntergenommen worden ist.

Bevor die entsprechenden Pro- und Kontra-Argumente dargestellt und bewertet werden, erscheint es notwendig, einige Ausführungen über den generellen Regelungsbedarf internationaler Verträge vorzunehmen. In der Europäischen Union hat sich mittlerweile das Subsidiaritätsprinzip etabliert. Art. I-9 (3) des Entwurfes eines Vertrags über eine Verfassung für Europa,<sup>1232</sup> der das erstmals mit dem Maastricht-Vertrag in das europäische Gemeinschaftsrecht übernommene Subsidiaritätsprinzip in leicht veränderter Form übernommen hat, lautet: *„Nach dem Subsidiaritätsprinzip wird die Union in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend erreicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser erreicht werden können.“* Zwar gibt es durchaus Probleme in der praktischen Anwendung dieses Prinzips, grundsätzlich ist es aber unumstritten. Der Grundgedanke dahinter ist, dass Entscheidungen auf der niedrigst möglichen politischen Ebene getroffen werden sollen, soweit diese Ebene nicht mit der Lösung des entsprechenden Problems überfordert wäre. Eine höhere Bürgernähe, mehr Transparenz sowie eine bessere Kontrolle politischer Entscheidungen sprechen für dieses Prinzip. Ein vergleichbares Prinzip gibt es weder im Völkerrecht im Allgemeinen noch im WTO-Rahmen im Besonderen. Dennoch sollte es bei der Frage, ob Verhandlungen für ein IIA aufgenommen werden sollten, sowie grundsätzlich bei internationalen Verträgen beachtet werden. M.E. sind daher in erster Linie die Befürworter eines IIA in der Pflicht, zu belegen, dass es einen solchen Vertrag braucht und dass dessen mögliche Vorteile nicht durch regionale/bilaterale Verträge bzw. durch die nationale Gesetzgebung erreicht werden können.

## VII.1.1 Abwägung der Argumente

Die folgenden Argumente von Befürwortern eines IIA sind der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fachliteratur sowie den Positionen von WTO-Mitgliedern (insbes. der EU-Kommission) entnommen. Auf eine getrennte Darstellung von (wohlfahrts-)ökonomischen und juristischen bzw. rechtspolitischen Argumenten wird im Folgenden verzichtet, da die Sinnhaftigkeit eines IIA ein interdisziplinäres Herangehen erfordert. Der Darstellung folgt jeweils eine Bewertung, in der, so oft es geht, auf im Rahmen dieser Arbeit gewonnene Erkenntnisse zurückgegriffen wird.

### VII.1.1.1 Anstieg von Direktinvestitionen

Hier wird davon ausgegangen, dass der Abschluss eines IIA zu einem Anstieg der DI führen wird und dass insbesondere Entwicklungsländer ihre DI-Zuflüsse deutlich steigern können. Bei diesem Argument werden die volkswirtschaftlichen Auswirkungen von DI implizit oder explizit als eindeutig positiv eingeschätzt. Mehr DI führen demnach zu einer beschleunigten ökonomischen Entwicklung, besonders in Entwicklungsländern. Wäre dieser Zusammenhang tatsächlich so eindeutig, so könnte dies ein überzeugendes Argument für die Aufnahme entsprechender Verhandlungen sein. Allerdings ist weder die eine noch die andere Bedingung erfüllt. Die volkswirtschaftlichen Auswirkungen, die ausführlich unter IV.2 dargestellt wurden, sind als gemischt bzw. knapp positiv einzuschätzen. Viel spricht dafür, dass ein Staat erst dann von DI wirklich profitiert bzw. als Investitionszielland in Frage kommt, wenn er über eine gewisse ökonomische Stärke verfügt bzw. eine ausreichende „*absorptive capacity*“ gegeben ist. Außerdem ergeben sich ökonomische Risiken insbesondere im Bereich Wettbewerb und TPM, gegen die sich stärkere Staaten besser absichern können als beispielsweise LDCs.

Festzuhalten ist weiterhin, dass es bislang keine Studie gibt, die die materiellen Vorteile eines IIA zu quantifizieren in der Lage ist. *Graham*, ein vehementer Befürworter von DI, der aber nur ein vorsichtiges multilaterales Vorgehen als realistisch einschätzt, verweist darauf, dass die OECD während der gesamten MAI-Verhandlungen keine Studie über die ökonomischen Vorteile des MAI vorgelegt hat.<sup>1233</sup> Empirische Studien gibt es aber, wie beschrieben, zu den Effekten von BIT. UNCTAD und Weltbank haben unabhängig voneinander festgestellt, dass der Abschluss von BIT nicht zu mehr DI führt. Die einzige dem Autor bekannte Studie, die zu einem gegenteiligen Ergebnis kommt, ist methodisch ausgesprochen fragwürdig (vgl. VI.1.4). Es gibt keinen theoretischen oder empirischen Grund zu der Annahme, dass es bei einem IIA zu einem anderen Ergebnis kommen würde. Das voraussichtliche Schutzniveau eines IIA würde sicherlich nicht über das Durchschnittsniveau der BIT hinausgehen, da bei multilateralen Verhandlungen nur der kleinste gemeinsame Nenner durchsetzbar wäre. Selbst die EU-Kommission als einer der energischsten Kämpfer für einen IIA hat mittlerweile eine deutlich reduzierte Agenda.<sup>1234</sup> Mittlerweile akzeptieren auch fast alle Befürworter eines IIA, z.B. die

<sup>1232</sup> Konferenz der Vertreter der Regierungen der Mitgliedsstaaten: Vorläufige konsolidierte Fassung des Vertrags über eine Verfassung für Europa, CIG 86/04, 25.6.04. Ende Oktober 2004 wurde der Vertrag unterzeichnet, derzeit läuft der Ratifikationsprozess. Mit einem Inkrafttreten ist nicht vor 2007 zu rechnen.

<sup>1233</sup> *Graham*, a.a.O., S. 3. Das Fehlen einer entsprechenden empirischen Untersuchung beklagt auch *Sanna-Randaccio*, a.a.O., S. 8.

<sup>1234</sup> Im Unterschied zu den MAI-Verhandlungen besteht die EU nicht mehr auf Bestimmungen zu *performance requirements* und

EU-Kommission, dass dieser keine erhöhten DI garantiert: „*Multilateral rules would not guarantee increased FDI flows as, say, the reduction of tariffs increase trade flows.*“<sup>1235</sup> Und selbst wenn DI zu eindeutig positiven Ergebnissen führen würden und ein IIA zu mehr DI führte, wäre damit noch nicht der Beleg erbracht, dass diese positiven Effekte nicht auch mit bilateralen/regionalen Verträgen bzw. nationaler Gesetzgebung erreichbar wären.

Häufig wird das Argument angeführt, ein IIA könne zu mehr DI in Entwicklungsländer, insbesondere LDCs führen, weil politische Risiken für Investoren reduziert würden.<sup>1236</sup> Nicht-Unterzeichnerstaaten von bilateralen/regionalen Verträgen würden gar Gefahr laufen, marginalisiert zu werden, weil Investoren in diesen Staaten mangelnde Rechtssicherheit vermuteten.<sup>1237</sup> Keiner der zitierten Autoren hat bisher auch nur den Versuch unternommen, diese Aussage empirisch zu untermauern. Dies wäre auch nicht möglich. Die oben genannte Weltbank-Studie umfasst 85% aller DI-Flüsse in Entwicklungsländer. Trotzdem steigen die DI-Zuflüsse in Entwicklungsländer nicht an. Es ist lediglich feststellbar, dass es nach dem Abschluss eines BIT wahrscheinlich ist, dass ein kapitalimportierendes Land seinen Anteil an den DI des kapitalexportierenden Landes etwas erhöht. Dieser schwache relative Effekt würde bei einem IIA sogar ganz verschwinden, da es nun – universaler Beitritt zu einem IIA vorausgesetzt – keinen Unterschied mehr zwischen Signatur- und Nichtsignaturstaaten gibt. Im „*Global Economic Prospects 2003*“<sup>4</sup> hat sich erneut die Weltbank intensiv mit internationalen Investitionsverträgen auseinandergesetzt und kommt in Bezug auf ein IIA zu folgendem Fazit: „*As with trade reforms, unilateral reforms to liberalize foreign direct investment (FDI) are likely to have the greatest and most direct benefit for the reforming country. Beyond this, new international agreements that focus on establishing protections to investors cannot be predicted to expand markedly the flow of investment to new signatory countries. This is because many protections are already covered through bilateral investment treaties (BIT), and even these relatively strong protections do not seem to have increased flows of investment to signatory developing countries.*“<sup>1238</sup> Einer möglichen Marginalisierung von Nichtunterzeichnerstaaten, die ohnehin keine empirische Grundlage hat,<sup>1239</sup> könnten die entsprechenden Staaten schon dadurch abhelfen, dass sie bilaterale/regionale Investitionsverträge abschließen.

Ein IIA würde somit voraussichtlich weder zu insgesamt erhöhten DI führen noch eine signifikante Lenkungswirkung in Hinblick auf höhere DI-Ströme in Entwicklungsländer haben.

Hin und wieder wird die Tatsache, dass DI in den letzten Jahrzehnten deutlich angestiegen sind, als – zum Teil hinreichende – Begründung für die Notwendigkeit eines IIA gewertet.<sup>1240</sup> Auch dies ist in

---

Enteignung. Außerdem soll es kein Investor-Staat-Verfahren geben, und es soll lediglich ein Positivlistenansatz nach Vorbild des GATS erreicht werden und kein *top-down* wie beim MAI, vgl. Pettinato, C. (2003): A Sustainable FDI Framework in the Doha Development Agenda. Dabei kann offen gelassen werden, ob dies nicht zum Teil auch eine taktische Position ist, um skeptische Staaten überhaupt an den Verhandlungstisch zu bringen.

<sup>1235</sup> EU-Kommission (2000): Trade and Investment, Exploring the Issue Relating to Trade and Investment.

<sup>1236</sup> Von Moltke, a.a.O., S. 1-7, 53-54; Pettinato, a.a.O.; Peterson (2001), a.a.O., S. 13.

<sup>1237</sup> Drabek, A Multilateral Agreement on Investment: Convincing the Sceptics.

<sup>1238</sup> Weltbank (2003a), a.a.O., S. 118.

<sup>1239</sup> Verwiesen sei nur auf Brasilien, das keinen einzigen BIT unterzeichnet hat, aber trotzdem zu einem immer wichtigeren Zielland für DI wird, vgl. Hallward-Driemeier, a.a.O., S. 9.

<sup>1240</sup> Von Moltke, a.a.O., S. 2; Sauve/Wilkie, a.a.O., S. 6 weisen auf die zunehmende Bedeutung von DI für Entwicklungsländer hin; Drabek, a.a.O., erwähnt dieses Argument im Zusammenhang mit Risikoerwägungen.

keinster Weise überzeugend, denn alleine das Entstehen eines gesellschaftlichen Phänomens besagt noch nichts über dessen Regelungsbedarf geschweige denn über die Notwendigkeit einer internationalen Regulierung. Im Gegenteil spricht das rasante DI-Wachstum, das deutlich die Wachstumsrate des weitgehend multilateralisierten Welthandels übersteigt, eher für den bestehenden Mix aus bilateralen, regionalen, plurilateralen und unilateralen Regelungen.

### VII.1.1.2 Das Transaktionskostenargument

Eines der am häufigsten genannten Argumente für ein IIA ist der Transaktionskostenansatz. Das Netz aus bilateralen, plurilateralen und regionalen Investitionsverträgen sowie der nationalen Investitionsgesetzgebung sei unübersichtlich und intransparent und erhöhe damit die Transaktionskosten, was sich wiederum negativ auf die Investitionsbereitschaft der Unternehmen niederschlägt. Ein IIA könne dem abhelfen und für klare und transparente Regeln sorgen. Bei diesem Argumentationsansatz wird implizit oder explizit davon ausgegangen, dass ein IIA alle anderen nicht multilateralen Verträge ersetzt.<sup>1241</sup>

Die Unübersichtlichkeit des bestehenden Investitionsregimes ist nicht zu bestreiten.<sup>1242</sup> Die Frage ist aber, wie stark investitionshemmend bzw. kostenerhöhend dies tatsächlich ist. Direkte empirische Erkenntnisse liegen hierzu nicht vor. *Hoekman/Saggi*, die ein IIA skeptisch betrachten und für eine stärkere Liberalisierung durch Ausnutzung der Potenziale von GATS und TRIMs plädieren, verweisen auf unterschiedliche Sprachen, Kulturen, Wirtschaftspolitiken der Empfängerstaaten etc. Diese würden einen Großteil der Transaktionskosten ausmachen und unabhängig davon bestehen, ob ein Land einen BIT oder ein IIA unterschrieben hat.<sup>1243</sup>

Die größte Schwäche des Transaktionskostenargumentes ist aber, dass mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ein IIA nicht die bilateralen und regionalen Verträge ablösen würde. Dafür gibt es völkerrechtliche und politische Gründe. Die Beendigung völkerrechtlicher Verträge wird im Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge v. 23.5.1969<sup>1244</sup> (Wiener Vertragsrechtskonvention, im Folgenden WVRK) geregelt. Relevant sind hier die Art. 54 (Beendigung eines Vertrags oder Rücktritt vom Vertrag auf Grund seiner Bestimmungen oder durch Einvernehmen zwischen den Vertragsparteien) und 59 (Beendigung oder Suspendierung eines Vertrages durch Abschluss eines späteren Vertrags) WVRK.<sup>1245</sup>

Eine Vertragsbeendigung ist nach Maßgabe der Vertragsbestimmungen (Art. 54 a) WVRK) oder durch Einvernehmen zwischen allen Vertragsparteien (Art. 54 b) WVRK) möglich. Die erste Alternative hilft nicht weiter, da BIT keine Beendigungsklausel im Falle eines multilateralen Vertrages enthalten.<sup>1246</sup> BIT

<sup>1241</sup> Drabek, a.a.O.; Sanna-Randaccio, a.a.O., S. 8; EU-Kommission (2000), a.a.O., S. 2.

<sup>1242</sup> Dies kann der Autor aus eigener Erfahrung bestätigen.

<sup>1243</sup> Hoekman/Saggi, a.a.O., S. 16-17.

<sup>1244</sup> BGBI. II 1985 S. 927.

<sup>1245</sup> Die weiteren Beendigungsgründe der Art. 60-64 (Vertragsverletzung, nachträgliche Unmöglichkeit der Erfüllung, *clausula rebus sic stantibus*, Abbruch der diplomatischen oder konsularischen Beziehungen, *ius cogens*) kommen hier nicht in Frage.

<sup>1246</sup> Die meisten BIT enthalten lediglich eine sog. „*Preservation-of-rights*“-Klausel. Danach gehen bestehende oder zukünftige nationale Rechtsvorschriften oder internationale Verträge dem BIT nur dann vor, wenn sie einen für den Investor günstigeren Schutzstandard enthalten. Ein typisches Beispiel ist Art. 8 (1) des BIT zwischen Deutschland und Bosnien und Herzegowina:

gelten in aller Regel für eine bestimmte Mindestvertragsdauer, die sich aber automatisch verlängert, wenn keine der Vertragsparteien den Vertrag kündigt (vgl. VI.3.2.6). Und die zweite Alternative stellt ein Außerkrafttreten von BIT ins Ermessen der Vertragsparteien und lässt dies somit zu einer politischen Frage werden. Die lange Vertragsdauer der meisten BIT – vor allem angesichts der Tatsache, dass die meisten BIT seit Anfang der 1990er-Jahre abgeschlossen worden sind – erschwert zudem die Aufhebung. Schließlich lässt die hohe Anzahl der BIT (über 2.000) sowie der beteiligten Staaten (180) diesen Weg als illusorisch erscheinen.

Art. 59, der den Grundsatz *Lex posterior derogat legi priori* festlegt, könnte schon eher zutreffen:

„(1) Ein Vertrag gilt als beendet, wenn alle Vertragsparteien später einen sich auf denselben Gegenstand beziehenden Vertrag schließen und

- a.) aus dem späteren Vertrag hervorgeht oder anderweitig feststeht, dass die Vertragsparteien beabsichtigen, den Gegenstand durch den späteren Vertrag zu regeln, oder
- b.) die Bestimmungen des späteren Vertrags mit denen des früheren Vertrags in solchem Maße unvereinbar sind, dass die beiden Verträge eine gleichzeitige Anwendung nicht zulassen.“<sup>1247</sup>

Hier ist zunächst zwischen zwei unterschiedlichen Konstellationen zu unterscheiden: Im ersten Fall sind alle Vertragsstaaten des älteren Vertrages auch Vertragsstaaten des neueren Vertrages, während im zweiten Fall nur ein Teil der Vertragsstaaten des älteren Vertrages auch Vertragsstaaten des jüngeren Vertrages sind. Der erste Fall würde vor allem auf die von WTO-Mitgliedern abgeschlossenen BIT für den Fall des Abschluss eines multilateralen WTO-Investitionsvertrages zutreffen. Das Gleiche gilt natürlich auch für regionale Verträge sowie die jetzigen investitionsrelevanten WTO-Verträge. Zur Illustration des zweiten Falles kann folgendes Beispiel dienen: Russland ist ECT-Vertragsstaat, aber nicht WTO-Mitglied. Käme es jetzt zu einem WTO-Investitionsvertrag, wäre ein Großteil der ECT-Vertragsstaaten auch Vertragsstaat des WTO-Investitionsvertrages, aber nicht Russland.<sup>1248</sup>

a.) Fall 1: Alle Vertragsstaaten des früheren Vertrages sind Vertragsstaaten des späteren Vertrages

In diesem Fall gelten die beiden Alternativen des Art. 59 (1) WVRK. Die erste Alternative überlässt es den Vertragsstaaten selbst, im späteren Vertrag das Außerkrafttreten früherer Verträge zu regeln. Hier ist also wieder der politische Wille entscheidend. Wenn eine Vertragspartei, realistisch wäre in diesem Fall die USA, eine unilaterale Erklärung bei der Vertragsunterzeichnung oder –ratifikation abgibt, dass es den IIA so interpretiert, dass dieser frühere Verträge nicht ersetzt, dann dürften die Voraussetzungen

---

„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.“

<sup>1247</sup> Die Beendigung von Verträgen durch einen späteren Vertrag ist zu unterscheiden von der Anwendung aufeinanderfolgender Verträge über denselben Gegenstand. Diese regelt sich nach dem Art. 30 WVRK. Dies wird hier nicht dargestellt, weil es keine Relevanz für das Transaktionskostenargument hat. Eine gute Darstellung findet sich in OECD (2004): Relationships Between International Investment Agreements.

<sup>1248</sup> Angenommen sei – wahrscheinlich unrealistisch, was aber in diesem Fall unerheblich ist –, dass Russland nicht der WTO beitrifft.

des Art. 59 (1) a WVRK in Bezug auf die USA-Verträge nicht erfüllt sein.

Die zweite Alternative ist komplizierter. Die Frage, wann eine derartige Unvereinbarkeit vorliegt, ist eine Frage des Wortlautes und der Intention.<sup>1249</sup> Jedenfalls ist ein späterer Investitionsvertrag nicht schon deswegen unvereinbar mit früheren Investitionsverträgen, weil er weniger weitgehende Bestimmungen enthält. Dies wird aus der Entstehungsgeschichte der WVRK deutlich. Der Vorsitzende des „*drafting comitee*“ hat sich folgendermaßen geäußert: „*If a small number of States concluded a consular convention granting wide privileges and immunities, and those same States later concluded with other States a consular convention having a much larger number of parties but providing for a more restricted regime, the earlier convention would continue to govern relations between the States parties thereto if the circumstances or the intention of the parties justified its maintenance in force.*“<sup>1250</sup> Wenn also z.B. bei einem WTO-Investitionsvertrag intendiert wäre, bestimmte Minimalstandards an Investitionsschutz zu multilateralisieren, ohne dass die Vertragsstaaten beabsichtigen würden, weitergehendere frühere Verträge abzuschaffen, so würden beide Verträge weiterhin koexistieren (nach den Regeln des Art. 30 WVRK). Eine Unvereinbarkeit liegt wohl nur dann vor, wenn sich die beiden Verträge explizit widersprechen, z.B. für ein- und denselben Bereich ein Verbot und ein Gebot aussprechen.

b.) Fall 2: Nicht alle Vertragsstaaten des früheren Vertrages sind Vertragsstaaten des späteren Vertrages

Hier wären USA und Russland in Bezug auf den ECT und ein WTO-Investitionsabkommen zu nennen. In einem solchen Fall sind die beiden Alternativen des Art. 59 (1) nicht anwendbar. Denn durch „*alle Vertragsparteien*“ in Art. 59 (1) S. 1 wird klargestellt, dass ein Vertrag nicht gegen den Widerstand einer Vertragspartei aufgehoben werden kann. In einem solchen Fall blieben die ECT-Bestimmungen, um bei dem obigen Beispiel zu bleiben, im Rechtsverhältnis zwischen Russland und den anderen ECT-Vertragsstaaten, die auch ein WTO-Investitionsabkommen unterschrieben hätten, selbstverständlich in Kraft. Denn Russland als Nicht-WTO-Mitglied kann nicht durch einen WTO-Vertrag gebunden werden, und somit hätten nicht „*alle Vertragsparteien*“ einen späteren Vertrag zum selben Gegenstand abgeschlossen.

Festzuhalten ist somit, dass es keinen völkerrechtlichen Automatismus zur Beendigung älterer nicht multilateraler Investitionsverträge durch einen multilateralen Investitionsvertrag gibt und dass dies somit eine Frage des politischen Willens ist.

Dieser politische Wille zur Abschaffung der bestehenden Investitionsverträge kann nicht vorausgesetzt werden. So ist es eine klare und eindeutige Strategie der USA, über bilaterale Investitions- und Freihandelsverträge hohe Schutzstandards für ihre Investoren zu schaffen. Eine Abschaffung dieser Verträge würde daher nicht nur den Widerstand der USA, sondern auch der amerikanischen Wirtschaftslobby bedeuten. Konsequenterweise haben die USA bereits angekündigt, einen IIA nur zu

<sup>1249</sup> Ebenda.

<sup>1250</sup> Sinclair (1984), a.a.O., S. 97. Diese Aussage ist zwar im Kontext des Art. 30 (3) WVRK getroffen worden, dies kann aber analog auf Art. 59 (1) b WVRK übertragen werden, da beide Bestimmungen bedeutungsgleich sind.

unterstützen, wenn die bestehenden BIT sowie die Möglichkeit, weitreichendere BIT in der Zukunft abzuschließen, nicht gefährdet werden.<sup>1251</sup> Vor allem der voraussichtliche Verzicht auf ein Investor-Staat-Verfahren innerhalb eines WTO-Investitionsabkommens würde dazu führen, dass ein massiver Druck für die Beibehaltung der bestehenden Verträge entstehen würde, da diese fast alle das Investor-Staat-Verfahren enthalten. Aber auch viele Entwicklungsländer würden sich gegen eine Abschaffung ihrer BIT wehren.<sup>1252</sup>

Die Erfahrungen im Bereich der internationalen Handelsverträge sind zu beachten. Die ständige Weiterentwicklung des multilateralen Handelsrechtes hat nicht dazu geführt, dass der Bilateralismus und Regionalismus zum Erliegen gekommen ist. Im Gegenteil setzen gerade Verfechter multilateraler Handelsverträge wie die USA oder die EU sogar verstärkt auf regionale und bilaterale Freihandelsabkommen (vgl. VI.5),<sup>1253</sup> in denen zum Teil genau die gleichen Gegenstände geregelt werden wie im WTO-System. *Bhagwati* spricht in Bezug auf die unterschiedlichen Handelspräferenzabkommen von einem „spaghetti bowl“.<sup>1254</sup> Der Hauptgrund für den Bilateralismus/Regionalismus ist denkbar einfach: Auf dieser Ebene können Regelungen durchgesetzt werden, deren Annahme im multilateralen Rahmen (noch) nicht möglich ist.<sup>1255</sup> Im gesamten GATT/WTO-System gibt es keine Bestimmung, wonach bilaterale/regionale Verträge zugunsten einer multilateralen Regelung zu beenden seien. Im Gegenteil gewährt z.B. der Art. 24 GATT Bestandsschutz für diejenigen Zollunionen oder Freihandelszonen, die den Handel zwischen den teilnehmenden Gebieten erleichtern, nicht aber dem Handel anderer Vertragsparteien Schaden zufügen. Allerdings ist die Wirkung des MFN-Prinzips zu beachten. Wenn ein bilaterales oder regionales Handelsabkommen nicht unter den Art. 24 GATT oder eine ähnliche Vorschrift (z.B. Art. 5 GATS) fällt, dann müssen die Vorteile aus diesen Abkommen – sofern sie günstiger sind als in den entsprechenden WTO-Abkommen geregelt – auf alle WTO-Mitglieder ausgedehnt werden. Behandeln die bilateralen/regionalen Verträge Gegenstände, die nicht durch die WTO-Rechtsordnung geregelt werden, behalten sie insoweit ihre Exklusivität für die Vertragsstaaten. Auch Art. 7 (1) der New-York-Konvention stellt einen negativen Präzedenzfall dar, da dort ausdrücklich die Gültigkeit anderer multi- oder bilateraler Verträge zur Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche anerkannt wird.<sup>1256</sup>

Das Transaktionskostenargument könnte von den bisher genannten Argumenten noch am ehesten den Subsidiaritätstest überstehen, aber die überaus hohe Wahrscheinlichkeit, dass sich ein IIA eher komplementär denn substitutiv zu den bisherigen Investitionsverträgen verhalten würde, entzieht dem Argument letztendlich die Grundlage. Dies gilt zumindest für die absehbare Zukunft. Prozesse der Rechtsvereinheitlichung sind natürlich niemals gänzlich auszuschließen. Aber selbst, wenn man das Transaktionskostenargument uneingeschränkt zuließe, ist sehr fraglich, ob dies als alleinige

<sup>1251</sup> NN (2003): WTO Members Consider two Mini-Ministerials Before Cancun Meeting, Inside US Trade v. 9.5.2003.

<sup>1252</sup> So z.B. der mexikanische Handelsbevollmächtigte, der die steigenden DI nach Mexiko auf BIT und NAFTA zurückführt, vgl.: Perezcano, H. (2004): Has the Proliferation of BIT Gone too far?, Is it Now Time for a Multilateral Investment Treaty?, S. 102-103.

<sup>1253</sup> Die EU listet in einer Übersicht 55 entsprechende Verträge auf (fünf waren zum Zeitpunkt der Erstellung der Übersicht im September 2002 noch im Verhandlungsstatus), EU-Kommission (2002): EC Regional Trade Agreements.

<sup>1254</sup> Zitiert nach Nunnenkamp, P./Pant, M. (2003): Why the Case for a Multilateral Agreement on Investment Is Weak, S. 17.

<sup>1255</sup> WTO (2001g), a.a.O., S. 45. Ebenda wird die Zahl der regionalen Handelsabkommen, die beim GATT bzw. bei der WTO zwischen 1947 und Anfang 1995 notifiziert worden sind, mit über 100 angegeben. Durch den dargestellten starken Anstieg bilateraler/regionaler Abkommen dürfte diese Zahl mittlerweile weit höher liegen.

<sup>1256</sup> Letztendlich handelt es sich dabei um eine Meistbegünstigungsbestimmung, vgl. Lörcher, a.a.O., S. 516-517.

Begründung für die Aufnahme entsprechender Verhandlungen herangezogen werden könnte.

### VII.1.1.3 Kohärenz von Regeln und Schiedsverfahren

Ein dem Transaktionskostenansatz ähnelndes Argument für ein IIA ist die Kohärenz von Regeln. Während es beim Transaktionskostenargument um die Unübersichtlichkeit von Regeln geht, ist hier die Unterschiedlichkeit angesprochen. Das jetzige Netzwerk aus bilateralen und regionalen Verträgen sei inkonsistent. Verträge würden sich in Bezug auf den Anwendungsbereich und auf die substanziellen Bestimmungen unterscheiden. Dies führe zu Konfusion, Unsicherheit und rechtlichen Konflikten.<sup>1257</sup> In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird neben der Regelinkonsistenz vor allem auf die mangelnde Konsistenz der Schiedsgerichtsbarkeit Bezug genommen.<sup>1258</sup> Zwar hätten z.B. BIT einen hohen Grad an Einheitlichkeit, es mangle aber an einer einheitlichen Interpretation.<sup>1259</sup> Es wird auch generelle Kritik an der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit in Bezug auf Transparenz, Zugang von Dritten zum Verfahren, Überprüfung von Schiedssprüchen, parallele Schiedsverfahren zum selben Gegenstand etc. geübt.<sup>1260</sup> All diese Probleme wären mit einem IIA zu beheben bzw. zu reduzieren.

Auch dieser Argumentationsstrang scheitert schon daran, dass ein IIA die bilateralen und regionalen Verträge nicht ersetzen und auch deren weitere Ausbreitung nicht stoppen wird. Das Ziel einheitlicher und kohärenter multilateraler Investitionsregeln ist aber auch grundsätzlich zu hinterfragen. Was auf der einen Seite ein Mehr an Klarheit und Einheitlichkeit ist, kann auf der anderen Seite ein Weniger an Flexibilität und Vielfalt bedeuten. Die Darstellung der Vertragsinhalte der BIT (vgl. VI.1.2), hat deren institutionelle Diversität – bei allen Tendenzen der Annäherung – deutlich gemacht. Die immer noch enormen ökonomischen Unterschiede zwischen Industrie- und Entwicklungsländern sowie die historischen Erfahrungen mit der Handels- und Investitionspolitik der heutigen Industrieländer lassen das Ziel der Regelkohärenz von vornherein als fragwürdig erscheinen. Nun könnte natürlich versucht werden, ein möglichst flexibles IIA auszuhandeln, evtl. nach GATS-Vorbild, so wie es das Doha-Mandat vorsah. Dies wiederum würde zu Lasten der Transparenz gehen und die Transaktionskosten erhöhen.<sup>1261</sup> Beim GATS z.B. kann aus dem Text des Abkommens heraus nicht der Umfang der Liberalisierung von Dienstleistungen abgelesen werden. Dazu bedarf es einer zusätzlichen Analyse der entsprechenden länderspezifischen Verpflichtungen.

Die Defizite der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, insbesondere der den Handelskammern zugeordneten Schiedsordnungen und der UNCITRAL-SO, sind an anderer Stelle bereits dargelegt worden (vgl. VI.6). Aus der Richtigkeit der Kritik am Bestehenden ist aber nicht zwingend die Notwendigkeit eines IIA abzuleiten. Reformen der bestehenden Verträge sind durchaus möglich, wie die Entwicklung beim NAFTA zeigt. Weitere Reformansätze, darunter z.B. die Bildung von Berufungsorganen zur Überprüfung der Rechtsfragen von Schiedssprüchen, eine Änderung der ICSID-Konvention sowie Diskriminierung in vertraglichen Schiedsklauseln zu Lasten der Handelskammerordnungen sowie

<sup>1257</sup> Drabek, a.a.O.

<sup>1258</sup> Pereczano, H. (2003a): Investment Protection Agreements, Should a Multilateral Approach be Reconsidered?, S. 929-939.

<sup>1259</sup> Hober, K. (2004): Has the Proliferation of BIT Gone too far?, Is it Now Time for a Multilateral Investment Treaty?, S. 93-95.

<sup>1260</sup> Ebenda; Peterson (2002), a.a.O.

der UNCITRAL-SO werden unter VII.2.5 geprüft. Ein in diesem Punkt fehlkonstruierter IIA könnte sogar mehr Schaden als Nutzen anrichten. Ein IIA nach dem Vorbild des MAI-E hätte z.B. wegen der mangelnden Rechtskontrolle von Schiedssprüchen sowie der Möglichkeit der Anrufung intransparenter Schiedsordnungen die Probleme der Schiedsgerichtsbarkeit nicht gelöst oder reduziert, sondern multilateralisiert und damit verschlimmert. Demgegenüber wäre die WTO als Forum – was diesen Gesichtspunkt angeht – deutlich geeigneter.

#### VII.1.1.4 Eigentumsschutz und Rechtssicherheit

Ausländische Investoren seien insbesondere in Entwicklungsländern hohen Risiken unterworfen. Das Fehlen eines IIA führe zu einem mangelndem Eigentumsschutz und fehlender Rechtssicherheit.<sup>1262</sup> Von Moltke, ein NGO-naher Befürworter eines Investitionsrahmenabkommens außerhalb der WTO, führt dazu folgendes aus: „*The efficiency gained by reducing such risks is one of the major justifications for an international investment regime. With such a regime, a range of risks affecting investments can be reduced. Such risks occur principally with investments in poorer developing countries, which consequently not only attract less investment but also are expected to provide higher rates of return than investments in developed countries.*“<sup>1263</sup>

Dieses Argument geht nicht darauf ein, warum die angeblich fehlende Rechtssicherheit nicht durch die bestehenden Verträge, insbesondere die BIT, erreicht werden kann. Eines der wesentlichen Ziele all dieser Verträge ist ein erhöhter Investitions- und Eigentumsschutz. Die Staaten sind frei darin, weitere BIT abzuschließen und damit einen größeren Anteil der weltweiten DI abzudecken. Der Trend zum weiteren Abschluss von BIT ist ungebrochen.<sup>1264</sup> Auch das rasante Wachstum der DI der letzten Jahrzehnte spricht gegen diese These.

Fraglich ist auch, welche Risiken eigentlich genau gemeint sind und in welchem Umfang sie in der Praxis eine Rolle spielen. Es dürfte sich vor allem um das Risiko entschädigungsloser Enteignungen sowie kriegs- oder unruhebedingter Eigentumsschäden handeln. *Performance requirements* sowie Investitionsanreize werden in der wirtschaftswissenschaftlichen Debatte zu Recht unter Marktverzerrungen diskutiert und deshalb an anderer Stelle behandelt. Da ein Risiko *per definitionem* eine potenzielle Änderung von Umständen voraussetzt, können auch Markt Zugangsbeschränkungen für ausländische Investoren kein Risiko darstellen,<sup>1265</sup> weil sie von vornherein bekannt sind.

Die wenigen empirischen Untersuchungen ergeben nur eine schwache Evidenz für das Vorliegen dieser Risiken. Die kanadische Handelskammer hat 71 Mitgliedsunternehmen hinsichtlich ihrer Erfahrungen

<sup>1261</sup> So auch Ferrarini, a.a.O., S. 514, der zudem der Auffassung ist, dass kein IIA eine ausreichende Flexibilität gewährleisten könne.

<sup>1262</sup> Drabek, a.a.O.; Die EU-Kommission, (2000) a.a.O., S. 2, geht davon aus, dass „a whole new category of potential investors, including SMEs“ von einer erhöhten Rechtssicherheit profitieren würde.

<sup>1263</sup> Von Moltke, a.a.O., S. 54.

<sup>1264</sup> Im Rahmen der UNCTAD XI-Konferenz wurden am 15.6.2004 erneut 8 BIT unterzeichnet, [http://www.unctadxi.org/templates/Event\\_\\_\\_149.aspx](http://www.unctadxi.org/templates/Event___149.aspx), abgerufen 3.7.2004.

<sup>1265</sup> Sie können aber natürlich wohlfahrtsreduzierend wirken.

mit DI in den fünf Jahren vor Veröffentlichung der Studie im März 2000 befragt.<sup>1266</sup> Die häufigsten Investitionshemmnisse waren *performance* und *residency requirements*. 96% aller befragten Unternehmen (alle außer zwei) hatten in dem Fünf-Jahres-Zeitraum keine Probleme mit Enteignungen; die beiden Fälle traten in Lateinamerika bzw. Asien auf. In der Liste der aufgrund von Investitionsbarrieren erlittenen Schäden („*foregone investments*“) wird bei diesen beiden Fällen im Unterschied zu allen anderen Investitionsbarrieren keine Schadenssumme genannt.<sup>1267</sup> Auf Kriegs- oder unruhebedingte Schäden wird in dem Bericht nicht eingegangen. Eine ähnliche Untersuchung hat der ERT durchgeführt.<sup>1268</sup> Im Unterschied zur Studie der kanadischen Handelskammer wurden Staaten nach Veränderung ihrer Politik/Gesetzgebung in Bezug auf DI befragt. Im Jahre 2000 wurde bereits die dritte Umfrage veröffentlicht, so dass hier auch dynamische Effekte ablesbar sind. Zugrunde liegen die Antworten von 33 Entwicklungsländern, darunter auch mehreren LDCs, für den Untersuchungszeitraum 1997-1999, die 80% des BIP aller Entwicklungsländer<sup>1269</sup> sowie 62% aller DI-Flüsse in Entwicklungsländer von 1997-2000 abdecken.<sup>1270</sup> Unter den fünf verschiedenen Kategorien von Investitionshemmnissen, für die jeweils Werte zwischen 0 („*most liberal*“) und 6 („*most restrictive*“) angegeben sind, findet sich auch die Kategorie „*Risikofaktoren*“, worunter u.a. Enteignung sowie „*civil disturbances and violence*“ fallen.<sup>1271</sup> Danach ist „*Risikofaktoren*“ die Kategorie mit den mit Abstand niedrigsten Werten. Der Durchschnittswert für 28 Staaten<sup>1272</sup> ist zwischen 1992 und 1999 von 0,9 auf 0,4 gesunken.<sup>1273</sup> Malaysia und Argentinien<sup>1274</sup> wiesen gar den Wert 0 auf. Insgesamt hat sich die Zahl der untersuchten Staaten, in denen das Risiko einer Enteignung überhaupt als relevant eingeschätzt wird, zwischen 1992 und 1999 von 13 auf 5 reduziert (darunter Indien und China).<sup>1275</sup> Empirisch hat das Argument des erhöhten Risikos und mangelnden Eigentumsschutzes in Entwicklungsländern somit eine sehr wackelige Grundlage.<sup>1276</sup>

### VII.1.1.5 Marktverzerrungen

Eines der am Häufigsten genannten Argumente für ein IIA ist der Abbau von wohlfahrtsreduzierenden Marktverzerrungen.<sup>1277</sup> Für *Graham*, der sich davon eine Steigerung des weltweiten BIP erhofft, ist dies das wichtigste Argument.<sup>1278</sup> Eine nationale Lösung dieses Problems werde durch sog. „*vested interests*“ erschwert. Damit sind die einheimischen Profiteure restriktiver DI-Politiken gemeint, in der Regel vor ausländischer Konkurrenz geschützte und häufig ineffiziente Unternehmen.<sup>1279</sup>

Zwei verschiedene, miteinander in Verbindung stehende Arten von Marktverzerrungen werden

<sup>1266</sup> The Canadian Chamber of Commerce (2000): *Foreign Investment Barriers, A Report by the Canadian Chamber of Commerce in Partnership with Industry Canada*.

<sup>1267</sup> Ebenda, S. 29.

<sup>1268</sup> European Round Table of Industrialists, a.a.O.

<sup>1269</sup> Ebenda, S. 12.

<sup>1270</sup> Nunnenkamp/Pant, a.a.O., S. 19.

<sup>1271</sup> Ebenda, S. 20.

<sup>1272</sup> Bei der zweiten Umfrage wurden nur 28 Staaten erfasst.

<sup>1273</sup> Ebenda, S. 21.

<sup>1274</sup> Dies war vor Beginn der großen Wirtschaftskrise.

<sup>1275</sup> Ebenda, S. 19.

<sup>1276</sup> Auch It. Herdegen, a.a.O., S. 222 werden Enteignungen von Entwicklungsländern immer weniger als ein Instrument wirtschaftlicher Umgestaltung angesehen.

<sup>1277</sup> Sanna-Randaccio, a.a.O., S. 10-13.

<sup>1278</sup> Graham, a.a.O., S. 186.

<sup>1279</sup> Pettinato, a.a.O.; Hoekman/Saggi, a.a.O., S. 21.

gewöhnlicherweise unterschieden: Investitionsanreize sowie restriktive DI-Politiken des Ziellandes. Sie werden aufgrund ihrer großen Bedeutung gesondert behandelt. Unter restriktiven DI-Politiken des Ziellandes fallen wiederum insbesondere *performance requirements*. Zu bedenken ist, dass einige *performance requirements* bereits durch das TRIMs-Abkommen verboten sind.

Die volkswirtschaftlichen Auswirkungen von *performance requirements* wurden intensiv theoretisch und empirisch analysiert (vgl. IV.3.1). Festgestellt wurde, dass es durchaus Rechtfertigungsgründe für die Einführung von *performance requirements* gibt. Wenn es aber kein geeignetes kompetitives Umfeld gibt, sind *performance requirements* ineffizient und unter Umständen auch investitionsverzerrend. Empirisch sind – vor allem unter Berücksichtigung neuerer Forschungsergebnisse – *performance requirements* nicht so negativ zu bewerten wie dies überwiegend getan wird. Mittlerweile gibt es eine ganze Reihe von Erfolgsbeispielen aus der Praxis. Die Anwendung von *performance requirements* in Entwicklungsländern ist stark rückläufig.

Wieder einmal zieht *Graham* aus der letztgenannten Entwicklung folgenden Schluss, dem nichts hinzuzufügen ist: „*To the extent that this unilateral liberalization of investment policy continues, and direct investment continues to flow at increased rates in response, the case for a multilateral approach to such liberalization is weakened. It would not be a productive use of countries scarce political capital to negotiate a multilateral agreement that adressed a problem that does not exist.*“<sup>1280</sup>

#### VII.1.1.6 Investitionsanreize

Neben den *performance requirements* sind Investitionsanreize die am Häufigsten genannte Marktverzerrung, deren Abbau die Aushandlung eines IIA rechtfertigen würde. Investitionsanreize, die sowohl von Industrie- als auch von Entwicklungsländern immer stärker angewandt würden und mitunter zu wahren *incentive wars* ausarteten, führten zu ineffizienten Standortentscheidungen, Ressourcentransfer von Staaten zu MNU und Mitnahmeeffekten. Da hier ein klassisches Gefangenendilemma vorliege, helfe nur ein multilaterales Vorgehen weiter. Dadurch könne auch mehr Transparenz bei der Vergabe von Investitionsanreizen erzielt werden.<sup>1281</sup>

Wegen der aufgezeigten Probleme, die Investitionsanreize in der Theorie mit sich bringen und die sich zumindest zum Teil empirisch bestätigen lassen (vgl. IV.3.2), ist im Ergebnis ein internationaler Regelungsbedarf für die Behandlung von Investitionsanreizen deutlich zu bejahen. Die Unterschiede zu *performance requirements* sind unverkennbar: Erstens liegt nur bei Investitionsanreizen das Problem eines Gefangenendilemmas vor, das eine nationale Lösung erschwert oder gar unmöglich macht, zweitens nimmt die praktische Anwendung von Investitionssubventionen im deutlichen Unterschied zu *performance requirements* immer weiter zu, und drittens werden öffentliche Ressourcen an private Unternehmen, die ohnehin schon eine starke Wettbewerbsposition haben, umgelenkt.

Dennoch bedeutet dies nicht, dass nur ein IIA diesem Problem abhelfen kann. Aus der beschriebenen

<sup>1280</sup> Graham, a.a.O., S. 187.

Tatsache, dass Subventionswettläufe um DI eher regionalen als globalen Charakter haben, ergibt sich die Schlussfolgerung, dass ein regionaler Ansatz zur Behandlung von Investitionsanreizen adäquat wäre. Auf multilateraler Ebene ist ein systematisches Sammeln von Informationen über staatliche Investitionsanreize in Form eines Inventars denkbar (vgl. die vertiefte Diskussion unter VII.2.4.1). Außerdem wären multilaterale Regeln zu Investitionsanreizen nur sehr schwer durchsetzbar, wie die gescheiterten Verhandlungen zum MAI gezeigt haben. Auch das Doha-Mandat umfasste dieses Thema nicht. Es müsste massiver Widerstand begünstigter Unternehmen sowie vieler Staaten (zum Teil auch innerhalb von Staaten wegen der Subventionspraxis von Kommunen und Regionen), die der Auffassung sind, Investitionsanreize wären vorteilhaft für ihre ökonomische Entwicklung, überwunden werden. Eine treibende Kraft für solche Verhandlungen ist im Augenblick nicht in Sicht. Die USA lehnen internationale Regelungen zu Investitionsanreizen ab,<sup>1282</sup> und auch die EU-Kommission scheint dieses Thema nicht angehen zu wollen.<sup>1283</sup>

### VII.1.1.7 Lock In

Die Protagonisten dieses Argumentes verweisen auf das Risiko plötzlicher unilateraler Politikwechsel, die den bisher erreichten Stand der Investitionsliberalisierung wieder in Frage stellen könnten. Durch ein IIA würde der bisher erreichte Liberalisierungsgrad gesichert („*lock in*“), weil neue restriktivere Maßnahmen dann gegen das IIA verstoßen würden und im Wege der Streitschlichtung angegriffen werden könnten. Der entscheidende Vorteil sei dabei die erhöhte Glaubwürdigkeit der Investitionszielländer.<sup>1284</sup>

Auch hier muss zunächst wieder gefragt werden, ob diese erhöhte Glaubwürdigkeit nicht auch ohne einen IIA zu erreichen ist bzw. nicht ohnehin schon besteht. So kontern mehrere Kritiker dieses Argument damit, dass schon durch das jetzige Netz an Investitionsverträgen ein gewisser *Lock-in*-Effekt besteht und dass Entwicklungsländer auch durch eine WTO-Mitgliedschaft oder Unterwerfung unter die internationale Schiedsgerichtsbarkeit entsprechende Signale an Investoren aussenden.<sup>1285</sup> Plötzliche illiberale Politikwechsel würden zudem schon von den internationalen Finanzmärkten sanktioniert.<sup>1286</sup> Zu ergänzen ist, dass kaum ein Staat der Welt seine Reputation in der internationalen Gemeinschaft durch derartige „*policy reversals*“ aufs Spiel setzen würde. Bisher hat auch niemand den Beweis angetreten, dass es im Investitionsbereich in der Vergangenheit zu derartigen drastischen Politikschwenks gekommen ist bzw. dass jene in der Zukunft zu erwarten sind. Die Ausführungen zur historischen Investitionspolitik ausgewählter Staaten am Anfang dieser Arbeit legen eher die Vermutung nahe, dass der Grad der Liberalität der Investitionspolitik eines Landes stark mit dem jeweiligen Entwicklungsstand korreliert. Je erfolgreicher (im ökonomischen Sinne) ein Land ist, umso höher dürfte die Wahrscheinlichkeit sein, dass bestehende Barrieren für DI abgebaut bzw. reduziert werden. Ständige und womöglich intransparente Änderungen der Investitionspolitik zu Lasten von

<sup>1281</sup> Graham, a.a.O., S. 63-67; Drabek, a.a.O.; Sanna-Randaccio, a.a.O., S. 11-12.

<sup>1282</sup> Sanna-Randaccio, a.a.O., S. 12.

<sup>1283</sup> Pettinato, a.a.O., S. 2 benennt zwar „*subsidy wars*“ als Thema, die ein IIA adressieren könnte, führt dieses Thema aber nicht mehr in einer Übersicht der Verhandlungsthemen der EU-Kommission auf.

<sup>1284</sup> Graham, a.a.O., S. 187; Pettinato, a.a.O.; Sanna-Randaccio, a.a.O., S. 9-10; FitzGerald et al., a.a.O., S. 13.

<sup>1285</sup> Ferrarini, a.a.O., S. 496; Hoekman/Saggi, a.a.O., S. 15-16.

<sup>1286</sup> Ferrarini, a.a.O., S. 496-497.

internationalen Investitionen dürften die Ausnahme sein. Eine Parallele zur historischen Handelspolitik, wo starke Zollerhöhungen und –senkungen sich phasenweise abwechselten, ist nicht sehr hilfreich, da Investitionsregulierungen sehr viel komplexer sind als Zollsätze (vgl. genauer unter VII.1.1.8).

Im Ergebnis ist somit auch dieses Argument wenig überzeugend. Als alleiniges Argument für einen IIA würde es ohnehin nicht ausreichen.

