

## Ein Weltreich des Kapitals?

Die Institutionalisierung ungerechtfertigter Investorenprivilegien in TTIP und CETA

### 1. Die politische Debatte um die Schiedsverfahren zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen ausländischen Investoren und Staaten in CETA und TTIP: Hysterie oder berechtigte Skepsis?

Die zum Teil heftigen politischen Reaktionen gegen das Streitschlichtungsverfahren ISDS (Investor-state Dispute Settlement), das im CETA, dem umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommen zwischen der EU und Kanada, vorgesehen und auch für das transatlantische Freihandelsabkommen TTIP (Transatlantic Trade and Investment Partnership) geplant ist, sind für Kenner der Praxis bilateraler Investitionsschutzabkommen häufig schwer nachzuvollziehen. Schließlich haben europäische Staaten in der Vergangenheit mehr als 1.400 bilaterale Investitionsschutzabkommen (BITs) geschlossen. Eine generelle Verdammung von Schlichtungsverfahren wegen vorgeblicher Investorenbegünstigung sei unangebracht und entbehre glaubhafter Beweise. Staaten und Investoren spielten bei der Besetzung der Gerichte eine gleichgewichtige Rolle. Inhaltlich normieren diese Abkommen grundlegende, relativ unumstrittene Rechtsgrundsätze zum Schutz von Investoren: Sie verlangen Nichtdiskriminierung, eine faire Behandlung, verbieten Enteignung ohne Entschädigung oder sehen die Möglichkeit vor, Investitionen und Gewinne ins Heimatland zurückzuführen. Was die Ergebnisse von Schiedsverfahren betrifft, so gibt es ebenfalls keine Anhaltspunkte für eine strukturelle Begünstigung von Investoren. Natürlich könne man über einzelne Entscheidungen streiten, aber jeder mit der Beilegung von Rechtsstreitigkeiten vertraute Jurist wisse, dass es kein Verfahren gibt, das nicht auch gelegentlich mal wenig überzeugende Ergebnisse produziert. Jedenfalls spreche die Statistik gegen eine strukturelle Favorisierung von Investoreninteressen: Mehr als die Hälfte der Fälle, die vor ein Schiedsgericht gebracht werde, werde zugunsten des Staates entschieden. Noch verbleibenden residualen Bedenken würde durch eine entsprechend progressive Normierung begegnet werden. So enthalten CETA und potenziell auch TTIP progressive Klauseln über Transparenz und Teilnahme. Zudem soll klargestellt werden, dass rechtliche Regelungen, die legitime Interessen des Allgemeinwohls verfolgen, wenn sie nicht offensichtlich unverhältnismäßig sind, keine Entschädigungspflichten des Staates gegenüber Investoren auslösen, auch wenn durch eine solche Regelung die Profitabilität einer Investition betroffen ist. Auf diese Art und Weise könnten die Investitionsschutznormen in CETA und TTIP eine globale Modellfunktion für einen fortschrittlichen Investitionsschutz bieten. Ist unter diesen Umständen die politische Aufregtheit auf mehr

als Hysterie zurückzuführen, die entweder auf Unkenntnis oder ideologischer Borniertheit beruht?<sup>1</sup>

Im Folgenden will ich versuchen, die Debatte in einen breiteren historischen Kontext einzubetten. In einem solchen breiteren Kontext wird die grundsätzliche Ablehnung der in diesen Abkommen vorgesehenen Investorenschutzklauseln meines Erachtens in einem anderen Licht erscheinen. Der Investitionsschutz und die Praxis der Investor-Staat-Arbitration hängen, historisch betrachtet, mit Absichten und Kontexten zusammen, die sich strikt von denen der heutigen Welt des Handels und der Investmentbeziehungen zwischen liberalen konstitutionellen Demokratien unterscheiden. Was möglicherweise ein für beide Seiten nützliches Instrument in den Beziehungen zwischen Entwicklungsländern und entwickelten Industriestaaten gewesen ist – und es gibt vieles, was sogar in diesem Zusammenhang angefochten werden kann –, kann keine plausible Rolle in den Beziehungen zwischen entwickelten liberalen konstitutionellen Demokratien spielen. Die Idee des Investitionsschutzes als ein Gebiet mit eigener Infrastruktur für die Schlichtung von Streitfällen sollte als ein von Natur aus zweifelhaftes Übergangsphänomen angesehen werden – vielleicht vergleichbar mit dem Mandatssystem des Völkerbundes oder dem Treuhandsystem der Vereinten Nationen –, das es verdient, im Laufe der Zeit zu verschwinden, statt reformiert zu werden. In einer Welt liberal-demokratischer Verfassungsstaaten hätten auch relativ progressive Investitionsschutzregime wie die in CETA und TTIP vorgesehenen keinen Platz, und zwischen liberal-demokratischen Verfassungsstaaten haben sie schon heute keinen Platz.

