

Ein Imperium des Kapitals? Der transatlantische Investitionsschutz als Schutz illegitimer Investorenprivilegien

Mattias Kumm

Summary: In the relationship between capital-exporting developed countries and capital-importing developing countries investor state dispute settlement mechanism 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.

Kurz gefasst: 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 ungerechtfertigte Privilegien für Investoren.

Zum geplanten Freihandelsabkommen zwischen der Europäischen Union und Kanada (Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA) gehörten Regelungen zum Investitionsschutz (Investor-State Dispute Settlement, ISDS). Ein ähnlicher Mechanismus war ursprünglich auch für das transatlantische Freihandelsabkommen zwischen der EU und den USA (Transatlantic Trade and Investment Partnership, TTIP) vorgesehen. Dieser Mechanismus hat heftige Reaktionen hervorgerufen.

Für viele Experten kam das überraschend. Schließlich haben europäische Staaten in der Vergangenheit bereits mehr als 1.400 bilaterale Investitionsabkommen (Bilateral Investment Treaties, BIT) abgeschlossen, allen voran Deutschland. Diese BITs wurden in der Regel zwischen je einem Industrieland und einem Entwicklungsland geschlossen. Industrieländer exportierten Kapital; Entwicklungsländer importierten Kapital. Investitionsschutzabkommen sollten zur Lösung von zwei Problemen beitragen: Erstens sollten sie ausländischen Investoren Rechtssicherheit garantieren. Zweitens sollten sie ausländischen Investoren Anreize für Investitionen in das Entwicklungsland bieten. Diese Probleme spielen aber zwischen entwickelten liberalen Verfassungsdemokratien praktisch kaum eine Rolle. Und dennoch erklärt die Hauptaufmerksamkeit für diese beiden Probleme die Struktur und Kultur heutiger Investitionsschiedsverfahren.

Viele Entwicklungsländer hatten instabile, korrupte oder dysfunktionale Regierungs- und Rechtssysteme. Außerdem dienten die gerade erst aus der kolonialen Vormundschaft entlassenen Entwicklungsländer oft als Schlachtfeld für die widerstreitenden Ideologien und Interessen des Kalten Kriegs. Es gab Angst vor sozialistischen Revolutionen, die zu entschädigungslosen Enteignungen führen würden, und Angst vor ungerechter Behandlung, wenn eine neue Regierung sich nicht an die Zusicherungen der Vorgängerregierung hielt. Ausländische Investoren sind in Zeiten nationaler Massenbewegungen und populistischer Aufstände niemals gern gesehen; das gilt umso mehr, wenn diese Bewegungen sozialistischen Ideologien anhängen. Ausländische Investoren konnten vom Gaststaat nicht unbedingt den fairen und diskriminierungsfreien Schutz ihrer Investitionen erwarten.

Dieses Problem besteht zwischen entwickelten liberalen Verfassungsdemokratien mit einer unabhängigen und unparteiischen Justiz kaum. Und doch ist dies der Hauptgrund, der für die Einbindung von Regelungen zum Investitionsschutz in CETA und TTIP genannt wird. Streitigkeiten zur Einhaltung fairer Verfahren und zum Schutz vor Ungleichbehandlung und Enteignung sind für nationale Gerichtshöfe, die sich mit dem Schutz von Verfassungs- und Menschenrechten befassen, an der Tagesordnung. Europäische Investoren mögen Grund zur Skepsis haben, was die rechtsstaatliche Infrastruktur und die politischen Rahmenbedingungen in einigen US-Bundesstaaten betrifft. Aber müssen sie tatsächlich befürchten, dass die letztlich zuständigen US-Bundesgerichte ihren Interessen nicht ordnungsgemäß Beachtung schenken? Umgekehrt mögen US-Investoren vielleicht nicht völlig unbegründete Zweifel bezüglich der rechtlichen und politischen Infrastruktur in einigen EU-Staaten haben; kann man rumänischen oder bulgarischen Gerichten wirklich trauen? Aber sind tatsächlich Bedenken angebracht hinsichtlich der Praktiken des Gerichtshofs der Europäischen Union oder des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, die in der Regel not-

falls Schutz gewährleisten können? Wenn es wirklich nur um Gleichbehandlung und Rechtssicherheit für ausländische Investoren geht, scheint kein Grund zur Sorge zu bestehen: Die US-Bundesgerichte und die Europäischen Gerichtsbarkeiten bieten Investoren alle Garantien, die sie sich nur wünschen können. Es überrascht daher nicht, dass die Befürworter von Investitionsschutzklauseln in CETA und TTIP nicht in der Lage sind, überzeugende Beispiele für die Benachteiligung von Investoren durch amerikanische oder europäische Gerichte zu nennen, die Mechanismen zum Investitionsschutz erfordern würden. Der Verdacht, dass hier eigentlich etwas anderes im Vordergrund steht, ist daher nicht abwegig.

