

## Scheitern von Investitionsschutzabkommen an kulturellen Belangen am Beispiel des MAI-Abkommens

Annette Froehlich\*

### I. Einleitung

Investitionsschutzabkommen haben in den letzten Jahren enorm an Bedeutung gewonnen und wesentlich zur Rechtssicherheit beigetragen. Angesichts dieser Entwicklung empfiehlt es sich zu analysieren, inwiefern Investitionsschutzabkommen soziale, umweltrechtliche und kulturelle Belange zu berücksichtigen haben. In diesem Zusammenhang bietet sich ein interessanter Verweis auf das Multilaterale Investitionsschutzabkommen (MAI)<sup>1</sup> an, welches als OECD-Projekt im Jahre 1995 eingeleitet wurde. Die Vielzahl an unüberschaubaren, teilweise inkompatiblen bilateralen Abkommen zum Schutz von Auslandsinvestitionen sollte durch dieses einheitliche internationale Regelwerk ersetzt werden.<sup>2</sup> Das Multilaterale Investitionsschutzabkommen sollte ein verbindliches Rechtsinstrument zum Schutz von Investitionen und zur weiteren Liberalisierung der Märkte werden. Es wurde primär für die OECD-Mitgliedsstaaten<sup>3</sup> entwickelt, jedoch sollte es auch Nicht-OECD-Staaten zum Beitritt offen stehen, um die Basis für ein weltweites Investitionsregelwerk festzusetzen. Das MAI-Abkommen wurde auch als „GATT für Investitio-

nen“ bezeichnet und galt als Modell für ein globales Investitionsabkommen<sup>4</sup> im Rahmen der Welt handelsorganisation, gleichsam als Ergänzung zu den Handelsregeln.<sup>5</sup> Das Ziel dieses MAI-Abkommens war geprägt vom Gedanken, ein multilaterales Investitionsabkommen zu verabschieden, welches den Investoren ein hohes Maß an Liberalisierung der Investitionsbedingungen und Schutz der Investitionen garantiert,<sup>6</sup> um in Zeiten der steten Globalisierung auf verlässliche internationale Rechtsbedingungen vertrauen zu können. Zudem sollte es verbindliche, effektive und durchsetzungsfähige Streitschlichtungsmechanismen beinhalten. Das Erarbeiten des MAI-Abkommens fällt aber auch in eine Zeit des aufkommenden Bewusstseins, dass nicht nur wirtschaftliche Belange wichtig sind, sondern auch soziale Themen wie Umweltschutz, Sozialstandard, Menschenrechte und Fortschreiten der Entwicklungsländer.<sup>7</sup> Aufgrund des sich immer stärker abzeichnenden Wettbewerbs unter den Staaten um Direktinvestitionen sollte daher das MAI-Abkommen die Staaten ebenfalls zu gewissen Mindeststandards verpflichten, um Auswüchse zu vermeiden.<sup>8</sup>

Vor diesem Hintergrund stellte sich auch die Frage, ob bestimmte Wirtschaftssparten, wie die Kulturindustrie, von den Investitionsschutzabkommen zum Schutz der eigenen kulturellen Identität ausgenommen werden sollten, bzw. ob auf den kulturellen Bereich spezielle Ausnahmeregelungen zu dessen Schutz Anwendung finden könnten.

\* Dr. Annette Froehlich, Wissenschaftliche Mitarbeiterin, Köln. Nachdruck mit freundlicher Genehmigung aus: *Knahr/Reinisch* (Hrsg.), Aktuelle Probleme und Entwicklungen im Internationalen Investitionsrecht, 2008, S. 35-44

1 Multilateral Agreement on Investment (MAI), <http://www1.oecd.org/daf/mai/index.htm> (18.06.2007).

2 Die OECD konnte für ihr MAI-Projekt bereits auf ihre früheren investitionsrelevanten Regelwerke zurückgreifen, wie der Declaration and Decisions on International Investment and Multinational Enterprises und dem OECD Codes of Liberalisation of Capital Movements and Current of Invisible Operations. Ferner waren die Verhandlungsphasen vom bereits bestehenden NAFTA-Abkommen, dem Energy Charter Treaty und weiteren binationalen Vereinbarungen inspiriert.

