

Wissenschaftlicher Beirat
beim Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi)

**Zur Notwendigkeit und Ausgestaltung von internationalen
Investitionsförder- und -schutzverträgen (IFV)**

Stand: 27. April 2018

Inhaltsverzeichnis

I. Einführung.....	1
II. Die rechtliche Ausgestaltung von IFV	3
III. Die ökonomischen Wirkungen von IFV: grundlegende Überlegungen	8
IV. Zur Ausgestaltung von IFV.....	11
V. Empirische Evidenz zu IFV	17
VI. Wirtschaftspolitische Empfehlungen des Beirates	21
Literatur	27
Mitglieder.....	31

Der Wissenschaftliche Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Energie hat sich in mehreren Sitzungen, zuletzt am 27. April 2018, mit dem Thema

Zur Notwendigkeit und Ausgestaltung von internationalen Investitionsförder- und -schutzverträgen (IFV)

befasst und ist dabei zu der nachfolgenden Stellungnahme gelangt:

I. Einführung

Der Schutz von Investitionen im Ausland durch völkerrechtliche Verträge ist in den vergangenen Jahren massiv in die politische Diskussion geraten. Beispiele dafür sind die Verhandlungen über eine transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP) mit den USA und der schwierige Ratifikationsprozess des umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens (CETA) der EU mit Kanada. TTIP liegt zwar derzeit auf Eis,¹ könnte aber wieder auf den Tisch kommen, wenn die US-Regierung ihre Einstellung ändert. Zu CETA haben die Gegner das Bundesverfassungsgericht angerufen. Dieses hat eine einstweilige Verfügung abgelehnt, aber das Hauptverfahren kommt noch.

Investitionsförder- und -schutzverträge (IFV) sind völkerrechtliche Abkommen, die das Ziel haben, grenzüberschreitende Direktinvestitionen zu ermutigen, indem sie die Investoren gegen grob rechtsstaatswidrige Maßnahmen der Gaststaaten schützen. Sie verlangen typischerweise, dass die Gastländer ausländische Investoren bei Enteignung finanziell entschädigen. Dabei geht es nicht nur um den Schutz vor direkter Enteignung (Entzug der Rechtsinhaberschaft) sondern auch vor *indirekter* Enteignung. Die IFV verstehen unter letzterem üblicherweise eine regulatorische Maßnahme, die den Wert der Investition für die Eigentümer signifikant verringert, ohne dass es dabei zu einer Eigentumsübertragung kommt. IFV enthalten typischerweise eine ganze Reihe von so genannten „*carve outs*“, die ihren Anwendungsbereich eingrenzen.

Die Ziele von IFV sind die Eindämmung opportunistischen Verhaltens der heimischen Politik und die Förderung rechtsstaatlicher Prinzipien. IFV können mithin auch als Instrumente zur Eindämmung von schädlichem Populismus in der Wirtschaftspolitik verstanden werden.

¹ Nach der Wahl von US-Präsident Donald Trump sagte die EU-Handelskommissarin Cécilia Malmström „*For quite some time TTIP will probably be in the freezer and then what happens when it is defrosted, we will have to wait and see.*“

Zur Durchsetzung der vertraglichen Verpflichtungen enthalten IFV regelmäßig Streitschlichtungsmechanismen, die es ausländischen Investoren erlauben, bei vermuteter Vertragsverletzung gegen die Zielländer in so genannten Investor-Staat-Schiedsgerichten außerhalb des heimischen Rechtssystems vorzugehen.

Kritiker der IFV beklagen die Errichtung einer Paralleljustiz, weil die Rechtsdurchsetzung durch Instanzen außerhalb der ordentlichen heimischen Gerichtsbarkeit erfolgt. Sie stellen die Unparteilichkeit der Schiedsgerichte in Frage und verweisen auf Anreizprobleme bei der Benennung von Richtern. Außerdem haben sie Sorge, dass der Schutz vor indirekter Enteignung zu einer unverhältnismäßigen Einengung staatlichen Regulierungshandelns („*regulatory chill*“) und zu hohen Schadensersatzzahlungen führt. Diese Bedenken haben zu einer Reform des Investitionsschutzrechtes der EU geführt, die den einen zu weit, den anderen nicht weit genug geht und die noch nicht abgeschlossen ist. Auch Entwicklungs- und Schwellenländer sehen IFV zunehmend kritisch. So haben Bolivien, Indien, Indonesien und Südafrika ihre IFV mit Deutschland gekündigt und diese durch unilaterale Investitionsgesetze ersetzt, oder sie schlagen neue IFV nach ihren Modellen vor.

Der Beirat nimmt die Diskussion zum Anlass, zur grundsätzlichen Notwendigkeit und zur Ausgestaltung von IFV Stellung zu nehmen.

In der Debatte um IFV geht es auch um das Verhältnis der EU-Mitgliedsstaaten zu den europäischen Institutionen. Seit dem Vertrag von Lissabon (2009) liegt die Kompetenz zur Regulierung der ausländischen Direktinvestitionen bei der EU. Der Europäische Rat beauftragt die Kommission, Verhandlungen zu IFV mit Drittstaaten zu führen. Zuständig für die Beschlussfassung sind Rat und Europäisches Parlament. Insoweit die Streitbeilegungsverfahren verfassungsrechtliche Fragen aufwerfen, geht es daher auch um das Verhältnis zwischen deutschem Verfassungsrecht und Europarecht.

Die Zuständigkeitsfrage verkompliziert sich, wenn so genannte gemischte Abkommen verhandelt werden. Das ist nach Meinung des Europäischen Gerichtshofes dann der Fall, wenn ein IFV neben Direktinvestitionen auch andere Investitionstypen abdeckt oder Investor-Staat-Schiedsgerichte vorgesehen sind. Hier müssen neben dem europäischen Gesetzgeber auch alle nationalen Gesetzgeber zustimmen. Die damit verbundenen Probleme können die etwaigen Vorteile aus gemischten Abkommen aufwiegen.

Das vorliegende Gutachten versucht, Antworten auf die folgenden Fragen zu geben: Welche ökonomische Rechtfertigung von IFV gibt es und wie wirken diese? Welche Typen von Investitionen sollten IFV umfassen? Welchen Schutz

sollten IFV bieten? Wie können berechtigte Regulierungsvorhaben weiter ermöglicht und Flexibilität im Regulierungshandeln erhalten werden? Wie sollen die Bestimmungen von IFV rechtlich durchgesetzt werden? Sollten IFV im Rahmen umfassender Handels- und Investitionspartnerschaften verhandelt und beschlossen werden oder als alleinstehende Verträge? Wie sind die jüngsten Entwicklungen in der EU hinsichtlich einer Modernisierung der IFV zu bewerten?

Der folgende zweite Abschnitt des Gutachtens enthält zunächst eine kurze Beschreibung der typischen Elemente von IFV und eine Vorschau auf die wichtigsten Streitfragen. Im dritten Abschnitt wird erörtert, welche ökonomische Rechtfertigung für die Existenz von IFV ins Feld geführt werden kann. Der vierte Abschnitt des Gutachtens beschäftigt sich mit der Ausgestaltung von IFV. Hier wird vor allem auf die Notwendigkeit hingewiesen, dass die Rechtsdurchsetzungsinstanzen unabhängig sein müssen und die Kompensationszahlungen entgangene Gewinne der Investoren nicht übersteigen dürfen. Der fünfte Teil beschreibt die empirische Evidenz. Vor allem für Entwicklungsländer zeigt der weitaus größte Teil der existierenden ökonometrischen Untersuchungen, dass IFV in der Tat neue Investitionen anregen; für entwickelte Staaten liegt allerdings kaum belastbare Evidenz vor. Das Gutachten endet mit einer Zusammenfassung der wichtigsten wirtschaftspolitischen Schlussfolgerungen.

II. Die rechtliche Ausgestaltung von IFV

Deutschland hat seit 1959 mehr als 130 bilaterale Investitionsschutzverträge abgeschlossen, überwiegend mit Schwellen- und Entwicklungsländern und, seit 1986, mit den Transformationsländern Osteuropas.² Außerdem ist die Bundesrepublik Partei des Energiecharta-Vertrages, eines multilateralen IFV im Energiesektor, der auch die EU-Länder umfasst. Seit dem Abschluss des nordamerikanischen Freihandelsabkommens NAFTA im Jahr 1994 sind immer mehr Länder (und die EU) dazu übergegangen, Bestimmungen zum Investitionsschutz in Freihandelsabkommen zu integrieren. Weltweit waren zum Ende des Jahres 2016 mehr als 3000 alleinstehende oder in Freihandelsabkommen integrierte IFV in Kraft.

² Der erste moderne IFV überhaupt wurde zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Pakistan im Jahre 1959 abgeschlossen. Dieser Vertrag sah noch Staat-Staat-Streitschlichtung vor. Das erste Abkommen mit Investor-Staat-Streitbeilegung ist jenes zwischen den Niederlanden und Indonesien aus dem Jahr 1968.

Mit dem Vertrag von Lissabon ist die politische Zuständigkeit für ausländische Direktinvestitionen (ADI) im Jahr 2009 auf die EU übergegangen (Art. 207 AEUV). Die EU-Kommission hat damit die Möglichkeit, im Auftrag des Europäischen Rates für die EU und die 28 EU-Mitgliedsstaaten Abkommen zum Investitionsschutz zu verhandeln. Diese sollen an die Stelle der bilateralen Abkommen der einzelnen Mitgliedsstaaten treten.³

Zunächst scheint es sinnvoll, einen Überblick darüber zu geben, welche Rechtsgüter von IFV typischerweise geschützt werden.⁴ Dabei geht es, wie in klassischen Freihandelsabkommen, um relative Standards, zum Beispiel Nicht-diskriminierung ausländischer Investoren im Vergleich zu einheimischen, aber auch um absolute Standards, wie Eigentumsschutz.

Die IFV schützen bereits getätigte Investitionen (*post establishment*), nur ein kleiner Anteil von weniger als 10% aller existierenden Verträge liberalisiert auch den Marktzugang für ausländische Investoren (UNCTAD, 2015). Die deutschen IFV enthalten keine Marktliberalisierung. Dies geschieht typischerweise in Freihandelsabkommen. Rechtsschutz wird dann von den dort üblichen Staat-Staat-Streitschlichtungsverfahren gewährt.

IFV bieten einen absoluten **Schutz vor direkter und indirekter unrechtmäßiger Enteignung** (engl. *protection from unlawful expropriation*); siehe Art. 4(2) des deutschen Muster-IFV aus 2008.⁵ Als indirekte Enteignung gelten Maßnahmen, „die in ihren Auswirkungen einer Enteignung oder Verstaatlichung gleichkommen“ (z.B. durch den Entzug einer Betriebsgenehmigung), ohne dass der Investor seiner Eigentumsrechte am Vermögensgegenstand verlustig geht. Es wird typischerweise nicht der Bestand des Eigentums geschützt, sondern nur sein Wert. Die Abkommen stellen Bedingungen auf, die eine Enteignung erfüllen muss, sie verbieten die Enteignung an sich aber nicht. Zu den in den Abkommen aufgestellten Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen gehören das Handeln im öffentlichen Interesse, ein nicht-diskriminierender Charakter, die Einhaltung eines ordnungsgemäßen Verfahrens (engl. *due process*), sowie die Zahlung einer sofortigen, adäquaten und effektiven Entschädigung.

