

# Investitionsschutz nach Lissabon - Herausforderungen aus der Perspektive der Bundesregierung

Rede

***Dr. Karl-Ernst Brauner***

*Leiter der Abteilung für Außenwirtschaftspolitik*

anlässlich  
Auftaktveranstaltung des IILCC-Generali-Lecture

am 17. März 2011

um 18:30 Uhr

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, Krankenhaus  
Süd, Im Zollhafen 24 , 50678 Köln

Meine Damen und Herren

„Investitionsschutz nach Lissabon - Herausforderungen aus der Perspektive der Bundesregierung“.

In 50 Jahren haben wir 139 Investitionsförder- und schutzverträge verhandelt. Wir waren damit fleißiger als alle anderen.

UK hat 102, F 103 und NL 105 Verträge.

130 unserer Verträge sind in Kraft.

9 befinden sich in unterschiedlichen Entwicklungsstadien und sind jedenfalls noch nicht ratifiziert.

Die Verträge haben einen alles übertragenden Sinn: sie sollen dem Investor Rechtssicherheit geben.

Seine Rechtsstellung im Gastland soll gestärkt werden.

Formell und informell.

Der deutsche Investor genießt Inländerbehandlung und Meistbegünstigung.

Er wird vor Diskriminierung geschützt.

Im Hinblick auf Enteignungen genießt er vollen Schutz und volle Sicherheit.

Er darf nur zum Wohl der Allgemeinheit und gegen Entschädigung enteignet werden.

Die Entschädigung muss dem Wert der enteigneten Kapitalanlage unmittelbar vor dem Zeitpunkt der Enteignung entsprechen.

Die Entschädigung muss unverzüglich geleistet werden und ist bis zum Zeitpunkt der Zahlung zu verzinsen.

Ihm steht freier Transfer zu.

Es gibt weitere Vergünstigungen.

Außerdem stärken wir die Stellung des Investors dadurch, dass wir ihm die Möglichkeit geben, einen Rechtsstreit gegen das Gastland außerhalb des Landes auf neutralen Boden zu führen.

In den modernen Verträgen ist eine Investor- Staats- Schiedsgerichtsbarkeit vorgesehen.

Sie macht den Investor unabhängig von politischen Opportunitäten und diplomatischen Rücksichtnahmen und erlaubt es ihm das Gastland unabhängig von der Mitwirkung der Bundesregierung zu verklagen.

Aus dem Unternehmensalltag in deutschen Betrieben in China hört man, wie die Verträge informell Wirkung entfalten. Unter Hinweis auf vertraglichen Schutz unter Beteiligung beider Zentralregierungen kann so mancher örtlicher Parteifunktionär von aggressivem Zugriff auf ein deutsches Unternehmen abgehalten werden.

Die Investitionsförder- und schutzverträge sind darüber hinaus Grundlage für die Gewährung von Kapitalanlagegarantien.

Wir, die Bundesregierung, das Bundesministerium für Wirtschaft gewährt Versicherungsschutz gegen das politische Enteignungsrisiko.

Allein 2010 haben wir Versicherungsschutz in Höhe von 5,8 Milliarden Euro bereitgestellt.

Insgesamt bieten wir zur Zeit Garantien für Kapitalanlagen in Höhe von 25 Milliarden Euro.

Die aktuellen Ereignisse in Nordafrika verdeutlichen, wie dringend ein solcher Versicherungsschutz sein kann.

Am 01.12.2009 haben wir mit dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon die Kompetenz für den Abschluss von Investitionsförder- und Schutzverträgen gemäß Artikel 207 an die EU verloren.

Was bedeutet das für unsere BITs, Bilateral Investment Treaties?

Der Kompetenzübergang ist zunächst einmal folgenlos.

Die Verträge gelten fort.

Das ist selbstverständlich und ergibt sich aus internationalem Völkerrecht.

Man braucht dazu nicht die Analogie zu Artikel 351 AEU-Vertrag, der Aussagen zur Fortgeltung von Verträgen macht, die vor dem 01.01.1958 geschlossen wurden sind.

Für die Fortgeltung bedarf es keines konstitutiven Aktes der KOM.

Die KOM sieht das anders.

Mit ihrer Verordnung zur Einführung einer Übergangsregelung für bilaterale Investitionsabkommen zwischen Mitgliedsstaaten und Drittstaaten will sie Regelungen zur **Fortgeltung** treffen und widmet sich auch dem Thema

**Rückermächtigung** der Mitgliedsstaaten.

An der Rückermächtigung sind wir interessiert, weil wir noch einiges Unvollendetes in der Pipeline (Irak, Republik Kongo, Pakistan neu) haben.