3 OECD-Mitgliedsstaaten waren zur jener Zeit 25 Staaten: Australien, Belgien, Dänemark, Deutschland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Island, Irland, Italien, Japan, Kanada, Luxemburg, Mexiko, Niederlande, Norwegen, Neuseeland, Österreich, Portugal, Spanien, Schweden, Schweiz, Türkei, UK, USA.

4 Vgl. Witherell, *The OECD Multilateral Agreement on Investment, Transnational Corporations*, 08/1995, S. 1 ff.; Engering, *The Multilateral Investment Agreement, Transnational Corporations*, 12/1996, S. 147 ff.

5 Vgl. BT-Drs. 13/9704 v. 21.01.1998; vgl. Dolzer in: Graf Vitzthum, *Völkerrecht*, 2004, 3. Aufl., S. 487, Rz. 49.

6 Vgl. Karl, *Das Multilaterale Investitionsabkommen (MAI)*, RIW, 1998, S. 432.

7 Vgl. Annan, *Report of the Secretary-General, Development of Guidelines on the Role and Social Responsibilities of the Private Sector in: Address at the World Economic Forum in Davos* (31.01.1999); U.N. Doc. SG/SM/6881/Rev.1.

8 Vgl. *Das Multilaterale Investitionsabkommen (MAI) und die Umwelt*, Studie für die Friedrich-Ebert-Stiftung, Bonn, vorgelegt vom Institut für ökologische Wirtschaftsforschung, Berlin, 1998, S. 12.

Die Verhandlungen erwiesen sich allgemein als schwierig und viele Bestimmungen wurden kontrovers diskutiert. Das ehrgeizige Projekt scheiterte jedoch letztlich daran, dass keine Einigung in wesentlichen Punkten, wie dem kulturellen Bereich, erzielt werden konnte. In einem ersten Teil sind daher die Bestimmungen des MAI-Abkommens auf ihre allgemeine Akzeptanz zu prüfen (II.), um sich dann in einem weiteren Punkt den diversen spezifischen Ansichten hinsichtlich einer eventuellen Ausnahmeregelung des MAI-Abkommens für den kulturellen Bereich (III.) zu widmen.

## II. Weitreichend umstrittene Bestimmungen

Einige Aspekte und Bestimmungen des MAI-Vertragsentwurfs waren während der Verhandlungen unter den OECD-Mitgliedsstaaten sehr umstritten. Dies betraf insbesondere die umfassende Definition von Investor und Investition, ferner das Nichtdiskriminierungsprinzip, das Verbot von Leistungsaufgaben, die Enteignungs- und Entschädigungsbestimmungen sowie das Streitschlichtungsverfahren.

### 1. Umfassende Definition von Investor und Investition

Der MAI-Abkommensentwurf legt in Art. 1 MAI einen weiten bzw. offenen Investor- und Investitionsbegriff zu Grunde. „Investor“ ist demnach nicht nur ein Staatsangehöriger eines Vertragsstaates, sondern auch jede Person, die dort eine unbeschränkte Aufenthaltsgenehmigung besitzt,<sup>9</sup> sowie juristische Personen, die nach dem jeweiligen nationalen Gesetz eines der Vertragsstaaten gegründet wurden.<sup>10</sup> „Investition“ bezeichnet außerdem jede Art von Vermögenswert im Gastland, der sich mittelbar oder unmittelbar im Besitz oder unter der Kontrolle eines Investors befindet.<sup>11</sup> Dieser umfassenden Definition folgt eine nicht abschließende Liste von Vermögenswerten<sup>12</sup> (Kapitalanlagen, Darlehen, Konzessionen, Gewinnerwartungen, geistiges Eigentum<sup>13</sup> etc.), die als Investition gelten sollen. Das MAI-Abkommen sollte keinesfalls nur auf Direktinvestitionen beschränkt bleiben, sondern auch zukünftige Formen von Investitionen er-

fassen. Welche weiteren Vermögenswerte auch unter diese ungenaue Definition gefallen wären, hätte jedoch erst im Wege der Streitschlichtungsentscheidung geklärt werden müssen. Das Risiko des Gaststaates von einem ausländischen Investor verklagt zu werden, hätte sich somit erheblich erhöht. Zudem wären auch die Portfolio- und indirekten Investitionen bei diesem weiten Investitionsbegriff in den Anwendungsbereich des MAI-Abkommens gefallen. Diesbezüglich bestand aber Unklarheit, ob diese auch unter den Schutz des MAI-Abkommens fallen, wenn der indirekte Investor keinem MAI-Mitgliedsstaat angehört. Diese Ungewissheit missfiel einigen Staaten.<sup>14</sup>