## 2. Zum historischen Kontext: Investitionsschutz zwischen angemessenem Rechtsschutz und Investorenprivileg

Die meisten bilateralen Investitionsschutzabkommen, die in den letzten vier Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts ausgehandelt wurden, betreffen das Verhältnis zwischen einem Entwicklungsland und einem entwickelten Industriestaat. Hierfür war das erste moderne bilaterale Investitionsschutzabkommen, das zwischen Deutschland und Pakistan 1959 geschlossen wurde, typisch. Entwickelte Länder exportierten Kapital, Entwicklungsländer importierten Kapital. In diesem Zusammenhang sollten Investitionsschutzabkommen helfen, zwei ganz spezifische Probleme zu lösen: Das erste betraf die Gewährleistung von angemessenem Rechtsschutz für ausländische Investoren, das zweite die Schaffung von Anreizen für ausländische Investoren, damit sie in dem Entwicklungsland investieren. Weder das eine noch das andere ist ein plausibler Grund für Investitionsschutzabkommen zwischen entwickelten liberalen konstitutionellen Demokratien. Aber diese beiden Zwecke und die Spannungen zwischen ihnen beherrschen die gegenwärtige Struktur und Kultur des Investitionsschiedsverfahrens. Das soll im Folgenden kurz verdeutlicht werden.

1 Hinsichtlich einer allgemeinen Verteidigung einer Investor-Staat-Arbitration vgl. Brower, Blanchard 2014. Hinsichtlich einer komplexen Billigung eines solchen Verfahrens im Hinblick auf TTIP vgl. Weiler 2015.

Viele Entwicklungsländer hatten instabile, korrupte oder nicht funktionierende politische und rechtliche Systeme. Außerdem waren Länder, die sich gerade vom Kolonialjoch befreit hatten, oft ein Schlachtfeld für die Austragung von Ideologien und Interessenkonflikten im Zusammenhang mit dem Kalten Krieg. Es gab sowohl die Furcht vor sozialistischen Revolutionen, die zu einer entschädigungslosen Enteignung führen könnten, als auch die Furcht vor einer unfairen Behandlung, wenn eine neue Regierung eine von der vorherigen Regierung eingegangene Übereinkunft über Garantien brechen würde. Ausländische Investoren sind niemals eine begünstigte Gruppe im Kontext von nationalen Massenbewegungen oder Volksaufständen, und das umso weniger, wenn diese Bewegungen von sozialistischen Ideologien geleitet sind. In diesem Zusammenhang bietet der Verweis auf den innerstaatlichen Rechtsweg für ausländische Investoren kaum angemessenen Schutz.

Diese Gründe für Investitionsschutzabkommen haben natürlich wenig Gewicht, wenn es um Investitionen zwischen entwickelten liberalen konstitutionellen Demokratien geht, die eine unabhängige und überparteiliche Justiz zur Gewährleistung von Rechtsstaatlichkeit haben. Schutz vor Diskriminierung und Enteignung usw. wird dort regelmäßig von inländischen Gerichten gewährleistet, die, wenn erforderlich, auch Verfassungs- und Menschenrechte schützen. Vielleicht ist es nachvollziehbar, dass europäische Investoren in Bezug auf die rechtsstaatliche Infrastruktur und die politischen Rahmenbedingungen des einen oder anderen US-Staates skeptisch sind. Aber gibt es wirklich Gründe für die Annahme, dass in der Regel letztlich zuständige US-Bundesgerichte ihre Interessen nicht genügend berücksichtigen? Umgekehrt wäre es vielleicht nachvollziehbar, dass US-amerikanische Investoren Zweifel über rechtliche und politische Infrastruktur in dem einen oder anderen Staat der Europäischen Union haben: Kann man sicher sein, rumänischen oder bulgarischen Gerichten vertrauen zu können? Aber könnten umgekehrt US-amerikanische Investoren ernsthaft hinsichtlich der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) oder des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) besorgt sein? In den USA bieten Bundesgerichte und in Europa europäische Justizorgane, gestützt auf eine starke allgemeine verfassungsrechtliche Infrastruktur, die der Rechtsstaatlichkeit verpflichtet ist, alle Garantien, die um angemessenen Rechtsschutz besorgte ausländische Investoren verlangen könnten. Es überrascht nicht, dass diejenigen, die sich für die ISDS-Klauseln zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen ausländischen Investoren und Gaststaaten in CETA und im transatlantischen Freihandelsabkommen TTIP einsetzen, kaum in der Lage sind, plausible Beispiele für Rechtsverletzungen ausländischer Investoren durch nationale Gerichte anzuführen. Es ist nicht klar, dass es im transatlantischen Raum ein Problem gibt, für das der ISDS-Mechanismus eine angemessene Lösung sein könnte.

Das führt zu einem zweiten Punkt. Der ursprüngliche Sinn bilateraler Investitionsschutzabkommen bestand nicht nur darin, dass ausländischen Investoren zugesichert wird, fair behandelt zu werden und angemessenen Rechtsschutz zu bekommen. Diese Begründung allein würde nicht erklären, warum Entwicklungsländer solchen Verträgen überhaupt zustimmen. Weshalb sollten sie eine so altruistische Haltung gegenüber ausländischen Kapitalinteressen einnehmen? Aus der Perspektive des Kapital importierenden Landes gab es einen weiteren Grund, Investitions-

