

DIPLOMARBEIT

Titel der Diplomarbeit

BITs, staatliche Souveränität und globales Recht

Entstehung und Zukunft einer transnationalen Rechtsform
am Beispiel des Investitionsschutzrechts Mexikos

Verfasser

Johannes Samuel Ruppacher

angestrebter akademischer Grad

Magister (Mag.)

Wien, 2013

Studienkennzahl lt. Studienblatt:

A 057 390

Studienrichtung lt. Studienblatt:

Internationale Entwicklung

Betreuerin :

Univ.-Ass. Mag. Dr. Judith Schacherreiter

„Laut denen, die das Sagen haben, müssen die Länder der südlichen Halbkugel
an die *Handelsfreiheit* glauben (auch wenn es diese nicht gibt),
ihren Schulden nachkommen (auch wenn diese unsittlich sind),
Investitionen anziehen (auch wenn diese unwürdig sind)
und *Zugang zur Welt* finden (und sei es durch die Hintertür).“

(Galeano 2012: 9, Hervorh. i. O.)

Danksagung

Danke an meine Eltern Maria und Johann Ruppacher für die großzügige Unterstützung; besonderer Dank geht an meine Mutter, die sich unermüdlich durch die seitenlangen Entwürfe gewühlt hat. Ein großer Dank gebührt auch Fabiana Ellmerer, die in vielen Gesprächen für Gedankenfeuerwerke gesorgt hat, mir eine wichtige Inspirationsquelle war und meine Ideen stets durch ihre Kritik bereichert hat. Danke an meinen Bruder Raphael Ruppacher für die konstruktive Kritik und die vielen Anregungen, die mich vor allem in der Schlussphase weiter gebracht haben. Danke an Jakob Frühmann für den ständigen Dialog, der für viel Inspiration und Schaffenskraft gesorgt hat. Ein ganz besonderer Dank geht an Bernhard Leubolt, der mir in seinen Seminaren viele Geistesblitze beschert hat, die sich in dieser Arbeit wieder finden.

Danke für die mentale Unterstützung in schwierigen Situationen an Severin Rupprechter, Florian Mayrhofer und Theresa Teufelauer.

Ich danke Lukas Oberndorfer, der mir mit seinen Anregungen ganz am Beginn des Arbeitsprozesses auf die Sprünge geholfen hat. Danke auch an Pia Eberhardt, die mich so großzügig mit Informationen versorgt hat und an meine Betreuerin Judith Schacherreiter, die meine Arbeit mit vielen Anregungen und Anmerkungen mitgeformt hat und stets ein offenes Ohr für meine Anliegen hatte.

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung.....	1
1.1. Forschungsstand.....	3
1.2. Fragestellung und Hypothesen.....	4
1.3. Theoretische Ausrichtung.....	6
1.4. Aufbau der Arbeit.....	8
2. Vom bellum iustum zum Investitionsrecht.....	11
2.1. Die Rolle privater Kapitalinteressen im Kolonialismus.....	12
2.2. Kolonialismus als Kern des Völkerrechts.....	13
2.2.1. Vom kollektiven Eigentum zum Privateigentum.....	15
2.2.2. Vertragsfreiheit als Notwendigkeit.....	17
2.2.3. Die Durchsetzung von Vertragsfreiheit und Privateigentum.....	18
2.3. Unabhängigkeit, Weltmarkt, Universalisierung des Völkerrechts.....	19
2.4. Die Transformative Logik des Völkerrechts.....	23
2.4.1. Once again: Universalisierung.....	24
2.4.2. Selektivität und Sphärentrennung.....	25
2.4.3. Die Transzendenz des Völkerrechts.....	27
2.5. Von PSNR zum Investitionsrecht.....	28
2.6. Der strukturelle Bias des Investitionsrechts.....	33
3. Theoretische Konzeption.....	37
3.1. Totalität und Strukturzusammenhang.....	39
3.2. Relationale Autonomie.....	41
3.3. Rechtsform.....	45
3.4. Funktionen des Rechtssystems – erweiterter Rechtsbegriff.....	47

3.5.Recht und Macht.....	50
3.6.Subjektivierung.....	53
3.7.Investitionsrecht als transnationale Rechtsform.....	58
4.Genese eines transnationalen Standards.....	63
4.1.Grundzüge einer dogmatischen Auseinandersetzung.....	64
4.2.Investitions- und Völkergewohnheitsrecht.....	67
4.3.FET und Völkergewohnheitsrecht.....	70
4.4.Verknüpfung von FET und VGR - Drei Sichtweisen.....	71
4.4.1. IMS als Obergrenze.....	71
4.4.2. IMS als Untergrenze.....	75
4.4.3. Unabhängige Beurteilung.....	77
4.5.FET aus Sicht der materialistischen Rechtslehre.....	83
4.5.1.Subjektivierung.....	86
4.5.2.Machttechnologien im Investitionsrecht.....	89
4.5.3.Relationale Autonomie.....	91
5.Fazit.....	95
6.Literatur.....	103
7.Liste verwendeter Entscheidungen.....	109
8.Anhang.....	111
8.1.Zusammenfassung.....	111
8.2.Abstract.....	113
8.3.Lebenslauf.....	114

1. Einleitung

Mitte der 1960er Jahre entwickelten sich im Rahmen modernisierungstheoretischer Entwicklungsprämissen sogenannte bilaterale Investitionsabkommen (BITs = Bilateral Investment Treaties). (vgl. z.B. Pahuja 2011: 117f, 145f, 148f) Diese Abkommen verfolgen im Wesentlichen das Ziel, die Stellung von ausländischen Investor_innen abzusichern und das Eigentum an Investitionen zu schützen - daher rührt auch die häufig gebrauchte Bezeichnung „Bilaterale Investitionss**chutz**abkommen“. Als bilaterale Verträge werden sie zwischen zwei Nationalstaaten abgeschlossen. Sie sichern die rechtliche Stellung von Privatpersonen und Unternehmen ab, die den abschließenden Staaten zugehörig sind. Mittlerweile gibt es auch multilaterale Verträge mit eigenen Investitionskapiteln. In diesem Sinn kann allgemein von internationalen Investitionsschutzabkommen (IIAs) gesprochen werden. Hauptrechtfertigungsgrund für BITs war und ist die Idee, dass das Phänomen „Unterentwicklung“ auf Kapitalmangel in den Investitionszielgebieten zurückzuführen sei und durch verstärkte Investitionstätigkeiten zu beheben wäre. (Eberhardt 2004: 19, 22, 35)

Diese kontrovers diskutierte Rechtfertigungsthese stellt einen linearen und ahistorischen Erklärungsversuch für ererbte und reproduzierte Probleme dar. Sie stößt bei dem Versuch, komplexe soziale und wirtschaftliche Probleme zu erklären, an ihre Grenzen, ist aber in weiten Teilen der wirtschaftswissenschaftlichen Forschung nach wie vor unumstritten. Aus einer postkolonialen Perspektive könnte Ungleichheit in der Weltgesellschaft z.B. als Kontinuität des kolonialen Extraktivismus bis heute gefasst werden.¹ Solche Aspekte werden aber in hegemonialen Erklärungsversuchen oft

1 Zu historischen Ursachen von „Unterentwicklung“ vgl. ausführlich bei Feldbauer (1995).

ausgeblendet. (Pichl 2012: 133) Bereits diese Tatsache deutet darauf hin, dass sich in BITs eine besondere Form der Politik und eine bestimmte Art „Entwicklung“ zu denken manifestiert hat. Pia Eberhardt (2004) zeichnet in ihrer Magisterarbeit die wichtigsten Elemente von IIAs und BITs nach und kommt zu dem Schluss, dass sie Ausdruck eines neoliberalen Konsens auf internationaler Ebene sind. Dabei spielt insbesondere der Enteignungsschutz eine wesentliche Rolle. Entsprechende Klauseln regeln, unter welchen Umständen Enteignungen stattfinden dürfen und sehen Entschädigungen vor, die teilweise sehr hoch sein können und auch den entgangenen Gewinn berücksichtigen. Der Schutz vor indirekter Enteignung, d.h. vor staatlichen Maßnahmen, die einer Enteignung im Ergebnis gleichkommen (auch de-facto-Enteignung), weitet den Anwendungsbereich solcher Bestimmungen zusätzlich noch aus. (Eberhardt 2004: 27f/ Schreuer 2004: 497)

Besonders problematisiert werden in der Literatur auch die in BITs vorgesehenen Streitbeilegungsmechanismen. (vgl. z.B. Eberhardt 2004: 30f/ Schneiderman 2010/ Tienhaara 2011) Durch *Investor-State*-Streitbeilegungsverfahren wird Unternehmen bzw. Investor_innen eine Stellung zugewiesen, die sie im traditionellen Völkerrecht nicht inne haben. Sie bekommen die Möglichkeit, Streitigkeiten im Zusammenhang mit BITs einem internationalen Schiedsgericht vorzulegen und sind damit nicht verpflichtet, den nationalen Instanzenzug auszuschöpfen. (Tienhaara 2011: 185f) Besonders anschaulich sind einige Fälle, die sich im Zusammenhang mit der mexikanischen Abfallwirtschaftsindustrie ereignet haben. Im Tecmed-Fall² wurde etwa von einem spanischen Konzern (Técnicas Medioambientales S.A.) ein Verfahren gegen die mexikanische Regierung geführt. Der Tecmed Fall wurde unter dem 1995 unterzeichneten und 1996 in Kraft getretenen BIT zwischen Spanien und Mexiko zu Gunsten der klagenden Partei entschieden. Er wird in vielen Entscheidungstexten anderer Tribunale zitiert. Der ähnlich gelagerte Metalclad Fall³ wurde unter dem Investitionskapitel des NAFTA (North American Free Trade Agreement) verhandelt.

In den genannten Fällen ist besonders die Verbindung des investitionsrechtlichen Standards *fair and equitable treatment* und dem Klagerecht von Investoren auffällig. Unternehmen, die dem Investitionszielland (auch Gaststaat) zugeordnet werden, sind dem nationalen umwelt- bzw. abfallrechtlichen Regime unterworfen und müssen sich an

2 *Técnicas Medioambientales TECMED S.A. v Republic of Mexico*, Urteil vom 29. Mai 2003.

3 *Metalclad Corporation v United Mexican States*, Urteil vom 30. August 2000.

dessen Auflagen und Bestimmungen halten. Unternehmen, die sich im ausländischen Eigentum befinden steht dagegen die Möglichkeit offen, im Fall von nachteiligen Regelungen Tatbestände des Investitionsrechts vor einem internationalen Schiedsgericht geltend zu machen. Der nationale Instanzenzug muss von ihnen nicht ausgeschöpft werden. Bereits in dieser kurzen, sehr oberflächlichen Skizzierung eines typischen Sachverhaltes zeigen sich die Widersprüchlichkeiten und die gegensätzlichen Interessenlagen, die im Investitionsrecht verhandelt werden, sehr deutlich. Umso spannender ist es, wie wenig intensiv die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem Thema ist.

1.1. Forschungsstand

Ausgehend von der oben erwähnten Rechtfertigungslogik, dass „Unterentwicklung“ von Kapitalmangel herrührt, wird von manchen Wissenschaftler_innen untersucht, inwieweit IIAs zu einem Anstieg von Investitionstätigkeiten führen. Dabei wird die kausale Beziehung zwischen Abschluss der Abkommen und Investitionstätigkeit auf den Prüfstand gestellt. (vgl. z.B. Neumayer und Spess 2005) Diese Analysen lassen die vielfältigen Auswirkungen von und Ursachen für IIAs abseits dieser Rechtfertigungslogik aber weitgehend außer Acht.

Unter dem Begriff *shared sovereignty* findet in der Wissenschaftslandschaft eine Diskussion statt, die sich mit der Abgabe nationalstaatlicher Rechtssetzungskompetenz an private Akteur_innen auseinandersetzt. (vgl. z.B. Mikler 2011) Diese Debatte bietet auch die Gelegenheit, sich mit internationalem Investitionsrecht auseinanderzusetzen. (so etwa Ginsburg 2005/ Tienhaara 2011) Als empirisches Problemfeld der Analyse stehen dabei vor allem die Rechtsdurchsetzungsmechanismen in IIAs zur Diskussion. (Tienhaara 2011: 185f)

Augenfällig ist, dass der Analysefokus dieser eher positivistisch geprägten Untersuchungsprogramme stets ein sehr enger ist. BITs und Auslandsinvestitionen im Allgemeinen stehen institutionell gesehen aber nicht völlig losgelöst als eigenständiges Phänomen da, sondern müssen im historischen, sozialen, politischen und rechtlichen Kontext verstanden werden. In rechtlicher Hinsicht stehen BITs mit anderen IIAs wie Regionalabkommen (z.B. NAFTA), multilateralen Verträgen wie dem WTO-Regime und nationalen Regelungen in enger Verbindung. Diese Beziehungen sind auch wissen-

schaftlich einigermaßen beleuchtet. Die Analysen bleiben aber meist auf einer juristisch-dogmatischen Ebene. (vgl. Krajewski und Ceyssens 2007/ Vander Stichele 2003)

Die gesellschafts- und staatsrechtliche Analyse von IIAs steckt gleichsam noch in den Kinderschuhen. Die bereits erwähnte Magisterarbeit von Eberhardt (2004) ist ein Versuch, neogramscianische Ideen und Konzepte anzuwenden. Sie liefert die Erkenntnis, dass BITs sowohl Ausdruck als auch Panzerung eines neoliberalen Konsens sind. Andere kritische Beiträge beschäftigen sich im Lichte des „Neuen Konstitutionalismus“ (Gill 2005) mit dem Verfassungscharakter von BITs und zeigen auf, dass der Handlungsspielraum für nationalstaatliche Regulation durch IIAs wesentlich eingeschränkt wird. (Schneiderman 2000) Dieser Ansatz verdeutlicht das Argument von Eberhardt, dass die Vorrangstellung von Investor_innen in BITs dazu führt, dass letztere als Panzerung eines neoliberalen Konsens in Erscheinung treten. (Eberhardt 2004: 35, 52)

Obwohl BITs letztlich ein rechtliches Phänomen sind, gibt es in der Wissenschaftslandschaft keine bekannten Untersuchungen mit einem explizit rechtstheoretischen Fokus aus kritischer Perspektive. Hier ergibt sich eine Parallele zum theoretischen Defizit im Bereich marxistisch inspirierter Rechtswissenschaft, das Buckel (2007: 17f) in ihrem Werk „Subjektivierung und Kohäsion“ konstatiert. Die hier vorliegende Arbeit soll einen Beitrag leisten, um diesem Umstand beizukommen und einen kritischen Blick auf Praxis und Theorie von IIAs werfen. Dabei soll an einem konkreten Beispiel aufgezeigt werden, welche Interessen sich in den Abkommen materialisieren und in welchem Verhältnis dieses völkerrechtliche Instrument zu anderen Rechtsregimen, Politik und Gesellschaft steht.

1.2. Fragestellung und Hypothesen

Wie lässt sich das inter- oder transnationale Investitionsrecht in Mexiko theoretisch fassen und wie wirken die in den völkerrechtlichen Verträge manifestierten Ideen über das Mittel der Schiedsgerichtsbarkeit auf die Gesellschaft Mexikos ein?

- (1) *Das Internationale Investitionsschutzrecht hat dazu beigetragen, dass sich eine transnationale Rechtsform herausgebildet hat bzw. ist Teil eines transnationalen Rechtsgefüges.*

Das heißt, dass politische, rechtliche und ökonomische Akteur_innen durch ein – im Verhältnis zu Politik und Ökonomie – relativ autonomes System von Normen beeinflusst werden, das nicht mehr als bloßes Völkerrecht oder nationales Recht verstanden werden kann, weil das System aus Normen zu starke Verwebungen transnationaler Natur aufweist. Gerade in den Fällen, die im Zusammenhang mit der mexikanischen Abfallwirtschaft eingeklagt wurden, wird diese transnationale Dimension deutlich.

(2) Am Beispiel des Investitionsrechts lässt sich zeigen, dass transnationales Recht, obwohl es hochgradig fragmentiert ist und gerade auf völkerrechtlicher Ebene kein einheitliches Rechtssystem als Pendant zu nationalen Rechtskörpern besteht, eine starke Verbindung zu Politik und Ökonomie aufweist, deren theoretische Konzeption entscheidend für den Ausgang einer Analyse ist.

In anderen Worten: Transnationales Recht findet kein Gegenüber in einem „Transnationalstaat“. Trotzdem ist seine Entstehung in spezifischer Weise von politischen und wirtschaftlichen Systemen geprägt und nicht nur Gegenstand eines selbstregulatorischen Prozesses der betroffenen Akteur_innen.

(3) IIAs könnten als „Kollisionsrecht“ verstanden werden, das die Entscheidung von Schiedsgerichten in den vorgelegten Streitigkeiten prägt und bestimmt, welches Recht bzw. welche dogmatischen Grundsätze in welchen Ausmaß berücksichtigt werden.

In den Entscheidungsbegründungen der Schiedsgerichte treten Verwertungslogiken und ihr Vorranganspruch gegenüber öffentlichen Interessen zu Tage, die darauf schließen lassen, dass die Interessen von Kapitaleigner_innen in BITs und der Schiedsgerichtspraxis unverhältnismäßig stark vertreten werden. Dabei ergibt sich dieses Ungleichgewicht zu einem wesentlichen Teil auch aus den schiedsrichterlichen Verfahren, weil der Auslegungsspielraum der BIT-Regelungen verhältnismäßig groß ist. Im Streitfall resultiert aus dieser Bevorzugung eine starke Einschränkung von Regulationsmöglichkeiten der Staaten zu Gunsten des Allgemeininteresses.

(4) Die aktuellen Debatten um das Investitionsrecht und die starken Interessen der „Arbitration Industry“ (Eberhardt und Olivet 2012) lassen nicht darauf schließen, dass sich die transnationale Rechtsform der IIAs grundlegend ändern wird.

Mit dem Vertrag von Lissabon wurde die Zuständigkeit für den Abschluss von BITs auf EU Ebene verlagert, d.h. das Thema einem nationalstaatlichen und damit potentiell demokratischen Zugriff entzogen. Als wichtiger Handelspartner hat die EU große Bedeutung für die Entwicklung des mexikanischen Investitionsschutzrechtes. Gleiches gilt für die USA, deren ökonomische Vormachtstellung eine Auskoppelung aus dem Investitionsregime von NAFTA nicht wahrscheinlich erscheinen lässt. Viel interessanter und weniger klar ist indes die Rolle einer sogenannten „Arbitration Industry“, die sich aus Anwälte_innen, Schiedsrichter_innen usw. zusammensetzt. Auch die strukturellen Beziehungen zum WTO System beeinflussen die Weiterentwicklung des Investitionsrechts wesentlich.

1.3. Theoretische Ausrichtung

Die geplante Arbeit soll auch bewusst eine theoretische Debatte aufgreifen, die sich ca. seit der Jahrtausendwende um das globale Recht entfacht hat. Das scheint notwendig, wenn die Bedeutung des Investitionsrechts innerhalb der (Welt-)Gesellschaft eindeutig festgestellt werden soll. Neben den älteren Beiträgen von z.B. Teubner (1996) oder Hardt und Negri (2002) zum Thema „globales Recht“ und vielen anderen rechtstheoretischen Werken sind in letzter Zeit auch Arbeiten mit einem klaren Fokus auf die materialistische Rechtslehre entstanden. Um die bisher recht fragmentarische Diskussion um BITs unter einer gemeinsamen Theorie zu vereinen, bedarf es eines Ansatzes, der das Soziale als in einer gemeinsamen Totalität vereint betrachtet und nicht bloß disziplinär verhaftet ist. Hierfür stellt die materialistische Rechtslehre einen guten Ausgangspunkt dar.

Die Behandlung der gewählten Fragestellung setzt eine umfassende Auseinandersetzung mit dem Wesen von Recht und seinen Verbindungen zu anderen Sphären des Sozialen voraus, die auf theoretischer Ebene erfolgen soll. Die Konzeption eines transnationalen Geflechtes aus nationalen und internationalen Rechtsnormen und seine Verbindung zu transnationalen Kräfteverhältnissen ist bis jetzt theoretisch wenig beleuchtet worden. Neben institutionalistischen und konstruktivistischen Ansätzen zur Analyse transnationaler Rechtsbeziehungen finden sich auch immer wieder marxistisch inspirierte Untersuchungsprogramme. Dabei wird „internationales Recht als Instrument zur Durchsetzung transnationaler Kapitalinteressen“ verstanden. (Eberhardt 2004: 3) Aber

schon Isaac Balbus (Balbus 1977: 571f) merkte an, dass auch die materialistische Rechtslehre Recht nicht als bloßen Transmissionsriemen fassen könne. Einzelne Arbeiten, wie jene von Sonja Buckel (2007), befassen sich umfassend mit der transnationalen Dimension von Recht und versuchen dabei auch das Phänomen Recht staats- und gesellschaftstheoretisch einzubetten. Das ist notwendig, wenn transnationales Recht auch als Artikulation von historischen Kräfteverhältnissen gefasst werden soll. Sie entwickelt dabei das Konzept einer „transnationalen Rechtsform“, wobei sie den Begriff der Rechtsform von Paschukanis entlehnt. (Buckel 2007: 258/ Paschukanis 1970)

Kern der Auseinandersetzung soll also die Arbeit von Sonja Buckel (2007), „Subjektivierung und Kohäsion. Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts“ sein. In diesem Werk arbeitet Buckel die Theoriebildung zum Thema Recht aus marxistischer Perspektive auf und nimmt auch Bezug auf die Erkenntnisse der kritischen Theorie, sowie der Machttheorie Michel Foucaults. Sie setzt aus diesen Konzepten eine eigene Theorie des transnationalen Rechts zusammen, die vor allem in Bezug auf die jüngeren Entwicklungen der Europäischen Union sehr treffend anwendbar sind. Ob sich dieser theoretische Stamm in gleichem Maße auf das internationale Wirtschafts- bzw. Investitionsrecht umlegen lässt, soll im zweiten Teil der Arbeit überprüft werden.

Davor soll aber in einem ersten Schritt das „mexikanische Investitionsrecht“⁴ beleuchtet werden, dessen Elemente sich aus nationalen, bilateralen und multilateralen Regelungen speisen. Unter anderem soll auch die historische Genese des Investitionsrechts in Grundzügen nachgezeichnet werden. Nicht zuletzt, um darzustellen, welche Interessen sich im Rechtssetzungsprozess manifestiert haben.

In einem dritten Kapitel soll die Veranschaulichung der theoretischen Überlegungen und die Umsetzung auf IIAs anhand eines Beispiels passieren. Die mexikanische Abfallwirtschaft bietet sowohl in struktureller, als auch in empirischer Hinsicht wichtige Anhaltspunkte dafür. Einerseits hat sich mit dem NAFTA Prozess die Wandlung der verfassungsrechtlichen Grundlagen in Mexiko - wie nur in wenigen anderen Staaten weltweit - vollzogen. (Schneiderman 2000) Andererseits ist die Abfallwirtschaft in den letzten Jahren zu einem Investitionsziel transnationaler Konzerne geworden, wie die oben angeführten Investitionsstreitigkeiten zeigen.

Die Analyse soll rechtsdogmatische mit materialistisch-machttheoretischen Überle-

4 „Mexikanisches Investitionsrecht“ ist jener Teil des transnationalen Investitionsrechts und nationaler Regelungen, die für Investitionen in Mexiko relevant ist.

gungen verbinden und die Entscheidungstexte von ausgewählten Investitionsstreitigkeiten miteinbeziehen. So soll die strukturelle Einbindung von BITs in ein transnationales Rechtsgefüge dargestellt und ihre Funktion als „Kollisionsnorm“ herausgearbeitet werden. Konkret bedeutet das, dass zunächst eine rechtsdogmatische Analyse von Entscheidungstexten veranschaulichen soll, wie wesentlich die Instanz der Schiedsgerichte im Prozess der Herausbildung einer transnationalen Rechtsform ist und dass die Abkommen selbst nur eine Art Einfallstor für die Anwendung und Weiterentwicklung des Völkergewohnheitsrechts bietet. Außerdem soll damit klar werden, dass die in Schiedsverfahren berücksichtigten Interessen auf eine ganz bestimmte Weise von den bilateralen und multilateralen Abkommen vorstrukturiert werden. Der Zugang zum Erkenntnisgegenstand erweist sich dabei - zumindest teilweise - als relativ schwierig. Die gesetzlichen und vertraglichen Grundlagen von Investitionsstreitigkeiten sind zwar allgemein zugänglich und der Analyse der strukturellen Verbindungen zwischen den einzelnen Rechtsbereichen steht zumindest quellenseitig nichts im Wege. Die Erkenntnisse der Schiedsgerichte sind aber nicht immer öffentlich zugänglich. Aber bereits dieser Umstand lässt eine Aussage über das behandelte Themenfeld zu und gibt Aufschluss über die vorgenommene Gewichtung der konkurrierenden Interessen. Krajewski und Ceyssens (2007: 182) halten zudem fest, dass die Zahl der zugänglichen Entscheidungen in den letzten Jahren gestiegen ist und zwar keine flächendeckende, aber eine zumindest aufschlussreiche Analyse durchaus möglich erscheint. Das gilt vor allem für ältere und viel zitierte Entscheidungen, wie die hier verwendeten, während viele jüngere und anhängige Verfahrensmaterialien nicht ohne Weiteres zugänglich sind.

1.4. Aufbau der Arbeit

Ausgehend von der Geschichte Mexikos soll also im Folgenden ein Blick auf die Genese des Investitionsrechts geworfen werden um herauszuarbeiten, dass das Investitionsrecht in historischer Kontinuität zum kolonialen Extraktivismus steht und sowohl ideologisch als auch strukturell eine Panzerung des neoliberalen Konsens zu Gunsten von Kapitalinteressen darstellt. Das zeigt sich nicht nur an der Struktur von BITs, sondern auch an der generellen Struktur des internationalen Rechts. Die extraktivistische Logik nimmt dabei aber die Form des Entwicklungs- und Wachstumsdiskurses an, der - auch wenn er nicht mehr ausdrücklich geführt wird - das Handeln der

Akteur_innen und damit das Völkerrecht strukturiert.

Diese Erkenntnis soll in einem zweiten Teil in die materialistische Rechtslehre umgesetzt werden, weil damit die Verbindung zwischen ökonomischer und rechtlicher Sphäre besser erklären werden kann. Darüber hinaus kann so analysiert werden, welche Techniken der Macht sich in das Recht einschreiben. Damit kann dieser Teil auch als Versuch gesehen werden, das erste Kapitel dieser Arbeit materialistisch zu deuten.

In einem dritten Schritt soll dann an Hand von Urteilen gezeigt werden, wie diese Vorstrukturierung auf dogmatischer und diskursiver Ebene passiert und wie alternativlos der Gegensatz zwischen Investor_inneninteressen und staatlichen Interessen aus rechtsdogmatischer Sicht ist.

2. Vom *bellum iustum* zum Investitionsrecht

Bereits in der Einleitung wurde darauf hingewiesen, dass die hier vertretene These lautet, dass sich vom „ersten“ Kontakt zwischen Europa und den Amerikas, im speziellen Lateinamerika, bis heute eine historische Kontinuität der Extraktion und der dazugehörigen Wachstumsdiskurse nachzeichnen lässt. Besonders spannend ist diese Tatsache in Bezug auf das Völkerrecht, das in der Zeit der kolonialen Expansion Europas entstanden ist. Voraus zu schicken ist, dass sich das internationale Investitionsrecht als Teil des Völkerrechts in zwei großen Phasen entwickelt hat. Zunächst waren nationale Regelungen und die Herausbildung völkerrechtlicher Standards auf Grund der verstärkten Investitionstätigkeit um 1870 bis 1917 zu vermerken. Spätestens mit dem Ausbruch des ersten Weltkriegs, sanken aber auch die Investitionstätigkeiten wieder. Eine zweite, sehr intensive Phase der Investitionen begann mit den 1990er Jahren. Ab dieser Zeit explodierte auch die quantitative Ausbreitung von internationalen Regelungen zum Thema Auslandsinvestitionen, die sich schon seit den 1960er Jahren langsam entwickelt hatten. (Dolzer und Schreuer 2008: 1f)

2.1. Die Rolle privater Kapitalinteressen im Kolonialismus

Die Entwicklung des „mehrschichtigen“⁵ Investitionsrechts, wie wir es heute kennen, soll im Folgenden auch unter Bezugnahme auf Mexiko stattfinden, um so zu veranschaulichen, welche Entwicklungsstrategien mit der jeweiligen Position gegenüber dem Investitionsrecht korrelieren. Dabei wird nur ein grober Überblick über das Investitionsrecht gegeben und vor allem aktuelle Entwicklungen⁶ nicht im Detail behandelt. Bis zu seiner Unabhängigkeit war Mexiko als die Kolonie Neu-Spanien eines der reichsten Territorien unter spanischer Herrschaft und trug vor allem durch den Silberbergbau zum spanischen Staatshaushalt bei. Aber auch die Landwirtschaft war in wichtigen Ballungszentren wie Puebla oder Mexiko (Stadt) kommerzialisiert und so eine Einkommensquelle für die spanischen Obrigkeiten. Mexiko war vor seiner Unabhängigkeit „in die typische Rolle eines kolonialen Exporteurs von Primärgütern gedrängt“. (Feldbauer 1995: 174)

Die spanischen Kolonien und damit auch Mexiko waren wesentlich von den Einflüssen privater Akteure, insbesondere Handelsunternehmen und „Entdeckern“ geprägt. Pichl (2012: 131f) vertritt sogar die These, die Expansionsinteressen der spanischen Krone wären von sekundärer Bedeutung gewesen und das Hauptinteresse der Eroberungen war private Profitmaximierung. „Der Kolonialismus war von Anfang an nicht nur ein Projekt staatlicher Interessen [...] sondern vor allem der Beginn der Transnationalisierung von Unternehmen und eines politischen Bürgertums.“ (Pichl 2012: 135) Für diese Behauptung finden sich starke Argumente in der Diskussion um die Rechtsstellung der indigenen Bevölkerung, ihre Souveränität und letztlich auch in der Idee des *bellum iustum*, die allesamt in der Schule von Salamanca in Abgrenzung zu Juan Gines de Sepúlveda entwickelt wurden. In erster Linie wurde hier versucht, Lösungen für Probleme von Handelsinteressen zu liefern, obwohl sowohl von Sepúlveda als auch von

5 Nach Dolzer und Schreuer (2008: 3f) besteht das Investitionsrecht aus drei verschiedenen Rechts- oder Einflussbereichen, nämlich aus allgemeinem Völkerrecht, aus dem internationalen Wirtschaftsrecht und aus spezifischen Investment-Standards. Zusätzlich spielen nach wie vor nationale Regelungen eine wichtige Rolle in der Beurteilung von Investitionsrechtsstreitigkeiten.

6 In letzter Zeit gibt es vermehrt Diskussionen, ob das internationale Investitionsrecht auch Verhaltensregeln für Investor_innen statuieren sollte. Unter anderem würden die Einhaltung menschen- oder arbeitsrechtlicher Standards aber auch Umweltschutz usw. darunter fallen. Bisher wurden solche Anliegen aber nicht abseits politischer oder akademischer Debatten berücksichtigt. (Dolzer und Schreuer 2008: 24f)

Vitoria und Soto eigentlich die Frage nach der Rechtmäßigkeit der spanischen Herrschaft gestellt worden war.⁷ (Koskenniemi 2011: 3f, 6f) An dieser Stelle könnte natürlich auch argumentiert werden, dass es genau die Struktur der spanischen Herrschaft war, Einfluss vor allem über Handelsunternehmen bzw. *encomenderos* auszuüben⁸. Deswegen ist es nicht besonders verwunderlich, dass im Rahmen der Debatte um Herrschaft auch private Handelsinteressen stark hinterfragt werden. Aus dieser Perspektive ist auch nachvollziehbar, wieso die Schule von Salamanca sich immer wieder mit Fragen des Privatrechts auseinandersetzt. Diese Diskussion soll hier aber nicht im Detail geführt werden. Viel wichtiger für die Entwicklung der hier vertretenen These der Kontinuität des Rechtfertigungsdiskurses ist es zu zeigen, dass sich die Konzepte, die im Kontext der faktischen Eroberung und Beherrschung Lateinamerikas entstanden sind, tief in das Völkerrecht und in weiterer Folge in das Investitionsrecht eingegraben haben.

2.2. Kolonialismus als Kern des Völkerrechts

Wird die gegenwärtige Staatenlandschaft der Welt in institutioneller und rechtlicher Hinsicht betrachtet, könnte gemeint werden, es gäbe universelle Werte – oder besser – eine universelle Organisationslogik für moderne Staatlichkeit. Bei einem näheren Blick, der auch vor der historischen Genese des Weltsystems nicht halt macht, wird aber schnell klar: Der universelle moderne Staat, wie wir ihn heute fast flächendeckend verwirklicht sehen und der Grundlage des Völkerrechts ist, ist eines der wichtigsten europäischen Exportgüter der letzten fünfhundert Jahre. Besonders deutlich wird das an der Betrachtung des Völkerrechts selbst, das im kolonialen (und damit potentiell universell-globalen) Kontext und aus europäischer Sicht entstanden ist und ein wichtiges Instrument war, um heutige Staatlichkeit und Rechtlichkeit zu verallgemeinern

7 Der Vollständigkeit halber muss aber erwähnt werden, dass auch Vitoria durchaus für die Ausübung von Jurisdiktion und Herrschaft über die neu erworbenen Gebiete in den Kolonien argumentierte und sich für eine Treuhandschaft der Spanier über die indigene Bevölkerung Lateinamerikas ausgesprochen hat. (Anghie 2012: 53)

8 Koskenniemi unterstreicht den informellen Charakter der spanischen Kolonialherrschaft und bringt ihn mit der gegenwärtigen völkerrechtlichen Situation in Verbindung: „There is no doubt on which side imperialism has gained its greatest victories: since decolonization, Western domination of the ‘people without history’ has returned to its classical mainstay, informal empire, the creation of wealth and influence and the distribution of material and spiritual resources through the exercise of private power.“ (Koskenniemi 2011: 36)

bzw. zu verbreiten⁹. Das Völkerrecht war zentral für die koloniale Expansion Spaniens bzw. Europas. (Anghie 2012: 49f)

Anghie (2012: 51f) verkehrt diesen Gedanken in seinen Ausführungen zur „Evolution des Völkerrechts“ ins Gegenteil und meint, dass der Kolonialismus, obwohl immer als Randerscheinung des Völkerrechts betrachtet, die Universalität desselben erst möglich gemacht hat. Er betrachtet also nicht die Funktion des Völkerrechts für die spanische Herrschaft, sondern die Funktion des Kolonialismus für das Völkerrecht. In diesem – zugegebener Maßen rechtszentrierten – Analyseprozess arbeitet er heraus, dass es der „kulturelle Gegensatz“ zwischen Kolonisator_innen und Kolonisierten war, der durch die Anwendung von europäischen Werten und Prinzipien eine Kluft deutlich machte, die sich direkt auf das Souveränitätskonzept übertragen ließ. So produzierte kulturelle Über- und Unterlegenheit wurde im Diskurs um die Souveränität der Kolonien gleichsam in souveräne bzw. nicht-souveräne Staatlichkeit übersetzt. (vgl. auch Pichl 2012: 135f)

Ohne diesen Gegensatz wäre es aber nicht möglich gewesen, Souveränität überhaupt in dieser Form zu denken, weil das Gegenüber oder die Grenze für die Herausarbeitung der „besonderen Qualität“ der europäischen Souveränität gefehlt hätte. In diesem Sinne schlummert im Kern des Völkerrechts die Grenze zwischen Kultur und Natur und damit Hierarchisierung und Kolonialität. (ebd.) Der völkerrechtliche Rahmen von IIAs ist damit kolonial, was in der Analyse nicht einfach außer Acht gelassen werden darf.