Zum Thema Fortgeltung hat die KOM bisher äußerst ungeschickt agiert.

Hier bedarf es unbedingt klarerer, zielführender Signale.

Wir brauchen für unsere Investoren Rechtssicherheit.

Das ist das oberste Ziel.

Wir befinden uns in einer Übergangsphase.

Diese Übergangsphase kann sehr lange dauern.

In dieser Übergangsphase darf es keinen Zweifel an der Gültigkeit unserer BITs geben.

Die KOM hat aber leider in erheblichem Maße Zweifel gesät.

In einem ersten internen Entwurf hatte sie die Fortgeltung unserer BITs auf acht Jahre beschränken wollen.

Das ist unangemessen.

Wir haben 50 Jahre gebraucht, um unser Netz an Investitionsförder- und schutzverträgen aufzubauen.

Nach unserem Verständnis müssen unsere BITs solange gelten, bis sie durch ebenbürtige Verträge der EU ersetzt worden sind.

Das kann lange dauern.

Jedenfalls wird es länger dauern als acht Jahre.

Viele Mitgliedsstaaten und auch die KOM werden kein Interesse daran haben, mit Ländern zu verhandeln, mit denen wir BITs abgeschlossen haben.

Ich nenne als Beispiel Trinidad Tobago.

Manche Drittstaaten haben die Lust an Investitionsschutzverträgen verloren und würden auf Avancen der KOM gar nicht eingehen wie Peru, Ecuador und Bolivien.

Deshalb wird die Fortgeltung noch lange notwendig sein.

Mit der Nennung einer auf acht Jahre begrenzten Fortdauer unserer BITs hat die KOM ein völlig falsches Signal gesetzt.

Im veröffentlichten Entwurf ist die Achtjahresgrenze auch nicht mehr enthalten.

Das ist gut so.

Aber dieser neue Verordnungsentwurf arbeitet in Artikel 5 mit einem systematischen Screening innerhalb von fünf Jahren.

Das ist eine schlechte Idee.

Wir müssen unsere Verträge notifizieren.

Die KOM prüft.

Das systematische Screening kann, wenn es Mängel aufdeckt, nicht ohne Folgen bleiben.

Wir wissen aber, dass fast all unsere Verträge nicht EU-rechtskonform sind.

Wir haben nämlich sehr gute Transferklauseln verhandelt.

Der enteignete und entschädigte deutsche Investor hat nach unserem IFV das Recht, die Entschädigungssumme ohne Einschränkungen zu transferieren.

Das ist doch sehr gut, sollte man meinen.

Die KOM findet das auch, aber nicht, weil wir unseren Investoren damit eine besonders starke Rechtsposition sichern konnten, sondern weil sie uns an dieser Stelle quälen kann.

Um bei der Wahrheit zu bleiben: zwei Monate Aufschub beim Transfer haben wir aus Rücksicht auf das Gastland vorgesehen.

Die Regelungen zur Kapitalverkehrsfreiheit des Lissabonvertrages erlau-

ben aber Beschränkungen für sechs Monate.

Ich zitiere verkürzt Artikel 66 AEU-Vertrag: „Falls Kapitalbewegungen nach oder aus dritten Ländern unter **außergewöhnlichen** Umständen das Funktionieren der Wirtschafts- und Währungsunion **schwerwiegend** stören... kann der Rat... Schutzmaßnahmen mit einer Geltungsdauer von **höchstens sechs** Monaten treffen, wenn dies **unbedingt erforderlich** ist.“

Weil unsere Transferklausel nicht nur dem deutschen Investor gegenüber dem Gastland Rechte einräumt, sondern ebenso dem Investor aus dem Gastland gegenüber Deutschland, kommt es zu Problemen.

Wir haben mit der Transferklausel auch dem Ägypter, der in Deutschland enteignet wird, das Recht eingeräumt, seine Entschädigungssumme fast uneingeschränkt aus Deutschland zu transferieren.

Der IFV gibt ihm das Recht, spätestens nach zwei Monaten die Überweisung zu tätigen.

Nach Lissabonvertrag könnte man ihn bis zu sechs Monate daran hindern.

Deshalb sagt die EU-KOM: „Eure Verträge sind EU-rechtswidrig.“

Das mag erstaunen, aber die KOM hat genau aus diesem Grund, mit dieser Begründung, ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Österreich, Schweden und Finnland betrieben und gewonnen.

