

Glück im Unglück?

Das vorläufige Scheitern des EU-China Comprehensive Agreement on Investment

Nach sieben Jahren und insgesamt 35 Verhandlungsrunden war es Ende Dezember 2020 endlich soweit: Die EU und China verkündeten, eine Einigung über das sog. Umfassende Investitionsabkommen (Comprehensive Agreement on Investment, nachfolgend „CAI“) erzielt zu haben. Die Ratifizierung des CAI wurde allerdings im Mai 2021 auf Eis gelegt, nachdem die EU gegen China wegen Menschenrechtsverletzungen Strafmaßnahmen erlassen und China seinerseits hierauf mit Sanktionen reagiert hatte. Während ein umfassendes Investitionsabkommen in vielerlei Hinsicht zu begrüßen gewesen wäre, sollte das vorläufige Scheitern des CAI vor allem als eine Chance verstanden werden, Versäumnisse bei dessen Verhandlung nachzuholen und so sicherzustellen, dass die Interessen europäischer Investoren in China auch wirklich umfassend geschützt werden.

Das umfassende Investitionsabkommen

Mit 1,4 Milliarden Verbrauchern ist China für viele europäische Unternehmen ein wichtiger Absatzmarkt.¹ Während chinesische Unternehmen in der EU aber von weitgehend offenen Märkten profitieren und – oft mit staatlicher Unterstützung, etwa im Zuge der Belt & Road Initiative – umfassende Investitionen in der EU tätigen, bestehen für Investitionen europäischer Unternehmen in China noch zahlreiche Einschränkungen und Hürden.

Im Oktober 2013 erteilte der Europäische Rat der Europäischen Kommission („Kommission“) daher das Mandat, ein umfassendes Investitionsabkommen mit China zu verhandeln.² Dieses Abkommen sollte Zugangshürden für europäische Investoren beseitigen und die bestehenden bilateralen Investitionsschutzabkommen der Mitgliedstaaten „in einem einzigen kohärenten Text“ zusammenführen, sodass „die Verbesserung des Schutzes von EU-Investitionen in China“ sowie „die Verbesserung der Rechtssicherheit in Bezug auf die Behandlung von EU-Investoren in China“ erreicht würden.³

Im Dezember 2020 haben die Kommission und China dann eine Grundsatzvereinbarung verkündet und wenig später einen vorläufigen Text für das Abkommen veröffentlicht.⁴ Der Entwurf sieht u.a. vor, dass der in der Vergangenheit für europäische Unternehmen bestehende Joint-Venture-Zwang mit chinesischen Unternehmen aufgehoben wird. Zudem verpflichtet sich China zu Transparenz, Fairness und Berechenbarkeit für etwaige Zulassungsverfahren.⁵ Auch der von China in der Vergangenheit erzwungene Technologietransfer soll in Zukunft nicht mehr stattfinden.⁶ Die allgemeinen Rahmenbedingungen für europäische Investoren sollten auch dadurch verbessert werden, dass China zusagt, das Handeln seiner Staatsunternehmen nur an wirtschaftlichen Erwägungen auszurichten und transparent bei der Vergabe von bestimmten Subventionen vorzugehen.⁷ Europäischen Investoren soll zu dem Zugang zu den chinesischen Standardisierungsstellen gewährt werden.

Eingeschränkte Durchschlagskraft

Die Kommission hat das CAI als das „ehrgeizigste“ Investitionsabkommen, „das China jemals mit einem Drittland geschlossen hat“, bezeichnet.⁸ Bei genauerem Hinsehen verdichtet sich aber der Eindruck, die Kommission versuche sich an dem Rhetorik-Werkzeugkasten des 45. US-Präsidenten, um ein in vielen Punkten eher ernüchterndes Verhandlungsergebnis

zu überspielen. Tatsächlich hatte China nämlich bereits vor der Grundsatzvereinbarung Zugeständnisse in Kernpunkten des CAI gemacht. So hatte China zum Beispiel schon im Jahr 2018 verkündet, den Joint-Venture Zwang im Automobilsektor ab 2022 aufzuheben. Auch ein Schutz vor erzwungenem Technologietransfer ist seit dem 1. Januar 2020 in dem Foreign Investment Law der Volksrepublik China vorgesehen.⁹