Aus der Perspektive von Koskeniemi (2011: 3f) entstand das Völkerrecht als Disziplin oder eigenständiges Rechtsgebiet erst später, nämlich um 1860. Zunächst war es ein Phänomen, das vor allem auf die damaligen Großmächte Frankreich und England beschränkt war, später auch Deutschland. Ihre ideologischen Wurzeln sahen die meist protestantischen und antipäpstlich eingestellten Völkerrechtler der ersten Stunde aber in der katholischen Schule von Salamanca, also dort, wo auch Anghie die Wurzeln des Völkerrechts vermutet. (Koskeniemi 2011: 4f)

Auf den ersten Blick wundert dieser Rückgriff wenig, denn sowohl die Schule von Salamanca, die für die Rechte der indigenen Bevölkerung Lateinamerikas einzutreten schien, als auch die frühen Völkerrechtler des 19. Jahrhunderts lieferten Rechtfertigungen für imperialistische Handlungen und den Kolonialismus. (Koskeniemi 2011: 1, 3, 9) Koskeniemi (2011: 10f) argumentiert aber, dass das eigentliche Erbe der Schule

⁹ Zur Verbreitung der europäischen Staatlichkeit im Kontext der Dekolonisierung gleich weiter unten ausführlich.

von Salamanca nicht in der Rechtfertigung des spanischen Präsenz in Lateinamerika liegt, sondern in der Etablierung eines juristischen Vokabulars, das starke imperiale Logiken aufweist und bis heute in wichtigen Bereichen des Völkerrechts enthalten ist. Besonders nimmt er dabei auf drei Vokabel und korrespondierende Ereignisse Bezug. Nämlich *dominium* als Ausdruck für koloniale Staatlichkeit, *ius gentium* als Artikulation eines globalen Wirtschaftssystems und *bellum iustum* als Benennung der ständigen kriegerischen Auseinandersetzungen zwischen imperialen Mächten. (Koskenniemi 2011: 11f) Dieses Argument soll hier kurz dargestellt werden und in eine Struktur gebracht werden, die sich an der von Koskenniemi angelegten orientiert. Dabei soll herausgearbeitet werden, welche Form diese Rechtfertigungsdiskurse in der Schule von Salamanca (a) und heute (b) annehmen.

2.2.1. Vom kollektiven Eigentum zum Privateigentum

Die rechtliche Absicherung von Kolumbus' Expedition war schon im Vorfeld klar. Das damalige römische Recht, genauer gesagt die *siete partidas*¹⁰ sahen vor, dass das Eigentum an Inseln analog zum Meer dem ersten Okkupanten zustehen sollte. Diese Regelung wurde als auf die ersten bekannten Landstriche der „Neuen Welt“ anwendbar betrachtet. (Koskenniemi 2011: 12f) Dennoch war die Rechtfertigung auf moralischer Ebene schwieriger zu vollziehen. Denn die Position des herrschenden Naturrechts war es, dass alle Menschen gleich und frei geboren wären und die Erde in ihrem gemeinsamen Eigentum stehen würde. Hier war aber offensichtlich weder Platz für die herrschaftliche noch die eigentumsrechtliche Seite des Begriffes *dominium* und damit für die Ausübung von Herrschaft über die Kolonien. Dasselbe Problem stellte sich übrigens im europäischen Kontext, nur war es bis zu diesem Zeitpunkt nicht augenscheinlich geworden. Eine – extrem entgegengesetzte – Möglichkeit der Rechtfertigung wäre die Staatsraison gewesen, die Herrschaft und Eigentum gleichsam notwendig erscheinen ließe, um Staatlichkeit zu ermöglichen. Diese Rechtfertigung wäre theologisch allerdings nicht haltbar gewesen. Deshalb entschieden sich Francisco de Vitoria, der Vorreiter der

10 Unter *las siete partidas* wird der wohl bekannteste spanische Gesetzestext verstanden, der um 1290 in Kastilien entstanden ist und seit 1342 in Spanien in Geltung stand. Von Spanien aus wurde er im Zuge der Kolonisierung Lateinamerikas in die Kolonien „exportiert“. Das ursprünglich *libro de las leyes* genannte Werk speiste sich wesentlich aus dem römischen Recht, hatte aber auch starke Einflüsse aus dem kanonischen Recht und der philosophischen Tradition des Juden- und Christentums. (Scheppach 1991: 2, 43, 45f)

Schule von Salamanca, und mit ihm seine Nachfolger dafür, eine Unterscheidung zwischen zwingendem und nicht bindendem Naturrecht einzuführen. (Anghie 2012: 53/ Koskeniemi 2011: 4f, 13f) Diese Trennung wurde zur Grundlage der kolonialen Rechtfertigung von Privateigentum.

(a) Das von der Naturrechtslehre vorgesehene Gemeinschaftseigentum fasste Vitoria in diesem Sinne als nicht bindend auf, sondern stellte fest, dass auch geteiltes Gemeinschaftseigentum bzw. Privateigentum zulässig sei. Dieses Privateigentum und die Herrschaft über andere Menschen seien aber nicht mehr Teil des Naturrechts, sondern menschliches Recht. Die Zulässigkeit dieser Abweichung vom Naturrecht ergebe sich aus dem *ius gentium*, d.h. aus einem Konsens unter „den Völkern“, die alle sowohl Herrschaft als auch Eigentum anerkennen würden. (Koskeniemi 2011: 14f, 16) Ein weiterer Rechtfertigungsstrang, der von Vitoria verwendet wird, geht auf die Scholastik und Thomas von Aquin zurück. Vitoria und seine Nachfolger berufen sich auf den Nutzen von Privateigentum für die Gemeinschaft. Aquin und mit ihm die Schule von Salamanca geht davon aus, dass Eigentum in privater Hand zu sorgfältigerer Bewirtschaftung von Gütern führt. (Koskeniemi 2011: 17f)

(b) In der liberalen Wirtschaftstheorie wird genau diese These als *tragedy of the commons* diskutiert (vgl. Hardin 1968). Auch Judith Schacherreither führt aus, dass der Gegensatz zwischen Privateigentum und kollektivem Eigentum schon in der Aufklärung viel diskutiert wurde und dort als Gegensatz zwischen moderner und vormoderner Gesellschaftsorganisation ausgedrückt wurde und die logische Konsequenz von Entwicklung letztlich Privateigentum sein müsse. (Schacherreiter 2013: 3ff) Sie bezieht sich in ihren Ausführungen vor allem auf Kant, Rousseau und Locke und weist darauf hin, deren argumentative Struktur „may also be considered as a secularised version of the medieval theological claim that because of their infidelity indigenous people cannot have any rights and therefore not even rights in land.“ (Schacherreiter 2013: 7) Genau diese Argumentation wurde aber auch in der letzten Privatisierungswelle der 1990er Jahre (dazu unten ausführlich) übernommen. Auch heute wird Privateigentum als die Überwindung vormoderner und rückständiger Strukturen und als alternativlose Konsequenz eines unaufhaltsamen Entwicklungsprozesses gesehen. (Schacherreiter 2013: 9)

2.2.2. Vertragsfreiheit als Notwendigkeit

(a) Aber nicht nur das Privateigentum an sich musste aus Sicht der Schule von Salamanca gerechtfertigt werden. Auch der gesamte Komplex aus Tausch, Handel, Zins, Wucher usw. bedurfte der Legitimation. Ein erster wichtiger Schritt in der Argumentation für die Rechtmäßigkeit oder besser Gerechtigkeit des Handels mit den Kolonien wurde von Vitoria und Domingo de Soto, einem Kollegen Vitorias, durch die Kontextualisierung von Eigentum im Rahmen der Tauschgerechtigkeit gemacht. Dadurch erreichten sie nämlich, dass Privateigentum, Vertragsfreiheit und Handel nicht mehr vor dem Nutzen für die Allgemeinheit gerechtfertigt werden mussten, wie das in der Logik des Naturrechts passiert wäre, sondern nur noch das vollzogene Tauschgeschäft an sich zu betrachten war und damit das kleine Universum des individuellen Geschäfts abseits der restlichen Welt zum Maßstab erhoben wurde. (Koskenniemi 2011: 18f, 28) In weiterer Folge stützen sie sich in ihrer Rechtfertigung von Geldzinsen zusätzlich auf relative Preise in unterschiedlichen geographischen Kontexten. Das bedeutet, dass der Maßstab für die Beurteilung, ob ein Geschäft als gerecht und damit rechtmäßig anzusehen sei, von den Umständen oder den Preisen am Ort des Geschäftsschlusses abhängig wären. Preise sind aber sowohl vom Güterangebot und -nachfrage bestimmt als auch von den Herstellungsbedingungen abhängig und waren in den Kolonien in Lateinamerika nicht zuletzt auf Grund von Zwangsarbeit relativ niedrig. Mit ihrer Argumentation erreichte die Schule von Salamanca, dass nicht mehr der gesamte Prozess des kolonialen Extraktivismus, in dem billige Rohstoffe aus den Kolonien zu hohen Preisen in Europa verkauft wurden, in Frage stand, sondern der Gesamtprozess in als unabhängig erscheinende Einzelgeschäfte zerlegt wurde. Dieses Einzelgeschäft verdeckte also den Blick auf den großen Prozess. (Koskenniemi 2011: 21f, 24) Dieser argumentative Schachzug wurde zusätzlich mit der Überzeugung bewehrt, dass das Recht auf Handel und Reise sich aus dem *ius gentium* ableiten ließe und so ein unumstößliches Prinzip aller Völker bzw. Nationen sei. (Anghie 2012: 54/ Koskenniemi 2011: 26) Das war vor allem wichtig, weil zunächst nicht ganz klar war, ob in den kolonialen Territorien überhaupt Handel betrieben werden durfte.

(b) Interessant ist, dass genau dieselbe Logik auch heute im Investitionsrecht funktioniert. Das zeigt sich unter anderem darin, dass bereits die Schule von Salamanca dem Privateigentum einen absoluten Anspruch gegenüber dem Herrscher eingeräumt hat. Eingriffe oder gar Enteignungen sind schon im 16. Jahrhundert in der Doktrin der

spanischen Dominikaner Vitoria und Soto nur im Interesse der Allgemeinheit möglich. (Koskeniemi 2011: 27) Genau diese Logik findet sich auch im Investitionsrecht wieder. Die private Vertragsfreiheit und die absolute Eigentumsposition von Investor_innen darf nur im öffentlichen Interesse und gegen Entschädigung erfolgen. (vgl. z.B. Art. 5 des Mexiko-Spanien BITs) Spätestens hier wird klar, welche Auswirkungen die Entscheidung für die Argumentation über die Tauschgerechtigkeit hat. Nämlich dass sich der Fokus der Betrachtung gänzlich vom Sozialen oder Kollektiven hin auf Individualinteressen verschiebt und Soziales und Individuelles in einem zwingenden Gegensatz stehen, weil ihre strukturelle Kopplung in der Betrachtung nicht erfasst werden kann und lediglich als Interessenskonflikt erscheint. (vgl. dazu ausf. in Kap. 4)

2.2.3. Die Durchsetzung von Vertragsfreiheit und Privateigentum

(a) Die Frage der Herrschaft bzw. der Gewaltanwendung im Zusammenhang mit dem „Handel“ wurde von den Spaniern bis zuletzt aber nicht direkt adressiert. Auch hier wurde ein Umweg gewählt. Koskeniemi legt besonderes Gewicht darauf, dass die Schule von Salamanca im Rahmen der Diskussion um den *bellum iustum* klarstellt, dass ein gerechter Krieg nur auf Grund von Verletzungen von *dominium* erfolgen könne. Damit sind wiederum Verstöße gegen die Herrschaftsansprüche der spanischen Krone und gegen Eigentumsrechte von Privaten gemeint. (Anghie 2012: 54f/ Koskeniemi 2011: 28f) Wo Eigentum verletzt wurde, wird also mit Gewalt geantwortet.

(b) Die Rechtfertigung für den Schutz von extraktivistischen Interessen hat sich bis heute nicht wesentlich geändert. Lediglich deren Durchsetzung ist eine andere. Was früher der *bellum iustum* war, ist heute das internationale Investitionsrecht, das Verstöße gegen die Eigentumsrechte von privaten Investor_innen mit Sanktionen und Schiedssprüchen beantwortet. Notwendig wurde der Ersatz von Gewaltanwendung vor allem mit der Genese des Gewaltverbotes, das sich heute in Art. 2 (4) der Satzung der Vereinten Nationen (SVN) findet und die Anwendung von Gewalt im Völkerrecht nur auf ganz bestimmte Bereiche der Selbstverteidigung bzw. auf Anordnungen auf Grundlage von Kapitel VII SVN des Sicherheitsrates beschränkt. (Neuhold 2004: 350ff, 356f)

Die Argumentation der Schule von Salamanca

In Zusammenschau ergibt sich also folgende Argumentationslinie in der Schule von Salamanca: Zunächst wird Privateigentum als universelle Praxis der „Völker“ in

Abweichung von der gerechten Ordnung des Naturrechts gerechtfertigt.¹¹ Danach wird zusätzlich der Handel mit kolonialen Gütern als „gerecht“ konstruiert, indem eine Nuklearisierung auf einzelne Austauschvorgänge vorgenommen wird. Zu guter Letzt wird die koloniale Herrschaft als gerechte Abwehrreaktion auf Widerstände gegen diese Ordnung dargestellt. Der Kernmechanismus hier ist also die Universalisierung von europäischen Interessen und daraus abgeleiteten Argumenten durch das *ius gentium*, das spätere Völkerrecht. Das war im Wesentlichen die im Recht institutionalisierte Logik des Kolonialismus. Ähnliches lässt sich auch für eine spätere Phase in der mexikanischen Geschichte nachzeichnen.

2.3. Unabhängigkeit, Weltmarkt, Universalisierung des Völkerrechts

Nach der Unabhängigkeit von 1821 war die Konsolidierung des mexikanischen Staatsgebietes erst 1848 abgeschlossen, als der Staat im Gefolge des mexikanisch-amerikanischen Krieges einen großen Teil seines Gebietes an die USA abtreten musste. Die politische Konsolidierung dauerte dagegen noch länger und erreichte einen ersten Höhepunkt unter der diktatorischen Herrschaft von Porfirio Diaz am Ende des 19. Jahrhunderts. (Imhof 2006: 146)

Bereits in dieser Phase der Industrialisierung war ausländisches Kapital für Mexiko von besonderer Bedeutung. Nachdem in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts auf Grund der stagnierenden Investitionsmöglichkeiten das zunächst erwartete Engagement von britischem Kapital ausblieb, ergaben sich ab 1880 neue Anlagemöglichkeiten. In der Zeit des *Porfiriato*s wurde Mexiko zum Ziel reger Auslandsinvestitionen. (Feldbauer 1995: 175f, 178) Vor allem in den konzessionierten Bereichen der Mineraalförderung und der Eisenbahn war ausländisches Kapital stark vertreten, was sich auch im politischen System widerspiegelte, das maßgeblich von ausländischen Kräften beeinflusst war. Diese strukturelle Ausrichtung wurde von einem Entwicklungsnarrativ begleitet, das ausländischem Kapital als Motor wirtschaftlichen Fortschritts eine zentrale Stellung beimaß. (Imhof 2006: 147) Gleichzeitig konnten materiell betrachtet, keine wirklichen Industria-

11 In der Aufklärung verschiebt sich dann der Fokus noch weiter. Hier wird nicht mehr die Abweichung vom Naturrecht zu argumentieren versucht, sondern im Gegenteil kollektives Eigentum als rückständig und überwindenswert dargestellt und Privateigentum als notwendige Voraussetzung für die Modernisierung gesehen. (Schacherreiter 2013: 4)

lisierungserfolge größeren Ausmaßes verzeichnet werden, weil die Erfolgsaussichten mangels Binnenabsatzmarkt für Investor_innen aus dem Ausland nicht besonders vielversprechend waren und ein starkes Inlandskapital weitgehend nicht vorhanden war. (Feldbauer 1995: 179f)

Auf Grund wachsender sozialer Spannungen, fehlender politischer Integration der größer werdenden Mittelschicht und ungleicher Landverteilung kam es mit dem Putsch gegen Diaz zur mexikanischen Revolution. Die Aufstände und Kämpfe in dieser Phase können allerdings nicht einer einzelnen Bewegung zugeordnet werden, sondern sind sowohl im Hinblick auf den Verlauf als auch auf die Zusammensetzung der kämpfenden Gruppen äußerst heterogen. (Imhof 2006: 148f) Die Revolution endete mit dem Sieg der liberalen Revolutionstruppen aus Sonora und der anschließenden Verfassungsgebung von 1917. Die neue Verfassung vereinte liberale und progressive Elemente miteinander und sah unter anderem die Fortsetzung der unter Emiliano Zapata im südlichen Mexiko begonnenen Landreform vor. Dieser Kompromiss spiegelte auch die sozialrevolutionären Forderungen der Zapatisten wider und war ein Produkt der politischen Kräfteverhältnisse. (Imhof 2006: 150f)

Die erste postrevolutionäre Phase in Mexiko bis ca. 1924 war vor allem von der innenpolitischen Konsolidierung geprägt und in wirtschaftlicher Hinsicht wurde vermehrt auf den Einsatz inländischen Kapitals gesetzt. Der Einfluss des inländischen Kapitals blieb dennoch schwach und die Import-/Exportausrichtung Mexikos verschob sich immer mehr zu Gunsten der USA. (Imhof 2006: 152f) Unter Cárdenas wurden in den 1930er Jahren und danach erstmals die in der Revolution versprochenen und in der Verfassung von 1917 festgeschriebenen Reformen umfassend in Angriff genommen. Neben der großen Landreform, die den kollektiven Landbesitz in Form von *ejidos* und *comunidades* institutionalisierte und die Enteignung von Großgrundbesitz möglich machte, war vor allem die Verstaatlichung der Erdölindustrie in dieser Zeit beachtlich. Außerdem wurde im Rahmen einer importsubstituierenden Industrialisierungsstrategie (ISI) vermehrt auf die Abkoppelung vom Weltmarkt gesetzt. (Imhof 2006: 154ff)

Auf internationaler Ebene versuchten sich einige Staaten, darunter eben auch Mexiko, vom spätkolonialen Konzessionensystem zu befreien. Ihre Bemühungen glückten allerdings nicht. Exemplarisch dafür kann die Diskussion um die Calvo-Klausel bzw. später die Hull-Formel gesehen werden. (Pahuja 2011: 106f) Eine der ersten Referenzen des Völkerrechts in Bezug auf den Investitionsschutz wurde von John Adams aber schon

viel früher, nämlich 1796 gemacht. Zu dieser Zeit waren die Rechte von Investor_innen durch ihre Gleichstellung mit Inländer_innen bzw. das diplomatische Schutzrecht geschützt. Diese Gleichstellung wurde auch als ausreichend angesehen. (Dolzer und Schreuer 2008: 11f/ Schill 2011: 879f)

Die Calvo Doktrin (1868) war eine Antwort auf die fast erpresserischen Tendenzen von kapitalexportierenden Ländern und zielte auf die Gleichbehandlung von In- und Ausländer_innen ab und stand so gesehen in der Tradition des Völkerrechts. Die Calvo-Klausel ist nach dem argentinischen Minister Calvo benannt und stellt inhaltlich darauf ab, dass ausländische Investor_innen bei Eintritt in einen Konzessionsvertrag auf die Ausübung des diplomatischen Schutzrechts durch ihre Heimatstaaten verzichten sollten, damit sie im Ergebnis nicht besser gestellt wären als inländische Investor_innen. Westliche Staaten erklärten diese Klauseln mit der Begründung für obsolet, dass das diplomatische Schutzrecht ein Recht der Staaten und nicht ein Recht von Staatsbürger_innen wäre und letztere daher nicht wirksam darauf verzichten könnten. (Dolzer und Schreuer 2008: 11f)

Die Enteignungen, die 1938 im Bereich der mexikanischen Ölindustrie und im Agrarsektor vorgenommen wurden, entwickelten sich zu einem wichtigen Meilenstein in der Geschichte des Investitionsrechts. Insbesondere die Hull-Formel wurde in diesem Zusammenhang erstmals zu einem Streitpunkt. Diese Formel geht auf den US-amerikanischen Politiker Cordell Hull zurück, der im Gefolge der Nationalisierung des mexikanischen Erdölsektors prompte, adäquate und effektive Kompensationen für die enteigneten Unternehmen gefordert hatte. (Dolzer und Schreuer 2008: 13) Die Auseinandersetzung wurde aber nicht unter dem Vorzeichen des Investitionsrechts ausgetragen, vielmehr rankten sie sich begrifflich rund um den Eigentumsschutz. Trotz der Widerstände einzelner Staaten entwickelte sich in dieser Zeit so etwas wie ein Konsens, dass es im Völkerrecht einen akzeptierten Minimalstandard für den Schutz von ausländischem Eigentum geben würde, der gegenüber Ausländer_innen zu beachten sei. Wichtig dafür waren auch die Erfahrungen nach den Nationalisierungen im revolutionären Russland nach 1917. (Dolzer und Schreuer 2008: 13f)

Später, nämlich nach Ende des zweiten Weltkrieges, wurde auf völkerrechtlicher Ebene die Forderung nach einer neuen Wirtschaftsordnung bzw. nach souveräner Ressourcenbewirtschaftung laut. Die Forderung nach permanenter Souveränität über die natürlichen Ressourcen von Staaten (*Permanent Sovereignty over Natural Resources*,

PSNR) wurde in einem ganz bestimmten historischen und institutionellen Kontext laut. Nach der Dekolonialisierung im Gefolge des zweiten Weltkrieges war es neuen, unabhängig werdenden Nationen wichtig, frühere Verträge über die Ressourcennutzung für nichtig zu erklären. Am Ende der Kolonialzeit wurden nämlich vermehrt Konzessionsverträge über die Ressourcennutzung zwischen den noch Kolonialmächten und unabhängig werdenden Staaten geschlossen, während in der Kolonialzeit davor in den afrikanischen und asiatischen Staaten die Ressourcenextraktion vor allem durch die politische Kontrolle der Kolonien vorangetrieben wurde. (Dolzer und Schreuer 2008: 14f/ Pahuja 2011: 103f)

Pahuja weist aber darauf hin, dass dabei für den Widerstand der Kolonisator_innen die Rohstoffe der Kolonien eigentlich einen untergeordneten Stellenwert hatten und es in erster Linie um den Fortbestand der Einflussnahme der Kolonialmächte zu Gunsten ihrer Staatsangehörigen ging. (Pahuja 2011: 104f) Die Interessen der Kolonialmächte waren also in dieser Zeit auch wesentlich auf den Schutz ihrer Staatsangehörigen gerichtet, auch wenn das zu diesem Zeitpunkt anders artikuliert wurde.

Schon bevor die Forderungen im Zusammenhang mit der PSNR aufgekommen waren, wurden westliche Interessen mit dem weltweiten Interesse gleichgesetzt. Wesentlich dazu beigetragen hat die Idee von einer Weltökonomie, deren Wachstum sich aus den Ressourcen der Welt speisen sollte. In dieser Denkfigur, die auch in verschiedenen rechtlichen Grundlagentexten, wie dem GATT oder dem Weltbankstatut zu finden ist, wird die freie Ressourcenextraktion als gemeinsames Interesse der Welt verstanden. Gleichzeitig wird davon ausgegangen, dass die Staaten des Südens nach ihrer Unabhängigkeit in eine bereits bestehende Ordnung mit einem allgemeinen Interesse am Wirtschaftswachstum „hineingeboren“ wurden. Zusammen mündeten diese Ideen im Postulat von einer Weltordnung des ökonomischen Wachstums, in der die Ressourcen der dekolonialisierten Staaten der Welt zur Verfügung stehen sollten. (Pahuja 2011: 138ff)

Die auf Grund dieser Ideen geborenen Institutionen, wie die Weltbank und die übrigen Bretton Woods Institutionen, spielten auch für die weitere wirtschaftliche Entwicklung Mexikos eine wichtige Rolle. Ab den späten 1960er Jahren funktionierte die ISI nämlich nicht mehr wie gewünscht. Vor allem weil Mexiko vom Kapitalgüterimport aus den USA abhängig blieb und die Produktivität in den (auch nur selektiv) industrialisierten Bereichen der Wirtschaft nicht das gewünschte Ausmaß erreichte. Das alles drückte auf

das Leistungsbilanzdefizit und führte in weiterer Folge zu einem massiven Anstieg der Staatsverschuldung. Unter anderem auch, weil die Kredite der IFIs in den 1970er Jahren zu überaus günstigen Konditionen erhältlich waren. (Imhof 2006: 157f) Die Schuldenkrise wurde darauf hin vor allem durch die Zinspolitik der USA schlagend und Mexiko musste sich der der IFIs unterwerfen. Der ernannte Präsident de la Madrid setzte eine neoliberale Sparpolitik durch, die in erster Linie die Arbeiter_innen und Bäuer_innen hart traf und revolutionäre Errungenschaften grundlegend in Frage stellte. (Imhof 2006: 159f) Unter der Präsidentschaft von Salinas de Gotari erreichte diese Politik wohl ihren Höhepunkt. Die zapatistisch geprägte Landreform wurde endgültig zurückgenommen und durch ein neues Agrargesetz ersetzt, das die Privatisierung von Agrarland ermöglichte. Der Beitritt zum NAFTA machte auch die Rücknahme von Art. 27 der mexikanischen Verfassung notwendig, der die Grundlage für die Landreform dargestellt hatte. (Collins 2010: 777/ Schacherreiter 2013: 9, Fn 7)

Während die Weltbank anfänglich eine sehr sensible Position gegenüber den politischen Auswirkungen von ausländischen Direktinvestitionen (*Foreign Direct Investment*, FDI) eingenommen hatte, änderte sich das spätestens mit der aufkommenden Schuldenkrise. Im Rahmen der von den IFIs auferlegten Strukturanpassungsprogramme wurden die Haltung gegenüber FDIs zunehmend unkritischer. Die meisten SAPs sahen weitgehende Liberalisierungen des Investitionsrechts vor und setzten die unterzeichnenden Staaten auch unter Druck, die Stellung von Investor_innen abzusichern. (Pahuja 2011: 164, 165f, 168f)

2.4. Die Transformative Logik des Völkerrechts

Aber auch die Struktur des Völkerrechts trägt seinen Teil zur Liberalisierung und Ausweitung des Investitionsrechts bei. Sundhya Pahuja (2011) versucht, die transformative Logik des Völkerrechts aufzudecken, die von den Ländern des Südens geäußerte Forderungen im Rahmen des Völkerrechts wandelt und zu deren Nachteil (um)formuliert. Dabei geht sie von einem widersprüchlichen Charakter des Rechts aus und unterstreicht sowohl die imperialistische als auch anti-imperialistische Neigung des Völkerrechts. Eine der von ihr exemplarisch behandelten Forderungen ist jene nach Souveränität über die natürlichen Ressourcen eines Landes.¹² Als zentralen

¹² Die anderen behandelten Beispiele sind die Dekolonialisierung und die Forderung, die „Rule of Law“ im internationalen Bereich wieder herzustellen. (Pahuja 2011: 1ff)

Mechanismus der Umwandlung der Forderungen identifiziert sie dabei den Universalismus des Völkerrechts, der eigentlich die Universalisierung provinziell-europäischer „Werte“¹³ ist. (Pahuja 2011: 1ff) Im Folgenden soll eben diese transformative Logik des Völkerrechts am Beispiel der Forderung nach PSNR behandelt werden, um zu verstehen, warum diese und die damit in engem Zusammenhang stehende Forderung nach einer neuen Wirtschaftsordnung gerade im Investitionsrecht artikuliert wurden.

2.4.1. *Once again: Universalisierung*

Aus einer postkolonialen Perspektive kommt dem Recht eine wichtige Funktion in der Abgrenzung zu anderen Bereichen der Gesellschaft zu. Das Recht selbst nimmt nämlich diese Abgrenzung mit seiner binären Codierung in Recht und Unrecht vor. In diesem Sinne bestimmt das internationale Recht seine eigenen Bestandteile, nämlich Nationalstaaten, Individuen usw. selbst und definiert aus sich heraus, was innerrechtlich und außerrechtlich ist. (Pahuja 2011: 26f) Gleichzeitig ist das Recht ein wichtiger Ort, in dem die Konstruktion von Nord und Süd bzw. eigentlich von Westen und Nicht-Westen stattfindet und ideologische Grenzen gezogen werden. (Pahuja 2011: 28f)

Die im Recht vorgenommenen Konstruktionen werden aber dadurch verschleiert, dass sie im Recht selbst beheimatet sind. Der Anschein des Objektiven, der dem Recht anhaftet (dazu unter 3.4 ausführlich) verstellt den Blick auf die Konstruiertheit. Gleichzeitig wird im Recht postuliert, das Völkerrecht sei universell gültig. Dieses Beharren auf der Universalität ist letztlich eine Universalisierung der Standpunkte des Westens, die auf das Gegenüber, also das Nicht-Westliche projiziert wird und seine Andersartigkeit als konstitutives Element benötigt.¹⁴ Diese Andersartigkeit von nicht-westlichen Staaten wird aber durch den Universalismus nicht aufgelöst, sondern nur zum Versprechen der Angleichung umgewandelt – der Angleichung im Rahmen des Völkerrechts soll die Angleichung des Entwicklungsstandes folgen. (Pahuja 2011: 30f) Das Unterentwickelte und Barbarische soll dem universelle Geltung beanspruchenden Entwickelten und Zivili-

13 „Werte“ würde in der hier bevorzugten materialistischen Begrifflichkeit wohl als Ideologie zu übersetzen sein.

14 Tzvetan Todorov hat in seinem Werk „Die Eroberung Amerikas“ ausführlich beleuchtet, wie zentral diese Projektion auf das Andere als konstitutives Element des eigenen Standpunktes ist. Besonders zentral in seinen Betrachtungen ist, dass das Andere entweder als identisch (bis ins Denken hinein) oder als geringwertig, weil vom eigenen abweichend wahrgenommen wurde. (vgl. ausführlich Todorov 1985: 56ff)

sierten angeglichen werden. (Anghie 2012: 52/ Schacherreiter 2013: 7) Universalität wird dabei sowohl für die gebildeten Kategorien, als auch für das Recht an sich beansprucht. Eben diese Funktion der Universalisierung des Rechts und damit der gebildeten Kategorien erfüllte in der frühen Kolonialzeit das *ius gentium* (siehe oben) und wird jetzt vom Völkerrecht übernommen. Das bedeutet, dass im Recht selbst ein imperialistischer und gleichzeitig umkämpfter Kern angelegt ist. (Pahuja 2011: 97f)

Alle Erkenntnisse von Pahuja bauen darauf auf, dass die Definition von national und international oder von dem, was innerhalb und außerhalb der Souveränität von Staaten liegt, selbst notwendigerweise im internationalen Rahmen definiert werden muss. Das liegt daran, dass das Nationale keine Selbstdefinition festlegen kann, ohne ein Außen zu kennen und das Internationale gleichsam den Container bilden muss, in dem sich das Nationale entfalten kann. Souveränität ist daher nicht schon vor den internationalen Beziehungen da, sondern entsteht erst in der Auseinandersetzung mit der Definition davon, was innen und außen liegt. Souveränität dient sozusagen als definitorische Demarkationslinie zwischen national und international. (Pahuja 2011: 135ff) Das bedeutet aber, dass es nicht die Staaten des Südens sind, die festlegen, wo und wie ihre Forderungen verhandelt werden, sondern das von westlichen Interessen beherrschte Völkerrecht selbst diese Zuständigkeiten zuweist.

2.4.2. Selektivität und Sphärentrennung

Um die Foren zu verstehen, in denen die Verhandlungen um PSNR stattgefunden haben, ist es auch wichtig, das institutionelle Gefüge des Völkerrechts zu betrachten. Die Bretton-Woods-Institutionen wurden etwa in internen Verhandlungen zwischen den USA und Großbritannien entworfen und erst zu einem wesentlich späteren Zeitpunkt der Mitbestimmung durch andere Staaten zugänglich gemacht. Als dies geschah, formulierten vor allem Staaten des Südens den Wunsch, wirtschaftliche Entwicklung als Ziel der Weltbank festzusetzen und nicht beim von der USA angedachten Wiederaufbau Europas als leitendem Grundsatz stehen zu bleiben. Diese Referenz auf das Konzept der wirtschaftlichen Entwicklung¹⁵ impliziert nach Pahuja die Teilung in politische und ökonomische Sphäre des internationalen Rechts. (Pahuja 2011: 14f, 18)

15 Dabei ist wichtig zu unterstreichen, wie der Begriff „Entwicklung“ in diesem Zusammenhang zu verstehen ist. Er ist nämlich stark auf ein extraktivistisch-wirtschaftliches Verständnis von Entwicklung zentriert und nicht auf den gesamtgesellschaftlichen Prozess von Entwicklung gerichtet, der heute geläufiger scheint. (Pahuja 2011: 18f)

Diese hier angedeutete Teilung in politische und ökonomische Sphäre drückt sich auch in der institutionellen Landschaft des internationalen Rechts aus. Während die Vereinten Nationen für die politische Dimension der internationalen Beziehungen zuständig gemacht wurden, wurde den Bretton Woods Institutionen die „Hoheit“ über wirtschaftliche Belange eingeräumt. Dieser Dualismus zwischen Politik und Ökonomie, der wesentlich auf die Herausbildung des Kapitalismus zurückzuführen ist, entspricht aber nicht der gesellschaftlichen Realität. (Pahuja 2011: 19f, 21) Die Verbindungen und Überschneidungen der beiden Sphären ist so groß, dass eine klare Grenze nicht zu ziehen ist und eine klare Zuordnung in der Organisation der Gesellschaft wohl sehr schwer fällt. Ökonomie und Politik als eigenständig zu regulierende soziale Sphären zu sehen, ist eine diskursive Konstruktion. (Pahuja 2011: 26f) Trotzdem ist es wichtig festzuhalten, dass diese diskursive Teilung wirkmächtig geworden ist, indem sowohl der bürgerliche Nationalstaat als auch das internationale Recht dieser Teilung folgt und sie institutionalisiert.

