
Politische Risiken und informelle Hindernisse für Auslandsinvestitionen

Joachim Karl¹

I. Einleitung

In Australien muss man zur Gründung einer Firma zwei behördliche Verfahren durchlaufen und zwei Tage sowie zwei Prozent eines durchschnittlichen Jahreseinkommens aufwenden. In Bolivien hingegen benötigt man dazu 20 behördliche Verfahren, 88 Arbeitstage und 266 Prozent eines durchschnittlichen Jahreseinkommens. In Indonesien, Mozambique, Venezuela oder Vietnam kann es noch länger dauern. Und das ist unter Umständen erst der Anfang. Denn auch nach der Eröffnung kann sich ein Unternehmen vielen weiteren Hindernissen gegenübersehen, die aus der Schwäche des Justizsystems, Detailversessenheit bei Lizenzvergaben oder einem ineffizienten Banksektor erwachsen. Zur Beitreibung von Außenständen sind in Ländern wie Kolumbien mehr als zwei Jahre erforderlich, und in Paraguay, Jordanien oder Peru muss ein Kreditgeber mehr als 35 verschiedene Verfahrensschritte durchlaufen. Es kann nicht überraschen, dass legale Neugründungen in diesen Ländern eher selten sind und ein Großteil der Wirtschaftstätigkeit im informellen Sektor stattfindet, der wiederum durch niedrige Löhne, mangelnden Arbeitsschutz, fehlende Qualitätsnormen und das Fehlen einer Kranken- oder Altersversicherung gekennzeichnet ist.²

Informelle Investitionshemmnisse wie die soeben erwähnten lästigen Verfahren können ausländische Investo-

ren abschrecken und Investitionen vereiteln, je nachdem, wie sich das Investitionsklima in dem betreffenden Gastland insgesamt darstellt. Trotz ihrer beträchtlichen Bedeutung wurde den informellen Investitionshemmnissen im Rahmen des internationalen Investitionsschutzes jedoch bislang nur wenig Aufmerksamkeit geschenkt. Im Mittelpunkt der Debatte und der entsprechenden Rechtsstreitigkeiten stehen stattdessen formelle Investitionshindernisse, wie z. B. in den rechtlichen Vorschriften des Gastlandes verankerte Verbote und andere Einschränkungen für Auslandsinvestitionen.

Dieses Phänomen ließe sich damit erklären, dass informelle Investitionshemmnisse schwieriger nachzuweisen und weniger transparent sind als formelle Hindernisse für Auslandsinvestitionen, die im Rechtssystem des Gastlandes greifbar sind. Außerdem mag sich ein ausländischer Investor angesichts informeller Investitionshemmnisse dafür entscheiden, entweder ganz auf die Investition zu verzichten, oder aber zur Überwindung der Hindernisse informelle Lösungen zu finden. Vielleicht ist auch nicht allen ausländischen Investoren bewusst, dass ihnen internationale Investitionsschutzabkommen (IIAs) nicht nur Protektion vor formellen Investitionshemmnissen bieten, sondern auch informelle Investitionshindernisse einbeziehen.

Im Folgenden soll die Frage näher beleuchtet werden, inwieweit IIAs ausländische Investoren vor informellen Investitionshemmnissen schützen können. Der Beitrag beginnt mit einem kurzen Überblick über die bestimmenden Faktoren für Auslandsinvestitionen und die wichtigsten politischen Risiken, die durch IIAs abgedeckt werden. Danach werden die häufigsten informellen Investitionsbarrieren beschrieben und nach ihrer Bedeutung für ausländische Investoren anhand entsprechender Daten eingestuft. Es folgt eine Analyse, inwieweit einzelne IIA-Bestimmungen Schutz vor informellen Investitionshemmnissen gewähren.

II. Informelle Investitionshemmnisse und das Investitionsklima

Das Investitionsklima im potentiellen Gastland spielt eine entscheidende Rolle, wenn in einem Unternehmen über die Vornahme einer Investition entschieden wird. Wichtig sind hier vor allem vier Faktoren, nämlich die politische³, wirtschaftliche⁴ und rechtliche⁵ Gesamtlage des Landes sowie das Vorhandensein eines günstigen allgemeinen Umfeldes.⁶ Jede dieser Komponenten kann ausländische Investoren ermutigen oder abschrecken; im konkreten Einzelfall wird die Entscheidung des Investors durch das Zusammenspiel aller Faktoren bestimmt.

Der Investitionsschutz befasst sich mit denjenigen Determinanten, die ein politisches Risiko darstellen. Es lässt sich als die potentielle Gefahr definieren, dass das Gastland in unzulässiger Weise die Geschäftstätigkeit eines ausländischen Investors behindert. Bestimmte politische Kernrisiken werden in IIAs abgedeckt, wie z. B. diskriminierende Behandlung und andere unbillige Vorgehensweisen, Enteignungen, Transferbeschränkungen und Verluste aufgrund von Kriegen und Ereignissen ähnlicher Art. Eine erhebliche Zahl von IIAs enthält auch Bestimmungen, die sich auf Verbote bestimmter Tätigkeitsauflagen, den Bruch staatlicher Zusagen und auf Regelungen zum Aufenthalt und zur Beschäftigung von ausländischem Schlüsselpersonal beziehen. Ergänzt werden diese Bestimmungen durch Verfahren zur Streitbeilegung, die dem ausländischen Investor normalerweise das Recht gewähren, eine internationale Schiedsstelle anzurufen.

Politische Risiken können sich als formelle oder informelle Hemmnisse für Auslandsinvestitionen manifestieren. Formelle Hindernisse lassen sich als ein Instrumentarium zur Kontrolle ausländischer Investitionen umschreiben, das durch die Gesetzgebung und in behördlichen Vorschriften

explizit festgelegt ist. Dazu gehören z. B. generelle Verbote von Auslandsinvestitionen, die Deckelung ausländischer Kapitalbeteiligungen an inländischen Unternehmen, Vorbehalte beim Grundstückserwerb und Beschränkungen des Ausländeranteils im Vorstand oder Aufsichtsrat. In der Regel betreffen diese Hindernisse die Niederlassungsfreiheit im Gastland.

Zu den informellen Investitionshindernissen gehört eine Vielzahl von Hemmnissen, die sich aus Verwaltungspraktiken und unveröffentlichten politischen Richtlinien des Gastlandes ebenso ergeben können wie aus starren Marktstrukturen und politischen, kulturellen und gesellschaftlichen Institutionen, die Auslandsinvestitionen beeinträchtigen.⁷ Diese Hemmnisse können bereits den Markteintritt eines ausländischen Investors betreffen oder sich erst nach der Geschäftsgründung bemerkbar machen, z. B. bei der Geltendmachung vertraglicher Rechte, der Vergabe von Geschäftslizenzen oder dem Zugang zu Kapital im Gastland. Informelle unterscheiden sich von formellen Investitionshemmnissen auch insoweit, als sie gewöhnlich allgemeiner Art und nicht spezifisch auf ausländische Investoren ausgerichtet sind.

Zu den informellen Investitionshindernissen gehören z. B. überbordender Bürokratismus, eine inkompetente Verwaltung, Mangel an Transparenz, eine uneinheitliche oder lückenhafte Gesetzgebung, eine häufige Änderung oder missbräuchliche Anwendung bestehender Gesetze und Vorschriften, eine nicht funktionstüchtige oder politisch gelenkte Justiz, organisierte Kriminalität, Korruption, oder eine allgemeine Geringschätzung rechtsstaatlicher Prinzipien.

