

**Investoren-Staat-Streitschlichtung (ISDS)
aus ökonomischer Sicht –
Notwendigkeit, Probleme, Perspektiven**

Dissertation

zur Erlangung des Grades

Doktor der Wirtschaftswissenschaft (Dr. rer. pol.)

der Juristischen und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

vorgelegt von

M.Sc. Jan Engelhardt, LL.M.oec.

Halle (Saale),

Mai 2019

1. Gutachter: Prof. Dr. Martin Klein
2. Gutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Blum
3. Gutachterin: Prof. Dr. Claudia Becker

Tag der Verteidigung: 11. Juli 2019

Inhaltsverzeichnis

Abbildungsverzeichnis	V
Tabellenverzeichnis	VI
Abkürzungsverzeichnis	VII
1 Einleitung.....	1
1.1 Relevanz und Problemstellung	1
1.2 Vorgehen	4
2 Investment, IIA und ISDS – aktueller Stand und Entwicklungen	6
2.1 Foreign Direct Investments (FDI).....	6
2.2 International Investment Agreements (IIA)	8
2.3 Investor State Dispute Settlement (ISDS) und ISDS-Streitigkeiten	13
2.4 Die wichtigsten ISDS-Schlichtungsstellen.....	20
2.5 Investor-State-Dispute-Settlement in aktuellen Verhandlungen zu Freihandelsabkommen.....	22
2.6 Internationale Streitschlichtung auf anderen Ebenen.....	25
3 Investitionsschutz – aktueller Stand und Motive für ISDS-Regelungen aus Sicht der beteiligten Parteien	28
3.1 Schutz von Investitionen aus Sicht der Staaten.....	29
3.1.1 Anziehen von Direktinvestitionen	29
3.1.2 Schutz der inländischen Investoren	32
3.1.3 Weitere mögliche Auswirkungen.....	33
3.2 Schutz von Investitionen aus Sicht der Investoren.....	35
3.2.1 Kategorisierung der internationalen Investitionsschutzregelungen	35
3.2.2 Bestehender Schutz von Investitionen außerhalb von IIA	38
3.2.3 Schutz von Investitionen innerhalb von IIAs	42
3.3 Zwischenfazit zum Schutz von Investitionen aus Sicht der beteiligten Parteien	47
4 Ökonomische Analyse der Notwendigkeit von ISDS-Regelungen	50
4.1 Ansatzpunkte und Voraussetzungen für die ökonomische Analyse im Bereich von ISDS-Regelungen.....	50
4.2 Zeitliche Inkonsistenzen - das Modell von Kydland und Prescott.....	53
4.3 Investorenschutz als Hold-up-Problem.....	68

4.4 Zwischenfazit	79
5 Probleme und Kritik des ISDS-Regimes sowie Reformvorschläge	82
5.1 Globale Ungleichgewichte bei ISDS-Streitigkeiten.....	83
5.1.1 Die Datenlage zu globalen Ungleichgewichten	83
5.1.2 Ein Blick auf die EU.....	92
5.2 Kritikpunkte im Bereich des ISDS-Regimes.....	96
5.2.1 Kritik an Investoren-Staat-Streitschlichtungsregelungen	97
5.2.1.1 Beschneidung der Befugnisse des Staates zur Regulierung und Regulatory Chill	97
5.2.1.2 Treaty Shopping und Forum Shopping	101
5.2.1.3 Unvereinbarkeit mit Europarecht.....	104
5.2.1.4 Bevorzugung (bestimmter) ausländischer Investoren.....	106
5.2.1.5 Asymmetrie zwischen Staat und Investor	108
5.2.2 Kritik am Streitschlichtungsprozess	109
5.2.2.1 Zusammensetzung der Tribunale und Auswahl der Schlichter.....	109
5.2.2.2 Fehlende Berufungsinstanz	110
5.2.2.3 Mangelnde Transparenz	111
5.3 Schlussfolgerung und Auswirkungen für ISDS-Regimes weltweit	112
6 Reformvorschläge im Bereich des ISDS-Regimes.....	116
6.1 Reformvorschläge für Investor-Staat Streitschlichtungsregelungen	119
6.1.1 Wahrung des Regulierungsspielraumes des Staates	119
6.1.2 Forum shopping und Verhältnis zu nationalen Gerichten.....	123
6.1.3 Symmetrische Regeln – Rechte und Pflichten für Staaten und Investoren.....	125
6.2 Reformvorschläge für den Streitschlichtungsprozess	127
6.2.1 Transparenz	127
6.2.2 Vorauswahl von Streitschlichtern und Schaffung einer Berufungsinstanz	129
6.2.3 Internationaler Schiedsgerichtshof.....	131
6.2.4 Weitere Vorschläge	133
6.3 Neuregelung der Intra-EU BITs	134
6.4 Zusammenfassende Bewertung der Reformvorschläge.....	136
7 Fazit.....	141
Anhang.....	144
Literaturverzeichnis	151

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 2-1: Jährliche Flüsse an empfangenen FDI in Milliarden US-Dollar	8
Abbildung 2-2: Anzahl der jährlich initiierten ISDS-Klagen seit 1993 mit gleitendem dreijährigen Durchschnitt	15
Abbildung 2-4: Ergebnis der Streitschlichtungsverfahren	18
Abbildung 2-5: Ergebnis der beendeten Streitschlichtungsverfahren	19
Abbildung 2-6: Anzahl der ISDS-Fälle der wichtigsten Streitschlichtungsstellen..	21
Abbildung 2-7: Relevante Verträge nach Abschlusszeiträumen.....	23
Abbildung 4-1: Zeitlicher Ablauf im Modell von Kydland und Prescott.....	54
Abbildung 4-2: Zeitlicher Ablauf übertragen auf den Fall von FDI	57
Abbildung 4-3: Zeitlicher Ablauf in einem klassischen Hold-up-Fall	71
Abbildung 4-4: Zeitlicher Ablauf des Hold-up Falles übertragen auf FDI	73
Abbildung 5-1: Globale Vernetzung durch ISDS-Fälle	84
Abbildung 5-2: Heimatstaaten der klagenden Investoren.....	85
Abbildung 5-3: Beklagte Staaten	86
Abbildung 5-4: Absoluter Vorteil	87
Abbildung 5-5: Berechneter nationaler CR-Index und logarithmierte Anzahl der Fälle	89
Abbildung 5-6: Berechneter nationaler CR Index für $n \leq 16$	90
Abbildung 5-7: Berechneter nationaler CR Index für $n > 16$	90
Abbildung 5-8: Netzwerk ISDS-Fälle mit der EU im Zentrum	93
Abbildung 5-9: ISDS-Fälle innerhalb der EU – Netzwerkdarstellung.....	95
Abbildung A-1: Nettotransfers des Staates als Anteil am Bruttonationaleinkommen in Entwicklungs- und Schwellenländern dargestellt nach Quartalen nach Amtsantritt (Jahre 1979-1998).....	147
Abbildung A-2: Netzwerkdarstellung ISDS-Fälle, EU ins Zentrum gerückt, komplette Ansicht.....	148
Abbildung A-3: Absolute Vorteile der Länder und zugehörige Anzahl an Fällen	149
Abbildung A-4: Netto-FDI-Bestände pro Kopf und CR-Index	150

Tabellenverzeichnis

Tabelle 2-1: Nationen mit der größten Anzahl an IIAs, sortiert nach Anzahl an BITs.....	11
Tabelle 2-2: Mutmaßliche und festgestellte Vertragsverletzungen	16
Tabelle 2-3: Systematisierung verschiedener Streitschlichtungsformen	26
Tabelle 4-1: Kosten und Nutzenkalkül bei Investition aus Sicht des Investors	58
Tabelle 4-2: Kosten und Nutzenkalkül aus Sicht des Politikers.....	60
Tabelle A-1: Global führende Länder im Bereich FDI (outward) im Jahr 2017, nach Beständen geordnet	144
Tabelle A-2: Global führende Länder im Bereich FDI (inward) im Jahr 2017, nach Beständen geordnet	144
Tabelle A-3: Länder mit mehr als 10 ISDS-Fällen als Heimatstaat des Investors.....	145
Tabelle A-4: Länder mit mehr als 20 ISDS-Fällen als beklagter Staat.....	146

Abkürzungsverzeichnis

ADR	Alternative Dispute Resolution
BIT	Bilateral Investment Treaty
CETA	Comprehensive Economic and Trade Agreement
DSB	Dispute Settlement Body
EU	Europäische Union
FDI	Foreign Direct Investment
i.d.R.	in der Regel
IIA	International Investment Agreement
ISDS	Investor State Dispute Settlement
ICSID	International Centre for Settlement in Disputes
OECD	Organization for Economic Co-operation and Development
PCA	Permanent Court of Arbitration
SCC	Stockholm Chamber of Commerce
TIP	Treaty with Investment Provisions
TPP	Trans-Pacific Partnership
TTIP	Transatlantic Trade and Investment Partnership
u.a.	unter anderem
UN	United Nations
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
WTO	World Trade Organization

1 Einleitung

1.1 Relevanz und Problemstellung

Investitionen spielen eine entscheidende Rolle für Wachstum und Wohlstand eines Landes (Borensztein, De Gregorio, & Lee, 1998; Choe, 2003; Faras & Ghali, 2009) und sind darüber hinaus Triebfeder einer verstärkten Globalisierung und des internationalen Handels (Pantulu & Poon, 2003; Liu, Xu, & Akamavi, 2016). Mit zunehmender Globalisierung stehen besonders langfristige Investitionen, die grenzüberschreitenden Charakter aufweisen, im Fokus.

So selbstverständlich grenzüberschreitende Investitionen in einer Welt mit globalisierten Waren- und Finanzmärkten sind, so unsicher kann sich für den Investor das Schutzniveau dieser Investitionen darstellen. Für den Investor stellt sich die offensichtliche und nicht immer eindeutig zu beantwortende Frage nach dem zuständigen Gericht bei potenziellen Streitigkeiten (Griebel, 2008). Außerdem bestehen für ihn Unsicherheiten bezüglich des nationalen Rechtssystems des Gaststaates der Investition, der Unabhängigkeit der nationalen Gerichte sowie der Vollstreckbarkeit möglicher Urteile (u.a. Besch, 2008; Bronckers, 2015; Oberhammer, 2015; Reinisch, 2015a). Damit trägt der Investor neben dem betriebswirtschaftlichen Risiko einer jeden Investition ein (möglicherweise erhöhtes) Rechtsrisiko. Ein erhöhtes Risiko kann wiederum auf mikroökonomischer Ebene zur Unterlassung von wünschenswerten Investitionen führen, das Ergebnis ist Unterinvestment¹ (Kohler & Stähler, 2016, S. 1).

Instrumente, die an diesem Problem anknüpfen, sind sogenannte Investitionsschutzabkommen. In diesen zwischen Staaten geschlossenen Abkommen verpflichten sich die Vertragsparteien, bestimmte Schutzstandards für ausländische Investitionen einzuhalten, indem sie beispielsweise ausländische Investoren gegenüber inländischen Investoren nicht schlechterstellen und bestimmte weitere Schutz-

¹ Als Unterinvestment wird in der Arbeit eine Abweichung des Investitionsniveaus vom sozialen Optimum bezeichnet. Dieses Phänomen beschreiben auch Kohler und Stähler (2016, S. 1), ohne jedoch den Begriff des Unterinvestments zu nutzen.

standards einhalten (Reinisch, 2015b, S. 402). Ziel der Staaten ist es, durch Investitionsschutzabkommen mehr Investitionen anzuziehen (Neumayer & Spess, 2005, S. 1567) und schlussendlich Wachstum und Entwicklung anzukurbeln (Klein M., 2014, S. 464).

Neben Schutzstandards wird in Investitionsschutzabkommen geregelt, wie mit möglichen Disputen zwischen Investoren und Staaten umzugehen ist. Die Vielzahl der Abkommen setzt für Streitigkeiten auf Investoren-Staat-Streitbeilegungsregelungen (im englischen Investor-State-Dispute Settlement oder kurz ISDS). (OECD, 2012, S. 8) ISDS-Bestimmungen sind ein relativ neues Phänomen und stellen eine Besonderheit im internationalen öffentlichen Recht dar, indem sie Investoren die Möglichkeit einräumen, Schadensersatzansprüche gegenüber Staaten direkt vor privaten Tribunalen durchzusetzen (Hindelang & Krajewski, 2016, S. 4).

Die steigende Anzahl an Disputen zwischen Investoren und Staaten in den letzten Jahren belegt die hohe Relevanz dieses Instrumentes für Investoren und Staaten. So ist gleichermaßen mit stark steigenden Direktinvestitionen weltweit auch die Anzahl der Dispute gestiegen. Lag die Anzahl der Streitigkeiten in den 1990er Jahren noch größtenteils im einstelligen Bereich, wurde im Jahr 2011 die Grenze von 50 initiierten ISDS-Fällen jährlich nachhaltig überschritten (UNCTAD, 2018a). Mit der steigenden Anzahl der Streitigkeiten und höheren Schadensersatzansprüchen der Investoren stiegen zugleich das zivilgesellschaftliche Interesse und der Widerstand von verschiedenen Seiten. Besonders deutlich wurde dies bei den Verhandlungen zu TTIP und CETA, die speziell in der EU von umfangreichen Diskussionen und Demonstrationen begleitet wurden (Hindelang & Krajewski, 2016, S. 2). Die Möglichkeit von Investoren, Staaten direkt zu verklagen, ist eines der Hauptargumente der Kritiker gegen die verhandelten Abkommen und droht zum Zünglein an der Waage zu werden.

Auch von Seiten der Staaten ist die Praxis der Streitbeilegung nicht unumstritten. So sind Staaten unterschiedlich stark in das globale System von Investitionsschutzabkommen eingebunden und befinden sich in unterschiedlichen Phasen der Integration. Während einige Staaten neue Abkommen verhandeln und abschließen,²

² So beispielsweise die Europäische Union, die eine Reihe von Investitionsschutzabkommen verhandelt (Europäische Kommission, 2019).

beginnen andere Staaten, dem System den Rücken zu kehren und Investitionsschutzabkommen aufzukündigen oder auslaufen zu lassen (Peinhardt & Wellhausen, 2016, S. 572 ff.).

Es ist daher nicht vermessen, zu behaupten, dass das globale ISDS-System am Scheideweg steht.

Bisherige Forschung zum Thema Investitionsschutzabkommen und Investor-State-Dispute-Settlement fokussiert – von wenigen Ausnahmen abgesehen – entweder stark auf die ökonomische oder die juristische Sicht. Für Ökonomen steht konkret der Effekt von Investitionsschutzabkommen auf Direktinvestitionen im Fokus (u.a. bei Hallward-Driemeier, 2003; Egger & Merlo, 2007; Berger, Busse, Nunnenkamp & Roy, 2013; Bellak, 2015; Colen, Persyn & Guariso, 2016; Aisbett, Busse, & Nunnenkamp, 2018). Von der konkreten Ausgestaltung der Abkommen und damit auch die Absicherung über ISDS-Regelungen, wird dabei in der Regel abstrahiert. Aus juristischer Perspektive geht es eher um das Schutzniveau internationaler Investitionen und Probleme der Zuständigkeit, der Unabhängigkeit der Rechtsprechung oder der Durchsetzbarkeit und Vollstreckbarkeit von Urteilen (u.a. bei Gaukrodger & Gordon, 2012; Kleinheisterkamp, 2014; Tietje & Baetens, 2014; Quick, 2015).

Ein fundierter interdisziplinärer Ansatz, welcher die ökonomischen und juristischen Argumente zur Notwendigkeit und Ausgestaltung des Investor-State-Dispute-Settlement-Systems zusammenbringt, um Rückschlüsse zu treffen, fehlt bisher (Van Aaken, 2019; Gaukrodger & Gordon, 2012; Sasse, 2011).³

An dieser Stelle setzt diese Arbeit an. Ziel ist es, zu ergründen, warum Investitionsschutzabkommen mit Investor-State-Dispute-Regelungen aus juristischer Sicht und ökonomischer Sicht nötig sind, wo die Hauptprobleme im aktuellen System bestehen und wie sich das globale ISDS-Regime weiterentwickeln muss, um in Zukunft

³ Van Aaken (2019, S. 554), wie auch Sasse (2011, S. 1) sprechen von fehlender ökonomischer Analyse im internationalen Investitionsrecht. Sasse liefert in Folge dessen einen Beitrag speziell für Bilateral Investment Treaties (BITs), das ISDS-System ist in seinen Betrachtungen weitgehend ausgeklammert. Die Notwendigkeit eines interdisziplinären Ansatzes stellen Gaukrodger und Gordon (2012, S. 8) heraus.

ein global akzeptiertes System zur Gewährleistung eines sicheren Investitionsumfeldes darzustellen.

Dazu wird die ökonomische Sichtweise in dieser Arbeit um juristische Argumente zur Notwendigkeit, zur Ausgestaltung und zu bestehender Kritik an ISDS-Regelungen im System des internationalen Investitionsschutzes erweitert. Ein solcher interdisziplinärer Ansatz ist nötig, da im Bereich des Investitionsschutzes ein ökonomisches Ziel, namentlich ein hohes Investitionsniveau⁴, mithilfe juristischer Regelungen und Verträge erreicht werden soll, indem den Investoren ein stabiles Investitionsumfeld auch bei grenzüberschreitenden Investitionen garantiert wird.

Darüber hinaus wird die globale Dimension der Verflechtung über ISDS-Fälle und die sich ergebende globale Struktur in der bisherigen Forschung vernachlässigt. Hier leistet diese Arbeit einen Beitrag, indem die globale Verflechtung durch ISDS-Streitigkeiten dargestellt und analysiert wird. Mittels der gewonnenen Erkenntnisse wird eine Diagnose bezüglich des Zustandes des ISDS-Systems getätigt und aktuelle Kritik in diesen Zustand eingeordnet.

1.2 Vorgehen

Die Bedeutung des Themas wird in Kapitel 2 anhand der Entwicklungen rund um Direktinvestitionen, Investitionsschutzabkommen und insbesondere der Streitigkeiten nähergebracht. Hauptsächliche Datenquellen sind der „International Investment Agreement Navigator“ (UNCTAD, 2018b) sowie der „Investment Dispute Settlement Navigator“ (UNCTAD, 2018a) der United Nations. Dies sind relativ neue, öffentlich zugängliche Datenbanken, die Informationen zu allen bekannten Investitionsschutzabkommen (IIAs) und Streitigkeiten zwischen Investoren und Staaten vor einem internationalen Tribunal (ISDS) enthält.

Anschließend wird in Kapitel 3 der Schutz von internationalen Investitionen beleuchtet, um die zugrundeliegenden Motive von Investoren und Staaten für oder gegen den Abschluss von Investitionsschutzabkommen mit integrierten ISDS-Regelungen

⁴ Investitionen können hier auch als Instrument auf einem Weg zu globalem Wohlstand und Prosperität angesehen werden.

zu ergründen. An dieser Stelle wird auch analysiert, ob Regeln außerhalb von Investitionsschutzabkommen ausreichen, um aus juristischer Sicht den Schutz von FDI sicherzustellen.

In Kapitel 4 werden Antworten auf die Fragen gesucht, ob und warum aus ökonomischer Sicht Investitionsschutzabkommen mit ISDS-Regelungen notwendig sind. Dabei wird die besondere Situation von grenzüberschreitenden Investitionen berücksichtigt, bei denen der Staat gleichzeitig Regelsetzer und Vertragspartner ist. Es werden zwei wesentliche Problembereiche identifiziert: Einerseits bestehen zeitliche Inkonsistenzen und andererseits werden Nachverhandlungen möglicherweise einseitig erzwungen, wenn Kosten bereits versenkt sind. Zur ökonomischen Analyse werden die zugehörigen Theorien von Kydland und Prescott (1977) bzw. von Hart und Moore (1988; 2008) aufgegriffen und auf den Fall von FDI übertragen. Anschließend werden durch den Vergleich von erwarteten Auszahlungen Aussagen für das Investitionsniveau abgeleitet und daraus Schlüsse für die ökonomische Notwendigkeit von ISDS gezogen.

Nach der juristischen und ökonomischen Analyse der Notwendigkeit von ISDS-Regelungen folgt in Kapitel 5 eine Auseinandersetzung mit Problemen und bestehender Kritik im Bereich von ISDS-Regelungen. In einem ersten Schritt werden die globale Situation und die Position einzelner Staaten innerhalb des Systems anhand eines selbst entwickelten Index analysiert und dargestellt. Anschließend geht die Arbeit auf aktuelle Kritik an Streitschlichtungsregeln und dem Streitschlichtungsprozess ein. Ziel ist es, dem Leser durch Vermittlung der globalen Situation und bestehender Kritik ein Verständnis für die aktuelle Krise von ISDS-Regelungen zu vermitteln, bevor sich Kapitel 6 abschließend mit Reformvorschlägen und möglichen Weiterentwicklungen des ISDS-Systems befasst. Dabei wird einerseits auf bestehende Kritik und andererseits speziell auf die Erkenntnisse der Kapitel 3 und 4 zurückgegriffen, um aktuelle Entwicklungen und Reformvorschläge zu bewerten sowie wirtschaftspolitische Empfehlungen im Bereich des Investitionsschutzes abzuleiten.

2 Investment, IIA und ISDS – aktueller Stand und Entwicklungen

2.1 Foreign Direct Investments (FDI)

Als Folge der stärkeren globalen Liberalisierung von Marktzugängen haben sich Finanzmärkte zunehmend zu einem globalen Gerüst der Weltwirtschaft entwickelt. Verstärkt wird dieses Phänomen durch die fortschreitenden technischen Innovationen in Kommunikations- und Datenverarbeitungstechnologien. Die stärkere globale Vernetzung ermöglicht es – durch die niedrigeren Transaktionskosten und gestiegene Liberalisierung – Investoren verschiedenster Nationalitäten, global zu investieren. (OECD, 2008, S. 14) Zunehmende Arbeitsteilung und damit verbundene steigende Realströme befeuern Investitionen zusätzlich, da Investitionen eng mit Realströmen verbunden sind und ein Substitut für reinen Warenverkehr darstellen (Klein & Engelhardt, 2015, S. 545).

Ausländische Direktinvestitionen (FDI) sind ein Schlüsselement der fortschreitenden wirtschaftlichen Integration und werden von der OECD (2008, S. 17) als grenzüberschreitende Investitionen bezeichnet, bei denen der Investor ein strategisch langfristiges Interesse und einen signifikanten Einfluss auf das Management eines Unternehmens außerhalb des Heimatlandes des Investors hat. Ein langfristiges Interesse wird dabei laut OECD angenommen, wenn der Investor mindestens 10% der direkten oder indirekten Stimmrechte an einem Unternehmen erwirbt (OECD, 2008, S. 48 f.).

Bei der Betrachtung von FDI muss nach Flüssen und Beständen unterschieden werden. Dabei bezeichnen Bestände einen Wert zu einem bestimmten Zeitpunkt, während Flüsse die Veränderungen in einem bestimmten Zeitraum beschreiben. Sowohl Flüsse als auch Bestände lassen sich darüber hinaus nach ihrer Richtung kategorisieren. Unterschieden werden in *outward* (getätigte) und *inward* (empfangene) Direktinvestitionen, was insbesondere bei der regionalen Betrachtung auf Länderebene von Bedeutung ist.⁵

⁵ Bei der globalen Betrachtung von FDI sollte dies keine Rolle spielen, da getätigte und empfangene Direktinvestitionen sich entsprechen sollten. Trifft dies im Bereich der Bestände ungefähr zu, gibt es bei den Flüssen in den einzelnen Jahren doch erhebliche Abweichungen (UNCTADstat, 2018). Als Grund plausibel erscheinen hier Abweichungen bei den Melde- und Verbuchungszeitpunkten.

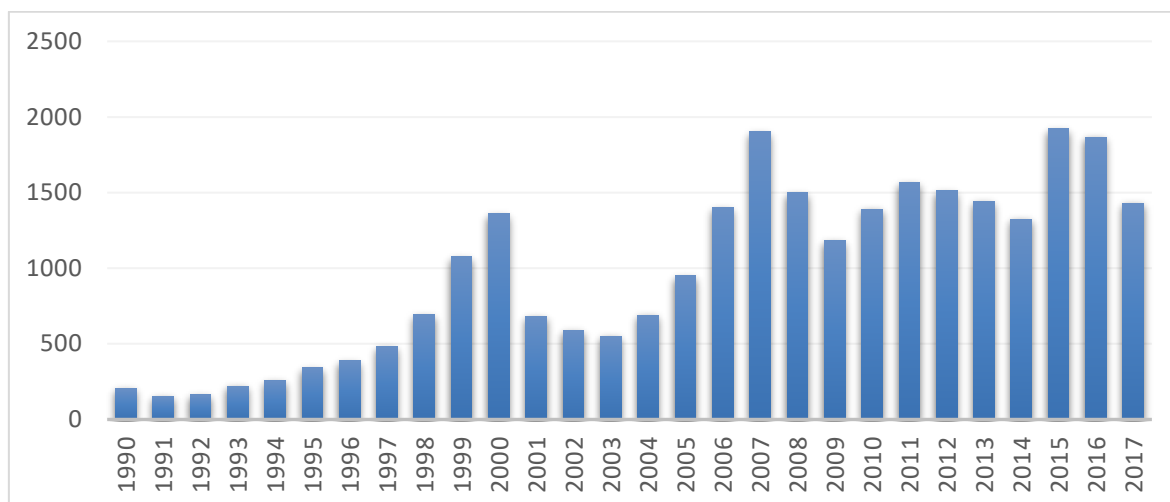
Die Höhe des FDI-Bestandes hat sich in Vergangenheit aus den genannten Gründen sprunghaft erhöht. So liegt der Bestand an FDIs laut United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) im Jahr 2017 bei über 31 Billionen US-Dollar weltweit, was in etwa dem 14-fachen des Bestandes im Jahr 1990 entspricht. Besonders stark stieg der Bestand an empfangenen Direktinvestitionen in diesem Zeitraum in Entwicklungsländern. Lag der Bestand an empfangenen Direktinvestitionen in Entwicklungsländern im Jahr 1990 noch bei rund 509 Milliarden US-Dollar, stieg der Bestand im Jahr 2017 auf über 10 Billionen US-Dollar, was einer durchschnittlichen jährlichen Wachstumsrate von 12% entspricht. (UNCTADstat, 2018)

Dabei weisen einige Staaten besonders intensive FDI-Aktivitäten auf. Die Länder mit dem weltweit größten Bestand an getätigten Direktinvestitionen (outward) im Jahr 2017 sind: USA, China (inklusive Hong Kong), Deutschland, die Niederlande, das Vereinigte Königreich und Japan.⁶ Diese sechs Staaten stehen für einen Bestand an getätigten Investitionen im Ausland in Höhe von 17,3 Billionen US-Dollar und damit mehr als die Hälfte des globalen Bestandes an getätigten Direktinvestitionen im Jahr 2017. (UNCTADstat, 2018)

Auf der Empfängerseite der Direktinvestitionen mit Hinblick auf den Bestand finden sich einige der aktiven Entsendestaaten ebenfalls wieder. Die Reihenfolge ist absteigend wie folgt: USA, China (inklusive Hong Kong), das Vereinigte Königreich, Singapur, Kanada und die Schweiz. Diese Staaten sind mit insgesamt 16,2 Billionen US-Dollar die größten Empfängerstaaten und stehen wiederum für mehr als die Hälfte des globalen Bestandes an FDI auf der Empfängerseite. (UNCTADstat, 2018) Ausgelöst ist die starke Zunahme des Bestandes durch den sprunghaften Anstieg der jährlichen Flüsse an Fremdwährungsdirektinvestitionen seit 1990, wie in Abbildung 2-1 illustriert.

Betrugen diese im Jahr 1990 noch etwa 200 Milliarden jährlich, wurden im Jahr 2017 1,43 Billionen US-Dollar neu investiert (UNCTADstat, 2018). Der Wert bleibt damit hinter den Höchstwerten von 2015 und 2016 zurück.

⁶ Tabelle A-1 im Anhang listet die führenden Staaten im Bereich FDI (outward) mit zugehörigen Beständen auf.

Abbildung 2-1: Jährliche Flüsse an empfangenen FDI in Milliarden US-Dollar

Quelle: Eigene Darstellung mit Daten der UNCTAD (UNCTADstat, 2018).

2.2 International Investment Agreements (IIA)

Eng verbunden mit der starken Zunahme der Flüsse und des Bestandes an FDI ist die Geschichte von International Investment Agreements, kurz IIAs oder auch schlicht als Investitionsschutzverträge bezeichnet. In diesen wird der Umgang des Staates mit Investitionen in seinem Hoheitsgebiet geregelt (Griebel, 2008, S. 68).⁷ In Kapitel 2.1 beleuchtete Direktinvestitionen unterliegen in den allermeisten Fällen dem Schutz von IIAs, auch wenn der Investitionsbegriff in IIAs abweichend definiert sein kann (Reinisch, 2015b, S. 408).

Bei der Definition von IIAs stützt dich diese Arbeit – wie auch bei den Daten zu IIA und ISDS – auf die Definition der UNCTAD (UNCTAD, 2018c). Der UNCTAD folgend, muss bei Internationalen Investitionsschutzabkommen unterschieden werden zwischen (1) bilateralen Investitionsschutzabkommen, im Folgenden auch BITs genannt⁸ – die den größten Teil der IIAs ausmachen – und (2) Abkommen mit Vorschriften bezüglich Investitionen, im Folgenden auch mit TIPs abgekürzt⁹.

⁷ Die genauen Inhalte von Investitionsschutzabkommen werden in Kapitel 3.2.3 behandelt.

⁸ Nach der englischen Bezeichnung Bilateral Investment Treaties; die übliche Abkürzung im Bereich des Investitionsschutzes.

⁹ Nach der englischen Bezeichnung Treaties with Investment Provisions; die übliche Abkürzung im Bereich des Investitionsschutzes.

- (1) BITs sind Abkommen zwischen zwei Staaten bezüglich der Förderung und des Schutzes von Investitionen der Investoren im jeweiligen Staatsgebiet des Vertragspartners.
- (2) TIPs sind ein Sammelbegriff für Arten von Investitionsschutzabkommen, die nicht unter die Kategorie BITs fallen, jedoch ähnliche oder reduzierte Regelungen bezüglich Investitionen und deren Schutz enthalten. Diese Kategorie lässt sich wiederum in drei Hauptgruppen unterteilen:
 - Umfassende ökonomische Abkommen, die Verpflichtungen beinhalten, wie sie in der Regel auch in BITs gefunden werden. Dies sind beispielsweise Freihandelsabkommen mit Investitionsabschnitten.
 - Abkommen mit beschränkten Vorschriften zu Investitionen, die beispielsweise lediglich die Ansiedlung von Investitionen und die freien grenzüberschreitenden Verkehr von Investitionsmitteln regeln.
 - Abkommen, die lediglich Rahmenbestimmungen enthalten und beispielsweise die Absicht zur Kooperation und/oder das Mandat zu Verhandlungen von vertiefenden Investitionsschutzabkommen regeln.

International Investment Agreements haben sich in ihrer rund 60-jährigen Geschichte über alle Kontinente und über verschiedene Entwicklungsstufen von Ländern hinweg verbreitet. Stand Juli 2018¹⁰ gibt es laut UNCTAD weltweit 2971 bilaterale Investitionsschutzabkommen und 384 andere Investitionsabkommen, von denen 2367 bzw. 312 in Kraft sind (UNCTAD, 2018b). Seit den 1960er Jahren bis heute sind bilaterale Investitionsschutzabkommen die wichtigsten völkerrechtlichen Verträge im Bereich des Investitionsschutzes (Reinisch, 2015b, S. 402). Wurden diese anfänglich noch hauptsächlich zwischen entwickelten und sich entwickelnden Volkswirtschaften geschlossen, so verstärkte sich später die Vernetzung auch zwischen Volkswirtschaften eines ähnlichen wirtschaftlichen Entwicklungsstandes (Reinisch, 2015b, S. 402).

¹⁰ Die dieser Arbeit zugrundeliegenden hauptsächlichen Datenquellen, der UNCTAD Investment Dispute Settlement Navigators (2018a) sowie der UNCTAD international Investment Agreement Navigators (2018b), wurden zuletzt im Juli 2018 aktualisiert. Daher bezieht sich der Großteil der Angaben zu Anzahl von Verträgen und Streitigkeiten auf diesen Stand.

Das erste bilaterale Abkommen wurde im Jahr 1959 zwischen Deutschland und Pakistan geschlossen¹¹. Deutschland war einer der Vorreiter in diesem Gebiet, was wohl der deutschen Exportorientierung bereits in dieser Zeit geschuldet war. Bis heute ist Deutschland einer der bestvernetzten Akteure auf dem Gebiet der Investitionsschutzabkommen mit derzeit 132 BITs. Darüber hinaus ist Deutschland noch an 70 anderen IIAs beteiligt. (UNCTAD, 2018b) Deutschland unterhält also insgesamt 202 Investitionsschutzabkommen. Eine Zahl, die selbst die Zahl der UNO Mitgliedstaaten, die seit des Beitritts Südsudans 193 beträgt, übersteigt (UN, 2019). Grund dafür sind Überschneidungen zwischen BITs und anderen Verträgen mit Investitionsbestimmungen. Dies können einerseits Abkommen der EU sein, beispielsweise mit Kasachstan, oder auch andere internationale Verträge mit Investitionsschutzbestimmungen, wie beispielsweise der Energiecharta-Vertrag.

An der Spitze der Liste der Staaten mit den meisten dieser Verträge finden sich generell Staaten, die sowohl durch Handel als auch FDI besonders stark global vernetzt sind. Tabelle 2-1 auf der nächsten Seite listet die Länder mit den meisten Investitionsschutzabkommen weltweit auf.

So findet sich in der Liste ein Großteil der Staaten, die zu den global führenden Staaten mit Hinblick auf FDI Outflow und Inflow gehören, wie bereits in Kapitel 2.1 erwähnt.¹² Allerdings können dies nicht die einzig relevanten Größen sein. So sind die USA zwar der größte Direktinvestor, mit Hinblick auf Investitionsschutzabkommen stehen sie mit 46 BITs und 67 TIPs nicht ganz oben auf der Liste und zum Beispiel deutlich hinter Dänemark oder Indien. Japan als einer der größten Direktinvestoren unterhält gar nur 28 BITs und 20 TIPs.

Neben Investitionsflüssen spielen auch geopolitische und historische Entwicklungen eine Rolle. Reinisch (2015b, S. 399) erwähnt als solche wirtschaftspolitischen Hintergründe unter anderem die Dekolonialisierung in Entwicklungsländern sowie die Verstaatlichung ausländischen Kapitals zum Zwecke der Sozialisierung.

¹¹ Das erwähnte Abkommen ist bis heute in Kraft. Zwar wurde 2009 bereits ein neues Abkommen verhandelt, welches das alte Abkommen ersetzen soll, jedoch ist es bis heute nicht in Kraft (UNCTAD, 2018b).

¹² Tabelle A-1 und A-2 im Anhang listen die führenden Staaten im Bereich FDI sowie ihre Flüsse und Bestände an FDI aus.

Tabelle 2-1: Nationen mit der größten Anzahl an IIAs, sortiert nach Anzahl an BITs¹³

Land	Anzahl BITs	Anzahl TIPs
Deutschland	132	70
China	127	22
Schweiz	113	35
Türkei	110	21
Vereinigtes Königreich	105	70
Frankreich	103	70

Quelle: Eigene Darstellung mit Daten der UNCTAD (2018b).

IIAs erlebten mit Hinblick auf Neuabschlüsse in den Neunzigerjahren ihre Blütezeit. Zwischen den Jahren 1992 und 2004 wurden jährlich jeweils über 100 neue Investitionsschutzabkommen geschlossen. Seither nimmt die Zahl der Neuabschlüsse stetig ab. (UNCTAD, 2018e, S. 2) Dies ist wohl auf zwei Gründe zurückzuführen. Der erste Grund ist ein schlichter Sättigungseffekt, der eingetreten ist, da zu Beginn der 2000er Jahre bereits viele Staaten mittels IIAs verbunden waren. Zweitens geht der Trend weg von bilateralen, hin zu multilateralen Abkommen, bei denen an einem Vertrag bereits mehrere Staaten beteiligt sind und die somit viele bilaterale Verträge überflüssig machen.

Im Falle der Mitgliedstaaten der Europäischen Union liegt die Kompetenz für die Handelspolitik,¹⁴ was nach Art. 207 (1) AEUV auch den Umgang mit ausländischen Direktinvestitionen umfasst, bei der Europäischen Kommission. Dazu gehören ebenfalls der Abschluss und die Zuständigkeit für Investitionsschutzabkommen (Europäisches Parlament, 2012, S. L350/40). Dies bedeutet, dass seit dem Jahr 2009 kein Mitgliedstaat länger bilaterale Investitionsschutzabkommen eigenständig verhandeln kann. Die EU selbst hat seit der Kompetenzübertragung regelmäßig Investitionsschutz in ihre neu abgeschlossenen Abkommen integriert (Bronckers,

¹³ Stand: Juli 2018.

¹⁴ Siehe Art. 3 (1) AEUV.

2015, S. 1). Daher unterhält die EU selbst mittlerweile 63 Investitionsschutzabkommen (UNCTAD, 2018b) und ist damit der mit großem Abstand wichtigste Akteur im Bereich der Abkommen von Staatengruppen.

Trotzdem existieren die vor Kompetenzübertragung an die EU abgeschlossenen BITs der Mitgliedstaaten nach wie vor und sind auch zum Großteil weiterhin in Kraft. Diese Abkommen sind nicht von dem Kompetenzübergang an die EU berührt. (Tietje, 2015a, S. 823) Zu unterscheiden ist zwischen Intra-EU-BITs, Verträgen zwischen EU-Mitgliedstaaten und Extra-EU-BITs, also Verträgen zwischen einem EU-Mitgliedstaat und einem Drittstaat (Tietje, 2011, S. 5). So lässt es sich auch erklären, dass in der Tabelle 2.2 nach wie vor EU-Mitgliedstaaten als Akteure mit den meisten Investitionsschutzabkommen weltweit auftauchen, die EU hingegen (noch) nicht.

Der Umgang der EU mit den bestehenden Verträgen ist im Moment Gegenstand einer Debatte innerhalb der EU-Mitgliedstaaten und der EU-Kommission mit wesentlichen möglichen Auswirkungen. So existieren allein 1200 Extra-EU-BITs; die Regelungen der EU für diese Fälle sind daher von größter Bedeutung. (Tietje, 2011, S. 5 f.). Die darüber hinaus bestehenden 190 Intra-EU-BITs sind von besonderer Bedeutung für die EU und das Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander. Stellt sich bei diesen Verträgen doch im Speziellen die Frage nach einerseits der Notwendigkeit sowie Sinnhaftigkeit und andererseits die Frage des Verhältnisses von Völkerrecht¹⁵ und EU-Recht. Die EU-Kommission vertritt den Standpunkt, dass Intra-EU-BITs mit dem Binnenmarktkonzept unvereinbar sind. Dieser Ansicht sind die Schiedsgerichte bisher jedoch nicht gefolgt (Tietje, 2015a, S. 824). Eine aktuelle Entscheidung des EuGH scheint jedoch der Ansicht der EU-Kommission zu folgen (EuGH, Urt. v. 6.3.2018, C-284/16 - Achmea). In Kapitel fünf wird die Situation bezüglich der Streitigkeiten zwischen den EU-Staaten genauer betrachtet werden.

Die Regelungen innerhalb von BITs und TIPs können generell sehr unterschiedlich ausgestaltet sein. In der Regel enthalten BITs, die den Großteil der Verträge ausmachen, jedoch unter anderem Regelungen zur Zulassung von Investitionen, Behandlungs- bzw. Schutzstandards und zugehörige Entschädigungsstandards sowie

¹⁵ Bei Investitionsschutzverträgen handelt es sich um völkerrechtliche Verträge, vgl. u.a. Tietje, 2011, S. 5.

für den Fall auftretender Konflikte Streitbeilegungsregeln (Reinisch, 2015b, S. 402). Die gängigsten Standards innerhalb der Verträge sind die „Inländergleichbehandlung“, die „Meistbegünstigung“, die „gerechte und billige Behandlung, der „volle und dauerhafte Schutz und Sicherheit“ sowie der „Enteignungsschutz“ (Griebel, 2008, S. 68ff.). Auf die Schutzstandards sowie deren Inhalt und Bedeutung wird in Kapitel 3.2 genauer eingegangen.

2.3 Investor State Dispute Settlement (ISDS) und ISDS-Streitigkeiten

Der Umgang mit Streitigkeiten zwischen Investoren und den Gastländern der Direktinvestitionen ist einer der Kernpunkte der beschriebenen IIAs. Der Großteil der geschlossenen IIAs sieht für den Streitfall Regelungen zum Investor State Dispute Settlement, das im Folgenden auch Investoren-Staat Streitschlichtung genannt bzw. mit ISDS abgekürzt wird, vor. (UNCTAD, 2007, S. 1) Laut OECD enthalten 93% der BITs, die wiederum den Großteil der IIAs ausmachen, ISDS-Bestimmungen (OECD, 2012, S. 8).

ISDS-Bestimmungen regeln dabei die Möglichkeiten von Investoren, die Einhaltung der in IIAs festgeschriebenen Verpflichtungen privat durchzusetzen. Falls der Gaststaat der Investition seine geregelten Pflichten verletzt und dem Investor dadurch ein Schaden entsteht, kann der Investor Entschädigungszahlungen vor privaten, internationalen Tribunalen erstreiten. (OECD, 2012, S. 8 f.)

Das Ergebnis eines privaten Schiedsverfahrens, der Schiedsspruch, ist ebenso rechtskräftig und vollstreckbar wie das Urteil eines staatlichen Gerichtes (Oberhammer, 2015, S. 867). In vielen Fällen geht die internationale Anerkennungsfähigkeit und Vollstreckbarkeit¹⁶ sogar über nationale Urteile hinaus (Oberhammer, 2015, S. 874). Der staatliche Rechtsweg ist, wenn nicht ausdrücklich ein Wahlrecht vereinbart ist, in diesem Fall in der Regel ausgeschlossen (Oberhammer, 2015, S. 867).

ISDS stellt also einen Weg dar, Investoreninteressen gegen Staaten durchzusetzen. Konkret bieten die Regelungen die Möglichkeit, die Ansprüche aus völkerrechtlichen Verträgen privat durchzusetzen.

¹⁶ Auf die Vollstreckbarkeit der Urteile wird in Kapitel 3.2 noch genauer eingegangen.

Laut Reinisch ist es heute sogar die wichtigste und effektivste Form der Rechtsdurchsetzung für Investitionsstreitigkeiten¹⁷ (Reinisch, 2015a, S. 930). Ebenso vertreten dies Tietje und Baetens (2014, S. 20 f.), die in der Bereitstellung eines Forums außerhalb des heimischen Rechtssystems einen Weg zur Überwindung von Befangenheit und Unsicherheit sehen.¹⁸ Gleichzeitig verweist Salacuse (2007, S. 144) auf die Sonderstellung von ISDS im Bereich des internationalen Rechts und die damit verbundenen Befugnisse von privaten Investoren: So gibt es im internationalen Handelsrecht kein vergleichbares Instrument, durch das eine private Partei von einem souveränen Staat als Reaktion auf staatliche Maßnahmen direkt vor einem internationalen Tribunal eine Entschädigung erzwingen kann.

Die Praxis der Streitschlichtung zwischen Investoren und Staaten vor internationalen Tribunalen ist ein relativ neues Phänomen, stark geknüpft an die steigende Globalisierung auch im Bereich der Investitionstätigkeit. Zwar wurden ISDS-Regelungen bereits seit den 1960er Jahren in IIAs integriert¹⁹, die Investoren machten von ihrer Möglichkeit, Schiedsgerichtsverfahren anzustoßen, jedoch erst deutlich später Gebrauch (UNCTAD, 2007, S. 7).

Dieses Kapitel soll im Folgenden zum besseren Verständnis der Phänomene ISDS und ISDS-Streitigkeiten beitragen. Daher wird ein Blick auf die Struktur, den Inhalt und die Ergebnisse dieser Streitigkeiten geworfen.

Einen Überblick über die Anzahl der bekannten ISDS Fälle gibt die UNCTAD in ihrer Datenbank zu ISDS-Streitigkeiten (UNCTAD, 2018a). Aus dieser lässt sich ablesen, dass mit dem zunehmenden Abschluss von IIA seit Beginn der 2000er Jahre gleichsam die Zahl der ISDS-Fälle anstieg.

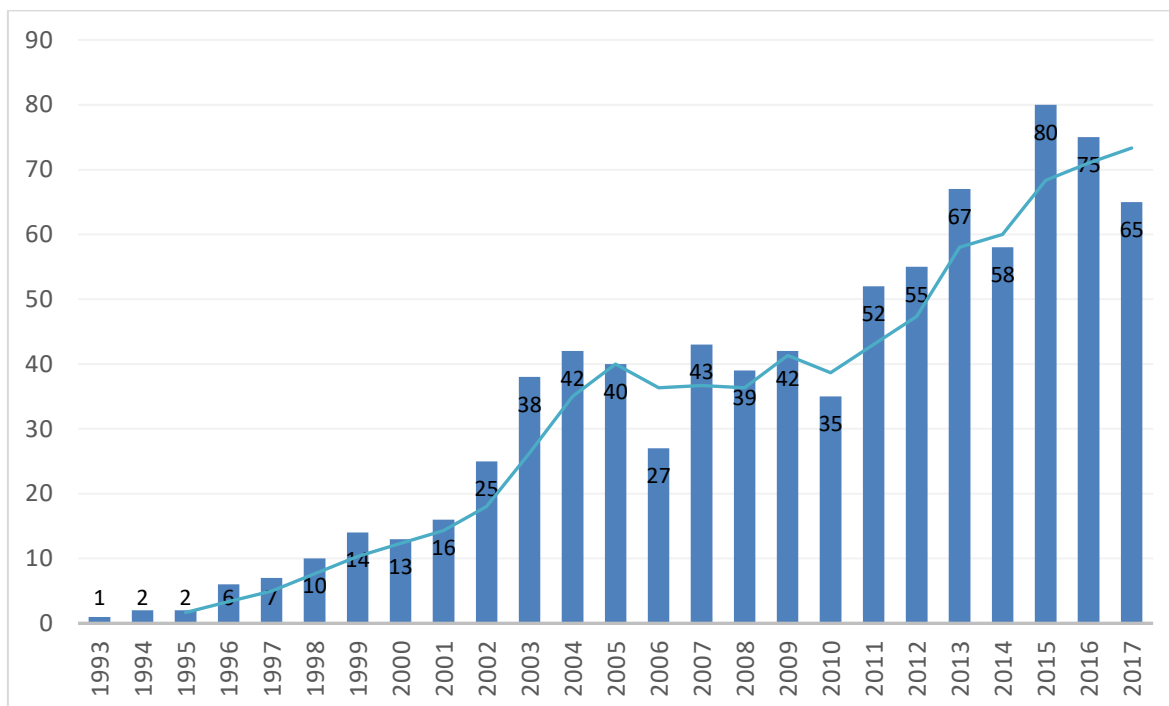
So ist aus Abbildung 2-2 zu erkennen, dass die Geschichte von ISDS-Streitigkeiten eine recht junge ist.

¹⁷ Die weiteren Möglichkeiten der Streitbeilegung, namentlich Gerichte des beklagten Staates oder Gerichte von Drittstaaten anzurufen und diplomatischen Rechtsschutz zu suchen, sowie deren Vor- und Nachteile werden in Kapitel 3.2 genauer diskutiert.

¹⁸ Auf die Bedeutung von ISDS für Investoren wird in Kapitel 3.2 ebenfalls genauer eingegangen.

¹⁹ Das erste in Kapitel 2.2 erwähnte Investitionsschutzabkommen zwischen Pakistan und Deutschland sah noch keine Klagemöglichkeit für Investoren, sondern lediglich für Staaten vor (Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz, 1961, Teil II, S. 796 f.).

Abbildung 2-2: Anzahl der jährlich initiierten ISDS-Klagen seit 1993 mit gleitendem dreijährigen Durchschnitt²⁰



Quelle: Eigene Darstellung mit Daten der UNCTAD-Database of ISDS (UNCTAD, 2018a).

Zwar datieren die ersten Fälle auf die 1990er Jahre zurück, jedoch müssen diese als Einzelfälle betrachtet werden. So wurden bis zum Ende der 1990er Jahre in keinem Jahr mehr als 10 ISDS-Fälle initiiert. Der Grund für den Anstieg ist wohl auch auf die positiven Erfahrungen für Investoren in den ersten ISDS-Verfahren zurückzuführen. So wurden alle Verfahren in den ersten Jahren entweder zugunsten des Investors entschieden oder beigelegt. Der erste Schiedsspruch zugunsten des Staates wurde 1996 gefällt, bildete jedoch in diesem Jahr die Ausnahme. Mit Beginn der 2000er stieg die Zahl der ISDS-Streitigkeiten dann sprunghaft an. Seit dem Jahr 2009 sank die Zahl der jährlichen Streitfälle nicht mehr unter 35, im Jahr 2011 wurde die Schwelle von 50 neuen Fällen jährlich nachhaltig überschritten. Den vorläufigen Höhepunkt markiert das Jahr 2015 mit 80 neu initiierten ISDS-Streitfällen.

Die Trendlinie des dreijährigen gleitenden Durchschnitts soll in der Abbildung 2-2 die Entwicklung der Fälle unter Abschwächung großer Ausreißer wie im Jahr 2006 darstellen.

²⁰ Stand: Juli 2018.

Nach einer gewissen Anlaufzeit haben die Investoren also besonders seit den 2000er Jahren verstärkt von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, Staaten vor einem internationalen Tribunal zu verklagen.

Dabei berufen sich die Investoren bei ihren Klagen auf die Verletzung von in IIAs zugesicherten Standards der Behandlung ihrer Investitionen durch den Gaststaat. Tabelle 2-2 gibt eine Übersicht über die häufigsten mutmaßlichen, d.h. von Investoren angeführten, und die tatsächlich von Tribunalen festgestellten Verletzungen von Schutzstandards seitens des Gaststaates.

Tabelle 2-2: Mutmaßliche und festgestellte Vertragsverletzungen²¹

Schutz- und Behandlungsstandards	Mutmaßlich	Festgestellt	Verhältnis
Gerechte und billige Behandlung	412	105	25,5%
Indirekte Enteignung	366	55	15%
Voller und dauerhafter Schutz und Sicherheit	213	20	9,4%
Willkürliche, unangemessene und diskriminierende Maßnahmen	172	27	15,7%
Mantelverpflichtungen (Umbrella Clause)	117	15	12,8%
Inländergleichbehandlung	112	8	7,1%
Meistbegünstigungsprinzip	87	2	2,3%
Direkte Enteignung	94	28	29,8%
Andere	93	15	16,1%

Quelle: Eigene Berechnungen mit Daten der UNCTAD (2018a).

Deutlich wird insgesamt, dass die meisten mutmaßlichen Verletzungen im Bereich der „gerechten und billigen Behandlung“, des „Enteignungsschutzes“ und von „vollem und dauerhaftem Schutz und Sicherheit“²² anzusiedeln sind. Auffällig ist, dass das Verhältnis von festgestellten zu mutmaßlichen Verletzungen zwischen den einzelnen Schutzstandards höchst unterschiedlich ausfällt. Sehen die Tribunale im Be-

²¹ Stand: Juli 2018.

²² Deutsche Übersetzungen nach Reinisch (2015b).

reich der „gerechten und billigen Behandlung“ gut ein Viertel der mutmaßlichen Verletzungen als tatsächliche Verletzungen an, so werden im Bereich des „Meistbegünstigungsprinzips“ lediglich 2,6% der mutmaßlich verletzten Standards auch vom Tribunal als solche kategorisiert. Die größte Aussicht auf Schadensersatz haben Investoren also bei mutmaßlichen Verletzungen durch Enteignungen (sowohl direkt als auch indirekt) und im Bereich der „gerechten und billigen Behandlung“.

Die dargestellten Vertragsverletzungen vermitteln den Investoren völkerrechtliche Rechtspositionen und bilden damit die Grundlage für die Entscheidungen der Streitschlichtungstribunale. Den vertraglich festgelegten Streitschlichtungsregeln folgend,²³ kann sich der Investor vor internationalen Tribunalen auf diese Rechte berufen. (Griebel, 2008, S. 68)

Die möglichen Ergebnisse der Tribunale im Rahmen von Streitschlichtungsverfahren, wie von der UNCTAD (2018a) kategorisiert, sind dabei:

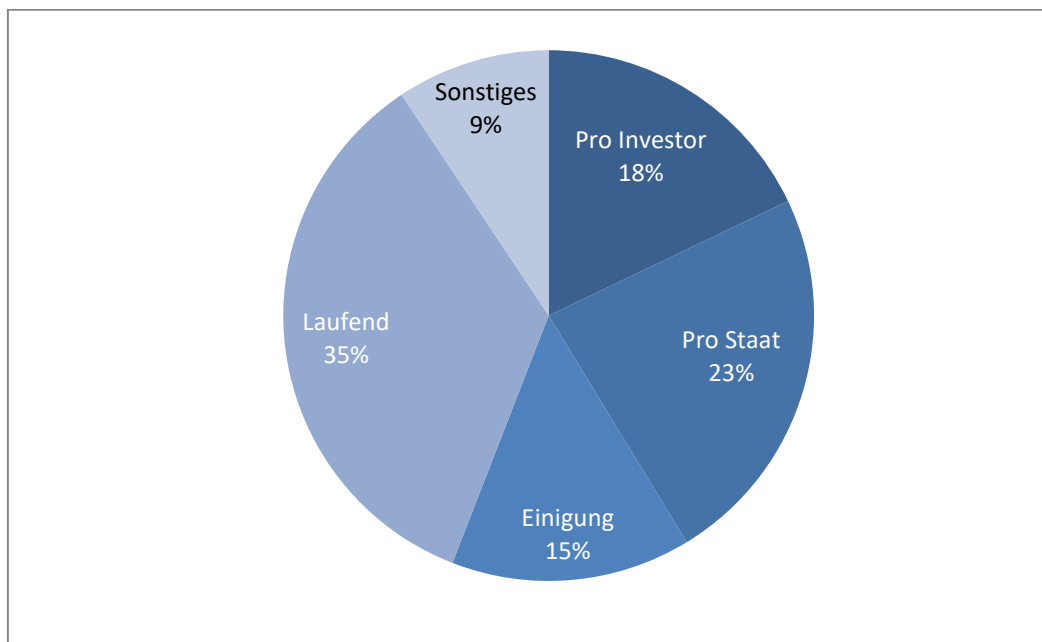
- 1) Entscheidung zugunsten des Staates, der Anspruch auf eine Entschädigungszahlung für den Investor wird vom Tribunal also abgelehnt,
- 2) Entscheidung zugunsten des Investors verbunden mit einer Entschädigungszahlung des beklagten Staates,
- 3) Einigung der beteiligten Parteien, d.h. die Parteien einigen sich, ohne dass das Tribunal selbst eine Entschädigungszahlung festlegt,
- 4) Nichtfortführung des Verfahrens aus unterschiedlichen Gründen.²⁴

Die Nichtfortführung des Verfahrens kann verschiedene Gründe haben. Einer davon ist die fehlende Vorauszahlung der Prozesskosten durch die klagende Partei.