Mit der diskursiven Segregation erfolgt auch die Institutionalisierung dieser Trennung oder besser die Zuordnung von zu behandelnden Themen zu bestimmten institutionellen Rahmenbedingungen. Während im Rahmen der Vereinten Nationen (VN) staatliche Souveränität und Unabhängigkeit eine wichtige Rolle spielten (vgl. die Antikolonialismusdeklaration 1960 u.a.), wurden im Rahmen der BWIs solche Fragen selten bis gar nicht aufgeworfen bzw. konnten sich nicht durchsetzen. Diese Trennung von politisch-rechtlicher und ökonomischer Sphäre findet auch seine Parallele im Rahmen von Nationalstaaten, wo aufgrund der rechtlichen Fiktion der Gleichheit aller Individuen kollektive ökonomische Interessen zum Verschwinden gebracht werden und dadurch z.B. klassenförmige Ungleichheiten unsichtbar werden. (Pahuja 2011: 22f) An dieser Stelle sei auch auf die oben angeführte Einführung der Tauschgerechtigkeit in die Debatte um die Rechtmäßigkeit kolonialer Extraktion verwiesen, die ins Völkerrecht integriert wurde und dieselbe Funktion erfüllt, nämlich den Fokus von kollektiv-systematischen Ungleichheiten auf individuelle Gerechtigkeit zu lenken. Sowohl Tauschgerechtigkeit als auch das Recht insgesamt beruht auf der Annahme, dass sich gleiche und freie Individuen gegenüberstehen. (dazu umfassend unter 3.6)

In der Debatte um PSNR bezeichneten sich die kürzlich unabhängig gewordenen Staaten zudem selbst als „rückständig“ und forderten gleichzeitig die Anerkennung ihrer souveränen Gleichheit auf internationaler Ebene. Diese paradoxe Selbstzuschreibung

lässt sich nur damit erklären, dass ihre Rückständigkeit diskursiv mit der ökonomischen Sphäre verknüpft wurde, die von der politischen Sphäre (in der die nationalstaatliche Souveränität diskutiert wurde,) getrennt behandelt wurde. Ihre Unterordnung wurde also auf die wirtschaftliche Seite verlagert, ohne ihre politische Gleichwertigkeit grundlegend in Frage zu stellen. Darüber hinaus wurde die „Rückständigkeit“ auf die koloniale Ressourcenextraktion zurückgeführt. Die logische Konsequenz war damit auch die Forderung nach einer Neuverteilung der Ressourcennutzung, um die postulierte „Rückständigkeit“ zu überwinden. (Pahuja 2011: 105f)

2.4.3. Die Transzendenz des Völkerrechts

Das internationale Recht hat eine transformierende Wirkung auf alle Forderungen, die an es gestellt werden. Unter anderem ist dafür der transzendente Entwicklungsdiskurs verantwortlich, der vordergründig entgegengesetzte Interessen zu vereinen scheint, in dem er Solidarität und Altruismus bzw. ein gemeinsames Ziel der Internationalen Gemeinschaft postuliert. Gleichzeitig ist er mit einer bestimmten Form der kapitalistischen Entwicklung verbunden, die durch das internationale Recht normalisiert wird. Alle anderen Formen des Eigentums oder der Organisation von Produktionsmitteln erscheinen hier also maximal als temporär zulässige Abweichungen von einer Norm. (Pahuja 2011: 156ff)

Pahuja stellt also fest, dass das Völkerrecht Forderungen, die in seinem Rahmen gestellt werden transformieren muss, damit sie in das System integriert werden können. Diese Transformation wird durch die rechtlichen Institutionen bedingt, die den rechtlichen Diskurs und damit die Äußerungen der Forderungen vorstrukturieren. Als wesentliches und „transzendiertes“, d.h. unhinterfragtes Element steht dabei die duale Erzählung von Entwicklung und Wirtschaftswachstum als Leitideologie außerhalb des Völkerrechts und bestimmt in wesentlicher Weise die Strukturierung der vorgebrachten rechtlichen Forderungen. (Pahuja 2011: 10)

„[I]nternational law is still theological in that it is given coherence by concepts ostensibly outside itself. But because of the ostensible self-founding of modern law, the transcendence of these ostensibly 'external' concepts is unacknowledged.“ (Pahuja 2011: 132) Hier versucht Pahuja (ebd.) zu erklären, wie verschleiert und unhinterfragt die Bedeutung des ökonomischen Wachstums und des Entwicklungskonzeptes für das Völkerrecht war und ist. Gerade weil das Wachstum nicht als innerrechtliches

Grundlagenprinzip des Kapitalismus artikuliert wird, bleibt es außerhalb des Rechts und damit auch außerhalb des Hinterfragbaren als Gründungsideologie stehen, die sinnstiftend und maßstäblich für rechtliche Regelungen wird. Als Folge dieses Mechanismus wurde in der Debatte um die Neuregelung der Ressourcennutzung auch die Kontinuität der „kolonialen Logik“ aus privater Akkumulation und Extraktion nicht hinterfragt, sondern nur unter neuen Vorzeichen verhandelt. (Pahuja 2011: 134f)

Pahuja (2011: 115ff) hält fest, dass die Kontextualisierung der Forderung nach PSNR als Teil des Entwicklungs- und Wachstumsdiskurses den Ausgang der Debatte wesentlich beeinflusste. Als alternatives Kampffeld wäre zum Beispiel der Gerechtigkeits- oder der Ungleichheitsdiskurs möglich gewesen. Der Rekurs auf das außerrechtliche und ebenso universale Entwicklungskonzept brachte dagegen eine Hierarchisierung der Staaten mit sich. Die unterschiedlichen „Entwicklungsphasen“ des historizistisch-modernisierungstheoretischen Denkens wurden mit Phasen des Erwachsenwerdens gleichgesetzt und die Staaten des Südens damit als Kinder stilisiert, die von ihren erwachsenen Gegenübern verantwortungsvolle Führung zu erwarten hätten. Gleichzeitig wurden rechtliche Konzepte und Mechanismen durch die transzendente Vorstellung der gerade dargestellten Rechtfertigung einer Hierarchie nachhaltig beeinflusst und zu Gunsten der Staaten des Nordens stabilisiert. (Pahuja 2011: 117f)

2.5. Von PSNR zum Investitionsrecht

Warum wurde aber trotz dieser Hindernisse das Völkerrecht und insbesondere die Vereinten Nationen als Forum für die Artikulation der Forderungen nach PSNR gewählt? Zunächst stellt Pahuja fest, dass ein wichtiger Faktor ganz einfach die Stimmengleichheit - und damit eine mögliche Mehrheit zu Gunsten der Staaten des Südens - nach der „Universalisierung“ der VN war. Die dahinter stehende Vision war die Möglichkeit einer schrittweisen Veränderung der internationalen Regelungen zu Gunsten der Staaten des globalen Südens. Im Gegensatz dazu bestand in den IFIs aufgrund der Stimmengewichtung nach Mitgliedsbeiträgen keine Mehrheit für Interessen der kürzlich unabhängig gewordenen Staaten oder lateinamerikanischer Staaten. (vgl. auch bei Dolzer und Schreuer 2008: 14f/ Pahuja 2011: 108f)

Darüber hinaus wurde nach der Erlangung der Unabhängigkeit aber auch schlichtweg angenommen, dass die scheinbar erreichte politische Unabhängigkeit (Souveränität

nach außen) eine legitime Forderung nach einer eigenständigen Verwaltung nach innen und damit auch der Wahl des ökonomischen Systems verbunden wäre. Das Souveränitätskonzept lieferte also auch die logische Einbettung für die Forderung nach PSNR als Konsequenz der politischen Unabhängigkeit mit. (Pahuja 2011: 110f)

Die ersten Formulierungen von PSNR in diesem Rahmen stammten aus Chile und Uruguay 1952. (Pahuja 2011: 119f) Darin wurde eine Opposition gegenüber imperialistischen und kapitalistischen Grundhaltungen festgehalten, die in drei Prinzipien mündete, nämlich der Kommodifizierung, der Differenzierung zwischen Politik und Ökonomie und der transzendentalen Stellung von ökonomischem Wachstum. Zentrales Element war dabei die Forderung nach Nationalisierungshoheit in Bezug auf natürliche Ressourcen. (Pahuja 2011: 122f)

Die Verbindung von PSNR und der Forderung nach Nationalisierungen fußte in der Annahme, dass natürliche Ressourcen Gegenstand eines Kommodifizierungsprozesses sind. Diese Kommodifizierung, in dessen Herz nach Polanyi (2001) das positive Recht liegt, wurde in der Debatte also nicht grundlegend hinterfragt, sondern allgemein angenommen. (Pahuja 2011: 124f) Lediglich die Entscheidung zwischen privatem oder öffentlichen Eigentum wurde allerdings zum Gegenstand der Souveränität nach innen. Die Kernidee war, dass die Souveränität über die Ressourcen bei den Nationalstaaten blieb, auch wenn ihre Ausbeutung über Konzessionen an private, ausländische Akteure vergeben worden war. (Pahuja 2011: 126f) Vor allem durch die Trennung zwischen nationaler und internationaler Sphäre, die in diesem Argument enthalten ist, wurde die Frage nach dem rechtmäßigen Eigentum in die internationale Sphäre verschoben und mit der vorgelagerten Frage konfrontiert, was national und international sei, ohne letztere explizit zu stellen. (Pahuja 2011: 127f)

Obwohl die Forderungen nach Nationalisierung schon per se die Teilung in eine wirtschaftliche und eine politische gesellschaftliche Sphäre in Frage stellten, indem sie öffentliches (also „politisches“) Eigentum für möglich hielt, wurde gleichzeitig akzeptiert, dass die institutionelle Trennung in ökonomische und politische Foren auf internationaler Ebene beibehalten wurde. Die Nationalisierungsforderungen nahmen also in der Debatte um die PSNR eine Mittelstellung ein, bei der die soziale Verquickung zwischen Ökonomischem und Politischem durch die Forderung nach staatlicher Kontrolle der Ressourcenextraktion berücksichtigt wurde, während die Regulierung im Dualen System der VN in Kauf genommen wurde. (Pahuja 2011: 129)

Das Infragestellen der Trennung war unter anderem eine Opposition gegen das hegemoniale Verständnis der USA, die selbst nach der Dekolonialisierung die Interessen ihrer nationalen Unternehmen wesentlich durch Privateigentum, freien Kapitalverkehr und Freihandel realisieren wollten und sich dazu des Entwicklungsdiskurses bedienten. (Pahuja 2011: 130)

Zudem schlägt sich das Entwicklungsdenken der frühen VN in der Resolution bzw. Deklaration zu den PSNR nieder. Es bildet hier einen Gegenentwurf zum vermeintlich auch die eigenen nationalen Interessen gerichteten Vorschlag der Staaten des Südens und betont den eigenen Altruismus und den Kooperationsgedanken hinter dem Projekt der VN. Außerdem beruft es sich auf das Ziel des ökonomischen Wachstums und integriert im Zusammenspiel die verschiedenen Interessen; scheint sogar auf den ersten Blick den Widerspruch zwischen internationaler Gemeinschaft und partikulären Souveränitätsansprüchen aufzulösen. (Pahuja 2011: 145ff)

Durch die vermeintliche Zeitlosigkeit des Internationalen Rechts, in dessen Forum die Frage nach der Nationalisierung gestellt wurde, mussten aber auch bestimmte, im Völkerrecht entwickelte Prinzipien eingehalten werden. Zentral dabei ist wohl der Grundsatz *pacta sunt servanda*, wie auch Pahuja (2011: 148f) festhält. Die Beachtung dieses Prinzips ließ reflexartig die Frage nach Entschädigungen auftauchen.

Dabei wurden auf internationaler Ebene mehrere Fragen diskutiert. Während die Frage, ob überhaupt Entschädigungen gezahlt werden sollten, weitestgehend unhinterfragt blieb, entfachte sich um deren Höhe eine bis heute ungelöste Debatte. Während die westlichen Staaten vor allem die Hull-Formel und damit prompte, angemessene (*adequate*) und effektive Entschädigungen propagierten, beriefen sich die Länder des Südens auf einen bestimmten Maßstab der Angemessenheit. Sie brachten in diesem Rahmen zum Ausdruck, dass Entschädigungen über den vollen Marktpreis nicht angemessen sein könnten. Unter anderem auch deswegen, weil sie dazu führen würden, dass Enteignungen auf internationaler Ebene quasi illegalisiert würden. (Pahuja 2011: 148f, 151)

Die Frage nach der Höhe der Kompensation konnte nicht in den politischen Gremien der VN gelöst werden und verlor dort deswegen an Bedeutung. (Pahuja 2011: 153, 160) Deswegen wurde eine Variation oder besser ein Teilaspekt des Diskurses um PSNR, nämlich die Investitionsproblematik, in die wirtschaftlichen Foren des internationalen Rechts verlagert. Gerade im Rahmen der Weltbank wurde der Diskurs um *Foreign Direct*

Investment (FDI) immer im Verhältnis zu Entwicklung gesehen und damit auch beständig auf das transzendente Ziel bezogen, das allen Nationen zu Gute kommen sollte. Die vermeintlichen Gegensätze wurden dem gemeinsamen Ziel untergeordnet und für weniger wichtig erklärt. (Pahuja 2011: 160, 163) Diese Verschiebung des Themas war vor allem deswegen von entscheidender Bedeutung, weil in den IFIs die Interessen der Industrienationen auf Grund der Stimmgewichtung eine Mehrheit finden konnten. Damit war der Grundstein für das Investitionsrecht gelegt.

Vor dem kalten Krieg hat das Investitionsrecht als Völkervertragsrecht quasi keine Rolle gespielt. Bis dahin waren Regeln zum Investitionsrecht bestenfalls in anderen Abkommen enthalten, wie zum Beispiel den Verträgen über „*Friendship, Commerce and Navigation*“ der USA. (Dolzer und Schreuer 2008: 17f) Danach, vor allem in den 1970ern und 80ern wurde Investitionsschutz in erster Linie von den Staaten des globalen Nordens als zentrales Element der internationalen Rechtsordnung gesehen. Mittlerweile ist der Eigentumsschutz für Investor_innen allgemein anerkannt. Bis auf wenige Ausnahmen in Lateinamerika (z.B. Ecuador, Venezuela, aktuell auch Argentinien) gibt es wenig Widerstand gegen das sich entwickelnde Rechtsgebiet und seine Folgen. Diese Entwicklung lässt sich auch an Hand von BITs nachzeichnen. Während die ersten BITs¹⁶ vor allem Nord-Süd BITs waren, wurden seit den 1990ern vermehrt Nord-Nord bzw. Süd-Süd BITs abgeschlossen, was eine generelle Akzeptanz als Instrument der internationalen Beziehungen erkennen lässt. (Dolzer und Schreuer 2008: 13f/ Schill 2011: 879) Spätestens mit dem Erfolg der IFIs in den 1990er Jahren und der Verallgemeinerung ihres Standpunktes auch im lateinamerikanischen Kontext, stellen Auseinandersetzungen um das Völkergewohnheitsrecht, wie jene um die Calvo-Klausel nur mehr Nebendiskussionen dar, die vor allem auf das Verhältnis von BITs und Völkergewohnheitsrecht gerichtet sind. (Dolzer und Schreuer 2008: 14f) Dabei sind auch die allgemeinen Regeln des Völkerrechts vor allem dort anzuwenden, wo das behandelte Investitionsrecht aus einem Internationalen Abkommen gewonnen wird, also zum Beispiel bei BITs. Dort sind die Grundsätze des Völkerrechts in aller Tragweite zu berücksichtigen.¹⁷ (Dolzer und Schreuer 2008: 5)

Auch in institutioneller Hinsicht manifestierten sich die Forderungen der westlichen

16 Das erste BIT wurde 1969 zwischen Deutschland und Pakistan geschlossen. (Dolzer und Schreuer 2008: 17/ Schill 2011: 876)

17 Dazu gehört zum Beispiel das Prinzip von Treu und Glauben, das im Tecmed-Fall von großer Bedeutung war. (Dolzer und Schreuer 2008: 6)

Staaten nach Investitionsschutz. Zentrales Element ist wohl das 1966 als Weltbankorganisation gegründete *International Centre for the Resolution of Investment Disputes* (ICSID) und die entsprechende ICSID-Konvention 1965, die zunächst wenig Zustimmung unter den Ländern des Südens fand, weil der Gegensatz zwischen Investor_inneninteressen und nationaler Souveränität zu groß schien. (Pahuja 2011: 162) Das Feld des Investitionsrechts hat sich durch die ICISD-Schiedsgerichtsbarkeit noch einmal grundlegend verändert. Die Unterstellung unter die ICSID-Konvention hatte nämlich zur Folge, dass sich die Streitigkeiten vom klassischen Völkerrecht hin zur Handelsschiedsgerichtsbarkeit verschob und die institutionelle Basis des Völkerrechts zwar vorhanden blieb, die Tribunale aber eher schiedsrichterlicher Logik folgen. (Schill 2011: 883) Die ICSID-Konvention war darüber hinaus ein wichtiger Schritt zur Entwicklung des Investitionsrechts und zur Herauslösung aus dem Völkergewohnheitsrecht. Vor allem die Einschränkung der Staatenimmunität und die Tatsache, dass der nationale Instanzenzug nicht ausgeschöpft werden muss, bevor ein ICSID-Schiedsgericht zuständig gemacht werden kann, sind in dieser Hinsicht wichtige Schritte zu einem Investitionsrecht gewesen, wie wir es heute kennen. (Dolzer und Schreuer 2008: 20f) Das gilt auch im Zusammenhang mit der Entwicklung von *Investor-State-Dispute-Settlement* Verfahren, die im Kern ein Verdienst der ICSID-Konvention sind und sich in BITs institutionalisiert haben. (Schill 2011: 880)

Seit den frühen 1990ern sind Regeln zum Investitionsschutz auch in multilateralen Abkommen enthalten, so zum Beispiel dem NAFTA. Hier werden in Kapitel 11 gewisse Investitionsregeln festgehalten, die im Kern jenen von BITs gleichen, aber zusammen mit dem restlichen Abkommen auch den Zugang für ausländische Investor_innen regeln. (Dolzer und Schreuer 2008: 25, 29f) Spannend ist vor allem die Beziehung zwischen dem NAFTA und der ICSID-Konvention. Mexiko hat die ICSID Konvention 1965 nicht ratifiziert, weshalb in Investitionsstreitigkeiten auch keine direkte Zuständigkeit eines Schiedsgerichtes begründet werden kann, das unter der ICSID Konvention gebildet wurde. Allerdings erlaubt zum Beispiel NAFTA die Zuständigkeit eines Schiedsgerichtes, das nach den ICSID Additional Facility Rules von 1978 gebildet wird. Ein wesentlicher Unterschied der Additional Facility Rules zur regulären Schiedsgerichtsbarkeit im ICSID Regime ist unter anderem, dass nationales Recht in den Entscheidungen nicht mitberücksichtigt wird. (vgl. ausführlich unter 3.1; Dolzer und Schreuer 2008: 30)

Schill (2011: 880) unterstreicht, dass vor allem das nicht bindende Fallrecht der

Investor-State Verfahren in den ICISD-Verfahren heute rechtsfortbildende Wirkung hat und die Interpretation von Investitionsschutzabkommen beeinflussen. Darüber hinaus weist er darauf hin, dass vor allem das Werk von Dolzer und Stevens (1995), also eine Darstellung des Investitionsrechts, dazu beigetragen hat, BITs und Investitionsrecht als allgemeine Staatenpraxis wahrzunehmen und nicht als partikulares Völkerrecht zu sehen. (Schill 2011: 882)

2.6. Der strukturelle Bias des Investitionsrechts

Als erstes Zwischenfazit kann gesagt werden, dass das Investitionsrecht nicht nur, wie oft postuliert wird (vgl. z.B. Dolzer und Schreuer 2008: 3ff), einen Interessensausgleich zwischen Investor_inneninteressen und staatlichen Interessen vornimmt. Denken wir zum Beispiel an die Argumentation von Vitoria und Soto im Zusammenhang mit der Rechtfertigung der kolonialen Extraktion zurück, wird schnell klar, dass die Logik der Argumentation dieselbe geblieben ist. Vor allem der analytische Blick auf den Austauschprozess zwischen Händler_innen und kolonialem Produzenten findet sein Äquivalent in der Gegenüberstellung von Investor_inneninteressen und staatlichen Interessen. Letztere ermöglicht es erst, den Blick vom transnationalen Akkumulationszusammenhang von der Peripherie in die Zentren der Weltwirtschaft zu nehmen und statt dessen auf eine als vertragsähnlich konstruierte Rechtsbeziehung zwischen zwei scheinbar gleichen Akteur_innen zu richten. Die Anwendung von im Vertrags- bzw. Privatrecht entwickelten Grundsätzen auf die Investor_in-Staat-Beziehung diene aber schon in der Kolonialzeit dem Zweck, Herrschaft und Hierarchie unsichtbar zu machen. Ein gutes Beispiel ist die Diskussion, die auch Schreuer und Dolzer (2008: 8f) aufgreifen. Sie stellen die Frage, ob in jedem Fall BITs bindend sein sollen. Es könnte nämlich sein, dass die abschließenden Staaten sich über die Folgen des Vertragsschlusses nicht im klaren waren und ihre Willensfreiheit in diesem Sinne verdünnt gewesen ist. In anderen Worten könnte ein Willensmangel im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorgelegen sein. Damit wird ein Argument aufgegriffen, das sich im Privatrecht entwickelt hat und darauf abzielt, dass Verträge für die Vertragsparteien nur bindend sein sollen, wenn sie ohne Übervorteilung oder sonstige, die Willensfreiheit einschränkende Einflüsse zu Stande gekommen sind. (vgl. z.B. §§ 870 ff ABGB) Auf internationaler Ebene gibt es analoge Regeln, die teilweise im Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge

kodifiziert wurden. (vgl. Art. 46ff WVK)

Dem ist entgegenzuhalten, dass erstens der individuelle Ausgleich zwischen Investor_in und staatlichem Kollektiv in keinem Punkt mit einbezogen wird, sondern nur darauf geachtet wird, wie der Willensbildungsprozess des Staates von statten gegangen ist. Hier werden Argumente angeführt wie zum Beispiel, dass die Diskussion um das Investitionsrecht seit den 1990ern bzw. 2000ern so intensiv war, dass es nicht anzunehmen ist, dass die neu abgeschlossenen BITs einen mangelnden Konsens im Zeitpunkt des Abschlusses enthalten würden. Dabei wird völlig außen vor gelassen, dass die Willensbildung bei einem kollektiven Subjekt wie einem Staat auch im Innenverhältnis fehlerhaft sein könnte und beim Abschluss der Abkommen nicht nach den besten Interessen des Gemeinwohles eines Staates entschieden worden ist, sondern vielmehr nach politischen oder persönlichen Standpunkten der zuständigen Stellen. Damit ist gemeint, dass nur auf äußere Merkmale abgestellt wird, wie etwa den allgemeinen Diskurs zum Investitionsrecht und die gängigen Entscheidungen der Schiedsgerichte, die annehmen lassen, dass der Informationsstand von Entscheidungsträger_innen ausreichen sollte, um einen Willensmangel auszuschließen. Dagegen müsste aber auch in Betracht gezogen werden, inwieweit die Personen, die völkerrechtliche Verpflichtungen treffen, auch nach dem Willen des Kollektives gehandelt haben, also die Interessen des Gesamtstaates repräsentiert wurden. Des weiteren wird davon ausgegangen, dass die komplexe Situation staatlicher Interessen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abschätzbar sei, also zum Beispiel Umweltschutzinteressen und wirtschaftliche Interessen bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses entsprechend gewichtet werden könnten. Dass diese Annahme wohl nicht den Tatsachen entspricht, ist augenscheinlich.

Als zweites Zwischenfazit bleibt festzuhalten, dass die transformative Logik des Völkerrechts, oder besser deren Ergebnis sich auch im Investitionsrecht institutionalisiert hat. Der historische Prozess der Verschiebung der Forderung nach PSNR wurde ja ausführlich dargestellt. Trotzdem soll noch einmal explizit gemacht werden, wie wichtig die transzendente Stellung des Entwicklungskonzeptes auch heute noch ist. Gerade in der oben dargestellten Vertragslogik in der Diskussion um Willensmängel im Zusammenhang mit dem Abschluss von BITs wird ersichtlich, dass implizit immer davon ausgegangen wird, dass im Fall von Auslandsinvestitionen der Schutz von Investor_inneninteressen den Vorteil von FDI habe, der wiederum positiv für die

Entwicklung eines Staates wäre. Dabei stehen beide kausalen Beziehungen stark im Zweifel und es ist weder klar, ob Auslandsinvestitionen überhaupt durch Investitionsschutz angeregt werden und ob Auslandsinvestitionen im Fall der Fälle positive Auswirkungen auf einen fraglichen Entwicklungsprozess hätten, wie zum Beispiel auch Dolzer und Schreuer (2008: 7f) einräumen müssen.

Drittens wird aus den Erörterungen in diesem Kapitel klar, dass das Investitionsrecht kein rein völkerrechtliches Phänomen, sondern transnationaler Natur ist. Sogar der streng rechtsdogmatische Zugang von Dolzer und Schreuer lässt sie zu dem Schluss kommen, dass „die Unterscheidung zwischen nationalem Recht und internationalem Recht durch das Regime des Auslandsinvestitionsrechts zunehmend verschwimmt.“ (Dolzer und Schreuer 2008: 3, Übersetzung d. Verf.) Ebenso brüchig erscheint die Kategorisierung in öffentliches und privates Recht, weil die Unschärfen des Investitionsrechts für diese Kategorien zu groß sind. (ebd.) Insofern ist auch eine rechtstheoretische Einordnung des Investitionsrechts geboten, die im nächsten Kapitel erfolgen soll.

Wie Sonja Buckel (2003: 50f) festhält, muss internationales Recht auch aus einer materialistischen Perspektive heute als transnational verstanden werden und kann nicht als bloßes Völkerrecht konzipiert werden. Das trifft besonders auf BITs zu, weil sie zunächst eine transnationale Rechtsbeziehung institutionalisieren, nämlich jene zwischen Investitionsziel- und Ursprungsland bzw. zwischen Investor_in und Gaststaat. Die meist einem nationalen Rechtsregime unterstellten Akteur_innen oder Investor_innen bewegen sich in einem fremden nationalen Rechtssystem und ihre Stellung ist gleichzeitig auf internationaler Rechtsebene geschützt. Dazu bedienen sie sich vielfach einer besonderen rechtlichen Konstruktion über Beteiligungen an inländischen Gesellschaften. Die Interessen ausländischer Kapitaleigner_innen werden also auch institutionell in der Rechtsordnung des Gastgeberstaates verankert. Gleichzeitig gelten für sie Sonderregelungen, die auf rein nationale Unternehmen nicht anwendbar sind. Diese Stellung ist Ergebnis eines historischen Prozesses, der auf diskursiver (Konsens-)Ebene und Zwangsebene (Drohung mit Kapitalentzug) vorangetrieben wurde und wird. Die Institutionalisierung dieser Kräfteverhältnisse in den BITs ist also Ausdruck einer neoliberalen Hegemonie, deren Wurzeln weit in den Fordismus hineinragen und letztlich wohl auch nicht vom kolonialen Erbe vieler peripherer Staaten getrennt werden kann. (Eberhardt 2004: 51f) Außerdem finden sich in den Entscheidungstexten und Auslegungen der Schiedsgerichte auch zahlreiche Querverweise auf

internationale und nationale Regelungen, was auch die inhaltliche Transnationalität unterstreicht.

Gleichzeitig sind Investitionstätigkeiten selbst keine reine Einbahnstraße. (Dolzer und Schreuer 2008: 21f/ Schill 2011: 879) Das Beispiel des mexikanischen Milliardärs Carlos Slim Helos, der zum Beispiel Anteile an der Telekom Austria gekauft hat (Forbes o.A.), zeigt, dass Investitionsrecht im Kern kein geographisches Nord-Süd-Verständnis zur Grundlage hat, sondern vielmehr ein Problem globaler kapitalistischer Organisation ist, also die Stellung von Investor_innen im Allgemeinen strukturell geschützt wird. „Transnationale Unternehmen profitieren von einem internationalen Rechtssystem, das strukturell Eigentumsrechte von privaten Akteuren aus dem globalen Norden stärker schützt als die Grundversorgung der Bevölkerung im globalen Süden.“ (Pichl 2012: 137) Dieser Satz von Pichl ist insofern dahingehend zuzuspitzen, als dass die Rechte von Kapitaleigner_innen flächendeckend jenen von Kollektiven vorangestellt werden.¹⁸

Gleichzeitig wird deutlich, dass eine sozialwissenschaftliche Analyse von Investitionsrecht die zu Grunde liegenden gesellschaftlichen Bedingungen betrachten muss, die sich viel weniger als nationale Gegensätze darstellen als es die Regelungen des internationalen Investitionsrechts vermuten lassen, die an den nationalen Container gebunden sind. Die zu Grunde liegenden Strukturen sind aber in Wahrheit nach gesellschaftlichen Klassen organisiert und weniger eine Frage von Ausbeutung entlang nationaler Grenzen. Vielmehr greifen imperiale und klassenförmige Ausbeutung innerhalb der kapitalistischen Organisation der Weltgesellschaft ineinander.

¹⁸ Obwohl Nationalität natürlich eine wichtige Trennlinie zur Hierarchisierung der Weltgesellschaft ist, lässt sich das in erster Linie in Abhängigkeit zur Klassenzugehörigkeit bestätigen. Zunehmend wird deutlich, dass Kapitalbesitz auch vor nationalistischer Diskriminierung schützt. Dazu müssen zum Beispiel nur Einwanderungsbedingungen betrachtet werden, die allesamt an Vermögensnachweise gebunden sind.

3. Theoretische Konzeption

Eine theoretische Konzeption des internationalen Investitionsrechts oder des transnational globalisierten Rechts kann vielfältig erfolgen und sich aus verschiedenen Perspektiven nähren. In den letzten Jahren waren in der Wissenschaftslandschaft vor allem Arbeiten aus systemtheoretischer Sicht sehr wichtig. Auch wenn der Beitrag und der Analysefokus der Systemtheorie wichtig für das Verständnis von globalem Recht ist, weist er einige Schwächen auf, die im Folgenden herausgearbeitet und mit einer materialistischen Konzeption von Recht kontrastiert werden sollen.

Wie Pia Eberhardt (2004: 3) anmerkt, wird in materialistischer Perspektive „internationales Recht als Instrument zur Durchsetzung transnationaler Kapitalinteressen“ verstanden. Dieser analytische Fokus auf Kapitalinteressen verhindert aber keineswegs, dass diese Ansätze die Ideologiedimension von Recht berücksichtigen. Damit ist gemeint, dass sie Recht und Kapitalinteressen nicht in einem direkten, sondern in einem strukturell vermittelten Zusammenhang sehen und sich der Vorstellung verwehren, Recht sei lediglich ein Instrument der herrschenden Klasse. (ebd.) Das rührt unter anderem von der Gramsci bzw. Poulantzas Rezeption her, die ein Hegemoniekonzept vertreten, das sich maßgeblich aus den Elementen Konsens und Zwang speist. (vgl. z.B. Gramsci 1992, GH, Bd. 4, H.6, §88, 783)

Es gilt also in der Analyse des Rechts die strukturellen Kopplungen herauszuarbeiten und freizulegen, nach welchen Prinzipien diese Strukturen organisiert sind. Zum Teil wurde das ja schon im vorherigen Teil dieser Arbeit getan. Neben der kolonialen Prägung des internationalen Rechts lassen sich aber auch andere Strukturprinzipien ausmachen. Sonja Buckel (2007) versucht in ihrem Werk „Subjektivierung und

Kohäsion“ strukturalistische Theorien für die Analyse von Recht fruchtbar zu machen und verwendet dazu Ideen von Foucault, um materialistische Perspektiven anzureichern.

„[... D]ie 'sozialphilosophische' Kritik [von Marx ist, ...] dass die Menschen ihrer eigenen Verhältnisse entmächtigt werden, dass ihnen ihre eigene Praxis zu einer zweiten Natur gerinnt, die sie nicht mehr durchschauen können.“ (Buckel 2007: 70) Mit diesem Rekurs auf Karl Marx fordert Sonja Buckel ein Neudenken oder Neukonzipieren von Recht und Vergesellschaftung, damit das Verstehen von sozialen Prozessen und Strukturen nicht bestimmten Eliten vorenthalten bleibt, sondern die Prozesse und Systeme selbst zum Gegenstand demokratischer Auseinandersetzung werden können. Vor diesem Hintergrund muss auch die auf den nächsten Seiten dargestellte theoretische Konzeption verstanden werden.

Eberhardt weist in der Einleitung zu ihrer Magisterarbeit BITs bzw. IIAs (Internationalen Investitionsabkommen) eine doppelte Rolle zu. Einerseits sind sie „Ausdruck neoliberaler Hegemonie“ und andererseits sind sie ein wichtiges Element für die Verfestigung derselben. (Eberhardt 2004: 2) Das bedeutet, dass im Lichte einer neogramscianischen Perspektive internationales Recht als Institution erscheint. (Eberhardt 2004: 14) Institutionen sind in diesem Sinne soziale Praktiken, die sich historisch verdichtet haben. Ihnen kommt eine erhöhte Materialität zu, die sich in ihrer Widerstandsfähigkeit artikuliert. Institutionen sind analytisch in Machttechnologien, also die verschiedenen Wirkungsweisen der Macht, und in Apparate, also die mechanisch erscheinenden Eigendynamiken einer institutionalisierten sozialen Praxis zu teilen, wie Buckel (2007: 254) festhält. In der Analyse des Rechts ist also auch von beiden Aspekten auszugehen. Einerseits muss die stark juristisch-technische Eigendynamik beleuchtet werden, andererseits ist auch die Machtdimension innerhalb und außerhalb der Rechtsform oder des Rechts zu berücksichtigen.

Sonja Buckels Interpretation einer materialistischen Rechtstheorie baut wesentlich auf der materialistischen Rechts- und Staatstheorie auf und unterscheidet sich grundlegend von bekannten und viel rezipierten Theorien wie der positivistischen „Reinen Rechtslehre“ Hans Kelsens (1992). Letzterer versucht das Recht von politischen Interessen losgelöst zu betrachten. Dieser formalistisch-neukantianische Ansatz wird von Nicos Poulantzas auf besondere Art in seine Konzeption des Rechts integriert. Er erkennt Kelsens Leistung an und verweist auf die innere „Eigengesetzlichkeit“ des

Rechts, die aber in Verbindung mit dem Außenverhältnis verstanden werden muss, durch das sich die ökonomischen Zwänge des Totalen in die Rechtsordnung einschreiben. (Buckel 2007: 145f) Dieser Grundgedanke wird die Betrachtungen zum Recht in weiterer Folge prägen und als analytische Zielsetzung einfließen. D.h., dass die technische Ausgestaltung des Investitionsrechts auch im Hinblick auf die ökonomische und politische Dimension verstanden werden muss und nicht an der dogmatischen Analyse stehen bleiben darf.

In diesem Sinne geht dieser Ansatz aber über den Kern materialistischer Analyse hinaus. Frankenberg (2006: 108) zieht die Trennlinie zwischen marxistischen Untersuchungsprogrammen und den *Critical Legal Studies*¹⁹ nämlich genau entlang der Dogmatik und konstatiert, materialistische Rechtslehre setze sich nur selten mit der Rechtsdogmatik auseinander und gäbe sich mehr der theoretischen Debatte über die Funktion und den Ursprung des Rechtssystems hin. Auch Sonja Buckel (2007) bricht in ihrem Buch mit dieser Tradition. Dieselbe Strategie soll auch hier verfolgt werden. Obwohl die theoretische Einbettung des Rechts und des Phänomens BITs/ICSID aus marxistisch-materialistischer Perspektive erfolgt, soll die Analyse der dogmatischen Elemente hier Platz finden. Vor allem, um aufzuzeigen, dass auch die diskursive Produktion von Ideologie im Recht in sich widersprüchlich ist und nicht einer inhärenten und schlüssigen Logik folgt.

3.1. Totalität und Strukturzusammenhang

Als ganz grundlegende Frage könnte in der Auseinandersetzung mit dem Recht gefragt werden, wie der Zusammenhang zwischen Recht, Ökonomie und Politik zu erfassen ist bzw. was die strukturelle Kopplung, also die Einheit von Recht und Ökonomie bzw. Politik ausmacht? Den Kernpunkt der materialistischen Rechtstheorie bildet die Frage nach diesem Verhältnis zwischen Recht, Ökonomie und Politik und deren gemeinsame Verbindung in der Totalität. (Buckel 2006: 118) Diese Vorstellung stellt einen Gegensatz

19 „Hinter dem Kürzel *CLS* verbirgt sich seit der ersten gemeinsamen Konferenz 1977 die vorwiegend, aber keineswegs ausschließlich an den *law schools* der Vereinigten Staaten von Amerika lokalisierte, locker, unübersichtlich und ungenau den *Critical Legal Studies* zugeordnete Rechtskritik. Es handelt sich weder um eine theoriepolitisch geschlossene Gruppe mit Mitgliederausweisen noch gar um eine sozial-intellektuelle Bewegung, sondern eher um eine anfänglich linke Intelligentsia, heute eher ein offenes Netzwerk von JuristInnen, die in der Juristenausbildung oder ‚Praxis‘ arbeiten und auffällig viel publizieren.“ (Frankenberg 2006: 98; Hervorh. i.O.)

z.B. zu der Theorie Wiethölters (vgl. weiter unten) oder Teubners (z.B. 2012) dar, die gerade diese Trias aufbrechen wollen und sich statt dessen der Fragmentierung der Gesellschaft anhand der unterschiedlichen Differenzlinien innerhalb der gesellschaftlichen Subsysteme nähern wollen.

Wie oben am Beispiel der Trennung von Politik und Ökonomie (vgl. unter 2.4.2) ausgeführt, ist die Gesellschaft eigentlich als ein Ganzes zu verstehen. Damit ist auch die Trias aus Recht/Ökonomie/Politik eigentlich als gesellschaftliche Konstruktion zu fassen. Trotzdem ist diese Teilung wirkmächtig und damit auch die konstruktiv geschaffenen Realitäten. In anderen Worten, auch wenn sich die Teilbereiche nicht scharf trennen lassen, so grenzen sie sich doch selbst, von innen her, voneinander ab und diese Trennung hat bestimmte Funktionen.

Um das Verhältnis der einzelnen Teilbereiche der Gesellschaft zu verdeutlichen, greift Sonja Buckel auf den Begriff der Totalität zurück. Das Totalitätskonzept der Kritischen Theorie geht von der Totalität als Gesamtheit der gesellschaftlichen Einzelmomente aus, die nicht die bloße Summe der Momente ist, sondern ein inneres Strukturprinzip darstellt, das allerdings von allen anderen Momenten beeinflusst wird. Dieser innere Zusammenhang wird im Zwang des Seins, also in der Stillung der materiellen Grundbedürfnisse gesehen, die sich in alle Momente der Totalität einschreibt und in ihrer spezifischen Form vermittelt wird. Diese Akkumulationsdynamik prägt die kapitalistische Vergesellschaftung. Es lassen sich aber nicht alle Momente aus dem kapitalistischen Klassenverhältnis heraus denken, sondern alle Momente folgen lediglich derselben Dynamik der Akkumulation. Das gilt auch für das Recht und ist wesentlich für das Verständnis der Rechtsform. (Buckel 2007: 138f/ Hirsch 1995: 25)

Der hier zu witternde ökonomistische Reduktionismus wird von Buckel (2007: 139) relativiert, indem sie mit Hirsch (1995) feststellt, dass auch andere Herrschaftskategorien nicht abseits der Akkumulationsdynamik gedacht werden können, weil sie wesentliche Elemente oder Momente der kapitalistischen Vergesellschaftung sind, die letztlich nur im Zusammenhang mit der historischen Genese des Kapitalismus gedacht werden können, was auch hier durch die Darstellung des Zusammenhanges von Völkerrecht und Kolonialismus und dessen Fortbestand in der Tiefenstruktur des Rechts dargestellt wurde.

