
Die Regelung von grenzüberschreitenden Investitionen in der WTO: ein Überblick

Karl Sidhu*

Inhalt

A. Einführung	336
B. Regelungen internationaler Investitionsabkommen	340
I. Begriff der Investition	340
II. Marktzugang	341
III. Inländerbehandlung und Meistbegünstigung	342
IV. Allgemeine Behandlungsstandards	344
V. Kapitaltransfer	346
VI. Transparenz	346
VII. Enteignungen	347
VIII. Streitschlichtung	348
C. Investitionsregelungen in der WTO	348
I. GATS	349
1. Direktinvestitionen als Regelungsgegenstand	349
2. Marktzugang	350
3. Inländerbehandlung und Meistbegünstigung	351
4. Kapitaltransfer	352
5. Transparenz	353
6. Streitschlichtung	353
II. TRIMs-Abkommen	355
1. Direktinvestitionen als Regelungsgegenstand	355
2. Nicht erschöpfende Liste	356

* Dr. Karl Sidhu, Rechtsanwalt in München. Für hilfreiche Informationen und Anregungen dankt der Verfasser Herrn Professor Dr. Werner Meng vom Europa-Institut der Universität des Saarlandes, Herrn Dr. Walter Werner von der Deutschen WTO-Einheit in Genf und Herrn Rudolf Adlung von der WTO.

a) Inländerbehandlung	356
b) Verbot mengenmäßiger Beschränkungen	356
D. Das Mandat der Ministererklärung von Doha	358
E. Ausblick	360

A. Einführung

Im Gegensatz zum Handelsbereich mit seinen vielfältigen multilateralen Regelungen im Rahmen der Welthandelsorganisation (WTO) fehlt für grenzüberschreitende Investitionen bis heute ein umfassendes Regelwerk auf multilateraler Ebene. Lediglich ein unvollkommenes und unübersichtliches Netzwerk an internationalem Recht hat sich gebildet,¹ dem es an Kohärenz fehlt und das deshalb nicht zu Unrecht als Flickwerk bezeichnet wird². Dafür verantwortlich ist in erster Linie die wirtschaftliche und politische Einschätzung von Auslandsinvestitionen, die selbst unter den führenden Industrienationen divergiert. Der bisher letzte Versuch unter der Schirmherrschaft der OECD ein umfassendes multilaterales Investitionsregelwerk zu schaffen, das „*Multilateral Agreement on Investment*“ (MAI), scheiterte nach dreijährigen Verhandlungen im Dezember 1998.³ Das MAI orientierte sich am elften Kapitel des „*North American Free Trade Agreement*“ (NAFTA) vom 1. Januar 1994⁴, das zentrale Regelungen zur Zulassung und Behandlung von Auslandsinvestitionen enthält.⁵ Zwischen den west- und osteuropäischen Staaten wurde für den wichtigen Wirtschaftsbereich der Energie der „Vertrag über die Energiecharta“ (*Energy Charter Treaty* – ECT) geschlossen, der 1998 in Kraft trat⁶, und ebenfalls um-

¹ Vgl. die zehnteilige Auflistung von Investitionsregelwerken in *UNCTAD*, Trends in International Investment Agreements, S. 94 ff. und die selektierte Auflistung von *Tschofen*, Multilateral Approaches to the Treatment of Foreign Direct Investment, ICSID Review FILJ 7 (1992), S. 384 (385 f.).

² So ausdrücklich *Fatourus*, Towards an International Agreement on Foreign Direct Investment, ICSID Review 9 (1994), S. 181 (188); *Karl*, Das Multilaterale Investitionsabkommen (MAI), RIW 1998, S. 422 (422); *Schrijver*, in: Nieuwenhuys/Brus (Hrsg.), Multilateral Regulation of Investment, S. 17.

³ Eine anschauliche Analyse der Gründe für das Scheitern bieten *Sikkel*, How to Establish a Multilateral Framework for Investment?, Transnational Corporations 2000, S. 127 (129 ff.) und *Muchlinski*, The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment, Int'l Lawyer 1999, S. 1033 (1037 ff.).

⁴ Das Abkommen einschließlich der Annexe findet sich im Internet unter <http://www.nafta-sec-alena.org> (alle im Folgenden zitierten Internetseiten haben das Abrufdatum 10.6.2004).

⁵ Vgl. *Appleton*, Navigating NAFTA, S. 79, der die Investitionsregelungen als „*the very heart and soul of the NAFTA*“ bezeichnet. Für ausführliche Beschreibungen der Investitionsbestimmungen vgl. etwa *Folsom*, NAFTA in a Nutshell, S. 152 ff.; *Johnson*, The North American Free Trade Agreement, S. 284 ff.

⁶ ABl. EG Nr. L 69 v. 9.4.1998, S. 26.

fassend die Behandlung von Auslandsinvestitionen regelt⁷. Weitere multilaterale Abkommen – wenngleich mit regionaler Beschränkung – unterstreichen den Willen einer zunehmenden Anzahl von Staaten, sich im Bereich der Investitionen internationalen Verpflichtungen zu unterwerfen. Aus jüngerer Zeit liegen zum Beispiel das „*Framework Agreement on the ASEAN Investment Area*“ von 1998⁸ und die „*Asia-Pacific Economic Cooperation Non-Binding Investment Principles*“ von 1994⁹ vor.

Die Investitionsregelungen dieser Verträge stehen im Zusammenhang mit einem dichten Netzwerk von bilateralen Investitionsabkommen. Ihnen kommt im Rahmen der Fortbildung des internationalen Investitionsrechts schon wegen ihrer Anzahl eine besondere Bedeutung zu. Seit den sechziger Jahren wurden über 2100 Verträge von insgesamt 173 Staaten abgeschlossen, wobei die überwiegende Anzahl den neunziger Jahren zuzurechnen ist.¹⁰ Bilaterale Investitionsabkommen wurden ursprünglich lediglich zwischen Industrie- und Entwicklungsländern vereinbart. Seit Anfang der 90er Jahre kommen sie auch zwischen Entwicklungsländern und ost- und mitteleuropäischen Ländern untereinander verstärkt zustande. Allein im Jahr 2001 waren 97 Staaten an dem Abschluss von 158 bilateralen Investitionsabkommen als Vertragspartner beteiligt.¹¹ Bilaterale und (regional begrenzte) multilaterale Investitionsabkommen werden im Folgenden mit dem Begriff der internationalen Investitionsabkommen zusammengefasst.

In die Zunahme internationaler Investitionsabkommen fügt sich die weltwirtschaftliche Bedeutung ausländischer Direktinvestitionen ein. Aktuelle Schätzungen gehen von einer Anzahl von 65.000 transnationalen Unternehmen mit ungefähr 850.000 ausländischen Niederlassungen aus.¹² Der Wert der Warenverkäufe ausländischer Niederlassungen lag im Jahr 2001 bei 19 Milliarden Dollar und überstieg den Gesamtwert der Exporte des gleichen Jahres um das Doppelte. Im Jahr 1990 lagen die Werte dagegen noch ungefähr gleichauf.¹³

Diesen Entwicklungen stehen jahrzehntelange und im Ergebnis erfolglose Bemühungen um die Etablierung eines kohärenten multilateralen Investitionsregelwerks

⁷ Vgl. für eine zusammenfassende Beschreibung der Investitionsregelungen *Bamberger*, *The Energy Charter Treaty*, S. 15 ff. und ausführlich *Waelde*, in: *Waelde* (Hrsg.), *The Energy Charter Treaty*, 251 ff.

⁸ Abgedruckt in: *UNCTAD*, *International Investments Instruments*, Vol. IV, S. 227.

⁹ Abgedruckt in *UNCTAD*, *International Investments Instruments*, Vol. II, S. 535.

¹⁰ *UNCTAD*, *World Investment Report 2002*, S. 8. Vgl. die Auflistung aller bilateralen Investitionsabkommen bis 1999 in *UNCTAD*, *Bilateral Investment Treaties 1959 – 1999*, S. 19 ff. Durch den Abschluss des ersten Investitionsabkommens mit Pakistan am 25.11.1959 hat die Bundesrepublik Deutschland dieses völkerrechtliche Instrument zum Schutz von Auslandsinvestitionen eingeführt (BGBl. 1961 II. S. 793).

¹¹ Vgl. *UNCTAD*, *World Investment Report 2002*, S. 8.

¹² Schätzung nach *UNCTAD*, *World Investment Report 2002*, Overview, S. 16.

¹³ *UNCTAD*, *World Investment Report 2002*, Overview, S. 16.

gegenüber. Schon die Ratifizierung der Havanna-Charta vom 24. Mai 1948 scheiterte unter anderem an der aus US-amerikanischer Sicht unzureichenden Festlegung von Behandlungsstandards für ausländische Investitionen.¹⁴ Beratungen innerhalb der Vereinten Nationen über einen Verhaltenskodex für transnationale Unternehmen mussten nach fast zwanzigjährigen Verhandlungen mangels Aussicht auf Erfolg eingestellt werden.¹⁵ Die Verhandlungen über das Multilaterale Investitionsabkommen (MAI) unter der Ägide der OECD wurden wie erwähnt nach dreijährigen Verhandlungen ebenfalls abgebrochen.

Für das offensichtliche Konfliktpotential des Verhandlungsgegenstandes Investitionen ist in erster Linie die unterschiedliche Einschätzung der Wirkung von Auslandsinvestitionen auf das Gastland verantwortlich. Die Gespräche zwischen den Mitgliedstaaten der WTO konzentrieren sich dabei auf Direktinvestitionen als eine Form der Auslandsinvestition. Direktinvestitionen stellen grenzüberschreitende Investitionen dar, die ein Unternehmen tätigt, um eine langfristige Beteiligung an einem Unternehmen in einem anderen Land zu erwerben, die einen beherrschenden Einfluss sichert. Unter den Begriff der Direktinvestitionen fallen sowohl die ursprüngliche Transaktion als auch alle nachfolgenden Kapitaltransaktionen zwischen den verbundenen Unternehmen.¹⁶ In der Praxis bestehen die meisten Direktinvestitionen aus Zweigniederlassungen oder Tochterunternehmen, an denen Investoren mit qualifizierten Mehrheiten beteiligt sind oder über hundertprozentige Anteile verfügen.¹⁷

Im Mittelpunkt der Diskussionen um die Wirkung von Direktinvestitionen steht ihre Bedeutung für den wirtschaftlichen Fortschritt der Entwicklungsländer. Die Gründe für dieses besondere Interesse liegen zum einen in der Kapitalknappheit und dem niedrigen technologischen Wissensstand der Entwicklungsländer, dem Direktinvestitionen als entwicklungspolitisches Instrument entgegentreten können. Zum anderen führen Direktinvestitionen zu weit stärkeren binnenwirtschaftlichen Wirkungen auf die Entwicklungsländer als bei industrialisierten Gastländern.¹⁸ Vor allem die entwickelten Länder betonen die positiven Wirkungen für das Gastland im Hinblick auf eine zunehmende Produktivität und Wettbewerbsfähigkeit der inländischen Industrie, den Zugang zu Kapital, Technologie

¹⁴ Vgl. etwa *Gardner*, Sterling-Dollar Diplomacy, S. 276; *Schrijver*, (Fn. 2), S. 21.

¹⁵ Zu dem Entwurf und Schwierigkeiten der Verhandlungen vgl. *Schetting*, UNO-Verhaltenskodex für transnationale Unternehmen, RIW 1983, S. 287 ff. Der Entwurf ist abgedruckt in: *UNCTAD*, International Investment Instruments, Vol. I, S. 161.

¹⁶ Vgl. *OECD*, OECD Benchmark: Definition of Foreign Direct Investment, Ziff. 5, basierend auf der nahezu identischen Definition des *IMF*, Balance of Payments Manual, Ziff. 359.

¹⁷ Vgl. *UNCTAD*, World Investment Report 2000, S. 101; *Fischer*, Direktinvestitionen, S. 24; *IWF*, Balance of Payments Manual, Ziff. 364.

¹⁸ *Adebahr*, Direktinvestitionen, S. 67; diese Fokussierung auf die Entwicklungsländer darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Industrieländer im Jahre 1999 drei Viertel aller global einfließenden Direktinvestitionen absorbierten. Siehe *UNCTAD*, World Investment Report 2000, Overview, S. 7.

und Know-how, steigende Beschäftigung und Milderung der Zahlungsbilanzprobleme.¹⁹ Sie befürworten daher Behandlungsstandards, die ausländische Unternehmen schützen und ihnen den Zugang zu ausländischen Märkten auf völkerrechtlicher Basis sichern.

Von den Entwicklungsländern wird der ökonomische Nutzen von Direktinvestitionen grundsätzlich nicht in Frage gestellt. Der Einführung verbindlicher Regelungen zur Behandlung ausländischen Kapitals stehen sie gleichwohl äußerst skeptisch gegenüber, da sie Einschränkungen entwicklungspolitischer Instrumentarien befürchten. Internationale Investitionsregelungen können bestimmte entwicklungspolitische Maßnahmen unterbinden, wie im folgenden Abschnitt angedeutet wird. Zu der Sorge um den Verlust solcher Maßnahmen gesellen sich Vorwürfe gegen Praktiken multinationaler Unternehmen, die von der Monopolisierung ausländischer Märkte über die Umgehung von Steuerlasten bis zur Korruption lokaler Behörden reichen.²⁰ In ihrer Haltung werden die Entwicklungsländer durch globalisierungskritische NGOs bestärkt, die mit der Verabschiedung eines multilateralen Investitionsabkommens die Verdrängung sozialökologischer Ziele zu Gunsten der Interessen multinationaler Konzerne verbinden.²¹

Das Thema der multilateralen Regelung von Investitionen verfehlte seine Wirkung auch nicht auf der jüngsten Ministerkonferenz der WTO in Cancún, die am 14. September 2003 nach fünftägigen Verhandlungen ergebnislos in einem weiteren handelspolitischen Zerwürfnis zwischen Nord und Süd endete. Als einen der ausschlaggebenden Gründe für das Scheitern der Konferenz werteten viele Beobachter die Forderung der entwickelten Länder unter Führung der Europäischen Gemeinschaft, Verhandlungen über ein multilaterales Abkommen zum Schutz und der Liberalisierung von Investitionen gemäß den Festlegungen der Ministererklärung von Doha²² aus dem Jahr 2001 aufzunehmen.²³ Tatsächlich wurden die bekannten Vorbehalte der Mehrzahl der Entwicklungsländer gegenüber der Einbeziehung von Investitionen in das globale Regelwerk der WTO damit übergangen.