Das CAI beseitigt in seiner aktuellen Fassung auch die strukturelle Ungleichheit hinsichtlich der Marktzugangsmöglichkeiten nicht nachhaltig: Während die EU chinesischen Investoren auf uneingeschränkte Zeit freien Zugang zusichert, hat China sich weiterhin umfassende Eingriffsmöglichkeiten gesichert. Ebenso soll das System sog. Negativlisten, die ausländische Investitionen in ganzen Branchen verbieten oder beschränken, unter dem CAI fortbestehen. Hier muss unbedingt nachgebessert werden.

Ein „umfassendes Investitionsabkommen“ ohne Investitionsschutz

Auch die Suche nach spezifischen Regelungen zum Investitionsschutz im CAI bleibt vergebens. Der Entwurf enthält lediglich vereinzelt sehr eingeschränkte Vorschriften zu einem allgemeinen Diskriminierungsverbot,¹⁰ dem Prinzip der Inländerbehandlung¹¹ und der Meistbegünstigung.¹² Dabei lässt nicht nur der Name „umfassendes Investitionsabkommen“ erwarten, dass es Regelungen zum Schutz einmal getätigter Investitionen vorsieht; die Kommission selbst hatte den Investitionsschutz zu Beginn der Verhandlungen noch explizit als eines der wichtigsten Ziele des CAI genannt.¹³

Regelungen zum Investitionsschutz sind im Kern eine völkerrechtliche Garantie rechtstaatlicher Mindeststandards im Umgang mit ausländischen Investoren. Gerade in einem Land mit so hohem politischem Risiko wie China sind diese von grundlegender Bedeutung. Investitionen zum Aufbau einer Produktions- oder Vertriebsstruktur haben regelmäßig hohe Anfangskosten, die sich dann über lange Laufzeiten amortisieren müssen. Ohne separate Garantien in völkerrechtlichen Abkommen sind Investoren während dieser Zeit auf das Recht und die Gerichte des Gaststaats zum Schutz vor übergriffigen staatlichen Maßnahmen angewiesen. Deshalb sehen Investitionsabkommen regelmäßig bestimmte Mindeststandards vor, an denen sich der Gaststaat messen lassen muss. Dazu gehören zum Beispiel Vorschriften, die (indirekte) Enteignungen nur gegen unverzügliche Zahlung einer



**Arne Fuchs,
LL.M. (GWU)**

ist Rechtsanwalt und Partner aus dem Frankfurter Büro der Kanzlei McDermott Will & Emery Rechtsanwälte Steuerberater LLP. Er ist Global Co-Chair der Gruppe für internationale Schiedsverfahren und Dispute Resolution und vertritt Mandanten in Investor-Staat-Schiedsverfahren ebenso wie in handelsrechtlichen Schiedsverfahren.



Pauline Walde

ist Associate aus dem Frankfurter Büro der Kanzlei McDermott Will & Emery Rechtsanwälte Steuerberater LLP. Sie ist auf internationale Streitbeilegung spezialisiert.

angemessenen und frei verwertbaren Entschädigung zulassen, den Gaststaat verpflichten, ausländische Investoren und ihre Investitionen fair und gerecht zu behandeln oder ausländischen Investoren vollen Schutz und Sicherheit gewähren.

Im CAI heißt es zum Thema Investitionsschutz nur, dass die EU und China die Verhandlungen über den Investitionsschutz sowie die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten fortsetzen und innerhalb von zwei Jahren nach Unterzeichnung des CAI abschließen werden. Das Ziel beider Parteien sei es dabei, auf „modernste Bestimmungen auf dem Gebiet des Investitionsschutzes“ sowie „der Beilegung von Investitionsstreitigkeiten“ hinzuarbeiten.¹⁴

In der jüngsten Vergangenheit hat die Kommission aber immer wieder gezeigt, dass sie darunter eher einen Abbau von Rechten ausländischer Investoren versteht.¹⁵ Dies spiegelt sich auch in den zuletzt von der EU abgeschlossenen Investitionsabkommen mit anderen Ländern wider. Darin hat sie nämlich konsequent darauf hingewirkt, dass Schutzstandards entweder ganz entfallen oder stark eingeschränkt werden.¹⁶ Beispielsweise hat das Recht auf faire und gerechte Behandlung durch den Gaststaat in der „modernen“ Fassung der Kommission einen ganz anderen, wesentlich engeren Wesensgehalt erhalten. Ein Kernanliegen scheint es dabei zu sein, staatliches Handeln in vielen Bereichen gerade einer rechtlichen Kontrolle zu entziehen.

