

Bericht

1 Die Entwicklungen im internationalen Investitionsschutz als Chance nutzen

Internationale Investitionen tragen zu Wirtschaftswachstum und Wohlstand bei. Dies gilt in besonderem Masse für die Schweiz mit ihrem beschränkten Binnenmarkt. Ausländische Investitionen ermöglichen den Unternehmen die Nutzung von Grössen- und Netzwerkvorteilen, die für die Wettbewerbsfähigkeit oft eine ausschlaggebende Rolle spielen.

Mit einem Bestand von über 1120 Milliarden Schweizerfranken Direktinvestitionen im Ausland gehört die Schweiz weltweit zu den zehn grössten Kapitalexporthoren. Es liegt somit im Interesse der Schweiz, günstige Rahmenbedingungen für Ausländische Investitionen zu schaffen. Investitionsschutzabkommen (ISA) spielen dabei eine zentrale Rolle. In Ergänzung zum nationalen Recht des Gaststaates gewähren sie Investoren zusätzliche Rechtssicherheit und Schutz vor politischen Risiken. Dies entspricht bei Ausländischen Investitionen deshalb einem Bedürfnis, weil diese eine typischerweise langfristige Kapitalbindung in einem sich ausserhalb des Heimatstaates befindenden Rechtsraum bedingen.

ISA und besonders die darin vorgesehenen Investor-Staat-Schiedsverfahren sind in den letzten Jahren zunehmend in Kritik geraten. Einzelne Staaten haben damit begonnen, ihre ISA – darunter auch Abkommen mit der Schweiz – zu kündigen. Die Schweiz anerkennt in bestimmten Bereichen einen Reformbedarf. Deshalb hat sie ihre Vertragspraxis in den letzten Jahren kontinuierlich weiterentwickelt und sich auf multilateraler Ebene aktiv an der Ausarbeitung neuer Transparenzregeln für Investor-Staat-Schiedsverfahren beteiligt.

Das Investitionsschutzsystem soll auch in Zukunft weiter angepasst werden, um dessen Funktionsweise zu verbessern und die internationale Akzeptanz der ISA zu stärken. Die Schweiz setzt dabei vor allem auf multilaterale Prozesse, welche es am besten ermöglichen, breit abgestützte Lösungen zu erarbeiten. Im Vordergrund stehen zurzeit Diskussionen über die Schaffung eines ständigen multilateralen Investitionsschiedsgerichts und einer Berufungsinstanz, welche an die Stelle der heutigen Ad-hoc Schiedsgerichte treten würden. Daneben führt die Schweiz die schrittweise Erneuerung ihrer bilateralen ISA weiter.

Vor dem Hintergrund der zunehmenden Globalisierung der Wertschöpfungsketten und der Digitalisierung der Wirtschaft bleibt die Stärkung der Rechtssicherheit durch den Investitionsschutz von zentraler Bedeutung. Zugleich müssen ISA der Politikkohärenz Rechnung tragen und eine entwicklungsfördernde Investitionspolitik insbesondere in den Entwicklungs- und Schwellenländern sowie die Umsetzung der globalen Ziele für nachhaltige Entwicklung unterstützen.

1.1 **Wirtschaftliche Bedeutung der internationalen Investitionen**

Die erfolgreiche wirtschaftliche Entwicklung der Schweiz wird durch gute Rahmenbedingungen ermöglicht. Diese erlauben den Unternehmen, Investitionen zu tätigen und Arbeitsplätze zu schaffen. Für die Schweiz mit ihrem vergleichsweise kleinen Binnenmarkt sind diesbezüglich vor allem der Zugang zu ausländischen Absatz- und Beschaffungsmärkten sowie Direktinvestitionen¹ wichtig. Der damit verbundene Technologie- und Wissenstransfer ist für die Wettbewerbsfähigkeit von grosser Bedeutung. Staaten versuchen deshalb, für Investitionen aus dem In- und Ausland gute Rahmenbedingungen zu schaffen (Infrastruktur, Bildung, Arbeitsmarkt etc.). Dies ist umso wichtiger geworden, als durch den technologischen Fortschritt und den Abbau von Handelshemmnissen eine zunehmende Globalisierung der Wertschöpfungsketten stattfindet.² Produktionsprozesse werden in immer mehr Arbeitsschritten aufgeteilt, die von unterschiedlichen Akteuren in verschiedenen Ländern ausgeführt werden. Eine zentrale Rolle spielen dabei multinationale Unternehmen, die durch Investitionen im Ausland internationale Produktions- und Vertriebsnetze aufbauen.

Grenzüberschreitende Investitionen haben seit dem Jahr 2000 stark an Bedeutung gewonnen und bezüglich Wachstum den Warenhandel übertroffen.³ Dabei hat der weltweite Anteil der Direktinvestitionen in Entwicklungs- und Schwellenländern in den letzten Jahren stark zugenommen. Dabei empfangen im Jahr 2010 Entwicklungs- und Schwellenländer mit 574 Milliarden US-Dollar erstmals mehr als die Hälfte der internationalen Direktinvestitionen.⁴ In Afrika nahm der Bestand der ausländischen Direktinvestitionen in den letzten zehn Jahren pro Jahr um etwa den gleichen Prozentsatz zu (8 %) wie in Nordamerika oder in Europa. Im gleichen Zeitraum lag in Asien und Lateinamerika der durchschnittliche jährliche Zuwachs mit 12 Prozent beziehungsweise 10 Prozent noch höher. Gleichzeitig begannen auch Entwicklungs- und Schwellenländer (wie China, Indien und Brasilien) verstärkt im Ausland zu investieren.

Der Bedarf an internationalen Investitionen für die nachhaltige Entwicklung ist weiterhin sehr hoch. Im September 2015 verabschiedeten die 193 Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen die Agenda 2030, welche globale Ziele für nachhaltige Entwicklung (*Sustainable Development Goals*, SDG) beinhaltet. Gemäss dem Umsetzungsplan können diese Ziele nur mit zusätzlichen Investitionen erreicht werden,

¹ Unter Direktinvestitionen werden Kapitalanlagen verstanden, die ein Investor vornimmt, um die Geschäftstätigkeit eines Unternehmens direkt und dauerhaft zu beeinflussen.

In der Statistik der Schweizerischen Nationalbank wird eine Direktinvestition erfasst, wenn sich ein Investor mit mindestens 10 % am stimmberechtigten Kapital eines Unternehmens beteiligt oder eine Tochtergesellschaft bzw. eine Filiale im Ausland gründet.

² Vgl. Bericht des Bundesrats zur Aussenwirtschaftspolitik 2014 (Ziff. 1), BBI **2015** 1474.

³ Vgl. Wirtschaftliche Bedeutung der Freihandelsabkommen für die Schweiz, SECO 2016, abrufbar unter: www.seco.admin.ch > Aussenwirtschaft & Wirtschaftliche Zusammenarbeit > Freihandelsabkommen > Wirtschaftliche Auswirkungen von Freihandelsabkommen.

⁴ Vgl. UNCTAD World Investment Report 2011, S. 2. Der Bericht wurde in englischer Sprache auf der Webseite der UNCTAD publiziert: www.investmentpolicyhub.unctad.org > Publications.

wobei die Entwicklungsländer laut Schätzungen der Vereinten Nationen in den nächsten 15 Jahren Investitionen von jährlich rund 2,5 Billionen US-Dollar benötigen. Neben den zentralen nationalen und internationalen Entwicklungsanstrengungen und einem stabilen internationalen Finanzsystem sind private Investitionen, insbesondere internationale Investitionen, entscheidend. Aus entwicklungspolitischer Sicht entfalten Investitionen insbesondere dann eine nachhaltige positive Breitenwirkung, wenn sie in ein stabiles, wachstumsförderndes und partizipatives Umfeld eingebettet sind und verantwortungsvoll getätigt werden. So kann eine Inselbildung von Auslandsinvestitionen mit wenig Bindung in die Lokalwirtschaft vermieden und ein ausgewogenes Wachstum begünstigt werden.

Auswirkungen der Digitalisierung auf internationale Investitionen

Die zunehmende Digitalisierung verändert die Wirtschaft und die Arbeitswelt.⁵ Auslöser und Grundlage dieses Wandels sind neue Technologien aus der Informations- und Kommunikationstechnik sowie immer leistungsfähigere Computer und Netzinfrastrukturen. Die technischen Entwicklungen eröffnen neue Möglichkeiten für den Zugang zu ausländischen Märkten. Sie bieten Chancen für unternehmerische Innovation sowie neue Produkte, Dienstleistungen und Geschäftsmodelle. Bei multinationalen Unternehmen führt die zunehmende Digitalisierung der Produktion zur Verkürzung von globalen Wertschöpfungsketten. Sie kann aber auch kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) bedeutende Effizienzsteigerungen ermöglichen, beispielsweise durch die Erleichterung des Zahlungsverkehrs, neue Zusammenarbeits- und Vermarktungsmodelle und den Einsatz von Cloud-basierten Dienstleistungen. Bei der Kapitalbeschaffung bieten sich alternative Mechanismen wie Crowdfunding an, welche traditionelle Finanzierungsformen ergänzen. Zugleich wird mit der Digitalisierung der Datenschutz wichtiger.