Bei weitem nicht alle informellen Investitionshemmnisse fallen jedoch in die Kategorie der politischen Risiken, d. h. sie spiegeln nicht stets die Politik des Gastlandes wider oder ergeben sich daraus. Zu den informellen Barrieren,

die in der Regel nicht aus politischen Risiken resultieren, zählen z. B. mangelhafter Zugang zu inländischen Finanzquellen, bestehende Handelsgepflogenheiten und Geschäftskulturen, taktisch motivierte Beschränkungen des Stimmrechts in Gesellschaftssatzungen, fehlende Größe und Tiefe des inländischen Aktienmarkts, mangelhafte Infrastruktur (Straßen, Telefone usw.) sowie sprachliche Barrieren.

Einige informelle Investitionshindernisse sind in einer Grauzone angesiedelt, wo nicht klar ist, ob sie ein politisches Risiko darstellen. Das ist z. B. bei der Korruption und organisierter Kriminalität der Fall. Normalerweise würde man in diesen Fällen von privatem Fehlverhalten sprechen, das nicht in den Verantwortungsbereich des Staates fällt. Anders hingegen wären diejenigen Fälle zu bewerten, in denen das Gastland von derartigen kriminellen Aktivitäten Kenntnis hat und sie toleriert oder gar aktiv unterstützt.

Staatliche Unternehmen sind ein weiteres Beispiel für diese Grauzone. Ihre Existenz kann bedeuten, dass der betreffende Wirtschaftssektor für inländische wie ausländische Privatanleger gleichermaßen unzugänglich ist. Da in diesem Fall keine Diskriminierung vorliegt, wäre die bloße Existenz staatlicher Unternehmen nicht als politisches Risiko anzusehen. Anders mag der Fall jedoch liegen, wenn die betreffenden Unternehmen staatliche Funktionen wahrnehmen und diese missbräuchlich zu Lasten ausländischer Investoren ausgeübt werden.

Wenn auch formelle wie informelle Barrieren ernsthafte Investitionshemmnisse darstellen können, so hat sich ihre relative Bedeutung im Lauf der Zeit doch geändert. Die in den meisten Ländern anhaltende wirtschaftliche Liberalisierung hat zu einem bedeutenden Abbau formeller Investitionshindernisse geführt. Das heißt nicht, dass es keine formellen Barrieren mehr gäbe; die meisten Länder halten

noch immer an einem gewissen Maß an Restriktionen fest. Aufgrund des weltweiten Konkurrenzkampfes um Auslandsinvestitionen sehen sich viele Länder aber unter Zugzwang, die gesetzlichen Rahmenbedingungen kontinuierlich zu verbessern.

Im krassen Gegensatz dazu bestehen informelle Investitionshemmnisse in zahlreichen Ländern weiter. In vielen Teilen der Welt sind ausländische Investoren noch immer mit administrativen Schwierigkeiten oder anderen Hindernissen der oben beschriebenen Art konfrontiert. Hier besteht eine gewisse Ähnlichkeit zur Handelspolitik, in der nichttarifäre Handelshemmnisse nunmehr im Vordergrund stehen, nachdem beim Abbau von Zöllen große Fortschritte erzielt worden sind.

Informelle Barrieren sind aus verschiedenen Gründen schwieriger abzubauen als formelle Investitionshindernisse. Gesetzliche oder behördliche Vorschriften, die Investitionen behindern, können relativ einfach geändert oder abgeschafft werden, während informelle Barrieren häufig auf tief verwurzelten gesellschaftlichen oder kulturellen Traditionen beruhen. Unterschiedliche Gesellschaften können divergierende Ansichten zur Angemessenheit und Fairness in der Behandlung von ausländischen Investitionen haben. So mögen etwa Verwaltungsverfahren, die in einem Land als langwierig oder gar schikanös angesehen würden, in einem anderen Land als normale Praxis gelten. Ein vergleichsweise niedriger Stellenwert von formellen Rechtsbeziehungen kann darauf beruhen, dass persönlichen Kontakten und dem Ehrenwort einer Person eine höhere Bedeutung beigemessen wird als offiziellen Verträgen und deren Durchsetzung vor Gericht. Eine ineffiziente und inkompetente Verwaltung mag nur mühsam zu verbessern sein, wenn sie aus einem mangelhaften Schulsystem resultiert.

Informelle Investitionshemmnisse mögen auch deswegen fortbestehen, weil sie durch das politische System ei-

nes Landes bedingt sind oder weil einflussreiche Interessengruppen ihre Aufrechterhaltung fordern. So können etwa häufige Gesetzesänderungen auf eine anhaltende politische Instabilität des Gastlandes zurückzuführen sein. Was die Justiz angeht, so kann das politische System des Gastlandes ihrer Unabhängigkeit und Unparteilichkeit im Wege stehen. Korruption mag stillschweigend toleriert werden, weil Regierungsbeamte darin verwickelt sind oder aber weil Korruption als Mittel zur individuellen Armutsbekämpfung und zur Vermeidung sozialer Unruhen angesehen wird. Auch mag es sein, dass einzelne informelle Investitionshemmnisse weniger anstößig wirken und damit eher hingenommen werden als formelle Barrieren, da sie normalerweise nicht diskriminierend sind.

Empirische Daten zum Investitionsklima und zur Bedeutung verschiedener informeller Investitionshemmnisse

Die Weltbank hat vor kurzem eine Studie unter dem Titel „Ease of Doing Business“ durchgeführt.⁸ Die teilnehmenden Unternehmen wurden gebeten, ihre Bewertung anhand von fünf Kriterien vorzunehmen, nämlich (1) Unternehmensgründung, (2) Lizenzen, (3) Arbeitsrecht, (4) Eigentumsrecht und (5) Finanzierung. Danach stehen Neuseeland, Singapur, die Vereinigten Staaten, Kanada und Norwegen an der Spitze der am besten für Investitionen geeigneten Länder. Deutschland steht an 19. Stelle. Am schwierigsten gestalten sich hiernach Investitionen in der Zentralafrikanischen Republik, Burkina Faso und der Demokratischen Republik Kongo.

In einer weiteren Untersuchung der Weltbank wurden die Unternehmen gebeten, bestimmte informelle Investitionshindernisse nach ihrer Bedeutung einzustufen.⁹ An dieser Studie nahmen mehr als 32.000 Unternehmen aus 62 Ländern teil. Soweit nicht anders erklärt, geben die Zahlen

in den folgenden Tabellen die Anzahl der Unternehmen in Prozent an, nach deren Meinung der jeweilige Aspekt in der betreffenden Region ein ernsthaftes Investitionshemmnis darstellt.¹⁰

- *Kriminalität, Diebstahl und Störungen der öffentlichen Ordnung (%)*:
 - Ostasien/Pazifik: 27,5
 - Europa & Zentralasien: 14,3
 - Lateinamerika: 51,6
 - Naher Osten/Nordafrika: –
 - Südasien: 22,6
 - Afrika südlich der Sahara: 31,9
- *Korruption (%)*:
 - Ostasien/Pazifik: 40,0
 - Europa & Zentralasien: 22,0
 - Lateinamerika: 60,1
 - Naher Osten/Nordafrika: 35,2
 - Südasien: 30,5
 - Afrika südlich der Sahara: 44,3
- *Einheitlichkeit/Berechenbarkeit amtlicher Auslegungen von Vorschriften (%)*:
 - Ostasien/Pazifik: 54,2
 - Europa & Zentralasien: 42,8
 - Lateinamerika: 29,5
 - Naher Osten/Nordafrika: 55,2
 - Südasien: 46,8
 - Afrika südlich der Sahara: 48,0
- *Steuerprüfer erwarten von Unternehmen Geschenke (%)*:
 - Ostasien/Pazifik: 29,8
 - Europa & Zentralasien: 45,2
 - Lateinamerika: 12,0
 - Naher Osten/Nordafrika: –
 - Südasien: 44,2
 - Afrika südlich der Sahara: 19,2