Bemerkenswert ist dabei, dass nun gerade China für einen starken Investitionsschutz eingetreten zu sein

scheint. So hat die Bundesregierung in einer Antwort auf eine Kleine Anfrage zu dem Thema erklärt, dass es im Bereich Investitionsschutz „fortbestehende Interessensgegensätze“ zwischen der EU und China gebe.¹⁷ Diese Interessensgegensätze bezögen sich auf die materiellen Schutzstandards und insbesondere auf das von der Kommission verfolgte Investitionsgerichtssystem.¹⁸ Das bestätigt auch grundlegendere Entwicklungen der chinesischen Politik zum Investitionsschutzrecht: Während China historisch ursprünglich sehr kritisch zu Investitionsschutzabkommen eingestellt war, hat es sich heute auf Platz 2 der Staaten mit den meisten Abkommen „hervorgearbeitet“. ¹⁹ Die Abkommen bieten chinesischen Investoren zunehmend starken Schutz gegen politische Risiken im Ausland. Diese Kehrtwende ging mit der zunehmenden Öffnung und Neuausrichtung der Außen- und Wirtschaftspolitik Chinas einher. Bedenkt man nun auch die globale Ausrichtung der deutschen Wirtschaft, sollte der gegenteilige Ansatz der Kommission kritisch hinterfragt werden.

Was (vorerst) bleibt: Der starke Schutz „alter“ bilateraler Investitionsschutzabkommen

Solange das CAI nicht mit eigenen Investitionsschutzregeln in Kraft treten wird, bleibt europäischen Investoren der Schutz aus 25 bilateralen Investitionsschutzabkommen („BITs“), die diverse Mitgliedstaaten zwischen 1982 und 2009 mit China abgeschlossen haben.²⁰ Diese werden solange gelten, bis ein Abkommen zum Investitionsschutz zwischen China und der EU verhandelt wurde (oder eine der Vertragsparteien das entsprechende BIT kündigt).



Dies kann (überraschenderweise) durchaus ein Vorteil sein. Viele der Mitgliedstaaten, darunter auch Deutschland, haben in der Vergangenheit BITs mit einem hohen Schutzniveau verhandelt.²¹ Investoren aus Staaten mit „schwächeren“ Abkommen können hingegen möglicherweise über die Meistbegünstigungsklausel Schutzstandards aus anderen Abkommen „importieren“. Angesichts der politischen Linie der Kommission ist es unwahrscheinlich, dass das zukünftige Investitionsschutzabkommen zwischen der EU und China ein vergleichbares Schutzniveau erreichen wird.

Fazit

Angesichts der großen Lücken im derzeitigen Entwurf des CAI bleibt zu hoffen, dass die nun eingetretene Zwangspause von den Entscheidungsträgern auf europäischer Seite dazu genutzt wird, ihre Positionen kritisch zu hinterfragen und nachzubessern. Der chinesische Markt hat schon jetzt eine große Bedeutung für europäische Unternehmen und chinesische Investoren erschließen rasant den europäischen Markt. In den nächsten Jahren wird diese Entwicklung weiter zunehmen.

Am Ende sollte daher ein Abkommen stehen, dass die Beschreibung „ehrgeizigste[s]“ Investitionsabkommen, „das China jemals mit einem Drittland geschlossen hat“, tatsächlich verdient. Es muss ein für beide Seiten gleiches Spielfeld geschaffen werden. Die Regelungen zum Schutz europäischer Investitionen in China dürfen nicht hinter den Standards der aktuellen Abkommen zurückfallen.