Die Konzeption der Vergesellschaftung in der Tradition des Poststrukturalismus ist in ähnlicher Weise zu verstehen. Die einzelnen Instanzen der Gesellschaft stehen

zueinander in einem durchdringenden Verhältnis und lassen sich nicht trennen. Die dominante Sphäre bleibt aber auch in dieser Vorstellung der Reproduktionszwang des Kapitalismus. Die Materialität von Politik und Recht wird in dieser Sichtweise durch die Praktiken zu Grunde gelegt, aus denen das Recht besteht. Die Beziehung zwischen Recht und Ökonomie ist dabei eine besondere, weil der ökonomische Zwang zwar in das Rechtssystem eingeschrieben ist, von diesem aber in seiner eigenen Dynamik zum Ausdruck gebracht wird. (Buckel 2007: 140ff) So lässt sich auch das Recht als Moment der Totalität oder des gesellschaftlichen Ganzen fassen, das nach dem Akkumulationsprinzip strukturiert ist, aber nicht dem Wesen nach aus der Warenform abzuleiten ist. (Buckel 2007: 139f)

Dennoch stellt Buckel klar, dass das Primat der materiellen Produktion und Reproduktion der Gesellschaft, also das Primat des Seins, das die materialistischen Theoretiker_innen vertreten, ein historisch gewachsenes ist. Damit spricht sie an, dass die multidimensionale Realität aus sozialen, geschlechtlichen, ökonomischen, politischen Verhältnissen kein inneres ökonomisches und mystifiziertes Strukturprinzip hätte, sondern ein „hegemonialer [ökonomischer] Ort [... und] Ergebnis von Kämpfen und hegemonialen Praxen“ ist. (Buckel 2007: 214) In diesem Sinne sind auch IIAs das Ergebnis von Kämpfen um ein hegemoniales Projekt, das es zu identifizieren gilt. Die Akkumulationsdynamik schreibt sich auch ins Investitionsrecht ein. Die innere Struktur von BITs ist letztlich auf die möglichst ungehinderte und vom Staat geschützte Akkumulation gerichtet. Die Zuverlässigkeit der Mehrwertabschöpfung ist zentrales Anliegen dieser Abkommen. Besonders in Klauseln zum freien Gewinntransfer in die Heimatstaaten der Investor_innen kommt dieser Umstand zum Ausdruck.

3.2. Relationale Autonomie

Dennoch kann das Recht als eigenständiges Phänomen wahrgenommen werden, das zwar kapitalistisch strukturiert ist, aber eine gewisse Eigendynamik und Eigenständigkeit entwickelt. Sonja Buckel (2007: 20f) bezieht sich hier auf Niklas Luhmann (1995) und verwendet dessen Systemtheorie, um Recht als System darzustellen. Systemtheoretische Gesellschaftstheorie sieht das wesentliche Merkmal von modernen Gesellschaften in der Ausdifferenzierung in Teilsysteme, die sich in der Überwindung der Stratifizierung auswirkt, wohingegen die materialistischen Ansätze von kapitalistischer Organisation

als Hauptmerkmal ausgehen. (Buckel 2007: 19f)

Grundlage der systemtheoretischen Erkenntnis in der luhmann'schen Spielweise ist aber, dass Gesellschaft aus Kommunikation besteht und „als Einheit von Mitteilung, Information und Verstehen definiert“ ist. (Calliess 2006: 58f) Hier ist die Autopoiesis, also die Selbstproduktion von Systemen einer der wichtigsten Begriffe. Die Qualität eines Systems kommt laut Luhmann nur dann zum Tragen, wenn das System in sich geschlossen ist. Dabei handelt es sich lediglich um eine „relative Autonomie“, weil das System zwar nur in sich anschlussfähig, also kompatibel ist, aber trotzdem Inputs aus dem Gesamtsystem Gesellschaft aufnimmt. Das kann zum Beispiel an Gesetzesänderungen betrachtet werden, die auf Grund eines veränderten Konsens passieren. Diese Veränderungen können aber nicht direkt von außen in das geschlossene System eindringen, sondern müssen von innen in das System eingearbeitet werden, sich also den etablierten Kommunikationsregeln beugen. Buckel (2007: 26f) stellt dabei unter Bezugnahme auf Gunther Teubner (1989: 47) klar, dass die Autonomie des Rechtssystems nicht dessen Resistenz gegenüber politischen und sozialen Einflüssen darstelle, sondern sich lediglich die Form der Eingliederung bzw. Beeinflussung unterscheiden würde. Wichtig ist dabei der Gedanke, dass dieses System eben nicht in Bezug auf die Information geschlossen ist, sondern „informationell“ und „strukturell an seine Umwelt gekoppelt“ bleibt. (Calliess 2006: 59)

Die autopoietische Geschlossenheit des Rechts wird durch den binären Code von Recht/Unrecht verwirklicht. Dieser Code sichert die Exklusivität der subsystemischen Kommunikation und ist dafür verantwortlich, dass Information nur in dieser Form in das Recht eingebracht werden kann. Gegen alle anderen Formen der Kommunikation und damit der Gesellschaft ist das Recht daher undurchlässig. (Calliess 2006: 60) Damit wird die mögliche Kommunikation aber strukturell beschnitten und Kommunizieren und damit auch Denken außerhalb dieses Codes verunmöglicht bzw. für ungültig oder außerrechtlich erklärt. In diesem Lichte wäre auch jede politisch-rechtsschöpferische Interessenabwägung zum Beispiel in Entscheidungstexten von Schiedssprüchen aber letztlich außerjuridischer Natur.

Luhmann weist Entscheidungstexten und geschriebenen Rechtsnormen eine strukturelle Dimension zu, die nicht Kommunikation, sondern Umwelt ist. Nur das Anwenden der Regeln, also das Erinnern oder der Rückbezug an vergangene Rechtsanwendung ist Recht oder rechtliche Kommunikation, die immer struktureller Vermittlung

durch die Umwelt bedarf. (Calliess 2006: 61) Dieser Gedanke ist von zentraler Bedeutung für das Verständnis von Recht aus systemtheoretischer Perspektive, wo Recht eben nur als Kommunikation wahrgenommen wird, und alles außerhalb dieser Kommunikation Input bleibt. Wo diese Eingaben aber nach der Logik des Rechtssystems strukturiert sind, besteht die Möglichkeit der Einflussnahme aus anderen gesellschaftlichen Subsystemen.

Innerhalb des Rechts konstituiert sich zudem ein Teilsystem, das die Form und Richtung der Kommunikation sichert. Dieser Kern aus Verfahrensnormen muss beachtet werden, um gültige Rechtsakte - also „jede Handlung [...], die Rechtsfolgen auslöst und damit die Rechtslage ändert“ - und so Normativität zu erzeugen. (Calliess 2006: 62f) Dieser Kern ist es auch, der darüber entscheidet, was Recht und Unrecht ist bzw. als Teil des Rechtssystems gesehen werden kann. Im Fall des Investitionsrechts wäre hier zum Beispiel an die zentralen Verfahrensnormen zu denken, die in der ICSID Konvention von 1965 festgelegt sind und bestimmen, welches Recht zur Anwendung kommt, wer befugt ist Recht zu sprechen und wie die Rechtserzeugung in Schiedssprüchen vor sich zu gehen hat. Letztlich bedarf das Recht aber auch einer außerrechtlichen Legitimation, die über die strukturelle Kopplung der Verfassung als Normtext mit dem Subsystem Politik erreicht wird. Die Verfassung normiert genaue Verfahren und Vorschriften, wie Kommunikation zu entstehen hat, um als Rechtsakt Teil des inneren Rechtssystems zu werden. (Calliess 2006: 64f) Diese Kopplung nach außen ist es auch, die dem Recht Normativität verleiht. Gerade diese Verbindung steht aber im Investitionsrecht in Frage, weil eben auf keine politische Verfassung recurriert werden kann.

Der Gedanke der Autopoiesis wird auch von Michel Foucault ausgedrückt und auf den Punkt gebracht, wenngleich in anderer Weise formuliert. Laut Buckel unterscheidet Foucault Techniken der Macht, die sich im Mikro-Maßstab abspielen und Technologien, die größere Strategien der Macht sind. Gleichzeitig bettet er beides in den Begriff des Dispositivs ein. Ein Dispositiv ist dabei ein „Konglomerat aus diskursiven und nicht-diskursiven Elementen“. (Buckel 2007: 175) Dispositive können auch als „[...] Kontenpunkte, in denen die über den gesamten gesellschaftlichen Raum verstreuten Handlungsweisen zusammenlaufen [...]“, verstanden werden. Ein häufiges Beispiel ist das von Foucault beschriebene Sexualitätsdispositiv, das kohärente Sexualpraktiken formt und das aus verschiedenen gesellschaftlichen Momenten heraus tut, also dezentral funktioniert. (ebd.) Diese Dispositive haben eine selektive Funktion und entscheiden

darüber, welche Formen von Diskursen und Strukturen akzeptabel erscheinen. Beide Konzepte erkennen also diese Funktion der (Vor-)Strukturierung des Rechts an. Wird Foucault und die Systemtheorie zusammen gedacht, wird schnell klar, dass sich eine „strategische Selektivität“ des Rechts ergibt, die nur gegenüber bestimmten Formen der Kommunikation und der Einflussnahme durchlässig ist. (Buckel 2007: 300f)

Das ist auch der Grund, warum es wichtig ist zu untersuchen, nach welchen Logiken und Prinzipien das Recht strukturiert ist und zeigt, dass das strukturelle Erbe des Kolonialismus im Völkerrecht nicht außen vor gelassen werden kann oder durch das einfache Abwiegen von entgegengesetzten Interessen aufgehoben wird. Letztlich erscheint jede rechtliche Entscheidung oder Kommunikation in diesem Sinne als zwingend parteiisch, weil sie von den Strukturen des Entscheidungsrahmens vordefiniert ist. Gerade hier scheint die Analyse von Pia Eberhardt (2004) besonders wertvoll zu sein, weil sie aufzeigt, dass sich in den Investitionsschutzabkommen ein neoliberaler Konsens materialisiert, der zusammen mit der hier skizzierten Theorie nicht nur auf Ebene des gesellschaftlichen Konsens seinen Zwangscharakter entfaltet, sondern auch in Einzelfallentscheidungen wirkmächtig wird.

Die Eigenständigkeit des Rechtssystems ist auch in der materialistischen Rechtstheorie nach Franz Neumann (1980) ein Spezifikum des bürgerlichen Rechtsstaates und gleichzeitig das Unterscheidungsmerkmal, das Recht von bloßer Herrschaftstechnik trennt, weil es eben keine bloße Machtausübung ist, sondern sich in einer bestimmten Technik verselbstständigt. (Buckel 2007: 88) Sonja Buckel schreibt der relativen Autonomie des Rechts nach Neumann einen wesentlichen Beitrag für die Analyse von Gesellschaftsstrukturen zu: „Gerade in der Diskussion um die Internationalisierung des Rechts etwa bleibt seine Erkenntnis zentral, um zwischen rechtlichen und nicht-rechtlichen Momenten unterscheiden zu können.“ (Buckel 2007: 93) In Bezug auf die Analyse des Investitionsrechts ist diese Unterscheidung auch im Zusammenhang mit der Herausbildung einer transnationalen Rechtsform entscheidend.

Allerdings stellt Buckel klar, dass diese Autonomie des Rechtssystems auch missverstanden werden kann und besonders ihre Vermitteltheit durch die Totalität hervorgerufen werden soll. Insofern schlägt sie den Begriff „relationale Autonomie“ als den passenderen vor, weil er die strukturelle Verbindung zur Gesamtgesellschaft besser darstellt und unterstreicht, dass die inneren Strukturprinzipien des Rechts eben nicht völlig losgelöst als eigene Kommunikationsform und beliebige Gesetzmäßigkeiten

funktionieren, sondern aus der Gesellschaft entlehnt sind. (Buckel 2007: 244)

Genau hier wird auch eine Schwäche der systemtheoretischen Sichtweise gegenüber einer materialistischen sichtbar. Die Strukturmerkmale der kapitalistischen Vergesellschaftung kommen nämlich über die Akteur_innen in das Recht, weil sie es sind, die sie verinnerlicht haben und implizit und unreflektiert nach ihnen handeln. Es ist daher nicht egal, welches Individuum handelt und mit welchen Motiven im Hintergrund. Vielmehr könnten bewusst gemachte Strukturprinzipien beispielsweise in der Schaffung von Recht vermieden werden und so zumindest dort, wo sie explizit gemacht werden können, nicht im Recht reproduziert werden. Diese Verbindung klammert die Systemtheorie aber kategorisch aus, indem sie ihre Analyse auf die Kommunikation selbst fokussiert und die Umwelt der Systeme und damit Akteur_innen ausklammert. Das soll nicht bedeuten, dass die Systemtheorie die Umwelt nicht konzeptionell erfasst, sondern, dass sie in der Analyse marginalisiert wird. (dazu ausführlich Buckel 2007: 34f/ gegensätzlich dazu Teubner 1989: 59) Das spricht einmal mehr dafür, auch hier eine materialistische Perspektive anzuwenden und die Terminologie „relationale Autonomie“ oder „strategische Selektivität“ des Rechts zu verwenden, die sich auch in das Konzept von der Rechtsform einschreiben lässt.

3.3. Rechtsform

Eugen Paschukanis (1970) unternimmt die Analyse der Rechtsform nach dem Vorbild von Marx, der sich im Kapital wesentlich auf die Analyse der Warenform konzentrierte. (Buckel 2007: 94f) Sein zentrales Argument ist dabei, dass nicht bloß zu untersuchen sei, wie sich Interessen in das Recht einschreiben - also wie die Durchsetzung von Interessen erfolgt - sondern auch, „[...] warum dies überhaupt in der Form des Rechts passieren muss [...]“. (Buckel 2007: 94/ vgl. auch Miéville 2005: 118) Buckel sieht den großen Verdienst von Paschukanis darin, dass er die Notwendigkeit einer Rechtsformanalyse feststellt, auch wenn er sie selbst nicht unternimmt. Sein Verständnis von Recht würde sich gerade durch die eigene Materialität auszeichnen, die er diesem zuschreibt. Damit stellt er klar, dass Recht kein bloßes Überbauphänomen ist. (Buckel 2007: 109) Marx geht in seiner Gesellschaftsanalyse davon aus, dass sich Gesellschaft wesentlich durch die Produktionsverhältnisse definieren lässt. Wichtig für die Organisation ist dabei, dass die Produktionsmittel Warenform annehmen müssen, um in einem

markförmigen System austauschfähig zu sein. Diese Warenform ist wie die Geldform oder andere Formen kein bloßes Ding, sondern erscheint in der marx'schen Analyse als „fetischisierte soziale Verhältnisse“. (Buckel 2006: 119)

Buckel sagt über den Charakter der Rechtsform bei Paschukanis: „Bei aller Schwierigkeit, den Begriff der Rechtsform zu fassen, sei klar, dass er vor allem ein Begriff ist für das Recht als einer spezifischen Form der Regelung gesellschaftlicher Verhältnisse.“ (Buckel 2007: 101)

In Anlehnung an diese Idee entwickelt sie eine eigene Theorie der Rechtsform. Wie der Tauschwert einer Ware eine Abstraktion von der konkreten Arbeit und dem Gebrauchswert ist, so kann auch das Recht in Form von Verträgen und Gesetzen als Abstraktion verstanden werden. Indem sich die Akteur_innen einer rechtlichen Handlung als gleiche Rechtssubjekte begegnen, werden sie formal gleich, obwohl sie unterschiedlich sind. Das Recht bedarf dieser Abstraktion notwendigerweise, weil sich die differenten und kategorisierten Rechtssubjekte durch die Subjektivierung (dazu sogleich) innerhalb der sozialen Verhältnisse unterscheiden und eigentlich unvergleichbar sind. Diese Abstraktion ist aber eine Realabstraktion – das heißt eine Abstraktion, die im Handeln und nicht im Denken geschieht – weil sie unbewusst und selbstverständlich vor sich geht. Sonja Buckel greift auf das Beispiel des Kaufens von Brot zurück. Im Akt des Kaufens ist den Vertragspartner_innen weder bewusst, dass sie sich als gleiche Rechtssubjekte gegenüberstehen, noch dass sie einen Vertrag eingehen. (Buckel 2007: 237ff) Dieser Vertragsgedanke, der durch die Schule von Salamanca auch im Völkerrecht etabliert wurde, ist ein zentrales Merkmal des heutigen Investitionsrechts.

Die Idee Buckels von der Rechtsform als Abstraktion von ungleichen Subjekten und deren Interessen auf gleiche Staatsbürger_innen, geht auf Issac Balbus (1977) zurück. (Buckel 2007: 133) Balbus versucht, das spezifische Funktionieren des Rechts zu verstehen. Er erkennt zwischen Rechtsform und Warenform eine „homologe“ Beziehung, das heißt, dass sie wesentliche Merkmale teilen, sich aber nicht gleichen. Die Abstraktion, die in beiden Formen festgehalten ist und ihre Kernähnlichkeit darstellt, ist Folge desselben kapitalistischen Vergesellschaftungsvorganges und bedeutet nicht, dass die eine Form aus der anderen abzuleiten wäre. (ebd.) Vielmehr folgen beide Formen den gleichen Strukturprinzipien, weil sie in der Totalität verhaftet sind.

Ausgehend vom gramscianischen Hegemoniebegriff kann ein weiterer Aspekt

entschlüsselt werden, der für die theoretische Reflexion der transnationalen Rechtsform wichtig erscheint. Antonio Gramsci fasst Hegemonie als die Konsensgenerierung innerhalb der Gesellschaft. Sie resultiert aus dem erweiterten Staatsbegriff von Gramsci, der den Staat in der Formel „Hegemonie gepanzert mit Zwang“ versteht (Gramsci, GH, Bd. 4, H.6, §88,783). Wie Buckel (Buckel 2007: 150) unter Anlehnung an Poulantzas bemerkt, kann diese Formel auch auf das Recht angewendet werden, das neben der Zwangsfunktion auch ein wichtiges Mittel der Konsensgenerierung und -verfestigung ist. Insofern ist vom „erweiterten Recht“ zu sprechen. (ebd.) „Gramsci selbst hatte darüber hinaus betont, dass über das Recht die Zustimmung zu hegemonialen Verhaltensweisen und Gewohnheiten organisiert wird, die der kapitalistischen Produktionsweise adäquat sind: eine bestimmte Lebensweise wird als legale mit dem Prestige des Rechts ausgestattet.“ (Buckel 2006: 123) Bereits weiter oben wurde auf die doppelte Funktion von BITs hingewiesen, die immer als Ausdruck einer neoliberal inspirierten Hegemonie und als deren Panzerung verstanden werden müssen. Die Rechtsform ist dabei die Ausdrucksweise und Artikulation des neoliberalen Konsens. In Anlehnung an Paschukanis (1970: 25) könnte gefragt werden, warum dieser Konsens aber gerade in Form des Rechts artikuliert werden muss. Damit gerät die dogmatisch gestellte Frage nach den materialisierten Interessen ein wenig in den Hintergrund. (Buckel 2006: 123f) Im Folgenden soll daher kurz aufgezeigt werden, welche spezifischen Funktionen die Rechtsförmigkeit von Herrschaft erfüllt.

3.4. Funktionen des Rechtssystems – erweiterter Rechtsbegriff

Einmal mehr helfen hier die Ideen der Systemtheorie weiter. Jedes Untersystem des Gesamtsystems Gesellschaft ist dadurch gekennzeichnet, dass es ein Problem der Gesamtheit zu lösen versucht, so die Systemtheoretiker_innen. Die Funktion des Rechtssystems wird z.B. von Niklas Luhmann als zeitliche Kontextualisierung von Erwartungen verstanden, die sich im Normensystem ausdrücken lässt. Das Teilsystem Recht ist also darauf gerichtet, die Einhaltung der Erwartungen zu sichern. Recht kommt also nicht die Lösung sozialer Probleme zu, sondern lediglich die zeitliche Festschreibung von Erwartungen. (Buckel 2007/ Calliess 2006: 25f/ Luhmann 1995: 125f) Auch am Beispiel des internationalen Investitionsrechts lässt sich das gut ablesen. So wird immer

wieder in der Literatur die Absicherung der Investor_innenstellung als ein Hauptargument zum Abschluss von bilateralen Abkommen dieser Art genannt. Vor allem die Erwartung von Staaten des Südens mit dem Abschluss solcher Abkommen und der Absicherung der Investor_innenstellung Investitionen anzuziehen, bringt das zum Ausdruck. (vgl. z.B. Vander Stichele 2003: 3) Aber auch das Sicherheitsbedürfnis von Investor_innen kann unter diesem Aspekt verstanden werden. Sie sind vielfach nur zu Investitionen zu bewegen, wenn ihre Stellung unverhältnismäßig stark abgesichert ist und sie nicht mit Verlusten zu rechnen haben, die sich beispielsweise aus Enteignungen ergeben könnten. Die Herausbildung eines internationalen Investitionsrechts passiert also nicht zufällig auch in transnationaler Dimension sondern entspricht dem Bedürfnis, auch in dieser Handlungsdimension und Extraktionswirklichkeit Erwartungen festzuschreiben oder anders ausgedrückt: Rechtssicherheit zu schaffen. Genau das ist die These von Luhmann: eine Neuformulierung des Konzeptes der Rechtssicherheit. (Buckel 2007: 34)

Diese Dimension des Rechts mitzudenken ist von wesentlicher Bedeutung, um nicht in instrumentalistische Vereinfachungen zu verfallen. Denn wenngleich im internationalen Investitionsrecht die Interessen von Kapitaleigner_innen materialisiert sind, darf das nicht so übersetzt werden, dass diese direkt Einfluss auf das Ergebnis des Rechtsprozesses hätten. Vielmehr ist ihre eigene Handlungsmotivation, Sicherheit für ihre Investitionen zu schaffen, auch strukturell vermittelt und insofern denselben Gesetzmäßigkeiten ausgeliefert, wie die anderer Akteur_innen im Kampf um das Recht. Damit wird aber klar, dass auch das Bedürfnis der Rechtssicherheit nicht umfassend erklären kann, warum die Rechtsform notwendig ist. Mächtige Akteur_innen wie transnationale Konzerne wären auch in der Lage, ihre Interessen auf anderem Weg durchzusetzen und so für die Sicherung ihrer Erwartungen zu sorgen. Ein Gedanke, der in der materialistischen Rechtstheorie formuliert wurde, hilft hier weiter.

Das Recht hat nämlich über die Schaffung von Rechtssicherheit auch die Aufgabe der „Mystifizierung der Klassenstruktur“. (Buckel 2007: 124) Damit meint Sonja Buckel in Anlehnung an Josef Esser (1975: 155), dass die spezifische Rechtsförmigkeit der Herrschaft Klassenstrukturen verschleiern würden, weil sich im Recht formal gleiche Rechtssubjekte gegenüber stehen. (vgl. auch Pichl 2012: 133f) Diese Aussage trifft auch auf das Investitionsrecht zu, weil gerade hier die ungleichen Ausgangsbedingungen unterschiedlicher Akteur_innen besonders verschleiert werden. So lassen sich zum

Beispiel Staaten und Investor_innen als gleichgestellte in den Streit vor einem Schiedsgericht ein und das Verfahren bekommt den Charakter einer simplen Streitschlichtung, bei der strukturelle Ungleichheiten leicht ausgeblendet werden können. Der Staat erscheint sogar als Individuum mit einem einheitlichen Interesse, das sich ganz einfach denen von Investor_innen gegenüberstellen lässt. Gleichzeitig ist es wichtig zu betonen, dass auch das Investitionsrecht vor allem durch die starke strukturelle Kopplung zum Völkerrecht historisch in der Tradition steht, Diskurse um Ausbeutung zu entschärfen und in geordnete Bahnen zu lenken, wie es vom Kolonialismus über die Forderung nach PSNR bis zum Investitionsrecht selbst deutlich wird.

Hier soll in diesem Zusammenhang auch eine Kritik an der materialistischen Staatstheorie aufgegriffen werden, die auch umfassende Bedeutung für das Verständnis von Recht haben kann:

Dabei zeigt sich gerade im Geschlechterverhältnis, dass Formen von Herrschaft existieren, wie etwa sexuelle Ausbeutung und Gewalt, welche in keiner Weise aus der Warenproduktion abzuleiten sind bzw. nur um den Preis des kruden Ökonomismus'. Wegen dieses Monismus' wurde bei der Frage der Mystifizierung der Klassenverhältnisse im Recht von den Staatstheoretikern nicht einmal die Überlegung angestellt, ob nicht noch andere Herrschaftsverhältnisse unter der formalen Freiheit und Gleichheit zum Verschwinden gebracht werden. (Buckel 2007: 128)

Dieser wichtige Hinweis von Buckel deutet auf eine strukturelle Schwäche der materialistischen Theorien hin, die gegenüber anderen Formen der Ausbeutung und Herrschaft als der ökonomischen oft blind sind. In diesem Sinne soll im Folgenden auch diese Dimension des Rechts bzw. sozialer Kräfteverhältnisse mitgedacht werden, wenn von Totalität, Macht und Hegemonie die Rede ist, wenngleich auch nicht immer ausdrücklich darauf hingewiesen wird. Denn die formale Gleichheit des Rechts verschleiert eben verschiedene Kampflinien der Ungleichheit.

Gleichzeitig wird klar, dass auch die materialistisch inspirierte Rechtsanalyse blinde Flecken aufweist und somit auch eine von mehreren möglichen Perspektiven ist, die besonders die klassenförmige Ausbeutung umfassend begreifen kann. Im Sinne von intersektionalen Analysen, wie beispielsweise jener von Cornelia Klinger (2003), müsste auch der von Buckel vertretene Ansatz noch zusätzlich aufgeweitet werden, um der komplexen Realität von gesellschaftlicher Ungleichheit Rechnung zu tragen, was im Rahmen dieser Arbeit aber nicht leistbar erscheint.

Aber auch die Mystifizierung, die durch das Recht geschieht, kann noch keine

vollständige Antwort darauf geben, warum die Rechtsform so zentral für die bürgerlich strukturierten Gesellschaften ist. Vielmehr muss auf das Verhältnis von Recht und Macht eingegangen werden, um diesen Zusammenhang vollends zu verstehen.

3.5. Recht und Macht

Sonja Buckel verweist erneut auf Nicos Poulantzas und Michel Foucault, um das Verhältnis von Recht und Macht zu erläutern. Die Grundlage der Macht bilden nach Poulantzas die „Produktionsverhältnisse“, wobei er von keiner ökonomistischen oder statischen Begrifflichkeit ausgeht, sondern festhält, dass Macht und damit Politik und Ideologie schon immer in das Klassenverhältnis eingeschrieben sind. „Wer die Produktionsmittel bestimmten Zwecken zuordnet und auf diese Weise über die Produkte verfügt, wer diese Produktionsmittel in Gang setzen, diesen Arbeitsprozess beherrschen und sich das Mehrprodukt aneignen kann, verfügt über Macht [...]“ (Buckel 2007: 146) Dabei werden Institutionen und das Klassenverhältnis nicht als statisch verstanden, sondern entstehen erst in der Auseinandersetzung und bedürfen notwendigerweise des dynamischen Prozesses. Wenn dieser Prozess der Vermachtung zum Erliegen kommt, gibt es auch keine Macht. (Buckel 2007: 147)

Ähnlich sieht das Foucault. Sein Konzept der Macht ist das Gegenteil von essentialistisch, weil Macht nicht als ein monolithisches, ursprüngliches Phänomen gedacht wird, sondern als Prozess, der seine Wurzeln nicht in der Souveränität eines Herrschers oder des Volkes hat, sondern in den Kräfteverhältnissen. Diese stets relationalen Kräfteverhältnisse artikulieren Macht und konstituieren sie in den sozialen und politischen Praxen, die es als Trägerinnen der Macht zu analysieren gilt. (Buckel 2007: 168ff)

Gleichzeitig ist Macht bei Foucault nicht Teil des Überbaus sondern der Basis der Gesellschaft. „Die Macht kommt von überall“ formuliert Sonja Buckel (2007: 170) in diesem Zusammenhang die Idee, dass alle sozialen Beziehungen und nicht nur das Klassenverhältnis als Ursprung der Macht gedacht werden können und müssen, um keinem Klassenreduktionismus zu verfallen.

Recht kann aus dieser Perspektive auch als Machttechnologie verstanden werden, die allerdings „nicht unter eine juristische Theorie der Macht subsumiert werden“ darf. (Buckel 2007: 198) Vielmehr ist das Recht eine komplexere, über das bloße Befehlen hinausgehende Herrschaftstechnologie, die sich in ihrer Genese auch verselbstständigt

hat (vgl. „relationale Autonomie“) und in diesem Sinne auch nicht bloßes Instrument einer herrschenden Klasse sein kann. Vielmehr muss Recht als eine komplexe, in den gesamtgesellschaftlichen Kräfteverhältnissen verwurzelte Praxis begriffen werden. (Buckel 2007: 198f)

Foucault grenzt sich mit seiner Konzeption des Gesetzes bzw. des Rechts auch von der Vorstellung ab, dass „alle Macht mit der Emanation einer Souveränität identifiziert“ werden könne. (Buckel 2007: 181) Vielmehr ist das Recht eben eine der Machttechnologien, die auch im modernen Staat eine Rolle spielen und nicht einfach vernachlässigt werden kann. Gleichzeitig hat diese juristische Technologie der Macht ihre historische Vorrangstellung verloren und wird durch andere Technologien ergänzt. Der Fokus auf einen rein verrechtlichten Machtbegriff, der das Rechtssystem als linearen Transmissionsprozess von Macht sieht, greift in diesem Sinne zu kurz, weil die vielfältigen Techniken und Technologien der Macht, die im institutionellen Rechtssystem enthalten sind, ausgeblendet werden.²⁰ (ebd.) Nur wenn diese komplexen Techniken entschlüsselt werden, kann begriffen werden, wie sich Macht im Rechtssystem manifestiert.

Das Recht steht im „Dreieck“ der Macht als Ausdruck der Souveränität, deren Bedeutung für die Konstitution des (Völker-)Rechts schon weiter oben beleuchtet wurde, zusammen mit der Disziplin und der Gouvernamentalität und kann nicht losgelöst davon gedacht werden. Vielmehr ist das Recht eine wesentliche Taktik in der Regierungspraxis, das heißt in der Strategie der Gouvernamentalität. (Buckel 2007: 192, 201) Gouvernamentalität ist dabei die Regulierung der Bevölkerung durch außerjuridische Maßnahmen und nahe am Konsenskonzept von Gramsci gedacht, weil es das Element der Selbstführung und -regulierung wesentlich enthält. Regieren ist gleichsam das Vorstrukturieren des Handelns der Bevölkerung zum Beispiel durch mediale Kampagnen zu bestimmten Themen. (Buckel 2007: 192f)

20 Das Recht erscheint in der Beobachtung ersten Grades dabei aber trotzdem als Ausfluss der Volkssouveränität und Gesetzlichkeit einer Gesellschaft und verschleiert dahingehend alle anderen Machtmechanismen (Mythologisierung). Gleichzeitig eröffnet der binäre Rechtscode von legal und illegal ein Kampffeld, das auch nach außen hin sichtbar ist. Die Rechtstheorie beantwortet in diesem Sinne keineswegs die Frage, was denn Recht sei, sondern weist darauf hin, dass gerade diese Entscheidung eine umkämpfte ist, die aber wiederum verschiedenen Machttechnologien ausgesetzt ist. Was Recht und Nicht-Recht ist, bleibt letztlich auch für die Rechtstheorie eine politische Entscheidung, die nicht von innen heraus beantwortet werden kann. (Buckel 2007: 199f)

Die „Disziplinen“, wie Foucault die Mechanismen der Normation des Verhaltens von Einzelnen nennt, sind auch wesentlich mit dem Recht verbunden. (Buckel 2007: 183f) Als Mikromechanismen der Macht kategorisieren und normalisieren sie das Verhalten von Individuen und führen sogar zur Verkörperlichung des Normalen in Form des „automatisierten Könnens“, wie Buckel (2007: 219) es nennt. Die Disziplinen verbinden sich laut Foucault mit dem Rechtssystem, was zu immer weiterer Übereinstimmung von rechtlicher und disziplinärer Normalität führt. (Buckel 2007: 184)

Das formal gleiche Recht ist ein notwendiges Korrelat, oder besser, eine notwendige Voraussetzung für die asymmetrische Funktionsweise der Disziplin. Allerdings sind Recht und Disziplin nicht gleichermaßen wirkmächtig: Die Disziplin verbirgt sich hinter der formalen Gleichheit des Rechts, welches seinerseits durch die Funktionsweise der Disziplin zunehmend ausgehöhlt wird. (Biebricher 2006: 145)

Diese Idee zum Verhältnis von Recht und Disziplin bringt zum Ausdruck, was weiter oben schon in Bezug auf die Diskussion um Willensmängel beim Abschluss von BITs aufgegriffen wurde. Das Investitionsrecht hat eine disziplinierende Funktion auf politische Entscheidungen von Staaten. Dieser disziplinäre Effekt tritt aber hinter die privatrechtliche Vertragslogik in BITs und hinter die formale Streitbeilegung zurück. Damit wird klar, dass nicht nur die Parallele zum Privatrecht unpassend ist, wie weiter oben deutlich gezeigt wurde, sondern das Zusammenspiel von privatrechtlicher Logik und Disziplin eine ganz besondere Dynamik entwickelt.

Internationales Recht ist dabei näher an den Machtvorstellungen von Foucault als das klassisch-national-zentralistische Recht. Denn Macht wird für Foucault in den Kapillaren der Gesellschaft gebildet, während juristische Machtausübung von einer Zentralgewalt ausgeht. (Biebricher 2006: 151) Genau diese Zentralität der Macht lässt sich aber im Hinblick auf das internationale Recht nicht mehr konstatieren, vielmehr entsteht Recht in fragmentierten Teilsystemen der Gesellschaft, gleichsam in den Kapillaren. Wenngleich die Systemtheorie dazu wohl einen anderen Zugang hat, ist die Verbindung der Macht mit der Disziplin bzw. die „Kolonialisierung des Rechts“, wie dieser Vorgang auch genannt wird, (Biebricher 2006: 146f) trotzdem ein Ausdruck von Systembildung. Denn indem Recht nicht mehr zentralisiert, sondern autonom in den einzelnen Regelungsbereichen entsteht, wirken auch die Mikromechanismen der Macht stärker. Vor allem, wenn die Vorstellung von einem rein positiven, statischen Recht aufgegeben wird und sich die Vorstellungen über das Recht zu einer dynamischen, interessensge-

leiteten und in Schiedsverfahren veränderten Materie bewegen, scheinen beide Ansätze in höchstem Maße vereinbar zu sein.

An Foucault wurde vielfach kritisiert, dass seine These von der Ersetzung der Macht mit der Disziplin nur durch seinen „imperativistischen“ Rechtsbegriff möglich wäre. (Biebricher 2006: 153) Dabei kann gesagt werden, dass die Trennung bzw. das Zusammenspiel zwischen Disziplin und Recht auch bei Foucault selbst nicht restlos geklärt ist. Hybride Formen wie „disziplinär aufgeladenes“ Recht legen nahe, dass theoretisch auch ein antidisziplinäres Recht gedacht werden kann und damit Recht und Disziplin nicht einfach als statische Idealtypen gesellschaftlicher Organisationsformen verstanden werden dürfen, sondern eben der speziellen Relationalität der sozialen Praxen und damit dynamischer Veränderung unterworfen sind. (Biebricher 2006: 155f)

Foucault liefert also ein weiteres wesentliches Argument dafür, dass Recht nicht als isolierter Prozess analysiert werden kann, sondern immer in Relation zu anderen Mechanismen der Macht gesehen werden muss. Ein wichtiger Teil der rechtlichen Machttechnologie ist das Vorstrukturieren von Handlungsmöglichkeiten, das wesentlich über die Konstruktion von Subjekten passiert.

3.6. Subjektivierung

Das Recht ist eine Machtstrategie, die die Konstruktion von Subjekten voraussetzt. Dabei findet es diese Subjekte nicht ursprünglich vor, sondern konstruiert es selbst erst zu ihrem Zweck. Mit Foucault und seinem Konzept der Macht und der Machttechnologien wird ganz klar, dass das Zusammenspiel von Recht, Disziplin und Regieren die Subjektposition und letztlich auch die Identitäten von Individuen bestimmt. (Buckel 2007: 193f) Das bedeutet aber neuerlich, dass das Recht nicht abseits eines hegemonialen Projektes gedacht werden kann. Über die Idee eines freiwilligen Gesellschaftsvertrages als wesentliches gouvernementales Element wird verinnerlicht, dass die Gesellschaft aus dem Zusammenschluss freier Subjekte entstehen würde. (Buckel 2007: 202f) Dieselbe Fiktion schwingt im transnationalen Recht mit, denn auch dort werden beispielsweise BITs als notwendige Erscheinungen gedacht, die das vermeintliche Chaos regulieren, dem sich transnationale Konzerne gegenüber sehen. „Allerdings haben Investoren [sic!] oft wenig Vertrauen in die Objektivität der Gerichte des Gastgeberstaates [...]“, schreibt z.B. Christoph Schreuer (2004: 499) und bringt damit zum Ausdruck, dass bilaterale

Verträge besser geeignet seien, um die vermeintliche „Gesetzlosigkeit“ der Investitionszielländer berechenbarer zu machen.