- *Vertrauen in die Justiz (%)*:
 - Ostasien/Pazifik: 61,7
 - Europa & Zentralasien: 53,8
 - Lateinamerika: 45,7
 - Naher Osten/Nordafrika: 72,7
 - Südasien: 48,4
 - Afrika südlich der Sahara: 57,4
- *Kosten für Sicherheits- und Schutzmaßnahmen (% des Umsatzes)*:
 - Ostasien/Pazifik: 6,2
 - Europa & Zentralasien: 3,0
 - Lateinamerika: 8,6
 - Naher Osten/Nordafrika: 0,7
 - Südasien: 0,8
 - Afrika südlich der Sahara: 1,9
- *Mangelnder Zugang zu inländischen Finanzquellen (Neuinvestitionen aus internen Quellen oder einbehaltene Gewinne) (%)*¹¹:
 - Ostasien/Pazifik: 36,8
 - Europa & Zentralasien: 69,7
 - Lateinamerika: 48,5
 - Naher Osten/Nordafrika: 74,2
 - Südasien: 55,3
 - Afrika südlich der Sahara: 66,3
- *Verzögerungen beim Anschluss an die Stromversorgung (in Tagen)*¹²:
 - Ostasien/Pazifik: 13,7
 - Europa & Zentralasien: 4,3
 - Lateinamerika: 30,8
 - Naher Osten/Nordafrika: 124,9
 - Südasien: 79,0
 - Afrika südlich der Sahara: 57,3
- *Stromausfälle (in Tagen)*¹³:
 - Ostasien/Pazifik: 5,3
 - Europa & Zentralasien: 10,7

- Lateinamerika: 12,4
- Naher Osten/Nordafrika: 13,9
- Südasien: 117,5
- Afrika südlich der Sahara: 77,3

Aus den obigen Daten geht hervor, dass mangelndes Vertrauen in die Justiz und fehlende Einheitlichkeit oder Berechenbarkeit bei der Auslegung von Vorschriften innerhalb der Kategorie der informellen Investitionshemmnisse aufgrund politischer Risiken eine bedeutende Rolle spielen. Danach folgen Korruption sowie Kriminalität, Diebstahl und mangelnde öffentliche Ordnung.

Anzumerken wäre hier, dass sich die Situation im Hinblick auf individuelle informelle Investitionsbarrieren allmählich bessert. So geht zum Beispiel aus einer jüngeren Untersuchung der EBRD¹⁴ hervor, dass Sicherheitsfragen in Mittel- und Osteuropa (MOE) sowie auch in der Gemeinschaft unabhängiger Staaten (GUS) zwischen 2002 und 2005 an Bedeutung verloren haben:

- *Von Unternehmen gezahlte Bestechungsgelder:*
 - MOE (neue EU-Mitgliedsländer): 11 % (2002: 19 %)
 - GUS: 21 % (2002: 26 %)
- *Sicherheit:*
 - Private Sicherheitsdienste: 55 % (2002: 61 %)
 - Schutzgelder: 8 % (2002: 17 %)

III. Bestimmungen in IIAs zu informellen Investitionshindernissen

Um für ausländische Investoren attraktiver zu werden, sind Staaten bemüht, bestehende informelle Investitionshemmnisse abzubauen. Das ist umso wichtiger, als diese Hindernisse im Vergleich mit formellen Investitionsbarrie-

ren an Bedeutung gewonnen haben.¹⁵ Dabei ist der akute Handlungsbedarf aber von Land zu Land unterschiedlich. So lässt sich zum Beispiel das trotz fortbestehender erheblicher informeller Investitionshemmnisse anhaltend große Interesse von ausländischen Investoren an Ländern wie Russland mit einem Reichtum an natürlichen Rohstoffvorkommen (Öl und Gas) erklären, wie ihn nur wenige andere Länder aufzuweisen haben. In verschiedenen MOE-Staaten werden noch bestehende informelle Investitionshindernisse durch den kürzlich vollzogenen oder in naher Zukunft bevorstehenden Beitritt zur Europäischen Union sowie durch die Verfügbarkeit billiger, gut ausgebildeter Facharbeiter mehr als ausgeglichen. Länder wie China, Indien oder Brasilien können es sich aufgrund ihrer riesigen Binnenmärkte leisten, mit einem gewissen Maß an informellen Investitionshemmnissen zu leben.

Die Heimatländer der Investoren sowie auch internationale Institutionen können beim Abbau von informellen Investitionshindernissen wertvolle Hilfestellung leisten, indem sie die wichtigsten Barrieren identifizieren und Strategien zu ihrem Abbau vorschlagen. So kann beispielsweise technische Hilfe geleistet werden, um Regierungspersonal besser auszubilden, bestehende Vorschriften und Verwaltungsverfahren zu straffen und transparenter zu machen und die gesamte Bürokratie effizienter zu gestalten. Unterstützung bei der Korruptionsbekämpfung ist ein weiteres wichtiges Thema.

Auch IIAs bieten die Möglichkeit, informelle Investitionshindernisse anzugehen, vorausgesetzt, sie sind Ausdruck von im Gastland bestehenden politischen Risiken. Für ausländische Investoren können diese Verträge sowohl im Hinblick auf Hemmnisse bei der Niederlassung als auch in der nachfolgenden operativen Phase nützlich sein. Die folgenden IIA-Bestimmungen könnten einschlägig sein:

- die Präambel;
- das Prinzip der gerechten und billigen Behandlung („fair and equitable treatment“);
- das Prinzip der Nichtdiskriminierung;
- Schutz vor Enteignung;
- Schutz vor kriegesischen Auseinandersetzungen und ähnlichen Ereignissen;
- das Prinzip des freien Kapitaltransfers;
- die sogenannte „Respektklausel“ und
- das Prinzip der Transparenz.

Der Bestand an IIAs steigt weiterhin an. Ende 2005 hatte die Gesamtzahl der bilateralen Investitionsförderungsverträge bereits die Marke von 2.400 überschritten. Daneben bestanden Ende 2005 ca. 230 Freihandels-, Assoziierungs-, Partnerschafts- oder Kooperationsabkommen mit einer mehr oder weniger ausgeprägten Investitionsschutzkomponente. Einen enormen Anstieg verzeichnen Investitionsstreitigkeiten zwischen ausländischen Investoren und Gaststaaten. Bis Ende 2005 sind 229 Fälle bekannt geworden, von denen fast 70 Prozent aus den vorangegangenen vier Jahren stammen.¹⁶ Da nicht alle Schlichtungsverfahren öffentlich erfasst werden, dürfte die tatsächliche Zahl wahrscheinlich noch um einiges höher liegen. Angesichts der Häufigkeit und Bedeutung von informellen Investitionshindernissen würde es nicht überraschen, wenn auch sie zunehmend zum Gegenstand von Streitfällen würden.

1. Die Präambel

In einer IIA-Präambel wird normalerweise festgehalten, dass die Vertragsparteien auf ihrem Staatsgebiet Investitionen, die von Investoren der jeweils anderen Partei getätigt werden, zu fördern beabsichtigen und dass sie darauf bedacht sind, hierfür günstige Bedingungen zu schaffen. In-

formelle Investitionshemmnisse, für welche das Gastland verantwortlich ist, laufen diesem allgemeinen Fördergebot zuwider. Obwohl ausländischen Investoren und ihren Heimatländern aus der Präambel keine juristisch durchsetzbaren Rechte erwachsen, kann sie doch in verschiedener Hinsicht von Bedeutung sein:

Erstens kann die Präambel bei der Auslegung der materiellen Bestimmungen eines IIA nützlich sein. Das gilt insbesondere für Artikel, die von ihrem Inhalt her relativ unbestimmt sind und deswegen unterschiedlichen Auslegungen zugänglich sind. Ein Beispiel dafür ist das Prinzip der gerechten und billigen Behandlung – eine Bestimmung, die besonders im Hinblick auf informelle Investitionshemmnisse von Bedeutung sein kann. So kann etwa die besondere Betonung der Schaffung günstiger Investitionsbedingungen in der Präambel herangezogen werden, wenn es darum geht, diesen Grundsatz eher eng oder weit auszulegen.¹⁷

Zweitens kann die Präambel bis zu einem gewissen Grad als Ersatz für materielle Vertragsbestimmungen dienen, die in einen IIA keinen Eingang gefunden haben, wie etwa eine Vorschrift zur Transparenz. Wie oben dargelegt, stellt mangelnde Transparenz ein gravierendes informelles Investitionshemmnis dar. Es ließe sich mit guten Gründen darlegen, dass das Gebot zur Schaffung günstiger Investitionsbedingungen auch die Transparenz von Gesetzen und Vorschriften bedingt.