### 2. Nichtdiskriminierung: Inländerbehandlung und Meistbegünstigung

Durch den MAI-Entwurf sollten außerdem die gleichen Markt Zugangsbedingungen für ausländische Investoren wie für nationale Investoren gelten. Dies sollte durch die Prinzipien der Inländerbehandlung und Meistbegünstigung (Annex 3, Art. 2 „Bestimmungen hinsichtlich der Behandlung von Investoren und Investitionen“)<sup>15</sup> gewährleistet werden. Diese unter Art. 2 vorgesehene Erstreckung auf ein einklagbares Recht auf Nichtdiskriminierung hätte jedoch enorme Konsequenzen für inländische Investoren gehabt. So hätte die Umsetzung dieser Prinzipien zu einer Besserstellung ausländischer Investoren geführt, welche in den Genuss inländischer Subventionen gekommen wären, ohne die strengen nationalen Gesetze (bspw. im Umwelt- und Sozialbereich) befolgen zu müssen. Es wäre somit zu keiner Gleichstellung, sondern einer Besserstellung ausländischer Investoren gekommen. Obendrein wurde die Zusammenfassung dieser beiden Prinzipien unter einem Titel als ungeeignet empfunden, da sich folglich deren Umsetzung als schwierig gestaltet hätte. So hätte die Umsetzung der Inländerbehandlung (Gleichbehandlung nationaler und ausländischer Investoren) den Staaten mehr abverlangt und in der Regel mehr Ausnahmen als die Einhaltung des Prinzips der Meistbegünstigung erfordert,<sup>16</sup> das nur gleiche Bedingungen unter den ausländischen Investoren garantieren sollte.<sup>17</sup> Zudem wollten bestimmte

9 Vgl. MAI-Entwurf, Annex 2, Art. 1, a i).

10 Vgl. MAI-Entwurf, Annex 2, Art. 1, a ii).

11 Vgl. MAI-Entwurf, Annex 2, Art. 1, b).

12 Das NAFTA-Abkommen enthält dagegen eine geschlossene Liste betroffener Investitionen.

13 S. ausführlich *Ercolani*, The OECD-MAI Project: possible consequences of including intellectual property, Ent. L.R. 1998, 9(3), S. 125-131.

14 S. dazu ausführlich *Karl*, Das Multilaterale Investitionsabkommen (MAI), RIW, 1998, S. 434.

15 Vgl. MAI-Entwurf, Annex 3, Art. 2.

16 Vgl. *Muchlinski*, The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now?, 2000, 34 Int'l Law. S. 1033.

17 Vgl. das GATS, welches klar zwischen diesen beiden Prinzipien unterscheidet. Deshalb bestehen ge-

Wirtschaftshandelszonen wie die EU Investoren aus dem eigenen Binnenmarkt weiterhin bessere Liberalisierungsbedingungen anbieten bzw. bestimmten Ländern Vorzugsbedingung zukommen lassen (bspw. die EU hinsichtlich der AKP-Staaten), weshalb sie die Zulässigkeit einer sog. REIO-Klausel<sup>18</sup> (begrenzte Freistellung von regionalen Wirtschaftszonen vom Diskriminierungsverbot) forderte.<sup>19</sup>

Zusätzlich sah das MAI-Abkommen unter dem genannten Art. 2 vor, dass diese Grundsätze der Inländerbehandlung und Meistbegünstigung sich auch auf die Investitionszulassung erstreckten.<sup>20</sup> Somit sollte dieses Abkommen erstmalig ausländischen Investoren vor nationalen Gerichten ein einklagbares Recht auf Nichtdiskriminierung bei der Phase vor der eigentlichen Investition einräumen. Auch wenn dies ein großer Schritt zur Marktöffnung gewesen wäre, so hätte dies enorme Konsequenzen für die Vertragsstaaten bedeutet, da interessierte Investoren sicherlich ihre Rechte eingefordert hätten.