¹⁹ Vgl. *Houde/Cory*, Internationale Direktinvestitionen, S. 8; *OECD*, Foreign Direct Investment, Development and Corporate Responsibility, S. 27 und für die Europäische Kommission den ehemaligen Handelskommissar *Sir Leon Brittan*, Investment Liberalization: the Next Great Boost to the World Economy, *Transnational Corporation* 4 (1995), S. 1 (2).

²⁰ Vgl. *Ipsen/Halterm*, Reform des Welthandelssystems, S. 93. Prominenten Beistand haben die Kritiker durch den ehemaligen Chefökonom der Weltbank und Nobelpreisträger *Joseph Stiglitz* gefunden, der in seinem Werk „Globalization and its Discontents“, S. 68 ff., insbesondere auf Probleme des freien Wettbewerbs im Zusammenhang mit Direktinvestitionen aufmerksam macht.

²¹ Vgl. die Stellungnahmen der NGOs *WEED*, GATS und E-Commerce, S. 38 und *Attac*, Positionspapier zum GATS aus dem Jahr 2002, zu finden im Internet unter <http://www.attac-netzwerk.de/ratschlag02ffm/GATS.rtf>.

²² Ministerial Declaration of Doha, WTO Doc. WT/MIN(01)/DEC/W/1(13.11.2001), Ziff. 20.

²³ Vgl. die Analysen in *The Economist* v. 20.9.2003, S. 29 ff; *Handelsblatt* v. 16.9.2003, S. 1 und *Neue Zürcher Zeitung* v. 16.9.2003, S. 13.

Die Industrieländer hätten daher kaum ein besseres Thema finden können, um die Entwicklungsländer zu solidarisieren und ihnen einen abschließenden Grund zu geben, die Ministerkonferenz von Cancún für gescheitert zu erklären. Dieser Beitrag argumentiert, dass die Forderung nach einem multilateralen Investitionsregelwerk im Rahmen der WTO gleichwohl berechtigt ist – und zwar insbesondere aus zwei Gründen: Erstens besteht schon ein relativ weit fortgeschrittenes Investitionsregelwerk in der WTO. Zweitens wird die ablehnende Haltung der Entwicklungsländer gegenüber einem multilateralen Investitionsregelwerk in der WTO durch die Verhandlungsmacht der entwickelten Länder auf bilateraler Ebene konterkariert. Der Schwerpunkt des Beitrags liegt in dem Überblick über die bestehenden Investitionsregelungen der WTO unter Berücksichtigung der Panel-Praxis. Um die Verwandtschaft des WTO-Investitionsrechts mit den gängigen Regelungen internationaler Investitionsabkommen zu verdeutlichen, werden Letztere zunächst skizziert. Im Rahmen des abschließenden Ausblicks soll auf die Chancen der Etablierung eines multilateralen Investitionsregelwerks eingegangen werden.

B. Regelungen internationaler Investitionsabkommen

Internationale Investitionsabkommen bauen zum überwiegenden Teil auf sechs substantiellen und zentralen Regelungselementen auf. Dazu gehören die Definition der Investition und die Regelung des Marktzugangs, die den Anwendungsbereich bestimmen, die allgemeinen Behandlungsstandards, die Zulässigkeit von Enteignungen und deren Entschädigung, der Kapitaltransfer und die Festlegung eines Streitschlichtungsmechanismus. Einige internationale Investitionsabkommen enthalten zusätzlich Regelungen zur Transparenz. Den folgenden Ausführungen liegen hauptsächlich die Bestimmungen der zahlreichen bilateralen Investitionsabkommen, des NAFTA, des ECT und der Weltbank-Richtlinien zu Grunde.

I. Begriff der Investition

Einen maßgeblichen Einfluss auf die Reichweite eines Investitionsabkommens hat die Definition des Begriffs der Investition. In der Regel findet sich eine Begriffsbestimmung, die ohne oder nur mit geringen Einschränkungen jeden Vermögenswert umfasst und in einer beispielhaften Liste das Eigentum an beweglichen und unbeweglichen Sachen, Anteilsrechte und andere Beteiligungen an Gesellschaften, Ansprüche auf Geld, Rechte des geistigen Eigentums sowie öffentlich-rechtliche Konzessionen einschließlich Aufsuchungs- und Gewinnkonzessionen aufzählt.²⁴

²⁴ Vgl. Art. 1 Nr. 7 ECT, 1139 NAFTA, Art. 1 Abs. 3 ASEAN Agreement for the Promotion and Protection of Investments. Ausführlich zu den verschiedenen Definitionen des Investitionsbegriffs *UNCTAD*, Scope and Definition, S. 14 ff.

II. Marktzugang

Die weit überwiegende Anzahl der Investitionsabkommen unterscheidet zwischen dem Marktzugang, der Vorinvestitionsphase, und der anschließenden Behandlung der Investition, der Nachinvestitionsphase.²⁵ Unter Marktzugang ist die Möglichkeit ausländischer Investoren zu verstehen, Direktinvestitionen vorzunehmen. Ihm sind Fragen zuzuordnen, die sich im Zusammenhang mit der Gründung oder dem Erwerb eines Unternehmens ergeben. Eindeutige Marktzugangshemmnisse sind etwa Beschränkungen der Rechtsform, der Kapitalbeteiligungen oder der im Inland zugelassenen Unternehmen durch sogenannte Bedarfsprüfungen. Die Trennung wird vorgenommen, da die meisten Staaten über den Marktzugang für ausländische Investoren ohne völkervertragliche Einschränkung frei bestimmen wollen, wobei die Motivlage unterschiedlich ausfallen kann.²⁶ Als Gründe kommen Sicherheitsinteressen, der Schutz der einheimischen Industrie oder auch schlicht nationalistische Ressentiments der Regierung eines Staats in Frage.²⁷

Da die meisten Staaten keine Verpflichtungen in Bezug auf den Marktzugang eingehen wollen, enthalten auch ihre Investitionsabkommen keinen Anspruch auf den Marktzugang und beziehen sich demnach nicht auf die Vorinvestitionsphase.²⁸ Sie enthalten lediglich eine Klausel, nach der ein Investitionsvorhaben bei Übereinstimmung mit den innerstaatlichen Vorschriften zugelassen wird.²⁹ Da innerstaatliche Vorschriften grundsätzlich zur Disposition des nationalen Gesetzgebers stehen, ergibt sich aus solchen Formulierungen kein Anspruch auf Zulassung.³⁰

Die Vereinigten Staaten verfolgen einen weitergehenden Liberalisierungsansatz, indem sie einen beschränkten Anspruch auf den Marktzugang in ihren Investitionsabkommen festschreiben.³¹ Eine den Marktzugang einschränkende Klausel fehlt und die Grundsätze der Inländerbehandlung und Meistbegünstigung schließen die Vorinvestitionsphase ein. Diese Regelung sah auch der Vertragsentwurf des

²⁵ Ausführlich zur Regelung des Marktzugangs in Investitionsabkommen *Shibata*, Recent Trends Relating to Entry of Foreign Direct Investment, ICSID Review 1994, S. 47 (53 ff.).

²⁶ *Sornarajah*, The International Law on Foreign Direct Investment, S. 88.

²⁷ Ein Beispiel für den Konflikt zwischen nationalistischer Politik und der Einsicht in die Notwendigkeit von Auslandsinvestitionen bietet Irans Energiepolitik, die sich insbesondere gegen Beteiligungen von US Unternehmen richtet, vgl. *The Economist* v. 14.7.2001, "The Fight over Letting Foreigners into Iran's Oilfields", S. 39.

²⁸ Nach Art. II Abs. 3 Weltbank-Richtlinien soll jeder Staat das Recht behalten, den Marktzugang zu regulieren. Aus Gründen der Konterproduktivität wird jedoch empfohlen, von Erfüllungsaufgaben als Markteintrittskondition Abstand zu nehmen und Auslandsinvestitionen Zugang zu gewähren (Art. II Abs. 4 Weltbank-Richtlinien).

²⁹ Vgl. Abschnitt II der Weltbank-Richtlinien.

³⁰ Vgl. *Häde*, Der völkerrechtliche Schutz von Direktinvestitionen im Ausland, AVR 35 (1997), S. 181 (194).

³¹ Vgl. *UNCTAD*, National Treatment, S. 21 f.

MAI vor.³² Die in Entwicklungsländern häufig auftretende Verpflichtung für ausländische Investoren zur Bildung von Gemeinschaftsunternehmen mit einheimischen Unternehmen wird damit ausgeschlossen.³³

III. Inländerbehandlung und Meistbegünstigung

Das fundamentale Prinzip der multilateralen Handelsordnung ist der Grundsatz der Nichtdiskriminierung³⁴, bestehend aus der Verpflichtung zur Inländerbehandlung³⁵ und Meistbegünstigung³⁶. Einen völkergewohnheitsrechtlichen Grundsatz der wirtschaftlichen Nichtdiskriminierung gibt es nicht.³⁷ Er hat aber Eingang in die meisten internationalen Investitionsabkommen gefunden.³⁸

Während die Inländerbehandlung eine Gleichstellung der Wettbewerbsbedingungen zwischen ausländischen und nationalen Unternehmen des Gastlands anstrebt, beinhaltet die Meistbegünstigung eine Gleichstellung der Wettbewerbsbedingungen zwischen Auslandsunternehmen von Investoren verschiedener Nationalitäten.

Unter ökonomischen Gesichtspunkten dient der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Investitionsrecht im Wesentlichen den gleichen Zielen wie das Gebot der Nichtdiskriminierung im Bereich des Warenhandels. Die Diskriminierung eines Auslandsunternehmens kann zu zusätzlichen Handelsverzerrungen führen und damit eine marktbestimmte Ressourcenallokation zu Lasten wirtschaftlicher Effizienz, Handel und Wohlfahrt hemmen.³⁹ Anhand der in der entwicklungspolitischen Praxis gängigen Mindestinlandsauflagen ist der Vergleich zum Handel leicht zu verdeutlichen.⁴⁰ Mindestinlandsauflagen verpflichten in diskriminierender

³² Vgl. *Karl*, (Fn. 2), S. 434. Im ECT ist vorgesehen, dass die Vertragsparteien in einem Zusatzvertrag das Recht der Investoren zur „Vornahme von Investitionen zu den darin festgelegten Bedingungen“ festschreiben werden. Danach sollen die Verhandlungen über den Zusatzvertrag spätestens am 1.1.1995 mit dem Ziel beginnen, ihn bis zum 1.1.1998 abzuschließen. Dies ist bisher nicht gelungen und zeigt exemplarisch die Schwierigkeit, die viele Staaten mit der Gewähr des Marktzugangs haben.

³³ Vgl. *UNCTAD*, National Treatment, S. 21 f.

³⁴ Vgl. *Dolzer*, in: Graf Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 6. Abschn., Rdnr. 16.

³⁵ Vgl. Art. III GATT; Art. XVII Abs. 1 GATS; Art. 3 TRIPS.

³⁶ Art. I Abs. I GATT; Art. II Abs. 1, XVI Abs. 1 GATS; Art. 4 S. 1 TRIPS.

³⁷ Vgl. *Dolzer*, in: Graf Vitzthum, (Fn. 34), Rdnr. 15; *Ipsen*, Völkerrecht, § 43, Rdnr. 6; *Seidl-Hohenveldern*, in: *Neuhold/Hummer/Schreuer* (Hrsg.), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts, Rdnr. 1231.

³⁸ Vgl. Art. 10 Abs. 7 ECT; Art. 1102, 1103, 1104 NAFTA; Art. III Abs. 2 und 3 Weltbank-Richtlinien. Zur bilateralen Vertragspraxis *Dolzer/Stevens*, *Bilateral Investment Treaties*, S. 63 ff.

³⁹ Vgl. zusammenfassend *Graham/Sauvé*, in: *Sauvé* (Hrsg.), *Investment Rules for the Global Economy*, S. 124; *Hauser/Schanz*, *Das neue GATT*, S. 117; *Ipsen/Halterm*, (Fn. 20), S. 112 f.; *UNCTAD*, *The Impact of Trade-related Investment Measures on Trade and Development*, S. 32 ff.

⁴⁰ Mehr zu den Mindestinlandsauflagen unter C.II.2.a).