Maßnahmen des Gastlandes, die nicht mit der Vertragspräambel vereinbar sind, laufen dem Geist des IIA zuwider. Dies mag insofern gravierende Konsequenzen nach sich ziehen, als der Ruf des Gastlandes hierdurch erheblich leiden kann. Die negativen Auswirkungen auf die Attraktivität eines Landes als Standort für Auslandsinvestitionen könnten damit ähnlich stark sein wie im Fall einer förmlichen Vertragsverletzung. Die Bedeutung der Präambel für

informelle Investitionshemmnisse sollte deshalb nicht unterschätzt werden.

2. Das Prinzip der gerechten und billigen Behandlung

Die meisten IIAs enthalten eine Bestimmung, in der sich die Vertragsparteien zu einer gerechten und billigen Behandlung („fair and equitable treatment“) der Investitionen verpflichten, die von Investoren der jeweils anderen Vertragspartei getätigt werden. Die konkreten Formulierungen können voneinander abweichen. So kann zum Beispiel auch von einer lediglich „billigen“ („equitable“) Behandlung die Rede sein. In zahlreichen IIAs wird das Prinzip mit einer Verpflichtung in Verbindung gebracht, dem ausländischen Investor „umfassenden und beständigen Schutz und Sicherheit“ zu gewähren. In einigen IIAs ist zusätzlich festgelegt, dass das Gastland Auslandsinvestitionen nicht durch „unangemessene oder diskriminierende“ Maßnahmen behindern darf.

Es stellt sich die Frage, inwieweit informelle Investitionshindernisse der verschiedensten Art unter den Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung fallen. Stellt etwa eine korrupte oder unzuverlässige Verwaltung, überbordender Bürokratismus oder mangelnde Transparenz eine unbillige Behandlung dar? Zur Auslegung der Vorschrift bestehen im Grundsatz zwei Anschauungen:

Nach einer Ansicht hängt das Prinzip mit dem sogenannten internationalen Mindeststandard zusammen, der Arglist und vorsätzliche Unterlassungen seitens eines Staates genauso verbietet wie eklatant unangemessenes oder sorgfaltswidriges Verhalten („clear instances of unreasonableness or lack of due diligence“).¹⁸ Diese Auslegung des Grundsatzes der gerechten und billigen Behandlung ist also recht eng gefasst. Danach fielen die meisten der oben erwähnten Beispiele nur in extremen Fällen unter die ent-

sprechende Bestimmung. So ließe sich zum Beispiel das Vorbringen, eine sehr langsam und schwerfällig arbeitende Verwaltung stelle eine unbillige Behandlung dar, nur dann mit Erfolg durchsetzen, wenn der Nachweis erbracht werden könnte, dass sich das Gastland arglistig verhält oder ausschließlich ausländische Investoren in dieser Weise behandelt. Ähnliche Überlegungen gelten zum Beispiel für einen Mangel an Transparenz.

Die zweite Ansicht legt den Begriff der „gerechten und billigen Behandlung“ weiter aus. Dieser Ansatz liegt mehreren schiedsrichterlichen Sprüchen zugrunde, die in jüngerer Zeit ergangen sind. Arglist seitens des Gastlandes stellt keine Bedingung mehr dar. Vielmehr wird schwerpunktmäßig darauf abgestellt, inwieweit das staatliche Verhalten konsistent ist und die legitimen Erwartungen des Investors respektiert.¹⁹

Diese breiter gefasste Auslegung des Grundsatzes der gerechten und billigen Behandlung beeinflusst auch dessen Anwendung auf informelle Investitionshemmnisse. In dem Maße, in dem sich der Geltungsbereich des Prinzips erweitert, wächst auch die Zahl der Hemmnisse, auf die es Anwendung finden könnte.

Nach Ansicht eines Schiedsgerichts ist zum Beispiel übertriebener Bürokratismus nicht mit dem Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung vereinbar. Danach ist es unbillig, zur Erlangung einer Ausfuhrerlaubnis ein „Übermaß an Unterlagen“ zu verlangen.²⁰

In einem anderen Fall wurde hergeleitet, dass die Missachtung „gerechtfertigter Erwartungen“ eines ausländischen Investors zu den Elementen gehört, die bei der Beurteilung einer möglichen Verletzung des Prinzips in Betracht zu ziehen sind.²¹ Eine solche Missachtung kann dann gegeben sein, wenn ein Gastland entgegen den Erklärungen eines Behördenvertreters handelt, auf die sich ein ausländischer Investor verlassen hat.²² Das in diesem Fall

angesprochene informelle Investitionshemmnis ist mangelnde Zuverlässigkeit und Berechenbarkeit bei der offiziellen Auslegung von Vorschriften.

Fehlende Transparenz stellt ein weiteres informelles Investitionshindernis dar, auf welches der Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung Anwendung finden kann. Im TECMED-Fall vertrat das Schiedsgericht die Meinung, dass dieses Prinzip von einem Gastland ein einheitliches, transparentes und eindeutiges Verhalten verlangt.²³

Angesichts dieser expansiven Auslegungspraxis ist zu vermuten, dass die vorstehend genannten Schiedssprüche nur den Anfang einer Entwicklung zu einer zunehmend kritischen richterlichen Beurteilung von informellen Investitionshemmnissen darstellen. So sehr dies aus Investorensicht zu begrüßen ist, bleibt doch die Sorge, dass das Konzept der Billigkeit seiner Natur nach ein stark subjektives Element enthält, was den Ausgang eines Rechtsstreits in besonderem Masse ungewiss macht – jedenfalls solange noch keine gefestigte richterliche Spruchpraxis vorliegt. Im Fall von informellen Investitionshindernissen wird die Unsicherheit noch dadurch erhöht, dass ihre IIA-Verträglichkeit von ausländischen Investoren und Gaststaaten aufgrund divergierender Rechtstraditionen oder kulturell bedingter Grundhaltungen²⁴ ganz unterschiedlich eingeschätzt werden kann.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung das Risiko eines doppelten „versteckten Dissenses“ zwischen den Vertragsparteien eines IIAs enthält. Zum einen können sich die Parteien darüber uneinig sein, ob sich das Prinzip mit dem internationalen Mindeststandard deckt. Der zweite potentielle Streitpunkt betrifft die konkrete Auslegung des Begriffs „gerechte und billige Behandlung“, für den Fall, dass sich beide Parteien über einen grundsätzlich weiten Anwendungsbereich einig sind.

Das Dissensrisiko ließe sich dadurch verringern, dass die Parteien im IIA näher darlegen, welche Absichten sie im Hinblick auf das Prinzip verfolgen. Diesen Weg haben die USA und Kanada in ihren neuen Muster-Investitionsschutzverträgen beschritten. Diese Abkommen stellen klar, dass der Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung im Sinne des internationalen Mindeststandards zu verstehen ist.²⁵ Diese gemeinsame Interpretation ließe sich durch konkrete Beispiele informeller Investitionshemmnisse, die gegen den Mindeststandard verstoßen, weiter untermauern. Derselbe Weg stünde auch im Falle einer weiten Begriffsauslegung offen. So wird etwa im deutschen Mustervertrag die Bedeutung des Begriffs „diskriminierende Behandlung“ durch eine Reihe von Beispielen erläutert. Völlig aus der Welt schaffen lässt sich das Problem der Unbestimmtheit des Prinzips der gerechten und billigen Behandlung allerdings auch mit dieser Vertragstechnik nicht.