Für die früheren Investitionsschutzabkommen sprach neben den genannten Gründen noch etwas anderes: Ein attraktives Umfeld für ausländische Investoren zu bieten, war nach Ansicht vieler, einschließlich der Weltbank und des Internationalen Währungsfonds, von zentraler Bedeutung für eine erfolgreiche wirtschaftliche Entwicklung. Der Import ausländischen Kapitals und des damit verbundenen ausländischen Wissens würde ein kapitalimportierendes Entwicklungsland auf seinem eigenen Weg zu Fortschritt und Wohlstand unterstützen. Die Funktion der BITS war, dass der Kapital importierende Staat glaubhafte Garantien gegenüber potenziellen Investoren abgab, um Investoren aus dem Kapital exportierenden Staat anzulocken.

Doch die Geschichte hat auch eine dunklere Seite. Weniger wohlwollend betrachtet, erscheinen bilaterale Abkommen zum Teil auch als Akt der Komplizenschaft zwischen korrupten und despotischen Regierungen in den Entwicklungsländern und westlichen Staaten sowie deren Industrieinteressen. Ausländische Investitionen führten zu Einnahmen in Form von Steuern, Lizenzgebühren auf der Seite des kapitalimportierenden Staats – Einnahmen, die der Staatskasse zufließen und von den Machthabern zur Absicherung ihrer Position genutzt werden konnten, sei es zur persönlichen Bereicherung oder zur Beeinflussung relevanter Unterstützergruppen. In einem solchen Kontext gewährten bilaterale Abkommen westlichen Investoren einen sicheren Zugang zum Beispiel zur Ausbeutung natürlicher Ressourcen in dem kapitalimportierenden Land und trugen damit gleichzeitig zur Stützung autoritärer und kleptokratischer Regime bei.

Diese teils legitimen, teils dubiosen Gründe für den Abschluss bilateraler Abkommen zum Investitionsschutz im postkolonialen Kontext liefern Argumente dafür, ausländische Investoren nicht nur fair zu behandeln, sondern darüber hinausgehende Privilegien als Investitionsanreize zu gewähren. Historisch wurden in bilateralen Investitionsschutzabkommen nicht nur die Grundprinzipien fairer Behandlung und Nichtdiskriminierung sowie die einschlägigen Verfahren zu deren Schutz festgehalten. Solche Abkommen sind traditionell in einer Weise formuliert, die signalisiert, dass der Schutz des Investitionswertes oberste Priorität genießt und nicht den Abwägungen unterliegt, die im Licht berechtigter öffentlicher Zwecke in demokratischen Verfassungsstaaten vernünftigerweise vorgenommen werden.

Selbst wenn die Bestimmungen mancher Abkommen sich dem Buchstaben nach nicht einseitig über solche Abwägungserfordernisse hinwegsetzen, enthalten viele Abkommen Meistbegünstigungsklauseln. Diese Klauseln erlauben es Schiedsrichtern, sich auf andere, explizit investorenfreundlichere Regelungen in anderen bilateralen Abkommen zu beziehen, die das Kapital importierende Land eingegangen ist. Im Übrigen herrscht unter Investitionsschiedsrichtern weitgehend Einigkeit, oft gestützt durch entsprechende Präambeln in den Abkommen, dass ein starker Investitionsschutz dem Zweck solcher Vereinbarungen entspricht. Ein solches Verständnis wiederum beeinflusst die richterlichen Interpretationen der allgemeinen Klauseln solcher Vereinbarungen zugunsten von Investoren.

Wenn wirtschaftlich entwickelte, etablierte liberale Verfassungsdemokratien ausländischen Investoren Privilegien gewähren, um diese gegen die finanziellen Implikationen von Gesetzesänderungen zu immunisieren, fördert dies nur einen (De-)Regulierungswettbewerb nach unten. Es mag sein, dass einige einen solchen Wettbewerb für politisch attraktiv und wohlförderung halten, aber



Mattias Kumm ist Geschäftsführender Leiter des WZB Rule of Law Center und hat am WZB die Forschungsprofessur Rule of Law in the Age of Globalization inne. Er forscht über Governance und Recht im globalen Kontext. [Foto: Ksenya Kumm]

mattias.kumm@wzb.eu

als explizit formuliertes politisches Projekt würde ein solcher Vorschlag in vielen Staaten auf Widerstand stoßen und scheitern. Deswegen wundert es nicht, dass die Befürworter von Investitionsschutzklauseln in CETA und TTIP nicht müde werden zu wiederholen, dass es nicht darum geht, Investoren Privilegien einzuräumen, sondern nur darum, Fairness und effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten.