### VII.1.1.8 Wechselwirkung zwischen Handel und Investitionen

Hier wird argumentiert, dass internationaler Handel und DI eng miteinander verbunden seien und sich gegenseitig zu erheblichen Teilen determinierten.<sup>1287</sup> Verwiesen wird darauf, dass ca. 50% des Welthandels aus Intra-Handel zwischen MNU besteht.<sup>1288</sup> Da DI bereits in mehreren WTO-Abkommen behandelt würden, wäre es folgerichtig, ein allgemeines WTO-Investitionsabkommen auszuhandeln.<sup>1289</sup> Inkonsistenzen mit bestehenden WTO-Verträgen wie z.B. GATS könnten dadurch vermieden werden.<sup>1290</sup>

Richtig ist, dass die WTO bereits in vielfältiger Art und Weise mit DI zu tun hat und dass zwischen DI und Exporten eher ein Komplementär- als ein Substitutionsverhältnis besteht (vgl. IV.2.2). Die Wahrscheinlichkeit ist aber viel höher, dass DI Handel nach sich zieht als umgekehrt. Die Etablierung einer ausländischen Tochtergesellschaft zieht – wie beschrieben – zwingend Handelsbeziehungen zwischen der Mutterfirma und der Tochtergesellschaft nach sich. Die Penetration eines Marktes durch Exporte erfordert aber nicht zwingend DI. Dies gilt vor allem für Konsumgüter, die schnell verbraucht werden, keinen Reparaturbedarf haben sowie keine besondere Kundennähe erfordern. Empirische Untersuchungen von DI-Determinanten scheinen dies zu bestätigen: In Bezug auf den Offenheitsgrad einer Volkswirtschaft gibt es nur gemischte Evidenz.<sup>1291</sup> Die Weltbank hat sogar einen signifikant negativen Zusammenhang zwischen dem Offenheitsgrad und der Höhe der DI ermittelt. Zwischen dem Offenheitsgrad und dem Anteil von DI am BIP besteht ein insignifikantes Verhältnis.<sup>1292</sup> *Nunnenkamp* hat in einer neueren empirischen Studie eine abnehmende Bedeutung der handelsbezogenen DI-Determinanten festgestellt.<sup>1293</sup>

*Von Moltke* weist auf einen wesentlichen Unterschied zwischen Handel und Investitionen hin. Handel sei eher kurzfristig ausgerichtet, DI eher langfristig. Beim Handel ende die Verbindung zwischen Käufer und Verkäufer mit dem Abschluss der Transaktion. Dies könne – je nachdem, welches Gut oder welche Dienstleistung gehandelt wird – bereits nach wenigen Tagen sein. Ein Grenzfall seien Dienstleistungen, die zum Teil längerfristige Beziehungen zwischen Käufer und Verkäufer beinhalten. Bei DI – Ausnahme API – sei der Zeithorizont ein deutlich längerer. Mit der Etablierung einer DI ende das Verhältnis

<sup>1287</sup> Sauve/Wilkie, a.a.O., S. 5; EU-Kommission (2000), a.a.O., S. 2.

<sup>1288</sup> Balasubramanyam, V.N./Sapsford, D. (2001): FDI and The WTO, S. 4. Die EU-Kommission sieht DI für mindestens ein Drittel des Welthandels verantwortlich, nennt aber keine Quelle, vgl. EU-Kommission (2000), a.a.O., S. 2.

<sup>1289</sup> Balasubramanyam/Sapsford, a.a.O., S. 13-20; EU-Kommission (2000), a.a.O., S. 2; Sauve/Wilkie, a.a.O., S. 5.

<sup>1290</sup> Pettinato, a.a.O.

<sup>1291</sup> Vgl. Lim, a.a.O., S. 12-19 für einen Literaturreview von empirischen Determinantenstudien.

<sup>1292</sup> Hallward-Driemeier, a.a.o., S. 31.

<sup>1293</sup> Nunnenkamp, P. (2002): Determinants of FDI in Developing Countries: Has Globalization Changed the Rules of the Game?, Juli 2002.

zwischen Investor und Zielland nicht, sondern es beginne erst. Je nach Amortisationsdauer der Investition könnten dies Jahre oder Jahrzehnte sein. *Von Moltke* spricht daher wegen der unterschiedlichen Zeitfenster in Bezug auf Handel von einem statischen, in Bezug auf DI von einem dynamischen System.<sup>1294</sup>

Ein weiterer wesentlicher Unterschied liegt in der höheren Komplexität des regulativen Umfeldes bei DI. „*Unlike trade, which is traditionally regulated at the international frontier of the state, international investment takes place at the heart of the legal and regulatory environment.*“<sup>1295</sup> Fragen wie Wettbewerbs- und Steuergesetzgebung, Einmischung in die Politik des Gaststaates, Qualifikation der Arbeitnehmer, gewerkschaftlicher Organisationsgrad etc. stellen sich bei DI – auch bei F+Ü –, während dies beim traditionellen Handel keine Bedeutung hat.

Eine institutionelle Trennung zwischen DI- und Handelspolitik gibt es auch in der EU. Während die Handelspolitik bis auf ganz wenige Ausnahmen schon längst vergemeinschaftet ist, befinden sich DI und damit die Kompetenz zum Abschluss von Investitionsverträgen in den Händen der Mitgliedsstaaten. Mit Inkrafttreten des Vertrages über eine Europäische Verfassung wird sich dieser Zustand aber ändern.<sup>1296</sup>

Selbst wenn ein wohlfahrtssteigernder Zusammenhang zwischen Handel und Investitionen anerkannt würde, wäre noch der Nachweis zu erbringen, dass dieser Vorteil nicht auch durch eine Ausschöpfung der Potenziale des GATS und TRIMs-Abkommens erreicht werden könnte.

Im Grunde ist das Argument der Wechselwirkung zwischen Handel und DI eher ein Plädoyer für die WTO als Verhandlungsforum als für ein IIA selbst. Es geht implizit von der These aus, ein IIA im WTO-Rahmen würde zu mehr DI führen. Dies wiederum würde mehr Handel nach sich ziehen. Beides sei aus wohlfahrtsökonomischer Sicht positiv zu bewerten, weshalb sich die weltweite Wohlfahrt deutlich erhöhe. Dass ein IIA kaum zu mehr DI führen würde, ist bereits ausgeführt worden. Vielleicht wäre dies anders, wenn man dem Argument der Befürworter folgen würde, dass Handel und Investitionen in einem institutionellen Rahmen behandelt gehören. Interessant wären daher empirische Ergebnisse darüber, ob die jetzige Behandlung von DI im WTO-System zu mehr DI geführt hat. Entsprechende Studien sind dem Autor allerdings nicht bekannt. Eine erste Annäherung hat *Rose* erarbeitet.<sup>1297</sup> Er kommt zu dem Ergebnis, dass GATT/WTO-Mitgliedschaft keinen ökonomisch oder statistisch signifikanten Effekt auf die Höhe der DI hat.<sup>1298</sup> Er weist allerdings selbst darauf hin, dass es sich bei dem Text um ein informelles, nicht veröffentlichtes Memo handelt. Deswegen darf es nicht zu hoch eingeschätzt werden. Außerdem ist natürlich zu berücksichtigen, dass die meisten DI-relevanten Verträge erst mit der Uruguay-Runde in das Welthandelssystem eingeführt worden sind und aufgrund von verlängerten Umsetzungsfristen für Entwicklungsländer das Ende des Untersuchungszeitraumes

<sup>1294</sup> Von Moltke, a.a.O., S. 41, 47-49.

<sup>1295</sup> Wilkie, a.a.O., S. 5.

<sup>1296</sup> Karl, a.a.O.

<sup>1297</sup> Rose, A.K. (2003): Notes on Other Things the WTO Might Be Doing (besides Liberalizing Trade).

<sup>1298</sup> Neben dem „Spitzenreiter“ aller Determinantenstudien (Marktgröße, hier gemessen in BIP pro Kopf) ist interessanterweise auch der Status GSP-Empfänger signifikant positiv mit mehr DI korreliert. Rose gibt keine Erklärung für dieses Ergebnis.

(1985-1999) zu früh liegt. Trotz dieser Unzulänglichkeiten ist das Ergebnis dennoch realistisch, denn es deckt sich voll und ganz mit den entsprechenden empirischen BIT-Studien.

Bei einer genaueren Betrachtung bestehen neben den zweifelsohne vorhandenen Gemeinsamkeiten erhebliche Unterschiede zwischen Handel und Investitionen, so dass dieses Argument für die Notwendigkeit eines IIA nicht überzeugend ist.

### VII.1.1.9 Verhandlungstaktische Argumente

Häufig wird argumentiert, dass Entwicklungsländer das Thema Investitionen nutzen können, um in den Verhandlungen Zugeständnisse in für sie wichtigen Bereichen zu erzielen („*grand bargain*“). Diese Zugeständnisse könnten sowohl innerhalb als auch außerhalb („*cross-linkage*“) der Investitionsagenda erreicht werden. Mögliche Themen wären Anti-Dumping und Ursprungsregeln,<sup>1299</sup> Investorenpflichten und Investitionsanreize<sup>1300</sup> sowie Arbeitsmobilität<sup>1301</sup>. Zu ergänzen ist noch der Abbau von Agrarexportsubventionen. Diese Paket-Vereinbarungen sind geradezu ein *raison d'être* der WTO und werden durch das *single undertaking* institutionalisiert (vgl. V.1.1.3). Häufig steckt hinter diesem Argument auch die Annahme, dass Entwicklungsländer ohnehin keine Chance hätten, Verhandlungen über einen IIA zu verhindern. Daher wäre es besser, eine offensive eigene Verhandlungsstrategie zu entwickeln.<sup>1302</sup> Besonders häufig wurde dieses Argument während der MAI-Verhandlungen vorgebracht, als das Scheitern noch nicht absehbar war. Ein weiteres Argument in diesem Bereich bezieht sich auf Verhandlungsungleichgewichte. Bei multilateralen Verhandlungen hätten Entwicklungsländer bessere Chancen, ihre Interessen durchzusetzen als in bilateralen oder regionalen Verhandlungen, wo sie alleine oder nur unterstützt durch wenige weitere Entwicklungsländer schlechtere Ausgangsbedingungen hätten.

In dem erstgenannten Argument ist implizit enthalten, dass ein IIA Entwicklungsländern keine Vorteile bringt, denn sonst müsste es nicht als Verhandlungsmasse zur Erzielung von Zugeständnissen in anderen Bereichen eingesetzt werden.<sup>1303</sup> Die weitere Annahme, dass Entwicklungsländer keine Alternative hätten, weil es ohnehin zu Verhandlungen kommen würde, ist nicht (mehr) stichhaltig. Entwicklungsländer haben jetzt seit ca. 10 Jahren erfolgreich Widerstand gegen die Aufnahme von Investitionsverhandlungen innerhalb der WTO geleistet, und die MAI-Verhandlungen sind an internen Differenzen gescheitert. Das Thema Investitionen ist von der Agenda der Doha-Verhandlungsrunde heruntergenommen worden. Die Null-Option (komplette Verhinderung der Aufnahme von Investitionsverhandlungen) ist nunmehr durchaus realistisch.

Entscheidend sind aber andere Gegenargumente. Das Prinzip der Paketverhandlungen, insbesondere

<sup>1299</sup> Hoekman/Saggi, a.a.O., S. 17; Nunnenkamp/Pant, a.a.O., S. 33.

<sup>1300</sup> Nunnenkamp/Pant, a.a.O., S. 33-34.

<sup>1301</sup> Insbesondere Nunnenkamp/Pant, ebenda, S. 34-35 bringen diese Verbindung ins Spiel, nachdem sie zuvor nach eingehender Prüfung alle weiteren Argumente für einen IIA als nicht überzeugend dargestellt haben.

<sup>1302</sup> Dies scheint dem Vorschlag der indischen NGO *Consumer Unity & Trust Society*, die einen eigenen Vertragsentwurf für ein IIA vorgelegt hat, zugrundezuliegen, vgl. CUTS (1998): *Multilateralisation of Sovereignty – Proposals for Multilateral Frameworks for Investment*. Auch Nunnenkamp, P. (2003): *FDI for Development? Assessing the Case for a Multilateral Investment Agreement from the Perspective of Developing Countries*, vertritt diesen Ansatz.

<sup>1303</sup> So auch Ferrarini, a.a.O., S. 508.

der *cross-linkages*, birgt auch Nachteile und Gefahren. Dies lässt sich gut am Beispiel des Themas Arbeitsmobilität illustrieren. Dieses Thema geht weit über den Bereich der Handels- und Wirtschaftspolitik hinaus. Eine Liberalisierung der Arbeitsmigration, so sinnvoll sie auch sein möge, wird zweifelsohne Fragen wie Integration, Zugang zu Sozialleistungen, Sicherheitsfragen etc. nach sich ziehen. Die Verhandlungen um ein Zuwanderungsgesetz in Deutschland sind dafür ein aktuelles Beispiel. Für diese Themen ist die WTO aber ganz sicher ein ungeeignetes Forum. Ähnliches könnte auch für die Integration von Arbeits- und Umweltstandards gelten.<sup>1304</sup> Zu bedenken ist auch, ob es nicht generell besser ist, ohnehin komplexe Sachverhalte wie internationale Investitionen aus sich selbst heraus zu beurteilen, ohne sie mit anderen Themen zu verknüpfen.<sup>1305</sup> Die Gefahr steigt, dass dadurch sachfremde Kompromisse verabredet werden, die zu suboptimalen Ergebnissen führen. Das Thema Investitionen lediglich als Verhandlungsmasse anzusehen, ist in jedem Fall verfehlt. Dafür hat es zu wichtige volkswirtschaftliche sowie entwicklungs- und rechtspolitische Implikationen.

Das Argument der Verhandlungsungleichgewichte übersieht weiterhin, dass 45% aller BIT nicht zwischen Industrie- und Entwicklungsländern, sondern zwischen Entwicklungsländern und/oder Transformationsländern abgeschlossen werden (vgl. VI.1.1). Die bisherigen multilateralen Verträge, z.B. TRIMs, enthalten zudem weitreichendere Bestimmungen als die weitaus meisten BIT. Viel spricht dafür, dass die beschriebenen faktischen Entscheidungsmechanismen, z.B. der WTO, dafür sorgen, dass die Interessen der Entwicklungsländer gerade bei multilateralen Verhandlungen nur unzureichend zur Geltung kommen. Das *South Centre*, ein von Entwicklungsländern gegründetes Forschungsinstitut, kommt zu folgendem Ergebnis: „*The suggestion is that such countries would gain from a multilateral treaty where they would collectively have more influence. This, however, presupposes that a multilateral treaty on investment which is finally negotiated would be development friendly. If it is not, and there can not be any assurance that such a treaty would necessarily emerge from the WTO process, the poor developing countries would be better off with the BIT notwithstanding their shortcomings...*“<sup>1306</sup>

Auch verhandlungstaktische Argumente rechtfertigen somit nicht die Aushandlung eines IIA.

#### VII.1.1.10 Sonstige Argumente

Im Folgenden sollen noch kurz weitere Argumente für ein IIA dargestellt und bewertet werden, die nur sehr selten in der Debatte genannt werden.

##### a.) Keine effektiven Durchsetzungsbestimmungen

Erstaunlicherweise wird von einer Autorin das Argument angeführt, die jetzigen Investitionsverträge verfügten über keine effektiven Durchsetzungsmechanismen. Außerdem gebe es in der WTO nur das

<sup>1304</sup> Bhagwati spricht in diesem Zusammenhang gar vom Öffnen der Büchse der Pandora und plädiert gegen Investitionsverhandlungen im WTO-Rahmen, zitiert nach Hoekman/Saggi, a.a.O., S. 23.

<sup>1305</sup> Ähnlich auch The Federal Trust for Education & Research (2003): *Expanding WTO Rules? Should there Be WTO Rules on Competition, Investment, Trade Facilitation and Transparency in Government Procurement?*, S. 24, die für die Herausnahme von Investitionen und Wettbewerb aus dem *single undertaking* der Doha-Runde plädieren und nur einen plurilateralen Ansatz bei Investitionen vorschlagen.

<sup>1306</sup> Singh, a.a.O., S. 16.

Staat-Staat-Verfahren.<sup>1307</sup>

Die erste Aussage ist schlicht falsch. An vielen Stellen dieser Arbeit wurden die entsprechenden Streitschlichtungsmechanismen der jetzigen Verträge, die Schiedsordnungen sowie die New-York-Konvention vorgestellt, so dass sich weitere Kommentare hierzu erübrigen. Das WTO-Streitschlichtungssystem ist mit Sicherheit sehr effektiv. Ob es für Investitionsstreitigkeiten geeignet ist, ist eine andere Frage. Darauf kommt es aber in diesem Zusammenhang nicht an, weil das bestehende Vertragsnetz ausreichende Durchsetzungsmöglichkeiten bietet.

## **b.) Notwendigkeit für nachhaltige Entwicklung**

Ein Argument, das von NGOs bzw. NGO-nahen Wissenschaftlern vertreten wird, ist, dass ein IIA entscheidend sei, um ökologisch nachhaltige Investitionen zu bekommen. Letztere seien entscheidend, um die Transformation der derzeit nicht nachhaltigen Weltwirtschaft zu gewährleisten und um schonende Technologien einzuführen.<sup>1308</sup>

Diese Argumentationskette ist viel zu lang, um als Rechtfertigung für einen IIA zu dienen. Zwar ist mit Sicherheit richtig, dass Investitionen in umweltfreundlichere Technologien eine wichtige Rolle bei der Erreichung einer zukunftsfähigen Entwicklung spielen können. So sind z.B. in der Energieversorgung Investitionen in erneuerbare Energien und effizientere Kraftwerke notwendig. Investitionen sind aber nur ein Faktor neben vielen anderen potenziellen Handlungsfeldern (z.B. Umwidmung bzw. Abschaffung ökologisch kontraproduktiver Subventionen, Preispolitische Instrumente wie z.B. ökologische Steuerreform, mengenpolitische Instrumente wie z.B. Emissionshandel, Planungsinstrumente wie z.B. Ausweisung von Naturschutzgebieten, ordnungspolitische Instrumente wie z.B. Standards, Produktverbote etc.). Außerdem wird nicht ausgeführt, warum gerade internationale Investitionen so wichtig für eine zukunftsfähige Entwicklung sein sollen, denn nur diese Form von Investitionen kann ein IIA überhaupt beeinflussen. Selbst wenn aber internationale Investitionen als entscheidend für eine zukunftsfähige Entwicklung eingeschätzt werden, dann ist unklar, welcher Mechanismus dafür sorgen soll, dass durch ein IIA mehr ökologisch nachhaltige Investitionen getätigt werden. Ein derartiger Lenkungseffekt ist von einem IIA kaum zu erwarten. Wäre er zu erwarten, dann müsste noch der Beleg erbracht werden, dass ökologische Investitionen mit dem bisherigen Vertragsnetzwerk nicht befördert werden können.

<sup>1307</sup> Sanna-Randaccio, a.a.O., S. 6; FitzGerald et al., a.a.O., S. 39 führt bei seiner Analyse der Vorteile eines IIA auf, dass ein IIA Zugang zu einem Investor-Staat-Verfahren gewährleisten würde und widerspricht sich selbst, indem er diesen Vorteil an die „...absence of multilateral, bilateral or regional agreements...“ (Unterstreichung durch den Autor) „knüpft.“

<sup>1308</sup> Von Moltke, a.a.O., S. 7; Halle, a.a.O., S. 1.

## VII.1.2 Zusammenfassende Bewertung der Argumente

Die wichtigsten Argumente für einen IIA wurden ausführlich dargestellt. Es gibt zwei wichtige Gemeinsamkeiten: Erstens fehlt fast allen Argumenten eine empirische Grundlage, und zweitens wird nicht der Nachweis erbracht (häufig noch nicht einmal der Versuch unternommen), warum die potenziellen Vorteile eines IIA nicht auch durch das bestehende Netz aus bilateralen, regionalen und plurilateralen Verträgen, den investitionsrelevanten multilateralen WTO-Abkommen sowie der nationalen Gesetzgebung erreicht werden können. Die stärksten Argumente für ein IIA sind das Transaktionskostenargument sowie die Reduzierung von Marktverzerrungen durch Investitionsanreize. Aus den genannten Gründen reicht dies aber nicht aus, um den Regelungsbedarf für ein IIA zu bejahen. Außerdem sei noch darauf hingewiesen, dass auf eine gesonderte Erörterung potenzieller Nachteile eines IIA verzichtet worden ist, weil bereits die potenziellen Vorteile eines IIA nicht überzeugend sind.

Genau genommen würde ein IIA vor allem für den Bereich der DI im Industriesektor einen rechtlichen Mehrwert bedeuten, da das GATS zumindest teilweise den Dienstleistungssektor abdeckt. Ökonomisch ist aber gerade der Industriesektor – abgesehen vom Zugang zu natürlichen Ressourcen, vor allem im Energiebereich – gegenüber dem Dienstleistungssektor erheblich stärker liberalisiert. Sensible Sektoren wie Öl, Gas, Kohle, Uran, Diamanten etc. würden zumindest in Bezug auf *pre-establishment* wahrscheinlich ohnehin durch allgemeine oder länderspezifische Ausnahmen von den Bestimmungen eines IIA ausgenommen, wie die Erfahrungen mit NAFTA, dem ECT oder dem MAI-E zeigen. Der tatsächliche Mehrwert eines IIA wäre somit gering.

Selbstverständlich bedeutet ein Nein zu einem IIA kein Nein zu Regeln. Es gilt in jedem Fall der ausführlich dargestellte jetzige Regelungsrahmen, weshalb auch die Aussage der EU-Kommission: „*The establishment of multilateral rules on investment is an opportunity to move FDI flows from a purely power-based dynamic into a rule-based system*“<sup>1309</sup> unsinnig ist.

Dem Autor ist sehr wohl bewusst, dass das jetzige Vertragsnetz sehr unübersichtlich ist und diverse Schwächen aufweist. Deshalb ist eine Absage an ein IIA nicht als Plädoyer für den *status quo* zu verstehen. Im Gegenteil: Es gibt deutlichen Reformbedarf bei vielen Verträgen und deren Kernbestimmungen. Dies wird weiter unten intensiv diskutiert. Zuvor soll aber – gewissermaßen hilfsweise – für den Fall, dass es doch wieder einen stärkeren politischen Willen für die Aufnahme von Verhandlungen für einen IIA geben sollte, die Frage des geeigneten Verhandlungsforums thematisiert werden.

---

<sup>1309</sup> EU-Kommission (2000), a.a.O., S. 2.

### VII.1.3 Die Frage des geeigneten Verhandlungsforums

Untersucht werden im Folgenden die vier potenziellen Foren Weltbank, WTO, OECD und UNO/UNCTAD.

#### a.) Weltbank

Die Weltbank wird so gut wie nie als ein potenzielles Forum für Investitionsverhandlungen ins Spiel gebracht. Dabei gäbe es durchaus pragmatische Gründe, die für die Weltbank sprechen. So ist die Institution bereits seit vielen Jahrzehnten mit DI befasst. Mit der MIGA und mit ICSID gibt es bereits Weltbank-Institutionen, die Teilaspekte internationaler Investitionen abdecken. In substantzieller Hinsicht muss daran erinnert werden, dass die Weltbank bereits 1992 nichtbindende Richtlinien für die Behandlung von DI erarbeitet hat (Vgl. II.2.3). Auch der Gründungsvertrag der Weltbank, die „*Articles of Agreement*“, <sup>1310</sup> räumen DI einen hohen Stellenwert ein. So gehört zu den Zielen der Weltbank: „*To assist in the reconstruction and development of territories of members by facilitating the investment of capital for productive purposes...*“ (Art. I (i) IBRD-Ü) sowie die Förderung von DI durch Garantien und Kredite (Art. I (ii)). Nur wenn ausländisches Kapital „*...is not available on reasonable terms...*“, sollen private Investitionen durch Gelder der Weltbank ergänzt werden (Art. I (ii)).

Gegen die Weltbank spricht, dass sie kein klassisches Forum zur Aushandlung und Durchsetzung internationaler Verträge, sondern von ihrem eigenen Anspruch her eine Unterstützung leistende, aber keine Regel setzende Organisation wie z.B. die WTO ist. Dazu kommt, dass die Weltbank als Forum kaum von NGOs sowie von großen Teilen der Entwicklungsländer akzeptiert würde. Vorgeworfen wird der Weltbank insbesondere eine zu große Nähe zu multinationalen Unternehmen, eine Fixierung auf die Förderung von ökologisch und sozial bedenklichen Großprojekten sowie eine zu starke Orientierung an den Interessen der Industrieländer. Ob diese Vorwürfe gerechtfertigt sind oder nicht, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht untersucht werden.

#### b.) OECD

Auch die OECD kann auf eine langjährige wissenschaftliche und politische Beschäftigung mit internationalen Investitionen zurückblicken. In wissenschaftlicher Hinsicht ist auf die zahlreichen OECD-Publikationen hinzuweisen, insbesondere die Periodika „*Trends and Recent Developments in Foreign Direct Investment*“ und „*International Direct Investment Statistics Yearbook*“. In politischer Hinsicht sind vor allem die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen sowie die gescheiterten MAI-Verhandlungen zu nennen.

Die gegen die OECD als Verhandlungsforum sprechenden Argumente sind allerdings überwältigend. Seit den MAI-Verhandlungen kann die OECD in Bezug auf Investitionsverhandlungen als „*verbrannt*“

<sup>1310</sup> IBRD Articles of Agreement in der Fassung v. 16.2.1989, <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTABOUTUS/0,,contentMDK:20049703~pagePK:43912~menuPK:58863~piPK:36602,00.html>, (im Folgenden IBRD-Ü), abgerufen 28.6.2004.

gelten. Aufgrund des Imageschadens, der zweifellos für die OECD aufgrund der Art und Weise der Verhandlungen und der Einseitigkeit des MAI-E entstanden ist, dürfte die OECD als Verhandlungsforum noch für viele Jahre nicht in Frage kommen. Weiterhin spricht die Zusammensetzung deutlich gegen die OECD als Verhandlungsforum. Die OECD ist immer noch mehr oder weniger ein „*rich man's club*“, auch wenn mittlerweile einige Entwicklungs- und Schwellenländer wie Mexiko, Polen, Tschechien, Ungarn oder die Slowakei dieser Organisation angehören.<sup>1311</sup> Die Aushandlung eines Investitionsvertrages in diesem Rahmen würde dazu führen, dass später evtl. beitretende Staaten nicht an der Aushandlung eines solchen Vertrages beteiligt wären, was den Anreiz zu einem Beitritt zu dem Vertrag erheblich schmälern würde oder aber den Interessen der beitretenden Staaten widersprechen würde.

### c.) WTO

Für die WTO als potenzielles Forum für einen internationalen Investitionsvertrag spricht auf den ersten Blick natürlich die Tatsache, dass es wie ausführlich dargestellt bereits mehrere investitionsrelevante Verträge gibt. Ein weiterer Pluspunkt zumindest im Vergleich zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit ist das ausgebildete Streitschlichtungssystem. Dieses weist mindestens in den Bereichen Transparenz und Überprüfbarkeit von Schiedssprüchen – vorausgesetzt, man erachtet dies als sinnvoll – Vorteile auf. Allerdings gibt es bisher im WTO-Rahmen nur eine zwischenstaatliche Streitschlichtung und keinen Investor-Staat-Mechanismus. Auch das Doha-Mandat sah letztere Form der Streitschlichtung nicht vor. Es hängt daher sehr von der grundsätzlichen Bewertung des Investor-Staat-Verfahrens ab, ob dessen Fehlen im WTO-Rahmen als Vorteil oder als Nachteil zu bewerten ist (vgl. dazu VII.2.5.1).

Gegen die WTO als Verhandlungsforum im Vergleich zur UNO spricht die eingeschränkte Universalität. Mit ihren 147 Mitgliedern bleibt die WTO deutlich hinter den 191 UN-Mitgliedsstaaten (Stand: 24.4.2003)<sup>1312</sup> zurück. Dies liegt vor allem daran, dass immer noch viele LDCs nicht WTO-Mitglied sind. Diese Staaten benötigen aber am dringendsten produktive und langfristige DI. Allerdings befinden sich eine ganze Reihe von Staaten, darunter Russland und Saudi-Arabien, derzeit in Beitrittsverhandlungen. Die internen Mechanismen der WTO sowie die bisherigen Erfahrungen der Entwicklungsländer mit ihren Interessen innerhalb der WTO sind ebenfalls zu beachten. Die Entwicklung des GATT/WTO-Systems ist historisch von einer zwar langwierigen, aber stetigen Kompetenzerweiterung gekennzeichnet, die mit der Uruguay-Runde in Bereiche vorgedrungen ist, die niemals zuvor als Bestandteil der Handelspolitik angesehen worden sind. Zu einem nicht unerheblichen Teil erklärt sich der zunehmende Widerstand gegen die WTO mit dieser Kompetenzerweiterung. Letztendlich dürfte es daher im eigenen Interesse der WTO liegen, ihre Agenda auf ihre Kernkompetenzen zu begrenzen.

### d.) UNO/UNCTAD

Eine insbesondere von NGOs favorisierte Variante ist die Aushandlung eines internationalen Investitionsvertrages im Rahmen der Vereinten Nationen, sei es unter der Schirmherrschaft der

<sup>1311</sup> Neben den genannten Staaten ist von den 30 Mitgliedern der OECD nur noch die Türkei ein Nicht-Industrieland, vgl. [http://www.oecd.org/document/58/0,2340,en\\_2649\\_201185\\_1889402\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/58/0,2340,en_2649_201185_1889402_1_1_1_1,00.html), abgerufen 28.6.2004.

<sup>1312</sup> <http://www.un.org/overview/unmembers.html>, abgerufen 19.7.2004.

UNCTAD oder z.B. im Rahmen einer von der UNO initiierten Weltkonferenz für Investitionen und nachhaltige Entwicklung.<sup>1313</sup> Eine Aushandlung im UNO-Rahmen würde die größtmögliche Universalität gewährleisten. Der große Vorteil ist vor allem, dass mit den LDCs diejenigen Staaten an den Verhandlungen beteiligt wären, die am dringendsten auf produktive DI angewiesen sind, deren Volkswirtschaften auf der anderen Seite aber auch am anfälligsten für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen multinationaler Konzerne sind. Ohnehin sollte eine Stärkung der UNO auch auf wirtschaftlichem Gebiet auf die Tagesordnung gesetzt werden. Für Entwicklungsländer und NGOs dürfte die UN/UNCTAD auch deshalb akzeptabel sein, weil die Chancen sicherlich größer sein dürften, neben Investorenrechten auch Investorenpflichten sowie Flexibilitätsklauseln für Entwicklungsländer in einem solchen Vertrag unterzubringen.

Der größte Vorteil für die UNO als Verhandlungsrahmen ist aber, dass mit der UNCTAD eine Organisation existiert, die mit großem Abstand über die größte Kompetenz auf dem Gebiet der Auslandsinvestitionen verfügt. Hervorzuheben ist dabei keineswegs nur der jedes Mal einen anderen Schwerpunkt beleuchtende Weltinvestitionsbericht. Die UNCTAD hat im Rahmen der Publikationsserie „*International Investment Agreements Issues Papers*“ mittlerweile 22 Studien herausgegeben, die jeweils einen Einzelaspekt internationaler Investitionsverträge beleuchten.<sup>1314</sup> Neuere Errungenschaften der UNCTAD sind ein ständig aktualisierter Online-Zugang zu mehr als 1.800 BIT,<sup>1315</sup> der sicherlich einen Beitrag zur Senkung diesbezüglicher Transaktionskosten leisten wird sowie ein Online-Zugang zum mittlerweile elf Bände umfassenden Kompendium der internationalen Investitionsinstrumente, das von der UNCTAD selbst herausgegeben wird.<sup>1316</sup> Aus volkswirtschaftlicher Sicht ist das „*World Investment Directory*“ zu benennen, das Strom- und Bestandsdaten der DI von 112 Staaten sowie deren definitorische und institutionelle Erfassung beinhaltet. Schon seit längerem hat die UNCTAD auch keinen ausgeprägten „*bias*“ mehr zugunsten der Entwicklungsländer. Wer die Publikationen der UNCTAD genau analysiert, wird feststellen, dass diese in der Regel einen ideologiefreien und ausgewogenen Charakter haben.

Gegen die UNCTAD spricht, dass diese Organisation bisher keine Erfahrungen mit verbindlichen internationalen Verträgen hat. Allerdings gilt dies natürlich nur für die UNCTAD und nicht für die gesamte UNO. Auf den ersten Blick könnte sich das Fehlen einer adäquaten Streitschlichtungsinstitution im UN-Rahmen im Vergleich zur WTO als Nachteil erweisen. Dies könnte allerdings durch Verweis auf die ICSID-Konvention bzw. die ICSID-AF ausgeglichen werden. Beide Verfahren bedürfen allerdings der Reform (vgl. VII.2.5).

<sup>1313</sup> Engels et al., a.a.O., S. 34-35.

<sup>1314</sup> Z.B. „Scope and Definition“, „National Treatment“, „Flexibility for Development“, „Employment“ etc., <http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intlItemID=2322&lang=1>, abgerufen 28.6.2004. Mittlerweile arbeitet die UNCTAD an einer zweiten Generation dieser Berichte, vgl. ebenda.

<sup>1315</sup> [http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch\\_\\_\\_\\_\\_779.aspx](http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch_____779.aspx), abgerufen 28.6.2004.

<sup>1316</sup> [http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch\\_\\_\\_\\_\\_780.aspx](http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch_____780.aspx), abgerufen 28.6.2004. 10 der 12 Bände des Kompendiums sind online zugänglich.

## Bewertung

Am eindeutigsten scheidet die OECD als potenzieller Kandidat für einen IIA aus. Sie sollte sich weiterhin um die Interessen ihrer Mitglieder kümmern, aber sich nicht mit globalen Fragen befassen. Auch die Weltbank würde ihren Charakter zu stark verändern, wenn sie sich als Forum für die Verhandlung eines verbindlichen Investitionsvertrages zur Verfügung stellen würde. Die Aushandlung der ICSID- bzw. der MIGA-Konvention kann dabei nicht als Gegenargument angeführt werden, weil es sich hierbei nicht um Verträge mit materiellen Investitionsschutzbestimmungen handelt. Die theoretische Option, eine völlig neue Organisation zu gründen, die für die Umsetzung eines IIA zuständig wäre, ist nicht überzeugend, weil sie nur der weiteren Zersplitterung des Völkerrechtes Vorschub leisten würde. Somit bleiben nur noch die WTO und die UNO/UNCTAD übrig. Nach Abwägung aller Pro- und Contra-Argumente wäre die Verhandlung eines IIA im Rahmen der UNO/UNCTAD am sinnvollsten. Dies heißt natürlich noch lange nicht, dass dieses Forum auch von den Industrieländern akzeptiert würde. Sicherlich würde es auch Widerstand aus der Wirtschaft geben, weil ein im Rahmen der UNCTAD verhandelter Investitionsvertrag wahrscheinlich nicht die hohen Schutzstandards für Investoren setzen würde, die mit BIT und regionalen Verträgen erreicht werden.

### **VII.1.4 Code of Conduct als Alternative?**

Eine insbesondere von NGOs ins Spiel gebrachte Alternative zu einem internationalen Investitionsvertrag ist eine Konvention zur Unternehmensverantwortung (*Code of Conduct*).<sup>1317</sup> Der Grundgedanke ist, einen verbindlichen völkerrechtlichen Vertrag auszuhandeln, mit dem durchsetzbare Regeln für transnationale Konzerne geschaffen werden.

Zu den potenziellen Inhalten eines solchen Vertrages zählen u.a.:

- Berichtspflichten für Firmen;
- Konsultationspflichten mit Betroffenen, die geplanten Investitionsprojekten zustimmen müssen;
- Unternehmenshaftung im Sinne des Verursacherprinzips sowie deren Ausweitung auf Firmenchefs;
- Recht auf Wiedergutmachung und Schadenersatz;
- globales Klagerecht für alle, die von Unternehmensaktivitäten betroffen sind;
- Standards für Unternehmensverhalten auf der Basis existierender völkerrechtlicher Verträge in den Bereichen Umwelt, Entwicklung, Menschenrechte und Arbeitsrecht etc.<sup>1318</sup>

Manchmal werden auch Wettbewerbsregeln insbesondere zur Eindämmung von TPM oder Kartellen in diesem Zusammenhang genannt.<sup>1319</sup> Eine solche Option ist aus folgenden Gründen mit großer Skepsis zu bewerten:

<sup>1317</sup> Vgl. stellvertretend für viele weitere DGB-Bildungswerk/Terre des Hommes/WEED (2003): *Auslandsinvestitionen und Unternehmensverantwortung zwischen ökonomischer Liberalisierung und sozial-ökologischer Regulierung, Perspektiven und Strategien von NGOs und Gewerkschaften*, sowie Seattle to Brussels Network (2002): *Investment and Competition Negotiations in the WTO – What's Wrong with it and what Are the Alternatives?*

<sup>1318</sup> DGB-Bildungswerk/Terre des Hommes/WEED, a.a.O., S. 18-20.

Zunächst sollten auch hier wieder die historischen Erfahrungen zur Kenntnis genommen werden. Bisher konnte ein internationaler, verbindlicher Vertrag zur Regulierung von Investoren nicht durchgesetzt werden. Die erfolglosen Verhandlungen über einen *UN Code of Conduct* in den 1970er-Jahren (II.2.2) sind dafür ein gutes Beispiel. Selbst die ITO-Charta, die ja immerhin noch einige Rechte für Investoren beinhaltet, scheiterte am Widerstand der USA. Es gibt wenig Anlass zu der Annahme, dass sich die Kräfteverhältnisse mittlerweile so verschoben haben sollten, dass nunmehr ein solcher Vertrag durchsetzbar wäre. Der Widerstand aus der Wirtschaft gegen alles, was über unverbindliche und nicht direkt durchsetzbare Bestimmungen hinausginge, dürfte enorm sein. Kaum ein Industrieland würde daher einen Vertrag unterschreiben, der ausschließlich oder weitgehend Pflichten für internationale Investoren festlegt. Aber auch Entwicklungsländer würden sich gegen weitgehende soziale und ökologische Standards zur Wehr setzen, wie ihr Widerstand gegen solche Klauseln innerhalb der WTO deutlich macht.

Zweitens sind einige der Annahmen, die implizit oder explizit von Proponenten eines *Code of Conduct* getroffen werden, kritisch zu hinterfragen. Eine ist sicherlich die Sorge vor einem *race to the bottom* hinsichtlich von Sozial- und Umweltstandards, der durch die Androhung von Produktionsverlagerungen internationaler Konzerne befördert werde. Die Verlagerungshypothese ist in dieser Arbeit im Rahmen der Beschäftigungseffekte von DI geprüft worden (vgl. IV.2.2) und konnte nicht bestätigt werden. Damit soll nicht gesagt werden, dass es ein *race to the bottom* überhaupt nicht gibt; in Bezug auf einzelne Branchen oder einzelne Länder kann dies durchaus der Fall sein. Es ist aber große Skepsis angebracht, ob das *race to the bottom* als ein generelles Phänomen vorliegt.<sup>1320</sup>

Drittens fehlt es an einer wirklich überzeugenden Analyse des Mehrwertes eines solchen Vertrages, da verschiedene Alternativen zur Verfügung stehen. Eine wäre z.B. der Ausbau des internationalen Umwelt- und Arbeitsrechtes, z.B. durch Verschärfung der Klimarahmenkonvention (erhöhte Reduktionsverpflichtungen, effektive Streitschlichtungsmechanismen, Sanktionsverfahren bei Nichteinhaltung von Verpflichtungen etc.) oder durch eine Aufwertung der ILO. Warum soll es einfacher sein, einen *Code of Conduct* durchzusetzen, als das multilaterale Umwelt- und Arbeitsrecht weiterzuentwickeln? Eine weitere Alternative ist die Integration einzelner möglicher Bestandteile eines *Code of Conduct* in internationale Investitionsverträge.

Viertens bleibt die Frage, warum die globale Ebene die richtige Ebene für eine solche Initiative ist. Ist die nationale oder regionale Ebene nicht besser geeignet, Unternehmen in die Verantwortung zu nehmen? Mittel- bis langfristig gibt es ohnehin keine Alternative dazu, dass Entwicklungsländer ihre eigenen Institutionen herausbilden und insbesondere wirkungsvolle Wettbewerbs- und Steuersysteme schaffen (vgl. VII.2.6), mit denen das Verhalten inländischer und ausländischer Unternehmen reguliert wird.

Fünftens könnte ein weitgehender *Code of Conduct* einen abschreckenden Effekt auf internationale Investitionen haben und damit unter Umständen kontraproduktiv wirken. Allerdings sollte dieses

<sup>1319</sup> Seattle to Brussels Network, a.a.O., S. 18.

<sup>1320</sup> So auch Oman, C.O. (2000): Policy Competition for Foreign Direct Investment, A Study of Competition among Governments to Attract FDI, S. 91-104 sowie – für den Umweltbereich – Weltbank (2001), a.a.O., S. 72.

Argument nicht überbewertet werden, da gezeigt worden ist, dass auch andere Regulierungen keine negativen Einflüsse auf DI-Flüsse gehabt haben. Klar ist aber, dass durch einen *Code of Conduct* mit Sicherheit nicht mehr DI getätigt werden und dass es auch keinen Lenkungseffekt für erhöhte DI in Entwicklungsländer und insbesondere LDCs geben wird. Diese könnten aber – langfristige *greenfield investments* vorausgesetzt – einen positiven Entwicklungsbeitrag leisten.

Dazu kommen noch eine ganze Reihe von praktischen Problemen, die sich bei einem *Code of Conduct* stellen. Was ist z.B. das richtige Forum für einen solchen Vertrag? Die ILO, die UNO, UNCTAD oder eine zu errichtende internationale Organisation? Sollen die Verpflichtungen für alle international tätigen Unternehmen gelten, also auch für kleine und mittlere Unternehmen, z.B. in Ostdeutschland, die einen kleinen Teil ihrer Produktionskette im grenznahen Ausland haben? Und angenommen, es gelänge tatsächlich, einen verbindlichen Vertrag auszuhandeln und zu ratifizieren (was sicherlich 5-10 Jahre dauern würde), wie würde die Durchsetzung der Bestimmungen sichergestellt? Soll dies dann wieder den Nationalstaaten überlassen bleiben? Oder soll dies international durchsetzbar sein? Im letzteren Falle würde dies mit Sicherheit die Einrichtung großer internationaler Agenturen bzw. Organisationen erfordern, die die Überwachung der Aktivitäten transnationaler Konzerne – sei es im Wettbewerbs- oder Steuerbereich – sicherstellen. Taktisch könnte sich die Forderung nach einem *Code of Conduct* aus NGO-Sicht sogar als „*Eigentor*“ erweisen, weil dann die Wahrscheinlichkeit nicht gering ist, dass als „*Gegenleistung*“ für die Übernahme von Investorenpflichten auch multilaterale Investorenrechte – sei es im gleichen Vertrag oder in einem anderen Forum – verankert werden.

Die Option eines *Code of Conduct* soll damit nicht völlig abgelehnt werden, aber wenn es nicht gelingt, die dargestellten Bedenken überzeugend zu widerlegen, sollten die Verhandlungskapazitäten der Staaten sowie die Kampagnen- und Lobbykapazitäten von NGOs lieber auf andere Felder gerichtet werden.

## VII.2 Reformbedarf bei internationalen Investitionsabkommen

Im Folgenden soll der Reformbedarf bei den bestehenden Investitionsverträgen diskutiert werden. Ausgewählt wurden sechs Bereiche, deren Problematik bereits in den vorangegangenen Teilen dieser Arbeit aufgezeigt worden ist. Dabei handelt es sich entweder um Themen, die bereits jetzt ein gewöhnlicher Bestandteil internationaler Investitionsverträge sind oder um Themen, die bisher in diesen Verträgen ignoriert werden, aber m.E. in Zukunft aufgenommen werden sollten. Am Intensivsten wird dabei das Thema Streitschlichtung behandelt, weil dies erstens deren Bedeutung entspricht und zweitens im Verlauf der Arbeit intensiv analysiert worden ist. Beim Thema Wettbewerbs- und Steuerregeln wird der Fokus etwas erweitert auf Regelungen, die investitionsrelevant sind, aber besser außerhalb von internationalen Investitionsverträgen geregelt werden sollten. Die Auswahl der sechs Bereiche soll nicht bedeuten, dass internationale Investitionsverträge nur hierzu Bestimmungen enthalten sollten. Es geht hierbei lediglich um die Bereiche, bei denen m.E. Reformbedarf besteht.

Die sechs Bereiche sind Investitionsdefinition, Nichtdiskriminierung, Streitschlichtung, *performance*

*requirements*, Investitionsanreize und Wettbewerbs- und Steuerregeln. Auf den ersten Blick mag es erstaunlich sein, dass das Thema Enteignung/Kompensation nicht unter den ausgewählten Themen ist. Dies hängt damit zusammen, dass nach der ausführlichen Analyse der Erfahrungen mit der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit, die vor allem auf NAFTA und BIT beruht, hier kein dringender Reformbedarf anzumelden ist. Im Grunde kommt es hier darauf an, eine vernünftige Balance zwischen den legitimen Eigentumsinteressen von Auslandsinvestoren und dem staatlichen Recht auf Regulierung im öffentlichen Interesse zu finden. Die bisherigen praktischen Erfahrungen lassen – problematische Einzelfälle wie der Fall *Metalclad* dürfen dabei natürlich nicht vergessen werden – nicht die Schlussfolgerung zu, dass sich diese Balance zu sehr in Richtung Investitionsschutz verändert hätte. Um diese Balance zu wahren, ist die Standardformulierung in internationalen Investitionsverträgen, evtl. ergänzt um interpretative Erklärungen wie z.B. im Entwurf des neuen US-Modell-BIT (vgl. VI.1.2.12), ausreichend. Allerdings ist nochmals darauf hinzuweisen, dass in den nächsten Jahren voraussichtlich mehr Schiedssprüche als in den vorausgegangenen Jahrzehnten ergehen werden. Niemand kann mit Gewissheit sagen, ob dann private und öffentliche Interessen immer noch im Einklang sind. Eine intensive Beobachtung dieser Verfahren ist daher unumgänglich. Zu beachten ist weiterhin, dass die einzelnen Bereiche natürlich nicht völlig unabhängig voneinander betrachtet werden dürfen. Sie stehen im Gegenteil in enger Wechselwirkung mit anderen Bestimmungen des jeweiligen Vertrages. So sind z.B. weitreichende Bestimmungen zu Investitionsanreizen relativ wertlos, wenn der gesamte Bereich Steuern vom Anwendungsbereich eines Vertrages ausgenommen wird. Ein *pre-establishment* verliert viel von seiner liberalisierenden Wirkung, wenn es – wie im GATS – nur mit einem Positivlistenansatz verbunden ist. Eine unbeschränkte Transferfreiheit ist vielleicht dann akzeptabel, wenn API nicht unter die Investitionsdefinition fallen etc.

Weiterhin ist vorzuschicken, dass sich der jeweilige Reformbedarf je nach der Ebene des Abkommens und der beteiligten Staaten unterscheiden kann. Ein „*One-size-fits-all*“-Ansatz ist nicht möglich, sonst könnte gleich ein IIA verhandelt werden. So kann es bei einem Abkommen zwischen Staaten, die eine ähnliche volkswirtschaftliche Struktur und Stärke haben, durchaus angemessen sein, relativ weitgehende Regelungen zu vereinbaren, während bei Verträgen zwischen Staaten mit extrem unterschiedlichen volkswirtschaftlichen Rahmenbedingungen ein vorsichtigerer Ansatz mit mehr Ausnahmen und Schutzklauseln adäquater sein kann. Daher werden bei den jeweiligen Bereichen teilweise mehrere Optionen diskutiert und empfohlen.<sup>1321</sup> Einige Vorschläge setzen speziell bei den investitionsrelevanten WTO-Verträgen an.

Folgende übergeordnete Kriterien, die sich wiederum aus den vorangegangenen Teilen der Arbeit ergeben haben, liegen den folgenden Ausführungen zugrunde:

- Wichtiger als ein rein quantitativer Ansatz, d.h. der unterschiedslosen Steigerung der DI-Zuflüsse, ist ein qualitativer Ansatz, der versucht, den maximalen Nutzen aus den DI für ein Land zu erzielen

<sup>1321</sup> Allerdings soll es nicht darum gehen, alle denkbaren politischen Optionen für die Regelung eines bestimmten Bereiches darzustellen, sondern eine reformorientierte Eingrenzung der Bereiche vorzunehmen. Dies ist wahrscheinlich der größte Unterschied zum Ansatz der UNCTAD, die im Weltinvestitionsbericht 2003 sowie in ihrer Publikationsreihe „*Series on Issues in International Investment Agreements*“ vor allem eine Darstellung aller verfügbaren politischen Optionen, aber relativ wenig Bewertungen der unterschiedlichen Optionen vornimmt.

sowie die möglichen negativen Auswirkungen zu reduzieren.