3. Das Prinzip der Nichtdiskriminierung

Das Prinzip der Nichtdiskriminierung gehört mit zum Kern aller IIAs. Es umfasst im Normalfall die Inländerbehandlung und Meistbegünstigung. Der Grundsatz der Inländerbehandlung verbietet es einem Gastland, ausländische Investoren weniger günstig zu behandeln als inländische Anleger. Das Meistbegünstigungsprinzip verbietet es, ausländische Investoren aus einem bestimmten Land gegenüber Investoren aus anderen fremden Ländern zu benachteiligen.

Wie bereits dargelegt, sind informelle Investitionshemmnisse normalerweise allgemeiner Art, d.h. sie richten sich nicht ausschließlich gegen ausländische Investoren. In manchen Fällen können informelle Investitionshindernisse aber durchaus einen diskriminierenden Cha-

rakter haben, etwa dann, wenn Lizenzen und andere Genehmigungen – bei gleichen materiellen Erteilungsvoraussetzungen – ohne Komplikationen an inländische Investoren vergeben werden, während ausländische Investoren erheblich mehr Zeit aufwenden müssen, um die erforderlichen Behördenakte zu erlangen. Andererseits kann eine gewisse Verzögerung unvermeidlich sein, falls sich die Überprüfung der erforderlichen Unterlagen für die inländischen Behörden bei ausländischen Unternehmen schwieriger gestaltet als bei inländischen.

Diskriminierung kann auch bei Sicherheitsproblemen im Spiel sein, zum Beispiel bei kriminellen Angriffen auf Investoren und deren Vermögen im Gastland. Eine Diskriminierung läge dann vor, wenn das Gastland die Situation gegenüber ausländischen Investoren toleriert, inländische Firmen hingegen schützt. Auch bei Korruption kann dies der Fall sein, wenn das Gastland bei Schmiergeldern nur dann ein Auge zudrückt, wenn sie von ausländischen Investoren verlangt werden.

Ein ausländischer Investor kann sich schon im Hinblick auf den Akt der Niederlassung mit informellen Investitionshemmnissen konfrontiert sehen. Die Frage nach der Reichweite des Nichtdiskriminierungsprinzips (Geltung nur für die operative Phase oder aber auch für die Investitionsvornahme) ist deshalb von erheblicher Bedeutung. Während die meisten bilateralen IIAs zur erstgenannten Kategorie gehören, erfassen insbesondere die amerikanischen und kanadischen Verträge auch die Gründungsphase. Dies bedeutet, dass amerikanische und kanadische Investoren gegenüber ihren europäischen Konkurrenten im Hinblick auf den Rechtsschutz vor informellen Hindernissen im Vorfeld einer Investition im Vorteil sind.

Eine weitere Frage in diesem Zusammenhang bezieht sich auf den Geltungsbereich des Meistbegünstigungsprinzips. Man kann sich eine Situation vorstellen, in der eine

Reihe von IIAs eines Gastlandes informelle Investitionshemmnisse ausdrücklich zum Gegenstand haben, andere hingegen nicht. So kann zum Beispiel der IIA zwischen Land A und Land B die Investitionsbehinderung festschreiben, dass zunächst der Rechtsweg im Inland ausgeschöpft werden muss, bevor die Investoren der anderen Vertragspartei das Recht haben, eine internationale Schiedsstelle anzurufen. Der IIA zwischen Land A und Land C mag hingegen die Bestimmung enthalten, dass die Investoren der anderen Vertragspartei ohne Vorschaltung der nationalen Instanzen ein internationales Schiedsverfahren einleiten können. Könnte dann nicht ein Investor aus dem Land B, der sich mit der langwierigen und schwerfälligen Arbeit der Justiz des Landes A als informelles Investitionshemmnis konfrontiert sieht, aufgrund der Meistbegünstigungsklausel dieselbe günstige Behandlung fordern, wie sie der IIA zwischen Land A und C vorsieht?

Die Antworten internationaler Schiedsgerichte auf diese Frage fallen verschieden aus. Im Fall *Maffezini*²⁶ sprach das Gericht einem ausländischen Investor das Recht zu, eine günstigere Frist in Anspruch zu nehmen, die in einem IIA zwischen dem betreffenden Gastland und einem dritten Land für das Schiedsverfahren vorgesehen war. In den Fällen *Salini*²⁷ und *Plama*²⁸ wurde die Meistbegünstigungsklausel dagegen wesentlich enger ausgelegt. Hier entschieden die Gerichte, dass diese Klausel nur dann anwendbar sei, wenn beide IIA-Vertragsparteien klar und eindeutig die Absicht verfolgen, Schlichtungsbestimmungen aus anderen Verträgen in den eigenen Vertrag mit aufzunehmen.

Außer in diesen Verfahrensfragen kann die Meistbegünstigungsklausel auch im Zusammenhang mit materiellen Bestimmungen anderer IIAs von Bedeutung sein. Man nehme an, dass zwischen Land A und Land C ein IIA besteht, der beide Seiten dazu verpflichtet, im Zusammenhang mit Investitionen stehende Kapitaltransfers von In-

vestoren der anderen Vertragspartei nicht zu verzögern, wobei die Überschreitung einer Frist von einem Monat nach der Beantragung des Transfers durch den ausländischen Investor als Verzögerung definiert wird. Wenn sich nun ein Investor aus dem Land B einer solchen Situation gegenüber sieht, könnte er zum Nachweis einer Transferverzögerung die Meistbegünstigungsklausel in dem IIA zwischen Land A und Land B zitieren.²⁹

An dieser Stelle muss betont werden, dass der Anwendungsbereich der Meistbegünstigungsklausel in jüngster Zeit durch verschiedene Schiedssprüche nicht nur im Hinblick auf die Streitschlichtung eingeschränkt wurde. Insbesondere wird darauf hingewiesen, dass die aus dieser Klausel erwachsenden zusätzlichen Rechte das Gleichgewicht zwischen Rechten und Pflichten in einem IIA, der eine derartige Klausel enthält, nicht in einem solchen Maße stören dürfe, dass „Kernfragen berührt werden, die von den Vertragsparteien gesondert ausgehandelt werden müssen.“³⁰ Das bedeutet, dass die Meistbegünstigungsklausel in einem IIA nicht als Rechtfertigung für die Heranziehung von Vertragsbestimmungen dienen darf, für die in dem betreffenden IIA kein Gegenstück vorhanden ist. Man könnte sich zum Beispiel vorstellen, dass ein IIA die Meistbegünstigungsklausel und ein anderer IIA zusätzlich dazu Inländerbehandlung vorsieht. Ein Investor, der sich in seinem Gastland mit einer diskriminierenden Verwaltungspraxis konfrontiert sieht – ein informelles Investitionshemmnis –, könnte sich demnach nicht über die Meistbegünstigungsklausel auf eine Verpflichtung zur Gleichbehandlung mit Inländern berufen.

4. Schutz vor Enteignung

Die rechtliche Absicherung gegen Enteignungen ist eines der Kernprinzipien des Investitionsschutzes. Danach dürfen ausländische Investoren nur dann enteignet werden,

wenn keine Diskriminierung vorliegt, eine unverzügliche, angemessene und effektive Entschädigung entrichtet wird und rechtsstaatsorientierte Verfahren („due process of law“) eingehalten werden.

Manche informelle Investitionshemmnisse können einen enteignungsgleichen Eingriff darstellen. Dies sind Maßnahmen seitens des Gastlandes, die zwar die Eigentumsrechte des ausländischen Investors formell unberührt lassen, faktisch aber die Investition ihres wirtschaftlichen Wertes ganz oder zum überwiegenden Teil berauben.³¹ In extremen Fällen kann z. B. eine überbordende Bürokratie diese Wirkung haben.