Die Digitalisierung der Wirtschaft ändert auch die globalen Investitionsmuster. Die Konferenz der Vereinten Nationen für Handel und Entwicklung (UNCTAD) hat dies in ihrem jüngsten Investitionsbericht⁶ anhand der hundert grössten multinationalen Unternehmen untersucht. Digitale multinationale Unternehmen und multinationale Technologieunternehmen⁷ wuchsen von 2010–2015 mit einer Wertsteigerung von 65 Prozent sowie mit Zunahmen von Arbeitnehmenden und Betriebseinnahmen von 30 Prozent wesentlich stärker als die anderen multinationalen Unternehmen, welche im gleichen Zeitraum diesbezüglich kaum Zunahmen verzeichneten. Dabei nehmen

⁵ Vgl. Bericht über die zentralen Rahmenbedingungen für die digitale Wirtschaft, SECO 2017, abrufbar unter: www.seco.admin.ch > Wirtschaftsfrage & Wirtschaftspolitik > Wirtschaftspolitik > Digitalisierung.

⁶ UNCTAD World Investment Report 2017, S. 155 ff. Der Bericht wurde in englischer Sprache auf der Webseite der UNCTAD publiziert: www.investmentpolicyhub.unctad.org > Publications.

⁷ Gemäss UNCTAD werden unter multinationalen Technologieunternehmen Unternehmen verstanden, die in innovativen Branchen der Spitzentechnologie wie zum Beispiel der Elektronik, der Informationstechnik und der Biotechnik tätig sind. Bei den digitalen multinationalen Unternehmen handelt es sich um Unternehmen, die auf Infrastruktur und Arbeitsmitteln im Bereich der Informations- und Kommunikationstechnik aufbauen und eine Vielzahl von Geschäftsmodellen (Internetplattformen, elektronischer Geschäftsverkehr etc.) umfassen. Telekomunternehmen gehören zu keiner der vorgenannten Kategorien.

die Digitalisierung der Wertschöpfungsketten und der Dienstleistungsanteil am Wert des Endprodukts (beispielsweise aus den Bereichen Entwicklung oder Informationstechnologie) bei allen multinationalen Unternehmen stetig zu, die Zunahme ist aber bei den digitalen Unternehmen besonders ausgeprägt. Während sich das Kapital der anderen multinationalen Unternehmen im Durchschnitt zu 65 Prozent im Ausland befindet und diese 65 Prozent ihres Umsatzes im Ausland generieren, beträgt der Auslandsanteil des Umsatzes der digitalen multinationalen Unternehmen und der multinationalen Technologieunternehmen über 70 Prozent. Ihr Kapital ist jedoch lediglich zu 40 Prozent ausserhalb des Heimstaates investiert, das heisst sie können Auslandsmärkte mit weniger Investitionen und Personal im Ausland erreichen. Mit der Digitalisierung findet weiter eine Verschiebung bei den für internationale Investitionen relevanten Standortfaktoren statt. So dürfte beispielsweise das Lohnniveau an Bedeutung verlieren und das Bildungsniveau wichtiger werden.

Bedeutung der internationalen Investitionen für die Schweiz

Für die Schweiz sind internationale Investitionen von erstrangiger Bedeutung. Gemäss den Statistiken der Schweizerischen Nationalbank (SNB)⁸ stellen sowohl der Bestand der schweizerischen Direktinvestitionen im Ausland (über 1120 Mrd. CHF, Stand Ende 2015) als auch die Zahl der durch schweizerisch beherrschte Tochterunternehmen im Ausland beschäftigten Personen (rund 2 Mio.) im internationalen Vergleich Spitzenwerte dar.⁹ Seit dem Jahr 2000 hat sich der Bestand schweizerischer Direktinvestitionen im Ausland verdreifacht. 2015 flossen aus Direktinvestitionen im Ausland netto rund 92 Milliarden Schweizerfranken Kapitalerträge in die Schweiz zurück. Umgekehrt erreichten die ausländischen Direktinvestitionen in der Schweiz im gleichen Jahr rund 833 Milliarden Schweizerfranken, bei einem Personalbestand von mehr als 456 000.

In der Schweiz verfügen neben grossen multinationalen Unternehmen auch mehrere Hundert KMU über bedeutende Direktinvestitionen im Ausland. Der Kapitalbestand des Industriesektors im Ausland betrug Ende 2015 395 Milliarden Schweizerfranken, wobei die Branchengruppe «Chemie und Kunststoffe» den grössten Anteil (40 %) ausmachte. Im Dienstleistungssektor belief sich der Kapitalbestand im selben Jahr auf 332 Milliarden Schweizerfranken mit einem Schwergewicht bei den Banken und Versicherungen (50 %) und beim Handel (40 %). Der Kapitalbestand der sogenannten Finanz- und Holdinggesellschaften in Tochtergesellschaften im Ausland entsprach 393 Milliarden Schweizerfranken. Die Auslandsinvestitionen tragen wesentlich zur Produktivität der Schweizer Wirtschaft bei. Skaleneffekte, die durch den Aufbau von Produktions- oder Vertriebsnetzwerke im Ausland realisiert werden, sind für Schweizer Unternehmen besonders wichtig, da ihr Heimmarkt vergleichsweise klein ist. Umgekehrt sichern Investitionen aus dem Ausland dem Wirtschaftsstandort Schweiz zusätzliches Kapital und Know-how.

⁸ Vgl. Schweizerische Nationalbank, Direktinvestitionen 2015: www.snb.ch > Publikationen.

⁹ Gemäss den Zahlen der UNCTAD rangierten Schweizer Unternehmen gemessen am Kapitalbestand an Direktinvestitionen im Ausland 2016 weltweit auf Rang 9. Vgl. UNCTAD World Investment Report 2017, S. 226.

Die Schweiz hat somit ein besonders grosses Interesse an einem möglichst ungehinderten, diskriminierungsfreien Zugang zu den internationalen Investitionsmärkten. Gleichzeitig gibt es gewisse Bereiche, wie kritische Infrastrukturen, beispielsweise im Transportsektor oder im Energiebereich (Elektrizitätsnetze, Staumauern etc.), und systemrelevante Basisdienstleistungen (z. B. im Gesundheits- und im Bildungswesen), in denen Übernahmen durch ausländische Investoren aus Sicht übergeordneter öffentlicher Interessen nicht erwünscht sind. In der Schweiz sind Auslandsinvestitionen in diesen Bereichen aufgrund von staatlichem Eigentum, Konzessionspflichten oder spezialgesetzlichen Regelungen kaum möglich.

1.2 Vertragspolitik der Schweiz

1.2.1 Investitionsschutzabkommen

Ziel der Aussenwirtschaftspolitik ist es, dass Schweizer Unternehmen zu den gleichen Bedingungen Zugang zu ausländischen Märkten erhalten wie ihre Konkurrenten im Ausland. Als wichtiges Herkunftsland von internationalen Investitionen liegt es im Interesse der Schweiz, für die Ausländtätigkeit ihrer Unternehmen günstige Rahmenbedingungen zu schaffen und ihnen einen wirksamen Rechtsschutz zu bieten. Die Investitionsschutzabkommen (ISA) stellen daher – zusammen mit den Freihandels- und den Doppelbesteuerungsabkommen – einen zentralen Pfeiler der Aussenwirtschaftsstrategie des Bundesrates dar.¹⁰ Der Abschluss derartiger Wirtschaftsabkommen zeigt positive Auswirkungen auf Handelsflüsse und internationale Investitionen.¹¹

Schweizer Unternehmen bauen ihre internationalen Aktivitäten zunehmend aus. Bei Investitionsentscheiden im Ausland sind etwa Marktgrösse, Bildungs- und Lohnniveau sowie Infrastrukturangebote wichtig. Daneben sind Unternehmen auf ein stabiles und berechenbares Umfeld (Rechtssicherheit, Datenschutz etc.) angewiesen, da sie mit ihren meist langfristigen Investitionen ausserhalb ihres Herkunftslandes den besonderen Risiken ausländischer Rechtsordnungen ausgesetzt sind. Dennoch fehlt es in diesem Bereich weiterhin an einer umfassenden multilateralen Regelung, wie sie beispielsweise im Rahmen der Welthandelsorganisation (WTO) für den grenzüberschreitenden Handel besteht (vgl. Ziff. 1.2.2). ISA füllen diese Lücke teilweise, indem sie – in Ergänzung zu den nationalen Rechtssystemen – zusätzliche Rechtssicherheit bieten.