- Ein Lenkungseffekt in Bezug auf die Anlockung möglichst beschäftigungsfördernder, langfristiger und stabiler Kapitalzuflüsse ist zu unterstützen.
- Aus den oben genannten Punkten ergibt sich, dass die Staaten möglichst wenig in ihrer Regulierungsfreiheit in Bezug auf DI eingeschränkt werden sollten, es sei denn, die negativen volkswirtschaftlichen oder sonstigen Auswirkungen sind klar belegt und nicht nur temporär.
- Neben der Regulierungsfreiheit ist ein Höchstmaß an Flexibilität gerade für Entwicklungsländer notwendig, um DI an die jeweiligen nationalen ökonomischen Prioritäten anzupassen.
- Internationale Investitionsverträge sollten kein krasses Missverhältnis zwischen aus- und inländischen Investoren schaffen, insbesondere, weil Inlandsinvestitionen für die Entwicklung eines Landes in aller Regel eine weit größere Bedeutung haben als Auslandsinvestitionen.

## VII.2.1 Definition von Investitionen

An mehreren Stellen der Arbeit ist auf die ökonomische und rechtliche Definition von Investitionen hingewiesen worden (vgl. insbesondere VI.1.2.1). Reformbedarf könnte sich hinsichtlich der Einbeziehung von F+Ü sowie von API ergeben. F+Ü sind als eindeutig nachrangig im Vergleich mit *greenfield investment* zu bewerten, was ihre ökonomischen Auswirkungen angeht (vgl. IV.4); API sind eindeutig volatil als DI (IV.2.5.2). Die Frage stellt sich, ob bzw. inwieweit diese beiden Investitionsformen unter die Definition von Investitionen fallen sollen. Insbesondere der Umgang mit API macht es notwendig, zunächst eine Übersicht über die verschiedenen Grundkonzeptionen der Investitionsdefinition zu geben. Denn die Behandlung von API muss in einen Kontext gestellt werden mit Diskussionen um einen breiten bzw. engen Definitionsansatz sowie einer möglichen Differenzierung zwischen kurz- und langfristigen Investitionen. Die lebhafte Diskussion dieses Themas in der Arbeitsgruppe Handel und Investitionen der WTO, bei der völlig unterschiedliche Konzepte nicht nur zwischen Industrie- und Entwicklungsländern, sondern auch innerhalb der Gruppe der Industrieländer deutlich geworden sind, belegt den Bedarf nach einer systematischen Behandlung dieses Themas. Eine Verkürzung auf vermeintliche Schlüsselfragen wie Integration von API – Ja oder Nein? – oder breite oder enge Definition ist der Komplexität dieses Themas nicht angemessen. Nach der Darstellung dieser Grundkonzeptionen wird diskutiert, welche dieser Konzeptionen grundsätzlich in internationalen Investitionsverträgen angewandt werden sollten. Abschließend folgt die Erörterung der Frage, ob es einer spezifischen Behandlung von API und F+Ü im Rahmen der Investitionsdefinition bedarf bzw. wie diese genau ausgestaltet sein sollte.

### VII.2.1.1 Verschiedene Grundkonzeptionen der Investitionsdefinition

Drei unterschiedliche Konzepte sind zu unterscheiden: ein vermögens- bzw. eigentumsorientierter Ansatz („*asset-based*“), ein unternehmensorientierter Ansatz („*enterprise-based*“) sowie ein transaktionsorientierter Ansatz („*transaction-based*“).

### a.) Vermögensorientierter Ansatz

Dies ist der Ansatz, der mittlerweile in den meisten internationalen Investitionsverträgen verfolgt wird. Die Grundidee ist, alle Vermögenswerte eines Auslandsinvestors bzw. alles, was einen ökonomischen Wert hat, zu schützen. Typischerweise wird dies mit der Eingangsformulierung „*every kind of asset*“ erreicht. Dieser breite Ansatz differenziert weder zwischen DI und API noch zwischen ins Zielland transferierten und dort erworbenen Vermögenswerten. Auch Reinvestitionen im Zielland sind gewöhnlicherweise erfasst. Der Eingangsformulierung folgt in fast allen Fällen eine nicht abschließende Aufzählung unterschiedlicher Investitionskategorien, die sich von Vertrag zu Vertrag mehr oder weniger stark unterscheiden können. Darauf kommt es aber nicht entscheidend an, da diese Aufzählung ohnehin illustrativ ist und auch nicht explizit aufgeführte Investitionsformen durch die Eingangsformulierung abgedeckt sein können. Zu diesen Kategorien zählen in der Regel bewegliches und unbewegliches Eigentum; Aktien und andere Anteilsrechte an Unternehmen; Ansprüche auf Geld sowie alle anderen vertraglichen Ansprüche, die einen finanziellen Wert haben; geistige Eigentumsrechte und staatliche Zusicherungen. Ein typisches Beispiel für diesen Ansatz findet sich im Modell-BIT der Schweiz (siehe Anhang 2), dort werden auch die Kategorien näher dargestellt).

Diese breite Definition kann in verschiedener Hinsicht begrenzt werden, wobei hier ausschließlich auf Limitierungen eingegangen wird, die sich in den Definitions- und nicht in den substanziellen Bestimmungen von internationalen Investitionsverträgen finden. Bereits hingewiesen wurde auf die Möglichkeit eines nationalen Gesetzesvorbehaltes (vgl. VI.1.2.1). Eine andere Möglichkeit ist, Investitionen nur dann zu erfassen, wenn sie eine bestimmte Charakteristik erfüllen. Dies hat z.B. der MAI-E versucht: „...*in order to qualify as an investment under the MAI, an asset must have the characteristics of an investment, such as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk.*“<sup>1322</sup> In Bezug auf bewegliches und unbewegliches Eigentum legt z.B. Art. 1139 (g) NAFTA die Qualifizierung fest, dass dieses „*acquired in the expectation or used for the purpose of economic benefit or other business purposes*“ sein muss. Damit ist bloßer Land- oder Immobilienbesitz, der in keinerlei Zusammenhang mit einer ökonomischen Tätigkeit steht (z.B. Ferienhäuser oder privater Waldbesitz ausschließlich zu Jagd Zwecken), nicht erfasst. Fraglich ist aber, ob Grundstücks- und Immobilienspekulation damit ausgeschlossen wäre, weil diese sicherlich in der Erwartung ökonomischer Vorteile getätigt wird. Manche Verträge schreiben für bestimmte Kapitalformen eine Mindestlaufzeit vor (z.B. drei Jahre für Kredite). Eine weitere Option ist, entweder eine abschließende Liste dessen, was alles als Investition gilt, festzuschreiben und/oder festzulegen, was keine Investition im Sinne des Abkommens darstellt (das NAFTA kombiniert z.B. beide Möglichkeiten). Dadurch könnte die Definition wieder stärker auf DI konzentriert werden. Sehr selten wird von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, eine bestimmte Mindestsumme zu definieren, ab der die Investitionsdefinition greift.<sup>1323</sup>

<sup>1322</sup> II. Definitions 2., FN 2 MAI-E.

<sup>1323</sup> UNCTAD (1999), a.a.O., S. 18-30; WTO (2002d): Scope and Definitions: "Investment" and "Investor", S. 4-5.

## b.) Unternehmensbasierter Ansatz

In einigen Investitionsverträgen wird im Unterschied zum breiten „*Asset-based*“-Ansatz der Fokus auf Investitionen in Unternehmen gelegt. Erfasst sind die Etablierung sowie die Übernahme von Unternehmen. Wesensmerkmal dieses Ansatzes ist eine Kontrolle des Unternehmens, ohne dass dies allerdings an einen Schwellenwert gekoppelt wäre.<sup>1324</sup> Ein Beispiel ist die Investitionsdefinition im Freihandelsvertrag zwischen den USA und Kanada (Art. 1611), dem NAFTA-Vorgänger:

„(a) the establishment of a new business enterprise, or (b) the acquisition of a business enterprise; and includes: (c) as carried on, the business enterprise so established or the business enterprise so acquired, and controlled by the investor who has made the investment; and (d) the share or other investment interest in such business enterprise owned by the investor provided that such business enterprise continues to be controlled by such investor.“<sup>1325</sup>

Auch das GATS hat im Grunde einen unternehmensbezogenen Ansatz, da die „kommerzielle Präsenz“ zwingend das Vorhandensein einer Dienstleistungsniederlassung voraussetzt (Art. 28 (d) GATS).<sup>1326</sup> Dies kann allerdings nicht mit Investitionsverträgen verglichen werden, da das GATS trotz seiner Investitionsimplikationen ein Abkommen zur Liberalisierung von Dienstleistungen ist.

Der unternehmensbasierte Ansatz ist somit deutlich enger als der vermögenswertbasierte Ansatz; im Grunde greift er nur eine der fünf Kategorien des *Asset-based*-Ansatzes heraus (Aktien und andere Anteilsrechte an Unternehmen) und ignoriert damit staatliche Zusicherungen, vertragliche Ansprüche, Eigentum und darauf beruhende Ansprüche sowie geistiges Eigentum.

## c.) Transaktionsbasierter Ansatz

Ein weiterer Ansatz erfasst AI als grenzüberschreitende Kapitalbewegungen. Geschützt werden somit Finanzflüsse, das Ziel ist die Liberalisierung des Kapitalverkehrs. Ein Beispiel dafür ist der *Code of Liberalisation of Capital Movements* der OECD.<sup>1327</sup> In einem Annex enthält der *Code* eine umfangreiche Liste von Kapitalbewegungen, die sowohl DI als auch längerfristige API enthalten. Der transaktionsbasierte Ansatz spiegelt vor allem früheres Denken über die Liberalisierung von Kapitalbewegungen wider (der *OECD-Code* stammt aus dem Jahre 1961) und ignoriert den Aspekt des Investitionsschutzes von Werten und Rechten, die nicht in einem unmittelbaren Zusammenhang mit einer grenzüberschreitenden Transaktion stehen.<sup>1328</sup>

<sup>1324</sup> UNCTAD (1999), a.a.O., S. 31-32; WTO (2000f), a.a.O., S. 5-6.

<sup>1325</sup> Free Trade Agreement between Canada and the United States of America, in UNCTAD (2000b), *International Investment Instruments: A Compendium*, Vol. V Regional Integration, Bilateral and Non-Governmental Instruments, S. 3-14.

<sup>1326</sup> So auch UNCTAD (2003), a.a.O., S. 101.

<sup>1327</sup> Code of Liberalisation of Capital Movements v. 12.12.1961, in UNCTAD (1996a), a.a.O., S. 3-30.

<sup>1328</sup> UNCTAD (1999), a.a.O., S. 32; WTO (2000f), a.a.O., S. 6.

### VII.2.1.2 Welcher grundsätzliche Ansatz sollte zugrunde gelegt werden?

Wenn internationale Investitionsverträge überhaupt einen Sinn haben sollen, dann muss die Tätigkeit von Auslandsinvestoren – multinationalen Unternehmen – in ihrer Gänze betrachtet und erfasst werden. Eine AI ist eben mehr als lediglich eine grenzüberschreitende Kapitaltransaktion. Auch die Handlungen des MNU im Zielland nach erfolgtem Marktzutritt bzw. die Auswirkung staatlicher Maßnahmen auf das MNU müssen beachtet werden. Eine Beschränkung auf Transaktionen hieße, einen komplexen Vorgang derartig zu simplifizieren, dass die Rechtsposition eines Auslandsinvestors sehr stark geschwächt würde. Ein Blick auf die Gegenstände der NAFTA-Schiedsgerichtsverfahren zeigt, dass bei einem solchen Ansatz wohl kaum ein Verfahren die Schwelle der Zuständigkeit („*jurisdiction*“) übersprungen hätte. Der transaktionsbasierte Ansatz taugt somit nicht als Grundlage für die Investitionsdefinition in internationalen Investitionsverträgen.<sup>1329</sup>

Es stellt sich somit die Frage, ob eher ein vermögens- bzw. eigentumsbasierter oder ein unternehmensbasierter Ansatz zu verfolgen ist. Der letztere Ansatz würde ähnlich wie der Transaktionsansatz die ökonomische Realität ausblenden. Ein Investor verfügt eben nicht nur über ein Unternehmen, sondern auch über zahlreiche vertragliche und gesetzliche Rechte, die aus der unternehmerischen Tätigkeit hervorgehen und ohne die diese Tätigkeit überhaupt nicht sinnvoll durchführbar wäre. Eine Trennung in der Art, das eine zu schützen und das andere nicht, würde der ökonomischen Komplexität nicht gerecht werden und das Vertrauen von Investoren in das Schutzregime des jeweiligen Vertrages in Frage stellen. Ein weiterer Vorteil des *Asset-based*-Ansatzes ist, dass er durch seine nicht abschließende Liste erfasster Investitionen offen gegenüber neuen Investitionsformen ist. Eine mögliche Neuverhandlung und Änderung des Abkommens erübrigte sich dann. Außerdem könnte der *Asset-based*-Ansatz wie beschrieben natürlich eingeschränkt werden und damit den Entwicklungsbedürfnissen und nationalen Prioritäten der Vertragsstaaten untergeordnet werden. Deshalb ist es auch wichtig zu betonen, dass es sich bei der Frage, welcher der beiden Ansätze genommen werden soll, nicht um eine Entscheidung zwischen DI und API oder zwischen kurz- und langfristigen Investitionen handelt, auch wenn der unternehmensbasierte Ansatz natürlich erheblich stärker auf langfristige Realinvestitionen ausgerichtet ist.

Die Debatte in der WTO-Arbeitsgruppe Handel und Investitionen, die vor allem zwischen den WTO-Ministerkonferenzen in Doha und Cancún stattfand, ging in eine ähnliche Richtung. Obwohl es sehr starke Unterschiede hinsichtlich der Einbeziehung von API, kurzfristigen Finanzinvestitionen und auch von Land- und Immobilienbesitz gab, haben sich die meisten Mitgliedsstaaten für einen *Asset-based*-Ansatz ausgesprochen.<sup>1330</sup>

<sup>1329</sup> Damit soll nicht gesagt sein, dass dieser Ansatz auch keine sinnvolle Grundlage für die volkswirtschaftliche Definition von AI darstellt. Dies kann durchaus Sinn machen, da Transaktionen relativ leicht über Zahlungsbilanzstatistiken feststellbar sind und auch die Vergleichbarkeit einigermaßen gewährleistet werden kann. Hier geht es aber um die rechtliche Definition.

<sup>1330</sup> Ausgewertet wurden die entsprechenden Beiträge der EU (WTO (2002e)), der USA (WTO (2002f)) sowie von Taiwan (WTO (2002j)), Südkorea (WTO (2002g)), Costa Rica (WTO (1998b)), China (WTO (2003c)), Kanada (WTO (2002h)) und Japan (WTO (2002i)). Die USA, Taiwan, Costa Rica und Kanada haben sich klar für einen „*asset-based*“-Ansatz ausgesprochen. Südkorea hat diese Frage offengelassen. Nur Japan hat sich deutlich für einen unternehmensbasierten Ansatz als Ausgangspunkt der Investitionsdefinition ausgesprochen. China strebt einen kompletten Ausschluss von API an und geht damit auch in diese Richtung. Die EU hat in ihrem Beitrag den erstaunlichen, offensichtlich aber nicht durchdachten Vorschlag gemacht, die Investitionsdefinition an die ökonomische Definition von DI, wie sie von der OECD und dem IWF verwandt wird, anzupassen. Im Grunde wäre dies ein transaktionsorientierter Ansatz, der eine große Schutzlücke für Investoren hinterlassen würde.

**Empfehlung:** Internationale Investitionsverträge sollten grundsätzlich eine *asset-based* Investitionsdefinition beinhalten.

### VII.2.1.3 Welche Limitierungen sind sinnvoll?

Nun stellt sich die Frage, ob der *Asset-based*-Ansatz unbegrenzt gelten soll oder ob Beschränkungen vorgenommen werden sollten. Dies soll im Folgenden anhand der Themen API sowie F+Ü diskutiert werden.

#### a.) Portfolioinvestitionen

Der vollständige oder teilweise Ausschluss von API ist von allen WTO-Mitgliedern mit Ausnahme der USA für den Fall der Aushandlung eines WTO-Investitionsabkommens gefordert worden. Auch viele NGOs stehen API sehr skeptisch gegenüber.<sup>1331</sup> Die USA hingegen haben in einem geradezu leidenschaftlichen Plädoyer in der WTO-Arbeitsgruppe Handel und Investitionen für die Einbeziehung von API aller Art in ein WTO-Investitionsabkommen geworben.<sup>1332</sup> Nach Auffassung der USA würden API im Allgemeinen und Kapitalverkehrsliberalisierung im Besonderen zum Wirtschaftswachstum beitragen. API wären zentral für die Entwicklung von leistungsfähigen Finanzmärkten und wären kaum volatil als DI. Außerdem ließen sich API und DI nicht immer voneinander unterscheiden, auch weil API Begleiterscheinungen von DI seien. Ein geringerer Schutz von API wäre somit kontraproduktiv und würde den Zielen eines internationalen Investitionsvertrages widersprechen. Eine unterschiedliche Behandlung von API könne außerdem auch in den Transferbestimmungen eines Abkommens erfolgen.<sup>1333</sup>

Die von den USA vorgebrachten Argumente haben eine äußerst unterschiedliche Qualität. In Bezug auf die Aussagen zur Volatilität kann auf das unter VI.2.5.2 festgestellte Ergebnis mehrerer empirischer Studien verwiesen werden, wonach API deutlich volatiler sind als DI. Ob API zum Wirtschaftswachstum beitragen, bedürfte einer näheren Analyse. Da allerdings bereits die Wachstumseffekte von DI nicht klar auf der Hand liegen, ist ein uneingeschränkter positiver Wachstumseffekt bei API eher unwahrscheinlich. Im Gegensatz zu DI kommt es bei API nicht zu Technologie- oder Know-how-Transfer, was das Erzielen von *Spillover*-Effekten erschwert. Dazu kommt, dass API nach einer ökonomischen Untersuchung der Weltbank nur einen schwachen *Crowding-in*-Effekt haben.<sup>1334</sup> Einen Beitrag zur Erhöhung des Kapitalstocks leisten API nur dann, wenn sie der Finanzierung von Realinvestitionen dienen, was keineswegs gewiss ist. Außerdem ist die geringere Bedeutung der API-Ströme im Vergleich zu den DI-Strömen in Erinnerung zu rufen. Weiterhin bestreitet mittlerweile selbst der IWF,

<sup>1331</sup> Z.B. das World Development Movement (1999): *Making Investment Work for People: An International Framework for Regulating Corporations*, S. 1, das aber anscheinend zwischen spekulativen und API unterscheidet: „*Speculative investment has no role to play in sustainable development and should not be protected by investment agreements. Portfolio investment should also be treated separately as its value is less clear.*“

<sup>1332</sup> Dabei rechnen die USA alle Investitionsformen, die nicht in einer effektiven Kontrolle eines Unternehmens bestehen, zu den API. Somit sind z.B. auch vertragliche Rechte, geistige Eigentumsrechte etc. API, was natürlich eine sehr extensive Interpretation dieser Investitionsform ist.

<sup>1333</sup> WTO (2002f): *Covering FDI and Portfolio Investment in a WTO Investment Agreement*.

<sup>1334</sup> Weltbank (2001), a.a.O., S. 61.

dass Kapitalverkehrsliberalisierung zu Wirtschaftswachstum führt.<sup>1335</sup> Schließlich ist bei einem möglichen Beitrag zur Entwicklung von Finanzmärkten die Umkehrkausalität zu beachten: „*International capital market flows and the financial environment can reinforce each other over the long run. Greater financial sector development is expected to be associated with faster economic growth, and larger international capital flows are associated with improvements in financial sector depth and liquidity. However, an inflow of foreign capital does not in itself guarantee improvements in the financial sector.*“<sup>1336</sup> Die USA gehen zudem auf Probleme mit API überhaupt nicht ein. Neben der bereits erwähnten Volatilität sind API auch schwerer zu kontrollieren als DI und eignen sich daher besser für Geldwäsche.<sup>1337</sup> China verweist zu Recht darauf, dass gerade in Entwicklungsländern die institutionelle Entwicklung von Finanzmärkten und geeigneten Aufsichtsmechanismen noch nicht so weit vorangeschritten ist wie in Industrieländern und zieht daraus die Konsequenz, dass API vom Anwendungsbereich eines Investitionsabkommens auszuschließen sind.<sup>1338</sup>

Einige der von den USA angeführten Argumente haben aber durchaus Gewicht. So tragen API signifikant positiv zu einer erhöhten Sparrate von Volkswirtschaften bei, was natürlich aufgrund deren Charakters als Vermögensanlagen nicht sonderlich überraschend ist.<sup>1339</sup> Hinzuweisen ist auch auf die historische Rolle, die API bei der ökonomischen Entwicklung der USA (sowie wahrscheinlich auch einer Reihe weiterer Staaten) gespielt haben (vgl. II.1.2). Es ist außerdem richtig, dass Direkt- und Portfolioinvestitionen teilweise nur schwer voneinander zu unterscheiden sind und API Begleiterscheinungen von DI sein können. So dienen bestimmte Portfolioinvestitionen, z.B. Kredite oder Anleihen, der Finanzierung von DI. Gerade große Unternehmen sind in der Regel auch Portfolioinvestoren, insoweit sie Finanzvermögen zu verwalten haben. Die WTO verweist zu Recht darauf, dass auch die Laufzeit einer Investition nicht unbedingt ein geeignetes Unterscheidungsmerkmal zwischen DI und API darstellt, weil in der Praxis häufig kurzfristige Finanzierungsinstrumente für langfristige Investitionen eingesetzt werden.<sup>1340</sup> Auf der anderen Seite gibt es durchaus auch langfristige API, vor allem bei Krediten und Anleihen.

Im Ergebnis ist den USA insoweit Recht zu geben, dass ein kompletter Ausschluss von API nicht sinnvoll ist, weil dies negative Rückwirkungen auf DI hätte. Aber allein wegen der Volatilität und des nicht auszuschließenden Anteiles an der Verursachung desaströser Finanzkrisen ist eine Einschränkung der Einbeziehung von API zu empfehlen. Es kann hier nicht darauf ankommen, einen zweifelsfreien Beleg dafür zu haben, dass API Finanzkrisen mitverursacht haben. Das Risiko, dass es diesen Zusammenhang gibt, ist höher einzuschätzen als der potenzielle Nutzen eines Schutzes aller API. Die Frage ist nun, wie diese Einschränkung umgesetzt werden soll. Da weder eine Unterscheidung zwischen API und DI noch zwischen kurz- und langfristigen Investitionen weiter führt, könnte es Sinn machen, die Trennlinie zwischen den API, die DI befördern und denen, die dies nicht tun, zu ziehen.

<sup>1335</sup> IWF (2003a), a.a.O., S. 110. Das BIP pro Kopf ist demnach nur schwach positiv mit der sog. „*capital account openness*“ (gemessen anhand einer Prozentzahl von Jahren zwischen 1960 und 1998, in denen Kapitalverkehrskontrollen in Kraft waren) korreliert.

<sup>1336</sup> Weltbank (2001), a.a.O., S. 68.

<sup>1337</sup> UNCTAD (1999), a.a.O., S. 63.

<sup>1338</sup> WTO (2003c): Scope and Definition.

<sup>1339</sup> Weltbank (2001), a.a.O., S. 78.

<sup>1340</sup> WTO (2002d), a.a.O., S. 14.

Dies wären dann API, die der Finanzierung (z.B. Kredite und Anleihen) oder der Beteiligung (Minderheitsbeteiligungen unter 10% an Unternehmen) an einer DI dienen. Spekulative Investitionen, die z.B. auf bestimmte Preis- oder Kursentwicklungen setzen und keinen Zusammenhang mit Unternehmen haben, könnten dann effektiv vom Anwendungsbereich internationaler Investitionsverträge ausgeschlossen werden. Auf der anderen Seite wären API, die in einem Zusammenhang mit produktiver unternehmerischer Tätigkeit stehen, geschützt. Durch die Wahl des *Asset-based*-Ansatzes wäre zudem sichergestellt, dass wichtige Vermögensrechte von Investoren geschützt sind. Zur größeren Rechtssicherheit sollte aufgelistet werden, was genau unter API und DI verstanden wird. Zusätzlich dazu sollte die sich in vielen Verträgen findende Ausnahme von der Transferfreiheit im Falle von akuten oder drohenden schwerwiegenden Zahlungsbilanzproblemen Eingang in alle internationalen Investitionsverträge finden.

**Empfehlung:** API sollten ausgeschlossen sein, soweit sie nicht der Finanzierung von bzw. der Beteiligung an DI dienen.<sup>1341</sup>

## b.) Fusionen und Übernahmen

Auf den ersten Blick erscheint eine unterschiedliche Behandlung von F+Ü aufgrund der beschriebenen unterschiedlichen Wohlstandseffekte im Vergleich mit *greenfield investment* gerechtfertigt. Ein Ausschluss von F+Ü vom Anwendungsbereich eines internationalen Investitionsvertrages wäre aber erstens nicht notwendig, weil dies auch im Rahmen der substanziellen Bestimmungen eines Abkommens erreichbar wäre, und zweitens könnte dies zu Rechtsunsicherheit führen. Eine Fusion oder eine Übernahme ist eine bestimmte Art des Markteintritts und hat nichts mit dem Verhalten nach erfolgtem Marktzutritt zu tun. Daher liegt es mehr als nahe, diese Frage auch bei den entsprechenden Marktzugangs- bzw. Nichtdiskriminierungsbestimmungen anzusiedeln. Denn wenn ein internationaler Investitionsvertrag nur *Post-establishment*-Behandlung einräumt, dann sind F+Ü *per definitionem* vom Anwendungsbereich eines internationalen Investitionsvertrages ausgeschlossen. Dann ist die nationale Gesetzgebung, insbesondere die Wettbewerbsordnung, so es sie gibt, für die Behandlung von F+Ü maßgeblich. Z.B. könnte für bestimmte Industriebereiche die Übernahme inländischer Unternehmen durch ausländische Unternehmen komplett ausgeschlossen oder eine maximale Beteiligung von 49% festgelegt werden. Außerdem könnten bestimmte *performance requirements* vorgeschrieben werden, z.B. der Erhalt einer bestimmten Mindestanzahl von Arbeitsplätzen oder Produktionsstandorten.

Wenn F+Ü nicht als Investitionen definiert werden, kann unter Umständen eine ungewollte Schutzlücke für Investoren entstehen. Wenn nämlich Gerichte bzw. Schiedsgerichte diesen Ausschluss so interpretieren, dass nicht nur der Marktzugang selbst, sondern auch das *post-establishment* von aus F+Ü hervorgegangenen Unternehmen umfasst ist, könnten letztere geringere Schutzrechte bei entschädigungslosen Enteignungen oder Transferbestimmungen genießen als andere DI. Dafür gäbe es aber keine Rechtfertigung. Dies hängt dann sehr von der konkreten Formulierung ab.

---

<sup>1341</sup> Das Gleiche sollte sinngemäß auch für Immobilien- und Grundbesitz gelten.

**Empfehlung:** F+Ü sollten nicht von der Investitionsdefinition ausgenommen werden. Die gerechtfertigte differenzierte Behandlung sollte im Rahmen von substantiellen Bestimmungen, insbesondere bei der Nichtdiskriminierung, vorgenommen werden.

## VII.2.2 Inländerbehandlung

Die Nichtdiskriminierungsbestimmungen sind die wohl wichtigsten substantiellen Regelungen, die internationale Investitionsverträge enthalten. Sie wurden intensiv dargestellt. Im Folgenden wird ausschließlich das Prinzip der Inländerbehandlung diskutiert, da das MFN-Prinzip weit weniger umstritten ist. Viele Aussagen ließen sich aber natürlich analog auf die MFN-Debatte übertragen. Zunächst wird die umstrittene Frage behandelt, ob internationale Investitionsverträge nach dem *Pre-establishment*-Prinzip aufgebaut sein sollten und welche unterschiedlichen Optionen es dafür gibt. Danach folgt die Debatte, ob und wie Inländerbehandlung auf *Post-establishment*-Basis gewährt werden sollte.

### VII.2.2.1 Pre-establishment

Vier verschiedene Optionen werden im Folgenden behandelt: kein *pre-establishment*, *pre-establishment* mit Positivistenansatz, *pre-establishment* mit Negativlistenansatz sowie *pre-establishment* im Rahmen von REIO.

#### a.) Kein *pre-establishment*

Dies ist wie beschrieben die bevorzugte Variante in den meisten internationalen Investitionsverträgen. Wichtig ist, noch einmal zu betonen, dass es keine völkergewohnheitsrechtliche Verpflichtung zur Gewährung des Marktzuganges (sowie überhaupt des Grenzzutrittes) gibt. Wenn ein internationaler Investitionsvertrag kein *pre-establishment* enthält, bedeutet dies, dass die Staaten diese Frage im Rahmen ihrer nationalen Gesetzgebung regeln. Bei der Debatte wird häufig übersehen, dass die Staaten dafür alle erdenklichen Optionen zur Verfügung haben, die von vollständiger Liberalisierung über graduelle Marktöffnung bis hin zu einem Genehmigungsvorbehalt für sämtliche AI reichen. Ein Verzicht auf *pre-establishment* in internationalen Investitionsverträgen ist somit keineswegs gleichzusetzen mit einer protektionistischen Investitionspolitik.

Die theoretischen Rechtfertigungen für Einschränkungen des Marktzuganges für ausländische Investoren sind in hohem Maße deckungsgleich mit den entsprechenden Argumenten, die für restriktive DI-Politiken im Zusammenhang mit *performance requirements* dargestellt worden sind, so dass als Ausgangspunkt zunächst hierauf verwiesen werden kann (vgl. IV.3.1). Einiges ist allerdings zu ergänzen. Mit der Aufrechterhaltung der Souveränität darüber, in welchen Wirtschaftssektoren ausländische Investoren Marktzugang erhalten, bewahren sich Entwicklungsländer ein wichtiges Instrument, diese Investitionen so gut es geht mit ihren nationalen Entwicklungsstrategien und -plänen zu harmonisieren und Schutzzoll- bzw. Importsubstitutionspolitiken zu verfolgen. Eine völlige Liberalisierung in diesem Bereich würde eine Aufrechterhaltung dieser Politiken erschweren, wenn nicht unmöglich machen. An

dieser Stelle sei noch einmal auf die historischen Bedingungen des Industrialisierungserfolges der heute entwickelten Staaten verwiesen (vgl. II.1), der mit einer souveränen Hoheit über die Gestaltung von Marktzugängen für ausländische Investitionen und Produkten einherging.

Wichtig ist auch die Frage von F+Ü. Ein unkonditionalisiertes Recht auf Marktzugang würde bedeuten, dass die Staaten – außerhalb von nichtdiskriminierenden Wettbewerbsbestimmungen – keine Möglichkeit hätten, die Übernahme inländischer Unternehmen zu verhindern. Ganz besonders problematisch ist dies für Entwicklungsländer, die noch keine eigene Wettbewerbsgesetzgebung aufgebaut haben. In solchen Fällen hätte ein schrankenloser Marktzutritt für F+Ü in den meisten Fällen klar negative volkswirtschaftliche Auswirkungen. Auch viele Industrieländer haben Beschränkungen von grenzüberschreitenden F+Ü in ihrer nationalen Gesetzgebung: So soll z.B. dem deutschen Wirtschaftsminister in einer Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes ein Vetorecht für den Fall eingeräumt werden, dass mehr als 25% der Anteile an nationalen Rüstungsunternehmen durch ausländische Investoren übernommen werden sollen.<sup>1342</sup> Ein weiterer Rechtfertigungsgrund für Marktzugangsbeschränkungen ergibt sich insbesondere für Branchen im Dienstleistungssektor, bei denen ein erhöhter Regulierungsbedarf besteht. So kann es durchaus im Interesse der Staaten liegen, inländische Banken vor ausländischer Konkurrenz zu schützen, weil letztere voraussichtlich nicht in gleichem Maße an einem flächendeckenden Filialnetz interessiert sind. Eine weitere Rechtfertigung für Marktzugangsbeschränkungen kann in dem Schutz der nationalen Kultur, z.B. in der Aufrechterhaltung der sprachlichen und audiovisuellen Diversität liegen. Die entsprechende Politik Frankreichs, z.B. während der MAI-Verhandlungen (vgl. VI.3.1), ist dafür ein gutes Beispiel. Marktzugangsbeschränkungen werden außerdem häufig in Bezug auf natürliche Ressourcen, insbesondere bei Öl, Gas, Uran etc., vorgenommen. Viele Staaten, die über diese Rohstoffe verfügen, erachten diese Bereiche als strategisch für die Entwicklung der eigenen Volkswirtschaft.<sup>1343</sup>

Weiter ist darauf hinzuweisen, dass die praktische Nutzung von Marktzugangsbeschränkungen („*entry restrictions*“) aufgrund der unilateralen Liberalisierung ohnehin auf dem Rückzug ist. Die bereits mehrfach erwähnte ERT-Umfrage hat eine Halbierung der „*entry restrictions*“ zwischen 1992 und 1999 ergeben (vgl. Anhang 3, Abbildung 9).

#### **b.) Pre-establishment mit Positivlistenansatz**

Bei dieser Option wird der Marktzugang grundsätzlich zugelassen, allerdings nur in den Bereichen und unter den Bedingungen, die die Vertragsstaaten explizit benennen. Das bekannteste Beispiel ist das GATS. Diese Option unterscheidet sich im Prinzip kaum von Option a.), weil es die Staaten selbst in der Hand haben, in welchen Bereichen sie Marktzugang gewähren. Die UNCTAD nennt diese Option daher „*selektive Liberalisierung*“.<sup>1344</sup> Eine weitergehende Liberalisierungswirkung hat der Positivlistenansatz eigentlich nur dann, wenn er wie beim GATS mit einer Selbstverpflichtung der Staaten verbunden ist,

<sup>1342</sup> Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit (2003): Entwurf eines Elften Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, und der Außenwirtschaftsverordnung, Art. 2.

<sup>1343</sup> UNCTAD (1999e): Admission and Establishment, S. 38-39.

<sup>1344</sup> Ebenda, S. 3.

das Ausmaß der länderspezifischen Verpflichtungen periodisch zu erhöhen. Und selbst dies kann ein zäher Prozess werden, wie das GATS-Beispiel zeigt. Die periodische Erhöhung des Marktzugangsgrades kann außerdem genauso gut, unter Umständen sogar schneller<sup>1345</sup> durch die nationale Gesetzgebung erfolgen. Zu bedenken ist weiterhin, dass eine einmal eingegangene Verpflichtung nicht ohne weiteres wieder zurückgenommen werden kann. Dieser Ansatz ist daher im Vergleich zu Option a.) weniger flexibel in Bezug auf mögliche neue Entwicklungen. Auch unter Transparenzgesichtspunkten ist ein Positivistensystem nicht optimal, da es umfangreiche Listen mit länderspezifischen Verpflichtungen enthält, die zudem nach jeder Verhandlungsrunde aktualisiert werden müssen.

Der Vorteil dieses Modells ist, dass ein Staat die Öffnung eines Sektors von der entsprechenden Marktöffnung eines Sektors eines anderen Vertragsstaates abhängig machen kann, der für die Unternehmen des erstgenannten Staates von ökonomischer Relevanz ist.

### c.) Pre-establishment im REIO-Rahmen

Bei dieser Option wird den Investoren aus einem REIO-Staat Inländerbehandlung auf *Pre-establishment*-Basis gewährt, ohne diese Vorteile über das MFN-Prinzip auf andere Staaten zu übertragen. Das Ziel ist dabei, die interregionalen Investitionen zu fördern. Bei besonders weitgehend integrierten Modellen ist auch eine gemeinsame regionale Industrialisierungspolitik z.B. durch den Aufbau von Industrien mit Kapital aus mehreren REIO-Staaten vorgesehen. Beispiele dafür sind das Cartagena-Abkommen<sup>1346</sup> bzw. Organisationen wie ASEAN oder natürlich die EU.<sup>1347</sup> Der Erfolg dieser Modelle hängt davon ab, dass genügend Kapital sowie wettbewerbsfähige Technologien innerhalb der REIO vorhanden sind. Der große Vorteil dieses Ansatzes ist, dass er ausländischen Investoren durch Zugang zu größeren regionalen Märkten Skaleneffekte verschafft, ohne zu einer Konkurrenz zwischen völlig ungleichen Unternehmen zu führen. Dies kann gerade bei Entwicklungsländern mit kleinen Binnenmärkten eine Erfolg versprechende Strategie sein.

### d.) Pre-establishment mit Negativlistenansatz

Dieser aus liberalisierender Perspektive weitreichendste Vorschlag bedeutet, dass grundsätzlich *pre-establishment* gewährt wird. Staaten können dann länderspezifische Ausnahmen<sup>1348</sup> anmelden, um bestimmte Branchen vor der Marktöffnung zu schützen. Die Erfahrungen beim NAFTA und beim MAI-E zeigen, dass davon reger Gebrauch gemacht wird, weil es ganz offensichtlich zahlreiche Wirtschaftssektoren gibt, die die Staaten als sensibel erachten und vor dem Marktzutritt ausländischer Investoren schützen wollen. Gerade die MAI-Erfahrung zeigt zudem, welchen politischen Sprengstoff diese Frage selbst bei Verhandlungen unter den sich einigermaßen auf einem ähnlichen ökonomischen

<sup>1345</sup> Die Änderung nationaler Gesetze dürfte generell schneller sein als entsprechende internationale Verhandlungen, vor allem, wenn eine große Anzahl von Vertragsstaaten beteiligt ist. Hinzu kommt das Problem der Verhandlungsungleichgewichte, das dazu führen könnte, dass Sektoren geöffnet werden, die ein Staat eigentlich als strategisch ansieht und im Rahmen der nationalen Gesetzgebung wohl nicht geöffnet hätte.

<sup>1346</sup> Agreement on Andean Subregional Integration (Exzerpt), in UNCTAD (1996b), a.a.O., S. 27-42.

<sup>1347</sup> Ebenda, S. 21-26.

<sup>1348</sup> Natürlich schränken auch allgemeine, spezifische und Ad-hoc-Ausnahmen den Anwendungsbereich weiter ein.

Entwicklungsstand befindlichen OECD-Staaten birgt. Es kommt daher sehr stark auf den Umfang dieser länderspezifischen Ausnahmen an, ob tatsächlich eine starke liberalisierende Wirkung erzielt wird. Dazu kommen potenzielle allgemeine oder sektorale Ausnahmen vom *pre-establishment*, die den Anwendungsbereich weiter einschränken können. Ein weiterer großer Nachteil ist, dass bestimmte Wirtschaftssektoren nicht mehr kontrolliert werden können, wenn ein entsprechender Bedarf nach Inkrafttreten eines entsprechenden Vertrages auftritt, den die Vertragsstaaten nicht antizipieren konnten.<sup>1349</sup> Eine Änderung des Vertrages bzw. eine nachträgliche Anmeldung einer länderspezifischen Ausnahme ist dann ein sehr komplexes Unterfangen, insbesondere, wenn die Anzahl der Vertragsstaaten groß ist.

**Empfehlung:** In Bezug auf die Inländerbehandlung sollte im Grundsatz nicht das *Pre-establishment*-Prinzip gelten. Dies gilt insbesondere, wenn Entwicklungsländer Verträge mit Industrieländern abschließen. *Pre-establishment*, das auf Investoren einer REIO beschränkt wird, ist zu begrüßen, wenn sich die Staaten auf einem ähnlichen Entwicklungsniveau befinden und ein geeignetes kompetitives Umfeld besteht.

### VII.2.2.2 Post-establishment

Die Debatte um Inländerbehandlung auf *Post-establishment*-Basis unterscheidet sich fundamental von der entsprechenden *Pre-establishment*-Debatte. *Post-establishment* ist nahezu unumstritten. Nach weitläufiger Auffassung sollen ausländische und inländische Investoren den gleichen Wettbewerbsbedingungen im Zielland unterliegen. Zu den Vorteilen zählen erhöhte Rechtssicherheit und Vertrauen für Investoren sowie reduzierte Transaktionskosten. Außerdem steigt die Transparenz und Vorhersehbarkeit des politischen Handelns des Zielstaates.<sup>1350</sup> Eine systematische Diskriminierung auf Basis der Nationalität kann ökonomisch nicht gerechtfertigt werden: „*There is no systematic gain ... in economic terms from favouring transactions with one particular trading partner over another simply on the grounds of nationality.*“<sup>1351</sup>

Ein genereller, *pre-* und *post-establishment* umfassender Verzicht auf das Prinzip der Inländerbehandlung würde daher

- einen Bruch mit dem Völkergewohnheitsrecht sowie jahrhundertealten Prinzipien darstellen<sup>1352</sup>
- eine Abweichung von 99% aller internationalen Investitionsverträge darstellen
- den Schutz von Auslandsinvestoren und deren Investitionen nachhaltig schwächen und ein entsprechendes Abkommen sinnlos machen

Im Folgenden geht es daher im Unterschied zum *pre-establishment* nicht um das „Ob“, sondern um das

<sup>1349</sup> WTO (2002k): Modalities for Pre-establishment Commitments Based on a Gats-type, Positive List Approach, S. 4.

<sup>1350</sup> WTO (2002j): Non-Discrimination, Most-Favoured-Nation Treatment and National Treatment, S. 3-4.

<sup>1351</sup> Ebenda, S. 3.

<sup>1352</sup> Dieses Prinzip wurde erstmalig im Rahmen der Hanse im 12. und 13. Jahrhundert angewandt, vgl. UNCTAD (1999d): National Treatment, S. 7.

„Wie“ des *post-establishment*.

### a.) Ausnahmen

Natürlich gibt es Konstellationen, unter denen ein temporäres oder ständiges Abweichen von der Inländerbehandlung gerechtfertigt sein kann. Tatsächlich gibt es kein einziges Land auf der Welt, das ausländischen Investoren eine ausnahmslos nichtdiskriminierende Behandlung gewährt.<sup>1353</sup> Zu bedenken ist auch, dass in den meisten Verträgen fast jegliche Tätigkeit von Investoren unter die Inländerbehandlung fällt.<sup>1354</sup> Daher kommt den Ausnahmebestimmungen eine wichtige Rolle zu: unterscheiden lassen sich allgemeine, spezifische oder systematische, länderspezifische und Ad-hoc-Ausnahmen.

Allgemeine Ausnahmen betreffen häufig die nationale Sicherheit, *public health* sowie die öffentliche Ordnung. Spezifische oder systemische Ausnahmen beziehen sich ausschließlich auf die Inländerbehandlung und können Bereiche wie geistiges Eigentum, Finanzdienstleistungen, öffentliches Beschaffungswesen, Steuern etc. betreffen. Der BIT Deutschland-Iran schließt z.B. Maßnahmen, die die „*Sittlichkeit*“ betreffen, von der Inländerbehandlung aus (Art. 3 (2) c). Bei länderspezifischen Ausnahmen von der Inländerbehandlung (z.B. NAFTA Annex II) kommt es vor allem darauf an, ob diese langfristig aufrechterhalten werden dürfen oder im Wege des *rollback* irgendwann wieder abgebaut werden sollen.<sup>1355</sup> Abgesehen vom WTO-System, z.B. Art. 9 (3) WTO-Ü, werden Ad-hoc-Ausnahmen („*waiver*“), die meistens temporär erteilt werden, relativ selten in internationale Investitionsverträge aufgenommen.<sup>1356</sup>

Weiterhin ist wichtig, die Inländerbehandlung mit dem Zusatz „*in like circumstances*“ zu qualifizieren. Wenn dieser oder ein ähnlicher Zusatz fehlt, dann würde jede weniger günstige Behandlung eines ausländischen Investors unabhängig vom Wirtschaftssektor und von der Motivation, die hinter einer diskriminierenden Maßnahme steht etc., einen Verstoß gegen das jeweilige Abkommen darstellen. Die Prüfung der vergleichbaren Umstände ermöglicht eine Fall-zu-Fall-Betrachtung (vgl. insbesondere die entsprechenden Ausführungen im Rahmen der NAFTA-Schiedspraxisanalyse). Abzulehnen ist aber eine Formulierung wie „*same*“ oder „*identical*“, weil sich solche exakt gleichen Umstände in der Praxis wohl kaum finden lassen werden.

Darüber hinaus widmet die UNCTAD einer sog. „*development clause*“ besondere Aufmerksamkeit. Analytischer Ausgangspunkt sind die schwächeren inländischen Unternehmen in Entwicklungsländern, die im Wettbewerb gegen große MNU häufig benachteiligt sind. Spezielle Programme, die der Erlangung der Wettbewerbsfähigkeit dieser Unternehmen dienen, müssten bei Anwendung des

<sup>1353</sup> Ebenda, S. 1.

<sup>1354</sup> Eine typische Formulierung findet sich im BIT Deutschland – Iran (Art. 3 (1)): „Jede Vertragspartei behandelt Investoren der anderen Vertragspartei und deren Kapitalanlagen nicht weniger günstig als ihre eigenen Investoren und deren Kapitalanlagen oder Investoren und Kapitalanlagen dritter Staaten im Hinblick auf die Verwaltung, den Betrieb, die Erhaltung, den Gebrauch, die Nutzung, die Veräußerung und die Liquidation einer Kapitalanlage...“ Der MAI-E (III. National Treatment 1.) hätte für „*establishment, acquisition, expansion, operation, management, maintenance, use, enjoyment and sale or other disposition...*“ einer Investition Inländerbehandlung gewährt.

<sup>1355</sup> UNCTAD (1999d), a.a.O., S. 1, 43-47.

Inländerbehandlungsprinzips auf ausländische Investoren ausgedehnt werden, was ganz sicher den Zielen dieser Programme abträglich wäre. Auf diese Fälle soll die *development clause* Anwendung finden. Verwiesen wird vor allem auf entsprechende, von Entwicklungsländern erhobene Forderungen während der Verhandlungen über einen *United Nations Code of Conduct*.<sup>1357</sup>

Es ist aber fraglich, ob es unter der Voraussetzung, dass kein *pre-establishment* zugelassen wird, dass die Qualifizierung „*in like circumstances*“ Eingang in den jeweiligen Vertrag findet und dass von den oben dargestellten Ausnahmeoptionen Gebrauch gemacht wird, noch einen Bedarf für eine weitere und zudem recht allgemein gefasste Ausnahme gibt. Die Gefahr könnte in diesem Fall bestehen, dass der substanzielle Kern der Inländerbehandlung zu stark ausgehöhlt wird. Die Geschichte des *UN Code of Conduct* (vgl. II.2.2), der an tiefgehenden Meinungsverschiedenheiten zwischen Industrie- und Entwicklungsländern gescheitert ist, verstärkt diese Skepsis.

#### b.) „Gleiche“ oder „nicht weniger günstige Behandlung“

In den meisten internationalen Investitionsverträgen findet sich die Formulierung, dass ausländische Investoren „nicht weniger günstig“ („*no less favourable*“) als vergleichbare inländische Unternehmen zu behandeln sind. Diese Formulierung impliziert, dass ausländische Investoren besser als inländische Unternehmen behandelt werden dürfen. Um dies auszuschließen, enthalten manche Verträge die Formulierung „gleiche“ oder „gleich günstige“ („*as favourable as*“) Behandlung.<sup>1358</sup> Aus einer ganzen Reihe von Gründen sind die zuletzt genannten Formulierungen abzulehnen:

Erstens muss klargestellt werden, dass die „Nicht-weniger-günstig“-Formulierung kein Recht auf Präferenzbehandlung für ausländische Investoren schafft. Sie lässt lediglich diese Möglichkeit zu, ohne sie vorzuschreiben.<sup>1359</sup> Es gibt keine Beispiele aus der WTO-Streitschlichtung oder der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, wonach ein Staat zu einer Vorzugsbehandlung verpflichtet worden wäre. In der WTO-Streitschlichtung geht es um die „*equality of competitive conditions*“ bzw. um die „*effective equality of opportunities*“ und nicht um eine bessere Behandlung.<sup>1360</sup> Zweitens würde diese Formulierung einen Staat nicht unbedingt von einer Präferenzbehandlung ausländischer Investoren abhalten. Der betroffene Investor würde sicherlich kein Schiedsverfahren anstrengen, ebenso wenig der Herkunftsstaat des Investors. Es blieben im Prinzip nur betroffene inländische Unternehmen, um vor den staatlichen Gerichten zu klagen.<sup>1361</sup> Drittens kann es durchaus im Interesse der Staaten liegen, in einzelnen Fällen Auslandsinvestoren bevorzugt zu behandeln, z.B. um mehr Wettbewerb in Branchen zu ermöglichen, die bisher von staatlichen oder privaten Monopolunternehmen dominiert wurden. Viertens und abschließend weist die WTO zu Recht darauf hin, dass eine „*gleiche*“ Behandlung auf dem

<sup>1356</sup> WTO (2002i), a.a.O., S. 5. Eine Ausnahme bilden Ausnahmen von der Transferfreiheit bei Zahlungsbilanzschwierigkeiten.

<sup>1357</sup> UNCTAD (1999d), a.a.O., 47-50.

<sup>1358</sup> Z.B. Art. 4 des Agreement on Investment and Free Movement of Arab Capital Among Arab Countries, in UNCTAD (1996a), a.a.O., S. 122 oder Art. 2 Decision 291 of the Commission of the Cartagena Agreement, ebenda, S. 450.