schutzabkommen zu unterzeichnen. Er bestand darin, durch Eingehung glaubwürdiger Verpflichtungen ausländische Investoren des Kapital exportierenden Staates anzulocken. Ausländisches Kapital anzuziehen konnte aus verschiedenen Gründen von zentraler Bedeutung sein. Erstens als Mittel, um die eigene wirtschaftliche Entwicklung voranzutreiben. Für viele im Entwicklungsbereich arbeitende Institutionen, darunter auch die Weltbank und der Internationale Währungsfonds (IWF), galt die Attraktivität für ausländische Investitionen als eine zentrale Bedingung für eine erfolgreiche Entwicklung. Es gab aber auch andere Gründe, es für wichtig zu halten, ausländisches Kapital anzuziehen. Kapital importierende Länder hatten bisweilen korrupte und autoritäre Regierungen, denen es, um es vorsichtig zu formulieren, nicht vorrangig um die wirtschaftlich-soziale Entwicklung ihres Landes ging. Auch solche Regime hatten einen Grund, bilaterale Investitionsschutzabkommen zu unterzeichnen: Ausländische Investitionen generieren Einkünfte in Form von Steuern, Lizenzgebühren usw., Einkünfte, die in Regierungskassen fließen und von den Machthabern genutzt werden, um deren Position zu sichern, sei es um sich zu bereichern oder ihre Klientel zu bedienen. So halfen bilaterale Investitionsschutzabkommen westlichen Investoren, sichere Bedingungen für Investitionen zu erhalten, um etwa Bodenschätze auszubeuten, während sie damit oft genug zugleich wirksam dazu beitrugen, autoritäre und kleptokratische Regimes zu stützen. Insoweit lässt sich die Geschichte bilateraler Investitionsschutzabkommen zum Teil auch verstehen als Kollusion zwischen korrupten und despotischen Regimen in Entwicklungsländern und westlichen Staaten, die die Interessen ihrer jeweiligen Klientel bedienen.

Aber unabhängig davon, ob im Einzelfall eher legitime entwicklungsorientierte oder dubiose, auf Machterhalt und Klientelbedienung ausgerichtete Gründe für die Etablierung bilateraler Investitionsschutzabkommen im postkolonialen Umfeld maßgeblich waren, der Zweck der Anziehung ausländischen Kapitals rechtfertigte Investitionsschutzzusagen, die weit über das hinausgehen, was angemessener Rechtsschutz erfordern würde. Ein solcher Zweck rechtfertigt *die Schaffung eines privilegierten Status für Investoren als Anreiz für Investitionen*. Wenn ich jemanden dafür gewinnen möchte, in meinem Land zu investieren, weil ich entweder glaube, dass dies für Entwicklung erforderlich ist, oder weil dies mir hilft, meine Macht zu stärken, so verspreche ich ihm nicht nur, dass er eine faire Behandlung erfahren und einen angemessenen Schutz vor Unrecht genießen wird. Ich verspreche ihm, für seine Investition den höchstmöglichen Schutz zu bieten. Historisch betrachtet, wurden in bilateralen Investitionsschutzabkommen nicht nur Grundprinzipien für eine faire Behandlung, für Nichtdiskriminierung und angemessenen Rechtsschutz formuliert. Bilaterale Investitionsverträge sollten auch signalisieren, dass der Kapital importierende Staat gegenüber anderen möglichen Belangen dem Investitionsschutz einen Vorrang einräumt. Er sollte eben nicht gegenüber anderen öffentlichen Gütern ohne weiteres abwägungsfähig sein. Das erklärt zudem, warum auch heute noch etwa die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und die Güterabwägung im Investitionsschutzschiedsgerichtsverfahren eher umstritten bleibt, während sich beides in anderen vergleichbaren Rechtsbereichen längst durchgesetzt hat. Selbst wenn die Bestimmungen eines bilateralen Investitionsschutzabkommens an sich nicht einseitig zum Nachteil legitimer öffentlicher Zwecke abgefasst sind, enthalten viele

bilaterale Investitionsschutzabkommen Meistbegünstigungsklauseln, die es Schlichtern ermöglichen, auf besonders investorenfreundliche Bestimmungen anderer bilateraler Investitionsschutzabkommen eines Kapital importierenden Staates zurückzugreifen. Und wenn eine solche Klausel nicht existiert, gibt es ein oft auch durch die Präambeln der Abkommen gestütztes allgemeines Hintergrundverständnis, dass der Zweck des Abkommens die Priorisierung des Investitionsschutzes gegenüber anderen Belangen ist. Im Hinblick auf den Schutzzweck solcher Abkommen ist in der Regel ein starker Investorenschutz besser als ein schwacher.<sup>2</sup> Wie sollte dies nicht die Art und Weise beeinflussen, wie Schiedsrichter die Klauseln solcher Abkommen interpretieren? Die Bevorzugung von Investoren, die oft als Grund für das heutige Misstrauen gegenüber diesen Arrangements angeführt wird, wurde, historisch betrachtet, durch rationale Motivationen der entsprechenden vertrags-schließenden Akteure unterstützt und entsprach so den Absichten der Verträge.