Weltweit gibt es heute mehr als 3200 ISA, wobei die Zahl weiter zunimmt. 2016 wurden weltweit 37 neue ISA abgeschlossen, zugleich sind 19 ISA aufgrund der Kündigung durch einen Vertragsstaat ausser Kraft getreten.¹² Auch wenn die verschiedenen ISA nicht identisch sind, folgen sie in der Regel einer ähnlichen Struktur

¹⁰ Vgl. Bericht zur Aussenwirtschaftspolitik 2011 (Ziff. 1), BBI 2012 827, 853.

¹¹ Vgl. Exportpotenziale im Dienstleistungssektor, Strukturberichterstattung 47/4, SECO 2011, S. 24. Die Studie kam zum Schluss, dass sich positive Auswirkungen wie die Zunahme von Direktinvestitionen umso deutlicher zeigen, je mehr Wirtschaftsabkommen (Doppelbesteuerungs-, Investitionsschutz- und Freihandelsabkommen etc.) mit einem Partnerstaat abgeschlossen worden sind.

¹² UNCTAD World Investment Report 2017, S. 111.

und decken dieselben Grundprinzipien ab. Die Schweiz hat 116 bilaterale ISA unterzeichnet, wovon zurzeit 112 in Kraft sind. Davon sehen 91 Abkommen¹³ einen Investor-Staat-Schiedsmechanismus vor. Die von der Schweiz abgeschlossenen Freihandelsabkommen beschränken sich in Bezug auf Investitionen in der Regel auf den Marktzugang und enthalten keine Bestimmungen zum Investitionsschutz. Eine Ausnahme bilden die Freihandelsabkommen mit Japan, Singapur und Südkorea, welche neben dem Marktzugang auch den Investitionsschutz abdecken.

Die ISA gewähren den Investoren auf staatsvertraglicher Ebene Schutz vor politischen Risiken.¹⁴ In den ISA der Schweiz stehen folgende Schutzstandards im Vordergrund: Schutz vor staatlicher Diskriminierung (d. h. Inländerbehandlung und Meistbegünstigung), Schutz vor unrechtmässigen und nicht angemessen entschädigten Enteignungen, Gewährung der sogenannten gerechten und billigen Behandlung (*fair and equitable treatment*), Schutz gegen das Nichteinhalten staatlicher Zusagen und Schutz des freien Zahlungs- und Kapitalverkehrs. Das in den meisten ISA enthaltene Investor-Staats-Schiedsverfahren sieht vor, dass Investoren bei einer Vertragsverletzung ein Schiedsverfahren gegen den Gaststaat einleiten und auf eine Entschädigung klagen können (vgl. Ziff. 1.2.3).

Die von der Schweiz abgeschlossenen ISA schützen nur Investitionen, die rechtmässig getätigt worden sind, das heisst den gesetzlichen Bestimmungen des Gaststaats entsprechen (vgl. Ziff. 1.2.4). Investoren, welche die Gesetze nicht einhalten (z. B. bei Korruptions- oder Steuerdelikten), können sich somit nicht auf den Investitionsschutz berufen.

1.2.2 Multilaterale Abkommen

Verschiedene Instrumente der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD), die für die Schweiz als OECD-Mitglied rechtlich verbindlich sind, decken einzelne Aspekte des Investitionsschutzes ab, wenn auch ohne formellen Durchsetzungsmechanismus. So haben sich die OECD-Staaten im Rahmen der Erklärung über internationale Investitionen und multinationale Unternehmen untereinander verpflichtet, in ihrem Gebiet getätigte Investitionen aus einem anderen OECD-Staat nicht zu diskriminieren (Inländerbehandlung nach erfolgter Niederlassung). Die OECD-Kodizes zur Liberalisierung des Kapitalverkehrs und der laufenden unsichtbaren Transaktionen garantieren zudem die Möglichkeit, in anderen OECD-Staaten zu investieren (Meistbegünstigung und Inländerbehandlung, die durch nationale Vorbehalte eingeschränkt werden können). Bestrebungen der OECD zum Abschluss eines umfassenden multilateralen Investitionsabkommens sind 1998 gescheitert.

¹³ Bei den ISA ohne Investor-Staat-Schiedsmechanismus handelt es sich durchwegs um ältere, d. h. vor 1990 abgeschlossene Abkommen.

¹⁴ Die politischen Risiken werden auch als nicht-kommerzielle Risiken bezeichnet, welche von den kommerziellen Risiken (z. B. falsche Markteinschätzung, Zahlungsverzug eines Geschäftspartners etc.) zu unterscheiden sind.

Der multilaterale Energiechartavertrag¹⁵, den die Schweiz 1994 ratifiziert hat, sieht sektorspezifische Investitionsregeln für den Energiebereich vor. Das Abkommen enthält – neben Regeln zum Handel und Transit von Energie – Bestimmungen zum Investitionsschutz und einen Investor-Staat-Schiedsmechanismus.

Daneben bilden multilaterale Abkommen die Grundlage für die in den ISA enthaltenen Investor-Staat-Schiedsverfahren (vgl. Ziff. 1.2.3). Die ISA der Schweiz und der meisten anderen Staaten enthalten keine detaillierten Verfahrensregeln für diese Schiedsverfahren, sondern verweisen auf multilateral vereinbarte Schiedsordnungen. So enthalten die im Rahmen der Weltbank abgeschlossene ICSID-Konvention¹⁶ und die darauf basierenden Schiedsverfahrensregeln umfassende Vorgaben für die Konstituierung und die Zusammensetzung der Schiedsgerichte, den Ablauf der Schiedsverfahren und die Durchsetzung der Urteile. Jeder Vertragsstaat verpflichtet sich, im Rahmen der ICSID-Konvention erlassene Schiedsurteile anzuerkennen und darin enthaltene finanzielle Verpflichtungen wie bei rechtskräftigen Urteilen seiner innerstaatlichen Gerichte umzusetzen. Daneben dient die Schiedsordnung der UNO-Kommission für internationales Handelsrecht (UNCITRAL), welche auch für kommerzielle Schiedsverfahren zwischen privaten Parteien genutzt wird, ebenfalls als Grundlage für Investor-Staat-Schiedsverfahren. Für die Durchsetzung von Urteilen im Rahmen von Investor-Staat-Schiedsverfahren ist zudem das im Rahmen der UNCITRAL vereinbarte New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche¹⁷ relevant. Darin verpflichten sich die Vertragsstaaten, Schiedssprüche von in anderen Vertragsstaaten durchgeführten Schiedsverfahren anzuerkennen und zu vollstrecken.

1.2.3 Bedeutung der Investor-Staat-Schiedsverfahren

Unternehmen, die im Ausland investieren, sind unter Umständen mit Problemen konfrontiert, die sich – aus unterschiedlichen Gründen – nicht immer im Rahmen der nationalen Rechtsordnung des Gaststaates lösen lassen. Die Fälle, welche weltweit zu Klagen führen, reichen von Enteignung ohne angemessene Entschädigung, Diskriminierung und rechtsstaatlichen Mängeln (wie z. B. das Fehlen ordnungsgemässer Gerichtsverfahren) bis hin zur Einschränkung des internationalen Kapitalverkehrs.¹⁸ Die Schweiz hat daher wie die meisten anderen Staaten seit den 1990er-Jahren in ihren ISA einen Investor-Staat-Schiedsmechanismus vereinbart. Dieser erlaubt es dem Investor, einen Streitfall mit dem Gaststaat direkt und ohne Mitwirkung seines Heimatstaats einem unabhängigen internationalen Schiedsgericht zu

¹⁵ Vertrag vom 17. Dezember 1994 über die Energiecharta, in Kraft getreten für die Schweiz am 16. April 1998, SR **0.730.0**.

¹⁶ Übereinkommen vom 18. März 1965 zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten (ICSID-Konvention), SR **0.975.2**.

¹⁷ Übereinkommen vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, SR **0.277.12**.

¹⁸ Die 2016 eingeleiteten Investor-Staat-Schiedsverfahren betrafen unter anderem die Aufhebung, Verweigerung oder Nichterneuerung von Konzessionen und Lizenzen (10 Fälle), direkte Enteignungen (7), Regulierungen im Bereich der erneuerbaren Energie (6) und Steuermassnahmen (5). Siehe UNCTAD World Investment Report 2017, S. 116.

unterbreiten. Die Zustimmung der Vertragsstaaten, Streitfälle im Zusammenhang mit der Anwendung eines ISA der Schiedsgerichtsbarkeit zu unterstellen, ist jeweils bereits im Abkommen selbst enthalten (sog. *prior consent*). Durch das direkte Klagerecht des Investors gegen den Gaststaat wird vermieden, dass der Heimatstaat des Investors bei einem Streitfall im Rahmen des diplomatischen Schutzes gegen den Gaststaat vorgehen muss, woraus ein zwischenstaatlicher Konflikt entstehen könnte.¹⁹

Der Investor kann in einem Streitfall zwischen dem nationalen Rechtsweg im Gaststaat und einem Investor-Staat-Schiedsverfahren wählen. Dabei bietet der Zugang zu einem internationalen Schiedsgericht Investoren einen zusätzlichen Rechtsschutz, zum Beispiel wenn Unabhängigkeit und Effizienz der nationalen Gerichte im Gaststaat nicht gegeben sind. Zur Verhinderung von Mehrfachklagen ist es dem Investor gemäss den ISA der Schweiz untersagt, denselben Streitfall gleichzeitig auf dem nationalen und auf dem internationalen Rechtsweg zu verfolgen. Für den Zugang zum Schiedsverfahren wird die vorherige Ausschöpfung des nationalen Rechtswegs hingegen nicht vorausgesetzt, da dies mehrere Jahre dauern und zu einer grossen Rechtsverzögerung führen würde. Wählt der Investor zuerst den nationalen Rechtsweg, verliert er den Zugang zur Schiedsgerichtsbarkeit nicht, da sonst entgegen den Interessen der Gaststaaten ein Anreiz für den Verzicht auf den nationalen Rechtsweg geschaffen würde.