Die „formale Anerkennung“ als freie und gleiche Rechtssubjekte, also die „Subjektivierung“ durch das Recht nach Buckel (Buckel 2007: 312) beschreibt, dass die Individuen zwar nicht in ihrer Einzelheit wahrgenommen werden, aber zumindest einen gleichen und freien Status erhalten. Diese Gleichstellung ist die erste Möglichkeit, sich aktiv in das Rechtssystem einzubinden und auch die Chance Rechtsdurchsetzungsmechanismen zu nutzen. Allerdings darf nicht aus den Augen verloren werden, dass derselbe Mechanismus eine Machttechnologie ist, die die Bevölkerung erst regierbar macht. Im Fall des Investitionsrechts wird klar, dass der Kampf der internationalen Kapitalinteressen zu einer Rechtssubjektsstellung von Unternehmen auf Ebene des Völkerrechts geführt hat, die Ergebnis eines hegemonialen Projektes und ihre materiell privilegierte Stellung ein Produkt des Subjektivierungsprozesses ist. Durch Investor-State-Streitbeilegungsverfahren wird Unternehmen eine Stellung zugewiesen, die sie im traditionellen Völkerrecht (z.B. Sicherung von Investor_inneninteressen durch Ausübung des diplomatischen Schutzrechts) nicht innehaben. (vgl. z.B. bei Eberhardt 2004: 30f) Ihre Interessen werden auf struktureller Ebene den Interessen eines Kollektives entgegengestellt und als gleich wichtig konstruiert wie die Gesamtheit der heterogenen Bedürfnisse einer Gesellschaft. Gleichzeitig schwingt durch die spezifische Rechtsförderung mit, dass sich gleiche und freie Individuen gegenüberstehen.

Die Subjektivierung der Individuen ist bei Buckel (2007: 217ff) das wesentliche Element, das sowohl die Macht als auch die Struktur der sozialen Verhältnisse sichert. Unter anderem lassen sich verschiedene Differenzlinien ausmachen, die in binären Codes die Vereinzelung der Individuen gewährleisten. Diese Differenzlinien sind die Klassenzugehörigkeit, also die materielle Stellung im Produktionsprozess, die Geschlechteridentität, die sexuelle Orientierung und die ethnische/rassistische Identität. Daneben könnte noch die Kategorisierung in Normal und Abnormal genannt werden. (ebd.) Hier wird im Übrigen klar, inwieweit sich der ökonomische Fokus der materialistischen Rechtstheorie durch Foucault bereichern lässt. Das Individuum ist in dieser Sicht ein „Ensemble von Subjektpositionen“. (Buckel 2007: 217) Allerdings ist wichtig zu berücksichtigen, dass das Subjekt selbst nicht einfach die Addition von verschiedenen Kategorien ist, sondern die Kategorien strukturell verwoben sind, das heißt untrennbar miteinander verbunden sind.

Wie diese Subjektkonstruktionen der Gegenwart aussehen, zeigen zum Beispiel Cornelia Klinger (2003) oder auch Nina Degele und Gabriele Winkler (2007). Ungleichheit ist ein Element, aus dem sich sowohl die politischen als auch ökonomischen Systeme der Gegenwart speisen. Obwohl gleiche Rechte für alle gewährt werden, findet diese Gleichheit spätestens mit der Staatszugehörigkeit ihr Ende, wie auch schon oben angesprochen wurde, oder im Zusammenhang mit der strukturellen Bevorzugung von ausländischen Investor_innen klar wird. Ähnliches gilt in der Ökonomie. Obwohl neoliberales Wirtschaften gleiche und freie Individuen benötigt, um die Kräfte des Marktes wirken zu lassen, ist das Ergebnis der Prozesse im Markt Ungleichheit, die von der ökonomischen in die politische und gesellschaftliche Sphäre wirkt. (Klinger 2003: 21f)

Cornelia Klinger entscheidet sich in ihrer Analyse für die drei Kategorien Klasse, „Rasse“²¹ und Geschlecht und sieht deren Abgrenzung zu anderen Kategorien, an denen Ungleichheit festgemacht werden könnte, in „ihre[r] Bezogenheit auf Arbeit“. (Klinger 2003: 26) D.h. diese Kategorien beziehen sich auf Differenzen, an denen entlang Ausbeutung stattfindet und nicht nur auf bloße Unterschiede. Darin liegt auch schon die Gemeinsamkeit verborgen. Beide sind eben auf Arbeit bezogen und stellen auf die Fremdheit zwischen den Gruppen vor und hinter der Scheidelinie ab. Die jeweilige Form der Arbeit und die jeweilige Ausformung der Fremdheit unterscheidet sich allerdings. (Klinger 2003: 24ff)

Wichtig ist wohl, dass die einzelnen Kategorien aber in ganz bestimmten Punkten zusammenstoßen. Rasse und Klasse konvergieren nicht zuletzt durch internationale Arbeitsteilung und Migration. Das Merkmal der Fremdheit, ob am Individuum oder an Kollektiven festgemacht, drückt den Wert der Arbeitsleistung und ermöglicht dadurch erst Lohngefälle und niedrige Produktionskosten in unterschiedlichen Gegenden der Welt. (Klinger 2003: 32f) Diese Trennlinie ist aber auch zutiefst in das Investitionsrecht eingeschrieben, historisch gesehen aus der Geschichte des Kolonialismus und institutionell an der Teilung in Investor_innen und Investitionszielland bzw. in In- und Ausland. Damit treffen genau jene Grenzen aufeinander, die auch Klinger benennt.

21 Obwohl der Begriff „Rasse“ sowohl historisch als auch ideologisch stark vorbelastet ist, wird er hier verwendet, um auf die Realität rassistischer Diskriminierung hinzuweisen. Denn trotz der Tatsache, dass menschliche „Rassen“ keine biologische Begründung finden, ist Diskriminierung auf Grund phänotypischer Merkmale Teil der Lebensrealität unzähliger Menschen.

Geschlecht und Klasse konvergieren aus ähnlichen Gründen. In der öffentlichen Sphäre der Arbeitswelt sind Frauen aufgrund ihrer reproduktiven Tätigkeit diskriminiert und ihre Arbeitsleistung wird schlechter entlohnt, was den privaten Reproduktionssektor umso attraktiver macht. (ebd.) Diese Teilung ist von ebenso zentraler Bedeutung, wird im Investitionsrecht aber nicht in gleichem Maße schlagend, weil das Investitionsrecht selbst durch seinen kollektiven Charakter (Gesellschaften stehen Staaten gegenüber) wenig Spielraum für die rechtliche Vergeschlechtlichung lässt. Das soll nicht bedeuten, dass in anderen Rechtsbereichen vorgenommene vergeschlechtlichte Momente nicht reproduziert werden.

Die Verflechtung lässt sich aber letztlich nur aus ökonomischer Perspektive erfassen, ist also in der Totalität verwurzelt. Die hohe Akkumulation der letzten Jahrhunderte fußt auf der Trennung von Klassen und Rassen und der Ausbeutung der Subordinierten. Gleichzeitig sichert die Unterdrückung des weiblichen Geschlechts niedrige Reproduktionskosten der Arbeitskraft. (Klinger 2003: 35f) Die zu Klasse, Rasse und Geschlecht gehörenden Herrschaftsformen, nämlich Kapitalismus, Rassismus (Imperialismus, Kolonialismus) und Patriarchat, stellen keine neuen Formen der Herrschaft dar, sondern sind uns aus der Geschichte bekannt. Ihre gesellschaftliche Aktualität wird von der transformierten Form verschleiert, in der sie vorkommen. Denn nicht mehr Herren und Patriarchen üben den Zwang direkt aus, sondern die Gesellschaft selbst übernimmt diese Funktion z.B. durch das Recht. (Klinger 2003: 36f)

Die Selbsttechnologien der Macht bei Foucault sind als der Versuch der Individuen zu verstehen, ihre eigenen Verhaltensweisen und Identitäten zu formen – ihre Subjektivierung zu reflektieren und zu bearbeiten - und sich dadurch selbst zu regieren bzw. aus ihrer Regiertheit auszubrechen. Diese Selbsttechnologien stehen aber immer im Verhältnis zur Gouvernamentalität, also dem Versuch von außen regiert zu werden und müssen auch in diesem Wechselspiel verstanden werden. (Buckel 2007: 196ff)

Sonja Buckel fasst das bisher Gesagte folgendermaßen zusammen: „Wenn man das moderne Subjektivierungsregime genauer betrachtet, kulminieren die unterschiedlichen Machttechnologien in den vereinzelt Monaden (1), welche über einen vergeschlechtlichten, ethnisierten, individualisierten Körper sowie eine differente Identität verfügen (2) und politisch in dieser Vereinzelung reguliert werden (3), indem sie in ihren Selbsttechnologien als formal gleiche und freie, mit subjektiven Rechten ausgestattete Rechts-

subjekte geführt werden (4) [...]“. (Buckel 2007: 218f)

Diese fundamentale, aus Foucault und der materialistischen Rechtslehre abgeleitet Erkenntnis könnte auf das Investitionsrecht umgelegt folgendermaßen ausgedrückt werden:

- (1) Transnationale Investor_innen werden durch das Recht und die Machttechnologien zu Subjekten, zu Adressat_innen, die sich zueinander verhalten. Dabei ist die Konkurrenz bereits strukturell angelegt. Buckel hält in diesem Sinn fest, „dass die Individuen unter der kapitalistischen Arbeitsteilung nicht als soziale Individuen handeln können, sondern nur als konkurrierende WarenbesitzerInnen [sic!]. Sie sind der Gesellschaft entgegengesetzt, die Bedürfnisse der anderen bleiben ihnen strukturell gleichgültig.“ (Buckel 2007: 219) Diese Formulierung bringt sehr treffend zum Ausdruck, was sich auch in den ICSID Verfahren Mexikos abspielt. Wegen der vom Recht vorgenommenen Vereinzelung der Individuen muss und kann erst zwischen ökologischen Interessen der Allgemeinheit und dem Profitinteresse von Investor_innen unterschieden und diese gegeneinander abgewogen werden. (Schneiderman 2010: 917f) Anders ausgedrückt: Diese Subjektivierung oder Individualisierung lässt das Individuum als getrennt vom Sozialen erscheinen und ermöglicht erst die Loslösung von Individual- und Kollektivinteressen bzw. deren Gegenüberstellung und Gewichtung. Das Recht ist also der wesentliche Mechanismus, der über die Subjektivierung dazu führt, dass Kapitalinteressen als Einzelinteressen erscheinen, die gegenüber dem Allgemeininteresse verteidigt werden müssen, statt die strukturelle und gesamtgesellschaftliche Dimension dieser Interessen zu betonen. Dabei wird das liberale Denken von negativen Freiheiten wirksam, das sich im neoliberalen Ideologem von der Freiheit vor staatlichen Eingriffen artikuliert. (Buckel 2007: 219/ Eberhardt 2004: 16/ Nussbaum 2006: 58ff)
- (2) Die Identitätszuschreibung und die Disziplinierung sind wichtige Mechanismen für die Selbstregulierung der Subjekte. Im „automatisierten Können“ finden sich ihre Handlungsmöglichkeiten beschränkt und verfestigen sich in Strukturen. Das gilt auch für transnationale Akteur_innen. Ihre Subjektsposition als ethnisierte (westliche) Kapitaleigentümer_innen ist Ergebnis eines sozialen und historischen Prozesses. (vgl. die oben angesprochene koloniale Kontinuität) Diese Identitäten gerinnen in den sozialen Praxen aber zu Fähigkeiten. Bereits von innen heraus

nehmen sich Investor_innen als überlegen wahr. Zudem sind sie es gewohnt, ihre Macht auszuüben. Auf der anderen Seite stehen Arbeitnehmer_innen und Staaten, die ihre subalterne Rolle ebenso automatisiert haben. Als Kapitalempfänger_innen sind sie im neoliberalen Entwicklungsparadigma bis in die Körperlichkeit hinein als Heer von Arbeitskräften Realität. Auch hinsichtlich ihrer Herkunft sind sie als unterlegen konstruiert, weil sie als Gegensatz zu den Kapitalbesitzer_innen gedacht werden und vor allem im wirtschaftlichen Diskurs als hilfs- oder kapitalbedürftig dargestellt werden. (vgl. dazu oben) So wird ihre subalterne Position gefestigt. Staaten oder staatliche Organe erscheinen unter dem Regime der BITs ebenso als subjektivierte Entitäten, die plötzlich zu Normadressaten werden. Das Handeln von Staaten wird in Form des vorausseilenden Gehorsams bei den Organträger_innen verinnerlicht, die zum Beispiel dem abschreckenden Beispiel von hohen Geldstrafen in anderen, schiedsrichterlich ausgetragenen Fällen damit begegnen, dass sie schon im Gesetzgebungsprozess eine enge Zusammenarbeit mit Investor_innen pflegen. (Buckel 2007: 219/ Schneiderman 2010: 938ff)

- (3) Diese Prozesse haben zugleich die Kehrseite, dass die so erzeugten und verinnerlichten Identitäten im Recht eine Institutionalisierung erfahren und sich in den rechtlichen Praktiken festschreiben. (Buckel 2007: 219) Auch hier wird die Teilung und Trennung in Investor_innen und Empfänger_innen zunehmend verfestigt. Individuen und Unternehmen werden als Bevölkerung reguliert, wobei am ehesten transnationale Unternehmen eine Art Selbstregulierung erreichen können. Das geschieht im Rahmen politischer Einflussnahme und durch die Freiheiten, die ihnen im Rahmen von BITs eingeräumt werden.
- (4) Wie schon mehrfach angemerkt, werden diese vielfach vorstrukturierten Entitäten durch die Fiktion des Rechts trotzdem als gleich und frei konstruiert. Auf den Aspekt der Mystifizierung bzw. Mythologisierung wurde bereits weiter oben eingegangen. Die Trennung in Kapitalbesitzer_innen und Arbeitskraftlieferant_innen stellt letztlich die Institutionalisierung der Klassenidentität unter neuem Vorzeichen dar, die gleichzeitig vom Paradigma der freien und gleichen Individuen verschleiert wird.

3.7. Investitionsrecht als transnationale Rechtsform

Wesentlich für das Konzept einer transnationalen Rechtsform von Buckel ist, dass sie versucht, die neue Qualität einer transnationalen Rechtsbeziehung zu adressieren, die in der zunehmenden Loslösung vom Nationalstaat besteht und als Konsequenz der Herausbildung transnationaler Kräfteverhältnisse erscheint. Hier ergeben sich Parallelen zum Konzept des „Neuen Konstitutionalismus“ von Gill (2005) bzw. Schneiderman (2000). Die Konzeption Buckels bietet aber den Vorteil, dass sie eben sowohl macht- als auch hegemonietheoretische Aspekte miteinbezieht und damit die Mechanismen der Entstehung eines transnationalen Rechts besser beleuchtet.

Zudem muss unterstrichen werden, dass sich das Investitionsrecht als Teil einer transnationalen Rechtsform wohl nicht als eigenständiges System fassen lässt, das völlig abseits nationalstaatlicher Souveränität existiert oder sogar mit dieser konkurrieren würde. In einem Text aus dem Jahr 2003 macht sich Sonja Buckel Gedanken zum Charakter der transnationalen Rechtsordnung und führt zu diesem Zweck einige wichtige Überlegungen von Theoretiker_innen ein. Eine global einheitliche, transnationale Rechtsordnung zu denken, ist laut Buckel nur möglich, wenn unzulässig stark reduziert wird. Das transnationale Recht als bloße Machtausübung zur Durchsetzung von Kapitalinteressen zu konzipieren, verschleiert gerade den Rechtscharakter dieser Ordnung, die mit der relativen Autonomie des Systems und damit verbundenen Freiräumen einhergeht. Damit verwirft sie die Empire-These von Hardt und Negri (2002), die davon ausgehen, dass sich ein weltweites System der Interaktion entwickelt hat, das kein Außen mehr kennt und als globales rechtliches Herrschaftssystem verstanden werden muss. (Buckel 2003: 51f, 55f)

Auch der Pluralismusgedanke²² der Systemtheorie stößt an seine Grenzen, wie Buckel festhält. Dort wo das Recht als vom Politischen unabhängig gedacht wird, ist kein Platz für das Denken von Totalität, die aber letztlich das vermittelnde Element zwischen den

22 Sonja Buckel bezieht sich hier vor allem auf das Pluralismuskonzept von Gunther Teubner (1996), das er in seinem Text „Globale Bukowina“ in Anlehnung an Eugen Ehrlich entwickelt. Er konzipiert eine vom Staat losgelöste, transnationale Rechtsordnung. Allerdings stellt er gerade die Fragmentierung derselben in den Mittelpunkt. Seiner Meinung nach setzt sich die globale Ausdifferenzierung auch im Recht fort, das keine Zentralgewalt kennt, sondern wesentlich vom Vertragscharakter gleichgeordneter Parteien geprägt wird. Allerdings betont Buckel (2003: 53ff), dass Teubner diesen Prozess trotzdem als Rechtssetzung fasst. Insbesondere, weil sich auch die Streitbeilegung vertraglich geregelt findet und daher systemimmanent passiert, entstehen also rechtliche Teilsysteme.

verschiedenen Artikulationen gesellschaftlicher Verhältnisse ist. Wie Buckel richtig feststellt, wird durch das Konzept des globalen Rechtspluralismus auch Gesellschaft als Summe von Partikulargruppen und -interessen verstanden, was den strukturellen Zusammenhang von Ökonomie, Politik und Recht zum Verschwinden bringt und letztlich auch dem transnationalisierten Charakter der Interessen keine Rechnung trägt, die sich im Recht materialisieren. (Buckel 2003: 57ff) Klar wird das zum Beispiel auch in einem aktuellen Werk von Gunther Teubner („Verfassungsfragmente“), der das Primat des Ökonomischen zwar auch als historisch gewachsen und als reale Tendenz wahrnimmt, ihm aber gleichzeitig die Bedeutung als Triebkraft der Integration abspricht. Vielmehr geht er von einer Expansionslogik der Wirtschaft als Teilsystem aus, die sich in andere autonome Systeme einzuschreiben versucht. (Teubner 2012: 56f)

Letztlich lässt sich das transnationale Recht auch nicht mit dem Begriff des „totalitären Pluralismus“ erklären, den Neumann (1977) in der Analyse des Nationalsozialismus entwickelt. (Buckel 2003: 58f) Buckel nennt dazu zwei klare Argumente: Einerseits ist das Gewaltmonopol zur Durchsetzung einer globalen Rechtsordnung eben immer noch nationalstaatlich organisiert. Andererseits finden sich keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass das transnationale Recht kohäsionsstiftend wirkt, wie es das nationale Recht ist. (ebd.) Eine transnationale Rechtsordnung kann also nicht abseits des Nationalstaates konzipiert und verstanden werden, sondern muss gerade die Verschränkungen zwischen Nationalstaat und Völkerrecht behandeln. (Buckel 2003: 62)

Fraglich ist für Buckel (Buckel 2003: 58) letztlich auch, „ob mit der Borniertheit des nationalstaatlichen Zeitalters nicht auch dessen Errungenschaften erodieren.“ Hier deutet sie auf den fraglichen Rechtscharakter des transnationalen Rechts hin, der in fehlender Legitimität der Rechtssetzung wurzelt und spricht wohl bewusst eine notwendige außerrechtliche Legitimation des Rechts an, die ideologischer oder moralischer Natur ist und nicht innerhalb des Rechts überprüft werden kann.

Mit der Erosion des Nationalstaates drängt sich aber auch die Frage auf, wie internationales Recht abseits von einer zentralen Gewalt funktionieren kann. Dieses Problem relativiert sich, ist Miéville überzeugt, wird Paschukanis aufmerksam gelesen. Für ihn sei nämlich das Auftreten einer Rechtsform nicht zwingend mit dem Nationalstaat oder mit zentralisierter Gewalt verbunden. Seiner Meinung nach lassen sich die ersten rechtlichen Regelungen auf das Sicherheitsbedürfnis im Austausch zwischen Kollektiven

zurückführen, die keine übergeordnete Instanz hatten. Aus diesem Grund legten sie untereinander Regeln fest, wie diese Handelsbeziehungen gestaltet werden könnten. (Miéville 2005: 129f) Dieses „Proto-Völkerrecht“ war sozusagen ein Vorläufer des *ius gentium* und bestand damit auch vor der Etablierung der bürgerlichen Staatlichkeit. Damit wird aber auch klar, dass ein Gewaltmonopol nicht zwingende Voraussetzung für rechtliche Regelungen sein kann. (Miéville 2005: 131f) Miéville bringt diesen Gedanken folgendermaßen auf den Punkt: „Thus the state is central to the *development* of law, both domestic and international, but not to the legal form itself.“ (Miéville 2005: 132)

Daneben muss berücksichtigt werden, dass dem internationalen Investitionsrecht eine besondere Qualität zukommt. Sie beschränken die Möglichkeiten der souveränen Herrschaftsausübung nationaler Regierungen, konstituieren Streitbeilegungs-mechanismen und sind zudem schwer abänderbar, was ihren „Verfassungscharakter“ unterstreicht. (Eberhardt 2004: 52) Die Idee eines „neuen Konstitutionalismus“ nach Gill (2005) bzw. Schneiderman (2000) spielt für diese Interpretation eine gewichtige Rolle und bringt zum Ausdruck, in welchem Verhältnis nationales und transnationales Recht stehen. Zweiteres strukturiert ersteres und hebt es aus, wo es den materialisierten Interessen transnationaler Akteur_innen widerspricht. Transnationales Recht gibt gleichsam die Spielregeln vor, nach denen nationale Akteur_innen handeln, das gilt sowohl für Gesetzgeber als auch für Rechtsunterworfenen.

Diese These unterstreicht auch Pahuja, indem sie darauf hinweist, dass es das Völkerrecht ist, das den Nationalstaat erst konstituiert. „But the nation state is not just an unmediated political community; it is also a juridical form, or legal subject. It is given its subject-hood by international law. International law is therefore not simply the product of national action.“ (Pahuja 2011: 153)

Hier wird schnell klar, dass die Metapher eines Konfliktes zwischen einzelnen, sich ergänzenden Rechtsebenen wohl nicht besonders treffend ist, um die historische und strukturelle Dimension der Sachlage zu beschreiben. Denn viel mehr als zum Beispiel der Vorrang des internationalen oder transnationalen Rechts, hat sich in BITs die Vorrangstellung transnationaler Kapitalinteressen materialisiert und innerhalb des Rechtssystems verselbstständigt. Die von Buckel für den Rechtscharakter geforderte relationale Autonomie zeigt sich dabei in den strikten Verfahren und der technischen Ausgestaltung der Rechtsdurchsetzung in den Schiedsgerichtsverfahren. (ICSID

Konvention und Durchsetzung des Rechts in nationalen Staaten)

Letztendlich ist die Verrechtlichung transnationaler Kräfteverhältnisse auch als notwendige Externalisierung zu verstehen, die sich vollzieht, um die Beziehungen zwischen transnationalen Akteuer_innen zu objektivieren und zu operationalisieren, nachvollziehbar zu machen und Erwartungssicherheit zu schaffen. (Buckel 2003: 61f) Allerdings darf diese Tatsache nicht ahistorisch gesehen werden. In Kapitel 2 wurde dargestellt, wie sich die Forderungen des globalen Südens nach dauerhafter Souveränität über ihre natürlichen Ressourcen im Investitionsrecht artikulierten bzw. in ein Investitionsrecht mündeten, das nach den Interessen westlicher Unternehmen strukturiert ist. Damit wird klar, dass das Investitionsrecht auf transnationaler Ebene einen wichtigen Beitrag zur Stabilisierung des Akkumulationsregimes leistet. Es absorbiert nämlich Forderungen und strukturiert sie als normal oder abnormal bzw. als integrier- oder nicht integrierbar. (Pahuja 2011: 159)

Auch die Analyse des transnationalen Investitionsrechts kann also nicht losgelöst von der politökonomischen Realität einer transnationalisierten Gesellschaft erfolgen und muss neben den theoretischen Reflexionen auch die empirische Wirklichkeit einer globalisierten Welt miteinbeziehen.

4. Genese eines transnationalen Standards

Bevor hier einige ICSID Entscheidungen im Detail beleuchtet werden, soll kurz noch die Frage Platz finden, welchen Vorteil der Erkenntnisgegenstand Recht für das Verstehen von gesellschaftlichen Zusammenhängen bringt. In diesem Sinne kann auf Maihofer (1992) zurückgegriffen werden, die das Recht als einen Reflexionsmechanismus fasst, in dem sich die Gesamtheit der gesellschaftlichen Verhältnisse artikuliert. „Das Recht ist eine spezifische Bewegungsform gesellschaftlicher Widersprüche“, formuliert Sonja Buckel (2007: 130) in diesem Zusammenhang. Genau an diesem Punkt muss aber konkretisiert werden, weil das Recht nicht nur bloßer Reflexionsmechanismus ist, sondern in einem dialektischen Verhältnis mit der Gesellschaft eine Regelungsfunktion übernimmt, die auch Situationen umfasst, die noch nicht gesellschaftliche Praxis sind, aber in einem Konsens fußen, der sich im Recht materialisiert.

Die im Recht erkennbaren gesellschaftlichen Widersprüche sind auch eine wichtige Inspirationsquelle für die Arbeit von Rudolf Wiethölter. Das Grundanliegen von Wiethölter besteht nämlich darin, die Rechtstheorie zu einem reflexiven Denken zu bewegen, das die Widersprüche und Paradoxien der Gesellschaft und des Rechts aufgreift und zu behandeln versucht. (Fischer-Lescano und Teubner 2006a: 79f) Der „juristische Negativismus“ von Wiethölter ist im Kern Dekonstruktionsarbeit, die versucht die Mythologisierung, die im Recht passiert aufzudecken und zu überwinden. (ebd.)

Nach der Negierung fordert Wiethölter die „Prozeduralisierung“ des Rechts. Damit sind Verfahrensrichtlinien angesprochen, die den hierarchischen Aufbau des Rechtssystems überwinden und einen Verfahrenskern für das Recht im Allgemeinen schaffen sollen,

der als letzter Geltungsgrund des Rechts definiert wird. (Fischer-Lescano und Teubner 2006a: 81) Diese Idee liegt wohl nahe an der Demokratisierung des Rechts, artikuliert einen Sollzustand für das Rechtsregime und kann hier vorerst außen vor gelassen werden.

Der dritte Schritt von Wiethölter ist letztlich das Herzstück seiner Überlegungen. Er versucht, den Grundgedanken des Kollisionsrechts, nämlich, dass unterschiedliche Rechtsordnungen in derselben Sache konkurrieren können, auf rechtstheoretischer Ebene zu verallgemeinern und darzustellen, dass auch einzelne Rechtsgebiete und Rechtstheorien sich konkurrierend gegenüberstehen können. Mit diesem Gedanken versucht er aufzuzeigen, dass Recht kein linearer und eindeutiger Prozess ist, sondern in sich widersprüchlich ist und die Kollisionen von Recht letztlich ihre Entsprechung in den gesellschaftlichen Widersprüchen findet, wenngleich die spezifische Übersetzung in die Rechtsform dazu erst erfolgen muss. (Fischer-Lescano und Teubner 2006a: 81ff) Dieser Gedanke von Wiethölter ist zutiefst mit dem marx'schen Widerspruchsdenken vereinbar und findet sich auch in Arbeiten zum Völkerrecht wie den „Regime-Kollisionen“ von Fischer-Lescano und Teubner (2006b) wieder. Aber auch Jürgen Habermas und viele andere Theoretiker_innen stützen sich auf diesen Gedanken. (Fischer-Lescano und Teubner 2006a: Fn 22)

Als wichtigste Forderung steht für Wiethölter im Mittelpunkt, dass der Widerspruch zwischen Individualrecht und kollektiven Rechten aufgelöst werden muss und zwar nicht in der problematischen Synthese der Ausübung privater Rechte im öffentlichen Interesse, sondern in einem neuen „Organisationsverfassungsrecht“, das einen Rahmen für den politischen Konsens zwischen den widerstreitenden Interessen bietet. (Fischer-Lescano und Teubner 2006a: 84) Was mit dem Widerspruch zwischen Individualrecht und kollektiven Rechten gemeint ist, lässt sich sehr deutlich am Investitionsrecht aufzeigen und soll auf den nächsten Seiten verdeutlicht werden.

4.1. Grundzüge einer dogmatischen Auseinandersetzung

Das internationale Investitionsrecht wurde in den letzten Jahren zu einem der dynamischsten Gebiete des Völkerrechts. Nicht nur die Zahl der bilateralen Investitionsschutzabkommen (BITs) hat drastisch zugenommen, sondern auch die Zahl der schieds-

richterlichen Streitbeilegung z.B. unter dem ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes) Regime. (Schill 2011: 876) Trotz der regen Tätigkeit von internationalen Anwaltskanzleien, Schiedsrichter_innen und internationalen Organisationen sind wichtige Fragen dieses relativ jungen Rechtsbereiches noch nicht geklärt. Das liegt einerseits an der hybriden Stellung zwischen Völkerrecht und nationalem Recht, andererseits aber am gemischten Charakter der entscheidenden Tribunale, die zwischen Staaten und Einzelnen Recht sprechen und eine gewisse Eigenständigkeit vom Völkerrecht beanspruchen. Diese angesprochene Dynamik ist aber auch Zeichen einer vor sich gehenden Auseinandersetzung um Definitionsmacht und Struktur. Das Investitionsrecht ist dabei sich zu entwickeln und Regelungslücken werden von Schiedsrichter_innen großzügig geschlossen. Die dogmatische Belegung ihrer Argumente ist dabei nicht immer ganz unzweifelhaft nachvollziehbar. In diesem Zusammenhang soll auch erwähnt werden, dass die Frage nach dem Handlungsspielraum von Schiedsrichter_innen eine immer wieder aufgeworfene ist. Zuletzt wurde sie auch von Eberhardt und Olivet (2013: 16) gestellt und klar beantwortet: Der Spielraum von Schiedsrichter_innen ist groß, auch wenn der strukturelle Bias des Investitionsrechts beachtlich ist. Wie groß der Spielraum sein kann, zeigt sich an folgender Diskussion.

Eine dogmatische Frage, die im Investitionsrecht schon früh verhandelt wurde, beschäftigt sich mit dem Verhältnis von Völkergewohnheitsrecht (VGR) und Investitionsrecht und inwiefern völkergewohnheitsrechtliche Standards auch bei schiedsrichterlichen Entscheidungen im Investitionsrecht anwendbar sind. (vgl. Porterfield 2013) Aktuell wird vor allem der Standard *fair and equitable treatment* (FET) unter diesem Vorzeichen diskutiert.

FET ist eine Klausel, die im Großteil der IIAs enthalten ist. Sie legt fest, dass vom Abkommen umfasste Investor_innen von den Investitionszielstaaten *fair and equitable*, also gerecht und billig behandelt werden müssen. Dabei lässt sich vom Wortlaut der Klauseln oft nicht auf den Inhalt schließen, weil die einschlägigen Formulierungen so allgemein gehalten sind. So lautet etwa Art. 1105 NAFTA, der die FET Klausel für Vertragsstaaten von NAFTA verbindlich macht, folgendermaßen:

„Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.“ Diese Formulierung ist durchaus typisch im Investitionsrecht

und lässt eben keinen Schluss auf den Umfang des festgelegten Standards zu. Um diesem Mangel an Bestimmtheit zu beseitigen wurden verschiedene Lösungsansätze entwickelt und im Laufe der Zeit von Tribunalen vertreten.

Von zentraler Bedeutung war dabei immer das Verhältnis des Standards zum Völkergewohnheitsrecht, das eine wichtige Quelle zur Auslegung von völkerrechtlichen Verträgen darstellt (Dolzer und Schreuer 2008: 5f; ausführlich auch unter 4.2). Die verschiedenen Meinungen lassen sich vor allem in Beziehung auf den *international minimum standard for the treatment of aliens* (IMS) darstellen. Der IMS wurde in der Rechtsprechung rund um die US-Mexico-Claims Commission in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts entwickelt. Der historische Kontext dieses Tribunals stellen die Enteignungen von ausländischen Kapitaleigner_innen durch den mexikanischen Staat nach der mexikanischen Revolution dar. Die Schutzwelle, die in dieser Rechtsprechung etabliert wurde, ist nicht besonders umfangreich. In der Regel wird vom Staaten nur gefordert, dass Fremde, also Nicht-Staatsbürger nicht willkürlich oder schlechtläubig behandelt werden dürfen. (dazu ausführlich unter 4.4.1)

Einerseits wird von der älteren Lehre davon ausgegangen, dass FET nur eine Reformulierung dieses historischen Standards IMS ist. Diese Interpretation würde ein relativ geringes Schutzlevel für Investor_innen zum Ergebnis haben. Eine andere, jüngere Meinung geht davon aus, dass der FET-Standard unabhängig vom IMS zu interpretieren sei und auch weit über dessen Umfang hinausgehe. Dazu gibt es eine Mittelposition, die den IMS als Ausgangspunkt für eine völkergewohnheitsrechtliche Weiterentwicklung eines allgemeinen Standards zur Behandlung von Fremden ansieht. (Porterfield 2013) Diese Kontroverse soll im Folgenden auch nachgezeichnet werden. Dabei ergeben sich mehrere Fragen. Zunächst muss geklärt werden, ob dem IMS bei der Auslegung des FET grundsätzlich Bedeutung beizumessen ist. Danach kann erst geklärt werden, ob das historische Schutzlevel der 1920er als bindend erachtet werden kann, oder ob sich der Standard seither gewohnheitsrechtlich entwickelt hat. In der Rechtsprechung zum FET lassen sich alle Positionen wiederfinden.

Dabei ist insbesondere von Bedeutung, ob die Entscheidungen der Schiedsgerichte selbst zur Bildung von Völkergewohnheitsrecht beitragen, oder das zumindest postuliert wird. Im Folgenden soll in einem Überblick der rechtsdogmatische Diskurs zum FET-Standard dargestellt und herausgearbeitet werden, wie wichtig die Referenzen auf die Entscheidungen anderer Schiedsgerichte sind und dass sich dadurch eine gewisse Praxis

der Rechtsfortbildung ergibt, die auch völkergewohnheitsrechtliche Auswirkungen postuliert, so z.B. in der Wastemanagement II Entscheidung²³, die eine völkergewohnheitsrechtliche Praxis zum FET feststellte, ohne diese im Detail zu untersuchen. (Krajewski und Ceyssens 2007: 183)

4.2. Investitions- und Völkergewohnheitsrecht

Nach Dolzer und Schreuer besteht das heutige internationale Investitionsrecht aus drei verschiedenen Rechtsbereichen, nämlich aus dem allgemeinen Völkerrecht, aus dem internationalen Wirtschaftsrecht und aus spezifischen Investment-Standards. Zusätzlich spielen nationale Regelungen eine wichtige Rolle in der Beurteilung von Investitionsrechtsstreitigkeiten. (Dolzer und Schreuer 2008: 3) Diese Schnittstellenposition ist es, die die Loslösung von investitionsrechtlichen Streitigkeiten vom Völkerrecht schwierig macht und es aus rechtsdogmatischer Perspektive unklar erscheinen lässt, wo Platz für die Anwendung von VGR sein könnte.

Die ICSID-Konvention war ein Meilenstein in der Entwicklung des Rechtsgebietes und in der Abgrenzung des Investitionsrechts gegenüber dem VGR. Vor allem die Einschränkung der Staatenimmunität und die Tatsache, dass im Falle einer investitionsrechtlichen Streitigkeit der nationale Instanzenzug nicht ausgeschöpft werden muss, bevor ein ICSID-Schiedsgericht zuständig gemacht werden kann, sind in dieser Hinsicht wichtige Schritte zu einem Investitionsrecht gewesen, wie wir es heute kennen. (Dolzer und Schreuer 2008: 20f) Schill arbeitet heraus, wie sich das Feld des Investitionsrechts durch die ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit verändert hat. Die Unterstellung unter die ICSID-Konvention hatte nämlich zur Folge, dass sich die Streitigkeiten vom klassischen völkerrechtlichen Charakter hin zur Handelsschiedsgerichtsbarkeit verschob und die institutionelle Basis des Völkerrechts zwar vorhanden blieb, die Tribunale heute aber eher schiedsrichterlicher Logik folgen, also wie zwischen privaten Parteien entschieden wird. (Schill 2011: 883) In materiell-rechtlicher Hinsicht war der Abschluss zahlreicher BITs ein großer Schritt in Richtung Kodifizierung.