Man stelle sich vor, dass von einem ausländischen Investor eine Erlaubnis für die Einfuhr bestimmter Güter gefordert wird, die er zur Montage des Endprodukts im Gastland benötigt. Oder das Gastland verlangt von einem ausländischen Investor eine Genehmigung für die Ausfuhr derartiger Güter an die Muttergesellschaft im Heimatland. In beiden Fällen kann es einer Enteignung des ausländischen Investors gleichkommen, wenn sich bei der Erteilung der erforderlichen Genehmigungen lange Verzögerungen ergeben. Die Behinderung von Einfuhren kann den ausländischen Investor dazu zwingen, die Produktion einzustellen. Hierdurch kann das Unternehmen in die Verlustzone geraten und in letzter Konsequenz in Konkurs fallen. Ähnliches gilt für die Behinderung von Exporten der Tochterfirma an das Mutterunternehmen im Heimatland. Die Tochterfirma kann ihre Güter nicht mehr absetzen, die Geschäftstätigkeit erlahmt und die daraus entstehenden finanziellen Verluste führen zur Liquidierung.

Ein weiteres (rares) Beispiel eines informellen Investitionshemmnisses, das einen enteignungsgleichen Eingriff darstellen kann, sind häufige Änderungen der Gesetzgebung im Gastland, wodurch dem ausländischen Investor jede vernünftige Wirtschafts- und Finanzplanung unmög-

lich wird. Gesetzesänderungen sind an sich nichts Außergewöhnliches und daher von Unternehmen grundsätzlich hinzunehmen. Sie müssten demnach so zahlreich und weitreichend sein, dass sie ganz offensichtlich außerhalb der „normalen“ Staatenpraxis liegen, um unter den Anwendungsbereich der Enteignungsklausel zu fallen.

Schließlich könnten auch informelle Barrieren, welche die Einreise und Beschäftigung von wichtigen Mitarbeitern aus dem Ausland betreffen, unter dem Gesichtspunkt eines enteignungsgleichen Eingriffs relevant werden – wenn auch wiederum nur in seltenen Fällen. Dies könnte etwa dann der Fall sein, wenn diese Mitarbeiter für den Betrieb der Tochterfirma unerlässlich sind, also wenn es sich z. B. um Mitarbeiter mit besonderen internen Kenntnissen oder um hochspezialisierte technische Fachkräfte handelt. Andererseits überlassen es die meisten IIAs – sofern sie die Thematik überhaupt behandeln – dem Gastland, nach eigenem Gutdünken über die Zulassung derartiger Mitarbeiter zu entscheiden. Die Vertragsparteien verpflichten sich in diesem Fall lediglich, die entsprechenden Genehmigungen „im Rahmen des geltenden Rechts“ zu erteilen. Behinderungen von Seiten des Gastlandes bei der Erteilung von Aufenthalts- und Arbeitserlaubnissen könnten daher nur dann einen enteignungsgleichen Eingriff auslösen, falls das Gastland seine Ermessensfreiheit offensichtlich missbraucht.

5. Schutz vor kriegesischen Auseinandersetzungen

Viele IIAs enthalten eine Bestimmung, welche die Investitionen ausländischer Investoren bei Kriegen, bürgerkriegsähnlichen Unruhen und ähnlichen Ereignissen vor Schaden schützen soll. Diese IIAs verpflichten das Gastland normalerweise nicht zur unbedingten Zahlung einer Ent-

schädigung an den Investor, sondern beziehen sich lediglich auf das Nichtdiskriminierungsprinzip. Das bedeutet, dass ein Gastland ausländische Investoren dann zu entschädigen hat, wenn es sich für eine Kompensation inländischer Firmen entscheidet.

Im vorliegenden Zusammenhang könnte die Bestimmung dann relevant werden, wenn Sicherheitsprobleme auftreten. In etlichen Ländern sind ausländische Investoren und ihre Mitarbeiter einer erheblichen Gefährdung durch Bandenkriminalität oder Terroranschläge ausgesetzt. Könnte man die oben genannte Bestimmung auf derartige Situationen anwenden? Ursprünglich war diese Klausel auf außergewöhnliche kriegsähnliche Ereignisse zugeschnitten, die ihrer Natur nach eine schwere, unkontrollierbare Bedrohung für ausländische Investoren darstellen. Es ließe sich argumentieren, dass Bandenkriminalität und Terroranschläge im Vergleich zu einem Krieg ein geringeres Übel und – zumindest was die Kriminalität angeht – nicht außergewöhnlich sind. Andererseits können Kriminalität und Terrorismus in Extremfällen Dimensionen erreichen, die mit einer kriegesischen Auseinandersetzung vergleichbar sind. Die jetzige Lage im Irak bietet dafür ein Beispiel.

6. Freier Kapitalverkehr

IAs enthalten gewöhnlich eine Transferklausel, die einem ausländischen Investor den freien Kapitalverkehr mit dem Ausland gestattet, falls die Transfers mit der Investition im Zusammenhang stehen. Einschränkungen oder Verbote sind nicht erlaubt, wenn auch etliche IAs bei Zahlungsbilanzkrisen vorübergehende Restriktionen zulassen.

Wie auch bei dem oben erwähnten enteignungsgleichen Eingriff kann eine erhebliche Verzögerung von Transfergenehmigungen eine Vertragsverletzung darstellen. Die ent-

scheidende Frage ist, wie lange eine Verzögerung dauern darf, ohne als unzulässige Transferbeschränkung angesehen zu werden. Die Verwaltungspraxis unterscheidet sich hierzu von Land zu Land. Allgemein lässt sich sagen, dass ein Vertragsbruch dann vorliegt, wenn eine Transfergenehmigung länger benötigt, als im Rahmen internationaler Beziehungen vernünftigerweise zu erwarten ist.

7. Die Respektklausel (oder „umbrella clause“)

Viele IIAs enthalten eine Bestimmung, nach der sich die Vertragsparteien dazu verpflichten, außer den in dem IIA selbst festgelegten auch anderweitige Verpflichtungen zu erfüllen, die sie im Hinblick auf die Investition eines Investors der anderen Vertragspartei eingegangen sind. Typischerweise zielt diese sogenannte Respektklausel darauf ab, Verpflichtungen, die dem Gastland aus einem Investitionsvertrag mit einem ausländischen Investor erwachsen, dem betreffenden IIA zu unterstellen. Damit wird ein Bruch dieses Investitionsvertrags seitens des Gastlandes grundsätzlich zu einem Verstoß gegen den IIA, und der ausländische Investor kann Schadensersatz verlangen.

Ein informelles Investitionshindernis ist im Spiel, falls ein derartiger Vertragsbruch auf eine allgemeine Nichtachtung rechtsstaatlicher Prinzipien durch das Gastland zurückzuführen ist. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn das Gastland Verträge vorsätzlich und regelmäßig bricht. Wie bereits weiter oben dargelegt,³² läuft eine derartige Missachtung rechtsstaatlicher Prinzipien außerdem dem Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung zuwider.³³

Wie zuvor³⁴ festgestellt, ist ein informelles Investitionshemmnis auch dann gegeben, wenn die Behörden des Gastlandes Gesetze und Vorschriften uneinheitlich und unzuverlässig auslegen. Könnten ein derartiges Verhalten auch als ein Verstoß gegen „anderweitige Verpflichtungen“ im