<sup>1359</sup> Daher ist auch das Argument der UNCTAD, ebenda, S. 35 für die „*same treatment*“-Formulierung: „*In effect it excludes the possibility of the foreign investor claiming preferential treatment as a matter of treaty obligation on the part of the host country*“ unsinnig, weil dies auch bei „*no less favourable treatment*“ keine rechtliche Grundlage hätte.

<sup>1360</sup> WTO (2001h), a.a.O., GATT 1994, Art. III (4), paras. 227-231.

<sup>1361</sup> Dies wäre zumindest in den Staaten erfolgversprechend, die – immer noch der Calvo-Doktrin folgend – eine Vorzugsbehandlung ausländischer Staatsbürger und Unternehmen in ihrer Verfassung ausschließen, vgl. UNCTAD (1999d),

Gebiet der Investitionen im Vergleich zum Handel kaum möglich ist. Beim Handel geht es häufig um quantitative Maßnahmen wie Zollsätze, Quotenregelungen, Gebühren etc., bei denen eine identische Behandlung relativ einfach ist. Bei Investitionen hingegen geht es überwiegend um regulative Maßnahmen und häufig auch um komplexe administrative Entscheidungen, bei denen eine genau gleiche Behandlung von aus- und inländischen Investoren in der Regel ausscheidet.<sup>1362</sup>

Außerdem bestehen Alternativen, um Präferenzbehandlung für ausländische Investoren auszuschließen, wenn dies gewollt sein sollte. Bei quantitativen Maßnahmen wäre z.B. eine explizite Klarstellung, dass finanzielle und fiskalische Investitionsanreize nicht bevorzugt an ausländische Investoren vergeben werden dürfen, möglich. Bei qualitativen Maßnahmen ist auf die *Not-lowering-standards*-Klausel zu verweisen, wonach Arbeits- und Sozialstandards nicht abgesenkt werden dürfen, um ausländische Investoren anzulocken (vgl. VII.2.1.2).

Nicht überzeugend ist allerdings das Argument, die Formulierung „*no less favourable*“ wäre deswegen wichtig, um eine bestimmte Mindestbehandlung von ausländischen Investoren zu gewährleisten.<sup>1363</sup> Mit anderen Worten bedeutet dies, dass eine Gleichbehandlung auf zu niedrigem Niveau eine Verletzung des jeweiligen Abkommens darstellen würde. Dies ist aber exakt die Rechtfertigung für den an zahlreichen Stellen der Arbeit erwähnten völkerrechtlichen Mindestbehandlungsgrundsatz. Die Nichtdiskriminierung ist dagegen ein relativer Standard.

**Empfehlung:** Das Inländerbehandlungsprinzip auf *Post-establishment*-Basis sollte in keinem Vertrag fehlen. Die nötige Flexibilität sollten die Vertragsstaaten über Ausnahmen herstellen, wobei diesbezüglich keine verallgemeinerungsfähige Empfehlung gegeben werden kann, da dies zu stark von den länderspezifischen Bedingungen abhängt. Die Formulierungen „*no less favourable*“ und „*in like circumstances*“ sollten unbedingt genutzt werden.

## VII.2.3 Performance requirements

*Performance requirements* sind sowohl in Hinblick auf ihre volkswirtschaftlichen Auswirkungen, ihre praktische Nutzung als auch auf ihre rechtliche Regulierung in internationalen Investitionsverträgen intensiv analysiert worden (vgl. z.B. IV.3.1, V.2.2). Die Diskussion des Reformbedarfs erfolgt zunächst anhand des TRIMs-Abkommens und dann anhand der übrigen internationalen Investitionsverträge.

### VII.2.3.1 TRIMs

Die theoretische Option der Verlängerung der Umsetzungsfrist für die Abschaffung von verbotenen TRIMs<sup>1364</sup> hat sich mittlerweile erledigt. Wie beschrieben sind mittlerweile alle WTO-Mitglieder zur Abschaffung der vom Abkommen erfassten Maßnahmen verpflichtet; die acht gewährten

---

a.a.O., S. 35.

<sup>1362</sup> WTO (2002I), a.a.O., S. 17.

<sup>1363</sup> UNCTAD (1999d), a.a.O., S. 37.

<sup>1364</sup> Dies hat die UNCTAD mehrfach ins Spiel gebracht, vgl. UNCTAD (2003), a.a.O., S. 121; UNCTAD (2001a): Host Country Operational Measures, S. 65-70.

Verlängerungen sind Ende 2003 ausgelaufen.<sup>1365</sup> Es bliebe somit die Option der Änderung des Abkommens, wie sie in Art. 9 mandatiert ist. Bei dieser Überprüfung wäre zu bedenken, dass das TRIMs keine über die Art. 3 (4) und 11 (1) GATT hinausgehenden substantiellen Bestimmungen schafft, sondern diese lediglich konkretisiert. Jede Änderung des Abkommens müsste diese Limitationen bedenken, es sei denn, durch eine Änderung des Art. 2 TRIMs bekäme der Vertrag einen völlig neuen Charakter. Eine Abschaffung des TRIMs, wie sie u.a. von einigen NGOs gefordert wird,<sup>1366</sup> wäre somit sinnlos, wenn sie nicht gleichzeitig mit einer Änderung der Art. 3 (4) und 11 (1) GATT verbunden würde.<sup>1367</sup> Da das GATT aber das Herzstück des gesamten WTO-Regimes darstellt, wäre ein solcher Ansatz von vornherein aussichtslos. Grundsätzlich könnte das Abkommen entweder erweitert oder eingeschränkt werden.

#### a.) Erweiterung des Abkommens

In der Vergangenheit haben sich vor allem die USA für eine Ausweitung des TRIMs eingesetzt. Sie schlagen eine Erweiterung der Liste von verbotenen TRIMs um EPR, Technologietransfer- und produktbezogene Verpflichtungen vor.<sup>1368</sup> Moran schlägt vor, im Rahmen des TRIMs sowohl *performance requirements* durch eine Ausweitung der Liste verbotener TRIMs als auch Investitionsanreize zu behandeln und damit den *grand bargain* zu schaffen.<sup>1369</sup>

Beide Vorschläge sind aus den gleichen Gründen zurückzuweisen, mit denen auch der Regelungsbedarf für ein IIA verneint worden ist (vgl. VII.1.1.5). *Performance requirements* können unter bestimmten Bedingungen gerechtfertigt werden, und ihre praktische Anwendung geht durch den Trend zur unilateralen Investitionsliberalisierung immer weiter zurück. Die Einzelheiten des US-Vorschlages verdeutlichen die Problematik. Mit EPR würden ausgerechnet die *performance requirements* verboten, denen die deutliche Mehrheit der theoretischen und empirischen Literatur positive ökonomische Effekte zuspricht. Bei Technologietransferverpflichtungen ist fraglich, ob hier überhaupt handelsverzerrende Effekte vorliegen oder es sich nicht um eine faktische Erweiterung auf nichthandelsbezogene *performance requirements* handelt.

Sollte das TRIMs um Bestimmungen über Investitionspolitik und Wettbewerbspolitik erweitert werden, wie dies Art. 9 S. 2 TRIMs ins Spiel bringt? Eine Erweiterung des TRIMs um Regelungen in diesen Bereichen wäre widersprüchlich angesichts der Tatsache, dass die Themen Investitionen und Wettbewerb unlängst von der Agenda der Doha-Runde heruntergenommen worden sind. Außerdem würde der bisherige Rahmen des TRIMs – handelsbezogene Investitionsmaßnahmen durch eine GATT-Auslegung – vollkommen gesprengt und der Kompetenzbereich der WTO deutlich erweitert.

#### b.) Einschränkung des Abkommens

<sup>1365</sup> UNCTAD (2003a), a.a.O., S. 37.

<sup>1366</sup> Z.B. Keet, D. (2000): Alternatives to the WTO Regime – Tactics and Strategies to Move forward from Seattle through Global Movement for a Different Global System.

<sup>1367</sup> UNCTAD (2001a), a.a.O., S. 63.

<sup>1368</sup> WTO (1998a): Preparations for the 1999 Ministerial Conference, General Council Discussion on Mandated Negotiations and the Built-In Agenda, S. 7.

<sup>1369</sup> Moran (1998), a.a.O., S. 163-167.

Insbesondere von Entwicklungsländern kommen immer wieder Vorschläge, das TRIMs einzuschränken. Im Oktober 2002 haben Brasilien und Indien einen gemeinsamen Vorschlag zur Änderung des Abkommens eingebracht.<sup>1370</sup> Der Vorschlag sieht eine Erweiterung der Ausnahmebestimmungen für Entwicklungsländer in Art. 4 um insgesamt sieben Punkte vor: Schutz inländischer Industrie in technologieintensiven Sektoren, Technologietransfer bzw. Entwicklung inländischer Technologie, Förderung des inländischen Wettbewerbes, Schutz benachteiligter Regionen, Förderung umweltfreundlicher Produktionsmethoden und Produkte, Exportsteigerung im Falle von strukturellen Zahlungsbilanzdefiziten und Förderung von kleinen und mittelständischen Unternehmen, wenn die Maßnahmen zur Beschäftigungsschaffung beitragen.<sup>1371</sup> In der Begründung wird u.a. darauf verwiesen, dass das TRIMs-Abkommen nicht die strukturellen Ungleichheiten unter den WTO-Mitgliedern beachtet und keine besonderen Bestimmungen über „*special and differentiated treatment*“ enthält.<sup>1372</sup> Ohne im Einzelnen auf die vorgebrachten Ausnahmegründe einzugehen, erscheint der Vorschlag von der Systematik her durchaus überzeugend. Erstens verändert er nicht den Charakter des TRIMs, sondern greift legitime Rechtfertigungsgründe für die Ergreifung von *performance requirements* auf. Zweitens bleibt das TRIMs hinsichtlich der Ausnahmebestimmungen deutlich z.B. hinter dem WTO-Subventionsabkommen zurück, das – wie beschrieben – u.a. Ausnahmen für benachteiligte Regionen und für Forschungstätigkeiten vorsieht (vgl. V.2.3).

Eine weitere Option, die komplementär zur eben beschriebenen Option eingesetzt werden könnte, wäre die Umwandlung der illustrativen Liste verbotener TRIMs in eine abschließende Liste.<sup>1373</sup> Dann würde Klarheit über den tatsächlichen Umfang des Abkommens hergestellt.

### VII.2.3.2 Sonstige internationale Investitionsverträge

Wie dargestellt, enthält die große Mehrheit aller sonstigen internationalen Investitionsverträge – relevante Ausnahmen sind vor allem NAFTA, ECT sowie die US-BIT – keine Bestimmungen zu *performance requirements*. Es stellt sich somit vor allem die Frage, ob dies bei zukünftig abzuschließenden Investitionsverträgen geändert werden sollte oder nicht.

Hier ist die klare Empfehlung auszusprechen, in zukünftigen internationalen Investitionsverträgen *performance requirements* nicht zu regeln und diese damit nicht über die TRIMs-Verpflichtungen hinausgehend einzuschränken. Auch hier ist auf die Argumentation zum Regelungsbedarf eines IIA zu verweisen (VII.1.1.5). Zur Klarstellung sei erwähnt, dass eine Nichtregelung dieses Themas nicht zwingend bedeuten soll, dass die Staaten *performance requirements* als ein gewöhnliches Instrument ihrer Investitionspolitik nutzen sollten. Es bedeutet lediglich, dass die Staaten frei sein sollten, *performance requirements* einzuführen oder nicht einzuführen bzw. bestehende *performance requirements* einzuschränken oder abzuschaffen. Bei der Einführung bzw. Beibehaltung von

<sup>1370</sup> WTO (2002a): The Mandated Review of the TRIMs Agreement Paragraph 12(b) of the Doha Ministerial Declaration, Implementation-related Issues and Concerns (tired 40).

<sup>1371</sup> Ebenda, paras. 11-12.

<sup>1372</sup> Ebenda, para. 10.

<sup>1373</sup> UNCTAD (2001a), a.a.O., S. 63.

*performance requirements* ist in jedem Fall zu vermeiden, dass langfristig nicht wettbewerbsfähige Wirtschaftsstrukturen geschaffen werden. Dies spricht für ein intensives „Monitoring“ von *performance requirements* und auch dafür, einige dieser Instrumente zeitlich zu begrenzen.

Da festgestellt wurde, dass keine besondere Referenz zu *performance requirements* in sonstigen internationalen Investitionsverträgen erforderlich ist, erübrigt sich eine Debatte der Optionen zur Ausgestaltung möglicher Bestimmungen zu *performance requirements*.<sup>1374</sup>

**Empfehlung:** *Performance requirements* sollten nicht eingeschränkt werden.

## VII.2.4 Investitionsanreize

Die Problematik von Investitionsanreizen ist sowohl theoretisch als auch empirisch deutlich belegt worden (vgl. IV 3.2). Statt sich kostspielige Subventionswettläufe zu leisten, sollten die Staaten lieber versuchen, durch ein stabiles, effektives und transparentes Steuersystem oder ein entsprechendes kompetitives Umfeld für bessere makroökonomische Rahmenbedingungen zu sorgen. Bisher wird das Thema Investitionsanreize nur sehr selten in internationalen Investitionsverträgen behandelt. Das WTO-Subventionsabkommen schränkt handelsverzerrende Investitionsanreize ein, ansonsten enthalten nur wenige Verträge besondere Bestimmungen. Wenn Investitionsanreize nicht explizit oder implizit durch den Ausschluss von steuerlichen Maßnahmen vom Anwendungsbereich des jeweiligen Abkommens ausgenommen sind, dann gelten natürlich alle anderen substantiellen Bestimmungen auch für Investitionsanreize. Relevant ist dies vor allem bei der Nichtdiskriminierung. Inländischen Investoren, die „*in like circumstances*“ mit ausländischen Investoren sind, können dann z.B. höhere Standortsubventionen gezahlt werden.

So klar die negativen Effekte von Investitionsanreizen auf der Hand liegen, so schwierig ist es festzulegen, was genau zu diesem Thema in internationalen Investitionsverträgen geregelt werden könnte. Ein generelles Verbot von Investitionsanreizen ist – von der Durchsetzbarkeit einmal abgesehen – nicht sinnvoll, weil es wie beschrieben theoretische Rechtfertigungsgründe und empirische Erfolgsbeispiele gibt. Stattdessen ist *Charlton* zuzustimmen: „*The focus of international policy action should be to reduce the negative effects of bidding wars without prohibiting governments from pursuing legitimate industry, technology or regional-development policy objectives.*“<sup>1375</sup> Die zwei wichtigsten Hebel zur Erreichung dieses Zieles sind Maßnahmen zur Steigerung der Transparenz sowie internationale Restriktionen für Investitionsanreize. Diese beiden Punkte werden zunächst dargestellt, bevor eine Diskussion des Problems der Definition von Investitionsanreizen das Thema abschließt.

### VII.2.4.1 Transparenz

Bestimmungen zur Steigerung der Transparenz von Investitionsanreizen sind ein erster Schritt zu deren Begrenzung. Denn wenn es erst einmal gelingt, die Dimensionen der Investitionssubventionierung einer

<sup>1374</sup> Dies hat einmal mehr die UNCTAD, ebenda, S. 71-74 getan.

<sup>1375</sup> *Charlton*, a.a.O., S. 33.

breiteren Öffentlichkeit als jetzt deutlich zu machen, wird der politische Druck für eine Begrenzung dieser Praktiken steigen. Außerdem könnten sie als Minimalkonsens für den Fall fungieren, dass weiterreichende Bestimmungen (noch) nicht durchsetzbar sind. Erhöhte Transparenz hat noch einige weitere Vorteile. Politische Entscheidungsträger, die häufig selbst nicht über den genauen Umfang ihrer Subventionstätigkeiten informiert sind, können sich ein besseres Bild von der Effektivität ihrer Maßnahmen machen. Die Verhandlungsposition von Staaten gegenüber Investoren wird gestärkt, weil letztere dann nicht mehr einen Vorteil aus der jetzigen undurchsichtigen Situation erzielen, auf vermeintlich höhere Investitionsanreize in anderen Staaten verweisen und somit Staaten gegeneinander ausspielen können.<sup>1376</sup> Oman schließlich verweist darauf, dass eine erhöhte Transparenz das Potenzial für Korruption im Zusammenhang mit Subventionsgewährungen reduziert.<sup>1377</sup> Klare und vorhersehbare Subventionsrichtlinien eignen sich nämlich deutlich schlechter für Korruption als undurchsichtige Vergabeverfahren, die sich womöglich von Fall zu Fall unterscheiden.

Die Vorteile erhöhter Transparenz bei Investitionsanreizen liegen auf der Hand. Wie soll nun die rechtstechnische Umsetzung erfolgen? Der bisherige Ansatz in internationalen Investitionsverträgen ist der, eine allgemeine Transparenzbestimmung zu erlassen, wonach Gesetze, Regulierungen etc., die einen Bezug zu AI haben, zu veröffentlichen sind. Dies gilt dann analog natürlich auch für Investitionsanreize. Explizite Bestimmungen für Investitionsanreize wie Art. 160 des Vertrages über einen gemeinsamen Markt für Ost- und Südafrika<sup>1378</sup> – zudem ein Beispiel für eine sehr weiche Regelung – sind selten. Eine explizite Regelung ist vorzuziehen. Bei einer analogen Regelung kann es Unklarheiten darüber geben, inwieweit tatsächlich alle Investitionssubventionen erfasst sind. Gerade bei Einzelfallentscheidungen, in denen komplexe und undurchsichtige Pakete geschnürt werden, kann dies ein Problem sein. Außerdem ist eine bloße Verpflichtung zur Veröffentlichung viel zu unbestimmt und unzureichend. Untersucht werden daher im Folgenden zwei Regelungsmöglichkeiten: ein Inventar für Investitionsanreize sowie ein Informations- und Konsultationsmechanismus.

#### **a.) Inventar für Investitionsanreize**

Ein sehr empfehlenswerter Vorschlag ist die Einrichtung eines internationalen Inventars für Investitionsanreize. Die Grundidee ist, möglichst umfassend Informationen über den Umfang und die Auswirkungen von Investitionsanreizen zu sammeln.<sup>1379</sup> Ein solches Inventar ist aber nur sinnvoll, wenn es zumindest alle finanziellen und fiskalischen Anreize erfasst. Eine Ausnahme z.B. für Steuermaßnahmen würde ein solches Instrument aushöhlen. Weiterhin sollten die Informationen nicht nur den Vertragsstaaten, sondern auch der Allgemeinheit zugänglich sein. Dieses Inventar könnte auf regionaler oder multilateraler Ebene eingerichtet werden. Ein regionales Vorgehen könnte in bestehenden Freihandelszonen bzw. Wirtschaftsgemeinschaften wie ASEAN, Mercosur, SADC etc. verfolgt werden. Auf internationaler Ebene hat die Weltbank die WTO bzw. den IWF als entsprechende

<sup>1376</sup> Ebenda, S. 27-28.

<sup>1377</sup> Oman, a.a.O., S. 122, 124. Das Argument ist auch deswegen plausibel, weil mittlerweile der allgemeine Zusammenhang zwischen Transparenz und Korruptionsbekämpfung, wie er z.B. von Organisationen wie *Transparency International* hergestellt wird, weitgehend anerkannt ist.

<sup>1378</sup> Treaty Establishing the Common Market for Eastern and Southern Africa (Exzerpt), in UNCTAD (1996b), a.a.O., S. 101-109.

<sup>1379</sup> Weltbank (2003a), a.a.O., S. 133.

Institution ins Spiel gebracht. Beim IWF sollten Investitionsanreize im Rahmen des jährlichen Überwachungsmechanismus („*surveillance*“) behandelt werden.<sup>1380</sup> *Sauve/Wilkie* wollen der WTO-Arbeitsgruppe GATS-Regeln entsprechende Aufgaben übertragen.<sup>1381</sup> Denkbar wäre sicherlich auch, das WTO-Subventionsabkommen entsprechend zu erweitern und dem WTO-Sekretariat diese Rolle zu übertragen.

M.E. wäre die UNCTAD die geeignete Institution für ein solches Inventar. Es würde sehr gut zum wissenschaftlichen und analysierenden Charakter dieser Organisation passen. Wäre die WTO mit dieser Aufgabe betraut, so bestünde die Gefahr, dass die Ergebnisse instrumentalisiert würden, um als Rechtfertigung für die Aufnahme von Verhandlungen für einen IIA im WTO-Rahmen zu fungieren. Der IWF steht bereits jetzt – ob zu Recht oder zu Unrecht ist kein Gegenstand dieser Arbeit – in der Kritik, zu sehr in die nationale ökonomische Souveränität der Mitgliedsstaaten einzugreifen. Ein Inventar im IWF-Rahmen würde die Gefahr mit sich bringen, dass die Begrenzung von Investitionsanreizen eine weitere Maßnahme für die Eingriffe des IWF in die wirtschaftspolitische Autonomie seiner Mitgliedsstaaten wird. Das IWF-*surveillance*-Programm hat nämlich im Laufe der Zeit seinen ausschließlichen Fokus von der Kooperation der Mitgliedsstaaten in Bezug auf ihre Wechselkurspolitik hin zu strukturellen Reformen der Wirtschaftspolitiken der Mitgliedsstaaten verlagert.<sup>1382</sup> Eine entsprechende Begrenzung – die zu unterstützen ist – sollte aber nicht verordnet werden, sondern durch freiwillige, aber rechtlich abgesicherte und durchsetzbare Kooperation der Staaten durchgesetzt werden. Die Arbeitsgruppe GATS-Regeln scheidet schon deshalb aus, weil diese nur ein Mandat für den Dienstleistungssektor hat und damit der Löwenanteil der Investitionsanreize nicht erfasst wäre. Bei der konkreten Ausgestaltung könnte das WTO-Subventionsabkommen als erster Ausgangspunkt zugrunde gelegt werden (Art. 22, 25-26).

## b.) Informations- und Konsultationsmechanismus

Eine weitere Option wäre die Errichtung eines Informations- und Konsultationsmechanismus für Investitionsanreize. Wenn eine Vertragspartei der Auffassung ist, durch Investitionsanreize einer oder mehrerer anderer Vertragsparteien ökonomische Nachteile zu erleiden, dann könnte ein solcher Mechanismus in Gang gesetzt werden.<sup>1383</sup> Hier könnten wiederum die entsprechenden Bestimmungen des WTO-Subventionsabkommens (Art. 7, 9, 13) als Verhandlungsgrundlage herangezogen werden. Denkbar wäre auch die Verpflichtung, dass ein Vertragsstaat die anderen Vertragsstaaten informieren muss, bevor er Investitionsanreize vergibt, die sich evtl. auf die Wettbewerbsposition der anderen Vertragsstaaten auswirken könnten. Hier wäre Art. 88 (3) S. 1 EGV interessant, wobei hier natürlich mit der EU-Kommission auf eine supranationale Institution Bezug genommen wird: *„Die Kommission wird von jeder beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen so rechtzeitig unterrichtet, dass sie sich dazu äußern kann.“*

<sup>1380</sup> Ebenda.

<sup>1381</sup> *Sauve/Wilkie*, a.a.O., S. 18-19.

<sup>1382</sup> IWF (2004): IMF Surveillance, A Factsheet. Dies ist im Zusammenhang mit den Strukturanpassungsmaßnahmen des IWF zu sehen, die mittlerweile von der sog. *„Poverty Reduction Growth Facility“* abgelöst worden sind, vgl. Independent Evaluation Office of the IMF (2004): Independent Evaluation Office Announces Release of Report on the Poverty Reduction Strategy Papers (PRSPs) and the Poverty Reduction and Growth Facility (PRGF).

<sup>1383</sup> UNCTAD (2004), a.a.O., S. 70.

**Empfehlung:** Ein internationales Inventar für Investitionsanreize sollte eingerichtet werden. Informations- und Konsultationsmechanismen für die Gewährung von Investitionsanreizen sind zu schaffen.

#### VII.2.4.2 Einschränkung von Investitionsanreizen

Zur Einschränkung von Investitionsanreizen stehen wiederum eine Reihe unterschiedlicher Optionen zur Verfügung, von denen hier drei dargestellt werden sollen. Es handelt sich um die Begrenzung des Umfangs von Investitionsanreizen, das Verbot bestimmter Subventionsformen sowie „Claw-back“-Klauseln. Insgesamt wird die Interaktion mit der erhöhten Transparenz von Investitionsanreizen besonders deutlich. Denn nur wenn der Umfang wirkungsvoll festgestellt werden kann, kann er auch effektiv begrenzt werden.

##### a.) Begrenzung des Umfangs von Investitionsanreizen

Ein Vertrag könnte bestimmte Höchstgrenzen für Investitionsanreize festlegen. Dafür wiederum gibt es mehrere Kriterien. Eines könnte die Festlegung eines prozentualen Anteils an den gesamten Investitionskosten sein. Einen solchen Weg verfolgt die EU in ihrem Beihilfesystem („state aid“), deren primärrechtliche Grundlage die Art. 87-89 EGV sind. So dürfen mit dem Binnenmarkt vereinbare Beihilfen für mittelgroße Unternehmen nicht mehr als 7,5%, für kleinere Unternehmen nicht mehr als 15% der Investitionssumme betragen.<sup>1384</sup> Denkbar wäre auch, eine Maximalsumme im Verhältnis zu jedem durch die DI geschaffenen Arbeitsplatz festzulegen. Dies könnte zu einem gewissen Lenkungseffekt in Richtung der Förderung arbeitsintensiverer DI führen.

##### b.) Verbot bestimmter Investitionsanreize

Eine weitere Option besteht darin, bestimmte Investitionsanreize zu verbieten bzw. Investitionsanreize nur unter bestimmten Voraussetzungen zu erlauben. Dies hätte den Vorteil, zielgenauer diejenigen Anreizformen zu begrenzen, die die negativsten ökonomischen Auswirkungen haben. Dies würde die Möglichkeit bieten, zwischen Standort- und Verhaltensanreizen zu differenzieren, die wie beschrieben große Unterschiede hinsichtlich ihrer investitionsverzerrenden Wirkung bzw. ihres Beitrages zu Subventionswettläufen aufweisen. Auch hier ist wieder auf die EU-Beihilferechtsordnung zu verweisen. In der EU sind staatliche Beihilfen grundsätzlich mit dem Binnenmarkt unvereinbar, wenn sie den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten beeinträchtigen (Art. 87 (1) EGV). Daneben gibt es zwei Kataloge von Beihilfen, die mit dem Binnenmarkt vereinbar sind bzw. als vereinbar angesehen werden können (Art. 87 (2+3) EGV)).<sup>1385</sup>

<sup>1384</sup> Verordnung (EG) Nr. 70/2001 der Kommission vom 12. Januar 2001 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen an kleine und mittlere Unternehmen, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften L 10/33-42, 13.1.2001.

<sup>1385</sup> Zur ersten Gruppe gehören u.a. Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher. Zur zweiten Gruppe zählen u.a. Beihilfen zur Förderung von unterentwickelten Gebieten sowie Beihilfen zur Förderung der Kultur.

Die Kontrolle kann entweder *ex ante* oder *ex post* erfolgen. Eine *Ex-ante*-Kontrolle wäre in Form eines Genehmigungsvorbehaltes für Investitionsanreize denkbar, wobei fraglich ist, welche Institution diese Funktion wahrnehmen könnte. Eine *Ex-post*-Kontrolle könnte durch die zwischenstaatliche Streitschlichtung erfolgen. Dann kann es allerdings bereits zu spät sein, weil die Standortentscheidung evtl. schon vollzogen ist.

### c.) Claw-back-Klauseln

Unilateral werden Investitionssubventionen manchmal unter dem Vorbehalt der Rückzahlung gewährt, wenn bestimmte Bedingungen nicht eingehalten worden sind oder die Zahlung rechtswidrig erfolgt ist (*claw back*). Die Firma *Alltel* musste z.B. 11,5 von 13 Millionen US-Dollar an erhaltenen Fördermitteln des US-Bundesstaates Georgia aufgrund einer solchen Klausel zurückzahlen.<sup>1386</sup> Zu überlegen ist, ob *Claw-back*-Klauseln in allgemeiner Form nicht auch Eingang in internationale Investitionsverträge finden sollten. Denkbar ist z.B. eine Rückzahlungspflicht für den Fall, dass eine bestimmte Mindestzahl von neu geschaffenen Arbeitsplätzen nicht erreicht bzw. wieder unterschritten wird oder dass eine DI bereits nach kurzer Zeit wieder verlagert wird (evtl. wieder wegen der Gewährung von Investitionsanreizen). *Claw-back*-Klauseln eignen sich natürlich besonders für Investitionsanreize, die im Zusammenhang mit der Erfüllung von *performance requirements* vergeben werden. Diese Klauseln hätten den großen Vorteil, dass Investitionsanreize nicht mehr bedingungslos erteilt werden, sondern sich einer gewissen Erfolgskontrolle unterziehen müssen. Der Anreiz von Investoren, unter diesen Umständen Fördermittel erhalten zu wollen, wird dadurch sicher geschwächt, was aber durchaus ein gewünschter Nebeneffekt sein kann. Auch für *Claw-back*-Klauseln gilt sicherlich das Problem des Gefangenendilemmas, so dass hier eine gute Rechtfertigung für internationales Handeln vorliegt.

**Empfehlung:** Die Vergabe von Investitionsanreizen ist einzuschränken. Dies kann durch die Begrenzung des Umfanges von Investitionsanreizen, das Verbot bestimmter Investitionsanreize sowie durch die Bindung von Investitionsanreizen an Rückzahlungsvorbehalte erfolgen.

### VII.2.4.3 Einbeziehung von regulativen Konzessionen

Ein großes Problem bei der Ausarbeitung von Regeln für Investitionsanreize ist deren Vielschichtigkeit. Wenn es nicht gelingt, Investitionsanreize umfassend zu erfassen, können die Bestimmungen leicht umgangen werden. Z.B. könnten Staaten auf direkte Subventionszahlungen umstellen, wenn lediglich fiskalische Investitionsanreize erfasst sind oder *vice versa*. Wenn aber nur finanzielle und fiskalische Investitionsanreize erfasst würden, dann könnte ein noch unerwünschterer Umgehungsseffekt eintreten. Die Staaten könnten dazu übergehen, regulative Konzessionen zu machen z.B. durch die Absenkung von Umwelt- und Arbeitsstandards. Im Extremfall würde aus einem Subventionswettbewerb ein *race to the bottom*. Daher gibt es in einigen Verträgen – mit zunehmender Tendenz – sog. *not lowering standards clauses*. Eine solche Klausel ist – ungeachtet der Skepsis hinsichtlich der These, dass es bereits jetzt ein *race to the bottom* gebe – unbedingt zu empfehlen, um den beschriebenen Umgehungsseffekten

<sup>1386</sup> UNCTAD (2004), a.a.O., S. 63, 75.

vorzubeugen.

Dieses bringt aber wiederum einige Probleme mit sich. Was genau ist eine Absenkung von Umwelt- und Arbeitsstandards und wann genau dient eine solche der Anziehung von DI? Ein generelles Absenkungsverbot würde mit der Regulierungsfreiheit der Staaten kollidieren. Es sollte daher nur auf Maßnahmen Bezug genommen werden, die in der klaren Absicht erlassen worden sind, DI anzulocken. Sonst würden auch allgemeine Maßnahmen zur Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit eines Landes betroffen sein. Richtig ist, auf dem Gebiet der Arbeitsstandards eine Bezugnahme auf Kernarbeitsnormen, wie sie von der ILO erarbeitet worden sind, festzulegen.

Das Problem mit den bisherigen *Not-lowering-standards*-Klauseln ist aber vor allem die mangelnde Rechtsverbindlichkeit und Durchsetzbarkeit. Wenn ein wirklicher Effekt von diesen Bestimmungen ausgehen soll, muss dies geändert werden. Hinsichtlich der Rechtsverbindlichkeit ist dies – entsprechender politischer Wille vorausgesetzt – rechtstechnisch sehr leicht zu erreichen. Wie im Textvorschlag des Vorsitzenden der MAI-Verhandlungen (VI.3.2.7) muss nur das Wort „*should*“ durch „*shall*“ ersetzt werden und schon wird aus einer Ermessensbestimmung eine Muss-Bestimmung. Zur Durchsetzbarkeit muss diese Bestimmung zwingend der zwischenstaatlichen Streitschlichtung unterstellt werden. Konsultationen, wie sie z.B. im NAFTA vorgesehen sind, sind nicht ausreichend. Fraglich wäre allerdings die Rechtsfolge, wenn ein Verstoß festgestellt würde. Soll dann die staatliche Maßnahme für rechtswidrig erklärt werden können? Dies wäre eine Abweichung von der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, die als einzige Rechtsfolge die Festlegung von Entschädigungszahlungen vorsieht.<sup>1387</sup> Aber die Rechtsfolge Entschädigung wäre auch nicht adäquat. Wie wäre z.B. das Verbot gewerkschaftlicher Organisation zu quantifizieren?

## VII.2.5 Streitschlichtung

Die Streitschlichtungsbestimmungen sind die wichtigsten nicht-substanziellen, vielleicht die wichtigsten Regelungen überhaupt, die internationale Investitionsverträge enthalten. Aus diesem Grund wurde in der Arbeit großer Wert auf eine entsprechende Darstellung dieser Regelungen sowie der sich daraus ergebenden Streitschlichtungspraxis gelegt. Entsprechender Raum wird diesem Thema daher auch jetzt eingeräumt. Konkreter Reformbedarf ist bei den Themen Transparenz und Überprüfbarkeit von Schiedssprüchen bereits eindeutig festgestellt worden. Bevor diese beiden Themen näher beleuchtet werden, werden vier miteinander in Beziehung stehende grundsätzliche Fragen diskutiert, die immer wieder in der politischen und wissenschaftlichen Diskussion auftreten. Die erste Frage ist, ob es Klagerechte für Investoren gegen Staaten geben sollte oder nicht. Zweitens wird erörtert, ob es nationaler oder internationaler Streitschlichtungsmechanismen bedarf bzw. ob und wie beide Ebenen miteinander in Verbindung gebracht werden können. In diesem Zusammenhang wird die Frage der Ausschöpfung des nationalen Rechtsweges (*local remedies rule*) als Voraussetzung für die Inanspruchnahme internationaler Streitschlichtungsmechanismen geprüft. Die dritte Frage bezieht sich auf die internationale Schiedsgerichtsbarkeit. Da bereits auf deren unterschiedliche Formen

<sup>1387</sup> Außerdem noch „*restitution in kind*“, was aber in der Praxis keine Rolle spielt.

eingegangen wurde, stellt sich die Frage, ob alle verschiedenen Arten der Schiedsgerichtsbarkeit gleichermaßen für die Abwicklung von Investitionsstreitigkeiten geeignet sind oder nicht. Viertens wird der visionäre Gedanke eines internationalen Wirtschaftsgerichtshofes dargestellt. Demgegenüber wird die grundsätzlichs-te aller Fragen in diesem Zusammenhang, nämlich, ob es überhaupt Streitschlichtungsbestimmungen in internationalen Investitionsverträgen geben sollte, nicht erörtert. Dies kann ohne nähere Auseinandersetzung bejaht werden, da Rechtsregeln ohne Durchsetzungsbestimmungen unabhängig von dem zu regelnden Sachverhalt inkonsequent und sinnlos sind.<sup>1388</sup>

Nicht behandelt wird die zwischenstaatliche Streitschlichtung. Diese spielt in der Streitschlichtungspraxis – mit Ausnahme der WTO – nur eine untergeordnete Rolle. Viele der Reformvorschläge, die beim Investor-Staat-Verfahren erarbeitet werden, sind zudem auf diesen Bereich übertragbar. Dies soll nicht bedeuten, dass der zwischenstaatlichen Streitschlichtung in Investitions-sachen in Zukunft keine Bedeutung beigemessen werden soll. Im Gegenteil ist in den Reformvorschlägen zum Bereich Investitionsanreize durchaus eine Rolle für die zwischenstaatliche Streitschlichtung vorgesehen. Auch Klagen von Staaten gegen Investoren<sup>1389</sup> werden nicht behandelt. Bereits bei der Erörterung eines möglichen *Code of Conduct* wurde darauf verwiesen, dass die Staaten über das volle nationalstaatliche Instrumentarium verfügen, die Tätigkeit von MNU zu regulieren und von staatlichen Gerichten überprüfen zu lassen. Dies soll nicht bedeuten, dass es ein solches Klagerecht in internationalen Investitionsverträgen unter keinen Umständen geben sollte, aber generell erscheint die staatliche Ebene als die richtige Ebene für die Adressierung solcher Fragen.<sup>1390</sup> Eine mögliche Reform des WTO-Streitschlichtungssystems wird ebenfalls nicht behandelt. Der Reformbedarf bei der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit ist ungleich höher, was nicht heißen soll, dass das WTO-System nicht verbesserungsbedürftig ist. Außerdem ist die WTO-Streitschlichtung nur zum Teil mit investitionsrelevanten Fragen befasst.

### VII.2.5.1 Investor-Staat-Verfahren – Ja oder Nein?

Gegenstand der folgenden Erörterungen ist die Frage, ob es ausländischen nichtstaatlichen Akteuren (natürlichen oder juristischen Personen) möglich sein soll, bei Investitionsstreitigkeiten gegen einen Staat zu klagen. Die Frage, ob dies auf nationaler oder internationaler Ebene geschieht, sei hier zunächst unerheblich.

Zunächst ist festzustellen, dass es diese Möglichkeit in internationalen Verträgen bereits seit über 200 Jahren gibt.<sup>1391</sup> Der Jay-Vertrag zwischen den USA und Großbritannien<sup>1392</sup> enthielt die Möglichkeit einer

<sup>1388</sup> Dem steht auch nicht entgegen, dass das multilaterale Umwelt- und Sozialrecht über deutlich schwächere Durchsetzungsbestimmungen verfügt als das internationale Wirtschaftsrecht. Die Konsequenz kann nur darin liegen, Ersteres zu stärken, ohne Letzteres zu schwächen. Auch soll damit nicht ausgeschlossen werden, dass bei bestimmten sensiblen Wirtschaftsbranchen oder für einen bestimmten Übergangszeitraum Streitschlichtungsregelungen nicht voll anwendbar sind. Dies ist bereits jetzt übliche Praxis in der WTO sowie in zahlreichen internationalen Investitionsverträgen.

<sup>1389</sup> Merk, a.a.O., S. 153-154 empfiehlt dies z.B. Er begründet dies erstaunlicherweise damit, dass das innerstaatliche Recht des Ziellandes diesem keinen ausreichenden Rechtsschutz gegen den ausländischen Investor gewährt.

<sup>1390</sup> Für eine entsprechende Auseinandersetzung vgl. Sornarajah, a.a.O., S. 341-369.

<sup>1391</sup> Echeverría, a.a.O., S. 29 irrt somit, wenn er davon ausgeht, dass die USA vor Inkrafttreten des NAFTA niemals von ausländischen Investoren vor internationalen Streitschlichtungsinstitutionen verklagt wurden.

<sup>1392</sup> Dieser Vertrag wurde aufgrund der zahlreichen entschädigungslosen Enteignungen britischen Eigentums durch die

Investor-Staat-Klage vor einer fünfköpfigen Kommission, die zur Hälfte aus Vertretern der USA und Großbritanniens gebildet wurde. Das fünfte Mitglied wurde im Konsens beider Staaten bestellt.<sup>1393</sup>

Die Kommissionen haben insgesamt 536 Schiedssprüche erlassen. Der Vertrag hat eine wichtige Rolle bei der Weiterentwicklung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit gespielt und u.a. entsprechende Arbeiten der Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen beeinflusst.<sup>1394</sup> Der erste mit einem Schiedsspruch abgeschlossene Streitfall zwischen einem Staat und einem ausländischen Unternehmen stammt aus dem Jahr 1950.<sup>1395</sup> In internationalen Investitionsverträgen hat sich – wie dargestellt – die Möglichkeit von Investor-Staat-Verfahren längst durchgesetzt, und auch in den nationalen Rechtsordnungen wohl aller Staaten haben ausländische Unternehmen direkten Zugang zu den staatlichen Gerichten. Das Völkerrecht geht gewöhnlicherweise zwar immer noch davon aus, dass lediglich Staaten Völkerrechtssubjekte sind, aber einzelne Durchbrechungen dieser Regel finden sich in mehreren internationalen Verträgen auch außerhalb des Investitionsbereiches. So räumen sowohl das Fakultativprotokoll zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (Art. 2)<sup>1396</sup> als auch die Europäische Menschenrechtskonvention (Art. 34)<sup>1397</sup> Einzelpersonen Beschwerderechte ein. Auch das Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen (SRÜ, Art. 187 c)<sup>1398</sup> enthält ein – allerdings sehr stark eingegrenztes – Klagerecht von natürlichen Personen gegen Staaten vor der Kammer für Meeresbodenstreitigkeiten.<sup>1399</sup> Das Investor-Staat-Verfahren könnte somit vielleicht eine Art Türöffnerfunktion für die weitere Stärkung der Rolle des Individuums im Völkerrecht haben. Des Weiteren ist ein Investorklagerecht rechtspolitisch konsequent und sachgerecht. Investoren werden in Investitionsverträgen bestimmte Rechte eingeräumt. Daher ist es nur konsequent, wenn sie auch die Gelegenheit bekommen, diese Rechte durchzusetzen. Sachgerecht ist es, weil die meisten Investitionsstreitigkeiten Unternehmen direkt betreffen. Im Unterschied zum Handel, wo viel stärker allgemeine Regelungen wie Zollsätze und Quotierungen Streitigkeiten auslösen, liegen Investitionsstreitigkeiten häufig komplexe Einzelfallmaßnahmen zugrunde, die zu einem Streit zwischen einem Investor und dem Zielland führen.<sup>1400</sup>

Wenn kein direktes Klagerecht für Investoren zur Verfügung stehen soll, bleiben als Alternativen entweder diplomatischer Schutz durch den Herkunftsstaat des Investors oder zwischenstaatliche Streiterledigungsverfahren. Diplomatischer Schutz ist die schlechteste aller Optionen. Er führt zu einer Entrechtlichung von Investitionsstreitigkeiten und räumt stärkeren Staaten bessere Durchsetzungsmöglichkeiten ein als kleineren Staaten. Es ist kaum denkbar, dass ein Entwicklungsland z.B. Bankguthaben der USA beschlagnahmt oder einfriert, um Forderungen eines seiner Unternehmen zu befriedigen. Historisch wurde diplomatischer Schutz als eine Methode der Intervention von Industrielän-

---

damaligen nordamerikanischen Kolonien abgeschlossen, weil der Friedensvertrag von 1783 nicht zu einer zufriedenstellenden Entschädigung der britischen Gläubiger führte. Er wurde nach dem ersten Vorsitzenden des US Supreme Court, John Jay, benannt, vgl. Legum, B. (2001): *Federalism, NAFTA Chapter Eleven and the Jay Treaty of 1794*, S. 6-7.

<sup>1393</sup> Ebenda.

<sup>1394</sup> Sornarajah, a.a.O., S. 151-152.

<sup>1395</sup> Ebenda, S. 153.

<sup>1396</sup> In NN (2002): *Völkerrechtliche Verträge*, S. 247-249.

<sup>1397</sup> Ebenda, S. 178-191.

<sup>1398</sup> Ebenda, S. 275-423.

<sup>1399</sup> „Die Besonderheit des Art. 187 c) SRÜ liegt in der Möglichkeit, dass eine natürliche oder juristische Person einen Staat vor einem internationalen Spruchkörper verklagen kann“, vgl. Lörcher, a.a.O., S. 129.

dern in Entwicklungsländern angesehen und durch die Formulierung der CALVO-Doktrin (vgl. II.2.4) angegriffen. Nicht umsonst versuchen daher die lateinamerikanischen Staaten bei den FTAA-Verhandlungen einen Ausschluss diplomatischen Schutzes bei Investitionsstreitigkeiten durchzusetzen.<sup>1401</sup> Diplomatischer Schutz und zwischenstaatliche Streiterledigung haben beide den Nachteil, dass es keineswegs gewiss ist, dass der Heimatstaat tatsächlich bereit ist, die Interessen seiner Unternehmen geltend zu machen. Größere Unternehmen hätten hier sicherlich bessere Chancen, dies durchzusetzen, als kleinere Unternehmen. Selbst wenn ein Staat tatsächlich für ein Unternehmen die Klage führt, ist nicht gewährleistet, dass eine mögliche Entschädigungszahlung tatsächlich an das Unternehmen weitergereicht wird.

**Empfehlung:** Die Möglichkeit von Investor-Staat-Verfahren ist zu begrüßen.

### VII.2.5.2 Nationale oder internationale Verfahren?

Nun ist zu klären, ob Investoren vor nationalen oder vor internationalen Gerichten/Schiedsgerichten ihre Interessen geltend machen sollten. Nach der Calvo-Doktrin, die mittlerweile kaum noch verfolgt wird, sind die staatlichen Gerichte abschließend zuständig für die Erledigung von Investitionsstreitigkeiten. Durchgesetzt hat sich mittlerweile das genaue Gegenteil, nämlich die sofortige Zuständigkeit internationaler Schiedsgerichte, ohne dass der nationale Rechtsweg durch den Investor auszuschöpfen wäre.<sup>1402</sup> Für diese Lösung wird häufig das Argument einer erhöhten Fairness angeführt. Bei der nationalstaatlichen Lösung wird häufig befürchtet, dass staatliche Gerichte nicht über eine ausreichende Unabhängigkeit verfügen und die Gefahr von unausgewogenen Entscheidungen zu Lasten des Investors bestünde. Die Möglichkeit der Nutzung internationaler Streiterledigungsmechanismen würde dagegen das Investitionsklima des Ziellands verbessern.<sup>1403</sup> Dazu kommt, dass das Tätig- bzw. Nichttätigwerden staatlicher Gerichte gerade zum Gegenstand von Streitigkeiten zwischen Investoren und dem Zielland werden kann, wenn z.B. der Rechtsschutz verweigert wird oder ein Verfahren derartig verschleppt wird, dass dem Investor daraus schwerwiegende Nachteile entstehen. Der NAFTA-Fall *Loewen vs. USA* (vgl. VI.2.2.3.7) ist dafür ein gutes Beispiel.

Auf der anderen Seite gibt es mittlerweile immer mehr Staaten, die über robuste, effiziente und unabhängige staatliche Gerichtsbarkeiten verfügen. Gilt dies für alle Vertragsstaaten eines Investitionsabkommens, ist ein Verzicht auf eine internationale Lösung durchaus rational. Genau diesen Weg sind die USA und Australien in ihrem unlängst abgeschlossenen Freihandelsabkommen gegangen (vgl. VI.5.1.1). Ein weiteres Argument, staatliche Gerichtsbarkeit zumindest nicht auszuschließen bei internationalen Investitionsstreitigkeiten, kann der Neuen Institutionenökonomik entnommen werden. Ein anerkanntes und effizientes nationales Gerichtswesen, das einen wirksamen Schutz von Eigentumsrechten sichert, ist ohne jeden Zweifel eine wichtige Institution, die die ökonomischen

<sup>1400</sup> Cosby, A./Mann, H./Peterson, L.E./von Moltke, K. (2004): Investment and Sustainable Development, A Guide to the Use and Potenzial of International Investment Agreements, S. 34.

<sup>1401</sup> Siehe Art. 48 des 3. Entwurf des Investitionskapitels, FTAA, a.a.O.

<sup>1402</sup> Eine erwähnenswerte Ausnahme bildet China, die internationale Streiterledigungslösungen nur bei Enteignungsklagen zulassen, vgl. UNCTAD (2003b): Dispute Settlement: Investor-State, S. 92-93.

<sup>1403</sup> Ebenda, S. 13.

Rahmenbedingungen eines Staates verbessern kann.<sup>1404</sup> Daher sollte die Staatengemeinschaft ein Interesse daran haben, an der entsprechenden Bildung staatlicher Gerichtswesen mitzuwirken. Eine rein internationale Lösung von Investitionsstreitigkeiten würde aber keine entsprechenden Anreize schaffen. Einiges spricht daher dafür, die Frage von nationalen und internationalen Streitschlichtungsverfahren nicht alternativ, sondern komplementär zu diskutieren. Ein möglicher Kompromiss wäre eine Verpflichtung zur Ausschöpfung des nationalen Rechtsweges, bevor internationale Gerichte/Schiedsgerichte angerufen werden können. Diese Option wird nun näher geprüft.