Weise ausländische Unternehmen, einen bestimmten Anteil der Vorprodukte aus der Produktion des Inlands zu beziehen. Dadurch wird in der Regel ein Verhalten des ausländischen Unternehmens herbeigeführt, das nicht betriebswirtschaftlich motiviert ist und zu einem Anstieg der Unternehmenskosten führt. Konsumenten haben dadurch höhere Preise für eventuell mindere Qualität zu zahlen und Ressourcen gehen verloren, die wirtschaftlich produktiver eingesetzt werden könnten. Die theoretischen Überlegungen unterscheiden sich dabei nicht wesentlich von der neoklassischen Außenhandelstheorie⁴¹, die auf der Idee der komparativen Kostenvorteile aufbaut und zu belegen versucht, dass der ungehinderte internationale Handel das größtmögliche Weltsozialprodukt schafft.⁴² Da es unwahrscheinlich ist, dass der komparative Vorteil eines Produktionsstandorts sich auf sämtlichen Input bezieht, setzt eine optimale Spezialisierung und Arbeitsaufteilung nach dieser Auffassung den freien Bezug der in einem anderen Staat produzierten Vorprodukte voraus.⁴³

Die Bestimmungen der Inländerbehandlung und Meistbegünstigung enthalten keine selbständige rechtliche Regelung, sondern entnehmen ihren Inhalt der innerstaatlichen Rechtsordnung des jeweiligen Vertragsstaats.⁴⁴ Eine gängige Formel ist, dass Investitionen von Investoren der anderen Vertragspartei „nicht weniger günstig“ behandelt werden als nationale Investitionen oder Investitionen von Investoren aus Drittstaaten.⁴⁵ Ein weiterer Zusatz ist oftmals die Gewährung der Nichtdiskriminierung unter der Bedingung des Vorliegens „gleicher“ oder „ähnlicher Umstände“⁴⁶. Diese Einschränkung eröffnet einen breiten Auslegungsspielraum, da Investitionsabkommen in der Regel keine Definition dieser Umstände enthalten.⁴⁷

Entsprechend der obigen Darstellung zur Vor- und Nachinvestitionsphase wurden die Grundsätze der Inländerbehandlung und Meistbegünstigung in der internationalen Vertragspraxis ursprünglich als Recht auf Gleichbehandlung nach Zulassung der Investition verstanden und nicht als Recht eines ausländischen Investors auf Zugang zum Markt des Gastlands. Aus der bisher gängigen bilateralen Abkom-

⁴¹ Vgl. *Graham/Krugman*, in: Schott (Hrsg.), *Completing the Uruguay Round*, S. 148.

⁴² Vgl. zur neoklassischen Außenhandelstheorie etwa *Broll*, *Internationaler Handel*, S. 17 ff.; *Ströbele/Wacker*, *Außenhandelstheorie*, S. 18 ff.

⁴³ Vgl. *Trebilcock/Hovese*, *The Regulation of International Trade*, S. 337.

⁴⁴ Daher werden die Inländerbehandlung und Meistbegünstigung auch als „relative“ Klauseln bezeichnet.

⁴⁵ Vgl. für andere Formulierungen *UNCTAD*, *National Treatment*, S. 28 ff. Die Formulierung der „nicht weniger günstigen“ Behandlung impliziert, dass die Einräumung einer privilegierten Stellung der ausländischen Investition zulässig ist (vgl. *UNCTAD*, *Trends in International Investment Agreements*, S. 60).

⁴⁶ Art. 1102, 1103 NAFTA; Art. III Abs. 3 lit. a der Weltbank-Richtlinien.

⁴⁷ Vgl. *Dolzer*, in: Graf Vitzthum, (Fn. 34), Rdnr. 24.

menspraxis ist zu schließen, dass die meisten Staaten der Völkergemeinschaft nach wie vor die Regelungshoheit über den Marktzugang uneingeschränkt beibehalten wollen.

Die USA haben in ihren bilateralen Investitionsabkommen und im NAFTA das Recht auf Zulassung im Rahmen der Inländerbehandlung und Meistbegünstigung festgeschrieben.⁴⁸ Auch Kanada und Japan folgen diesem progressiven Liberalisierungsansatz.⁴⁹ Diese Ausprägung stellt eine einschneidende Wende im völkerrechtlichen Umgang mit Auslandsinvestitionen dar.⁵⁰ Durch diese Regelung profitieren ausländische Investoren von jeder Marktöffnung, die das (potentielle) Gastland der Investition vornimmt.

Insbesondere die Ausnahmen von der Inländerbehandlung bestimmen entscheidend die Reichweite der verschiedenen Abkommen.⁵¹ Der einfache Wortlaut der Verpflichtung zur Inländerbehandlung steht im Gegensatz zur Schwierigkeit der tatsächlichen und rechtlichen Komplexität, da der Grundsatz nahezu jede Regulierungsaktivität eines Staats betreffen kann.⁵² Daher sind auch die Ausnahmen vielfältig und umfassen meist bestimmte Bereiche nationalen Interesses, die zum Beispiel im Zusammenhang mit der nationalen Sicherheit oder öffentlichen Gesundheit stehen und folglich ungern in „fremden Händen“ gesehen werden.⁵³ Zahlreiche Ausnahmen sind zudem wettbewerbspolitisch motiviert. Das NAFTA nimmt aus diesem Grund das öffentliche Auftragswesen und Subventionen von der Inländerbehandlung und Meistbegünstigung aus.⁵⁴

IV. Allgemeine Behandlungsstandards

Neben dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung beinhalten Investitionsabkommen in der Regel weitere „allgemeine“ Behandlungsstandards. Dazu gehören der

⁴⁸ Vgl. Artikel II des bilateralen Musterinvestitionsabkommens (1994) der USA, abgedruckt in UNCTAD, *International Investment Instrument*, Vol. III, S. 73.

⁴⁹ So legt etwa Art. 2 Abs. 2 des bilateralen Investitionsabkommens zwischen Japan und Hong Kong v. 15.5.1997 fest: „Investors of either Contracting Parties shall within the area of other Contracting Parties be accorded treatment no less favourable than that accorded to investors of any third party in respect of the matters relating to the admission of investments.“ Kanadas Investitionsabkommen sehen einen separaten Artikel unter der Überschrift „Establishment of Investment“ vor, der die Gleichbehandlung im Hinblick auf den Marktzugang verbindlich regelt.

⁵⁰ *Karl*, Neue Entwicklungen beim internationalen Investitionsschutz, RIW 1994, S. 809 (811).

⁵¹ Vgl. *Wenhua*, National Treatment and Transformation of FDI Laws and Policies, Int.T.L.R. 2000, S. 21 (25).

⁵² Vgl. *Schlegelmilch*, Why Still No Multilateral Rules for Foreign Direct Investment?, Int.T.L.R. 2000, S. 78 (80).

⁵³ Für eine Klassifizierung der verschiedenen Ausnahmereiche siehe UNCTAD, *National Treatment*, S. 43 ff.

⁵⁴ Art. 1108 Abs. 7 NAFTA.

völkerrechtliche Mindeststandard, der Staaten verpflichtet, in ihrem Hoheitsgebiet dem Angehörigen eines anderen Staats ein nach Völkergewohnheitsrecht gefordertes Mindestmaß an Rechten zu gewährleisten.⁵⁵ Zu diesen Rechten werden etwa der Anspruch auf Anerkennung der Rechtspersönlichkeit, der Zugang zu Gericht in Verbindung mit dem Recht auf ein faires Verfahren oder die Gewähr von Schutz durch den Gaststaat vor Angriffen auf Leben, Freiheit und Eigentum des Ausländers gezählt.⁵⁶

Zum Standard der meisten Investitionsabkommen gehört ferner die Zusicherung der „gerechten und billigen Behandlung“ („*fair and equitable treatment*“)⁵⁷. Naturgemäß ist die Frage nach Gerechtigkeit und Billigkeit eine Frage des Einzelfalls und damit keiner präzisen Definition zugänglich.⁵⁸ Inhaltlich wird in der Formel ein allgemeines Schikaneverbot oder Wohlverhaltensgebot gesehen, das als Auffangtatbestand für die von den Grundsätzen der Inländerbehandlung und Meistbegünstigung nicht erfassten Fälle fungiert.⁵⁹ Im Rahmen der Schiedsgerichtspraxis des NAFTA beweist der Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung (Art. 1105 NAFTA) hohe praktische Relevanz.⁶⁰

Eine ähnlich generalklauselartige Bestimmung gewährleistet „vollen Schutz und Sicherheit“ („*full protection and security*“)⁶¹. Von einem ICSID Schiedsgericht wurde sie als Verpflichtung zur Ergreifung von „*reasonable measures of prevention which a well administered government could be expected to exercise under similar circumstances*“ beschrieben.⁶² Der Gaststaat soll gewisse Sorgfalts- und Sicherheitspflichten wahrnehmen und der Investition zumutbaren Schutz gewährleisten.⁶³ Die Zusicherung der „gerechten und billigen Behandlung“ und „vollen Schutzes und Sicherheit“

55 Grundlegend zur Theorie des völkerrechtlichen Mindeststandards *Roth*, *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*, S. 81 ff.

56 Über die Spannweite besteht allerdings große Uneinigkeit. Vgl. *Doehring*, *Völkerrecht*, Rdnr. 861; *Ipsen*, (Fn. 37), § 50, Rdnr. 6; *Verdross/Simma*, *Universelles Völkerrecht*, § 1213.

57 Art. 1105 NAFTA; Art. III Abs. 2 Weltbank-Richtlinien; Art 2 Abs. 2 des deutschen Musterinvestitionsabkommens (1998). Zur Verankerung in den bilateralen Investitionsabkommen vgl. *Dolzer/Stevens*, (Fn. 38), S. 59 f.

58 Vgl. *UNCTC*, *Bilateral Investment Treaties*, S. 30.

59 Vgl. *Alenfeld*, *Die Investitionsförderungsverträge der Bundesrepublik Deutschland*, S. 71; *Banz*, *Völkerrechtlicher Eigentumsschutz durch Investitionsschutzabkommen*, S. 70 f.

60 Vgl. die Übersicht über NAFTA-Fälle, in denen Art. 1105 NAFTA zur Anwendung kam, bei *Foy/Deane*, *Foreign Investment Under Investment Treaties: Recent Developments Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement*, ICSID Review FILJ 16 (2001), S. 299 (317 ff.).

61 Art. 1105 NAFTA; Art. 10 Abs. 1 S. 3 ECT; Art. III Abs. 2 Weltbank-Richtlinien.

62 So das Schiedsgericht in der Sache *Asian Agriculture Products, Ltd. v. The Republic of Sri Lanka* (ICSID Case No. ARB/87/3), Ziff. 77, das *Freeman*, *The Responsibility of States*, S. 15 f. (1957), zitiert. Abgedruckt in ICSID Review FILJ 6 (1991), S. 526 (558).

63 Vgl. *Dolzer/Stevens*, (Fn. 38), S. 61; *UNCTC*, *Bilateral Investment Treaties*, S. 42.

werden zum Teil in der Literatur als zum Mindeststandard zugehörig verstanden.⁶⁴

V. Kapitaltransfer

Das Hauptziel des Investors ist die Erwirtschaftung von Gewinnen und in der Regel dessen anschließender Transfer in das Heimatland oder ein anderes Land seiner freien Wahl. Dieses Ziel kollidiert insbesondere mit den Interessen der Entwicklungsländer, die meist unter einem Mangel an Devisen leiden und diesem mit staatlich verordneten Devisenbeschränkungen begegnen.⁶⁵ Allerdings ist dieser Wunsch nicht auf die Entwicklungsländer begrenzt. Auch Industriestaaten bevorzugen eine Reinvestition der vom Investor erwirtschafteten Gewinne in ihrem Hoheitsgebiet. Gleichsam universell ist das Streben der Staaten nach einer ausgeglichenen Zahlungsbilanz. Das Recht auf einen freien Zahlungsverkehr ist daher von vitalem Interesse und eine der wichtigsten Regelungen für den Investor.⁶⁶ Einschränkungen des freien Kapitalverkehrs im Fall von schwerwiegenden Zahlungsbilanzschwierigkeiten bilden jedoch den Regelfall.⁶⁷

VI. Transparenz

Investitionsabkommen sollen Investoren eine gesteigerte Rechtssicherheit bieten und insbesondere im Fall der Aufnahme verbindlicher Regeln für die Vorinvestitionsphase den Marktzugang erleichtern. Diese Ziele sind selbst bei höchsten Schutz- und Liberalisierungsstandards nicht erreichbar, wenn die Regelungen des betreffenden Gastlands nicht über ein Mindestmaß an Transparenz verfügen. Trotz der außerordentlichen Bedeutung der Transparenz enthalten nur relativ wenige bilaterale Investitionsabkommen eine Bestimmung, die zur Publizierung oder Notifizierung von investitionsbedeutsamen Regelungen verpflichten. Eine in ihrer Formulierung typische Ausnahme bilden die bilateralen Investitionsabkommen der Vereinigten Staaten, nach denen jede Vertragspartei versichern soll, dass *„its laws, regulations, administrative practices and procedures of general application, and adjudicatory decisions, that pertain to or affect covered investments are promptly published*

⁶⁴ Vgl. zu den verschiedenen Auffassungen *Dolzer/Stevens*, (Fn. 38), S. 59 f; *UNCTAD*, Fair and Equitable Treatment, S. 10. Man wird zumindest nicht leugnen können, dass in der Praxis Überschneidungen mit dem Mindeststandard auftreten. Das NAFTA fasst beide Grundsätze unter der Überschrift „Minimumstandard“ zusammen.

⁶⁵ Vgl. zu den schwierigen Verhandlungen des deutsch-chinesischen Investitionsschutzabkommens in diesem Punkt *Burkhardt*, Das deutsch-chinesische Investitionsschutzabkommen, RIW 1984, S. 28 (31 f.).

⁶⁶ Vgl. *Alenfeld*, (Fn. 59), S. 72; *Frick*, Bilateraler Investitionsschutz in den Entwicklungsländern, S. 223; *UNCTC*, Bilateral Investment Treaties, S. 41.

