

Maika Grosbusch

Besser als sein Ruf

Über die Kritik am internationalen Investitionsrecht und dessen notwendige Reform

Die Fälle Vattenfall und Philip Morris waren ausschlaggebend für die Popularisierung des Internationalen Investitionsrechts in der Presse. Was vorher nur wenigen Spezialisten ein Begriff war, wird nun im Zusammenhang mit den Verhandlungen zu TTIP zu einem der Hauptkritikpunkte. Doch worum es dabei geht, wird oft nur undifferenziert dargestellt – auch weil es ein technisches Thema ist. Dabei wäre ein konstruktiver Dialog mit Einbezug einer wohl informierten Öffentlichkeit nötig, um die tatsächlichen Probleme des Investitionsrechts lösen zu können.

Worum es geht

Internationales Investitionsrecht ist Teil des Völkerrechts. Es besteht aus bi- oder multilateralen Verträgen, die Staaten untereinander abschließen, um ausländische Investoren anzuziehen. Zu Beginn wurden diese zwischen Schwellenländern und Industriestaaten abgeschlossen, um die rechtlichen Bedingungen für einen Entwicklungsbeitrag durch ausländische Investitionen etwa in Straßenbau¹, oder Hotelbetriebe² zu schaffen. Da jene Staaten, die Kapital importierten, aber oft von politischer Instabilität geprägt waren, brauchte es ein Mittel, um das Risiko für die Investoren zu begrenzen. Die klassischen völkerrechtlichen Schlichtungsmethoden beschränken sich jedoch auf Streitfälle zwischen Staaten und nehmen sehr viel Zeit in Anspruch.

Um Investoren zu ermöglichen, ihre Interessen unabhängig von ihrem Herkunftsstaat zu verteidigen, entwickelte sich das Investitionsschiedsverfahren als

Schiedsverfahren sind eine an sich bewährte und sehr nützliche Schlichtungsform, und bergen für die Konfliktparteien viele Vorteile [...]

eine annehmbare Lösung für sämtliche Beteiligten. Die oft ineffektiven Gerichte des Empfängerstaates werden entlastet, da der Investor nicht zur Rechtswegerschöpfung gezwungen ist. Ebenso braucht der Investor nicht auf die Möglichkeit der Fürsprache seines Herkunftsstaates zu vertrauen, um eventuelle Streitfälle an seiner statt zu lösen. Für den Empfängerstaat kann ein Schiedsverfahren dazu beitragen, die eigene Gesetzgebung international zu legitimieren. Die Vertragsstaaten selbst wiederum vermeiden es, ihre politischen Beziehungen durch antagonistische Verfahren vor dem Internationalen Gerichtshof zu gefährden. Das Schlichtungszentrum der Weltbank (ICSID) und Ad-hoc-Verfahren unter den UNCITRAL-Regeln³ setzen die in den Verfahrensstandards fest, und gestehen sowohl den Investoren als auch den Staaten gleiche Rechte zu. Soweit die Theorie. Mittlerweile haben aber auch wirtschaft-

lich ähnlich starke Staaten untereinander Investitionsschutzverträge abgeschlossen. Diese Entwicklung zeigt, dass die Schiedsverfahren sich als Instrument durchgesetzt haben.

Die derzeit von der EU verhandelten TTIP- und CETA-Abkommen sehen diese Schlichtungsform auch vor. Da sie noch in der Verhandlungsphase sind, ist grundsätzlich wenig über die Modalitäten bekannt, wobei spekuliert wird, dass das NAFTA-Modell und damit das alte System beibehalten werden soll.

Doch spätestens mit der Staatspleite Argentiniens und den daraus entstandenen Schiedsverfahren ist aber klar, dass das aktuelle System nicht in allen Fällen so funktioniert, wie es erdacht wurde. Auch der ICSID-Austritt mehrerer lateinamerikanischer Staaten zeigt, dass dringender Reformbedarf besteht.