Die *local remedies rule*, die ursprünglich als Schutz gegen eine umgehende Anwendung diplomatischen Schutzes angesehen wurde, ist Bestandteil des Völkergewohnheitsrechtes.<sup>1405</sup> Dies haben der IGH in ständiger Rechtsprechung<sup>1406</sup> sowie mehrere NAFTA-Schiedsgerichte<sup>1407</sup> bestätigt. Der IGH hat diese Frage entsprechend seiner Zuständigkeit für zwischenstaatliche Streitigkeiten entschieden. Er hat zudem klargestellt, dass von dieser Regelung durch eine völkervertragliche Bestimmung abgewichen werden kann.<sup>1408</sup> Dies gilt auch im Falle der Verweigerung des Rechtsschutzes.<sup>1409</sup> Die Vertragsstaaten sind somit frei, ob sie die *local remedies rule* in einem internationalen Investitionsvertrag verankern wollen oder nicht.<sup>1410</sup> Diese Regel ist Bestandteil zahlreicher völkerrechtlicher Verträge, insbesondere bei Verträgen, die nichtstaatlichen Akteuren Klagerechte gegen Staaten einräumen.<sup>1411</sup> Die Ausschöpfung des nationalen Rechtsweges wird von verschiedenen Seiten gefordert.<sup>1412</sup> Die Gegner der *local remedies rule* verweisen darauf, dass diese aus Investorensicht einer Zeit- und Geldverschwendung gleichkäme und dass eine problematische Situation entstehen könnte, wenn ein internationales Schiedsgericht ein Urteil eines staatlichen, unter Umständen des höchsten staatlichen Gerichtes aufheben würde.<sup>1413</sup>

Dem ersten Argument kann entgegengehalten werden, dass es bei der Ausgestaltung des Investor-Staat-Verfahrens nicht nur auf die Auffassung von Investoren ankommt und dass der Vorteil der staatlichen Institutionenbildung durchaus mögliche Nachteile für Investoren ausgleichen kann. Außerdem gäbe es die Möglichkeit, Fristen für die Erledigung von Investitionsstreitigkeiten vor nationalen Gerichten zu setzen. Dies gibt es bereits in einigen BIT.<sup>1414</sup> Das zweite Argument ist

<sup>1404</sup> So auch Oman, a.a.O., S. 124.

<sup>1405</sup> Schreuer, a.a.O., para. 94; Sornarajah, a.a.O., S. 132.

<sup>1406</sup> In mind. drei Fällen (Interhandel, Norwegian Loans, ELSI) hat der IGH entsprechend entschieden, vgl. Sornarajah, a.a.O., S. 132. Dem Fall ELSI lag eine Investitionsstreitigkeit aufgrund eines FCN-Vertrages zwischen den USA und Italien zugrunde, UNCTAD (2003b), a.a.O., S. 32.

<sup>1407</sup> *Marvin Feldman v. Mexico*, a.a.O., paras. 71-73; *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen and United States of America*, a.a.O., paras. 149-157.

<sup>1408</sup> Im ELSI-Fall, vgl. Sornarajah, a.a.O., S. 329.

<sup>1409</sup> Sornarajah, a.a.O., S. 133. Im Schiedsspruch *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen and United States of America*, a.a.O., paras. 165-170 wird davon gesprochen, dass der nationale Rechtsweg „adequate and effective“ bzw. „reasonably available“ sein muss.

<sup>1410</sup> Die ICSID-Konvention steht dem nicht entgegen. Art. 26 (2) ICSID-Konvention stellt dies ins Belieben der Vertragsstaaten. Dies kann durch unilaterale Erklärung, in der nationalen Gesetzgebung, in einer Vereinbarung zwischen Staat und Investor sowie in einem völkerrechtlichen Vertrag erfolgen, vgl. Schreuer, a.a.O., para. 94, 99-100.

<sup>1411</sup> Vgl. z.B. Art. 295 SRÜ; Art. 35 EMRK; Art. 2 Fakultativprotokoll zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte. Auch der Internationale Strafgerichtshof ergänzt lediglich die innerstaatliche Strafgerichtsbarkeit (Präambel sowie Art. 1 des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs v. 17.7.1998, in: NN (2002): *Völkerrechtliche Verträge*, a.a.O., S. 785-855). Er ist nur dann zuständig, wenn die zuständige staatliche Gerichtsbarkeit nicht willens oder nicht in der Lage ist, die Strafverfolgung ernsthaft durchzuführen (Art. 17 (1) a).

<sup>1412</sup> Hart/Dymond, a.a.O., S. 22; Cosbey et al., a.a.O., S. 46; Graham, a.a.O., S. 177.

<sup>1413</sup> Schreuer, a.a.O., para. 111; UNCTAD (2003), a.a.O., S. 117.

<sup>1414</sup> Schreuer, a.a.O., paras. 104-106.

demgegenüber zumindest auf den ersten Blick erheblich nachvollziehbarer. Allerdings ist bei der Alternative, dass Investoren direkten Zugang zur internationalen Streiterledigung bekommen, das staatliche Gerichtssystem komplett ausgeschaltet, so dass diesem keinerlei Rolle mehr zukommt (von der stark eingeschränkten aufhebenden Kontrolle einmal abgesehen). Es ist aber dennoch ein Problem, wenn staatliche Gerichtsentscheidungen durch Entscheidungen möglicherweise nicht ausreichend rechtsstaatlich und demokratisch legitimierter internationaler Schiedsgerichte aufgehoben werden. Deshalb kommt es darauf an, internationale Streiterledigungsmechanismen so rechtsstaatlich wie möglich auszugestalten. Dies wird im nächsten Punkt behandelt.

**Empfehlung:** Internationale Streiterledigungsmöglichkeiten sind zu unterstützen. Bei Staaten, die über respektierte und als unabhängig geltende staatliche Gerichtssysteme verfügen, kann auf eine Anrufung internationaler Institutionen verzichtet werden. Die Ausschöpfung des nationalen Rechtsweges sollte – soweit er zur Verfügung steht sowie verbunden mit einer Fristsetzung zur Erledigung des Falles – Voraussetzung für die Inanspruchnahme von internationalen Streitschlichtungslösungen sein.

### VII.2.5.3 Welche Formen der Schiedsgerichtsbarkeit sind geeignet?

Unter VI.6 wurde zwischen der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit und der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit unterschieden und deren jeweilige Problematiken herausgearbeitet. Es stellt sich die Frage, ob beide Schiedsgerichtsformen gleichermaßen geeignet sind, Investitionsstreitigkeiten zu lösen. Zur Beantwortung dieser Frage bietet es sich an, zunächst Kriterien aufzustellen, die an die Erledigung derartiger Streitigkeiten zu stellen sind. Die UNCTAD legt den folgenden Maßstab an: „*The settlement of any dispute, not just investment disputes, requires the adoption of the most speedy, informal, amicable and inexpensive method available.*“<sup>1415</sup> Hiervon ausgehend hält die UNCTAD ICSID und ICC für die beiden geeigneten Verfahren. Zwar geht die UNCTAD auf den Charakter des ICC als Forum für private Streitigkeiten ein, aber nur insoweit, als die ICC deshalb wenige Erfahrungen mit Investor-Staat-Verfahren hätte. Dies wäre aber hinzunehmen, weil die dementsprechende Praxis stetig steigen würde.<sup>1416</sup>

Diesem Maßstab, der auch nicht näher begründet wird, sowie der Auswahl der daraus abgeleiteten geeigneten Streitschlichtungsinstitutionen ist klar zu widersprechen. Da ein Investor-Staat-Verfahren *per definitionem* privaten und öffentlichen Interessen gerecht werden muss, ist der oben genannte Maßstab vollkommen ungeeignet, da er lediglich für rein private Streitigkeiten angemessen ist. So auch Sornarajah: „*The involvement of the state does bring in features which make the dispute inappropriate to be settled by procedures of international commercial arbitration.*“<sup>1417</sup> Dies verdeutlicht ein näherer Blick auf die Ursachen von Investitionsstreitigkeiten. Im NAFTA-Rahmen betreffen zehn von 38 Verfahren ökologische Maßnahmen (vgl. Anhang 3, Tabelle 19), in einem Fall geht es um öffentliche Dienstleistungen (kanadische Post). Gleich sechs Fälle betreffen das in der öffentlichen Diskussion stehende *Softwood-lumber*-Abkommen zwischen den USA und Kanada, das auch Gegenstand eines

<sup>1415</sup> UNCTAD (2003b), a.a.O., S. 11.

<sup>1416</sup> Ebenda, S. 15.

<sup>1417</sup> Sornarajah, a.a.O., S. 159.

zwischenstaatlichen WTO-Streitverfahrens war. Auch die Themen von BIT-Streitfällen belegen das öffentliche Interesse an diesen Verfahren.

Hinzuweisen ist auch auf die zunehmende öffentliche, politische und wissenschaftliche Kritik gegen internationale Investitionsverträge im Allgemeinen und am Investor-Staat-Verfahren im Besonderen. Ein unbeirrtes Festhalten an diesen Verfahren könnte letztendlich die Legitimität der gesamten Investitionsstreitschlichtung und der ihnen zugrunde liegenden internationalen Investitionsverträge untergraben. Die Tschechische Republik diskutiert bereits aufgrund der Erfahrungen mit den *Lauder/CME*-Verfahren über eine Kündigung seiner BIT.<sup>1418</sup>

Schließlich wäre es eine weitere Übervorteilung internationaler Investoren, wenn diese ein an ihre Interessen angepasstes Streitbeilegungssystem nutzen können, das euphemistisch mit „Parteiautonomie“ gerechtfertigt wird, während inländische Investoren mit einem „ineffizienten“ und „zeitraubenden“ staatlichen Gerichtsverfahren vorlieb nehmen müssen.

Aus all diesen Gründen sollte es auch auf internationaler Ebene möglichst gerichtsformige Verfahren bei Investitionsstreitsachen geben, die neben anderen wichtigen Bestandteilen vor allem ein Höchstmaß an Transparenz sowie die Möglichkeit der nicht nur formalen, sondern auch inhaltlichen, materiell-rechtlichen Überprüfung von Schiedssprüchen ermöglichen. Das Interesse der (privaten) Parteien an einer möglichst hohen Verfahrensautonomie ist demgegenüber eindeutig als nachrangig einzustufen. Nicht von ungefähr hat das GATT/WTO-Streitbeilegungssystem eine solche Entwicklung vollzogen. Das GATT-System hat den Streitparteien und den einzelnen Mitgliedsstaaten noch sehr viel Autonomie zugebilligt bis hin zu der Absurdität, dass von einem negativen Urteil betroffene Staaten dessen Annahme gegen den Widerstand aller anderen GATT-Staaten verhindern konnten (vgl. V.1.4). Die Abschaffung dieses Prinzips, die stärkere Durchsetzung von Panel-Berichten, die Institutionalisierung durch die Einführung des DSB sowie vor allem die Einführung des Überprüfungsverfahrens vor dem *Appellate Body* haben das WTO-Streitschlichtungssystem erheblich stärker verrechtlicht und formalisiert. Dies ist entscheidend den USA zu verdanken, die sich während der Uruguay-Runde mit ihrem legalistischen Ansatz durchgesetzt haben.<sup>1419</sup>

Die internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit kann dies aufgrund ihrer dogmatischen Beharrung auf Vertraulichkeit, Endgültigkeit von Schiedssprüchen und Parteiautonomie nicht leisten. Der Auffassung, diese sei strukturell ungeeignet zur Einbeziehung öffentlicher Interessen,<sup>1420</sup> ist zuzustimmen. Dazu kommt ihre faktische Nichtreformierbarkeit: Wenn z.B. ein Staat oder eine Gesellschaft die Schiedsordnung der Internationalen Handelskammer oder der Stockholmer Handelskammer für teilweise reformbedürftig hält, was wäre dann die Konsequenz? Diese Schiedsordnungen beruhen nicht auf völkerrechtlichen Verträgen oder irgendwelchen anderen öffentlichen Entscheidungen, die wenigstens mittelbar demokratisch legitimiert sind. Geändert werden können diese Schiedsordnungen nur durch die jeweiligen Institutionen, also die Handelskammern,

<sup>1418</sup> Rombald, V. (2004): How to Avoid Conflicting Awards, S. 38.

<sup>1419</sup> Lörcher, a.a.O., S. 141-154.

<sup>1420</sup> Sornarajah in Ontario Superior Court of Justice, a.a.O., para. 57.

deren Mitglieder große weltweit operierende Unternehmen sind. Es ist kaum anzunehmen, dass diese auf Änderungsvorschläge von Staaten, die an den o.g. Dogmen rütteln, eingehen.

Die UNCITRAL-SO könnte zwar durch Beschluss der UN-Generalversammlung geändert werden, dies würde aber nichts daran ändern, dass es sich um ein Ad-hoc-Verfahren handelt, das auf die Unterstützung anderer Institutionen angewiesen ist. Und nur eine Institution kann letztendlich die beschriebenen Kriterien an ein möglichst gerichtsförmiges Verfahren erfüllen. Eine Neugründung einer Institution oder eine entsprechende Mandatierung des UNCITRAL-Sekretariates nur zur Betreuung von Verfahren nach der UNCITRAL-SO würde aber den bestehenden Einrichtungen, insbesondere ICSID, unnötige Konkurrenz machen.

Die ICSID-Konvention hat aufgrund ihrer Nähe zur kommerziellen Schiedsgerichtsbarkeit ebenfalls problematische Züge, aber erstens gewährleistet sie ein weit höheres Maß an Transparenz und vor allem kann sie geändert werden, wenn ein entsprechender Konsens der Staaten erzielt wird. Gelingt es nicht, die ICSID-Konvention zu ändern, bliebe als letzte Möglichkeit ähnlich der Entwicklungen beim NAFTA die Änderung der internationalen Investitionsverträge selbst.

**Empfehlung:** Die internationale Investitionsschiedsgerichtsbarkeit ist der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit vorzuziehen. Internationale Investitionsverträge sollten keine Möglichkeiten für die Anrufung der ICC-, SCC- und anderer vergleichbarer Schiedsregeln enthalten. Die UNCITRAL-SO sollte nur so lange Anwendung finden, bis die ICSID-Konvention reformiert worden ist. Gelingt letzteres nicht, sollten in den internationalen Investitionsverträgen selbst wesentliche Verfahrensbestandteile der Streitschlichtung geregelt werden.

#### VII.2.5.4 Ein internationaler Wirtschaftsgerichtshof?

Ein sehr weitgehender Vorschlag wäre die Einrichtung eines Internationalen Wirtschaftsgerichtshofes (im Folgenden IWGH). Ein solcher Vorschlag hängt sehr von der allgemeinen Bewertung der Schiedsgerichtsbarkeit ab. Wird diese als strukturell unfähig zur Ausbalancierung öffentlicher und privater Interessen eingeschätzt, wie dies z.B. bei *Sornarajah* der Fall ist, und wird auch deren Reformierbarkeit angezweifelt, so könnte die vertiefte Befassung mit einem solchen Vorschlag durchaus Sinn machen. Der Aufbau eines ständigen internationalen Gerichtes, das sich mit Wirtschaftsstreitigkeiten befasst, gehört eingeordnet in Konzepte zur Herausbildung globaler Institutionen, wie sie im Rahmen des „*global governance*“<sup>1421</sup> oder weitergehender weltdemokratischer Ansätze<sup>1422</sup> diskutiert werden. Eine Parallele ist auch zur erfolgreichen Durchsetzung des Internationalen Strafgerichtshofes zu ziehen.

<sup>1421</sup> Stellvertretend für viele weitere Publikationen ist hier auf Hauchler, I./Messner, D./Nuscheler, F. (2001): *Global Governance, Notwendigkeit – Bedingungen – Barrieren*, in *Stiftung Entwicklung und Frieden* (Hrsg., 2001): *Globale Trends 2002*, S. 11-45, sowie *Commission on Global Governance* (1995): *Nachbarn in einer Welt, Der Bericht der Kommission für Weltordnungspolitik*, zu verweisen.

<sup>1422</sup> Vgl. hierzu Monbiot, G. (2003): *The Age of Consent, A Manifesto for a New World Order*.

Konkret könnte der IWGH zuständig sein für internationale Investitionsstreitigkeiten zwischenstaatlicher und gemischter Natur. Da es wenig Sinn macht, nur für diese Aufgabe ein internationales Gericht ins Leben zu rufen, wäre zu überlegen, die (obligatorische) Zuständigkeit des IWGH um weitere internationale Wirtschaftsstreitsachen zu erweitern. In Frage kämen dafür insbesondere Handelsstreitigkeiten, die jetzt von der WTO erledigt werden, sowie Streitigkeiten in Bezug auf geistiges Eigentum, wie sie zurzeit von der WIPO erledigt werden. Damit könnte der IWGH einen Beitrag zur Überwindung der Zersplitterung der internationalen Streitschlichtung leisten. Der IWGH müsste in punkto Transparenz und Überprüfbarkeit von Urteilen hohen Standards entsprechen, wie sie unten näher ausgeführt werden. Auch Streitigkeiten betreffend die Vollstreckung von Schiedssprüchen bei Investitionsstreitigkeiten sollte der IWGH abschließend entscheiden können.

Die inhaltlichen Gegenargumente zu einem solchen Vorschlag sind allerdings manifest. So können spezielle Streitschlichtungsinstitutionen über eine höhere Sachkenntnis verfügen als Gerichte, die einen relativ großen Zuständigkeitsbereich haben. Die Vereinheitlichung unterschiedlicher Verfahren mit unterschiedlichen Rechtsfolgen, Überprüfungs- und Durchsetzungsmechanismen sowie unterschiedlichen Traditionen ist zudem kein leichtes Unterfangen. Der Widerstand bestehender Institutionen und ihrer Protagonisten, sei es die Schiedsgerichtsbarkeit, ICSID oder die WTO-Streitschlichtung, gegen ihre Abschaffung bzw. ihren Bedeutungsverlust wäre wahrscheinlich enorm. Außerdem ist der Reformbedarf des WTO-Streitschlichtungssystems weit weniger groß im Vergleich zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit. Ohne die WTO-Streitbeilegung wäre es aber sehr fraglich, ob sich der Aufwand für die Errichtung eines entsprechenden Gerichtshofes lohnen würde.

Eine mögliche Alternative zu einem IWGH wäre die Erweiterung der Kompetenzen des IGH. In seiner Geschichte haben der IGH bzw. sein Vorgänger – der Ständige Internationale Gerichtshof – bisher nur wenige Investitionsstreitigkeiten entschieden.<sup>1423</sup> Grundlage waren dafür meist die älteren FCN-Verträge. Den IGH generell mit diesen Fragen zu betrauen, wäre mit zahlreichen Problemen verbunden. Erstens können nur Staaten den IGH anrufen. Ein Investor müsste also seinen Heimatstaat davon überzeugen, seine Interessen zu vertreten. Die Schwierigkeiten, die dies mit sich bringt, sind bereits erläutert worden. Das IGH-Statut müsste somit geändert werden in der Hinsicht, dass nichtstaatliche Akteure entsprechende Rechte bekommen und evtl. eine Wirtschaftskammer des IGH eingerichtet wird. Zweitens lässt das IGH-Statut<sup>1424</sup> keinerlei Rechtsmittel gegen ein Urteil zu (Art. 60). Dies ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass der IGH keine obligatorische Gerichtsbarkeit ausübt, sondern die Parteien dem Gerichtshof Rechtssachen zur Entscheidung unterbreiten (Art. 36 (1) IGH-Statut).

Die Idee der Einrichtung eines IWGH ist bisher – soweit dem Autor bekannt – nicht wissenschaftlich ausgearbeitet worden.<sup>1425</sup> Sie bedarf daher weiterer Konkretisierung und Diskussion. Deswegen wird

<sup>1423</sup> Sornarajah, a.a.O., S. 315-318 verweist auf neun Entscheidungen. Für eine inhaltliche Diskussion dieser Entscheidungen vgl. ebenda, S. 319-335.

<sup>1424</sup> Statut des Internationalen Gerichtshofs v. 26.6.1945, in NN (2002): Völkerrechtliche Verträge, a.a.O., S. 634-646.

<sup>1425</sup> Echeverria, a.a.O., S. 39, verweist auf die Möglichkeit eines umfassenden Systems internationaler Streitbeilegung, Dazu „*the international community could create a world legislative body, both to prescribe substantive law and to review and pass on judicial appointments*“, ebenda.

hier von einer Empfehlung abgesehen. Der IGH ist in seiner derzeitigen Struktur nicht für die Erledigung von Investitionsstreitigkeiten geeignet.

### VII.2.5.5 Transparenz

Die Transparenzdefizite bestehender Investitionsverträge und Schiedsverfahrensordnungen sind an zahlreichen Stellen dieser Arbeit beschrieben worden. Sie sind eindeutig unvereinbar mit den öffentlichen Interessen an Investitionsstreitigkeiten. Letztendlich ist es widersprüchlich, die Rolle der Transparenz als Inhalt von internationalen Investitionsverträgen immer wieder zu betonen, den gleichen Maßstab aber nicht auf die Streiterledigungsbestimmungen des gleichen Vertrages anwenden zu wollen.

*Hart/Dymond*, die Kanada bei Verhandlungen von Handels- und Investitionsverträgen<sup>1426</sup> vertreten haben, haben in Bezug auf NAFTA eine klare Position: „*There is no fundamental reason why investor-state dispute settlement should not be open to broader public scrutiny and accountability, particularly since issues of broad public concern may be litigated before an arbitral panel.*“<sup>1427</sup> Dieser Position ist uneingeschränkt zuzustimmen. Alle Dokumente, Verhandlungen<sup>1428</sup> – mit Ausnahme von Beratungen des Gerichtes/Schiedsgerichtes sowie vorgerichtlichen Konsultationen der Streitparteien – und vor allem die Schiedssprüche müssen der Öffentlichkeit vollständig zugänglich sein. Dabei sollte das bisherige Prinzip, nachdem grundsätzlich alles vertraulich ist, es sei denn die Streitparteien stimmen der Veröffentlichung zu, umgedreht werden. Grundsätzlich sollte alles öffentlich sein, es sei denn, der Investor macht explizit Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse geltend. Und auch in einem solchen Fall dürfte dann z.B. nicht der gesamte Schiedsspruch, sondern lediglich einzelne Passagen der Öffentlichkeit vorenthalten werden. Letztendlich kann dies nur im eigenen Interesse der Investor-Staat-Streitschlichtung sein, weil dadurch die Legitimation des Verfahrens deutlich erhöht wird. Neben der Öffentlichkeit von Dokumenten, Verhandlungen und Schiedssprüchen ist auch eine Registrierungs- und Veröffentlichungspflicht von Schiedsklagen notwendig, da dies der interessierten Öffentlichkeit erst die Gelegenheit gibt, von bestimmten Verfahren Kenntnis zu erlangen und weil dies der Vergleichbarkeit der Inanspruchnahme unterschiedlicher Streitschlichtungsinstitutionen dient. Neben einer Registrierungs- und Veröffentlichungspflicht sollte es auch eine Pflicht zur Veröffentlichung der Erledigung von Schiedsfällen geben. Die NAFTA-Erfahrungen zeigen, dass es nicht immer klar ist, ob registrierte Schiedsfälle nicht längst z.B. durch Einigung erledigt worden sind.

Historisch betrachtet wäre die Veröffentlichung von Schiedssprüchen lediglich eine Rückkehr zu früheren Praktiken. Der bereits erwähnte Jay-Vertrag sowie zahlreiche weitere frühe Verträge sahen dies vor: „*Thus, in the historical antecedents to contemporary investor-State arbitration, transparency – not secrecy – was the rule, and not the exception.*“<sup>1429</sup> Wenn dies bereits im 18. Jahrhundert möglich war, sollte dies erst recht im 21. Jahrhundert durchsetzbar sein.

<sup>1426</sup> *Dymond* war kanadischer Delegationsleiter bei den MAI-Verhandlungen.

<sup>1427</sup> Hart/Dymond, a.a.O., S. 22.

<sup>1428</sup> An dieser Stelle gibt es auch Reformbedarf beim ansonsten insoweit relativ fortschrittlichen WTO-Streitschlichtungsverfahren, weil Verhandlungen bisher nichtöffentlich sind.

<sup>1429</sup> Legum, a.a.O.

Die Chancen der Durchsetzung zumindest einiger dieser Vorschläge stehen denn auch ziemlich gut, wie neuere Entwicklungen – z.B. der neue US-Modell-BIT oder die einschlägigen Interpretationen der NAFTA-Freihandelskommission – belegen. Gerade grundsätzliche Befürworter internationaler Investitionsverträge sprechen sich deutlich für mehr Transparenz bei der Streitschlichtung aus.<sup>1430</sup> Die Umsetzung könnte grundsätzlich auf zwei Wegen, die sich nicht gegenseitig ausschließen, erfolgen: Erstens könnten die entsprechenden internationalen Investitionsverträge geändert bzw. nach NAFTA-Beispiel „interpretiert“ werden. Realistischer ist aber wohl eine entsprechende Verankerung von klaren Transparenzbestimmungen in neuen internationalen Investitionsverträgen. Zweitens könnte die ICSID-Konvention bzw. die UNCITRAL-SO geändert werden, wobei die erste Option eine Änderung eines völkerrechtlichen Vertrages und damit eine anschließende Ratifikation aller Vertragsstaaten voraussetzt (Art. 65, 66 ICSID-Konvention), während die UNCITRAL-SO durch einen Beschluss der UN-Generalversammlung geändert werden könnte.

**Empfehlung:** Verfahrensdokumente, Schiedssprüche sowie Verhandlungen sollten der Öffentlichkeit zugänglich sein. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sollten auf Wunsch des Investors geschützt werden können. Die Registrierung und Erledigung von Schiedsfällen sollte veröffentlicht werden.

### VII.2.5.6 Überprüfung von Schiedssprüchen

Wie beschrieben, sind die Möglichkeiten zur Überprüfung von Schiedssprüchen sehr eingeschränkt. Mit den oben entwickelten Kriterien ist dies nicht vereinbar. Das öffentliche Interesse an diesen Verfahren, die Legitimation der Streitschlichtung sowie die den Streitfällen zugrunde liegenden Themen erfordern ein Mindestmaß an die Überprüfbarkeit dieser Entscheidungen, das deutlich über die auf schwerwiegende Form- und Verfahrensfehler eingegrenzten jetzigen Kontrollmöglichkeiten hinausgeht. Ein weiterer Vorteil wäre die Herausbildung einer konsistenten Rechtsprechung und die Vermeidung von divergierenden Entscheidungen wie im Fall *Lauder/CME*. Letztendlich ist auch nicht zu begründen, warum das allgemein als erfolgreich angesehene WTO-Streitschlichtungssystem, das eine Überprüfung der Rechtsanwendung enthält, nicht als ein Vorbild auch für Investitionsstreitigkeiten gelten kann. Allein die Tatsache, dass ein Investor an letzteren Verfahren beteiligt ist, kann den Ausschluss der Rechtskontrolle nicht rechtfertigen. Daher ist es wenig erstaunlich, dass sich immer mehr Stimmen finden, die für entsprechende echte Berufungsmöglichkeiten plädieren.<sup>1431</sup> Zu dieser Entwicklung passen auch die – wenngleich noch sehr zaghaften – Versuche der USA, Berufungsinstanzen im Rahmen ihrer bilateralen Investitions- und Handelsverträge zu schaffen (vgl. VI.5).

Gegen eine Rechtskontrolle könnte erneut das Argument der Verfahrensverlängerung eingewandt werden, vor allem vor dem Hintergrund, dass hier für eine Ausschöpfung des nationalen Rechtsweges

<sup>1430</sup> Neben den oben zitierten Hart/Dymond wäre z.B. Weiler, T., in IISD (2002): A Comment on BIT/GATS/NAFTA, zu nennen. Dagegen findet sich unverständlicherweise keine dementsprechende Forderung im entsprechenden Themenpapier der UNCTAD (2003b), a.a.O.

<sup>1431</sup> Hart/Dymond, a.a.O., S. 23; Echeverria, a.a.O., S. 39; Cosbey et al., a.a.O., S. 34-35; Sornarajah, a.a.O., S. 192; Raeschke-Kessler, a.a.O., S. 41; Wälde, T. (2004), How to Avoid Conflicting Awards, S. 44; allgemein für mehr prozedurale Garantien sowie Annäherung an nationale Gerichtsstandards im Rahmen der NAFTA-Streitschlichtung spricht sich Van Duzer, a.a.O., S. 34-40, aus.

plädiert wurde. Dieses Problem ließe sich ähnlich wie beim WTO-Streitschlichtungssystem durch die Setzung von Fristen reduzieren. Ansonsten wird die Vorgabe, dass Schiedssprüche als „*endgültig und bindend*“ anzusehen sind, von der Schiedsgerichtsbarkeitsgemeinde geradezu ideologisch vertreten. Ein Beispiel dafür ist die Aussage von Kühn: „*To me, there is no need for uniform arbitral jurisprudence which could justify the institution of an international arbitral court which could circumvent the character of arbitration, a proceeding which is dominated by the parties' liberty and is an alternative to the extremely regulated and time-consuming proceedings before state courts.*“<sup>1432</sup> Private Interessen an einer schnellen Erledigung von Streitfällen werden über öffentliche Interessen gestellt, wie dies im Bereich des staatlichen Justizwesens undenkbar wäre.

Wie soll aber eine entsprechende Berufungsfunktion umgesetzt werden? Sinnlos zumindest auf der Ebene der BIT wäre der Versuch, eigene Berufungsinstitutionen auf Ebene der abgeschlossenen internationalen Investitionsverträge zu schaffen. Dafür ist die Menge an Verträgen schlicht zu hoch, zu viele Ressourcen würden für entsprechende Instanzen aufgewandt, die mit Sicherheit nur in sehr wenigen Fällen angerufen würden. Bei regionalen Verträgen mit einer größeren Anzahl von Vertragsstaaten und zu erwartenden Schiedsverfahren wäre dies aber vielleicht eine überlegenswerte Alternative.<sup>1433</sup> Eine andere Option wäre, den staatlichen Gerichten eine entsprechende Berufungsfunktion zuzuweisen.<sup>1434</sup> Diese Möglichkeit hat allerdings drei schwerwiegende Nachteile. Erstens müssten dann jeweils die nationalen Schiedsgerichtsgesetze geändert werden, was natürlich niemals in gleichem Umfang geschehen würde. Die Folge wären dann unterschiedliche Standards für die Überprüfbarkeit von Schiedssprüchen, die unter Umständen die Investitionsentscheidungen beeinflussen könnten.<sup>1435</sup> Außerdem würde diese Option die große Mehrheit an Investor-Staat-Verfahren überhaupt nicht berühren, da diese nach der ICSID-Konvention durchgeführt werden, die ein schiedsinternes Aufhebungsverfahren enthält und die staatliche Überprüfung damit verdrängt. Zweitens ist unter der Voraussetzung, dass der nationale Rechtsweg vor der Anrufung nationaler Gerichte/Schiedsgerichte auszuschöpfen ist, eine Überprüfung durch nationale staatliche Gerichte systemwidrig. Die internationale (Schieds-)gerichtsbarkeit würde dann quasi „*zwischen geschaltet*“ und evtl. entwertet. Außerdem könnte es dann vorkommen, dass die gleichen staatlichen Gerichte zweimal über den gleichen Fall zu entscheiden hätten. Und drittens diene eine staatliche Berufungsmöglichkeit auch nicht der Herausbildung einer konsistenten Rechtsprechung, weil zu erwarten ist, dass die nationalen Gerichte erhebliche Unterschiede in ihrer Rechtsprechung aufweisen würden.

Es blieben noch die Möglichkeiten, den IGH<sup>1436</sup> oder den *Appellate-Body*<sup>1437</sup> als Berufungsinstanz

<sup>1432</sup> Kühn, a.a.O., S. 17. Kühn diskutiert die Frage einer Überprüfungsmöglichkeit allerdings lediglich vor dem Hintergrund der Vermeidung sich widersprechender Schiedssprüche.

<sup>1433</sup> Hart/Dymond, a.a.O., S. 23, sprechen sich für ein permanentes NAFTA-Schiedsgericht aus, das auch Berufungsfunktionen wahrnehmen sollte.

<sup>1434</sup> Dies ist eine der Optionen, die Echeverria, a.a.O., S. 39 präferiert.

<sup>1435</sup> Oder aber die Staaten denken, es würde die Investitionsentscheidung beeinflussen und unterlassen die Einführung weitergehender Überprüfungsmöglichkeiten aus diesem Grund. Eine Situation ähnlich dem Gefangenendilemma könnte entstehen.

<sup>1436</sup> Sornarajah, a.a.O., S. 192 bringt diese Möglichkeit bei Fragen ins Spiel, die „*non-commercial matters*“ betreffen und illustriert dies an einem Streitfall, wo es um die evtl. Gefährdung der ägyptischen Pyramiden durch eine Investition ging. Es wäre in der Praxis sicherlich schwierig, „*non-commercial matters*“ von „*commercial matters*“ abzugrenzen. An anderer Stelle plädiert Sornarajah, a.a.O., S. 218, für eine generelle Berufungsfunktion des IGH bei Investor-Staat-Schiedssprüchen.

auszuwählen, völlig neue internationale Institutionen zu schaffen, wie z.B. den bereits diskutierten IWGH oder ein ICSID-internes Berufungsverfahren vorzusehen.<sup>1438</sup> Die Anrufung des IGH bringt die oben beschriebenen Probleme mit sich. Den *Appellate Body* zu einer Berufungsinstanz für Investitionsstreitigkeiten zu machen, ist eine durchaus charmante und innovative Idee, die aber folgende Schwierigkeiten mit sich bringt: Zunächst ist auch das WTO-Streitschlichtungssystem ein zwischenstaatliches System, so dass die gleichen Probleme wie beim IGH auftreten würden. Eine Änderung würde komplizierte Verhandlungen der 147 WTO-Mitgliedsstaaten erfordern. Unweigerlich würde in diesem Zusammenhang erneut die Forderung nach substanziellen WTO-Investitionsregeln aufkommen, die aber wie dargestellt abzulehnen sind und auch gerade erst von der Agenda der Doha-Verhandlungsrunde gestrichen worden sind.

*Holtzmann/Schwebel* haben die Idee entwickelt, einen internationalen „*Superior Court of Arbitration*“ einzurichten, dessen einzige Aufgabe die aufhebende Kontrolle bzw. die Überprüfung von Schiedssprüchen im Rahmen ihrer Vollstreckung sein soll. Diese soll sich an den Vorgaben der New-York-Konvention orientieren und die Entscheidungen staatlicher Gerichte ersetzen.<sup>1439</sup> Ähnlich der Vorschlag von *Pagel*, wonach die aufhebende Kontrolle von Schiedssprüchen vor staatlichen Gerichten ähnlich dem ICSID-System durch die Einführung eines ständigen „Aufhebungsgerichtshofes“ im Rahmen der jeweiligen Schiedsinstitutionen ersetzt werden soll. Allerdings soll die aufhebende Kontrolle im Rahmen der Vollstreckung weiterhin staatlichen Gerichten überlassen bleiben.<sup>1440</sup> Solche übergeordneten Instanzen würden die beschriebenen Probleme nicht lösen, insbesondere wäre keine rechtliche Überprüfung von Schiedssprüchen damit verbunden. *Pagels* Vorschlag krankt zudem an einer gewissen Inkonsequenz, weil er die Kontrolle in der Vollstreckungsphase weiterhin staatlichen Gerichten überlassen will. Sinnvoller wäre es, beide Verfahrensschritte komplett zu internationalisieren.

Die Änderung der ICSID-Konvention ist die beste aller Möglichkeiten. Sie hätte den größten Effekt, weil ICSID die meisten Investor-Staat-Verfahren administriert. Sie wäre auch relativ einfach in das jetzige Überprüfungssystem einzupassen. Wie beschrieben, wird die Überprüfung von Schiedssprüchen durch dreiköpfige Ad-hoc-Komitees vorgenommen, an dessen Zusammensetzung andere Maßstäbe angelegt werden als an die Zusammensetzung des Schiedsgerichtes.<sup>1441</sup> Diese Komitees sollten auch mit der rechtlichen Kontrolle von Schiedssprüchen beauftragt werden können. Die jetzige Überprüfung von Schiedssprüchen wäre dann entbehrlich bzw. würde durch die Rechtskontrolle ohnehin erfasst sein. Geändert werden müsste der Art. 52 der Konvention. Dies wäre sicherlich kein leichtes Unterfangen, vor allem, wenn man sich an die insbesondere rechtswissenschaftliche Kritik an der früheren Praxis des heutigen Überprüfungsverfahrens erinnert. Diese Kritik bezog sich aber auf den jetzigen Art. 52 und

<sup>1437</sup> Wälde, a.a.O., S. 44 diskutiert diese Möglichkeit.

<sup>1438</sup> Die UNCTAD (2003), a.a.O., S. 118, bringt dies sehr vorsichtig ins Spiel.

<sup>1439</sup> Holtzmann, H. (1995): A Task for the 21st Century: Creating a New International Court for Resolving Disputes on the Enforceability of Arbitral Awards, in Hunter, M./Marriott, A./Veeder, V.V. (Hrsg., 1995): The Internationalisation of International Arbitration, the LCIA Centenary Conference, S. 109-114; Schwebel, S.M. (1995): The Creation and Operation of an International Court of Arbitral Awards, in Hunter et al. (Hrsg., 1995), S. 115-123. In beiden Texten wird fast nur von der Überprüfung von Schiedssprüchen im Rahmen der Vollstreckung gesprochen, so dass nicht hinreichend klar ist, ob der Gerichtshof auch für die aufhebende Kontrolle von Schiedssprüchen zuständig sein soll. Dies würde aber der Systematik und den Grundüberlegungen der Autoren entsprechen, so dass dies hier angenommen wird.

<sup>1440</sup> Pagel, a.a.O., S. 208-213. Zur Sicherstellung der personellen Kontinuität empfiehlt Pagel die Ernennung der Mitglieder des Aufhebungsgerichtshofes für einen längeren Zeitraum, „z.B. für fünf Jahre“, ebenda, S. 212.

<sup>1441</sup> So dürfen die Komitee-Mitglieder u.a. weder Mitglied des Schiedsgerichts gewesen sein, gegen das sich die Aufhebungsklage

dessen angeblich zu extensive Anwendung durch die Komitees und nicht unbedingt generell auf Berufungsmöglichkeiten. Außerdem könnte ein wesentlicher Bestandteil der Kritik, nämlich die zu lange Verfahrensdauer, durch eine Änderung der Rechtsfolge der Überprüfungsentscheidung deutlich reduziert werden. Jetzt können Schiedssprüche lediglich annulliert werden; ein neues Schiedsverfahren ist dann die fast zwangsläufige Folge. Bei einem Berufungsverfahren wäre aber keine Aufhebung des Schiedsspruches, sondern eine neue und endgültige Entscheidung des Falles sinnvoll. Neue Schiedsverfahren erübrigten sich dann und die Verfahrensdauer würde mit Sicherheit sogar gegenüber dem jetzigen System deutlich verkürzt. Dies könnte zusätzlich durch die Festlegung von Fristen, wie sie in Bezug auf den Abschluss von Schiedsfällen dem ICSID-System bisher völlig fremd sind, unterstützt werden. Zu überlegen wäre auch, ob die jetzigen Ad-hoc-Komitees durch ein ständiges Komitee ähnlich dem *Appellate Body* ersetzt werden sollten. Dieses Modell sollte analog auch für die ICSID-AF angewandt werden.

**Empfehlung:** Die ICSID-Konvention sollte geändert werden, um die rechtliche Überprüfung von Schiedssprüchen zu ermöglichen. Die Rechtsfolge einer solchen Überprüfung wäre nicht die Annullierung eines Schiedsspruches, sondern die endgültige Entscheidung des Falles. Das Überprüfungsverfahren sollte an Fristen gebunden werden. Bei regionalen Investitionsverträgen mit einer größeren Zahl von Vertragsstaaten, z.B. bei der noch auszuhandelnden FTAA, wären auch eigene Berufungsinstitutionen denkbar.

## VII.2.6 Wettbewerbsordnung und Steuergesetzgebung

Im Rahmen dieser Arbeit (vgl. IV.2.4) wurde festgestellt, dass DI insgesamt eher negative Wettbewerbsauswirkungen haben, vor allem in Entwicklungsländern, die über keine Wettbewerbsgesetzgebung verfügen. TPM wurde als eine Verhaltensweise von MNU analysiert, die zu milliardenschweren jährlichen Steuerausfällen führt und die ebenfalls insbesondere Entwicklungsländer wegen mangelnder administrativer Kapazitäten vor große Probleme stellt. Diese beiden Punkte werden hier zusammen abgehandelt, weil sie erstens beide gewöhnlich nicht in internationalen Investitionsverträgen behandelt werden und zweitens TPM auch als wettbewerbsbeschränkende Geschäftspraktik eingestuft werden kann. Bei beiden Themen zielen die Reformvorschläge im Kern darauf ab, die geeigneten Institutionen aufzubauen, um die angesprochenen Probleme zu lösen bzw. zu reduzieren.

### VII.2.6.1 Wettbewerbsordnung

Die Notwendigkeit einer effizienten Wettbewerbsordnung (Wettbewerbsgesetze sowie administrative Institutionen zur Durchsetzung ähnlich dem Bundeskartellamt oder der EU-Wettbewerbskommission) ist quer durch alle politischen und wissenschaftlichen Lager im Grundsatz unumstritten. Dies gilt im Zusammenhang mit dem Thema Investitionen umso stärker, weil die Liberalisierung von DI zu einem Zustrom von MNU führen kann, der inländische Unternehmen unter Umständen nicht gewachsen sind. Es geht bei diesem Thema somit nicht um das „Ob“ einer Wettbewerbsordnung, sondern um das „Wie“

---

richtet noch die Nationalität einer der Streitparteien haben (Art. 52 (3) S. 2 ICSID-Konvention).

und insbesondere um die Frage, welches die geeignete Ebene dafür ist. Die Inhalte einer Wettbewerbsordnung werden hier nicht weiter diskutiert, da dies ein ausgesprochen komplexes Thema ist und es hierauf im Zusammenhang mit der Fragestellung dieser Arbeit nicht unbedingt ankommt. Klar ist aber, dass ein wirkungsvolles Wettbewerbsgesetz sowohl die Frage der Marktstruktur als auch die Frage des Marktverhaltens adressieren muss (vgl. IV.2.4). Im Folgenden werden daher die unterschiedlichen Ebenen für eine Wettbewerbsordnung – von der nationalen bis zur multilateralen Ebene – geprüft. Wie bereits die Koexistenz von nationalen und EU-Wettbewerbsregeln belegt, müssen sich Ansätze auf unterschiedlichen Ebenen nicht ausschließen.

Wie beschrieben, gibt es in allen Industriestaaten der Welt Wettbewerbsgesetze, während dies in zahlreichen Entwicklungsländern noch nicht der Fall ist. Daher müsste es das erste Ziel nachholender institutioneller Entwicklung sein, diese „Lücke“ zu schließen. Der Trend geht eindeutig in diese Richtung. Die nationale Ebene ist sicherlich die Ebene, auf der Wettbewerbsgesetze am einfachsten einzuführen sind, da keine langwierigen Verhandlungen über internationale Verträge stattfinden müssen. Problematisch könnte es aber insbesondere für die ärmsten Entwicklungsländer sein, neben dem notwendigen Know-how für eine Wettbewerbsgesetzgebung auch noch die nötigen administrativen Ressourcen für eine effektive Implementierung zu mobilisieren. Hier könnte durchaus eine Aufgabe für die internationale Gemeinschaft bestehen, technische und finanzielle Hilfe zu leisten. In diesem Zusammenhang ist auf das Modell-Wettbewerbsgesetz der UNCTAD zu verweisen.<sup>1442</sup> Auch die Enquete-Kommission „Globalisierung“ des Deutschen Bundestages empfiehlt den Ausbau nationaler Wettbewerbsordnungen sowie technische Hilfe durch Industrieländer.<sup>1443</sup>

Fraglich ist aber, ob die nationale Ebene ausreichend ist, um insbesondere wettbewerbsbeschränkende Geschäftspraktiken von großen MNU zu kontrollieren. Die Enquete-Kommission verweist u.a. darauf, dass „grenzüberschreitende unternehmerische Aktivitäten aus dem Geltungsbereich nationaler Rechtsordnungen heraus in neue hineinwachsen.“<sup>1444</sup> Immer wieder käme es zu parallelen Kartellverfahren in mehreren Ländern.<sup>1445</sup> Daher werden häufig bilaterale/regionale und sogar multilaterale Lösungen gefordert, letztere vor allem im WTO-<sup>1446</sup> oder im UN-Rahmen.<sup>1447</sup> Auch die Forderung nach einem Weltkartellamt wird erhoben.<sup>1448</sup>

Die Tatsache, dass grenzüberschreitende Unternehmensaktivitäten aus dem Geltungsbereich einer nationalen Rechtsordnung hinauswachsen, ist für sich allein genommen noch kein ausreichender Beleg für die Notwendigkeit internationaler Wettbewerbsregeln. Zunächst müsste belegt werden, warum nationale Wettbewerbsordnungen nicht ausreichen sollen, um die Entstehung bzw. das weitere Anwachsen globaler Marktmacht zu verhindern. Insbesondere wenn nur eine Volkswirtschaft betroffen

<sup>1442</sup> UNCTAD (2002a): Model Law on Competition, Draft Elements and Commentaries for Articles of a Model Law or Laws on Competition, Genf, 2002, <http://r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/docs/drftmdlw-07-10-02-en.Pdf>, Download vom 25.8.2004.

<sup>1443</sup> Deutscher Bundestag, a.a.O., S. 164.

<sup>1444</sup> Ebenda, S. 162.

<sup>1445</sup> Ebenda.

<sup>1446</sup> Siehe z.B. das Minderheitenvotum der FDP-Fraktion in der Enquete-Kommission, vgl. ebenda, S. 509, 515. Der Mehrheitsbericht fordert lediglich eine weitere Unterstützung der WTO-Arbeitsgruppe Handel und Wettbewerb. Außerdem Koopmann, G. (2000): Internationalisierung der Wettbewerbspolitik: Korrelat zur internationalen Handelspolitik.

<sup>1447</sup> Siehe z.B. das Minderheitenvotum der PDS-Fraktion in der Enquete-Kommission, vgl. ebenda, S. 552.

<sup>1448</sup> Deutscher Bundestag, a.a.O., S. 164, 515.

ist, was bei marktorientierten DI der Fall ist, ergibt sich kein besonderer Grund für internationale Kooperation auf diesem Gebiet. Die Existenz paralleler Kartellverfahren belegt allerdings zweifelsfrei deren Notwendigkeit, wobei hier vor allem bilaterale oder regionale Kooperationsabkommen adäquat wären.

Gegenüber den multilateralen Forderungen ist m.E. eine gewisse Skepsis angebracht. Eine Harmonisierung von Wettbewerbsgesetzen wäre außerordentlich problematisch, da es große Unterschiede zwischen diesen Gesetzen und denen ihnen zugrunde liegenden wettbewerbspolitischen Leitvorstellungen gibt. So unterscheiden sich z.B. die Wettbewerbsordnungen der USA und der EU sehr stark.<sup>1449</sup> Ein WTO-Wettbewerbsvertrag ist aus mehreren Gründen sehr problematisch. So ist zu befürchten, dass entsprechende Regeln weniger privates Verhalten bzw. private Marktmacht adressieren würden als mögliche staatliche Wettbewerbsbeschränkungen. Die WTO ist klassischerweise ein Forum zur (Selbst)-disziplinierung staatlichen handelsbeschränkenden Verhaltens und nicht zur Eindämmung privater Marktmacht. Das Doha-Mandat gibt weitere Hinweise darauf, wie potenzielle WTO-Wettbewerbsregeln ausgestaltet worden wären. Mit keinem Wort wird dort auf Fusionskontrolle oder auf die Bekämpfung wettbewerbswidriger Geschäftspraktiken eingegangen. Zu „*Hardcore-Kartellen*“ waren lediglich „Regelungen“ mandatiert, aber kein Verbot.<sup>1450</sup> Zudem ist das Thema Handel und Wettbewerb gerade erst von der Agenda der Doha-Runde heruntergenommen worden. Und schließlich dürfte eine multilaterale Wettbewerbsordnung nur extrem schwer durchsetzbar sein. Es ist kaum zu erwarten, dass die Staaten umfangreiche Mittel, z.B. für ein Weltkartellamt, zur Verfügung stellen. Die knappen politischen Ressourcen gerade in Entwicklungsländern sollten daher lieber auf den Aufbau eigener bzw. regionaler Wettbewerbsordnungen konzentriert werden.

**Empfehlung:** Die institutionelle Entwicklung nationaler Steuersysteme incl. einer wirkungsvollen Unternehmensbesteuerung ist notwendig. Eine internationale Unternehmenssteuerharmonisierung bzw. –annäherung ist zu begrüßen. Da dies sicherlich nur langfristig zu erreichen wäre, sollten zunächst regionale Ansätze z.B. in der EU verfolgt werden. Außerdem ist sicherlich ein schrittweises Vorgehen, das mit einer stärkeren Angleichung der Besteuerungsgrundlagen beginnen könnte, anzuraten.