Zusammenhang mit einer Auslandsinvestition anzusehen sein? Ein Beispiel dafür wäre eine unzutreffende behördliche Erklärung, nach der der geplante Bau eines Industriebetriebs mit dem Immobilien- und Umweltrecht des Gastlandes vereinbar ist. Könnte sich der ausländische Investor auf die Respektklausel des IIA berufen und geltend machen, dass die besagte Erklärung eine einseitige Verpflichtung des Gastlandes darstellt, die Bauerlaubnis für den Betrieb nicht aus immobilien- und umweltrechtlichen Gründen zu verweigern? In der Regel wird sich ein ausländischer Investor mit einer derartigen Argumentation nicht durchsetzen können. Eine Konformitätserklärung allein stellt nämlich noch keine Verpflichtung zur Genehmigung der Investition dar. Anders könnte der Fall aber dann zu beurteilen sein, wenn die Erklärung das letzte noch fehlende Element im Erlaubnisverfahren war und der Investor somit den Eindruck gewinnen musste, seiner Investition stehe nun nichts mehr im Wege.³⁵

8. Transparenzverpflichtungen

Wie schon gesagt, stellt mangelnde Transparenz ein schwerwiegendes informelles Investitionshemmnis dar. Bislang enthalten jedoch nur wenige IIAs ausdrückliche Transparenzvorschriften.³⁶ Damit wird anerkannt, dass ausländische Investoren ein berechtigtes Interesse am Zugang zu Informationen über die Investitionsbedingungen im Gastland haben. Dazu gehören z. B. die allgemeine Investitionspolitik des Gastlandes, die entsprechenden Gesetze und Vorschriften sowie die Richtlinien und Verfahren der Verwaltung. Die Mechanismen zur Vermittlung solcher Informationen können Beratungsgespräche, die Beantwortung von Anfragen und eine vorherige Anzeigepflicht für geplante Maßnahmen einschließen. Sofern diese Transparenzbestimmungen im IIA rechtlich bindend sind, kann

ein ausländischer Investor Schadensersatz verlangen, falls ein Gastland seinen Verpflichtungen nicht nachkommt und dadurch der Investition Schaden zufügt.

Ein Beispiel wäre die plötzliche und unerwartete Einführung neuer Sicherheitsbestimmungen für einen Fertigungsbetrieb³⁷. Möglicherweise muss deswegen die Produktion vorübergehend stillgelegt werden, wodurch dem ausländischen Investor finanzielle Verluste entstehen. Derartige Konsequenzen ließen sich vermeiden, wenn der ausländische Investor rechtzeitig von der beabsichtigten Maßnahme in Kenntnis gesetzt wird und somit genügend Zeit hat, seinen Betrieb umzurüsten.

9. Vollstreckbarkeit von Schiedssprüchen

Wenn ein ausländischer Investor den Rechtsstreit mit seinem Gastland über ein informelles Investitionshemmnis gewinnt, stellt sich die Frage, wie er seinen Anspruch durchsetzen kann. Diese Frage ist dann von besonderer Bedeutung, wenn sich der Schiedsspruch auf eine allgemeine Missachtung rechtsstaatlicher Prinzipien durch das Gastland gründet. In diesem Fall wird sich die Missachtung aller Wahrscheinlichkeit nach auch auf das Ergebnis des Schiedsverfahrens erstrecken. In der Tat können Schwierigkeiten bei der Vollstreckung von Schiedssprüchen ihrerseits ein schwerwiegendes informelles Investitionshindernis darstellen.

In den meisten IIAs findet sich eine Bestimmung, nach welcher der Schiedsspruch zwischen einem Staat und einem Investor für beide Parteien bindend, endgültig und in Übereinstimmung mit dem Recht des jeweiligen Gastlandes vollstreckbar ist. In dem oben beschriebenen Fall nützt dies einem ausländischen Investor jedoch wenig. Er muss in die Lage versetzt werden, schiedsrichterliche Urteile nicht nur in dem unterlegenen Gastland, sondern auch in

Drittländern durchzusetzen, in denen rechtsstaatliche Prinzipien respektiert werden.

Dies lässt sich z. B. erreichen, indem das zur Weltbank gehörende International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) als Schiedsstelle gewählt wird. Artikel 54 (1) der ICSID-Konvention fordert u. a., dass „jede Vertragspartei ein nach Maßgabe dieser Konvention ergangenes Urteil zu respektieren und die aus diesem Urteil erwachsenden geldlichen Verpflichtungen innerhalb ihres Staatsgebiets so zu vollstrecken hat, als ob es sich um ein rechtskräftiges Urteil eines inländischen Gerichts handelte“. Wenn also die Schlichtung im Rahmen des ICSID stattfindet, ist jeder Staat, der der Konvention angehört, grundsätzlich verpflichtet, ergangene Urteile auf dem eigenen Staatsgebiet zu vollstrecken.

Ein weiteres bewährtes Verfahren zur Vollstreckung schiedsrichterlicher Urteile führt über die Konvention der Vereinten Nationen zur Anerkennung und Vollstreckung von im Ausland ergangenen Schiedssprüchen, die sogenannte „New Yorker Konvention“. Nach Maßgabe dieses Abkommens (Artikel III) erkennt jeder Vertragsstaat ausländische Schiedssprüche als bindend an und vollstreckt sie im Einklang mit seinen Verfahrensvorschriften. In der Praxis jedoch findet die New Yorker Konvention nur begrenzt Anwendung, weil die Mitgliedsstaaten in vielen Fällen lediglich bereit sind, in anderen Mitgliedsstaaten ergangene Urteile zu vollstrecken.

IV. Ergebnis

Ausländische Investoren sehen sich in vielen Ländern mit informellen Investitionshemmnissen konfrontiert. Sie können in den verschiedensten Formen auftreten und Investoren sowohl in der Vor- als auch in der Nachgrün-

dungsphase ihrer Investitionen behindern. Im Gegensatz zu dem weltweiten Trend zum Abbau formeller Investitionsbarrieren sind informelle Hindernisse ihrer Natur nach beständiger, weswegen ihre Bedeutung für ausländische Investoren relativ zunimmt.

Informelle Investitionshemmnisse, die sich auf bestimmte Handlungen oder Unterlassungen des Gastlandes gründen, können ein politisches Risiko darstellen. Das führt zu der Frage, inwieweit IIAs einem ausländischen Investor Schutz vor informellen Investitionshindernissen bieten. Verschiedene Bestimmungen eines IIA sind von Bedeutung, nämlich die Präambel, der Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung, das Nichtdiskriminierungsprinzip, Schutz vor Enteignung, Entschädigung für Verluste aufgrund von Krieg und ähnlichen Ereignissen, die Freiheit des Kapitalverkehrs, die sogenannte Respektklausel und das Prinzip der Transparenz.

Der Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung ist hierbei von besonderer Wichtigkeit. Aufgrund seines großen potentiellen Anwendungsbereichs könnte es auf die verschiedensten informellen Investitionshemmnisse anwendbar sein. Angesichts der subjektiven Komponente des Begriffs der „gerechten und billigen Behandlung“ können ausländische Investoren und ihre Gastländer bei der Bewertung der Billigkeit einer Maßnahme jedoch durchaus zu verschiedenen Ergebnissen gelangen. Ähnliche Bedenken gelten auch für andere Vertragsbestimmungen, die auf informelle Investitionshemmnisse anwendbar sein können, etwa für den Schutz vor enteignungsgleichen Eingriffen und vor Restriktionen des Kapitalverkehrs.

Diese Unsicherheiten ließen sich dadurch vermindern, dass sich IIAs näher mit der Thematik von informellen Investitionshemmnissen befassen. So könnten die Vertragsparteien – entweder in der jeweiligen Vorschrift selbst oder aber besser in einem Anhang – einzelne informelle In-

vestitionshindernisse anführen, die nach gemeinsamer Ansicht ein politisches Risiko darstellen und deshalb unter den Anwendungsbereich des IIA fallen. Da diese Beispiele lediglich zur Veranschaulichung dienen, verbliebe den Schiedsgerichten im Einzelfall immer noch ein ausreichendes Maß an Beurteilungsspielraum bei der Feststellung eines eventuellen Vertragsverstößes.