⁶⁷ Art. 2104 NAFTA; Art. 10 Abs. 4, 5, 6 ECT; Art. III Abs. 6 Ziff. 1 lit. d Weltbank-Richtlinien.

or otherwise made available.“⁶⁸ Ein solch umfangreiches Gebot der Transparenz kann für Entwicklungsländer eine große, vor allem verwaltungstechnische Bürde darstellen und daher schwer zu realisieren sein.⁶⁹

VII. Enteignungen

Regelungen zur Enteignung sind ein fester Bestandteil internationaler Investitionsabkommen.⁷⁰ Sie legen fest, dass eine Enteignung nur zum öffentlichen Wohl und gegen angemessene Entschädigung zulässig ist.⁷¹ Die Auslegung dieser Prinzipien lässt einen erheblichen Ermessensspielraum zu. Als schwierig hat sich insbesondere die Suche nach einer konsensfähigen Formel zur Entschädigungshöhe erwiesen. Nach der von den westlichen Industriestaaten vertretenen sogenannten Hull-Formel ist eine Enteignung nur zulässig, wenn sie eine angemessene, prompte und effektive Entschädigung zur Folge hat.⁷² Nachdem aufgrund des Widerstands der Entwicklungsländer in den 70er Jahren eine völkergewohnheitsrechtliche Geltung dieser Formel ausgeschlossen wurde, hat sich aufgrund der zunehmenden Anzahl bilateraler Investitionsabkommen, in denen die Hull-Formel Eingang gefunden hat, die Einschätzung der Rechtslage wieder erschwert.⁷³ Zu beachten ist jedoch, dass die bloße Tatsache übereinstimmender Verträge nicht ausreicht.⁷⁴ Vielmehr müssten ohne Abstriche die allgemeinen Voraussetzungen für das Entstehen von Völkergewohnheitsrecht vorliegen. Als objektive Voraussetzung wird dafür allgemein eine regelmäßige und einheitliche Übung bestimmter Verhaltensregeln und als subjektive Voraussetzung die Anerkennung dieser Übung als rechtlich verpflichtend verlangt.⁷⁵ Mit Blick auf Staaten wie beispielsweise Indien, die nur

⁶⁸ So etwa Art. II des bilateralen Investitionsabkommens zwischen Mozambique und den USA v. 1.12. 1998. Das NAFTA enthält einen allgemeinen Abschnitt zur Publikation und Notifikation von Informationen (Art. 1802 NAFTA), der auf das Kap. 11 über Auslandsinvestitionen Anwendung findet. Auch das Framework Agreement on ASEAN Investment Area (Art. 11) und der OECD Kodex zur Liberalisierung des Kapitalverkehrs (Art. 11-15) verpflichtet ihre Mitglieder Maßnahmen zu veröffentlichen, die das jeweilige Abkommen betreffen.

⁶⁹ Vgl. *Senti*, System und Funktionsweise der Welthandelsordnung, Rdnr. 1236.

⁷⁰ Zum Eigentumsschutz im Völkerrecht im Zusammenhang mit Investitionsabkommen ausführlich etwa *Banz*, (Fn. 59), S. 135 ff.; *Polter*, Auslandsenteignungen und Investitionsschutz; *Schwarzenberger*, Der Schutz von Auslandsinvestitionen, S. 14 ff.

⁷¹ Art. 1110 Abs. 1 NAFTA; Art. 13 ECT; Art. IV Abs. 1 Weltbank-Richtlinien, Art. 4 Abs. 2 des deutschen Musterinvestitionsabkommens.

⁷² Die Hull-Formel geht zurück auf den amerikanischen Außenminister *Cordell Hull* (1871-1955), der sie gegen die Enteignung von US-amerikanischen Ländereien und Ölrechten durch Mexiko geltend machte. Dazu etwa *Herdegen*, Internationales Wirtschaftsrecht, § 17, Rdnr. 7; *Ipsen*, (Fn. 37), § 47, Rdnr. 18.

⁷³ Vgl. *Seidl-Hohenveldern*, International Economic Law, S. 131.

⁷⁴ *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, § 580.

⁷⁵ Vgl. zu diesen Voraussetzungen für viele *Shaw*, International Law, S. 58 ff.

wenige bilaterale Investitionsabkommen über einen begrenzten Zeitraum abgeschlossen haben,⁷⁶ kann schon von einer regelmäßigen Übung nicht ausgegangen werden. Die bisher erfolglosen Bemühungen um das Zustandekommen eines umfassenden multilateralen Investitionsabkommens zeigen zudem allgemein die Uneinigkeit der Nationen über die korrekte Behandlung von Direktinvestitionen und stellen ein deutliches Indiz gegen die Anerkennung bilateraler Investitionsbestimmungen als rechtlich verpflichtende Grundsätze auf universeller Ebene dar.⁷⁷

VIII. Streitschlichtung

In das Zentrum der forensischen Investitionsstreitschlichtung sind internationale Schiedsgerichte gerückt.⁷⁸ Investitionsabkommen legen ihre Zuständigkeit meist für den Fall gescheiterter Bemühungen der Vertragsparteien um eine Streitbeilegung auf dem Verhandlungswege verpflichtend fest.⁷⁹ Grundlegend ist dabei zu unterscheiden zwischen der Streitbeilegung zwischen dem Gastland und dem Herkunftsland des Investors (zwischenstaatliche Streitschlichtung) und dem Gastland und dem Investor selbst (Investor-Staat-Streitschlichtung).

C. Investitionsregelungen in der WTO

Bis zur Gründung der WTO am 1. Januar 1995 schien aufgrund der ablehnenden Haltung der Entwicklungsländer gegenüber einem multilateralen Investitionsabkommen kein ernsthafter Wille der internationalen Gemeinschaft erkennbar, ein multilaterales Abkommen über internationale Investitionen im Rahmen der WTO zu schaffen. Eine Wendung, die wohl von den wenigsten Mitgliedstaaten zum Zeitpunkt der Unterzeichnung vorausgesehen wurde, schien das Allgemeine Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS) einzuleiten, das mit Gründung der WTO in Kraft getreten ist. Es unterstellt den internationalen Handel mit Dienstleistungen rechtlich verbindlichen Grundregeln auf multilateraler Ebene. Unter „Handel“ versteht es dabei auch die Gründung oder den Erwerb eines aus-

⁷⁶ Eine Liste der aktuellen bilateralen Investitionsabkommen findet sich unter: <http://www.worldbank.org/icsid/treaties/treaties.htm>.

⁷⁷ *Sornarajab*, (Fn. 26), S. 232. Vgl. speziell zur Hull-Formel auch *Weber*, in: *Oppermann/Petersmann* (Hrsg.), *Reforming the International Economic Order*, S. 40, der feststellt, dass *“states may voluntarily bind themselves because of far-reaching interests of cooperation without accepting a general non-contractual rule of this extent.”*

⁷⁸ Dazu ausführlich *Parra*, *Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment*, *ICSID Review FILJ* 12 (1997), S. 287 ff.

⁷⁹ Vgl. Art. 1118 NAFTA; Art. 27 Abs. 1, 2 ECT; Art. V Abs. 1 Weltbank-Richtlinien.

ländischen Unternehmens zur Dienstleistungserbringung. Neben dem GATS wurde ein weiteres „Investitionsabkommen“ mit Gründung der WTO ins Leben gerufen: das Übereinkommen über handelsbezogene Investitionsmaßnahmen (TRIMs-Abkommen). Das TRIMs-Abkommen untersagt die Anwendung von bestimmten Investitionsmaßnahmen, die dem Namen des Abkommens entsprechend eine Handelsbezogenheit beinhalten. Es stellt das erste rechtsverbindliche Abkommen der WTO dar, dessen Schwerpunkt auf der Regelung von Direktinvestitionen liegt.

I. GATS

1. Direktinvestitionen als Regelungsgegenstand

Anders als für den Warenhändler ist es für den Dienstleistungserbringer in vielen Bereichen eine unabdingbare Voraussetzung, seine Leistungen vor Ort anzubieten und durch eine Form der ständigen Repräsentanz den ausländischen Markt zu erschließen.⁸⁰ Zum Beispiel könnten Banken oder Versicherungen ohne ausländische Niederlassungen viele Finanzdienstleistungen nicht erbringen. Das GATS fasst daher unter den Begriff des Handels mit Dienstleistungen neben anderen Handelsformen die Dienstleistungserbringung durch eine sogenannte kommerzielle Präsenz in einem anderen Mitgliedstaat (*commercial presence*)⁸¹. Der Begriff der kommerziellen Präsenz wird relativ verschachtelt in den Schlussbestimmungen des sechsten Teils definiert.⁸² Gemäß Art. XXVIII lit. d GATS ist unter einer kommerziellen Präsenz jede Art der geschäftlichen oder beruflichen Niederlassung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats zum Zweck der Erbringung einer Dienstleistung zu verstehen. Als Formen der Niederlassung werden beispielhaft die juristische Person, die Zweigstelle und die Repräsentanz genannt.⁸³ Die Niederlassung muss dem beherrschenden Einfluss des Investors unterliegen, so dass sich der sachliche Anwendungsbereich des GATS auf die Regelung von Direktinvestitionen beschränkt.⁸⁴ Im Hinblick auf den persönlichen Schutzbereich legt das GATS den Schwerpunkt auf die Gründung eines Unternehmens in einem der Mitgliedstaaten. Zudem muss ein Investor eine Geschäftstätigkeit von erheblichem Um-

⁸⁰ Vgl. Barth, Perspektiven des internationalen Dienstleistungshandels, S. 51; Ipsen/Haltern, (Fn. 20), S. 85.

⁸¹ Vgl. Art. I Abs. 2 GATS.

⁸² Begriffsbestimmungen mit direktem Bezug zur „kommerziellen Präsenz“ sind enthalten in Art. XXVIII lit. c. iii, d, f. ii, g (Fn. 12), m. ii, n. i/ii GATS.

⁸³ Art. XXIV lit. d GATS. Das GATS verwendet den Begriff der juristischen Person für jede Gesellschaft mit oder ohne Rechtspersönlichkeit, die unabhängig von einer möglichen Zugehörigkeit zu einem Unternehmensverbund selbständig gegründet werden kann. Darin liegt der Unterschied zu den Beispielen der Zweigniederlassung und Repräsentanz, die in Abhängigkeit zu einem Hauptunternehmen entstehen. Vgl. Art. XXVIII lit. I GATS.

⁸⁴ Sogenannter *enterprise-based approach*. Vgl. UNCTAD, Scope and Definition, S. 31.

fang im mitgliedstaatlichen Raum ausüben, wenn er vom Schutz des GATS profitieren möchte.⁸⁵ Sind diese Voraussetzungen erfüllt, kommt der Investor bzw. seine ausländische Niederlassung in den Genuss zahlreicher Rechte, die denen aus internationalen Investitionsabkommen gleichen und vor allem eine Wettbewerbsgleichheit gegenüber konkurrierenden inländischen und anderen ausländischen Unternehmen sicherstellen sollen.

2. Marktzugang

Mit dem Recht, den Markt eines anderen Mitgliedstaats zu betreten, also die Unternehmensgründung oder den Unternehmenskauf vorzunehmen, wird diese Möglichkeit gemäß Art. XVI GATS eröffnet. Die Regelung des Marktzugangs unterliegt im GATS allerdings dem sogenannten Positivlisten-Ansatz, nach dem die Geltung einer Vorschrift von der Vornahme spezifischer Verpflichtungen abhängt, die in dem GATS angehängten Länderlisten eingetragen werden.⁸⁶ Die Verbindlichkeit von Behandlungsstandards tritt nach diesem Ansatz nur in ausgewählten Sektoren ein; ein individueller Liberalisierungsprozess *à la carte* wird ermöglicht. Nur wenn ein Mitgliedstaat in einem Dienstleistungssektor eine uneingeschränkte Verpflichtung für die Dienstleistungserbringung durch kommerzielle Präsenz eingegangen ist, sind bestimmte Marktzugangsbeschränkungen gemäß Art. XVI Abs. 2 lit. a-f GATS für Direktinvestitionen unzulässig. Dazu gehören Beschränkungen der Anzahl von Dienstleistungserbringern und Dienstleistungen, die zwingende Bildung bestimmter Unternehmensformen oder Gemeinschaftsunternehmen und Begrenzungen der Höhe ausländischen Kapitals für ausländische Investoren.

Letztere Marktzugangsbeschränkung erlangte zum Beispiel Relevanz bei der Übernahme des US-amerikanischen Telekommunikationsunternehmens VoiceStream Wireless Corporation durch die Deutsche Telekom AG. Im Mai 2001 beantragte die Deutsche Telekom bei der US-Aufsichtsbehörde FCC (*Federal Communications Commission*) eine Telekommunikationslizenz für die Übernahme des US-amerikanischen Mobilfunkanbieters VoiceStream. In den USA ist die Ausstellung und Übertragung von Telekommunikationslizenzen an Firmen, die zu mehr als 25 Prozent in der Hand ausländischer Regierungen liegen, nur dann erlaubt, wenn kein öffentliches Interesse entgegen steht.⁸⁷ Da der Bund direkt und über die bundeseigene Kreditanstalt für Wiederaufbau zum Zeitpunkt der Übernahme zu rund 58 Prozent an der Telekom beteiligt war, hatte die FCC die Voraussetzung eines entgegenstehenden öffentlichen Interesses zu prüfen. In der Annahme, dass die

⁸⁵ Art. XXVIII lit. m. i GATS.