### VII.2.6.2 Steuergesetzgebung

Der Handlungsbedarf auf diesem Feld ergibt sich bereits durch die TPM-bedingten Steuerausfälle. Im Zusammenhang mit MNU-Aktivität ist aber auch noch auf die Probleme der fiskalischen Investitionsanreize (vgl. IV.3.2) sowie der legalen Verlagerung von Kapital in Niedrig- bzw. Nullsteuerländer („*tax havens*“) hinzuweisen. *Oxfam* schätzt die daraus resultierenden Steuerverluste für Entwicklungsländer auf bis zu 50 Milliarden US-Dollar pro Jahr.<sup>1451</sup>

<sup>1449</sup> Koopmann, a.a.O., S. 17-19.

<sup>1450</sup> WTO (2001c), a.a.O., paras. 23-25. Siehe auch Deutscher Bundestag, a.a.O., S. 162-163. Bezeichnend ist auch das Minderheitenvotum der FDP-Fraktion in der Enquete-Kommission. Dort wird für eine globale Wettbewerbsordnung im WTO-Rahmen plädiert, das Thema private Marktmacht bzw. Wettbewerbsbeschränkungen aber überhaupt nicht angesprochen. Stattdessen wird polemisch davon gesprochen, dass die Globalisierung Grenzen für 'das souveräne Recht auf eine schlechte Wirtschaftspolitik' auch für Industrieländer setze, Deutscher Bundestag, a.a.O., S. 515.

<sup>1451</sup> Oxfam GB (2000): *Tax Havens: Releasing the Hidden Billions for Poverty Eradication*, S. 10. Dies bezieht sich allerdings nicht nur auf Steuerausfälle, die auf Unternehmensverhaltensweisen zurückzuführen sind, sondern z.B. auch auf Vermeidung von Einkommenssteuer von Privatpersonen.

Ähnlich wie bei dem Aufbau einer Wettbewerbsordnung ist auch die Notwendigkeit klarer und transparenter Steuerregeln sowie effizienter Durchsetzungsinstitutionen unumstritten. Dies sollte entweder zunächst einmal auf nationaler Ebene durch eine effektive Wettbewerbsordnung oder durch ein effektives Steuersystem in allen Staaten zu gewährleisten versucht werden.

Welche Rolle ergibt sich für die internationale Steuerpolitik? Optionen wären erstens ein verbesserter Informationsaustausch zwischen nationalen Steuerbehörden, zweitens Angleichungen bei den Besteuerungsmethoden sowie drittens eine Harmonisierung der Unternehmensbesteuerung. Ein verbesserter Informationsaustausch könnte helfen, TPM zu vermeiden, da nationale Steuerbehörden häufig nicht allein in der Lage sind, die komplexen grenzüberschreitenden unternehmensinternen Transaktionen der MNU nachzuvollziehen. Dies könnte in einem Atemzug mit einer verbesserten internationalen Bekämpfung der Geldwäsche auf die internationale Agenda gesetzt werden.<sup>1452</sup> Eine Angleichung der Grundlagen der Unternehmensbesteuerung, z.B. einheitliche Bewertungsmethoden bei unternehmensinternen Transaktionen, hätte den Vorteil, den Staaten nicht die Freiheit zu nehmen, ihre Steuersätze eigenverantwortlich festzulegen.<sup>1453</sup> Eine internationale Unternehmenssteuerharmonisierung wäre natürlich das wirksamste Mittel gegen TPM, weil diese ja gerade durch das Ausnutzen von unterschiedlichen Steuersätzen determiniert ist. Es hätte noch den zweiten Vorteil, dass damit auch der Spielraum für fiskalische Investitionsanreize geringer würde. Ein weiterer Vorteil wäre, dass dadurch Steuerschlupflöcher geschlossen würden und somit die Nutzung von *tax havens* eingedämmt würde. Allerdings sollte man sich keinen Illusionen hingeben. Gerade für viele kleinere Staaten sind niedrige Unternehmenssteuern einer der wichtigsten Wettbewerbsvorteile, die sie nur schwerlich freiwillig aus der Hand geben werden. Dies zeigt schon die bisher ergebnislose Debatte in der EU über dieses Thema. Daher ist dieser Ansatz vermutlich nur langfristig bzw. über viele Zwischenschritte zu realisieren.

**Empfehlung:** Wie bei der Wettbewerbsordnung ist die institutionelle Entwicklung nationaler Steuersysteme incl. einer wirkungsvollen Unternehmensbesteuerung in allen Staaten sinnvoll. Eine internationale Unternehmenssteuerharmonisierung bzw. –annäherung ist zu begrüßen. Da dies sicherlich nur langfristig zu erreichen wäre, sollten zunächst regionale Ansätze z.B. in der EU verfolgt werden. Außerdem ist sicherlich ein schrittweises Vorgehen, das mit einer stärkeren Angleichung der Besteuerungsgrundlagen beginnen könnte, anzuraten.

---

<sup>1452</sup> Ebenda, S. 22.  
<sup>1453</sup> Ebenda, S. 22-23.

## VII.3 Zusammenfassung

In diesem Kapitel wurden zahlreiche Argumente für den Abschluss eines IIA bewertet. Im Ergebnis haben sich diese Argumente als nicht überzeugend herausgestellt, so dass von der Aufnahme von Verhandlungen zu einem IIA abzuraten ist. Eine zusammenfassende Bewertung der Argumente ist bereits unter VII.1.2 erfolgt. Sollte es doch zu Verhandlungen für ein IIA kommen, so wäre die UNO/UNCTAD das geeignete Verhandlungsforum. Ein *Code of Conduct* wäre keine Alternative zu einem IIA und ist grundsätzlich mit Skepsis zu bewerten.

Hinsichtlich des Reformbedarfes werden im Folgenden die Empfehlungen zu den einzelnen Bereichen wiedergegeben. Um Missverständnissen vorzubeugen, sei noch einmal betont, dass sich diese Empfehlungen ausschließlich auf internationale Investitionsverträge beziehen und nicht auf die jeweilige nationale Investitionsgesetzgebung.

### a.) Definition von Investitionen

- API sollten ausgeschlossen sein, soweit sie nicht der Finanzierung von bzw. der Beteiligung an DI dienen.
- F+Ü sollten nicht von der Investitionsdefinition ausgenommen werden. Die gerechtfertigte differenzierte Behandlung sollte im Rahmen von substanziellen Bestimmungen, insbesondere bei der Nichtdiskriminierung, vorgenommen werden.

### b.) Inländerbehandlung

- In Bezug auf die Inländerbehandlung sollte im Grundsatz nicht das *Pre-establishment*-Prinzip gelten. Dies gilt insbesondere, wenn Entwicklungsländer Verträge mit Industrieländern abschließen. *Pre-establishment*, das auf Investoren einer REIO beschränkt wird, ist zu begrüßen, wenn sich die Staaten auf einem ähnlichen Entwicklungsniveau befinden und ein geeignetes kompetitives Umfeld besteht.
- Das Inländerbehandlungsprinzip auf *Post-establishment*-Basis sollte in keinem Vertrag fehlen. Die nötige Flexibilität sollten die Vertragsstaaten über Ausnahmen herstellen, wobei diesbezüglich keine verallgemeinerungsfähige Empfehlung gegeben werden kann, da dies zu stark von den länderspezifischen Bedingungen abhängt. Die Formulierungen „*no less favourable*“ und „*in like circumstances*“ sollten unbedingt genutzt werden.

### c.) Performance Requirements

- *Performance requirements* sollten nicht eingeschränkt werden.

#### **d.) Investitionsanreize**

- Ein internationales Inventar für Investitionsanreize sollte eingerichtet werden. Informations- und Konsultationsmechanismen für die Gewährung von Investitionsanreizen sind zu schaffen.
- Die Vergabe von Investitionsanreizen ist einzuschränken. Dies kann durch die Begrenzung des Umfangs von Investitionsanreizen, das Verbot bestimmter Investitionsanreize sowie durch die Bindung von Investitionsanreizen an Rückzahlungsvorbehalte erfolgen.

#### **e.) Streitschlichtung**

- Die Möglichkeit von Investor-Staat-Verfahren ist zu begrüßen.
- Internationale Streiterledigungsmöglichkeiten sind zu unterstützen. Bei Staaten, die über respektierte und als unabhängig geltende staatliche Gerichtssysteme verfügen, kann auf eine Anrufung internationaler Institutionen verzichtet werden. Die Ausschöpfung des nationalen Rechtsweges sollte – soweit er zur Verfügung steht sowie verbunden mit einer Fristsetzung zur Erledigung des Falles – Voraussetzung für die Inanspruchnahme internationaler Streitschlichtungslösungen sein.
- Die internationale Investitionsschiedsgerichtsbarkeit ist der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit vorzuziehen. Internationale Investitionsverträge sollten keine Möglichkeiten für die Anrufung der ICC-, SCC- und anderer vergleichbarer Schiedsregeln enthalten. Die UNCITRA-SO sollte nur so lange Anwendung finden, bis die ICSID-Konvention reformiert worden ist. Gelingt letzteres nicht, sollten in den internationalen Investitionsverträgen selbst wesentliche Verfahrensbestandteile der Streitschlichtung geregelt werden.
- Verfahrensdokumente, Schiedssprüche sowie Verhandlungen sollten der Öffentlichkeit zugänglich sein. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sollten auf Wunsch des Investors geschützt werden können. Die Registrierung und Erledigung von Schiedsfällen sollte veröffentlicht werden.
- Die ICSID-Konvention sollte geändert werden, um die rechtliche Überprüfung von Schiedssprüchen zu ermöglichen. Die Rechtsfolge einer solchen Überprüfung wäre nicht die Annullierung eines Schiedsspruches, sondern die endgültige Entscheidung des Falles. Das Überprüfungsverfahren sollte an Fristen gebunden werden. Bei regionalen Investitionsverträgen mit einer größeren Zahl von Vertragsstaaten, z.B. bei der noch auszuhandelnden FTAA, wären auch eigene Berufungsinstitutionen denkbar.

#### **f.) Wettbewerbsordnung und Steuergesetzgebung**

- Priorität sollte auf die Einführung bzw. den Ausbau wirksamer nationaler Wettbewerbsordnungen gelegt werden, wobei den ärmsten Entwicklungsländern technische und finanzielle Hilfe gewährt werden sollte. Auf internationaler Ebene sollte zunächst Priorität auf eine bessere Kooperation der nationalen Wettbewerbsbehörden gelegt werden, z.B. um Parallelverfahren zu vermeiden. Multilaterale Regelungen sind demgegenüber nur in einer sehr langfristigen Perspektive denkbar. In keinem Fall können sie die notwendigen nationalen Institutionen ersetzen.
- Die institutionelle Entwicklung nationaler Steuersysteme incl. einer wirkungsvollen

Unternehmensbesteuerung ist notwendig. Eine internationale Unternehmenssteuerharmonisierung bzw. –annäherung ist zu begrüßen. Da dies sicherlich nur langfristig zu erreichen wäre, sollten zunächst regionale Ansätze z.B. in der EU verfolgt werden. Außerdem ist sicherlich ein schrittweises Vorgehen, das mit einer stärkeren Angleichung der Besteuerungsgrundlagen beginnen könnte, anzuraten.

## VIII. Fazit

Die Auslandsinvestitionspolitik der in der Arbeit untersuchten heutigen Industriestaaten sowie die Rolle, die DI bei der Industrialisierung dieser Länder spielten, war völlig unterschiedlich. Daraus folgt, dass es kein „*One-size-fits-all*“-Konzept für DI-Politik gibt. Die Geschichte internationaler Investitionsabkommen nach Ende des zweiten Weltkrieges ist auch die Geschichte des Scheiterns verschiedener Anläufe für ein internationales Investitionsabkommen. Das vorläufig letzte Beispiel dafür sind die erfolglosen Versuche, ein allgemeines WTO-Investitionsabkommen durchzusetzen. Unausgewogene und überfrachtete Verträge – Beispiele dafür sind der UN Code of Conduct und der MAI-E – sind zum Scheitern verurteilt.

DI lassen sich mit der Ausnutzung von firmenspezifischen Wettbewerbs-, Standort- und Internalisierungsvorteilen erklären. Eine Reduzierung der DI-Motivation auf Kostenerwägungen wird der weltwirtschaftlichen Realität nicht gerecht. Die Neue Institutionenökonomik liefert durch die Herausarbeitung der Bedeutung von Institutionen für die ökonomische Entwicklung – insbesondere der Durchsetzung von Eigentumsrechten – sowie mit der Bedeutung von Transaktionskosten wertvolle Hinweise für die Debatte um internationale Investitionsverträge. Direkte Schlussfolgerungen für Form und Inhalt dieser Verträge lassen sich aber nicht aus ihr ableiten.

Unter dem Vorbehalt der immer noch unbefriedigenden statistischen Erfassung von DI kann konstatiert werden, dass der Anteil von DI seit Mitte der 1990er-Jahre sowohl absolut als auch relativ erheblich angestiegen ist. Dennoch beträgt die Höhe der Internationalisierung der Produktion nicht mehr als 10-11% des weltweiten BIP. Inlandsinvestitionen haben nach wie vor eine weit höhere Bedeutung als DI. Letztere haben mittlerweile aber die Entwicklungshilfe als wichtigsten externen Kapitalzufluss für Entwicklungsländer abgelöst. Nach wie vor erhalten aber die Industrieländer den Löwenanteil der DI-Ströme. Seit Mitte der 1990er-Jahre haben F+Ü einen Anteil von ca. 2/3 an den DI.

Die Wohlfahrtseffekte von DI hängen entscheidend von den institutionellen und ökonomischen Rahmenbedingungen im Zielland sowie von der Art des Marktzutritts ab. Ein gewisser Entwicklungsstand ist erforderlich, um signifikante DI-Ströme anzuziehen und um den maximalen Nutzen aus DI zu gewinnen. *Greenfield investment* ist im Vergleich zu F+Ü erheblich positiver einzuschätzen. In einzelnen Staaten als auch in einzelnen Branchen können DI durchaus eine große Bedeutung haben und zu positiven Wohlfahrtseffekten führen. Klar ist allerdings, dass DI alleine das Problem der Armut und Unterentwicklung in Entwicklungsländern weder lösen noch substanziell verringern können. Dies wird schon deutlich anhand des global betrachtet geringen Beitrages ausländischer Tochtergesellschaften zur Schaffung von Arbeitsplätzen.

*Performance requirements* können gerechtfertigt werden, wenn sie der Reduzierung von Marktversagen dienen und nicht zum Schutz dauerhaft ineffizienter nationaler Unternehmen führen. Die praktischen Erfahrungen mit *performance requirements* sind deutlich besser als ihr Ruf. Die praktische

Anwendung geht aufgrund der unilateralen Investitionsliberalisierung deutlich zurück. Bei Investitionsanreizen liegt das Problem eines Gefangenendilemmas vor. Investitionsanreize führen zu Ressourcentransfer von öffentlichen in private Kassen, zu Ressourcenverschwendung und zu Mitnahmeeffekten durch MNU. Im Unterschied zu *performance requirements* nimmt ihre praktische Anwendung deutlich zu.

Die WTO ist bereits trotz des Fehlens eines allgemeinen Investitionsabkommens in vielfältiger Weise mit der Regelung von DI involviert. Investitionsrelevante WTO-Verträge sind GATS, TRIMs, TRIPS sowie das Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen. Die strukturelle Benachteiligung von Entwicklungsländern in der WTO kann zum Teil durch die Bildung von Koalitionen zwischen Entwicklungsländern wieder ausgeglichen werden. Inwieweit diese tatsächlich zur positiven Gestaltung im Dienste ihrer Interessen nutzbar gemacht werden können, muss die Zukunft erweisen.

Trotz des Fehlens eines IIA kann nicht von einer internationalen Regelungslücke oder einem „*power-based-system*“ in Bezug auf DI gesprochen werden. Es besteht ein Vertragsnetz aus über 2.000 BIT, hunderten von regionalen und sektoralen investitionsrelevanten Verträgen sowie den multilateralen WTO-Verträgen. Dieses Vertragsnetz wird ergänzt durch die internationale Schiedsgerichtsbarkeit und die New-York-Konvention, die Verfahren für die Durchführung von Streitschlichtungsverfahren sowie die Durchsetzung von Schiedssprüchen zur Verfügung stellen. Internationale Investitionsverträge sind trotz gewisser Annäherungstendenzen weit davon entfernt, uniforme Regeln zu beinhalten. Insbesondere haben sich das *Pre-establishment*-Konzept sowie das Verbot von *performance requirements* noch nicht auf breiter Front durchgesetzt. Mit Ausnahme der investitionsrelevanten WTO-Verträge, die DI nur sehr spezifisch behandeln, beinhalten die meisten internationalen Investitionsverträge Bestimmungen zu Inländerbehandlung, MFN, Enteignung und Entschädigung, Freiheit von Kapitaltransfers sowie zum völkerrechtlichen Mindestbehandlungsgrundsatz. Dagegen werden Investitionsanreize nur sehr selten eingeschränkt. Die Zahl der Schiedsverfahren nimmt parallel zu der Zunahme von Investitionsverträgen seit Ende der 1990er-Jahre deutlich zu. Fast immer reichen Investoren aus Industriestaaten Schiedsklage gegen Entwicklungsländer ein. Nach den bisherigen Erfahrungen mit Investor-Staat-Schiedsverfahren im Rahmen von BIT und NAFTA kann nicht davon gesprochen werden, dass ein „*race to the bottom*“ um die niedrigsten Umwelt- und Sozialstandards ausgelöst bzw. dass das staatliche Recht auf Regulierung gravierend eingeschränkt worden wäre. Den Schiedsverfahren mangelt es aber an Transparenz sowie an der Möglichkeit der erneuten rechtlichen Überprüfung von Schiedssprüchen.

Die meisten der mit einem IIA verbundenen Vorteile können auch durch das bestehende Vertragsnetz erreicht werden. Weiterhin mangelt es den Argumenten für ein IIA an einer empirischen Fundierung. Insbesondere sind keine erhöhten DI-Ströme durch ein IIA zu erwarten. Die beiden auf den ersten Blick stärksten Argumente für ein IIA sind die Einschränkung von wohlfahrtsschädigenden Investitionsanreizen sowie das Transaktionskostenargument. Eine Einschränkung von Investitionsanreizen ist aber durch einen IIA kaum zu erwarten, wie die Erfahrungen u.a. mit den MAI-Verhandlungen zeigen. Außerdem kann das Problem auch auf regionaler Ebene angegangen

werden. Das Transaktionskostenargument scheidet daran, dass es weder einen völkerrechtlichen Automatismus noch einen ernsthaften politischen Willen zur Beendigung internationaler Investitionsverträge gibt. Dies kann sich natürlich in der Zukunft ändern, aber in absehbarer Zeit ist damit nicht zu rechnen.

Eine Absage an einen IIA ist nicht als ein Plädoyer für den *status quo* hinsichtlich des jetzigen Vertragsnetzes zu verstehen. Diese sind in mehrerer Hinsicht reformbedürftig. Der dringendste Bedarf besteht hinsichtlich der Reform der Streitschlichtungsmechanismen. Hier ist eine stärkere Formalisierung und Gerichtsformigkeit notwendig. Insbesondere sind eine erhöhte Transparenz sowie die Möglichkeit der Überprüfung der Rechtsanwendung durch die Schiedsgerichte durchzusetzen. Dafür bedarf es u.a. einer Änderung der ICSID-Konvention. In materiellrechtlicher Hinsicht sollten internationale Investitionsverträge kein pre-establishment zulassen und performance requirements nicht einschränken. API sollten nur geschützt werden, wenn sie in einem engen Zusammenhang mit einer DI stehen. Der Aufbau von Wettbewerbs- und Steuerordnungen insbesondere in Entwicklungsländern wäre aus der Perspektive institutioneller Entwicklung sehr zu begrüßen. Die Rahmenbedingungen für positive Wohlfahrtseffekte durch DI würden sich dadurch stark verbessern.

## **Anhänge**

Anhang 1: Auswirkung von F+Ü auf Konzentrationsgrade

Anhang 2: Investitionsdefinition am Beispiel des Modell-BIT der Schweiz

Anhang 3: Abbildungen und Tabellen

## Anhang 1: Auswirkung von F+Ü auf Konzentrationsgrade

In diesem Modell soll die Auswirkung von horizontalen F+Ü auf den nationalen und den globalen Konzentrationsgrad kurz dargestellt werden.

Prämissen:

- gleiche Branche und Produktionsstufe mit voll substituierbaren Gütern
- Verwendung des Indikators Konzentrationsrate (CR)
- Zwei Länder mit gleicher Marktgröße

Land A hat vier Unternehmen, die jeweils einen Marktanteil von 25% haben. Gleiches gilt für Land B. CR-2 beträgt für beide Länder 50%, die globale CR-2 25%. Kauft ein Unternehmen aus Land A ein Unternehmen in Land B, so bleibt CR-2 für beide Länder gleich, die globale CR-2 steigt aber auf 37,5%. Kauft jetzt ein weiteres Unternehmen aus Land A ein Unternehmen aus Land B, so bleibt der CR-2 in beiden Ländern weiterhin bei 50%, der globale CR-2 steigt auf 50%. Ein weiterer Aufkauf eines einzelnen Unternehmens in Land B durch ein bisher noch nicht expandiertes Unternehmen aus Land A lässt beide CR-2 sowie den globalen CR-2 unverändert. Unterstellen wir jetzt, dass das einzige bisher noch nicht expandierte Unternehmen aus Land A das letzte noch nicht übernommene Unternehmen aus Land B übernimmt und zusätzlich einem Konkurrenten aus Land A eines der zuvor übernommenen Unternehmen aus Land B abkauft, dann verändert sich der CR-2 in Land B auf 75%, während er in Land A bei 50% bleibt. Das arithmetische Mittel beträgt 62,5%. Der globale CR-2 beträgt ebenfalls 62,5%. Global gibt es statt acht nur noch vier Unternehmen.

Welche Aussagen können diesem Modell entnommen werden? Betrachten wir zunächst das Verhältnis zwischen nationalen Konzentrationsgraden und dem globalen Konzentrationsgrad. Ein hoher Konzentrationsgrad auf einzelnen nationalen Märkten oder im arithmetischen Mittel aller nationalen Märkte ist nicht mit einem hohen globalen Konzentrationsgrad gleichzusetzen. Ein niedriger Konzentrationsgrad auf einzelnen nationalen Märkten ist ebenfalls nicht mit einem niedrigen globalen Konzentrationsgrad gleichzusetzen, aber ein niedriger Konzentrationsgrad im arithmetischen Mittel aller nationalen Märkte ist auch mit einem niedrigen globalen Konzentrationsgrad gleichzusetzen.

Nun soll der Fokus auf den eigentlichen Erklärungsgehalt des Modells, die Auswirkung von horizontalen F+Ü auf die Konzentrationsgrade, diskutiert werden. Dies ist relativ simpel. Eine horizontale Fusion oder Übernahme, die nicht auf demselben relevanten Markt stattfindet, beeinflusst nicht die nationalen Konzentrationsgrade, wohl aber den globalen Konzentrationsgrad. Eine horizontale Fusion oder Übernahme auf demselben relevanten Markt hingegen erhöht sowohl den nationalen Konzentrationsgrad auf dem Markt des übernommenen Unternehmens als auch den globalen Konzentrationsgrad. Die letztere Form der horizontalen F+Ü stellt somit die Wettbewerbspolitik vor größere Herausforderungen. Interessant wäre es sicherlich, das Modell noch um die Auswirkungen von *greenfield investment* sowie von vertikalen und diagonalen F+Ü zu erweitern.

## Anhang 2: Investitionsdefinition am Beispiel des Modell-BIT der Schweiz

„The term ‘investments’ shall include every kind of assets in particular:

- (a) movable and immovable property as well as any other rights in rem, such as servitudes, mortgages, liens, pledges and usufructs;
- (b) shares, parts or any other kind of participation in companies;
- (c) claims to money or to any performance having an economic value;
- (d) copyrights, industrial property rights (such as patents, utility models, industrial designs or models, trade or service marks, trade names, indications of origin), Know-how and goodwill;
- (e) concessions under public law, including concessions to search for, extract or exploit natural resources as well as all other rights given by law, by contract or by decision of the authority in accordance with the law.“<sup>1454</sup>

Mit der ersten Kategorie werden Eigentum sowie Eigentumsrechte geschützt. Durch den Begriff „immovable property“ ist klar, dass auch Immobilien- und Landbesitz geschützt ist. Eigentumsrechte können z.B. Hypotheken, Pfandrechte, Nutzungsrechte, Nießbrauch etc. sein. Auch Miet- und Pachtverträge dürften grundsätzlich erfasst sein. Die zweite Kategorie umfasst die verschiedenen Formen der Beteiligung an Unternehmen. Da hier im Gegensatz zur ökonomischen Definition weder eine effektive Unternehmenskontrolle noch ein 10%-Schwellenwert festgelegt wird, sind auch Portfolioinvestitionen erfasst. Dies wird in einigen Verträgen auch explizit klargestellt durch die Nennung von bestimmten Portfolioinvestitionen, z.B. „bonds, debentures, other debt instruments, and loans“ oder „futures, options and derivatives“ (Art. 10.28 CAFTA-E). Mit der dritten Kategorie sind vor allem vertragliche Ansprüche wie z.B. Managementverträge, Beratungsverträge, Lizenzverträge etc. abgedeckt. Dies gilt auch für Verträge, die den Verkauf von Gütern oder die Erbringung einer Dienstleistung vorsehen. Die vierte Kategorie bezieht sich auf geistige Eigentumsrechte. Die fünfte Kategorie wird in einigen Verträgen, z.B. dem US-Modell-BIT, so breit ausformuliert, dass alle Ansprüche eines Investors, die auf einer gesetzlichen, vertraglichen oder anderen öffentlich-rechtlichen Basis beruhen, abgedeckt sind. Dies trägt der Tatsache Rechnung, dass Vermögenswerte eines Unternehmens nicht nur im privatwirtschaftlichen Austausch, sondern auch aufgrund staatlicher Zusicherungen erworben werden können (das klassische Beispiel hierfür ist eine Konzession zur Ausbeutung natürlicher Ressourcen, z.B. Erdöl). Es ist zu betonen, dass sich der Investitionsbegriff deutlich von dem volkswirtschaftlichen Kapitalbegriff unterscheidet. Letzterer, definiert als „Bestand an Produktionsausrüstung..., der zur Güter- und Dienstleistungsproduktion eingesetzt werden kann...“<sup>1455</sup>, ist realwirtschaftlich ausgerichtet.<sup>1456</sup>

<sup>1454</sup> Art. 1 (2) des Schweizer Modell-BIT, in UNCTAD (1996b), a.a.O., S. 178.

<sup>1455</sup> Gabler Volkswirtschaftlexikon, a.a.O., S. 565-566.

<sup>1456</sup> UNCTAD (1999), a.a.O., S. 19-22.

### **Anhang 3: Abbildungen und Tabellen**

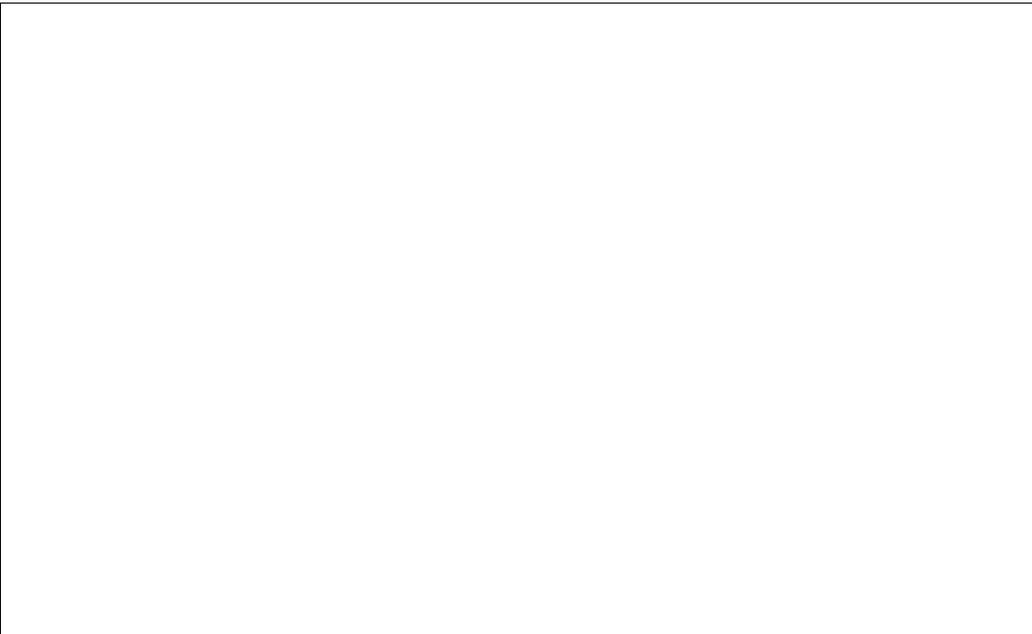
**Abbildung 9: Restriktive DI-Politiken in 28 Entwicklungsländern, 1992 und 1999**

**Tabelle 16: Einfluss von DI auf Wachstum**

**Tabelle 17: Marktstruktur und DI**

**Tabelle 18: Finanzielle, fiskalische und sonstige Investitionsanreize**

**Tabelle 19: Liste der NAFTA-Investor-Staat-Verfahren (Stand: 30.3.2005)**



Quelle: ERT, a.a.O.

Erläuterungen:

**Administrative Hemmnisse** umfassen eine ineffiziente Administration sowie Korruption.

**Entry Restrictions** sind z.B. Marktzugangsbeschränkungen, Eigentumsbeschränkungen (z.B. Verbot für Ausländer, mehr als 49% der Anteile an einem Unternehmen zu besitzen), aufwändige Genehmigungsprozeduren etc.

**Post-entry Restrictions** sind z.B. *performance requirements*, Transferbeschränkungen, Preiskontrollen etc.

**Risikofaktoren** sind z.B. Enteignungsrisiko, politische Instabilität, hohe Kriminalitätsrate, Unruhen/Kriege etc.

**Technologieregulierungen** sind unzureichender Schutz geistiger Eigentumsrechte sowie Technologietransfer- oder F+E-Verpflichtungen.<sup>1457</sup>

---

<sup>1457</sup> ERT, a.a.O.

**Tabelle 16: Einfluss von DI auf Wachstum**

Autoren	Land, Untersuchungszeitraum	Berücksichtigte Einflussfaktoren	Wesentliche Ergebnisse
Alguacil/Cuadros/Orts (2004)	Argentinien, Brasilien, Mexiko (1975-1997)	Im Mittelpunkt steht der Test der Hypothese, dass Export zu Wachstum führt. DI wird als eine weitere erklärende Variable eingeführt.	DI sind wichtiger Faktor beim Wirtschaftswachstum, insbesondere in Mexiko. In Mexiko und Argentinien wirken DI langfristig auch Export steigernd.
Gallagher/Zarsky (2004)	Literaturreview	-	Von 12 ausgewerteten Studien kommen 3 zu einem klaren positiven Zusammenhang, eine zu einem negativen Zusammenhang und acht zu dem Ergebnis, dass DI nur im Zusammenwirken mit anderen Faktoren Wachstumseffekte generiert. In Mexiko gibt es seit Inkrafttreten des NAFTA eine verlangsamte Wachstumsrate bei gleichzeitig höheren DI. „Like efficiency spillovers, the positive benefits of FDI on domestic investment and growth depend largely on domestic policies, capabilities, and institutions.“
Bengoa/Sanchez-Robles (September 2003)	18 Lateinamerikanische Staaten (1970-1999)	U.a. Bildungsniveau, ökonomische Stabilität und Marktliberalisierung	DI führen zu Wachstum, wenn ein bestimmtes Bildungsniveau, ökonomische Stabilität und ein ausreichender Grad an Marktliberalisierung im Zielland vorhanden ist.
te Velde (Mai 2003)	Länderstudie Bolivien	Bildungsniveau, Finanzmärkte, Handel	Keine signifikante Korrelation zwischen DI und Wachstum. Weder Bildung noch Qualität des nationalen Finanzmarktes führen zu einer positiven DI/Wachstumsbeziehung. Nur wenn der Anteil des Handels am BIP über 52% beträgt, generieren DI Wachstumseffekte.
Moudatsou (April 2003)	14 EU-Staaten (1970-1999)	Keine, aber Kausalität wurde in beide Richtungen getestet	In 9 Staaten (Deutschland, Belgien, Dänemark, Griechenland, Frankreich, Niederlande, Österreich, Portugal, Großbritannien) hat DI zu Wachstum geführt, in 4 Staaten (Irland, Finnland, Spanien, Italien) umgekehrte Kausalität, in einem (Schweden) kein signifikanter Zusammenhang.

<b>Tabelle 16: Einfluss von DI auf Wachstum (Fortsetzung)</b>			
<b>Autoren</b>	<b>Land, Untersuchungszeitraum</b>	<b>Berücksichtigte Einflussfaktoren</b>	<b>Wesentliche Ergebnisse</b>
Arena (August 2002)	89 Entwicklungsländer (1960-1999)	U. a. Humankapital, Staatsquote, Inflationsrate, Offenheitsgrad	Kausalzusammenhang zwischen DI und Wachstum. DI tragen signifikant zu Kapitalakkumulation bei. Spillover-Effekt, nur wenn ausreichendes Niveau des Humankapitals vorhanden ist.
Buckley/Clegg/Cross/Wang (April 2002)	29 von 31 Provinzen Chinas (1989-1998)	Wachstumsrate der Im- und Exporte der Provinzen, Anteil der im privaten Sektor Beschäftigten, Humankapital, Arbeitskräftepotential, Wachstumsrate des inl. Kapitalstocks.	Bedingungen im Zielland sind determinierend für die Wachstumsbeziehung (insbesondere inländische Investitionen und Anteil des privaten Sektors). DI fördert Wachstum in den ökonomisch stärkeren Provinzen. Bildungsniveau spielt keine Rolle. „From our research it is clear that it is clear that policies need to be crafted at the provincial level to maximize the growth benefits of FDI.”
Carkovic/Levine (2002)	72 Staaten (1960-1995)	U. a. Länderspezifische Wachstumsdeterminanten, Bildungsniveau, Inflationsrate, Staatsquote, Offenheitsgrad.	Kein robuster, positiver Einfluss auf Wirtschaftswachstum (gilt für DI und API) und TFP. Auch kein positiver DI/Wachstumszusammenhang, wenn Offenheitsgrad, Einkommenshöhe, Höhe der privaten Kredite oder Bildungsgrad herangezogen wird. „While FDI flows may go hand-in-hand with economic success, they do not tend to exert an independent growth effect”
Lim (November 2001)	Literaturstudie	-	Kein Konsens, aber Tendenz zu positiver Korrelation zwischen DI und Wachstum. Kausalität umstritten.
Lensink/Morrissey (2001)	88 Staaten, darunter 20 Entwicklungsländer (1975-1998)	Bildungsniveau	Signifikant positiver Zusammenhang. Durch DI werden Kosten für F+E gesenkt, was wiederum wachstumsfördernd ist. Die volatilen Elemente von DI senken das Wachstum.
Marino (August 2000)	42 Entwicklungsländer (1980-1995)	Zölle, Anteil Landwirtschaft am BIP, Lebensalter, Offenheitsgrad, Bildungsniveau, Importbeschränk.	Handelspolitik determiniert die Wachstumsbeziehung. Einfluss von DI auf Wachstum ist signifikant positiv mit dem Offenheitsgrad korreliert. Bildungsniveau ist kein Einflussfaktor.

<b>Tabelle 16: Einfluss von DI auf Wachstum (Fortsetzung)</b>			
<b>Autoren</b>	<b>Land, Untersuchungszeitraum</b>	<b>Berücksichtigte Einflussfaktoren</b>	<b>Wesentliche Ergebnisse</b>
Nair-Reichert/Weinhold (Mai 2001)	24 Entwicklungsländer (1971-1995)	Offenheitsgrad, Inflationsrate, inländische Investitionen	Zusammenhang sehr heterogen, allgemeine Aussage daher sehr schwer. Etwas Evidenz, dass Wachstumsrate durch DI in Ländern mit höherem Offenheitsgrad größer ist.
UNCTAD (1999a)	Über 100 Entwicklungsländer (1970-1995)	Investitionen/BIP-Anteil, Bildungsniveau, Arbeitskräftepotenzial, Preisniveau, Realeinkommen, früheres Wachstum	Kein autonomer signifikant positiver Wachstumseffekt durch DI. Nur im Zusammenwirken mit einem bestimmten Bildungsniveau führt DI zu Wachstum.
Balasubramanyam/Salisu/Sapsford (1999)	46 Entwicklungsländer (1970-1985)	Marktgröße, Wettbewerb	Signifikant positiver Wachstumseffekt wird durch Marktgröße und Vorhandensein eines tatsächlichen Wettbewerbs determiniert.
de Mello (1999)	16 OECD-Staaten und 17 Entwicklungsländer (1970-1990)	Untersucht wurde der Einfluss von DI auf Wachstum, TFP und Kapitalakkumulation. Nur pot. länderspezifische Verzerrungen beachtet, keine weiteren Bereinigungen.	Schwach positiver Wachstumseffekt bei OECD- und Nicht-OECD-Staaten; schwach negativer Effekt auf Kapitalakkumulation bei OECD-Staaten, schwach positiv bei Nicht-OECD-Staaten; bei TFP genau umgekehrt. Schlüsselfaktoren sind länderspezifische Faktoren sowie Grad der Komplementarität und Substituierbarkeit zwischen DI und inländischen Investitionen.
Borenszstein/de Gregorio/Lee (1998)	69 Entwicklungsländer (1970-1989)	Bildungsniveau, Staatsverbrauch, politische Instabilität, politische Rechte, Stand der finanziellen Entwicklung, Inflationsrate, Qualität der Institutionen	Insgesamt insignifikanter Wachstumseffekt durch DI. Erst, wenn ein Land einen bestimmten Schwellenwert an Humankapital erreicht hat, können durch DI signifikante Wachstumseffekte erzielen. Nur 22 der 69 Staaten erreichen diesen Schwellenwert bei Regression aller Variablen. Schwacher <i>Crowding-in</i> -Effekt.
Shan/Sun/Tian (1997)	China (1985-1996)	U. a. Industrieproduktion, Importe, Energieverbrauch, Arbeitskräftepotenzial	Beidseitige Kausalität zwischen DI und Wachstum. „ <i>The results merely demonstrate that both economic growth and FDI inflow reinforce each other in the course of economic development.</i> “

<b>Tabelle 16: Einfluss von DI auf Wachstum (Fortsetzung)</b>			
<b>Autoren</b>	<b>Land, Untersuchungszeitraum</b>	<b>Berücksichtigte Einflussfaktoren</b>	<b>Wesentliche Ergebnisse</b>
Balasubramanyam/Salisu/Sapsford (1996)	Wie Balasubramanyam et al. (1999)	Inländischer Kapitalstock, Beschäftigungsquote, Exporte, DI-Bestand	Signifikant positiver Effekt bei Export orientierten Staaten, kein Beitrag zum Wachstum von Importsubstituierenden Staaten.
<b>Quelle:</b> Eigene Zusammenfassung.			

Tabelle 17: Marktstruktur und DI			
Autoren	Land, Untersuchungszeitraum	Berücksichtigte Einflussfaktoren	Wesentliche Ergebnisse
Hyer (1960), US-DI	Vergleich der Konzentrationsraten auf Märkten mit unterschiedlich hohen Anteilen von DI	-	DI finden auf oligopolistischen Märkten statt.
Rosenbluth (1970)	Kanada (1964), 81 Industriebranchen, 10 Nicht-Industriebranchen	Abhängige Variable: CR-8	Schwacher statistisch signifikanter Zusammenhang zwischen DI (Umsätze ausländischer Unternehmen) und Konzentrationsrate. Zwischen 1954 und 1964 kein signifikanter Zusammenhang zwischen der Änderung der Konzentrationsrate und der Änderung des Anteiles der Umsätze ausländischer Unternehmen an den Gesamtumsätzen.
Deane (1970)	Neuseeland, Industrie	-	Klare positive Korrelation zwischen Konzentrationsrate und DI. In mind. 23 Industriebranchen lag 1966 ein ausländisches Monopol bzw. Duopol vor.
Baumann (1975)	US-DI in Kanada, Industrie (1968)	Abhängige Variable DI, CR-4 ist eine von zahlreichen unabhängigen Variablen	Diese Studie untersucht Determinanten von DI. Die Konzentrationsrate hat dabei – neben anderen Variablen – einen statistisch signifikant positiven Einfluss auf die Branchenverteilung von DI
Globerman (1979)	US-DI in UK, 18 Industriebranchen	Der Autor diskutiert vor allem andere Studien (z.B. Rosenbluth und Baumann). Gegenüber einer nicht in dieser Tabelle aufgeführten Studie von Dunning (1973) führt er mit Technologieintensität (gemessen an Ausgaben für F+E) eine neue unabhängige Variable ein.	Kein signifikanter Zusammenhang zwischen Technologieintensität und DI. Wird vom Autor als Beleg dafür gewertet, dass die Marktstruktur nur einen indirekten Einfluss auf DI hat.
Newfarmer/Marsh (1981)	Brasilien, Elektronikindustrie, 16 Subbranchen (1972, 1974)	Getestet wird das Verhalten ausländischer und brasilianischer Unternehmen in Bezug auf Marktstruktur (CR-4, Technologie, Handelsverhalten und Profitabilität)	MNU sind auf höher konzentrierten Märkten tätig als brasilianische Unternehmen. Letztere sind profitabler als MNU, so dass die Marktmacht der MNU nicht auf eine höhere Effizienz zurückzuführen ist. Höhere Marktmacht der MNU ist kontraproduktiv für die Entwicklung.

<b>Tabelle 17: Marktstruktur und DI (Fortsetzung)</b>			
<b>Autoren</b>	<b>Land, Untersuchungszeitraum</b>	<b>Berücksichtigte Einflussfaktoren</b>	<b>Wesentliche Ergebnisse</b>
Blomström (1986)	Mexiko (1965-1970), Industrie	Marktgröße- und -wachstum, <i>economies of scale</i> , Werbe- und Kapitalintensität, DI abhängige Variable: Herfindahl-Index	DI erhöhen den Konzentrationsgrad auch nach Berücksichtigung der anderen unabhängigen Variablen
Willmore (1989)	Brasilien, 119 Industrie-Branchen (1980)	DI, Staatsunternehmen, Exporte, Zollschutz, <i>economies of scale</i> , Kapital- und Werbeintensität, geografische Konzentration der Produktion sowie industrielles Wachstum; Abhängige Variable: CR-4	Präsenz ausländischer Firmen hat einen autonomen statistisch signifikanten positiven Einfluss auf den Konzentrationsgrad. Dies geschieht durch eine Erhöhung der mindestopimalen Betriebsgröße sowie eine Senkung der Markteintrittsrate.
Kalirayan (1991)	Malaysia, 115 Industrie-Branchen (1974)	Marktwachstum, <i>economies of scale</i> , Protektionsrate, DI (Anteil ausländischer Unternehmen an der Beschäftigung), Werbeintensität; abhängige Variable: CR-4	Statistisch signifikanter Zusammenhang zwischen DI und Konzentrationsgrad
Davies/Lyons (1996)	EU (11 Mitgliedsstaaten zum damaligen Zeitpunkt), betrachtet werden nur die DI aus anderen EU-Staaten	Nationale Konzentrationsrate, Anteil der Produktion eines EU-Staates an der gesamten EU-Produktion, Multinationalität (gemessen an der EU-weiten Produktion der Firmen in einer spezifischen Branche) abhängige Variable: Herfindahl-Index	Konzentration auf EU-Märkten ist vor allem eine Funktion der Konzentration auf den nationalen Märkten. Multinationalität hat insgesamt einen schwachen statistisch signifikanten Einfluss auf die Konzentrationsrate (9 v. 15 Industriebranchen mit hoher Multinationalität haben eine hohe Konzentrationsrate, während die restlichen sechs eine geringe Konzentrationsrate haben). Ein signifikanter Zusammenhang tritt aber nur in handelsintensiven Bereichen auf.
Chung (2001)	USA, 171 Industrie-Branchen (1987-1991)	Änderungsrate von DI (Umsätze ausländischer Unternehmen), Lokalisierung der DI, durchschnittlicher Wert der DI, Art des Markteintritts, ( <i>greenfield Investment</i> oder F+U); Abhängige Variable: Preisniveau über den marginalen Kosten	Anstieg von DI reduziert die Konzentrationsrate (starker statistisch signifikanter Zusammenhang). Die Art des Markteintritts hat keinen Effekt auf die Konzentrationsrate.

**Quelle:** Eigene Zusammenfassung.

**Tabelle 18: Finanzielle, fiskalische und sonstige Investitionsanreize****Financial incentives**

- Investment grants: „direct subsidies“ to cover (part of) capital, production or marketing costs in relation to an investment project.
- Subsidized credits and credit guarantees: subsidized loans/ loan guarantees/ guaranteed export credits.
- Government insurance at preferential rates/ publicly funded venture capital participating in investments involving high commercial risks. Government insurance at preferential rates, usually available to cover certain types of risks such as exchange rate volatility, currency devaluation, or non-commercial risks such as expropriation and political turmoil (often provided through an international agency).

**Fiscal incentives**

- Profit-based: reduction of the standard corporate income tax rate/profit tax rate/ tax holiday.
- Capital-investment-based: accelerated depreciation/ investment and reinvestment allowance.
- Labour-based: reduction in social security contribution/ deductions from taxable earnings based on the number of employees or on other labour related expenditure.
- Sales-based: corporate income tax reductions based on total sales.
- Import-based: duty exemptions on capital goods, equipment or raw materials, parts and inputs related to the production process; tax credits for duties paid on imported materials or supplies.
- Export-based: export tax exemptions; duty drawback; preferential tax treatment of income from exports, income-tax reduction for special foreign-exchange-earning activities or for manufactured exports; tax credits on domestic sales in return for export performance; income-tax credits on net local content of exports; deduction of overseas expenditures and capital allowance for export industries.
- Based on other particular expenses: corporate income tax deduction based on, for example, expenditures relating to marketing and promotional activities.
- Value-added-based: corporate income tax reductions or credits based on the net local content of outputs; granting income-tax credits based on net value earned.
- Reduction of taxes for expatriates.

**Other incentives***Regulatory incentives*

- Lowering of environmental, health, safety or labour standards.
- Temporary or permanent exemption from compliance with applicable standards.
- Stabilization clauses guaranteeing that existing regulations will not be amended to the detriment of investors.

*Subsidized services*

- Subsidized dedicated infrastructure: electricity, water, telecommunication, transportation/ designated infrastructure at less than commercial price.
- Subsidized services, including assistance in identifying sources of finance, implementing and managing projects, carrying out preinvestment studies, information on markets, availability of raw materials and supply of infrastructure, active on production processes and marketing techniques, assistance with training and retraining, technical facilities for developing Know-how or improving quality control.

*Market privileges*

- Preferential government contracts.
- Closing the market to further entry or the granting of monopoly rights; protection from import competition.

*Foreign exchange privileges*

- Special treatment with respect to foreign exchange, including special exchange rates, special foreign debt-to-equity conversion rates, elimination of exchange risks on foreign loans, concessions of foreign exchange credits for export earnings, and special concessions on the repatriation of earnings and capital.