„Sobald ein anwendbarer bilateral Vertrag vorliegt, gibt es kaum mehr Debatten über die Unsicherheiten des Völkergewohnheitsrechts.“ (Schreuer 2002: 242) Diese Einschätzung von Schreuer kann hier nur bedingt geteilt werden. Denn auch die

²³ *Wastemanagement II (Waste Management, Inc. v United Mexican States)*, Urteil vom 30. April 2004.

Auslegung von kodifizierten Regeln bietet viel Interpretationsspielraum und die Möglichkeit, völkergewohnheitsrechtliche Grundsätze einfließen zu lassen, was sich eben an der unklaren Formulierung der meisten FET Standards zeigt. Völkergewohnheitsrecht ist vor allem dort heranzuziehen, wo das behandelte Investitionsrecht aus einem völkerrechtlichen Vertrag gewonnen wird, also zum Beispiel aus BITs. In diesem Fall sind die Grundsätze des Völkerrechts in aller Tragweite anwendbar. Dazu gehört zum Beispiel das Prinzip von Treu und Glauben, das im Tecmed-Fall von großer Bedeutung war. (Dolzer und Schreuer 2008: 5f)

Mit der Anwendbarkeit²⁴ von Art 31 (3) lit c der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVRK) in Investitionsstreitigkeiten wird die Regel schlagend, dass bei der Auslegung von Verträgen neben dem Kontext des Vertrages auch „jeder in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien anwendbare einschlägige Völkerrechtssatz“ zu berücksichtigen ist. Damit ist die Tür für die Interpretation im Lichte des Völkergewohnheitsrechts geöffnet. Vor allem Grundsätze aus dem Bereich der Staatenverantwortlichkeit werden so immer wieder auch für die Auslegung von BITs herangezogen. (Dolzer und Schreuer 2012: 17)

Ähnliches ergibt sich aus der ICSID Konvention. Art 42 (1)²⁵ betrifft das Recht, das in einem Rechtsstreit anwendbar sein soll. Er bestimmt, dass primär eine von den Parteien getroffene Rechtswahl das jeweils zu berücksichtigende Recht festlegt. Meistens liegt in IIAs eine Rechtswahl zu Gunsten des internationalen Rechts vor. So zum Beispiel im Fall des Österreich-Mexiko-BITs, dessen Artikel 17 folgendermaßen lautet: „Das gemäß diesem Teil errichtete Gericht entscheidet über Streitigkeiten in Übereinstimmung mit diesem Abkommen sowie den geltenden Regeln und Grundsätzen des Völkerrechts.“ Subsidiär, also für den Fall, dass keine Rechtswahl getroffen wurde, kommt das Recht des Investitionsziellandes zur Anwendung. Daneben ist aber auch in diesem Fall internationales Recht ergänzend zu den nationalen Regeln anwendbar. (Tudor 2008: 12f) Das bedeutet, dass in den meisten Fällen, in denen die ICISD Konvention anwendbar ist, auch

24 Die WVRK ist eigentlich nur auf Verträge anwendbar, die nach ihrem in Kraft treten geschlossen wurden. Sie kodifiziert aber nach hM auch in den Artikeln 31-33 Völkergewohnheitsrecht und ist daher auch auf andere Verträge anwendbar. (Delbrück und Dahm 2002: 640)

25 Art 42 (1) ICSID Konvention 1965: „The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable.“

die Grundsätze des Völkergewohnheitsrechts als Auslegungsmaximen heranzuziehen sind.

Gleiches gilt nach den *ICSID Additional Facility Rules*, die für Mexiko anwendbar sind, weil Mexiko die ICSID Konvention nicht ratifiziert hat. Ein wesentlicher Unterschied des Art. 54 (1)²⁶ der *Additional Facility Rules* zur ICISD Konvention ist allerdings, dass das nationale Recht des Gaststaates gar nicht zu Anwendung kommt, wenn keine Rechtswahl getroffen wurde. In diesem Fall wird unmittelbar auf das Völkerrecht verwiesen. Wichtig ist, dass Art 54 (1) ausdrücklich statuiert, dass es im Ermessen des Tribunals liegt, welches Recht es als anwendbar erachtet. Der eingeräumte Ermessensspielraum ist hier noch weiter als in einem ICSID Verfahren, das gemäß der Konvention von 1965 geführt wird.

Im Ergebnis bedeutet das, dass die Anwendung der Grundsätze des Völkerrechts nur in wenigen Ausnahmefällen ausgeschlossen ist und den Schiedsgerichten schon bei der Entscheidung über das anwendbare Recht ein gewisser Ermessensspielraum zukommt. Dazu kommt, dass das Investitionsrecht mit seinen undefinierten Investment-Standards viel Platz für die Anwendung der Grundsätze des Völkergewohnheitsrechts bietet. Zur Auslegung von Standards wird in der Praxis fast immer Völkergewohnheitsrecht und damit Fallrecht herangezogen. Das macht besonders deutlich, wie wichtig die Schiedsgerichtsbarkeit für die Herausbildung einer eigenständigen transnationalen Rechtsform ist. Gerichte sind die materielle Stütze der Verselbstständigung des Rechts. (Buckel 2007: 248f) Sie legen mit ihren Entscheidungen zum Einen das Recht für den Einzelfall fest - oder besser: sie machen die Abstraktion des Rechts für den Einzelfall anwendbar - und perpetuieren zum Anderen diese Festlegungen, indem eine neuerliche Entscheidung über denselben Fall durch das Prinzip der Rechtswirksamkeit ausgeschlossen wird. Die Rolle der Gerichte ist besonders in der Entwicklung des FET Standards von zentraler Bedeutung. (ebd.)

26 Art 54 (1) ICSID Additional Facility Rules: „The Tribunal shall apply the rules of law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the Tribunal shall apply (a) the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable and (b) such rules of international law as the Tribunal considers applicable.“

4.3. FET und Völkergewohnheitsrecht

Edwin Borchard hat 1916 postuliert, dass ausländische Investor_innen eine Besserstellung vor inländischen Kapitaleigner_innen verdienen, weil sie am politischen Prozess im Inland nicht im selben Ausmaß teilnehmen könnten wie Inländer_innen. Diese Vorstellung ist leitend in verschiedenen Bereichen des Investitionsrechts und hat sich auch auf die FET Klauseln ausgewirkt. (Schneiderman 2010: 919f, 922f)

Der FET Standard ist ein unabhängiger Schutzstandard. Das bedeutet, dass seine Anwendung von keinem anderen Standard abhängt. FET bietet daher umfassenden Schutz für Investitionen. Des weiteren steht ihm keine Verpflichtung der Investierenden gegenüber und sein Umfang ist sehr dehnbar. Daher sind weder die extensive Geltendmachung vor Schiedsgerichten noch die harsche Kritik an diesem Standard sehr verwunderlich. (Tudor 2008: 3f)

Geschichtlich gesehen wurde FET erstmals in der Havana Charta von 1948 als Standard vorgesehen. Ziel dieses multilateralen Kodifizierungsversuches war es unter anderem, die durch die Dekolonialisierung entstandenen und aufbrechenden Spannungsfelder zu beruhigen. Daher ist FET historisch in direktem Zusammenhang mit der Forderung nach PSNR zu sehen. (Dolzer und Schreuer 2008: 14f/ Pahuja 2011: 103f) Der erste erfolgreiche Versuch diesen Standard zu etablieren, wurde dann durch die USA unternommen, die ihn in ihren *Friendship, Commerce and Navigation Treaties* (FCN) schon in den 1960er Jahren inkludierte. Gleiches gilt für die ersten BITs Deutschlands. (Tudor 2008: 1f) Bis diese Klauseln allerdings das erste Mal im Rahmen des Investitionsrechts im engeren Sinn verhandelt wurden, verging einige Zeit. Die ersten Fälle, die FET berücksichtigten, waren der AMT Fall²⁷ unter einem BIT und der Azinian Fall²⁸ unter dem NAFTA Regime. Es ist wohl wichtig zu unterstreichen, dass FET permanenter Veränderung unterliegt – nicht zuletzt durch das sich entwickelnde Fallrecht²⁹ und die starken Interessen der beteiligten Kläger_innen. (Tudor 2008: 3 f)

Die Anwendbarkeit des FET Standards hängt in der Regel davon ab, dass er in einem Abkommen erwähnt wird. Wird aber davon ausgegangen, dass FET Teil des Völkergewohnheitsrechts ist, können auch andere Klauseln seine Anwendung eröffnen. Dazu

27 *American Manufacoring & Trading v Democratic Republic of Congo*, Urteil vom 21. Februar 1997.

28 *Robert Azinian v United Mexican States*, Urteil vom 1. November 1999.

29 Zur Bedeutung von Präzedenzentscheidungen im Investitionsrecht vgl. Kläger (2011: 26ff)

gehören zum Beispiel Referenzen auf das VGR im Allgemeinen oder MFN (*most favoured nation*) Klauseln, die in den meisten BITs enthalten sind und es dem Betroffenen ermöglichen, den besten, vom Gaststaat gegenüber einer beliebigen Partei gewährten Schutzstandard für sich selbst geltend zu machen. (Tudor 2008: 23f)

Zum Schutzlevel, das der FET Standard bietet, sagt Tudor Folgendes: „Since the FET is a standard, by nature it does not have a precise definition: its shape and meaning is given by state practice, decisions of international tribunals and, more importantly, the circumstances of the case.“ (Tudor 2008: 15) Wie schon in der Einleitung zu dieser Arbeit angedeutet, sind es also besonders die Standards des Investitionsrechts, die ein Einfallstor für verschiedene Interessen darstellen und den beteiligten Personen eine breite Möglichkeit zur Auslegung geben. Besonders anschaulich lässt sich das an der Entwicklung des FET-Standards in der Rechtsprechung der ICSID-Tribunale nachzeichnen.

4.4. Verknüpfung von FET und VGR - Drei Sichtweisen

Im Folgenden soll kurz beleuchtet werden, wie das VGR als Quelle für die Auslegung des FET Standards verwendet wird. Das Verhältnis von FET und VGR hängt davon ab, wie der Standard jeweils in den einzelnen Verträgen etabliert wird. Tudor geht davon aus, dass prinzipiell zwei verschiedene Möglichkeiten gewählt werden können, um den FET Standard mit der Schutzgrenze des IMS zu beschränken. Erstens kann FET als Teil des internationalen (völkerrechtlichen) Mindeststandards zur Behandlung von Fremden (IMS von International Minimum Standard) gesehen werden. Daneben gibt es eine Meinung, die davon ausgeht, dass FET ein eigenständiger, vom IMS unabhängiger Standard des Völkerrechts ist. (Tudor 2008: 56f) Betrachten wir die Beziehung zwischen FET und IMS aber im Detail, dann können drei verschiedene Varianten unterschieden werden. Einig sind sich Kommentator_innen und Schiedsrichter_innen nur, dass FET nicht unter die Schwelle des IMS absinken kann. (Krajewski und Ceyssens 2007: 207)

4.4.1. IMS als Obergrenze

Der IMS könnte als Deckelung des FET verstanden und mit diesem Standard gleichgesetzt werden. Dieser Ansatz wird im Rahmen des NAFTA vertreten, das in Art. 1105

FET als Standard einführt.³⁰ Eine eigene, verbindliche Stellungnahme³¹ bezüglich der Interpretation des Standards der FTC (Free Trade Commission des NAFTA) stellt das klar. (Dolzer und Schreuer 2012: 136/ Kill 2008: 857) Obwohl FET zwar zweifelsohne in historischer Kontinuität zum IMS steht – was sich auch daran zeigt, dass Entscheidungen, wie jene im Neer Fall³² auch in ICSID Entscheidungen zitiert werden – wird die Interpretation oder authentische Auslegung der FTC vielfach kritisiert. (Dolzer und Schreuer 2012: 139)

Der IMS ist geschichtlich gesehen auf einige Entscheidungen der US-Mexico-Claims Commission der 1920er, wie den Neer Fall zurückzuführen und bezieht sich auf den Schutz des Lebens von Investor_innen und den Schutz ihres Eigentums. Im Neer Fall wurde Mexiko von den USA im Namen der Angehörigen eines Mordopfers belangt, weil die mexikanischen Behörden im Gefolge des Mordes nicht die nötigen Schritte unternommen hätten, um den Fall aufzuklären. (Neer v Mexiko) Der Sachverhalt selbst ist also schon anders gelagert, als es im Investitionsrecht normalerweise der Fall ist. Es geht um den Schutz von Leib und Leben und nicht um den Eigentumsschutz. Insofern wird angezweifelt, ob eine direkte Anwendbarkeit dieses Standards im Lichte der starken Entwicklung des Investitionsrechts seit jener Zeit überhaupt gerechtfertigt werden kann. (Tudor 2008: 65)

Eine Entscheidung, die nach der Klarstellung der FTC erging, nahm ausdrücklich Bezug auf den Neer Fall. Im Glamis Gold Fall³³ klagte ein kanadisches Bergbauunternehmen die USA, weil es sich in der Ausübung seiner Goldschürfrechte nicht gerecht und billig behandelt fühlte. Außerdem machte das Unternehmen geltend, in seinen Rechten so weit

30 Art. 1105 NAFTA: „1. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security. [...]“

31 FTC Note of Interpretation vom 31. Juli 2001: „1. Article 1105(1) prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to investments of investors of another Party. 2. The concepts of 'fair and equitable treatment' and 'full protection and security' do not require treatment in addition to or beyond that which is required by the customary international law minimum standard of treatment of aliens. 3. A determination that there has been a breach of another provision of the NAFTA, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of Article 1105(1).“

32 *Neer v Mexico*, Urteil vom 15. Oktober 1926.

33 *Glamis Gold v United States*, Urteil vom 8. Juni 2009.

eingeschränkt zu sein, dass es einer Enteignung gleich komme. (Glamis Gold v USA) Diese Glamis Gold Entscheidung wird vielfach kritisiert. Unter anderem deshalb, weil sie sich auf die vom Gericht des Neer Falles entwickelte Formel bezieht. Die Kritik weist darauf hin, dass der Standard des Neer Falles aber selbst völkergewohnheitsrechtlichen Entwicklungen ausgesetzt sei, die zu berücksichtigen gewesen wären. (Dolzer und Schreuer 2012: 140) Schreuer und Dolzer finden klare Worte dafür: „The Tribunal did not explain why a terse award rendered in 1926 dealing with a murder case should establish the standard for contemporary investment law. Nor does it explain why Neer should be authoritative while the practice of contemporary investment tribunals is not.“ (Dolzer und Schreuer 2012: 141) Klar wird diese Kritik, wenn verstanden wird, dass andere, viel extensivere Auslegungen fast zehn Jahre vor Glamis Gold getroffen wurden. Hier wird ersichtlich, dass das Investitionsrecht eben auch ein Kampffeld ist, auf dem Auseinandersetzungen um die Auslegung solcher Standards erbittert geführt werden. Der im Neer Fall aufgestellte Standard wurde wie folgt formuliert:

The propriety of governmental acts should be put to the test of international standards [...] the treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency should amount to an outrage, to bad faith, to wilful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency. (Neer v Mexiko, 21 AJIL 555)

In Glamis Gold wurde diese Formel zwar neu formuliert, der ausdrückliche Bezug auf die Neer Entscheidung blieb aber erhalten.

The fundamentals of the Neer standard thus still apply today: to violate the customary international law minimum standard of treatment codified in Article 1105 of the NAFTA, an act must be sufficiently egregious and shocking — **a gross denial of justice, manifest arbitrariness, blatant unfairness, a complete lack of due process, evident discrimination, or a manifest lack of reasons** — so as to fall below accepted international standards and constitute a breach of Article 1105(1). (Glamis Gold v United States, § 616, Hervorh. d. Verf.)

Die materielle Konstruktion des IMS ist relativ ähnlich wie jene des FET Standards. Kommt der IMS zur Anwendung, so ist die Behandlung von Investor_innen dem Standard *national treatment* entzogen. D.h., dass ein genuin völkerrechtlicher Standard besteht, der die Behandlung von Investor_innen und Investitionen sicherstellen soll und von den

Vertragsstaaten mehr gefordert wird als die Gleichbehandlung von In- und Ausländern. (Tudor 2008: 60f) Die traditionelle Position, dass FET ein Teil des IMS ist, hat zur Folge, dass FET immer in Bezug auf das Völkergewohnheitsrecht analysiert und als eine Formulierung eines generellen Schutzstandards (IMS) verstanden werden muss, dessen Schutzlevel völkergewohnheitsrechtlich zu beurteilen ist. (Tudor 2008: 57f) Dabei ist nicht völlig klar, ob sich tatsächlich eine völkergewohnheitsrechtliche Übung zum IMS etabliert hat. Die Völkerrechtslehre geht aber fast einheitlich davon aus, dass ein solcher Standard auszumachen ist. (Tudor 2008: 62f)

Wird FET also mit dem IMS gleichgesetzt, ergeben sich bereits zwei klare Nachteile für die Stellung von Staaten. Zunächst ist die Entstehungsgeschichte des IMS natürlich eng an die Gegenbewegung zur Dekolonialisierung gebunden und hat die materielle Absicherung von Investor_inneninteressen zum Gegenstand. Die US-Mexican-Claims-Commission hatte ja gerade den Zweck, die durch die mexikanische Revolution für Investor_innen aus Unruhen und Nationalisierungen entstandenen Nachteile auszugleichen. (vgl. oben unter 2.3 bzw. in diesem Abschnitt) Die Inhalte des IMS sind, wie aus der Neer Entscheidung klar wird, eigentlich menschenrechtliche Standards im Sinne von Verfahrensgarantien. Als Teil des Völkerrechts folgt der Standard dabei der kolonialen Logik von Privateigentum und Vertragsfreiheit sowie deren Durchsetzung. Zweitens ist aber zudem die Idee der Besserstellung von Investor_innen in diesem Standard verwirklicht. Der Umstand, dass das Handeln der belangten Staaten eben nach dem Maßstab des Völkerrechts erfolgt und nicht seine konkreten Handlungsmöglichkeiten oder seine Sorgfalt gegenüber seinen eigenen Staatsbürger_innen beurteilt wird, deutet auf die Etablierung einer hierarchischen und kolonialen Logik hin, die davon ausgeht, dass die Organisationslogik westlicher Staatlichkeit universell anwendbar ist und Abweichungen davon bestrafenswert sind. Bedenklich ist indes vor allem, dass ausgerechnet die Extraktionsinteressen transnationaler Unternehmen Vorrang gegenüber jenen anderer Staatsbürger_innen erhalten.

Natürlich muss klargestellt werden, dass die vom IMS geschützten Rechte von Investor_innen auf den ersten Blick durchaus erstrebenswert sind. Im Kern werden ja auch menschenrechtlich zugesicherte Prinzipien verteidigt, wie das Recht auf ein faires Verfahren, das Diskriminierungs- und Willkürverbot und das Verbot der Rechtsverweigerung. Trotzdem ändert diese Tatsache nicht, dass ein gewisser Argumentationsnotstand besteht. Dieser betrifft die Ungleichbehandlung von ausländischen und

inländischen Unternehmen. Während der IMS nämlich zur Einhaltung von menschenrechtlichen Schranken führt, nimmt er keine Rücksicht darauf, ob diese Schranken in der betreffenden Rechtsordnung im allgemeinen eingehalten werden. Diese Ungleichbehandlung würde eigentlich einer Rechtfertigung bedürfen, die mangels Einbindung nationaler Akteur_innen in das Regime des Investitionsschutzes aber unterbleibt. Die Kopplung von FET und IMS könnte aber darüber hinaus als weniger intensiv beurteilt werden.

4.4.2. IMS als Untergrenze

Ein ausdrücklicher Bezug auf den IMS in Investitionsabkommen ist die Ausnahme. Allerdings gibt es Klauseln, wie Art. 1105 NAFTA, die für den Umfang des FET ausdrücklich auf das Völkergewohnheitsrecht verweisen. Wie oben angedeutet, ist es laut WVRK sogar ohne diese Referenzen möglich, VGR und damit den IMS zur Auslegung des FET heranzuziehen. Der Großteil der Rechtsprechung zum NAFTA stellt klar, dass der IMS ein historischer Standard ist, der für das Investitionsrecht nur mitsamt den Veränderungen der letzten Jahre verbindlich sein kann. Insbesondere wird das im *Mondev Fall*³⁴ herausgearbeitet, der zu der Zeit verhandelt wurde, als die Interpretation der FTC zu Artikel 1105 veröffentlicht wurde:

[T]here can be no doubt that, by interpreting Article 1105(1) to prescribe the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to investments of investors of another Party under NAFTA, the term “customary international law” refers to customary international law as it stood no earlier than the time at which NAFTA came into force. It is not limited to the international law of the 19th century or even of the first half of the 20th century, although decisions from that period remain relevant. (*Mondev v United States*, § 125)

Diese Entscheidung stellt einen Knackpunkt in Bezug auf das Verhältnis von Art 1105 NAFTA und die Interpretation der FTC dar. Streng genommen löst sich das Tribunal wieder von der FTC-Interpretation bzw. von deren Wortlaut und legt sie weit aus. Das Tribunal argumentiert ausführlich, dass sich der Investitionsschutzgedanke als solcher im IMS in der Fassung von Neer nicht findet und Art 1105 insofern eine Erweiterung darstellt. Andererseits löst sich das Tribunal in der Argumentation nicht ganz vom IMS

³⁴ *Mondev International Limited v United States of America*, Urteil vom 11. Oktober 2002.

sondern zeigt auf, dass die Geschichte des Investitionsrechts seit der Neer Entscheidung in der Interpretation mitberücksichtigt werden müssen.

Damit wurde mit der Mondev Entscheidung der in NAFTA materialisierte Konsens zu Gunsten des transnationalen Kapitals wieder seine angedachte Wirkung verliehen und die Einschränkung durch die FTC Interpretation relativiert. Diese Entscheidung bringt uns zum Wastemanagement II Fall, der hier ausführlicher diskutiert werden soll, weil die Interessenslage besonders spannend und anschaulich ist.

Die Waste Management Inc, die in Delaware ansässig ist, brachte am 27. September 2000 eine Klage gegen die mexikanische Bundesregierung ein und forderte die Konstitution eines Tribunals nach den *Additional Facility Rules* von ICSID. Das Unternehmen machte Verstöße gegen Art. 1110 und 1105 NAFTA geltend. Grundlage war ein Konzessionsvertrag zwischen der Stadt Acapulco, Guerrero, Mexiko und der mexikanischen Tochter von Waste Management „Acaverde“, nach dem Acaverde die Müllentsorgung in von Tourismus geprägten Teilen Acapulcos übernommen hatte. Unter anderem wurde auch eine Konkurrenzklausel in den Vertrag aufgenommen, die sicherstellen sollte, dass keine anderen Formen der Müllbeseitigung im vorgesehenen Konzessionsgebiet erlaubt werden sollten. In weiterer Folge stellten sich aber Schwierigkeiten bei der Durchsetzung dieser Klausel ein, da die informelle Abfallwirtschaft in den betreffenden Stadtteilen nicht so einfach zu verdrängen war. Außerdem gab es Probleme mit der Straßenreinigung, weil Acaverde aus verschiedenen Gründen nicht in der Lage war, die Straßen entsprechend sauber zu halten, weshalb die Stadt Acapulco auch immer wieder verweigerte, die vereinbarte Pauschale für die Müllentsorgung an Acaverde zu bezahlen. Acaverde strengte deswegen mehrere nationale Verfahren gegen die Stadt und gegen eine Garantie gebende Bank an, die erfolglos geblieben waren. Ebenso erfolglos war die erste Klage vor einem ICISD Tribunal. (Waste Management v Mexico, §§ 1, 41, 56, 60ff)

Die Entscheidung in Wastemanagement II nimmt Bezug auf Mondev und ADF³⁵ und stellt klar, dass der IMS auch völkergewohnheitsrechtlicher Veränderung unterworfen ist und diese Entwicklungen in Entscheidungen zu berücksichtigen seien, was sich auch mit der Interpretation der FTC decken würde. (Waste Management v Mexico, §93)

[T]he minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is **arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial**

35 *ADF Group Inc. v. United States of America*, Urteil vom 9. Jänner 2003, 6 ICSID Reports 470.

prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety—as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in an administrative process. In applying this standard it is relevant that the treatment is in breach of **representations made by the host State which were reasonably relied on by the claimant.** (Waste Management v Mexico, § 98, Hervorh. d. Verf.)

Diese Formulierung des FET unter Bezugnahme auf den IMS ist es auch, die in vielen anderen Fällen zitiert wird, wenn FET inhaltlich determiniert werden soll, wie zum Beispiel in der 2012 ergangenen Entscheidung im Fall RDC v Guatemala³⁶. Bemerkenswert ist das, weil die Klage von Acaverde bzw. Waste Management auch in diesem zweiten ICSID Verfahren abgewiesen wurde und das Verhalten der mexikanischen Regierung unter dem Eindruck der mexikanischen Schuldenkrise als vorhersehbar und fair gewertet wurde. (Waste Management v. Mexico, §§ 112ff)

Im Vergleich zur Glamis Gold Entscheidung ist hier eine wesentlich weitere Auslegung des FET Standards passiert. Während in erster Entscheidung nur manifeste Willkür und offensichtliche Diskriminierungen eine Rechtswidrigkeit begründet hätten, hätte in dieser Entscheidung schon willkürliches oder rassistisch-diskriminierendes Verhalten, das zu einer Verletzung des juristischen Anstandes führt, eine Rechtswidrigkeit begründet. (Glamis Gold v. United States, § 616/ Waste Management v Mexico, § 98) Trotzdem lässt sich feststellen, dass noch eine gewisse Bindung an den IMS zu erkennen ist. Auch in Wastemanagement II werden in erster Linie menschenrechtliche Garantien entsprechend dem Kontext formuliert. Ein zusätzliches Erfordernis wurde allerdings hinzugefügt, das die Erwartungen der Investor_innen schützt, die von der Regierung geschürt worden waren. Damit wird klargestellt, dass widersprüchliches Verhalten einer Regierung zur Enttäuschung von Erwartungen führen kann und diese Enttäuschung unter Anwendung des FET Standards einen Vertragsbruch darstellen kann. Genau diese Logik wurde in einigen Entscheidungen noch auf die Spitze getrieben.

4.4.3. Unabhängige Beurteilung

Eine völlig unabhängige Beurteilung des FET Standards abseits des IMS ist ebenso denkbar – nämlich dann, wenn in den entsprechenden Abkommen kein Hinweis auf das Völkergewohnheitsrecht zu finden ist. Aber auch mit ausdrücklichem Bezug auf das

36 Railroad Development Corporation (RDC) v Republic of Guatemala, Urteil vom 29. Juni 2012.

Gewohnheitsrecht interpretieren manche Tribunale FET als vom IMS unabhängig. So zum Beispiel im Metalclad Fall, der als einer der wenigen NAFTA-Fälle keinen Bezug auf den IMS nimmt.

Der als Metalclad Fall bekannt gewordene Rechtsstreit zwischen dem in den USA (Delaware) ansässigen Unternehmen „Metalclad Corporation“ und der Bundesregierung von Mexiko drehte sich um eine Mülldeponie in der Gemeinde Guadalcazar im mexikanischen Bundesstaat San Luis Potosi. Die Entscheidung in diesem Fall erging, bevor die Interpretation der FTC zu Art. 1105 NAFTA verfasst wurde. Die zentralen rechtlichen Fragen in diesem Fall waren die indirekte Enteignung von Metalclad durch die mexikanische Regierung nach Art 1110 NAFTA unter Verletzung des FET Standards nach Art 1105 NAFTA. (Metalclad v Mexico, § 1)

Metalclad brachte die Klage dabei für die hundertprozentige mexikanische Tochter „Confinamiento Tecnico de Residuos Industriales, S.A. de C.V.“ (Coterin) ein, deren Gesellschaftsanteile über eine Kette aus Beteiligungen gehalten wurde und die erworben wurde, um deren Abfallbehandlungsanlage (eine Verladestation war schon 1990 genehmigt und gebaut worden) zu übernehmen und eine Mülldeponie für gefährliche Abfälle zu bauen. Die besagte Deponie wurde 1993 von der mexikanischen Regierung genehmigt. Metalclad kaufte daraufhin Coterin, weil ihr vom Gouverneur des Bundesstaates zugesichert wurde, seine Unterstützung für dieses Projekt zu haben. Gleichzeitig hatte „SEDUE“, die bundesstaatliche Umweltbehörde und „INE“ (Instituto Nacional de Ecología) zu verstehen gegeben, dass alle für den Bau und den Betrieb der Anlage erforderlichen Genehmigungen ausgestellt seien. (Metalclad v Mexico, §§ 2f, 28ff)

Nachdem mit dem Bau der Deponie begonnen worden war, stellte sich aber allmählich Widerstand aus der Zivilbevölkerung ein, der schließlich auch vom Gouverneur Unterstützung fand. Am 26. Oktober 1994 wurde darauf hin von der Gemeinde Guadalcazar ein Baustopp verhängt. Das erfolgte mit der Begründung, dass neben den bereits eingeholten Genehmigungen auch eine baurechtliche Genehmigung der lokalen Verwaltung einzuholen gewesen wäre, was Metalclad bzw. Coterin verabsäumt hätten. (Metalclad v Mexico, §§ 37, 40f)

Die lokale Behörde blieb zunächst untätig. Deswegen erzielte Metalclad mit SEMARNAP (einer bundesbehördlichen Agentur und Nachfolgeinstitution von SEDUE) eine Vereinbarung, nach der der Betrieb der Anlage unter bestimmten Auflagen genehmigt wurde.

Danach, im November 1995, wies die Gemeinde den schon zuvor gestellten baurechtlichen Genehmigungsantrag der Anlage ab. Zusätzlich erklärte der Gouverneur von San Luis Potosí das Gebiet, in dem die Anlage steht am 23. September 1997 zu einem Schutzgebiet für seltene Kakteen. (Metalclad v Mexico, §§ 47ff, 59)

Wie erwähnt, war der Knackpunkt der Entscheidung im Metalclad Fall der FET Standard. Für die umfängliche Auslegung des Standards bezieht sich die Entscheidung auf Art. 102 NAFTA³⁷, dessen erster Teil klar legt, in welchem Licht alle anderen Artikel des Abkommens zu verstehen sind und verweist auch auf „Transparenz“ als Ziel des Abkommens. Das Schiedsgericht im Metalclad Fall legt diese Bestimmungen (Art. 102 und 1105) gemeinsam folgendermaßen aus:

The Tribunal understands this to include the idea that all relevant legal requirements for the purpose of initiating, completing and successfully operating investments made, or intended to be made, under the Agreement should be capable of being readily known to all affected investors of another Party. There should be no room for doubt or uncertainty on such matters. Once the authorities of the central government of any Party [...] become aware of any scope for misunderstanding or confusion in this connection, it is their duty to ensure that the correct position is promptly determined and clearly stated so that investors can proceed with all appropriate expedition in the confident belief that they are acting in accordance with all relevant laws. (Metalclad v Mexico, § 76)

In weiterer Folge stellte das Gericht fest, dass jeder Verstoß gegen dieses Transparenzgebot, insbesondere das widersprüchliche Verhalten von Bundes- und Lokalbehörden auch einen Verstoß gegen Art. 1105 NAFTA darstellen würde. Insbesondere die fehlende Klarheit über das Erfordernis einer baubehördlichen Genehmigung durch die Gemeinde verstoße gegen die Transparenzpflicht: „The absence of a clear rule as to the

37 Art 102 NAFTA: „1. The objectives of this Agreement, as elaborated more specifically through its principles and rules, including national treatment, most-favored-nation treatment and transparency, are to: a) eliminate barriers to trade in, and facilitate the cross-border movement of, goods and services between the territories of the Parties; b) promote conditions of fair competition in the free trade area; c) increase substantially investment opportunities in the territories of the Parties; d) provide adequate and effective protection and enforcement of intellectual property rights in each Party's territory; e) create effective procedures for the implementation and application of this Agreement, for its joint administration and for the resolution of disputes; and f) establish a framework for further trilateral, regional and multilateral cooperation to expand and enhance the benefits of this Agreement. 2. The Parties shall interpret and apply the provisions of this Agreement in the light of its objectives set out in paragraph 1 and in accordance with applicable rules of international law.“

requirement or not of a municipal construction permit, as well as the absence of any established practice or procedure as to the manner of handling applications for a municipal construction permit, amounts to a failure on the part of Mexico to ensure the transparency required by NAFTA.“ (Metalclad v Mexico, § 88)

Der FET Standard wurde in diesem Zusammenhang also viel weiter ausgelegt, als sich das aus den Formulierungen der Neer Entscheidung bzw. der Auslegung der FTC entnehmen lassen würde, denn in der Neer Entscheidung wurde die Schwelle des Standards als Gewalttat des Staates, Schlechtgläubigkeit, absichtliche Pflichtverletzung oder als unzureichendes Regierungshandeln verstanden, das so weit von jedem internationalen Standard entfernt ist, dass jeder vernünftige und unparteiische Mensch es als unzureichend erkennen würde. (Neer v United States) Im Gegensatz dazu wurde der Standard im Metalclad Fall eben als Transparenzpflicht ausgelegt, die den Staat dazu verpflichtet, in allen Bereichen für Investor_innen klar ersichtliche Regelungen zu schaffen und Unklarheiten in Verwaltungszuständigkeiten zu vermeiden. (Metalclad v Mexico, § 88) Im Metalclad Fall erklärt sich das, wie bereits erwähnt wurde, ganz leicht daraus, dass die FTC Interpretation erst nach dem Urteil im Metalclad Fall herausgegeben wurde und eine mögliche Schranke durch den IMS noch gar nicht ausführlich zur Diskussion stand.