⁸⁶ Vgl. zur Eintragungstechnik Explanatory Note, Guidelines for the Scheduling of Specific Commitments under the General Agreement on Trade in Services, WTO Doc. S/L/92 (23.3.2001), Ziff. 36 f.

⁸⁷ Vgl. Art. 310 lit. b Ziff. 4 des amerikanischen *Communications Act* von 1934.

FCC ein solches nicht annehmen würde, brachte der demokratische Senator *Ernest Hollings* zusammen mit einer Reihe weiterer Senatoren einen Gesetzesentwurf in das US-Repräsentantenhaus ein, welcher die Übernahme heimischer Telefonkonzerne durch ausländische Unternehmen mit mindestens 25-prozentigen Staatsanteil prinzipiell untersagt hätte. Die Europäische Union (EU) versuchte daraufhin auf die US-Regierung Druck auszuüben. In einem Schreiben an die FCC äußerte die Vertretung der EU-Kommission in Washington ihre Auffassung, dass ein Einspruch der FCC einen klaren Verstoß gegen WTO-Recht darstellen würde. Im Repräsentantenhaus wurde der Gesetzesentwurf schließlich nicht verabschiedet und die beantragte Genehmigung durch die FCC erteilt. Tatsächlich hätten sowohl ein ablehnender Bescheid durch die FCC als auch der von *Hollings* vorgeschlagene Gesetzesentwurf einen Verstoß gegen das GATS bedeutet. Gemäß Art. XVI Abs. 1 lit. f GATS sind Begrenzungen der Höhe ausländischen Kapitals für ausländische Investoren unzulässig, wenn und soweit spezifische Liberalisierungsverpflichtungen im entsprechenden Dienstleistungssektor für die Dienstleistungserbringung durch kommerzielle Präsenz vorliegen. Mit dem „Vierten Protokoll zum GATS“ zur „Anlage zu Verhandlungen über Basistelekommunikation“ haben die USA spezifische Verpflichtungen für bestimmte Telekommunikationsdienstleistungen übernommen. Für den Subsektor „Mobile Services“, in den der Geschäftsbereich des Mobilfunkanbieters VoiceStream fiel, hat sich die USA verpflichtet, den Marktzugang für die Dienstleistungserbringung durch kommerzielle Präsenz zu gewähren.⁸⁸ Eine Einschränkung im Hinblick auf eine ausländische Staatsbeteiligung existiert nicht. Die Marktzugangsbeschränkung durch den Gesetzesentwurf wäre demnach gemäß Art. XVI Abs. 2 lit. f GATS genauso unzulässig gewesen wie ein ablehnender Bescheid durch die Aufsichtsbehörde FCC.

3. Inländerbehandlung und Meistbegünstigung

Für Investoren ist der Grundsatz der Inländerbehandlung von herausragender Bedeutung.⁸⁹ Kann ein Investor vom Gaststaat eine Behandlung erwarten, welche die Wettbewerbsposition seiner Investition gegenüber inländischen Konkurrenten nicht benachteiligt, besteht in der Regel kein Anlass zu Sorgen im Hinblick auf eine mögliche Bevorzugung anderer ausländischer Unternehmen, da ein Staat damit gleichfalls die eigenen Unternehmen benachteiligen würde. Direktinvestitionen sind zudem in das inländische Wirtschaftssystem eingebunden und können nicht von den Produktionsfaktoren ihres Herkunftslands profitieren, die Waren

⁸⁸ Die einzelnen Verpflichtungen können über eine von der WTO eingerichteten Service Database unter <http://tsdb.wto.org/wto/WTOHomepublic.htm> abgefragt werden. In dem Telekom-Beispiel sind die Verpflichtungen der USA unter dem übergeordneten Sektor *Telecommunication Services* nachzuschlagen.

⁸⁹ Vgl. *Grevelich*, Inländerbehandlung von Direktinvestoren und Verhütung von „Investitionskriegen“, RIW 1978, S. 234 (235); *UNCTC*, *Bilateral Investment Treaties*, S. 33.

und grenzüberschreitende Dienstleistungen trotz möglicher Sonderbelastungen auf dem ausländischen Markt konkurrenzfähig machen. Sie sind daher verstärkt auf den Grundsatz der Inländerbehandlung angewiesen. Den Grundsatz der Inländerbehandlung enthält Art. XVII GATS. Er unterliegt wie die Marktzugangsregelung dem Positivlisten-Ansatz. Soweit eine Verpflichtung ohne Einschränkungen in einem Dienstleistungssektor vorliegt, ist jede Maßnahme, die die Wettbewerbssituation einer ausländischen Niederlassung im Vergleich zu den inländischen Konkurrenzunternehmen verschlechtert, von Art. XVII GATS erfasst. Als besonders praxisrelevantes Beispiel gehören dazu Subventionen im Rahmen des Produktionsprozesses, die das GATT gemäß Art. III Abs. 8 lit. b GATT vom Grundsatz der Inländerbehandlung ausnimmt.⁹⁰

Anders als die Regelung der Inländerbehandlung unterliegt der Grundsatz der Meistbegünstigung gemäß Art. II GATS dem Top-down-Ansatz, der dem gängigen Regel-Ausnahme-Prinzip folgt. Danach sind die Mitgliedstaaten grundsätzlich verpflichtet, Unternehmen eines Mitgliedstaats zur Erbringung von Dienstleistungen keine weniger günstige Behandlung zu gewähren als den gleichen Unternehmen eines anderen Mitgliedstaats oder Drittstaats. Die Mitgliedstaaten können allerdings Maßnahmen aufrechterhalten, die mit dem Grundsatz der Meistbegünstigung unvereinbar sind, wenn in sogenannten Negativlisten entsprechende Eintragungen vorliegen.⁹¹

4. Kapitaltransfer

Eine Grundvoraussetzung für die Abwicklung internationaler Transaktionen besteht in dem reibungslosen Transfer von Zahlungen. Das GATS erkennt diese Notwendigkeit in Art. XI GATS an. Gemäß Art. XI Abs. 1 GATS „verzichten die Mitglieder auf eine Beschränkung internationaler Übertragungen und Zahlungen im Rahmen laufender Geschäfte, die mit ihren spezifischen Verpflichtungen zusammenhängen.“ Davon ausgenommen sind Beschränkungen der Zahlungsbilanz, die Mitgliedstaaten in Übereinstimmung mit Art. XII einsetzen.

Das GATS definiert den Begriff des „laufenden Geschäfts“ nicht. Die ausdrückliche Berücksichtigung des IWF-Übereinkommens in Art. XI Abs. 2 zeigt jedoch, dass diese Einschränkung mit Art. VIII Abs. 2 d lit. a IWF-Übereinkommen übereinstimmt, nach dem die Beschränkung von Zahlungen für laufende Geschäfte den Mitgliedstaaten grundsätzlich untersagt ist.⁹² Nach der Legaldefinition des

⁹⁰ Vgl. *Mattoo*, National Treatment in the GATS: Corner Stone or Pandora's Box?, *JWT* 31 (1997), S. 107 (119).

⁹¹ Die Listen bilden einen Teil des GATS. Vgl. Art. II Abs. 2 GATS.

⁹² Gemäß Art. XIV Abs. 2 IWF-Übereinkommen gilt eine Ausnahme in Gestalt einer Übergangsregelung für Beschränkungen von Mitgliedstaaten, die zum Zeitpunkt des Beitritts zum IWF in Kraft waren und die entsprechend den wirtschaftlichen Bedingungen abgebaut werden sollen. Vgl. zu dieser Aus-

IWF-Übereinkommens gemäß Art. XXX lit. d fallen darunter Zahlungen, die nicht dem Kapitaltransfer dienen. Als Beispiel nennt das IWF-Übereinkommen unter anderem Zahlungen, die in Verbindung mit dem Handel von Waren, Dienstleistungen und kurzzeitigen Finanzierungsgeschäften stehen, Zinsen aus Darlehen und Nettokapitalerträge aus anderen Investitionen.

Die Beschränkung von Kapitaltransaktionen ist Mitgliedstaaten gemäß Art. XI Abs. 2 GATS untersagt, wenn sie mit ihren spezifischen Verpflichtungen nicht vereinbar sind. Unter den Kapitaltransfer fallen in negativer Abgrenzung zur vorgenannten Definition zum laufenden Geschäft die Kapitaleinfuhr eines Investors für die Gründung oder den Kauf eines Auslandsunternehmens, der Kapitaltransfer zur Aufrechterhaltung der Investition und Kapitalrückführungen, die der Investor etwa wegen der Liquidation oder Veräußerung des Auslandsunternehmens vornehmen möchte.⁹³

5. Transparenz

Schutz- und Liberalisierungsstandards führen nicht zu den erwünschten Direktinvestitionen, wenn die Regelungen des betreffenden Gastlands nicht über ein Mindestmaß an Transparenz verfügen. Im Gegensatz zu der weit überwiegenden Anzahl internationaler Investitionsabkommen beinhaltet das GATS eine Bestimmung zur Transparenz. Gemäß Art. III Abs. 1 GATS sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, nationale und internationale Maßnahmen zu veröffentlichen, die allgemeingültig sind und sich auf die Anwendung des GATS beziehen oder sie beeinträchtigen. Ferner haben sie gemäß Art. III Abs. 3 GATS den WTO-Rat für den Handel mit Dienstleistungen umgehend und jährlich über die Einführung oder Änderung von Gesetzen, sonstigen Vorschriften oder Verwaltungsrichtlinien zu unterrichten, die ihre spezifischen Verpflichtungen wesentlich betreffen.

6. Streitschlichtung

Das GATS verweist auf das integrierte Streitschlichtungssystem der WTO. Es beinhaltet einen zwischenstaatlichen Streitschlichtungsmechanismus, der auf die Wiederherstellung des WTO-konformen Zustands gerichtet ist.⁹⁴ Im Gegensatz zu den

nahme *Frick*, (Fn. 66), S. 162 f. Zahlungsbeschränkungen für laufende Geschäfte können ferner unter bestimmten Bedingungen gemäß Art. VII Abs. 3 lit. b IWF-Übereinkommen im Fall knapper Währungsreserven eines Mitgliedstaats zulässig sein, nachdem Konsultationen mit dem IWF geführt wurden.

⁹³ Vgl. *UNCTAD*, *Transfer of Funds*, S. 12; *Volz*, *Die Organisationen der Weltwirtschaft*, S. 65; zur schwierigen Abgrenzung zwischen dem Kapitaltransfer und Zahlungen für laufende Geschäfte vgl. *Gold*, *International Capital Movements under the Law of the International Monetary Fund*, S. 18 f.

⁹⁴ Vgl. *Kessie*, *Enhancing Security and Predictability for Private Business Operators under the Dispute Settlement System of the WTO*, *JWT* 34 (2000), S. 1 (4).

Streitschlichtungsregeln in internationalen Investitionsabkommen stellen Schadensersatzleistungen in Folge vertragswidrigen Verhaltens nur vorübergehende Maßnahmen im Rahmen der Implementierung von Streitbeilegungsentscheidungen dar.⁹⁵ Panel- und Berufungsgremiumsberichte folgen diesem Grundsatz. Unterliegt in einem Disput die beklagte Partei, sehen die abschließenden Empfehlungen vor, dass die rechtswidrigen Maßnahmen in Übereinstimmung mit den Verpflichtungen aus den betreffenden WTO-Abkommen gebracht werden. Die Möglichkeit der Entschädigung kann „als vorübergehende Maßnahme“ die Pflicht zur Rücknahme der unvereinbaren Maßnahme nicht ersetzen und betrifft lediglich die Durchsetzung der Panelempfehlung. Werden Empfehlungen und Entscheidungen nicht umgesetzt, kann die obsiegende Partei Handelssanktionen in Form der vorübergehenden Aussetzung von Zugeständnissen oder sonstigen Pflichten verhängen. Die Aussetzung kann sich als *ultima ratio* auf andere Bereiche und Übereinkommen beziehen, die nicht mit der verletzenden Maßnahme im Zusammenhang stehen (*cross retaliation*)⁹⁶. Solche Sanktionen gegen das Gastland sind für einen Investor von keinem Nutzen, wenn ein Schaden durch Aufhebung der völkerrechtswidrigen Maßnahme nicht gutzumachen ist. Möglich wäre es unter dem GATS, dass der Vermögensausfall einer kommerziellen Präsenz, der etwa aufgrund der diskriminierenden Verweigerung einer Lizenz für die Erbringung von Finanzdienstleistungen durch das Gastland entstanden ist, zur berechtigten Anhebung von Zöllen durch das Herkunftslands des Investors führt. Ein solch eskalierendes Szenario kann weit über die Wünsche eines Investors hinausgehen. Möglich erscheint es zudem, dass der ausländische Investor aufgrund des unfreundlichen Investitionsklimas an der Rücknahme der gegen WTO-Recht verstoßenden Maßnahme sein Interesse verliert und daher allein eine Schadensersatzleistung für ihn wirtschaftlich noch von Nutzen ist. Das fehlende Recht auf Schadensersatz als Form der endgültigen Kompensation ist daher mit Unsicherheiten verbunden, der die Geltendmachung einer gegen WTO-Recht verstoßenden Maßnahme für einen Investor im Hinblick auf die Rechtsfolge oftmals unbefriedigend erscheinen lässt. Ein multilaterales Investitionsabkommen im Rahmen der WTO müsste diesen Bedenken Rechnung tragen.

⁹⁵ Vgl. *Fedderson*, Der ordre public in der WTO, S. 42; *Kessie*, (Fn. 94), S. 6; *Schroeder/Schonard*, Die Effektivität des WTO-Streitbeilegungssystems, RIW 2001, S. 658 (661) m.w.N.