Es ist klar, dass im Kontext entwickelter liberal-demokratischer Verfassungsstaaten die Attraktivität für ausländisches Kapital kein guter Grund ist, die Interessen der Investoren gegenüber anderen öffentlichen Belangen zu begünstigen. Werden ausländische Investoren in den wirtschaftlich entwickelten, reifen liberalen konstitutionellen Demokratien privilegiert, um dadurch Kapital anzulocken, so wird nur ein die Deregulierung fördernder Wettbewerb nach unten (»race to the bottom«) angestoßen. Manche mögen eine solche Idee für politisch attraktiv halten und glauben an den wohlstandssteigernden Effekt eines solchen Ordnungsrahmens. Aber dann sollte er auf einer solchen Grundlage explizit verteidigt werden. Es steht nicht zu erwarten, dass eine solche Argumentation für plausibel gehalten würde und der demokratischen Zustimmung fähig wäre. Tatsächlich insistieren die Befürworter von ISDS-Bestimmungen in CETA und TTIP deshalb ja auch, dass es nicht darum gehe, Investoren zu privilegieren. Welche Gründe gibt es, daran zu zweifeln?

Die Argumente im Streit über »structural bias« und Investorenprivilegierung werfen komplexe methodische Fragen auf. Hier muss es genügen, auf Offensichtliches hinzuweisen.<sup>3</sup> Stellen wir uns vor, wir hätten besondere Sicherheitsgerichte, deren Zuständigkeit sich auf den Rechtsschutz von Bürgern gegen Eingriffe staatlicher Organe bezieht und die sich auf nationale Sicherheitsgesetze stützen. Diese Gerichte,

- 2 In einem auf den neuesten Stand gebrachten Band über das Verhältnis zwischen dem internationalen Investitionsschutzrecht und dem vergleichenden öffentlichen Recht wurde die Bedeutung des Öffentlichen Rechts als eines relevanten Standards für die Restriktion von Investorenschutzrechten und die Nützlichkeit des vergleichenden öffentlichen Rechts in dieser Beziehung in besonderen Kapiteln behandelt und nicht als etwas Selbstverständliches betrachtet; siehe Schill 2010. Zur Behauptung, die Praxis des Investitionsschutzrechts sei von »einem Zusammenstoß der Paradigmen« geprägt, siehe Roberts 2013. Außerdem ist der Gedanke, dass auf dem Gebiet der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit ebenso wie auf anderen Gebieten des Öffentlichen Rechts die Proportionalität eine zentrale Rolle spielt, um legitime öffentliche Interessen als eine Beschränkung von Rechten zu berücksichtigen, von Außenseitern befürwortet worden; siehe Stone Sweet 2010. Vehement abgelehnt wurde diese Idee von Insidern; siehe Alvarez, Khamsi 2009. Siehe allgemeiner Alvarez, Brink 2012.
- 3 Eine klassische Darlegung der Interessen relevanter Akteure im Schlichtungsprozess ist zu finden bei Dezelay, Garth 1996. Eine neuere Abhandlung stellt dar: Puig 2014.

stellen wir uns weiter vor, wären mit Richtern besetzt, die eine erfolgreiche Karriere beim Militär, bei der Polizei oder beim nationalen Geheimdienst durchlaufen haben, ergänzt durch führende Wissenschaftler, die sich mit Sicherheitsstudien befassen. Stellen wir uns nun ein anderes Gericht vor, sagen wir ein auf Menschenrechte spezialisiertes Gericht, das die gleichen Zuständigkeiten für Sicherheitsfragen hätte, aber mit führenden Persönlichkeiten aus Menschenrechtsorganisationen wie Amnesty International, Human Rights Watch usw. besetzt wäre, ergänzt durch führende Wissenschaftler auf dem Gebiet des Menschenrechtsschutzes. Zweifelt irgendetwas daran, dass sich die Ergebnisse wesentlich voneinander unterscheiden würden, auch wenn die abstrakten anzuwendenden Normen identisch wären? Das Beispiel soll verdeutlichen, dass es offensichtlich ist, dass es mit Spezialisierung und professionell-kultureller Prägung zusammenhängende epistemische Orientierungen gibt, die für die Muster der produzierten Ergebnisse maßgeblich sind. Der Bereich des Investitionsschutzes wird geprägt durch eine Gemeinschaft von Investitionsexperten, die aus großen Anwaltskanzleien kommen und im Allgemeinen darauf spezialisiert sind, multinationalen Konzernen ihre Dienste anzubieten, sowie durch wissenschaftliche Experten, die aufs engste mit ihnen verbunden sind. Im Zusammenhang mit den ambivalenten Zwecken des Investitionsschutzes, der nie nur auf Fairness für Investoren gerichtet war, sondern spezielle Anreize für Investoren bieten sollte, ist die Versicherung, Schiedsgerichtsverfahren böten keine strukturelle Privilegierung von Investoreninteressen, mit Skepsis zu betrachten. Die Tatsache, dass Staaten selbst einen der drei Richter ernennen können, mildert den Effekt, aber ändert an der Grundstruktur des Problems wenig. Weiterhin ist die Tatsache, dass nur 40 bis 50 Prozent der Klagen, die Investoren gegen Staaten einreichen, zum (wenigstens teilweisen) Erfolg des privaten Investors führen, kaum ein Beweis für die Neutralität des Verfahrens. Gibt es irgendein anderes Verfahren, wo private Akteure in der ersten Instanz vor einem unabhängigen Gericht gegen staatliche Maßnahmen einen annähernd 40- bis 50-prozentigen Erfolg erzielen? Das ist sehr fraglich.<sup>4</sup> Eine solche Erfolgsstatistik beweist auch umgekehrt nicht viel – es gibt viele Erklärungen für die Variation von Klageerfolgsraten –, aber eine solche Statistik ist jedenfalls kein Argument für die Neutralität von Investitionsschiedsgerichten. Obwohl es nicht genügt, einzelne Beispiele von unangemessen investorfreundlichen Schiedssprüchen anzuführen, ist schließlich der Mangel an Gegenbeispielen für einen offensichtlich überzogenen Schutz staatlicher Interessen gegen Investoren durch Investitionsschiedsgerichte auffällig. Während es auf anderen Gebieten – ich denke an den Schutz verfassungsmäßiger Rechte – im Allgemeinen leicht ist, je eine Liste von verfassungsgerichtlichen Entscheidungen zu nennen, die sowohl in Bezug auf den Schutz von Rechten als auch in Bezug auf den unterlassenen Schutz eines Rechts wenig plausibel sind (diese Listen werden natürlich zum Teil je nach Hin-