³ Die EU Mitglieder unterhalten unter sich fast 200 IFV, meist zwischen den alten EU-Mitgliedsstaaten und den seit 2004 beigetretenen neuen Mitgliedern. Ein Urteil des EuGH vom 6. März 2018 erklärt die in diesen Verträgen enthaltenen Schiedsgerichtsklauseln allerdings für nicht mit dem Unionsrecht vereinbar.

⁴ Für gute Einführungen in das internationale Investitionsschutzrecht siehe Dolzer und Schreuer (2012); für den Bezug zum Europarecht siehe Bungenberg et al. (2010).

⁵ Hier wird der deutsche Mustervertrag in seiner im Investmentpolicyhub der UNCTAD hinterlegten Fassung verwendet (Übersetzung des International Investment Law Center an der Universität Köln).

Die genaue Abgrenzung einer zulässigen Regulierung von einer unzulässigen indirekten Enteignung ist schwierig und die Kodifizierung lässt daher zwangsläufig Interpretationsspielräume offen. So zählt zum Beispiel der deutsche Mustervertrag (in der aktuellen Fassung aus dem Jahr 2008) Beispiele für eine Verletzung der Meistbegünstigung auf, wobei darunter auch „sonstige Maßnahmen mit ähnlicher Auswirkung“ fallen, „Maßnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu treffen sind“, jedoch als ausgenommen gelten (Art. 3(2)3). Unbestimmte Rechtsbegriffe tauchen auch in anderen Rechtsvorschriften auf und sind *per se* keine Eigenheit von IFV; ihre Auslegung ergibt sich in der wiederholten Rechtsprechung. Kritiker bemängeln aber, dass die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe bei IFV besonders problematisch sei, weil Investor-Staat-Schiedsgerichte hinsichtlich ihrer Ausgestaltung nicht den Standards „normaler“ Gerichte entsprechen (Eberhardt, 2014). Die reformierten Verträge der EU (z.B. CETA Art. 8) können die Problematik nicht grundsätzlich beheben, auch wenn sie sehr viel ausführlicher formulieren, als die alten Texte taten, und die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Verfahren besser abgesichert sind; mehr dazu weiter unten.

Ein zweiter absoluter Schutzstandard ist jener der **gerechten und billigen Behandlung** (engl. *fair and equitable treatment, FET*); siehe Art 2 II des deutschen Muster-IFV aus 2008. Er geht über *due process* hinaus, indem er das rechtsstaatliche Prinzip der Beständigkeit rechtlicher Normen, die Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns sowie den Grundsatz des Vertrauensschutzes umfasst (Dolzer und Schreuer, 2012). Der Standard gilt beispielsweise als verletzt, wenn der Staat „berechtigte Erwartungen“ des Investors enttäuscht hat, zum Beispiel durch die Zurücknahme einer zuvor gegebenen Zusicherung. Wegen seiner begrifflichen Weite wird eine Verletzung des FET häufig geltend gemacht und von Kritikern als vage kritisiert. Das CETA-Abkommen stellt in dieser Hinsicht einen wesentlichen Fortschritt gegenüber älteren Verträgen dar. So wird erschöpfend aufgezählt, was unter gerechter und billiger Behandlung zu verstehen ist (Art. 8.10.2). Es wird festgestellt, dass Regelungen, die die Gewinnerwartungen eines Investors negativ verändern, keinen Verstoß darstellen (Art. 8.9.2), es sei denn, die Erwartungen sind durch eine „spezifische Erklärung“ des Gaststaates begründet (Art. 8.10.4).

Ein dritter Standard gewährt **umfassenden Schutz und Sicherheit** (engl. *full protection and security*); siehe Art 4 I des deutschen Muster-IFV aus 2008. Der Standard sichert, dass Staaten das Eigentum ausländischer Investoren vor der Bedrohung durch Naturgewalten oder kriminelle Akte schützen (Dolzer und Schreuer, 2012). Er ist notwendig, um Investoren gegen ein rechtswidriges Un-

terlassen von angemessenen Schutzvorkehrungen durch den Staat abzuschern.

Ferner enthalten IFV häufig so genannte **Schirmklauseln** (engl. *umbrella clauses*); siehe Art. 7 II des deutschen Muster-IFV. Der Gaststaat verpflichtet sich, sämtliche Verpflichtungen, die er gegenüber dem Investor eingegangen ist, einzuhalten. Damit werden alle Zusagen, die ein Staat gemacht hat, zum Beispiel in einfachen Verträgen, Gegenstand des völkerrechtlichen IFV und können eingeklagt werden. Kritiker beklagen zu Recht, dass so der Anwendungsbereich des IFV auf eine wenig überschaubare Fülle von weiteren rechtlichen Abmachungen ausgeweitet würde und auf diese dann auch der Klageweg über Schiedsgerichte anwendbar sei. Im CETA-Abkommen wird auf solche Klauseln verzichtet.

Fast alle IFV garantieren außerdem das **Recht zum Zahlungstransfer** (engl. *transfer of funds*), Art. 5 Muster-IFV: Dieser Standard ermöglicht Investoren, Gewinne, Erlöse aus der Veräußerung der Investition sowie sonstige Zahlungen im Zusammenhang mit der Investition, wie z.B. Kaufpreise bei Erwerb von Rohstoffen, Maschinen und Dienstleistungen oder auch Darlehenszahlungen ins Ausland zu transferieren.

IFV enthalten auch relative Schutzstandards, von denen die zwei wichtigsten die **Inländergleichbehandlung** (engl. *national treatment*) und die **Meistbegünstigung** (engl. *most favoured nations treatment*) sind; siehe Art. 3 des deutschen Muster-IFV. Der Standard der Inländergleichbehandlung ist verletzt, wenn ein ausländischer Investor gegenüber inländischen Investoren in einer vergleichbaren Situation schlechter behandelt wurde. Dabei kann es sich sowohl um rechtliche als auch faktische Ungleichbehandlungen handeln. Bei der Meistbegünstigung wird hingegen ein Vergleich zu einem ausländischen Investor vorgenommen. Kritiker monieren, dass der Abschluss eines weitreichenderen IFV mit einem Drittstaat zu einer möglicherweise nicht intendierten Ausdehnung von Schutzstandards auch gegenüber dem ursprünglichen Vertragspartner führe. Außerdem leidet die Überprüfung dieser Diskriminierungsverbote in der Praxis häufig darunter, dass in einem Markt keine inländischen Unternehmen tätig sind und somit der Vergleichsmaßstab fehlt. Hinzu kommt, dass inländische Investoren einen IFV nicht verwenden können, um gegen eine Bevorzugung ausländischer Unternehmen vorzugehen.

Es stellt sich die Frage, ob IFV ausländischen Investoren höhere Schutzstandards als das heimische Recht den inländischen Investoren gewähren und so heimische Unternehmen diskriminiert werden. Für das Abkommen der EU mit Kanada findet ein Gutachten des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffent-

liches Recht und Völkerrecht: „Insgesamt enthält CETA ... keine wesentlich über bestehende verfassungs- oder unionsrechtliche Vorgaben hinausgehende Bindungen des Gesetzgebers. Im Gegenteil, CETA bleibe in Kernpunkten hinter dem verfassungs- und unionsrechtlich erreichten Schutz von Investitionen zurück.“⁶

Hinsichtlich der Rechtsdurchsetzung gibt es zwei Verfahren, **Staat-Staat-Streitbeilegungsverfahren** (engl. *state-state dispute settlement*, SSDS) und **Investor-Staat-Streitbeilegungsverfahren** (engl. *investor-state dispute settlement*, ISDS): Staat-Staat-Verfahren stellen den üblichen Weg in Handelsabkommen (z.B. im WTO-Recht, oder in Freihandelsabkommen) dar. Ein Wirtschaftssubjekt, das sich in seinen Rechten verletzt fühlt, muss seinen Heimatstaat überzeugen, sich für die Behebung des Problems einzusetzen; im Völkerrechtsverkehr wird das als diplomatischer Schutz bezeichnet. Die Streitbeilegung erfolgt typischerweise in diplomatischen Verfahren, zumeist in einem regelbasierten Streitschlichtungsverfahren wie dem Dispute Settlement Understanding der WTO. In IFV wurden bisher zusätzlich zur Staat-Staat-Streitbeilegung Investor-Staat-Streitbeilegungsverfahren vereinbart. Deren Ziel ist es, die Rechtsdurchsetzung auch kleineren, politisch weniger gut vernetzten Unternehmen möglich zu machen, die Verfahren zu entpolitisieren und zu beschleunigen. ISDS wird typischerweise in *ad-hoc*-besetzten Tribunalen durchgeführt. Zurzeit sehen 89 der 130 geltenden bilateralen Investitionsschutzverträge Deutschlands Investor-Staat-Schiedsverfahren vor; vor allem in den älteren Verträgen sind Staat-Staat-Verfahren vorgesehen.

Kritiker halten ein internationales Streitbeilegungsverfahren, das außerhalb der staatlichen Gerichte angesiedelt ist und bei dem nur die Investoren klageberechtigt sind, für höchst problematisch (Weiß, 2016). Sie halten die Existenz eines Klagerechtes, das nur den Investoren zusteht und außerhalb der staatlichen Gerichte angesiedelt ist, für demokratiepolitisch, verfassungsrechtlich und europarechtlich unzulässig. Das Klagerecht schaffe eine Paralleljustiz und stelle heimische Unternehmen gegenüber ausländischen Investoren schlechter. Durch die Auslagerung der Rechtsprechung würde die ordentliche Gerichtsbarkeit entmachtet. Die Kritiker nehmen Anstoß an mangelnder Transparenz und Unparteilichkeit, und sie fordern Berufungsmöglichkeiten.

Im Zuge der Verhandlungen zum CETA-Abkommen hat die EU ein neuartiges Verfahren durchgesetzt, in dem die *ad-hoc*-Tribunale durch einen stehenden Gerichtshof (*investment court system*, ICS) ersetzt werden, der höheren Stan-

⁶ Schill, S. (2014), S. 3.

dards hinsichtlich Unparteilichkeit und Transparenz unterworfen ist und Berufungsmöglichkeiten einräumt.

III. Die ökonomischen Wirkungen von IFV: grundlegende Überlegungen

Ausgelöst durch die politischen Debatten in Europa und den USA hat sich in den letzten Jahren eine kleine, aber wachsende wirtschaftstheoretische Literatur zur Funktion und Entstehung von IFV entwickelt; siehe beispielsweise Horn und Tangeras (2017), Janeba (2016), Kohler und Stähler (2016) und Konrad (2017).