Die ISA der Schweiz räumen dem Investor in der Regel die Wahl zwischen einem Schiedsverfahren gemäss den Regeln des Internationalen Zentrums zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (ICSID) oder anderen Schiedsregeln wie etwa der UNCITRAL-Schiedsordnung ein (vgl. Ziff. 1.2.2). In beiden Fällen ist als erste Etappe eine obligatorische Konsultationsfrist von sechs bis zwölf Monaten vorgesehen, während der eine einvernehmliche Lösung gesucht werden soll. In der Mehrheit der Fälle lassen sich bereits in diesem Stadium einvernehmliche Lösungen finden. Falls keine Einigung erzielt wird, kann der Investor die Einsetzung eines Schiedsgerichts verlangen, welches im Normalfall drei Personen umfasst. Dabei ernennen die beiden Parteien je einen Schiedsrichter, welche dann gemeinsam die dritte präsidierende Person wählen. Für den Fall, dass sie sich nicht einigen können, nimmt eine unabhängige Drittinstantz (z. B. die ICSID-Generalsekretärin) die Wahl vor. Kommt das Schiedsgericht zum Schluss, dass eine Verletzung des ISA vorliegt, kann es dem Investor einzig Schadenersatz (in Form einer Geldzahlung) zusprechen. Es verfügt nicht über die Kompetenz, nationale Verfügungen oder Erlasse zu überprüfen, anzupassen oder aufzuheben.

Investor-Staat-Schiedsverfahren waren bis in die frühen 1990er-Jahre eher selten. In den letzten fünfzehn Jahren hat sich ihre Zahl aber deutlich erhöht. Gemäss Statistiken der UNCTAD²⁰ sind für die Periode von 1987–2016 weltweit insgesamt 767 Investor-Staat-Schiedsverfahren bekannt. Im Jahr 2016 zählte die UNCTAD 62 neue Verfahren. Das sind weniger als im Jahr davor (74), aber mehr als der Durchschnitt der letzten zehn Jahre (49). Da die Statistik nur die öffentlich bekannten Verfahren erfasst, sind die effektiven Zahlen vermutlich grösser. Angesichts von

¹⁹ Man spricht in diesem Zusammenhang auch davon, dass ISA zur sog. Depolitisierung von Investitionsstreitigkeiten beitragen.

²⁰ UNCTAD World Investment Report 2017, S. 114 ff.

weltweit mehr als 3200 abgeschlossenen ISA sind diese Zahlen aber nicht besonders hoch. Bisher waren 109 Staaten ein- oder mehrmals in ein Verfahren involviert, wobei gegen die Schweiz noch nie eine Schiedsklage eingereicht wurde. Zwischen 1987 und 2016 obsiegte in 36 Prozent der Fälle der eingeklagte Staat, in 27 Prozent der klagende Investor. In 25 Prozent der Fälle erzielten die Parteien einen Vergleich, in den restlichen 12 Prozent der Fälle wurde das Verfahren aus anderen Gründen nicht zu Ende geführt.

Schweizer Investoren haben gemäss UNCTAD seit 1987 in 24 Fällen ein Investor-Staat-Schiedsverfahren eingeleitet, womit sich die Schweiz auf dem zehnten Rang²¹ der Heimatstaaten der Kläger befindet. Dies entspricht ungefähr der Position der Schweiz in der Statistik der weltweiten Bestände der Auslandsinvestitionen.²² Die Verfahren betreffen verschiedene Wirtschaftssektoren. So hat beispielsweise ein im Bereich der Wareninspektionen tätiger Schweizer Investor von einem Schiedsgericht Schadenersatz in der Höhe von 39 Millionen US-Dollar zugesprochen erhalten, weil der Gaststaat seinen Zahlungsverpflichtungen aus einem Auftrag zur Durchführung von Schiffsinspektionen nicht nachgekommen ist.²³ In einem anderen Fall erhielt ein Schweizer Flughafenbetreiber, dessen Konzession zum Betrieb eines Flughafens durch den Gaststaat widerrechtlich entzogen worden war, Schadenersatz in der Höhe von 30 Millionen US-Dollar.²⁴ Der bisher höchste an einen Schweizer Investor im Zusammenhang mit einem Schiedsverfahren ausgerichtete Schadenersatz (650 Mio. USD) betraf eine Verstaatlichung von Produktionsbetrieben im Zementsektor.²⁵ Im letzteren Fall einigten sich die Parteien auf einen Vergleich über die Höhe des Schadenersatzes, so dass das Schiedsverfahren nicht zu Ende geführt werden musste.

Diese Beispiele zeigen die praktische Bedeutung und die Wirksamkeit der internationalen Schiedsverfahren auch für Schweizer Investoren. Aufgrund der hohen Verfahrenskosten nutzen Investoren die internationale Schiedsgerichtsbarkeit jedoch in erster Linie bei grossen Streitsummen. In der Regel wird zunächst eine einvernehmliche Lösung gesucht oder nach Möglichkeit der nationale Rechtsweg im Gaststaat beschritten. Schliesslich verzichten Investoren häufig auf die Einleitung eines Schiedsverfahrens, weil sie negative Auswirkungen auf ihre zukünftige wirtschaftliche Tätigkeit im Gaststaat befürchten.

²¹ UNCTAD World Investment Report 2017, S. 116. An der Spitze dieser Rangliste stehen die USA, Niederlande, das Vereinigte Königreich, Deutschland und Kanada.

²² Vgl. Fussnote 9.

²³ SGS Société Générale de Surveillance SA v. Republic of Paraguay (ICSID Case No. ARB/07/29). Siehe <https://icsid.worldbank.org> > Search Cases Database > ARB/07/29.

²⁴ Flughafen Zürich A.G. and Gestión e Ingeniería IDC S.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/10/19).

²⁵ Holcim Limited, Holderfin BV and Caricement BV v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/09/3).

1.2.4 Kritik und Herausforderungen

Bei den ISA handelt es sich umfangmässig um vergleichsweise kurze Abkommen, welche einige wenige zentrale Schutzstandards enthalten, die teilweise auf Standardformulierungen beruhen. Der daraus resultierende begrenzte Verhandlungsaufwand hat es den Staaten erlaubt, in relativ kurzer Zeit ein umfassendes Netz von ISA aufzubauen. Zugleich führte dies dazu, dass einzelne Schutzbestimmungen knapp formuliert sind und auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe enthalten. So wird insbesondere bemängelt, dass die in der Praxis oft angerufenen Bestimmungen zur gerechten und billigen Behandlung beziehungsweise zur indirekten Enteignung in den Abkommen nicht genügend konkretisiert werden. Das könne dazu führen, dass Investoren diese Bestimmungen extensiv auslegen und auch in Fällen Schiedsverfahren gegen den Gaststaat einleiten, welche nicht dem herkömmlichen Schutzgehalt der Bestimmungen entsprechen. Dies wiederum könne Staaten davon abhalten, von ihrem Regulierungsrecht Gebrauch zu machen. Obschon durch die langjährige Praxis der Schiedsgerichte ein gewisser Konsens über die Auslegung der Bestimmungen entstanden ist, lassen sie Spielraum für Interpretation. Die Schweiz – wie zahlreiche andere Staaten – hat daher begonnen, diesen Spielraum durch detailliertere Formulierungen in den Abkommenstexten einzuschränken. Zudem wird in einer spezifischen Bestimmung das Recht der Vertragsstaaten bestätigt, im öffentlichen Interesse zu regulieren (vgl. Ziff. 1.3.2). Bei der Präzisierung der Standards orientieren sich die Staaten oft an Formulierungen und Kriterien, welche von den Schiedsgerichten im Laufe der Jahre entwickelt worden sind. Das zeigt, dass die Schiedsgerichte bemüht sind, einer extensiven Auslegung der ISA Grenzen zu setzen. Bestätigt wird dies zum Beispiel durch ein gestützt auf ein Schweizer ISA vor kurzem gefälltes Schiedsurteil betreffend gesundheitspolitisch motivierte Vorschriften für die Verpackung von Zigaretten.²⁶ Das Schiedsgericht wies die Klage ab und schützte mit einem Verweis auf die Grundsätze des allgemeinen Völkerrechts das Regulierungsrecht des Gaststaates, obschon dieses im vorliegenden ISA nicht explizit erwähnt wird.