Abbildung 2-4 stellt die prozentuale Verteilung der Ergebnisse aller bisher (Stand Juli 2018) bekannten Streitschlichtungsfälle dar. Unter die Kategorie „Sonstiges“ fallen dabei alle Fälle, in denen Verfahren aus anderen Gründen eingestellt wurden, oder in denen die Informationen zum Stand der Verhandlung nicht vorhanden sind.

²³ Siehe dazu Kapitel 2.2.

²⁴ Dies umfasst ebenfalls Verfahren, in denen kein Schaden nachgewiesen werden konnte oder zu denen die Daten zum Ausgang nicht vorliegen (UNCTAD, 2018a).

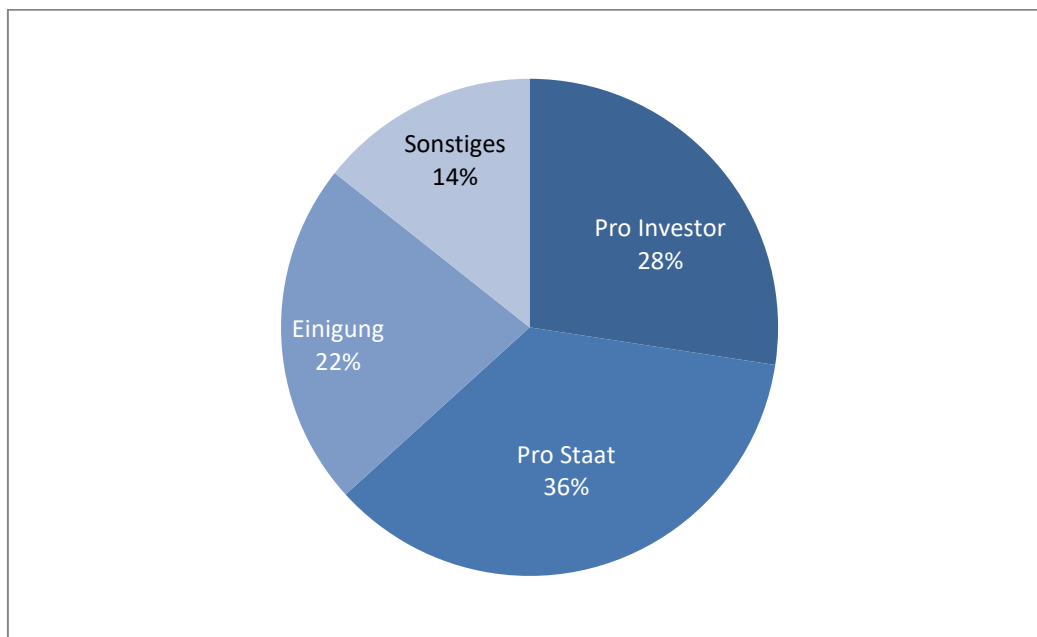
Abbildung 2-4: Ergebnis der Streitschlichtungsverfahren²⁵

Quelle: Eigene Berechnungen mit Daten der UNCTAD (2018a).

Interessant bei der Betrachtung der Ergebnisse sind insbesondere zwei Dinge: Einerseits scheint die Aufteilung zwischen Einigungen, Entscheidungen zugunsten des Staates und zugunsten des Investors relativ ausgeglichen, mit einem auf den ersten Blick leichten Vorteil staatlicherseits. Andererseits läuft ein beträchtlicher Teil der Verhandlungen nach wie vor, hat also noch nicht zu einem Ergebnis geführt. Dies trifft auf 35% aller jemals begonnenen Streitigkeiten zu und weist auf die Langwierigkeit der Verhandlungen hin.

Zur besseren Veranschaulichung sind in Abbildung 2-5 lediglich die Ergebnisse der bereits abgeschlossenen Streitschlichtungsprozesse dargestellt. Unterstrichen wird dabei die ungefähre Ausgeglichenheit der Ausgänge der Verfahren (von dem Punkt „Sonstiges“ abstrahiert) mit leichten Vorteilen für den Staat. Dabei ist jedoch anzumerken, dass eine Einigung in der Regel zumindest eine teilweise Gewähr von Entschädigungszahlungen bedeutet. Genauere Datenmaterialien zu den gewährten Entschädigungszahlungen bei Einigung sind jedoch nicht zugänglich, was genauere Aussagen in diesem Bereich unmöglich macht.

²⁵ Stand: Juli 2018.

Abbildung 2-5: Ergebnis der beendeten Streitschlichtungsverfahren²⁶

Quelle: Eigene Berechnungen mit Daten der UNCTAD (2018a).

Eine häufig kritisierte strukturelle Bevorzugung von Investoreninteressen bzw. von Investoren vor Streitschlichtungsstellen (Waibel, Kaushal, Chung, & Balchin, 2010, S. 9) lässt sich anhand der bekannten und bisher entschiedenen Verfahren nicht bestätigen. Die Daten legen keine systematische Bevorzugung von Investoren gegenüber Staaten, was die reine Anzahl der Entscheidungen zugunsten der jeweiligen Seite angeht, nahe.

Einschränkend ist aber anzumerken, dass innerhalb der großen Kategorie der Einigungen schwer einzuschätzen ist, wie diese Verfahren ausgegangen wären, hätten sich die Parteien nicht geeinigt. Es kann zwar davon ausgegangen werden, dass Staaten sich lediglich dann auf eine Einigung einlassen, wenn der Erwartungswert einer Einigung den Erwartungswert einer Entscheidung durch das Tribunal übersteigt. Jedoch ist die Datenlage zu dieser Kategorie schwach. So sind speziell für die Fälle der Kategorie „Einigung“ weder Angaben zur ursprünglich geforderten Entschädigung noch zur vereinbarten Summe vorhanden. Zu den 115 Fällen, in denen eine Einigung erzielt wurde, gibt es lediglich in 37 Fällen Angaben zur vereinbarten Ausgleichszahlung, während in 78 Fällen Angaben dazu fehlen (UNCTAD, 2018a).

²⁶ Ohne laufende Verfahren, Stand: Juli 2018.

Da Streitigkeiten durchaus auch aus anderen Gründen geschlichtet werden können, beispielsweise um Unsicherheiten zu beenden oder schlicht die weiteren Kosten des Schlichtungsverfahrens zu vermeiden, sind Aussagen zum Grad des Erfolgs oder Misserfolgs der Investoren in diesem Bereich schwierig.

Im Gegensatz dazu sind zu denjenigen Fällen, bei denen dem Investor durch das Tribunal eine Entschädigung zugesprochen wurde, die Daten bis auf wenige Ausnahmen vorhanden.

2.4 Die wichtigsten ISDS-Schlichtungsstellen

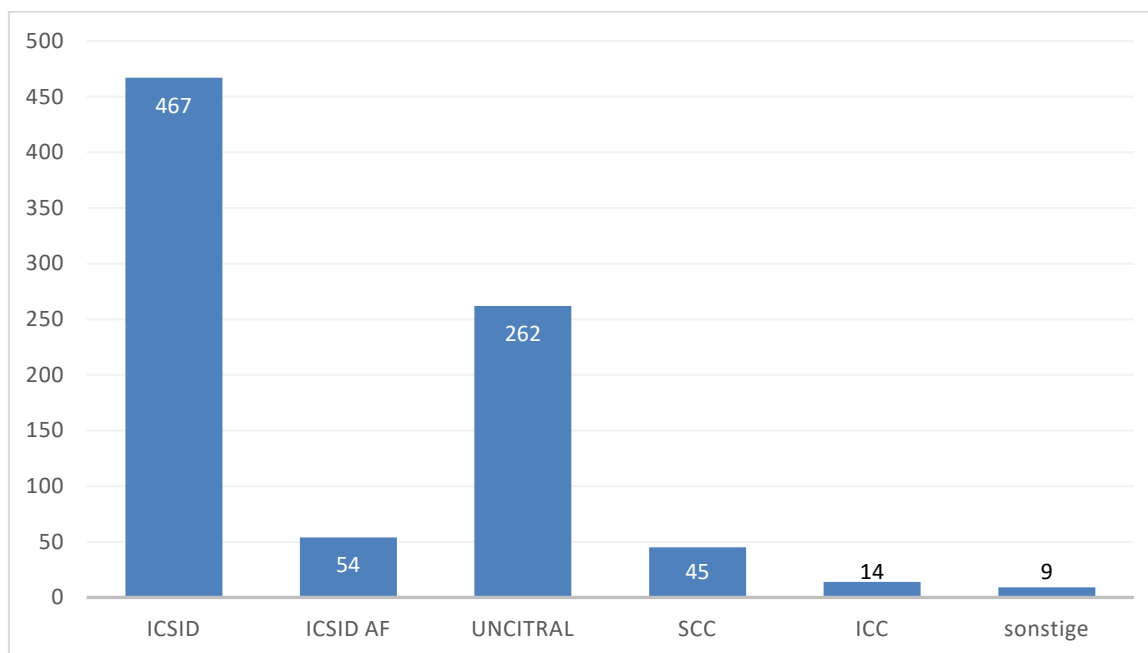
Innerhalb von IIAs werden in der Regel zusammen mit der Möglichkeit zum Investor-State-Dispute-Settlement auch die für einen Disput relevanten Streitschlichtungsregeln festgelegt. Dabei legen sich die Vertragsparteien, also die beteiligten Staaten, häufig auf eine bestimmte Streitschlichtungsstelle und die damit verbundenen Regeln fest.

Nach Bericht der UNCTAD (2018a) sind die häufigsten Streitschlichtungsstellen bzw. Stellen für die Festlegung der Regelungen für die Streitschlichtung von ISDS-Streitigkeiten das International Centre for Settlement of Investment Disputes (im Folgenden auch ICSID genannt), welches zur Weltbankgruppe gehört, die United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) und – wenngleich mit einigem Abstand – die Stockholm Chamber of Commerce (SCC).

Abbildung 2-6 veranschaulicht die Streitschlichtungsregeln mit dazugehörigen Institutionen für alle von der UNCTAD erfassten ISDS-Fälle.²⁷ Dabei wird deutlich, dass die ICSID mit 467 Fällen, bzw. 521 Fällen, wenn die Fälle der Additional Facility (ICSID AF) hinzugerechnet werden, in nahezu zwei Drittel aller Streitigkeiten die anwendbaren Streitschlichtungsregeln vorgibt. 262 weitere Fälle entfallen auf die UNCITRAL. Darüber hinaus gibt es weitere Institutionen, die Regeln für den Streitschlichtungsprozess vorgeben, diese sind jedoch lediglich für eine relativ kleine Anzahl von Fällen zuständig.

Die erwähnten zwei wichtigsten Institutionen sollen im Folgenden genauer beleuchtet werden.

²⁷ Stand Juli 2018.

Abbildung 2-6: Anzahl der ISDS-Fälle der wichtigsten Streitschlichtungsstellen

Quelle: Eigene Berechnungen mit Daten der UNCTAD (2018a).

Die wichtigste zu erwähnende Institution im Bereich des International Investment Dispute Settlement und auch im Bereich des ISDS ist das ICSID. Es wurde im Jahr 1966 gegründet und hat seinen Sitz in Washington. Interessant ist dabei, dass das ICSID eine der fünf Organisationen der Weltbank ist, welche die Reduktion von Armut zu ihrem Gesamtziel²⁸ macht (ICSID, 2017b).

Es bezeichnet sich selbst als „[...] world’s leading institution devoted to international dispute settlement“ (ICSID, 2017a) und als wichtigstes Forum für Investor-Staat-Streitschlichtung, da die meisten Staaten auf ICSID als Forum in ihren Verträgen verwiesen (ICSID, 2017a). Diese Selbsteinschätzung lässt sich auch statistisch belegen. So verwaltete das ICSID bis heute ungefähr 70% der bekannten Fälle im Bereich internationaler Streitbeilegung (ICSID, 2016, S. 3). Im konkreten Bereich der Investoren-Staat-Streitschlichtung ist die Dominanz – wie in Abbildung 2-6 zu sehen – ähnlich ausgeprägt.

Gründungsdokument und Rechtsgrundlage der Institution ist die sogenannte ICSID-Konvention, ein Übereinkommen, das sowohl den Aufbau der ICSID als auch die

²⁸ Die unmittelbare Verknüpfung des ICSID mit den Armutsreduktionszielen erscheint hierbei nicht so einleuchtend wie im Fall der anderen Institutionen der Weltbank, die alle unmittelbar im Bereich Kreditvergabe und Wachstumsunterstützung anzusiedeln sind.

Regeln und den Ablauf von Streitschlichtungsprozessen normiert (ICSID, 2017c). Bis Juni 2018 wurde die Konvention von 161 Staaten unterschrieben und von 153 Staaten ratifiziert (ICSID, 2018, S. 10).

Die zweite international tätige und bedeutende Institution im Bereich des ISDS sind die Vereinten Nationen. Wie in Abbildung 2-6 zu erkennen, wird sich in knapp einem Viertel der ISDS-Streitfälle auf die Regeln der United Nations Commission on International Trade Law oder kurz UNCITRAL berufen. Die UNCITRAL ist die juristische Einheit der Vereinten Nationen. Sie bezweckt die Harmonisierung und Modernisierung internationaler Geschäfte. (UNCITRAL, 2016)

Damit haben supranationale Institutionen die Dringlichkeit einheitlicher, vorhersagbarer Regeln für den Streitschlichtungsprozess erkannt. Staaten machen von diesen Institutionen gerne Gebrauch. Darüber hinaus sind Investitionsschutzabkommen und deren Regelungsinhalte jedoch weniger homogen und scheinen stattdessen stärker auf individuelle Regelungen ausgerichtet zu sein. Ein Umstand, der an späterer Stelle – ebenso wie sich daraus ergebende Konsequenzen – noch genauer erörtert wird.

2.5 Investor-State-Dispute-Settlement in aktuellen Verhandlungen zu Freihandelsabkommen

Angesichts der wachsenden Anzahl von Fällen und damit auch der gestiegenen zivilgesellschaftlichen Aufmerksamkeit spielen ISDS-Regelungen und die Kontroversen um diese in aktuell verhandelten Investitionsschutzabkommen und Freihandelsabkommen²⁹ eine bedeutende Rolle.

Die Anzahl an ISDS-Streitigkeiten erlebt einen stetigen Anstieg, wie in Kapitel 2.2 gesehen. Diese Datenlage legt den Schluss nahe, dass die Stellung von ISDS und die globale Akzeptanz in IIAs prosperieren. Hierbei muss jedoch ein Blick auf die anwendbaren Investitionsschutzabkommen geworfen werden. Denn während ISDS-Streitigkeiten ihre Blütezeit erleben, liegt der Abschluss der relevanten Investitionsschutzabkommen, in denen die Rechte zum ISDS geregelt sind, meist schon

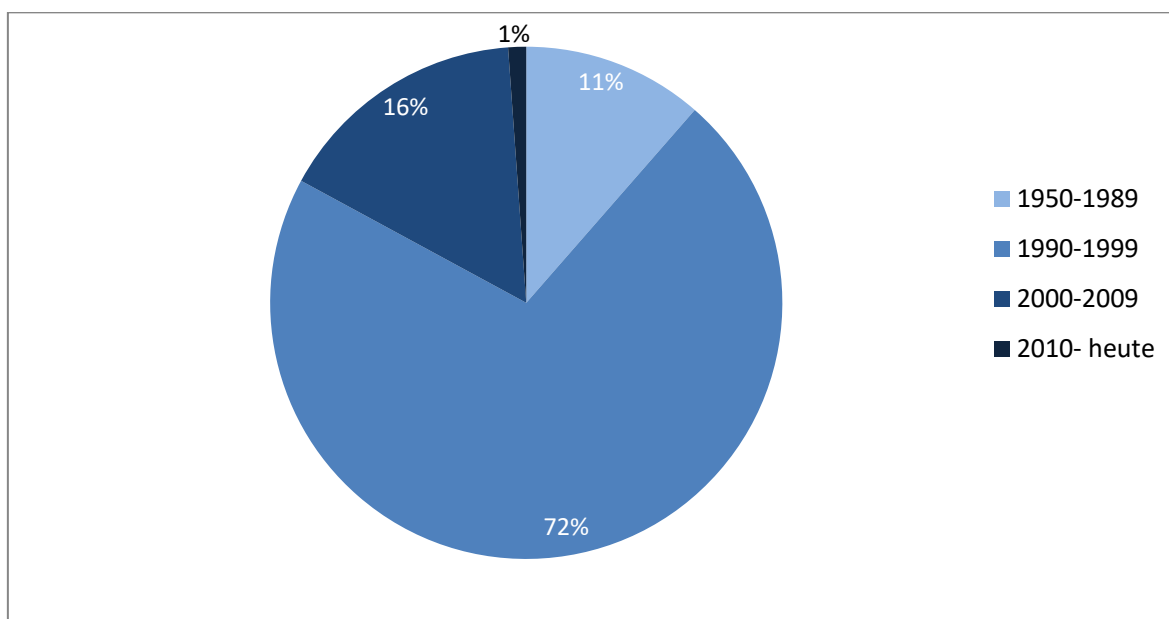
²⁹ Diese enthalten im Allgemeinen Regeln zum Investitionsschutz und damit auch zu ISDS.

einige Zeit zurück. Es gibt bis heute³⁰ lediglich elf Fälle von ISDS-Streitigkeiten, bei der ein IIA, welches nach 2010 geschlossen wurde, die Grundlage für geforderten Schadensersatz war (UNCTAD, 2018a).

Tabelle 2-7 zeigt, dass der überwiegende Teil der relevanten Abkommen in den Jahren 1990-1999 unterzeichnet wurde. Der Großteil der derzeit so blühenden Zahl von Streitigkeiten fußt also auf Abkommen, die vor der Jahrtausendwende abgeschlossen wurden.

Dies bringt einige Probleme mit sich. So sind die Verträge unter anderen politischen und wirtschaftlichen Voraussetzungen verhandelt worden, was auf die aktuellen Fälle Auswirkungen hat. So sind viele der aktuellen Kritikpunkte³¹ dem Umstand geschuldet, dass die Investoren sich weiter auf ältere Verträge stützen können. Ein Umstand, der an späterer Stelle in der Arbeit noch ausführlicher analysiert wird.³²

Abbildung 2-7: Relevante Verträge nach Abschlusszeiträumen



Quelle: Eigene Berechnungen mit Daten der UNCTAD (2018b).

Gerade unter diesen Gesichtspunkten scheinen die während des Schreibens dieser Arbeit in Verhandlung befindlichen großen Freihandelsabkommen TTIP, CETA als

³⁰ Stand: 31. Dezember 2018.

³¹ Die Kritikpunkte rund um ISDS generell und um den Streitschlichtungsprozess werden in Kapitel 5 dieser Arbeit ausführlich beleuchtet.

³² Konkret u.a. in Kapitel 5 zur Kritik an ISDS Regelungen und dem Streitschlichtungsprozess.

auch das transpazifische Freihandelsabkommen TPP von besonderer Bedeutung zu sein, da von ihnen erwartet wird bzw. wurde, neue globale Standards gerade auch im Bereich ISDS zu setzen.³³

Den größten Fortschritt und die größte Aussicht auf Erfolg weist das Handelsabkommen CETA auf. So wurde dieses nach siebenjähriger Verhandlungszeit am 30. Oktober 2016 von den beteiligten Verhandlungsparteien unterzeichnet. Die Ratifizierung durch das Europäische Parlament steht jedoch noch aus (International Institute for Sustainable Development, 2016).

Die aktuelle politische Lage, speziell in den USA, macht weitere große Handelsabkommen mit möglicherweise globalen Standards eher unwahrscheinlich. So haben die USA sich aus den Verhandlungen zu TPP zurückgezogen (The Economist, 2019). Die Verhandlungen zu TTIP wurden Ende 2016 unterbrochen und auch das wichtige Abkommen der EU mit China³⁴ ist zwar nach wie vor in Verhandlung, die Verhandlungen scheinen sich jedoch schwierig zu gestalten (Europäische Kommission, 2019).

Nicht zuletzt diesem Umstand geschuldet, scheinen bilaterale Absprachen wieder stärker in den Fokus zu rücken. So hat auch die EU als vormals größter Verfechter multilateraler Handelsintegration begonnen, zusätzlich auf bilaterale Verhandlungen mit einzelnen Staaten zu setzen.³⁵ So befindet sich die EU zurzeit in Verhandlungen mit verschiedenen Staaten zu Handels- und Investitionsschutzabkommen. Abkommen der EU, die sich bereits im weit fortgeschrittenen Stadium befinden, sind z.B. das Abkommen der EU mit Singapur, mit Japan und das bereits erwähnte Abkommen mit Kanada (Europäische Kommission, 2019).

³³ Erkennbar ist dies beispielsweise an Aussagen von Jean Claude Juncker, der vom Setzen globaler Standards durch CETA spricht (International Institute for Sustainable Development, 2016) oder den Ausführungen der Europäischen Kommission (2015a, S. 11 f.), die in den Vorschlägen zu TTIP einen Schritt in Richtung eines multilateralen Systems sieht.

³⁴ Das Abkommen mit China wäre insofern von großer Bedeutung, als dass es die bestehenden bilateralen Abkommen zwischen den Mitgliedstaaten der EU und China ersetzen würde.

³⁵ Da es sich bei der EU um einen Zusammenschluss von Staaten handelt, werden die abgeschlossenen Investitionsschutzverträge oft nicht als bilaterale Abkommen klassifiziert, so auch nicht von der UNCTAD (2018b). Hier soll mit dem Begriff der „bilateralen Verhandlungen“ jedoch verdeutlicht werden, dass die EU in Verhandlungen mit einzelnen Staaten und nicht Staatengruppen steht.

Es gibt also eine Reihe von Verhandlungen zu aktuellen Abkommen mit ISDS-Regelungen. Gleichzeitig scheint der Abschluss von Abkommen ins Stocken geraten zu sein. Dies ist teilweise mit einem Sättigungseffekt zu erklären. Jedoch werden aktuell auch alte Verträge nur zögerlich durch neue abgelöst und somit erneuert³⁶.

2.6 Internationale Streitschlichtung auf anderen Ebenen

Da es in einer globalisierten Welt zu Streitigkeiten zwischen verschiedenen Parteien kommt, erscheint ein funktionierender Streitschlichtungsmechanismus unverzichtbar. Unterstrichen wird dies durch die Praxis der etablierten Streitschlichtungsmechanismen auf internationaler Ebene. Im Unterschied zum ISDS geht es dabei um die Beilegung von Streitigkeiten zwischen Akteuren auf derselben Ebene - konkret um Streitigkeiten zwischen Investoren (Business-Business Disputes) und zwischen Staaten (State-State Disputes).

Der Bereich der privaten Streitschlichtung zwischen Unternehmen blickt auf eine im Vergleich zum ISDS lange Geschichte zurück. Veltins (2018, S. 260 f.) spricht sogar von Anfängen privater Schiedsgerichtsbarkeiten im Bereich des frühen Warenaustausches im Mittelmeerraum, wobei er speziell den Römern eine entscheidende Rolle einräumt.

Mit Blick auf die Neuzeit wurde im Jahr 1923 der Internationale Schiedsgerichtshof der ICC gegründet (International Chamber of Commerce, 2016). Vor ihm werden Streitigkeiten unter Ausschluss nationaler Gerichte ausgefochten. Relevant ist dies für international tätige Unternehmen, die sich häufig bei Vertragsschluss auf eine entsprechende Regelung zur Streitbeilegung einigen. Der Vorteil liegt darin, dass sich keines der Unternehmen auf ein ihm fremdes Rechtssystem einlassen muss, sondern von einer unabhängigen, vorher vereinbarten Instanz entschieden wird. Zu den weiteren Vorteilen zählen laut ICC (2016) und Veltins (2018, S. 279 ff.) unter anderem Vertraulichkeit des Verfahrens, flexible Verfahrensgestaltung, geringere Kosten und die kürzere Verfahrensdauer. Wobei für viele Unternehmen die Unabhängigkeit als auch die Vertraulichkeit im Mittelpunkt stehen dürften.

³⁶ Auf die Gründe und die Konsequenzen dieses „Erneuerungsstopps“ bei Investitionsschutzabkommen wird in Kapitel 5 und 6 genauer eingegangen.

Auf zwischenstaatlicher Ebene besteht ebenfalls eine internationale Streitschlichtungsstelle, der Dispute Settlement Body (DSB) der Welthandelsorganisation, welcher auftretende Handelsstreitigkeiten zwischen WTO-Mitgliedstaaten schlichtet. Von der WTO wird der DSB als zentrale Säule der Welthandelsorganisation bezeichnet, der für die Durchsetzung und Einhaltung der Welthandelsregeln von zentraler Bedeutung ist. (WTO, 2016) Hierbei steht nicht der Urteilsspruch im Fokus. Vielmehr soll es um die Schlichtung der Streitigkeiten, im besten Falle durch Beratungen, gehen (WTO, 2016). Maggi und Staiger (2008, S. 2) schreiben dem DSB in diesem Zusammenhang eine aktive Rolle zur Abrundung unvollkommener Verträge zu.

Ob ISDS-Streitschlichtungstribunalen eine ähnliche Rolle bezüglich der Verträge zugetraut wird oder werden kann und wo eventuelle Probleme hierbei liegen, wird an späterer Stelle noch zu diskutieren sein.

Auch auf anderen Ebenen sind Streitschlichtungsmechanismen also durchaus etabliert und akzeptiert. Tabelle 2-3 systematisiert die internationalen Streitschlichtungsformen zwischen Investoren und Staaten.

Tabelle 2-3: Systematisierung verschiedener Streitschlichtungsformen

	Beklagter	Staat	Investor
Kläger			
Staat		WTO DSB	-
Investor		ISDS	Private Streitschlichtung

Quelle: Eigene Darstellung

Mit Blick auf Tabelle 2-3 werden zwei Dinge deutlich: Erstens ist Streitschlichtung eine auf verschiedenen Ebenen etablierte Form der Konfliktbewältigung. Sie existiert zwischen verschiedenen Akteuren, was den Bedarf von Streitbeilegung außerhalb nationaler Gerichtsbarkeiten verdeutlicht. Zweitens existiert eine Asymmetrie im Bereich der Streitschlichtung zwischen Investoren und Staaten, da die Möglichkeit zur Streitschlichtung mittels ISDS nur Investoren offen steht. Für Staaten bleibt lediglich der Weg über nationale Gerichte.

Auch wenn dieser Fakt auf den ersten Blick möglicherweise wenig relevant wirkt, da Staaten ihre eigenen Gerichte vermeintlich als erste Wahl ansehen, stellt es im Rahmen der derzeitigen Ausgestaltung von ISDS durchaus eine zu diskutierende

Besonderheit dar. Inwiefern dies zu Benachteiligungen von Staaten führen kann, wird in Kapitel 5 näher beleuchtet.

.

3 Investitionsschutz – aktueller Stand und Motive für ISDS-Regelungen aus Sicht der beteiligten Parteien

Staaten und Investoren verfolgen mit Hinblick auf Investitionsschutzabkommen mit ISDS-Regelungen durchaus divergierende Ziele. Doch drehen sich die hauptsächlichen Anreize um das Thema der Direktinvestitionen.³⁷ Direktinvestitionen sind von beiden Parteien sowohl auf der Empfängerseite als auch auf Seiten der Heimatstaaten von Investoren gewünscht. Der Wunsch der Investoren lässt sich bereits aus Kapitel 2.1 ablesen: Direktinvestitionen haben sich in den letzten Jahrzehnten vervielfacht, was dafür spricht, dass ausländische Direktinvestitionen ein stets wichtiger werdendes Element von Unternehmensaktivitäten geworden sind. Bei Staaten lässt sich das Interesse an der Anwerbung von Direktinvestitionen zum Beispiel aus der stetig fortschreitenden Liberalisierung in diesem Bereich ablesen. So überwiegen laut UNCTAD Investment Policy Monitor (UNCTAD, 2016, S. 2 f.) bei der Änderung von nationalen Investitionsregeln Maßnahmen zur Liberalisierung deutlich. Seit 2002 waren überhaupt nur in zwei Jahren³⁸ mehr als 25% der erfassten Maßnahmen restriktiver Natur.

Insbesondere Entwicklungsländer schließen BITs, um den Umfang an Direktinvestitionen aus dem Ausland (FDI) zu erhöhen (Neumayer & Spess, 2005, S. 1567). Dabei sind insbesondere bilaterale Abkommen zum wichtigsten allgemeinen³⁹ Instrument von Staaten geworden, um potenzielle Investoren anzuziehen (Hallward-Driemeier, 2003, S. 1). Investoren geht es um den Schutz ihrer Investitionen vor Enteignungen sowie die Schaffung von Planungssicherheit (Egger & Merlo, 2007, S. 1536). Damit erfüllen Investitionsschutzabkommen zugleich Funktionen für Staaten und Investoren, obgleich sie zwischen Staaten geschlossen werden.

³⁷ Dabei ist anzumerken, dass Investoren keine Investitionsschutzabkommen mit Staaten schließen. Sie können lediglich Verhandlungen von Staaten anstoßen und beeinflussen.

³⁸ Die Jahre 2009 und 2010 (UNCTAD, 2016, S. 2).

³⁹ Mit „allgemein“ soll deutlich werden, dass von individuellen Instrumenten, auf die der Staat in Hinblick auf spezielle Investitionsprojekte zurückgreift, abstrahiert wird. Auch wenn dies in der Einzelfallbetrachtung die Bedeutung von BITs übersteigt. Beispiele für individuelle, investitionsbezogene Instrumente sind Steuervergünstigungen, Subventionen etc. (Hallward-Driemeier, 2003, S. 1).

In diesem Kapitel soll nunmehr der Schutz von Investitionen aus Sicht der beteiligten Parteien beleuchtet werden. Die zu beantwortende Frage lautet: Welche Motive haben die beteiligten Parteien, ISDS-Regelungen zu vereinbaren bzw. im Fall von Investoren in Staaten mit ISDS-Regelungen zu investieren und positiv auf den Abschluss von Freihandelsabkommen durch ihre Heimatstaaten einzuwirken. Auf der Investorensseite auf die Bedeutung von ISDS und deren Vorteil gegenüber anderen Regelungen innerhalb des Investitionsschutzes eingegangen.

Damit bildet dieses Kapitel gleichsam eine Brücke zum nächsten Kapitel, denn außerdem steht die Frage im Raum, warum Direktinvestitionen, sind diese doch von allen Seiten erwünscht, überhaupt den Schutz durch ISDS-Regelungen brauchen. Dafür liefert das Kapitel 4 aufbauend auf den Erkenntnissen dieses Kapitels die ökonomische Analyse der Notwendigkeit von ISDS-Regelungen.

3.1 Schutz von Investitionen aus Sicht der Staaten

3.1.1 Anziehen von Direktinvestitionen

Staaten geht es beim Abschluss von IIAs mit ISDS in der Regel nicht darum, ihre Interessen gegenüber ausländischen Investoren durchzusetzen. Der Grund dafür ist einleuchtend: Den Staaten steht ihr nationales Rechtssystem zur Verfügung. Wo bei Staaten in der Regel der Ansicht sind, dass das nationale Rechtssystem auch mit Fällen, bei denen ausländische Investoren beteiligt sind, umzugehen in der Lage ist (Salacuse, 2007, S. 145).

Stattdessen ist eines der stichhaltigsten Motive für den Abschluss von Investitionsschutzabkommen die erwartete positive Auswirkung auf Direktinvestitionen und schlussendlich Wachstum⁴⁰ (Klein M. , 2014, S. 464). Staaten schließen die Verträge also ab, um den Zufluss von Investitionen aus dem Ausland zu erhöhen. Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob Investitionsschutzabkommen ein geeignetes Instrument sind, um FDI-Ströme positiv zu beeinflussen.

⁴⁰ Die Auswirkungen von Direktinvestitionen auf den Gaststaat wird u.a. von Alfaro (2017) untersucht, die dabei die mikro- und makroökonomische Ebene unterscheidet. Insgesamt kommt die Autorin zu dem Ergebnis, dass FDIs eine wichtige Rolle bei der Förderung von Wachstum spielen können, wenn die notwendigen Voraussetzungen in dem Gaststaat erfüllt sind.

Die ökonomische Theorie hinter dieser Hoffnung der Staaten liegt in der Überwindung von Zeitinkonsistenzen und von Glaubwürdigkeitsproblemen (Bellak, 2015, S. 4 ff.).⁴¹ Die Verträge und vereinbarten Mechanismen sollen dazu beitragen, dass effiziente Investitionen nicht durch einen Mangel an Glaubwürdigkeit verhindert werden (Bellak, 2015, S. 4).

In der volkswirtschaftlichen Theorie wird dieser Einfluss von Investitionsschutzabkommen kontrovers diskutiert. Auch in der empirischen Literatur wurden die Auswirkungen von Investitionsschutzabkommen auf FDI und die Dynamik von FDI ausgiebig untersucht. Besonders im Fokus stehen dabei die Auswirkungen von BITs auf die Investitionstätigkeit speziell in Entwicklungsländern.

Peter Egger und Valeria Merlo (2007) untersuchen in ihrer Studie eben diesen Zusammenhang von BITs auf den Bestand an getätigten FDI. Dabei konzentrieren sie sich auf OECD-Länder sowie Transformationsländer in Mittel- und Osteuropa. Mittels eines dynamischen Ansatzes identifizieren die Autoren einen positiven Effekt des Abschlusses von BITs auf FDI, wobei zwischen dem kurzfristigen und langfristigen Effekt unterschieden wird. Der langfristige Effekt ist dabei deutlich stärker als der kurzfristige. (Egger & Merlo, 2007, S. 1542 ff.) Außerdem kommen Egger und Merlo zu dem Ergebnis, dass die Vernachlässigung des dynamischen Charakters von FDI die Ergebnisse stark verändern und gar das Vorzeichen des Effekts ändern kann (Egger & Merlo, 2007, S. 1546 f.).

Dass der positive Effekt von Investitionsschutzabkommen auch empirisch keinesfalls unumstritten ist, zeigt beispielsweise die Metastudie von Christian Bellak (2015). In dieser kommt Bellak zu dem Ergebnis, dass die untersuchten Studien im Mittel einen positiven Effekt sowohl auf FDI-Bestände als auch FDI-Flüsse ausweisen (Bellak, 2015, S. 16 ff.). Korrigiert um den *publication bias* wird dieser Effekt jedoch deutlich kleiner und ist in Bezug auf die FDI-Bestände nicht signifikant (Bellak, 2015, S. 18).

Kritisch anzumerken ist dabei, dass selbst nach Korrigieren um den *publication bias* ein positiver Effekt bleibt. Dies merkt auch Bellak in einer Fußnote seiner Studie an (Bellak, 2015, S. 17), verweist jedoch auf die fehlende ökonomische Signifikanz.

⁴¹ An dieser Stelle soll nicht weiter auf die ökonomische Theorie eingegangen werden, da diese in detaillierter Form Gegenstand des Kapitels 4 ist.

Außerdem liegt in der Auswahl der Studien für die Metastudie ein eigener *selection bias* begründet. So schließt Bellak beispielsweise alle Studien aus, die einen Effekt auf Investitionen in bestimmten Zeitabschnitten untersuchen. Außerdem werden nur Effekte von ratifizierten, nicht jedoch unterzeichneten BITs berücksichtigt. (Bellak, 2015, S. 9 f.) Bei dem zweiten Punkt erscheint es insbesondere durch die mögliche Signalwirkung von unterzeichneten BITs jedoch möglich – wenn nicht wahrscheinlich – dass einige positive Auswirkungen bereits vor der Ratifizierung eingetreten sind.

Ein großes Problem, das ein Großteil der veröffentlichten Studien aufweist⁴², ist die Vernachlässigung der Inhalte von IIAs. In den meisten Studien gehen vorhandene IIAs entweder als *Dummy-Variable* ein oder die bloße Anzahl an Abkommen wird als unabhängige Variable genutzt⁴³. Ansonsten werden die Abkommen als *Black-Box* angesehen und von den Inhalten abstrahiert. Dabei werden weder die zugesicherten Rechte noch deren Möglichkeit zur Durchsetzung – Stichwort ISDS – beleuchtet.

Dieses Problem erkennen und adressieren Berger et al. in ihrer Studie aus dem Jahr 2013 (Berger, Busse, Nunnenkamp, & Roy, 2013). Die Autoren der Studie untersuchen den Einfluss der Ausgestaltung von IIAs auf die Investitionstätigkeit, konkret die Inkludierung des Inländergleichbehandlungs- und Meistbegünstigungsprinzips sowie die Gewährung eines starken Streitschlichtungsmechanismus in den Verträgen (Berger, Busse, Nunnenkamp, & Roy, 2013, S. 248 f.).

Die Ergebnisse zeigen einen statistisch signifikanten Einfluss von liberalen Zugangsregeln auf die Investitionstätigkeit. Dieser Effekt ist deutlich stärker als der bloße Abschluss eines IIAs. Der Einfluss von ISDS scheint aufgrund der Datenlage schwerer messbar. Hier lässt sich ebenfalls ein positiver, jedoch statistisch nicht signifikanter Effekt messen. (Berger, Busse, Nunnenkamp, & Roy, 2013, S. 262 f.) Daten zu ISDS innerhalb von BITs liegen jedoch nur für einen kleinen Zeitraum und eine reduzierte Anzahl an Verträgen vor (Berger, Busse, Nunnenkamp, & Roy, 2013, S. 263).

⁴² So auch die für die Metaanalyse von Bellak verwendeten Studien.

⁴³ So auch zu sehen bei Bellak (2015, S. 17).

Berger et al. kommen daher zu dem Ergebnis, dass ISDS-Regelungen eher indirekte Wirkung entfalten, der Effekt aufgrund von Endogenitätsproblemen und den angesprochenen Problemen der Datenverfügbarkeit bisher jedoch schwer messbar ist (Berger, Busse, Nunnenkamp, & Roy, 2013, S. 262 f., 268f.).

So hängt der Effekt vom Inhalt des Abkommens und nicht von dessen bloßer Anwesenheit ab. Wobei Abkommen, die liberalere Zugänge sicherstellen, einen stärkeren positiven, statistisch signifikanten Effekt auf die Investitionstätigkeit haben. Dies erscheint durchaus schlüssig. Schließlich geht es den Investoren nicht um das schlichte Vorhandensein von Investitionsschutzabkommen, sondern um tatsächlichen erleichterten Marktzugang und effektiven Schutz ihrer Investitionen. In diese Richtung deutet auch eine Studie von Aisbett, Busse und Nunnenkamp (2018). In dieser kommen die Autoren zu dem Schluss, dass BITs die FDI-Flüsse zwischen den Vertragsstaaten erhöhen. Kommt es jedoch zu ISDS-Streitigkeiten mit Investoren, so sinkt das Investitionsniveau wieder ab.

Colen et al. (2016) unterscheiden in ihrer Studie die Wirkung von BITs auf Investitionen in bestimmten Sektoren. Sie kommen zu dem Ergebnis, dass BITs den größten (positiven) Einfluss auf Investitionen in denjenigen Sektoren haben, die durch hohe versunkene Kosten und eine hohe politische Sensitivität für ausländisches Eigentum charakterisiert sind.

3.1.2 Schutz der inländischen Investoren

Das wesentliche Motiv von Staaten zum Abschluss von Investitionsschutzabkommen mit ISDS-Regelungen ist es, ein gewisses Schutzbedürfnis potenzieller ausländischer Investoren zu erfüllen und dadurch Investitionen anzuziehen. Darüber hinaus ist das Schutzbedürfnis inländischer Unternehmen und deren (potenzieller) Investitionen im Ausland relevant.

Staaten geht es bei der Verhandlung von Investitionsschutzabkommen daher auch um die Vertretung der Interessen „ihrer“ Investoren, also den Schutz inländischer Investoren im Ausland speziell vor Enteignung, und die Schaffung eines effektiven und effizienten Weges der Streitbeilegung für den Fall eines Disputes (Klein M. , 2014, S. 464). Damit nehmen die Staaten in Verhandlungen auch die Position von

Investoren ein. Dies gilt insbesondere für Länder, die eine starke Außenhandelsposition und damit in der Regel auch einen großen Bestand von Direktinvestitionen im Ausland zu verbuchen haben (Klein M. , 2014, S. 464).⁴⁴

Die Interessen von Staaten und Inländern, die FDIs im Ausland tätigen, können dabei einen gewissen *Trade off* darstellen.⁴⁵ So streben Investoren in der Regel nach einer möglichst weitreichenden Absicherung ihrer Investition (Herdegen, 2014, S. 325) während bei Staaten die Sorge besteht, zu stark eingeschränkt zu werden und beispielsweise das Recht auf (notwendige) Regulierung zu verlieren (Sasse, 2011, S. 57). Staaten müssen also beim Abschluss von Verträgen zwischen den Interessen abwägen, was zu unterschiedlichen Ausgestaltungen von Verträgen je nach globaler FDI-Situation des Staates führen kann.⁴⁶

Insbesondere bei Staaten mit stark globalisierten Unternehmen und Investoren kann das Motiv der Absicherung von Auslandsinvestitionen und damit auch die inländische Wohlfahrt in den Vordergrund treten. Dabei ist häufig davon auszugehen, dass die positiven Auswirkungen⁴⁷ für Politiker sofort greifen, während mögliche Nachteile⁴⁸ eher in späteren Perioden zum Tragen kommen.

3.1.3 Weitere mögliche Auswirkungen

Die Förderung von FDI ist durchaus nicht das einzige Motiv für Staaten, IIAs mit ISDS-Regelungen abzuschließen. So gibt es weitere Faktoren, die in dieser Arbeit nicht unerwähnt bleiben sollen.

⁴⁴ Im Gegensatz zu Entwicklungs- und Schwellenländern, denen es wie weiter oben erwähnt eher um die Anziehung von Direktinvestitionen geht (Neumayer & Spess, 2005, S. 1567)

⁴⁵ Dem hier erwähnten *trade off* liegt die Annahme zugrunde, dass Staaten jegliche Zusicherungen, die sie von anderen Staaten verlangen, wiederum auch Investoren aus jenen Staaten zugestehen müssen.

⁴⁶ Zieht der Staat hauptsächlich Direktinvestitionen aus dem Ausland an, so werden seine Freiheitsgrade eher im Fokus stehen, während bei hauptsächlich getätigten Direktinvestitionen die Interessen der Investoren stärker in den Vordergrund treten dürften.

⁴⁷ Damit ist der Abschluss als politischer Erfolg gemeint, was die Zustimmung der Politik bei Unternehmen und Investoren verbessert und damit die Wahrscheinlichkeit der Wiederwahl steigert.

⁴⁸ Hier zu nennen sind mögliche Entschädigungszahlungen als Folge von Streitschlichtungsverfahren und die mögliche Beschneidung von Freiheitsgraden, mehr dazu in Kapitel 5.

Zu erwähnen sind die möglichen Auswirkungen von ISDS ebenso wie von Investitionsschutzabkommen im Allgemeinen auf die institutionelle Qualität, wie sie in der Literatur diskutiert und von Sasse (2011) untersucht wird. Eine verbesserte institutionelle Qualität wäre sowohl für den Staat als auch den Investor ein Motiv für die Bevorzugung von ISDS-Regelungen. Sasse (2011, S. 158 ff.) identifiziert sowohl theoretische Überlegungen als auch empirische Studien, die einen positiven, wie auch einen negativen Einfluss suggerieren. Er selbst kann jedoch weder einen positiven noch einen negativen statistisch signifikanten und robusten Einfluss feststellen (Sasse, 2011, S. 175).

Dass BITs darüber hinaus als Substitut für institutionelle Qualität dienen können, wird von Neumayer und Spess (2005) als These aufgestellt. Sie kommen zu dem Ergebnis, dass Entwicklungsländer, die BITs abschließen, mehr FDI anziehen. Dieser Effekt ist stärker für diejenigen Staaten, deren politische Stabilität gering ist. Bei einer stabileren Regierung sinkt dieser Effekt. (Neumayer & Spess, 2005, S. 1579 f.) Da darüber hinaus der Interaktionsterm zwischen BITs und Stabilität der Regierung negativ ist, kommen die Autoren zu dem Ergebnis, dass politische Stabilität und BITs begrenzte Substitute zu sein scheinen. Zu einem ähnlichen Ergebnis kommen die Autoren unter Verwendung gemischten *International Country Risk Guide Index* für die institutionelle Qualität (Neumayer & Spess, 2005, S. 1578).

Einschränkend muss angemerkt werden, dass die Ergebnisse je nach Schätzmodell und je nach Maß für die institutionelle Qualität unterschiedlich ausfallen. So kommen die Autoren unter Verwendung des *POLCON Index* von Heinsz zu dem Ergebnis, dass BITs und institutionelle Qualität je nach verwendeter Definition eher als Komplemente fungieren können. (Neumayer & Spess, 2005, S. 1580) Der konkrete Einfluss von ISDS wird hierbei vernachlässigt, jedoch wird auf die Bedeutung eines glaubhaften Signals hingewiesen. Auf die Bedeutung von ISDS für die Glaubwürdigkeit von BITs wiederum wird in Kapitel 4 eingegangen.

Darüber hinaus können IIAs für Staaten strategische Bedeutung mit Hinblick auf internationale politische Ziele haben (Pohl, 2018, S. 70 f.). Tietje und Baetens (2014, S. 34) nennen als konkretes weiteres Motiv eine verbesserte globale Verhandlungsposition der beteiligten Staaten. Als Beispiel nennen sie die Möglichkeit, dass die EU und die USA durch die Harmonisierung von Vorschriften im Bereich des Handels den globalen Standard in diesem Bereich setzen könnten. Dies lasse sich auch auf den Bereich des Investitionsschutzes übertragen. So gehen die Autoren davon aus,

dass ein modernes ISDS-Regime in TTIP die Verhandlungsposition zur Übernahme dieser Regeln für andere Länder und damit mittelfristig auch den Schutz von Investitionen global verbessern könnte (Tietje & Baetens, 2014, S. 35).

Darüber hinaus liegt es im Interesse der Staaten, durch ISDS-Regelungen Investitionsstreitigkeiten zu entpolitisieren. Pohl (2018, S. 48 f.) sieht darin gar eines der Ausgangsziele bei der Initiierung des ISDS-Regimes. Reinisch (2015a, S. 929) führt an, dass insbesondere die Ausübung des diplomatischen Rechtsschutzes von Staaten häufig als Belastung der zwischenstaatlichen Beziehungen angesehen wird. Dies lässt sich auch auf weitere Streitigkeiten, bei denen nationale Gerichte zuständig sind, ausweiten, speziell wenn der Vorwurf der Einflussnahme von politischer Seite im Raum steht.

3.2 Schutz von Investitionen aus Sicht der Investoren

3.2.1 Kategorisierung der internationalen Investitionsschutzregelungen

Investoren geht es bei der betriebswirtschaftlichen Entscheidung für oder gegen eine Investition neben der zu erzielenden Rendite um die Sicherheit der Investition,⁴⁹ die direkte Auswirkungen auf die zu erwartende Rendite des Investitionsprojekts hat. Für Investoren ist damit der Schutz ihrer Investitionen von entscheidender Bedeutung (Egger & Merlo, 2007, S. 1536).

Weisen Projekte bzw. Investitionen einen grenzüberschreitenden Charakter auf – bedingt durch den Vertragsgegenstand oder die beteiligten Parteien – stellt sich bei aufkommenden Streitigkeiten die Frage nach dem anwendbaren Recht. Je nach anwendbarem Recht können vereinbarte Bestimmungen sehr unterschiedlich zu bewerten sein. (Griebel, 2008, S. 28)

Bei der Investitionsentscheidung und der damit verbundenen Risikoabwägung ist der potenzielle Investor in der Regel mit drei verschiedenen Konstellationen bezüglich des Investitionsschutzes konfrontiert (Griebel, 2008, S. 5 f.):

⁴⁹ Auf die Bedeutung von Sicherheit und einem stabilen Investitionsumfeld wird in Kapitel 4 noch genauer eingegangen.

- (1) Es existiert kein besonderer Schutz der Investitionen. In diesem Falle gelten das allgemeine Völkerrecht sowie die nationalen Rechtsnormen.
- (2) Die Investition wird über individuelle Investitionsverträge zwischen Investor und Gastgeberstaat geregelt.
- (3) Der generelle Schutz von FDIs wird durch Investitionsschutzabkommen geregelt, die zwischen Staaten geschlossen werden. In der Regel enthalten solche Verträge auch Regelungen zur Durchsetzung von Investoreninteressen im Disputfall. In den meisten Fällen handelt es sich dabei um ISDS-Regelungen.⁵⁰

Der Fall (2) stellt einen Spezialfall von und gleichzeitig eine Reaktion auf den Fall (1) dar. Das bedeutet, dass zwischen dem Heimatland des Investors und dem Zielland der Investition kein Investitionsschutzabkommen (IIA) besteht. Um Unsicherheit zu vermeiden, schließt der Investor für ein bestimmtes Investitionsprojekt einen Investitionsvertrag mit dem Zielland, wobei die Regelungen dann lediglich für die konkrete(n) Investition(en) gelten. Generell können diese Investitionsverträge sehr vielfältig sein und ihre Effektivität hängt stark von der Ausgestaltung der Verträge, zum Beispiel bezüglich des anwendbaren Rechts, ab (Griebel, 2008, S. 6, 27 f.). Für den Investor hat diese sogenannte „interne Stabilisierung“ (Griebel, 2008, S. 6) den Nachteil, die Verträge im Vorfeld einer jeden Investition mit dem Gastgeberstaat verhandeln zu müssen, was zu deutlichen Verzögerungen und einem verstärkten finanziellen Aufwand für den Investor führen kann.⁵¹ Ganz im Gegensatz zur Situation bei Vorliegen von Investitionsschutzabkommen (3), womit sich diese Arbeit im Kern befasst. In diesen Fällen entfällt der Aufwand, vor jeder zu tätigen Investition einen Investitionsvertrag zu schließen.

Jedoch stellen sich die Fragen, ob und warum das Vorhandensein von Investitionsschutzverträgen für Investoren und ihre Investitionsentscheidungen wünschenswert und vorteilhaft sind.

⁵⁰ Wie bereits in Kapitel 2.3 erwähnt, enthalten laut OECD über 90% der BITs Bestimmungen zur privaten Durchsetzung von Ansprüchen, also ISDS-Regelungen (OECD, 2012, S. 8f.).

⁵¹ Zur Komplexität von Investitionsverträgen und zur eingeschränkten Verwendbarkeit von vorformulierten Klauseln siehe Griebel (2008, S. 27 ff. bzw. 36 f.).

Bei der Analyse der Motive von Investoren für das Bestehen von ISDS-Regelungen ist zu berücksichtigen, dass die in dieser Arbeit untersuchten Verträge nicht von Investoren geschlossen werden. Stattdessen vertreten Staaten bei der Verhandlung von Investitionsschutzabkommen gleichermaßen ihre und die Motive ihrer Investoren, wie im vorherigen Kapitel bereits erwähnt. Hier kann daher nicht ergründet werden, warum Investoren solche Verträge schließen. Es geht vielmehr einerseits um den Wunsch von Investoren, dass ihr Heimatstaat solche Verträge schließt, was sie durch Einflussnahme in einem gewissen Ausmaß beeinflussen können, und andererseits um die Frage, warum Investoren mit Vorliebe in Staaten Investitionen tätigen, die ihnen das Recht zum direkten Vorgehen gegen den Staat über IIAs einräumen.⁵²

Es stellt sich die berechtigte Frage, warum es überhaupt gesonderte Regelungen für ausländische Investoren geben muss. Immerhin stellen spezielle Regelungen für ausländische Investoren ihrerseits eine gewisse Ungleichbehandlung gegenüber inländischen Investoren dar. Dies gilt es zu rechtfertigen. Schließlich steht den Investoren der Weg über die nationalen Gerichtsinstanzen offen. Außerdem sind Investitionen international geschützt. Zu rechtfertigen wären diese gesonderten Regeln dann, wenn der Schutz von ausländischen Investitionen sich vom Schutz inländischer Investitionen unterscheidet bzw. ihr Schutz nicht ausreichend oder nicht ausreichend durchsetzbar ist.

In den nächsten Unterkapiteln geht es daher um den (potenziellen) Mehrwert von IIA in Verbindung mit ISDS-Regelungen für Investoren. Im Kapitel 3.2.2 wird der aktuelle Schutz von Investitionen außerhalb einer Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit, also (1) und (2), beleuchtet. In Kapitel 3.2.3 wird der Schutz in Situation (1) und (2) mit den ISDS Regelungen innerhalb von IIAs⁵³ (3) verglichen und anschließend der juristische Mehrwert für Investoren diskutiert. Angemerkt sei, dass Investitionsverträge (2) ähnlich wie IIAs ausgestaltet sein können. Aufgrund ihrer Vielfäl-

⁵² Wie in Kapitel 3.1 ergründet.