Hier ist vor allem die deutsche Politik gefragt. Mit dem Abschluss des Deutschland-Pakistan BIT aus dem Jahr 1959 war die Bundesrepublik Deutschland eine Pionierin darin, Investitionsmöglichkeiten zu schaffen und Investitionsrisiken für ihre Unternehmen zu minimieren. Auch unter der Schirmherrschaft der EU dürfen diese Ziele nicht verloren gehen.

- 1 Siehe <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Aussenwirtschaft/laendervermerk-china.html>; siehe auch Pressemitteilung, Schlüsselemente des umfassenden Investitionsabkommens zwischen der EU und China, 30. Dezember 2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_20_2542.
- 2 Siehe https://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/EN/foraff/139062.pdf.
- 3 Pressemitteilung, Kommission schlägt Aufnahme von Verhandlungen über ein Investitionsabkommen mit China vor, 23. Mai 2013, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_13_458.
- 4 Siehe Pressemitteilung, EU und China erzielen Grundsatzvereinigung über Investitionen, 30. Dezember 2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_20_2541; siehe auch <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2237>.
- 5 Siehe Vorläufiger Text des CAI, Abschnitt III, Unterabschnitt 1, Artikel 1 ff.
- 6 Ebd., Abschnitt II, Artikel 3, Nr. 1 lit. (f), Nr. 2 lit. (f), Nr. 3.
- 7 Ebd., Abschnitt II Artikel 3bis und Abschnitt III, Unterabschnitt II, Artikel 8 mit Anhang.
- 8 Pressemitteilung, Schlüsselemente des umfassenden Investitionsabkommens zwischen der EU und China, 30. Dezember 2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_20_2542 (Hervorhebungen nicht wiedergegeben).
- 9 Siehe Reuters, China to open auto market as trade tensions simmer, 17. April 2018, <https://www.reuters.com/article/us-china-autos-regulation-idUSKBN1H00YA>; siehe auch Foreign Investment Law der Volksrepublik China, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-laws/laws/317/china-foreign-investment-law-of-the-people-s-republic-of-china>, Artikel 22.
- 10 Siehe Vorläufiger Text des CAI, Abschnitt II, Artikel 3bis und 3ter.
- 11 Ebd., Abschnitt II, Artikel 4.
- 12 Ebd., Abschnitt II, Artikel 5. Die Formulierung der Meistbegünstigungsklausel ist ähnlich wie im Umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommen EU-Kanada (CETA). Sie sieht vor, dass ein Investor keine Investor-Staat-Streitbeilegung oder materielle Schutzstandards „importieren“ darf.
- 13 Siehe Pressemitteilung, Kommission schlägt Aufnahme von Verhandlungen über ein Investitionsabkommen mit China vor, 23. Mai 2013, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_13_458.
- 14 Siehe Vorläufiger Text des CAI, Abschnitt VI, Unterabschnitt 2, Artikel 3.
- 15 Siehe hierzu auch A. Fuchs & P. Walde, Das Ende des innereuropäischen Investitionsschutzes, ICC Germany Magazin, Ausgabe 11 (November 2020 bis April 2021), https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2021/05/ICC_Germany_Magazin_11-klein.pdf.
- 16 Siehe Umfassende Wirtschafts- und Handelsabkommen EU-Kanada, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3593/download>, Artikel 23.2 und 24.3; EU-Singapur Investitionsschutzabkommen, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5714/download>, Artikel 2.2; EU-Vietnam Investitionsschutzabkommen, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5868/download>, Artikel 2.2.
- 17 Siehe Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Jürgen Trittin, Katharina Dröge, Dr. Franziska Brantner, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Drucksache 19/26509, 18. März 2021, <https://dser.ver.bundestag.de/btd/19/276/1927681.pdf>, S. 4.
- 18 Ebd., S. 5.
- 19 Für mehr Informationen zu Chinas Investitionsschutzpolitik siehe G. M. Vaccaro-Incisa, China's Treaty Policy and Practice in International Investment Law and Arbitration, Brill 2021.
- 20 Siehe <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/42/china>.
- 21 Siehe zum Beispiel <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/736/download>.