Effekte von Auslandsdirektinvestitionen

Eine umfassende empirische Literatur belegt, dass Investitionen ausländischer Unternehmen für den Gaststaat nützlich sein können. ADI können beispielsweise zu niedrigeren Konsumentenpreisen und zu höherer Produktvielfalt beitragen, sie können den Transfer von Technologie und Wissen fördern, die Verfügbarkeit von Risikokapital verbessern und hochwertige Arbeitsplätze schaffen; siehe Javorcik (2004) und Keller und Yeaple (2009) für bahnbrechende Arbeiten, und den aktuellen Überblicksartikel von Hale und Xu (2016). Diese Effekte gehen einerseits häufig über das hinaus, was allein durch internationalen Handel möglich wäre; andererseits bedingen sich Handel und Investitionen vielfach gegenseitig, zum Beispiel bei der Erbringung von Dienstleistungen im Ausland durch eine kommerzielle Präsenz (Modus 4 nach WTO-Klassifikation). Auch im Kontext globaler Wertschöpfungsketten, welche die internationale Arbeitsteilung sehr feingliedrig organisieren, sind ADI wichtig (UNCTAD, 2013).

Es gibt einen alternativen Forschungsstrang, der auf Risiken von ADI hinweist und in der Tradition der Dependencia-Theorie steht (Boxwell und Dixon, 1996). Hier wird argumentiert, dass ADI heimisches Kapital verdrängen, zur Repatriierung von Gewinnen und zu einer Zunahme von Ungleichheit führen können. Neuere Forschung legt hingegen nahe, dass es vor allem die Qualität von Institutionen ist, von der es abhängt, ob und wie stark ein Land von ADI profitiert (Acemoglu und Robinson, 2012).

Ähnliches gilt auch für die Effekte von ADI im Sendeland: Einerseits können Investitionen im Ausland heimische Wertschöpfung verdrängen, andererseits stärken ADI die internationale Wettbewerbsfähigkeit heimischer Unternehmen, was Beschäftigung im Inland stabilisieren oder sogar steigern kann (Grossman und Rossi-Hansberg, 2008). Neuere empirische Evidenz für Deutschland legt

nahe, dass Direktinvestitionen deutscher Unternehmen im Ausland auch ihre Investitionstätigkeit im Inland beleben (Goldberg et al., 2017).

Die Holdup-Problematik

Investoren, ausländische wie inländische, müssen mit der Möglichkeit von Enteignung oder neuer, sie belastender Regulierung rechnen. Investitionen sind oft in besonderem Maße verletzlich. Sie amortisieren sich erst über eine längere Zeit. Wenn die Investition einmal getätigt ist, kann sie nur unter Verlust (oder gar nicht) an einen anderen Ort verlagert werden. Rationale Investoren erkennen diese Gefahr und schränken ihre Investitionstätigkeit ein. Bloß verbale Versicherungen, ausländische Investoren nach erfolgter Investition „gut“ zu behandeln, sind nicht glaubwürdig, weil sie keine echte Verpflichtung der Regierung nach sich ziehen. In der englischsprachigen Literatur wird daher von „*cheap talk*“ gesprochen.

Um dieses Holdup-Problem zu mildern, werden in Rechtsstaaten Investoren durch die Verfassung vor direkter und indirekter Enteignung *ex post* geschützt. Dieser Schutz ist aber nicht absolut; unter bestimmten Bedingungen („Gemeinwohl“) sind Enteignungen möglich; unter Umständen muss dann eine Entschädigung gezahlt werden. Die heimischen Gerichte legen die in der Verfassung angesprochenen notwendigerweise unbestimmten Rechtsbegriffe aus und lösen jeweils im Einzelfall den Zielkonflikt zwischen Gemeinwohl und Schutz des privaten Eigentums. Dabei ist es absolut zentral, dass die Gerichte von Legislativ- und Exekutivorganen unabhängig sind und alleine der Verfassung verpflichtet sind.

De facto (und in manchen Fällen *de iure*) haben aber ausländische Investoren nicht immer einen den Inländern ebenbürtigen Zugang zu Gerichten, oder sie müssen bezweifeln, dass sie dort wie Inländer behandelt werden. Das ist in Ländern besonders offensichtlich, wo Richter von heimischen Wählern gewählt werden, zum Beispiel in den USA, oder wo die Unabhängigkeit der Gerichte nicht einwandfrei gewährleistet ist.⁷

In diesen Fällen braucht es ein weiteres Instrument der Selbstbindung des Staates (neben den verfassungsrechtlichen Schranken), um glaubwürdig zu signalisieren, dass der Schutz ausländischer Investitionen ernst genommen wird. IFV bieten ein Instrument gegen dieses politische Risiko, indem sie völker-

⁷ Allerdings stellt auch die bisher übliche *ad-hoc*-Ernennung von Schiedsrichtern die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Schiedsgerichte nicht adäquat sicher; siehe dazu etwa Weibel und Wu (2017).

rechtliche Standards definieren.⁸ Damit sie funktionieren, ist es essentiell, dass die Instanz, die über den Zielkonflikt zwischen Gemeinwohl und Schutz des Eigentums entscheidet, eben nicht ein nationales Gericht ist.

Internationale Regulierungsexternalitäten

Selbst wenn es keine Diskriminierung ausländischer Investoren im Inland – durch das Regierungshandeln oder durch Gerichte – gibt, kann es für zwei Staaten Sinn machen, einen IFV abzuschließen. Das ist dann der Fall, wenn zu erwarten ist, dass ausländische Investoren bei der Regulierung bestimmter Aktivitäten im Empfängerland ein geringeres Gewicht haben als inländische und deshalb die Kosten (Gewinneinbußen) der Ausländer im inländischen politischen Prozess zu wenig berücksichtigt werden. Es droht dann Überregulierung, weil die Kosten (oder Gewinneinbußen) der Ausländer im inländischen politischen Prozess nicht (vollständig) internalisiert werden. Das Gebot der Nichtdiskriminierung hilft hier nicht, denn auch bei Gleichbehandlung von In- und Ausländern kommt es zu übertriebener Regulierung, vor allem in Sektoren, in denen der Anteil ausländischer Investoren hoch ist. Dieses Problem, eine Spielart des „*beggar-thy-neighbour*“-Problems, könnte man als „*get-the-foreigners*“-Regulierung begreifen. IFV bieten einen Ausweg, wenn sie vorschreiben, dass in- und ausländische Investoren für indirekte Enteignungen kompensiert werden müssen.

Im Unterschied zur Holdup-Problematik ist es hier die Gesetzgebung, in der ein „Anti-Ausländer-Bias“ besteht und die dazu führt, dass (bei gegebenen Investitionen) zu viel reguliert und daher *ex ante* insgesamt zu wenig investiert wird.

Die beiden Argumente sind miteinander verwandt, denn sie unterstellen gleichermaßen, dass einmal getätigte Investitionen wenigstens teilweise immobil sind, sonst könnten sie sich der Enteignung durch Abwanderung entziehen (jedenfalls der indirekten). *Ex ante* – also bevor Investitionen getätigt werden – existieren übrigens umgekehrte Anreize für Regulatoren, weil sie mit dem Versprechen laxer Regulierung Investoren ins Land locken können, was zu einem Deregulierungswettlauf führen kann. Interessanterweise können IFV diese Problematik etwas entschärfen, weil sie es schwieriger machen, die *ex ante* ge-

⁸ Unternehmen können sich bei staatlichen Stellen gegen Enteignungsrisiken versichern. In Deutschland geschieht dies in Form von Bundesgarantien für Direktinvestitionen im Ausland. Die Prämie beträgt im Normalfall 0,5% der Versicherungssumme und es ist ein Selbstbehalt von mindestens 5% vorgesehen. Die Garantie wird aber nur gewährt, wenn ein deutscher IFV mit dem Gastland vorliegt. Ähnliche Instrumente werden in anderen Ländern angeboten; auf multilateraler Ebene passiert dies durch die Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) der Weltbank. Es existiert auch ein sehr dünner privater Versicherungsmarkt, zu dessen Funktionsweise aber nur wenig systematische Evidenz existiert; siehe Poulsen (2010).

machten Zusagen *ex post* wieder zurückzunehmen, so dass rationale Regierungen *ex ante* weniger großzügige Versprechungen machen sollten.

Souveränitätsverzicht durch IFV

Der Sinn von IFV ist es, die Politik der Vertragsparteien zu binden (*commitment devices*). Damit entsteht zwangsläufig ein Spannungsverhältnis zu ihrer Souveränität. In anderen Politikbereichen tauchen allerdings ähnliche Probleme auf, zum Beispiel im Kartellrecht oder in der Geldpolitik, wo das Glaubwürdigkeitsproblem der Politik durch eine Übertragung von Rechten auf unabhängige Institutionen entschärft wird.

Im gegenwärtigen Kontext gilt ganz grundsätzlich: Jegliche Regelung, die die Position der Investoren stärkt, verringert das Holdup-Problem und verschärft die Beschränkung der Souveränität des Gastlands.

Die Frage ist, ob die Vorteile der Selbstbindung die Nachteile eines solchen Verlustes an Souveränität aufwiegen. Die Nachteile des Souveränitätsverlustes sind insofern zu relativieren, als es dem Gastland frei steht, die betreffenden Regulierungen einzuführen, und es nur zum Schadensersatz verpflichtet ist. Sofern der Schadensersatz ausschließlich ausländischen Investoren zugutekommt, schafft ein IFV hier eine Verzerrung zu Lasten inländischer Unternehmen, mit der Folge, dass sie bei bestimmten Aktivitäten komparative Nachteile gegenüber ausländischen Unternehmen haben. Es schafft auch eine Spaltung der Rechtsordnung, die die Legitimität des Staats insgesamt beeinträchtigen kann. Dieser Nachteil kann jedoch durch die nationale Rechtsordnung, die äquivalente Rechte für inländische Investoren vorsieht, ausgeglichen werden.

IV. Zur Ausgestaltung von IFV

Kritisch ist, was in einem IFV als „Enteignung“ definiert wird. Die Abgrenzungsprobleme sind nicht sauber zu lösen. Wenn man pauschal jegliche Wertminderung durch neue Regulierung einbezieht, erfasst man auch manches, was als legitime Wahrnehmung von Souveränitätsrechten anzusehen ist, z.B. zum Schutz der Bevölkerung vor Umweltschäden oder vor einem Missbrauch von Daten. Die Wirkungen von IFV hängen von der Ausgestaltung im Einzelnen ab, wobei zwei Aspekte besonders zu beachten sind: die Verfahren der Streitbeilegung und die Höhe der Kompensation.

Verfahren der Streitbeilegung

Je mehr die Verfahren der Streitbeilegung in der Hand der Gastländer liegen und je mehr die zuständigen Instanzen dem Einfluss der dortigen Politik unter-

worfen sind, desto schwächer wird die Position der Unternehmen in einem Schadensersatzverfahren sein und desto unvollständiger wird die Lösung des Holdup-Problems ausfallen. Die Auslagerung der Rechtsprechung in internationale Tribunale hat den Zweck, Unsicherheiten über die Zuständigkeit heimischer Gerichte zu vermeiden. Außerdem hat sie den Vorteil, dass die Verfahren weniger abhängig von politischer Einflussnahme werden und so besser in der Lage sind, auch kleineren und ärmeren Staaten zu ihrem Recht zu verhelfen. Andererseits vermuten Kritiker, dass internationale Tribunale, je nach ihrer Konstruktion, mehr Angriffsflächen für Lobbyisten bieten könnten als dies ordentliche heimische Gerichte tun (Weibel und Wu, 2017). Auf jeden Fall ist eine Grundvoraussetzung für eine funktionierende Streitbeilegung, dass es stehende Gerichte gibt, in denen Berufsrichter unabhängig von der Anzahl und vom Ausgang der Verfahren entlohnt werden.