4 In Deutschland liegt die Quote für einen zumindest teilweisen Erfolg privater Prozessparteien in erster Instanz im Allgemeinen unter 25 Prozent; siehe zum Beispiel den Jahresbericht 2013 des Präsidenten des Berufungsgerichts von Niedersachsen vom 15. April 2014. Die Beantwortung der Frage, ob dies verallgemeinerbar ist, würde weitere vergleichende empirische Untersuchungen erfordern.

tergrundüberzeugung unterschiedlich ausfallen), scheint es weniger offensichtlich zu sein, dass es eine solche Symmetrie auf dem Investmentgebiet gibt. Ein letztes Argument bietet schließlich das Verhalten der Unternehmen selbst: Unternehmen die vor der Wahl stehen, vor nationalen Gerichten oder vor einem Schiedsgericht einen Streit gegen einen Staat zu verhandeln, werden fast ausnahmslos von Rechtsexperten beraten, das Schiedsgerichtsverfahren zu wählen. In der Vergangenheit hatte eine solche Wahl auch mit geringeren Publizitätserfordernissen und geringerer Dauer des Schiedsgerichtsverfahrens zu tun. Aber mit zunehmenden Publizitätserfordernissen und sich verlängernder Dauer der Schiedsverfahren haben sich diese Unterschiede schon erheblich eingebnet. Wenn dennoch regelmäßig in solchen Fällen ein Schiedsgerichtsverfahren gewählt wird, ist die naheliegende Vermutung die, dass Rechtsexperten und Unternehmen dort aus strukturellen Gründen grundsätzlich höhere Erfolgchancen vermuten.<sup>5</sup>

### 3. Auf dem Weg zu einem Weltreich des Kapitals für das 21. Jahrhundert

Es ist analytisch aufschlussreich und deshalb nicht unangebracht, bilaterale Investitionsschutzabkommen und das Schiedsverfahren zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen ausländischen Investoren und Gaststaaten als ein »Project of Empire« zu analysieren. Im postkolonialen Kontext der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts könnte der Investitionsschutz als Fortsetzung des westlichen Imperialismus unter neuen Bedingungen beschrieben werden: Es wurde behauptet, der Investitionsschutz diene der Gerechtigkeit und Entwicklungszielen (die kapitalistische, auf das spätere 20. Jahrhundert zugeschnittene Version dessen, was im 19. Jahrhundert die »Last des weißen Mannes« war), während die tatsächliche Praxis zum großen Teil ein Zusammenspiel von westlichen Firmeninteressen und -autoritären und/oder kleptokratischen postkolonialen Regimes zu Gunsten westlicher Interessen war. Neu in den 1990er Jahren, nach dem Ende des Kalten Krieges, ist, dass das Imperium nicht länger geografisch begrenzt ist. Seit NAFTA und der Europäischen Energiecharta, möglicherweise bald ergänzt durch CETA und TTIP, können die Privilegien ausländischer Investoren in wachsendem Maße auch gegen Maßnahmen westlicher entwickelter liberaler konstitutioneller Demokratien geltend gemacht werden. Investoren sind nicht nur gegen die Wechselfälle unterentwickelter

5 Das lässt sich nicht einfach dadurch erklären, dass staatliche Gerichte strukturell geneigt sind, staatliche Interessen zu begünstigen. Das macht ein Vergleich zwischen nationalem und europäischem Menschenrechtsschutz deutlich: Wenn Bürger im europäischen Verfassungsverbund sich zwischen Europäischem Menschenrechtsgerichtshof und dem Bundesverfassungsgericht entscheiden müssten, würde der anwaltliche Rat sicherlich anders ausfallen: eher für das nationale Gericht und gegen den Europäischen Menschenrechtsgerichtshof. Der Grund liegt darin, dass der EGMR gegenüber den nationalen Rechtsordnungen jeweils einen Einschätzungs- und Ermessensspielraum (*margin of appreciation*) einräumt, der häufig weiter ist als der Spielraum, den nationale Verfassungsgerichte anderen Staatsorganen einräumen. (Natürlich müssen Bürger im europäischen Verfassungsverbund eine solche Entscheidung nicht treffen: Sie können nach Erschöpfung des nationalen Rechtswegs zusätzlich zum Europäischen Gerichtshof gehen.)

und korrupter nationaler Justiz der unterentwickelten Provinzen des Weltreiches immunisiert, sondern auch gegen die Gesetze und demokratischen Prozesse der traditionellen Kernländer des Imperiums. Investoren und die professionelle Klasse derjenigen, die ihnen dienen, schaffen in zunehmendem Maß für sich selbst Sondergesetze, die sie von den normalen Bedingungen der demokratischen Politik isolieren.