⁵³ Wenn auch nicht notwendigerweise, so sind ISDS-Regelungen in der Regel ein Kernbestandteil von IIAs und daher mit diesen untrennbar verbunden, wie bereits in Kapitel 2.3 beschrieben.

tigkeit kann davon aber nicht zwingend ausgegangen werden. Die geregelten Inhalte können auch deutlich weniger weit reichen als dies in der Regel bei IIAs der Fall ist.

3.2.2 Bestehender Schutz von Investitionen außerhalb von IIA

Innerstaatlicher Rechtsweg des Ziellandes

Zum Schutz von Investitionen steht sowohl inländischen als auch ausländischen Investoren in erster Linie der innerstaatliche Rechtsweg über Gerichte und Verwaltungsbehörden des Ziellandes der Investition zur Verfügung (Reinisch, 2015a, S. 926). Nach völkerrechtlichen Grundsätzen ist die Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs sogar Voraussetzung dafür, seine Ansprüche auf internationaler Ebene geltend zu machen (Reinisch, 2015a, S. 926 f.).

Investitionsschutzabkommen regeln jedoch meist die Möglichkeit, von dem Grundsatz der Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs abzuweichen und gewähren frühzeitig einen Zugang zu internationalen Schiedsgerichten. Dies wird mit dem mangelnden Vertrauen der Investoren in die Unabhängigkeit der nationalen Gerichte und der Verzögerung der Streitbeilegung begründet. (Reinisch, 2015a, S. 926 f.) Griebel (2008, S. 29) führt außerdem die vor allem für Verträge zwischen Investoren und Staaten relevante Möglichkeit von Staaten an, durch ihre Position als Souverän die Rechtsordnung und somit die Rahmenbedingungen für den Investor auch rückwirkend zu ändern. Doch auch unabhängig von den Möglichkeiten zur nachträglichen Änderung bzw. mangelnden Unabhängigkeit, ergeben sich für den Investor Unsicherheiten gegenüber der Rechtsordnung des Gaststaates der Investition. So können die Interpretation von Gesetzen sowie die richterliche Praxis in verschiedenen Rechtssystemen stark abweichen, was für den Investor ohne Unterstützung von im nationalen Rechtssystem geschulten juristischen Beratern schwierig sein kann (Griebel, 2008, S. 29). Der Einwand, dass die Interpretation von Gesetzen und die richterliche Praxis schwierig einzuschätzen sein können, scheint jedoch wenig überzeugend. So gehört es selbst bei grenzinternen Investitionen zur normalen betriebswirtschaftlichen Tätigkeit, sich (im nationalen Rechtssystem ge-

schulden) juristischen Rat einzuholen. Dass dies bei grenzüberschreitenden Verträgen und Investitionen dem Investor nicht zugemutet werden soll, erscheint willkürlich.

Vielmehr scheint dieser Aspekt für die generelle Unsicherheit von Investoren bezüglich des nationalen Rechtssystems des Gastlandes, der Unabhängigkeit der Gerichte und der Auslegung der vereinbarten Regelungen zu stehen, was einige wünschenswerte Investitionen verhindern kann.

Besch (2008, S. 14) spricht im Falle der Zuständigkeit der Gerichte des Gaststaates sogar davon, dass der Gaststaat damit „[...] quasi Richter in eigener Sache [...]“ würde. Darüber hinaus merkt er an, dass den nationalen Gerichten häufig schlichtweg die Mittel, Kompetenz und Erfahrung fehlten, um internationale Investitionsstreitigkeiten zu verhandeln. So sieht auch die EU-Kommission dieses Problem, indem sie nationalen Gerichten lediglich die Kompetenz für Entscheidungen zuspricht, die unter Anwendung von nationalem Recht gefällt werden, nicht jedoch für Entscheidungen, die unter internationales Investitionsrecht fallen (Europäische Kommission, 2015a, S. 9). Dieser Umstand ist durchaus nicht unumstritten. So vertritt beispielsweise Kleinheisterkamp (2014) die Ansicht, dass die von der Europäischen Kommission angebrachten Argumente wenig überzeugend sind. Er rekurriert dabei in seiner Ausführung jedoch hauptsächlich auf den Zugang von EU-Investoren zum nationalen Gerichtssystem der USA auf Basis von Investitionsschutzabkommen. Dabei negiert er durchaus bestehende, umfassende Probleme mit dem US-amerikanischen Gerichtssystem (Kleinheisterkamp, 2014, S. 5). Auf die generellen Probleme des innerstaatlichen Rechtsweges des Ziellands geht der Autor jedoch nicht ein.

Andere nationale Gerichte

Das Gericht des Heimatstaates des Investors sowie die Gerichte dritter Staaten stehen ebenfalls als Streitbeilegungsstellen zur Verfügung. Laut Reinisch (2015a, S. 927) scheitert die Möglichkeit, bei der Streitbeilegung auf Gerichte von Drittstaaten zurückzugreifen, in der Regel an der fehlenden internationalen Zuständigkeit oder aber an der Immunität des Gastgeberstaates.

Im Falle des Heimatstaates des Investors scheinen die unter vorherigem Punkt angesprochenen Nachteile lediglich in Richtung des Staates verschoben zu sein. Darüber hinaus sind der Wille und die Befugnis der Gerichte, fremde Hoheitsakte in Frage zu stellen, zumindest fraglich (Reinisch, 2015a, S. 927).

Diplomatischer Schutz – Heimatstaat des Investors

Einen weiteren Schutz von Investitionen gewährt die Ausübung des diplomatischen Schutzrechts durch den Heimatstaat des Investors. Diese Möglichkeit ist jedoch an eine Reihe von Voraussetzungen geknüpft und die Durchführung ist für den Investor in vielen Fällen unsicher und schwer prognostizierbar.

Neben Problemen der Voraussetzungen für den Investor, wie unter anderem die Staatsangehörigkeit des jeweiligen Landes und die prinzipielle Notwendigkeit der Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzugs ist der Investor auch vom Willen seines Heimatstaates abhängig. Denn der diplomatische Schutz liegt im Ermessen des Heimatlandes und kann bei politischen oder anderweitigen Bedenken selbst bei eindeutigen Ansprüchen des Investors unterlassen werden. (Reinisch, 2015a, S. 927ff.)

Investitionsschutz durch Investitionsverträge

Besteht kein Investitionsschutzvertrag zwischen Heimatstaat des Investors und Zielland der Investition, werden offene bzw. strittige Fragen, - beispielsweise nach dem anwendbaren Recht, häufig direkt über Verträge – sogenannte Investitionsverträge – für einzelne Projekte zwischen Investoren und dem Gaststaat der Investition geregelt (Griebel, 2008, S. 27).

Insbesondere bei größeren Investitionsprojekten, beispielsweise im Bereich der Rohstoffgewinnung oder aber bei der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen⁵⁴, sind diese Verträge relevant (Reinisch, 2015b, S. 407). Sie können so vielfältig sein wie Investitionen und Investitionsgegenstände generell (Griebel, 2008, S. 27), sind jedoch meist auf rein wirtschaftliche Fragen konzentriert (Reinisch, 2015b, S. 407). Sie stellen eine erste Möglichkeit dar, den aufgezeigten Problemen des allgemeinen

⁵⁴ Sogenannte *joint ventures*.

Völkerrechts zu begegnen, und werden auch als interne Stabilisierung⁵⁵ bezeichnet (Griebel, 2008, S. 27).

Laut Reinisch (2015b) sind dabei zwei Arten vertraglicher Klauseln von besonderer Bedeutung für den Schutz der getätigten Investitionen. Die Rede ist von Internationalisierungs- und Rechtswahlklauseln, die beide den Schutz des Investors „[...] gegen einseitige Eingriffe des Staates in die Investitionsvereinbarungen[...]“ (Reinisch, 2015b, S. 407) zum Ziel haben.

Stabilisierungsklauseln haben das Ziel, das geltende Recht des Gaststaates in gewisser Weise einzufrieren, also zu stabilisieren. Natürlich wird sich ein Staat dabei nicht seine souveränen Rechte zur Rechtssetzung nehmen lassen. Stattdessen geht es bei Stabilisierungsklauseln um die Verpflichtung, den Investor von für ihn schädlichen Änderungen der Rechtsordnung schadlos zu halten.⁵⁶ (Reinisch, 2015b, S. 407)

Internationalisierungsklauseln normieren durch Rechtswahl – und Streitbeilegungsregelungen die zusätzliche Anwendbarkeit von internationalem Recht, sowie häufig direkte Klagebefugnisse des Investors vor internationalen Schiedsgerichten; ganz ähnlich, wie dies häufig in IIAs geregelt wird. (Reinisch, 2015b, S. 407) Natürlich ist es auch möglich, nationale Gerichte für zuständig zu erklären. Jedoch würde dies in den meisten Fällen auf die nationalen Gerichte des Gaststaates hinauslaufen, da nicht zu erwarten ist, dass sich Staaten in Vereinbarungen mit Unternehmen dem Recht eines anderen Staates unterwerfen (Herdegen, 2014, S. 326).

Investitionsverträge bieten den Vorteil, dass sie stark auf das jeweilige Investitionsprojekt zugeschnitten werden können. Problematisch ist die Notwendigkeit, für jedes Investitionsprojekt individuell zu verhandeln, was zum einen die Transaktionskosten erhöht und zum anderen zeitkritische Investitionen erschweren bzw. verhindern kann. Darüber hinaus ergibt sich die Problematik der Verhandlungsmacht, die bereits vor, spätestens aber nach Tätigen der Investition asymmetrisch zugunsten des Staates verteilt ist.⁵⁷ Dies ist vor allem deshalb von Bedeutung, da Reinisch

⁵⁵ Im Gegensatz zu Investitionsschutzverträgen zwischen Staaten, die als externe Stabilisierungsmechanismen bezeichnet werden.

⁵⁶ Diese Stabilisierungsklauseln existieren ebenfalls in IIAs und werden daher im nächsten Kapitel genauer beleuchtet

⁵⁷ Siehe dazu Kapitel 4.3 zum *hold-up* Problem.

(2015b, S. 408) erwähnt, dass „[...] Investor-Staat Verträge regelmäßig dem Recht des staatlichen Vertragspartners“ unterstehen.

Reinisch (2015a, S. 408) merkt an, dass im Fall von Investitionsverträgen mit anwendbarem Recht des staatlichen Vertragspartners anwendbare BITs einen ergänzenden völkerrechtlichen Schutz für Investoren bieten. Investoren-Staat-Verträge stellen damit eher eine Ergänzung als eine Alternative zu IIAs dar. Dies sieht auch Herdegen (2014, S. 328) so: Er gesteht Ansprüchen aus Investitionsschutzverträgen zwischen Investoren und Staaten die größte Absicherung zu, wenn diese durch völkerrechtliche Vereinbarungen zwischen Heimatstaat des Investors und Gaststaat ergänzt bzw. flankiert werden.

Alternative Streitbeilegungsmechanismen (ADR)

Der Begriff der alternativen Streitbeilegungsmechanismen wird unterschiedlich weit ausgelegt. Der Definition von Besch (2008, S. 73) folgend, handelt es sich um Verfahren unter Zuhilfenahme einer unabhängigen dritten Partei, die der Streitbeilegung dienen und außerhalb von nationalen Gerichten und Schiedsgerichten durchgeführt werden. In Abgrenzung zu Gerichts- und Schiedsgerichtsverfahren zielen diese Verfahren in der Regel auf einen Konsens der Parteien ab, wobei der gefundene Konsens in der Regel keine bindende und vollstreckbare Entscheidung darstellt (Besch, 2008, S. 73).

ADRs umfassen Mediations- und Vergleichsverfahren, Expertenverfahren, Dispute Review Boards oder Kombinationen aus den genannten Verfahren (Besch, 2008, S. 74ff.).

Die Verfahren können für bestimmte Streitigkeiten eine Alternative darstellen, bei denen es um einen Konsens der Parteien geht. Als Alternative zu bindenden Gerichts- und Streitschlichtungsverfahren können sie jedoch nicht gesehen werden.

3.2.3 Schutz von Investitionen innerhalb von IIAs

Aus den in Kapitel 3.2.1 dargelegten Gründen scheinen Regelungen außerhalb von Investitionsschutzabkommen in bestimmten Fällen für Investoren keinen ausreichenden, keinen durchsetzbaren oder keinen effizienten Schutz der Investitionen zu bieten. Daher schließen Staaten auch im Interesse ihrer Investoren zusätzliche Abkommen zum Schutz von Investitionen.

Den Inhalt der Abkommen bilden Bestimmungen, die den Umgang mit ausländischen Investitionen, die im Hoheitsbereich eines der Vertragsstaaten getätigt wurden, regeln (Griebel, 2008, S. 68). Ziel der Regelungen ist es laut Griebel (2008, S. 68) „[...] Schutz vor einer Frustration der Gewinnerwartungen einer getätigten Investition durch staatliche Maßnahmen (zu) gewährleisten.“

Die konkrete Ausgestaltung und der Umfang des gewährten Schutzes können dabei von Vertrag zu Vertrag stark variieren (Griebel, 2008, S. 67).

Gemeinsamkeiten lassen sich jedoch für einen Großteil der Abkommen identifizieren. So gibt es im Bereich der Investitionsschutzverträge gewisse Standards, die sich in den meisten Verträgen in ähnlicher Form wiederfinden. Dabei lassen sich je nach Auslegung vier (Griebel, 2008, S. 68 ff.) oder fünf (Reinisch, 2015b, S. 411) maßgebliche Standards identifizieren.⁵⁸ Diese Standards sind:

Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung

Da das Völkergewohnheitsrecht kein allgemeines Diskriminierungsverbot kennt, ist es Staaten durchaus möglich, bestimmte Rechte oder Pflichten nur bestimmten Staatsangehörigen vorzubehalten (Reinisch, 2015b, S. 411). Daher wird in Investitionsschutzverträgen meist festgelegt, dass der Gaststaat einerseits ausländische Investoren nicht schlechter behandeln darf als er das in einer ähnlichen Situation mit einem Inländer getan hätte (Herdegen, 2014, S. 348), und andererseits, dass ausländische Investoren aus einem bestimmten Land nicht schlechter als andere Investoren aus Drittstaaten behandelt werden dürfen (Reinisch, 2015b, S. 411). Dabei hängt laut Herdegen (2014, S. 348 f.) die Anwendbarkeit der Meistbegünstigungsklausel davon ab, dass der Regelungsgegenstand der vertraglichen Vergünstigungen gegenüber Investoren aus Drittstaaten der gleiche ist wie im Ausgangsübereinkommen. Außerdem können bestimmte Vergünstigungen ausgeklammert werden.

⁵⁸ Griebel (2008, S. 68ff.) fasst Inländerbehandlung und Meistbegünstigung als einen Standard zusammen, während Reinisch (2015b, S. 411) diese als gesonderte Standards aufführt.

Internationaler Mindeststandard

Der internationale Mindeststandard definiert eine untere Grenze der völkerrechtlich zulässigen Behandlung von ausländischen Investoren. Historisch waren die Anforderungen an die Verletzung dieses Mindeststandards recht hoch. Da es sich bei diesem Standard jedoch um Gewohnheitsrecht handelt, ist auch der internationale Mindeststandard dynamisch und entwickelt sich weiter. (Reinisch, 2015b, S. 413)

Für Investoren erfüllt der Mindeststandard damit die Funktion eines sich nachziehenden Sicherheitsnetzes, wenn der internationale Schutzstandard sich erhöht. Als Beispiele für potenziell vom Mindeststandard betroffene Akte des Staates nennt Reinisch (2015b, S. 412ff.) die Verweigerung eines gerechten Verfahrens oder sonstige offensichtliche Ungerechtigkeiten, die de facto ein *denial of justice* darstellen würden.

Gerechte und billige Behandlung

Im Kern deckt sich die Garantie der gerechten und billigen Behandlung mit dem Minimumstandard des Völkergewohnheitsrechtes, also dem internationalen Mindeststandard (Herdegen, 2014, S. 342). Jedoch gibt Reinisch (2015b, S. 414 f.) zu bedenken, dass, sofern die Klauseln keinen direkten Bezug zum Mindeststandard herstellen, die Klauseln der gerechten und billigen Behandlung über diesen Standard hinausgehen können, was auch von Schiedsgerichten so interpretiert wurde. Sasse (2011, S. 51 f.) erkennt mit Blick auf die aktuelle Schiedsgerichtspraxis, dass der Schutzstandard auch auf die legitimen Erwartungen und das Vertrauen des Investors abstellt und damit eine Verpflichtung des Staates zur Wahrung des Grundsatzes von *Treu und Glauben* darstellt.

Schutz und Sicherheit

Der Standard des vollen (und dauerhaften) Schutzes und der Sicherheit stellt auf die Sorgfaltspflichten des Gaststaates und dessen Schutzpflichten vor dem Zugriff dritter Parteien ab (Sasse, 2011, S. 53f.). Dabei geht es in erster Linie um eine

Pflicht des Gaststaates, notwendige und zumutbare Abwehrmaßnahmen zu ergreifen sowie um die Nichtdiskriminierung bei möglichen Entschädigungen⁵⁹ (Reinisch, 2015b, S. 417 f.).

Neben den dargestellten Schutzstandards haben fast alle IIAs gemein, dass für den Fall eines Disputes in den Investitionsschutzabkommen Streitschlichtungsregelungen und zuständige Streitschlichtungsstellen festgelegt werden. In den meisten Fällen gestehen die Verträge den Investoren dann zu, direkt vor Tribunalen Entschädigungen von dem Gaststaat zu erstreiten. Für Unternehmen bieten solche ISDS-Regelungen eine Reihe von Vorteilen, die bereits erwähnt wurden. Neben der Unabhängigkeit und dem Schutz vor staatlicher Willkür stehen für Investoren dabei insbesondere die Nichtöffentlichkeit, die Schnelligkeit⁶⁰, die Flexibilität und die Vollstreckbarkeit im Mittelpunkt (Besch, 2008, S. 15 ff.). Oberhammer (2015, S. 868 ff.) nennt darüber hinaus die Internationalität der Schiedsgerichte, das schiedsgerichtliche Verfahrensermessen und die fallspezifische Auswahl der Schiedsrichter als Vorteile.

Die Vollstreckbarkeit für Schiedssprüche ergibt sich aus der „Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Tribunal Awards“ (UNCITRAL, 1958), die derzeit⁶¹ von 159 Staaten unterzeichnet ist (UNCITRAL, 2018).

Natürlich können innerhalb der Verträge auch Gerichte des Gast- oder Heimatstaates des Investors als Gerichtsstand festgelegt werden, jedoch greift dann ein Großteil der Nachteile, die bereits weiter oben erläutert wurden. Lediglich das Problem der Zuständigkeit lässt sich damit vollständig aus der Welt räumen. Die Probleme der Rechtsauslegung und der Befangenheit bleiben von einer solchen Regelung unberührt.

⁵⁹ Als Beispiel nennt Reinisch (2015b, S. 418) kriegerische Auseinandersetzungen und Aufstände sowie daraus entstehende Entschädigungen, die ausländischen wie inländischen Investoren zustehen.

⁶⁰ Als Gründe dafür, dass ISDS-Verfahren in der Regel schneller sind, nennt Veltins (2018, S. 282) den fehlenden Instanzenzug, während Oberhammer (2015, S. 869) bereits bei der Klage und den damit verbundenen Problemen vor nationalen Gerichten ansetzt.

⁶¹ Stand Juni 2018.

Eine weitere Möglichkeit, die Streitschlichtung innerhalb von IIAs zu regeln, liegt darin, für den Fall eines Disputes den Disput von der Ebene des Investors auf Staatenebene zu heben, indem Staat-Staat-Streitschlichtungsregeln festgelegt werden. Als Vorbild könnte hierbei das Vorgehen der WTO bei Handelsstreitigkeiten dienen (The Economist, 2014). Ein Investor könnte also im Falle eines Bruches von in IIAs festgelegten Rechten eine Entschädigung nicht direkt einklagen, sondern müsste sich vielmehr an seine Regierung wenden. Diese könnte dann gegen den betreffenden Staat, mit dem sie ein Abkommen geschlossen hat, wegen möglicher Verstöße vorgehen. Die Möglichkeit, dass private Investoren direkt eine Entschädigung erstreiten, wäre dann ausgeschlossen oder nur als Ergänzung möglich (Bronckers, 2015, S. 5).

In gewisser Weise würde man dabei historisch einen Schritt zurückgehen. Die erste Generation der IIAs beinhaltete die Möglichkeit, Streitigkeiten vor dem Internationalen Gerichtshof oder aber von einem Tribunal schlichten zu lassen. Am Anfang stand jedoch eine Verhandlung zwischen den beteiligten Staaten, um im Sinne der Freundschaft zu einer Lösung zu gelangen. Dabei konnte ein eingesetztes Tribunal mangels generell akzeptierter Streitschlichtungsregeln seine eigenen Regeln für den Streitschlichtungsprozess festlegen. (Tietje & Baetens, 2014, S. 21)

Als Argument gegen diese Praxis führt Bronckers (2015, S. 6) an, dass hierdurch die Durchsetzung und Vollstreckung politisiert würden, was neben fehlenden Ressourcen einiger Staaten die Anzahl der Fälle stark einschränke. Als Argument für diese Art von Regelungen wird angeführt, dass auf diesem Wege Waffengleichheit geschaffen würde, da sich Staaten gegenüberstünden (Bronckers, 2015, S. 5). Dem ist entgegenzuhalten, dass in Verfahren, in denen sich Staaten direkt gegenüberstehen, Machtfragen deutlich stärker in den Fokus rücken als im Falle von ISDS. So besteht bei Streitigkeiten zwischen Staaten eine stärkere Möglichkeit, unter Ausnutzung von Abhängigkeiten oder militärischer oder ökonomischer Überlegenheit eine Drohkulisse aufzubauen, als es einem Investor gegenüber einem Staat möglich wäre. Dies ist besonders kritisch zu sehen, da speziell zwischen ökonomischen und militärischen Konflikten eine starke Interaktion besteht (Blum, 2017a, S. 56 f.). Ein solcher Konflikt birgt also eine gehörige Sprengkraft. Dies wiederum sorgt dafür, dass die möglichen (politischen) Kosten für Regierungen immens sind, was die Wahrscheinlichkeit solcher Konflikte senkt und gleichzeitig die Anzahl weiter einschränkt.

Die Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit von Investitionsschutzverträgen wäre daher deutlich gefährdet, wenn die Investoren keinen direkten Zugang zu Streitschlichtungsstellen hätten. Der Umweg über nationale Regierungen scheint hierbei kontraproduktiv.

3.3 Zwischenfazit zum Schutz von Investitionen aus Sicht der beteiligten Parteien

Zu Beginn des Kapitels wurde die Frage gestellt, warum überhaupt über Investitionsschutzverträge gesonderte Regelungen für internationale Investoren geschaffen werden müssen. Immerhin besteht sowohl ein Schutz von Investitionen auf nationaler als auch internationaler Ebene. Für Staaten drehen sich die Motive hauptsächlich um das Anziehen von zusätzlichen FDIs und den Schutz der heimischen Investoren, auch wenn durchaus weitere Motive, wie die Entpolitisierung von Investitionsstreitigkeiten, eine Rolle spielen.

Dass der Einwand eines bestehenden Schutzes für Investoren außerhalb von IIAs zu kurz gegriffen ist, lässt sich mittels der in diesem Kapitel gewonnenen Erkenntnisse in drei maßgebliche Gründe zusammenfassen: Erstens ist es möglich, dass das Rechtssystem des Gastlandes nicht besonders weit entwickelt ist und daher keinen Mindeststandard an Investitionsschutz bietet. Dies ist insbesondere bei wenig entwickelten Volkswirtschaften der Fall, was als Unfähigkeit des Rechtssystems bezeichnet werden kann. Ausländische Investoren würden unter Umständen gegenüber einheimischen gleichbehandelt. Jedoch ist für keine der Parteien ein ausreichender Schutz gewährleistet. Wie oben bereits beleuchtet, stellen der internationale Rechtsschutz und das Vorgehen über andere nationale Gerichte aufgrund hoher Anforderungen oder Zuständigkeitsprobleme in den meisten Fällen keine Alternativen dar.

Zweitens ist es möglich, dass selbst ein weit entwickeltes Rechtssystem den ausreichenden Schutz von ausländischen Investoren nicht gewährt. Dieses Argument dreht sich um die Frage, wie unparteiisch nationale Gerichtsbarkeiten bei Streitigkeiten zwischen ausländischen Investoren und der heimischen Regierung sind, was wiederum stark von der Unabhängigkeit der nationalen Gerichte abhängt. Dies ist als potenzielles Unwollen des Rechtssystems zu bezeichnen. Auch hier könnten

der internationale Rechtsschutz oder andere nationale Gerichte Abhilfe schaffen. Diese Lösung hinkt aber ebenfalls durch die oben genannten Gründe.

Ergänzend haben drittens ausländische Investoren einen Nachteil, der nicht unmittelbar mit der (ursprünglichen) Ausgestaltung oder der Unabhängigkeit des Rechtssystems zusammenhängt: Ihnen fehlt das Verständnis von und die Möglichkeit zur Einflussnahme auf mögliche Veränderungen innerhalb des Rechtssystems. So sind ausländische Investoren von der politischen Willensbildung ausgeschlossen (Herdegen, 2014, S. 307) und können ihre Investitionen durch Lobbyismus unter Umständen nicht im gleichen Maße schützen wie inländische Investoren. Dadurch sind ausländische Investoren weniger stark vor nachträglichen, die Gewinnerwartung schmälernenden Regelungen geschützt.

Damit sieht sich der ausländische Investor neben den betriebswirtschaftlichen Risiken ergänzend einem erhöhten Rechtsrisiko bzw. Regulierungsrisiko ausgesetzt. Blum et al. (Blum, Feldmann, & Nothnagel, 2018, S. 163 f.) sprechen in diesem Fall von einem doppelten Regulierungsrisiko, da der Investor sowohl den heimischen Ordnungsrahmen als auch den Ordnungsrahmen des Gaststaates berücksichtigen muss.

Insgesamt sorgt die Doppelrolle des Staates als Vertragspartner und Regelsetzer dafür, dass die Risikostrukturen nicht länger exogen gegeben sind. Vielmehr werden durch den regulierenden Eingriff des Staates Verhaltensrisiken für den Investor endogenisiert, was Auswirkungen auf die Risikostruktur der Investitionen hat (Blum & Growitsch, 2009, S. 24).

Gleichzeitig bieten Regelungen außerhalb von Investitionsschutzverträgen aus juristischer Sicht keinen ausreichenden Schutz für Investoren und können daher nicht dazu dienen, die für Investoren so wichtige Investitionssicherheit zu gewährleisten. Der Einwand, nationale Gerichte des Gaststaates in Anspruch zu nehmen, greift aufgrund der Doppelrolle des Staates sowie möglicher Kompetenz- und Erfahrungsdefizite zu kurz, während der Weg über andere nationale Gerichte dritter Staaten in der Regel bereits an der Zuständigkeit scheitert. Die Hürden der Inanspruchnahme diplomatischen Rechtsschutzes sind für Investoren aufgrund der hohen Anforderungen sowie der notwendigen Mithilfe des Heimatstaates schlicht zu hoch. Dem gegenüber stellen individuelle Investitionsverträge eher eine Ergänzung zu IIAs dar, die mit recht hohem Abschlussaufwand verbunden ist.

Innerhalb von Investitionsschutzverträgen scheinen wiederum nur ISDS-Klauseln mit der Möglichkeit, Dispute von einem unabhängigen, nicht politisierten Gremium entscheiden zu lassen, einen effektiven Schutz zu bieten, den beide Seiten akzeptieren können. So verschiebt die Festlegung nationaler Gerichte die Unsicherheiten zu stark in Richtung einer der Parteien und bietet damit nur begrenzte Vorteile für den Investor. Zwischenstaatliche Streitbeilegung hingegen führt zu einer starken Politisierung der Dispute, was diese potenziell sehr teuer und unwahrscheinlich macht.

Es ist festzuhalten, dass aus juristischer Sicht ein ergänzender Mechanismus erforderlich ist. Die Maxime der Investitionssicherheit, um das optimale Niveau an Investitionen sicherzustellen, ist daher nicht gewährleistet. In Anbetracht der bestehenden Defizite im Bereich des Schutzes von Auslandsinvestitionen stellt sich nunmehr die Frage, was die ökonomischen Auswirkungen dieser Defizite sind und wie die Situation verbessert werden kann. Konkret geht es um die Fragen, ob und warum für Staaten Anreize bestehen, ausländische Investoren (in besonderem Maße) zu enteignen, und in einem zweiten Schritt, ob IIAs in Verbindung mit ISDS-Regelungen aus ökonomischer Sicht ein geeigneter ergänzender Mechanismus sein können, um die bestehenden Defizite im Investitionsschutz zu überwinden. Dies soll im nächsten Kapitel betrachtet werden.

4 Ökonomische Analyse der Notwendigkeit von ISDS-Regelungen

Nachdem in Kapitel drei der Schutz von Investitionen aus Sicht der beteiligten Parteien vorwiegend aus juristischer Sichtweise betrachtet wurde und darüber hinaus bestehende Regelungen außerhalb von ISDS-beleuchtet wurden, geht es in diesem Kapitel um die ökonomische Notwendigkeit der Regelungen. Im Kern stehen die Fragen, ob und warum, trotz der im letzten Kapitel dargelegten Vorteilhaftigkeit von FDI für sowohl Investoren als auch Staaten in Verbindung mit bestehenden Regelungen, überhaupt zusätzliche Regelungen im Bereich Investitionsschutz getroffen werden müssen und ob ISDS-Regelungen in der Lage sind, die Marktlösung zu verbessern.

Dafür werden in einem ersten Schritt die Ansatzpunkte für ökonomische Theorie im Bereich ISDS aufgezeigt. Dabei wird auf die besondere Rolle des Staates in Verbindung mit FDI eingegangen und daraus entstehende Probleme für das Investitionsniveau abgeleitet. Anschließend werden die Anknüpfungspunkte mittels zweier ökonomischer Theorien analysiert um Aussagen über die potenziellen Auswirkungen von IIAs mit ISDS-Regelungen zu treffen.

Damit stellt dieses Kapitel eine ökonomische Analyse des Rechts⁶² dar. Das Ziel von ökonomischen Analysen des Rechts ist die Beantwortung zweier grundlegender Fragen: 1) wie sind die Anreize, die durch Rechtregeln gesetzt werden, und 2) sind die Auswirkungen der Rechtsregeln sozial wünschenswert (Kaplow & Shavell, 2002, S. 1661).

4.1 Ansatzpunkte und Voraussetzungen für die ökonomische Analyse im Bereich von ISDS-Regelungen

Moderne Ansätze der ökonomischen Analyse des Rechts begannen ihre Blütezeit im zweiten Teil des 20. Jahrhunderts in den USA, wobei teilweise frühere Theorien wie von Bentham (1789) aufgegriffen und weiterentwickelt wurden (Kaplow & Shavell, 2002, S. 1661). Insbesondere die Beiträge von Becker (1957) sowie (1968)

⁶² Auch als ökonomische Analyse des Rechts oder *Economics in Law* bezeichnet.

und Coase (1960) werden als wegweisend für die *Economics in Law* Bewegung gesehen (Schwintowski, 1998, S. 581).

Die erwähnten Arbeiten trugen maßgeblich dazu bei, dass heute vor allem im Bereich der Vertragstheorie eine ökonomische Analyse zur Einschätzung der Auswirkungen zum normalen wissenschaftlichen Diskurs gehört. So werden unter Einbeziehung von spieltheoretischen Methoden auf mikroökonomischer Ebene Auszahlungen und Anreize analysiert, um das erwartete Verhalten eines rational agierenden Akteurs vorherzusehen und somit auf die sich ergebende Marktsituation zu schließen.

Im Bereich des ISDS erscheint es aufgrund der Situation notwendig, die ökonomische Analyse zweistufig zu gestalten. In den vorangegangenen Kapiteln dieser Arbeit wurden dabei zwei Fragestellungen identifiziert, die mittels ökonomischer Theorie untersucht werden können. Erstens, warum es für Staaten überhaupt einen Anreiz gibt, sich nicht an Absprachen mit ausländischen Investoren zu halten, und zweitens, ob ISDS-Regelungen in der Lage sind, diese Anreizproblematik zu beheben. Der zweite Teil entspricht dabei der Frage, wie sie in typischen ökonomischen Analysen von Rechtsregeln auftreten, wohingegen der erste Teil eher als vorgelagerter Schritt zu verstehen ist.

Bei klassischen *Economic in Law*-Untersuchungen stellt sich die Frage der ökonomischen Rechtfertigung von Rechtsregeln nicht. Beispielsweise geht es bei Untersuchungen zu Regelungen im Strafrecht nicht um die Einschätzung des eigentlichen Sinn und Zwecks dieser Regelungen, sondern vielmehr um die transaktionskostenminimierende bzw. anreizkompatibelste Ausgestaltung.

Im Zusammenhang mit ISDS-Regelungen stellt sich die Situation anders dar; ist doch der Hauptgrund für deren Rechtfertigung ein ökonomischer.⁶³ Daher ist die vorgelagerte Frage nach dem Sinn und Zweck dieser Regelungen zu stellen. Dazu sind einige Ausführungen vonnöten.

In der Beziehung von Staaten und Investoren haben Staaten eine Machtposition gegenüber den Investoren inne. Dies ermöglicht es Staaten, die Spielregeln zu ihrem (kurzfristigen) Nutzen zu ändern. So können Staaten beispielsweise Gesetze

⁶³ Siehe dazu Kapitel 3.1 zu den staatlichen Motiven für den Abschluss von Investitionsschutzabkommen mit ISDS-Regeln.

und Regelungen ändern und somit direkte oder indirekte Enteignung betreiben. Direkte Enteignung bezeichnet den klassischen Fall der Verstaatlichung oder sonstiger physischer Wegnahme eines Investitionsgutes (OECD, 2004, S. 3).

Nach der OECD kann durch Eingriffe des Staates für diesen jedoch auch dann ein Vorteil entstehen, wenn der Rechtstitel sich nicht ändert. In diesem Fall wäre die Enteignung nicht direkt, sondern vielmehr indirekt oder auch schleichend bzw. de facto (OECD, 2004, S. 3 f.). Ganz ähnlich sieht es das IISD⁶⁴, welches Enteignung allgemein als den Entzug von Eigentumsrechten mit dem Ziel des Vorteils für den Staat oder vom Staat ausgewählter Personen definiert (Nikièma, 2012, S. 1).

Festzuhalten ist, dass generell jeder souveräne Staat das Recht zur Enteignung besitzt (Nikièma, 2012, S. 3), sofern der Vermögenswert auf seinem Staatsgebiet belegen ist (Herdegen, 2014, S. 306). Damit besteht für Staaten die Möglichkeit, sich Investitionen oder Teile davon – im hier betrachteten Fall speziell Investitionen aus dem Ausland – zu Eigen zu machen und damit einen ökonomischen Vorteil zu ziehen. Dieses Vorgehen ist grundsätzlich auch für inländische Investments möglich. Jedoch wurde auf die besondere Situation ausländischer Investitionen bereits in Kapitel 3 eingegangen. Dort wurde die Schlussfolgerung getroffen, dass aufgrund der Defizite im Schutz internationaler Investitionen die Wahrscheinlichkeit für ausländische Investoren, ihre Investition oder einen Teil davon unentschädigt zu verlieren, höher ist.

Es ist davon auszugehen, dass auch Investoren die besondere Situation bewusst ist und sie dies bei Investitionsentscheidungen berücksichtigen (Colen, Persyn, & Guariso, 2016, S. 193). Besonders angesichts der mit FDIs häufig hohen versunkenen Kosten für den Investor (Monaldi, 2001, S. 1) ist die Reputation eines Staates hinsichtlich seines Umgangs mit Investitionen von großer Bedeutung für die zukünftige Investitionsneigung im Staatsgebiet. Selbstverständlich ist dieser Umstand auch politischen Entscheidungsträgern bewusst (Vgl. Bellak, 2015, S. 4).

Wieso gibt es daher überhaupt ein Problem bzw. einen Anreiz zur Enteignung oder nachträglicher Änderung der Spielregeln von staatlicher Seite?

Die Antwort auf diese Frage ist im Bereich der asymmetrischen Informationen zu suchen, in deren Folge es zu unerwünschten bzw. nicht optimalen Ergebnissen

⁶⁴ IISD steht für International Institute for Sustainable Development.

kommen kann. Angesichts der Situation und des Charakters von ausländischen Direktinvestitionen lassen sich Problembereiche mit der zugehörigen Theorie aus dem Bereich der Institutionenökonomik und Vertragstheorie identifizieren. Im Wesentlichen lassen sich zwei Problembereiche identifizieren, auf welche sich diese Arbeit im Folgenden fokussieren wird. Dies sind:

- Einerseits das Problem der zeitlichen Inkonsistenzen, wie sie besonders bei politischen Entscheidungsträgern auftreten können. Maßgeblich ist hier die Theorie von Kydland und Prescott (Kydland & Prescott, 1977)
- Andererseits die Problematik der möglichen Nachverhandlungen, wenn ein Großteil der Kosten bereits versenkt ist, resultierend in einem hold-up Problem, wie in seiner ursprünglichen Form in Arbeiten von Hart und Moore beschrieben (Hart & Moore, 1988) und später von den Autoren wieder aufgegriffen (Hart & Moore, 2008).

Für die ökonomische Analyse wird von der konkreten Ausgestaltung der Regeln und des Streitschlichtungsprozesses abstrahiert und gewissermaßen der Prototyp oder die klassische Idee der ISDS-Regelungen als Analyseobjekt zugrunde gelegt⁶⁵. Konkret bedeutet dies, dass der Staat dem Investor in IIAs die Möglichkeit einräumt, Entschädigungszahlungen aus möglichen Vertragsverletzungen vor einer internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zu erstreiten.

4.2 Zeitliche Inkonsistenzen - das Modell von Kydland und Prescott

Kydland und Prescott (1977) kommen in ihrer Arbeit zu der Erkenntnis, dass Entscheidungen, die von rationalen Individuen in der Volkswirtschaft getroffen werden, selbst in Kenntnis der gesamtwirtschaftlichen Nutzenfunktion und der Auswirkungen ihrer Handlungen auf diese Nutzenfunktion, nicht auf Maximierung dieser Nutzenfunktion ausgerichtet sind (Kydland & Prescott, 1977, S. 473). Vielmehr streben Entscheidungsträger die Optimierung ihres eigenen ökonomischen Nutzens als rationale ökonomische Akteure an.

⁶⁵ Auf konkrete Ausgestaltungen und damit verbundene Probleme wird in Kapitel 5 eingegangen.

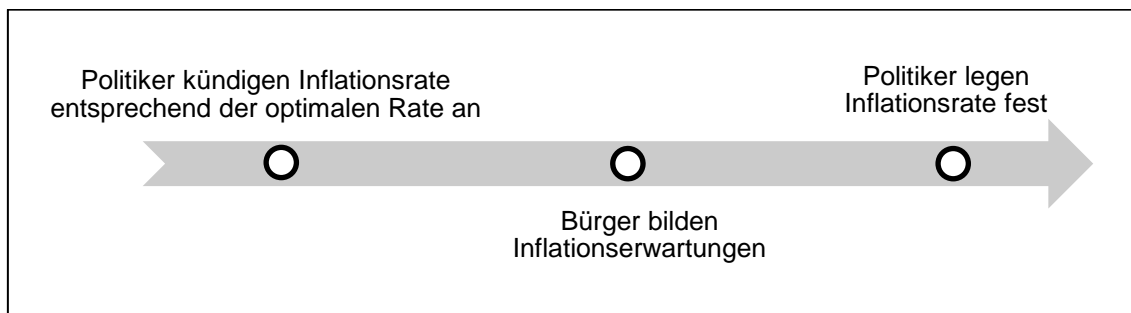
Kydland und Prescott verdeutlichen ihre Theorie am Beispiel der Geldpolitik und dem durch die Phillips-Kurve⁶⁶ beschriebenen Zusammenhang von Inflation und Arbeitslosigkeit (Kydland & Prescott, 1977, S. 477 ff.). Den Zusammenhang zwischen Arbeitslosigkeit und Inflation stellen sie linear wie folgt dar (Kydland & Prescott, 1977, S. 478):

$$u_t = \lambda(x_t^e - x_t) + u^* \quad (1)$$

Die relevanten Größen sind die Arbeitslosigkeit u , wobei u_t für die Arbeitslosigkeit in Periode t und u^* für die natürliche Arbeitslosenrate steht. x_t steht für die Inflationsrate in Periode t und x_t^e für die erwartete Inflationsrate in Periode t . λ stellt eine positive Konstante dar.

Im Modell von Kydland und Prescott sind zwei Parteien beteiligt – Politiker und Bürger. Der zeitliche Ablauf des Spiels ist in Abbildung 4-1 dargestellt.

Abbildung 4-1: Zeitlicher Ablauf im Modell von Kydland und Prescott



Quelle: Eigene Darstellung in Anlehnung an Kydland und Prescott (1977, S. 477 ff.).

Im Modell wird davon ausgegangen, dass eine niedrige Inflationsrate, im konkreten Beispiel von Kydland und Prescott von null, optimal ist (Kydland & Prescott, 1977, S. 480). Geht es dem Politiker aber nicht um die Maximierung des gesamtwirtschaftlichen, sondern vielmehr um die Optimierung des eigenen individuellen Nutzens, so kann es für ihn rational sein, eine höhere Inflation durchzusetzen, wenn die Inflationserwartungen zumindest kurzfristig rigide sind.

⁶⁶ Die Phillips-Kurve wurde 1958 durch den Ökonomen Alban W. Phillips entwickelt und beschreibt den beobachteten negativen Zusammenhang zwischen Inflation und Arbeitslosigkeit (Phillips, 1958).

Zu begründen ist dies mit der dadurch verringerten Arbeitslosigkeit, einem von Politikern in besonderem Maße angestrebten Ziel und – damit verbunden – einer vermeintlich höheren Chance der Wiederwahl.⁶⁷ Neben der klaren Aussage einiger Politiker zu dem Thema⁶⁸ wurde der Zusammenhang von Wahlausgang und Arbeitslosigkeit sowie weiterer ökonomischer Umstände in zahlreichen Studien untersucht. Drazen bietet in seinem Artikel aus dem Jahr 2001 einen guten Überblick über die dazu verfassten Arbeiten. Er kommt zu dem Schluss, dass ökonomische Umstände speziell vor Wahljahren von großer Bedeutung für den Wahlausgang sind. Arbeitslosigkeit und Stimmzahlen für die vor der Wahl regierende Partei sind dabei negativ korreliert. (Drazen, 2001, S. 82f.)

Weiterhin ist in dem Modell davon auszugehen, dass die Bevölkerung einerseits rationale Erwartungen bildet und andererseits ähnlich viel über die ökonomischen Zusammenhänge weiß wie die Politiker. Das bedeutet, dass die Bevölkerung sich auch der Vorteilhaftigkeit einer tatsächlich realisierten Inflationsrate bewusst ist, die über der erwarteten Inflationsrate liegt (Kydland & Prescott, 1977, S. 478). Daher und aufgrund der in der Vergangenheit beobachteten Politik (Kydland & Prescott, 1977, S. 478) erwarten die Bürger eine höhere Inflationsrate. Das Ergebnis der diskretionären Politik ist eine Inflationsrate, die nach oben von der optimalen Rate abweicht, mit dem Risiko einer Inflationsspirale.

Bei der betrachteten Theorie lassen sich klare Parallelen zu Direktinvestitionen finden, wodurch die Theorie auf diese übertragen werden kann. Natürlich sind die entscheidenden Variablen, die Spieler und die Nutzenfunktion andere: Die beteiligten Parteien sind Politiker des Gaststaates einer Investition und ausländische Investo-

⁶⁷ Im ISDS-System sind auch Staaten eingebunden, in denen nicht oder nicht frei gewählt wird (Freedom House, 2019) (UNCTAD, 2018a). Auch in diesen Staaten kann die Enteignung genutzt werden um kurzfristig den Rückhalt und die Akzeptanz der Regierung zu erhöhen.

⁶⁸ Die besondere Wertschätzung der Bevölkerung und speziell ihrer gewählten Vertreter für verminderte Arbeitslosigkeit lässt sich bis heute beobachten. Besonderen Ausdruck verleiht diesem Umstand das Zitat von Helmut Schmidt, in welchem er seine Präferenz von einer erhöhten Inflationsrate von 5% gegenüber einer Arbeitslosenquote von 5% zum Ausdruck bringt (Braunberger, 2019).

ren. Die niedrige versprochene Inflation bzw. Nullinflation ist in der Arbeit von Kydland und Prescott übertragen auf Investitionsentscheidungen das stabile Investitionsumfeld.

Stabilität und ein sicheres Investitionsumfeld sind für Investoren von entscheidender Bedeutung und für Länder wichtige Determinanten, um Investitionen aus dem Ausland anzuziehen. Die Hypothese, dass politische Faktoren – speziell Risiken – eine große Rolle bei Investitionsentscheidungen spielen, ist durchaus nicht neu und wurde bereits 1990 von Lucas aufgestellt und vertreten (Lucas, 1990, S. 96). Lucas befasst sich in seiner Arbeit mit der Frage, warum trotz der geringeren Kapitalausstattung einiger Länder und dem damit verbundenen höheren Grenzprodukt des Kapitals, was gleichbedeutend mit höheren Kapitalrenditen sein sollte, Kapital nur in geringem Umfang von reich nach arm fließt (Lucas, 1990, S. 92).⁶⁹ Er kommt zu dem Schluss, dass es politische Risiken sind, die eine Angleichung der Renditen verhindern (Lucas, 1990, S. 96).

Empirisch wurde die Bedeutung von Stabilität und politischer Sicherheit für FDIs zum Beispiel von Khan und Akhbar (2013) untersucht, die Zusammenhänge zwischen verschiedenen politischen Risikoindikatoren und FDIs analysieren. Bei ihrer Studie nutzten die Autoren einen Datensatz für 94 Länder über einen Zeitspanne von 24 Jahren (Khan & Akbar, 2013, S. 4). Im Ergebnis konnten die Autoren Lucas' Annahmen zum großen Teil bestätigen. Dabei haben erhöhte politische Unsicherheiten im Allgemeinen und erhöhte Regierungsinstabilität im Besonderen einen signifikanten negativen Einfluss auf FDI. Dies gilt sowohl für die Welt insgesamt (Khan & Akbar, 2013, S. 6 f.), als auch für Ländergruppen einzeln betrachtet, wobei der Zusammenhang zwischen Regierungstabilität und FDIs bei *upper middle income countries* am stärksten ist (Khan & Akbar, 2013, S. 9).

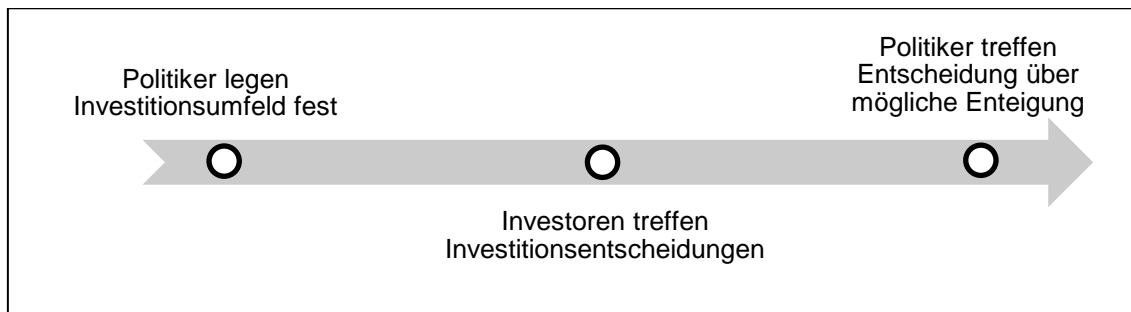
Daher wird davon ausgegangen, dass entsprechend der gesamtwirtschaftlichen Nutzenfunktion ein stabiles und sicheres Umfeld für Investoren als auch die Volkswirtschaft insgesamt optimal ist. Die Nutzenfunktion und damit auch dieser Umstand sind allen Spielern bekannt.

⁶⁹ Der Umstand der fehlenden Kapitalflüsse von reichen zu armen Ländern und der dadurch bestehenden Renditeunterschiede wurde später als Lucas-Paradox in der ökonomischen Literatur bekannt.

In dem Modell wird die Investitionssicherheit mittels einer Enteignungswahrscheinlichkeit beschrieben. Es wird davon ausgegangen, dass – wie im Modell von Kydland & Prescott für die optimale Inflationsrate – eine Enteignungswahrscheinlichkeit von null optimal ist.

Angelehnt an das zugrundeliegende Modell, lässt sich der Zeitablauf der beteiligten Parteien, übertragen auf den Fall der Investitionsentscheidungen, wie in Abbildung 4-2 illustriert, darstellen:

Abbildung 4-2: Zeitlicher Ablauf übertragen auf den Fall von FDI



Quelle: Eigene Darstellung.

Zuerst wird durch die Politiker das Investitionsumfeld angekündigt und festgelegt. Entsprechend des Wunsches der Politiker nach Direktinvestitionen⁷⁰ und dem Wissen über die Bedeutung eines stabilen Umfeldes für Investoren, wird dieses in der Regel als stabil festgelegt werden. Erst nach der Festlegung treffen die potentiellen Investoren ihre Erwartungen bezüglich des Umfeldes, wobei neben den festgelegten Rahmenbedingungen insbesondere die Glaubwürdigkeit entscheidend ist, und bilden ihre Erwartungen für die damit verbundene Enteignungswahrscheinlichkeit W_e . Aufgrund der in Kapitel 3 analysierten Defizite im Investitionsschutz muss der Investor davon ausgehen, dass diese Enteignungen seitens des Staates ungesühnt bleiben.

Bei einer positiven Investitionsentscheidung durch den Investor werden Investitionskosten I fällig, die zu einer Produktionsmenge M führen.⁷¹ Im Falle einer positiven

⁷⁰ Der Wunsch von Staaten nach Direktinvestitionen wurde bereits in Kapitel 3 thematisiert.

⁷¹ Dadasov, Hefeker und Lorz klassifizieren die Kosten und den Nutzen in ihrem Paper aus dem Jahr 2014 ähnlich, allerdings betrachten sie lediglich eine Periode (Dadasov, Hefeker, & Lorz, 2014, S. 3 f.).

Investitionsentscheidung kann die Produktionsmenge M dann zu einem Marktpreis p verkauft werden. Als Ertrag aus dem Investitionsprojekt entsteht dann über die nächsten Perioden pM , Preis und Menge werden als über die Perioden konstant angenommen. Im Falle einer Nichtinvestition ist der Umsatz ebenso wie die Investition 0. Im Falle einer Investition steht dem Staat ein Anteil des Ertrages in Form einer Steuer zu. Der Anteil ist als Steuersatz *ex ante* festgelegt und beträgt s . Damit fließen dem Staat im Falle einer Investition in den zukünftigen Perioden spM zu, dem Investor verbleiben $(1-s)pM$. Zukünftige Einnahmen sind dem Investor in der Regel weniger wert als aktuelle und müssen daher vom Investor mit dem Diskontfaktor δ_i abdiskontiert werden⁷². Tabelle 4-1 stellt die Kosten und Nutzen des Investors in den Szenarien gegenüber.

Tabelle 4-1: Kosten und Nutzenkalkül bei Investition aus Sicht des Investors

	Nutzen	Kosten
Enteignung	0	I
Nicht-Enteignung	$\sum_{t=1}^{\infty} [(1-s)pM)\delta_i^t]$	I

Quelle: Eigene Darstellung.

Der Investor kann jedoch nicht vollumfänglich von diesen Einnahmen ausgehen, ist er doch dem Risiko der Enteignung ausgesetzt. Dementsprechend muss er die Einnahmen mit seinen Erwartungen für die Enteignungswahrscheinlichkeit (w_e) gewichten und erhält somit seinen Erwartungswert für die Einnahmen. Der Investor wird sich für eine Investition entscheiden, wenn die erwarteten Einnahmen höher sind als die Kosten, also wenn:

$$I < (1 - w_e) \sum_{t=1}^{\infty} [(1 - s)pM)\delta_i^t] \text{ mit } s, \delta_i, w_e \in (0,1) \quad (2)$$

⁷² Ein Diskontfaktor von 1 würde bedeuten, dass dem Investor zukünftige Einnahmen genauso wert sind wie gegenwärtige. Ein Diskontfaktor von 0 wiederum würde bedeuten, dass zukünftige Einnahmen für den Investor keine Relevanz haben.

Wenn die Erwartungen über w_e getroffen wurden, die Investition also ggf. bereits getätigt wurde, besteht für den Politiker in der Rolle als Regelsetzer die Möglichkeit zur Änderung des Investitionsumfeldes.

Nunmehr muss der Politiker die Entscheidung treffen, welches Verhalten seine individuelle Nutzenfunktion maximiert. Wie bereits weiter oben im Arbeitslosigkeit-Inflation-Fall erwähnt, wird auch hier davon ausgegangen, dass es dem Politiker in erster Linie um seine Wiederwahl bzw. Machtsicherung geht.

Die Änderungen der Politik vor Wahlen wurden theoretisch von Nordhaus im Jahre 1975 analysiert. Im Ergebnis zeigt seine Analyse, dass vor Wahlen die Politik dazu neigt, finanzpolitisch expansiv⁷³ ausgerichtet zu sein (Nordhaus, 1975, S. 187 f.).