Bedeutsam ist in diesem Fall aber vor allem die Kombination aus verschiedenen tatsächlichen Umständen. Ein Konzern, der sein Vermögen über eine umfangreiche Beteiligungskette (vgl. im Detail dazu Metalclad v. Mexico, §§ 2ff) steuerschonend in Delaware³⁸ anlegt, klagt die mexikanische Regierung wegen eines angeblichen Verstoßes gegen das NAFTA durch die lokale Verwaltung. Ihre Rechte macht sie für ihre mexikanische Tochter geltend, die diese Frage, wie jedes andere mexikanische Unternehmen, vor einem staatlichen Gericht geltend machen könnte. Zentraler Streitpunkt ist dabei die Zuständigkeit für umwelt- bzw. baurechtliche Angelegenheiten in Mexiko, die auch von nationalen Verfassungsjurist_innen nicht eindeutig gelöst wird. Das entscheidende internationale Gericht beurteilt in seiner Entscheidung diese strittige Frage abschließend und stellt fest, dass es eine Verpflichtung des mexikanischen Zentral-

38 Die niedrigen Unternehmenssteuern haben in Delaware dazu geführt, dass zahlreiche transnationale Konzerne dort Briefkastenfirmen gegründet haben. Das ermöglicht ihnen ihre teilweise satten Gewinne nahezu unbesteuert zu belassen. Unter den in Delaware ansässige Unternehmen findet sich unter anderem auch Google und Apple. (Schröder 2013)

staates ist, für transparente Gesetzgebung und Verwaltung auf allen Ebenen zu sorgen und Widersprüche auszuräumen. Dabei ist der etablierte Standard aber ein sehr harscher. Stein des Anstoßes in dieser Entscheidung ist also wiederum nicht der Umstand, dass Metalclad ein Bedürfnis nach Rechtssicherheit hat, sondern wie es durchgesetzt wurde und welche Erfordernisse dabei an die mexikanische Regierung gestellt wurden. (Metalclad v. Mexico, §§ 81ff)

Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt auch das Tribunal im Tecmed Fall. Diese Rechtssache wurde von einem spanischen Konzern gegen die mexikanische Regierung geführt. Das spanische Unternehmen „Técnicas Medioambientales Tecmed S.A.“ hatte am 16. Februar 1996 eine Abfallbehandlungsanlage mitsamt einer umweltrechtlichen Genehmigung gekauft. Später wurden die Rechte an ein Tochterunternehmen („Cytrar“) übertragen. Cytrar beantragte die Übertragung der Genehmigung, die auf den Namen des vorherigen Eigentümers „Promotora“ ausgestellt war. Im Zuge der Übertragung der Lizenz wurde dieselbe nicht mehr auf unbegrenzte Zeit ausgegeben, wie das davor der Fall gewesen war, sondern befristet ausgestellt. Nach einem Jahr suchte das Unternehmen um die Erneuerung der Lizenz an, die von der zuständigen Behörde (INE) verweigert wurde, weil sich massiver zivilgesellschaftlicher Widerstand gegen das Unternehmen und die Mülldeponie gebildet hatte. Daraufhin brachte der spanische Konzern eine Klage beim ICSID ein und machte seine Rechte nach dem Spanien-Mexiko-BIT geltend. (Schneiderman 2010: 915/ Tecmed v Mexico, §§ 35ff)

Das wichtigste Argument der klagenden Partei war, dass die Anlage mitsamt der Genehmigung gekauft worden war, während die beklagte Partei darauf bestand, dass das Unternehmen ohne die besagte Erlaubnis übertragen wurde. Hinzu tritt die Tatsache, dass eine Verlagerung des Standortes der Anlage geplant war und eine Übergangsgenehmigung ausgestellt werden sollte, die den Weiterbetrieb der Anlage in der Zwischenzeit sicherstellen sollte. Auch diese Übergangsgenehmigung wurde verweigert. Ein wichtiger Streitpunkt war darüber hinaus, dass die Genehmigung nicht deswegen nicht verlängert wurde, weil die von Cytrar begangenen Umweltverstöße so gravierend gewesen wären, sondern weil der Widerstand der Zivilgesellschaft so groß war. Dieser Umstand wurde von dem Tribunal dahingehend ausgelegt, dass andere als die gesetzlich vorgesehenen Gründe in die Entscheidung der Behörde mit eingeflossen seien. Der Widerstand der Bevölkerung hatte sich unter anderem deswegen formiert, weil die ursprüngliche Anlage näher am Stadtzentrum von Hermosillo, Sonora, Mexiko gelegen war, als gesetzlich

erlaubt. Die besagte Deponie befand sich rund 13 km von der Stadt Hermosillo entfernt, obwohl ein nach dem Bau der Anlage erlassenes Gesetz einen Abstand von mindestens 25 km vorsieht. Trotzdem wurde diese Gesetzeswidrigkeit nicht in die Begründung der Bundesregierung aufgenommen und somit auch nicht Gegenstand der rechtlichen Auseinandersetzung. Der Fall wurde schlussendlich zu Gunsten der klagenden Partei entschieden. (Schneiderman 2010: 117f/ Tecmed v Mexico, §§ 46, 110f, 134f)

In Bezug auf den FET Standard selbst bezieht sich das Tribunal auf die Mondev Entscheidung, um klarzustellen, dass Schlechtgläubigkeit kein Erfordernis ist, um Art. 4 (1) des Mexiko-Spanien BITs zu verletzen. Darüber hinaus wurde aus FET ein „umfassendes Transparenzgebot“ abgeleitet, das gewisse Schwierigkeiten für staatliches Handeln mit sich bringt. (Krajewski und Ceyssens 2007: 207) Das ist vor allem dort der Fall, wo die Kompetenzen (Verhandlungen mit Investoren bzw. bau- oder umweltrechtliche Bewilligungen) auf unterschiedlichen Ebenen angesiedelt sind und daher kohärentes staatliches Handeln verkompliziert wird. Der im Tecmed Fall angewendete Prüfungsmaßstab gegenüber dem Behördenhandeln ist zudem das innerstaatliche Recht und nicht das Völkergewohnheitsrecht, was dazu führt, dass gemischte Schiedsgerichte dazu berufen sind, die (nationale) Rechtswidrigkeit nationaler Rechtshandlungen zu beurteilen. (Krajewski und Ceyssens 2007: 208)

Trotzdem muss klar sein, dass das Verhalten der Behörden letztlich vor einem internationalen Maßstab bestehen muss und ein Verstoß gegen nationales Recht lediglich die völkerrechtliche Rechtswidrigkeit andeuten kann. Das gilt gerade, weil das Schiedsgericht eine autonome Auslegung für den FET Standard liefern soll, die sich an den Auslegungsregeln des internationalen Rechts zu orientieren hat. (Dolzer und Schreuer 2012: 142) Die Formulierung des Gerichtes ist folgendermaßen ausgefallen:

The Arbitral Tribunal considers that this provision of the Agreement, in light of the good faith principle established by international law, requires the Contracting Parties to provide to international investments treatment that does not affect the **basic expectations** that were taken into account by the foreign investor to make the investment. The foreign investor expects the host State to act in a **consistent manner, free from ambiguity and totally transparently** in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and administrative practices or directives, to be able to plan its investment and comply with such regulations. (Tecmed v Mexico, § 154, Hervorh. d. Verf., inoffizielle Übers. ICSID)

Insbesondere wurde vom Tribunal angemerkt, dass Cytrar bis zum Ende von den Behörden zu verstehen gegeben wurde, dass eine Umsiedlung der Anlage in Frage kommen würde. Daher wäre auch die Versagung der Genehmigung entgegen der Erwartung, die Anlage weiter betreiben zu können, nicht *fair* und *equitable* und insbesondere nicht transparent gewesen. (Tecmed v Mexico, §§ 162f)

Wird das Ergebnis der Auslegung von FET im gegenständlichen Fall mit dem Interpretationsvorschlag der FTC in Bezug auf Art. 1105 NAFTA verglichen, so ist schnell klar, warum manche Rechtswissenschaftler_innen davon ausgehen, dass eine Bindung des FET Standards an das Völkergewohnheitsrecht und damit den IMS wesentlich günstigere Auswirkungen für Staaten zeigen würde. (vgl. z.B. Porterfield 2013) Zwischen der Bezugnahme auf IMS als Obergrenze und den Ansprüchen, die im Tecmed Fall an einen Gaststaat gestellt werden, besteht eine beträchtliche Diskrepanz. Trotzdem muss darauf hingewiesen werden, dass es in den einzelnen Entscheidungen nicht nur darauf ankommt, wie der Standard ausgelegt wird, sondern welche Begleitumstände außerhalb von formalen Kriterien von den Schiedsrichter_innen noch als ausschlaggebend betrachtet werden können. Die Klage in Wastemanagement II wurde zum Beispiel auch deshalb abgewiesen, weil die finanziellen Umstände der Stadtregierung von Acapulco mitberücksichtigt worden waren. Darüber hinaus ist die Präcedenzwirkung von Wastemanagement II, Metalclad und Tecmed aber weit über die Grenzen Mexikos hinaus von großer Bedeutung.

4.5. FET aus Sicht der materialistischen Rechtslehre

Nach dieser Darstellung der Entwicklung des FET Standards ist klar erkenntlich, dass die Rechtsgeschichte des FET Standards eine Geschichte der Materialisierung und Ausdehnung von Kapitalinteressen ist. Als Ausgangspunkt kann die Etablierung des Standards in verschiedenen Abkommen gesehen werden. Nach und nach wurde in den schiedsrichterlichen Entscheidungen seit der Jahrtausendwende eine hegemoniale Auslegung des Standards etabliert, die der Struktur des Investitionsrechts entspricht. Das „Zurückrudern“ der FTC als Reaktion auf extensive Entscheidungen wie im Metalclad Fall und die damit nachträglich geforderte Bindung an den historischen IMS wurde letztlich in der Schiedsgerichtsbarkeit wieder aufgelöst und in der Mondev Entscheidung egalisiert.

Dabei lässt sich an den kurz dargestellten Entscheidungen klar zeigen, was Wiethölter mit der Gegenüberstellung von Individualinteressen und kollektiven Interessen gemeint hat. Im Investitionsrecht treffen das Profitinteresse von transnationalen Konzernen und die Interessen eines Kollektivs direkt aufeinander. Ganz egal, ob Umwelt- oder Landschaftsschutzinteressen in Frage stehen wie im Metalclad Fall, die Gesundheit der Bevölkerung wie im Tecmed Fall, das Einkommen der informell Beschäftigten und die Abfallwirtschaft einer Stadt wie im Wastemanagement II Fall oder der Lebensraum von Menschen in informellen Siedlungen wie im RDC Fall (dazu gleich); immer werden diese Interessen durch das Investitionsrecht dem Interesse von Investor_innen gegenübergestellt und auf ganz besondere Weise aufgelöst.

Vor allem die Entscheidung im Tecmed Fall, den Entzug der Betriebslizenz für die Abfallbehandlungsanlage als indirekte Enteignung unter unfairen und unbilligen Bedingungen zu sehen und eine Entschädigungszahlung anzuordnen, kann als richtungsweisend verstanden werden, wie Schneiderman richtig anmerkt. Das gilt vor allem vor dem Hintergrund der falschen, vom Tribunal getroffenen Annahme, transnationale Konzerne würden in Bezug auf ihre Einflussmöglichkeiten auf das politische System wertungsmäßig Individuen gleichzuhalten sein. (Schneiderman 2010: 240)

Bei aller Problematik, die eine solche Gegenüberstellung von grundverschiedenen Interessen nämlich birgt, kommt verschärfend hinzu, dass letztlich eben gerade keine Interessenabwägung erfolgt, sondern lediglich das staatliche Verhalten als fair und billig beurteilt wird. Dabei spielte zum Beispiel im Tecmed Fall das Argument des Umwelt- bzw. Gesundheitsschutzes gar keine Rolle, sondern lediglich die Frage, ob das Verhalten des Staates für sich genommen transparent war. Hier wird deutlich, welche Weichenstellung das Investitionsrecht vornimmt, wenn es solche Entscheidungsstrukturen vorgibt und staatliches Verhalten abseits der in Frage stehenden Interessen zum höchsten Maßstab für Verstöße macht. Dieser Umstand macht besonders deutlich, wieso Wiethölter die Auflösung dieser Gegenüberstellung von Interessen als angebracht erachtet.

Wird nun das Recht aber als „spezifische Bewegungsform von gesellschaftlichen Widersprüchen“ verstanden, legen die vorhergegangenen Betrachtungen den Blick darauf frei, dass die Interessen der transnationalen Kapitaleigner_innen sowohl rechtlich als auch ökonomisch und politisch eine Vorrangstellung gegenüber kollektiven Interessen einnehmen. (Buckel 2007: 130) Der im Recht angelegte Widerspruch wird

von den Schiedsrichter_innen entsprechend den strukturellen Vorgaben des Investitionsrechts nämlich zu Ungunsten von Umweltschutzinteressen usw. aufgelöst.

Wie Schneiderman zeigt, passiert diese strategische Selektivität gerade auch im Einzelfall. Das internationale Investitionsrecht beschneidet zum Beispiel strukturell demokratische Handlungsspielräume. (Schneiderman 2010: 910) Der Widerstand der Zivilgesellschaft im Tecmed Fall wird von den Gerichten zum Beispiel nicht als Rechtfertigung für das Handeln der lokalen Regierung gesehen, sondern als Indiz für die Rechtswidrigkeit des staatlichen Handelns. Diese Beschneidung des demokratischen Handlungsspielraumes passiert vor allem aber auf der Diskursebene des Rechts, die nur für bestimmte Formen der Einflussnahme offen ist. In Investor-State-Verfahren wird im Fall einer Klagseinbringung von den Schiedsrichter_innen zu allererst beurteilt, ob das staatliche Handeln die Investitionstätigkeiten der Beschwerdeführer_innen negativ beeinflusst oder nicht. (Schneiderman 2010: 911) Dieser Fokus auf die Investor_innenrechte wird *sole-effects doctrine* genannt und steht im Widerspruch zur Abwägung dieser Interessen mit dem öffentlichen Interesse, das dem staatlichen Handeln zu Grunde liegt („Proportionalitätsanalyse“). (ebd.)

Auch gegenüber zivilgesellschaftlicher Protestformen ist das (Investitions-)Recht daher zumindest (teil-)immun, weil sie eine Form der Kommunikation und des Diskurses darstellen, die nicht direkt in den Rechtsdiskurs integriert werden kann. Das zeigt sich auch am hier diskutierten Tecmed Fall oder am Metalclad Fall. Obwohl zivilgesellschaftlicher Widerstand zunächst Erfolg hatte und die Lizenz der Abfallbehandlungsanlagen entzogen wurden, konnte durch den spezifischen Rechtsdiskurs der Schiedsgerichtsbarkeit und der dort manifestierten Eigenlogik die Interessen der Investor_innen abgesichert werden. Die strategische Selektivität des Systems hat sich gegenüber bestimmten Formen der zivilgesellschaftlichen Einflussnahme immunisiert.

Im Folgenden soll in Anlehnung an die oben herausgearbeitete Struktur der materialistischen Rechtslehre herausgearbeitet werden, wie die Durchsetzung der Kapitalinteressen dabei im Detail funktioniert und welche Aspekte besonderer Aufmerksamkeit bedürfen.

4.5.1. Subjektivierung

Neben der strukturellen Stellung von Kapitaleigner_innen und der Ausweitung des FET Standards ist auch die Subjektposition selbst Produkt einer Auseinandersetzung. In den Anfängen des Investitionsschutzes konnten zum Beispiel unrechtmäßige Enteignungen von Privatpersonen nur im nationalen Rechtsweg geltend gemacht werden. Investitionsstreitigkeiten wurden nur nach Ausschöpfung dieses Instanzenzuges und nach Ausübung des diplomatischen Schutzrechtes durch Staaten zum Gegenstand des Völkerrechts. Erst die Einführung der Investor-State-Streitbeilegung durch ICISD und BITs löste diese Konstruktion ab und ermöglichte es privaten Akteur_innen direkt gegen Staaten vorzugehen und vermeintliche Vertragsbrüche geltend zu machen. Es ist wichtig zu unterstreichen, dass diese Entwicklung keine natürliche oder alternativenlose ist, sondern eben Produkt einer Auseinandersetzung. Zu Beginn wurde zum Beispiel der ICISD Konvention breites Misstrauen von den Staaten des Südens entgegen gebracht. Wie erwähnt hat Mexiko die Konvention nicht ratifiziert und wird nur unter den *Additional Facility Rules* belangt. Dass sich Mexiko zum Beispiel im Kapitel XI NAFTA der Investor-State-Streitbeilegung unterworfen hat, ist zudem auch darauf zurückzuführen, dass im Rahmen der NAFTA-Verhandlungen einzelne Personen wie der ICISD Schiedsrichter Daniel Price einige Anstrengungen investierten, um die mexikanische Regierung dazu zu überreden. (Eberhardt und Olivet 2012: 47)

Dabei ist wichtig zu unterstreichen, dass die Gegenüberstellung von kollektiven und individuellen Interessen direkt aus dieser Subjektkonstruktion resultiert. Wo sich Staaten mit ihrer Repräsentationsfunktion für die Bevölkerung und private Akteur_innen auf Augenhöhe gegenüberstehen, begegnen sich selbstverständlich auch deren Interessen. Dabei wird die Problematik der Repräsentation schon auf der Ebene der Subjektkonstitution im Recht ersichtlich. Die mexikanische Regierung hat die Interessen von mindestens drei (nationalstaatlichen, bundesstaatlichen und lokalen) Verwaltungsebenen zu vertreten, die sich wie im Metalclad Fall teilweise widersprechen und ist gleichzeitig dem Verhandlungsdruck auf internationaler Ebene ausgesetzt. Auch die personelle Ebene sollte hier problematisiert werden. Politische Vertreter_innen stehen einer starken *community* gegenüber, die gleichzeitig die politischen Verhandlungen für den Abschluss von Investitionsabkommen übernimmt, in den verschiedenen Gremien als Schiedsrichter_innen tätig wird und teilweise sogar Verbindungen zu betroffenen

Unternehmen unterhält. (Eberhardt und Olivet 2012: 44)

Daneben ist auch problematisch, dass geschickte Beteiligungskonstruktionen dazu führen, dass eine Investition als Auslandsinvestition gesehen wird und dadurch dem ICSID Regime unterliegt. Fälle können dann vor einem internationalen Schiedsgericht verhandelt werden, wenn ein Investitionsabkommen zwischen Heimat- und Gaststaat besteht und der in Frage stehende Vermögenswert eine Investition ist, die von einem Angehörigen eines Staates im anderen Staat getätigt wurde. Der Metalclad Fall verdeutlicht, welche Formen eine solche Beteiligungskette annehmen kann. Über vier verschiedene Unternehmen, zwei nach US-amerikanischem und zwei nach mexikanischem Recht gegründete, wurde die strittige Deponie gebaut und betrieben. Dabei geht es strukturell eigentlich nicht darum, dass eine direkte Investition US amerikanischen Kapitals in Mexiko geschützt wird. Viel mehr geht es um den *shareholder value* der amerikanischen Unternehmen, der durch „indirekte Enteignungen“ durch den mexikanischen Staat sinkt. Obwohl primär ein mexikanisches Unternehmen operativ tätig geworden ist, das über das nötige Know-How über das mexikanische Rechtssystem verfügen sollte, wird der mexikanischen Regierung auferlegt, gegenüber der Muttergesellschaft Metalclad transparenter zu handeln, als das anderen mexikanischen Unternehmen gegenüber notwendig wäre.

Dabei ist nicht nur diese materiell-strukturelle Besserstellung im Investitionsrecht von Bedeutung, sondern auch der Umstand, dass das Unternehmen Metalclad ein US amerikanisches ist, das von der „anarchischen“ mexikanischen Rechtslandschaft zu schützen ist. Diese Zuschreibung wird zum Beispiel in § 99 der Metalclad Entscheidung deutlich, wo es heißt: „Mexico failed to ensure a transparent and predictable framework for Metalclad's business planning and investment.“ Hier wird deutlich, dass es nach Ansicht der Schiedsrichter erforderlich wäre für ausländische Investor_innen einen besonders klaren institutionellen Rahmen zu schaffen, der in Mexiko (noch) nicht bestehen würde.

Der ausländischen Investorin Metalclad steht der als konfus und desorganisiert gesehene mexikanische Staat gegenüber, der einerseits um Investitionen bemüht sein sollte und andererseits nicht in der Lage sei, sein Rechtssystem entsprechend internationalen Vorgaben zu organisieren. Diese Subjektkonstruktion passiert aber nicht lediglich durch die Zuschreibungen der Schiedsrichter_innen in den einzelnen Fällen,

sondern folgt auch direkt aus der Struktur des Völkerrechts. Der koloniale und hierarchische Charakter des internationalen Rechts wurde im zweiten Kapitel ja schon ausführlich behandelt. Dass dem widersprüchlichen Handeln der verschiedenen Verwaltungsebenen eine Unsicherheit in der Rechtsauslegung zu Grunde liegt, weist darauf hin, dass im Kern ein Problem angelegt war, das auch in vermeintlich „entwickelteren“ Rechtssystemen wie den USA oder Österreich vorkommen könnte. Mit der kolonialen Zuschreibung der Unterentwicklung Mexikos erscheint den Schiedsrichter_innen aber dieser Widerspruch als besonders schwerwiegend und verurteilenswert.

Um zu verstehen, warum diese Logik funktioniert, muss daran erinnert werden, dass besonders dem Völkerrecht die Fiktion zu Grunde liegt, es würden sich gleiche und freie Individuen im Forum des Rechts gegenüberstehen. Die logische Konsequenz aus dieser Annahme ist, dass Unrecht oder Benachteiligung lediglich durch unfaire oder unbillige rechtliche Verfahren zu Stande kommen könne. So erklärt sich auch die fast fetischisierte Bedeutung des FET Standards in den Entscheidungen der Schiedsgerichte, die dem Credo folgen, Recht garantiere es gleichen Subjekten, ihre Konflikte zu lösen. Die strukturelle Selektivität des Rechts und der Bias zu Gunsten von imperialistisch-kapitalistischen Interessen wird in dieser Betrachtung ein weiteres Mal systematisch ausgeblendet. Der Gedanke der Tauschgerechtigkeit und der Vertragsfreiheit, der schon von der Schule von Salamanca eingesetzt wurde, um den Argumentationsnotstand in Bezug auf naturrechtliche Vorgaben zu beseitigen, wurzelt in dieser Annahme und liegt daher parallel zum FET Standard in der politökonomischen Betrachtung der transnationalen Investitionsregime.

Neben den bereits besprochenen, ethnisierten, rassistisch oder zumindest imperialistisch geladenen Zuschreibung ist im Investitionsrecht aber eben auch ganz klar die Identität von Investor_innen als Teil einer kapitalistischen Klasse vorgegeben. Nicht nur die aus der Ökonomie resultierende strukturelle Stellung im Produktionsprozess wirkt auf die rechtliche Stellung ein, auch die mit dem Begriff „Investor“ verbundenen Konnotationen wirken auf ideologischer Ebene im Recht. Die Begrifflichkeit impliziert dabei die angeblich positive Rolle des Kapitals im Entwicklungsprozess und signalisiert, die investierenden Unternehmen würden eine Finanzierungsfunktion für nationale Entwicklungsstrategien übernehmen und ihre Mittel dort zur Verfügung stellen, wo sie dringend gebraucht würden. Strukturell betrachtet sind die Märkte der Entwicklungsländer aber längst den Interessen des transnationalen Kapitals unterworfen und

Auslandsinvestitionen stellen weniger eine Investition dar als die Ausweitung des eigenen Wirkungsbereiches von Konzernen auf verschiedene Staaten, um neue Profitmöglichkeiten auszuschöpfen. Ein Beispiel dafür ist zum Beispiel die umfangreiche Lobbytätigkeit von transnationalen Konzernen in Mexiko. (Schneiderman 2010: 938ff)

Gelegentlich wird von Kommentator_innen auch ins Treffen geführt, die verhandelnden staatlichen Akteur_innen der Investitionszielländer wären zusätzlich auch ökonomisch von den Interessen der transnationalen Konzerne abhängig, weil sie auf die Steuereinnahmen des nationalen Haushaltes bedacht sein müssten. (Schneiderman 2010: 933f) Denken wir aber zum Beispiel an die Unternehmensstruktur von Metalclad wird schnell klar, dass der Beitrag transnationaler Konzerne zum Staatshaushalt der Investitionszielländer relativ gering sein dürfte und staatliche Bemühungen um transnationales Kapital höchstwahrscheinlich nicht dazu beitragen, die Steuerbasis aufzubessern. Das Recht soll indes gewährleisten, dass diese Mehrwertabschöpfung von den Staaten „fair und billig“ behandelt wird. Rechtliche Repräsentation und extraktive Wirklichkeit klaffen also auseinander.

4.5.2. Machttechnologien im Investitionsrecht

Dass das Recht als juridische Machttechnologie, also als Anwendung von Zwang zu verstehen ist, muss hier nicht noch einmal ausgebreitet werden. Mit der Durchsetzbarkeit der Entscheidungen von Schiedsgerichten nach dem ICISD Regime auf dem nationalen Exekutionsweg ist der Zwangscharakter des Investitionsrechts sichergestellt. Maßnahmen, die als indirekte Enteignungen gewertet werden oder andere unfaire und unbillige Maßnahmen, müssen zwar in der Regel nicht zurückgenommen werden, begründen aber eine Entschädigungspflicht der jeweiligen Gaststaaten und prägen so den punitiven Charakter des Investitionsrechts, auch wenn die von Mexiko in den besprochenen Fällen zu zahlenden Summen, im Vergleich zu anderen Fällen, nicht besonders hoch ausgefallen sind.³⁹ Dabei sichert die institutionelle Beheimatung des ICSID innerhalb der Weltbankgruppe dessen Sanktionspotential im Völkerrecht.

Tatsächlich sind es die Investor_innen selbst, die Staaten vor internationalen Schiedsgerichten belangen und ihre Macht so über das Recht ausüben. Entgegen nationalstaatlicher Konstellationen sind also der Staat oder dessen Institutionen hier nicht ein Mittel

39 z.B. rund 16 Mio. US\$ im Metalclad Fall (Metalclad v Mexico, § 131) im Vergleich zu rund 1,7 Mrd. US\$ im Fall Occidental Petroleum v Ecuador (Occidental Petroleum v Ecuador, § 876)

zur Durchsetzung von Kapitalinteressen, sondern werden selbst der Machtausübung durch größtenteils „westliche“ Kapitaleigner_innen ausgesetzt. Weiter oben wurde schon herausgearbeitet, dass Macht in den sozialen Beziehungen verwurzelt ist und von der Verfügungsmacht über Kapital abhängt. Im Investitionsrecht wird von transnationalen Konzernen die juristische Machttechnologie auf Grund ihrer kapitalbedingten Befähigung als Sanktionsmaßnahme gegen Staaten gerichtet, die gegen die Profitlogik des Investitionsrechts „verstoßen“.

Diese Maßregelungen haben im Ergebnis Einfluss auf das Verhalten von Staaten und führen zur Disziplinierung der Staaten nach den Vorgaben des Investitionsrechts. Außerdem strukturiert das Recht das Handeln von Akteuer_innen und formt es nach der eigenen Entscheidungslogik. In staatliches Handeln fließt die Hintergrundüberlegung ein, dass jede Maßnahme darauf geprüft werden müsse, ob sie den Interessen der Investor_innen widerspricht und Sanktionen nach sich zu ziehen droht. Dabei ist das Entwicklungsdenken ein wichtiger Faktor in der Disziplinierung dieser Rechtssubjekte, die sowohl für die auf völkerrechtlicher Ebene konstituierten Staaten als auch in ihrem Innenverhältnis wirkmächtig wird. (Pahuja 2011: 31) Entwicklung dient als die positive Leitideologie, als das Überziel, für dessen Erreichung auch die Beschwerden und Vorgaben des Investitionsrechts auf sich genommen werden. Sowohl Staaten als auch die Bevölkerung verinnerlicht diese Vorgaben und richten ihr eigenes Handeln danach aus. Entwicklung ist es auch, die die bevorzugte Stellung von Investor_innen aus dem Ausland rechtfertigt und es legitimiert, ihre Vormachtstellung in rechtliche Gefüge zu gießen.

In anderen Worten ist das Investitionsrecht also ein Ort, der auch außerjuridische Momente der Machtausübung konstituiert. Im Recht wird die Leitideologie Entwicklung verankert und reproduziert. Auch wenn diese Reproduktion selten explizit gemacht wird, so wird sie zumindest immer implizit mitgedacht. Das lässt sich am FET Standard durchexerzieren, der im Kern die im Kolonialismus etablierte Hierarchie fortschreibt und dem Ziel gewidmet ist, Schutz vor anderen/nicht westlichen/ rückständigen Rechtssystemen und deren Unsicherheiten zu bieten. Dabei ist er ein wichtiger Mechanismus um die Angleichung und Homogenisierung von nationalen Rechtsregimen zu erreichen, indem er Abweichungen vom völkerrechtlich normalen Maß an Vorhersehbarkeit und Entscheidungsspielräumen sanktioniert. Kommentator_innen machen indes kein Hehl aus dieser *civilising mission* des Investitionsrechts. So rechtfertigt beispielsweise Tietje

(2010: 13) die extensive Auslegung des FET Standards damit, dass dieses Vorgehen positive Effekte auf Rechtsstaatlichkeit in „Entwicklungsländern“ hätte. Entwicklung ist dabei der Mythos des Investitionsrechts, der dessen Mythologisierung ermöglicht, die durch die relationale Autonomie des Rechts gestützt wird.

4.5.3. Relationale Autonomie

Die relationale Autonomie des Rechts, also die spezifische Eigengesetzlichkeit bzw. die kommunikatorische Geschlossenheit des Rechts ist ein wichtiger Faktor, um den Anschein der Objektivität von rechtlichen Prozessen zu gewährleisten.

Betrachten wir die Genese des FET Standards, so sind die Tribunale in den einzelnen Entscheidungen bemüht, rechtliche Argumente für ihre Formulierung des Standards zu finden. Im Metalclad Fall ist das zum Beispiel die Verbindung von Art. 102 (allgemeine Transparenzzielsetzung des NAFTA) und Art. 1105 (FET) des NAFTA, die es ermöglicht, FET als Transparenzgebot zu formulieren.

Aber auch die Referenzen auf andere Entscheidungen stützen das Bild von Objektivität der Rechtsprechung und des Rechts. So sind zum Beispiel die Referenzen auf eine völkergewohnheitsrechtliche Praxis in Bezug auf gewisse Standards als der Versuch zu sehen, eine gewisse Auslegung von Investitionsabkommen zu rechtfertigen. Das VGR ist gem. der Definition des Art 38 IGH Statut aus zwei Elementen konstituiert, nämlich aus der Staatenpraxis und aus der *opinio iuris*. Der exakte Wortlaut des Art. 38 (1) ist folgender: „Der Gerichtshof, dessen Aufgabe es ist, die ihm unterbreiteten Streitigkeiten nach dem Völkerrecht zu entscheiden, wendet an (a) internationale Übereinkünfte allgemeiner oder besonderer Natur, in denen von den streitenden Staaten ausdrücklich anerkannte Regeln festgelegt sind; (b) das internationale Gewohnheitsrecht als Ausdruck einer allgemeinen, als Recht anerkannten Übung [...]“

Diese beiden Elemente dienen als Unterscheidungsmerkmale, die einfache Staatenübung oder soziale Praxis von Recht abgrenzen sollen. Die Staatenpraxis als objektives Merkmal muss aber, um operationalisierbar zu sein, auch an verschiedene Merkmale gebunden sein. Dazu gehören vor allem die Allgemeinheit, die Dauer, die Intensität und die Einheitlichkeit der Praxis. (Simma 2004: 33f)

Dabei steht vor allem die Dichte und die Einheitlichkeit der Übung im Gegensatz oder in einem Spannungsverhältnis mit der Dauer. Je kürzer die Dauer ist, umso höher muss Dichte und Einheitlichkeit der Übung sein, um eine bestimmte Praxis als einheitliche

Staatenpraxis rechtfertigen zu können. (Tudor 2008: 70f) Die Nordsee-Festlandsockel-Fälle⁴⁰ haben gezeigt, dass auch eine relativ kurze Zeit ausreichen kann, um von Staatenpraxis zu sprechen. Für das Investitionsrecht bedeutet das, dass sich auch in der durchaus kurzen Zeit seit den ersten Entscheidungen zum Investitionsrecht eine Staatenpraxis zu FET herausgebildet haben könnte.

Bezüglich der Allgemeinheit der Übung muss klargestellt werden, dass es genügt, wenn eine allgemeine Übung der Staatengemeinschaft entsteht und die vom in Frage stehenden VGR besonders betroffenen Staaten sich dieser Übung angeschlossen haben, wie aus den Festlandsockel Fällen klar wird. (Simma 2004: 33ff/ Tudor 2008: 71)

Zusätzlich zu dieser Staatenpraxis muss aber auch die *opinio iuris* vorhanden sein, das bedeutet, dass das Handeln der Staaten von der Überzeugung getragen sein muss, dass es ein Erfordernis des Völkerrechts ist, der Staatenübung entsprechend zu handeln. (Tudor 2008: 72f) Dieses quasi-psychologische Element festzustellen, scheint bei einem Staat eigentlich unmöglich zu sein. Die empirische Grundlage bilden bestimmte Handlungen, Meinungsäußerungen und Rechtfertigungen der relevanten staatlichen Organe. Beurteilt werden also „äußere Vorgänge, die auf ein bestimmtes *Rechtsbewusstsein* hinweisen.“ (Simma 2004: 36) Dieses Vorgehen ist besonders im Lotus Fall⁴¹ augenscheinlich geworden, wo die Rechtsüberzeugung direkt aus dem Staatenhandeln abgeleitet worden ist. (Simma 2004: 37)

Ein wichtiges Beispiel für eine auf das Völkergewohnheitsrecht gestützte Argumentation lässt sich in der RDC Entscheidung⁴² finden, die auf die Fälle der mexikanischen Abfallwirtschaft rekurriert. Die Railroad Development Corporation (RDC) verklagte die Republik Guatemala am 14. Juni 2007 unter dem ICSID Regime. Rechtliche Grundlage dafür war das Freihandelsabkommen zwischen der dominikanischen Republik, Zentralamerika und den USA (CAFTA oder CAFTA-DR). Streitgegenstand war ein Fruchtgenussvertrag, der 1997 zwischen RDC bzw. der guatemaltekischen Tochter „Ferroviás Guatemala“ (FVG) und der staatlichen Eisenbahngesellschaft „Ferrocarriles de Guatemala“ (Fegua) abgeschlossen worden war. Ein weiterer Vertrag über die Benützung des Eisenbahnequipments trat nie in Kraft. Ein zusätzlicher Vertrag aus dem Jahr 2003 war zudem strittig. Sachlicher Kern des Streits war die Annullierung des Vertrages über

40 *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark/Netherlands)*, Urteil vom 20. Februar 1949. I.C.J. Reports 1969, 3.

41 *Lotus Fall (Frankreich v Türkei)*, Urteil vom 9. Juli 1927.

42 *Railroad Development Corporation (RDC) v Republic of Guatemala*, Urteil vom 29. Juni 2012.

das bewegliche Gerät von Fegua durch die Regierung von Guatemala nach einem Gutachten des Höchstgerichtes, das erstellt wurde, weil FVG eine Klage gegen Fegua eingebracht hatte, die auf eine Verurteilung wegen Vertragsbruch gerichtet war. Fegua hatte nämlich nicht, wie von FVG verlangt, unrechtmäßig errichtete Behausungen entlang der Eisenbahnstrecke entfernen lassen und nach Angaben von FVG auch eine Zahlung in einen eingerichteten Fonds verweigert. (RDC v Guatemala, §§ 1, 30ff)

Nachdem im RDC Fall eine indirekte Enteignung von den Schiedsrichtern verneint wurde, ist der FET Standard noch bedeutsamer für die Verletzung des CAFTA. Die Klägerin bezieht sich in ihrer Klage zur Auslegung des Standards dabei ausdrücklich auf die Fälle Wastemanagement II und Tecmed und führt unter Referenz auf Metalclad und Tecmed auch das Transparenzerfordernis als zentral an. Die Republik Guatemala führt dahingegen an, dass FET nicht über den hier schon oben ausgearbeiteten IMS hinausgeht. (RDC v Guatemala, §§ 152, 158ff) Schon die Argumentationen der Parteien in diesem Fall drängen also auf die Frage hin, ob sich eine völkerrechtliche Praxis zum FET Standard entwickelt hat, oder nicht.

Hinzugefügt werden muss, dass Annexe zu CAFTA, die sich mit der Auslegung unter anderem von Art. 10 des Abkommens beschäftigen, ausdrücklich vorsehen, inwieweit Völkergewohnheitsrecht bei der Auslegung zu berücksichtigen ist. So lautet der hier nach dem Entscheidungstext des RDC Urteils zitierte Anhang B zu Art. 10 folgendermaßen:

The Parties confirm their shared understanding that “customary international law” generally and as specifically referenced in Articles 10.5, 10.6, and Annex 10-C results from a general and consistent practice of States that they follow from a sense of legal obligation. With regard to Article 10.5, the customary international law minimum standard of treatment of aliens refers to all customary international law principles that protect the economic rights and interests of aliens. (RDC v Guatemala, § 80)

Darüber hinaus wurde von Guatemala unter Verweis auf Glamis Gold auch vorgebracht, dass für die Beurteilung einer völkergewohnheitsrechtlichen Praxis zu FET nur Entscheidungen von Schiedsgerichten heranzuziehen sind, die selbst den Umfang des IMS beurteilt haben. In allen anderen Fällen fehle die Darstellung von Staatenpraxis in den Entscheidungen. (RDC v Guatemala, § 160)

Das Schiedsgericht merkt in seiner Entscheidung an, dass das Glamis Gold Argument deswegen nicht haltbar wäre, weil schon die Neer Entscheidung sich damit begnügt habe, VGR nicht nachzuweisen, sondern die Meinung der Kommentator_innen zu

übernehmen und sie ohne Nachweise noch zu erweitern. Zudem merkt es an, dass Entscheidungen von Schiedsgerichten sehr wohl zum Nachweis von VGR dienen könnten, weil eine ihrer Grundlagen ja die Äußerungen der Staatsvertreter_innen sind, die sowohl Staatenpraxis als auch *opinio iuris* widerspiegeln können. Auch die Mondev Entscheidung wird zitiert und mit ihr die Ansicht, dass sich auch der IMS entwickelt hat und nicht mit der Neer Entscheidung versteinert wurde. (RDC v Guatemala, §§ 216f)

Nachdem das Gericht also zum Schluss gekommen ist, dass VGR sehr wohl aus schiedsgerichtlichen Entscheidungen abzuleiten sei, bezieht es sich auf den Standard, der in vielen anderen Fällen auch zitiert wird, nämlich jenem, der sich aus Metalclad, Tecmed und Wastemanagement II ableiten lässt. (RDC v Guatemala, § 219) Das bedeutet, dass sich zumindest im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit ein gewisser Konsens über den Umfang von FET gefunden hat, der sich von Metalclad über Tecmed bis hin zu Wastemanagement II entwickelt hat und heute als eindeutig definiert gelten dürfte.

Dass dabei aber weder eine einheitliche Staatenpraxis noch *opinio iuris* nachgewiesen wird, unterstreicht den autoritären Charakter des Investitionsrechts. Argumentationen wie jene im RDC Fall erwecken den Anschein, als würde die relationale Autonomie des Rechts lediglich zum Schein aufrecht erhalten und dogmatische Grundsätze einfach mit Scheinargumenten wegdiskutiert werden. So bleibt das Investitionsrecht zwar selbstreferenziell, nimmt aber Argumente auf, die passend erscheinen ohne sie vorher einer kritischen Beleuchtung zu unterziehen. Schneiderman (2010) hat das zum Beispiel eindrucksvoll an der Tecmed Entscheidung aufgezeigt.