Es gibt eine auffallende Parallele zwischen dem Streitschlichtungsverfahren ISDS und einer hinlänglich bekannten Institution in der Tradition des Kolonialismus: die »konsularische Jurisdiktion«. Während die Details im Laufe der Zeit und in verschiedenen kolonialen Kontexten wechselten, bestand die Grundidee der konsularischen Jurisdiktion, spezifiziert in ungleichen bilateralen Verträgen, darin, dass bestimmte Staatsangehörige von den rechtlichen Verfahren des Gastlandes ausgeschlossen waren. Stattdessen gab es zu ihren Gunsten ein gesondertes Verfahren mit Schiedsrichtern, die ihren Interessen gegenüber aufgeschlossener waren. Es handelte sich dabei oft um Konsularbeamte ihres Heimatlandes, es konnten aber auch gemischte Gerichte mit Amtspersonen des Gaststaates sein.<sup>6</sup> Die Grundidee war, dass »barbarischen« Staaten nicht zu trauen war und es deshalb nicht zu tolerieren war, dass eigene Staatsangehörige der Jurisdiktion des Gastlandes unterworfen waren. Ein Unterschied zwischen der traditionellen konsularischen Jurisdiktion und dem postkolonialen Kontext bilateraler Investitionsschutzabkommen war, dass im letzteren Fall das Erfordernis der Reziprozität formal anerkannt war. Wenn Deutschland und Pakistan einen solchen bilateralen Investitionsvertrag schlossen, bedeutete das, dass pakistanische Investoren in Deutschland von vertraglichen Garantien genauso profitieren können wie deutsche Investoren in Pakistan. Aber diese Anerkennung war in der Praxis nur eine Formalität. In einer Welt, in der es eine klare Trennung zwischen Kapital importierenden und Kapital exportierenden Staaten gibt, verschleierte die formale Anerkennung von Reziprozität die Realität der Privilegierung von Investoren aus Kapital exportierenden Ländern.

Neu am Schiedsverfahren zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen ausländischen Investoren und Gaststaaten im Kontext des 21. Jahrhunderts ist, dass das Problem der geografischen Schiefelage verschwindet. Westliche liberale konstitutionelle Demokratien sind nunmehr selbst den Forderungen ausländischer Investoren unterworfen, die sich den ISDS-Mechanismus zunutze machen, seien es Investoren, die ihre Basis in anderen liberalen konstitutionellen Demokratien haben, oder Investoren aus Entwicklungsländern, die sich zu *emerging markets* entwickelt haben und zum Teil selber Exporteure von Investmentkapital geworden sind. Wenn wir ISDS wie die konsularische Jurisdiktion als eine imperiale Institution qualifizieren, so wäre das heutige Weltreich nicht das Imperium von Frankreich, Großbritannien, den USA und nicht einmal des »Westens«. Es wäre das globale Imperium des Kapitals. In diesem Imperium wären diejenigen, die einen besonderen Schutz genießen, nicht die Angehörigen irgendeines Landes, sondern ausländische Investoren. Und unter den Kolonisierten wären die Bürger der traditionellen westlichen Kernländer, die sich mit den unbeabsichtigten Folgen ihrer eigenen Hypokrisie konfrontiert sähen.

6 Siehe Neff 2014, S. 315-317.

#### 4. Verfassungsfunktionale Äquivalenz und deren Folgen: Zur Zukunft des internationalen Investitionsschutzes

Keines der Argumente, die hier genannt wurden, bietet einen Anlass, Investorenschutz als Anliegen allgemein zu diskreditieren, obwohl es leicht wäre, eine lange Liste von Problemen zu nennen, deren Bewältigung in der Gegenwart dringlicher wäre. Aber da Investitionsschutzregime in struktureller Hinsicht verfassungsfunktionale Teilrechtsordnungen sind (1), sind an sie auch entsprechende normative Anforderungen zu stellen (2).

(1) Investitionsschutzregime sind verfassungsfunktionale Teilrechtsordnungen, auch wenn sie der Form nach bilaterale Verträge zwischen Staaten sind. Wie verfassungsrechtlich normierte Grundrechte begründen sie weitgehend Individualrechte, die höchst abstrakt formuliert sind und gegen Eingriffe staatlicher Gewalt auf dessen Territorium schützen sollen, die nicht durch legitime öffentliche Interessen gerechtfertigt sind. Anders als viele Verfassungsgerichte können Schiedsgerichte nicht vertragswidrige Akte hoheitlicher Gewalt für nichtig erklären. Aber sie können im Falle rechtswidrigen staatlichen Handelns dem Investor erhebliche Schadensersatzansprüche zusprechen. Dabei kann es, wie etwa im Falle des Verfahrens von Vattenfall gegen die Bundesrepublik im Zusammenhang mit dem Ausstieg aus der Atomenergie, um mehrere Milliarden Euro gehen. Es geht also budgetmäßig – und damit auch demokratiethoretisch – um Wesentliches. Der Staat ist bis auf wenige Ausnahmefälle verpflichtet, den Schiedsspruch anzuerkennen, und setzt sich, wenn er die Anerkennung und Zahlung verweigert, unter Umständen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegenüber staatlichem Vermögen in anderen Teilen der Welt aus.