Empirisch überprüft wurde das Verhalten vor Wahlen von Allen Drazen (2001), der zu dem Schluss kommt, dass einerseits die fiskalische im Vergleich zur monetären Dimension in politischen Konjunkturzyklen von deutlich größerer Bedeutung sei (Drazen, 2001, S. 99) und diese Komponente andererseits für Entwicklungs- und Schwellenländer besonders stark sei (Drazen, 2001, S. 96 ff.). Denn in Entwicklungs- und Schwellenländern lasse sich ein besonders starker Anstieg der Transferleistungen des Staates in den Quartalen vor Wahlen beobachten (Drazen, 2001, S. 97). Graphisch verdeutlicht wird dieser Sachverhalt in Abbildung A-1 im Anhang. Gleichzeitig ist insbesondere in Entwicklungs- und Schwellenländern die Möglichkeit, zusätzliche Staatsausgaben über die Aufnahme von Krediten zu finanzieren, beschränkt. Daher könnten die Enteignungen von ausländischen Investoren die kurzfristige Finanzierung der Ausgaben ermöglichen. Darüber hinaus erscheint die Enteignung von ausländischen Investoren für die Politiker besonders attraktiv (Li, 2009, S. 1103 ff.) auch da sie Inländer nur mittelbar betrifft.⁷⁴

Die Politiker müssen bei ihrer Entscheidung für oder gegen eine Enteignung den (kurzfristigen) Nutzen den (langfristigen) Kosten gegenüberstellen. Ohne eine Enteignung steht dem Staat ein Teil des Ertrages (spM) über die nächsten Perioden zu. Bei einer Enteignung erhält der Staat eine Enteignungsrente in Höhe von E .

⁷³ Sowohl monetär als auch fiskalisch.

⁷⁴ Durch die Enteignung können durchaus beispielsweise angestellte Inländer des Investitionsprojektes betroffen sein. Jedoch wäre es auch in diesem Fall möglich, aus der Enteignung zusätzliche Transferleistungen zu finanzieren.

Diese Rente tritt einmalig auf und entspricht dem Gewinn aus der Liquidation des enteigneten Investitionsprojektes. Es wird hierbei davon ausgegangen, dass es dem Staat nicht um den Weiterbetrieb der Anlage, sondern um die schnelle Einnahmenerzielung zur Sicherung der Wiederwahl geht.

Diesem Ertrag stehen Enteignungskosten gegenüber. Sie resultieren aus einem Reputationsverlust und in Folge dessen niedrigeren Investitionen, sowie aus möglichen Sanktionen (Dadsov, Hefeker, & Lorz, 2014, S. 3). Diese Kosten werden im Modell mit K bezeichnet. Außerdem entgehen dem Staat zukünftige Steuereinnahmen spM . Tabelle 4-2 stellt das Kosten- und Nutzenkalkül für Politiker dar.

Tabelle 4-2: Kosten und Nutzenkalkül aus Sicht des Politikers

	Nutzen	Kosten
Enteignung	E	$\sum_{t=1}^{\infty} [(spM + K(t))\delta_s^t]$
Nicht-Enteignung	$\sum_{t=1}^{\infty} [(spM)\delta_s^t]$	-

Quelle: Eigene Darstellung.

Dabei werden sich Politiker immer dann für eine Enteignung entscheiden, wenn der (einmalige) Nutzen daraus höher ist als die Summe der abdiskontierten Enteignungskosten und der entgangenen Besteuerung. Der Politiker wird also jeweils enteignen, wenn:

$$E > \sum_{t=1}^{\infty} [(spM + K(t))\delta_s^t] \text{ mit } s, \delta_s \in (0,1) \quad (3)$$

Die entscheidende Frage ist für den Politiker, wie hoch die Kosten der Enteignung K sind. Von besonderer Bedeutung ist dabei die Frage nach dem Zeithorizont des Politikers. Die Kosten K fallen für die Volkswirtschaft und den Politiker in der Regel nicht sofort an, sondern summieren sich durch ausbleibende Investitionen und damit ausbleibende Einnahmen in der Zukunft auf. Vermutlich steigen diese mit zunehmendem Abstand vom Enteignungsereignis an, sind also von der Zeit abhängig,

daher $K(t)$. Darüber hinaus ist der Diskontfaktor δ_s in dem Modell von großer Bedeutung. Er repräsentiert die Gegenwartsvorliebe des Politikers,⁷⁵ sprich, wie der Politiker aktuelle Einnahmen gegenüber zukünftigen entgangenen Einnahmen und Verlusten gewichtet.⁷⁶

Ist die Gegenwartsvorliebe des Politikers sehr hoch, was bei einer starken Fokussierung auf die Wiederwahl der Fall sein könnte, so können selbst in entfernterer Zukunft auftretende hohe Enteignungskosten $K(t)$ den Politiker nicht von einer Enteignung abhalten.

Zusammenfassend ist aus Sicht des Politikers Folgendes festzuhalten: auch wenn politische Entscheidungsträger wissen, dass eine stabile, nicht-enteignende Politik gegenüber Investoren von Vorteil für das Investitionslevel einer Volkswirtschaft ist, dann ist trotzdem nicht unbedingt davon auszugehen, dass es im Interesse der Politiker liegt, den Schutz von Investitionen in jedem Zeitpunkt sicherzustellen. Vor allem vor Wahlen ermöglichen Enteignungen schnelle zusätzliche Einnahmen und erhöhen somit die Wahrscheinlichkeit der Wiederwahl durch eine expansive Fiskalpolitik.

Wie im Fall von Kydland und Prescott den Bürgern bewusst ist, dass ein Anreiz besteht, sie zu täuschen, gilt dies übertragen auf den Investitionsfall auch für die Investoren.⁷⁷ Dies hat damit direkte Auswirkungen auf ihre Erwartungen bezüglich der Enteignungswahrscheinlichkeit w_e . In jedem Fall werden die Investoren die erwartete Enteignungswahrscheinlichkeit höher ansetzen, als es das von den Politikern festgelegte Investitionsumfeld suggeriert. Dies führt dazu, dass die erwarteten Einnahmen aus einem Investitionsprojekt sinken und bestimmte Investitionsprojekte

⁷⁵ Oder auch die Gegenwartsvorliebe des Staates, daher δ_s .

⁷⁶ Ein Diskontfaktor nahe 1 würde bedeuten, dass der Politiker zukünftige Einnahmen und Kosten ähnlich stark gewichtet wie gegenwärtige. Ein Diskontfaktor nahe 0 wiederum würde bedeuten, dass zukünftige Einnahmen und Kosten für den Politiker nur sehr geringe Relevanz haben.

⁷⁷ Denn diese bilden rationale Erwartungen und wissen ähnlich viel über den zugrundeliegenden ökonomischen und politischen Prozess wie Politiker.

nicht mehr sinnvoll sind. In der Folge werden weniger Investitionen getätigt, als sozial wünschenswert wären (Kohler & Stähler, 2016, S. 1). Das Ergebnis sind Unterinvestment und ein Wohlfahrtsverlust für die Volkswirtschaft.⁷⁸

Alternativ zum Nichtinvestment können Investoren versuchen, sich gegen Enteignungen abzusichern, beziehungsweise Einfluss auf die Enteignungswahrscheinlichkeit zu nehmen. Mögliche Mittel dafür sind direkte Zahlungen an öffentliche Stellen, um sich Sicherheit oder eine bessere Stellung gegenüber anderen Investoren zu erkaufen. Abzuwägen hat der Investor dabei die Kosten einer erhöhten Abgabe vom Gewinn a , wodurch dem Investor im Falle der Investition $(1-s-a)pM$ verbliebe. Der Nutzen wäre eine abgesenkte Enteignungswahrscheinlichkeit $w_e(a)$, die den erwarteten Ertrag wieder anhebt.

Dass dieses Argument durchaus relevant ist, zeigen Egger und Winner in ihrer Arbeit aus dem Jahr 2005. Sie befassen sich mit Korruption⁷⁹ und deren Auswirkungen auf FDI. Die Autoren unterscheiden bei Korruption in einen „grabbing hand“-Effekt, der kurzfristig die Investitionskosten für den Investor steigen lässt, und einen „helping hand“-Effekt, der Zugang und Durchführung bestimmter Investitionen erst ermöglicht und eher langfristig wirkt (Egger & Winner, 2005, S. 934). Egger und Winner identifizieren in ihrer Studie einen positiven Einfluss von Korruption auf Inward-FDI-Bestände, wobei der Einfluss besonders in der längeren Frist zum Tragen kommt (Egger & Winner, 2005, S. 941). Dies scheint einerseits zu bestätigen, dass es den „helping hand“-Effekt gibt, und andererseits, dass dieser in der längeren Frist stärker zum Tragen kommt, da kurzfristig der „grabbing hand“-Effekt durch höhere Anfangszahlungen relevanter ist (Egger & Winner, 2005, S. 949).

Detaillierte Ergebnisse zu dem Einfluss des Levels der Korruption präsentieren Petrou und Thanos (2014), die sich ebenfalls mit den „helping hand“- und „grabbing hand“-Sichtweisen befassen. Sie identifizieren einen u-förmigen Zusammenhang zwischen Korruption und investiertem Kapital. Daher kommen die Autoren zu dem Schluss, dass für starke Korruptionsniveaus der „helping-hand“-Effekt besonders

⁷⁸ Der Wohlfahrtsverlust ergibt sich über die Beziehung von Direktinvestitionen und Wachstum, wie beispielsweise von Faras und Ghali (2009) untersucht.

⁷⁹ Korruption wird von den Autoren als Machtmissbrauch von Regierungsbeamten für private Vorteile definiert (Egger & Winner, 2005, S. 932).

hoch sei, während für mittlere Level der „grabbing-hand“-Effekt überwiege. Aus beiden Studien lässt sich jedoch keine Politikempfehlung in Richtung Korruption ableiten. Die Autoren merken auch klar an, dass die Ergebnisse nicht als solche zu verstehen sind (Egger & Winner, 2005, S. 949).

Ein sicheres Investitionsumfeld scheint die *first best* Lösung zu sein. Liegen Unsicherheiten vor, scheinen Unternehmen Korruption zu nutzen, um einen Teil dieser Unsicherheiten zu überwinden, was jedoch dazu führt, dass ein Teil der Einnahmen Eliten und nicht der Allgemeinheit zufließt. Der Investor würde in diesem Fall investieren, wenn:

$$I < (1 - w_e(a)) \sum_{t=1}^{\infty} [(1 - s - a)pM]\delta_i^t \quad (4)$$

mit $s, a, \delta_i, w_e(a) \in (0,1); s+a \leq 1$

Falls eine zusätzliche Abgabe a die Enteignungswahrscheinlichkeit senken bzw. begrenzen kann, so stellt sie eine Alternative zum Nichtinvestment dar. Lohnenswert erscheint es, Korruption zu nutzen, wenn $\frac{\partial w_e(a)}{\partial a} < -1$. Dann würde die Enteignungswahrscheinlichkeit stärker fallen, als die Kosten durch die Korruption steigen. Durch die zusätzliche Abgabe a sinken jedoch die potenziellen Erträge aus dem Investment, was ebenfalls ein niedrigeres Investitionslevel im Vergleich zu einem stabilen Umfeld ohne Korruptionszahlungen zur Folge hätte.

Ein stabiles Umfeld bzw. zumindest die Möglichkeit für den Investor, bei Enteignung durch den Staat eine Entschädigung zu fordern, lässt sich in Investitionsschutzabkommen mit ISDS-Regeln festschreiben. Dies hätte im hier dargestellten Modell Auswirkungen auf das Entscheidungskalkül des Staates und des (potenziellen) Investors. Dazu wird angenommen, dass zwischen dem Gaststaat der Investition und dem Heimatstaat des Investors ein Investitionsschutzabkommen geschlossen wird, das dem Investor Schutz vor direkter Enteignung, einem der Hauptanliegen von Investoren, (Klein M. , 2014, S. 464) gewährt und ihm für den Fall eines Disputes zugesteht, eine Entschädigung vor einem internationalen Tribunal zu erstreiten.

Unter der weiterführenden Annahme, dass die in Kapitel 3 genannten relevanten Vorteile solcher ISDS-Regelungen – namentlich Unabhängigkeit der Streitschlichter, Schnelligkeit, geringere Kosten sowie Vollstreckbarkeit des Urteils – durch die

konkrete Ausgestaltung zum Tragen kommen,⁸⁰ verändern sich dadurch die Auszahlungen des Politikers (3). Wie erklärt, wird der Politiker enteignet, wenn:

$$E > \sum_{t=1}^{\infty} [(spM + K(t))\delta_s^t] \text{ mit } s, \delta_s \in (0,1)$$

Der kurzfristige Nutzen der Enteignung E bliebe für den Politiker unverändert. Gleiches gilt für die entgangenen Steuereinnahmen sowie deren abdiskontierte Summe. Jedoch verändern wirkungsvolle IIAs mit ISDS-Regelungen die Kosten der Enteignung, diese werden daher als $K'(t)$ bezeichnet. Die Veränderung hat zwei Gründe: Erstens erhöht die Möglichkeit der Investoren, den Staat vor internationalen Tribunalen zu verklagen, die Enteignungskosten in den jeweiligen Perioden und zweitens verschiebt ein solcher Mechanismus die Enteignungskosten näher an den Enteignungszeitraum.⁸¹ Diese Auswirkungen führen dazu, dass die Summe der neuen Enteignungskosten gewichtet mit dem Diskontfaktor $\sum_{t=1}^{\infty} [(K'(t))\delta_s^t]$ höher ist, da früher in der Zukunft anfallende Kosten weniger stark diskontiert werden als weiter entfernte. Das neue Entscheidungskalkül des Staates lautet zu enteignen, wenn:

$$E > \sum_{t=1}^{\infty} [(spM + K'(t))\delta_s^t] \text{ mit } s, \delta_s \in (0,1) \quad (5)$$

$$\text{Wobei } \sum_{t=1}^{\infty} [(spM + K'(t))\delta_s^t] > \sum_{t=1}^{\infty} [(spM + K(t))\delta_s^t]$$

Für den Staat sinkt der Anreiz zur Enteignung. Dies hat per Rückwärtsinduktion auch Auswirkungen auf die Auszahlungen für den potenziellen Investor (2). Dabei bleibt für den Investor der Großteil der relevanten Größen unverändert. Lediglich die erwartete Enteignungswahrscheinlichkeit w_e wird durch den verminderten Anreiz der Politiker zur Enteignung sinken und im besten Falle gegen 0 gehen, diese neue Enteignungswahrscheinlichkeit mit ISDS-System wird daher als w_e' bezeichnet. Darüber hinaus wäre es dem Investor im Falle einer Enteignung möglich, eine Entschädigung einzuklagen. Die Wahrscheinlichkeit, im Falle einer Enteignung eine

⁸⁰ Wie bereits oben erwähnt, wird von der konkreten Ausgestaltung der Verträge und des Streitschlichtungsprozesses an dieser Stelle abstrahiert. Dies wird vielmehr Gegenstand der Kapitel 5 und 6 sein.

⁸¹ Die neuen Enteignungskosten $K'(t)$ enthalten ebenfalls die Kosten des Streitschlichtungsprozesses.

Kompensation zu erhalten, wird als Kompensationswahrscheinlichkeit bezeichnet und steht für die Effektivität des Systems. Dies senkt die erwartete Wahrscheinlichkeit für den Investor, unentschädigt enteignet zu werden, weiter. Die Wahrscheinlichkeit, unentschädigt enteignet zu werden, ergibt sich aus 1- Kompensationswahrscheinlichkeit und wird als w_u bezeichnet.

Für den Investor ergäben sich bei perfekt funktionierendem Investitionsschutz, was einer Kompensationswahrscheinlichkeit von 1 und einer Wahrscheinlichkeit $w_u=0$ entspräche, bei Enteignung und Nicht-Enteignung die gleichen Auszahlungshöhen.⁸² Jedoch muss der Investor im Disputfall einen Teil der Kosten des Streitschlichtungsverfahrens tragen, bezeichnet als D. Mit Rückgriff auf Formel (2) wird der Investor nunmehr investieren, wenn:

$$I + Dw_e' < \sum_{t=1}^{\infty} [(1-s)pM)\delta_i^t] \text{ mit } s, \delta_i, w_e' \in (0,1) \quad (6)$$

Sollte der Streitschlichtungsmechanismus keine Kompensationswahrscheinlichkeit von 1 sicherstellen können, so muss die Wahrscheinlichkeit, unentschädigt zu bleiben, mit berücksichtigt werden, in diesem Falle ergäbe sich für den Investor die Investitionsentscheidung wie folgt:

$$I + Dw_e' < (1 - (w_u w_e')) \sum_{t=1}^{\infty} [(1-s)pM)\delta_i^t] \text{ mit } s, \delta_i, w_e', w_u \in (0,1) \quad (7)$$

Die Auswirkungen des ISDS-Systems auf Investitionen hängen somit von der Effektivität des Streitschlichtungsmechanismus, ausgedrückt durch w_u , und den Kosten des Streitschlichtungsverfahrens, ausgedrückt durch D, ab. Durch die Senkung der Wahrscheinlichkeit, unentschädigt enteignet zu werden, werden mehr Investitionsprojekte lohnenswert. Das Ergebnis ist ein höheres Investitionsniveau.

Je niedriger die Kosten des Streitschlichtungsverfahrens und je höher die Kompensationswahrscheinlichkeit, desto höher das sich ergebende Investitionsniveau.

⁸² Denn es geht bei einem funktionierenden ISDS-System darum, Frustrationen der Gewinnerwartungen zu verhindern und somit im Fall der Enteignung um deren Entschädigung, wie in Kapitel 3.2.3 beleuchtet (Griebel, 2008, S. 68).

Bei allen Parallelen, die es bei der Theorie von Kydland und Prescott zum FDI-Fall gibt, sind auch Einschränkungen zu identifizieren, weshalb diese Theorie allein nicht sämtliche mit der Investition verbundenen Glaubwürdigkeitsprobleme gegenüber dem Gaststaat der Investition erklären kann.

Aus der hier dargestellten Theorie lässt sich ableiten, dass es in bestimmten Zeiten für Politiker sinnvoll sein kann, Investoren zu enteignen, um die kurzfristigen Einnahmen zu erhöhen. Beim Blick auf die bisherigen Fälle, wie in Kapitel 2.3 dargestellt, machen direkte Enteignungen nur einen kleinen Teil der von Investoren vorgeworfenen mutmaßlichen Verletzungen ihrer zugesicherten Rechte aus. So stehen diese nur für 5,6 Prozent der mutmaßlichen bzw. 10 Prozent der tatsächlichen Brüche.⁸³

Zwar ließe sich nun argumentieren, dass durch bereits vorhandene IIAs direkte Enteignungen verhindert werden. Dies ist jedoch angesichts des Charakters der aktuellen Verträge⁸⁴ in Verbindung mit der Dauer der Schiedsgerichtsverfahren nicht zu erwarten. So bestünde die Möglichkeit zur Enteignung weiterhin. Eine Entschädigungszahlung hingegen wäre erst deutlich später fällig. Diese Arten der Enteignung und einmaligen Erhöhung der Einnahmen wäre durch IIAs auch in Verbindung mit ISDS-Regelungen nur schwer einzudämmen. Zwar ließen sich die zukünftigen Kosten der Enteignung deutlich erhöhen. Bei ausreichend hohem Diskontfaktor bestünde für Politiker der Anreiz zur Enteignung auch weiterhin. Investitionen fänden nicht statt oder nur unter Einsatz von Absicherungsmechanismen wie beispielsweise Korruption. Nun stellt sich also die Frage, warum auch ohne IIAs mit ISDS-Regelungen überhaupt noch Investitionen getätigt werden,⁸⁵ was ganz ähnlich der Frage anmutet, warum Staaten ihre Schulden regelmäßig bedienen.

Gründe dafür sind in den möglichen zukünftigen Effekten der Enteignung zu suchen. Für Staatspleiten wurde ausführlich untersucht, wie sich Zahlungsausfälle auf zukünftige Zinszahlungen und den Zugang zum Kapitalmarkt auswirken. Cruces und

⁸³ Siehe Tabelle 2-2 für detaillierte Ergebnisse.

⁸⁴ Die Kritik an aktuellen ISDS-Regelungen und dem Streitschlichtungsverfahren wird in Kapitel 5.2 detaillierter dargestellt.

⁸⁵ Was gemäß der Rückwärtsinduktion bedeutet, dass Investoren nicht regelmäßig enteignet werden.

Trebesch (2011) gehen in ihrer Arbeit der Frage nach, warum Staaten ihre Schulden überhaupt zurückzahlen. Die Autoren kommen zu dem Ergebnis, dass Zahlungsausfälle starke ungünstige Auswirkungen für Regierungen mit Hinblick auf Zinsen für Staatsanleihen sowie den Ausschluss vom Kapitalmarkt haben können und die Auswirkungen bereits in mittlerer Frist zum Tragen kommen. (Cruces & Trebesch, 2011, S. 25) Der Markt scheint also nicht sonderlich schnell zu vergeben.

Ein Paradebeispiel für diesen Umstand ist Argentinien. Nach einem Zahlungsausfall im Jahr 2001 war Argentinien lange Zeit von den globalen Anleihemärkten ausgeschlossen. Bis zum heutigen Datum ist Argentiniens Rückkehr an die Finanzmärkte nicht vollständig vollzogen, auch wenn Anleihen in Landeswährung als Investitionsobjekt – wenn auch nur in breit gestreuten Anleihe-Indizes – langsam wieder am Markt akzeptiert werden. (The Economist, 2017) Die Auswirkungen für die Volkswirtschaft Argentiniens sind weitreichend, langfristig und gehen weit über mögliche Finanzierungsprobleme hinaus. So kommen Hébert und Schreger (2015) zu dem Ergebnis, dass der Zahlungsausfall zu einem drastischen Verlust des Wertes von inländischen Unternehmen führte. Sie führen dies darauf zurück, dass der Zahlungsausfall eine dauerhafte Reduktion des erwarteten zukünftigen Outputniveaus nach sich zog.

Darüber hinaus führten bereits Kydland und Prescott an, dass die Methode Rückwärtsinduktion für unendlich⁸⁶ wiederholte Fälle nicht funktioniert. In diesem Fall würden sämtliche Auswirkungen aktueller Entscheidungen für die Zukunft mit einbezogen. (Kydland & Prescott, 1977, S. 480 f.) Politiker tun dies unter Umständen nicht, wie bereits erläutert. Allerdings erscheint es auch vermessen, anzunehmen, dass die Auswirkungen auf die Zukunft überhaupt nicht in ihre Entscheidungen einfließen würden. Möglicherweise haben sie bereits die nächste Wiederwahl bzw. die persönliche Reputation im Hinterkopf. Darüber hinaus sind Politiker in der Regel in Parteien eingebunden, deren Planungshorizont über die aktuelle Wahlperiode hinausgeht. Eine „nach mir die Sintflut-Einstellung“ lässt sich daher von Politikern aufgrund interner Widerstände nicht immer vertreten. Eine (Teil-)Enteignung zur Sicherung der Wiederwahl bzw. der Akzeptanz in der Bevölkerung ist daher lediglich bei starker Machtkonzentration auf einzelne Individuen und Gruppen von Individuen zu

⁸⁶ Oder zumindest ausreichend oft.

erwarten. Strukturen mit einer starken Verteilung der Macht sowie Kontrollmechanismen erschweren das kurzfristige Erzielen von Einkünften durch Enteignung ausländischer Investoren.

Zusammen mit den hohen zukünftigen Kosten der direkten Enteignung, erscheint eine extreme Maßnahme wie die Enteignung zur kurzfristigen Finanzierung fiskalischer Maßnahmen in vielen Fällen schlicht nicht durchsetzbar oder nur bei einer hohen anfänglichen Enteignungsrente E sinnvoll. Dies gilt selbst bei einem relativ hohen Diskontfaktor für zukünftigen entgangenen Nutzen von Politikern.

Darüber hinaus bietet nur ein Teil der Direktinvestitionen die Möglichkeit, durch eine Enteignung und Liquidation schnelle Einnahmen zu generieren. Eine Enteignung und Liquidation ist besonders dann sinnvoll, wenn das spezifische Know-how gering ist. Beispiele dafür sind Grund und Boden oder bereits erschlossene Rohstoffquellen. Bereiche, in denen ein hohes Maß an Know-how verfügbar sein muss, bieten sich dafür weniger an. Dies deckt sich mit Erkenntnissen der Studie von Colen et al., die zu der Erkenntnis kommen, dass der Einfluss von BITs auf die Investitionstätigkeit in denjenigen Sektoren am größten ist, in denen versunkene Kosten besonders hoch und das unternehmensspezifische Know-How relativ gering ist (Colen, Persyn, & Guariso, 2016).

Alternativ könnten die Politiker in Fällen, in denen eine Enteignung technisch oder politisch nicht durchsetzbar bzw. sinnvoll ist, versuchen, die Investitionsbedingungen nachträglich zu ihren Gunsten zu ändern. Dabei werden veränderte wettbewerbliche Situationen ausgenutzt. Diese Möglichkeit wird im nächsten Kapitel diskutiert.

4.3 Investorenschutz als Hold-up-Problem

Besonderheiten ausländischer Direktinvestitionen sind ihre langfristige strategische Ausrichtung sowie das in der Regel große Investitionsvolumen. Ausländische Investitionen führen häufig zu einer komplexen Bindung zwischen Investor und Gaststaat, die zu einer gegenseitigen Abhängigkeit führt. (Salacuse, 2007, S. 141 f.)

So ist der Investor nach Tätigen der Investition kurzfristig an den Gaststaat der Investition gebunden und hat keine Möglichkeit, die Investition zu veräußern bzw. ohne großen finanziellen Verlust aus dem Investment auszusteigen. Dies verändert

die Verhandlungsposition zeitpunktabhängig und macht den Investor anfällig für „Ausbeutung“, sobald die Investition getätigt ist.⁸⁷ Dies stellt ein klassisches *Hold-up*-Problem dar (Ellingsen & Johannesson, 2004, S. 475 f.).

Das *Hold-up*-Problem wurde bereits 1971 von Williamson (1971) beschrieben, auch wenn er den expliziten Begriff noch nicht nutzte. In seiner Arbeit beschreibt er Probleme, die daraus entstehen, dass Zustände ex ante nicht klar spezifiziert und Profite daher erst ex post durch Verhandlungen aufgeteilt werden können. Er argumentiert in einigen dieser Fälle für eine vertikale Integration der Produktion, um die Probleme der Abhängigkeit und Nachverhandlung sowie die damit verbundenen Kosten zu umgehen.

Den expliziten Begriff des *Hold-up* nutzte erstmals Goldberg in seiner Arbeit aus dem Jahr 1976. Er beschreibt, dass ein Anbieter nach Eingehen einer Geschäftsbeziehung mit einem Konsumenten die Möglichkeit hat, die vereinbarten Konditionen zu ändern. Als Beispiel nutzt er einen Mechaniker mit dem Auftrag der Reparatur eines Autos, der nach dem Zerlegen des Autos den dreifachen Preis verlangt. Der Kunde hat in dieser Situation nicht mehr die Möglichkeit, ohne größere Kosten zu einem anderen Mechaniker zu wechseln, und muss daher den vom Mechaniker verlangten Preis akzeptieren, was er vor Zerlegen des Autos nicht getan hätte. (Goldberg, 1976, S. 439)

Ausführlicher wird der *Hold-up* durch Klein, Crawford und Alchian (1978) sowie durch Hart und Moore (1988) analysiert und auch in späteren Arbeiten immer wieder thematisiert, speziell wenn es um Lösungsansätze für das Problem jenseits von vertikaler Integration geht.⁸⁸ Allen diesen Arbeiten ist gemein, dass sie eine Form des opportunistischen Verhaltens beschreiben, wobei eine Seite die kurzfristige Bin-

⁸⁷ Natürlich gibt es ebenfalls Situationen, in denen sich die Verhandlungsmacht des Investors erhöht und der Staat zumindest kurzfristig anfällig für Ausbeutungen seitens des Investors ist. Beispiele hierfür sind Privatisierungen im Bereich der Wasser- oder Stromversorgung. (Salacuse, 2007, S. 141) Durch die bereits beschriebene Möglichkeit des Staates zur Enteignung ist diese Anfälligkeit jedoch eingeschränkt.

⁸⁸ So zum Beispiel bei Ellingsen und Johannesson (2004), Rogerson (1992) sowie Hart und Moore (2008).

derung durch versunkene Kosten ausnutzt. Dieses Verhalten wird dadurch begünstigt, dass ex ante nicht alle Umweltzustände klar definiert und vertraglich festgehalten werden können.⁸⁹

Im typischen Modell eines *Hold-up*-Problems, wie beispielsweise von Hart und Moore (2008) oder auch Ellingsen und Johannesson (2004) beschrieben, wird von einem einzigen Verkäufer und einem Käufer ausgegangen, die jeweils ihren Gewinn maximieren wollen.

Wichtig ist in dem Modell die zeitliche Komponente: Zum Zeitpunkt $t=0$ treffen sich die beteiligten Parteien, im Zeitpunkt $t=1$ kommt der potenzielle Handel zustande. Dabei wird angenommen, dass in Zeitpunkt $t=0$ vollkommener Wettbewerb herrscht. Dieser Wettbewerb wird jedoch in Zeitpunkt $t=1$ stark reduziert bzw. eliminiert. (Hart & Moore, 2008, S. 5) Damit gestaltet sich die Situation wie im oben genannten Beispiel des Mechanikers, der durch Zerlegen des Autos seine Wettbewerbsposition eklatant verbessert.

Zum Zeitpunkt $t=0$ hat der Verkäufer die Möglichkeit, eine Investition in Höhe von F zu tätigen.⁹⁰ Diese ist starr und nicht bzw. nur begrenzt versicherbar.⁹¹ Im Zeitpunkt $t=1$ ergibt sich ein möglicher Gewinn g aus der Investition, der von der Investitionsentscheidung abhängig ist, daher $g(\text{Inv})$. Der potenzielle Gewinn ist 0, wenn sich der Investor entscheidet, nicht zu investieren, und beträgt G im Fall einer positiven Investitionsentscheidung. (Ellingsen & Johannesson, 2004, S. 477)

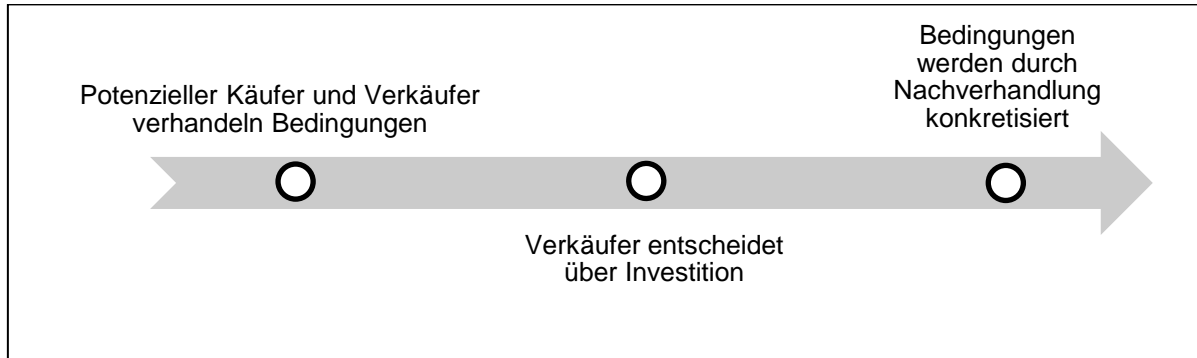
⁸⁹ Hart und Moore unterscheiden zwischen den Fällen, in denen die Informationen für beide Parteien vorhanden sind, jedoch vertraglich nicht festgehalten werden können, also Fällen symmetrischer Informationen, und den Fällen, in denen sich die vorhandenen Informationen der beteiligten Parteien unterscheiden (asymmetrische Verteilung). Die Autoren merken jedoch auch an, dass die Überschneidungen deutlich sind. (Hart & Moore, 1988, S. 756)

⁹⁰ Zeitlich ist die Investitionsentscheidung nach den Verhandlungen über die Bedingungen anzusetzen. Die Entscheidung findet jedoch immer noch im Zeitpunkt $t=0$ statt.

⁹¹ „Nicht versicherbar“ bezieht sich hier auf den in den beschriebenen Modellen häufig verwendeten englischen Ausdruck „non-contractible“ und bedeutet, dass nicht alle Umweltzustände vollständig definiert und vertraglich festzuschreiben sind, woraus die begrenzte Versicherbarkeit resultiert (Hart & Moore, 2008, S. 5 ff.).

Im Modell wird davon ausgegangen, dass der potenzielle Gewinn aus der Investition (G) höher ist als die Investition (F), da es nur dann für den Investor Sinn macht, überhaupt eine Investition in Betracht ziehen. Der zeitliche Ablauf ist in Abbildung 4-3 dargestellt.

Abbildung 4-3: Zeitlicher Ablauf in einem klassischen Hold-up-Fall



Quelle: Eigene Darstellung in Anlehnung an Hart and Moore (2008, S. 6).

Im Modell wird davon ausgegangen, dass im Zeitpunkt $t=0$ nicht alle möglichen Umweltzustände bekannt und damit auch nicht versicherbar sind, was bedeutet, dass auch die möglichen Umweltzustände und die damit verbundenen Konditionen des Handels nicht vollständig vertraglich festgehalten werden können. So kann der generelle Rahmen durchaus festgelegt werden, die Feinheiten jedoch nicht (Hart & Moore, 2008, S. 6). Zur Veranschaulichung nutzen Hart und Moore (2008, S. 6) das Beispiel einer Hochzeit, bei der die Menge (sowie eingeschränkt auch die Art) des Essens sowie der Dienstleistungen festgelegt und auch gerichtlich eingeklagt werden können, der Geschmack der Speisen sowie die Freundlichkeit des Gastgebers hingegen nicht.

Hier zeigen sich klare Ähnlichkeiten zur Situation um FDI ohne ISDS. So sind die grundlegenden Regeln in der Rechtsordnung des Gaststaates verankert. Mögliche konkrete Auslegungen dieser Rechtsordnung bzw. Anpassungen sind jedoch nicht festgelegt.⁹² Beispiele sind die genaue Höhe der Steuer, mögliche Auflagen, öffentliche Leistungen des Staates etc. Dazu kommt eine Reihe von Unsicherheiten über mögliche Störfaktoren.

⁹² Die angesprochenen Probleme in erster Linie für Investoren werden in Kapitel 3 und speziell im Kapitel 3.2 beschrieben.

Entscheidet sich der Investor zu einer Investition, so ergibt sich zum Zeitpunkt $t=1$ ein Gewinn in Höhe von G . Ist der Vertrag unvollständig, wie im vorliegenden Fall, verhandeln die Parteien nunmehr über die Verteilung des Gewinns. Dabei wird der Gewinn G verteilt. Es steht g_i für den Gewinnanteil des Investors und g_s für den Gewinnanteil des Gaststaates. Jede Kombination von g_i und g_s ist dabei möglich, solange $g_i + g_s \leq G$ gilt. (Ellingsen & Johannesson, 2004, S. 477 f.)

Der Gewinn wird mittels einer Nash-Verhandlung aufgeteilt, wobei jeder Spieler einen Teil des Gewinnes anstrebt. Jede Kombination der Form $g_i + g_s = G$ stellt ein effizientes Gleichgewicht dar, Kombinationen der Form $g_i + g_s < G$ wären hingegen ineffizient. (Ellingsen & Johannesson, 2004, S. 478)

Das teilspielperfekte Nash-Gleichgewicht und damit die Aufteilung des Gewinns hängen nunmehr von der Art des Spiels (Ellingsen & Robles, 2002) und der Möglichkeit zur Kommunikation (Ellingsen & Johannesson, 2004) ab.

Bei ihrer experimentellen Untersuchung kommen Ellingsen und Johannesson (2004) zu dem Ergebnis, dass die Investitionsrate bei der Möglichkeit zur Nachverhandlung geringer ist als ohne diese Möglichkeit, wobei ohne die Möglichkeit zur Kommunikation zwischen den Parteien die Investitionsrate gegen 0 geht.

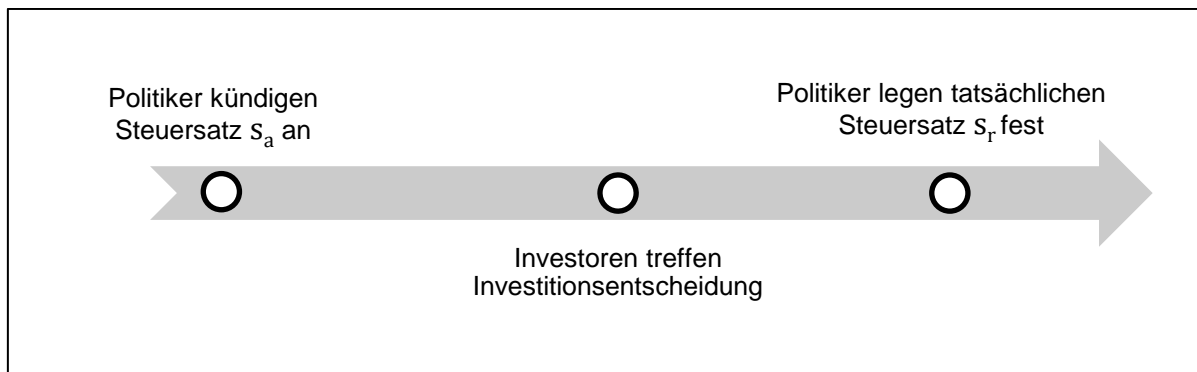
Doch selbst bei möglicher Kommunikation und möglichen Verhandlungen zwischen den Parteien werden lediglich 75 Prozent der möglichen Gewinne tatsächlich realisiert.⁹³ Koordinationsprobleme scheinen also selbst bei Kommunikation und dem Willen der Parteien zur Koordination eine große Rolle für entstehende Ineffizienzen zu spielen. (Ellingsen & Johannesson, 2004, S. 491)

Den Umstand, dass der Anteil der möglichen Gewinne selbst im besten Fall stärker sinkt als das Investitionsvolumen, begründen Hart und Moore (2008, S. 10 ff.) damit, dass derjenige, der durch Nachverhandlung einen geringeren Anteil als ursprünglich erwartet erhält, seinerseits einen Anreiz zum *shading*, also zum Behindern hat, was den Gewinn senkt.

⁹³ Ohne die Möglichkeit zur Kommunikation ist die Lösung noch deutlich ineffizienter. So kommen Ellingsen und Johannesson zu dem Ergebnis, dass der durchschnittliche Gewinn des Verkäufers negativ ist. Dementsprechend ist die Investitionsrate auch deutlich niedriger als bei Kommunikation. (Ellingsen & Johannesson, 2004, S. 485)

Betrachtet werden soll nunmehr die Situation der Auslandsinvestitionen. Dabei ist der Investor in diesem Fall der Verkäufer, während der Staat dem Käufer im zugrundeliegenden Modell entspricht. Mögliche Investitionsbedingungen zwischen Investor und Staat werden entweder verhandelt, oder der Investor trifft Erwartungen über die Bedingungen, wozu er zum Beispiel die Bedingungen für inländische Investoren als Vergleich heranziehen kann. Anschließend entscheidet sich der Investor für oder gegen eine Investition. Erst danach, wenn die Investition getätigt und ein Großteil der Kosten somit versunken ist, legt der Staat die endgültigen Bedingungen fest und hat die Möglichkeit, die Aufteilung der Erträge noch zu ändern. Der Ablauf ist in Abbildung 4-4 dargestellt.

Abbildung 4-4: Zeitlicher Ablauf des Hold-up Falles übertragen auf FDI



Quelle: Eigene Darstellung.

Die nachträgliche Möglichkeit zur Änderung der Investitionsbedingungen, die im klassischen *Hold-up-Fall* in der Regel für zwei Einzelparteien in der Rolle eines Käufers und eines Verkäufers betrachtet wird, ergibt sich durch die gleichzeitige Rolle des Staates als Vertragspartner und Regelsetzer. Als Regelsetzer hat der Staat die Möglichkeit zur Änderung der Spielregeln, beispielweise der Höhe der Abgaben oder anderer Gebühren, wie oben bereits erwähnt. Dabei sind wieder die möglichen Kosten und der Nutzen der beteiligten Parteien zu betrachten. Die Notation orientiert sich am Kapitel 4.2.

Wiederum hat der Investor auf Grundlage der ex-ante festgelegten Bedingungen eine Investitionsentscheidung zu treffen. Der Staat legt die Bedingungen fest und kündigt einen Steuersatz s_a an. Auf dieser Grundlage entscheidet der Investor über die Investition. Zu diesem Zeitpunkt steht der Staat noch mit anderen Staaten

in Konkurrenz. Er befindet sich in einem Wettbewerb um die Investition, da der Investor sein Geld auch in einem anderen Staat investieren könnte. Der Staat muss den Steuersatz somit auch unter wettbewerblichen Überlegungen festsetzen.⁹⁴

Entscheidet sich der Investor für eine Investition, so werden Investitionskosten I fällig, die anschließend zu einer Produktionsmenge M führen. Diese kann wiederum zu einem Marktpreis p verkauft werden. Die sich ergebende Produktionsmenge und der Preis sind für den Investor vorhersagbar.

Nach dem Tätigen der Investition legt der Staat die endgültigen Bedingungen fest. Im Gegensatz zur Enteignung im Beispiel der Zeitinkonsistenzen geht es für den Staat nicht darum, die Produktionskapazitäten des Investors direkt zu enteignen und zusätzliche (kurzfristige) Erträge aus der Liquidation des Investitionsprojektes zu ziehen. Vielmehr soll ein größerer Teil des entstehenden Gewinnes abgeschöpft werden, um eine Nachverhandlungsrente zu erzielen, den Investor aber nicht gänzlich aus dem Projekt zu drängen.⁹⁵ Im internationalen Investitionsrecht werden solche Maßnahmen als enteignungsgleiche Maßnahmen oder faktische Enteignungen⁹⁶ bezeichnet (Herdegen, 2014, S. 309). Für Staaten ist – wie beim Fall der zeitlichen Inkonsistenzen – mit Hinblick auf die Wiederwahl des Politikers, die Nachverhandlung bei ausländischen Investitionen besonders attraktiv.⁹⁷

Es wird davon ausgegangen, dass die nachträglichen Änderungen den Steuersatz betreffen. Änderungen bezüglich Abgaben und Auflagen für das Unternehmen schlagen sich dabei ebenfalls in einem erhöhten Steuersatz nieder. Der tatsächlich realisierte Steuersatz lässt sich vom Staat wählen und wird mit s_T bezeichnet.

⁹⁴ Dies gilt für ausländische Investitionen ganz besonders, dagegen stellt sich die wettbewerbliche Position für Investoren aus dem Inland aus Sicht der Staaten anders dar. Steht der Staat beim Anziehen ausländischer Investitionen in Wettbewerb mit anderen Staaten, so ist bei inländischen Investoren eher von einer monopolistischen Wettbewerbssituation auszugehen.

⁹⁵ Dies steht im Einklang mit dem Modell von Ellingsen und Johannesson (2004), in dem es bei den Nachverhandlungen um die Aufteilung des entstandenen Gewinnes geht.

⁹⁶ Dies deckt sich mit dem Begriff der de-facto Enteignungen, wie in Kapitel 4.1.2 in Anlehnung an die OECD (2004) definiert.

⁹⁷ Dies sehen auch Kohler und Stähler (Kohler & Stähler, 2016), die angeben, dass die Belange von inländischen Investoren für Regierungen eine i.d.R. eine größere Bedeutung haben.

Fraglich ist, wie sich das Entscheidungskalkül des Staates bezüglich des Steuersatzes darstellt. Nach unten ist dieser durch den angekündigten Steuersatz s_a begrenzt. Dies ist mit dem Investor vor der Investition vereinbart. Für den Staat gibt es keinen Grund, von dieser Vereinbarung nach unten abzuweichen.

Nach oben hin wird der Steuersatz ebenfalls begrenzt. Im hier präsentierten Modell des *Hold-up-Problems* geht es in der Regel um die Aufteilung eines entstehenden Gewinns, so auch bei Ellingsen und Johannesson, die die Kosten des Verkäufers als natürliche Untergrenze dessen ansieht, was dem Investor verbleiben muss (Ellingsen & Johannesson, 2004, S. 479). Dies deckt sich mit den Ergebnissen von Ellingsen und Robles (2002) und Tröger (2002), die angeben, dass die Kosten die natürliche Untergrenze für den Investor bei wiederholten Spielen darstellen.

Bei einer Direktinvestitionsbeziehung zwischen Investor und Staat ergeben sich ebenfalls die Investitionskosten des Investors als untere Grenze. Dies lässt sich rein über das Entscheidungskalkül des Investors begründen, an dem Investitionsprojekt festzuhalten. So stellen die Investitionskosten I für den Investor eine natürliche Obergrenze der Akzeptanz von Nachverhandlungen dar.

Der Investor wird jeweils investieren, bzw. in dem Investitionsprojekt verbleiben, wenn die Einnahmen aus dem Investitionsprojekt, die Investitionskosten übersteigen, also wenn

$$I < (1 - s)pM \text{ mit } s \in (0,1) \quad (8)$$

Darüber hinausgehende Forderungen des Staates würden mit einem Verlust des Investors einhergehen. Dann ist es wahrscheinlich, dass der Investor die Handlungen des Staates als enteignungsgleiche Handlung rügt und auf dem existierenden Weg gegen den Staat vorgeht. Durch zusätzliche Kosten des Rechtsstreites, des möglichen *shadings* des Investors und die zusätzlichen Enteignungskosten, die ähnlich wie bei einer vollständigen Enteignung anfielen, würde die Nachverhandlungsrente des Staates sinken. Entscheidet sich der Staat also nicht zur vollständigen Enteignung, wie in Kapitel 4.2, ist es rational, diese natürliche Grenze zu akzeptieren.

Somit ergibt sich durch Umstellen für den angekündigten und den realisierten Steuersatz:

$$s_a \leq s_r < 1 - \frac{I}{pM} \quad (9)$$

Ein höherer Steuersatz als ursprünglich vereinbart, ist für den Staat zwar mit höheren Einnahmen, jedoch auch mit zusätzlichen Kosten verbunden. Die Einnahmen ergeben sich aus dem höheren Anteil am entstehenden Gewinn. Die Kosten ergeben sich ähnlich wie im Fall der zeitlichen Inkonsistenzen durch Reputationsverlust des Staates und damit verbundenen niedrigeren Investitionen in Zukunft und werden wiederum mit K bezeichnet.

Das Ergebnis hängt nun von einer Reihe von Faktoren wie der Art des Spiels, der Wiederholung und der Möglichkeit zur Kommunikation ab. Jedoch ist mit Rückblick auf die Ergebnisse von Ellingsen und Robles als auch Träger davon auszugehen, dass der Staat einen Steuersatz s_r wählt, der die Bedingung (9) gerade noch erfüllt, also $s_r \rightarrow 1 - \frac{I}{pM}$. Dem Investor würden in diesem Fall etwas mehr als die Investitionskosten verbleiben, bezeichnet als I^+ . Dem Staat verbleiben somit $pM - I^+$, falls $pM - I^+ > s_a pM$. Ansonsten würde der Staat den vorher angekündigten Satz s_a fordern.

Für den Staat stellt dies eine Form des opportunistischen Verhaltens dar, ganz ähnlich wie im Fall der zeitlichen Inkonsistenzen. Der Staat nutzt die Abhängigkeit des Investors aus, um sich Vorteile zu verschaffen.

Der Investor antizipiert diese Entwicklung, was mittels Rückwärtsschluss dazu führen wird, dass die Investition unter Umständen nicht stattfindet. Der Erlös ist auch im Fall der Nachverhandlung wahrscheinlich (marginal) größer als die Investitionskosten. Jedoch trägt der Unternehmer sowohl zusätzlich sonstige unternehmerische als auch politische Risiken.⁹⁸ Darüber hinaus ermöglicht die Rückwärtsinduktion zum Zeitpunkt $t=0$, in welchem noch Wettbewerb um die Investition besteht, sein Investitionsziel anhand der Glaubwürdigkeit der Ankündigung zu wählen. Das Ergebnis für die Volkswirtschaft ist wie im Fall der zeitlichen Inkonsistenzen ein geringeres Investitionsniveau. Das Ergebnis deckt sich somit mit den Erkenntnissen von Ellingsen und Johannesson (2004) sowie Hart und Moore (2008).

⁹⁸ Zu erwähnen hier insbesondere die zusätzliche Gefahr der Enteignung durch den Gaststaat der Investition, wie in Kapitel 4.2 erläutert.

Daher ist davon auszugehen, dass es durch die Möglichkeit zur Nachverhandlung in Verbindung mit den Defiziten im Bereich des Investitionsschutzes zu Unterinvestment und einem Wohlfahrtsverlust kommt.

Da es sich bei der Interaktion zwischen Investoren und Staaten im Bereich Direktinvestitionen wie analysiert um ein typisches *Hold-up*-Problem handelt, liegt es nahe, bei der Analyse von Lösungen für dieses Problem in Arbeiten zum *Hold-up*-Problem zu suchen, um diese wiederum auf das aktuelle Problem der Direktinvestitionen und ISDS-Regelungen zu übertragen.

In der Regel geht es bei der Lösung des *Hold-up*-Problems um klar verifizierbare Verträge, welche die möglichen Zustände im Zeitpunkt $t=1$ bestmöglich abbilden. Dies sehen auch Hart und Moore (2008) sowie Rogerson (1992) so. Rogerson (1992, S. 788) erkennt, dass es von entscheidender Bedeutung ist, dass die Akteure an den Vertrag gebunden sind und die Verträge nicht nachträglich ändern können. Ansonsten hätte der Investor die berechtigte Angst, des Wertes seiner Investition ganz oder teilweise „beraubt“ zu werden (Rogerson, 1992, S. 777). Hart und Moore (2008, S. 39 f.) identifizieren einen *trade-off* zwischen Rigidität und Flexibilität beim Abschließen von Verträgen, jedoch können rigide Verträge Unstimmigkeiten senken und damit auch den Wohlfahrtsverlust durch *shading* einschränken.

Ellingsen und Robles (2002) bzw. Ellingsen und Johannesson (2004) stellen darüber hinaus die Bedeutung der Art der Nachverhandlung und Kommunikation heraus. Tröger (2002) kommt zwar zu dem Ergebnis, dass langfristig evolutrische Prozesse dazu führen können, dass weiterhin effiziente Investitionsanreize verbleiben. Dies ist jedoch in Verbindung mit dem in Kapitel 4.2 dargelegten situationsbedingten kurzen Zeithorizont von Entscheidungsträgern für den Fall von Direktinvestitionen kritisch zu hinterfragen. Doch selbst ohne den kurzen Zeithorizont führt bereits Rogerson (1992, S. 790) an, dass ein Wohlfahrtsverlust unumgänglich ist, wenn Nachverhandlungen nicht ohne zusätzliche Kosten möglich sind und/oder die Nachverhandlungen langwierig verlaufen. Ellingsen und Johannesson (2004, S. 491 f.) führen außerdem an, dass bereits die Angst vor möglicher Irrationalität zu Nichtinvestment führen kann.

Übertragen auf den Fall der Direktinvestitionen stellen daher klar formulierte, glaubhafte und rigide Investitionsschutzverträge eine mögliche Lösung des Problems dar.

Besonders relevant erscheinen für den Investor dabei Regelungen zur „Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung“, die eine Diskriminierung des Investors verhindern sollen sowie zur „gerechten und billigen Behandlung“, die auf das Vertrauen und die legitimen Erwartungen des Investors abzielen.⁹⁹ Um die Glaubhaftigkeit und die Durchsetzbarkeit der vertraglich zugesicherten Rechte zu gewährleisten, scheinen effiziente ISDS-Regelungen in den Verträgen unerlässlich. Schließlich ist die Bindung der Vertragsparteien an den geschlossenen Vertrag eines der wichtigsten Rechtsprinzipien bei Investitionen (Besch, 2008, S. 178).

Wie die juristische Analyse in Kapitel 3 ergeben hat, bieten nur ISDS-Regelungen für den Investor eine unabhängige und vollstreckbare Möglichkeit, Verstöße gegen zugesicherte Rechte anzuprangern, Entschädigungen zu erstreiten und damit die Bindung des Staates an den getätigten Vertrag zu erzwingen.

Konkret ermöglichen IIAs den vor Tätigen der Investition zugesicherten Steuersatz s_a festzuschreiben, bzw. mit Hinblick auf eine gerechte und billige Behandlung ein Abweichen an strenge Voraussetzungen zu knüpfen und mit der Verpflichtung zu verbinden, den ausländischen Investor von nachteiligen Änderungen schadlos zu halten (Reinisch, 2015b, S. 407). Weicht der Staat dann zum Zeitpunkt $t=1$ in Ermangelung einer ausreichenden Rechtfertigung von dem zugesicherten Steuersatz ab, so kann der Investor eine Entschädigung vor einem internationalen Tribunal verlangen.

Da es für den Investor um einen Ausgleich des entstandenen Schadens geht (OECD, 2012, S. 8 f.), wird der Investor in einem Streitschlichtungsverfahren die Differenz aus realisiertem Steuersatz s_r und angekündigtem Steuersatz s_a multipliziert mit dem Ertrag, also $(s_r - s_a) pM$, fordern.¹⁰⁰ Dem Staat verbleibt in diesem Fall $s_a pM - K_s$, wobei K_s die Kosten des Streitschlichtungsverfahrens darstellen. Dies senkt den Anreiz des Staates zur Nachverhandlung, speziell wenn der Zugang zum Streitschlichtungsmechanismus einfach und die Aussicht auf Ausgleich des Schadens für den Investor hoch ist. Voraussetzung dafür sind jedoch die

⁹⁹ Die erwähnten Schutzstandards wurden in Kapitel 3.2.3 genauer erläutert.

¹⁰⁰ Unter der Annahme, dass der Investor nicht versucht, überhöhte Forderungen durchzusetzen. Letztendlich obliegt die Einschätzung der Schadenshöhe jedoch ohnehin dem Streitschlichtungstribunal.

erwähnten klaren und rigiden Verträge sowie die Möglichkeit zur effektiven und effizienten Durchsetzung zugesicherter Rechte¹⁰¹.