Wie steht es also um die Argumente, dass es – zumindest heutzutage, in der Interpretation modernerer BITs – keine strukturelle Privilegierung von Investoreninteressen mehr gibt? Die Argumente im Zusammenhang mit der behaupteten Bevorzugung von Investoren werfen in beiden Richtungen komplexe methodologische Fragen auf. An dieser Stelle muss der Hinweis auf das Offensichtliche genügen: Stellen wir uns kontrafaktisch vor, es gäbe Rechtsstreitigkeiten zwischen einzelnen Bürgern, die behaupten durch Antiterror-Maßnahmen öffentlicher Gewalt in ihren Grundrechten verletzt zu sein, und staatlichen Sicherheitsbehörden. Stellen wir uns vor, diese Streitigkeiten würden von Tribunalen entschieden, deren Schiedsrichter entweder erfolgreiche Karrieren beim Militär, bei der Polizei oder bei nationalen Geheimdiensten vorweisen können oder führende Wissenschaftler auf dem Gebiet der Sicherheitsstudien sind. Stellen wir uns dann umgekehrt vor, dieselben Rechtsfragen würden von Tribunalen entschieden, die mit führenden Persönlichkeiten aus Menschenrechtsorganisationen wie Amnesty International oder Human Rights Watch besetzt wären, flankiert von führenden Wissenschaftlern aus dem Bereich der Menschenrechte. Kann es irgendeinen Zweifel geben, dass sich die Zusammensetzung der Tribunale strukturell auf die Urteilsergebnisse auswirken würde? Es gibt offensichtlich gute Gründe dafür, dass solche Rechtsstreitigkeiten von Gerichten entschieden werden, die mit Richtern besetzt sind, denen man eher eine plausible Abwägung zwischen konkurrierenden Belangen zutrauen kann.

Entsprechend gibt es gute Gründe dafür, Streitigkeiten zwischen Investoren und Staaten nicht von Mitgliedern einer kleinen epistemischen Gemeinschaft von Investitionsschutzexperten aus großen wirtschaftsrechtlich spezialisierten Kanzleien, deren Hauptmandanten regelmäßig Unternehmen sind, und wissenschaftlichen Finanzschutzexperten, die diesen Unternehmen eng verbunden sind, entscheiden zu lassen. Darüber hinaus ist die Tatsache, dass nur 40 bis 50 Prozent der Fälle, in denen Investoren gegen den Gaststaat klagen, mit einem (Teil-)Sieg der privaten Investoren enden, kaum ein Beleg gegen deren Bevorzugung. An deutschen Verwaltungsgerichten zum Beispiel liegt diese Quote in der Regel zwischen 20 und 30 Prozent. Das beweist zwar nicht viel – es kann zahlreiche Erklärungen für die unterschiedlichen Erfolgsquoten geben –, aber als Beleg dafür, dass Investitionsschiedsgerichte nicht einseitig urteilen, taugt diese Statistik mit Sicherheit nicht. Zum Nachweis einer strukturellen Privilegierung von Investoren genügt es zwar nicht, einzelne Beispiele von Schiedsentscheidungen heranzuziehen, die übertrieben investorenfreundlich erscheinen, aber der Mangel an Gegenbeispielen, in denen Schiedsgerichte offenkundig mit Übereifer staatliche Interessen gegen Investoren geschützt haben, ist bemerkenswert.