(2) Aus der verfassungsfunktionalen Äquivalenz des internationalen Investorenschutzes lassen sich drei Anforderungen für seine konstitutionell erforderliche Struktur ableiten. Einerseits hat sie Auswirkungen auf die *Qualifikationserfordernisse der Richter*. Richter müssen den Anforderungen einer Ernennung für Verfassungsgerichte entsprechen. Das heißt, Seniorpartner großer Anwaltskanzleien ohne zusätzliche richterliche Erfahrung oder einschlägige hohe wissenschaftliche Reputation kommen dafür in der Regel nicht infrage. Die Fähigkeiten, über die sie verfügen mögen, können erstklassig sein, aber diese Fähigkeiten hängen damit zusammen, ihren Klienten als Teil ihrer privaten Praxis zu dienen. Dies mag ein gutes Sprungbrett für eine Karriere auf dem Gebiet der außergerichtlichen Beilegung von Streitigkeiten zwischen Privaten – etwa im Bereich der »Handelsschiedsgerichtsbarkeit« (*commercial arbitration*) – sein. Für die Ernennung zu einem Amt, zu dessen Kernaufgabe die Interpretation von abstrakten Rechtsnormen gehört, die private und öffentliche Belange angemessen austarieren, reicht das aber in der Regel nicht aus.

Zweitens wirft darüber hinaus aber die verfassungsgerichtlich äquivalente Funktion von ISDS-Schiedsgerichten noch grundsätzlichere Fragen auf: Es ist unangemessen und mit rechtsstaatlichen Grundsätzen kaum zu vereinbaren, *dass ausländischen Investoren als privaten Akteuren allgemein das Recht eingeräumt wird, in einem quasi-verfassungsrechtlichen Verfahren gegen den Staat einen Richter zu*

*benennen*. Es ist Aufgabe des Staates, im demokratischen Verfahren zwischen öffentlichen und privaten Interessen zu vermitteln, und es ist die Aufgabe nationaler Gerichte, letztlich eben auch nationaler Verfassungsgerichte, zu prüfen, ob staatliche legislative und exekutive Instanzen ihre Aufgabe rechtskonform wahrgenommen haben. Internationale Gerichte können, was mögliche Rechtsverletzungen privater Akteure angeht, eine nützliche Ergänzungsfunktion erfüllen, um nationale Verengungen des Blickwinkels korrigierend auszugleichen und im nationalen Prozess nicht angemessen repräsentierten oder besonders gefährdeten Interessen von Außenseitern ein angemessenes Gewicht zukommen zu lassen. Aber solche Gerichte – ob sie Menschenrechte oder die Rechte von Investoren schützen – müssen ihrerseits von *öffentlich bestellten Richtern* besetzt sein. Jede strukturelle Stärkung privater Interessen durch das Privileg, als Partei selbst einen Richter ernennen zu können, führt zu einer *strukturellen Verzerrung des Verfahrens*, in dem öffentliche und private Belange letztlich gegeneinander abgewogen werden müssen. Für Fragen von wesentlicher konstitutioneller Bedeutung – und dazu zählen budgetrechtlich bedeutsame Fragen –, deren Beantwortung die Interpretation höchst abstrakter Rechtsbegriffe erfordert und typischerweise eine Berücksichtigung und Abwägung privater und öffentlicher Belange verlangt, gilt im Umgang mit privaten Akteuren ein allgemeiner *Richtervorbehalt*. Für die allgemeine Institutionalisierung von Schlichtungsverfahren, in denen die Richter nicht von Staaten öffentlich bestellt sind, sondern auch Private als Konfliktparteien einen Richter stellen, ist hier wegen der damit verbundenen strukturellen Bevorzugung privater Interessen kein Raum.<sup>7</sup>

Drittens hat ein solcher Schutz aus Respekt vor den nationalen rechtlichen und demokratischen Verfahren lediglich eine subsidiäre Funktion. Respekt für das Subsidiaritätsprinzip hat prozessuale und materielle Konsequenzen. Prozessual verlangt es, dass ein internationales Verfahren in der Regel erst dann zulässig ist, wenn auf nationaler Ebene die Rechtsmittel erschöpft wurden. Es gibt – abgesehen von auf spezifische Situationen zugeschnittenen Sondervereinbarungen – keine andere allgemeine Konstellation im internationalen Recht, in der eine private Seite einen Staat vor einem internationalen Tribunal verklagen kann, ohne nachzuweisen, dass der nationale Rechtsweg erschöpft wurde oder die Erschöpfung des Rechtsweges aus anderen Gründen nicht zumutbar ist. Materiell verlangt das Subsidiaritätsprinzip, dass den nationalen Instanzen ein Ermessens- beziehungsweise Beurteilungsspielraum – das, was der EGMR als »margin of appreciation« bezeichnet – zuerkannt wird.