Weiter wird teilweise kritisiert, die ISA seien einseitig ausgestaltet, da sie den Investoren Rechte verleihen, ohne zugleich auch ihre Pflichten festzuschreiben. Dem ist entgegenzuhalten, dass die ISA der Schweiz explizit nur rechtmässig getätigte Investitionen schützen. Ein Investor, der die Gesetze des Gaststaates nicht einhält, kann sich somit nicht auf den Schutz des ISA berufen. Investoren müssen alle Gesetze des Heimat- und Gaststaates einhalten. Bei einer Verletzung dieser Pflichten verfügt der Staat aufgrund seiner Staatsgewalt über die erforderlichen Instrumente, um gegen fehlbare Investoren vorzugehen (Gerichts- und Verwaltungsverfahren, Vermögensblockierung, Firmenschliessungen etc.). Vor dem Hintergrund dieser vorbestehenden Rechtsmittel, mit denen der Gaststaat die Rechtspflichten der Investoren durchsetzen kann, stellen die ISA ein Gegengewicht zur Vermeidung unrechtmässiger oder willkürlicher Behandlung ausländischer Investoren dar. Von den Investoren wird zudem erwartet, dass sie bei ihrer gesamten Tätigkeit im In- und Ausland neben den gesetzlichen Verpflichtungen auch international anerkannte

²⁶ Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay (ICSID Case No. ARB/10/7).

Standards der verantwortungsvollen Unternehmensführung umsetzen. Die Schweiz setzt sich aktiv für die Ausarbeitung und Förderung derartiger Standards ein (vgl. Ziff. 2) und verweist in ihren neueren ISA auf diese.

Weitere Kritikpunkte betreffen die in den ISA vorgesehenen Investor-Staat-Schiedsverfahren. Dabei wird etwa die demokratische Legitimation der Schiedsgerichte in Frage gestellt. Dieser Kritikpunkt ist insofern nicht gerechtfertigt, als das System von den Staaten selbst durch Staatsverträge geschaffen wurde, welche auf nationaler Ebene der demokratischen Kontrolle (u. a. Genehmigung durch das Parlament) unterstehen. Auch kann ein internationales Schiedsgericht nicht in die nationale Souveränität eingreifen und nationale Rechtserlasse und Verfügungen überprüfen, anpassen oder aufheben, sondern dem Investor im Fall einer Vertragsverletzung ausschliesslich einen angemessenen Schadenersatz in Form einer Geldzahlung zusprechen.

Es kann ferner der Eindruck entstehen, dass ausländische Investoren durch die Möglichkeit, neben den nationalen Gerichten auch ein internationales Schiedsgericht anzurufen, mehr Rechte als inländische Investoren erhalten und insofern begünstigt werden. ISA beruhen aber immer auf Gegenseitigkeit. Dieselben Klagerechte, die ein ISA ausländischen Investoren beispielsweise in der Schweiz gewährt, stehen den schweizerischen Investoren im anderen ISA-Vertragsstaat zur Verfügung. Inländische Investoren können zwar kein Schiedsverfahren gegen ihren Heimatstaat einleiten, sie erhalten diese Möglichkeit aber im anderen Vertragsstaat.

Eine gewisse Berechtigung hat demgegenüber der Kritikpunkt der ungenügenden Transparenz der Investor-Staat-Schiedsverfahren. Während ICSID die Eckdaten zum Schiedsgericht, Ablauf und Ausgang der nach den ICSID-Regeln durchgeführten Verfahren auf seiner Webseite publiziert, gelangt über Verfahren nach der UNCITRAL-Schiedsordnung kaum etwas an die Öffentlichkeit. Zudem bedarf es zur Veröffentlichung der Schiedsurteile nach beiden Schiedsordnungen des Einverständnisses beider Parteien. Dies hat dazu geführt, dass die Urteile teilweise nicht veröffentlicht werden, was der Rechtssicherheit und der Rechtswicklung nicht förderlich ist. Aus Sicht der Schweiz ist Transparenz eine grundlegende Voraussetzung für die Wirksamkeit und die Akzeptanz der Investor-Staat-Schiedsverfahren. Dies gilt besonders deshalb, weil es sich nicht um Verfahren zwischen privaten Parteien, sondern zwischen Privaten und Staaten handelt, womit ein öffentliches Interesse gegeben ist. Die Schweiz hat aus diesem Grund eine aktive Rolle bei der Ausarbeitung der UNCITRAL-Transparenzregeln eingenommen und durch die Ratifizierung des UNO-Transparenzübereinkommens (Mauritius-Konvention)²⁷ diesem neuen Transparenzregime auch bestehende ISA der Schweiz unterstellt (vgl. Ziff. 1.3.2). Sie wird zudem darauf hinwirken, dass die zukünftig abgeschlossenen ISA die Transparenzregeln ebenfalls übernehmen. Dies kann sich in der Praxis aber unter Umständen als schwierig erweisen, da verschiedene Verhandlungspartner und besonders Entwicklungs- und Schwellenländern zurzeit noch Vorbehalte gegen die neuen Transparenzstandards haben.

²⁷ Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 10. Dezember 2014 über Transparenz in Investor-Staat-Schiedsverfahren auf der Grundlage von Verträgen, in Kraft getreten für die Schweiz am 18. Oktober 2017, SR **0.975.3**.

Bemängelt wird weiter das Verfahren zur Einsetzung der Schiedsgerichte. Im heutigen System setzen die Parteien für jeden Streitfall ein neues Schiedsgericht ein (vgl. Ziff. 1.2.3), weshalb man auch von sogenannten ad hoc Schiedsgerichten spricht. Diese Flexibilität hat den Vorteil, dass Schiedsgerichte rasch eingesetzt und Schiedsrichter mit den erforderlichen spezifischen Fachkenntnissen gewählt werden können. Auf der anderen Seite kann dadurch die Kohärenz der Schiedsurteile geschwächt werden, da jedes Schiedsgericht nur einen konkreten Fall beurteilt und den Urteilen keine Präjudizwirkung für spätere Fälle zukommt. Verstärkt wird dieser Effekt durch das Fehlen einer Rekursinstanz, welche Urteile überprüfen und gegebenenfalls durch Korrekturen auf eine Vereinheitlichung der Urteile hinwirken könnte. Den durch die Parteien ernannten Schiedsrichtern wird teilweise auch fehlende Unabhängigkeit oder ein Interessenskonflikt vorgeworfen, wenn sie in anderen Verfahren als Anwälte tätig sind. Obschon sich das heutige System gemäss den Erfahrungen der Schweiz grundsätzlich bewährt hat, ist die Schweiz für die Prüfung von neuen Ansätzen offen. Möglich wäre ein verbindlicher Verhaltenskodex für Schiedsrichter oder eine umfassendere institutionelle Reform. Letztere sollte aufgrund des globalen Charakters der Schiedsgerichtsbarkeit auf multilateraler Ebene stattfinden. Die Schweiz begrüsst deshalb die Lancierung eines multilateralen Prozesses, in welchem die Schaffung eines ständigen Investitionsschiedsgerichts geprüft wird (vgl. Ziff. 1.3.3).

In verschiedenen Staaten haben insbesondere die wachsende Zahl und die hohen Kosten der gegen sie geführten Investor-Staat-Schiedsverfahren zur Kritik an den ISA geführt. So wird etwa moniert, einzelne Klagen würden nur den Zweck verfolgen, Staaten unter Druck zu setzen, um unerwünschte Regulierungen zu verhindern. Allein aufgrund der Zunahme der Schiedsverfahren kann aber nicht auf eine aggressive Nutzung der Klagemöglichkeiten durch die Investoren geschlossen werden, da sich die Zahl der Verfahren nicht überproportional zum Anstieg der weltweiten Investitionsflüsse erhöht hat. Wie in jedem Rechtssystem kann aber nicht ausgeschlossen werden, dass die in den ISA vorgesehenen Rechtsmittel teilweise auch aus unlauteren Gründen genutzt werden. Auch wenn eine Klage letztlich abgewiesen wird, verursacht jedes Verfahren Kosten und bindet Ressourcen. Die Schweiz will derartige ungerechtfertigte oder sogar missbräuchliche Klagen verhindern. Gemäss den ICSID-Regeln kann ein Staat bereits heute in einem verkürzten Verfahren die Abweisung offensichtlich missbräuchlicher Klagen verlangen. In der neuen Schweizer Vertragspraxis (vgl. Ziff. 1.3.2) ist vorgesehen, dass bei allen gestützt auf ein Schweizer ISA geführten Schiedsverfahren eine derartige Zulässigkeitsprüfung ermöglicht wird. Zudem soll die unterliegende Partei grundsätzlich die gesamten Kosten des Schiedsverfahrens tragen (heute entscheidet das Schiedsgericht in eigenem Ermessen über die Aufteilung der Kosten). Diese neue Kostenregelung soll Investoren davon abhalten, missbräuchliche Klagen einzureichen.