Über die wahren Motive der KOM kann man nur spekulieren.

Der gerügte Verstoß wird wohl hoffentlich praktisch nie Bedeutung haben.

Wegen unseres BITs können wir den Investor in Deutschland nach Ablauf von zwei Monaten nicht daran hindern, sein Geld nach Ägypten zu überweisen.

Artikel 66 AEU-Vertrag erlaubt es, ihn vier Monate länger zu hindern.

Wir haben mit unserem BIT auf diese vier Monate Aufschub verzichtet.

Wir hatten den Ägypter nicht im Auge, sondern den deutschen Investor.

Die Schutzmaßnahmen nach Artikel 66 AEU-Vertrag sind höchst theoretischer Natur. Sie setzen außerge-

wöhnliche Umstände voraus und greifen nur, wenn dies unbedingt erforderlich ist, um das Funktionieren der Wirtschafts- und Währungsunion gegen eine schwerwiegende Störung zu schützen.

Hier kommen so viele Bedingungen zusammen, dass schon eine Katastrophe eingetreten sein muss, die wir für ausgeschlossen halten.

Man kann nur vermuten, dass die KOM damals einige neue Mitgliedsstaaten einschüchtern wollte.

Die KOM wollte schon immer im Bereich der Investitionen eine Kompetenz haben.

Das macht ja auch Sinn im Zusammenhang mit der Verhandlung von

FTA.

Die zusätzliche Kompetenz stärkt die EU als Verhandlungspartner.

Außerdem war damals wegen der Verzögerungen der Erarbeitung der Vertragstexte, die später zum Vertrag von Lissabon wurden, unklar, ob die KOM die erhofften Zuständigkeiten hinzugewinnen könnte.

Die KOM hat sich damals diese Länder herausgepickt.

Sie hätte genauso gut uns, D, angreifen können.

Sie kann das auch jetzt noch jederzeit mit einem Vertragsverletzungsverfahren.

Auch deshalb ist das in der Verordnung vorgesehene systematische Screening eine Provokation.

Damit hat die KOM uns in der Hand.  
Die KOM hat das falsche Signal gesetzt.

Der Investor kann heute nicht mehr mit der gleichen Überzeugung und Sicherheit auf den IFV verweisen.

Es soll schon Drittstaaten geben, die unter Hinweis auf den zweifelhaften Fortbestand der BITs europäischen Investoren Rechte vorenthalten.

Und dann ist da noch die Vendetta-Klausel.

So hat mein ungarischer Kollege im handelspolitischen Ausschuss Artikel 6 der Verordnung genannt.

Da hatte er noch nicht die EU-Ratspräsidentschaft inne und konnte noch klarer sprechen.

Mit Artikel 6 will sich die KOM das Recht einräumen, widerspenstigen Mitgliedsstaaten die Genehmigung für ihre BITs zu widerrufen, wenn die KOM nicht innerhalb eines Jahres ein angefordertes Verhandlungsmandat für einen EU-IFV erhält oder wenn ein BIT mit der Entwicklung und Durchführung der gemeinsamen Investitionspolitik, insbesondere der gemeinsamen Handelspolitik unvereinbar ist. Diese Vorschrift wirft viele Fragen auf und zeigt, wie verbissen die KOM um Verhandlungsmandate kämpft. Was ist z. B., wenn das Drittland nicht interessiert ist, weil es mit den wesentlichen EU-Staaten IFV hat.

Widerruft die KOM dann die Genehmigungen, damit das Drittland ohne BITs dasteht und willig wird?

Wo stehen wir nun?

Ich habe mit dem Kabinett DeGucht gesprochen.

Wir haben viele Treffen mit Gleichgesinnten MS organisiert.

Wir haben mit deutschen MdEP gesprochen und die Fraktionen im deutschen Bundestag unterrichtet.

Letzten Freitag waren die Investitionen Thema im Umfeld des handelspolitischen Ausschusses.

Ich habe die KOM erneut mit unserer Forderung nach Rechtssicherheit konfrontiert und im Hinblick auf die falschen Signale ein Statement gefor-

dert, mit dem auch gegenüber Dritten der zweifelsfreie Fortbestand unserer BITs klargestellt wird.

Ich habe breiteste Unterstützung von den Mitgliedsstaaten erhalten.

Ich habe aber auch klar gemacht, dass die KOM Mandate erhalten soll. Der Direktor für Handel, Demarty, hat erklärt, dass die Artikel 5 und 6 keine Zukunft hätten.

Dies stimmt uns hoffnungsvoll.