Ergänzung hätten diese MAI-Bestimmungen durch die Standstill- und Roll-Back-Klauseln erfahren sollen.<sup>21</sup> Demnach hätte ein grundsätzliches Verbot gegolten, einerseits zukünftig neue Investitionshindernisse einzuführen, welche dem MAI widersprochen hätten.<sup>22</sup> Andererseits wären nationale Gesetze, die dem MAI entgegenstehen, abzuschaffen gewesen. Die Roll-Back-Klausel hätte somit dazu geführt, dass nicht MAI-konforme nationale Bestimmungen in bestimmten Bereichen, wie bspw. Umwelt- und Sozialstandards, geändert bzw. hätten abgeschafft werden müssen.<sup>23</sup>

mäß Art. II GATS für die Meistbegünstigung allgemeine Verpflichtungen, für die Inländerbehandlung hingegen gemäß Art. XVII nur spezifische Verpflichtungen.

18 Regional Economic Integration Organisation.

19 Vgl. BT-Drs. 13/9704 v. 21.01.1998.

20 Vgl. Annex 3, Art. 2, Pkt. 1 „establishment, acquisition, expansion“.

21 Vgl. The Multilateral Agreement on Investment, Commentary to the consolidated text, DAF/MAI(98)8/REV1 v. 22.04.1998, S. 59, Pkt. 1 und Pkt. 2. Diese Klauseln sind nur im Kommentar zum MAI-Entwurf aufgeführt.

22 Die *Standstill*-Klausel wurde als Mindestmaß an Liberalisierungsverpflichtungen angesehen, welche als Ausgangspunkt für später folgende Liberalisierungsmaßnahmen gelten sollte, vgl. OECD, Towards Multilateral Investment Rules, Paris, 1996, Report by Working Group A, Existing Liberalisation, S. 119, Pkt. 3 Standstill provisions.

23 Vgl. *Crane*, Corporations swallowing nations: the OECD and the MAI, 1998, 9 Colo. J. Int'l Envtl. L. &

### 3. Verbot von Leistungsaufgaben

Umstritten war auch das Verbot von Leistungsaufgaben („performance requirements“) gegenüber ausländischen Investoren eines anderen Mitgliedsstaates gemäß Annex 5, Art. 4. Zu den verbotenen Bestimmungen zählten Auflagen mit handelsbeschränkender Wirkung bspw. Exportauflagen (Art. 4, Abs. 1 a), Verordnungen über einen zwangsweisen Technologietransfer (Abs. 1 f), vorgegebene Ansiedlung der Unternehmenszentrale in einer bestimmten Region (Abs. 1 g) und das vorgeschriebene Entrichten eines bestimmten Beitrages für die Forschung und Entwicklung des Gastlandes (Abs. 1 i). Dieses Verbot hätte die Umsetzung diverser nationaler wirtschaftspolitischer Maßnahmen behindert, zumal insbesondere Entwicklungsländer mittels Leistungsaufgaben versuchen, die Wirtschaft ihres Landes positiv zu beeinflussen. Auch das Europaparlament stand diesen MAI-Bestimmungen kritisch gegenüber, da anderenfalls sozial-, umwelt-, struktur- und kulturpolitische Maßnahmen behindert worden wären.<sup>24</sup>

### 4. Enteignungs- und Entschädigungsbestimmungen

Hinsichtlich einer direkten oder indirekten Enteignung von ausländischen Investoren und „Maßnahmen gleicher Wirkung“, sieht der MAI-Entwurf gemäß Annex 3, Art. 5 vor, dass diese Enteignungen von ausländischen Investoren nur im Falle eines Allgemeininteresses (Art. 5, Abs. 1 a) möglich sein sollen. Diese haben aber den Nichtdiskriminierungsgrundsätzen zu entsprechen (Abs. 1 b) und im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften zu erfolgen (Abs. 1 c). Zudem sind umgehend angemessene Entschädigungszahlungen zu leisten (Abs. 1 d und Abs. 2), welche dem Marktwert vor der Enteignung zu entsprechen haben (Abs. 3) und frei transferierbar sein müssen (Abs. 4). Im Verlauf der Verhandlungen wurden jedoch die unpräzisen Begriffe „indirekte Enteignung“ bzw. „Maßnahmen gleicher Wirkung“ bemängelt, da in folgedessen für ausländische Investoren die Möglichkeit bestanden hätte, nationale Gesetze mit finanziellen Folgen für Investoren als derartige Enteignung auszulegen.<sup>25</sup> Dies hätte für Staaten die

Pol'y S. 429 (455).