1.3 Weiterentwicklung des Investitionsschutzes

1.3.1 Ziele der Schweiz

Soweit die zu einzelnen Aspekten der ISA geäusserte Kritik begründet ist, anerkennt die Schweiz einen Reformbedarf. Deshalb arbeitet sie auf verschiedenen Ebenen an der kontinuierlichen Weiterentwicklung der ISA. Damit soll die Funktionsweise des völkerrechtlichen Schutzes für Auslandsinvestitionen verbessert und die internationale Akzeptanz der ISA gestärkt werden.

Die Weiterentwicklung der ISA verfolgt das Ziel, die Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit für Investoren und Gaststaaten zu erhöhen. Gleichzeitig soll das aktuelle Niveau des Investitionsschutzes aufrechterhalten werden. Für die Standortattraktivität der Schweiz ist es zentral, dass das umfassende ISA-Netz bestehen bleibt und Schweizer Investoren dieselben Schutzstandards zur Verfügung stehen wie ihren Konkurrenten in anderen Staaten. Eine besondere Bedeutung kommt dabei dem Investor-Staat-Schiedsverfahren zu. Auch wenn die meisten Investitionsstreitigkeiten erfahrungsgemäss einvernehmlich oder vor nationalen Gerichten gelöst werden, ist für international tätige Investoren der Zugang zu einem unabhängigen, internationalen Schiedsverfahren von grosser Bedeutung, um bei ungenügender Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit nationaler Rechtssysteme einen ausreichenden Rechtsschutz zu haben. Bei der Weiterentwicklung der ISA orientiert sich die Schweiz an den internationalen Entwicklungen, wobei der neuen EU-Vertragspraxis²⁸ eine besondere Bedeutung zukommt.

Beim Abschluss von ISA achtet die Schweiz auf die Politikkohärenz. Sie stellt sicher, dass die Ziele des Investitionsschutzes mit den Zielen der nachhaltigen Entwicklung und den Interessen der Entwicklungsländer vereinbar sind.

1.3.2 Bisherige Anpassungen

Verschiedene internationale Organisationen (OECD, UNCTAD, UNCITRAL etc.) haben in den letzten Jahren mit umfassenden Grundlegerarbeiten zu einem besseren Verständnis der bestehenden ISA und der Praxis der Schiedsgerichte beigetragen sowie verschiedene Wege für eine Weiterentwicklung der Abkommen aufgezeigt. Die Schweiz beteiligt sich aktiv an diesen multilateralen Arbeiten, welche die Grundlagen für die Anpassung der bilateralen ISA darstellen.

Weiterentwicklung der ISA-Vertragspraxis der Schweiz

Gestützt auf die Arbeiten in den internationalen Fachgremien hat die Schweiz in den letzten Jahren ihre ISA-Vertragspraxis kontinuierlich weiterentwickelt. 2012 hat eine verwaltungsinterne Arbeitsgruppe neue Vertragsbestimmungen erarbeitet, um

²⁸ Die EU erhielt von den Mitgliedstaaten mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon im Jahr 2009 auch die Kompetenz zum Abschluss von Abkommen im Bereich des Investitionsschutzes. In der Folge wurde z. B. im Wirtschafts- und Handelsabkommen der EU mit Kanada (CETA) ein umfassendes Investitionskapitel ausgehandelt, das neben dem Marktzugang für Investitionen auch deren Schutz, einschliesslich Investor-Staat-Schiedsverfahren, regelt.

die Kohärenz zwischen den ISA und den Zielen der nachhaltigen Entwicklung zu verstärken. Dabei wurde die Präambel um Verweise auf die nachhaltige Entwicklung, die Korruptionsbekämpfung, die Menschenrechte, die verantwortungsvolle Unternehmensführung sowie um den Hinweis erweitert, dass sich die verschiedenen Politikbereiche gegenseitig unterstützen. Zudem wurde in einer neuen Abkommensbestimmung festgehalten, dass das auf innerstaatlicher Ebene vorgesehene Schutzniveau bezüglich Gesundheit, Sicherheit, Arbeitsbedingungen und Umwelt nicht gesenkt werden soll, um Anreize für Investitionen zu schaffen. Eine weitere neue Abkommensbestimmung bestätigt ausdrücklich das Recht der Vertragsstaaten, im öffentlichen Interesse (z. B. zum Schutz von Gesundheits-, Sicherheits- und Umweltinteressen) Regulierungen zu erlassen, wobei sie an die allgemeinen Abkommensgrundsätze, namentlich das Gebot der Nichtdiskriminierung und die Verhältnismässigkeit, gebunden sind. Mit diesen Bestimmungen wird vermieden, dass ISA den politischen Gestaltungsspielraum der Staaten zum Schutz öffentlicher Interessen einschränken. Gerade Entwicklungsländer haben teilweise einen regulatorischen Nachholbedarf (z. B. Umweltschutz) und versuchen deshalb, ausländische Direktinvestitionen nicht nur zu fördern, sondern auch stärker zu regulieren. Dies soll durch die ISA nicht verhindert werden.

2015 befasste sich erneut eine verwaltungsinterne Arbeitsgruppe mit den ISA. Vertieft geprüft wurden die Schutzstandards und die Bestimmungen zur Investor-Staat-Streitbeilegung, wobei die neue Vertragspraxis der EU als mögliche Vergleichsbasis beigezogen wurde. Im Ergebnisbericht der Arbeitsgruppe vom 7. März 2016²⁹ finden sich neue Ansätze für verschiedene Bestimmungen. So wird die Pflicht zur gerechten und billigen Behandlung (*fair and equitable treatment*) mit Beispielen von Handlungen, die gegen diesen Standard verstossen, konkretisiert. Dazu gehören die Rechtsverweigerung in Gerichts- und Verwaltungsverfahren, offensichtliche Willkür oder eine missbräuchliche Behandlung ausländischer Investoren. In ähnlicher Weise wird die Bestimmung zur indirekten Enteignung durch eine Liste von Kriterien (z. B. wirtschaftliche Auswirkungen, diskriminierende Ausgestaltung und Dauer einer Massnahme) ergänzt, anhand derer bei der Prüfung spezifischer Fälle zu ermitteln ist, ob es sich bei staatlichen Massnahmen um eine indirekte Enteignung handelt. Die explizite Aufnahme derartiger Präzisierungen in den Abkommenstext trägt zur Vermeidung allfälliger extensiver Auslegungen in künftigen Schiedsverfahren bei und erhöht damit die Rechtssicherheit für die Gaststaaten und für die Investoren. Da die genannten Präzisierungen inhaltlich der bisherigen Vertragspraxis der Schweiz entsprechen, besteht keine Notwendigkeit, alle bestehenden ISA der Schweiz sofort neu zu verhandeln, sondern diese werden im Rahmen der verfügbaren Ressourcen sukzessive angepasst (vgl. Ziff. 1.3.3).

Bezüglich der Verfahrensregeln für Investor-Staat-Schiedsverfahren beschränken sich die Schweizer ISA auf die wichtigsten Eckwerte. Nach Auffassung der Schweiz genügt grundsätzlich ein Verweis auf bestehende multilaterale Schiedsordnungen (z. B. ICSID, UNCITRAL, vgl. Ziff. 1.2.2), da eine Wiederholung oder weitgehende

²⁹ Bericht der Arbeitsgruppe zur Überarbeitung der Verhandlungsgrundlagen für Investitionsschutzabkommen (ISA) vom 7. März 2016, abrufbar unter: www.seco.admin.ch > Aussenwirtschaft & Wirtschaftliche Zusammenarbeit > Internationale Investitionen > Vertragspolitik der Schweiz.

Ergänzung dieser bewährten Regeln nicht zweckmässig ist und unter Umständen zu Widersprüchen führen könnte. Bei einzelnen wichtigen Punkten wurden jedoch zusätzliche Bestimmungen ausgearbeitet, darunter eine Bestimmung zur Verhinderung missbräuchlicher Klagen, welche die Abweisung offensichtlich unzulässiger oder unbegründeter Klagen in einem verkürzten Verfahren ermöglicht. Eine neue Kostenregelung legt zudem fest, dass in der Regel die unterliegende Partei die gesamten Verfahrenskosten tragen muss.