Klar formulierte, rigide Verträge bieten für Staaten den Nachteil, dass sie möglicherweise als Einschränkung ihrer Souveränität gesehen werden. So merkt Reinisch (2015b, S. 407) an, dass der Staat sich nicht verpflichten wird, sich seiner souveränen Rechtsbefugnisse zu entledigen. Dies scheint jedoch aus theoretischer Sicht auch nicht nötig. Die Verpflichtung, den Investor von nachträglichen Änderungen schadlos zu halten, jedoch durchaus. So hebt auch Besch (2008, S. 178 f.) die Bedeutung einer gewissen Sicherheit und Stabilität für den Investor und seine Geldgeber hervor.

Der dabei mögliche *Trade off* zwischen Freiheit des Staates zur (notwendigen) Regulierung und einem stabilen Investitionsumfeld wird in Kapitel 6 zu den Reformvorschlägen noch vertiefter betrachtet.

4.4 Zwischenfazit

Die Analyse hat gezeigt, dass ohne einen geeigneten institutionellen Rahmen mit passender Anreizsetzung in der Regel nicht das sozial wünschenswerte Investitionsniveau realisiert wird. Der Grund dafür liegt einerseits in der (situationsbedingten) Diskrepanz der individuellen Nutzenfunktion von Politikern und der gesamtwirtschaftlichen Nutzenfunktion und andererseits der Sonderrolle des Staates.

Die Sonderrolle von Staaten als Vertragspartner und Souverän ermöglicht es, sowohl den Investor direkt zu enteignen, als auch durch nachträgliche Änderungen bzw. Neuverhandlung der Spielregeln zusätzliche Einnahmen zu generieren. Das Ergebnis ist für den Investor jeweils eine Frustration der Gewinnerwartungen. Den Investoren ist dieser Umstand bekannt. Das Ergebnis ist Unterinvestment. Die Situation im Rahmen von Direktinvestitionen stellt ein klassisches *Hold-up*-Problem dar. Der Staat hat die Möglichkeit zur Nachverhandlung und Verbesserung der Konditionen, nachdem die Investition bereits getätigt wurde. Das Modell der Zeitinkonsis-

¹⁰¹ Die aktuelle Ausgestaltung und Kritik an ISDS-Regeln sowie dem Streitschlichtungsprozess werden in Kapitel 5 genauer betrachtet.

tenzen von Kydland und Prescott (1977) lässt sich auf den Fall von Direktinvestitionen ebenfalls anwenden, wenngleich es stark vom Zeithorizont der politischen Entscheidungsträger und der damit verbundenen Gegenwartsvorliebe abhängt. Die Investoren sehen sich also sowohl der Gefahr einer (vollständigen) direkten Enteignung als auch einer indirekten Enteignung bzw. enteignungsgleichen Maßnahmen durch Änderungen der Spielregeln ex-post ausgesetzt.

Insgesamt scheint die Idee von Investitionsschutzabkommen zur Bekämpfung von Unterinvestments sowohl aus Sicht des Investors als auch des Staates durchaus vorteilhaft und sinnvoll. Entscheidend ist jedoch die Glaubwürdigkeit der Verträge. Durch die besondere Rolle des Staates als Vertragspartner und Souverän scheinen lediglich IIAs in Verbindung mit ISDS-Regelungen eine glaubhafte Selbstbindung zu gewährleisten, welche die Möglichkeit zur Enteignung als auch zur Nachverhandlung einschränken und somit das *Hold-up*-Problem lösen.

Dass es sich für den Staat als äußerst teuer herausstellt, sich nicht an die selbst auferlegten Regeln zu halten, zeigt das Beispiel Argentiniens. Argentinien hatte sich in den 2000er Jahren entschieden, mehrere von Tribunalen zuerkannte Entschädigungszahlungen nicht zu leisten. Die Kosten für Argentinien in Form des Ausschlusses von Investitionen, vom Kapitalmarkt generell und der Finanzierung der Weltbank im Besonderen waren jedoch so hoch, dass sich Argentinien im Jahr 2013 dazu genötigt sah, die ausstehenden Summen zu zahlen.¹⁰² (Peinhardt & Wellhausen, 2016, S. 574) Die Wirkung von ISDS über den Reputationskanal untersuchen auch Allee und Peinhardt (2011). Sie kommen dabei zu dem Ergebnis, dass Staaten, die in Streitschlichtungsverfahren verklagt und als nicht vertrauenswürdig dargestellt werden, neben den Entschädigungszahlungen außerdem mit weniger FDIs in der Zukunft „bestraft“ werden.

Investitionsschutzabkommen in Verbindung mit ISDS gewähren dem Investor also Investitionssicherheit durch die glaubhafte Selbstbindung des Staates. Auch für den Staat besteht über die Selbstbindung eine Möglichkeit, die Zeitinkonsistenzen zu überwinden, was zur langfristig optimalen Lösung – auch und insbesondere mit

¹⁰² Argentinien musste Entschädigungszahlungen in Höhe von 450 Millionen US-Dollar an Investoren aus Großbritannien, den USA und Frankreich leisten (Peinhardt & Wellhausen, 2016, S. 574).

Blick auf die Wohlfahrt der investitionsempfangenden Volkswirtschaft – führen kann (Kohler & Stähler, 2016, S. 3).

Die Intention von ISDS-Regelungen ist in gewisser Weise, die Investitionen von den individuellen Politikinteressen zu entkoppeln, die in Enteignungen, Einflussnahme auf Gerichte und nachträglichen Änderungen der Gesetzgebung zum Ausdruck kommen können. So sieht es auch die UNCTAD, die erklärt, dass ISDS als Mechanismus geschaffen wurde, um Investitionsstreitigkeiten zu entpolitisieren (UNCTAD, 2017b, S. 5 f.).

Schlussendlich führen ISDS-Regelungen in IIAs zu einem stabileren Investitionsumfeld, mehr Direktinvestitionen (vgl. u.a. Berger, Busse, Nunnenkamp, & Roy, 2013; Colen, Persyn, & Guariso, 2016) und höherer Gesamtwohlfahrt (Kohler & Stähler, 2016). Entscheidend für die Effektivität von ISDS-Regelungen bei der Schaffung eines sicheren Investitionsumfeldes ist jedoch die Ausgestaltung der Regelungen und des Streitschlichtungsprozesses.

Im nächsten Kapitel wird daher zuerst die globale Datenlage zu ISDS-Streitigkeiten aufgearbeitet, um mögliche Probleme und Ungleichgewichte zu identifizieren. Die globale Datenlage ist für das Gesamtverständnis von ISDS und dessen Streitigkeiten unerlässlich. Denn ISDS-Regelungen haben auch eine globale, politische Perspektive. Besonders in Entwicklungs- und Schwellenländern werden ISDS-Regelungen stark kritisiert (Hindelang & Krajewski, 2016, S. 2; Campbell, Nappert, & Nottage, 2014, S. i ff.). Es besteht die Gefahr, dass das ISDS-System immer stärker als Bedrohung wahrgenommen wird, in das globale Wirtschaftssystem einzugreifen und die Stellung entwickelter Volkswirtschaften sowie deren Investoren zu sichern. Für die Akzeptanz von ISDS-Regelungen insgesamt ist nicht allein die Akzeptanz auf nationaler Ebene durch die Abwägung von Staatsinteressen gegenüber Investoren entscheidend, sondern auch die allgemeine globale Zustimmung.

Im nächsten Kapitel wird daher ein Index entwickelt. Auf dessen Basis werden mögliche Ungleichgewichte untersucht und Schlussfolgerungen für die mögliche Zukunft von ISDS-Regelungen gezogen. Danach wird die aktuelle Ausgestaltung von IIAs und ISDS-Regelungen analysiert und auf Kritik an dem Mechanismus eingegangen. Im Zentrum stehen die Fragen, welche Probleme es im Bereich ISDS gibt und ob die derzeitige Ausgestaltung der ISDS-Regelungen und des Streitschlichtungsprozesses dazu geeignet ist, den in diesem Kapitel dargelegten institutionellen Mehrwert von ISDS auch in der Praxis umzusetzen.

5 Probleme und Kritik des ISDS-Regimes sowie Reformvorschläge

In Kapitel 4 wurde gezeigt, dass ISDS-Regelungen aus institutionenökonomischer Sicht sinnvoll sein können, um vertragstheoretische Probleme in Verbindung mit ausländischen Direktinvestitionen zu beheben bzw. abzuschwächen. Somit stellt das Kapitel 4 das ökonomische Gegenstück zum Kapitel 3 dar. Von der konkreten Ausgestaltung der zugrundeliegenden Streitschlichtungsregelungen und des Streitschlichtungsprozesses wurde in beiden Kapiteln abstrahiert.

Investitionsschutzabkommen und im Besonderen darin enthaltenen Regelungen zu Investoren-Staat-Streitschlichtung werden jedoch nicht von allen Akteuren positiv gesehen. So stehen Teile der Zivilgesellschaft ISDS durchaus skeptisch gegenüber, was nicht zuletzt in dem starken zivilgesellschaftlichen Widerstand in der EU gegen TTIP und CETA zum Ausdruck kam (Hindelang & Krajewski, 2016, S. 2 f.). Darüber hinaus gibt es auch von staatlicher Seite Bedenken, ob die Regelungen sinnvoll sind, um Direktinvestitionen anzuziehen, ohne zu sehr in die Souveränität des Staates einzugreifen. Einige Staaten schienen außerdem besorgt, dass sie durch ISDS-Regelungen benachteiligt werden könnten, und schrecken daher vom Abschluss neuer Abkommen zurück. (Schill, 2015, S. 1)

Dieses Kapitel befasst sich mit den Ursachen des Widerstands verschiedener Akteure gegen ISDS. Hierzu werden aktuelle Kritik in Verbindung mit der konkreten Ausgestaltung von Investitionsschutzabkommen mit enthaltenen ISDS-Regelungen und dem Streitschlichtungsprozess aufgearbeitet, die Hauptkritikpunkte identifiziert und eine Einschätzung dieser vorgenommen

Um die globale Dimension und die Kritik besser einzuordnen, wird zunächst die globale Verteilung der ISDS-Streitigkeiten mittels Daten der UNCTAD-Datenbank (2018a) dargestellt und analysiert.

5.1 Globale Ungleichgewichte bei ISDS-Streitigkeiten

5.1.1 Die Datenlage zu globalen Ungleichgewichten

Die Notwendigkeit und die Ausgestaltung von ISDS-Regelungen in Investitionsschutzverträgen hängen häufig mit der Frage zusammen, wer schlussendlich von den Regelungen profitiert. Dies sind einerseits Investoren oder Staaten. Andererseits geht es um eine Machtposition und mögliche damit verbundene Ungleichgewichte im internationalen Kontext. Entscheidend ist, ob einige Staaten oder Staatengruppen stärker von Investitionsschutzverträgen mit ISDS-Regelungen profitieren als andere.

Daher wird nunmehr ein Blick auf die globale Struktur und Verteilung von ISDS-Streitigkeiten geworfen, um mögliche Ungleichgewichte zu identifizieren. In einem zweiten Schritt wird nach Gründen für diese Ungleichgewichte gesucht.

Damit soll dieser Teil eine Brücke zwischen dem vorherigen Kapitel zur grundsätzlichen Notwendigkeit des ISDS-Regimes und dem Kapitel 5.2 zu Kritik und möglichen Reformvorschlägen sein.

Wie in Kapitel 2.3 erwähnt, gab es laut UNCTAD ISDS-Datenbank seit dem Jahr 1987 insgesamt 904¹⁰³ bekannte Streitigkeiten im Bereich der Investoren-Staat-Streitschlichtung (UNCTAD, 2018a).

Die Staaten können dabei zwei Rollen einnehmen:

- (1) Sie sind Heimatstaaten von Investoren, im Folgenden auch vereinfacht als Kläger bezeichnet. Dies bedeutet, dass ein Investor, der den Unternehmenssitz innerhalb dieses Staates hat, ein Verfahren gegen einen anderen Staat eröffnet.
- (2) Sie sind selbst die adressierte Partei einer Klage, im Folgenden auch als Beklagter bezeichnet. Dies bedeutet, dass ein Investor aus einem anderen Staat ein Verfahren gegen den Staat eröffnet hat.

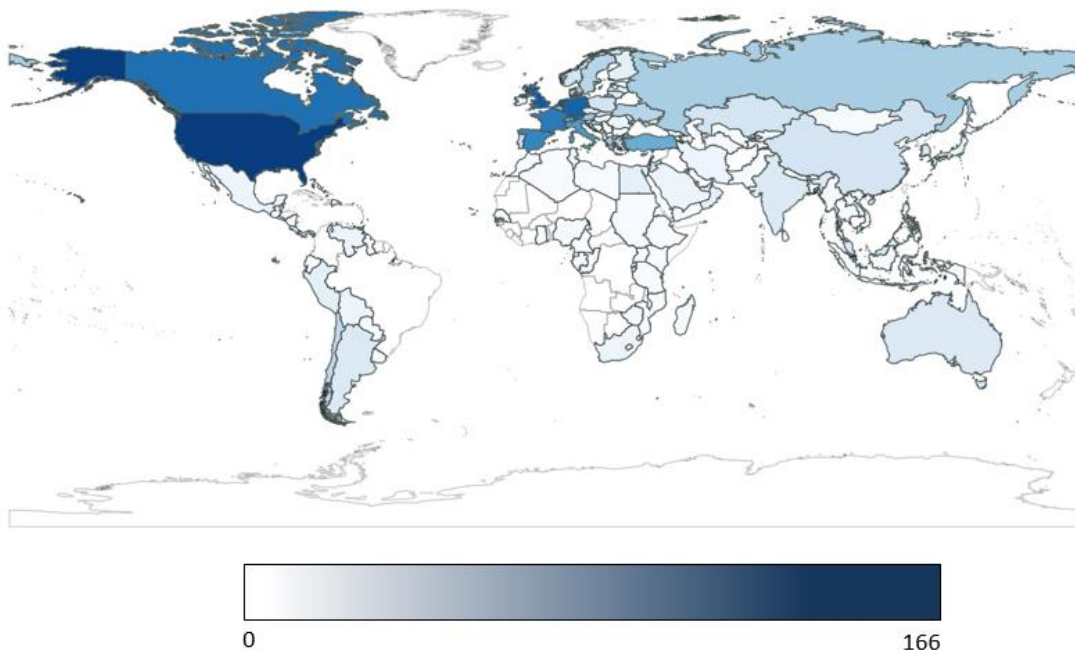
Eine Vielzahl von Staaten sind mittlerweile nicht nur über IIAs und FDIs sondern auch durch ISDS-Fälle miteinander verbunden.

¹⁰³ Stand: Juli 2018.

Um Ungleichgewichte zu identifizieren, ist jedoch eine Aufschlüsselung der Fälle nötig.

Ein erster Schritt ist die Betrachtung der Fallzahlen für jedes Land, beginnend mit den Heimatstaaten der Investoren. Dabei wird deutlich, dass die Unterschiede in den Fallzahlen pro Land sehr groß sind. So sind die Streitigkeiten global stark konzentriert, es gibt eine kleine Anzahl von Staaten mit einer großen Anzahl an Fällen, während der Großteil der Staaten weltweit keine oder nur sehr wenige ISDS-Verhandlungen als Heimatstaat eines Investors aufweisen. Insgesamt gibt es lediglich 17 Länder, deren Investoren 10 oder mehr Streitschlichtungen initiiert haben.¹⁰⁴ Abbildung 5-2 veranschaulicht die globale Verteilung der Fälle pro Staat.

Abbildung 5-2: Heimatstaaten der klagenden Investoren



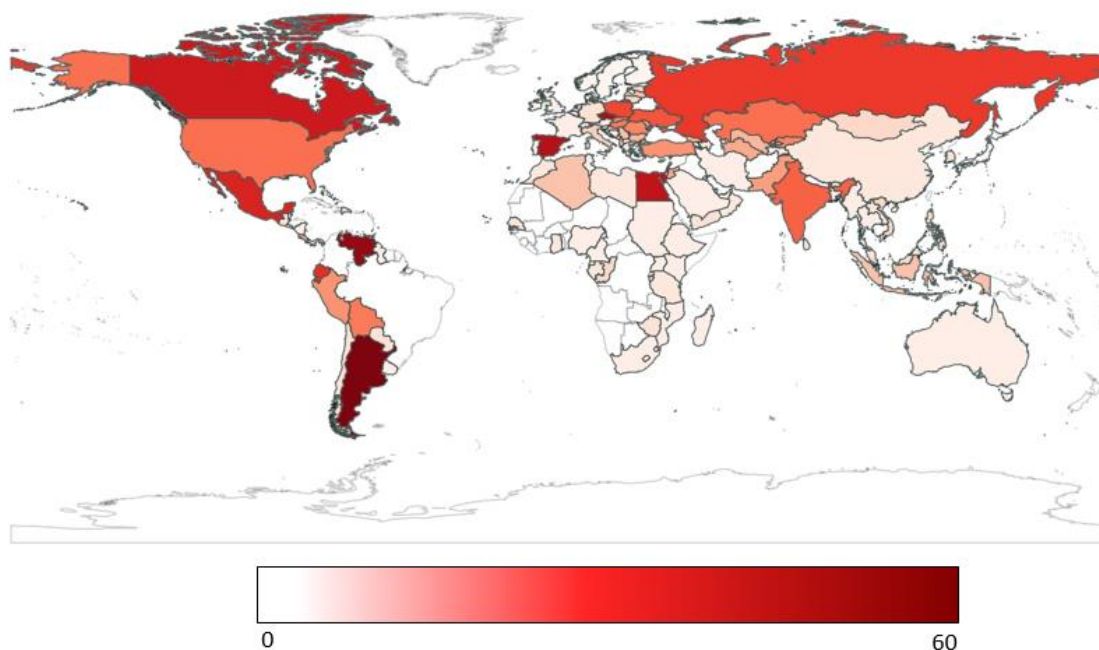
Quelle: Eigene Darstellung, mit Daten der UNCTAD (2018a).

Je dunkler die Felder sind, desto höher ist die Anzahl der ISDS-Verfahren eines Landes als Heimatstaat des Investors. Deutlich wird, dass die Investoren aus wenigen Staaten die ISDS-Streitigkeiten dominieren. Zu erwähnen sind die USA mit 166 Streitschlichtungsverfahren. Weiterhin sind die Niederlande mit 102, das Vereinigte

¹⁰⁴ Tabelle A-3 im Anhang listet die Länder mit mindestens 10 Fällen als Heimatstaat des Investors auf.

Königreich mit 74 und Deutschland mit 59 Fällen zu nennen. Auf die Investoren aus diesen 4 Ländern entfallen also bereits mehr als 40% aller ISDS-Streitigkeiten. Verklagt werden von Investoren demgegenüber andere Staaten besonders häufig. Abbildung 5-3 veranschaulicht die Verteilung der beklagten Staaten weltweit. Die Intensität der Rotfärbung repräsentiert die Anzahl der ISDS-Fälle.

Abbildung 5-3: Beklagte Staaten



Quelle: Eigene Darstellung mit Daten der UNCTAD (2018a).

Die meisten Fälle verzeichnet Argentinien mit 60 ISDS-Klagen gegen sich. Es folgen Venezuela mit 44 und Spanien mit 43 Verfahren gegen sich sowie die Tschechische Republik (35).¹⁰⁵

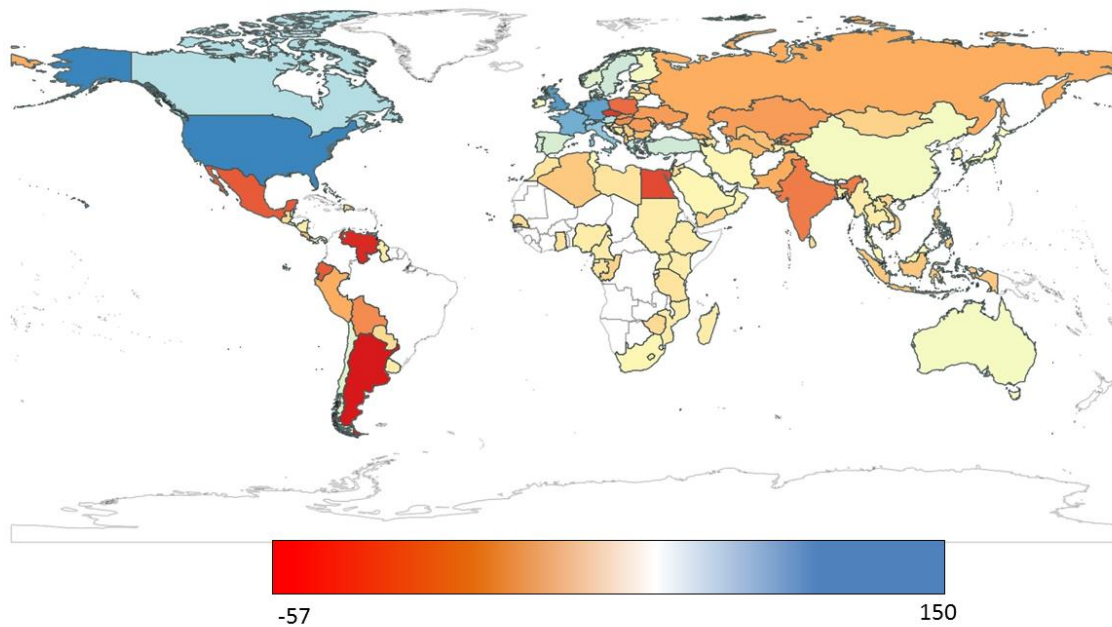
Deutlich wird bereits an dieser Stelle, dass die meisten Verfahren im Bereich des Heimatstaates des Investors auf die Industrieländer entfallen, während im Bereich der beklagten Staaten sich eher Schwellen- und Transformationsländer finden.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Tabelle A-4 im Anhang listet die Länder mit mehr als 20 Fällen auf. In diesem Fall wurde sich auf Staaten mit mehr als 20 Fällen beschränkt, da es deutlich mehr Staaten mit 10 und mehr Fällen gibt als im Falle der Heimatstaaten von Investoren (27).

¹⁰⁶ Spanien bildet hier eine klare Ausnahme. Zurückzuführen ist dies insbesondere auf den Bereich der erneuerbaren Energien und konkret auf Klagen im Bereich der Förderung von Solarenergie, die

Betrachtet man die absoluten Vorteile, also die Anzahl der Fälle als Heimatstaat des Investors abzüglich derjenigen als beklagter Staat, so verfestigt sich dieses Bild. Die absoluten Vorteile sind in Abbildung 5-4 dargestellt. Eine blaue Färbung repräsentiert einen positiven Wert und deutet auf eine Verschiebung hin zur Rolle als Heimatstaat des Investors, während eine rote Färbung für einen negativen Wert steht und auf die vorwiegende Rolle als beklagter Staat verweist.

Abbildung 5-4: Absoluter Vorteil



Quelle: Eigene Berechnung und Darstellung, mit Daten der UNCTAD (2018a).

Die Extremfälle bilden die USA mit einer Nettoanzahl von 150 Fällen als Heimatstaat des Investors und Argentinien mit einer Nettoanzahl als beklagter Staat von 57. Auf der positiven Seite finden sich neben des USA der Großteil der westeuropäischen Staaten sowie Kanada.

Damit kristallisiert sich ein klares Bild eines Nord-Süd-Gefälles bei den absoluten Vorteilen heraus.

Die abgebildeten absoluten Vorteile sind jedoch nur bedingt geeignet, die globalen Ungleichgewichte darzustellen. Dies liegt in der Struktur der Daten begründet. So gibt es einige wenige Länder mit sehr vielen Fällen, während andere Länder gar

im Zuge der Finanzkrise vom spanischen Staat reduziert bzw. abgeschafft wurden. (UNCTAD, 2018a)

keine Fälle aufweisen. Außerdem lässt sich in der grafischen Darstellung nicht zwischen Staaten mit vielen Fällen, die sich gegenseitig aufheben, und solchen, die in dem System nur schwach aktiv sind, unterscheiden.

Zur besseren Veranschaulichung des Ungleichgewichts soll im Folgenden ein Index genutzt werden. Idee hinter diesem sogenannten Claimants & Respondent-Index – im Folgenden auch kurz CR-Index genannt – ist es, das Zusammenspiel von Anzahl der Fälle und der Differenz zwischen den Fällen eines jeden Staates, in denen er sich in der Rolle als Heimatstaat des Investors und beklagter Staat befindet, darzustellen.

Dabei wird aufgrund der exponentiell wachsenden Struktur der Datenreihen zur besseren Darstellbarkeit, speziell bei numerischen Berechnungen (Chiang, Wainwright, & Nitsch, 2011, S. 177) der dekadische Logarithmus verwendet.

Die Formel des CR-Index lautet daher wie folgt:

$$\text{CRI} = \text{sgn}(b) * \log_{10} \max(|b|, 1)$$

mit:

$$b = \text{cases}_{\text{home state}} - \text{cases}_{\text{respondent}}$$

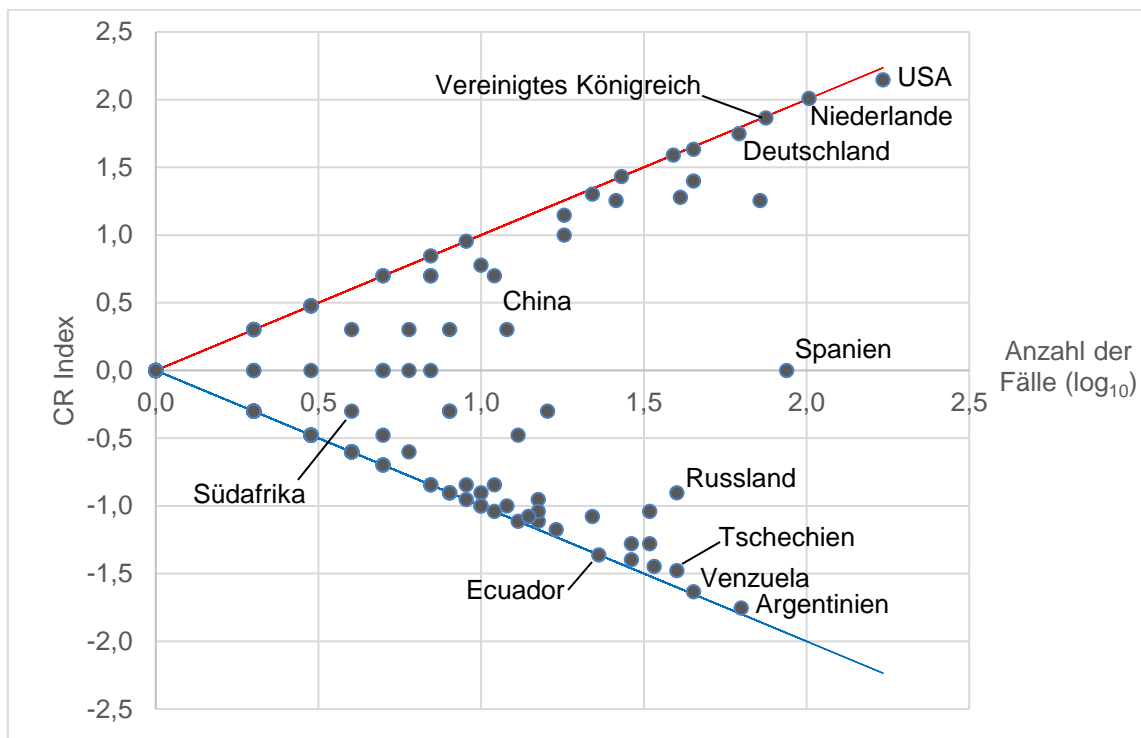
Ein positiver CR-Index bedeutet, dass sich das Land häufiger in der Position eines Heimatstaats des Investors befindet, während ein negativer Wert auf eine relativ stärkere Position als beklagter Staat hinweist.

Grafisch dargestellt für sämtliche Länder, zu denen Daten vorliegen, ergibt sich das in Abbildung 5-5 dargestellte Bild.

In der Abbildung wird der Vorteil der Darstellung mithilfe des dekadischen Logarithmus deutlich.¹⁰⁷ So repräsentieren die Winkelhalbierenden im positiven und negativen Bereich der Ordinate in Abhängigkeit von der logarithmierten Fallzahl die vollständige „Spezialisierung“ der Staaten auf eine der möglichen Positionen. Das heißt also, dass im positiven Fall (rote Linie) die Staaten lediglich in der Position als Heimatstaaten der Investoren auftreten und im negativen Fall (blaue Linie) ausschließlich als beklagte Staaten auftreten. Auf der Abszisse ist der dekadische Logarithmus der Anzahl der Fälle abgetragen.

¹⁰⁷ Zur Vergleichbarkeit befindet sich die nichtlogarithmierte Darstellung als Abbildung A-3 im Anhang.

Abbildung 5-5: Berechneter nationaler CR-Index und logarithmierte Anzahl der Fälle



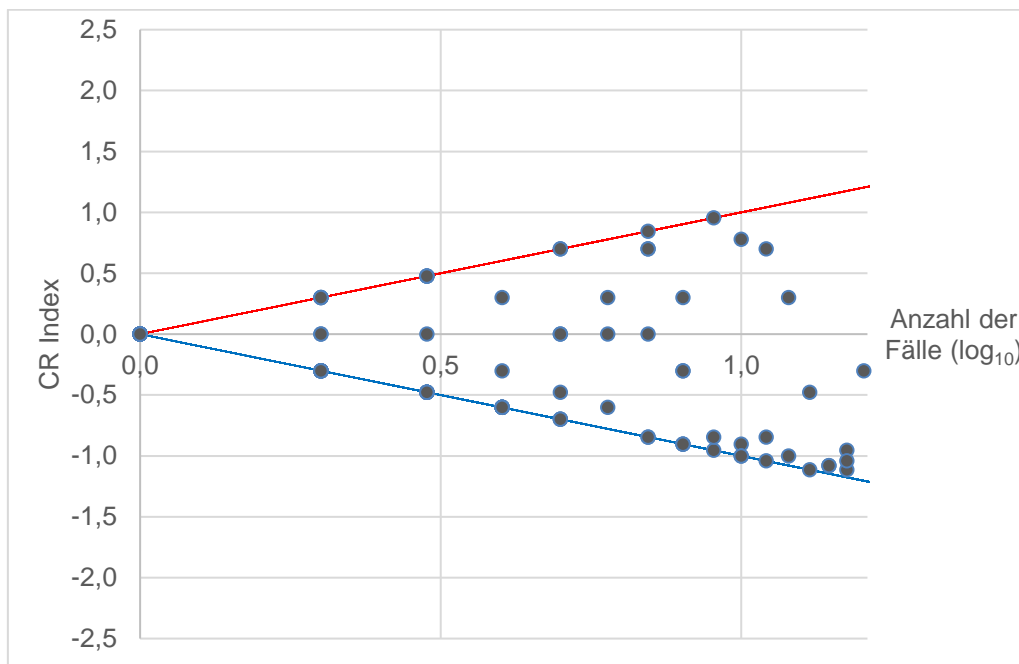
Quelle: Eigene Berechnungen mit Daten der UNCTAD (2018a).

Dabei befindet sich eine beträchtliche Anzahl von Staaten nahe der Winkelhalbierenden. Verstärkt tritt dieser Effekt bei einer höheren Fallzahl auf. Werden die Staaten mit bis zu 16 Fällen betrachtet¹⁰⁸ – dargestellt in Abbildung 5-6 – so wird deutlich, dass die entstehende Datenwolke stark streut. Es gibt sowohl Staaten, die eine ausgeglichene Bilanz aufweisen¹⁰⁹, als auch Staaten, die direkt auf oder nahe den Winkelhalbierenden liegen.

¹⁰⁸ Gleichbedeutend mit einem $\log_{10} \leq 1,204$. Dieser Wert wurde gewählt, da bei größeren Fallzahlen – bis auf eine Ausnahme – kein Staat mehr einen CR-Index aufweist, der betragsmäßig kleiner als 0,5 ist. Den Ausreißer bildet Spanien mit einem CR-Index von 0 und 87 Fällen.

¹⁰⁹ Dies sind diejenigen Staaten, die den CR-Indexwert 0 aufweisen.

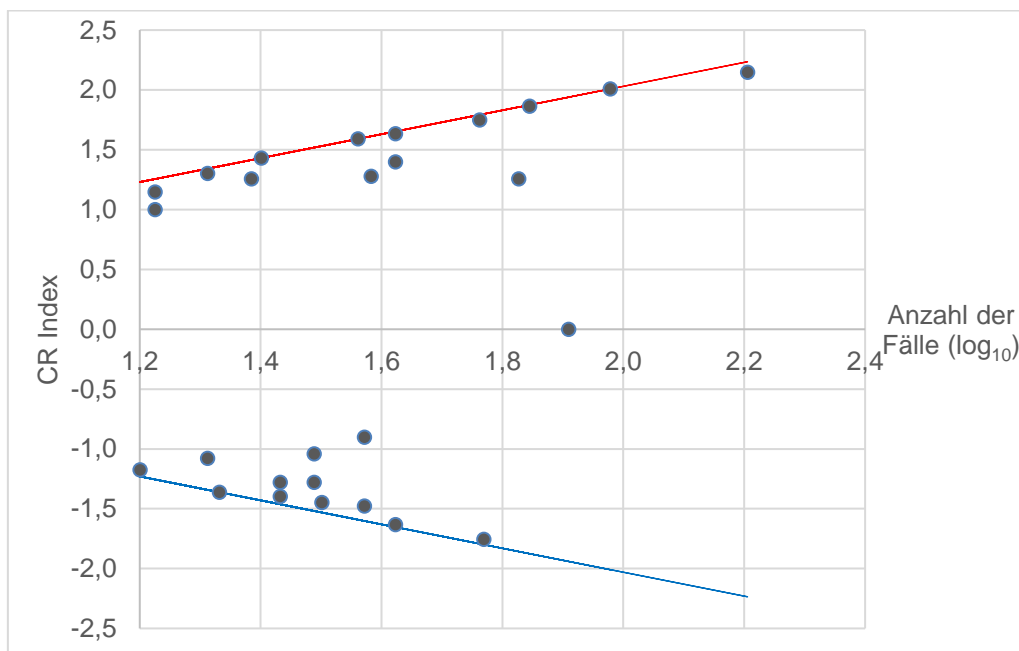
Abbildung 5-6: Berechneter nationaler CR Index für $n \leq 16$



Quelle: Eigene Berechnungen mit Daten der UNCTAD (2018a).

Anders stellt sich die Situation dar, wenn lediglich die Datenpunkte für Staaten mit mehr als 16 Fällen betrachtet werden,¹¹⁰ wie in Abbildung 5-7 illustriert.

Abbildung 5-7: Berechneter nationaler CR Index für $n > 16$



Quelle: Eigene Berechnungen mit Daten der UNCTAD (2018a).

¹¹⁰ Gleichbedeutend mit einem $\log_{10} > 1,204$.

Durch die Illustration wird deutlich, dass die Staaten mit mehr als 16 Fällen klarer kategorisierbar sind. Staaten befinden sich entweder auf oder in der Nähe der oberen oder unteren Winkelhalbierenden. Die Datenwolke streut weniger stark. Wenige Staaten haben eine ausgeglichene oder nahezu ausgeglichene Bilanz zwischen den möglichen Positionen, was sich an einem CR Index nahe 0 ablesen ließe. Staaten nehmen stattdessen klar zu definierende Rolle als hauptsächlich beklagte Staaten oder vorwiegend Heimatstaaten von Investoren ein.

Die identifizierten globalen Ungleichgewichte führen zu Problemen für die Akzeptanz von ISDS-Regelungen, insbesondere bei denjenigen Staaten, die sich vermehrt auf der „Verliererseite“ befinden. Erschwerend kommt hinzu, dass das Ungleichgewicht im Bereich der Streitigkeiten nicht die Situation der Direktinvestitionen widerspiegelt. Abbildung A-4 im Anhang stellt die Beziehung zwischen den Nettoinvestitionen pro Kopf und dem CR-Index grafisch dar. Dabei ist kein offenkundiger Zusammenhang zu erkennen. Der CR-index scheint unabhängig von der eher ausgeglichenen Investitionsbilanz der meisten Staaten zu sein.

Die starke Häufung der Klagen von Investoren aus Heimatstaaten in Nordamerika und (West-)Europa, lässt das juristische Know-how in den Fokus treten. Beim Blick auf die Verfahren wird deutlich, dass ein Großteil der beteiligten Streitschlichter als auch der Kanzleien generell aus dem angelsächsischen Raum stammt (UNCTAD, 2018a). Auch Salacuse (2007, S. 144) spricht davon, dass sich für einige internationale Kanzleien Investoren-Staat-Streitschlichtung zu einem etablierten und lukrativen Feld entwickelt habe. Sollte juristisches Know-how zu einem Wettbewerbsvorteil für bestimmte Investoren werden, so stellt dies die Unabhängigkeit und Parität des Systems infrage.

Wenig überraschend erscheint daher das Bestreben einiger – besonders Entwicklungs- und Schwellenländer – von der Praxis der ISDS-Regelungen Abstand zu nehmen.¹¹¹ So lehnt es beispielsweise Brasilien ab, einen solchen Passus in seine Investitionsschutzverträge aufzunehmen (The Economist, 2014). China ist bisher einen ähnlichen Weg gegangen und integriert meist keine ISDS-Regelungen in seine Verträge (Bellak & Chaisse, 2015). Zwar verfügt China über eine große und

¹¹¹ Entwicklungs- und Schwellenländer weisen besonders häufig einen negativen CR-Index auf, wie in Abbildung 5-5 zu erkennen.

wachsende Bedeutung im Bereich der FDI¹¹² und hat zu deren Schutz auch eine Vielzahl von BITs¹¹³ abgeschlossen. Jedoch enthalten diese Verträge in der Regel nicht die Möglichkeit für Investoren, Ansprüche vor privaten Tribunalen durchzusetzen, oder regeln diese Möglichkeit nur für einen eingeschränkten Bereich von Fällen, beispielweise direkte Enteignungen. Für andere Fallkonstellationen gilt das Gericht des Gaststaates der Investition als zuständig. (Pathirana, 2017) China scheint also andere Regelungen als geeignet anzusehen, um die wachsenden Direktinvestitionen seiner Unternehmen im Ausland zu schützen.

Weitere Staaten teilen Chinas Skepsis gegenüber ISDS-Regelungen und wenden sich stattdessen eher alternativen Konzepten wie Staat-Staat Streitschlichtung oder der stärkeren Fokussierung auf nationale Rechtsregeln zu (Bernasconi-Osterwalder, 2015).

Die fehlende Akzeptanz gewisser Staaten muss dabei sowohl als Hürde für die weitere Verbreitung und Vereinheitlichung von ISDS-Regelungen weltweit als auch als Bedrohung für das ISDS-Regime insgesamt angesehen werden. Bereits hieraus lässt sich die Notwendigkeit zur Weiterentwicklung bestehender Regelungen ablesen.

5.1.2 Ein Blick auf die EU

Die EU ist mit Hinblick auf ISDS-Streitigkeiten einer der wichtigsten Player weltweit. Noch deutlicher wird dies, wenn man die Fälle mit Beteiligung von EU-Staaten und Investoren aus EU-Staaten weiter differenziert.

Einerseits ist die EU für die globale Perspektive bedeutsam, in der die EU-Staaten gegenüber dem Rest der Welt entweder als Heimatstaaten von klagenden Investoren oder als beklagte Staaten auftreten. Andererseits spielen auch Streitigkeiten zwischen einzelnen EU-Staaten eine wichtige Rolle. Im zweiten Fall – der in der Vergangenheit in der öffentlichen Diskussion deutlich weniger Beachtung zu bekommen schien – berufen sich die Investoren entweder auf bilaterale Verträge, die

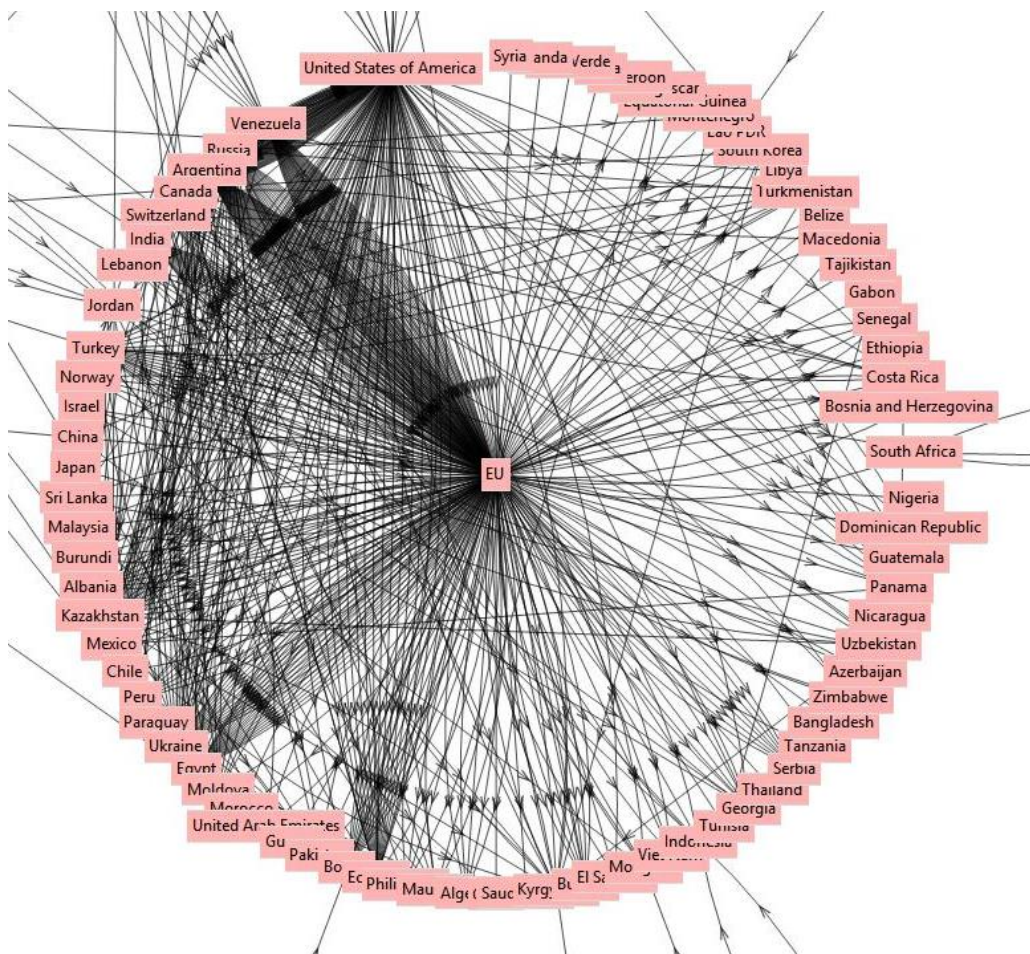
¹¹² So befindet sich China im Jahr 2017 auf Platz 2 sowohl für die outward- als auch die inward FDI-Bestände (UNCTADstat, 2018).

¹¹³ Stand: Mai 2018 sind 128 BITs und außerdem 22 weitere von China geschlossene Abkommen mit Investitionsregelungen in Kraft (UNCTAD, 2018b).

zwischen Mitgliedstaaten geschlossen wurden, oder auf multilaterale Verträge,¹¹⁴ welche die heutigen Mitgliedstaaten jeweils unterzeichneten, als die Kompetenz dafür noch nicht bei der Europäischen Kommission lag.¹¹⁵

Abbildung 5-8 veranschaulicht die Vernetzung der EU-Staaten durch Investitionsstreitigkeiten mit dem Rest der Welt. Dabei wurden sämtliche Streitigkeiten von Investoren aus EU-Mitgliedstaaten, in denen diese andere Staaten verklagen, gebündelt und der EU zugewiesen. Streitigkeiten, in denen Investoren aus einem EU-Mitgliedsstaat einen anderen verklagen, blieben unberücksichtigt.

Abbildung 5-8: Netzwerk ISDS-Fälle mit der EU im Zentrum



Quelle: Eigene Darstellung mit Daten der UNCTAD (2018a).

¹¹⁴ Beispiel hierfür ist der Energiecharta-Vertrag.

¹¹⁵ Siehe nähere Erklärung dazu: Kapitel 2.2.

Aus Gründen der besseren Darstellung wird nur der innerste Ring mit den direkten Vernetzungen der EU-Staaten dargestellt.¹¹⁶ Die EU wurde dabei ins Zentrum des Netzwerkes gesetzt.

Die Abbildung verdeutlicht die besondere Bedeutung von ISDS-Fällen für Investoren aus EU-Staaten, um ihre Ansprüche in verschiedenen Regionen der Welt geltend zu machen. Eine besonders starke Verbindung lässt sich dabei zwischen EU-Mitgliedstaaten und Schwellenländern wie Venezuela, Argentinien und Indien erkennen.

Darüber hinaus gibt es eine Vielzahl von Fällen, bei denen ein Investor aus einem EU-Staat von einem anderen EU-Mitgliedsstaat eine Entschädigung auf Grundlage von IIAs fordert und dabei auf ISDS setzt. Diese Fälle werden als Intra-EU-Streitigkeiten bezeichnet, da diese auf Intra-EU-BITs¹¹⁷ fußen. Die bedeutende Rolle dieser Streitigkeiten auch in globaler Perspektive erkennt die UNCTAD, die im Jahr 2018 erstmals einen eigenen Bericht zu Intra-EU ISDS-Streitigkeiten verfasste. Darin wurde erwähnt, dass Intra-EU-Streitschlichtungsverfahren für etwa 20% aller bekannten Streitschlichtungsverfahren stehen (UNCTAD, 2018d, S. 1). Auch bei den im Jahr 2017 neu initiierten Verfahren ist dieser Anteil unverändert hoch (UNCTAD, 2018f, S. 1).

Für die EU spielen ISDS-Regelungen daher sowohl intern, als auch im Verhältnis zum Rest der Welt eine bedeutende Rolle.

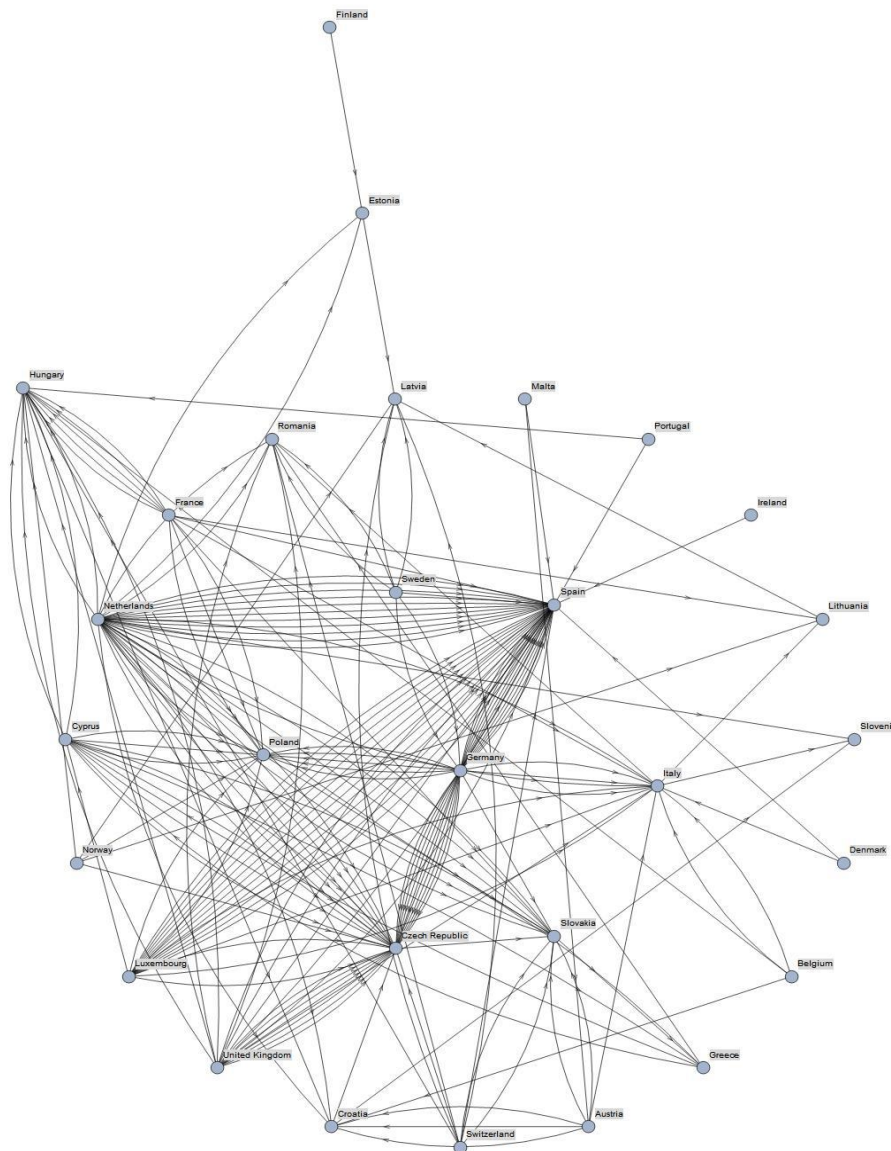
Die Fälle, die ausschließlich innerhalb der EU auftreten, sind in Abbildung 5-9 dargestellt.

Konzentrationen lassen sich bei einigen Staaten deutlich erkennen. So ist Deutschland ein Zentrum von Investoren, die andere Staaten innerhalb der EU verklagen. Gleiches gilt für die Niederlande. Beklagte Staaten sind hingegen in vor allem Spanien, die Tschechische Republik und Polen. Klare Kategorien und Ungleichgewichte lassen sich also auch innerhalb der EU identifizieren.

¹¹⁶ Die komplette Darstellung befindet sich im Anhang.

¹¹⁷ Die Definition von Intra-EU-BITs findet sich bei Tietje (2011, S. 6).

Abbildung 5-9: ISDS-Fälle innerhalb der EU – Netzwerkdarstellung



Quelle: Eigene Darstellung mit Daten der UNCTAD (2018a).

Wie in Kapitel 2.2 erwähnt, liegt heute zwar die Kompetenz zum Abschluss von IIAs ausschließlich bei der EU-Kommission. Darüber hinaus besteht aber noch eine Vielzahl an IIA-Verträgen der EU-Staaten untereinander und mit dem Rest der Welt. Diese Verträge sind nach wie vor in Kraft und erlöschen in der Regel erst durch Ablösung durch einen neuen Vertrag.

Ein Beispiel dafür ist die Situation um Spanien. Wie in Abbildung 5-9 zu erkennen, ist Spanien ein klarer Knotenpunkt als beklagter Staat. Den Großteil der Verfahren initiieren Investoren aus den EU-Mitgliedstaaten. Es geht zumeist um geforderte Entschädigungen im Bereich der erneuerbaren Energien, die in Senkungen von

Subventionen und Erhöhung der Steuern im Bereich Solarenergie begründet liegen.¹¹⁸ Die Investoren stützen sich dabei häufig auf den Energiecharta-Vertrag.¹¹⁹ Einen Vertrag, der bereits im Jahr 1994 geschlossen wurde und immer noch in Kraft ist.

Insgesamt gibt es für die EU also eine interne und eine externe Perspektive. Beide Blickwinkel sind klar voneinander zu trennen, besonders da die Möglichkeiten zur Reformierung bei der internen Perspektive klar bei der EU bzw. den EU-Staaten selbst liegen.

Die Reformanstrengungen im Inneren dürften durch das Urteil des EuGH (EuGH, Urt. v. 6.3.2018, C-284/16 - Achmea) wieder befeuert werden. Die aktuelle Situation und der mögliche Reformbedarf werden in Kapitel 5.2 genauer beleuchtet.

5.2 Kritikpunkte im Bereich des ISDS-Regimes

ISDS ist in der öffentlichen Meinung stark in den Fokus geraten. Vor allem die Verhandlungen zu CETA und TTIP haben ein deutlich stärkeres öffentliches Interesse hervorgerufen und eine kontroversere öffentliche Diskussion ausgelöst, als das bei Abkommen in der Vergangenheit der Fall war (Hindelang & Krajewski, 2016, S. 2). Darüber hinaus kritisieren auch Rechtswissenschaftler das aktuelle System. So spricht beispielweise Gus Van Harten (2015, S. 1) davon, dass ISDS in seiner derzeitigen Form eine Bedrohung für die Demokratie, Gerichte und öffentliche Haushalte darstellte. Zwar mag diese Aussage etwas überspitzt getroffen sein. Jedoch gibt es auch von institutioneller Seite Kritik, beispielsweise von der UNCTAD (2017b).

¹¹⁸ So zum Beispiel im Fall von Portigon, einem deutschen Investor, der Entschädigung vom spanischen Staat fordert. Weitere Informationen finden sich in der UNCTAD ISDS Database, Case No. ARB/17/15 (UNCTAD, 2018a).

¹¹⁹ Neue Berühmtheit hat dieser Vertrag in Deutschland durch die Klage von Vattenfall gegen Deutschland erlangt. Vattenfall, ein schwedischer Investor, fordert auf Basis des Energiecharta-Vertrages Entschädigungen in Höhe von 4,7 Mrd. Euro vom deutschen Staat in Folge des Atomausstiegs. Weitere Informationen dazu finden sich in der UNCTAD ISDS Database, Case No. ARB/12/12 (UNCTAD, 2018a).

Insgesamt lassen sich die Kritikpunkte an ISDS als Instrument des internationalen Rechts in zwei große Teilgebiete untergliedern:

- (1) Kritik an ISDS-Regelungen im Allgemeinen: Der erste Teil stellt auf die generelle Möglichkeit von Unternehmen ab, gegen Staaten bzw. deren Maßnahmen außerhalb des Gerichtssystems vorzugehen. Er ist eng verbunden mit der Kritik an Investitionsschutzabkommen wegen der Möglichkeit zur direkten Klage von Investoren vor Schiedsgerichten. Dieser Teil befasst sich hauptsächlich mit den in IIAs zugesicherten Rechten, welche als Grundlage für spätere Streitschlichtungsprozesse dienen.
- (2) Kritik am Streitschlichtungsprozess im Besonderen: Der zweite Teil der Kritik bezieht sich auf den eigentlichen Streitschlichtungsprozess, das heißt dessen Ausgestaltung und Ablauf vor internationalen Tribunalen.