⁹⁶ Art. 22 Abs. 3 lit. b/c DSU. Die Maßnahmen müssen sich auf ein Volumen beschränken, das wirtschaftlich den Ausfällen der zunichte gemachten oder geschmälernten Vorteile entspricht, Art. 22 Abs. 4 DSU.

II. TRIMs-Abkommen

1. Direktinvestitionen als Regelungsgegenstand

Das TRIMs-Abkommen wendet sich gegen die Anwendung bestimmter handelsbezogener Investitionsmaßnahmen (TRIMs) durch Mitgliedstaaten, die sowohl den Vertrieb ausländischer Waren als auch ausländische Niederlassungen belasten können. Nach einer häufig verwendeten Definition sind unter TRIMs Bedingungen zu verstehen, die Regierungen Investoren auferlegen und die eine Veränderung der Handelsströme bewirken oder zu Verzerrungen bzw. Beschränkungen des Handels führen.⁹⁷ In der Literatur werden eine Vielzahl von Maßnahmen diskutiert, denen diese Wirkung zukommen könnte. Dazu zählen Auflagen zum Mindestinlandsanteil, Produktionsauflagen, Devisenbeschränkungen, Exportauflagen, Vertriebsauflagen, Auflagen zum Verkauf im Inland, Exportbeschränkungen, Auflagen zur Wahrung des Handelsbilanz- und des Zahlungsbilanzgleichgewichts, Technologietransfer- und Lizenzierungsaufgaben, Auflagen zur Beschränkung des Gewinntransfers, Beteiligungsaufgaben, Beschäftigungsaufgaben und Auflagen zur Produktionsbeschränkung.⁹⁸ Das TRIMs-Abkommen definiert den Begriff der TRIMs nicht. Es untersagt lediglich die Anwendung bestimmter Investitionsmaßnahmen, die mit dem Grundsatz der Inländerbehandlung gemäß Art. III GATT und dem Verbot der mengenmäßigen Beschränkungen gemäß Art. XI GATT nicht vereinbar sind.⁹⁹ Die Unvereinbarkeit bestimmter TRIMs wird durch eine „Nicht erschöpfende Liste“ festgehalten.¹⁰⁰ Sie stellt die eigentliche materielle Neuheit des TRIMs-Abkommens dar. Insbesondere durch das FIRA-Panel etablierte Auslegungen zu der Vereinbarkeit von Investitionsauflagen mit dem GATT werden durch sie manifestiert.¹⁰¹ Ferner enthält das Abkommen Sondervorschriften für Entwicklungsland-Mitglieder (Art. 4), Notifizierungs- und Übergangsregelungen (Art. 5) und Transparenzverpflichtungen (Art. 6). Ein besonderer Ausschuss wird geschaffen, der das Funktionieren und die Durchführung des Abkommens überwacht (Art. 7). Das Streitbeilegungsverfahren der WTO findet Anwendung (Art. 8). Eine Revision des Abkommens soll nach fünf Jahren des Inkrafttretens vorgenommen werden (Art. 9). Strukturell ist es als multilaterales Übereinkommen zum Warenhandel in Anhang 1 A zum WTO-Abkommen eingegliedert.

⁹⁷ Ariff, TRIMs: a North-South Divide or a Non-issue?, *The World Economy* 13 (1990), S. 347 (347); *Graham/Krugman* in: Schott, (Fn. 41), S. 147; *Ipsen/Halter*, (Fn. 20), S. 110.

⁹⁸ Vgl. zusammenfassend die gemeinsame Studie des WTO- und UNCTAD-Sekretariats, *Trade-Related Investment Measures and Other Performance Requirements*, WTO Doc. G/C/W/307 (1.10.2001).

⁹⁹ Art. 2 TRIMs-Abkommen.

¹⁰⁰ In der authentischen englischen Version: „*Illustrative List*“.

¹⁰¹ Panel Report *Canada - Administration of the Foreign Investment Review Act*, L/5504 - 30S/140, angenommen am 7.2.1984.

2. Nicht erschöpfende Liste

a) Inländerbehandlung

Das erste Beispiel (lit. a) der Liste bestätigt das Verbot von Mindestinlandsauflagen (*local content requirements*) durch den Grundsatz der Nichtdiskriminierung gemäß Art. III Abs. 4 GATT. Auflagen zum Mindestinlandsanteil sind eine wichtige und vor allem von Entwicklungsländern in der Praxis oft verwendete Form der Regulierung.¹⁰² Sie schreiben wie bereits erwähnt vor, dass ein Unternehmen einen bestimmten Anteil der Vorprodukte aus der Produktion des Inlands zu beziehen hat. Durch die Verpflichtung, Waren inländischen Ursprungs oder inländischer Herkunft kaufen oder verwenden zu müssen, werden konkurrenzfähige Produkte aus dem Ausland benachteiligt, da der Investor nur auf sie zurückgreifen kann, wenn er den festgelegten Inlandsanteil ausgeschöpft hat. Das indonesische „Autofall“-Panel setzte sich ausführlich mit dem Verbot von Mindestinlandsauflagen unter dem TRIMs-Abkommen auseinander¹⁰³. Die EG, Japan und die USA wandten sich gegen verschiedene Maßnahmen Indonesiens, die der Förderung der indonesischen Autoindustrie galten. In Indonesien ansässigen Unternehmen wurden Befreiungen vom Einfuhrzoll für Produktionsteile und -komponenten und der Luxussteuer für den Verkauf von Automobilen unter der Bedingung gewährt, dass sie einen festgelegten Prozentsatz von Teilen und Komponenten inländischer Produktion verwendeten. Abhängig von der Erfüllung bestimmter gestaffelter Mindestprozentsätze an verwendeten inländischen Teilen wurde die Höhe der Steuer- und/oder Zollbefreiung festgelegt. Das Panel kam zu dem Ergebnis, dass die Mindestinlandsvoraussetzungen der indonesischen Förderprogramme gegen die Inländerbehandlungsklausel des TRIMs-Abkommens gemäß Art. 2 Abs. 1 1. Alt. i.V.m. Abs. 1 lit. a der „Nicht erschöpfenden Liste“ verstoßen, nachdem es diese nach sorgfältiger Prüfung als TRIMs qualifiziert hatte.

Das zweite Beispiel (lit. b) der „Nicht erschöpfenden Liste“ stellt klar, dass Art. III Abs. 4 GATT eine Benachteiligung importierter Waren verbietet, die dadurch eintritt, dass Unternehmen sie nur kaufen oder verwenden dürfen, wenn von ihnen ein bestimmtes mengen- oder wertmäßig definiertes Exportvolumen erfüllt wird.

b) Verbot mengenmäßiger Beschränkungen

Mit der Verpflichtung zur allgemeinen Beseitigung mengenmäßiger Beschränkungen gemäß Art. XI Abs. 1 GATT sind nach Abs. 2 der Nicht erschöpfenden Liste

¹⁰² Vgl. *Balasubramanyam*, Putting TRIMs to Good Use, *World Development* 19 (1991), S. 1215 (1216); *Ebenroth/Grashoff*, Trade-Related Investment Measures (TRIMs) osteuropäischer Reformstaaten in der Erweiterungsphase des GATT, *RIW* 1994, S. 181 (186).

¹⁰³ Panel Report *Indonesia - Certain Measures Affecting the Automobile Industry*, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, angenommen am 23.7.1998.

Importbeschränkungen und Auflagen zur Wahrung des Handelsbilanzgleichgewichts unvereinbar. Auflagen zur Wahrung des Handelsbilanzgleichgewichts beschränken den Import von Ausgangsprodukten, indem die erlaubte Importmenge in Abhängigkeit zum Export einer bestimmten Menge von Endprodukten festgelegt wird. Bezieht sich die Verpflichtung auf den Import des der Auflage unterliegenden Unternehmens, ist Art. XI GATT einschlägig. Zur Unvereinbarkeit von Handelsbilanzauflagen mit Art. XI GATT nahm das indische „Autofall“-Panel Stellung.¹⁰⁴ Auf Grundlage des indischen *Foreign Trade Act* aus dem Jahr 1992 hatten Hersteller gegenüber der indischen Regierung eine Einverständniserklärung abzugeben, wenn sie Fahrzeuge in Form von Bausätzen einführen wollten. Diese Einverständniserklärungen mussten verschiedene Kriterien erfüllen. Dazu gehörte die Verpflichtung des betreffenden Unternehmens, einen bestimmten Mindestinlandsanteil in der Produktion zu verwenden. Zudem hatten Unternehmen ein bestimmtes Verhältnis zwischen dem Import der Bausätze und dem Export der hergestellten Fahrzeuge und Fahrzeugkomponenten einzuhalten und unterlagen damit klassischen Handelsbilanzauflagen. Die USA und EG wandten sich gegen diese Maßnahmen der indischen Regierung und machten Verstöße gegen Art. III Abs. 4 GATT und Art. XI Abs. 1 GATT sowie Art. 2 TRIMs-Abkommen geltend und verlangten die Einsetzung eines Panels. Das Panel stellte die Unvereinbarkeit der Mindestinlandsverpflichtungen mit Art. III Abs. 4 GATT und der Handelsbilanzverpflichtungen mit Art. XI Abs. 1 GATT fest. Aus Gründen der Verfahrensökonomie verzichtete das Panel auf eine Prüfung der Bestimmungen des TRIMs-Abkommens, sah sein Ergebnis allerdings durch die „Nicht erschöpfende Liste“ des TRIMs-Abkommens bestätigt.

Beispiel lit. b der „Nicht erschöpfenden Liste“ hält fest, dass Zahlungsbilanzauflagen dem Verbot mengenmäßiger Beschränkungen unterfallen. Indem Zahlungsbilanzauflagen die Einfuhr von Waren von dem erwirtschafteten Devisenvolumen abhängig machen, treten die gleichen relativen Einfuhrbeschränkungen wie bei Handelsbilanzauflagen auf, so dass auch sie mit Art. XI Abs. 1 GATT unvereinbar sind.¹⁰⁵ Beispiel lit. c der „Nicht erschöpfenden Liste“ stellt klar, dass Exportbeschränkungen vom Verbot mengenmäßiger Beschränkungen erfasst werden. Es ist dem Wortlaut des Art XI Abs. 1 GATT unschwer zu entnehmen. Ein Mitgliedstaat „darf bei der Ausfuhr einer Ware oder ihrem Verkauf zwecks Ausfuhr in das Gebiet einer anderen Vertragspartei“ keine beschränkenden Maßnahmen erlassen oder beibehalten.

Alle Beispiele beziehen sich gemäß Abs. 1 und Abs. 2 der „Nicht erschöpfenden Liste“ nicht nur auf TRIMs, „die aufgrund inländischer Rechtsvorschriften zwingend vorgeschrieben oder durchsetzbar sind, sondern entsprechend einer etablier-

¹⁰⁴ Panel Report *India - Measures Affecting the Automotive Sector*, WT/DS146/R, WT/DS175/R, angenommen am 5.4.2002.

¹⁰⁵ Vgl. *Scheibach*, Importrelevante Investitionsauflagen und das GATT, S. 212.

ten Panel-Praxis auch auf TRIMs „deren Einhaltung zur Erlangung eines Vorteils notwendig ist.“¹⁰⁶ Keine Beachtung konnte die dem Abschluss des TRIMs-Abkommens zeitlich nachfolgende Empfehlung des kanadischen „Autofall“-Panels finden, nach der die Einhaltung der betreffenden Vorschriften zur Erlangung des Vorteils nicht unbedingt notwendig sein muss, sondern eine Möglichkeit unter anderen darstellen kann, um den Vorteil zu erlangen.¹⁰⁷ Ebenfalls keine Regelung erfuhr die Aussage des kanadischen „Autofall“-Panels, dass der Nachweis einer Kausalität zwischen der Übernahme einer diskriminierenden Verpflichtung durch ein Unternehmen und der nachfolgenden Gewährung des Vorteils nicht erforderlich ist.¹⁰⁸

D. Das Mandat der Ministererklärung von Doha

Bevor in einem abschließenden Ausblick auf die Chancen der Etablierung eines multilateralen Investitionsabkommens eingegangen werden soll, scheint ein Blick auf das Mandat der Ministererklärung von Doha für zukünftige Investitionsverhandlungen förderlich. Nachdem die Ministerkonferenz in Seattle im Jahr 1999 scheiterte,¹⁰⁹ stellte die vierte WTO-Ministerkonferenz in Doha im November 2001 die nächste Gelegenheit für die entwickelten Länder dar, den Grundstein für Verhandlungen über ein multilaterales Investitionsabkommen in der WTO zu

¹⁰⁶ Vgl. etwa Panel Report *EEC - Regulations on Imports of Parts and Components*, L/6657 - 37S/132, angenommen am 16.5.1990; Panel Report *EC - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/R/ECU, angenommen am 25.9.1997 zusammen mit Appellate Body Report, Ziff. 7.179.

¹⁰⁷ Vgl. Panel Report *Canada - Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS139/R, WT/DS142/R, angenommen am 19.6.2000 zusammen mit Appellate Body Report, Ziff. 10.81. Das kanadische „Autofall“-Panel hatte Befreiungen vom regulären Zoll für den Import bestimmter Automobile zum Gegenstand, die in Kanada ansässigen Fahrzeugherstellern gewährt wurden. Als Gegenleistung mussten die betreffenden Produzenten einen bestimmten Anteil kanadischer Wertschöpfung erfüllen. Der Grad der kanadischen Wertschöpfung richtete sich unter anderem nach dem Kostenanteil aus der Verwendung kanadischer Waren, konnte sich aber auch aus den in Kanada entstehenden Lohn-, Transport-, Abschreibungs-, Energie-, Miet- und anderen Kosten zusammensetzen.