24 Vgl. Das Multilaterale Investitionsabkommen (MAI) und die Umwelt, Studie für die Friedrich-Ebert-Stiftung, Bonn, 1998, S. 16.

25 Vgl. Annex 3, Art. 5, Fn. 5.

Möglichkeit eingeschränkt, Investitionen an Auflagen zu binden.

### 5. Streitschlichtung und Klagerecht für Unternehmen

Abschließend sah das MAI-Abkommen auch zwei Streitschlichtungsmechanismen vor: Staaten gegen Staaten und Investoren gegen Staaten (nicht umgekehrt).<sup>26</sup> Während das zwischenstaatliche Streitschlichtungsverfahren wenig kritisiert wurde, war das Verfahren, welches künftigen Unternehmen ermöglichen sollte, Staaten für angebliche oder tatsächliche Verletzungen des MAI-Abkommens schadenersatzpflichtig bzw. belangbar zu machen, stark umstritten. Dies betraf insbesondere das Klagerecht der Unternehmen hinsichtlich der Vorinvestitionsphase,<sup>27</sup> obwohl diese Klagemöglichkeit bereits im NAFTA-Abkommen und in diversen binationalen Investitionsschutzabkommen enthalten war.<sup>28</sup> Demnach hätte die Gefahr bestanden, dass Vertragsstaaten aufgrund umweltrechtlicher Bestimmungen von Investoren verklagt worden wären, zumal umwelt- bzw. sozialrechtliche Bestimmungen oftmals mit der Investitionsfreiheit kollidieren.

### III. Die Behandlung der kulturellen Belange im MAI-Abkommen

Neben diesen allgemeinen Kritikpunkten am MAI-Entwurf sorgte jedoch insbesondere die Frage, ob ganze Wirtschaftsbereiche, wie der kulturelle Sektor, vom Anwendungsbereich ausgenommen werden sollten, für heftige Diskussionen. Diese kamen im Verlauf der Verhandlungen auf, da Frankreich und Kanada eine Ausnahme für den kulturellen Bereich zum Schutz des nationalen Kulturgutes beantragt hatten. Demgegenüber hielten die USA aus Gründen der „nationalen Sicherheit“ am Helms-Burton-Act fest, was zu unüberbrückbaren Verhandlungspositionen führte.

<sup>26</sup> The Multilateral Agreement on Investment, Report by the Chairman to the Negotiating Group, DAFFE/MAI(98)17 v. 04.05.1998, S. 6, Pkt. 32.

<sup>27</sup> Vgl. OECD, DAFFE/MAI(98)9/FINAL v. 20.04.1998, S. 3.

<sup>28</sup> Hintergrund für diese Kritik waren die Klagen der *Ethyl Corporation ./. Kanada* und der *Metalclad Corporation ./. Mexiko* gemäß den NAFTA-Bestimmungen. Vgl. auch *Crane, Corporations swallowing nations: the OECD and the MAI*, 1998, 9 Colo. J. Int'l Env'tl. L. & Pol'y S. 429 (449 ff.).

### 1. Frankreichs Forderung nach einer Ausnahmeregelung zum Schutz des nationalen Kulturgutes

Die Aufnahme der geforderten Ausnahmeklausel zum Schutz des nationalen Kulturgutes sollte als eine allgemeine Ausnahme zu sämtlichen Verpflichtungen des MAI-Abkommens, insbesondere der Inländerbehandlung, Meistbegünstigung und Streitschlichtung, gelten.<sup>29</sup> Diese sollte den Vertragsparteien eine Politik zum Schutz und zur Förderung der kulturellen und sprachlichen Vielfalt ermöglichen. Unternehmen, welche diese Vielfalt umsetzen, sollten ebenfalls gefördert werden.<sup>30</sup>

Die kulturelle Ausnahmeklausel hätte jedoch im Bereich der Kulturindustrie (Print, Fernsehen, Film) eine Einschränkung der Anwendung des MAI-Abkommens bedeutet.<sup>31</sup> Deshalb beriefen sich die Befürworter dieser Ausnahmeregelung, die EU und insbesondere Frankreich, auf das GATS-Abkommen, bei dem die EU keine spezifischen Verpflichtungen in diesem Bereich eingegangen war. Ohne diese geforderte Ausnahmeklausel hätte das MAI-Abkommen für den audiovisuellen Bereich bedeutet, dass die im GATS-Abkommen erreichten Sonderfälle hinfällig geworden wären.<sup>32</sup> Die amerikanischen Produzenten hätten folglich von den europäischen Beihilfen profitieren können und auch die EU-Quotenpolitik<sup>33</sup> wäre als diskriminierende Maßnahme qualifiziert worden.