Dementsprechend ist dieses Kapitel in die großen Abschnitte „Kritik an den Streitschlichtungsregelungen“ und „Kritik am Streitschlichtungsprozess“ aufgeteilt. Ziel ist es, die entscheidenden Kritikpunkte in den zwei Bereichen aufzuzeigen. Dies ist für die jeweilige Einzelentscheidung von Staaten oder Staatenbünden für oder gegen ISDS-Regelungen relevant.¹²⁰

5.2.1 Kritik an Investoren-Staat-Streitschlichtungsregelungen

5.2.1.1 Beschneidung der Befugnisse des Staates zur Regulierung und Regulatory Chill

Wie in Kapitel 3 und 4 beleuchtet, dienen Investitionsschutzabkommen und ISDS-Regelungen der Rechtssicherheit von Investitionen. Staaten versprechen sich durch den Abschluss insbesondere eine höhere Investitionstätigkeit in ihrem Staatsgebiet (Klein M. , 2014, S. 464). Für Staaten geht dies jedoch durch die Bindung an vertragliche Regelungen mit einer vermeintlichen Einschränkung der Freiheitsgrade in Bezug auf die politische Gestaltung einher. Dieser *Trade-off* kann mit einer hei-

¹²⁰ In Abwägung mit den Vorteilen, wie sie in Kapitel 3.1 beschrieben werden.

mischen Frustration bezüglich der Ausgewogenheit zwischen den Rechten des Investors auf faire Behandlung und der Souveränität des Staates führen (Peinhardt & Wellhausen, 2016, S. 571), vor allem wenn sich die Klagen gegen regulatorische Maßnahmen im Bereich der Umweltpolitik, der Gesundheitspolitik oder der Besteuerung richten (Ranjan, Singh, & James, 2018).

Insgesamt ist die Beschneidung der Befugnisse bzw. der Souveränität des Staates eines der Hauptargumente gegen den Abschluss von IIAs und die Aufnahme von ISDS-Regelungen in diese. Gleichzeitig ist ein stabiles Umfeld jedoch eines der Hauptkriterien für Investoren bei einer Investitionsentscheidung (Egger & Merlo, 2007, S. 1536) und stellt damit einen der Kerninhalte von Investitionsschutzabkommen dar. In vielen Fällen stellt dieser *Trade off* eine Verkörperung der im Kapitel 4 analysierten Zeitinkonsistenzen dar. Zu Beginn ist es für Politiker rational, ein stabiles Umfeld anzukündigen und zuzusichern. Zu einem späteren Zeitpunkt kann es wiederum angesichts der Nutzenfunktion der Politiker rational sein, von den angekündigten Regeln abzuweichen. Dies gestaltet sich allerdings bei bestehenden ISDS-Regelungen schwierig, sodass für Politiker die Akzeptanz der Bindung an das zugesicherte Umfeld oder das Aufkündigen von Investitionsschutzabkommen verbleibt.

Eine davon gesondert zu betrachtende Frage ist, ob es angesichts der langen Laufzeiten der Verträge Ausnahmeregelungen für Politiker gibt, Transformationsprozesse in Folge sich verändernder globaler oder regionaler zivilgesellschaftlicher und politischer Umstände umgestalten zu können. Gleiches gilt für besondere nationale Gegebenheiten, Entwicklungen und politisch gesetzte Ziele.¹²¹ So bezeichnen Tietje und Baetens (2014, S. 49) die Möglichkeit, das eigene Recht zu gestalten, die das öffentliche Interesse schütze, als fundamentales rechtliches Konzept.

¹²¹ Ein Beispiel für besondere nationale Umstände und die politische Steuerung von Transformationsprozessen ist Südafrika. Nach dem Ende der Apartheid schloss Südafrika eine Reihe von Investitionsschutzabkommen. Auf Grundlage dieser Abkommen forderten Investoren Entschädigungen aus unfairer Behandlung in Verbindung mit *Black Economic Empowerment* Programmen der Regierung. Daraufhin kündigte Südafrika einige der Abkommen mit Verweis auf die Behinderung des Transformationsprozesses. (Peinhardt & Wellhausen, 2016, S. 573)

Gleichzeitig sei das Recht des Staates zur Regulierung auch ein wichtiges Instrument und Schutzelement innerhalb von ISDS, um die Souveränität des Staates sicherzustellen (Tietje & Baetens, 2014, S. 49).

Laut Herdegen (2014, S. 356) kann die aktuelle Schiedspraxis den regulatorischen Gestaltungsspielraum des Gaststaates empfindlich einschränken, speziell im Fall des Umweltschutzes und der Menschenrechte. Er spricht sich an dieser Stelle für eine Interpretation von Investitionsschutzverträgen unter Berücksichtigung menschenrechtlicher und umweltschutzrechtlicher Aspekte aus (Herdegen, 2014, S. 356 f.).

Eng verbunden mit der vermeintlichen Einschränkung des Rechtes des Staates zur Regulierung ist die Angst vieler Kritiker vor einem entstehenden *regulatory chill* im Gaststaat der Investition. Als *regulatory chill* definiert Janeba (2016, S. 1) eine Situation, in der ein Staat auf legitime Politikänderungen in der Zukunft verzichtet. Tietje und Baetens (2014, S. 40) definieren *regulatory chill* etwas detaillierter als Verzicht auf bestimmte regulatorische *bona fide* Maßnahmen aus Angst vor möglichen Streit-schlichtungsverfahren in deren Folge. Mit dem Verweis auf *bona fide* Maßnahmen machen die Autoren gleichzeitig deutlich, dass lediglich die Verhinderung dieser Regulierung als potenziell problematisch angesehen wird.¹²² Einige regulatorische Maßnahmen, speziell jene, die zu Protektionismus und Diskriminierung führen, sind bei dieser Definition ausgeklammert (Tietje & Baetens, 2014, S. 41). Die Verhinderung dieser ist sogar als Ziel von ISDS-Regelungen anzusehen.

Janeba kommt in seinem ökonomischen Modell zu dem Ergebnis, dass *regulatory chill* als Folge von eingeführten ISDS-Regelungen unter bestimmten Umständen auftreten kann (Janeba, 2016, S. 11 ff.). Gesondert davon ist wiederum die Frage zu betrachten, wie die Wohlfahrtswirkungen dieses in bestimmten Fällen auftretenden *regulatory chills* ist. Problematisch bleiben in diesem Zusammenhang die Abgrenzung von gewünschten und ungewünschten Politikmaßnahmen und die Messung der Kosten eines *regulatory mismatches* (Janeba, 2016, S. 23). Janeba (2016, S. 23 f.) kommt zu dem Ergebnis, dass ein Wohlfahrtsverlust wahrscheinlicher ist, wenn eine unilaterale Verlagerung der Rechtsprechung hin zu internationalen Gerichten erfolgt.

¹²² Janeba (2016, S. 1) macht dies durch den Verweis auf legitime Maßnahmen ebenso.

Das Auftreten von *regulatory chill* hängt insgesamt stark mit der Annahme zusammen, dass ein internationales Tribunal eher zugunsten des Investors entscheidet als ein nationales Gericht (Janeba, 2016, S. 13). Diese Annahme ist durchaus kritisch zu hinterfragen. Es fehlt die Datenbasis, um sie zu bestätigen. Fraglich ist, ob und unter welchen Umständen der Staat ex ante davon ausgehen kann, dass ein internationales Tribunal eher zugunsten des Investors entscheidet. In Kapitel 2.3 ließ sich anhand der Daten zu bekannten ISDS-Fällen zumindest keine generelle Bevorzugung des Investors ablesen.¹²³ Vielmehr ist von einer stärkeren Benachteiligung für den Staat ex ante lediglich dann auszugehen, wenn die Entscheidungsträger wissen, dass nationale Gerichte dem Staat eher wohlgesonnen sind. Sollte dies der Fall sein, beispielweise über politische Einflussnahme, wäre dies jedoch ein klarer *bias* zulasten des Investors. Die Behebung eines solchen *bias* ist eines der Ziele von ISDS-Regelungen und wäre daher als Argument für das ISDS-Regime zu werten.

Als Argumente dafür, dass ISDS-Regelungen zu *regulatory chill* führen können, werden in erster Linie *case studys* und politische Aussagen angeführt, bei denen die Androhung von Klagen seitens der Investoren vermeintlich zur Unterlassung von bestimmten Gesetzen oder Regularien führte (Tietje & Baetens, 2014, S. 42 ff.). Beim Nachweis dieser Aussagen ergeben sich jedoch drei wesentliche Probleme. Erstens stellt sich die Frage nach der Kausalität. So ist unklar, ob tatsächlich mögliche ISDS-Klagen zur Unterlassung bestimmter Maßnahmen führen. Zweitens gilt es zu unterscheiden, ob es sich bei den verhinderten Maßnahmen um wünschenswerte oder *bona fide* Maßnahmen gehandelt hätte oder nicht. Schlussendlich stellt sich noch die Frage der Rationalität der Angst vor Klagen bzw. der Glaubwürdigkeit der angedrohten Klageeinreichung von Seiten der Investoren, wovon jedoch bei Janeba (2016) und Tietje, Baetens (2014) abstrahiert wird.

Als Gegenargument zu *regulatory chill* durch ISDS-Regelungen führen Tietje und Baetens (2014, S. 45 f.) an, dass jede Form des Rechts von Natur aus bestimmte Aktivitäten der Regierung zügle bzw. einschränke. Damit verneinen die Autoren nicht die zügelnde Wirkung von ISDS-Regelungen, stellen jedoch eine über das

¹²³ So teilten sich die Entscheidungen nahezu gleichmäßig in Schiedssprüche zugunsten des Investors, zugunsten des Staates und Vergleiche auf, mit leichten Vorteilen für den Staat.

normale Maß des Rechts hinausgehende zügelnde Wirkung in Frage. Hier findet sich das bereits aufgeworfene Problem der Unterscheidung von wünschenswerten Maßnahmen und Maßnahmen der indirekten Enteignung wieder.

Anknüpfend an die Rationalität der Angst von Politikern vor ISDS-Klagen in Folge von Regulierungsänderungen lässt sich basierend auf einer Untersuchung von Caddel und Jensen (2014) sagen, dass sich bei den untersuchten Fällen die vorgebrachten Schadensersatzforderungen in der Regel nicht direkt gegen die Gesetzgebung richteten. Dies war lediglich in 9% der Verfahren zu beobachten. Der überwiegende Teil richtete sich gegen die Exekutive, wie Ministerien (48%), oder gegen staatseigene Unternehmen (12%). (Caddel & Jensen, 2014, S. 2) Die Autoren nehmen in ihrer Studie direkt Bezug auf den Vorwurf, dass ISDS die Regulierungshoheit des Staates einschränke und sehen dies durch die Datenlage nicht bestätigt. Vielmehr sehen sie ISDS sogar als zusätzlichen Überprüfungsmechanismus für Fehlverhalten der Exekutive. (Caddel & Jensen, 2014, S. 2)

Auch wenn diese Einschätzung für Politiker bezüglich ISDS-Regelungen wohl nicht entscheidungsrelevant sein wird, so lässt sich daraus für die Frage nach der möglichen Konsequenz von ISDS-Regelungen schlussfolgern, dass die Angst der Politiker vor möglichen ISDS-Klagen gegen neue Gesetze aufgrund der geringen Fallzahl nur eingeschränkt rational erscheint.

Pohl (2018, S. 66 f.) kommt zu dem Ergebnis, dass aufgrund der fehlenden Informationsbasis über die Wirkung von IIAs und ISDS auf Gesetzgebung und Regulierung des Gaststaates derzeit weder abschließende Aussage zum Auftreten von *regulatory chill*, noch zu dessen möglichen Kosten für die Gesellschaft möglich sind.

5.2.1.2 Treaty Shopping und Forum Shopping

Die Vielzahl der bestehenden Investitionsabkommen¹²⁴ in Verbindung mit dem häufig weit gefassten Investitionsbegriff innerhalb dieser Abkommen führt dazu, dass Investitionen unter den Schutz mehrerer Abkommen fallen können.

¹²⁴ Die aktuelle Situation und Anzahl bestehender IIAs wie auch die Definition von Investitionen innerhalb der Verträge wurden in Kapitel 2.2 genauer beleuchtet.

Laut Reinisch (2015a, S. 941 f.) ist es für Investoren daher unter bestimmten Umständen möglich, über Tochtergesellschaften sich das Abkommen mit den günstigsten Bestimmungen herauszusuchen, also gewissermaßen zu *shoppen* und dessen Schutz in Anspruch zu nehmen. In einigen Fällen führt dies sogar dazu, dass Investoren zu einem Streitfall mehrere parallele Schiedsverfahren führen können. Gaukrodger und Gordon (2012, S. 54) definieren *treaty shopping* als die gezielte Strukturierung eines Investment, sodass es potenziell unter den Schutz eines bestimmten Abkommens fällt. Ähnlich definieren den Begriff Skinner et al (2010, S. 260 f.). Sie machen deutlich, dass die (Re-)Strukturierung des Investments entweder vorgenommen werden kann, wenn eine Streitigkeit bereits entstanden ist,¹²⁵ oder bereits bei der Planung der Investition ansetzen kann¹²⁶.

Darüber hinaus streben Konfliktparteien danach, den Disput vor einem Forum entscheiden zu lassen, bei dem die Erwartung besteht, dass es sich für die jeweilige Partei am vorteilhaftesten gestaltet (Veltins, 2014, S. 198).¹²⁷ Diese Möglichkeit ergibt sich aus Investitionsschutzabkommen, die Investoren Wahlmöglichkeiten¹²⁸ entweder zwischen nationalen Rechtssystemen und internationalen Schiedsgerichten oder aber zwischen verschiedenen internationalen Streitschlichtungsstellen einräumen. Diese Möglichkeit zur Wahl des Forums wird auch als *forum shopping* bezeichnet. (Gaukrodger & Gordon, 2012, S. 53)

Treaty- und *forum shopping* stehen in enger Beziehung zueinander. Dies liegt schon darin begründet, dass sich beides aus IIAs und den darin getroffenen Regelungen ergibt. Die UNCTAD verwendet in diesem Zusammenhang auch den Begriff des

¹²⁵ Die Autoren sprechen in diesem Fall vom „back end“ der Investition (Skinner, Miles, Luttrell, & S., 2010, S. 260).

¹²⁶ Die Autoren sprechen in diesem Fall vom „front end“ der Investition (Skinner, Miles, Luttrell, & S., 2010, S. 260 f.).

¹²⁷ Veltins (2014, S. 198) folgend wählt der Kläger das Forum nach Dauer und Kosten des Verfahrens, des für ihn günstigsten Rechts und der Durchsetzbarkeit des Urteils aus.

¹²⁸ 56% der BITs, die Investoren-Staat-Streitschlichtung zulassen, räumen dem Investor ein Wahlrecht bei dem Streitschlichtungsforum ein. Bei neueren Abkommen liegt dieser Wert noch höher. (Gaukrodger & Gordon, 2012, S. 53).

„Nationality Planning“ (UNCTAD, 2013, S. 122), welcher Aspekte von beiden vereint. Trotzdem sind die Begriffe nicht gleichzusetzen und mit Hinblick auf ihren Sinn und Zweck differenziert zu bewerten.

Beim *forum shopping* handelt es sich zumindest teilweise um beflissentlich eingeräumte Wahlmöglichkeiten für Investoren. So kann *forum shopping* einerseits den Wettbewerb zwischen Streitschlichtungsstellen anheizen und dadurch zu besserem Service oder geringeren Kosten für die beteiligten Parteien führen. Andererseits wird es als zusätzlicher Schutzmechanismus für Investoren vor von Staaten initiierten Regeländerungen gesehen. (Gaukrodger & Gordon, 2012, S. 54) Veltins (2014, S. 198) führt jedoch an, dass *forum shopping* nicht unbedingt die Folge konkurrierender Zuständigkeiten sein müsse, sondern vielmehr auch bewusst eingesetzt werden könne, um den Kläger zu begünstigen.

Beim *treaty shopping* versucht der Investor hingegen, durch gezielte (Um-)Strukturierung des Investments Zugang zum Schutzbereich eines bestimmten Investitionsschutzabkommens zu bekommen. Dieser Zugang wird den Investoren nicht bewusst eingeräumt, sondern ergibt sich in der Regel durch Überlappungen und unscharfe Definitionen der Begriffe des Investors und der geschützten Investition. (Gaukrodger & Gordon, 2012, S. 55 f.) Gleichwohl führen Van Os und Knottnerus (2011, S. 10 f.) an, dass das Ziel von Investitionsschutzabkommen in erster Linie das Anziehen von Direktinvestitionen sei, wobei die Herkunft der Investition unwichtig sei bzw. sein sollte. Diesem Ziel ist *treaty shopping* erst einmal nicht abträglich,¹²⁹ was es – dem Argument der Autoren Van Os und Knottnerus folgend – als eine akzeptierte Praxis im aktuellen Regime legitimiert.

Klodt und Lang (2015) untersuchen in ihrer Analyse zum *treaty shopping* eine Reihe von Fällen, in denen Unternehmen gezielt bestehende oder neu gegründete Tochterunternehmen im Ausland nutzen, um Zugang zu einem internationalen Schiedsgericht zu erhalten. Dabei bemängeln die Autoren, dass nur in der Minderheit der identifizierten Verfahren die Unternehmensstruktur von den Tribunalen hinterfragt

¹²⁹ Die Möglichkeit zum *treaty shopping* kann besonders mit Hinblick auf das *front end* im Gegenteil dazu führen, dass zusätzliche Investitionen zustande kommen. Durch gezielte Strukturierung der Investition können sich Investoren ein höheres Schutzniveau sichern, was den Erwartungswert der Einnahmen aus einer Investition erhöht und damit die Investitionsentscheidung beeinflussen kann.

wurde. Konkret verneinten Schiedsgerichte in drei Verfahren die Zuständigkeit mit dem Verweis darauf, dass Tochterunternehmen nur gegründet wurden, um Zugang zu Schiedsgerichten zu erhalten. Bei 10 weiteren Fällen sah sich das Schiedsgericht als zuständig an. Dabei nutzen Investoren insbesondere bilaterale Abkommen als Möglichkeit zum *treaty shopping*, wobei die Autoren den Niederlanden eine besondere Rolle bei dem Zugang zu Schiedsgerichten über Tochterfirmen zuschrieben. (Klodt & Lang, 2015, S. 484 ff.)

Einschränkend ist anzumerken, dass die ausgewählten Streitigkeiten durchaus inhomogen sind. So sehen die Autoren in einigen Fällen den Vorwurf des *treaty shopping* durch den Umstand als erfüllt an, dass Tochterunternehmen mit der Absicht neu gegründet wurden, Zugang zu Schiedsgerichten zu erhalten. Bei anderen hingegen ist die Transferierung von Eigentum oder die Nationalität des Eigentümers Gegenstand der Kritik. In einigen Fällen ist daher fraglich, ob die Praxis der Investoren – der weiter oben vorgestellten Definition von Gaukrodger und Gordon folgend – überhaupt unter den Begriff des *treaty shopping* fällt. Generell bezieht sich das vermeintliche *treaty shopping* in den dargelegten Fällen zum Teil auf das *back end* und teilweise das *front end* der Investition, was durchaus zu unterschiedlichen Bewertungen bezüglich der Zuständigkeit der Tribunale führt (Skinner, Miles, Luttrell, & S., 2010, S. 260 f.). Die Entscheidung bezüglich der Zuständigkeit ist daher von den Tribunalen auf Grundlage der Sachverhalte als auch der zugrunde liegenden Abkommen im Einzelfall zu treffen. Generalisierte Aussagen zur Zuständigkeit können nicht pauschal getroffen werden.

Jedenfalls bieten die Studien von Klodt und Lang einen vertieften Einblick. Sie zeigen Handlungsbedarf bei der Festlegung und Abgrenzung der Zuständigkeit von Tribunalen, wenn mehrere Abkommen in Frage kommen.

5.2.1.3 Unvereinbarkeit mit Europarecht

Die Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofes weist darauf hin, dass Schiedsklauseln zur Umgehung nationaler Gerichte unter Umständen gegen Europarecht verstoßen können. In einem Urteil geht es um ein im Jahr 1991 beschlossenes und 1992 in Kraft getretenes BIT zwischen den Niederlanden und der damaligen Tschechoslowakei. (EuGH, Urt. v. 6.3.2018, C-284/16 - Achmea) Auf Grundlage des BITs forderte die Achmea BV Entschädigung von der heutigen Slowakei

als Rechtsnachfolgerin der damaligen Tschechoslowakei für entgangene Gewinne einer Tochtergesellschaft, deren Ausschüttung von der Slowakei untersagt wurde. Die vereinbarte ISDS-Klausel regelt die Beilegung möglicher Dispute vor einem Schiedsgericht und unter Ausschluss nationaler Gerichte, mithin also die typische Regelung, wie sie sich in den meisten IIAs findet.

Der Europäische Gerichtshof entschied, dass Artikel 8 des betreffenden BITs, also jene Regelungen zur Streitschlichtung vor privaten Schiedsgerichten, die Autonomie des Unionsrechts beeinträchtigt (EuGH, Urt. v. 6.3.2018, C-284/16, Rn. 57 - Achmea). Dies wurde unter anderem damit begründet, dass das Unionrecht auf der Prämisse beruhe, die Mitgliedstaaten teilten gewisse Werte und es herrsche Vertrauen, dass diese Werte auch eingehalten würden. Diese Prämisse impliziere auch die Beachtung des Unionsrechts, welches die gemeinsamen Werte umsetze. (EuGH, Urt. v. 6.3.2018, C-284/16, Rn. 34 - Achmea) Die einheitliche Auslegung des Unionsrechtes und damit die Erhaltung der besonderen Merkmale und der Autonomie der Rechtsordnung seien nur durch das geschaffene Rechtssystem der Union möglich (EuGH, Urt. v. 6.3.2018, C-284/16, Rn. 35 - Achmea).

Nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofes greifen damit all jene in Kapitel 3.2 dieser Arbeit erwähnten Argumente, aufgrund derer ISDS-Klauseln für Investoren nötig sind, für den Fall der Intra-EU-BITs nicht.

Anders sieht dies u.a. Tietje (2011, S. 19), der in bilateralen Investitionsschutzverträgen ein Instrument zur Erhöhung des Rechtsschutzniveaus sieht, das nicht per se mit Unionsrecht unvereinbar ist. Vielmehr sei es nötig, Kollisionen mit dem Unionsrecht im Einzelfall zu betrachten und betroffene BITs anzupassen; was jedoch für sämtliche völkerrechtlichen Rechtsbeziehungen der Mitgliedstaaten gelte (Tietje, 2011, S. 20). Auf die einschränkende Bedeutung eines solchen Urteils für die Wirksamkeit von Intra-EU BITs im Allgemeinen verweisen auch Andersen und Hindelang (2016, S. 3) sowie Nagy (2018, S. 1013).

Gegner von ISDS-Regelungen im Allgemeinen sehen das Urteil des Gerichtshofes hingegen bereits als Todesstoß für ISDS Regelungen in sowohl von der EU als auch ihren Mitgliedstaaten geschlossenen Verträgen¹³⁰. Jedoch scheinen Extra-EU-BITs

¹³⁰ So haben sich unter anderem in ersten Artikeln die Heinrich Böll Stiftung als auch die Linke positiv zu dem Urteil geäußert und mögliche Schlüsse für CETA gezogen (Cavazzini, 2018).

nicht unmittelbar von dem Urteil betroffen. Auf diese sind viele Argumente des EuGH, unter anderem die gemeinsamen Werte und das Vertrauen auf das gemeinsame Rechtssystem, nicht übertragbar.¹³¹ Gemeinsam mit dem Verweis auf die Einzelfallprüfung erscheinen generalisierende Schlussfolgerungen für den Bestand der Intra- oder sogar Extra-EU-BITs verfrüht.

5.2.1.4 *Bevorzugung (bestimmter) ausländischer Investoren*

Ein weiterer Kritikpunkt im an den ISDS-Regelungen betrifft die Bevorzugung einiger ausländischer gegenüber einheimischen Investoren und auch gegenüber bestimmten anderen ausländischen Investoren. So führen Peinhardt und Wellhausen (2016, S. 571) an, dass sich internationale Investitionsschutzabkommen in ihren Inhalten zwar ähneln würden, jedoch durchaus Unterschiede bestünden.

Dieser Umstand stellt eine notwendige Bedingung für den weiter oben beschriebenen Versuch des *treaty shopping* durch Investoren dar. Ohne die Möglichkeit zum *treaty shopping* – was besonders auf einheimische Investoren zutrifft – können die Unterscheide in IIAs dazu führen, dass die Nationalität des Investors zu einer Determinante des verfügbaren Schutzes der Investition wird. Der Zugang hängt in erster Linie von den Anstrengungen und auch dem Geschick des Heimatstaates des Investors bei der Verhandlung und dem Abschluss von Investitionsschutzabkommen ab.

Prominente Beispiele in Deutschland sind in diesem Zusammenhang die Klagen von RWE, E.ON und des schwedischen Energieunternehmens Vattenfall AB gegen die Bundesrepublik Deutschland.

Nachdem die Bundesregierung im Nachgang der Geschehnisse in Fukushima im Jahr 2011 mit dem Dreizehnten Gesetz zur Änderung des Atomgesetzes vom 31. Juli einen beschleunigten Ausstieg aus der Atomenergie beschlossen hatte, (BGBl. 2011, Teil I, S. 1704) legten die genannten Unternehmen Verfassungsbeschwerde gegen das verabschiedete Gesetz ein. (BVerfG, Urt. v. 6.12.2016, 1 BvR 2821/11,

¹³¹ In diese Richtung weist auch ein Gutachten des EuGH, in welchem der EuGH klarstellt, dass ISDS-Mechanismen innerhalb CETAs mit Unionsrecht vereinbar seien (Vgl. EuGH, Pressemitteilung Nr. 52/19 vom 30. April 2019).

1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12) Dieser Weg steht sowohl den einheimischen Investoren E.ON und RWE offen, als auch dem ausländischen Investor Vattenfall.

Darüber hinaus fordert Vattenfall als schwedischer Investor eine Entschädigung von der Bundesrepublik Deutschland auf Grundlage des Energiecharta-Vertrages und hat zu diesem Zweck im Jahr 2012 ein Schiedsgerichtsverfahren bei der ICSID angestoßen (ICSID Case No. ARB/12/12). Diese Möglichkeit besteht für die inländischen einheimischen Investoren E.ON und RWE nicht. Aus Sicht einiger Kritiker führe dies zu eine Bevorzugung des ausländischen Investors Vattenfall, da Vattenfall vor nationalen Gerichten und vor einem internationalen Tribunal „klagt“.

In seinem Urteil vom 06. Dezember 2016 (1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12) entschied das Bundesverfassungsgericht, dass Teile des Dreizehnten Gesetzes zur Änderung des Atomgesetzes unvereinbar mit Artikel 14 Abs. 1 des Grundgesetzes seien, solange das Gesetz nicht die zuvor „[...] zugewiesenen Elektrizitätsmengen sicherstellt und keinen angemessenen Ausgleich hierfür gewährt.“ (BVerfG, Ur. v. 6.12.2016, 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12, Tenorpunkt 1)

Über die genaue Höhe der Entschädigung ist noch keine Entscheidung ergangen. Die Klage vor dem internationalen Tribunal ist noch nicht entschieden. In diesem internationalen Schiedsgerichtsverfahren fordert Vattenfall eine konkrete Entschädigung in Höhe von 4,7 Mrd. Euro.

Da bisher weder die Höhe der Entschädigung aus der Klage vor heimischen Gerichten festgelegt, noch die Klage vor dem Tribunal entschieden ist, lässt sich noch nichts über die endgültige Entschädigungssumme und darüber sagen, ob der Status schlussendlich einen Unterschied ausmacht. Jedoch ist durchaus nicht unwahrscheinlich, dass heimische Gerichte und das Tribunal zu unterschiedlichen Entschädigungshöhen kommen. Vattenfall befindet sich im Vergleich zu heimischen Investoren in der klar komfortableren Lage, auf eine höhere Entschädigungssumme durch das Tribunal hoffen zu können, was allein schon als Besserstellung gegenüber heimischen Unternehmen interpretiert werden kann. Argumentiert werden kann bereits jetzt, dass der Erwartungswert der Entschädigung für Vattenfall höher ist als für die einheimischen Unternehmen.

Einschränkend ist anzumerken, dass die Möglichkeit zu parallelen Klagen wie bei Vattenfall stark vom zugrundeliegenden Investitionsschutzvertrag abhängt. In dem

Energiecharta-Vertrag ist die Möglichkeit zu parallelen Klagen nicht ausgeschlossen. Bei aktuellen Verträgen gibt es jedoch Bestrebungen, dies zu tun. Dann muss sich der Investor für einen Rechtsweg entscheiden. Dieser Ansatz wird in Kapitel 6 noch genauer analysiert.

5.2.1.5 Asymmetrie zwischen Staat und Investor

Staaten werden durch Vereinbarungen zu gleichberechtigten Vertragspartnern. Gleichzeitig haben sie jedoch keine Möglichkeit, ihrerseits vor internationalen Tribunalen zu klagen.¹³² Derzeit können nur Investoren klagen. Klodt und Lang (2015, S. 483) führen an, dass dadurch auch das Prozessrisiko asymmetrisch verteilt ist. Ist für den Staat das Ergebnis entweder eine zu leistende Entschädigungszahlung oder neutral in Form einer Entscheidung zu seinen Gunsten, so steht für das beteiligte Unternehmen entweder ein Gewinn durch eine Entschädigungszahlung oder ein neutrales Ergebnis bei Ablehnung der Schadensersatzforderung im Raum. Von Kosten für die Streitschlichtung scheinen Klodt und Lang hier vollständig zu abstrahieren.

In einem einzelnen Verfahren sind die im Raum stehenden Ergebnisse mit einem vor nationalen Gerichten geführten Verfahren vergleichbar. Scheinbar rekurrieren die Autoren generell auf die fehlende Möglichkeit zur Klageerhebung durch Staaten im ISDS-System, was die Ergebnisverteilung für das System für sämtliche Fälle vorgibt.

In der derzeitigen Ausgestaltung scheint das System insgesamt Pflichten lediglich für den Staat zu normieren, während der Investor aus den Vereinbarungen nur auf Rechte zurückgreifen kann. Aus den Verträgen und den damit verbundenen Streitschlichtungsmechanismen scheinen den Investoren hingegen keine Pflichten zu entstehen. Diese Ansicht vertreten auch Bernasconi-Osterwalder et al. (Bernasconi-Osterwalder, Dommen, Abebe, & Mann, 2018, S. 5), die anführen, dass Staaten einseitige Verpflichtungen eingegangen sind, die ihre Regelungsfreiheit einschränken, während Investoren weitreichende Rechte eingeräumt wurden. Bottini (2015,

¹³² Die Ausnahme bilden Widerklagen seitens des Staates als Reaktion auf Klagen des Investors, in denen er vorbringt, der Investor habe ebenfalls Pflichten verletzt (Stockholm Chamber Of Commerce, 2019).

S. 1) bezeichnet IIAs als typischerweise einseitige Instrumente, mit Pflichten für Staaten, jedoch nicht für Investoren.

Ein faires und symmetrisches System würde den Akteuren gleichermaßen Rechte einräumen als auch Pflichten auferlegen. Insbesondere im System der Direktinvestitionen erscheint dies sinnvoll, ziehen doch beide Parteien Vorteile aus den Vereinbarungen.

Dabei existieren durchaus Vorschläge, Rechte und Pflichten symmetrischer zu verteilen. Einige dieser Vorschläge werden in Kapitel 6 diskutiert.

5.2.2 Kritik am Streitschlichtungsprozess

5.2.2.1 Zusammensetzung der Tribunale und Auswahl der Schlichter

Ein Großteil der Kritikpunkte an ISDS rekurriert auf die Auswahl der Streitschlichtungstribunale und der Schlichter. Beteiligte Parteien nehmen diese als voreingenommen oder nicht unabhängig wahr. So spricht auch die UNCTAD (2017b, S. 6) von einer zunehmenden Anfechtung von ernannten Streitschlichtern, was diesen Eindruck untermauert.

Speziell geht es dabei darum, dass Parteien Streitschlichter ernennen bzw. vorschlagen, bei denen sie davon ausgehen, dass die Streitschlichter der jeweiligen Partei wohlwollend gegenüberstehen¹³³. Verstärkt wird dieser Vorwurf durch das Interesse der Streitschlichter, erneut ernannt zu werden, als auch durch den häufigen Wechsel einzelner Individuen zwischen Streitschlichter und Berater. (UNCTAD, 2017b, S. 6) Den Umstand des fehlenden Verbotes der simultanen Arbeit als Berater und Streitschlichter hebt auch Van Harten (2016, S. 3) heraus, was bei sonstigen richterlichen Entscheidungen selbstverständlich ist.

Darüber hinaus gibt es im Bereich des ISDS eine kleine und überschaubare Anzahl von spezialisierten (angelsächsischen) Anwaltskanzleien. Lediglich diese besitzen, angesichts der nach wie vor relativ überschaubaren jährlichen Anzahl an Fällen,

¹³³ Unter den Regeln der ICSID ernennen beide Parteien einen Streitschlichter, während sich auf den Vorsitzenden Streitschlichter entweder geeinigt wird oder dieser vom Vorsitzenden der ICSID ernannt wird (Gaudrodger, 2018, S. 60). Der Bericht der OECD (Gaudrodger, 2018) liefert darüber hinaus einen Überblick über die Ernennungspraxis unter den übrigen gängigen Streitschlichtungsregeln.

über das nötige Fachwissen und die Erfahrung im Bereich ISDS. Dies führt gleichsam dazu, dass die Schlichter sich aus einem kleinen Kreis von stark vernetzten Juristen zu bilden scheinen. So listet die UNCTAD (2018f, S. 6) die meistberufenen Streitschlichter auf: Insgesamt wurden zwar über 500 verschiedene Personen zu Streitschlichtern berufen, jedoch gibt es 13 Personen, die in mehr als 30 Fällen berufen wurden. Mit Hinblick auf die Gesamtanzahl von 855 Fällen¹³⁴ (UNCTAD, 2018f, S. 1), in denen meistens drei Streitschlichter bestellt wurden, stellen allein diese Personen mehr als 20% aller Streitschlichter. Insgesamt lässt sich die Kritik in diesem Bereich unter der Überschrift Herrschaft der Rechtsanwälte¹³⁵ zusammenfassen, wie sie von EU-Handelskommissarin Malmström (2015) betitelt wurde. Die Kritik zielt also darauf ab, dass es einzelne Individuen innerhalb des Systems gibt, die sich daran bereichern, ohne die zugrundeliegenden Ziele zu verfolgen, und unterstellt damit eine Diskrepanz zwischen individuellen und kollektiven Interessen. Damit stellt dies ein klassisches ordnungspolitisches Problem dar. Die Reformvorschläge sollten vor diesem Hintergrund bewertet werden.

5.2.2.2 Fehlende Berufungsinstanz

Ein häufig bemängelter Umstand ist das Fehlen einer Berufungsinstanz und eines Instanzenzugs wie im Falle der nationalen Gerichtsbarkeit. Staaten als auch Investoren haben keine Möglichkeit, Berufung einzulegen, selbst wenn der Schiedsspruch wichtige nationale Maßnahmen betrifft und das Tribunal vermeintlich relevante Faktoren ignoriert hat (Tietje & Baetens, 2014, S. 112).

Tatsächlich ist es unter den Regeln der ICSID¹³⁶ möglich, die Annullierung eines Schiedsspruches zu beantragen. Dieser Prozess ist in den Regeln 50-55 der ICSID Arbitration Rules festgehalten (ICSID, 2006).

¹³⁴ Stand: Juli 2018.

¹³⁵ Malmström (2015) sagte in ihrer Rede vor dem Europäischen Parlament über die Zukunft von ISDS wörtlich: „We want the rule of law, not the rule of lawyers.“ Daraus lässt sich ableiten, dass ihrer Meinung nach bei der aktuellen Situation Nachholbedarf besteht, um die starke Rolle der Rechtsanwälte zu beschneiden.

¹³⁶ Wie in Kapitel 2.2 bereits dargestellt, sind die Regeln der ICSID gemessen an der Anzahl der Fälle die mit Abstand wichtigsten Streitschlichtungsregeln.

Allerdings wird die Annullierung ebenso wie die Möglichkeit, den Schiedsspruch nach Regeln der UNCITRAL von nationalen Gerichten überprüfen zu lassen, häufig nicht als echte Berufung klassifiziert, da die zulässigen Begründungen als auch die Verfahren stark eingeschränkt sind (Tietje & Baetens, 2014, S. 112).

Tatsächlich wird die Ausgestaltung des Einspruches gegen einen Schiedsspruch stark kritisiert. So bemängelt Hamid Gharavi in seinem Artikel (Gharavi, 2015), dass über den Antrag auf Annullierung bei der ICSID letztendlich nur eine einzige Person entscheidet. Titi (2017, S. 12) bemängelt die fehlende effektive Kontrolle, die auch in dem Ermessensspielraum des Komitees, selbst bei Fehlern im Schiedsprozess, zum Ausdruck kommt. So sind für die Aufhebung eines Urteils in der Regel klare und offenkundige Rechtsfehler nötig (Waibel, Kaushal, Chung, & Balchin, 2010, S. 4).

Somit besteht zwar die Möglichkeit, gegen einen Schiedsspruch in Widerspruch zu gehen. Dessen Ausgestaltung hat jedoch mit nationalen Instanzenzügen nicht viel gemein. Vielmehr geht es lediglich darum, die Vollstreckung des Schiedsspruches zu verhindern oder hinauszuzögern (Malmström, 2015, S. 9).

Beim Blick auf die Datenlage wird deutlich, dass ein Großteil der Entscheidungen von den beteiligten Parteien akzeptiert wird. Lediglich in 88 Fällen wurde der Schiedsspruch beispielsweise an das ICSID im Rahmen eines *annulment proceedings* zurückgewiesen, in 81 weiteren Fällen wurden die Entscheidungen zur gerichtlichen Überprüfung an nationale Gerichte gegeben. Im Rahmen des ICSID-Verfahrens wurde dabei lediglich 13-mal die Entschädigung ganz oder teilweise aufgehoben. Im Rahmen der nationalen gerichtlichen Überprüfung geschah dies in 15 Verfahren. (UNCTAD, 2018a)

5.2.2.3 Mangelnde Transparenz

Die Nichtöffentlichkeit der Verfahren stellt für Unternehmen einen bedeutenden Vorteil des ISDS-Systems im Vergleich zu nationalen Gerichtsverfahren und damit auch ein Motiv zur Wahl dieses Streitbeilegungsmechanismus dar (Oberhammer, 2015, S. 873). Gleichzeitig zieht der Umstand der eingeschränkten Transparenz harsche Kritik von Seiten der Zivilgesellschaft und von NGOs auf sich (Reinisch, 2015a, S. 942 f.). Zwar ist umstritten, ob die Parteien verpflichtet sind, Inhalte und Erkenntnisse des Verfahrens geheim zu halten, die Schiedsrichter trifft diese Verpflichtung

jedoch in der Regel (Oberhammer, 2015, S. 873 f.). Je nach anwendbaren Streit-schlichtungsregeln gibt es deutliche Unterschiede, wobei die wichtigsten Institutio-nen bereits Schritte zu mehr Transparenz unternommen haben.

So sehen ICSID-Tribunale von vollständiger Verschwiegenheit ab und sind zur Ein-zelfallabwägung zwischen öffentlichem Informationsinteresse und Effektivität des Prozesses übergegangen. Auch die UNCITRAL sind mit ihren Transparenzregeln einen deutlichen Schritt zu mehr Transparenz gegangen. (Reinisch, 2015a, S. 943). Diese Fortschritte erkennt auch die UNCTAD an. Sie gibt jedoch zu bedenken, dass Verfahren weiterhin vollkommen unter Verschluss gehalten werden können, selbst wenn es dabei um Fragen von öffentlichem Interesse geht.¹³⁷ (UNCTAD, 2017b, S. 6)

Die eingeschränkte Transparenz scheint als perfekter Nährboden für vielfältige Kri-tik rund um die Auswahl der Streitschlichter und die fehlende Vorhersagbarkeit von Entscheidungen zu fungieren. Sollen der Zivilgesellschaft der ISDS-Mechanismus nähergebracht und Kritiker und Befürworter zusammengebracht werden, müssen im Bereich der Transparenz weitere Anstrengungen unternommen werden.

5.3 Schlussfolgerung und Auswirkungen für ISDS-Regimes weltweit

Die Analyse hat ergeben, dass es durchaus vielfältige Kritik an ISDS-Regelungen und den Streitschlichtungsprozessen gibt. Die Kritiker befinden den ISDS-Mecha-nismus in der Regel als unausgereift, wenig flexibel und zu stark auf die Bedürfnisse von Investoren aus Industrieländern zugeschnitten. Diese Kritikpunkte drohen das ursprüngliche Ziel des ISDS-Mechanismus zu unterminieren, Investitionen zu ent-politisieren und ein Forum zu gründen, welches Investoren ein faires, unabhängiges Verfahren vor einem qualifizierten Tribunal (UNCTAD, 2017b, S. 5) ermöglicht. Au-ßerdem lässt sich ein globales Ungleichgewicht der ISDS-Streitigkeiten identifizie-ren, das sich nicht schlicht über Ungleichgewichte im Bereich FDI oder die Länder-größe erklären lässt. Das Ungleichgewicht führt dazu, dass das ISDS-System zu-nehmend umkämpft wird, wobei sich zwei Lager herauskristallisieren: Während ei-nige Staaten sich benachteiligt fühlen und das System verändern wollen, wollen

¹³⁷ Voraussetzung ist, dass die Geheimhaltung von beiden Seiten gewünscht ist.

andere Staaten den Status quo beibehalten oder nur leicht verändern (Hindelang & Krajewski, 2016, S. 2).

Einige Staaten belassen es nicht bei schlichter Kritik, sondern haben begonnen, ISDS-Regelungen zu kündigen oder auslaufen zu lassen. So haben Bolivien, Ecuador, Südafrika, Indonesien und Venezuela Investitionsschutzabkommen einseitig aufgelöst, teilweise – wie im Fall Venezuelas – als direkte Reaktion auf Klagen internationaler Investoren (Peinhardt & Wellhausen, 2016, S. 572 ff.). Ecuador hat sich darüber hinaus von den Streitschlichtungsregeln der ICSID abgekehrt (Hindelang & Krajewski, 2016, S. 2). Poulsen und Aisbett (2013) kommen zu dem Erkenntnis, dass die Wahrscheinlichkeit für den Abschluss neuer Investitionsschutzabkommen signifikant sinkt, wenn ein Land zum Ziel von ISDS-Klagen wird. Dadurch scheinen andere Länder – wie beispielsweise China – in ihrer skeptischen Haltung bestätigt zu sein. Einschränkend ist anzumerken, dass insbesondere China andere Wege der Sicherung von Investitionen zur Verfügung stehen und das Land selbst ohne ISDS-Regelungen gegenüber anderen Staaten eine starke Verhandlungsposition aufweist. Dies wird von Pathirana (2017) als einer der Gründe angeführt, weshalb selbst bei bestehenden BITs China selten von Investoren verklagt würde. Auf andere Staaten – insbesondere Entwicklungs- und Schwellenländer, die in erster Linie ISDS-Regelungen aufkündigen oder auslaufen lassen – trifft dies nur eingeschränkt zu. Zwar merken Peinhardt und Wellhausen (2016, S. 571 ff.) an, dass durch *sunset-Klauseln* und Überlappungen im Bereich der Investitionsschutzabkommen der Schutz von Investitionen mittelfristig und unmittelbar nicht gefährdet sei. Jedoch spiegelt es die Skepsis und das klare Gefühl einiger Länder wider, durch ISDS benachteiligt zu werden.

China spielt hierbei eine entscheidende Rolle für die Akzeptanz von ISDS-Regelungen vor allem in Entwicklungs- und Schwellenländern. Eine (vollständige) Abkehr Chinas könnte einen Dominoeffekt auslösen.

Schlussendlich wird sich das globale ISDS-Regime reformieren müssen, wenn es sich als geeignetes multilaterales Mittel zum Investitionsschutz etablieren und seinen Status als wichtigste und effektivste Form der Rechtsdurchsetzung für Investitionsstreitigkeiten (Reinisch, 2015a, S. 930) behalten möchte. Die erwähnte Abkehr

einzelner Staaten von IIAs mit ISDS-Regelungen und die bestehende Skepsis Chinas gegenüber ISDS sind klare Anzeichen für die aus Sicht einiger Staaten bestehenden Probleme.

Von besonderer Relevanz erscheint in Anbetracht dessen die mangelnde Weiterentwicklung bestehender und der gebremste Abschluss neuer Abkommen, was ebenfalls durch das Ungleichgewicht begründet werden kann (Skovgaard Poulsen & Aisbett, 2013). Wie bereits in Kapitel 2.5 erwähnt, fußt der überwiegende Teil der Streitigkeiten auf Abkommen aus den 1980ern und 1990ern (UNCTAD, 2017a, S. 3), also Abkommen, die 20 Jahre und älter sind. Die UNCTAD (2015a, S. 124) spricht im World Investment Report von in der Zeit des „IIA-rush“ abgeschlossenen Verträgen. Bei einigen Verträgen lässt sich dabei eine besondere Häufung von Klagen feststellen. Im Bereich der BITs trifft dies besonders auf zu Beginn der 90er Jahre geschlossene BITs zu. Im Bereich der TIPs steht mit großem Abstand der Energiecharta-Vertrag an der Spitze der maßgeblichen Verträge, mit 113 Fällen, die sich auf diesen gründen. (UNCTAD, 2018a) Bei Intra-EU-Verfahren bildet der Energiecharta-Vertrag in 45% der Fälle die Grundlage für Klagen, während in den 1990ern oder früher abgeschlossene Verträge insgesamt die Grundlage für 95% der Klagen innerhalb der EU bilden (UNCTAD, 2018d, S. 1 f.).

Daraus ergeben sich eine Reihe der in diesem Kapitel erläuterten Probleme. Auch die UNCTAD hebt klar die Wichtigkeit hervor, die Verträge der alten Generation zu reformieren (UNCTAD, 2018f, S. 24). Bereits im Investment Report von 2015 spricht die UNCTAD von der Phase der Re-Orientierung, des Umdenkens und der Verbesserung von Abkommen, die 2008 begann (UNCTAD, 2015a, S. 124). Die Bedeutung der Neuverhandlung von Abkommen stellt auch Nowrot (2016, S. 230 ff.) heraus, der darin den Übergang zur dritten Generation von Investitionsschutzabkommen sieht.

Werden jedoch keine neuen Abkommen abgeschlossen, welche die bestehenden ersetzen oder bestehende Abkommen weiterentwickelt, so bleiben die alten, unvollkommenen Abkommen weiter in Kraft (Quick, 2015, S. 209). Dies gilt ebenso für die

Abkommen der EU-Mitgliedstaaten.¹³⁸ Unter anderem haben neun Mitgliedstaaten der EU BITs mit den USA geschlossen. Diese Abkommen enthalten allesamt die Möglichkeit zu ISDS und bleiben in Kraft, wenn TTIP diese nicht ablöst. (Quick, 2015, S. 203)

Da bestehende Abkommen die Grundlage für Streitschlichtungsverfahren bilden, müssen sich die Tribunale in den Streitschlichtungsverfahren an den Vereinbarungen in diesen Verträgen orientieren. Somit ist die Kritik teils unscharf und überlappend zwischen Streitschlichtungsprozess und den zugrundeliegenden Vereinbarungen in Investitionsschutzabkommen.

Probleme mit alten Abkommen haben einige Staaten erkannt, speziell der bereits erwähnte Energiecharta-Vertrag steht dabei häufig in der Kritik. Russland hat beispielweise den Energiecharta-Vertrag 2009 aufgekündigt, nachdem es auf dessen Grundlage zu der bis dahin höchsten Entschädigungssumme von 50 Mrd. US-Dollar verpflichtet wurde (Voon & Mitchell, 2017, S. 462). Auch in diesem Fall werden bereits getätigte Investitionen noch 20 Jahre weiter geschützt (Voon & Mitchell, 2017, S. 463). Neu getätigte Investitionen fallen jedoch nicht mehr unter den Schutz des Abkommens. Da darüber hinaus ein beträchtlicher Anteil bestehender Verträge bald ausläuft (Voon & Mitchell, 2017, S. 461), könnte ohne Weiterentwicklung und Neuabschluss von Verträgen das internationale Schutzniveau für ausländische Direktinvestitionen sinken.

Dabei gibt es durchaus Ansätze und Vorschläge zur Reformierung von ISDS-Regelungen und des Streitschlichtungsverfahrens. Diese sollen Gegenstand des nächsten Kapitels sein.

¹³⁸ Dies gilt auch für den Fall, dass sich die Rechtsprechung wie im Fall Achmea generell durchsetzt und bei Streitigkeiten zwischen Investoren aus Mitgliedstaaten Schiedsklauseln für generell unwirksam erklärt werden. Die Abkommen blieben auch in diesem Fall in Kraft, lediglich die Umgehung nationaler Gerichte über Schiedsgerichte wäre unzulässig.

6 Reformvorschläge im Bereich des ISDS-Regimes

Kapitel 5 zeigt bestehende Probleme des ISDS-Regimes auf und identifiziert gleichsam verschiedene Schwachstellen der aktuellen Ausgestaltung von ISDS-Regelungen sowie des Streitschlichtungsprozesses. Nicht zuletzt diese Probleme führen dazu, dass ISDS-Regelungen im Moment in der Kritik stehen. Die Haltung einiger, insbesondere Entwicklungs- und Schwellenländer wurden in Kapitel 5 bereits erwähnt. Doch auch in Industrieländern drohen ISDS-Regelungen in aktuellen Verhandlungen zu Investitionsschutz- und Freihandelsabkommen angesichts der großen Aufmerksamkeit und des Widerstands aus der Zivilgesellschaft zum Zünglein an der Waage zu werden.

Verschiedene Parteien haben daher die Notwendigkeit der Weiterentwicklung von ISDS-Regelungen erkannt. So hat eine Befragung von Mitgliedern der Sydney Law School unter Akademikern und Praktikern ergeben, dass der weit überwiegende Teil die Notwendigkeit zur Reformierung hervorhebt (Campbell, Nappert, & Nottage, 2014). Auf der anderen Seite hat die Analyse der Kapitel 3 und 4 die juristische und ökonomische Notwendigkeit von in IIAs integrierten ISDS-Regelungen aufgezeigt. Bei der Befragung von Campbell, Nappert und Nottage (2014, S. iii) haben die Einschätzung der Notwendigkeit auch die Befragten geteilt; lediglich ein Studienteilnehmer sprach sich für die Abschaffung von ISDS-Regeln aus. Darüber hinaus haben selbst in Kapitel 5.3 erwähnte Staaten, die ein oder mehrere Abkommen gekündigt haben, dies nur partiell getan und sich nicht komplett aus Investitionsschutzabkommen zurückgezogen (Peinhardt & Wellhausen, 2016, S. 571). Vielmehr scheinen auch diese Staaten mit bestimmten Aspekten unzufrieden und kündigen daher einzelne Abkommen auf.

Ein Zögern beim Neuabschluss bzw. der Erneuerung von Abkommen erscheint in diesem Licht schädlich für das Investitionsumfeld. So formuliert auch die UNCTAD (2013, S. 116), dass ISDS in erster Linie ein System zur Anwendung des Rechts ist und damit immer mit einer Weiterentwicklung des Investitionsrechtes einhergehen sollte. Schill (2015, S. 10) hebt ebenfalls die Bedeutung einer simultanen Weiterentwicklung der Verträge und des Streitschlichtungsprozesses hervor.

Bei aktuellen Reformbemühungen stellt sich die Frage, ob die Vorschläge geeignet erscheinen, die in Kapitel 5 aufgezeigten Probleme und Ungleichgewichte zu überwinden. Gleichzeitig dürfen jedoch die Reformvorschläge auch nicht die Effektivität

der Regelungen einschränken, damit diese weiter ihre Funktion erfüllen können. Eine Abschaffung oder (zu) starke Unterminierung der Regelungen wird dabei mit Hinblick auf die Erkenntnisse dieser Arbeit zur Notwendigkeit als nicht sinnvoll erachtet, da dies einen entscheidenden Rückschritt im Bereich des Investitionsschutzes darstellen und das Schutzniveau für Investitionen senken würde. Zwar diskutiert die UNCTAD in ihren Vorschlägen zur Reformierung auch die Möglichkeit des Ersetzens von ISDS durch nationale Gerichte oder Staat-Staat-Streitschlichtung (UNCTAD, 2017b, S. 11 f.), jedoch wurden diese Möglichkeiten bereits in Kapitel 3 diskutiert und nur als bedingt zum Schutz von Auslandsinvestitionen geeignet eingestuft.¹³⁹

Dieses Kapitel widmet sich stattdessen einer Auswahl von relevanten Weiterentwicklungs- und Reformansätzen. Diese Reformvorschläge werden auf ihre Sinnhaftigkeit im Hinblick auf bestehende Probleme diskutiert. Van Harten (2015, S. 7) nennt dabei Kriterien, nach denen er Vorschläge zur Reform bewertet. Dies gilt sowohl für Reformen der Regeln als auch des Prozesses.

- Ist das System unabhängig, fair und offen,
- ist es hilfreich für den Umgang mit anderen demokratischen, richterlichen oder regulatorischen Institutionen,
- ist es ausgewogen bei der Abwägung des Rechts des Staates zur Regulierung mit dem Schutz ausländischer Investoren sowie bei der Abwägung zwischen Rechten und Pflichten der Investoren

An diesen Kriterien wird sich auch diese Arbeit bei der juristischen Bewertung der Reformvorschläge orientieren, wobei auf die Punkte 1) und 3) fokussiert wird. Diese Kriterien spiegeln einen Großteil der in Kapitel 5 aufgezeigten Probleme wider. Das Potenzial zur Behebung dieser Probleme stellt daher das zentrale Kriterium zur Evaluierung dar.