Dabei können Anleihen bei der Streitbeilegung im Rahmen der Welthandelsorganisation gemacht werden, wo ein stehendes Gremium (der Appellate Body) von sieben Richtern, die nur den WTO-Texten verpflichtet sind und deren Unabhängigkeit selten angezweifelt wird, über Handelsstreitigkeiten entscheidet (Reich, 2017). Allerdings treten dort nur Staaten als Parteien auf; einzelne Unternehmen haben keine Klagerechte.

In der öffentlichen Diskussion wurde kritisiert, dass die bisherigen Verfahren in *ad-hoc*-Schiedsgerichten modernen Ansprüchen der Rechtsprechung nicht genügen: es fehle an Transparenz, Unparteilichkeit, Professionalität, und es gebe keine Berufungsmöglichkeiten. Die angeblichen Vorteile einer raschen und kostengünstigen Klärung seien unzutreffend. Zwar gibt es keine Belege dafür, dass private Tribunale systematisch parteiisch sind, aber der Besetzungsprozess der Panels bei Tribunalen legt nahe, dass eher erfahrene, teure Rechtsanwälte ernannt werden, die zuvor häufig als Berater für Großunternehmen gearbeitet haben (siehe Gaukrodger and Gordon (2012) sowie Pauwelyn (2015)). Daher sind die im CETA-Vertrag implementierten neuen Standards der EU zu begrüßen; auch die Weiterentwicklung des dort vorgesehenen Gerichtes (CETA Art. 8.27) zu einem multilateralen Internationalen Investitionsgerichtshof (CETA Art. 8.29) ist eine positive Entwicklung.

Eine Rückkehr zu Staat-Staat-Streitbeilegungsverfahren ist hingegen nicht zu empfehlen. Dies würde die Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten kleinerer Investoren ohne politische Verbindungen verringern, zu einer Politisierung von Investitionsstreitigkeiten und mithin höheren Rechtsunsicherheiten führen. Die Kosten der Verfahren sollten von der verlierenden Partei getragen werden, so dass es keine Anreize für ungerechtfertigte Klagen gibt.

Höhe der Schadensersatzansprüche

Ein zweiter zentraler Aspekt betrifft die Ausgestaltung der Regeln für die Bestimmung der Schadensersatzansprüche. Je höher diese Ansprüche sind, desto stärker ist die Position der Unternehmen in einem Schadensersatzverfahren, es sei denn, die Höhe des Schadensersatzanspruchs selbst beeinflusst die Stimmung des zuständigen Gremiums so, dass es eher geneigt ist, den Anspruch insgesamt zu hinterfragen. Dazu kommt, dass die Aussicht auf Schadensersatz moralisches Risiko schafft, etwa in Form von Anreizen für Maßnahmen, die den Schadensersatzanspruch künstlich erhöhen. Um solchem *moral hazard* vorzubeugen, sollten Schadensersatzansprüche den entgangenen Gewinn nicht übersteigen. Dies ist in den modernen IFV der EU (und in den älteren Verträgen der Bundesrepublik) so vorgesehen. Dabei sollten etwaige Synergien aus Komplementaritäten von Investitionen im Gastland und im Heimatland nur insofern berücksichtigt werden, als sie vertraglich geregelt sind und die Geltung der betreffenden Verträge durch die Maßnahme des Gastlands beeinträchtigt wird.

IFV: bilateral, multilateral, und die Rolle der EU

Zurzeit gibt es eine hohe Anzahl von bilateralen Verträgen der einzelnen EU-Mitgliedsstaaten mit Drittstaaten und untereinander. Das hat den Nachteil der Unübersichtlichkeit, führt zu Rechtsunsicherheit (beispielsweise hinsichtlich der Bedeutung von Meistbegünstigungsklauseln) und schmälert die Verhandlungsmacht der EU-Staaten beim Abschluss von IFV und in Streitfällen. Das sinnvolle Vorhaben, ein multilaterales Investitionsabkommen unter den OECD-Mitgliedern abzuschließen (*Multilateral Agreement on Investment, MAI*), ist im Jahr 1998 gescheitert. Zwar enthalten die Texte der Welthandelsorganisation Bestimmungen zu Investitionen mit klarem Bezug zum Handel (*Trade Related Aspects of Investment Measures*), aber keinen Schutz gegen direkte und indirekte Enteignung. Internationale Institutionen wie ICSID (*International Center for the Settlement of Investment Disputes*, Weltbank) und UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*, Vereinte Nationen) stellen einheitliche Regeln und, im Falle des ICSID, auch Infrastruktur für die Streitbeilegungsverfahren zur Verfügung.

Mit dem Vertrag von Lissabon ist die Zuständigkeit für Auslandsdirektinvestitionen im Jahr 2009 auf die EU übergegangen. Die EU-Kommission hat damit die Möglichkeit, für die EU und die 28 EU-Mitgliedsstaaten Abkommen zum Investitionsschutz zu verhandeln. Diese sollen an die Stelle der bilateralen Abkommen der einzelnen Mitgliedsstaaten treten. Dabei werden IFV entweder als Investitionsschutzkapitel in Freihandelsabkommen eingebaut, wie z.B. im CETA-

Abkommen, oder sie werden als alleinstehende Abkommen verhandelt, wie z.B. gegenwärtig mit China.

Der Rat ermächtigt die EU-Kommission in der Regel auch, über nicht in die Zuständigkeit der EU fallende Bereiche zu verhandeln – so zum Beispiel über den Schutz von Derivaten und anderen Finanzinstrumenten. Deshalb handelt es sich bei den neu verhandelten Abkommen um so genannte gemischte Abkommen zwischen der EU,⁹ den 28 EU-Mitgliedsstaaten und dem jeweiligen Drittstaat. So sieht das auch der Europäische Gerichtshof, der im Mai 2017 hauptsächlich wegen der breiten Definition des Investitionsschutzes und der vereinbarten Staat-Investor-Streitbeilegungsverfahren eine geteilte Zuständigkeit von Mitgliedsstaaten und EU für dieses Abkommen angenommen hat.¹⁰ Die Abkommen mit Kanada (CETA) und mit Vietnam enthalten ähnliche Elemente wie jenes mit Singapur, so dass auch diese Abkommen als gemischte zu verstehen sind. Die Folge ist, dass neben dem EU-Parlament auch nationale Parlamente diese Verträge ratifizieren müssen und als Vertragsparteien auftreten (Mayer, 2014).

Auch das Bundesverfassungsgericht beschäftigt sich mit der Rechtmäßigkeit von CETA. In einem Eilverfahren hat es zwar Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt, die sich gegen eine Zustimmung des deutschen Vertreters im Rat der Europäischen Union zur in Kraftsetzung von CETA richteten. Damit ist aber noch keine Entscheidung über die grundsätzliche Verfassungsmäßigkeit des Vertrages gefallen. Die Monita der Kläger richten sich im Übrigen nicht nur gegen das Investitionskapitel.

Wenn IFV gemischte Verträge darstellen, dann sollten sie als getrennte Verträge verhandelt und abgeschlossen und nicht mit Freihandelsabkommen vermischt werden, wo die Zuständigkeiten eindeutig bei der EU liegen. Sonst droht, dass EU-interne Konflikte zum Investitionsschutz auch den Abschluss von klassischen Freihandelsabkommen verkomplizieren und die erzielbaren Vorteile nicht realisiert werden.

In seinem Urteil vom 6. März 2018 erklärte der EuGH, dass die im Investitionsschutzabkommen zwischen den Niederlanden und der Slowakei enthaltene Schiedsklausel nicht mit dem Unionsrecht vereinbar sei. Der EuGH urteilt, dass das vorgesehene Schiedsgericht nicht als ein zum Gerichtssystem der Union

⁹ Siehe Kapitel I für die Definition „gemischter“ Abkommen.

¹⁰ Gutachten des EuGH zum EU-Freihandelsabkommen mit Singapur (Gutachten ECLI:EU:C:2017:376). Nach Ansicht des EuGH fallen die Kapitel zum Verkehr und zur nachhaltigen Entwicklung hingegen in die alleinige Zuständigkeit der EU. Weitere Ausführungen finden sich in BMWi (2017) und in Behrends et al. (2017).

gehörendes Gericht anzusehen ist. Unter diesen Umständen beeinträchtigt die im IFV enthaltene Schiedsklausel die Autonomie des Unionsrechts und das Auslegungsmonopol des EuGH und ist daher nicht mit ihm vereinbar. Dieses Urteil stellt alle Intra-EU-IFV in Frage und unterstützt die EU-Kommission in ihrer Forderung, diese IFV aufzukündigen. Das Urteil enthält explizit keine Aussagen über CETA.

Interne Haftungsfragen

Ein weiteres schwieriges Problem, das aus der inneren Konstruktion der EU resultiert, hat mit der Verteilung der Haftung im Falle von verlorenen Streitfällen zu tun. Selbst wenn ein IFV sich nur auf Investitionstypen bezieht, für die die EU die alleinige Zuständigkeit hat, wird es im konkreten Fall nicht immer klar sein, ob eine Rechtsverletzung der EU oder einem Mitgliedsstaat anzulasten ist. Es könnte also passieren, dass ein Mitgliedsstaat gegen eine Bestimmung eines IFV verstößt, die EU dafür aber haftbar gemacht wird. Dies könnte zu moralischem Risiko und zu einer Verzerrung von Regulierungsverhalten und Investitionsströmen führen.

Wenn IFV auch Staatsschulden abdecken, erscheint die Frage der internen Haftung vor dem Hintergrund der Diskussion um Eurobonds und der Vergemeinschaftung von Staatsschulden besonders brisant. Daher ist es gut, dass in CETA ihre Umstrukturierung vom Anwendungsbereich der IFV ausgeschlossen ist. Der Beirat empfiehlt, dass in künftigen IFV Staatsschulden von vornherein nicht unter die zu schützenden Investitionen zählen.

Aber auch bei einem eingegrenzten Investitionsbegriff bleibt es wichtig, dass die EU über Instrumente der internen Haftungszurechnung verfügt, die glaubwürdig und effektiv sind, so dass ein Fehlverhalten eines Landes nicht zu einer Gesamthaftung der EU führen kann. Dies wird mit der so genannten Haftungsfreistellungsverordnung erreicht, die die Aufteilung der Haftung zwischen der EU und ihren Mitgliedsstaaten regelt.¹¹ Die Kommission kann unter bestimmten Bedingungen anstelle eines Mitgliedsstaates als Streitpartei auftreten und müsste bei einem verlorenen Verfahren gegenüber dem Kläger zahlen. Gemäß der Verordnung *muss* der Mitgliedsstaat, in dessen Verantwortungsbereich der Vertragsbruch fällt, diese finanziellen Lasten jedoch übernehmen. Die Verordnung mindert das Risiko der Vergemeinschaftung; in Extremfällen, wie im Falle einer Staatsinsolvenz, kann sie dieses aber nicht ausschließen.

¹¹ Verordnung (EU) Nr. 912/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014.

Welche Investitionen sollen geschützt werden?