<sup>29</sup> Vgl. OECD, *Le traitement des mesures culturelles dans l'AMI*, DAFFE/MAI(96)29 v. 24.10.1996, S. 1, Pkt. 1.

<sup>30</sup> S. auch *Froehlich*, *Cultural Matters in Investment Agreements and Decisions*, in: Reinisch/Knahr (Hrsg.), *International Investment Law*, 2008, S. 141-150.

<sup>31</sup> Vgl. OECD, *Le traitement des mesures culturelles dans l'AMI*, DAFFE/MAI(96)29 v. 24.10.1996, S. 4, Pkt. 10.

<sup>32</sup> Dies betrifft insbesondere das Prinzip der Inländergleichbehandlung, da das OECD-Abkommen nur die nationale Sicherheit und die öffentliche Ordnung als Ausnahmen vorsah, s. Annex 7 General Exceptions, Pkt. 2 des MAI-Entwurfes.

<sup>33</sup> Vgl. Richtlinie 89/552/EWG des Rates v. 03.10.1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität (Fernsehen ohne Grenzen), ABl. L 298/23 v. 17.10.1989, geändert durch RL 97/36/EG v. 30.06.1997, ABl. L 202/60 v. 30.07.1997. Diese Fernsehrichtlinie enthält eine Quotenregelung, mittels derer Sendeanteile inländischer Produktionen in Fernsehkanälen garantiert werden sollen.

Diese Ansicht wurde jedoch kritisiert. Demnach könne nicht auf das GATS als Referenzgröße verwiesen werden, weil beide Abkommen konträre Liberalisierungsansätze verfolgen. Das MAI-Abkommen sollte, um ein hohes Maß an Liberalisierung zu erreichen, gerade auf alle Bereiche Anwendung finden, außer auf die von den Vertragsstaaten angemeldeten Ausnahmen (top-down-approach).<sup>34</sup> Das GATS hingegen verfolgt eine andere Vorgehensweise, den bottom-up-approach.<sup>35</sup> Demnach steht es den Mitgliedsstaaten frei, bestimmte Wirtschaftsbereiche für den Welthandel zu öffnen, indem sie spezifische Verpflichtungen eingehen.<sup>36</sup> Somit hätte geklärt werden müssen, ob das MAI überhaupt eine abweichende Bestimmung für Maßnahmen zum Schutz und der Förderung der kulturellen Identität beinhalten sollte, und wenn ja, deren Reichweite und Anwendungsbereich. Zudem wäre es von absoluter Bedeutung gewesen, die kulturelle Identität hinsichtlich der Ziele des MAI zu definieren. Ferner hätte abgeklärt werden müssen, ob die MAI-Streitbeilegungsmechanismen auf den kulturellen Bereich hätten Anwendung finden sollen.<sup>37</sup> Alle diese Fragen blieben während der Verhandlungen jedoch ungeklärt, da der MAI-Entwurf eine generelle Ausnahmeklausel zum Schutz der „nationalen Sicherheit“ vorsah.

## 2. Forderungen der USA aus Gründen der „nationalen Sicherheit“

Der MAI-Entwurf sah unter Annex 7 eine generelle Ausnahmeklausel von sämtlichen MAI-Bestimmungen zum Schutz der „nationalen Sicherheit“ vor.<sup>38</sup> Ein Staat hätte sich demnach auf seine na-

tionalen Sicherheitsinteressen berufen können, um den MAI-Verpflichtungen zu entgehen.<sup>39</sup> Diese Ausnahmeklausel war eine zentrale Forderung der USA, um an ihrer föderalen Wirtschaftsgesetzgebung und am Helms-Burton-Act<sup>40</sup> aus Gründen der „nationalen Sicherheit“ festhalten zu können. Die Europäische Union und der Europarat standen diesem Act jedoch sehr kritisch gegenüber, weil europäische Unternehmen von dieser Regelung erheblich betroffen gewesen wären.<sup>41</sup> Dies betraf insbesondere jene Klausel, welche Klagen vor US-Gerichten gegen Unternehmen aus Drittstaaten auf Entschädigung erlaubte, wenn diese auf Kuba Eigentum nutzen/erwerben, welches früher Exilanten gehört hatte. Außerdem wurden die US-Handelsgesetze wegen ihrer extraterritorialen Wirkungen von der EU scharf kritisiert.<sup>42</sup> Aufgrund ihrer Unvereinbarkeit mit den WTO-Bestimmungen hatte die EU daher auch eine Abwehr-Verordnung erlassen.<sup>43</sup>