Van Harten (2015, S. 7) bezeichnet diese Kriterien als im Einklang bzw. zumindest widerspruchsfrei mit den demokratischen, konstitutionellen Ordnungen in Europa

¹³⁹ Viele der in Kapitel 3 erörterten Gegenargumente werden auch von der UNCTAD genannt, so beispielsweise Politisierung der Streitfälle und Unabhängigkeit der nationalen Gerichte (UNCTAD, 2017b).

und Nordamerika, was er als Mindestanforderung an ein modernes, internationales ISDS-System stellt

Ergänzend werden die Reformvorschläge vor dem Hintergrund der ökonomischen Erkenntnisse der Kapitel 3 und 4 betrachtet, da die Lösung der institutionenökonomischen Unvollkommenheiten und damit die Effektivität im Zentrum dieser Arbeit stehen. Dabei stellt die Überwindung des Problems der zeitlichen Inkonsistenzen und des *Hold-up*-Problems gewissermaßen die notwendige Bedingung für die Sinnhaftigkeit der Reformvorschläge dar. Reformen, welche dazu führen, dass der ökonomische Sinn und Zweck von ISDS-Regelungen – also die Überwindung der in Kapitel 4 aufgezeigten Probleme und damit die Verhinderung von Unterinvestment – unterminiert wird, stellen damit aus Sicht dieser Analyse keine sinnvollen Vorschläge dar.

Von besonderer Relevanz sollen einerseits die Vorschläge der Verhandlungsparteien der aktuell verhandelten multilateralen Abkommen und andererseits die Politikempfehlungen der UNCTAD zur Verbesserung von ISDS-Regelungen und des Streitschlichtungsprozesses sein. Die UNCTAD stellt in ihrer Analyse fünf „Pfade“ für die Reformierung von ISDS heraus (UNCTAD, 2013, S. 112 ff.). Inhalte dieser „Pfade“ werden herausgegriffen, jedoch in der Analyse nicht als sich ausschließende Möglichkeiten zur Reformierung betrachtet sondern vielmehr die Inhalte auf ihre Sinnhaftigkeit vor dem Hintergrund der Erkenntnisse dieser Arbeit beleuchtet. Ergänzend werden die Vorschläge der UNCTAD (2015a) zur Reform von Investitionsschutzabkommen herangezogen, da diese untrennbar mit dem Streitschlichtungsprozess verwoben sind, wie bereits häufiger erläutert wurde.

Analog zu Kapitel 5.2 wird dabei unterschieden in Weiterentwicklungen der Streitschlichtungsregelungen und Weiterentwicklungen des Streitschlichtungsprozesses.

6.1 Reformvorschläge für Investor-Staat Streitschlichtungsregelungen

6.1.1 Wahrung des Regulierungsspielraumes des Staates

Laut UNCTAD (2015a, S. 127) ist der entscheidende Grund für die nötige Neugestaltung von Investitionsschutzregeln ein verändertes Investitionsumfeld sowohl auf nationaler als auch internationaler Ebene. Sollte sich das Umfeld schneller verändert haben als die Verträge selbst – was angesichts der Ausführungen des letzten Kapitels zum Neuabschluss von Verträgen schlüssig erscheint – so scheinen die Regeln schlicht nicht mehr auf das aktuelle Investitionsumfeld zu passen. Die Veränderungen im Investitionsumfeld bestehen in einem neuen Denken im Bereich der Nachhaltigkeit, einer Veränderung in der Investitionslandschaft und einer stärkeren Rolle des Staates innerhalb der Wirtschaft (UNCTAD, 2015a, S. 127 f.). In vielen IIAs hat beispielsweise der Begriff der Nachhaltigkeit bzw. der nachhaltigen Entwicklung bisher keinen Einzug gefunden (Muchlinski, 2016, S. 44). Tienhaara (2018, S. 249) gibt zu bedenken, dass dieser Umstand die Einhaltung des 2-Grad-Ziels für die Erderwärmung erschwert, da die radikal nötigen Änderungen zu Entschädigungsansprüchen seitens Investoren führen könnten und dies Politiker von Änderungen in der Regulierung abhält. Auch wenn die Rationalität dieser Annahme bereits in Kapitel 5 kritisch hinterfragt wurde, so könnte bereits eine Angst vor zusätzlichen Klagen die Entscheidungsträger beeinflussen (Tietje & Baetens, 2014, S. 40). Viele ältere IIAs scheinen beim Blick auf Investitionen einen (zu) starken Fokus auf die Stabilisierung des Investitionsumfeldes zu setzen. So kritisiert die EU, dass in vielen IIAs mit Hinblick auf die Rechte der Investoren wortwörtlich ein „stabiles wirtschaftspolitisches Umfeld“ (Europäische Kommission, 2015a, S. 5) festgeschrieben und dies von Tribunalen teilweise als Schutz vor genereller Änderung der Gesetzgebung interpretiert wurde. Die rigide Auslegung von Verträgen von Tribunalen kritisiert auch Wells (2010, S. 341 ff.), der darüber hinaus anführt, dass besondere Umstände¹⁴⁰ des Gaststaates nicht genügend Berücksichtigung gefunden hätten.

¹⁴⁰ Als Beispiel nennt Wells Finanz- und Währungskrisen wie beispielsweise in Asien Ende der 90er Jahre (Wells, 2010).

Diese teilweise rigide Auslegung unter Vernachlässigung wichtiger Umstände erscheint als einer der Hauptgründe, der den Vorwurf befeuerte, IIAs mit ISDS Regelungen könnten zu *regulatory chill* führen.

Nach Tietje und Baetens (2014, S. 60 ff.) gibt es in aktuellen Investitionsschutzabkommen drei typische Ansätze, um das Recht des Staates zur Regulierung sicherzustellen. Einerseits könne der Staat die Schutzstandards, wie beispielweise indirekte Enteignung, klarer definieren, um dem Investor als auch einem möglichen Tribunal zu verdeutlichen, was von dem Schutzstandard erfasst sei.¹⁴¹ Hier setzt auch ein Vorschlag von Tienhaara (2018, S. 245 ff.) an, in Investitionsschutzabkommen klarer herauszuarbeiten, unter welchen Umständen bzw. ab welcher Schwelle ein Eingriff des Staates als indirekte Enteignung bezeichnet wird. Die zweite Möglichkeit besteht darin, klare Ausnahmen zu formulieren. Also beispielsweise gewisse Arten von Maßnahmen festzulegen, bei denen der Staat Regelungsfreiheit genießt. Als dritte Möglichkeit nennen die Autoren schließlich die Möglichkeit, die Gesetzesbegründungen umfassender zu formulieren, um die Inhalte und Ziele der Verträge klarer herauszustellen. (Tietje & Baetens, 2014, S. 60 ff.)

Maßnahmen eins und zwei sind klare Versuche, bestimmte Sachverhalte zu integrieren oder auszuschließen. Dabei stellen sie lediglich gegensätzliche Herangehensweisen mit derselben Auswirkung dar. Demgegenüber stellt die dritte Maßnahme eher auf den Sinn und Zweck des Abkommens ab und ist an mögliche Tribunale adressiert. Durch die zusätzliche Erklärung seitens der Staaten soll der Interpretationsspielraum der Tribunale eingeschränkt werden. Nicht zuletzt soll dadurch die Kritik des *regulatory chill* entkräftet werden, wenngleich die Begründetheit dieser Kritik bereits in Kapitel 5.2 in Frage gestellt wurde.

Die EU verfolgt in ihren aktuellen Verhandlungen zu CETA genau diese Ansätze.¹⁴² So gibt die EU-Kommission an, dass sie durch eine ausführliche Gesetzesbegründung und die klare Definition der Schutzstandards und Vertragsverletzungen das Recht der Staaten zur Regulierung sicherstellen will. (Europäische Kommission, 2015a, S. 2 f.) Nowrot (2016, S. 233) macht sogar deutlich, dass bei sämtlichen im

¹⁴¹ Wodurch sich gleichzeitig ergibt, was nicht unter den Schutzstandard fällt.

¹⁴² Ein weiteres Beispiel für die Umsetzung der Vorschläge in der Praxis ist Indiens Muster-BIT, in der eine Kombination aller Maßnahmen vorgesehen ist (Ranjan, Singh, & James, 2018, S. 17 ff.).

Jahr 2012 abgeschlossenen Verträgen Abschnitte zu nachhaltiger Entwicklung oder andere Elemente integriert wurden, die die regulatorische Freiheit des Staates sichern sollen.

Aus ökonomischer Sicht scheint eine klare Formulierung der Regulierungsspielräume mit Hinblick auf Zeitinkonsistenzen¹⁴³ nur bedingt relevant. Es stellt sich die Frage, ob die zugesicherten Rechte für Staaten zu verstärkten Möglichkeiten der Enteignung bzw. der Umgehung einer Entschädigungszahlung führen. Bei den hier diskutierten vorgeschlagenen Reformen ist ein solcher genereller Einfluss von Regelungsspielräumen auf direkte Enteignungshandlungen des Staates nicht zu erwarten. Daher werden die erwarteten Auszahlungen und damit die Investitionsentscheidungen nicht tangiert.

Differenzierter zu sehen ist dies bei sektoraler Betrachtung und speziell mit Hinblick auf festgelegte Ausnahmen. Werden in Investitionsschutzabkommen regulatorische Maßnahmen in bestimmten Sektoren vom Schutz ausgenommen, so ist in diesen Bereichen durchaus ein Einfluss auf Investitionsentscheidungen zu erwarten. Der klare Ausschluss bestimmter Maßnahmen oder Sektoren könnte gar dazu führen, dass die Möglichkeit zur Enteignung von Staaten in betreffenden Sektoren vermehrt genutzt wird, wenn dies in anderen Sektoren unmöglich ist. Die Enteignungskosten für den Politiker in den ausgenommenen Sektoren würden dadurch sinken.

Die Antizipation dieser Entwicklung durch Investoren würde in diesem Fall zu einer erhöhten Enteignungswahrscheinlichkeit für den Investor und damit zu Unterinvestment in den vom Schutz ausgeschlossenen Sektoren führen.¹⁴⁴ Dies könnte für den betroffenen Gaststaat der Investition von besonderer Relevanz sein, da diese Ausnahmen häufig auf sensible Bereiche wie Gesundheit und Umweltschutz ausgerichtet sind.¹⁴⁵ Ein Unterinvestment in diesen Bereichen könnte starke negative Auswirkungen für die Volkswirtschaft nach sich ziehen und Ziele wie die Limitierung der

¹⁴³ Also die Analyse in Kapitel 4.2.

¹⁴⁴ Die Kosten- und Nutzenkalküle von Investoren und Politikern des Gaststaates wurden in Kapitel 4.2 durch die Formeln (2) und (3) dargestellt.

¹⁴⁵ So beispielsweise in Indiens Muster-BIT, welches Ausnahmen in genau diesen Bereichen vorsieht (Ranjan, Singh, & James, 2018, S. 32 f.).

globalen Erwärmung weiter erschweren. Hier muss darauf geachtet werden, nicht-intentionale Folgen intentionalen Handelns (Pies, 2017, S. 1) zu vermeiden.

Mit Hinblick auf das *Hold-up*-Problem zeigt die ökonomische Analyse in Kapitel 4, dass zu dessen Verhinderung eine klare Formulierung zusammen mit einer gewissen Rigidität von Regelungen sinnvoll erscheint, um Unterinvestment und damit Wohlfahrtsverluste zu verhindern. Gleichzeitig darf nicht vernachlässigt werden, dass Investitionsschutzverträge häufig sehr lange in Kraft sind und rigide Verträge einem sich verändernden Investitionsumfeld nicht ausreichend Rechnung tragen können. Dies sieht auch van Aaken (2019, S. 537 ff.) so, die zu bedenken gibt, dass zu strikte Bindungen unter sich verändernden Bedingungen nachteilig sein könnten. Hier ist unter Umständen eine Abwägung zwischen statischer und dynamischer Effizienz (Blum & Growitsch, 2009, S. 14) vorzunehmen. Wichtig erscheint insgesamt, dass der Ausgleich zwischen Regelungsfreiheit des Staates und einem sicheren Investitionsumfeld gewahrt ist (Klett, 2016, S. 213). Dies lässt sich durch klare Formulierung von Regelungsspielräumen bzw. der zugesicherten Rechte und gleichzeitiger deren unbedingter Wahrung erreichen. Der Ausgleich zwischen Flexibilität und Verpflichtung muss erst noch gefunden werden (Van Aaken, 2019, S. 554).

Eine regelmäßige Anpassung von Verträgen mit klar definierten Rechten für Staaten erscheint vor diesem Hintergrund sinnvoll. Dies gilt insbesondere mit Verweis auf die rigide Auslegung von Verträgen, wie sie von Tribunalen häufig praktiziert wird (Wells, 2010, S. 341).

Unter bestimmten Voraussetzungen erscheinen die Reformvorschläge somit geeignet, den Schutz von Investoren vor Frustration der Gewinnerwartungen und die Souveränität des Staates zu vereinbaren. Gehemmt werden die Reformbemühungen durch die große Statik, die derzeit bei Neuabschluss und Neuverhandlung von Investitionsschutzabkommen herrscht. Weit in der Zukunft liegende, mögliche Entwicklungen zu antizipieren und Verträge darauf auszurichten, erscheint auch bei noch klarer definierten Regelungen und selbst bei deutlich herausgestellten Zielen der Abkommen kaum möglich.

6.1.2 Forum shopping und Verhältnis zu nationalen Gerichten

Bisher ist es für Investoren möglich, auf Basis verschiedener Abkommen und/oder vor verschiedenen Gerichten bzw. Tribunalen eine Entschädigung zu verlangen. Catherine Titi (2017, S. 23 f.) spricht davon, dass Investoren innerhalb derzeitiger Strukturen ermutigt werden, auf verschiedenen Wegen Entschädigungen für die Verletzung eines zugesicherten Rechts zu erstreiten. In Kapitel 5.2 ist am Beispiel Vattenfalls dargestellt, dass es vor allem bei hohen vermeintlichen Schadenssummen¹⁴⁶ für Investoren durchaus rational ist, auf mehreren Wegen Entschädigungen zu verlangen.

Der prominenteste Ansatz zur Reform, um *forum shopping* zu verhindern, sind sogenannte *fork-in-the road* oder auch *U-turn*-Regelungen.

Eine weitere Möglichkeit besteht darin, die Erschöpfung des nationalen Rechtsschutzes in den Verträgen festzuschreiben. Dies würde die Prozesse jedoch deutlich in die Länge ziehen und die Kosten der Verfahren signifikant erhöhen, was die Effektivität des Systems in Frage stellt. Tietje und Baetens (2014, S. 95) sind ebenfalls dieser Ansicht und nehmen an, dass die zusätzlichen Kosten und Nachteile nicht durch die potenziellen Vorteile aufgewogen werden könnten. ISDS-Verfahren würden dadurch zu einer Art Korrektur- bzw. Berufungsinstanz auf internationaler Ebene verkommen.

Bei *fork-in-the-road* Regelungen hingegen muss der Investor sich zwischen dem nationalen Gerichtssystem und einem internationalen Tribunal als Streitschlichtungsstelle entscheiden, wobei diese Entscheidung dann unumkehrbar¹⁴⁷ und ein anderer Rechtsweg ausgeschlossen ist (Tietje & Baetens, 2014, S. 95 f.). Ein möglicher unbeabsichtigter Effekt könnte sein, dass die Rolle nationaler Gerichte weiter zurückgedrängt wird, da Investoren Klagen vor internationalen Tribunalen vorziehen könnten.

¹⁴⁶ Dass der Anreiz bei hohen Schadenssummen gegeben ist, liegt daran, dass dann die Prozesskosten im Verhältnis zur möglichen Entschädigung zu vernachlässigen sind. Speziell im Falle von internationalen Tribunalen sind die Prozesskosten in der Regel unabhängig von der verlangten Schadenshöhe. (vgl. ICSID, 2006, S. 60 ff.)

¹⁴⁷ Daher auch die Bezeichnung als *U-turn*-Regelung.

Die EU wählt in CETA, wie auch in ihrem Vorschlag zu TTIP, einen etwas anderen Ansatz: Möchte ein Investor Schadensersatz geltend machen, so muss er nachweisen, dass nicht zugleich auf Grundlage desselben Investitionsschutzabkommens Ersatz vor einem anderen Gericht oder Tribunal gefordert wird. (Titi, 2017, S. 23 f.) Diese Regelung verhindert parallele Klagen, schließt jedoch nicht die Möglichkeit aus, die Streitschlichtungsstelle zu wechseln. Der EU-Kommission geht es in erster Linie um die Verhinderung von doppelten Kompensationen und abweichenden Urteilen bzw. Schiedssprüchen (Europäische Kommission, 2015a, S. 3).

Die *fork-in-the road*-Regelungen erscheinen als richtiger Ansatz, parallele Klagen zu verhindern und damit Situationen wie im Fall von Vattenfall gegen Deutschland vorzubeugen, in denen der Investor vor nationalen Gerichten und vor einem internationalen Tribunal gleichzeitig eine Entschädigung verlangt. Zwar ist in diesem Fall noch keine Aussage zu Kompensationszahlungen oder gar gegensätzlichen Urteilen möglich, jedoch ergibt sich aus der Möglichkeit paralleler Klagen bereits eine Bevorzugung (bestimmter) ausländischer Investoren. Das Ziel von ISDS-Regelungen, einen unabhängigen, kompetenten und entpolitisierten Streitschlichtungsprozess zu ermöglichen, scheint die Möglichkeit zu parallelen Verfahren ebenfalls nicht zu fördern.

Mit Rückblick auf die ökonomische Analyse in Kapitel 4 ist bezüglich Zeitinkonsistenzen und des *Hold-up*-Problems keine weitreichende Beeinträchtigung der erwarteten Auszahlungen vorherzusehen. Die Enteignungswahrscheinlichkeit wird dadurch ebenso wenig berührt wie der Nutzen für den Enteigner.

Im Einzelfall ist es zwar denkbar, dass sich die Enteignungssumme verringert, da die Möglichkeit von doppelten Entschädigungen bzw. der Wahl der höheren Entschädigung wegfällt. Es ist jedoch nicht davon auszugehen, dass Investoren bereits im Vorfeld auf doppelte Entschädigungen spekulieren. Wichtiger scheinen für den Investor Schutz der Investition sowie eine schnelle und vollstreckbare Entschädigung bei möglichen Vertragsverletzungen seitens des Staates. Diese Ziele sind durch die verbindliche Wahl eines Streitschlichtungsforums nicht gefährdet. Zumal Investoren, die nationale Gerichte des Gaststaates als Streitschlichtungsforum nutzen, wahrscheinlich auch ohne ISDS investiert hätten.

In diesem Kapitel diskutierte Regeln scheinen für die Weiterentwicklung des Systems insgesamt sinnvoll, da sie die Transparenz und Fairness des Systems erhöhen und das Verhältnis zwischen nationalen Gerichten und internationalen Tribunalen

herausstellen. Gleichzeitig ist mit Hinblick auf die ökonomische Analyse keine Beeinträchtigung der Effektivität des ISDS-Regimes zu befürchten.

6.1.3 Symmetrische Regeln – Rechte und Pflichten für Staaten und Investoren

In Kapitel 5 wurde die mangelnde Ausgewogenheit der ISDS-Regelungen dahingehend kritisiert, dass lediglich den Staaten Pflichten auferlegt werden, wohingegen die Investoren ausschließlich Rechte aus dem Regime ziehen. Dabei sind die zugrundeliegenden Verträge sowohl im Sinne von Staaten als auch Investoren.

Ein Vorschlag zur Herstellung von mehr Symmetrie besteht darin, den Investoren bestimmte Verantwortlichkeiten aufzuerlegen. Beispielsweise kann der Investor verpflichtet werden, Investitionen nicht unter Verletzung nationaler Gesetze oder unter Verletzung von Menschenrechtsgrundsätzen zu tätigen oder sich an *corporate social responsibility*-Standards zu halten. (Muchlinski, 2016, S. 57 f.)

Sollte der Investor es versäumen, die auferlegten Pflichten zu erfüllen, so kann der Gaststaat dies in einem Streitschlichtungsverfahren als Klageeinwand anführen. Außerdem können Staaten Gegenklagen vor internationalen Tribunalen erheben, wenn der Investor eine der auferlegten Pflichten verletzt hat (Bottini, 2015, S. 3).

Bottini (2015, S. 3) erwähnt auch die Möglichkeit von direkten Klagen von staatlicher Seite, verweist jedoch gleichzeitig auf die damit verbundenen Hürden und sieht dies daher eher in einem zukünftigen multilateralen Ansatz als Möglichkeit an.

Insgesamt sollen die vorgeschlagenen Maßnahmen das ISDS-System ausgeglichener in Bezug auf Rechte und Pflichten gestalten. Hierdurch soll die Qualität der Investitionen mit Bezug auf Einhaltung von Menschenrechten, eine nachhaltige Entwicklung und Korruption verbessert werden und gleichzeitig Investoren für ihr Handeln verantwortlich gemacht werden können (Bernasconi-Osterwalder, Dommen, Abebe, & Mann, 2018, S. 6).

Pflichten für Investoren in Investitionsschutzverträge aufzunehmen, wird mittlerweile von internationalen Institutionen herausgestellt. So verweisen sowohl die UNCTAD als auch das *Commonwealth Secretariat* in ihren Richtlinien für IIAs auf diese Möglichkeit (Muchlinski, 2016, S. 57 f.). In Investitionsschutzabkommen haben Pflichten für Investoren ebenfalls in unterschiedlicher Ausprägung Einzug ge-

halten. Beispiele hierfür sind das BIT zwischen Marokko und Nigeria, das Musterabkommen Indiens sowie CETA (Bernasconi-Osterwalder, Dommen, Abebe, & Mann, 2018, S. 8 ff.). Afrika hat sich in den letzten Jahren zu einem Vordenker im Bereich neue Investitionsabkommen entwickelt. So haben regionale Organisationen in Afrika in IIA-Vorlagen für ihre Mitgliedsstaaten Regelungen zur Auferlegung von bestimmten Pflichten für (potenzielle) Investoren aufgenommen (Bernasconi-Osterwalder, Dommen, Abebe, & Mann, 2018, S. 7). Den Grund für die weiterhin bestehende Asymmetrie bezüglich der Klagemöglichkeiten in den meisten IIAS sieht Wells (2010, S. 350) in der schwachen Verhandlungsposition von Entwicklungsländern.

Mit Hinblick auf die Ergebnisse dieser Arbeit gibt Wells' Aussage einen Hinweis auf verfestigte Strukturen bezüglich des CR-Index.¹⁴⁸ Um die Benachteiligung einzelner Staaten durch eine schlechte Verhandlungsposition auszuschließen, wäre eine stärkere Fokussierung auf multilaterale Verträge sinnvoll.

Dies könnte jedoch zu einem *trade off* mit der Flexibilität von Verträgen führen – speziell da davon auszugehen ist, dass Investoren verstärkt Druck zur Nachverhandlung auf Politiker aufbauen werden, wenn die zugrundeliegenden Verträge ihnen ebenfalls Pflichten auferlegen (Wells, 2010, S. 350 f.).

Insgesamt erscheinen die Regeln, auch mit Rückgriff auf die Bewertungskriterien Van Hartens (2015, S. 7), geeignet, das ISDS-Regime fairer und ausgewogener zu gestalten. Indem auf das Verhalten von Investoren Einfluss genommen wird, können die Qualität von Investitionen erhöht und gleichzeitig die Bedingungen von *good governance* an Investoren und ihre Investitionen gestellt werden. Da ein Großteil der Kritik im Bereich der Nachhaltigkeit und Menschenrechte liegt, könnte die Akzeptanz für das ISDS-System auf verschiedenen Ebenen erhöht werden.

Hinsichtlich der ökonomischen Analyse hängt der Einfluss auf das Investitionsniveau von der Ausgestaltung der Pflichten für Investoren ab. Die auferlegten Pflichten könnten die erwarteten Einnahmen des Investors verändern, falls sie das Geschäftsmodell von Investoren betreffen.¹⁴⁹ Sinken die erwarteten Einnahmen von

¹⁴⁸ Zum CR-Index siehe Kapitel 5.1.

¹⁴⁹ Dies ist vor allem bei Unternehmen im Pharmabereich oder in der Förderung von Bodenschätzen denkbar.

Unternehmen, so würden sich gewisse Investitionen nicht lohnen und das Investitionsniveau absinken. Bei den hier diskutierten Pflichten für Investoren rund um nachhaltige Entwicklung, Menschenrechte und Korruption ist lediglich ein beschränkter Einfluss auf die Investitionstätigkeit zu erwarten. Speziell wenn durch Wahrung des Prinzips der Inländergleichbehandlung ausländische Investoren gegenüber inländischen nicht schlechter behandelt werden.

Darüber hinaus erscheint es für Staaten sinnvoll, auf ein bestimmtes Maß an Investitionen zu verzichten, wenn negative externe Effekte¹⁵⁰ zu befürchten sind.

6.2 Reformvorschläge für den Streitschlichtungsprozess

6.2.1 Transparenz

Die Möglichkeit zur Geheimhaltung von Inhalten des Verfahrens wurde bereits als Vorteil von ISDS gegenüber nationalen Gerichtsverfahren für Investoren herausgestellt. Besch (2008, S. 16) führt jedoch an, dass dieser Umstand häufig auch im Interesse des Gaststaates der Investition liegt, speziell wenn es um politische Fragen und Fragen der nationalen Sicherheit geht. Aus diesem Grunde ist es wenig verwunderlich, dass die Möglichkeit zur Geheimhaltung über lange Zeit in den Verfahren bestand und – mit Einschränkungen – bis heute Bestand hat.

Gleichzeitig sind oftmals Fragen des öffentlichen Interesses wie Umweltschutz, Gesundheit und Sicherheit Gegenstand von Streitschlichtungsprozessen, die ein gewisses legitimes Informationsinteresse der Zivilgesellschaft begründen (Besch, 2008, S. 16f.). Das öffentliche Interesse erkennen auch Tietje und Baetens (2014, S. 106) an und grenzen ISDS-Fälle damit klar von Fällen ab, wo sich ausschließlich Unternehmen gegenüberstehen. Darüber hinaus muss die Besonderheit des ISDS-Systems berücksichtigt werden;¹⁵¹ ist sie doch als ein Hauptgrund für die starke Skepsis gegenüber dem System zu sehen (Hindelang & Krajewski, 2016, S. 4).

¹⁵⁰ Beispielsweise durch Umweltverschmutzung, Korruption und Missachtung der Menschenrechte.

¹⁵¹ Gemeint ist an dieser Stelle die generelle Möglichkeit von privaten Investoren, gegen Staaten vorzugehen, was ein Alleinstellungsmerkmal im internationalen öffentlichen Recht darstellt (Hindelang & Krajewski, 2016, S. 4).

Dieser Skepsis kann jedoch durch verstärkte Transparenz begegnet werden. Dabei geht es erstens um das Informationsinteresse der Öffentlichkeit und zweitens um die Akzeptanz von ISDS auf allen relevanten Ebenen, von der Politik, den Investoren bis zur Zivilgesellschaft. Dies steht dem Diskretionsbedürfnis der Investoren und Staaten entgegen.

Klett (2016, S. 224 f.) vertritt die Ansicht, die Offenlegung von Verfahren könne diese unterstützen, indem sie dadurch glaubhafter und nachvollziehbarer erschienen und gleichzeitig Korruption vorgebeugt werde. Er verweist zwar gleichzeitig auf das Argument von Befürwortern der Geheimhaltung, Vertraulichkeit würde für einen entpolitisierten, faktenorientierten Prozess sorgen, sieht die Vorteile jedoch überwiegen (Klett, 2016, S. 225).

Die Europäische Kommission setzt in CETA die UNCITRAL Transparenzregeln um und spricht davon, vollständige und verbindliche Offenlegung des Verfahrens eingeführt zu haben (Europäische Kommission, 2015a, S. 2). Darüber hinaus plante die EU in ihren Verhandlungen zu TTIP, Stakeholdern, die ein berechtigtes Interesse an dem Ausgang eines Streitschlichtungsverfahrens haben, die Teilnahme an den Verfahren zu ermöglichen (Titi, 2017, S. 26).

Van Harten (2015, S. 4) erkennt die Weiterentwicklung innerhalb CETAs an, relativiert die Aussagen der EU-Kommission jedoch. So gibt er an, dass auch unter CETA immer noch vertrauliche Streitschlichtung möglich sei bzw. vertrauliche Aspekte außerhalb des Prozesses gehalten werden könnten (Van Harten, 2015, S. 4). Die Entscheidung, Dokumente oder Verhandlungen nicht öffentlich zu machen, obliegt nunmehr den Streitschlichtern (Van Harten, 2016, S. 138). Diese Aussagen decken sich mit denen der UNCTAD (2017b, S. 6), dass Inhalte von Verfahren immer noch geheim gehalten werden könnten, wenn beide Parteien es wünschen.

Sollten beide Seiten einer Geheimhaltung zustimmen, so ist auch fraglich, ob in jedem Fall eine Offenlegung erzwungen werden sollte. Speziell dann, wenn es

nachvollziehbare Gründe¹⁵² für die Geheimhaltung gibt. Es besteht die Gefahr, das ISDS-System eines seiner wichtigsten Vorteile zu berauben.¹⁵³

Van Harten (2016, S. 138) äußert den Vorschlag, die Entscheidung über die Veröffentlichung von Dokumenten und Verfahren an einen gerichtlichen Prozess zu koppeln und die Entscheidung darüber Richtern zu überlassen. Zusammen mit der angesprochenen Möglichkeit für dritte Parteien, Einsicht in Verfahren zu bekommen, erscheint dieser Vorschlag sinnvoller als eine generalisierte Regelung zur Offenheit bzw. Geheimhaltung.

Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass klar festgeschrieben wird, wann ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse besteht. Tietje und Baetens (2014, S. 107 f.) kritisieren, dass die Anforderungen an Geheimhaltung bisher in den UNCITRAL *Transparency Rules* nicht klar genug definiert seien, wobei sie insbesondere auf den Begriff der vertraulichen Geschäftsinformationen rekurrieren.

Insgesamt ist durchaus davon auszugehen, dass für einzelne Investoren eine verstärkte Pflicht zur Offenlegung negativ wirkt. Systemisch betrachtet, treten diese Nachteile jedoch hinter die Chance einer verstärkten Akzeptanz zurück.¹⁵⁴ Schließlich ist die Akzeptanz ein entscheidender Aspekt dafür, dass das Schutzniveau von Investitionen nicht absinkt, da sich Staaten vermehrt von ISDS abwenden.

6.2.2 Vorauswahl von Streitschlichtern und Schaffung einer Berufungsinstanz

Van Harten (2016, S. 4 f.) bezeichnet die fehlende Unabhängigkeit und fehlende Fairness der Verfahren als Nährboden für den Vorwurf von Befangenheit im ISDS-System. Ähnlich wie bei der Transparenz scheint in diesem Bereich eine Weiterentwicklung nötig, um die Akzeptanz des Systems sicherzustellen.

¹⁵² Veltins (2018, S. 280) wie auch Oberhammer (2015, S. 873 f.) rekurrieren besonders auf Geschäftsgeheimnisse und Interna, die für Unternehmen ein Wettbewerbsvorteil darstellen können, Besch (2008, S. 16) führt darüber hinaus politische Fragestellungen und Fragen der nationalen Sicherheit an.

¹⁵³ Siehe zu den Vorteilen Kapitel 3.2.3 zum Investitionsschutz innerhalb von IIAs.

¹⁵⁴ Siehe zur verstärkten Akzeptanz durch mehr Transparenz u.a. Hindelang & Krajewski, 2016; Klett, 2016; Van Harten, 2016 und UNCTAD, 2015b.

Ziel der Reformvorschläge ist es, die Konsistenz und Vorhersehbarkeit von Tribunalen zu erhöhen (UNCTAD, 2017b). Zu diesem Zweck sollen einerseits Absicherungen in das System eingebaut und andererseits die Auswahl der Streitschlichter reformiert werden.

Die Europäische Kommission (2015a, S. 6 f.) erkennt in der derzeitigen Praxis der Auswahl von Streitschlichtern die Gefahr von Interessenkonflikten und begründet damit Handlungsbedarf. Schill (2015, S. 9) plädiert dafür, die Möglichkeit, zwischen Streitschlichter und Berater zu wechseln, auszuschließen.

Eine weiterreichende Möglichkeit ist es, Streitschlichter bereits vor Eintreten einer Streitigkeit festzulegen. Tietje und Baetens (2014, S. 111) nennen in diesem Zusammenhang das Streitschlichterverzeichnis des Permanent Court of Arbitration (PCA) als Beispiel, verweisen jedoch gleichzeitig auf die damit verbundenen Probleme des Auswahlprozesses und den beschränkten Erfolg im Falle des PCA.

Die EU plante für TTIP eine Liste möglicher Streitschlichter, aus der die ICSID einen passenden Streitschlichter auswählen soll, wenn sich die Parteien nicht auf den dritten Streitschlichter einigen können. Darüber hinaus sollten bestimmte Voraussetzungen festgelegt werden, die bestellte Streitschlichter erfüllen müssen. (Europäische Kommission, 2015a, S. 7)

Von einem vorher festgelegten Verzeichnis von Streitschlichtern ist dieser Vorschlag nach wie vor deutlich entfernt, allein weil maximal einer der Streitschlichter aus der Liste stammen kann. Außerdem verbleibt das Problem der Auswahl von relevanten Streitschlichtern. So handelt es sich bei der Auswahl von Streitschlichtern um einen politischen Prozess, wodurch keinesfalls sichergestellt ist, dass tatsächlich nach fachlichen Gesichtspunkten ausgewählte Experten in die Verzeichnisse aufgenommen werden (Tietje, 2015b, S. 7).

Deutlich relevanter erscheint der Vorschlag zur Schaffung einer ständigen Berufungsinstanz mit der Möglichkeit, Schiedssprüche zu überprüfen (so z.B. Schill, 2015, S. 8; UNCTAD, 2017b, S. 7; Van Harten, 2016, S. 8 f.). Die UNCTAD (2017b, S. 7) sieht darin eine Möglichkeit, die Vorhersagbarkeit von Entscheidungen und schlussendlich die Unterstützung für das System zu erhöhen. Diese Ansicht teilt auch Wells (2010, S. 349 f.), der es darüber hinaus für wahrscheinlich hält, dass die Disziplinierung durch eine Berufungsinstanz dazu führe, angebrachter auf mögliche Umstände, Korruption und Inkompetenzen zu reagieren.

Die Europäische Kommission (2015a, S. 9) äußert den Wunsch, dass zukünftig eine Berufungsinstanz nach Vorbild der WTO eingerichtet werden soll, wie es auch Wells (2010, S. 349 f.) vorschlägt. Van Harten (2016, S. 8) zweifelt die Intention der EU jedoch an und verweist auf eine fehlende Berufungsinstanz in CETA.

Insgesamt erscheint der Vorschlag eines Berufungsmechanismus als sinnvoll und erhält viel Zustimmung in der wissenschaftlichen Debatte. Konsistentere und vorhersagbarere Entscheidungen scheinen für Staaten als auch Investoren wünschenswert. Die Investitionssicherheit scheint dadurch nicht gefährdet, sondern könnte sich vielmehr erhöhen. Außerdem könnten die Anzahl der Fälle und damit auch die Kosten des Systems gesenkt werden (Wells, 2010, S. 349).¹⁵⁵ Voraussetzung ist eine gleichzeitige Sicherstellung der Transparenz, um die Entscheidungen der Tribunale auch für Außenstehende nachvollziehbarer zu machen. Gleichzeitig müssen die Kosten und die Dauer eines Berufungsverfahrens möglichst gering gehalten werden. Darüber hinaus stellen Van Harten (2016, S. 8) als auch Wells (2010, S. 350) klar, dass im Falle einer ständigen Berufungsinstanz Richter anstelle von Streitschlichtern die Schiedssprüche überprüfen sollten.

Eine ständige Berufungsinstanz scheint aber mit einem hohen finanziellen als auch administrativen Aufwand verbunden. Außerdem ist der Auswahlprozess von entscheidender Bedeutung für die Effektivität einer solchen Instanz (Tietje & Baetens, 2014, S. 112 f.). Dies ist eine Erklärung dafür, warum bisher nicht mehr Abkommen eine solche vorsehen. Ein verstärkt multilateraler Ansatz könnte die Einführung von Berufungsinstanzen befördern.

6.2.3 Internationaler Schiedsgerichtshof

Ein Vorschlag, der die Möglichkeit eines festen Streitschlichterverzeichnisses und eines Berufungsmechanismus aufgreift und weiterführt, ist die Schaffung eines dauerhaften internationalen Investitionsgerichtes. Dieser Vorschlag erscheint als der weitreichendste im Bereich des Streitschlichtungsprozesses.

¹⁵⁵ Wie in Kapitel 2.3. analysiert, führt für Investoren nur ein Teil der Klagen zu einer Entschädigungszahlung. Es ist davon auszugehen, dass zumindest ein Teil der Klagen und damit verbundener Kosten verhindert werden könnten.

So könnte ein ständiges Investitionsgericht das derzeitige Streitschlichtungssystem komplett ablösen und gleichzeitig einen Berufungsmechanismus bereitstellen (Schill, 2015, S. 8).¹⁵⁶

Die EU schlug im Zusammenhang mit den Verhandlungen zu TTIP die Schaffung eines Investitionsgerichtes vor (Europäische Kommission, 2015b), was die EU zu dem Vorreiter in diesem Bereich macht (Titi, 2017, S. 4). Sie hofft dadurch, einen Großteil der Kritikpunkte an ISDS aus der Welt schaffen zu können, namentlich das Recht zur Regulierung, mangelnde Transparenz und mangelnde Kontinuität in ISDS-Entscheidungen (Europäische Kommission, 2015b). Auch Schill (2015, S. 8) sieht darin eine Möglichkeit, das System demokratischer zu gestalten, Unsicherheiten zu vermeiden und die Vorhersagbarkeit von Schiedssprüchen zu erhöhen.

Tietje (2015b, S. 5 ff.) wirft zwei große Problembereiche im Zusammenhang mit der Schaffung eines Investitionsgerichts auf: Einerseits die Auswahl geeigneter Richter und zweitens die Frage nach dem Kosten/Nutzen Verhältnis eines Investitionsgerichtes. Die Kosten-Nutzen-Frage ist besonders dann relevant, wenn ein Schiedsgerichtshof mit begrenzter Reichweite, beispielsweise für bilaterale Abkommen, geschaffen würde. Tietje (2015b, S. 7 f.) verweist jedoch darauf, dass mangelnde Bereitschaft der beteiligten Staaten zur finanziellen Ressourcenausstattung zu Qualitätseinbußen in dem jeweiligen internationalen Rechtssystem führen könne. Die Europäische Kommission (2017) macht zwar klar, dass sie mit dem Vorschlag einen multilateralen Ansatz verfolgt und das Investitionsgericht auch Streitigkeiten zwischen Drittstaaten schlichten solle. Kurz- und mittelfristig wäre das Gericht jedoch nur für ein Abkommen und damit eine sehr begrenzte Zahl von Streitfällen zuständig.

Bei der Auswahl der Richter stellen sich die Fragen, wie sie ausgewählt werden und wie sichergestellt werden kann, dass sie unabhängig und für eine möglichst große Bandbreite von Fällen kompetent sind (Schill, 2015, S. 8; Klett, 2016, S. 231 f.). Schließlich stellt die Auswahl für den jeweiligen Fall passender Streitschlichter einen der großen Vorteile von ISDS dar.

¹⁵⁶ Indem das Investitionsgericht in Verfahrens- und Berufungsinstanz getrennt wird (Schill, 2015, S. 8).

Außerdem scheint ein internationales Investitionsgericht lediglich zielführend, wenn gleichzeitig die zugrundeliegenden Abkommen angepasst werden. Ein multilaterales System, das Entscheidungen über in bilateralen Abkommen vereinbarte Inhalte fällt, erschwert Kontinuität und könnte sogar den Absichten von Staaten entgegenstehen. (Schill, 2015, S. 8).

Ein internationales Schiedsgericht ist für die Weiterentwicklung von ISDS auf globaler Ebene dennoch ein sinnvoller Vorschlag mit dem Potenzial, einige der Kritikpunkte zu entkräften. Allerdings gibt es praktische Probleme, wie die Auswahl von Streitschlichtern und die Finanzierung. Darüber hinaus macht der derzeit wiedererstarkte Bilateralismus im Investitionsschutz einen multilateralen Ansatz für ein Investitionsgericht und zugrundeliegende Abkommen kurz- und mittelfristig unwahrscheinlich.

Als langfristiges Ziel sollte ein ständiges Investitionsgericht daher nicht aus den Augen verloren werden. Zur kurzfristigen Lösung bestehender Probleme und der Erhöhung der Akzeptanz scheint der Vorschlag aber nicht geeignet.

6.2.4 Weitere Vorschläge

Es gibt eine Reihe von weiteren Reformvorschlägen, um den Zugang zu Streit-schlichtungsverfahren zu erhöhen und gleichzeitig ungewollte Klagen zu verhindern. So gibt es die Überlegung, kleinen und mittelgroßen Unternehmen den Zugang zu Streit-schlichtungsverfahren zu erleichtern: Im Falle von kleinen und mittleren Unternehmen oder wenn die geforderte Entschädigung relativ gering ist, könne der Streit-schlichtungsprozess verschlankt und vereinfacht werden, um die Kosten zu senken (Titi, 2017, S. 22 f.). In diesem Zusammenhang ist auch der Vorschlag zu nennen, die unterlegene Partei die Kosten des Streit-schlichtungsverfahrens tragen zu lassen. Da bei langwierigen Verfahren die Kosten durchaus beträchtlich sein können, erscheint die Kostenlast sowohl für Investoren als auch Staaten relevant. Bisher werden die Kosten in der Regel gleichmäßig auf die Parteien verteilt (Titi, 2017, S. 20). Dies kann für ein Unternehmen auch bei einem Schiedsspruch zu seinen Gunsten eine erhebliche Belastung bedeuten, während Staaten auch bei unberechtigten Verfahren gegen sie immer einen Teil der Kosten tragen müssen.

(Titi, 2017, S. 19 ff.) Ein *loser-pays-principle* würde die Kritik der asymmetrischen Verteilung des Prozessrisikos zumindest abschwächen.¹⁵⁷

Um unberechtigte und unseriöse Klagen und damit verbundene Kosten zu verhindern, nennen Tietje und Baetens (2014, S. 96 f.) die Möglichkeit eines Filtermechanismus. Dazu sollen die eingereichten Klagen vorab geprüft und Tribunalen die Möglichkeit gegeben werden, bestimmte Klagen sofort auszusortieren.¹⁵⁸ Bei angenommenen Verfahren macht Wells (2010, S. 351) den Vorschlag, Streitschlichter könnten innerhalb der Verfahren Zwischeneinschätzungen präsentieren, die den Parteien bei einer möglichen Einigung helfen sollen. Dies könnte einige Verfahren beschleunigen und zugleich deren Kosten senken.

6.3 Neuregelung der Intra-EU BITs

Die besondere Rolle der Investitionsschutzabkommen innerhalb der EU ist bereits seit längerem Gegenstand der wissenschaftlichen Debatte. Laut Nagy (2018, S. 982) schwelte das Problem der Intra-EU-BITs seit Jahrzehnten und wurde durch den Beitritt neuer Mitgliedstaaten in 2004, 2007 und 2013 verstärkt. Einen neuen Höhepunkt erreichte die Thematik mit dem Urteilsspruch des EuGH (EuGH, Urt. v. 6.3.2018, C-284/16 - Achmea) im März 2018 (Jarka, 2018, S. 1).

Die Auswirkungen dieses Urteils auf das ISDS-System insgesamt vorherzusagen, scheint noch zu früh.¹⁵⁹ Gleichzeitig bietet sich für die EU jedoch die Chance, die innerhalb der EU geschlossenen Verträge wieder verstärkt anzugehen. Zumal die EU-Kommission bereits seit 2006 begann, „einen weichen Standpunkt“ (Ilie, 2018) gegenüber Intra-EU-BITs einzunehmen. Später forderte die Europäische Kommission Mitgliedstaaten auf, Intra-EU-BITs aufzukündigen und eröffnete gegen 5 Staaten ein Verletzungsverfahren, die der Aufforderung der Kommission nicht ausreichend nachgekommen seien (Europäische Kommission, 2018). Trotzdem sind bis heute weiterhin nahezu 200 Abkommen zwischen EU-Mitgliedstaaten in Kraft

¹⁵⁷ Wie unter anderem von Klodt und Lang (2015, S. 483) geäußert.

¹⁵⁸ Die Autoren machen darüber hinaus den Vorschlag, den Filtermechanismus mit einer Kostenverlagerung, wie von Titi (2017, S. 19 ff.) vorgeschlagen, zu koppeln (Tietje & Baetens, 2014, S. 97).

¹⁵⁹ Zu der Einordnung der Bedeutung des Urteils des EuGH siehe Kapitel 5.2.1.3.

(Europäische Kommission, 2018). Viele Mitgliedstaaten scheinen also der Ansicht von u.a. Tietje (2011, S. 19 f.), Nagy (2018, S. 996 ff.) und Kriebaum (2015, S. 35) zu folgen, dass BITs zwischen EU-Mitgliedstaaten wichtige Rechtsgarantien für Investoren bieten und eine Aufkündigung dieser eine wesentliche Lücke hinterlassen würde. Auch Andersen und Hindelang (2016, S. 25) sehen in den Verträgen ein wichtiges Instrument für Investoren, um politische Risiken zu steuern.

Ein Außerkraftsetzen oder Aufkündigen der Abkommen könnte somit unintendierte Folgen haben. Investoren könnten versuchen, durch Umstrukturierung von Investitionen sicherzustellen, dass ihre Investitionen unter ein weiterhin bestehendes Abkommen, beispielsweise zwischen einem EU-Mitgliedstaat und einem Drittstaat, fallen (Andersen & Hindelang, 2016, S. 3).¹⁶⁰ Ist dies nicht möglich, könnten Investoren aus EU-Mitgliedstaaten gegenüber Investoren aus Drittstaaten schlechter gestellt werden. Darüber hinaus enthalten auch viele der Intra-EU-BITs *sunset*-Klauseln, die den Schutz von Investitionen für einen bestimmten Zeitraum aufrecht erhalten (Ilie, 2018).

Die EU sollte den Mitgliedstaaten daher Alternativen anbieten, statt auf die bloße Aufkündigung der Abkommen zu drängen. So scheinen die Mitgliedstaaten generell bereit zu sein, das Intra-EU-BITs-System zu verlassen, jedoch nicht ohne eine geeignete Alternative, speziell mit Hinblick auf Streitschlichtung (Andersen & Hindelang, 2016, S. 5). Für den Wunsch der Investoren nach einem Streitschlichtungsinstrument außerhalb des nationalen Gerichtssystems gibt es nachvollziehbare Gründe,¹⁶¹ die den erörterten Gründen für ISDS auf internationaler Ebene ähneln.¹⁶² Eine Abschaffung von Intra-EU-BITs könnte für EU-Mitgliedstaaten damit Investitionen innerhalb der EU unattraktiver machen und zu Unterinvestment führen.

¹⁶⁰ Was dem typischen Fall des *treaty shopping* entspräche, einer in Kapitel 5.2.1 kritisierte Praxis.

¹⁶¹ Zu den Gründen der Investoren für ein Festhalten an Intra-EU-BITs siehe z.B. Tietje, 2011; Andersen & Hindelang, 2016 und Nagy, 2018.

¹⁶² Zu den Motiven der Investoren für ISDS siehe Kapitel 3.2.

Als Alternative haben 5 europäische Staaten¹⁶³ in einem *non-paper* einen Vorschlag zum Investitionsschutz innerhalb der EU präsentiert (Non Paper, 2016). Die Mitgliedstaaten schlagen ein multilaterales Abkommen zwischen den Mitgliedstaaten vor, welches bestehende Abkommen ablöst. Ein solches Abkommen soll den Schutz von Investitionen zwischen Mitgliedstaaten einheitlich regeln und für den Fall von Streitigkeiten einen bindenden und durchsetzbaren Streitschlichtungsmechanismus als Ergänzung zu nationalen Gerichten beinhalten. Die Notwendigkeit für einen solchen betonen die beteiligten Staaten dabei besonders deutlich. Andersen und Hindelang (2016, S. 26) sprechen sich in diesem Zusammenhang zumindest für ein Sicherheitsnetz in Form eines ergänzenden Streitschlichtungsmechanismus aus.

Angesichts der Haltung der Europäischen Kommission und der neueren Rechtsprechung des EuGH (EuGH, Urt. v. 6.3.2018, C-284/16 - Achmea) einerseits sowie der angesprochenen Probleme und Risiken in Verbindung mit dem Aufkündigen von Intra-EU-BITs andererseits, erscheint der Vorschlag der Mitgliedstaaten eine Lösung mit Vorteilen für alle Seiten.

Er bietet die Möglichkeit, ein sicheres Investitionsumfeld mit dem gleichen Schutzstandard für alle EU-Mitgliedstaaten zu schaffen. Die EU könnte die Landschaft der Investitionsschutzabkommen vereinfachen und vereinheitlichen und somit ein klares Zeichen hin zu einem multilateralen Ansatz setzen. Außerdem bestünde in diesem Rahmen die Möglichkeit, das von der EU im Zusammenhang mit den Verhandlungen zu TTIP und CETA vorgeschlagene ständige Investitionsgericht (oder zumindest eine Vorstufe davon) zu etablieren.

6.4 Zusammenfassende Bewertung der Reformvorschläge

Insgesamt scheinen die Vertragsparteien bei der aktuellen Verhandlung von Investitionsschutzabkommen als auch die internationalen Institutionen bei der Gestaltung des Streitschlichtungsprozesses durchaus auf die geäußerte Kritik reagiert zu ha-

¹⁶³ Dies sind Österreich, Finnland, Frankreich, Deutschland und die Niederlande und somit allesamt Staaten, die einen positiven CR-Index aufweisen.

ben. Es gibt Bestrebungen, das System ausgeglichener, transparenter und nachvollziehbarer zu gestalten. Den Beteiligten ist deutlich geworden, dass für eine erhöhte Akzeptanz eine Weiterentwicklung sowohl der ISDS-Regelungen als auch der Ausgestaltung des Streitschlichtungsprozesses notwendig ist.

Die wichtigen Streitschlichtungsstellen haben daher ihre Regeln auf dem Weg zu mehr Transparenz angepasst. Außerdem macht die neue Generation von Investitionsschutzabkommen einen deutlichen Schritt, indem klarere Formulierungen und Erklärungen für Tribunale in die Verträge aufgenommen wurden bzw. werden und das Verhältnis zu nationalen Gerichten klarer definiert wird. Darüber hinaus gibt es Bestrebungen, die Qualität von Investitionen zu erhöhen, indem sich Investoren stärker an Menschenrechten, einer nachhaltigen Entwicklung und *corporate social responsibility*-Grundsätzen orientieren müssen.¹⁶⁴

Mit Blick auf die Bewertungskriterien von Harten sind viele dieser Entwicklungen zu begrüßen. Sie tragen einerseits dazu bei, das System offener zu gestalten, und sind andererseits darum bemüht, einen Ausgleich zwischen Investoren und Staaten zu schaffen, indem das Recht des Staates zur Regulierung gewahrt bzw. klarer herausgestellt wird. Aus ökonomischer Sicht schränkt der Großteil der Reformen des ISDS-Regimes dessen Funktion nicht ein, Zeitinkonsistenzen und das *Hold-up*-Problems zu überwinden. Ausnahmen sind die Vorschläge zum vollkommenen Ausschluss des Schutzes vor Regulierungshandlungen des Staates in gewissen Sektoren. Werden Investitionen in bestimmten Sektoren vom Investitionsschutz ausgeklammert, so sehen sich ausländische Investoren einer Situation ausgesetzt, die derjenigen ohne ISDS-Regelungen gleicht. Mit Rückgriff auf die ökonomische Analyse zu Zeitinkonsistenzen und dem *Hold-up*-Problem in Kapitel 4 ist in diesem Fall mit Unterinvestment in den maßgeblichen Sektoren zu rechnen. Gleiches gilt für die Aufkündigung der Intra-EU-Investitionsschutzabkommen ohne adäquaten Ersatz. In diesem Fall könnten Investitionen innerhalb der EU weniger attraktiv werden, was wiederum Unterinvestment nach sich ziehen würde.

¹⁶⁴ Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Investoren Vertragsverletzungen von staatlicher Seite mittels ISDS ahnden wollen.

Ansonsten scheinen die Regelungen auf ein den veränderten Umständen angepasstes System hinauszulaufen, das den Schutz von Auslandsinvestitionen weiterhin sicherstellt, jedoch nicht, ohne Investoren mit in die Pflicht zu nehmen. So wurde durch Ansätze wie *fork-in-the-road-clauses* oder Vorschläge zur Neuregelung der Prozesskosten die häufig kritisierte Sonderstellung von ausländischen gegenüber inländischen Investoren abgeschwächt.

Die aufgelisteten Reformvorschläge in Kapitel 6.2.4 stellen eine wichtige Möglichkeit dar, das ISDS-System auf bestimmte Anforderungen und Situationen von Vertragsparteien anzupassen. Somit gestatten sie eine gewisse Flexibilität im ISDS-System. Dies kann den Zugang für Investoren erhöhen und die Kosten vor allem für kleine und mittlere Unternehmen senken. Unter Rückgriff auf die ökonomische Analyse würden geringere Kosten des Streitschlichtungsprozesses die Investitionsanreize von Investoren erhöhen und die Investitionshöhe (noch) näher an das optimale Niveau heranführen.