Im postkolonialen Kontext der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts lassen sich Investitionsschutzregime zum Teil auch als Fortsetzung des westlichen Imperialismus unter modernen Bedingungen beschreiben: Der Schutz von Investitionen, so wurde behauptet, diene der Gerechtigkeit oder entwicklungspolitischen Zielen; tatsächlich aber handelte es sich in der Praxis oftmals um eine Komplizenschaft zwischen westlichen Wirtschaftsinteressen und autoritären und/oder despotischen, kleptokratischen Regierungen. Neu war in den 1990er Jahren, dass das Imperium nun nicht länger geografisch begrenzt war. Seit NAFTA (North American Free Trade Agreement) und der Europäischen Energiecharta, in Zukunft nach dem gegenwärtigen Stand der Dinge eben auch durch CETA und TTIP, können ausländische Investoren zunehmend auch gegenüber entwickelten westlichen Verfassungsdemokratien ihre Positionen geltend machen. Sie werden nicht länger nur gegen die Launen einer unterentwickelten und korrupten öffentlichen Gewalt in den unterentwickelten Randgebieten des Imperiums geschützt, sondern auch vor den Gesetzen und demokratischen Prozessen der traditionellen, hochentwickelten Kernländer. Investoren und die professionelle

Kaste derjenigen, die ihren Interessen dienen, erschaffen sich auf diese Art und Weise zunehmend das Privileg, sich vor den normalen Gegebenheiten demokratischer Politik und verfassungsrechtlich eingebettetem Rechtsschutz abzuschotten. Es gibt eine bemerkenswerte Parallele zwischen Investitionsschutzregimen und einer altbekannten Institution aus der Tradition des Kolonialismus: der „Exterritorialität“ oder „konsularischen Rechtsprechung“. Auch wenn die Einzelheiten je nach Periode und kolonialem Kontext variierten, bestand das grundlegende, in ungleichen bilateralen Abkommen spezifizierte Konzept der konsularischen Rechtsprechung darin, dass bestimmte Staatsbürger eine nahezu vollständige Immunität gegenüber der Gerichtsbarkeit des Gastlands genossen. Stattdessen unterlagen sie der Rechtsprechung von Beamten, die ihren Interessen wohlgesonnener waren, häufig Konsularbeamte ihres Herkunftslands. Daneben gab es gemischte Tribunale, in denen auch Vertreter des Gastlands repräsentiert waren. Der Leitgedanke war stets, dass „barbarischen“ Staaten nicht zu trauen war und die eigenen Staatsbürger sich deren Rechtsprechung nicht unterwerfen sollten. Beim postkolonialen Investitionsschutz ist, im Gegensatz zur klassischen konsularischen Rechtsprechung, die Reziprozität formal anerkannt. Wenn etwa Deutschland und Pakistan ein solches bilaterales Investitionsabkommen schließen, bedeutet das, dass pakistanische Investoren in Deutschland von diesen vertraglichen Garantien im Prinzip genauso profitieren würden wie deutsche Investoren in Pakistan. Aber natürlich ist diese Anerkennung in erster Linie eine Formalität. In einer Welt, die durch eine klare Teilung zwischen Kapital importierenden und Kapital exportierenden Staaten gekennzeichnet ist, verschleierte die formale Anerkennung von Reziprozität lediglich die Tatsache, dass Investoren aus Kapital exportierenden Staaten Privilegien zugestanden wurden. Neu am Investitionsschutz im Kontext des 21. Jahrhunderts ist, dass das Problem der geografischen Schieflage verschwindet. Liberale Verfassungsdemokratien sehen sich jetzt selbst mit den Ansprüchen ausländischer Investoren aus Investitionsschutzklauseln konfrontiert – und zwar Investoren aus anderen liberalen Verfassungsdemokratien genauso wie Investoren aus Entwicklungsländern, die sich als Schwellenländer selbst zu Kapitalexporthuren entwickelt haben. Wenn wir die Regelungen zum Investitionsschutz, wie früher die konsularische Rechtsprechung, als eine imperiale Institution beschreiben, dann wäre das heutige Imperium nicht Frankreich, Großbritannien oder die USA, ja nicht einmal „der Westen“. Es wäre das globale Imperium des Kapitals. In diesem Imperium wären die Nutznießer nicht die Staatsbürger dieses oder jenes Lands, sondern ausländische Investoren. Und unter den Kolonialisierten wären die Bürger der traditionellen westlichen Kernländer, die sich nun mit den unbeabsichtigten pfadabhängigen Konsequenzen ihrer eigenen imperialen Geschichte konfrontiert sehen.

Literatur

Dezelay, Yves/Bryant G. Garth: *Dealing in Virtue. International Commercial Arbitration and the Construction of the Transnational Legal Order*. Chicago: The University of Chicago Press 1998.

Puig, Sergio: „Social Capital in the Arbitration Market“. In: *The European Journal of International Law*, 2014, Vol. 25, No. 2, pp. 387–424.

Roberts, Anthea: „Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System“. In: *The American Journal of International Law*, 2013, Vol. 107, No. 1, pp. 44–94.