¹⁰⁸ Vgl. Panel Report *Canada - Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS139/R, WT/DS142/R, angenommen am 19.6.2000 zusammen mit Appellate Body Report, Ziff. 10.108 ff.

¹⁰⁹ Die Hauptursache für das Scheitern in Seattle bestand in der Uneinigkeit der Verhandlungsparteien über die Verhandlungsagenda. Die größten Diskrepanzen traten dabei zwischen den entwickelten Ländern und den Entwicklungsländern auf der einen Seite sowie der EU und den Vereinigten Staaten auf der anderen Seite auf. Die Entwicklungsländer traten eine neuer Runde mit Skepsis gegenüber, da sie Wirtschaftsbereiche, in denen sie über komparative Vorteile verfügen (Landwirtschaft und Textilien) trotz der Fortschritte der Uruguay-Runde nicht ausreichend liberalisiert sahen. Die USA favorisierten eine Agenda, die auf ihre Stärken fokussiert war (Landwirtschaft, Dienstleistungen, Warenproduktion), während die EG die Verhandlungen für neue Bereiche öffnen wollte. Dazu gehörte neben Wettbewerbsregelungen, dem öffentlichen Beschaffungswesen und der Umwelt auch der Bereich der Auslandsinvestitionen. Vgl. zusammenfassend *Schott*, in: Schott (Hrsg.), *The WTO after Seattle*, S. 3 ff.

legen. In Vorbereitung dieser Ministerkonferenz schloss sich eine informelle Gruppe von Staaten unter der Leitung Japans zusammen, die besonderes Interesse an Verhandlungen über ein Investitionsabkommen zeigte.¹¹⁰ Die USA und Kanada nahmen an der Gruppe der sogenannten „*Friends of Investment*“ nur als Beobachter teil, da sie multilateralen Investitionsregelungen kritisch gegenüberstehen, sofern diese die Schutz- und Liberalisierungsstandards ihrer Investitionsabkommen nicht erfüllen.

Auch diese Ministerkonferenz sollte jedoch zu keinem klaren Verhandlungsmandat für Investitionen führen. Aufgrund des Widerstands der Entwicklungsländer wurde lediglich eine Kompromissformel gefunden.¹¹¹ Bei Berücksichtigung der unverminderten Skepsis vieler Entwicklungsländer kommt diese allerdings den Befürwortern eines Investitionsabkommens relativ weit entgegen. So hält der entscheidende Abschnitt der Ministererklärung fest:

*„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.“*¹¹²

Damit wurde der Nutzen eines multilateralen Abkommens für Direktinvestitionen anerkannt und Verhandlungen im Rahmen der WTO in Aussicht gestellt. Eine gewichtige Einschränkung stellt jedoch die Formulierung dar, dass Verhandlungen erst dann stattfinden, wenn über die Modalitäten einstimmig entschieden wurde. Schon die Festlegung der Modalitäten vermag jedoch als informeller Verhandlungsprozess verstanden werden. Wohl wegen dieser absehbaren Wirkung merkte der Vorsitzende der Ministerkonferenz von Doha auf der Abschlussitzung an, dass Verhandlungen über Investitionen nach seiner Auffassung tatsächlich erst nach einem einstimmigen Beschluss stattfinden dürften.¹¹³

¹¹⁰ Mitglieder dieser Konsultationen waren Argentinien, Australien, Brasilien, Chile, Costa Rica, die EG, Hong Kong/China, Korea, Mexiko, Neuseeland, Norwegen, Polen, Singapur, Südafrika, Schweiz, Tschechische Republik, Türkei, Ungarn.

¹¹¹ Vgl. Hauser, Die Ministererklärung von Doha: Start zu einer kleinen Marktöffnungsrunde oder zu einer umfassenden Entwicklungsrunde?, *Aussenwirtschaft* 57 (2002), S. 127 (135).

¹¹² Ministerial Declaration of Doha, WTO Doc. WT/MIN(01)/DEC/W/1 (13.11.2001), Ziff. 20

¹¹³ Der „Abschnitt der Rede des Vorsitzenden, Wirtschafts- und Handelsminister von Katar *Youssef Husain Kamal*, im Wortlaut, zitiert nach WTO, „Doha Ministerial 2001“, http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/min01_chair_speaking_e.htm: *“I would like to note that some delegations have requested clarification concerning paragraphs 20, 23, 26 and 27 of the draft declaration. Let me say that with respect to the reference to an ‘explicit consensus’ being needed, in these paragraphs, for a decision to be taken at the Fifth Session of the Ministerial Conference, my understanding is that, at that session, a decision would indeed need to be taken by explicit consensus, before negotiations on trade and investment and trade and competition policy, transparency in government procurement, and trade facilitation could proceed.”*

Ferner beinhaltet die Ministererklärung von Doha eine Aussage, die den möglichen Schutz- und Liberalisierungsmechanismus eines möglichen Abkommens im Rahmen der WTO erkennen lässt:

*„Any framework should reflect in a balanced manner the interests of home and host countries, and take due account of the development policies and objectives of host governments as well as their right to regulate in the public interest. The special development, trade and financial needs of developing and least-developed countries should be taken into account as an integral part of any framework, which should enable members to undertake obligations and commitments commensurate with their individual needs and circumstances. Due regard should be paid to other relevant WTO provisions. Account should be taken, as appropriate, of existing bilateral and regional arrangements on investment.“*¹¹⁴

Kennzeichen des Positivlisten-Ansatzes des GATS ist es, dass die Verbindlichkeit von Behandlungsstandards nur in den Sektoren eintritt, für die Staaten spezifische Verpflichtungen übernehmen und damit ein individueller Liberalisierungsprozess ermöglicht wird. Der zitierte Auszug der Ministererklärung deutet an, dass ein multilaterales Investitionsregelwerk im Rahmen der WTO diesen Mechanismus integrieren sollte.

Gemäß Abschnitt 22 der Ministererklärung von Doha sollen sich die Mitgliedstaaten schließlich auf die Klärung ausgewählter Komponenten internationaler Investitionsabkommen konzentrieren. Dazu gehören der Investitions- und Investorenbegriff, Transparenz, Nichtdiskriminierung, Modalitäten für Verpflichtungen in der Vorinvestitionsphase nach dem GATS-Ansatz, Vorschriften zur Förderung der Entwicklung, Ausnahmen und Schutzklausel aus Gründen der Zahlungsbilanz sowie Konsultationen und Streitschlichtung. Der diesbezügliche Meinungsaustausch findet im Rahmen einer eigens für Handel und Investitionen eingerichteten Arbeitsgruppe statt, die auf der WTO-Ministererklärung von Singapur aus dem Jahr 1996 beruht.¹¹⁵

E. Ausblick

Das TRIMs-Abkommen regelt nur einen kleinen Ausschnitt aus dem Regelungsbe-
reich internationaler Investitionsabkommen und findet lediglich auf den Waren-
handel Anwendung. Zudem geht es über bestehende Regelungen des GATT nicht
hinaus. Im Rahmen des internationalen Investitionsregelwerks ergibt sich die Be-

¹¹⁴ Ministerial Declaration of Doha, WTO Doc. WT/MIN(01)/DEC/W/1 (13.11.2001), Ziff. 21.

¹¹⁵ Ministerial Declaration of Singapore, WTO Doc. WT/MIN(96)DEC (18. Dezember 1996), Ziff. 20.

deutung des TRIMs-Abkommens daher aus keiner Strukturvorgabe für künftige Erweiterungen, sondern – neben der Schaffung erhöhter Transparenz in einem kleinen, aber komplexen Ausschnitt des internationalen Investitionsrechts – hauptsächlich aus der Beachtung und Diskussion der Regelung von Direktinvestitionen in der WTO.

Das GATS enthält dagegen einen umfassenden Ansatz zur Liberalisierung des Dienstleistungshandels und bezieht ausländische Niederlassungen zur Dienstleistungserbringung in seinen Anwendungsbereich ein. Der Anteil von Direktinvestitionen im Dienstleistungsbereich, die Unternehmen entwickelter Länder vornahmen, lag Ende der 90er Jahre bei über 50 Prozent.¹¹⁶ Damit wurde mit dem GATS ein Investitionsabkommen geschaffen, das über die Hälfte aller Direktinvestitionen erfasst. Die Ergebnisse der WTO-Ministerkonferenz in Doha im November 2001 verdeutlichen die herausragende Stellung des GATS im Rahmen zukünftiger Investitionsverhandlungen. Die entsprechenden Stellungnahmen der WTO-Mitgliedstaaten in der Arbeitsgruppe über Handel und Investitionen lassen erkennen, dass die bereits vereinbarten Investitionsregelungen des GATS sich zu tragenden Faktoren für das Zustandekommen eines multilateralen Investitionsabkommens entwickeln könnten.¹¹⁷

Diese ermutigenden Fortschritte im Hinblick auf die Etablierung eines kohärenten und transparenten Investitionsregelwerks in der WTO haben die Entwicklungsländer nicht daran gehindert, ernsthafte Sondierungsgespräche im Hinblick auf die Festlegung von Modalitäten der Investitionsverhandlungen entgegen dem Wortlaut der Ministererklärung von Doha in Cancún abzulehnen.¹¹⁸ Die Entwicklungsländer haben damit ihre wachsende Organisationsfähigkeit und Verhandlungsstärke unter Beweis gestellt. Jedoch ist ein Phänomen erkennbar, das im Bereich des internationalen Investitionsrechts bereits im Zusammenhang mit Resolutionen in der UN über Auslandsinvestitionen bekannt ist.¹¹⁹ Der Gesamtheit bilateraler Investitionsabkommen ist eine Verpflichtung der Entwicklungsländer

¹¹⁶ UNCTAD, World Investment Report 1999, S. 27.

¹¹⁷ Vgl. Beitrag der EG, WTO Doc. WT/WGII/W/121 (27.6.2002), Ziff. 20; Beitrag von Japan, WTO Doc. WT/WGII/W/125 (28.6.2002), Ziff. 18. Auch andere Mitglieder sehen den GATS-Ansatz als geeigneten Ausgangspunkt an. Vgl. Beitrag von Korea, WTO Doc. WT/WGII/W/123 (28.6.2002); Beitrag von den gesonderten Zollgebieten Taiwan, Penghu, Kinmen, Matsu, WTO Doc. WT/WGII/27 (1.7.2002).

¹¹⁸ Vgl. Ministerial Declaration of Doha, WTO Doc. WT/MIN(01)/DEC/W/1(13.11.2001), Ziff. 20.

¹¹⁹ Vgl. insbesondere die „Charter of Economic Rights and Duties of States“, Resolution 3281 (XXIX) der Generalversammlung v. 12.12.1974, abgedruckt in: UNCTAD, International Investment Instruments, Vol. I, S. 57, in der das souveräne Recht der Staaten betont wird, Investitionen von Ausländern und deren Aktivitäten innerhalb der nationalen Zuständigkeit und im Hinblick auf die nationalen Ziele und Prioritäten regeln und überwachen zu können. Die Charta enthält zudem eine Ablehnung des internationalen Mindeststandards und der umstrittenen völkergeohnheitsrechtlichen Pflicht zur „vollen, sofortigen und effektiven“ Entschädigung im Sinne der sogenannten Hull-Formel, die die meisten BITs schon zum damaligen Zeitpunkt zumindest in ähnlicher Form enthielten.

gegenüber der Behandlung von Auslandsinvestitionen zu entnehmen, die sich mit ihrer derzeitigen Haltung in der WTO nicht deckt.¹²⁰ Insbesondere die US-amerikanischen Investitionsabkommen verfolgen mit dem grundsätzlichen Recht auf Marktzugang für ausländische Investoren im Rahmen der Inländergleichbehandlung einen Liberalisierungsansatz, der in einem multilateralen Investitionsabkommen mangels Konsensfähigkeit keinen Platz finden könnte.

In der WTO verfügen die Entwicklungsländer mit Ländern wie Indien, China und Brasilien über verhandlungsstarke Wortführer, die ihrer Position Nachdruck verleihen können. Auf der bilateralen Ebene besteht jedoch ein anderes Machtgefälle. Vor allem die am wenigsten entwickelten Länder, die anders als Mitglieder wie beispielsweise Indien noch über keine attraktiven Märkte verfügen und sich in Abhängigkeit von ausländischer Entwicklungshilfe befinden, verlieren auf diesem Weg die Möglichkeit, im Verbund mit gleichgesinnten Mitgliedern Gehör zu finden.

Ein multilaterales Investitionsabkommen in der WTO hätte folglich nicht nur den Vorteil, die Investitionsregelungen der WTO einer gesteigerten Transparenz zuzuführen und das strukturelle Ungleichgewicht zwischen Investitionsregelungen im Warenbereich (TRIMs-Abkommen) und Investitionsregelungen im Dienstleistungsbereich (GATS) aufzuheben. Es bietet darüber hinaus für viele Entwicklungsländer die Möglichkeit, die Form eines zukünftigen internationalen Investitionsregelwerks mitzubestimmen.