Die bisherigen Ausführungen beziehen sich vor allem auf Direktinvestitionen; das heißt, auf Investitionen in Unternehmen mit dem Ziel, das Geschäftsgebaren zu beeinflussen. Die Vorteilhaftigkeit solcher Investitionen für Empfänger- und Sendeländer ist empirisch gut belegt, weil sie die Errichtung effizienter Wertschöpfungsketten und den grenzüberschreitenden Transfer von Technologie ermöglichen (Javorcik, 2004; Keller und Yeaple, 2009). Für andere Investitionstypen – beispielsweise Derivate, Darlehen, Staatsschulden – gelten diese Argumente nicht.

Hier überwiegt die Erwägung, dass ein über den normalen Rechtsschutz hinausgehender Schutz von Investoren durch IFV den Spielraum für Änderungen der regulatorischen Rahmenbedingungen ungebührlich einschränken würde. Zu nennen sind z.B. Änderungen der Rechtsnormen zur Verlustbeteiligung von Gläubigern („Bail-in“) in Sanierungs- und Abwicklungsverfahren von Banken bzw. die Ausnahmen vom Bail-in, zur Behandlung von Derivaten oder zu Collective-Action-Clauses.

Die Grenzziehung zwischen Direktinvestitionen und Finanzinvestitionen mag schwierig sein, wenn Finanzinvestitionen, z.B. der Erwerb eines Aktienpakets, als Ersatz oder als Vorstufe für Direktinvestitionen dienen. Diese Schwierigkeit ist aber kein hinreichender Grund, auf eine Abgrenzung überhaupt zu verzichten und stattdessen alle Finanzanlagen in die IFV einzubeziehen. Ein Einbezug aller Finanzanlagen birgt unübersehbare finanzielle Risiken.

Man könnte sich an dem in der offiziellen Statistik üblichen Kriterium für die Abgrenzung zwischen Portfolioinvestitionen und internationalen Direktinvestitionen orientieren. Danach ist für letztere ein Anteil am Eigenkapital des erworbenen Unternehmens von mindestens 10% erforderlich. Die Einführung einer solchen Grenze würde verhindern, dass ausländische Investoren, die nur minimal im Inland investiert sind, Zugang zu den Klagemöglichkeiten von IFV haben.

Eine solche 10%-Grenze wäre allerdings arbiträr und könnte Investoren veranlassen, ihre Investitionen entsprechend zu strukturieren. Daher ist zu erwägen, alternativ die Rechte der IFV nur auf Investitionen in das Eigenkapital von Unternehmen zu erstrecken, für die gilt, dass der Investor eine aktive Kontrolle über das Unternehmen ausübt. Damit würde zwar ein weiterer unbestimmter Rechtsbegriff eingeführt, was Interpretationsspielräume eröffnet, doch existieren im Unternehmensübernahmerecht und im Wettbewerbsrecht solche Schwellenwerte bereits. Bei ihrer Überschreitung müssen die übernehmenden Unternehmen erklären, was sie beabsichtigen.

V. Empirische Evidenz zu IFV

In der Diskussion wird oft unterstellt, dass es in der jüngeren Vergangenheit zu einer explosiven Zunahme von Streitfällen gekommen sei und dass diese häufiger im Sinne der Investoren als im Sinne der Staaten (vor allem nicht im Sinne von Entwicklungsländern) entschieden worden seien, was auf einen Missbrauch des Systems schließen ließe. Außerdem wird bezweifelt, dass IFV überhaupt in messbarer Weise zu einer Belebung von ADI führen, so dass eine notwendige Bedingung für die Vorteilhaftigkeit ihrer Existenz gar nicht vorliege. Schließlich wird behauptet, dass IFV zu „*regulatory chill*“ führen, also zu einem vorbeugenden Verzicht auf Regulierung seitens der Regierungen, um sich nicht den Kosten und Unsicherheiten von Streitigkeiten auf Basis der IFV auszusetzen.¹²

Explosion von Streitfällen und Verzerrung zum Vorteil der Investoren?

Die Anzahl der Streitfälle vor ISDS-Tribunalen ist in den letzten Jahren in der Tat gestiegen. Für das Jahr 2016 sind 61 Streitfälle bekannt; seit 2011 schwankt diese Zahl um 60. Davor war die Zahl deutlich geringer. Im Jahr 2016 waren 25% aller Streitfälle intra-EU-Fälle, in den drei Jahren davor waren 33% aller Fälle intra-EU-Streitigkeiten. Alleine im Kontext der Energie-Charta (sehr häufig ging es um die Förderung erneuerbarer Energien) wurden bisher 101 ISDS-Fälle abgeschlossen, die Mehrzahl davon intra-EU. Die Daten der UNCTAD umfassen nur die bekannten Fälle; es könnte weitere Streitfälle geben, die nicht öffentlich bekannt wurden. Staaten haben möglicherweise einen Anreiz, Streitigkeiten nicht öffentlich werden zu lassen, um nicht in den Ruf zu kommen, dass sie ausländische Investoren diskriminieren. Allerdings spricht vieles dagegen, dass die Geheimhaltung relevanter Verfahren auch wirklich gelingen kann, weil die Vorgänge in der Buchhaltung von Unternehmen und im Finanzgebaren von Staaten auftauchen müssen.

Wenn man die Anzahl der Streitfälle zu dem Bestand der globalen Direktinvestitionen in Beziehung setzt, wird sehr deutlich, dass von einer Explosion der Streitfälle keine Rede sein kann. So zeigen Braml und Felbermayr (2016), dass die Anzahl der Streitfälle seit 1987 ziemlich genau proportional zu dem Bestand der globalen Direktinvestitionen gewachsen ist. Dieser hat sich seit den späten 1980er Jahren auf circa 26.250 Mrd. USD im Jahr 2016 verzehnfacht. Außerdem hat sich nach Zählung der UNCTAD die Anzahl der in Kraft befindlichen IFV seit 1990 auf 3324 Abkommen mit Ende des Jahres 2016 verfünffacht.¹³

¹² Diese Behauptungen finden sich beispielsweise im Text von Eberhardt (2014).

¹³ Wurden in den 1990er Jahren bis zu 200 neue IFV pro Jahr in Kraft gesetzt, so ist die Anzahl der Neuabschlüsse seit vielen Jahren rückläufig und beträgt gegenwärtig etwa 30 pro Jahr.

Mittlerweile haben ungefähr 20% der 185 WTO-Mitglieder und Beobachter bilaterale IFV. Es ist nicht überraschend, dass die Schaffung der Rechtsgrundlage für Klagen ceteris paribus zu mehr Streitfällen führt. Diese Beobachtungen stellen per se keine Indizien für einen Missbrauch des Systems dar.

Aus welchen Ländern kommen die Kläger? Die UNCTAD berichtet, dass es ganz überwiegend entwickelte Länder sind, die Streitfälle vor Gerichte bringen. Dies spiegelt die Struktur der globalen Investitionsbestände wider. Die USA dominieren mit 148 Fällen, gefolgt von den Niederlanden. Deutsche Kläger waren bisher 55-mal aktiv. Die Analyse leidet allerdings unter mehreren Problemen: Erstens sind nur bekannte Fälle ausgewiesen; zweitens könnten Kläger aus den Niederlanden, Luxemburg oder Zypern in Wirklichkeit ökonomische Interessen großer internationaler Firmen aus anderen Ländern vertreten; drittens sollten sich die Angaben auf die Höhe des Bestands von ADI beziehen, da natürlich große Länder auch hohe Außenstände an ADI haben.

Daher vergleichen Braml und Felbermayr (2016) die Anzahl der akkumulierten ISDS-Klagen eines Herkunftslandes mit dem (deflationierten) Bestand der Auslandsinvestitionen dieses Landes. In der Schweiz kommt eine Klage auf ein Investitionsvolumen von circa 59 Mrd. USD, in den USA auf 45 Mrd. USD und in Deutschland auf 31 Mrd. USD. US-Unternehmen sind also keineswegs aggressiver als Investoren aus anderen Ländern.¹⁴

Ebenfalls trifft es nicht zu, dass die Verfahren systematisch eher den Klägern Recht geben. Braml und Felbermayr (2016) werten Daten des ICSID aus. Sie finden, dass es in circa 65% aller bekannten Fälle zu einem Schiedsspruch durch ein Tribunal gekommen ist; in 55% dieser Fälle bekam der beklagte Staat Recht, in 45% der klagende Investor, wobei fast immer (in 95% der von Investoren gewonnenen Fällen) tatsächlich auch Schadensersatz gezahlt wurde. Ein Anteil von 10% aller bekannten Fälle wurde durch Zurückziehung oder Abweisung der Klage beendet (z.B. Philipp Morris gegen Commonwealth of Australia, Verbot der Verwendung von Markennamen auf Zigarettenpackungen) in 25% der Fälle kam es zu einer Beendigung durch Vergleich (z.B. Vattenfall gegen Bundesrepublik Deutschland, Betriebsgenehmigung des Kohlekraftwerkes Hamburg-Moorburg).

Schließlich ist auch die Behauptung, es gäbe eine Verzerrung der Schiedssprüche zuungunsten ärmerer Länder (Nunnenkamp, 2016) umstritten. Braml und Felbermayr (2016) zeigen, dass dies empirisch nur gilt, wenn die Regressionen

¹⁴ Im Verhältnis zur Investitionssumme sind türkische Investoren am klagefreudigsten; auf eine türkische Klage kommt ein durchschnittliches Investitionsvolumen von circa 2 Mrd. Euro.

keine Kontrollen für das in einem Land herrschende Enteignungsrisiko (gemäß Indikatoren der Weltbank) beinhalten. Insofern lässt sich empirisch keine systematische Benachteiligung von ärmeren Ländern nachweisen.

Schaffen IFV zusätzliche ausländische Direktinvestitionen?

Führen IFV zu mehr Investitionen? Im Unterschied zu der weiterhin sehr kleinen theoretischen Literatur zu IFV existiert eine etwas umfangreichere empirische Literatur zu den Effekten von IFV auf Investitionsströme oder -bestände.

Felbermayr (2018) führt eine Metaanalyse der existierenden makroökonomischen Literatur durch. Dabei werden 30 Studien mit insgesamt mehr als 130 geschätzten Koeffizienten berücksichtigt, die aufgrund ihres Designs vergleichbar sind. Im Durchschnitt führt ein IFV zu einem Zuwachs der ADI von circa 25%; dieser Befund wird getrieben durch Abkommen von Industriestaaten mit Schwellen- und Entwicklungsländern, unter anderem in Osteuropa; für Nord-Nord-IFV gibt es kaum belastbare Untersuchungen, weil nur sehr wenige solche Abkommen existieren.

Allerdings leidet die Literatur unter erheblichen methodischen Problemen. Erstens ist die Messung von Investitionsströmen mit erheblichen Messfehlern belastet. Der Wert der ausländischen Direktinvestition ändert sich, wenn Wertanpassungen vorgenommen werden, Gewinne nicht entnommen werden oder innerhalb des multinationalen Unternehmens Kredite gewährt werden.