UNCITRAL-Transparenzregeln

Zur Verstärkung der Transparenz der Investor-Staat-Schiedsverfahren wurden im Rahmen der UNCITRAL neue Transparenzregeln ausgearbeitet, welche am 1. April 2014 in Kraft traten. Gemäss diesen Regeln werden alle wesentlichen Verfahrensunterlagen wie die Streitanzeige und die Eingaben der Parteien sowie Anordnungen und Urteile des Schiedsgerichts der Öffentlichkeit zugänglich gemacht. Auch die Anhörungen des Schiedsgerichts sind grundsätzlich öffentlich. Zudem kann das Schiedsgericht Dritten erlauben, schriftliche Stellungnahmen einzureichen (sog. *Amicus-Curiae*-Eingaben). Zum Schutz von vertraulichen Informationen wie etwa Geschäftsgeheimnissen sehen die Regeln Ausnahmen von der Transparenz vor.

Die UNCITRAL-Transparenzregeln finden auf Investor-Staat-Schiedsverfahren gemäss den UNCITRAL-Schiedsregeln, die auf der Grundlage eines nach dem 1. April 2014 abgeschlossenen ISA geführt werden, automatisch Anwendung. Bei Schiedsverfahren, die auf der Grundlage eines zuvor abgeschlossenen ISA oder nach anderen Schiedsregeln (z. B. ICSID) eingeleitet werden, gelten die Transparenzregeln nur, wenn entweder die Parteien des Schiedsverfahrens oder die ISA-Vertragsparteien deren Anwendung vereinbaren. Um eine nachträgliche Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien bestehender ISA zu erleichtern, wurde 2014 das UNO-Transparenzübereinkommen³⁰ abgeschlossen, welches am 18. Oktober 2017 in Kraft trat. Durch den Beitritt zu dieser Konvention wird die Anwendung der Transparenzregeln auf Schiedsverfahren ausgedehnt, welche sich auf vor dem 1. April 2014 abgeschlossene ISA der Unterzeichnerstaaten der Konvention stützen oder die unter solchen Abkommen nach anderen Schiedsregeln als der UNCITRAL-Schiedsordnung wie den ICSID-Regeln geführt werden. Somit müssen nicht alle bestehenden ISA einzeln revidiert werden.

Die Schweiz hat sich an der Ausarbeitung der Transparenzregeln und an den Verhandlungen zum UNO-Transparenzübereinkommen beteiligt und letzteres als dritter Staat am 18. April 2017 ratifiziert.³¹ Für neue ISA verwendet die Schweiz seit 2014 eine Vertragsbestimmung, welche die Anwendung der UNCITRAL-Transparenzregeln auf alle Schiedsverfahren vorsieht. Das am 17. April 2015 in Kraft getretene ISA zwischen der Schweiz und Georgien³² ist das erste ISA der Schweiz (und zugleich das erste ISA weltweit), das eine derartige Bestimmung enthält.

³⁰ SR 0.975.3

³¹ Vgl. Botschaft des Bundesrats vom 20. April 2016 zur Genehmigung des Übereinkommens der Vereinten Nationen über Transparenz in Investor-Staat-Schiedsverfahren auf der Grundlage von Verträgen, BBI 2016 4065 ff.

³² SR 0.975.236.0

1.3.3 **Zentrale Handlungsfelder für die Weiterentwicklung**

Die Reformanstrengungen der Schweiz umfassen zwei Ebenen: Einerseits geht es darum, die Verhandlungsgrundlagen für den Abschluss neuer ISA laufend an die internationalen Entwicklungen anzupassen. So hat die Schweiz ihren Verhandlungsansatz in den letzten Jahren kontinuierlich weiterentwickelt und wird das auch in Zukunft tun (vgl. Ziff. 1.3.2). Andererseits stellt sich die Frage, wie die bestehenden ISA, welche nicht mehr dem neusten Stand entsprechen, diesen Entwicklungen angepasst werden können. Wie nachfolgend dargestellt wird, stehen dafür verschiedene sich gegenseitig ergänzende Handlungsoptionen zur Verfügung.

Neuaushandlung beziehungsweise Revision von ISA

Durch den Abschluss neuer ISA ersetzt die Schweiz entweder bestehende durch neue Abkommen oder schliesst Lücken im Vertragsnetz (vgl. Ziff. 8.1.1). Zurzeit führt die Schweiz Verhandlungen mit verschiedenen Partnerstaaten (z. B. Mexiko und Malaysia), um ältere ISA durch neue Abkommen zu ersetzen. Den Verhandlungen mit neuen Partnern (z. B. Bahrain) kommt heute eine untergeordnete Rolle zu, da es nur noch wenige Lücken im Schweizer Vertragsnetz gibt. Da in den letzten Jahren vier Staaten (Südafrika, Indonesien, Indien, Ecuador) ISA unter anderem mit der Schweiz gekündigt haben, sind neue Lücken entstanden. Um die dadurch entstandene Rechtsunsicherheit zu beseitigen, hat sich die Schweiz zum Ziel gesetzt, mit diesen Staaten neue ISA abzuschliessen.

Der Abschluss neuer oder die Revision bestehender ISA ist im Vergleich zu früher komplexer geworden und nimmt zum Teil mehr Zeit und Ressourcen in Anspruch. Grund dafür ist, dass die meisten Staaten heute über eine breitere Vertragspraxis verfügen und oft auch ihre Erfahrungen aus früheren Schiedsverfahren gestützt auf ISA mit anderen Vertragspartnern in die Verhandlungen einfließen lassen. Als Alternative zu einer umfassenden Vertragsrevision wäre es denkbar, nur einzelne revisionsbedürftige Bestimmungen durch neue zu ersetzen. Erfahrungsgemäss münden aber auch derartige Verhandlungen meistens in umfassende Neuverhandlungen.

Vor diesem Hintergrund wird die Schweiz ihr über 30 Jahre gewachsenes ISA-Vertragsnetz mit gegen 120 ISA im Rahmen der verfügbaren Ressourcen schrittweise erneuern. Die Priorisierung der Verhandlungspartner erfolgt dabei insbesondere nach folgenden Kriterien: wirtschaftliche Bedeutung des Partnerstaats, Bedarf nach zusätzlichem Rechtsschutz für Schweizer Investoren (z. B. falls kein oder nur ein lückenhaftes ISA besteht), Verhandlungswunsch, beziehungsweise Verhandlungsbereitschaft des Partnerstaats sowie erwartete Synergien mit gleichzeitig stattfindenden Verhandlungen über ein Freihandelsabkommen. Solche Synergien können sich aus der Verhandlungsdynamik parallel geführter Verhandlungen über ein Freihandelsabkommen oder dadurch ergeben, dass dieselben Delegierten an beiden Verhandlungen teilnehmen und somit Ressourcen gespart werden.

Bei Neuverhandlungen legt die Schweiz Wert auf die Kohärenz zwischen den ISA und anderen Politikbereichen sowie den Zielen der nachhaltigen Entwicklung. Obschon es sich bei den ISA um Spezialabkommen handelt, welche dem Schutz internationaler Investitionen dienen, ist bei der Aushandlung und Anwendung darauf

zu achten, dass der Investitionsschutz nicht zulasten anderer Politikziele erfolgt. Die ISA müssen beispielsweise so ausgestaltet sein, dass sie mit den SDG vereinbar sind. Konkret bedeutet dies, dass ein Schiedsgericht bei der Anwendung und Auslegung eines ISA die verschiedenen Politikziele berücksichtigen und gegeneinander abwägen muss. Zur Bekräftigung der Politikkohärenz und zur Hervorhebung der Bedeutung dieses Konzepts für die internationalen Investitionen kann in den ISA auf relevante globale Referenzrahmen wie die Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung, die SDG und auf Standards im Bereich der verantwortungsvollen Unternehmensführung verwiesen werden.

Gemeinsame Erklärungen der Vertragsstaaten

Durch eine gemeinsame Vertragsinterpretation in Form einer gemeinsamen öffentlichen Erklärung können die Vertragsparteien die Auslegung einzelner Bestimmungen konkretisieren. Dies ist eine vereinfachte Möglichkeit zur Präzisierung eines Abkommens, da es keiner formellen Vertragsanpassung bedarf. Sie erlaubt aber nicht, den Inhalt der Bestimmungen zu ändern. Dieses Vorgehen kann sinnvoll sein, wenn sich die Vertragsparteien über den Konkretisierungsbedarf einzelner Bestimmungen einig sind und kein Bedarf für eine umfassende Vertragsrevision besteht. Falls in einem Abkommen explizit vorgesehen ist, dass derartige Vertragsinterpretationen für Schiedsgerichte bindend sind, erhalten sie unmittelbar Rechtswirkung. Anderenfalls liegt es im Ermessen der Schiedsgerichte, wie sie diese Interpretationen zusammen mit anderen Aspekten bei der Vertragsauslegung berücksichtigen. Derartige Vertragsinterpretationen sind zurzeit in den ISA der Schweiz nicht explizit vorgesehen. Die Schweiz wird diese Option wenn möglich in zukünftige ISA aufnehmen. Zudem wird sie bei bestehenden ISA fallweise prüfen, ob eine Vertragsinterpretation – eventuell vorübergehend – anstelle einer Vertragsrevision angestrebt werden soll.