Ein möglicher, allerdings sehr radikaler Schluss aus dieser Erkenntnis wäre es, dem Investitionsrecht seine Rechtsqualität abzuerkennen, zumal von vielen Theoretiker_innen eben zumindest die relationale Autonomie als notwendiges Merkmal von Recht gefordert wird. (vgl. dazu unter 3.2.) In Zusammenschau aller Aspekte des Investitionsrechts kann aber gesagt werden, dass es ein Kennzeichen der neuen transnationalen Rechtsform ist, dass sie die strikt formalistischen Ansätze nationaler Verfassungen auch wegen eines fehlenden Äquivalentes dazu hinter sich lässt und in Bezug auf die Regelfindung dynamischer geworden ist. Damit schwindet aber eben die politisch-demokratische Legitimation des Rechts und sowohl der ausgeübte Zwang als auch die Herrschaftsform „transnationales Recht“ steht unter Argumentationsdruck.⁴³

⁴³ Diese Kritik ist es auch, die Anlass für verschiedene Lösungsansätze gegeben hat und unzählige Rechtswissenschaftler_innen beschäftigt. Hier sei nur auf einige wenige verwiesen: Sonja Buckel

5. Fazit

An Hand der eingangs formulierten Hypothesen könnten die Erkenntnisse dieser Arbeit also wie folgt zusammengefasst werden:

- (1) *Das Internationale Investitionsschutzrecht hat dazu beigetragen, dass sich eine transnationale Rechtsform herausgebildet hat bzw. ist Teil eines transnationalen Rechtsgefüges.*

Das Investitionsrecht steht in enger Verbindung mit der Herausbildung des internationalen Rechts wie wir es heute kennen und hat einen wichtigen Beitrag zu dessen Entwicklung geleistet. So war die Debatte um PSNR eine zentrale Auseinandersetzung des Völkerrechts, die sowohl die Struktur als auch den Inhalt völkerrechtlicher Regelungen wesentlich geprägt hat. Umgekehrt war die Debatte um PSNR, wie unter 2. ausführlich gezeigt wurde, schon durch das Völkerrecht vorstrukturiert. Die Dualität von politischen und ökonomischen Gremien in der Landschaft des Völkerrechts erfüllte eine wichtige Funktion in der Kanalisierung der Forderung nach PSNR und wirkte strukturell auf den Gegensatz von privat und öffentlich hin. Während durch die politischen Gremien der Vereinten Nationen der Universalismus von Forderungen, Grundsätzen und Regeln des Völkerrechts unterstrichen wurde und die Vereinten Nationen als gemeinsames Projekt von Partnern erschien, verblieb die Definitionsmacht über die Ausgestaltung des Konflikts bei den BWIs. In diesem für wirtschaftliche Fragen geschaffenen Rahmen wurde der Dualismus von öffentlich und privat zum zentralen Thema der Auseinandersetzung. Von den ersten Forderungen nach PSNR durch die Staaten des Südens bis zu

(2007: 310), Schneiderman (2010); für eine Demokratisierung von Innen zuletzt Teubner (2012).

der Auflösung des Konfliktes hat es dadurch eine Verschiebung von der Verteilungsgerechtigkeit hin zur Rechtmäßigkeit oder Rechtfertigung von öffentlichem Eigentum gegeben. Diese Zuspitzung der Debatte auf das Thema Enteignung bzw. Nationalisierung war notwendig, um die zentralen Logiken des Völkerrechts anwendbar zu machen und mündete schlussendlich im Investitionsrecht.

Das internationale Recht ist von der Debatte um privates und öffentliches Eigentum strukturiert. Das zeigen bereits die Auseinandersetzungen rund um die Schule von Salamanca, die zu Gunsten des Privateigentums entschieden wurde (vgl. oben unter 2.1). Vor diesem historischen und strukturellen Hintergrund ist klar, dass aus dem Verteilungs- ein Nationalisierungsdiskurs werden musste, um innerhalb der Institutionen des Völkerrechts verhandelt werden zu können. Gleichzeitig war der Ausgang der Debatte unter diesem Vorzeichen vorbestimmt. Denn auf Grundlage des Grundsatzes der Vertragsfreiheit und des Grundsatzes *pacta sunt servanda* folgte auf eine Nationalisierung denklogisch eine Entschädigung. Die Investor_innenrechte gerieten damit in den Blickkreis der Debatte. Das Investitionsrecht stellt in diesem Sinne die Durchsetzung der Vertragsfreiheit zwischen Staaten und Privaten sicher und sieht die Sanktionen vor, die bei einem Verstoß gegen Investor_innenrechte verhängt werden können.

Dabei ist es eben diese besondere Verbindung oder Überschneidung von Interessen, die dem Investitionsrecht seine Transnationalität verleiht. Die ersten wichtigen Nationalisierungsstreitigkeiten der 1920er Jahre waren nämlich noch internationales Recht im klassischen Sinne, d.h. Forderungen wurden auf Grund des diplomatischen Schutzrechts von Staaten im Namen ihrer Staatsangehörigen gegenüber anderen Staaten geltend gemacht. Das heutige Investitionsrecht weist aber eben das Spezifikum auf, dass die Interessen von Einzelnen direkt gegen einen Staat verteidigt werden können. In diesem Sinne rücken hier wirtschaftliche Interessen direkt mit öffentlichen Interessen zusammen und werden über das Investitionsrecht strukturell gekoppelt. Dadurch ergibt sich eine transnationale Kontrolle oder Überprüfung von Interessenserwägungen, die von nationalen Legislatur- und Verwaltungsapparaten getroffen werden. Die strukturelle Verbindung dieser transnationalen Kontrollinstanz mit einer transnationalen Ökonomie und Politik verdient dabei besondere Aufmerksamkeit.

(2) Am Beispiel des Investitionsrechts lässt sich zeigen, dass transnationales Recht, obwohl es hochgradig fragmentiert ist und gerade auf völkerrechtlicher Ebene kein einheitliches Rechtssystem als Pendant zu nationalen Rechtskörpern besteht, eine starke Verbindung zu Politik und Ökonomie aufweist, deren theoretische Konzeption entscheidend für den Ausgang einer Analyse ist.

Wichtiges Element des transnationalen Rechts ist, dass dem Recht kein Gesetzgeber gegenüber steht. Daraus folgt, dass die Rechtserzeugung nicht zentralisiert ist. Damit ist die Kopplung zur Politik eine andere als innerhalb von Nationalstaaten. Wie das staatliche Recht teilt aber auch das transnationale Recht eine relationale Autonomie, wie im vorherigen Abschnitt ausführlich besprochen wurde. Das bedeutet, dass ein (mehr oder weniger) kohärentes Verweisungssystem besteht, das rechtliches Handeln und rechtliche Entscheidungen strukturiert und bestimmt. Auch wenn die Dichte dieser Bindungen und Referenzen nicht gleich intensiv ist wie im nationalen Recht, folgt das transnationale Investitionsrecht rechtlichen Logiken und basiert auf der Unterscheidung von Recht und Nicht-Recht. Von Rechtsanwender_innen wird so etwa der Bedarf gesehen, ihre Argumente und Entscheidungen zu begründen und ein rechtliches Fundament dafür zu finden. Einzelne Abweichungen, wie die RDC Entscheidung stützen eher die These, dass die Bindung an Vorentscheidungen und rechtliche Konzepte zunehmend verdünnt ist. Sie belegen aber wohl nicht den gänzlich fehlenden Rechtscharakter des transnationalen Rechts.

Das Recht ist aber als Teil der gesellschaftlichen Totalität dabei nie völlig unabhängig vom Politischen oder Ökonomischen, sondern nur eine besondere Artikulation gesellschaftlicher Verhältnisse auf transnationaler Ebene. Die Gesamtheit des Produktionszusammenhangs ist im kapitalistischen Reproduktionszwang angelegt und die Trennung in die Trias Recht, Politik und Ökonomie beruht vor allem auf sozialer Konstruktion. Trotzdem ist diese Trennung wirkmächtig und strukturiert das Handeln der Akteur_innen.

Die Artikulation der gesellschaftlichen Widersprüche in der Rechtsform erfüllt bestimmte Funktionen. Die Rechtsförmigkeit der Grundsätze des Investitionsrechts drückt aus, dass ein Bedürfnis nach der Objektivierung und Operationalisierung von gesellschaftlichen Kräfteverhältnissen und ökonomischen Interessen besteht, um transnationale Kapitalinteressen abseits von bloßer Gewalt durchsetzbar zu machen. Zudem ist das Recht der Ort, an dem die Subjekte des Ökonomischen konstruiert

werden. Die Subjektivierung durch das Investitionsrecht stützt die Handlungsfähigkeit von Kapitalgesellschaften und natürlichen Personen, die als Investor_innen in Erscheinung treten und versieht sie mit ihren spezifischen Eigenschaften und Zuschreibungen und bettet sie so in das Bedeutungsgefüge des internationalen Rechts ein. Durch dieses Hineinstellen von juristischen und natürlichen Personen und ihren Interessen in das internationale Recht – was die Transnationalisierung des Rechts ausmacht – werden sie zudem direkt Teil der transzendentalen Erzählung von Wirtschaftswachstum und Entwicklung, der die internationale Sphäre speist und prägt. Damit wird im Recht die Stellung der Akteur_innen in Ökonomie und Politik sowie die Rechtfertigung für Handlungen derselben vorbestimmt und vorgeprägt. Gleichzeitig wird deren strukturelle Stellung in der Konfliktlösung vom zentralen Gegensatz des Völkerrechts geprägt. Die Trennung in öffentlich und privat bzw. die Institutionalisierung der Tauschgerechtigkeit lassen die Akteur_innen als „vereinzelte Monaden“ erscheinen, deren Interessen individualistische sind und zwingend im Widerspruch mit kollektiven Interessen stehen (Buckel 2007: 218f).

Die Kopplung an die politische Sphäre erfolgt indes über die Rechtserzeugung, die dezentralisiert ist und zwischen Staaten erfolgt. Dabei ist sie keiner direkten demokratischen Kontrolle unterstellt und hängt wesentlich vom Input aus Expert_innenzirkeln ab, die selbst individuelle Interessen an der Gestaltung des Investitionsrechts haben. Auch die politische Legitimation erfolgt über den transzendenten Diskurs von Entwicklung und Wirtschaftswachstum und stellt die Gestaltungsfreiheit außerhalb dieses Credos strukturell in Frage.

(3) *BITs könnten als „Kollisionsrecht“ verstanden werden, das die Entscheidung von Schiedsgerichten in den vorgelegten Streitigkeiten prägt und bestimmt, welches Recht bzw. welche dogmatischen Grundsätze in welchem Ausmaß berücksichtigt werden.*

Das Investitionsrecht liefert mit seinen zahlreichen allgemein formulierten Schutzstandards einen sehr weiten Interpretationsspielraum für die Rechtsanwendung. Exemplarisch wurde weiter oben (4.) die Entwicklung des FET Standards behandelt. Trotzdem zeigt sich, dass das Investitionsrecht von Referenzen auf andere Rechtsbereiche und allgemeine Grundsätze geprägt ist. Das Investitionsrecht verweist zum Beispiel ganz allgemein auf das internationale Recht. Gleichzeitig gibt es auch spezifische Verweise, wie auf den IMS, die dazu führen, dass das Investitionsrecht mit bestimmten

Inhalten gefüllt wird. Insofern ist das Investitionsrecht Kollisionsrecht, weil es Entscheidungen vorwegnimmt und festlegt, wie gesellschaftliche Widersprüche aufgelöst werden sollen. Indem Standards wie FET allgemein und inhaltsfrei formuliert sind und gleichzeitig ein allgemeiner Verweis auf das Völkerrecht dem Investitionsrecht inhärent ist, stellt das Investitionsrecht die Weichen für die Auflösung von Konfliktfällen in eine bestimmte Richtung. Oben wurde unter 4.6 schon ausführlich behandelt, dass dabei auch die Struktur des Völkerrechts nur bestimmte Entscheidungen zulässt, indem privates Eigentum vor öffentliches gestellt wird, die Vertragsfreiheit von Investor_innen umfassend geschützt ist und die Durchsetzung beider Prinzipien erklärtes Ziel des Investitionsrechts ist.

Wie weit der Interpretationsspielraum für die Rechtsanwender_innen dennoch ist, zeigt auch das Beispiel des FET Standards. Gerade der erwähnte Bezug auf den IMS wird von den Schiedsgerichten nicht immer respektiert, sogar wenn er ausdrücklich erfolgt, wie im Fall der FTC Auslegung zu Art. 1105 NAFTA. Das Investitionsrecht stellt also eher einen allgemeinen Bezugsrahmen zur Verfügung und lenkt die Diskussion durch Referenzen auf bestimmte Rechtsfragen wie die Beziehung von Standards zueinander oder die Rolle von Völkergewohnheitsrecht für die Interpretation von Klauseln. Der Ausgang dieser Kontroversen wird aber zu einem bedeutenden Teil von der Rechtsauffassung der Schiedsrichter_innen bestimmt und nicht umfassend in Vertragstexten oder Präjudizien determiniert.

Dass dabei trotzdem ein neoliberaler Konsens bevorzugt wird, wurde ja schon explizit gemacht und erklärt sich wohl auch aus dem Bezug zum Völkerrecht und dem kolonial/imperialistischen Bias, der dort verankert ist. Der Widerspruch zwischen Kapital- und Kollektivinteressen, der letztlich im Investitionsrecht verhandelt wird, wird durch den Bezug auf das internationale Recht zu Gunsten des Kapitals aufgelöst.

(4) *Die aktuellen Debatten um das Investitionsrecht und die starken Interessen der „Arbitration Industry“ (Eberhardt und Olivet 2012) lassen nicht darauf schließen, dass sich die transnationale Rechtsform der IIAs grundlegend ändern wird.*

Im Sinne einer Zukunftsprognose kann hier auf Gramsci und sein Hegemoniekonzept zurückgegriffen werden. Der hegemoniale Konsens im Recht zu Gunsten von Kapitalinteressen lässt keine Risse erkennen und wird über das Investitionsrecht strukturell abgesichert. Besonders in der Debatte um PSNR und in der historischen Analyse des

Völkerrechts zeigt sich der inhaltliche Bias deutlich, der durch die Erzählung von Entwicklung und Wirtschaftswachstum gestützt wird. Gleichzeitig stellt der durch das Investitionsrecht verwirklichte Zwangsapparat des transnationalen Rechts die Durchsetzung dieser Hegemonie sicher und bindet den Handlungsspielraum der betroffenen Staaten.

Vor allem vor dem Hintergrund, dass jüngere Untersuchungen zum Investitionsrecht festgestellt haben, dass die personelle Verquickung der sogenannten *arbitration industry* durchaus begründete Zweifel an der Objektivität der Schiedsrichter_innen aufkommen lässt, sind es gerade Standards wie FET, die einer großzügigen Interpretation offen stehen, die erkennen lassen, wie zugänglich das Investitionsrecht für die Interessen bestimmter Akteur_innen ist. (Eberhardt und Olivet 2012: 47) Die besondere Rolle der Schiedsrichter_innen und deren großer Ermessensspielraum wurde ja bereits ausführlich behandelt. Demokratisierungsforderungen für das Investitionsrecht und das transnationale oder globale Recht werden unterdessen vorwiegend in akademischen Diskursen aufgebracht. In den maßgebenden Foren der Arbitration industry finden sie keinen Eingang. (Eberhardt und Olivet 2012: 43f) Es deutet also wenig darauf hin, dass eine Verschiebung der Kräfteverhältnisse in näherer Zukunft wohl nicht zu erwarten ist.

In Bezug auf die eingangs gestellte Forschungsfrage *„Wie lässt sich das inter- oder transnationale Investitionsrecht in Mexiko theoretisch fassen und wie wirken die in den völkerrechtlichen Verträgen manifestierten Ideen über das Mittel der Schiedsgerichtsbarkeit auf die Gesellschaft Mexikos ein?“* kann daher zusammenfassend Folgendes gesagt werden:

Die mexikanische Gesellschaft wurde seit den 1990er Jahren tiefgreifend umstrukturiert. Im Zentrum dieser Umstrukturierung stehen Privatisierungen und der zunehmende Einfluss von transnationalen Konzernen. Zivilgesellschaftlicher Widerstand und politische Korrekturen gegen diese Entwicklung werden durch das Investitionsrecht in ihrem Handlungsspielraum beschränkt. Der Metalclad und der Tecmed Fall sind anschauliche Beispiele dafür, dass weder politische noch zivilgesellschaftliche Bestrebungen gegen die Schiedssprüche der ICSID Gremien bestand haben. Unter 4.4.3 wurde ausführlich dargestellt, dass sowohl zivilgesellschaftliche Initiativen mangels „Anschlussfähigkeit“ an die strategische Selektivität des Rechts als auch lokale und nationale Regierungen – allerdings gerade wegen der Einbindung in das Investitions-

rechtsregime – nur innerhalb der von Schiedsrichter_innen erlaubten Grenzen handlungsfähig bleiben.

Gleichzeitig zeigt sich an diesen Entscheidungen, dass das Recht den Ausgang von Konflikten maßgeblich mitbeeinflusst. Vom Investitionensrecht wird die Tatsache der Kapitalextraktion aus Mexiko in die Zentren des globalen Nordens nicht thematisiert oder thematisierbar. In diesem Sinne muss vielleicht noch über schon eingangs erwähnte Feststellung von Pia Eberhardt, dass das Investitionsrecht eine Panzerung des neoliberalen Konsens darstelle, hinaus gegangen werden. In rechtlicher Hinsicht stellt das Investitionsrecht nämlich sogar die Verunmöglichung einer gedanklichen Abweichung von individualistischen und neoliberalen Denkfiguren dar.

6. Literatur

- Anghie, Antony (2012): Die Evolution des Völkerrechts. Koloniale und postkoloniale Realitäten. In: Kritische Justiz 42, 1, 49–63.
- Balbus, Isaac D. (1977): Commodity form and legal form. An Essay on the „Relative Autonomy“ of the Law. In: Law and Social Review 11, 571–588.
- Biebricher, Thomas (2006): Macht und Recht. Foucault. In: Buckel, Sonja; Christensen, Ralph; Fischer-Lescano, Andreas (Hrsg.): Neue Theorien des Rechts. Stuttgart: Lucius & Lucius. 139–161.
- Buckel, Sonja (2003): Global „Non-State“. Überlegungen für eine materialistische Theorie des transnationalen Rechts. In: Buckel, Sonja; Dackweiler, Regina-Maria; Noppe, Ronald (Hrsg.): Formen und Felder politischer Intervention. Zur Relevanz von Staat und Steuerung. Münster: Westfälisches Dampfboot. 50–68.
- Buckel, Sonja (2006): Neo-Materialistische Rechtstheorie. In: Buckel, Sonja; Christensen, Ralph; Fischer-Lescano, Andreas (Hrsg.): Neue Theorien des Rechts. Stuttgart: Lucius & Lucius. 117–138.
- Buckel, Sonja (2007): Subjektivierung und Kohäsion. Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts. Weilerswist: Velbrück Wissenschaft.
- Calliess, Graf-Peter (2006): Systemtheorie. Luhmann/Teubner. In: Buckel, Sonja; Christensen, Ralph; Fischer-Lescano, Andreas (Hrsg.): Neue Theorien des Rechts. Stuttgart: Lucius & Lucius. 57–75.
- Collins, Stephen D. (2010): Indigenous rights and internal wars. The Chiapas conflict at 15 years. In: The Social Science Journal 47, 4, 773 – 788.
- Degele, Nina; Winkler, Gabriele (2007): Intersektionalität als Mehrebenenanalyse. http://www.tuhh.de/agentec/winker/pdf/Intersektionalitaet_Mehrebenen.pdf [Zugriff: 05.11.2013].
- Delbrück, Jost [Bearb.]; Dahm, Georg [Begr.] (2002): Der Staat und andere Völkerrechts-

subjekte. Räume unter internationaler Verwaltung. 2., völlig neu bearb. Aufl. Berlin [u.a.]: de Gruyter.

Dolzer, Rudolf; Schreuer, Christoph (2008): Principles of international investment law. Oxford ua: Oxford University Press.

Dolzer, Rudolf; Schreuer, Christoph (2012): Principles of international investment law, 2. überarbeitete Aufl. Oxford ua: Oxford University Press.

Dolzer, Rudolf; Stevens, Margrete (1995): Bilateral investment treaties. The Hague ua: Nijhoff.

Eberhardt, Pia (2004): Internationales Recht und neoliberale Hegemonie am Beispiel internationaler Investitionsabkommen. Magisterarbeit, Universität Köln.

Eberhardt, Pia; Olivet, Cecilia (2012): Profiting from injustice. How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom. Amsterdam, Brüssel: CEO (=Corporate Europe Observatory).

Eberhardt, Pia; Olivet, Cecilia (2013): Arbitrators' Role in the recent investment arbitration boom. In: Investment Treaty News 3, 3, 16–18.

Esser, Josef (1975): Einführung in die materialistische Staatsanalyse. Frankfurt am Main [u.a.]: Campus-Verlag.

Feldbauer, Peter (1995): Mexiko und die historischen Wurzeln abhängiger Industrialisierung. In: Feldbauer, Peter; Gächter, August; Hardach, Gerd; u. a. (Hrsg.): Industrialisierung. Entwicklungsprozesse in Afrika, Asien und Lateinamerika. Wien: Brandes & Apsel. (Historische Sozialkunde) 173–191.

Fischer-Lescano, Andreas; Teubner, Gunther (2006a): Prozedurale Rechtstheorie. Wiethölter. In: Buckel, Sonja; Christensen, Ralph; Fischer-Lescano, Andreas (Hrsg.): Neue Theorien des Rechts. Stuttgart: Lucius & Lucius. 79–96.

Fischer-Lescano, Andreas; Teubner, Gunther (2006b): Regime-Kollisionen. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Forbes (o.A.): Carlos Slim Helu & Family. <http://www.forbes.com/profile/carlos-slim-helu/> [Zugriff: 4. April 2012].

Frankenberg, Günther (2006): Partisanen der Rechtskritik. Critical Legal Studies etc. In: Buckel, Sonja; Christensen, Ralph; Fischer-Lescano, Andreas (Hrsg.): Neue Theorien des Rechts. Stuttgart: Lucius & Lucius. 97–116.

Galeano, Eduardo (2012): Die offenen Adern Lateinamerikas. Wuppertal: Peter Hammer.

Gill, Stephen (2005): Conceptualizing the Global Restructuring of Public Services. Privatization, TRIPS & GATS. In: Juridikum 3, 127–132.

Ginsburg, Tom (2005): International Substitutes for Domestic Institutions. Bilateral Investment Treaties and Governance. In: International Review of Law and Economics 25, 1, 107 – 123.

- Gramsci, Antonio (1992): Gefängnishefte. Kritische Gesamtausgabe. Bd. 4. Hamburg: Argument-Verlag.
- Hardin, Garrett (1968): The Tragedy of the Commons. In: *Science* 162, 3859, 1243–1248.
- Hardt, Michael; Negri, Antonio (2002): *Empire*. Frankfurt am Main [u.a.]: Campus Verlag.
- Hirsch, Joachim (1995): *Der nationale Wettbewerbsstaat. Staat, Demokratie und Politik im globalen Kapitalismus*. Berlin: Ed. ID-Archiv.
- Imhof, Karen (2006): Revolution und Staatsbildung in Mexiko. In: Englert, Birgit; Grau, Ingeborg; Komlosy, Andrea (Hrsg.): *Nord-Süd-Beziehungen. Kolonialismen und Ansätze zu ihrer Überwindung*. Wien: Mandelbaum Verlag. 145–167.
- Kelsen, Hans (1992): *Reine Rechtslehre*. 2., vollst. neu bearb. u. erw. Aufl. 1960, 4. Nachdr. Wien: Österreichische Staatsdruckerei.
- Kill, T (2008): Don't cross the streams. Past and present overstatement of customary international law in connection with conventional fair and equitable treatment obligations. In: *Michigan Law Review* 106, 5, 853–880.
- Kläger, Roland (2011): „Fair and equitable treatment“ in international investment law. Cambridge: Cambridge University Press.
- Klinger, Cornelia (2003): Ungleichheit in den Verhältnissen Klasse, Rasse und Geschlecht. In: Knapp, Gudrun-Axeli; Wetterer, Angelika (Hrsg.): *Achsen der Differenz*. Münster: Westfälisches Dampfboot. 14–48.
- Koskeniemi, Martti (2011): Empire and International Law. The Real Spanish Contribution. In: *University of Toronto Law Journal* 61, 1, 1–36.
- Krajewski, Markus; Ceyssens, Jan (2007): Internationaler Investitionsschutz und innerstaatliche Regulierung. Eine Untersuchung anhand der bilateralen Investitionsabkommen Deutschlands. In: *Archiv des Völkerrechts* 45, 2, 180–216.
- Luhmann, Niklas (1995): *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Maihofer, Andrea (1992): *Das Recht bei Marx. Zur dialektischen Struktur von Gerechtigkeit, Menschenrechten und Recht*. Baden-Baden: Nomos.
- Miéville, China (2005): *Between equal rights. A Marxist theory of international law*. Leiden, Boston: Brill. (Historical materialism book series; 6).
- Mikler, John (2011): Sharing sovereignty for policy outcomes. In: *Policy and Society* 30, 3, 151–160.
- Neuhold, Hanspeter (2004): Die Grundregeln der zwischenstaatlichen Beziehungen. In: Neuhold, Hanspeter; Hummer, Waldemar; Schreuer, Christoph (Hrsg.): *Österreichisches Handbuch des Völkerrechts*. Wien: Manz. 349–391.
- Neumann, Franz L. (1977): *Behemoth. Struktur und Praxis des Nationalsozialismus 1933–1944*. Frankfurt am Main: Europäische Verlagsanstalt.

- Neumann, Franz (1980): Die Herrschaft des Gesetzes. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Neumayer, Eric; Spess, Laura (2005): Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries? In: World Development 33, 10, 1567–1585.
- Nussbaum, Martha C. (2006): Poverty and Human Functioning: Capabilities as Fundamental Entitlements. In: Grusky, David B.; Kanbur, Ravi (Hrsg.) Poverty and Inequality. Stanford: Stanford University Press. 47–76.
- Pahuja, Sundhaya (2011): Decolonising International Law. Development, Economic Growth and the Politics of Universality. Cambridge: Cambridge University Press.
- Paschukanis, Evgenij B. (1970): Allgemeine Rechtslehre und Marxismus. 3. Aufl. Frankfurt: Verl. Neue Kritik. (Archiv sozialistischer Literatur ; 3).
- Pichl, Maximilian (2012): Die Verrechtlichung der Welt - Ansätze einer postkolonialen Rechtstheorie. In: Kritische Justiz 45, 2, 131–143.
- Polanyi, Karl (2001): The great transformation. Politische und ökonomische Ursprünge von Gesellschaften und Wirtschaftssystemen. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Porterfield, Matthew C. (2013): A Distinction Without a Difference? The Interpretation of Fair and Equitable Treatment Under Customary International Law by Investment Tribunals. In: Investment Treaty News 3, 3, 3–5.
- Schacherreiter, Judith (2013): Propertization as a Civilizing and Modernizing Mission. Land and the Human Rights in the Colonial and Postcolonial World. In: Dhawan, Nikita (Hrsg.) Decolonizing Enlightenment. Transnational Justice, Human Rights and Democracy in a Postcolonial World. Opladen: Barbara Budrich Publishers. [Im Erscheinen].
- Scheppach, Maria (1991): Las siete partidas. Pfaffenweiler: Centaurus. (Reihe Rechtswissenschaft ; 107).
- Schill, Stephan W. (2011): W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law. In: European Journal of International Law 22, 3, 875–908.
- Schneiderman, David (2000): Investment Rules and the New Constitutionalism. In: Law & Social Inquiry. 25, 3, 757–787.
- Schneiderman, David (2010): Investing in Democracy? Political Process and International Investment Law. In: University of Toronto Law Journal 60, 4, 909–940.
- Schreuer, Christoph (2002): Paradigmenwechsel im Internationalen Investitionsrechts. In: Hummer, Waldemar (Hrsg.): Paradigmenwechsel im Völkerrecht zur Jahrtausendwende. Ansichten österreichischer Völkerrechtler zu aktuellen Problemlagen. Wien: Manz. 237–250.
- Schreuer, Christoph (2004): Das internationale Investitionsrecht. In: Neuhold,

- Hanspeter; Hummer, Waldemar; Schreuer, Christoph (Hrsg.): Österreichisches Handbuch des Völkerrechts. Wien: Manz. 490–501.
- Schröder, Thorsten (2013): Delaware, Liebling der Weltkonzerne. Zeit Online. 3.5.2013. <http://www.zeit.de/wirtschaft/2013-05/delaware-steuerparadies> [Zugriff: 11.6.2013]
- Simma, Bruno (2004): Das Völkergewohnheitsrecht. In: Neuhold, Hanspeter; Hummer, Waldemar; Schreuer, Christoph (Hrsg.): Österreichisches Handbuch des Völkerrechts. Wien: Manz. 33–44.
- Teubner, Gunther (1989): Recht als autopoietisches System. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Teubner, Gunther (1996): Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus. In: Rechtshistorisches Journal 15, , 255–290.
- Teubner, Gunther (2012): Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung. Berlin: Suhrkamp.
- Tienhaara, Kyla (2011): Once BITten, twice shy?: The uncertain future of ‘shared sovereignty’ in investment treaty arbitration. In: Policy and Society 30, 3, 185–196.
- Tietje, Christian (2010): Internationales Investitionsschutzrecht im Spannungsverhältnis von staatlicher Regelungsfreiheit und Schutz wirtschaftlicher Individualinteressen. In: Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht 93.
- Todorov, Tzvetan (1985): Die Eroberung Amerikas. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Tudor, Ioana (2008): The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment. Oxford: Oxford University Press.
- Vander Stichele, Myriam (2003): BITs and a WTO Investment Framework. SOMO. http://somo.nl/publications-en/Publication_359/?searchterm=BITS%20WTO [Zugriff: 7.11.2012]

7. Liste verwendeter Entscheidungen

ADF Group Inc. v. United States of America, Urteil vom 9. Jänner 2003, 6 ICSID Reports 470.

American Manufacoring & Trading v Democratic Republic of Congo, Urteil vom 21. Februar 1997.

Glamis Gold v United States, Urteil vom 8. Juni 2009.

Metalclad Corporation v United Mexican States, Urteil vom 30. August 2000.

Lotus Fall (Frankreich v Türkei), Urteil vom 9. Juli 1927.

Mondev International Limited v United States of America, Urteil vom 11. Oktober 2002.

Neer v Mexico, Urteil vom 15. Oktober 1926.

North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark/Netherlands), Urteil vom 20. Februar 1949. I.C.J. Reports 1969, 3.

Railroad Development Corporation (RDC) v Republic of Guatemala, Urteil vom 29. Juni 2012.

Robert Azinian v United Mexican States, Urteil vom 1. November 1999.

Técnicas Medioambientales TECMED S.A. v Republic of Mexico, Urteil vom 29. Mai 2003.

Wastemanagement II (Waste Management. Inc. v United Mexican States), Urteil vom 30. April 2004.

8. Anhang

8.1. Zusammenfassung

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit dem Investitionsrecht und dessen Rechtscharakter am Beispiel Mexikos. Im Zentrum der Überlegungen steht die Frage, wie sich das inter- oder transnationale Investitionsrecht in Mexiko theoretisch fassen lässt und wie die in den völkerrechtlichen Verträge manifestierten Ideen über das Mittel der Schiedsgerichtsbarkeit auf die Gesellschaft Mexikos einwirken.

Aus diesem Grund wird zunächst der historische Prozess der Staatswerdung und -konsolidierung Mexikos beleuchtet. Besondere Berücksichtigung finden dabei die Fragen nach der Eigentumsstruktur (öffentlich/privat) und nach dem kolonialen Erbe des Staates, das den Rahmen für die Entstehung des Investitionsrechts liefert. An Hand einer rechtshistorischen Analyse wird im selben Schritt die Entstehung und der Charakter des Investitionsrechts beleuchtet. Dabei wird klar, dass das Investitionsrecht stark im Völkerrecht verwurzelt ist und damit eine kolonial-imperialistische Prägung aufweist. Diese Struktur des internationalen Rechts wurzelt in der Trias von Privateigentum, Vertragsfreiheit und deren Bewehrung mit Zwang und hat sich über die Forderung nach permanenter Souveränität über natürliche Ressourcen, die von den Ländern des Südens ab den 1960er Jahren gestellt wurden, im Investitionsrecht materialisiert. Damit wird auf die transformative Kraft des Völkerrechts hingewiesen, das einen Umverteilungsdiskurs in einen Nationalisierungs- und Enteignungsdiskurs zu wandeln vermochte, der speziell im neoliberalisierten Mexiko seit den 1990er Jahren eine

zentrale Rolle eingenommen hat.

Diese Erkenntnisse werden in einem zweiten Schritt in ein theoretisches Konzept eingebettet, das sich besonders mit den Schnittstellen zwischen Recht, Politik und Ökonomie beschäftigt und deren Verbundenheit in der gesellschaftlichen Totalität unterstreicht. Mit Hilfe der materialistischen Rechtslehre werden theoretische Ansätze formuliert, die klarstellen, dass das Investitionsrecht transnationale Kräfteverhältnisse rechtsförmig artikuliert und wesentlich an der Konstruktion der Subjekte des Rechts beteiligt ist. Es wird versucht, die Geschichte des Investitionsrechts materialistisch zu deuten und herauszuarbeiten, dass auch transnationales Recht ganz eng mit politischer Führung und Macht gekoppelt ist.

Am Beispiel des investitionsrechtlichen Schutzstandards *fair and equitable treatment* und dessen historischer Genese wird schließlich herausgearbeitet, wie wirkmächtig die Strukturen des Völkerrechts in der schiedsrichterlichen Rechtsprechung sind. Dabei werden die Erkenntnisse aus den ersten Teilen einem empirischen Test unterzogen der zeigt, dass das Investitionsrecht eine strategische Selektivität zu Gunsten von transnationalen Kapitalinteressen aufweist.

8.2. Abstract

These pages contain reflections on the character of international investment law which deal with the example of Mexico. Central to these considerations is the question how international or transnational investment law can be theorized and how the ideas manifested in international contracts influence the mexican society through arbitration.

Initially the historical process of consolidation of independent statehood in Mexico is being illuminated. This especially includes the distribution of assets over time (private/public) and the colonial heritage of the mexican state which shaped the development of international investment law. The legal history of international investment law is used to point out the colonial and imperialistic roots and structure of international law itself. The elements of this structure can be identified as private property, freedom of contract and their enforcement. Through the claim for permanent sovereignty over natural ressources (PSNR), that was voiced by states of the south from the 1960ies onwards, this trias materialized in transnational investment law. The example of PSNR shows the transformative power of international law that convertet a discourse of redistribution into a discourse of nationalization and expropriation. This discourse especially influenced the neoliberal reconstruction of Mexico in the 1990ies.

In a second step this perceptions are cast into a theoretical concept. This concept particularly considers the interface of law, politics and economy and their unity in social totality. A materialistic approach towards law helps to clarify how international investment law articulates the transnational balance of powers in the legal form. This legal form is central to the construction of legal and non-legal subjects. The close connection of transnational law on the one side and power and political governance on the other side is interpreted in a materialistic way.

The example of the investment standard fair and equitable treatment and its emergence finally uncovers the structural power of international law manifested in arbitration. This example puts the perceptions of the first two parts to an empirical test and shows the strategical selectivity of transnational investment law in favour of the interests of transnational capital.

8.3. Lebenslauf

Johannes Samuel Ruppacher

geboren am 25.11.1987 in Klagenfurt

Bildungsweg

Jänner/Februar 2013

Erasmus Winter Universität zum Thema „Global Law – Text and Normativity“ in Frankfurt am Main

Seit März 2009

Individuelles Diplomstudium Internationale Entwicklung an der Universität Wien mit den Schwerpunkten Völkerrecht, Lateinamerika, materialistische Rechtslehre, Ungleichheitsforschung

Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien mit Schwerpunkten den Völkerrecht, Global Law

Juni 2007

Matura an der HTBLA Lastenstraße 1 in Klagenfurt

Berufserfahrung

Seit August 2013

Fachreferent bei VOLONTARIAT bewegt; Abwicklung von internationalen Volontariats-einsätzen

März 2011 bis Juni 2013

Tutor an der Forschungsplattform für Internationale Entwicklung mit Schwerpunkt Ungleichheitsforschung, Politische Ökonomie

Oktober 2010 bis Oktober 2011

Juristischer Mitarbeiter bei Niederhuber und Hager Rechtsanwälte GmbH

November 2007 bis November 2008

Zivilersatzdienst auf den Philippinen; Tätigkeit als Lehrer und Betreuer für Kinder zwischen 8 und 25 Jahren