Als Alternative hierzu könnten sich die Vertragsparteien auf eine Erklärung entweder in dem betreffenden IIA oder aber in einer interpretativen Note beschränken, in welcher sie bestätigen, dass das Abkommen sowohl für formelle als auch für informelle Investitionshemmnisse gilt, die Ausdruck eines politischen Risikos sind. Danach könnte eine allgemeine Definition derartiger informeller Investitionsbarrieren folgen. Mit dieser Erklärung würden die Vertragsparteien die Bedeutung unterstreichen, die sie dem Problem der informellen Investitionshindernisse im Rahmen des Investitionsschutzes beimessen. Gleichzeitig würde mit diesem Verfahren der Tatsache Rechnung getragen, dass es unmöglich ist, alle nur denkbaren informellen Investitionshemmnisse in einem IIA abschließend aufzuführen. Man könnte sich auch eine Kombination beider Verfahren vorstellen, wobei eine allgemeine Definition informeller Investitionshindernisse durch konkrete Beispiele erläutert wird.

Informelle Investitionshemmnisse können bereits die Niederlassungsphase betreffen. Vom Standpunkt des Investors aus gesehen ist es deshalb wichtig, ob der Investitionsschutz sich auf die Gründungsphase erstreckt. In dieser Hinsicht sind europäische Investoren derzeit gegenüber amerikanischen und kanadischen im Nachteil, als nur die bilateralen Investitionsverträge der letztgenannten Länder bindende Verpflichtungen zum Investitionsschutz bei der Niederlassung enthalten.

Als Fazit gilt festzuhalten, dass informellen Investiti-

onshindernissen bei der Verhandlung von IIAs mehr Aufmerksamkeit gewidmet werden sollte. Am besten wäre es zweifellos, derartige Hemmnisse gänzlich zu beseitigen. Solange dies aber nicht möglich ist, stellt ein vertraglicher Schutz ausländischer Investoren vor den negativen Konsequenzen dieser Barrieren eine achtbare nächstbeste Lösung für dieses Problem dar.

Anmerkungen

¹ Der Beitrag gibt die persönlichen Ansichten des Autors wider.

² *Weltbank*: Doing Business in a Hostile Investment Climate, Archiv einer Diskussion im Februar 2002, zu finden auf der Website der Weltbank (www.worldbank.org/Discussions/Topics). Da die einschlägige Informationsquelle aus dem Jahr 2002 stammt, ist es möglich, dass sich die Situation in einzelnen Ländern mittlerweile geändert hat.

³ Dazu gehören die politische und soziale Stabilität, Politiken zur Struktur und Funktion von Märkten und die Steuer- und Handelspolitik sowie ihre Verbindung zur Investitionspolitik.

⁴ Dazu gehören u. a. die Größe und das Wachstum des Markts, das Pro-Kopf-Einkommen, die Struktur der Märkte, die Verfügbarkeit von Rohstoffen, ungelerten und gelernten Arbeitskräften, die technologische Ausstattung, die Infrastruktur, die Kosten für Ressourcen, Transport und Kommunikation und die Zugehörigkeit zu regionalen Wirtschaftszonen. Die relative Bedeutung dieser Faktoren hängt davon ab, ob die betreffende Investition auf Erschließung eines Marktes, auf Ressourcen und/oder auf Effizienzgewinne abzielt.

⁵ Dazu gehören die gesamte Rechtsordnung einschliesslich der Regeln zur Behandlung von Unternehmen bei und nach ihrer Gründung, die Existenz von IIAs, die Struktur und Funktionsweise der Administration sowie der Rechtsschutz im Rahmen der Justiz.

⁶ Dazu gehören die Investitionsförderung, Investitionsanreize, soziale Einrichtungen (zweispachige Schulen, Lebensqualität usw.), die nach der Vornahme der Investition verfügbaren Dienstleistungen und die Kosten bei Investitionshemmnissen (z. B. im Zusammenhang mit Korruption).

⁷ *Industry Canada: Formal and Informal Investment Barriers in the G-7 Countries*, Occasional Paper, Ottawa, Kanada, Mai 1994.

⁸ Die Studie ist unter folgender Adresse zu finden: <http://www.doingbusiness.org/EconomicRankings>.

⁹ Die Studie ist unter folgender Adresse zu finden: <http://rru.worldbank.org/EnterpriseSurveys/>.

¹⁰ Innerhalb der einzelnen Regionen differenziert die Studie leider nur in ungenügendem Maße. So wären höchstwahrscheinlich bei einer weitergehenden Differenzierung zwischen Europa und Zentralasien andere Resultate zu Tage getreten. Außerdem wurde Nordamerika nicht in die Untersuchung einbezogen. Die Gründe dafür sind dem Autor des vorliegenden Beitrags nicht bekannt.

¹¹ Normalerweise stellt dieses Problem kein politisches Risiko dar.

¹² Normalerweise stellt dieses Problem kein politisches Risiko dar.

¹³ Normalerweise stellt dieses Problem kein politisches Risiko dar.

¹⁴ EBRD Transition Report 2005.

¹⁵ Siehe oben.

¹⁶ Siehe zu diesen Informationen die UNCTAD website: www.unctad.org/iaa.

¹⁷ Siehe Abschnitt 2.

¹⁸ Zu den Präzedenzfällen für die Bedeutung des internationalen Mindeststandards zählen z. B. *The Neer Claim* (United States vs. Mexico, 1926); *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Sri Lanka*, ICSID, 1990.

¹⁹ Siehe zur Entwicklung der neueren Rechtsprechung: *Dolzer: Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties*, *The International Lawyer*, Spring 2005.

²⁰ Schiedsspruch vom 10. April 2001 im Fall von *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada*, UNCITRAL.

²¹ Schiedsspruch vom 29. Mai 2003 im Fall *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2.

²² Schiedsspruch vom 30. April 2004 im Fall *Waste Management Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/3.

²³ Schiedsspruch vom 29. Mai 2003 im Fall *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2.

²⁴ *Fatouros: Government Guarantees to Foreign Investors*, New

York 1962, S. 215; *Mann*: British treaties for the promotion and protection of investments, in: Further studies on international law, Oxford 1990, S. 234–251; *Walker*: Modern treaties of friendship, commerce and navigation, Minnesota Law Review, Bd. 42, S. 805–824.

²⁵ Der relevante Teil von Artikel 5.2 des amerikanischen Muster-BIT lautet: „Die in Absatz 1 niedergelegte Verpflichtung zu einer „billigen Behandlung“ enthält die Verpflichtung, bei strafrechtlichen, zivilrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Verfahren die Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit walten zu lassen, wie sie in den wichtigsten Rechtssystemen der Welt verankert sind, während die Forderung nach „umfassenden Schutz- und Sicherheitsmaßnahmen“ von beiden Parteien verlangt, nach Maßgabe des Völkergewohnheitsrechts Polizeischutz zu gewähren“ (nicht-offizielle Übersetzung).

²⁶ Schiedsspruch vom 13. November 2000 im Fall Emilio Agustin Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7. Der gleiche Ansatz fand auch im Verfahren Siemens v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/8 Anwendung.

²⁷ Salini v. Jordan, ICSID Case No. ARB/02/13.

²⁸ Plama Consortium Limited v. Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24.

²⁹ Siehe auch Abschnitt 6.

³⁰ Schiedsspruch vom 29. Mai 2003 im Fall Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2.

³¹ Siehe hierzu näher *Herdegen*: Völkerrecht, 5. Aufl. München, 2006.

³² Vgl. Abschnitt 2.

³³ Siehe Abschnitt 2.

³⁴ Siehe Abschnitt 2.

³⁵ Siehe hierzu auch die in den Fußnoten 21 bis 23 genannten Schiedsfälle.

³⁶ Siehe insbesondere die IIA-Modellverträge der USA und Kanadas.

³⁷ Diese Maßnahme kann auch unter dem Gesichtspunkt der gerechten und billigen Behandlung und des enteignungsgleichen Eingriffs relevant werden.