Multilaterale Prozesse

Da der Investor-Staat-Schiedsmechanismus weitgehend auf multilateralen Abkommen wie der ICSID-Konvention beruht (vgl. Ziff. 1.2.2), sollten Reformanstrengungen in erster Line auf dieser Ebene angegangen werden. Erfolgreiche multilaterale Prozesse, deren Ergebnisse auf eine Vielzahl von Staaten und Abkommen Anwendung finden, sind zudem effizienter als die Anpassung einzelner bilateraler ISA.

Dies lässt sich mit den neuen UNCITRAL-Transparenzregeln illustrieren, welche heute breite und wachsende Akzeptanz genießen, da sie in einem offenen und universellen Verhandlungsprozess entstanden sind. Die Vertragsparteien bilateraler ISA können in neuen ISA auf diese multilateralen Regeln verweisen, anstatt Ressourcen für die Ausarbeitung je eigener Regeln aufzuwenden. Durch das UNO-Transparenzübereinkommen (vgl. Ziff. 1.3.2) werden zudem alle bestehenden ISA der Unterzeichnerstaaten auf einen Schlag dem neuen Transparenzsystem unterstellt, ohne dass die Abkommen einzeln angepasst werden müssen. Mit derartigen kollektiven Bemühungen ist es somit relativ einfach möglich, Anpassungen auch auf bereits bestehende Abkommen auszudehnen.

2016 wurde auf Initiative der EU und Kanadas ein multilateraler Prozess lanciert, der eine umfassende institutionelle Reform der Investor-Staat-Schiedsverfahren zum Gegenstand hat. Dabei wird auch die Errichtung eines ständigen multilateralen

Investitionsschiedsgerichts mit einer Berufungsinstanz geprüft, welches von den Staaten eingesetzt und an die Stelle der heutigen ad hoc Schiedsgerichte (vgl. Ziff. 1.2.3) treten würde. Schiedsurteile sind heute abschliessend und können nur bei bestimmten Verfahrensfehlern in einem Revisionsverfahren angefochten werden. Eine ständige Institution mit einer Berufungsmöglichkeit könnte demgegenüber zu einer einheitlicheren Auslegung der ISA und somit zu mehr Rechtssicherheit für Investoren und Vertragsstaaten führen. Die Schweiz unterstützt diesen Prozess und hat dazu gemeinsam mit der UNCITRAL im März 2017 zu einer Expertenkonferenz in Genf eingeladen. In der Folge hat die UNCITRAL im Juli beschlossen, die Grundgearbeiten in einer Arbeitsgruppe zu vertiefen mit dem Ziel, 2018 einen Verhandlungsprozess zu beginnen.

Die UNCTAD analysiert die Auswirkungen der ISA auf Entwicklungsländer und fördert den Ausbau von fachlichen Kompetenzen und Kapazitäten in diesen Ländern. Die Schweiz beteiligt sich an diesen multilateralen Arbeiten, die darauf ausgerichtet sind, Entwicklungsländer beim Ausbau von Kapazitäten zu unterstützen, die sie für ISA-Verhandlungen und bei gegen sie geführten Investor-Staat-Schiedsverfahren benötigen.

1.4 Fazit

Internationale Investitionen sind zentral für die wirtschaftliche Entwicklung der Schweiz und ihrer Partnerstaaten. Ausländische Investitionen sind jedoch häufig mit erheblichen politischen Risiken verbunden. ISA stellen mit ihren staatsvertraglichen Garantien und Durchsetzungsmechanismen ein wichtiges Instrument zur Verminderung dieser Risiken dar. Dabei haben sich auch die Investor-Staat-Schiedsverfahren in der Praxis grundsätzlich bewährt. Verschiedene Anwendungsfälle bestätigen die praktische Bedeutung dieser Verfahren für Schweizer Investoren, wobei sie aufgrund der hohen Verfahrenskosten zumeist nur als letztes Mittel und bei Streitfällen mit grosser Schadenssumme genutzt werden.

Obschon die Kritik am internationalen Investitionsschutz nur zum Teil begründet ist, gibt es in verschiedener Hinsicht Verbesserungspotenzial. Die Schweiz strebt durch verschiedene Massnahmen eine Weiterentwicklung des internationalen Investitionsschutzes an. Damit soll auch die internationale Akzeptanz erhöht werden. In diesem Sinn werden die Präzisierung wichtiger Schutzbestimmungen der ISA und die Stärkung der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit bei der Anwendung der Abkommen angestrebt. Auch die Investor-Staat-Schiedsverfahren sollen durch Transparenz, die Vermeidung von Interessenkonflikten und eine stärkere Institutionalisierung reformiert werden. Dabei sind in erster Linie multilaterale Prozesse geeignet, um die Reformanliegen durch breit abgestützte Lösungen umzusetzen. Die Schweiz misst dem Engagement auf multilateraler Ebene erste Priorität bei. Daneben wird sie die schrittweise Erneuerung ihres bestehenden ISA-Vertragsnetzes weiterführen.

Vor dem Hintergrund der zunehmenden Globalisierung der Wertschöpfungsketten und der Digitalisierung der Wirtschaft bleibt die Verstärkung der Rechtssicherheit (z. B. beim Datenschutz) durch den Investitionsschutz von zentraler Bedeutung.

Zugleich müssen ISA der Politikkohärenz Rechnung tragen und den politischen Gestaltungsspielraum insbesondere der Entwicklungsländer im Hinblick auf eine entwicklungsfördernde Investitionspolitik und die Umsetzung der SDG berücksichtigen.

2 Verantwortungsvolle Unternehmensführung

Engagierte und verantwortungsvolle Unternehmen sind ein Erfolgsfaktor des Wirtschaftsstandorts Schweiz. Nutzen und Notwendigkeit der gesellschaftlichen Verantwortung der Unternehmen (*Corporate Social Responsibility*, CSR) sind in der Schweiz allgemein anerkannt. Die CSR umfasst ein breites Spektrum von Themen, darunter Arbeitsbedingungen, Menschenrechte, Umwelt, Korruptionsprävention, Verbraucherinteressen und Steuern, welche für die Unternehmen bei ihren Tätigkeiten im In- und Ausland relevant sind. CSR ist der Beitrag der Unternehmen zur nachhaltigen Entwicklung, die unter anderem zu einer Minderung des Migrationsdrucks beitragen kann.

Der Bund setzt den 2015 verabschiedeten CSR-Aktionsplan³³ konsequent um. Im Juni veröffentlichte der Bundesrat den ersten Bericht zum Stand der Umsetzung.³⁴ Die strategischen Stossrichtungen zur Förderung der CSR haben sich bewährt. In allen Bereichen wurden Fortschritte erzielt. Beispielsweise unterstützte die Schweiz die Erarbeitung eines Instruments der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) zur Sorgfaltsprüfung für institutionelle Investoren³⁵ in inhaltlicher und finanzieller Hinsicht. Zur Umsetzung des 2016 verabschiedeten Nationalen Aktionsplans für Wirtschaft und Menschenrechte³⁶ wurde eine Begleitgruppe eingesetzt, welcher Vertreter der Wirtschaft, der Wissenschaft, von Nicht-Regierungsorganisationen (NGO) und Behörden angehören. Im Rahmen der *Public Private Partnership* zwischen dem Netzwerk Schweiz zur Umsetzung des Globalen Pakts der Vereinten Nationen³⁷ und dem Bund wurden anlässlich des ersten *Swiss Global Compact Dialogue* rund 200 Teilnehmer, darunter auch viele Vertreter von KMU, über die Bedeutung der CSR informiert. Zur Förderung der Transparenz über die Aktivitäten im Bereich der Gewinnung von Mineralien und Metallen unterstützt die Schweiz unter anderem den *Responsible Mining Index*³⁸, der die weltweit grössten Bergbauunternehmen in Bezug auf die Wahrnehmung ihrer gesellschaftlichen Verantwortung bewertet.

Der Nationale Kontaktpunkt (NKP) der Schweiz für die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen hat sich freiwillig einer Prüfung (*Peer Review*) durch die OECD-Arbeitsgruppe zur verantwortungsvollen Unternehmensführung unterzogen.

³³ www.csr.admin.ch > CSR-Positionspapier und Aktionsplan des Bundesrates

³⁴ www.csr.admin.ch > CSR-Positionspapier und Aktionsplan des Bundesrates; der nächste Bericht zum Stand der Umsetzung des CSR-Aktionsplans soll Ende 2019 folgen.

³⁵ <http://mneguidelines.oecd.org/rbc-financial-sector.htm>

³⁶ www.seco.admin.ch > Arbeit > Wirtschaft und Menschenrechte

³⁷ www.globalcompact.ch

³⁸ www.eda.admin.ch/deza > Aktivitäten und Projekte > Projekte > Projektdatenbank > Seco Projekte und www.responsibleminingindex.org/index