Wir haben aber noch zwei weitere Konfliktfelder.

Da ist zum einem die Forderung der Generaldirektion Binnenmarkt, die Mitgliedsstaaten mögen ihre intra-EU-BITs kündigen. Die Begründungen,

die mir zugetragen worden sind, kann ich nicht einfach nachvollziehen.

Die Transferklausel kann nicht der Stein des Anstoßes sein, weil der Transfer im Binnenmarkt stattfinden würde und hier keine Beschränkungen vorgesehen sind.

Die intra- EU- BITs werden als Schnee von gestern bezeichnet.

Der Vorrang der EUGH- Rechtsprechung soll gesichert werden.

ES dürfe sich keine parallele Gerichtsbarkeit entwickeln.

Diese Gefahr wird gesehen, wenn ein Investor einen EU-Mitgliedsstaat vor einem privaten Schiedsgericht verklagt und dieses Schiedsgericht EU-Recht auslegen würde.

Die Sorge leuchtet nicht so recht ein, weil der EUGH ohnehin nicht gefordert ist und Schiedsgerichte auch sonst neben der staatlichen Gerichtsbarkeit ihren anerkannten Platz haben.

Als weitere Begründung wird vorgebracht, dass EU-Investoren aus Staaten, die kein intra- EU- IFV haben, benachteiligt würden.

Dies soll ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot bedeuten.

Angeblich passen BITs nicht zum Binnenmarkt.

Wir hatten aber gerade einen interessanten Fall, bei dem Vattenfall die

Energiecharta genutzt hat, um uns, D, zu verklagen.

Die Energiecharta ist ein multilateraler Investitionsschutzvertrag.

Er wurde hier im Verhältnis zwischen zwei EU-Mitgliedsstaaten, intra-EU, genutzt.

Ich würde mich freuen, wenn aus Ihrem Kreise zum Umgang mit den Intra-EU-BITs einige weiterführende Gedanken veröffentlicht würden.

Professor Tiedje aus Halle hatte unter dem Gesichtspunkt der Mehrebenenproblematik einige hilfreiche Ausführungen gemacht, mit denen er den Bestand der intra-EU-BITs befürwortet.

Weiteres Ungemach droht vom europäischen Parlament.

Dort wird die Meinung vertreten, es sollten nur solche Investments den Schutz der IFV genießen, die bestimmten Sozial- und Umweltstandards entsprechen, die nachhaltig sind und wenn Entwicklungsländer die Partner sind, entwicklungspolitischen Forderungen genügen.

Es soll auch möglich sein, ganze Sektoren auszuschließen.

Grob gesagt, wird also unterschieden zwischen guten und schlechten Investitionen.

Das kann nicht in unserem Sinne sein.

Ziel der Verträge ist es, rechtsstaatliche Defizite im Gastland auszuglei-

chen und die Stellung des Investors zu stärken.

Der Investitionsförder- und schutzvertrag ist kein Vehikel für den Wertetransfer.

Wir bekennen uns zu den Werten, die das europäische Parlament hier fördern will.

Dafür gibt es aber andere Vehikel.

Was wollen wir?

Die KOM soll Mandate erhalten.

Ihrem dringenden Wunsch soll entsprochen werden.

Sie hat schon danach gefragt für Kanada, Indien und Singapur im Zusammenhang mit dem Abschluss von Freihandelsabkommen.

Darüber hinaus erstrebt sie Mandate an für stand-alone-Verträge mit Russland und China.

Ich bin nicht so sehr begeistert, dass ausgerechnet Kanada der Startpunkt für die Ausübung der neuen Kompetenz sein soll.

Ich habe deshalb in der ersten Sitzung des handelspolitischen Ausschusses in der über ein Mandat für Kanada verhandelt wurde, dagegen gesprochen.

Bei Kanada sehe ich kein Rechtsstaatsdefizit.

Ein solches Defizit sieht allerdings Kanada – man höre und staune – auf unserer Seite.

Im Hinblick auf kanadische Investitionen in Bulgarien und Rumänien wird ein Investitionsförder- und schutzvertrag verlangt.

Ich weiß nicht, ob das so offen gesagt wird.

Ich habe es jedenfalls gehört.

Was mich in Bezug auf Kanada auch beunruhigt, ist das NAFTA-Vorverständnis.

Dies hat eine Vielzahl von Implikationen.

Ich will nur eine nennen.

Nach dortigem Verständnis schützt der IFV nur die Investitionen, die in dem durch das FTA liberalisierten Bereich vorgenommen worden sind.