Zweitens gibt es erhebliche Probleme bei der Identifikation *kausaler* Effekte. Man kann kaum davon ausgehen, dass zufällige Länderpaare zu zufälligen Zeitpunkten IFV abschließen, sondern dass der Abschluss von IFV von ökonomischen Determinanten, wie der Erwartung hohen Wirtschaftswachstums, getrieben ist. Damit ist unklar, ob die Investitionen von IFV oder die IFV von den Investitionen verursacht werden. In der Literatur wird diesem Umstand mit möglichst umfassenden Modellen begegnet, die Verzerrungen durch ausgelassene Einflussfaktoren von ADI-Strömen minimieren sollen, und mit der Nutzung der Zeitvarianz zur Kontrolle zeitinvarianter Einflussfaktoren. Die Metastudie von Felbermayr (2018) gibt hier insofern Entwarnung, als auch Studien, die explizit für das Endogenitätsproblem kontrollieren, zusätzliche ADI von durchschnittlich 23% finden. Gleichwohl verbleiben Zweifel, ob die Literatur wirklich unverzerrte kausale Effekte schätzt. Erschwerend tritt hinzu, dass es zwischen Industriestaaten nur sehr wenige IFV gibt, so dass die Evidenz hierzu wenig belastbar ist.¹⁵

¹⁵ Eine frühe Arbeit, die positive Effekte auch für entwickelte Länder findet, ist jene von Egger und Pfaffermayr (2004).

Ein Weg, mit dem zumindest das erste, und möglicherweise auch das zweite ökonomische Problem umgangen werden kann, liegt in der Verwendung von Mikrodaten über die realwirtschaftlichen Aktivitäten multinationaler Unternehmen im Ausland. Für Deutschland stellt die Bundesbank solche Daten zur Verfügung (Mikrodatenbank Direktinvestitionen, MiDi). Egger und Merlo (2012) zeigen, dass IFV positive Effekte auf die Wahrscheinlichkeit der Existenz von Auslandsstöchern haben sowie auf die Anzahl der Beschäftigten im Ausland und auf die Höhe der Investitionen. In noch unveröffentlichter Forschung bestätigen Felbermayr und Lieb (2017) diese Ergebnisse. Positive Effekte sind aber nur für Entwicklungsländer nachzuweisen.

Führen IFV zu regulatory chill?

Es gibt nur wenig empirische Evidenz über das Ausmaß von „regulatory chill“. Das Problem ist auch hier, dass kontrafaktische Situationen nicht verfügbar oder nur schwer zu konstruieren sind, aber es gibt anekdotische Evidenz. Bonnitza (2014) diskutiert Beispiele, in denen Regierungen vor Beschlüssen zu regulatorischen Maßnahmen genaue Informationen zu möglichen Klagen einholen oder Maßnahmen implementieren, obwohl Investoren mit Klagen drohen.

Etwas systematischere empirische Evidenz gibt es zur Frage, ob Handelsliberalisierung oder Handelsabkommen zu einem Abbau von sozial-, umwelt- oder arbeitsrechtlichen Standards führen. Auch hier befindet sich die empirische Forschung in einem sehr frühen Stadium und methodische Probleme begrenzen die Aussagekraft. Häberli und Jansen (2012) untersuchen, wie sich Freihandelsabkommen (die Investitionsklauseln enthalten können, aber dies oft nicht tun) auf Arbeitsstandards wirken. Die Autoren finden, dass zwischen entwickelten Ländern Chilling-Effekte festzustellen sind, für Entwicklungs- und Schwellenländer hingegen nicht. Eine ähnliche Untersuchung, die die Effekte von Investitionsschutzabkommen untersucht, existiert nicht. Die hierbei zu bewältigenden Probleme bei der Identifikation kausaler Effekte von IFV auf regulatorische Standards sind wegen der schwierigen Messung der abhängigen Variablen allerdings noch erheblich größer als bei der Schätzung der Effekte auf Investitionsströme, so dass belastbare empirische Belege mit externer Validität auf sich warten lassen werden.

VI. Wirtschaftspolitische Empfehlungen des Beirates

Aufgrund der oben vorgestellten theoretischen Überlegungen kommt der Beirat zu folgenden Empfehlungen:

IFV sind grundsätzlich sinnvoll

International tätige Investoren gehen im Ausland ein höheres politisches Risiko ein als im Inland, weil ihre Interessen dort von den Gerichten und Regulierungsbehörden unter Umständen schwächer gewichtet werden als jene heimischer Investoren oder anderer heimischer politischer Kräfte. Dies liefert ausländische Unternehmen einem Holdup-Problem aus; siehe die Ausführungen in Kapitel III. Ohne das Vorliegen eines IFV führt die Erwartung einer Schlechterbehandlung nach erfolgter Investition zu einem Ausbleiben ausländischer Direktinvestitionen, was volkswirtschaftliche Kosten für das potentielle Empfänger- und das Sendeland haben kann. IFV verringern diese Asymmetrie. Diese ist prinzipiell in allen Staaten präsent, obwohl sie in Ländern mit hoher Unabhängigkeit der Gerichte von Exekutive und Legislative weniger bedeutend ist als in Ländern, in denen die Gerichte stark politisch beeinflusst sind.

Die empirische Evidenz und die theoretischen Überlegungen legen nahe, dass IFV im Nord-Süd-Fall, wo die Empfängerländer nicht über glaubwürdige Wege verfügen, sich langfristig zu verpflichten, in der Tat eine wichtige Rolle für die Förderung von ADI spielen können. Außerdem ist empirisch gut belegt, dass Technologietransfer von Nord nach Süd am besten über den Weg von ADI vorstättengeht. Auch die vorhandene Evidenz zur Wirkung der IFV auf das Verhalten der Niederlassungen deutscher multinationaler Unternehmen in Entwicklungsländern legt nahe (Egger und Merlo, 2012), dass IFV entwicklungspolitisch wichtig sein können. Dies gilt in besonderer Weise für den afrikanischen Kontinent, der bisher von den internationalen ADI-Strömen in produzierenden Industrien nur wenig profitieren konnte. Hinzu kommt, dass die Bundesrepublik Investitionsgarantien für private Investitionsvorhaben im Ausland nur dann übernehmen darf, wenn eine Absicherung der Risiken durch IFV vorliegt. Auch dieser Umstand spricht dafür, IFV im Nord-Süd-Verhältnis beizubehalten. Dabei sollte der gewährte Schutz nicht auf direkte Enteignungen beschränkt werden; aus der Sicht des Investors ist es unerheblich, ob der Nutzen aus einer Investition wegen eines Eigentumsübergangs auf den ausländischen Staat oder wegen eines Verbotes der produktiven Verwendung verloren geht.

IFV sind auch mit OECD-Staaten grundsätzlich sinnvoll, weil es dort ebenso politische Veränderungen geben kann, die zu einer Enteignung oder Entwer-

tung der Investitionen führen können. Manche Entwicklungen in Osteuropa oder in der Türkei zeigen, dass dies keine rein theoretische Erwägung ist.

Der Schutz der IFV sollte sich auf Auslandsdirektinvestitionen (ADI) beschränken

IFV wurden ursprünglich geschaffen, um irreversible ADI privater Akteure vor opportunistischem Verhalten von Gaststaatsregierungen glaubwürdig zu schützen. Wären die Investitionen leicht umkehrbar, dann wäre die ökonomische Begründung für IFV weniger zwingend. Die förderliche Entwicklung von ADI ist in der empirischen Forschung klar belegt. Für die Gewährung eines speziellen Schutzes für Investitionen in abgeleitete Finanzinstrumente (Derivate) oder für andere eher der Spekulation dienende Investitionen fehlen hingegen starke Argumente. Vielmehr überwiegt das Bedenken, ein IFV könnte zur Verhinderung von aufsichtsrechtlich, haftungsrechtlich oder insolvenzrechtlich wünschenswerten Reformen missbraucht werden.¹⁶

Auch Finanztitel, die von Staaten emittiert werden, sollten nicht in den IFV der EU geregelt werden, damit ausgeschlossen bleibt, dass über diesen Weg eine gemeinsame Haftung für Staatschulden entsteht.

Aus diesen Gründen empfiehlt der Beirat, künftige IFV auf ADI zu beschränken. Dabei muss sichergestellt werden, dass Investitionen, mit denen keine unternehmerische Absicht verbunden ist, von der Anwendung der IFV ausgeschlossen sind. Es ist zu prüfen, ob ein solcher Ausschluss besser mit einer Mindestanforderung an den Eigenkapitalanteil des ausländischen Investors (etwa 10%) oder mit dem Erfordernis eines Nachweises der unternehmerischen Kontrolle (etwa durch einen Sitz im Aufsichtsrat) gelingt.

Es ist richtig, dass die EU im Auftrag der Mitgliedsstaaten IFV abschließt, die internen Haftungsregeln sind allerdings noch unerprobt

Mit dem Lissabon-Vertrag ist die Zuständigkeit für ADI von den Mitgliedsstaaten auf die EU übergegangen. Daher ist die EU auch für das Verhandeln und Abschließen von IFV zuständig. Dies ist unter anderem deshalb zu begrüßen, weil die Marktgröße einen wichtigen Trumpf bei internationalen Verhandlungen darstellt und die EU im Auftrag der Mitglieder eine höhere Verhandlungsmacht hat als die Mitglieder jeweils für sich, vor allem bei Verhandlungen mit großen Staaten wie USA, China oder Indien. Außerdem können IFV, die die Mitgliedsstaaten jeweils separat abschließen, zu Verzerrungen im Binnenmarkt führen und die Rechtslage für transnational tätige Unternehmen verkomplizieren.

¹⁶ Das CETA-Abkommen versucht dieses Problem durch Art. 13.16, 13.21, 8.9 und 8.13 Abs. 3 zu lösen, indem aufsichtsrechtliche Ausnahmeregelungen formuliert werden.

Gehen die Verträge über ADI hinaus, so sind die IFV der EU automatisch gemischte Verträge, was die Zustimmung aller Parlamente der EU-Mitglieder erfordert und die Verhandlungsmacht der EU insgesamt schwächt.

Auch wenn Staatsschulden aus dem Anwendungsbereich eines IFV ausgenommen sind, bleibt es wichtig, dass die EU über Instrumente der internen Haftungszurechnung verfügt, die glaubwürdig und effektiv sind, so dass ein Fehlverhalten eines Landes nicht zu einer Gesamthaftung der EU führen kann. Die geltende Haftungsfreistellungsverordnung macht den Versuch, genau dies zu verhindern. Ob sie ausreicht, muss sich allerdings erst in der Praxis zeigen.

Der neue Ansatz der Streitregulierung der EU ist zu begrüßen

Soll über Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und privaten Investoren in Staat-Staat-Streitschlichtungsverfahren (wie sie bei der WTO üblich sind), in Investor-Staat-Streitschlichtung vor „privaten“ ad-hoc-Tribunalen (wie sie in den allermeisten IFV vorgesehen ist), vor einem neu zu schaffenden internationalen Investitionsgerichtshof oder vor ordentlichen heimischen Gerichten entschieden werden? Die Auslagerung der Rechtsprechung in Institutionen außerhalb des üblichen Gerichtssystems hat den Zweck, Unsicherheiten über die Zuständigkeit heimischer Gerichte und Politisierung zu vermeiden. In der öffentlichen Diskussion wurde kritisiert, dass diese Verfahren modernen Ansprüchen der Rechtsprechung nicht genügen: es fehle an Transparenz, Unparteilichkeit, Professionalität, und es gebe keine Berufungsmöglichkeiten. Die angeblichen Vorteile einer raschen und kostengünstigen Klärung seien unzutreffend. Der Beirat begrüßt die im CETA-Vertrag implementierten neuen Standards der EU, weil sie den zu Recht geäußerten Bedenken Rechnung tragen.