Hinsichtlich TTIP ergibt sich daraus Folgendes: Einerseits könnten sich die EU und ihre amerikanischen Partner einigen, die Investitionsschutzregeln, die sie vereinbaren, einem zu etablierenden unabhängigen und unparteiischen Gericht mit öffentlich bestellten Richtern vorzulegen und bestimmen, dass Klagen von Investoren nur nach Erschöpfung des nationalen Rechtsweges zulässig ist. Oder die Inves-

7 Natürlich wird es Ausnahmen von dieser Regel geben, aber die würden einer besonderen Rechtfertigung bedürfen. Hier geht es um die Kritik an der allgemeinen Institutionalisierung eines private Parteien unangemessen begünstigenden Verfahrens, wie es im Rahmen von TTIP und CETA normalisiert werden soll.

torenrechte werden im Rahmen von TTIP und CETA so durchgesetzt wie andere Interessen auch: durch nationale politische, administrative und justizförmige Prozesse, flankiert von zwischenstaatlichen diplomatischen Verfahren und der Möglichkeit zwischenstaatlicher Schlichtung als letztes Mittel.

Wer die neo-kantianische Idee einer Welt transnational eingebetteter liberal-demokratischer Verfassungsstaaten ernst nimmt, verfügt über die notwendigen Ressourcen, die progressive Konstitutionalisierung des internationalen Rechts von der rechtlichen Zementierung der Herrschaft des Kapitals kritisch unterscheiden zu können. Nicht jede Ermächtigung von individuellen Personen auf der internationalen Ebene und nicht jede Form der Juridifizierung internationaler Beziehungen verdient es, als Fortschritt angepriesen zu werden. Der in NAFTA und der Energiecharta schon festgeschriebene, in CETA vorgesehene und für TTIP zur Diskussion stehende ISDS-Investorenschutz ist eine konstitutionell nicht zu rechtfertigende Fehlentwicklung und bedarf der Korrektur, nicht der weiteren Vertiefung.

## Literatur

- Alvarez, José E.; Brink, Tegan 2012. *Revisiting the necessity defense: continental casualty v. Argentina*. *Transnational Dispute Management* 3. [www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1828](http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1828) (Zugriff vom 14.07.2015).
- Alvarez, José E.; Khamisi, Katheryn 2009. »The Argentina crisis and foreign investors: a glimpse into the heart of the international investment regime«, in *Yearbook on international investment law and policy 2008-2009*, hrsg. v. Sauvant, Karl P., S. 379-441. New York: Oxford University Press.
- Brower, Charles N.; Blanchard, Sadie 2014. »Dealing in virtue: to ›profiting from injustice‹: the case against the ›re-statification‹ of investment dispute settlements«, in *Harvard International Law Journal* 55, S. 45-59.
- Dezelay, Yves; Garth, Bryant G. 1996. *Dealing in virtue: international commercial arbitration and the construction of the transnational legal order*. Chicago: University of Chicago Press.
- Neff, Stephen C. 2014. *Justice among nations. A history of international law*. Cambridge: Harvard University Press.
- Puig, Sergio 2014. »Social capital in the arbitration market«, in *The European Journal of International Law* 25, 2, S. 387-424.
- Roberts, Anthea 2013. »Clash of paradigms: actors and analogies shaping the investment treaty system«, in *American Journal of International Law* 107, 1, S. 45-94.
- Schill, Stephan W. Hrsg. 2010. *International investment law and comparative public law*. Oxford: Oxford University Press.
- Stone Sweet, Alec 2010. »Investor-state arbitration: proportionality's new frontier«, in *Law and Ethics of Human Rights* 4, 1, S. 47-76.
- Weiler, Joseph 2015. *European Hypocrisy: TTIP and ISDS*. EJIL talk from January 21, 2015. [www.ejiltalk.org/european-hypocrisy-ttip-and-isds/](http://www.ejiltalk.org/european-hypocrisy-ttip-and-isds/) (Zugriff vom 14.07.2015).

**Zusammenfassung:** In der Beziehung zwischen Kapital exportierenden Industrieländern und Entwicklungsländern hatte die Schiedsgerichtsbarkeit als Teil von Investitionsschutzabkommen eine spezifische, wenn auch nicht unproblematische Funktion. Im Verhältnis der Europäischen Union zu den USA oder Kanada – wie in der Beziehung zwischen etablierten liberal-demokratischen Verfassungsstaaten allgemein – ist sie nicht nur überflüssig, sondern schafft verfassungsrechtlich zweifelhafte, ungerechtfertigte Privilegien für Investoren.

**Stichworte:** TTIP, Investitionsschutz, Schiedsgerichte, Imperialismus, Verfassung, Richter-vorbehalt

### **An empire of capital? Transatlantic investment protection as the institutionalization of unjustified privilege**

**Summary:** In the relationship between capital exporting developed countries and capital importing developing countries, investor state dispute settlement mechanisms had a specific, even if sometimes ambivalent, role to play as part of bilateral investment treaties. In the relationship between the European Union and the US or Canada – and in the relationships between liberal constitutional democracies more generally – such arbitration tribunals are not only unnecessary, they tend to illegitimately privilege investors and raise constitutional concerns.

**Keywords:** TTIP, investor protection, investor state arbitration, imperialism, constitutionalism, judicialization.

#### **Autor**

Prof. Dr. Mattias Kumm  
Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung  
Forschungsprofessur Rule of Law in the Age of Globalization  
Reichpietschauer 50  
10785 Berlin  
mattias.kumm@wzb.eu

Leviathan, 43. Jg., 3/2015