Nach einer sechsmonatigen Verhandlungsunterbrechung erging daraufhin am 3. Dezember 1998 die offizielle Bestätigung, dass sich Frankreich von den Verhandlungen zurückzieht, worauf das MAI-Projekt aufgegeben wurde.<sup>44</sup>

34 Vgl. *Witherell*, The OECD Multilateral Agreement on Investment, Transnational Corporations, 08/1995, S. 1 ff.

35 Vgl. OECD, Towards Multilateral Investment Rules, Paris, 1996, Report by Working Group A, Existing Liberalisation, S. 119, Pkt. 2 Mechanism for achieving greater liberalisation and stronger commitments on existing obligations.

36 S. ausführlich *Muchlinski*, The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now?, 2000, 34 Int'l Law. S. 1033, bzgl. des Verhältnisses des MAI-Abkommens zu anderen internationalen Vereinbarungen s. *Smith*, The development of a Multilateral Agreement on Investment at the OECD, in: OECD, Towards Multilateral Investment Rules, Paris, 1996, S. 35, Pkt. 4.

37 Vgl. OECD, Le traitement des mesures culturelles dans l'AMI, S. 5, Pkt. III, DAFFE/MAI(96)29 v. 24.10.1996.

38 Vgl. Annex 7 General Exceptions, Pkt. 2a).

39 Diese Generalklausel hätte eine erhebliche Schutzlücke dargestellt, zumal das MAI-Schlichtungssystem bei einer Berufung auf diese Generalausnahmeklausel nicht greifen sollte. Vgl. *Karl*, Das Multilaterale Investitionsabkommen (MAI), RIW, 1998, S. 437. Erst im Verlauf der Verhandlungen wurde eine Einfügung vorgenommen, wonach diese allgemeine Ausnahme zum Schutz vor Enteignung und bei (Bürger-) Kriegsschäden keine Anwendung finden sollte, vgl. Annex 7 General Exceptions, Pkt. 1.

40 Offizieller Titel: Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAT) Act of 1996, verabschiedet am 16.07.1996 und von US-Präsident Bill Clinton danach in Kraft gesetzt. Dieser hat jedoch aufgrund internationaler Proteste ein Veto gegen diesen Art. III eingelegt; ILM 35 (1996), S. 357.

41 Ebenso u. a. Argentinien, Kanada, Mexiko, welche teilweise als Gegenreaktion nationale Gesetze verabschiedeten, um den Auswirkungen dieses US-Act entgegenzusteuern, s. Kanada (*Foreign Extraterritorial Measures Act*) oder Mexiko (*Law of Protection of Commerce and Investments from Foreign Policies that Contravene International Law of Mexico*).

42 Vgl. *Ipsen*, Völkerrecht, 2004, 5. Aufl., S. 682.

43 Vgl. VO (EG) Nr. 2271/96 des Rates v. 22.11.1996 zum Schutz vor den Auswirkungen der extraterritorialen Anwendung von einem Drittland erlassener Rechtsakte sowie von darauf beruhenden oder sich daraus ergebenden Maßnahmen (ABI L 309/7 v. 29.11.1996).

44 Ausführlich vgl. *Regourd*, L'exception culturelle, 2004, S. 92 ff.; Institut français des relations interna-

Das ehrgeizige Projekt scheiterte jedoch nicht nur an den oben genannten strittigen Bestimmungen, sondern auch am Verhandlungsklima und seinem Umfeld.<sup>45</sup> So wurden die sog. „Geheimverhandlungen“ als Abschottung gegenüber den Vertretern zivilgesellschaftlicher Organisationen (NGO) und als Affront gegenüber der demokratischen Willensbildung empfunden.<sup>46</sup> Dies führte zu einer ablehnenden Einstellung in der Öffentlichkeit und in den Medien, was auf politischer Ebene die Suche nach Kompromissen erheblich erschwerte. Zudem wurde der Vorwurf laut, dass derartige Verhandlungen besser im Rahmen der WTO stattfinden sollten, da die OECD mangels Beteiligung der Entwicklungsländer nur eine kleine Staatengemeinschaft umfasse und somit kein repräsentatives Diskussionsforum darstelle. Daher bedürfe es einer internationalen Plattform, wie der WTO oder UNCTAD, jedoch stehen besonders Entwicklungsländer internationalen Investitionsregeln skeptisch gegenüber, weil sie ggf. ihre einheimische Industrie nicht mehr stützen können.<sup>47</sup>