Auch die Weiterentwicklung des im CETA-Vertrag vorgesehenen Gerichtes (CETA Art. 8.27) zu einem multilateralen Internationalen Investitionsgerichtshof (CETA Art. 8.29) ist erfreulich. Ein multilaterales System kann jedoch nur dann erfolgreich etabliert werden, wenn möglichst viele Schwellenländer in die Konzeption eingebunden sind. Das bisher existierende Dickicht von unterschiedlichen IFV-Modellen der EU-Mitglieder ist aus entwicklungspolitischer Sicht wenig sinnvoll, weil es die Gaststaaten vor möglicherweise inkompatible Anforderungen stellt und dies die Eingliederung in internationale Wertschöpfungsnetzwerke nicht erleichtert.

Der Europäische Rat hat am 20. März 2018 die Kommission ermächtigt, entsprechende Verhandlungen zu führen, und hat dafür prozedurale und inhaltliche

Vorgaben gemacht.¹⁷ So sollen die Verhandlungen transparent geführt werden; die Konvention zur Errichtung eines multilateralen Investitionsgerichtshofes muss Mechanismen zur Abwehr unseriöser Klagen („frivolous claims“) enthalten sowie Berufungsmöglichkeiten bei Prozessfehlern, aber auch bei inhaltlichen Fehlern einräumen. Die Mitglieder des Gerichtshofes sollen fest angestellt sein, eine laufende Bezahlung erhalten und länger laufende, nicht erneuerbare Verträge erhalten. Sie sollen nach strengen Regeln ausgewählt werden.

Diese Vorgaben sind sinnvoll. Nur sollte die Bundesregierung darauf achten, dass die Anzahl der Mitglieder des Gerichtshofes in einem gesunden Verhältnis zu dem zu erwartenden Klagevolumen steht, so dass die Effizienz der neuen Institution gewährleistet ist. Die Zahl der hauptamtlichen Richter ist klein zu halten; ihre Nationalität sollte über die Zeit wechseln. Jedes Land sollte einen oder zwei Beisitzer benennen, typischerweise Richter an nationalen Gerichten. In jedem vorliegenden Fall ist der Gerichtshof durch eine gleich große Zahl von Beisitzern zu ergänzen, darunter immer die Beisitzer aus dem betroffenen Land.

Insgesamt befindet sich die Reform der Streitbeilegung auf einem guten Weg, wenn es auch schwierig werden wird, Länder wie die USA oder China, die der Übertragung von Souveränitätsrechten auf internationale Gerichte traditionell skeptisch gegenüberstehen, von dem europäischen Modell zu überzeugen. Eine Rückkehr zu Staat-Staat-Streitbeilegungsverfahren ist hingegen nicht zu empfehlen. Dies würde die Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten kleinerer Investoren ohne politische Verbindungen verringern, zu einer Politisierung von Investitionsstreitigkeiten und mithin höherer Rechtsunsicherheit führen.

Es ist grundsätzlich zweckmäßig, in internationalen Wirtschaftsabkommen Handels- und Investitionsthemen zu bündeln

Es gibt starke empirische Hinweise darauf, dass zwischen internationalem Handel von Gütern und Dienstleistungen einerseits und Auslandsdirektinvestitionen andererseits eher ein komplementäres als ein substitutives Verhältnis herrscht (Felbermayr et al., 2015). Dies hat sich durch die verstärkte internationale Arbeitsteilung in Wertschöpfungsnetzwerken noch verstärkt und ist für Dienstleistungshandel besonders ausgeprägt. Circa die Hälfte des globalen Handels findet zwischen verbundenen Unternehmen statt (Bernard et al, 2012). Die Beseitigung von Handelsbarrieren hat daher fast immer Effekte auf die Investitionsströme und umgekehrt. Die Stärke der Komplementaritätsbeziehung

¹⁷ Das Verhandlungsmandat wurde am 20. März öffentlich gemacht und ist hier erhältlich: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/en/pdf>.

ist empirisch umstritten, und theoretisch ist auch ein substitutives Verhältnis denkbar. Die Existenz von Wechselwirkungen spricht dafür, die beiden Themen gemeinsam zu verhandeln. Außerdem kann die Bündelung von Themen in den Verhandlungen das Abschließen von Tauschgeschäften, die beide Seiten besserstellen, erleichtern, etwa wenn ein Land ausländische Märkte vornehmlich durch Direktinvestitionen erschließt (wie etwa Japan) und der Verhandlungspartner eher auf Exporte setzt (wie das etwa die EU tut). Diese Argumente sprechen grundsätzlich dafür, IFV in Freihandelsabkommen zu integrieren.

Nach gängiger Rechtsmeinung konstituieren europäische IFV, die ADI enthalten und in denen Investor-Staat-Streitbeilegung vorgesehen ist, gemischte Abkommen, die von allen EU Mitgliedsstaaten ratifiziert werden müssen. Aus diesem Grund könnte es trotz der oben formulierten ökonomischen Sinnhaftigkeit der Bündelung geboten sein, Freihandelsabkommen und IFV dennoch zu trennen, damit die bei einem gemischten Abkommen zwangsläufig geringere Verhandlungsmacht der EU die erfolgreiche Verhandlung eines Vertrages zum Freihandel nicht erschwert.

CETA sollte so bald wie möglich ratifiziert werden

Der Beirat empfiehlt dem deutschen Bundestag, das Abkommen mit Kanada, welches neben klassischen Regelungen zum Marktzugang auch Fragen der regulatorischen Kooperation und den Investitionsschutz umfasst, zu ratifizieren. Zwar enthält der Vertragstext Elemente, die der Beirat nicht gut heißt (etwa die zu breite Definition von Investitionen oder ein unausgereiftes System zur Streitbeilegung). Das Abkommen stellt aber einen erheblichen Fortschritt gegenüber den bisher zwischen manchen EU-Staaten und Kanada geltenden IFV dar. Außerdem ist nicht zu befürchten, dass das Abkommen ausländische Investoren materiellrechtlich besser stellt als inländische (Schill, 2014). Im Sinne eines Reallabors ist es zu begrüßen, wenn die dort implementierten neuen Ideen einem Praxistest unterzogen werden. Dies ist gerade mit einem Land wie Kanada, das eine robuste Demokratie und ein verlässlicher Partner Europas und Deutschlands ist, sinnvoll. Das Abkommen bringt in den vielen anderen von ihm abgedeckten Bereichen erhebliche Verbesserungen, die zu positiven Realeinkommenseffekten in der EU und in Kanada führen werden (Felbermayr, 2014). Die im CETA Abkommen festzustellenden Unzulänglichkeiten im Bereich des Investitionsschutzes wiegen aus Sicht des Beirates nicht schwer genug, um die Verweigerung der Ratifizierung des Abkommens zu empfehlen. Mit der Ratifikation des CETA-Textes kann Deutschland ein wichtiges Signal senden, dass es weiterhin an der Weiterentwicklung eines regelbasierten Handelssystems interessiert ist.

Der Beirat empfiehlt, zukünftige Investitionsschutz-Abkommen auf Direktinvestitionen mit unternehmerischer Absicht zu beschränken und ausgereifte Systeme zur Streitbeilegung einzuführen.

Berlin, den 27. April 2018

Der Vorsitzende des Wissenschaftlichen Beirats
beim Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
Prof. Dr. Hans Gersbach

Literatur

- [1] Acemoglu, D. und J. Robinson (2012). *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity, and Poverty*, New York: Crown Publishing.
- [2] Aichele, R. und G. Felbermayr (2014). CETA: Welche Effekte hat das EU-Kanada-Freihandelsabkommen auf Deutschland? *Ifo Schnelldienst* 87(24): 20-30.
- [3] Aisbett, E., Busse, M., Nunnenkamp, P. (Forthcoming). 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*
- [4] Almeida, R. (2007). The Effects of Foreign Owned Firms on the Labor Market, *Journal of International Economics*, Vol. 72, Iss. 1, pp. 75-96.
- [5] Behrends, N., P. Kubicki und H. Rathke (2017). Das Gutachten des EuGH zum EU-Freihandelsabkommen mit Singapur (EUSFTA), Deutscher Bundestag, Infobrief PE 6 - 3010 - 044/17.
- [6] Bernard, A. B., J. B. Jensen, S. J. Redding und P. K. Schott (2012). The Empirics of Firm Heterogeneity and International Trade, *The Annual Review of Economics*, 4:283-313.
- [7] BMWi (2017). *Schlaglichter der Wirtschaftspolitik*, August 2017, Bundesministerium für Wirtschaft und Energie.
- [8] Berger, A., M. Busse, P. Nunnenkamp und M. Roy (2011). More stringent BITs, less ambiguous effects on FDI? Not a bit! *Economics Letters* 112(3): 270-272.
- [9] Bonnitcho, J. (2014). *Substantive Protection under Investment Treaties: A Legal and Economic Analysis*, Cambridge University Press.
- [10] Bungenberg, M., J. Griebel und S. Hindelang (2010). *Internationaler Investitionsschutz und Europarecht*, Nomos Verlag.
- [11] Busse, M., J. Königer und P. Nunnenkamp (2010). FDI promotion through bilateral investment treaties: More than a bit? *Review of World Economics* 146(1): 147-177.
- [12] Braml, M. und G. Felbermayr (2016). *Bilateraler Investitionsschutz: Die Fakten*. *Ifo Schnelldienst* 69(23): 23-28.
- [13] Dixon, W.J. und T. Boswell (1996). Dependency, disarticulation, and denominator effects: Another look at foreign capital penetration. *American Journal of Sociology*, (102), 543-562.

- [14] Dolzer, R. und C. Schreuer (2012). *Principles of International Investment Law*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- [15] Eberhardt, P. (2014). *Investitionsschutz am Scheideweg*. Internationale Politikanalyse. Friedrich Ebert Stiftung.
- [16] Egger, P. und M. Pfaffermayr (2004). The impact of bilateral investment treaties on foreign direct investment, *Journal of Comparative Economics* 32(4): S. 788-804.
- [17] Egger, P. und V. Merlo (2012). BITs bite: An anatomy of the impact of bilateral investment treaties on multinational firms. *Scandinavian Journal of Economics* 114(4): 1240-1266.
- [18] Egger, P. und V. Merlo (2007). The Impact of Bilateral Investment Treaties on FDI Dynamics. *The World Economy* 30(10): 1536-1549.
- [19] Felbermayr, G., V. Grossmann und W. Kohler (2015). Migration, International Trade, and Capital Formation: Cause or Effect?, in: Barry Chiswick, Paul W. Miller (eds.): *Handbook of the Economics of International Migration* 1B (Elsevier): 914 – 1025.
- [20] Felbermayr, G. (2018). Was wissen wir über den Effekt von Investitionsschutz- und -förderverträgen (IFV) auf ausländische Direktinvestitionen? *ifo Schnelldienst* 71(3).
- [21] Gaukrodger, D. und K. Gordon (2012): *Investor-state dispute settlement: A scoping paper for the investment policy community*, OECD Working Papers on International Investment, No. 2012/3.
- [22] Goldbach S., A. J. Nagengast, E. Steinmüller und G. Wamser (2017). *The Effect of Investing Abroad on Investment at Home - On the Role of Technology, Tax Savings, and Internal Capital Markets*. Deutsche Bundesbank Discussion Paper No 14/2017.
- [23] Grossman, G. und E. Rossi-Hansberg (2008). Trading Tasks: A Simple Theory of Offshoring, *American Economic Review* 98(5): 1978-1997.
- [24] Häberli, C., M. Jansen und J.-A. Monteiro (2012). *Regional Trade Agreements and Domestic Labour Market Regulation*. In: Lippoldt, D., *Policy Priorities for International Trade and Jobs*, Paris: OECD.
- [25] Hale, G. und M. Xu (2016). FDI effects on the labor markets of host countries. Federal Reserve Bank of San Francisco, Working Paper 2016-25.