**Quelle:** UNCTAD (2004), a.a.O., S. 6-7.

Tabelle 19: Liste der NAFTA-Investor-Staat-Verfahren (Stand: 30.3.2005)									
Nr.	Datum Schieds-klage	Investor	Herkunfts-staat Investor	Beklag-ter Staat	Verfahren	Kompen-sations-forderung <sup>[1]</sup>	Status	Streitgegenstand	Klagebasis <sup>[2]</sup>
1	29.07.1998	Loewen	Kanada	USA	ICSID-AF	725 Millionen	Abgeschlossen, Schiedsklage wurde abgelehnt (Schiedsspruch: 26.6.2003)	Holzkonzern klagt gegen Gerichtsentscheidung des US-Bundesstaates Mississippi	1102, 1105, 1110
2	06.05.1999	Mondev	Kanada	USA	ICSID-AF	50 Millionen	Abgeschlossen, Investor hat in allen Punkten verloren (Schiedsspruch 11.10.2002)	Immobilienkonzern klagt gegen Gerichtsentscheidung des US-Bundesstaates Massachusetts	1102, 1105, 1110
3	15.06.1999	Methanex	Kanada	USA	UNCITRAL	970 Millionen	Hängig, vorläufiger Schiedsspruch hat Zuständigkeit verneint (Schiedsspruch: 7.8.2002)	Schiedsklage gegen des von Kalifornien erlassene Verbot des Benzinzusatzstoffes MTBE	1102, 1105, 1110
4	29.02.2000	ADF Group	Kanada	USA	ICSID-AF	90 Millionen	Abgeschlossen, Investor hat in allen Punkten verloren (Schiedsspruch 9.1.2003; evtl. noch Überprüfung vor US-Gerichten)	Stahlkonzern klagt gegen "Buy America"-Gesetz	1102, 1105, 1106
5	10.09.1996	Ethyl	USA	Kanada	UNCITRAL	250 Millionen	Abgeschlossen durch Vergleich, 13 Millionen Entschädigung für Ethyl	Chemiekonzern klagt gegen Verbot des Benzinzusatzstoffes MMT	1102, 1106, 1110
6	22.07.1998	S.D. Myers	USA	Kanada	UNCITRAL	20 Millionen	Abgeschlossen, Investor vor NAFTA-Schiedsgericht siegreich, 8,2 Millionen US-Dollar Kompensation (Schiedsspruch 21.10.2002), Überprüfungsverfahren vor kanadischem Gericht läuft	Abfallkonzern klagt gegen Verbot von PCB-Exporten	1102, 1105, 1106, 1110
7	24.12.1998	Pope & Talbot	USA	Kanada	UNCITRAL	381 Millionen	Abgeschlossen, Investor erhält 0,5 Millionen US-Dollar Kompensation (Schiedsspruch 31.5.2002), Investor gewinnt in einem Punkt	Holzkonzern klagt gegen Umsetzung des USA-Kanada-Softwood-Lumber Abkommens	1102, 1103, 1105, 1106, 1110
8	19.01.2000	UPS	USA	Kanada	UNCITRAL	160 Millionen	Hängig, Schiedsspruch zu Zuständigkeit, 22.11.2002 (Art. 1105 verneint, Art. 1102 bejaht)	Paketkonzern klagt gegen das kanadische staatliche Postsystem	1102, 1105, 1503

**Tabelle 19: Liste der NAFTA-Investor-Staat-Verfahren (Stand: 30.3.2005) (Fortsetzung 1)**

Nr.	Datum Schieds-klage	Investor	Herkunfts- staat Investor	Beklag- ter Staat	Verfahren	Kompensations- forderung <sup>[1]</sup>	Status	Streitgegenstand	Klagebasis <sup>[2]</sup>
9	27.11.1998	Sun Belt	USA	Kanada	UNCITRAL	105 – 220 Millionen	Wahrscheinlich erledigt, ohne dass es zu einem Schiedsgerichtsverfahren gekommen ist	Wasserkonzern klagt gegen Frischwasserexport-moratorium der kanadischen Provinz British Columbia	1102, 1103, 1104, 1105
10	22.12.2000	Ketcham, et al.	USA	Kanada	-	19,5 Millionen	Abgeschlossen, Klageabsicht zurückgezogen	Holzkonzern klagt gegen Umsetzung des USA-Kanada-Softwood-lumber-Abkommens	1102, 1103, 1105, 1106, 1110
11	02.10.1996	Metalclad	USA	Mexiko	ICSID-AF	43 Millionen	Abgeschlossen, Investor siegreich, Entschädigung in Höhe von 16,68 Millionen US-Dollar (Schiedsspruch August 2000)	Abfallkonzern klagt gegen Widerruf einer Genehmigung für eine Giftmülldeponie durch eine mexikanische Gemeinde	1102, 1103, 1104, 1105, 1106, 1110 und 1111
12	16.12.1996	Azinian, et al.	USA	Mexiko	ICSID-AF	11,6-19 Millionen	Abgeschlossen, Investor verliert (Schiedsspruch 1.11.1999)	Abfallkonzern klagt gegen Gerichtsentscheidung über einen Abfallmanagementvertrag	1105, 1110
13	06.02.1998	Waste Management I	USA	Mexiko	ICSID-AF	60 Millionen	Abgeschlossen, Investor verliert, weil Schiedsgericht die Zuständigkeit verneint hat, Investor hat keine rechtsgültige Erklärung nach Art. 1121 (b) vorgelegt (Schiedsspruch 2.6.2000)	Abfallkonzern klagt gegen Versagung einer Genehmigung für eine Abfalldeponie durch eine mexikanische Stadt	1105, 1110
14	18.9.2000 <sup>[1]</sup>	Waste Management II	USA	Mexiko	ICSID-AF	60 Millionen	Abgeschlossen, Investor verliert (Schiedsspruch: 30.4.2004)	Gleicher Sachverhalt wie Waste Management I; Investor hat nach Abschluss der mexikanischen Gerichtsverfahren erneut Schiedsklage eingereicht; neues Schiedsgericht wurde gebildet	1105, 1110

Tabelle 19: Liste der NAFTA-Investor-Staat-Verfahren (Stand: 30.3.2005) (Fortsetzung 2)									
Nr.	Datum Schiedsklage	Investor	Herkunftsstaat Investor	Beklagter Staat	Verfahren	Kompensationsforderung <sup>(1)</sup>	Status	Streitgegenstand	Klagebasis <sup>(2)</sup>
15	28.02.1998	Marvin Feldman	USA	Mexiko	ICSID-AF	50 Millionen	Abgeschlossen, Investor siegreich, Mexiko muss ca. 17 Millionen Peso (ca. 1,7 Millionen US-Dollar) Schadenersatz zahlen (Schiedsspruch 16.12.2002). Mexikos Aufhebungsbeschwerde von kanadischen Gerichten abgelehnt (3.12.2003 und 11.1.2005).	Zigarettenkonzern klagt gegen Ablehnung eines Steuerrabattes	1102, 1105, 1110
16	11.11.2000	Adams, et al.	USA	Mexiko	UNCITRAL	75 Millionen	Hängig	Über 100 Landbesitzer klagen gegen Gerichtsentscheidung	1102, 1105, 1110
17	07.09.2001	Trammel Crow	USA	Kanada	Keine Schiedsklage eingereicht	32 Millionen	Abgeschlossen durch Vergleich im April 2002	Immobilienkonzern droht Schiedsklage gegen kanadische Post an, weil die Vergabe eines Immobilienauftrages angeblich diskriminierend erfolgt ist	1105
18	6.11.2001, geändert 19.9.2002	Crompton	USA	Kanada	Bisher keine Schiedsklage	100 Millionen	Hängig	Chemiekonzern klagt gegen Verbot des Pestizides Lindane	1102, 1105, 1106, 1110
19	1996	Signa	Mexiko, Schiedsklage wurde erst im Juni 2003 veröffentlicht	Kanada	-	50 Millionen	Abgeschlossen, Schiedsklage wurde nicht eingereicht	Klageandrohung im Zusammenhang mit einer Debatte über generische Antibiotika	1105, 1110
20	30.10.2001	Firemans Fund	USA	Mexiko	ICSID-AF	50 Millionen	Hängig, Zuständigkeit nur für Art. 1110 anerkannt (Juli 2003)	Versicherungskonzern klagt wegen Behinderung des Kaufs von Schuldscheinen	1102, 1105, 1110 und 1405

**Tabelle 19: Liste der NAFTA-Investor-Staat-Verfahren (Stand: 30.3.2005) (Fortsetzung 3)**

Nr.	Datum Schiedsklage	Investor	Herkunfts Staat Investor	Beklagter Staat	Verfahren	Kompensationsforderung <sup>[1]</sup>	Status	Streitgegenstand	Klagebasis <sup>[2]</sup>
21	11.01.2002	Calmark	USA	Mexiko	Bisher keine Schiedsklage	400 Tausend	Hängig	Klageandrohung gegen mexikanische Gerichtsentscheidungen im Zusammenhang mit einer Tourismusinvestition	1105, 1109, 1110
22	1995	Halchette	Wie bei Signa wurde Schiedsklage nie veröffentlicht, keine öffentlich zugänglichen Informationen verfügbar	Mexiko	Bisher keine Schiedsklage	unbekannt	unbekannt	Wahrscheinlich Zusammenhang mit Flughafenkonzessionen in Mexiko-City	unbekannt
23	05.11.2001	Canfor	Kanada	USA	UNCITRAL	250 Millionen	Hängig	Holzkonzern klagt gegen Umsetzung des USA-Kanada-Softwood-lumber-Abkommens	1102, 1103, 1105, 1110
24	14.01.2002	Kenex	Kanada	USA	UNCITRAL	20 Millionen	Hängig	Hanfunternehmen droht Schiedsklage gegen verschiedene administrative Maßnahmen der DEA (Drug Enforcement Administration) gegen Hanfprodukte an	1102, 1103, 1104, 1105, 1803
25	09.04.2002	GAMI	USA	Mexiko	UNCITRAL	55 Millionen	Abgeschlossen, Investor verliert in allen Punkten (Schiedsspruch 15.11.2004)	Streit um Enteignung von Zuckermühlen, an denen der Investor eine Beteiligung erworben hatte	1102, 1105, 1110
26	01.05.2002	Doman	Kanada	USA	Bisher keine Schiedsklage	513 Millionen	Hängig	Holzkonzern klagt gegen Umsetzung des USA-Kanada-Softwood-lumber-Abkommens	1102, 1103, 1104, 1105, 1110
27	04.05.2002	Tembec	Kanada	USA	UNCITRAL	200 Millionen	Hängig	Holzkonzern klagt gegen Umsetzung des USA-Kanada-Softwood-lumber-Abkommens	1102, 1103, 1105, 1110

Tabelle 19: Liste der NAFTA-Investor-Staat-Verfahren (Stand: 30.3.2005) ( Fortsetzung 4)									
Nr.	Datum Schiedsklage	Investor	Herkunfts Staat Investor	Beklagter Staat	Verfahren	Kompensationsforderung <sup>[1]</sup>	Status	Streitgegenstand	Klagebasis <sup>[2]</sup>
28	21.03.2002	Interntional Thunderbird Gaming	USA	Mexiko	UNCITRAL	100 Millionen	Hängig	Investor klagt gegen Schließung von Spielhallen	1102, 1103, 1105, 1110
29	28.01.2003	Corn	USA	Mexiko	ICSID	325 Millionen	Hängig	Das Unternehmen klagt wegen einer mexikanischen Steuer, die ang. dazu zwingen würde, mexikanischen Zucker gegenüber Importen zu bevorzugen	1102, 1106, 1110
30	12.02.2002	Frank	USA	Mexiko	UNCITRAL	1,5 Millionen	Hängig	US-Bürger klagt gegen Inbesitznahme eines Grundstücks durch mexikanische Behörden	1102, 1103, 1105, 1110
31	12.12.2001	Haas	USA	Mexiko	Bisher keine Schiedsklage	Mind. 17 Millionen	Hängig	k.A.	1105
32	28.08.2001	Lomos Sante Fe	Mexiko <sup>[3]</sup>	Mexiko	Bisher keine Schiedsklage	Mind. 30 Millionen	Hängig	k.A.	1102, 1103, 1105, 1110
33	21.07.2003	Glamis	Kanada	USA	UNCITRAL	Mind. 50 Millionen	Hängig	Bergbauunternehmen klagt gegen eine Richtlinie des US-Bundesstaates Kalifornien zum Schließen von Minen aus ökologischen und kulturellen Gründen	1105, 1110

**Tabelle 19: Liste der NAFTA-Investor-Staat-Verfahren (Stand: 30.3.2005) ( Fortsetzung 5)**

Nr.	Datum Schiedsklage	Investor	Herkunfts Staat Investor	Beklagter Staat	Verfahren	Kompensationsforderung <sup>(1)</sup>	Status	Streitgegenstand	Klagebasis <sup>(2)</sup>
34		Archer Daniels Midland	USA	Mexiko	Bisher keine Schiedsklage	100 Millionen	Hängig	Unternehmen beklagt eine mexikanische Steuer, die dazu zwingen würde, mexikanischen Zucker gegenüber Importen zu bevorzugen	unbekannt
35	19.02.2004	Conolly	USA	Kanada	Bisher keine Schiedsklage	Nicht spezifiziert	Hängig	Streit um Vergabe eines Kredites der Provinz Ontario	1110
36	10.03.2004	Grand River	Kanada	USA	UNCITRAL	340 Millionen	Hängig	Tabakfirma wendet sich gegen Maßnahmen und Gesetze im Zusammenhang mit einem Vergleich mit vier großen Tabakfirmen in den USA	1102, 1103, 1105, 1110
37	30.03.2004	Terminal Forest	Kanada	USA	UNCITRAL	90 Millionen	Hängig	Holzkonzern klagt gegen Umsetzung des USA-Kanada-Softwood-lumber-Abkommens	1102, 1103, 1105, 1110
38	15.03.2002	Baird	Kanada	USA	Bisher keine Schiedsklage	Ca. 14 Millionen	Hängig	Investor wendet sich gegen die Umsetzung eines völkerrechtlichen Vertrages zum Verbot der Entsorgung radioaktiver Abfälle im Meer und im Meeresboden. Der Investor, eine Einzelperson, ist Inhaber eines Patentes für die Entsorgung radioaktiver und hochgiftiger Abfälle im Meeresboden.	1102, 1103, 1104, 1105, 1106, 1110
39	15.6.04 (NOI)	Contractual Obligations Productions	USA	Kanada	Bisher keine Schiedsklage	Nicht spezifiziert	Hängig	Investor sieht in einer Nichtgewährung von Subventionen für ein Fernsehprogramm eine Verletzung des NAFTA.	1102, 1105, 1106, 1110

40	27.8.2004 (NOI)	Texas Water Claims	USA	Mexiko	Bisher keine Schiedsklage	Bis zu 500 Millionen US-Dollar	Hängig	17 texanische irrigation districts??? Werfen Mexiko einen Verstoß eines Vertrages zwischen Mexiko und den USA vor, der die Verteilung von Wasser des Grenzflusses Rio Grande regelt.	1102, 1110
41	12.8.04 (NOI)	CCFT	Kanada	USA	Bisher keine Schiedsklage	300 Millionen US-Dollar	Hängig	Rinderzüchter wenden sich gegen die Schließung der US-Grenze für kanadische Rinderimporte wg.BSE. Über hundert verschiedene Einzelklagen sind in einer Sammlklage zusammengefasst worden	1102
<b>Quelle:</b> Mann, a.a.O., S. 71-109; <a href="http://www.naftaclaims.com">www.naftaclaims.com</a> ; <a href="http://www.state.gov/s/l/c3439.htm">www.state.gov/s/l/c3439.htm</a> ; <a href="http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-e.asp">www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-e.asp</a> ; eigene Recherchen						<b>Legende:</b> <ol style="list-style-type: none"> <li><sup>1</sup> In Millionen US-Dollar</li> <li><sup>2</sup> Entsprechende NAFTA-Artikel</li> <li><sup>3</sup> Die Schiedsklage enthält keinen Hinweis auf einen Investor aus den USA oder aus Kanada. Damit kann dem Investor schon aus formalen Gründen kein Erfolg zukommen kann.</li> </ol>			

## Abkürzungsverzeichnis

- AAA⇒ American Arbitration Association
- AI⇒ Auslandsinvestitionen
- APEC⇒ Asia Pacific Economic Cooperation Forum
- API⇒ Ausländische Portfolioinvestitionen
- ASEAN⇒ Association of Southeast Asian Nations
- BIAC⇒ Business and Industry Advisory Committee
- BIP⇒ Bruttoinlandsprodukt
- BIT⇒ Bilateral Investment Treaties
- BSP⇒ Bruttosozialprodukt
- CAFTA⇒ Central American Free Trade Agreement
- CARICOM⇒ Caribbean Community
- CR⇒ Concentration Ratio
- DI⇒ Direktinvestition(en)
- DSB⇒ Dispute Settlement Body
- DSU⇒ Dispute Settlement Understanding
- ECOSOC⇒ Economic and Social Council (of the United Nations)
- ECT⇒ Energy Charta Treaty
- EFTA⇒ European Free Trade Association
- EG⇒ Europäische Gemeinschaft
- EPA⇒ Environmental Protection Agency
- EPR⇒ Export Performance Requirements
- EPZ⇒ Exportproduktionszone
- ERT⇒ European Round Table of Industrialists
- EU⇒ Europäische Union
- F+E⇒ Forschung und Entwicklung
- F+Ü⇒ Fusionen und Übernahmen
- FCN⇒ Friendship, Commerce and Navigation Treaties
- FTAA⇒ Free Trade Area of the Americas

GATS⇒ General Agreement on Trade in Services

GATT⇒ General Agreement on Tariffs and Trade

GSP⇒ Generalized System of Preferences

HCOMs⇒ Host Country Operational Measures

ICC⇒ International Chamber of Commerce

ICC-SO⇒ Schiedsgerichtsordnung der Internationalen Handelskammer

ICSID⇒ International Centre for Settlement of Investment Disputes

ICSID-AF⇒ ICSID Additional Facility Rules

IGH⇒ Internationaler Gerichtshof

IIA⇒ Internationales Investitionsabkommen

ILM⇒ International Legal Materials

ILO⇒ International Labour Organization

IRS⇒ Internal Revenue Service

ITO⇒ International Trade Organization

IWF⇒ Internationaler Währungsfonds

IWGH⇒ Internationaler Wirtschaftsgerichtshof

LCIA⇒ London Court of International Arbitration

LCR⇒ Local Content Requirements

LDC⇒ Least Developed Country

NAFTA⇒ North American Free Trade Agreement

NDC⇒ Now Developed Country

NGO⇒ Non-Governmental Organization

MAI⇒ Multilaterales Abkommen über Investitionen

MEA⇒ Multilateral Environmental Agreement

Mercosur⇒ Mercado Común del Sur

MFN⇒ Most-favoured Nation

MIGA⇒ Multilateral Investment Guarantee Agency

MMT⇒ Methylcyclopentadienyl Manganese Tricarbonyl

MNU⇒ Multinationale Unternehmen

PCB⇒ Polychlorinated Biphenyl

REIO⇒Regional Economic Integration Organization  
S&D⇒ Special and Differential Treatment  
SADC⇒ Southern African Development Community  
SCC⇒ Stockholm Chamber of Commerce  
SCC-SO⇒ Schiedsgerichtsordnung der Stockholmer Handelskammer  
SLA⇒ Softwood Lumber Agreement  
SPS⇒ Sanitary and Phytosanitary Agreement  
SRÜ⇒ Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen  
TBT⇒ Agreement on Technical Barriers to Trade  
TFP⇒ Totale Faktorproduktivität  
TNK⇒ Transnationale Konzerne  
TPM⇒ Transferpreismanipulation  
TRIMs⇒ Agreement on Trade-Related Investment Measures  
TRIPS⇒ Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights  
TUAC⇒ Trade Union Advisory Committee  
UNCITRAL⇒ United Nations Commission on International Trade Law  
UNCITRAL-SO⇒ UNCITRAL-Schiedsverfahrensordnung  
UNCTAD⇒ United Nations Conference on Trade and Development  
UNCTC⇒ United Nations Commission/United Nations Centre on Transnational Corporations  
UNICE⇒ Dachverband der europäischen Unternehmerverbände  
USTR⇒ U.S. Trade Representative  
WIPO⇒ World Intellectual Property Organization  
WTO⇒ World Trade Organization  
ZPO⇒ Zivilprozessordnung

## Quellenverzeichnis

### I. Entscheidungsverzeichnis

a.) WTO (Panel- und Appellate-Body-Berichte):

*Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, Panel Report, WT/DS139/R und WT/DS142/R, 11. Februar 2000; Appellate Body Report WT/DS139/AB/R und WT/DS142/AB/R, 31.5.2000.

*Canada – Patent Protection of Pharmaceutical Products*, Panel Report, WT/DS114/R 17.3.2000.

*European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, Panel Report, WT/DS27/R/ECU, 22.5.1997; Appellate Body Report, WT/DS27/AB/R, 9.9.1997.

European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-containing Products, Panel Report WT/DS135/R, 18.9.2000; Appellate Body Report, WT/DS135/AB/R, 12.3.2001.

*India – Measures Affecting the Automotive Sector*, Panel Report, WT/DS146/R und WT/DS175/R, 21. Dezember 2001; Appellate Body Report, WT/DS146/AB/R und WT/DS175/AB/R, 19.3.2002.

India – Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products, Appellate Body Report, WT/DS50/AB/R, 19.12.1997.

*Indonesia, Certain Measures Affecting the Automobile Industry*, Panel Report, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, 2.7.1998.

*USA – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, Panel Report, WT/DS2/R, 29.1.1996; Appellate Body Report, WT/DS2/AB/R, 20.5.1996.

USA – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Panel Report, WT/DS58/R, 15.5.1998; Appellate Body Report, WT/DS58/AB/R, 12.10.1998; Appellate Body Report, WT/DS58/AB/RW, Recourse to Article 21.5 of the DSU by Malaysia, 22.10.2001.

USA - Prohibition of Imports of Tuna and Tuna Products from Canada, GATT Panel Report, BISD 29S/91, 22.2.1982.

b.) NAFTA-Schiedssprüche (incl. einiger staatlicher Überprüfungsurteile):

*ADF Group Inc. and United States of America*, NAFTA/ICSID(AF) Tribunal, Case No. ARB(AF)/00/1, Award, 9.1.2003.

*Azinian et al and The United Mexican States*, NAFTA/ICSID(AF) Tribunal, Case No. ARB(AF)/97/2, Award on the Merits, 1.11.1999.

Ethyl Corp. and Government of Canada, Award on Jurisdiction, 24.6.1998

*Marvin Feldman v. Mexico*, NAFTA/ICSID(AF) Tribunal, Case No. ARB(AF)/99/1, 16.12.2002; Ontario Superior Court of Justice, 3.12.2003.

*Metalclad Corporation and The United Mexican States*, NAFTA/ICSID(AF) Tribunal, Award on the Merits, 22.8.2000; Supreme Court of British Columbia: *United Mexican States vs. Metalclad Corporation*, 2001 BCSC 664, Vancouver, 2.5.2001; Supreme Court of Appeal, Notice of Abandonment of Appeal, CA028658, 30.10.2001.

*Methanex vs. the United States of America*, NAFTA/UNCITRAL Tribunal, Preliminary Award on Jurisdiction, 5.8.2002

*Mondev International Ltd. and United States of America*, NAFTA/ICSID(AF) Tribunal, Case No. ARB(AF)/99/2, Award, 11.10.2002.

*Pope & Talbot Ltd. and the Government of Canada*, NAFTA/UNCITRAL Tribunal, Award on Canada's Motion to Dismiss re: Application of NAFTA Article 1101, 26.1.2000; NAFTA/UNCITRAL Tribunal, Interim Award on the Merits, 26.6.2000; NAFTA/UNCITRAL Tribunal, Final Award on the Merits, 20.4.2001; NAFTA/UNCITRAL Tribunal, Award in Respect of Damages, 31.5.2002.

*S.D. Myers, Inc. and The Government of Canada*, NAFTA/UNCITRAL Tribunal, Award on the Merits, 13.11.2000; NAFTA/UNCITRAL Tribunal, Second Partial Award, 21.10.2002; Federal Court of Canada: The Attorney General of Canada and S.D. Myers, Inc., 2004 FC 38, 31.1.2004.

*The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen and United States of America*, NAFTA/ICSID (AF) Tribunal, Award, Case No. ARB(AF)/98/3, 26.6.03.

*Waste Management, Inc. versus United Mexican States*, Arbitral Award, ICSID Case No. ARB(AF) 98/2, 2.6.2000 (Waste Management I).

*Waste Management, Inc. versus United Mexican States*, NAFTA/ICSID Tribunal, Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30.4.2004 (Waste Management II).

c.) Auf BIT beruhende Schiedssprüche

*CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) vs. The Czech Republic*, Partial Award, 13.9.2001; Svea Court of Appeal, Judgement, Case No. T 8735-01, 15.5.2003,

*Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux, v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, 21.11.2000; Decision on Annulment, 41 ILM 1135 (2002) v. 3.7.2002

*Emilio Agustín Maffezini and The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, 9.11.2000

*Eudoro Armando Olguín v. Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/98/5, 26.7.2001.

*Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. vs. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case. No. ARB/99/6, Award, 12.4.2002.

*Ronald S. Lauder and The Czech Republic*, Final Award in the Matter of an UNCITRAL Arbitration, 3.9.2001

*Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 29.5.2003.

## II. Literaturverzeichnis

- Aaron, C./Hadjimichael, B./Klein, M. (2001):** FDI and Poverty Reduction, Weltbank, New York.
- Actionaid et al (2001):** Rich Nations Urged to Sign No-bullying Pledge at WTO Summit, Joint UK NGO Press Release, 9.11.2001.
- Aden, M. (2003):** Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, Kommentar zu den Schiedsverfahrensordnungen ICC - DIS- Wiener Regeln – UNCITRAL – LCIA, 2. Auflage.
- Agosin, M.R./Mayer, R. (2000):** Foreign Investment in Developing Countries, Does it Crowd in Domestic Investment?, UNCTAD Discussion Paper Nr. 146.
- Aitken, B./Harrison, A./Lipse, R.E. (1996):** Wages and Foreign Ownership, a Comparative Study of Mexico, Venezuela, and the United States, Journal of International Economics, Vol. 40, Nr. 3/4, Mai, S. 345-371.
- Alguacil, M. T./Cuadros, A./Orts, V. (2004):** Openness and Growth: Re-Examining Foreign Direct Investment, Trade and Output Linkages in Latin America, Journal of Development Studies, Vol. 40, Nr. 4, April, S. 167-192.
- Alter, R. (1995):** Overview on Analytical and Economic Policy Issues, in OECD (1995): Foreign Direct Investment, Trade and Employment, Paris, S. 9-16.
- Andersen, P.S./Hainaut, P. (1998):** Foreign Direct Investment and Employment in the Industrial Countries, Bank for International Settlements, Working Paper No. 61, Basel.
- APEC (1994):** APEC Economic Leaders' Declaration of Common Resolve, Bogor, 15.11.1994.
- APEC (1994a):** APEC Non-binding Investment Principles, Jakarta.
- APEC (1995):** The Osaka Action Agenda, Implementation of the Bogor Declaration, Osaka.
- Appleton & Associates (1996):** Notice of Intent to Submit a Claim to Arbitration under Section B of Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, Ethyl Corporation vs. Government of Canada, New York/Toronto, 10.9.1996.
- Appleton & Associates (1997):** Notice of Arbitration under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law and the North American Free Trade Agreement, Ethyl Corporation v. Government of Canada, New York/Toronto, 14.4.1997.
- Appleton & Associates (1997a):** Statement of Claim, Ethyl Corporation v. Government of Canada, New York/Toronto, 2.10.1997.
- Arena, M. (2002):** Foreign Direct Investment, Economic Growth and the Sources of Growth: Is There Evidence of a Causal Link for Developing Countries, University of Maryland, mimeo.
- Axaroglou, K./Casey, W./Han, H.-L. (2002):** Inward Foreign Direct Investment in the US: An Empirical Analysis of their Impact on State Economies, University of Thrace/Babson College.
- Bailey, P./Parisotto, A./Renshaw, G. (Hrsg., 1993):** Multinationals and Employment – the Global Economy of the 1990s, International Labour Office, Genf.
- Bairoch, P. (1993):** Economics and World History.
- Balanya, B., Doherty, A., Hoedeman, O., Ma'anit, A., Wesselius, E. (1998):** MAlgalomania, Corporate Europe Observatory, Amsterdam.
- Balasubramanyam, V.N./Salisu, M./Sapsford, D. (1996):** Foreign Direct Investment and Growth in EP and IS Countries, The Economic Journal, Vol. 106, Nr. 434, Januar, S. 92-105.

**Balasubramanyam, V.N./Salisu, M./Sapsford, D. (1999):** Foreign Direct Investment as an Engine of Growth, *The Journal of International Trade & Economic Development*, Vol. 8, Nr. 1, März, S. 27-40.

**Balasubramanyam, V.N./Sapsford, D. (2001):** FDI and The WTO, Lancaster University Management School, Working Paper 2001/006, Lancaster.

**Banga, R. (2003):** Impact of Government Policies and Investment Agreements on FDI Inflows, Indian Council for Research on International Economic Relations, Working Paper No. 116, November 2003, <http://www.icrier.res.in/wp116.pdf>, Download vom 18.7.2004.

**Barlow, M./Clarke, T. (1998):** *The MAI and the Threat to American Freedom*, New York.

**Baßeler, U./Heinrich, J./Utecht, B. (2002):** *Grundlagen und Probleme der Volkswirtschaft*, 17. Auflage, Stuttgart.

**Baumann, H.G. (1975):** Theory, Property Rights and the Pattern of U.S. Direct Investment in Canada, *Weltwirtschaftliches Archiv*, Band 111, Heft 4, S. 676-698.

**Beauvais, J.C./Been, V.L. (2003):** The Global Fifth Amendment: NAFTA's Investment Protections and the Misguided Quest for an International "Regulatory Takings" Doctrine, New York University Center for Law and Business, Working Paper #CLB-02-06, New York.

**Bellak, C. (1999):** Kritische Einschätzung der empirischen Erfassung und Verwendung von Direktinvestitionsdaten, in Döhrn, R./Heiduk, G. (Hrsg., 1999): *Theorie und Empirie der Direktinvestitionen*, Schriftenreihe des Rheinisch-Westfälischen Instituts für Wirtschaftsforschung, Neue Folge Heft 65, Essen, S. 103-128.

**Bello, W. (2000, Hrsg.):** *Why Reform of the WTO Is the Wrong Agenda, Four Essays on Four Institutions: WTO, UNCTAD, IMF and the World Bank, Focus on the Global South*, Bangkok.

**Bello, W. (2000):** Jurassic Fund: Should Developing Countries Push to Decommission the IMF?, in Bello, W. (2000, Hrsg.): *Why Reform of the WTO Is the Wrong Agenda, Four Essays on Four Institutions: WTO, UNCTAD, IMF and the World Bank, Focus on the Global South*, Bangkok, S. 26-34.

**Bello, W. (2000a):** UNCTAD: Time to Lead, Time to Challenge the WTO; in: Bello, W. (2000, Hrsg.): *Why Reform of the WTO Is the Wrong Agenda, Four Essays on Four Institutions: WTO, UNCTAD, IMF and the World Bank, Focus on the Global South*, Bangkok, S. 16-25.

**Bengoa, M./Sanchez-Robles, B. (2003):** FDI, Economic Freedom and Growth: New Evidence from Latin America, *European Journal of Political Economy*, September, Vol. 19, Nr. 3, S. 529-45.

**Benvignati, A.M. (1985):** An Empirical Investigation of International Transfer Pricing by US Manufacturing Firms, in: Eden, L./Rugman, A.M. (Hrsg., 1985): *Multinationals and Transfer Pricing*, London/Sydney, S. 193-211.

**Bernard, J.-T./Weiner R.J. (1990):** Multinational Corporations, Transfer Prices, and Taxes: Evidence from the U.S. Petroleum Industry, in: Razin, A./Slemrod, J. (Hrsg. 1990): *Taxation in the Global Economy*, National Bureau of Economic Research, Chicago/London, S. 123-154.

**Blanchet, M.-C./Burrige, P./Fry, M.J./Claessens, S. (1995):** Foreign Direct Investment, Other Capital Flows, and Current Account Deficits - What Causes What?, Weltbank, Policy Research Working Paper 1527.

**Blomström, M. (1986):** Multinationals and Market Structure in Mexico, *World Development*, Vol. 14, Nr. 4, April, S. 523-530.

**Blomström, M./Fors, G./Lipsey, R.E. (1997):** Foreign Direct Investment and Employment: Home Country Experience in the United States and Sweden, *The Economic Journal*, Vol. 107, Nr. 445, November, S. 1787-1797.

**Bora, B./Lloyd, P.J./Pangestu, M. (1999):** Industrial Policy and the WTO, The WTO/World Bank Conference on Developing Countries' in a Millennium Round, Genf, 20-21 September 1999.

- Borenszstein, E./de Gregorio, J./Lee, J.-W. (1998):** How Does Foreign Direct Investment Affect Economic Growth?, *Journal of International Economics*, Vol. 45, Juni, S. 115-135.
- Bosworth, B.P./Collins, S.M. (1999):** Capital Flows to Developing Economies: Implications for Savings and Investment, *Brookings Papers on Economic Activity*, Nr. 1, S. 143-169.
- Brash, D.T. (1966):** American Investment in Australian Industry, Canberra, Australian National University.
- Bremer, J.D./Radford, R.S. (2000):** Great Expectations; Will Palazzolo v. Rhode Island Clarify the Murky Doctrine of Investment-backed Expectations in Regulatory Takings Law?, *New York University Environmental Law Journal*, Vol. 9, Nr. 3; S. 449-532.
- Brog, H. (1990):** Handel statt Hilfe, Die entwicklungspolitischen Vorstellungen in der Havanna-Charta 1947/48, ITO – Wissenschaft und Forschung, Band 12.
- Brower, C.N. (2002):** A Crisis of Legitimacy, *The National Law Journal*, 7.10.2002.
- Buckley, P./Clegg, J./Cross, A.R./Wang, C. (2002):** FDI, Regional Differences and Economic Growth: Panel Data Evidence from China, *Transnational Corporations*, Vol. 11, Nr. 1, April, S. 1-28.
- Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit (2003):** Entwurf eines Elften Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, und der Außenwirtschaftsverordnung, <http://www.bmwi.de/Redaktion/Inhalte/Downloads/aenderung-awg-entwurf,property=pdf.pdf>, undatiert, Download vom 18.9.2004.
- Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit (2004):** Übersicht über die bilateralen Investitionsförderungs- und -schutzverträge (IFV) der Bundesrepublik Deutschland, 13.4.2004, Berlin.
- Canadian Department of Foreign Affairs and International Trade (2003):** NAFTA Commission Joint Statement, News Release No. 152, 7.10.2003, [http://webapps.dfait-maeci.gc.ca/minpub/Publication.asp?FileSpec=/Min\\_Pub\\_Docs/106497.htm&bPrint=False&Year=&ID=&Language=E](http://webapps.dfait-maeci.gc.ca/minpub/Publication.asp?FileSpec=/Min_Pub_Docs/106497.htm&bPrint=False&Year=&ID=&Language=E), Download vom 3.6.2004.
- Carkovic, M./Levine, R. (2002):** Does Foreign Direct Investment Accelerate Economic Growth?, University of Minnesota.
- Caves, R.E. (1996):** *Multinational Enterprise and Economic Analysis*, 2. Auflage, Cambridge.
- Center for International Environmental Law/Greenpeace International (1999):** Safe Trade in the 21<sup>st</sup> Century.
- Chang, H.-J. (2002):** Kicking away the Ladder, *Development Strategy in Historical Perspective*, London.
- Chang, H.-J./Green, D. (2003):** The Northern WTO Agenda on Investment: Do as We Say, Not as We Did, South Centre/CAFOD, Cambridge/Genf.
- Charlton, A. (2003):** Incentive Bidding for Mobile Investment: Economic Consequences and Potential Responses, OECD Development Centre Technical Papers Nr. 203.
- Chédor, S./Mucchielli, J.-L. (1999):** Foreign Direct Investment, Export Performance and the Impact on Home Employment: An Empirical Analysis of French Firms, in Lee, S.-G./Ruffini, P.-B. (Hrsg., 1999): *The Global Integration of Europe and East Asia, Studies of International Trade and Investment*, Cheltenham/Northampton, S. 19-36.
- Chung, W. (2001):** Mode, Size, and Location of Foreign Direct Investments and Industry Markups, *Journal of Economic Behaviour & Organization*, Vol. 45, Nr. 2, Juni, S. 185-211.
- Commission on Global Governance (1995):** Nachbarn in einer Welt, Der Bericht der Kommission für Weltordnungspolitik, in *Texte der Stiftung Entwicklung und Frieden*, Bonn.

- Conyon, M.J./Girma, S./Thompson, S./Wright, P.W. (2001):** Do Hostile Mergers Destroy Jobs?, *Journal of Economic Behaviour & Organization*, Vol. 45, Nr. 4, August, S. 427-440.
- Cosbey, A./Mann, H./Peterson, L.E./von Moltke, K. (2004):** Investment and Sustainable Development, A Guide to the Use and Potential of International Investment Agreements, International Institute for Sustainable Development.
- CUTS (1998):** Multilateralisation of Sovereignty – Proposals for Multilateral Frameworks for Investment, Centre for International Trade, Economics & Environment. Discussion Paper, Jaipur.
- Davies, S./Lyons, B. (1996):** The Dimensions of Industrial Structure, in Davies, S./Lyons, B. (Hrsg.): *Industrial Organization in the European Union*, Oxford, S. 49-65.
- Deane, R.S. (1970):** Foreign Investment in New Zealand Manufacturing, Wellington.
- de Mello, Jr. (1999):** Foreign Direct Investment-led Growth: Evidence from Time Series and Panel Data, *Oxford Economic Papers*, Vol. 51, Nr. 1, Januar, S. 133-151.
- Deutsche Bundesbank (1997):** Zur Problematik internationaler Vergleiche von Direktinvestitionsströmen, Monatsbericht (Mai), S. 79-86.
- Deutscher Bundestag (2002):** Schlussbericht der Enquete-Kommission „Globalisierung der Weltwirtschaft – Herausforderungen und Antworten“, Drucksache 14/9200 v. 12.6.2002.
- DGB-Bildungswerk/Terre des Hommes/WEED (2003):** Auslandsinvestitionen und Unternehmensverantwortung zwischen ökonomischer Liberalisierung und sozial-ökologischer Regulierung, Perspektiven und Strategien von NGOs und Gewerkschaften, Bonn.
- Dhanani, S./Hasnain, S.A. (2002):** The Impact of Foreign Direct Investment on Indonesia's Manufacturing Sector, *Journal of the Asia Pacific Economy*, Vol. 7, Nr. 1, S. 61-94.
- Döhrn, R./Heiduk, G. (Hrsg., 1999):** Theorie und Empirie der Direktinvestitionen, Schriftenreihe des Rheinisch-Westfälischen Instituts für Wirtschaftsforschung, Neue Folge Heft 65, Essen.
- Doms, M.E./Jensen, J.B. (1998):** Comparing Wages, Skills, and Productivity between Domestically and Foreign-owned Manufacturing Establishments in the United States, in: Baldwin, R.E./Lipse, R.E./Richardson, J.D. (Hrsg., 1998): *Geography and Ownership as Bases for Economic Accounting*, National Bureau of Economic Research, Chicago/London, S. 235-258.
- Drabek, Z. (1998):** A Multilateral Agreement on Investment: Convincing the Sceptics, *World Trade Organization*.
- Dymond, W.A. (1997):** The Main Substantive Provisions of the MAI, in: OECD (Hrsg., 1997): *Proceedings of the Special Session on The Multilateral Agreement on Investment Held in Paris on 17 September 1997*, OCDE/GD(97)187, Paris, 1997, S. 13-16.
- Dunning, J.H. (1958):** *American Investment in British Manufacturing Industry*, London, 1958.
- Dunning, J.H. (1977):** Trade, Location and Economic Activity and the Multinational Enterprise: a Search for an Eclectic Approach, in Dunning, J.H. (Hrsg., 2002): *The Selected Essays of John H. Dunning*, I. Theories and Paradigms of International Business Activity, Cheltenham/Northampton, S. 52-71.
- Dunning, J.H. (1977a):** Evaluating the Costs and Benefits of Multinational Enterprises to Host Countries: A Tool Kit Approach, in Dunning, J.H. (Hrsg., 2002): *The Selected Essays of John H. Dunning*, II. Global Capitalism, FDI and Competitiveness, Cheltenham/Northampton, S. 196-222.
- Dunning, J.H. (1981):** Explaining the International Direct Investment Position of Countries: Towards a Dynamic or Developmental Approach, in Dunning, J.H. (Hrsg., 2002): *The Selected Essays of John H. Dunning*, I. Theories and Paradigms of International Business Activity, S. 103-137.

**Dunning, J.H. (1986):** Some Historical Antecedents to the Eclectic Paradigm, in Dunning, J.H. (Hrsg., 2002): The Selected Essays of John H. Dunning, I. Theories and Paradigms of International Business Activity, S. 234-255.

**Dunning, J.H. (1988):** The Eclectic Paradigm of International Production: a Restatement and Some Possible Extensions, in Dunning, J.H. (Hrsg., 2002): The Selected Essays of John H. Dunning, I. Theories and Paradigms of International Business Activity, Cheltenham/Northampton, S. 199-226.

**Dunning, J.H. (1999):** Globalization and the Theory of MNE Activity, in Dunning, J.H. (Hrsg., 2002): The Selected Essays of John H. Dunning, I. Theories and Paradigms of International Business Activity, Cheltenham/Northampton, S. 381-401.

**Dunning, J.H. (Hrsg., 2002):** The Selected Essays of John H. Dunning, I. Theories and Paradigms of International Business Activity, Cheltenham/Northampton.

**Dunning, J.H. (Hrsg., 2002a):** The Selected Essays of John H. Dunning, II. Global Capitalism, FDI and Competitiveness, Cheltenham/Northampton.

**Echeverria, J.D. (2003):** The Real Contract on America, The Environmental Forum, Juli/August, The Environmental Law Institute, Washington, S. 28-39.

**Eden, L. (1998):** Taxing Multinationals: Transfer Pricing and Corporate Income Taxation in North America, Toronto/Buffalo/London.

**Eden, L./Rugman, A.M. (Hrsg., 1985):** Multinationals and Transfer Pricing, London/Sydney.

**Energy Charter Secretariat (1996):** Der Vertrag über die Energiecharta und dazugehörige Dokumente, Brüssel.

**Energy Charter Secretariat (2002):** The Energy Charter Treaty, A Reader's Guide, Brüssel.

**Engels, R., Martens, J., Wahl, P., Windfuhr, M. (1998):** Alles neu macht das MAI, Germanwatch/WEED, Bonn.

**ETC Group (2003):** Oligopoly, Inc., Concentration in Corporate Power: 2003, Communiqué Nr. 82, November/Dezember, S. 7., <http://www.etcgroup.org/documents/Comm82OligopNovDec03.pdf>, Download vom 10.1.2004.

**EU-Kommission (2000):** Trade and Investment, Exploring the Issue Relating to Trade and Investment Regional Seminar on New Issues, Chile, [http://europa.eu.int/comm/trade/issues/sectoral/investment/conswoag\\_inv.htm](http://europa.eu.int/comm/trade/issues/sectoral/investment/conswoag_inv.htm), Download v. 1.7.2004.

**EU-Kommission (2002):** EC Regional Trade Agreements, 2.9.2002, <http://trade-info.cec.eu.int/doclib/html/111588.htm>, Download vom 15.5.2004.

**Europäisches Parlament (1998):** Bericht mit den Empfehlungen des Europäischen Parlamentes an die Kommission zu den Verhandlungen im Rahmen der OECD über ein multilaterales Abkommen über Investitionen (MAI), Ausschuss für Außenwirtschaftsbeziehungen, A4-0073/98, 26.2.1998.

**European Round Table of Industrialists (2000):** Improved Investment Conditions: Third Survey on Improvements in Conditions for Investment in the Developing World, Brüssel.

**Faggio, G. (2001):** Foreign Direct Investment and Wages in Central and Eastern Europe, London School of Economics and Political Science.

**Federal Reserve Bank of San Francisco (1997):** Government Intervention and the East Asian Miracle, FRBSF Economic Letter; [www.frbsf.org/econsrch/wklyltr/el97-20.html](http://www.frbsf.org/econsrch/wklyltr/el97-20.html), Download vom 30.7.03.

**Feenstra, R.C./Hanson, G.H. (1997):** Foreign Direct Investment and Relative Wages: Evidence from Mexico's Maquiladoras, Journal of International Economics, Vol. 42, Nr. 3/4, Mai, S. 371-393.

**Ferrarini, B. (2003):** A Multilateral Investment Framework: Would it Be Justified on Welfare Grounds?, *Aussenwirtschaft*, 58. Jahrgang, Heft IV, S. 491-519.

**Fischer Weltalmanach:** verschiedene Ausgaben.

**FitzGerald, E.V.K./Cubero-Brealey, R./Lehmann, A. (1998):** The Development Implications of the Multilateral Agreement on Investment, Finance and Trade Policy Research Centre, University of Oxford, OECD.

**Freshfiels, Bruckhaus, Deringer (2002):** The Argentine Crisis – Foreign Investor Rights.

**Fritz, T./Scherrer, C. (2002):** GATS: Zu wessen Diensten?, *Öffentliche Aufgaben unter Globalisierungsdruck*, ATTACBasis Texte 2, Hamburg.

**Fry, M.J. (1993):** Foreign Direct Investment in a Macroeconomic Framework: Finance, Efficiency, Incentives and Distortions, *Weltbank, Policy Research Working Papers*.

**FTAA (2002):** Methods and Modalities for Negotiations, Trade Negotiations Committee, FTAA.TNC/20/Rev.1, 18.10.2002.

**FTAA (2003):** Antecedents of the FTAA process, [www.ftaa-alca.org/view\\_e.asp](http://www.ftaa-alca.org/view_e.asp), Download vom 30.11.2003.

**FTAA (2003a):** Eight Ministerial Meeting, Ministerial Declaration, Miami, 20.11.2003.

**Fuchs, P./Pfahl, S./Reichert, T. (2000):** Die WTO-Ministerkonferenz in Seattle – Ergebnisse und Perspektiven für den Umweltschutz, *Umweltbundesamt (Hrsg., 2000)*.

**Fuchs, P./Tuerk, E. (2003):** Das Allgemeine Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen (General Agreement on Trade in Services – GATS) und die derzeitigen GATS-Verhandlungen, *Umweltbundesamt, Forschungsbericht, Texte 19/03*.

**Gallager, K.P./Zarsky, L. (2004):** Sustainable Industrial Development? The Performance of Mexico's FDI-led Integration Strategy, *Global Development and Environment Institute, Fletcher School of Law and Diplomacy, Tufts University*.

**Garibaldi, P./Mora, N./Sahay, R./Zettelmeyer, J. (2001):** What Moves Capital to Transition Economies?, *IMF Staff Papers, Vol. 48, Special Issue*.

**GATT (1996):** Punta Del Este Declaration, Ministerial Declaration, Punta Del Este, 20.9.1986.

**General Accounting Office (1995):** International Taxation: Transfer Pricing and Information on Nonpayment of Tax, *GAO/GGD-956-101, Washington*.

**General Accounting Office (2002):** World Trade Organization Early Decisions Are Vital to Progress in Ongoing Negotiations, *Washington*.

**George, S. (2002):** WTO: Demokratie statt Drakula, *ATTAC Basis Texte 1, Hamburg*.

**Girma, S./Greenaway, D./Wakelin, K. (1999):** Wages, Productivity and Foreign Ownership in UK Manufacturing, *Centre for Research on Globalisation and Labour Markets, School of Economics, University of Nottingham, Research Paper 99/14*.

**Globerman, S. (1979):** A Note on Foreign Ownership and Market Structure in the United Kingdom, *Applied Economics, Vol. 11, Nr. 1, März, S. 35-41*.

**Görg, D./Greenaway, D. (2001):** Foreign Direct Investment and Intra-Industry Spillovers, *Leverhulme Centre for Research on Globalisation and Economic Policy, University of Nottingham, Paper Prepared for the UNECE/EBRD Expert Meeting – Financing for Development, Genf, 3. Dezember 2001*.

**Government of Canada:** Statement of Defence in the Matter of a Arbitration under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *Ethyl Corp. vs. Government of Canada, Ontario, 27.11.1997*.

**Graham, E.M. (2000):** Fighting the Wrong Enemy, Institute for International Economics, Washington.

**Halle, M. (2001):** Investment – Avoiding a Dangerous Minefield for the WTO, IISD-Viewpoint.

**Hallward-Driemeier, M. (2002):** Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a Bit...and they Could Bite, Background Paper for Global Economic Prospects 2003: Investing to Unlock Global Opportunities, World Bank.

**Hamill, J. (1993):** Cross-border Mergers, Acquisitions and Strategic Alliances, in Bailey, P./Parisotto, A./Renshaw, G. (Hrsg., 1993): Multinationals and Employment – the Global Economy of the 1990s, International Labour Office, Genf, S. 95-123.

**Hanson, G.H. (2001):** Should Countries Promote Foreign Direct Investment?, G-24 Discussion Paper Series, UNCTAD/Center for International Development Harvard University, New York/Genf.

**Hart, M.M./Dymond, W.A. (2002):** NAFTA Chapter 11: Precedents, Principles, and Prospects, <http://www.carleton.ca/ctpl/ch11papers/hartdymond.doc>, Download vom 22.9.2004.

**Hart, M./Dymond, B. (2003):** Special and Differential Treatment and the Doha „Development“ Round, Journal of World Trade, Vol. 37, Nr. 2, April, S. 395-415.

**Hauchler, I./Messner, D./Nuscheler, F. (2001):** Global Governance, Notwendigkeit – Bedingungen – Barrieren, in Stiftung Entwicklung und Frieden (Hrsg.): Globale Trends 2002, S. 11-45.