Einschränkend ist anzumerken, dass die Weiterentwicklungen nur sinnvoll sind, wenn gleichzeitig eine Lösung für die nach wie vor in Kraft befindlichen alten Abkommen gefunden wird. Nowrot (2016, S. 229) stellt richtig dar, dass seit den 2000er Jahren eine Welle der Erneuerung stattfand. Allein im Jahr 2013 wurden 105 Investitionsschutzabkommen aufgehoben und durch neue ersetzt (Nowrot, 2016, S. 229). Diese Erneuerung ist aufgrund der genannten Argumente sinnvoll, erscheint jedoch nur bedingt effektiv. Der Großteil der Klagen stützt sich weiterhin auf alte Abkommen, die in den 90er Jahren geschlossen wurden, wie beispielsweise den Energiecharta-Vertrag. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang, dass, selbst wenn Abkommen neu geschlossen werden, in einigen Fällen alte Abkommen parallel in Kraft bleiben können, wenn dies nicht konkret ausgeschlossen ist (Jennings, 2016, S. 144). Erneuerte Verträge sind bisher hingegen kaum Gegenstand von Klagen.¹⁶⁵ Um eine bloße Verschiebung der Klagen hin zu älteren Verträgen zu verhindern, muss eine Lösung für die alten Verträge gefunden werden.

¹⁶⁵ Die maßgeblichen Verträge wurden in Kapitel 2.5 betrachtet. Dort wurde unter anderem festgestellt, dass es erst elf ISDS-Fälle gab, die sich auf Verträge stützen, die nach 2010 geschlossen wurden.

Ein schlichtes (einseitiges) Aufkündigen der Verträge ist häufig nicht ohne weiteres – speziell nicht kurzfristig – möglich, da ein Großteil der in den Abkommen enthaltenen Klauseln Bedingungen an ein Aufkündigen stellen und gleichzeitig dessen Konsequenzen festlegen.¹⁶⁶

Für eine Lösung bezüglich der alten Verträge ist ein multilateraler Ansatz unumgänglich.¹⁶⁷ Die EU könnte dabei vorweg gehen, indem sie eine Neuordnung der Intra-EU-IIAs vorantreibt. Dies könnte gleichzeitig der Startschuss für die EU auf dem Weg zu einem stehenden Investitionsgericht sein, welches später auf weitere Abkommen mit Drittstaaten erweitert werden kann. Insgesamt erscheint der Vorschlag eines Investitionsgerichtes durchaus sinnvoll. Das Kosten/Nutzen-Verhältnis muss jedoch im Blick behalten werden, um den Streitschlichtungsprozess möglichst effizient zu halten. Dies ist auch mit Hinblick auf das Investitionsniveau relevant.¹⁶⁸ Daher ist ein Investitionsgerichtshof für einzelne Abkommen nicht sinnvoll, für multilaterale Abkommen und mehrere Staaten langfristig jedoch durchaus von Vorteil.

Bei neuen Verträgen ist darüber nachzudenken, sie nach einer bestimmten Dauer auslaufen zu lassen, damit der Anreiz zur Nach- bzw. Neuverhandlung für beide Seiten gegeben ist. Ansonsten ist der Anreiz zur Neuverhandlung generell für Länder mit einem positiven CR-Index eher gering. Die Analyse in Kapitel 4 ergibt, dass zur Vermeidung von Unterinvestment rigide, bindende Verträge mit beschränkter Möglichkeit zur Nachverhandlung nötig sind. Gleichzeitig ändert sich das Investitionsumfeld ständig (UNCTAD, 2015a, S. 127). Eine regelmäßige Anpassung der Verträge ist daher unerlässlich.

Bei fehlender Anpassung und Neuabschluss der Verträge ist ein Fortschreiten von einseitigen Kündigungen als Reaktion auf den mangelnden Nachverhandlungswillen zu erwarten. Dadurch würde das Schutzniveau von Investitionen zumindest für

¹⁶⁶ So enthält der Großteil der bestehenden BITs Klauseln, die festlegen, dass Abkommen noch eine bestimmte Zeit nach Aufkündigung in Kraft bleiben und vor der Aufkündigung getätigte Investitionen weiter unter den Schutz des Abkommens fallen. (Nowrot, 2016, S. 239 ff.)

¹⁶⁷ Auch Wells (2010, S. 348) sieht multilaterale Abkommen als ideale Lösung, die insbesondere die Stellung von Entwicklungsländern innerhalb des Systems verbessern könne.

¹⁶⁸ Vergleiche dazu Kapitel 4.2 und speziell die Formeln (6) und (7).

neue Investitionen absinken. Dies könnte zu Unterinvestment führen und würde gleichzeitig Investoren zeitlich diskriminieren.

Sollte dies der Fall sein, so wird sich der Druck von Investorensseite erhöhen, was den Reformprozess deutlich beschleunigen könnte (Wells, 2010, S. 352). Durch rechtzeitige Positionierung sowie die Schaffung von Standards für den Reformprozess würde die EU einen strategischen Vorteil im Bereich Investitionsschutz erlangen.

7 Fazit

Die Arbeit zeigt, dass es sowohl aus ökonomischer als auch juristischer Sicht eine Notwendigkeit und Rechtfertigung für Investitionsschutzabkommen mit ISDS-Regelungen gibt. Vor diesem Hintergrund scheint das ISDS-System angesichts gleichzeitig weiter fortschreitender Globalisierung und wiedererstarkter protektionistischer Tendenzen relevanter denn je. Bestehende Regelungen außerhalb des ISDS-Systems reichen nicht aus, um FDI effizient und effektiv zu schützen.

Die ökonomische Analyse offenbart darüber hinaus, dass ISDS-Regelungen durchaus geeignet sind, Probleme der zeitlichen Inkonsistenzen sowie des *Hold-ups* zu überwinden und die Marktlösung zu verbessern. Ohne ISDS-Regelungen ist aufgrund der Doppelrolle des Staates als Vertragspartner und Regelsetzer mit Unterinvestment zu rechnen. Voraussetzung ist, dass Schutzstandards klar festgelegt und die Staaten an zugesicherte Rechte in Investitionsschutzabkommen gebunden sind. Die momentane Ausgestaltung von ISDS-Regelungen und des Streitschlichtungsprozesses bringt jedoch eine Reihe von Problemen mit sich. Dabei ist zwischen der Kritik an den eigentlichen Regelungen und derjenigen am Streitschlichtungsprozess zu differenzieren. Das System wird als zu stark auf die Bedürfnisse von Investoren und damit unausgeglichen kritisiert. Im Bereich des Streitschlichtungsprozesses stehen hauptsächlich die mangelnde Unabhängigkeit der Streitschlichter, die geringe Transparenz und die fehlende Berufungsinstanz im Fadenkreuz der Kritik. Symptomatisch für die bestehenden Probleme ist nicht zuletzt ein starkes globales Ungleichgewicht im Bereich der ISDS-Regelungen. Dies führt zu sehr unterschiedlicher Akzeptanz von ISDS-Regelungen weltweit. Während einige Staaten den Status quo beibehalten oder das System nur leicht reformieren wollen, kehren andere Länder dem System den Rücken bzw. fühlen sich in ihrer Skepsis bestätigt.

Das System wird sich also reformieren müssen, will es seinen Status als wichtigste Form der Rechtsdurchsetzung für ausländische Investoren (Reinisch, 2015a, S. 930) behaupten. Ausgangspunkt für den Reformprozess muss die ursprüngliche Idee sein, durch ISDS ein stabiles und sicheres Investitionsumfeld zu schaffen, das schlussendlich sowohl Staaten als auch Investoren zugutekommt. Gleichzeitig muss das System offener, unabhängiger und ausgeglichener gestaltet werden, um

die globale Akzeptanz sicherzustellen und zu erhöhen. Um der Dynamik des Investitionsumfeldes bei gleichzeitiger Bindung an die Verträge gerecht zu werden, ist außerdem eine regelmäßige Anpassung der Verträge nötig.

Die Notwendigkeit zur Weiterentwicklung haben verschiedene Institutionen erkannt. Nun gilt es, Ankündigungen umzusetzen und erste Bemühungen weiterzuführen. Im Bereich der ISDS-Regelungen sind in erster Linie die beteiligten Staaten gefragt, indem sie klarere Regeln formulieren, die Regeln stärker an der Symmetrie zwischen Investoren und Staaten ausrichten und das Verhältnis zu nationalen Regelungen und Gerichten klarer herausstellen. Im Bereich des Streitschlichtungsprozesses sind es die Streitschlichtungsstellen, welche die Prozesse stärker an den Zielen ausrichten müssen. Dabei besteht speziell im Bereich der Anreize für Streitschlichter Handlungsbedarf. Die derzeitige Auswahl der Streitschlichter und die Ausgestaltung des Streitschlichtungsprozesses gewährleistet nicht die uneingeschränkte Unabhängigkeit der Schlichter. Diesem Umstand könnte durch ein festes Verzeichnis von Streitschlichtern, hauptberufliche Streitschlichter und vor allem durch die Schaffung einer unabhängigen Berufungsinstanz Rechnung getragen werden. Bestimmte Vorteile von ISDS-Regelungen, wie die stärkere Kompetenz der Streitschlichter, die kurze Dauer der Verfahren und die angesprochene Unabhängigkeit, könnten dadurch verstärkt und sichergestellt werden. Der Vorschlag eines ständigen Investitionsgerichtes scheint für die langfristige Entwicklung ebenfalls sinnvoll, kurzfristig scheint der Vorschlag aber nicht in der Lage, bestehende Probleme zu lösen.

Wenig zielführend ist auch der momentane Reformstopp im Bereich der Investitionsschutzabkommen. Eine fehlende Erneuerung und Reformierung bestehender Abkommen führt zum Fortbestand bereits geschlossener Verträge mit allen Unvollkommenheiten und damit verbundenen Problemen angesichts veränderter Umstände. Darüber hinaus verstärken und verhärten sich aktuelle Ungleichgewichte im Bereich der ISDS-Streitigkeiten, was zu weiterhin sinkender Akzeptanz und letztlich zu potenzieller Abkehr von ISDS-Regelungen insbesondere in Entwicklungs- und Schwellenländern führen wird.

Es ist daher notwendig, die Verhandlungen von bilateraler auf multilaterale Ebene zu heben. Dabei müssen neben Staaten mit negativem auch Staaten mit positiven CR-Index ins Boot geholt werden. Wichtig erscheint hier ein *global player*, der bei

der Reformierung vorweg geht und anderen Staaten Potenziale aufzeigt. Diese Rolle könnte die EU übernehmen. Sie selbst hat Mitgliedstaaten mit negativem (Tschechien, Polen) als auch positivem CR-Index (Deutschland, Niederlande). Es ist jedoch unerlässlich, dass die EU zuerst eigene Intra-EU-BITs reformiert. Diese Reformen könnten als *blue print* für die Weiterentwicklung von ISDS auf globaler Ebene betrachtet werden. Schließlich finden sich in der EU auch viele ältere Investitionsschutzverträge, die in die Zeit nach dem Ende der Sowjetunion zurückreichen, mit allen damit verbundenen erörterten Problemen. Eine Weiterentwicklung innerhalb der EU ist die Vorbedingung dafür, dass die EU in einem zweiten Schritt eine Vorreiterrolle bei der Reformierung und Vereinheitlichung der globalen IIA-Landschaft einnehmen kann.

Eine verstärkte interdisziplinäre Auseinandersetzung unter Einbeziehung der Zivilgesellschaft ist mit Hinblick auf die Weiterentwicklung von ISDS-Regelungen und deren globaler Akzeptanz ebenfalls zu begrüßen. Weitere interdisziplinäre Forschung erscheint in verschiedenen Bereichen nötig – insbesondere im Bereich der Ungleichgewichte – um kausale Zusammenhänge zu identifizieren und daraus Politikempfehlungen abzuleiten. Darüber hinaus stellt sich angesichts des aktuellen Urteils des EuGH (EuGH, Urt. v. 6.3.2018, C-284/16 - Achmea) die Frage nach der Rechtmäßigkeit und der Zukunft von Intra-EU-BITs. Für die EU bietet das Urteil gleichzeitig die Chance, das System im Inneren zu reformieren und stärker auf neue, multilaterale Verträge zu setzen. Dies könnte der Startpunkt für den von der EU angestrebten ständigen Investitionsgerichtshof sein.

Schließlich bietet die rechtzeitige Positionierung der Europäischen Union die Chance, ihr und ihren Mitgliedstaaten einen strategischen Vorteil im Bereich des Investitionsschutzes zu verschaffen. Dieser Vorteil kommt spätestens dann zum Tragen, wenn das Schutzniveau von Investitionen durch Aufkündigung von Verträgen absinkt und in Folge dessen wieder größere Anstrengungen zur Weiterentwicklung des ISDS-Systems unternommen werden.

Anhang

Tabelle A-1: Global führende Länder im Bereich FDI (outward) im Jahr 2017, nach Beständen geordnet¹⁶⁹

Land	FDI Flüsse (outward) in Mrd. US-Dollar	FDI Bestand (outward) in Mrd. US-Dollar
USA	342	7799
China (inkl. Hong Kong)	207	3292
Deutschland	82	1607
Niederlande	23	1604
Vereinigtes Königreich	100	1531
Japan	160	1520
Kanada	77	1487
Frankreich	58	1452
Schweiz	77	1272

Quelle: Eigene Darstellung mit Daten der UNCTAD (UNCTADstat, 2018).

Tabelle A-2: Global führende Länder im Bereich FDI (inward) im Jahr 2017, nach Beständen geordnet¹⁷⁰

Land	FDI Flüsse (inward) in Mrd. US-Dollar	FDI Bestand (inward) in Mrd. US-Dollar
USA	275	7807
China (inkl. Hong Kong)	241	3459
Vereinigtes Königreich	15	1564
Singapur	62	1285
Kanada	24	1084
Schweiz	41	1060

Quelle: Eigene Darstellung mit Daten der UNCTAD (UNCTADstat, 2018).

¹⁶⁹ Es wurde sich auf Staaten mit einem Bestand von mehr als 1 Billion US-Dollar im Jahr 2017 beschränkt.

¹⁷⁰ Es wurde sich auf Staaten mit einem Bestand von mehr als 1 Billion US-Dollar im Jahr 2017 beschränkt.

Tabelle A-3: Länder mit mehr als 10 ISDS-Fällen als Heimatstaat des Investors¹⁷¹

Land	Anzahl der ISDS-Fälle als Heimatstaat des Investors
USA	166
Niederlande	102
Vereinigtes Königreich	74
Deutschland	59
Kanada	45
Frankreich	44
Spanien	44
Luxemburg	39
Italien	35
Turkei	30
Schweiz	27
Zypern	22
Österreich	21
Belgien	16
Russland	16
Griechenland	14
Ukraine	11

Quelle: Eigene Darstellung mit Daten der UNCTAD (2018a).

¹⁷¹ Stand: Juli 2018.

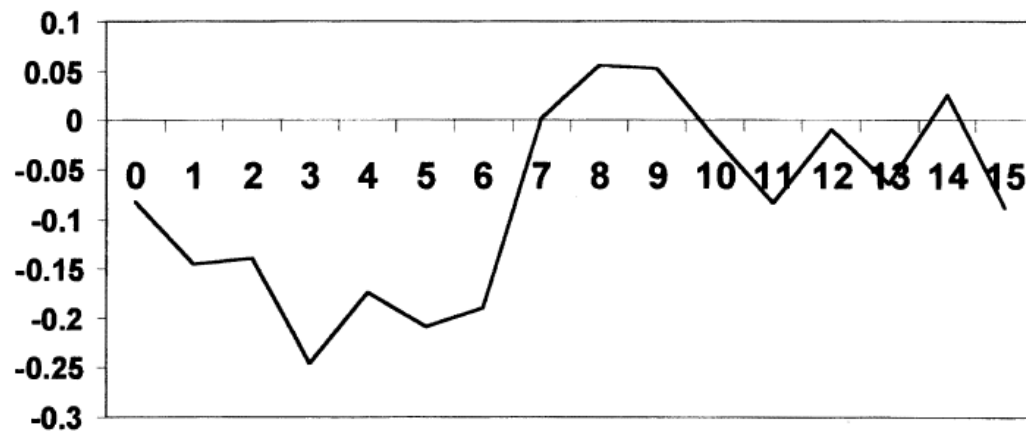
Tabelle A-4: Länder mit mehr als 20 ISDS-Fällen als beklagter Staat¹⁷²

Land	Anzahl der ISDS-Fälle als beklagter Staat
Argentinien	60
Venezuela	44
Spanien	43
Tschechien	35
Ägypten	31
Kanada	27
Mexico	27
Polen	26
Russland	24
Indien	24
Ecuador	23
Ukraine	22

Quelle: Eigene Darstellung mit Daten der UNCTAD (2018a).

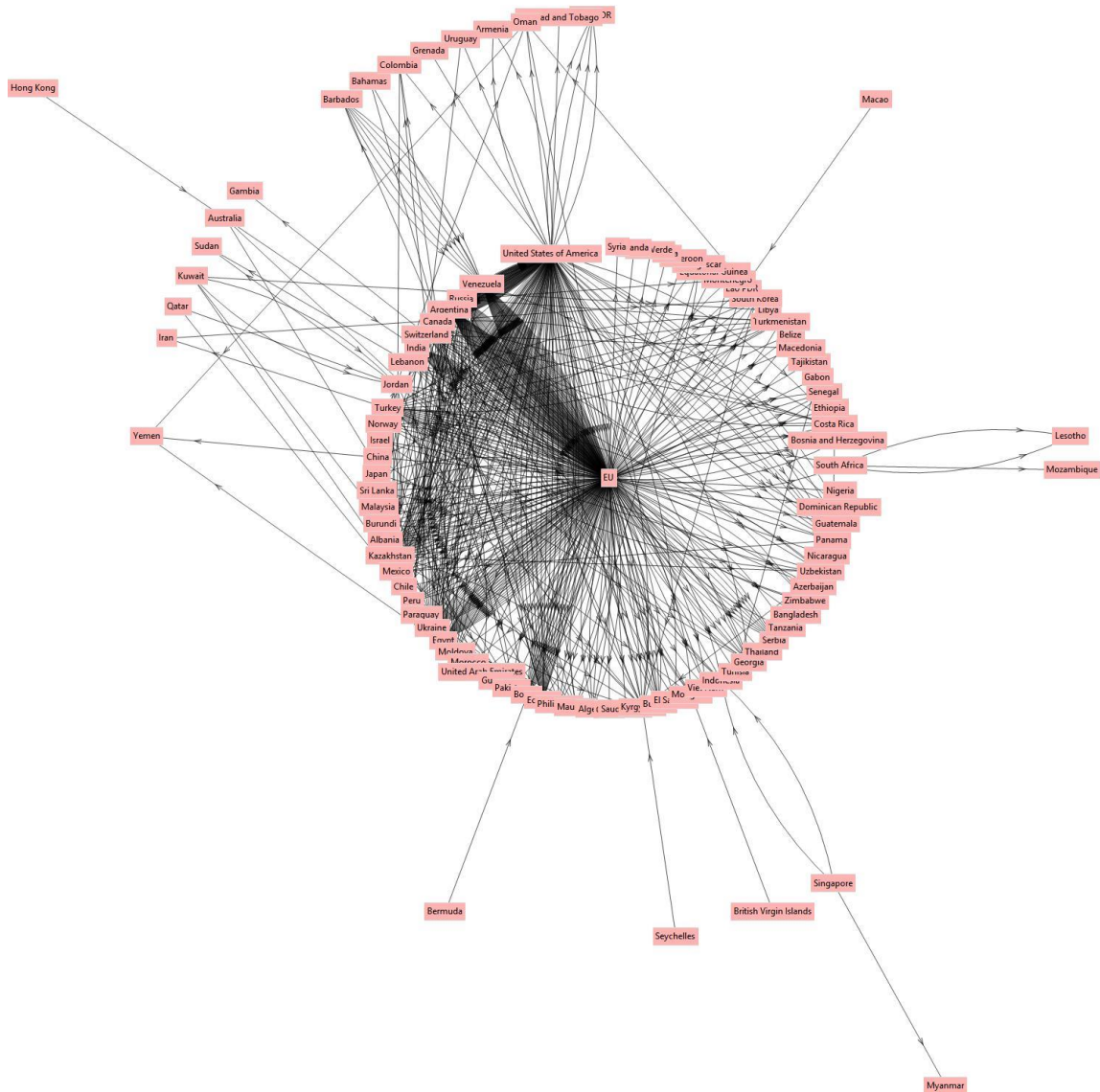
¹⁷² Stand: Juli 2018. Es wurde sich auf Staaten mit mehr als 20 Fällen beschränkt, da die Anzahl der ISDS-Fälle im Bereich der beklagten Staaten weniger stark konzentriert ist als dies bei den Heimatstaaten der Investoren der Fall ist.

Abbildung A-1: Nettotransfers des Staates als Anteil am Bruttonationaleinkommen in Entwicklungs- und Schwellenländern dargestellt nach Quartalen nach Amtsantritt (Jahre 1979-1998)

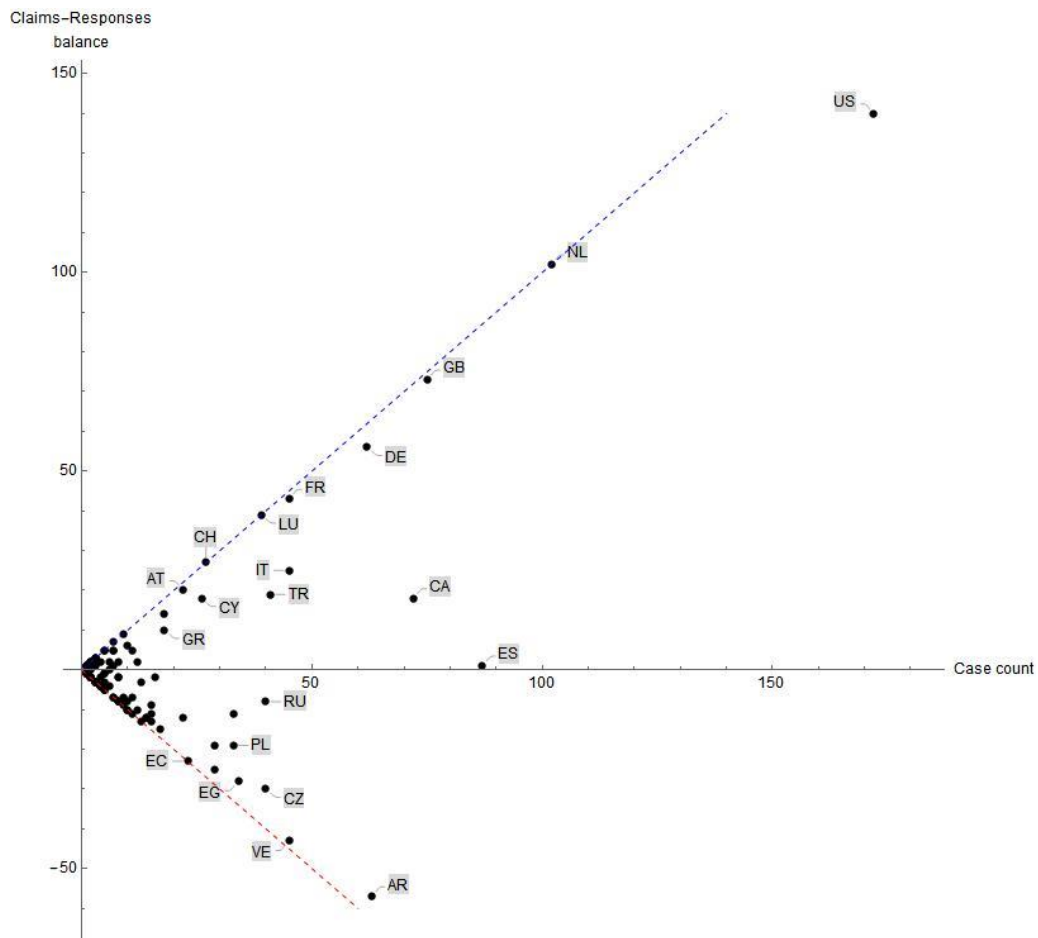


Quelle: Drazen, 2001, S. 97.

Abbildung A-2: Netzwerkdarstellung ISDS-Fälle, EU ins Zentrum gerückt, komplette Ansicht

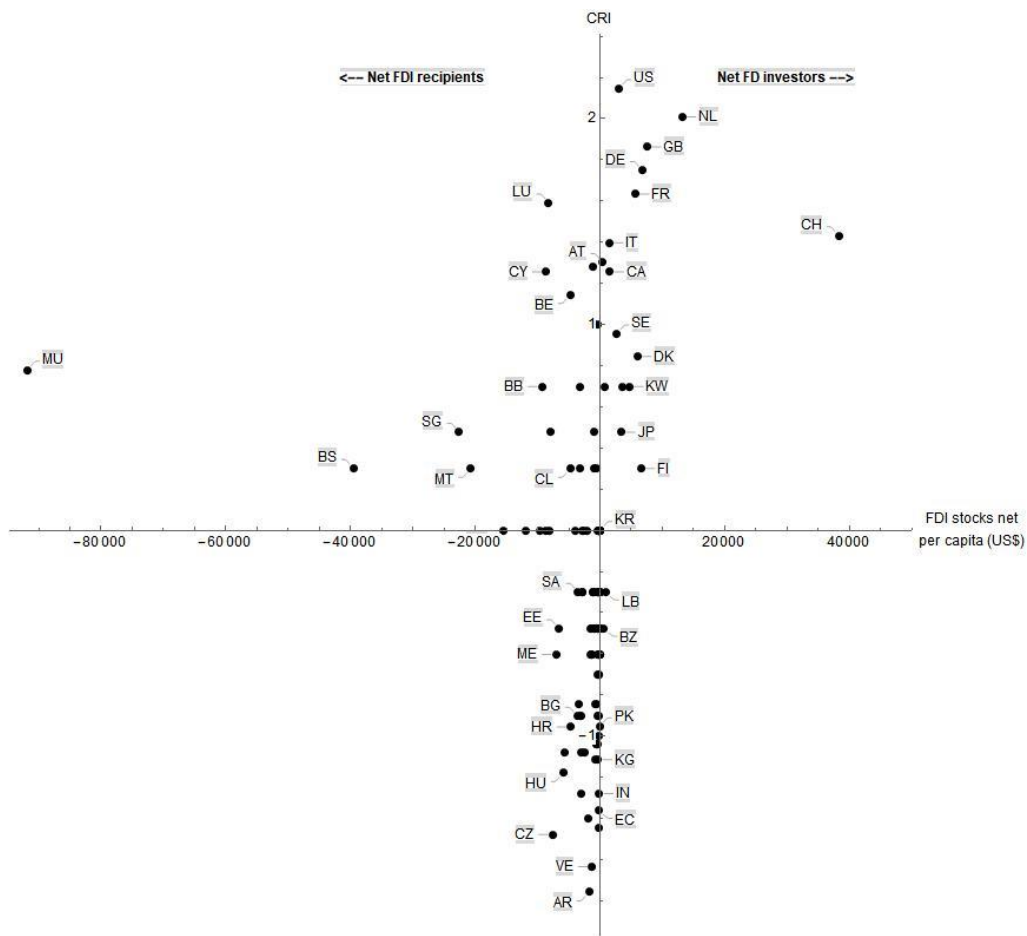


Quelle: Eigene Darstellung mit Daten der UNCTAD (2018a).

Abbildung A-3: Absolute Vorteile der Länder und zugehörige Anzahl an Fällen

Quelle: Eigene Berechnung und Darstellung mit Daten der UNCTAD (2018a).

Abbildung A-4: Netto FDI-Bestände pro Kopf und CR-Index



Quelle: Eigene Berechnung und Darstellung mit Daten von UNCTADstat (2018) und der UNCTAD (2018a).

Literaturverzeichnis

- Aisbett, E., Busse, M., & Nunnenkamp, P. (2018). Bilateral investment treaties as deterrents of host country discretion: the impact of investor-state disputes on foreign direct investment in developing countries. *Review of World Economics* 154(1), S. 119-155.
- Alfaro, L. (2017). Gains from Foreign Direct Investment: Macro and Micro Approaches. *World Bank Economic Review* 30, S. 2-15.
- Allee, T., & Peinhardt, C. (2011). Contingent Credibility: The Reputational Effects of Investment Treaty Disputes on Foreign Direct Investment. *International Organization* 65(3), S. 401-432.
- Andersen, T.-T., & Hindelang, S. (2016). The Day After: Alternatives to Intra-EU BITs. *Journal of World Investment and Trade* 18.
- Becker, G.-S. (1957). *The Economics of Discrimination*. Chicago: University of Chicago Press.
- Becker, G.-S. (1968). Crime and Punishment: An Economic Approach. *Journal of Economy* 76(2), S. 169-217.
- Bellak, C. (2013). *How Bilateral Investment Treaties Impact on Foreign Direct Investment: A Meta-analysis of Public Policy*. London, UK: University of Greenwich.
- Bellak, C. (2015). Economic Impact of Investment Agreements. Wien: *Working Paper Series Wirtschaftsuniversität Wien* 200.
- Bellak, C., & Chaisse, J. (2015). *The BitSel Index v.4.20*. Hong Kong.
- Bentham, J. (1789). *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. London: T. Payne and Son.
- Berger, A., Busse, M., Nunnenkamp, P., & Roy, M. (2013). Do Trade and Investment Agreements Lead to more FDI? Accounting for Key Provisions Inside the Black Box. *International Economics and Economic Policy* 10(2).

- Bernasconi-Osterwalder, N. (2015). *Rethinking Investment-Related Dispute Settlement*. Winnipeg: International Institute for Sustainable Development. Abgerufen am 30. April 2019 von <https://www.iisd.org/itn/2015/05/21/rethinking-investment-related-dispute-settlement/>
- Bernasconi-Osterwalder, N., Dommen, C., Abebe, M., & Mann, H. Z. (2018). *Harnessing Investment for Sustainable Development: Inclusion of investor obligations and corporate accountability provisions an trade and investment agreements*. Winnipeg: International Institute for Sustainable Development .
- Besch, M. (2008). *Schutz von Auslandsinvestitionen - Risikovorsorge durch Investitionsverträge*. Frankfurt am Main: Verlag Recht und Wirtschaft.
- Blum, U. (2017a). Wirtschaftskrieg - Rivalität ökonomisch zu denken. Halle: *Series in Political Economy and Economic Governance* 9(2).
- Blum, U. (2017b). *Grundlagen der Volkswirtschaftslehre*. Oldenbourg: Walter de Gruyter GmbH.
- Blum, U., & Growitsch, C. (2009). Volkswirtschaftliche Risiken der Regulierung. In U. Blum (Hrsg.), *Regulatorische Risiken*. S. 13-34. Halle: Schriften des Instituts für Wirtschaftsforschung Halle Band 29.
- Blum, U., Feldmann, B., & Nothnagel, P. (2018). Der Wirtschaftspolitische Rahmen. In U. Blum, W. Gleißner, P. Nothnagel, & M.-A. Veltins (Hrsg.), *Vade Mecum für Unternehmenskäufe* (S. 163-177). Wiesbaden: Springer-Gabler.
- Borensztein, E., De Gregorio, J., & Lee, J.-W. (1998). How does Foreign Direct Investment affect Economic Growth. *Journal of International Economics* 45, S. 115-135.
- Bottini, G. (2015). *Extending Responsibilities in International Investment Law*. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development and World Economic Forum.
- Braunberger, G. (2019). *Wie sich Inflation und Beschäftigung gegenseitig beeinflussen*. Frankfurter Allgemeine. Abgerufen am 30. April 2019 von <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/eurokrise/wie-sich-inflation-und-beschaeftigungsquote-beeinflussen-15337776.html>

- Bronckers, M. (2015). Is Investor State Dispute Settlement (ISDS) superior to litigation before domestic courts? *Journal of International Economic Law* 3, S. 655-677.
- Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz. (1961, Teil II). *Gesetz zu dem Vertrag vom 25. November 1959 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Pakistan zur Förderung und Schutz von Kapitalanlagen*. Bonn: Bundesgesetzblatt.
- Caddel, J., & Jensen, N.-M. (2014). Which host country government actors are most involved in disputes with foreign investors? *Columbia FDI Perspectives* 120.
- Campbell, C., Nappert, S., & Nottage, L.-R. (2014). Assessing Treaty Based Investor-State Dispute Settlement: Abandon, Retain or Reform. *Transnational Dispute Management* 11.
- Cavazzini, A. (2018). *Heinrich Böll Stiftung - Der Anfang vom Ende der Investor-Schiedsgerichtsbarkeit?* Abgerufen am 30. April 2019 von <https://www.boell.de/de/2018/03/13/der-anfang-vom-ende-der-investor-schiedsgerichtsbarkeit>
- Chiang, A.-C., Wainwright, K., & Nitsch, H. (2011). *Mathematik für Ökonomen*. München: Franz Vahlen.
- Choe, J. (2003). Do Foreign Direct Investment and Gross Domestic Investment Promote Economic Growth. *Review of Development Economics* 7(1), S. 44-57.
- Coase, R.-H. (1960). The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics* 3, S. 1-44.
- Colen, L., Persyn, D., & Guariso, A. (2016). Bilateral Investment Treaties and FDI: Does the Sector Matter? *World Development* 83, S. 193-206.
- Cruces, J.-J., & Trebesch, C. (2011). Sovereign Defaults: The Price of Haircuts. *CESifo Working Paper* 3604, S. 1-84.
- Dadsov, R., Hefeker, C., & Lorz, O. (2014). Natural Resource Production, Corruption, and Expropriation. *Joint Discussion Paper Series in Economics* 36.

- De Benedictis, L., & Salvatici, L. (2011). *The Trade Impact of European Union Preferential Policy. An Analysis through Gravity Models*. Berlin Heidelberg: Springer.
- Drazen, A. (2001). The Political Business Cycle After 25 Years. In B.-S. Bernanke, & K. Rogoff, *NBER Macroeconomics Annual 2000* (S. 75-138). Cambridge: MIT Press.
- Egger, P., & Merlo, V. (2007). The Impact of Bilateral Investment Treaties on FDI Dynamics. *The World Economy* 30(10), S. 1536-1549.
- Egger, P., & Winner, H. (2005). Evidence on Corruption as an Incentive for Foreign Direct Investment. *European Journal of Political Economy* 21, S. 932-952.
- Ellingsen, T., & Johannesson, M. (2004). Is There a Hold-up Problem? *Scandinavian Journal of Economics* 106(3), S. 475-494.
- Ellingsen, T., & Robles, J. (2002). Does Evolution Solve the Hold-Up Problem? *Games and Economic Behavior* 39, S. 28-53.
- Europäische Kommission (2015a). *Investment in TTIP and beyond - the path for reform*. Brüssel.
- Europäische Kommission (2015b). *Fact Sheet on Investment Protection in TTIP*. Brüssel.
- Europäische Kommission (2017). *State of the Union 2017 - A Multilateral Investment Court*. Brüssel.
- Europäische Kommission (2018). *Commission provides guidance on protection of cross-border EU investments - Questions and Answers*. Brüssel.
- Europäische Kommission (2019). *Overview of FTA and other Trade Negotiations - updated March 2019*. Brüssel.
- Europäisches Parlament (2012). *Verordnung (EU) Nr. 1219/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates*.
- Faras, R.-Y., & Ghali, K.-H. (2009). Foreign Direct Investment and Economic Growth: the Case of the GCC countries. *International Research Journal of Finance and Economics* 29, S. 134-145.

- Freedom House (2019). *Freedom in the World 2018 - Democracy in Crisis*. Abgerufen am 30. April 2019 von <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2018>
- Gaudrodger, D. (2018). *Appointing Authorities and the Selection of Arbitrators in Investor-State Dispute Settlement: An Overview*. Paris: OECD.
- Gaukrodger, D., & Gordon, K. (2012). Investor State Dispute Settlement - A Scoping Paper for the Investment Policy Community. *OECD Working Papers on International Investment 3*, OECD Publishing, Paris.
- Gharavi, H. (2015). ICSID Annulment Committees: The Elephant in the Room. *Global Arbitration Review 1*.
- Goldberg, V.-P. (1976). Regulation and Administered Contracts. *The Bell Journal of Economics 7*, S. 426-448.
- Griebel, J. (2008). *Internationales Investitionsrecht*. München: C.H. Beck.
- Haakson, K. (2010). Political Stability and Foreign Direct Investments. *International Journal of Economics and Finance 2(3)*, S. 59-71.
- Hallward-Driemeier, M. (2003). *Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a bit...and they could bite*. Washington: Weltbank.
- Hart, O., & Moore, J. (1988). Incomplete Contracts and Renegotiation. *Econometrica 56(4)*, S. 755-785.
- Hart, O., & Moore, J. (2008). Contracts as Reference Points. *Quarterly Journal of Economics 73*, S. 1-44.
- Hébert, B., & Schreger, J. (2015). *The Costs of Sovereign Default: Evidence from Argentina*. Cambridge: Harvard University.
- Herdegen, M. (2014). *Internationales Wirtschaftsrecht*. München: C.H. Beck.
- Hindelang, S., & Krajewski, M. (2016). Towards a More Comprehensive Approach in International Investment Law. In S. Hindelang, & M. Krajewski (Hrsg.), *Shifting Paradigms in International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press.
- ICSID (2006). *ICSID Convention, Regulations and Rules*. Washington.
- ICSID (2016). *ICSID 2016 Annual Report*. Washington.

- ICSID (2017a). *About ICSID*. Abgerufen am 04.. März 2017 von <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Pages/default.aspx>
- ICSID (2017b). *ICSID and the World Bank Group*. Abgerufen am 04.. März 2017 von <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Pages/ICSID%20And%20The%20World%20Bank%20Group.aspx>
- ICSID (2017c). *ICSID Convention*. Abgerufen am 04. März 2017 von <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsidocs/ICSID-Convention.aspx>
- ICSID (2018). *ICSID 2018 Annual Report*. Washington.
- Ilie, L. (2018). *What is the Future of Intra-EU BITs?* Kluwer Arbitration Blog. Abgerufen am 30. April 2019 von <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/01/21/future-intra-eu-bits/>
- International Chamber of Commerce (2016). *Internationaler Schiedsgerichtshof der ICC*. Abgerufen am 02.. März 2016 von <http://www.iccgermany.de/icc-institutionen/icc-internationaler-schiedsgerichtshof-schiedsgericht-schiedsverfahren.html>
- International Institute for Sustainable Development (2016). *Investment Treaty News. CETA signed; Canada and European Union to "work expeditiously" on creating a Multilateral Investment Court*. Abgerufen am 30. Januar 2017 von <https://www.iisd.org/itn/2016/12/12/ceta-signed-canada-and-european-union-to-work-expeditiously-on-creating-a-multilateral-investment-court/>
- Janeba, E. (2016). *Regulatory Chill and the Effect of Investor State Dispute Settlement. CESifo Working Papers 6188*.
- Jarka, B.-O. (2018). *The Decimation of the Intra EU BITs. Challenges of the Knowledge Society*, S. 532-538.
- Jennings, M. (2016). *The International Investment Regime and Investor-State Dispute Settlement: States Bear the Primary Responsibility for Legitimacy. Business Law International 17*, S. 127-151.
- Kaplow, L., & Shavell, S. (2002). *Economic Analysis of Law*. In A. Auerbach, & M. Feldstein (Hrsg.), *Handbook of Public Economics*, S. 1661-1784. Elsevier.

- Khan, M.-M., & Akbar, M.-I. (May 2013). The Impact of Political Risk on Foreign Direct Investment. *Munich Personal RePEc Archive*.
- Klein, B., Crawford, R.-G., & Alchian, A.-A. (1978). Vertical Integration; Appropriate Rents, and the Competitive Contracting Process. *Journal of Law and Economics* 21, S. 297-326.
- Klein, M. (2014). Investitionsschutzabkommen: bitte nicht noch ein BIT. *Wirtschaftsdienst* 7, S. 463-467.
- Klein, M., & Engelhardt, J. (2015). Weltwirtschaftssystem. In W. Woyke, & J. Varwick (Hrsg.), *Handwörterbuch Internationale Politik*, 13. Auflage. S. 542-552. Opladen: Barbara Budrich.
- Kleinheisterkamp, J. (2014). *Is there a Need for Investor-State Arbitration in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)?* London School of Economics and Political Science.
- Klett, J. (2016). National Interest vs. Foreign Investment - Protecting Parties through ISDS. *Tulane Journal of International and Comparative Law* 25, S. 213-237.
- Klodt, H., & Lang, S. (2015). Treaty Shopping beim Investorenschutz. *Wirtschaftsdienst* 7, S. 482-486.
- Kohler, W., & Stähler, F. (2016). The Economics of Investor Protection: ISDS versus National Treatment. *CESifo Working Papers* 5766.
- Kriebaum, U. (2015). The Fate of Intra-EU BITS from an Investment Law and Public International Law Perspective. *ELTE Law Journal* 27, S. 27-35.
- Kydland, F.-E., & Prescott, E.-C. (1977). Rules Rather than Discretion: The Inconsistency of Optimal Plans. *The Journal of Political Economy* 85(3), S. 473-492.
- Li, Q. (2009). Democracy, Autocracy, and Expropriation of Foreign Direct Investment. *Comparative Political Studies* 42(8), S. 1098-1127.
- Liu, Z., Xu, Y. W., & Akamavi, R. (2016). A Pendulum Gravity Model of Outward FDI and Export. *International Business Review* 25(6), S. 1356-1371.
- Lucas, R.-E. (1990). Why doesn't capital flow from rich to poor countries. *American Economic Review* 80(2), S. 92-96.

- Maggi, G., & Staiger, R.-W. (2008). On the role and design of dispute settlement procedures in international trade agreements. *NBER Working Paper 14067*.
- Malmström, C. (2015). *Discussion on Investment in TTIP at the meeting of the International Trade Committee of the European Parliament*. Brüssel: Europäische Kommission.
- Monaldi, F. (2001). *Sunk-Costs, Institutions, and Commitment: Foreign Investment in the Venezuelan Oil Industry*. Stanford University.
- Muchlinski, P. (2016). Negotiating New Generation International Investment Agreements - New Sustainable Development Oriented Initiatives. In S. Hindelang, & M. Krajewski, *Shifting Paradigms in International Investment Law*, S. 44-64. Oxford: Oxford University Press.
- Nagy, C.-I. (2018). Intra-EU Bilateral Investment Treaties and EU Law After Achmea: "Know Well What Leads You Forward and What Holds You Back". *German Law Journal* 19(4), S. 981-1016.
- Neumayer, E., & Spess, L. (2005). Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries? *World Development* 33(10), S. 1567-1585.
- Nikièma, S. (2012). *Best Practices. Indirect Expropriation*. Winnipeg: International Institute for Sustainable Development.
- Non Paper. (2016). *Non Paper from Austria, Finland, France, Germany and the Netherlands*. Abgerufen am 30. April 2019 von <https://www.rijksoverheid.nl/>
- Nordhaus, W. (1975). The Political Business Cycle. *The Review of Economic Studies* 42(2), S. 169-190.
- Nowrot, K. (2016). Termination and Renegotiation of International Investment Agreements. In S. Hindelang, & M. Krajewski (Hrsg.), *Shifting Paradigms in International Investment Law: more balanced, less isolated, increasingly diversified*, S. 227-265. Oxford: Oxford University Press.
- Oberhammer, P. (2015). §16 Streitbeilegung durch Schiedsgerichte im internationalen privaten Wirtschaftsrecht. In C. Tietje (Hrsg.), *Internationales Wirtschaftsrecht, 2.Auflage*. S. 863-885. Berlin : De Gruyter.

- OECD (2004). "Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law. *OECD Working Papers on International Investment*.
- OECD (2008). *OECD Benchmark Definition of Foreign Investment*. Paris: OECD Publishing.
- OECD (2012). *Investor-State Dispute Settlement. Public Consultation: 16 May - 9 July 2012*. Paris: Directorate for Financial and Enterprise Affairs.
- Pantulu, J., & Poon, J. (2003). Foreign Direct Investment and International Trade: Evidence from the US and Japan . *Journal of Economic Geography* 3(3), S. 241-259.
- Pathirana, D. (2017). *A Look into China´s Slowly Increasing Appearance in ISDS Cases*. Winnipeg: International Institute for Sustainable Development. Abgerufen am 30. April 2019 von <https://www.iisd.org/itn/2017/09/26/a-look-into-chinas-slowly-increasing-appearance-in-isds-cases-dilini-pathirana/>
- Peinhardt, C., & Wellhausen, R.-L. (2016). Withdrawing from Investment Treaties but Protecting Investment. *Global Policy* 7(4).
- Petrou, A.-P., & Thanos, I.-C. (2014). The "Grabbing Hand" or the "Helping Hand" View of Corruption: Evidence from Bank Foreign Market Entries. *Journal of World Business* 49, S. 444-454.
- Phillips, A.-W. (1958). The Relation Between Unemployment and the Rate of Money Wage Rates in the United Kingdom 1861-1957. *Economica* 25(100), S. 283-299.
- Pies, I. (2017). *Ökonomische Bildung 2.0 - Eine ordonomische Perspektive. Diskussionspapier des Lehrstuhls für Wirtschaftsethik*.
- Pohl, J. (2018). Societal benefits and costs of International Investment Agreements. *OECD Working Papers on International Investments*.
- Quick, R. (2015). Why TTIP Should Have an Investment Chapter Including ISDS. *Journal of World Trade* 49, S. 199-210.
- Ranjan, P., Singh, H.-V., & James, K. S. (2018). India´s Model Bilateral Investment Treaty - Is India too Risk Averse? *Brookings India IMPACT Series 082018*.

- Reinisch, A. (2015a). § 18 Die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten. In C. Tietje (Hrsg.), *Internationales Wirtschaftsrecht, 2.Auflage*. S. 925-946. Berlin: Walter de Gruyter.
- Reinisch, A. (2015b). §8 Internationales Investitionsschutzrecht. In C. Tietje (Hrsg.), *Internationales Wirtschaftsrecht, 2. Auflage*. S. 398-433. Berlin: Walter de Gruyter.
- Rogerson, W.-P. (1992). Contractual Solutions to the Hold-Up Problem. *The Review of Economic Studies* 59, S. 777-793.
- Salacuse, J.-W. (2007). Is there a better way? Alternative Methods of treaty-based, investor-state dispute resolution. *Fordham International Law Journal* 31(1), S. 138-185.
- Sasse, J. (2011). *An Economic Analysis of Bilateral Investment Treaties*. Wiesbaden: Springer.
- Schill, S.-W. (2015). *Reforming Investor-State-Dispute-Settlement (ISDS): Conceptual Framework and Options for the Way Forward*. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development/World Economic Forum.
- Schwintowski, H. (1998). Ökonomische Theorie des Rechts. *Juristenzeitung* 53(12), S. 581-636.
- Skinner, M., Miles, C.-A., Luttrell, & S. (2010). Access and advantage in investor-state arbitration: The law and practice of treaty shopping. *The Journal of World Energy Law & Business* 3(3), S. 260-285.
- Skovgaard Poulsen, L.-N., & Aisbett, E. (2013). When the Claim Hits: Bilateral Investment Treaties and Bounded Rational Learning. *World Politics* 65(2), S. 273-313.
- Stockholm Chamber Of Commerce (2016). *ISDS Blog*. When States File Claims against Investors in ISDS. Abgerufen am 30. April 2019 von <http://isdsblog.com/2016/04/04/when-states-file-claims-against-investors-in-isds/>

- The Economist (2014). *Free-trade agreements: A better way to arbitrate*. London: The Economist Newspaper Limited. Abgerufen am 30. April 2019 von <https://www.economist.com/leaders/2014/10/11/a-better-way-to-arbitrate>
- The Economist (2014). *The arbitration game. Governments are souring on treaties to protect foreign investors*. London: The Economist Newspaper Limited. Abgerufen am 30. April 2019 von <http://www.economist.com/news/finance-and-economics/21623756-governments-are-souring-treaties-protect-foreign-investors-arbitration>
- The Economist (2017). *Argentina is admitted to a widely tracked bond index*. London: The Economist Newspaper Limited. Abgerufen am 30. April 2019 von <https://www.economist.com/finance-and-economics/2017/01/14/argentina-is-admitted-to-a-widely-tracked-bond-index>
- The Economist (2019). *The collapse of the Trans-Pacific-Partnership*. London: The Economist Newspaper Limited. Abgerufen am 30. April 2019 von <https://www.economist.com/the-economist-explains/2016/11/23/the-collapse-of-the-trans-pacific-partnership> abgerufen
- Tienhaara, K. (2018). Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement. *Transnational Environmental Law* 7(2), S. 229-250.
- Tietje, C. (2011). Bilaterale Investitionsschutzverträge zwischen EU-Mitgliedsstaaten (Intra-EU-BITs) als Herausforderung im Mehrebenensystem des Rechts. *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* 104.
- Tietje, C. (2015a). § 15 Außenwirtschaftsrecht. In C. Tietje (Hrsg.), *Internationales Wirtschaftsrecht*, 2. Auflage. S. 792-862. Berlin: De Gruyter.
- Tietje, C. (2015b). Ein internationales Handels- und Schiedsgericht für CETA (und TTIP)? *Policy Papers on Transnational Economic Law* No. 42.
- Tietje, C., & Baetens, F. (2014). *The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership*.

- Titi, C. (2017). The European Union's Proposal for an Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead. *Transnational Dispute Management* 1.
- Tröger, T. (2002). Why Sunk Costs Matter for Bargaining Outcomes: An Evolutionary Approach. *Journal of Economic Theory* 102(2), 375-402.
- UN (2019). *General Assembly of the United Nations*. Abgerufen am 30. April 2019 von <https://www.un.org/en/ga/>
- UNCITRAL (1958). *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Tribunal Awards*. New York: United Nations Commission on International Trade Law.
- UNCITRAL (2016). *United Nations Commission on International Trade Law*. Abgerufen am 15. 02 2016 von <http://www.uncitral.org/uncitral/en/index.html>
- UNCITRAL (2018). *Status Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)*. Von http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html. abgerufen
- UNCTAD (2007). *Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking*. Genf: United Nations Publication.
- UNCTAD (2013). *World Investment Report - Global Value Chains: Investment and Trade for Development*. Geneva: United Nations Publication.
- UNCTAD (2015a). *World Investment Report 2015 - Reforming International Investment Governance*. Geneva: United Nations Publication.
- UNCTAD (2015b). *Investment Policy Framework*. New York: United Nations.
- UNCTAD (2015c). *Recent Trends in IIAS and ISDS*. Genua.
- UNCTAD (2016). *Investment Policy Monitor Issue 16*. Genf: UNCTAD.
- UNCTAD. (2017a). *Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2016*. Geneva: United Nations Conference on Trade and Development.
- UNCTAD (2017b). *Improving Investment Dispute Settlement: UNCTAD Policy Tools. IIA Issues Note 4*.

- UNCTAD (2018a). *Investment Policy Hub - Investment Dispute Settlement Navigator*. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>
- UNCTAD (2018b). *Investment Policy Hub - International Investment Agreements Navigator*. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>
- UNCTAD (2018c). *Investment Policy Hub -International Investment Agreements Navigator. Terminology*. Abgerufen am 30. April 2019 von <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>
- UNCTAD (2018d). *Fact Sheet on Intra-European Union Investor-State Arbitration Cases*. Geneva: United Nations Conference on Trade and Development.
- UNCTAD (2018e). *Recent Developments in the International Investment Regime*. Genf.
- UNCTAD (2018f). *Investor_State Dispute Settlement: Review of Developments in 2017*. Geneva: United Nations Conference on Trade and Development.
- UNCTADstat (2018). FDI: Inward and Outward flows and stocks. Genf: UNCTAD.
- Van Aaken, A. (2019). The International Investment Protection Regime through the Lens of Economic Theory. In M. Waibel, A. Kaushal, K.-H. Chung, & C. Balchin(Hrsg.), *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality* (S. 537-554). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- Van Harten, G. (2015). A Parade of Reforms: The European Commission's Latest Proposal for ISDS. *Legal Studies Research Paper Series* 11(5).
- Van Harten, G. (2016). The European Commission and UNCTAD Reform Agendas. In S. Hindelang, & M. Krajewski (Hrsg.), *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated; Increasingly Diversified*. Oxford: Oxford University Press.
- Van Os, R., & Knottnerus, R. (2011). *Dutch Bilateral Investment Treaties - A gateway to „treaty shopping“ for investment protection by multinational corporations for investment protection*. Amsterdam: SOMO Centre for Research on Multinational Corporations.
- Veltins, M. (2014). Rivalität der Rechtssysteme: Forum Shopping - ist die Zuständigkeit der Justiz grenzenlos? In U. Blum (Hrsg.), *Economic*

- Governance und Ordonomik - Beiträge zur wissenschaftlichen Tagung an der Leucorea in Wittenberg*. S. 195-204. Halle: Series in Political Economy and Economic Governance 3.
- Veltins, M. (2018). Schiedsgerichtsbarkeit im internationalen Handel von der Frühzeit bis heute. In C. Growitsch, S. Loose, & R.-B. Wehspohn (Hrsg.), *Beiträge zur Wirtschaftspolitik und- forschung - Festschrift anlässlich der Emeritierung von Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Blum*. S. 259-282. Halle: Center for the Economics of Materials (CEM).
- Voon, T., & Mitchell, A.-D. (2017). Ending International Investment Agreements: Russia's Withdrawal from Participation in the Energy Charter Treaty. *AJIL Unbound* 111.
- Waibel, M., Kaushal, A., Chung, K.-H., & Balchin, C. (2010). The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality. In *The Backlash Against Investment Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- Wells, L.-T. (2010). Backlash to Investment Arbitration: Three Causes. In W. Waibel, A. Kaushal, K.-H. Chung, & C. Balchin (Hrsg.), *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*. S. 341-352. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- Williamson, O.-E. (1971). The Vertical Integration of Production : Market Failure Considerations. *The American Economic Review* 61, S. 112-123.
- WTO (2016). *Understanding the WTO: Settling Disputes. A unique contribution*. Abgerufen am 10. November 2016 von https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/disp1_e.htm