Da Investitionen aber immer ihren Weg in die Gastländer auch in Bereichen finden, die nicht generell liberalisiert sind, würde solchen Investitionen der Schutz vorenthalten.

Ich habe nach meinem Plädoyer keine Verbündeten gefunden.

Kanada ist ein ungeheuer beliebtes Land und man gibt ihm im Kreise der Mitgliedsstaaten gerne, was es fordert.

Es wird also ein Mandat für die KOM geben, im Rahmen des FTA mit Kanada auch Klauseln zum Investitionsschutz zu verhandeln.

Die KOM wird auch Mandate für die FTAs mit Indien und Singapur erhal-

ten und sicherlich später auch für  
Russland und China.

Wir wollen, dass die KOM ihre neue  
Kompetenz nutzt.

Wir verstehen die Staaten, die keine  
BITs haben.

Auch ihre Investoren sollen den be-  
sonderen Schutz von IFV erhalten.

Wichtig ist uns aber, dass wir das  
Schutzniveau halten.

Nach unserem Verständnis sind die  
EU- IFV gemischte Abkommen.

Das gilt unbestreitbar dann, wenn sie  
Bestandteil eines Freihandelsabkom-  
mens sind, das seinerseits ein ge-  
misches Abkommen ist.

Dies wird nicht immer, aber doch sehr häufig der Fall sein.

Jedenfalls sind unsere aktuellen Freihandelsabkommensmandate darauf ausgelegt.

Eine weitere Begründung ergibt sich aus unserer Forderung, dass vom Investitionsschutz auch Portfolioinvestitionen umfasst sein müssen.

Das ist bei unseren BITs der Fall und sollte auch für die neuen EU-IFV gelten.

Artikel 207 AEU-Vertrag räumt der EU aber ausdrücklich nur die Vertragsabschlusskompetenz im Bereich der Direktinvestitionen ein.

Dieser Begriff ist im Primärrecht nicht näher definiert.

Aus der Rechtsprechung des EUGH ergibt sich jedoch, dass damit nur solche Investitionen gemeint sind, die eine Möglichkeit zur Teilnahme an Verwaltung und Kontrolle eines Unternehmens einräumen.

Für die Qualifizierung als gemischtes Abkommen gibt es eine weitere Begründung, der ich mich aber nicht anschließe.

Nach Artikel 345 lassen die Verträge die Eigentumsordnung unberührt.

Da der Investitionsschutz mit der Definition von Enteignung und Entschädigung sich im Kern dem Eigentumsrecht zuwendet, gehe es um eine Rechtsmaterie, die der EU nicht zugewiesen sei.

Es gibt aber Überlegungen, den Katalog der geschützten Vermögensgegenstände so einzuschränken, dass es sich nicht um ein gemischtes Abkommen handelte und die KOM ihre alleinige Zuständigkeit behält.

Dies ist nicht in unserem Sinne.

Der Schutzzumfang würde sich verschlechtern.

Als weiteres wollen wir bei der geplanten Verordnung die Geltung des Ersetzungsprinzips durchsetzen.

Das könnte gelingen.

Wir haben zwar noch keine Texte gesehen, aber nach den neuen konzilianteren Herangehensweise der KOM hoffe ich auf eine Regelung in der

Verordnung, die genau dies ausspricht.

Damit wäre auch der angerichtete Schaden wieder ausgeglichen.

Die KOM hat jetzt verstanden, wie wichtig der Fortbestand der alten BITs ist.

Und sie hat Zutrauen gefasst, dass sie Mandate erhalten wird.

Ich fassen noch einmal zusammen:  
Wir stehen voll auf dem Boden von Lissabon.

Die KOM soll Mandate haben und ihre neue Kompetenz effektiv nutzen.

Die von der EU verhandelten Verträge sollen das höchste Schutzniveau, das früher die Mitgliedsstaaten verhandelt haben, erreichen.

Wir lehnen eine Unterscheidung in gute und schlechte, in schutzwürdige und nicht schutzwürdige Investitionen ab.

Ehrenwerte politische Ziele im Sinne von Sozial- und Umweltstandards oder entwicklungspolitischen Aspekten sind mit anderen Instrumenten (Partnerschafts- und Kooperationsabkommen) zu verwirklichen.

Wir fordern zu allererst Rechtssicherheit für die Fortgeltung unserer BITs, bis sie durch adäquate EU-IVF ersetzt werden können.

Wir bieten der KOM jederzeit know-how- Transfer aus unseren jahrelangen Erfahrungen an.