Aus dem Scheitern dieses Investitionsschutzabkommens an kulturellen Belangen wurden auch Lehren gezogen, welche in darauf folgenden Bestrebungen zum Schutz der Investitionen und des kulturellen Bereiches<sup>48</sup> Berücksichtigung fanden. Neben einem enormen Anstieg der bilateralen Investitionsvereinbarungen wurde deshalb auch der Anwendungsbereich investitionsrelevanter Abkommen verringert. So umfasst bspw. der IISD-Entwurf zum International Agreement on Investment for Sustainable Development im Gegensatz zum MAI-Entwurf unter der Definition „Investition“ weder die Portfolio-Investitionen noch kurzfristige Kredite.<sup>49</sup>

Das Scheitern des MAI-Abkommens und die aufkommende Anti-Globalisierungsbewegung führten

tionales, Du cinéma au multimédia. Une brève histoire de l'exception culturelle, 1998, S. 58 f.

45 S. ausführlich *Crane*, Corporations swallowing nations: the OECD and the MAI, 1998, 9 Colo. J. Int'l Env'tl. L. & Pol'y 429 (431 ff.).

46 Im August 1997 wurde eine Zusammenfassung der MAI-Verhandlungen, ein rein internes Dokument, im Internet publiziert, vgl. *Henderson*, The MAI affair: a story and its lessons, 2000, S. 16.

47 Vgl. *Karl*, Das Multilaterale Investitionsabkommen (MAI), RIW, 1998, S. 432.

48 Vgl. *Froehlich*, Entwicklung des Prinzips der *exception culturelle* zur Berücksichtigung kultureller Belange in internationalen Verträgen, KUR, 5/2009, S. 145-150.

49 Vgl. IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development <http://ita.law.uvic.ca/investmenttreaties.htm> (27.06.2007).

hinsichtlich des kulturellen Bereiches jedoch auch zur Erkenntnis, dass Handelsvereinbarungen nicht der richtige Rahmen zum Schutz der Kultur seien. Der Erhalt der kulturellen Vielfalt sollte nicht mehr nur als ein Aspekt angesehen werden, der von Handelsabkommen auszunehmen sei, sondern wandelte sich zu einem Selbstzweck.<sup>50</sup> Folglich begannen die ersten Bestrebungen für die Erarbeitung eines internationalen Abkommens zum Schutz der kulturellen Vielfalt, welches im Oktober 2005 als „Übereinkommen zum Schutz und zur Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen“<sup>51</sup> trotz Widerstand der USA von der UNESCO-Generalkonferenz verabschiedet wurde und am 18. März 2007 als eigene internationale Vereinbarung in Kraft trat.<sup>52</sup> Dieses Übereinkommen schafft eine völkerrechtlich verbindliche Grundlage für das Recht aller Staaten auf eigenständige Kulturpolitik.<sup>53</sup>

50 *Bernier*, Die Schlacht um die kulturelle Vielfalt, Schweizer Autorengesellschaft, Nr. 3, 2004, S. 2.

51 Offizieller Text unter <http://portal.unesco.org/culture> (27.06.2007).

52 Vgl. [http://portal.unesco.org/culture/fr/ev.php-URL\\_ID=11281&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/culture/fr/ev.php-URL_ID=11281&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html) (27.06.2007).

53 Vgl. *Froehlich*, UNESCO-Konvention zum Schutz kultureller Vielfalt und ihre kontroverse Anerkennung, KUR, 1/2010, S. 9-14; *Froehlich*, Das Verhältnis von Kultur und WTO, UNESCO-Konvention zum Schutz und zur Förderung der kulturellen Vielfalt: eine Beschränkung völkerrechtlicher Handelsnormen?, in: *Hilf et al.* (Hgs.), Perspektiven des Internationalen Wirtschaftsrechts, 2008, S. 97-116.