- [26] Horn, H. und T. Tangeras (2017). Economics and Politics of International Investment Agreements. RSCAS Working Paper 2017/19.
- [27] Janeba, E. (2016). Regulatory Chill and the Effects of Investor State Dispute Settlements. Mimeo: Universität Mannheim
- [28] Javorcik, B. (2004). Does Foreign Direct Investment Increase the Productivity of Domestic Firms? In Search of Spillovers through Backward Linkages. *American Economic Review* 94(3): 605-627.
- [29] Jean, S. (2015). Deux principes pour redéfinir le cadre contentieux de l'investissement international. *Le Monde*, 13.05.2015.
- [30] Keller, W. und S. Yeaple (2009). Multinational Enterprises, International Trade, and Productivity Growth: Firm-level Evidence from the United States. *The Review of Economics and Statistics* 91(4): 821–831.
- [31] Konrad, K. (2017). Large investors, regulatory taking and investor-state dispute settlement. *European Economic Review*, im Erscheinen.
- [32] Landes, D. (1998). *The Wealth and Poverty of Nations: Why Some Are So Rich and Some So Poor*. New York: W. W. Norton.
- [33] Markusen, J.R. (2001). Commitment to rules on investment: The developing countries' stake. *Review of International Economics* 9(2): 287-302.
- [34] Neumayer, E., P. Nunnenkamp und M. Roy (2014). Why developing countries sign increasingly strict investment agreements. *VoxEU*.
- [35] Nunnenkamp, P. (2017). Investor-state dispute settlement: Are arbitrators biased in favor of claimants? *Kiel Policy Brief* 105.
- [36] Pauwelyn, J. (2015): WTO Panelists are from Mars, ICSID Arbitrators are from Venus, Why? And does it matter? mimeo.
- [37] Poulsen, L. (2010). The Importance of BITs for Foreign Direct Investment and Political Risk Insurance: Revisiting the Evidence. *Yearbook on International Investment Law and Policy* 2009/2010: 539-574.
- [38] PowerShift / CCPA u.a. (2016). Making Sense of CETA – CETA lesen und verstehen. Analyse des EU-Kanada Freihandelsabkommens. PowerShift / CCPA Berlin/Ottawa (<https://power-shift.de/making-sense-of-ceta>).
- [39] Sauvants, K.P. und L.E. Sachs (2009). *The effect of treaties on foreign direct investment: Bilateral investment treaties, double taxation treaties, and investment flows*. Oxford: Oxford University Press.

- [40] Schill, S. (2014). Auswirkungen der Bestimmungen zum Investitionsschutz und zu den Investor-Staat-Schiedsverfahren im Entwurf des Freihandelsabkommens zwischen der EU und Kanada (CETA) auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers. Kurzgutachten für das BMWi, verfügbar unter http://www.mpil.de/de/pub/organisation/wiss_bereich/sschill.cfm
- [41] Stähler, F. (2017). An optimal investor state dispute settlement mechanism. Mimeo: Universität Tübingen.
- [42] UNCTAD (2015). World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance. United Nations, New York und Genf.
- [43] UNCTAD (2013). World Investment Report 2013: Global Value Chains: Investment and Trade for Development. United Nations, New York und Genf.
- [44] Vernon, R. (1971). Sovereignty at Bay: The Multinational Spread of US Enterprises. New York: Basic Books.
- [45] Weibel, M. und Y. Wu (2017). Are arbitrators political? University of South Carolina, mimeo.
- [46] Weiß, W. (2016). Verfassungsprobleme des Abschlusses und der vorläufigen Anwendung des CETA Freihandelsabkommens mit Kanada. Stellungnahme zur Öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages am 5. September 2016.

Mitglieder

Das Gutachten wurde vorbereitet von folgenden Mitgliedern des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Energie:

Professor Gabriel Felbermayr, Ph.D. (Federführung)
Professor für Volkswirtschaftslehre, insb. reale und monetäre Außenwirtschaft
Leiter des ifo-Zentrums für Außenwirtschaft, München

Professor Dr. Christoph Engel
Direktor am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern
Professor für Rechtswissenschaften an der Universität Osnabrück

Professor Dr. Hans Gersbach (Vorsitzender)
Professor für Makroökonomie, Innovation und Politik
CER-ETH – Center of Economic Research
at ETH Zürich, Schweiz

Professor Dr. Dr. h.c. mult. Martin Hellwig, Ph. D.
Direktor em. am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern
und Professor an der Universität Bonn

Professor Dr. Eckhard Janeba
Professor für Volkswirtschaftslehre, insbesondere Finanzwissenschaft
und Wirtschaftspolitik, an der Universität Mannheim

Verzeichnis der Mitglieder

Professor Dr. Hans Gersbach (Vorsitzender)
Professor für Makroökonomie, Innovation und Politik
CER-ETH – Center of Economic Research
at ETH Zürich, Schweiz

Professor Christina Gathmann, Ph.D. (Stellvertretende Vorsitzende)
Lehrstuhl für Arbeitsmarktökonomie und Neue Politische Ökonomik
Alfred-Weber-Institut für Wirtschaftswissenschaften, Heidelberg

Professor Dr. Hermann Albeck
Em. Professor für Volkswirtschaftslehre
an der Universität Saarbrücken

Professor Dr. Stefan Bechtold
Professor für Immaterialgüterrecht
Departement Geistes-, Sozial- und Staatswissenschaften
an der ETH Zürich

Professor Dr. Dr. h.c. Peter Bernholz
Em. Professor für Nationalökonomie, insbesondere Geld- und Außenwirtschaft,
an der Universität Basel

Professor Dr. Norbert Berthold
Professor für Volkswirtschaftslehre an der
Bayerischen Julius-Maximilians-Universität in Würzburg

Professor Dr. Charles B. Blankart
Em. Professor für Wirtschaftswissenschaften
an der Humboldt-Universität zu Berlin

Professor Axel Börsch-Supan, Ph.D.
Direktor des Munich Center for the Economics of Aging (MEA)
am Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik, München

Professor Dr. Dres. h.c. Knut Borchardt
Em. Professor für Wirtschaftsgeschichte und Volkswirtschaftslehre
an der Universität München

Professor Dr. Friedrich Breyer
Professor für Volkswirtschaftslehre
an der Universität Konstanz

Professor Dr. Dr. h.c. Christoph Engel
Direktor am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern
Professor für Rechtswissenschaften an der Universität Osnabrück

Professor Dr. Armin Falk
briq - Behavior and Inequality Research Institute GmbH
Professor für Volkswirtschaftslehre
Lehrstuhl für Rechts- und Staatswissenschaften
an der Universität Bonn

Professor Gabriel Felbermayr, Ph.D.
Professor für Volkswirtschaftslehre, insb. reale und monetäre Außenwirtschaft
Leiter des ifo-Zentrums für Außenwirtschaft, München

Professor Dr. Dr. h.c. mult. Wolfgang Franz
Präsident des Zentrums für Europäische Wirtschaftsforschung Mannheim i.R.
Em. Professor für Volkswirtschaftslehre
an der Universität Mannheim

Professor Marcel Fratzscher, Ph.D.
Präsident des Deutschen Instituts für Wirtschaftsforschung (DIW Berlin) und
Professor für Makroökonomie und Finanzen
an der Humboldt-Universität Berlin

Professor Dietmar Harhoff, Ph.D.
Direktor am Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb, München
Professor für Betriebswirtschaftslehre
an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Professor Dr. Dr. h.c. mult. Martin Hellwig, Ph. D.
Direktor em. am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern
und Professor an der Universität Bonn

Professor Dr. Roman Inderst
Professor für Finanzen und Ökonomie an der Universität Frankfurt/M.
House of Finance

Professor Dr. Dr. h.c. mult. Otmar Issing
Mitglied des Direktoriums der Europäischen Zentralbank i.R.
Frankfurt/Main

Professor Dr. Eckhard Janeba
Professor für Volkswirtschaftslehre insbesondere Finanzwissenschaft
und Wirtschaftspolitik an der Universität Mannheim

Professor Dr. Günter Knieps
Direktor des Instituts für Verkehrswissenschaft und Regionalpolitik;
Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Professor Dr. Dr. h.c. Wernhard Möschel
Em. Professor für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht
an der Universität Tübingen

Professor Dr. Axel Ockenfels
Professor für Wirtschaftliche Staatswissenschaften
Staatswissenschaftliches Seminar
an der Universität zu Köln

Professor Regina T. Riphahn, Ph.D.
Professor für Statistik und empirische Wirtschaftsforschung
an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

Professor Dr. Albrecht Ritschl
Professor für Wirtschaftsgeschichte
an der London School of Economics

Professor Dr. Klaus Schmidt
Professor für Volkswirtschaftslehre
an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Professor Dr. Monika Schnitzer
Professor für Volkswirtschaftslehre
an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Professor Dr. Olaf Sievert
Präsident der Landeszentralbank in den Freistaaten Sachsen
und Thüringen, Leipzig i.R.,
Honorarprofessor Universität Saarbrücken

Professor Dr. Dr. h.c. Hans-Werner Sinn
Präsident des Ifo-Instituts München i.R.
Em. Professor für Nationalökonomie und Finanzwissenschaft
an der Universität München

Professor Dr. Roland Vaubel
Em. Professor für Volkswirtschaftslehre
an der Universität Mannheim

Professor Dr. Carl Christian von Weizsäcker
Em. Professor für Volkswirtschaftslehre
an der Universität zu Köln

Professor Dr. Christian Watrin
Em. Professor für wirtschaftliche Staatswissenschaften
an der Universität Köln

Professor Dr. Eberhard Wille
Em. Professor für Volkswirtschaftslehre und Finanzwissenschaft
an der Universität Mannheim

Professor Dr. Ludger Wößmann
Professor für Volkswirtschaftslehre
an der Ludwig-Maximilians-Universität München
Leiter, ifo Zentrum für Bildungsökonomik

Ruhende Mitgliedschaften

Professor Dr. Claudia M. Buch
Vizepräsidentin der Deutschen Bundesbank,
in Frankfurt am Main

Professor Achim Wambach, Ph.D.
Präsident des Zentrums für Europäische Wirtschaftsforschung Mannheim
Professor für Volkswirtschaftslehre
an der Universität Mannheim