Ein Blick auf die Chancen möglicher Investitionsverhandlungen sollte allerdings das engagierte Wirken der NGOs im Hintergrund nicht übergehen, das schon zum Scheitern des MAI beitrug, und deren Argumentationslinie generell wenig Spielräume für Kompromisse zulässt. So nahm zum Beispiel die NGO *Friends of the Earth* zum MAI wie folgt Stellung:

„The MAI would also likely interfere with long-term efforts to reorient the world’s economy in a more environmentally friendly, sustainable direction. A sustainable future will require world-wide use of natural resources to be reduced below the earth’s carrying capacity and redistributed equitably to all the world’s people. The MAI is dedicated to an entirely different vision of the future: the right of multinational corporations to enter all markets and bit against local people for access to resources and consumers. As the MAI gives corporate investors access to restricted economies, the supply of natural resources hooked into international markets would grow, leading to more resources being consumed rather than less, more efficiently. The MAI’s open access regime would also allow rich countries to live beyond their borders, consuming more than their share of land, wood, mineral and other resources. Because breaking this cycle

¹²⁰ Zu diesem Widerspruch in der UN vgl. *Becker*, Investitionsförderung und Investitionsschutz in Entwicklungsländern: Ansätze eines Gemeinschaftskonzepts in EG-Entwicklungsabkommen, *EuR* 1981, S. 139 (156) und *Hagemann*, Der Einfluss der Gruppe der 77 (G-77) auf die Beschlüsse der Vereinten Nationen, S. 97, der die Probleme der Entwicklungsländer in der Gruppe 77 wie folgt zusammenfasst: „divergierende Interessen, mangelnde Organisation und plakative Einheit“.

*will require more control on international investment, not less, the MAI is hopelessly flawed from an ecological point of view.*¹²¹

Die Berechtigung umweltpolitischer Sorgen ist unstrittig. Trotzdem scheint die Unübersichtlichkeit der völkerrechtlichen Investitionsregelungen mit einem Netzwerk von über 2000 bilateralen Investitionsabkommen, investitionsbezogenen Regionalabkommen und verbindlichen und unverbindlichen Investitionsteilregelungen dem Ziel des Ressourcenerhalts für zukünftige Generationen nicht sichtlich zu dienen. Die vielfältigen Regelungen von Direktinvestitionen bilden schon jetzt einen Teil der Weltwirtschaftsordnung. Die Errichtung eines geschlossenen Investitionsregelwerks könnte die Möglichkeit schaffen, Spannungen mit staatlichen Umweltmaßnahmen einer gesteigerten Transparenz zuzuführen und in diesem Rahmen geeignete Instrumentarien für den Schutz der Umwelt zu entwerfen.¹²² Die Präambel des WTO-Abkommens betont, dass die optimale Nutzung der Hilfsquellen der Welt im Einklang mit dem Ziel einer nachhaltigen Entwicklung stehen und der Schutz der Umwelt nicht durch Liberalisierungsbestrebungen in den Hintergrund geraten soll. Dieses Anliegen gilt es in die Tat umzusetzen und durch Ausnahmereiche für die Umwelt zu sichern, die ausdrücklich nicht nach dem Grundsatz ›im Zweifel für die Liberalisierung‹ ausgelegt werden.

Ein solches Transparenz schaffendes Investitionsabkommen dürfte allerdings von Regelungen zum Eigentumsschutz nicht absehen. Die klassischen Regelungen des Eigentumsschutzes haben nicht an Bedeutung verloren. Im Rahmen des internationalen Wettbewerbs um Direktinvestitionen können es sich Staaten aufgrund der abschreckenden Wirkung auf potentielle Investoren zwar zunehmend nicht leisten, Enteignungen ohne adäquate Entschädigungen durchzuführen.¹²³ Schiedsgerichtsklagen, die auf den Enteignungsvorschriften des NAFTA beruhten und sich gegen Umweltmaßnahmen der Gastländer wendeten, haben jedoch weltweit für Aufmerksamkeit gesorgt.¹²⁴ Unter Berücksichtigung der Ministererklärung

¹²¹ *Friends of the Earth*, License to Loot: The MAI and How to Stop It, www.foe.org.

¹²² Vgl. allgemein zu den Einwänden der NGOs auch *Hauser*, Die WTO: Wohin geht der Weg?, *Aussenwirtschaft* 56 (2000), S. 7 (20), der bemerkt: „Je nach Einschätzung des Risikopotentials kann man berechtigterweise zum Schluss kommen, dass ein griffiges Klimaabkommen mit durchsetzbaren Reduktionsverpflichtungen höhere Priorität haben sollte, als die weitere Liberalisierung des Welthandels – sofern angesichts eingeschränkter Verhandlungsressourcen nicht beide Handelsziele mit gleicher Ernsthaftigkeit verfolgt werden können.“

¹²³ Vgl. *Fatouros*, in *United Nations* (Hrsg.), *Transnational Corporations and World Development*, S. 535; *Guzmán*, *Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties*, S. 17. So auch *Sornarajah*, (Fn. 26), S. 357, allerdings mit der ernstzunehmenden Einschränkung, „*that bouts of nationalism will occur in cyclical patterns in the history of nations.*“

¹²⁴ Vor allem unter Umweltschutzgruppen erregte der NAFTA-Fall *Metalclad Corporation v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/97/1 – abgedruckt in *ICSID Review FILJ* 1 (2001), S. 168 ff.). Aufsehen, der auf dem Investitionskapitel des NAFTA beruhte und im Rahmen des ICSID entschieden wurde. Eine mexikanische Stadtgemeinde erteilte aus ökologischen Gründen einem Tochter-

von Doha, die Verhandlungen über Bestimmungen zum Eigentumsschutz nicht vorsieht, ist jedoch die Aufnahme dieses Themas in ein mögliches Verhandlungsmandat unwahrscheinlich.

Investitionsverhandlungen in der WTO würden allerdings trotz dieser augenscheinlichen Unvollständigkeit einen großen Fortschritt bedeuten. Mit den bi- und multilateralen Regelungen zum Marktzugang, der Inländerbehandlung und der Meistbegünstigung sind Verpflichtungen verbunden, die im Gegensatz zu den tendenziell eher vereinzelt anzutreffenden Enteignungsfällen wirtschaftspolitische Grundentscheidungen betreffen. Als Schritte der Liberalisierung benötigen sie zur Aufnahme in völkerrechtliche Vertragswerke Ausnahmelisten, die zum Beispiel beim NAFTA mehrere hundert Seiten umfassen¹²⁵ oder beim ECT im Hinblick auf den Marktzugang eine separate Verhandlung benötigen.¹²⁶ Marktzugang, Inländerbehandlung und Meistbegünstigung bilden insofern den Mittelpunkt der gegenwärtigen Auseinandersetzung über die Regelung internationaler Investitionen¹²⁷. Daher könnte es sich sogar als förderlich herausstellen, wenn Verhandlungen in der WTO sich zunächst auf diese Eckpfeiler der Investitionsliberalisierung konzentrieren. Sollte für diesen Bereich ein Konsens gefunden werden, könnte der Weg zu den Regelungen des Investitionsschutzes in Zukunft sehr viel leichter ausfallen.

Die vollständige Aufzählung der Argumente für und gegen ein multilaterales Investitionsabkommen im Rahmen der WTO würde den Rahmen dieses abschließenden Ausblicks sprengen.¹²⁸ Besonders erwähnt seien jedoch die Bedenken der

unternehmen der US-amerikanischen *Metaleclad Corporation* keine Genehmigung für eine Müllbereitungsanlage, nachdem das Unternehmen schon zahlreiche Genehmigungen auf Bundes- und Länderebene im Hinblick auf das Projekt erhalten hatte. Das Schiedsgericht entschied, dass neben einem Verstoß gegen den Grundsatz des gerechten und billigen Behandlung auch eine vom NAFTA verbotene indirekte Enteignung vorlag. Im Vordergrund der Entscheidung lagen dabei vor allem Mängel der mexikanischen Verwaltungen, die nach deutschem Verwaltungsrecht als eindeutig ermessensfehlerhaft einzustufen wären. Vgl. dazu *Weiler u.a.*, 2000 in Review: Investor-State Dispute Settlement Gains Steam, Int'l Lawyer 2001, S. 363, (370 f.). *Sikkel*, (Fn. 3), S. 138, bemerkt richtig, dass der ausgetragene Konflikt auch durch ein inländisches Unternehmen hätte ausgelöst werden können. Ein weiterer Fall, der die Öffentlichkeit beschäftigte, beruhte auf einem Beschluss des kanadischen Parlamentes, den Import und Transport von MMT, einem gesundheitsgefährdenden Zusatzstoff für Benzin, zu verbieten. Die US-amerikanische *Ethyl Corporation*, die diesen Stoff in Kanada produzierte, berief sich vor einem vom ICSID einberufenen Panel unter anderem auf die Enteignungsvorschriften des NAFTA. Der Streit wurde durch einen Vergleich beigelegt, der eine Zahlung von 12,5 Millionen Dollar an die *Ethyl Corporation* vorsah. Vgl. *Foy/Deane*, (Fn. 60), S. 305.

¹²⁵ Umfassend zu Inhalt und Systematik der Annexe *Rugman/Gestrin*, in: *Rugman* (Hrsg.), *Foreign Investment and NAFTA*, S. 53 ff.

¹²⁶ Die angemeldeten Ausnahmetatbestände des MAI füllten ca. 1600 Seiten.

¹²⁷ Vgl. *Ganesan*, *Developing Countries and a Possible Multilateral Framework on Investment: Strategic Options*, *Transnational Corporations* 7 (1998), S. 1 (9, 18); *Fatourous*, (Fn. 2), S. 203 f.

¹²⁸ Zum Nutzen und Chancen eines multilateralen Investitionsabkommen vgl. *Fatourous*, *Towards an International Agreement on Foreign Direct Investment*, *ICSID Review FILJ* 9 (1994), S. 181 (201 ff.); *Ganesan*, (Fn. 127), S. 1 ff.; *Messing*, *Towards a Multilateral Agreement on Investment*, *Transnational*

Entwicklungsländer, die trotz der Argumentation der Industrieländer, dass Investitionsregelungen als rechtssichernde Maßnahme gerade ihnen dienlich seien, verbindliche Behandlungsstandards ablehnen. Der ehemalige indische Wirtschaftsminister *Ramaiah* untermauert seine Kritik exemplarisch an den Ambitionen der Industrieländer in Form einer Frage und nimmt dabei auf das TRIMs-Abkommen Bezug:

*„Does not the WTO TRIMs Agreement, by concentrating exclusively on the so-called trade effects of foreign investment and embargoing certain provisions having positive developmental effects for host countries such as those relating to export obligations and phased manufacturing programmes for increasing the level of indigenization in joint ventures involving foreign equity, have a negative impact on the developmental effects of foreign investment? Will the situation not be further compounded if the developing countries are asked to enter into a multilateral investment framework which will inhibit their ability to harness the possible positive effects of transnational investment in order to promote national development and keep the negative effects of transnational investment in check?“*¹²⁹

Die Mehrzahl der Entwicklungsländer folgt der Auffassung, dass Direktinvestitionen nach Möglichkeit in entwicklungspolitische Strategien zu integrieren seien, um so die bestmöglichen Vorteile für die wirtschaftliche Entwicklung des Landes herbeizuführen.¹³⁰ Die Voraussetzung dafür sehen sie in einer weitgehenden Regulierungsfreiheit, die ein multilaterales Investitionsabkommen möglicherweise verhindern könnte.

Der Positivisten-Ansatz des GATS kommt den Forderungen nach einer eigenständigen Entwicklungspolitik entgegen, indem er Verpflichtungen zum Marktzugang und der Inländerbehandlung, die viele Länder als besonders einschneidend empfinden, nur für Sektoren vorsieht, auf die Mitglieder sich einigen können. Das ist der grundsteinlegende Kompromiss, den die Ministererklärung von Doha enthält. Damit würden regelorientierte Wirtschaftsbeziehungen auch für den Bereich der Direktinvestitionen erschaffen.

Die Frage bleibt, ob diese Vorgabe den Interessengegensätzen zwischen des USA auf der einen und führenden Entwicklungsländern auf der anderen Seite gerecht wird. Zukünftige Diskussionen über Verhandlungsmodalitäten werden von der Kompromissbereitschaft dieser Parteien geprägt sein. Insbesondere die amerikanische Seite wird dabei voraussichtlich ihr Engagement erst dann verstärken, wenn sie mit Unterstützung seitens der privaten Wirtschaft rechnen kann. Schon die

Corporations 6 (1997), S. 123 ff.; *Ramaiah*, Towards a Multilateral Framework on Investment?, *Transnational Corporations 6* (1997), S. 117 ff.

¹²⁹ *Ramaiah*, (Fn. 128), S. 121.

¹³⁰ UNCTAD, *Foreign Direct Investment and Development*, S. 49.

MAI-Verhandlungen haben gezeigt, dass ohne eine solche Unterstützung der Anreiz, politischen Widerständen etwa aus den Reihen der NGOs zu begegnen, sich als zu gering erweisen könnte.

Die Aufnahme möglicher Investitionsverhandlungen hängt zudem von den Fortschritten in anderen Verhandlungsbereichen ab. Das Debakel von Cancún spricht dafür, dass Investitionsverhandlungen nur dann Fuß fassen können, wenn die entwickelten Länder ihre Märkte insbesondere in den Bereichen des Agrar- und Textilhandels öffnen, in denen die Entwicklungsländer über komparative Vorteile verfügen. Denn wengleich das Thema der Investitionen die Entwicklungsländer zur finalen Blockadehaltung anhielt, so war diese Reaktion maßgeblich auf die zögerliche Liberalisierungspolitik der Industriestaaten in den entwicklungsrelevanten Märkten des Agrar- und Textilhandels zurückzuführen. Die Zukunft verbindlicher Behandlungsstandards für ausländische Investitionen ist auch wegen dieser verhandlungsstrategischen Einbindung in andere Themen ungewiss. Um so wichtiger erscheint eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem bereits bestehenden Regelwerk für grenzüberschreitende Investitionen in der WTO.