**Heiduk, G./Kerlen-Prinz, J. (1999):** Direktinvestitionen in der Außenwirtschaftstheorie, in: Döhrn, R./Heiduk, G. (Hrsg.): Theorie und Empirie der Direktinvestitionen, Schriftenreihe des Rheinisch-Westfälischen Instituts für Wirtschaftsforschung, Neue Folge Heft 65, Essen, S. 23-54.

**Hemispheric Social Alliance (2001):** NAFTA Investor Rights Plus – an Analysis of the Draft Investment Chapter of the FTAA.

**Herdegen, M. (2002):** Internationales Wirtschaftsrecht, 3. Auflage, München.

**Hober, K. (2004):** Has the Proliferation of BITs Gone too far?, Is it Now Time for a Multilateral Investment Treaty?, The Journal of World Investment & Trade, Vol. 5, Nr. 1, Februar, S. 93-95.

**Hoekman, B./Saggi, K. (1999):** Multilateral Disciplines for Investment-Related Policies?, World Bank Working Paper 2138, Washington.

**Holtzmann, H. (1995):** A Task for the 21st Century: Creating a New International Court for Resolving Disputes on the Enforceability of Arbitral Awards, in Hunter, M./Marriott, A./Veeder, V.V. (Hrsg., 1995): The Internationalisation of International Arbitration, the LCIA Centenary Conference, London, S. 109-114.

**Hunter, M./Marriott, A./Veeder, V.V. (Hrsg., 1995):** The Internationalisation of International Arbitration, the LCIA Centenary Conference, London.

**Hymer, S.H. (1976):** The International Operations of National Firms: A Study of Direct Foreign Investment, Massachusetts Institute of Technology, Cambridge, Original 1960.

**ICC (1999):** Schiedsgerichtsordnung, gültig seit dem 1. Januar 1998, Ausgabe Nr. 581, Paris.

**ICSID:** ICSID Convention, Regulations and Rules, ICSID/15/Rev. 1, Januar 2003.

**ICTSD (2000):** Dispute Settlement: EU Chile - Swordfish; Asbestos Appellate Body, BRIDGES Weekly Trade News Digest - Vol. 4, Number 43, 14.11.2000.

**ICTSD (2001):** Asbestos Ruling Breaks New Ground in 'Like Product' Determination, Bridges Between Trade and Sustainable Development, Januar-April.

**ICTSD (2002):** WTO Members Still Battling over TRIPS and Health, BRIDGES Weekly Trade News

Digest: Vol. 6, Number 43, 20.12.2002.

**ICTSD (2002a):** WTO Agrees on Chairs, Ready to Begin Substantive Negotiations, BRIDGES Weekly Trade News Digest: Volume 6, Nr. 6, 20. Februar 2002.

**ICTSD (2003):** S&D Review back Underway, BRIDGES Weekly Trade News Digest Vol. 7, Number 20, 4.6.2003.

**ICTSD (2003a):** BRIDGES Daily Update on the Fifth Ministerial Conference - Issue 6, 15.9.2003.

**ICTSD (2004):** Services Coalition Calls for Progress in Ag Sector Talks, BRIDGES Weekly Trade News Digest, Vol. 8, Nummer 24, 7.7.2004.

**ICTSD/IISD (2003):** Special and Differential Treatment, Developments Since the Fourth WTO Ministerial conference, Doha Round Briefing Series, Vol. 1, Nr. 13.

**ICTSD/IISD (2003a):** Implementation-related Issues and Concerns, Developments Since the Fourth WTO Ministerial conference, Doha Round Briefing Series, Vol. 1, Nr. 1.

**IISD (2001):** Note on NAFTA Commission's July 31, 2001, Initiative to Clarify Chapter 11 Investment Provisions.

**IISD (2002):** A Comment on BITs/GATS/NAFTA, INVEST-SD: Investment Law and Sustainable Development Weekly Bulletin, 11.7.2002.

**IISD (2003):** Vivendi-Argentina Water Dispute Heading Back to BIT Arbitration?, INVEST-SD: Investment Law and Sustainable Development Weekly News Bulletin, 17.1.2003.

**IISD (2003a):** Swedish Firm Wins Energy Charter Treaty Case against Republic of Latvia, INVEST-SD: Investment Law and Policy Weekly News Bulletin, 19.12.2003

**IISD (2003b):** Peru Launches Unprecedented State-to-State Arbitration in Dispute with Chile, INVEST-SD: Investment Law and Sustainable Development Weekly News Bulletin, 28.3.2003.

**IISD (2003c):** Czech Republic Hit With Massive Compensation Bill in Investment Treaty Dispute, INVEST-SD: Investment Law and Sustainable Development Weekly News Bulletin 21.3.2003.

**IISD (2004):** Canada Releases its Revised Model Investment Treaty; Disputes to Be Open, INVEST-SD: Investment Law and Policy Weekly News Bulletin, 24.5.2004.

**IISD (2004a):** New Tribunal Constituted in Long-Running Vivendi-Argentina Water Dispute, INVEST-SD: Investment Law and Policy Weekly News Bulletin, 11.5.2004.

**IISD (2004b):** US-Central America FTA Draft Text Published; Contains MFN Limitations, INVEST-SD: Investment Law and Policy Weekly News Bulletin, 6.2.2004.

**ILO (2004):** Global Employment Trends, Genf.

**Inama, S. (2003):** Trade Preferences and the World Trade Organization Negotiations on Market Access, Battling for Compensation of Erosion of GSP, ACP and other Trade Preferences or Assessing and Improving their Utilization and Value by Addressing Rules of Origin and Graduation?, Journal of World Trade, Vol. 37, Nr. 5, Oktober, S. 959-976.

**Independent Evaluation Office of the IMF (2004):** Independent Evaluation Office Announces Release of Report on the Poverty Reduction Strategy Papers (PRSPs) and the Poverty Reduction and Growth Facility (PRGF), Press Release No. 04/01, 27.7.2004, <http://www.imf.org/External/NP/ieo/2004/pr/eng/pr0401.htm>, Download vom 29.7.2004.

**Institut für Weltwirtschaft (2000):** Wohlstandsmehrung durch Freiheit des internationalen Kapitalverkehrs, Gutachten erstellt für die Enquête-Kommission "Globalisierung der Weltwirtschaft — Herausforderungen und Antworten".

**International Energy Agency (1995):** The Energy Charter Treaty, A Description of its Provisions, Paris.

**International Law Commission (2001):** Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Adopted by the International Law Commission at its Fifty-third Session (2001).

**International Law Commission (2001a):** Commentary to the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Adopted by the International Law Commission at its Fifty-third Session (2001).

**Irwin, D.A. (2000):** Tariffs and Growth in Late Nineteenth Century America, National Bureau of Economic Research Working Paper w7639.

**IWF (1993):** Balance of Payments Manual, Fifth Edition, New York, 1993.

**IWF (2003):** World Economic Outlook, Public Debt in Emerging Markets, New York.

**IWF (2003a):** World Economic Outlook, Growth and Institutions, New York.

**IWF (2004):** IMF Surveillance, A Factsheet, <http://www.imf.org/external/np/exr/facts/surv.htm>, Download vom 29.7.2004.

**Jakobeit, C. (1999):** Produktion und Handel, in: Stiftung Entwicklung und Frieden (Hrsg., 1999): Globale Trends 2000, Frankfurt, S. 194-217.

**Jakobeit, C. (2001):** Produktion und Handel, in: Stiftung Entwicklung und Frieden (Hrsg., 2001): Globale Trends 2002, Frankfurt, S. 245-265.

**Jenkins, G.P./Wright, B.D. (1975):** Taxation of Income of Multinational Corporations: the Case of the United States Petroleum Industry, The Review of Economics and Statistics, Vol. LVII, Nr. 1, Februar, S. 1-11.

**Jennings, R. (2001):** The Meaning of Article 1105 (1) of the NAFTA Agreement, [www.international-economic-law.org/Methanex/Jennings%20Methanex%20Opinion.pdf](http://www.international-economic-law.org/Methanex/Jennings%20Methanex%20Opinion.pdf), Download vom 30.12.2001

**Jungnickel, R. (2000):** Direktinvestitionen – ein problematischer Standortindikator, Wirtschaftsdienst 2000/06, S. 371-375, Hamburgisches Welt-Wirtschafts-Archiv (HWWA).

**Kalirayan, K.P. (1991):** Government Intervention in Malaysian Manufacturing Industries: A Suggested Methodology of Measurement, Applied Economics, Vol. 23, Nr. 6, Juni, S. 1093-1101.

**Karl, J. (2004):** The Competence for FDI – New Powers for the European Union?, The Journal of World Investment & Trade, Vol. 5, Nr. 3, Juni, S. 413-447.

**Keet, D. (2000):** Alternatives to the WTO Regime – Tactics and Strategies to Move forward from Seattle through Global Movement for a Different Global System, Paper Presented to the Debate 21 Conference, Bonn, 18.-20.10.2000.

**Khadjavi, A.C. (2002):** ICC-Schiedsordnung und deutsches Schiedsverfahrensrecht – Kompatibilität institutioneller Schiedsgerichtsbarkeit mit nationalem Recht in verfahrensrechtlicher Hinsicht, Konstanzer Schriften zur Rechtswissenschaft, Band 191, Konstanz.

**Khor, M. (2000):** Globalization and the South: Some Critical Issues, UNCTAD Discussion Papers Nr. 147, Genf.

**König, J.-G. (1999):** Alle Macht den Konzernen, Reinbek.

**Konings, J./Murphy, A. (2001):** Do Multinational Enterprises Substitute Parent Jobs for Foreign Ones? Evidence from Firm Level Panel Data, Centre for Economic Policy Research, Discussion Paper 2972.

**Koopmann, G. (1998):** Wettbewerbspolitische Instrumente der Welthandelsorganisation, HWWA

–Diskussionspapier 65, Hamburg

**Koopmann, G. (2000):** Internationalisierung der Wettbewerbspolitik: Korrelat zur internationalen Handelspolitik, HWWA Discussion Paper 108, Hamburg.

**Krajewski, M. (2000):** Vom Green Room zum Glass Room – Partizipation von Entwicklungsländern und interne Transparenz in der WTO-Entscheidungsfindung, Germanwatch.

**Krajewski, M. (2003):** Public Services and Trade Liberalization - Mapping the Legal Framework, Journal of International Economic Law, Vol. 6, Nr. 2, Juni, 341-367.

**Kreissl-Dörfler, W. (1997):** Reformbedarf der WTO – die Rolle Europas, in: Kreissl-Dörfler, W./Die Grünen im Europäischen Parlament (Hrsg., 1997): Die WTO – Gefahr für Umwelt, Entwicklung und Demokratie?, Dossier zur Rolle der EU in der Welthandelsorganisation, Brüssel, S. 9-18.

**Kreissl-Dörfler, W./Die Grünen im Europäischen Parlament (Hrsg., 1997):** Die WTO – Gefahr für Umwelt, Entwicklung und Demokratie?, Dossier zur Rolle der EU in der Welthandelsorganisation, Brüssel.

**Krugman, P. (1994):** The Myth of Asia's Miracle, Foreign Affairs, November.

**Kühn, W. (2004):** How to Avoid Conflicting Awards, The Lauder and CME Cases, Journal of World Investment and Trade, Vol. 5, Nr. 1, Februar, S. 7-17.

**Kwa, A. (2000):** The à la Carte Undertaking: A New Form of Special and Differential Treatment?, Focus on Trade 57.

**Kwa, A. (2002):** Power Politics in the WTO, Focus on the Global South, Bangkok.

**Lall, S. (1979):** Multinationals and Market Structure in an Open Developing Country: the Case of Malaysia, Weltwirtschaftliches Archiv, 114, 2, S. 325-350.

**Lall, S. (1995):** Employment and Foreign Investment: Policy Options for Developing Countries, International Labour Review, Vol. 134, Nr. 4-5, S. 521-540.

**Leckrow, D.J. (1985):** Some Evidence on Transfer Pricing by Multinational Corporations, in: Eden, L./Rugman, A.M. (Hrsg., 1985): Multinationals and Transfer Pricing, London/Sydney, S. 223-240.

**Lee, S.-G./Ruffini, P.-B. (Hrsg., 1999):** The Global Integration of Europe and East Asia, Studies of International Trade and Investment, Cheltenham/Northampton.

**Legewie, J. (1999):** Beschäftigungswirkungen von Direktinvestitionen: Das Beispiel Japan, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik, Jg. 48, Heft 1, S. 27-44.

**Legum, B. (2001):** Federalism, NAFTA Chapter Eleven and the Jay Treaty of 1794, News from ICSID, Vol. 18, Nr. 1, S. 6-7.

**Lensink, R./Morrissey, O. (2001):** Foreign Direct Investment: Flows, Volatility and Growth, Paper Presented at the Development Economics Study Group Conference 5-7 April 2001, University of Nottingham.

**Lim, E.-G. (2001):** Determinants of, and the Relation between, Foreign Direct Investment and Growth: a Summary of the Recent Literature, IMF Working Paper, WP/01/175.

**Lipsey, R.E./Sjöholm, F. (2002):** Foreign Firms and Indonesian Manufacturing Wages: An Analysis with Panel Data, NBER Working Paper Series, Working Paper 9417, <http://www.nber.org/papers/w9417>, Download vom 18.2.2004.

**List, F. (1982):** Das nationale System der politischen Ökonomie, Ökonomische Studientexte Band 9, Akademie-Verlag Ost-Berlin (unveränderte Neuauflage des Originals von 1841, Cotta'scher Verlag, Stuttgart/Tübingen).

- Lörcher, T. (2001):** Neue Verfahren der internationalen Streiterledigung in Wirtschaftssachen, Verfahren vor dem Internationalen Seegerichtshof, WTO-Panelverfahren, ICSID- und WIPO-Schiedsverfahren, Schriftenreihe der August Maria Berges Stiftung, Band 5, Frankfurt.
- Long, F. (1981):** Restrictive Business Practices, Transnational Corporations, and Development, A Survey, Boston/The Hague/London.
- Mann, H./v. Moltke, K. (1999):** NAFTA's Chapter 11 and the Environment, Addressing the Impacts of the Investor-State Process on the Environment, International Institute for Sustainable Development, Winnipeg.
- Mann, H. (2001):** Private Rights - Public Problems, A Guide to NAFTA's Controversial Chapter on Investor Rights, International Institute for Sustainable Development/World Wildlife Fund USA, Winnipeg.
- Mann, H. (2003):** The Free Trade Commission Statements of October 7, 2003, on NAFTA's Chapter 11: Never-Never Land or Real Progress?, International Institute for Sustainable Development, [http://www.iisd.org/pdf/2003/trade\\_ftc\\_comment\\_oct03.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2003/trade_ftc_comment_oct03.pdf), Download vom 3.6.2004.
- Marino, A. (2000):** The Impact of FDI on Developing Countries Growth: Trade Policy Matters, Paper Presented at the European Trade Study Group Second Annual Conference, Glasgow, 15.-17.9.2000.
- Markusen, J.R. (1998):** Multilateral Rules on Foreign Direct Investment: The Developing Countries' Stake, University of Colorado.
- Markusen, J.R./Venables, A.J. (1996):** The Role of Multinational Firms in the Wage-Gap Debate, Juristische Fakultät/Fakultät für Wirtschaftswissenschaften und Statistik der Universität Konstanz, Sonderforschungsbereich 178 „Internationalisierung der Wirtschaft“, Diskussionsbeiträge, Konstanz.
- Maucher, H. (1998):** Wo bleibt das Investitionsabkommen?, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 19.5.1998.
- McGuire, S.O. (1995):** Foreign Direct Investment, Trade and Employment in the United States, in OECD (Hrsg., 1995): Foreign Direct Investment, Trade and Employment, Paris, S. 121-139.
- Merk, K.-P. (1998):** Eine kritische Kommentierung des multilateralen Abkommens über Investitionen, in Glunk (Hrsg., 1998), F.R.: Das MAI und die Herrschaft der Konzerne – Die Veränderung der Welt durch das Multilaterale Abkommen über Investitionen, S. 129-158.
- Mickiewicz, T./Radosevic, R./Varblane, U. (2000):** The Value of Diversity: Foreign Direct Investment and Employment in Central Europe During Economic Recovery, Working Paper 05/00, ESRC "One Europe or Several?" Programme.
- Miller & Chevalier (2002):** The Argentina Meltdown, BIT by BIT.
- Monbiot, G. (2003):** The Age of Consent, A Manifesto for a New World Order, London.
- Moore, M. (2000):** In Praise of the Future, Rede auf dem International Union of Socialist Youth Festival, Malmö, 26.7.2000, [http://www.wto.org/english/news\\_e/spmm\\_e/spmm33\\_e.htm](http://www.wto.org/english/news_e/spmm_e/spmm33_e.htm).
- Moore, M. (2000a):** The Post-Seattle Trade Agenda, Rede auf dem International Chamber of Commerce - 33rd World Congress, Budapest, 5.5.2000, [www.wto.org/english/news\\_e/spmm\\_e/spmm30\\_e.htm](http://www.wto.org/english/news_e/spmm_e/spmm30_e.htm).
- Moran, T.H. (1998):** Foreign Direct Investment and Development, The New Policy Agenda for Developing Countries and Economies in Transition, Institute for International Economics, Washington.
- Moran, T.H. (2002):** Beyond Sweatshops.
- Morisset, J./Pirnia, N. (2000):** How Tax Policy and Incentives Affect Foreign Direct Investment, A Review, World Bank Policy Research Working Paper.

- Morrissey, O./te Velde, D.W. (2001):** Foreign Ownership and Wages: Evidence from five African Countries, CREDIT Discussion Paper 01/1, Centre for Research in Economic Development and International Trade, University of Nottingham, [www.nottingham.ac.uk/economics/research/credit](http://www.nottingham.ac.uk/economics/research/credit), Download v. 18.2.2004.
- Morrissey, O./te Velde, D.W. (2002):** Foreign Direct Investment: Who Gains?, ODI Briefing Paper.
- Moudatsou, A. (2003):** Foreign Direct Investment and Economic Growth in the European Union, *Journal of Economic Integration*, Vol. 18, Nr. 4, Dezember, S. 689-707.
- NAFTA Free Trade Commission:** Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, 31.7.2001.
- Nair-Reichert, U./Weinhold, D. (2001):** Causality Tests for Cross-Country Panels: New Look at FDI and Economic Growth in Developing Countries, *Oxford Bulletin of Economics and Statistics*, Vol. 63, Nr. 2, Mai, S. 153-171.
- Natke, P.A. (1985):** A Comparison of Import Pricing by Foreign and Domestic Firms in Brazil, in: Eden, L./Rugman, A.M. (Hrsg., 1985): *Multinationals and Transfer Pricing*, London/Sydney, S. 212-222.
- Newfarmer, R.S./Marsh, L.C. (1981):** Foreign Ownership, Market Structure and Industrial Performance: Brazil's Electrical Industry, *Journal of Development Economics*, Vol. 8, Nr. 1, Februar, S. 47-75.
- NN (2000):** Welthandelsorganisation, 1. Auflage, München, DTV.
- NN (2001):** Questions Remain After B.C. Supreme Court Upholds Metalclad Victory in Mexico Case, *Mexican Forecast*, 15.5.2001, S. 1-2, 6-7.
- NN (2002):** Völkerrechtliche Verträge, 9. Auflage, München, DTV.
- NN (2003):** WTO Members Consider two Mini-Ministerials Before Cancun Meeting, *Inside US Trade*, 9.5.2003.
- North, D.C. (1990):** Institutionen, institutioneller Wandel und Wirtschaftsleistung, 1. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 1992 (englische Originalausgabe 1990).
- Nunnenkamp, P. (2002):** Determinants of FDI in Developing Countries: Has Globalization Changed the Rules of the Game?, *Kieler Institut für Weltwirtschaft, Working Paper No. 1122*.
- Nunnenkamp, P. (2002a):** To What Extent Can Foreign Direct Investment Help Achieve International Development Goals?, *Kieler Institut für Weltwirtschaft, Working Paper No. 1128*.
- Nunnenkamp, P. (2003):** FDI for Development? Assessing the Case for a Multilateral Investment Agreement from the Perspective of Developing Countries, *The Journal of World Investment*, Vol. 4, Nr. 4, August, S. 585-593.
- Nunnenkamp, P./Pant, M. (2003):** Why the Case for a Multilateral Agreement on Investment Is Weak, *Kieler Diskussionsbeiträge, Kieler Institut für Weltwirtschaft, Kiel*.
- OECD (1995):** Foreign Direct Investment, Trade and Employment, Paris.
- OECD (1995a):** A Multilateral Agreement on Investment, Report by the Committee on International Investment and Multinational Enterprises (CIME) and the Committee on Capital Movements and Invisible Transactions (CMIT), DAF/CE/CIT/CIME(95)13/FINAL, 5.5.1995.
- OECD (1996):** OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment, *Third Edition*, Paris.
- OECD (1997):** The OECD Guidelines for Multinational Enterprises, OCDE/GD(97)40, Paris.
- OECD (1998):** Open Markets Matter – the Benefits of Trade and Investment Liberalisation, Paris.

**OECD (2000):** Die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen, Neufassung 2000, Paris.

**OECD (2002):** National Treatment for Foreign-Controlled Enterprises, Decision of the Council, Including Member Countries' Exceptions to National Treatment, Paris.

**OECD (2004):** Relationships Between International Investment Agreements, Working Papers on International Investment Number 2004/1, Paris.

**Oman, C.O. (2000):** Policy Competition for Foreign Direct Investment, A Study of Competition among Governments to Attract FDI, OECD Development Centre Studies, Paris.

**Osiro, D.A. (2002):** GATT/WTO Necessity Analysis: Evolutionary Interpretation and its Impact on the Autonomy of Domestic Regulation, Legal Issues of Economic Integration, Vol. 29, Nr. 2, S. 123-141.

**Oxfam GB (2000):** Tax Havens: Releasing the Hidden Billions for Poverty Eradication, Oxfam GB Policy Paper.

**Pagel, R. (1999):** Die Aufhebung von Schiedssprüchen in der ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit, Europäische Hochschulschriften Reihe II, Bd./Vol. 2593, Frankfurt.

**Parisotto, A. (1995):** Recent Trends in Employment in Transnational Corporations, in OECD (Hrsg., 1995): Foreign Direct Investment, Trade and Employment, Paris.

**Parra, A.R. (2000):** ICSID and Bilateral Investment Treaties, Remarks presented in a panel discussion on "ICSID and the Rise of Bilateral Investment Treaties: Will ICSID be the Leading Arbitration Institution in the Early 21<sup>st</sup> Century?" at the 94th Annual Meeting of the American Society of International Law, Washington, 5.-8.4.2000.

**Penalver, M. (2002):** Globalization, FDI and Growth: A Regional and Country Perspective, Paper Prepared for the Capacity Development Workshop on the State, the Private Sector and Civil Society: Partnerships for Development and Democracy. United Nations Department of Economic and Social Affairs Marrakesh, Morocco, 10.-13.12. 2002.

**Pereczano, H. (2003):** Investment Protection Agreements, Should a Multilateral Approach be Reconsidered?, The Journal of World Investment, Vol. 4, Nr. 6, Dezember, S. 929-939.

**Pereczano, H. (2004):** Has the Proliferation of BITs Gone too Far?, Is it Now Time for a Multilateral Investment Treaty?, The Journal of World Investment and Trade, Vol. 5, Nr. 1, Februar, S. 101-104.

**Peterson, L.E. (2001):** Challenges under Bilateral Investment Treaties Give Weight to Calls for Multilateral Rules, World Trade Agenda, 29.10.2001.

**Peterson, L.E. (2002):** All Roads Lead Out of Rome: Divergent Paths of Dispute Settlement in Bilateral Investment Treaties, International Institute for Sustainable Development.

**Peterson, L.E. (2003):** Research Note: Emerging Bilateral Investment Treaty Arbitration and Sustainable Development, International Institute for Sustainable Development, [http://www.iisd.org/pdf/2003/trade\\_bits\\_disputes.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2003/trade_bits_disputes.pdf), Download vom 15.5.2004.

**Pettinato, C. (2003):** A Sustainable FDI Framework in the Doha Development Agenda, Paper Presented at the Forum Environment and Development/EED International Conference on the New Investment Agreement in the WTO, Bonn, 28.4.2003.

**Public Citizen (1999):** The MAI Shell Game – Asia Pacific Economic Co-operation Forum (APEC), [www.publiccitizen.org/trade/issues/mai/Investor/articles.cfm?ID=1019](http://www.publiccitizen.org/trade/issues/mai/Investor/articles.cfm?ID=1019), Download vom 22.9.2004.

**Quibria, M.G. (2002):** Growth and Poverty: Lessons from the East Asian Miracle Revisited, Asian Development Bank Institute Research Paper 33, Tokio.

**Raeschke-Kessler, H. (2004):** How to Avoid Conflicting Awards, The Journal of World Investment & Trade, Vol. 5, Nr. 1, Februar, Discussion Section, S. 41-42.

- Ricardo, D. (1979):** Über die Grundsätze der politischen Ökonomie und der Besteuerung, 3. Auflage, Aufbau-Verlag, Berlin, Ökonomische Studententexte Band 1 (Neuabdruck der 2. Auflage der Originalausgabe von 1821, London).
- Rigobon, R./Rodrik, D. (2004):** Rule of Law, Democracy, Openness, and Income: Estimating the Interrelationships, Harvard University/Massachusetts Institute of Technology, [http://ksghome.harvard.edu/~drodrik/rigrod\\_May25\\_2004.pdf](http://ksghome.harvard.edu/~drodrik/rigrod_May25_2004.pdf), Download vom 5.9.2004.
- Rodrik, D./Subramanian, A./Trebbs, F. (2002):** Institutions Rule: The Primacy of Institutions over Geography and Integration in Economic Development, Harvard University/IWF, <http://ksghome.harvard.edu/~drodrik/institutionsrule,%205.0.pdf>, Download vom 5.9.2004.
- Rodrik, D. (1987):** The Economics of Export-Performance Requirements, Quarterly Journal of Economics, Vol. 102, Nr. 3, S. 633-650.
- Rodrik, D. (1999):** The New Global Economy and Developing Countries: Making Openness Work, Overseas Development Council, Policy Issue No. 24, Washington.
- Rodrik, D. (2001):** The Global Governance of Trade as if Development Really Mattered, Harvard University; UNDP, April 2001.
- Rodrik, D. (2004):** Getting Institutions Rights, Harvard University, [http://ksghome.harvard.edu/~drodrik/ifo-institutions%20article%20\\_April%202004\\_.pdf](http://ksghome.harvard.edu/~drodrik/ifo-institutions%20article%20_April%202004_.pdf), Download vom 5.9.2004.
- Röling, J. (1999):** Bedeuten deutsche Direktinvestitionen im Ausland einen 'Export' deutscher Arbeitsplätze?, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik, Jg. 48, Heft 2, S. 147-167.
- Rombald, V. (2004):** How to Avoid Conflicting Awards, The Lauder and CME Cases, The Journal of World Investment & Trade, Vol. 5, Nr. 1, Februar, Discussion Section, S. 38.
- Rose, A.K. (2003):** Notes on Other Things the WTO Might Be Doing (besides Liberalizing Trade), University of California, <http://faculty.haas.berkeley.edu/arose/wtonontrade.htm>, Download vom 5.7.2004, unveröffentlichtes, informelles Memo.
- Rosenbluth, G. (1970):** The Relation Between Foreign Control and Concentration in Canadian Industry, The Canadian Journal of Economics, Vol. 3, Nr. 1, Februar, S. 14-38.
- Rugman, A.M. (1985):** Transfer Pricing in the Canadian Petroleum Industry, in: Eden, L./Rugman, A.M. (Hrsg., 1985): Multinationals and Transfer Pricing, London/Sydney, S. 173-192.
- Sanna-Randaccio, F. (2001):** Why We Need a MAID (a MAI for Development), Workshop Paper – EIBA 26 th Annual Conference, Universität Rom.
- Sarno, L./Taylor, M.P. (1999):** Hot Money, Accounting Labels, and the Permanence of Capital Flows to Developing Countries: an Empirical Investigation, Journal of Development Economics, Vol. 59, August, Nr. 2, S. 337-364
- Sauvé, P./Stern, R.M. (2000):** New Directions in Services Trade Liberalization: An Overview, in Sauvé, P./Stern, R.M. (Hrsg., 2000): GATS 2000: New Directions in Services Trade Liberalization, Washington.
- Sauvé, P./Wilkie, C. (1999):** Exploring Approaches to Investment Liberalization in the GATS, Paper prepared for the conference "Services 2000 – New Directions in Services Trade Liberalization", Washington, 13.7.1999.
- SCC Institute (2004):** Annual Report 2003, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Stockholm.
- Scheibe, R. (2002):** Garantien & Bürgschaften von A - Z, Lexikon der Ausfuhrleistung des Bundes, Köln.

- Schilders, K. (2003):** Regionalisierung unter neoliberalen Vorzeichen? Die polit-ökonomische Geographie der EU-Handelspolitik, <http://www.weed-online.org/artikel/18513.html>, Download vom 20.5.2004.
- Schoppe, S.G. (Hrsg., 1991):** Kompendium der internationalen Betriebswirtschaftslehre, München.
- Schreuer, C.H. (2001):** The ICSID Convention, A Commentary, Cambridge.
- Schuster, H. (1973):** Direktinvestitionen und Zahlungsbilanz in Entwicklungsländern, Zeitschrift für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Jg. 93, 2. Heft, S. 191-196.
- Schwebel, S.M. (1995):** The Creation and Operation of an International Court of Arbitral Awards, in Hunter, M./Marriott, A./Veeder, V.V. (Hrsg., 1995): The Internationalisation of International Arbitration, the LCIA Centenary Conference, London, S. 115-123.
- Seattle to Brussels Network (2002):** Investment and Competition Negotiations in the WTO – What’s Wrong with it and what Are the Alternatives?, Brüssel/Berlin.
- Seyf, I. (2000):** Could FDI Solve the Problem of Unemployment?, Applied Economic Letters, Nr. 2, S. 125-128.
- Sforza, M. (1998):** MAI Bestimmungen und Vorschläge: Eine Analyse des Textes vom April 1998, Public Citizen’s Global Trade Watch, Washington.
- Sforza, M./Wallach, L. (1999):** Whose Trade Organization? – Corporate Globalization and the Erosion of Democracy, An Assessment of the World Trade Organization, Public Citizen, Washington.
- Shafaeddin, M. (1998):** How Did Developed Countries Industrialize?, The History of Trade and Industrial Policy: The Cases of Great Britain and the USA, UNCTAD Discussion Papers No. 139, Genf.
- Shafaeddin, M. (2000a):** What Did Frederick List Actually Say?, Some Clarifications on the Infant Industry Argument, UNCTAD Discussion Papers No. 149, Genf.
- Shafaeddin, M. (2000b):** Free Trade or Fair Trade?, An Enquiry into the Causes of Failure in Recent Trade Negotiations, Fallacies Surrounding the Theories of Trade Liberalization and Protection and Contradictions in International Trade Rules, UNCTAD Discussion Papers No. 153, Genf.
- Shan, J./Sun, F./Tian, G.G. (1997):** The FDI-led Growth Hypothesis: Further Econometric Evidence from China, National Centre for Development Studies/The Australian National University Research School of Pacific and Asian Studies, Economic Division Working Papers, 97/2.
- Shea, D.R. (1955):** The CALVO Clause – A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy, University of Minnesota, Minneapolis.
- Shiva, V. (1997):** Biopiracy – the Plunder of Nature and Knowledge, Boston.
- Sinclair, I. (1984):** The Vienna Convention on the Law of Treaties, 2. Auflage, Manchester University Press.
- Sinclair, S. (2000):** GATS - How the World Trade Organization’s New „Services“ Negotiations Threaten Democracy, Canadian Centre for Policy Alternatives, Summary, Ottawa.
- Singh, A. (2001):** Foreign Direct Investment and International Agreements: A South Perspective, South Centre, Trade-Related Agenda, Development and Equity (T.R.A.D.E.) Occasional Papers 6.
- Singh, K. (1997):** The Reality of Foreign Investment, German Investments in India (1991-96), Public Interest Research Group, Delhi.
- Skarpelis-Sperk, S. (1998):** Ein neues Grundgesetz einer einheitlichen globalen Wirtschaft, in Glunk (Hrsg., 1998), F.R.: Das MAI und die Herrschaft der Konzerne – Die Veränderung der Welt durch das Multilaterale Abkommen über Investitionen, S. 159-190.

**Smith, A. (2001):** Der Wohlstand der Nationen, 5. Auflage, München, Deutscher Taschenbuch-Verlag (Neuabdruck der 9. Auflage der Originalausgabe von 1789).

**Social Watch 2003 (2003):** The Citizens Report on the Quality of Life in the World, CD.

**Sornarajah, M. (2000):** The Settlement of Foreign Investment Disputes, Den Haag.

**Sornarajah, M. (2004):** The International Law on Foreign Investment, Second Edition, Cambridge University Press.

**South Centre (1997):** Foreign Direct Investment, Development and the New Global Economic Order, A Policy Brief for the South, Genf.

**South Centre (2001):** WTO Decision-making and Developing Countries, Trade-related Agenda, Development and Equity Working Papers 11, Genf.

**South Centre (2004):** South-South Cooperation in the Multilateral Trading System: Cancún and beyond, Trade-Related Agenda, Development and Equity (T.R.A.D.E.) Working Papers 21, Genf.

**Stehn, J. (1992):** Ausländische Direktinvestitionen in Industrieländern, Theoretische Erklärungsansätze und empirische Evidenz, Kieler Studien, Institut für Weltwirtschaft, Kiel.

**Stein, I. (1991):** Die Theorien der Multinationalen Unternehmung, in: Schoppe, S.G. (Hrsg., 1991): Compendium der internationalen Betriebswirtschaftslehre, München, S. 49-151.

**Stiglitz, J. (2002):** Die Schatten der Globalisierung, New York.

**Subcommittee on Investment (2004):** Report of the Subcommittee on Investment Regarding the Draft Model Bilateral Investment Treaty, Presented To The Advisory Committee on International Economic Policy, 30.1.2004.

**Tandoon, Y. (2003):** The Role of Foreign Direct Investment in Development, Paper Presented on the Panel on „*Investor Protection of Investor Regulation: How to Foster Sustainable Development?*“ at the Forum Environment and Development/EED International Conference on the New Investment Agreement in the WTO, Bonn, 28.4.2003.

**Tesch, P. (1980):** Die Bestimmungsgründe des internationalen Handels und der Direktinvestition, Eine kritische Untersuchung der außenwirtschaftlichen Theorien und Ansatzpunkte einer standorttheoretischen Erklärung der leistungswirtschaftlichen Auslandsbeziehungen der Unternehmen, Volkswirtschaftliche Schriften Heft 301, Freie Universität Berlin.

**te Velde, D.W. (2003):** Foreign Direct Investment and Development: The Case of Bolivia, Overseas Development Institute.

**The Canadian Chamber of Commerce (2000):** Foreign Investment Barriers, A Report by the Canadian Chamber of Commerce in Partnership with Industry Canada, Ottawa.

**The Federal Trust for Education & Research (2003):** Expanding WTO Rules? Should there Be WTO Rules on Competition, Investment, Trade Facilitation and Transparency in Government Procurement?, A Federal Trust Report on the Singapore Issues.

**Tietje, C. (2000):** Einführung, in Welthandelsorganisation, Beck-Texte, 1. Auflage, München.

**UNCITRAL:** UNCITRAL's Business is the Modernization and Harmonization of Rules on International Business, <http://www.uncitral.org/english/commiss/geninfo.htm>, Download vom 27.5.2004.

**UNCTAD (1994):** World Investment Report 1994, Transnational Corporations, Employment and the Workplace, New York/Genf.

**UNCTAD (1996):** International Investment Instruments: A Compendium, Volume I Multilateral Instruments, New York/Genf.

**UNCTAD (1996a):** International Investment Instruments: A Compendium, Volume II Regional Instruments, New York/Genf.

**UNCTAD (1996b):** International Investment Instruments: A Compendium, Volume III Regional Integration, Bilateral and Non-Governmental Instruments, New York/Genf.

**UNCTAD (1997):** World Investment Report 1997, Transnational Corporations, Market Structure and Competition Policy, New York/Genf.

**UNCTAD (1998):** Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s, Genf/New York.

**UNCTAD (1998a):** World Investment Report 1998, Trends and Determinants, New York/Genf.

**UNCTAD (1999):** Scope and Definition, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, New York/Genf.

**UNCTAD (1999a):** World Investment Report 1999, Foreign Direct Investment and the Challenge of Development, New York/Genf.

**UNCTAD (1999b):** Transfer Pricing, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, New York/Genf.

**UNCTAD (1999c):** Trade and Development Report 1999, Trade, External Financing and Economic Growth in Developing Countries, New York/Genf.

**UNCTAD (1999d):** National Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, New York/Genf.

**UNCTAD (1999e):** Admission and Establishment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, New York/Genf.

**UNCTAD (2000):** Bilateral Investment Treaties 1959-1999, Genf/New York.

**UNCTAD (2000a):** World Investment Report 2000, Cross-border Mergers & Acquisitions and Development, New York/Genf.

**UNCTAD (2000b):** International Investment Instruments: A Compendium, Vol. V Regional Integration, Bilateral and Non-Governmental Instruments, New York/Genf.

**UNCTAD (2001):** World Investment Report 2001, Promoting Linkages, New York/Genf.

**UNCTAD (2001a):** Host Country Operational Measures, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, New York/Genf.

**UNCTAD (2002):** World Investment Report 2002, Transnational Corporations and Export Competitiveness, New York/Genf.

**UNCTAD (2002a):** Model Law on Competition, Draft Elements and Commentaries for Articles of a Model Law or Laws on Competition, Genf, 2002, <http://r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/docs/draftmdlw-07-10-02-en.Pdf>, Download vom 25.8.2004.

**UNCTAD (2003):** World Investment Report 2003, FDI Policies for Development: National and International Perspectives, New York/Genf.

**UNCTAD (2003a):** Foreign Direct Investment and Performance Requirements: New Evidence from Selected Countries, New York/Genf.

**UNCTAD (2003b):** Dispute Settlement: Investor-State, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, New York/Genf.

**UNCTAD (2004):** Incentives, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, New York/Genf.

- UNCTAD/WTO (2002):** Trade-Related Investment Measures and other Performance Requirements, WTO, Council on Trade in Goods, G/C/W/307/Add.1.
- UNDP (1999):** Human Development Report 1999, Globalization with a Human Face, New York.
- UNDP (2002):** Human Development Report 2002, Deepening Democracy in a Fragmented World, New York.
- UNDP (2003):** Human Development Report 2003, Millennium Development Goals: A Compact among Nations to End Human Poverty, New York.
- USTR (2001):** Negotiating Group on Investment - Public Summary of U.S. Position, <http://www.sice.oas.org/geograph/north/uspoin%5Fe.asp>, Download vom 16.9.2004.
- USTR (2002):** Proposed U.S. - Central America Free Trade Agreement Fact Sheet, 16.1.2002, Download v. [www.ustr.gov](http://www.ustr.gov) vom 25.9.2003.
- USTR (2004):** United States and Malaysia Sign Bilateral Trade and Investment Framework Agreement, 5th TIFA Signed with ASEAN Member, Press Release, 10.5.2004, 2004-37.
- Van den Berghe, D. (2001):** International Production, Relocation and Employment: A Critical Assessment of the Literature, Paper for Presentation at the 5th EUNIP Conference, Wien.
- VanDuzer, J.A. (2002):** NAFTA Chapter 11 to Date: The Progress of A Work in Progress, Paper Presented at the Conference NAFTA Chapter 11 Seminar, Centre for Trade Policy and Law, Carleton University Ottawa, Ontario, Canada, January 18, 2002.
- von Moltke, K. (2000):** An International Investment Agreement? - Issues of Sustainability, International Institute for Sustainable Development, Winnipeg.
- Wälde, T. (2004):** How to Avoid Conflicting Awards, The Journal of World Investment & Trade, Vol. 5, Nr. 1, Februar, Discussion Section, S. 43-45.
- Weiler, T. (2001):** The Ethyl Arbitration: First of its Kind and a Harbinger of Things to Come, American Review of International Arbitration, Vol. 11, Nr. 2, S. 187-204.
- Weiler, T. (2001a):** Trade Ministers Say the Darndest Things, [www.naftaclaims.com/papers/newsletter%20Commentary.pdf](http://www.naftaclaims.com/papers/newsletter%20Commentary.pdf), Download vom 30.12.2001.
- Weltbank (1993):** The East Asian Miracle – Economic Growth and Public Policy, A World Bank Policy Research Report, Washington.
- Weltbank (1999):** Global Development Finance 1999, New York.
- Weltbank (2001):** Global Development Finance 2001, New York.
- Weltbank (2003):** Global Development Finance 2003, New York.
- Weltbank (2003a):** Global Economic Prospects and the Developing Countries 2003, New York.
- Wilkie, C. (2002):** The Origins of NAFTA Investment Provisions: Economic and Policy Considerations, Paper Presented at the Conference NAFTA Chapter 11 Seminar v. 18.1.2002, Centre for Trade Policy and Law, Carleton University, Ottawa.
- Wilkins, M. (1989):** The History of Foreign Investment in the USA to 1914, Harvard Studies in Business History.
- Willmore, L. (1989):** Determinants of Industrial Structure: A Brazilian Case Study, World Development, Vol. 17, Nr. 10, Oktober, S. 1601-1617.
- World Development Movement (1999):** Making Investment Work for People: An International

Framework for Regulating Corporations, London.

**WTO (1996):** Singapore Ministerial Declaration, Ministerial Conference, WT/MIN(96)/DEC, Singapore, 13.12.1996.

**WTO (1998):** Health and Social Services, Background Note by the Secretariat, S/C/W/50, 18.9.1998.

**WTO (1998a):** Preparations for the 1999 Ministerial Conference, General Council Discussion on Mandated Negotiations and the Built-In Agenda 23 November 1998, Communication from the United States, WT/GC/W/115, 19.11.1998.

**WTO (1998b):** Definition of Investment, Communication from Costa Rica, WT/WGTI/W/60, 28.10.1998.

**WTO (1999):** Trading into the Future, 2. Auflage, Genf.

**WTO (2000):** The Relationship between the Provisions of the Multilateral Trading System and Multilateral Environment Agreements (MEAs), Submission by Switzerland, WT/CTE/W/139, 8.6.2000.

**WTO (2000a):** WTO Secretariat Hits False Attacks against GATS, [www.wto.org/english/news\\_e/news00\\_e/gats2000neg\\_hartridge.htm](http://www.wto.org/english/news_e/news00_e/gats2000neg_hartridge.htm), Download vom 27.11.2000.

**WTO (2000b):** Implementation of Special and Differential Treatment Provisions in WTO Agreements and Decisions, Committee on Trade and Development, WT/COMTD/W/77.

**WTO (2001):** TRIPS and Pharmaceutical Patents, Fact Sheet, Genf.

**WTO (2001a):** GATS: Fact and Fiction, Genf.

**WTO (2001b):** Guidelines and Procedures for the Negotiations on Trade in Services, Council for Trade in Services, 28.3.2001.

**WTO (2001c):** Ministerial Declaration, Ministerial Conference, Fourth Session, WT/MIN(01)DEC/W/1, Doha, 14.11.2001.

**WTO (2001d):** Implementation-related Issues and Concerns, Decision, Ministerial Conference, Fourth Session, WT/MIN(01)/W/10, Doha, 14.11.2001.

**WTO (2001e):** Ministerial Conference, Fourth Session, Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, WT/MIN(01)/DEC/W/2, Doha, 14.11.2001.

**WTO (2001f):** Foreign Direct Investment and The Balance-of-Payments, Working Group on the Relationship between Trade and Investment, WT/WGTI/W/95, 2. Februar 2001.

**WTO (2001g):** Trading into the Future, 2. überarbeitete Auflage, Genf.

**WTO (2001h):** WTO Analytical Index: Guide to WTO Law and Practice, 1. Auflage, Online-Version, abrufbar über [http://www.wto.org/english/res\\_e/booksp\\_e/analytic\\_index\\_e/analytic\\_index\\_e.htm](http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/analytic_index_e.htm).

**WTO (2001i):** Special Study No. 6 on Market Access: Unfinished Business. Post-Uruguayround Inventory and Issues, [http://www.wto.org/english/res\\_e/booksp\\_e/maccess\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/maccess_e.pdf), Download vom 19.9.2004.

**WTO (2002):** The Doha Declaration Explained [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dda\\_e/dohaexplained\\_e.htm#services](http://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/dohaexplained_e.htm#services), 14.12.02.

**WTO (2002a):** The Mandated Review of the TRIMs Agreement Paragraph 12(b) of the Doha Ministerial Declaration, Implementation-related Issues and Concerns (tired 40), Communication from Brazil and India, Council for Trade in Goods, Committee on Trade-Related Investment Measures, G/C/W/428 G/TRIMS/W/25, 9.10.2002.

**WTO (2002b):** Statement by the Chairman of the General Council, Trade Negotiations Committee, TN/C/1, 4.2.2002.

- WTO (2002c):** Adopted Panel Reports within the Framework of GATT 1947, [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/gt47ds\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/gt47ds_e.htm), Download v. 6.5.02.
- WTO (2002d):** Scope and Definitions: "Investment" and "Investor", Note by the Secretariat, WT/WGTI/W/108, 21.3.2002.
- WTO (2002e):** Concept Paper on The Definition of Investment, Communication from the European Community and its Member States, WT/WGTI/W/115, 16.4.2002.
- WTO (2002f):** Covering FDI and Portfolio Investment in a WTO Investment Agreement, Communication from the United States, WT/WGTI/W/142, 16.9.2002.
- WTO (2002g):** Scope and Definitions of "investment", Communication from Korea, WT/WGTI/W/114, 15.4.2002.
- WTO (2002h):** Scope and Definition, Communication from Canada, WT/WGTI/W/113, 12.4.2002.
- WTO (2002i):** Scope and Definition, Communication from Japan, WT/WGTI/W/111, 12.4.2002.
- WTO (2002j):** Scope and Definition of "Investment", Communication from the Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu, WT/WGTI/W/128, 1.7.2002.
- WTO (2002k):** Modalities for Pre-establishment Commitments Based on a GATS-type, Positive List Approach, Note by the Secretariat, WT/WGTI/W/120, 19.6.2002.
- WTO (2002l):** Non-Discrimination, Most-Favoured-Nation Treatment and National Treatment, Note by the Secretariat, WT/WGTI/W/118, 4.6.2002.
- WTO (2003):** Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, Decision, General Council, WT/L/540, 30.8.2003.
- WTO (2003a):** Ministerial Conference, Fifth Session, Ministerial Declaration, WT/MIN(03)/W/24, Cancún, 14.9.2003.
- WTO (2003b):** "Necessity Tests" in the WTO, Note by the Secretariat, Working Party on Domestic Regulation, S/WPDR/W/27, 2.12.2003.
- WTO (2003c):** Scope and Definition, Communication from China, WT/WGTI/W/159, 15.4.2003.
- WTO (2003d):** Draft Cancún Ministerial Text, Second Revision, JOB(03)/150/Rev.2, 13.9.2003
- WTO (2004):** Update of WTO Dispute Settlement Cases, WT/DS/OV/20, 26.3.2004.
- WTO (2004a):** Doha Work Programme, Decision Adopted by the General Council on 1 August 2004, WT/I/579, 2.8.2004.
- Zuleger, C. (2002):** Die UNCITRAL-Schiedsregeln – 25 Jahre nach ihrer Schaffung, Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Bd./Vol. 3380, Frankfurt.

**L E B E N S L A U F**

Name: Michael Efler

Geboren : 03.01.1970

Geburtsort : Bassum

Vater : Egon Efler

Mutter : Edelgard Efler

Schulbildung : 1976 - 1980 Grundschule Bassum  
1980 - 1982 Orientierungsstufe Bassum  
1982 - 1986 Realschule Bassum

Ausbildung : 1986 - 1989 Verwaltungsfachangestellter Landkreis  
Diepholz  
8/1989- 1/1991 Beamtenanwärter mittlerer Dienst  
Landkreis Diepholz

Zivildienst: 2/1991 - 5/1992 Öko-Institut Darmstadt

Studium: 10/1992 - 2/1996 Volkswirtschaftslehre (mit Abschluß)  
Hochschule für Wirtschaft und Politik  
4/1996 - 4/1998 Sozialökonomie (mit Abschluß)  
Hochschule für Wirtschaft und Politik

Seit 15.11.1999 zugelassen zum Promotionsstudium

Berufliche Tätigkeit: Seit 1.1.1999 hauptamtlich tätig für Mehr Demokratie  
e.V., Bundesverband