Panikmache

Den Begriffen Investitionsschutz und Schiedsverfahren sind in den letzten Mo-

Maika Grosbusch hat einen Masterabschluss (LLM) in EU-Wirtschaftskriminalität der Universität Luxemburg und ist Autorin einer Abschlussarbeit zur Erlangung des LLM-Grades an der Universität Stockholm über die „Aktuelle Problematik und Zukunft Staatlicher Gegenklagen in Investitionsverfahren“.

naten viele Horroreigenschaften ange-dichtet worden. Die aus der deutschen Energiewende hervorgegangene Klage des schwedischen Konzerns Vattenfall und die Versuche des Tabakgiganten Philip Morris die „plain packaging“ Gesetzgebung Australiens und Uruguays zu stürzen, sind die wohl derzeit bekanntesten Investitionsschiedsverfahren. Darauf aufbauend, wurde diese Art von Verfahren vielerorts als ein lukratives und geheimes Geschäft⁴ von Pro-Business Topanwälten dargestellt.⁵ Diese würden solche Schiedsverfahren nutzen, um nach eigenem Interesse legitime Staatsmaßnahmen außer Kraft zu setzen, und sich mittels Steuergeldern eine goldene Nase zu verdienen. Als Quelle dienen dabei die „Reports“⁷ des Corporate Europe Observatory und des „Transnational Institute“. Diese Berichte sind jedoch mit Vorsicht zu genießen, sei es nur, weil die Autoren sich als „Activist Researchers“ verstehen, was ihrer Objektivität Abbruch tut. Man sollte es ihnen jedoch zugutehalten, dass sie so das Internationale Investitionsrecht ins Licht der Öffentlichkeit rücken. Der Preis einer solch einseitigen Berichterstattung ist jedoch, dass die tatsächlich dringend zu lösenden Probleme gar nicht erst thematisiert werden.

Zwar führen diese Studien zu Recht das sogenannte „Treaty Shopping“ als Problem an. Diese Praxis besteht darin, dass sich vor allem Großkonzerne über ihre internationalen Strukturen die Verträge aussuchen, die im Streitfall am ehesten zu ihren Gunsten ausgelegt werden können. Sie sind aber an anderer Stelle der Marketingmaschine vieler spezialisierter Kanzleien aufgesessen, die – zur Wahrung ihrer Klientel – in jeder Gesetzesänderung die Möglichkeit einer Klage wittern.

Die eigentlichen Probleme

Jedoch sind es weniger die Kanzleien und Schiedsrichter, die für die wirklich schwerwiegenden Probleme zur Verantwortung gezogen werden müssen, die sich in Investitionsschutzverträgen ihre eigenen Rechte beschneiden.

Während sowohl ICSID- als auch die UNCITRAL-Regeln Staat und Investor auf eine Stufe stellen, d. h. ihnen die gleichen prozeduralen Rechte einräumen,

sieht dies bei Investitionsschutzverträgen ganz anders aus. Diese sehen meist eine Schlichtung mittels Schiedsverfahren nur vor, wenn es um eine Nichteinhaltung der Verpflichtungen des Staates gegenüber dem Investor geht, nicht aber für den umgekehrten Fall. Ebenso verlangen diese Verträge nicht zwingend die Gesetzeskonformität der Investition (und wenn, dann nur zum Entstehungszeitpunkt der Investition, nicht aber in deren nachträglicher Führung).

Dieses Ungleichgewicht ist eine schwerwiegende Einschränkung der Rechte des Staates. Es ist historisch durch die ungleiche Machtverteilung zwischen Staat (mit Staatsapparat) und Investor zu erklären. Somit wurden Investitionsverfahren zu einer Art Handicaprennen, bei welchen ein schwererer Stand der stärkeren Partei vor dem Schiedsgericht das Machtverhältnis zur Schwächeren ausgleicht. Eine Folge der Globalisierung ist jedoch das vermehrte Aufkommen von Großkonzernen, die zwar nicht die Staatsmacht, aber das Kapital auf ihrer Seite haben und somit das Pendel weit zu ihren Gunsten ausschlagen lassen. Die Einseitigkeit der Prozedur ist ganz klar nicht mehr der heutigen Situation angepasst.

Die Furcht vor ungeahndeten Umweltschutz- und Menschenrechtsverstößen ist durchaus berechtigt. Fehlritte der Investoren können kaum mittels Schiedsverfahren geahndet werden, und nur selten kann eine Illegalität im Verhalten des Investors den Schutz aufheben, den ein Investitionsvertrag bietet. Der Staat kann das Verhalten von Investoren nicht international geltend machen, da er die Möglichkeit dazu nicht in den Investitionsschutzverträgen vorgesehen hat. Was nun?

Der Investor unterliegt nur dem nationalen Recht des Empfängerstaates, nicht aber völkerrechtlichen Normen. Als Nicht-Staat kann er nur Objekt oder höchstens bedingtes Subjekt des Völkerrechts sein, d. h. er kann zwar Rechte aber keine Pflichten auferlegt bekommen.⁸ Ausschließlich nationalrechtliche Verstöße können, falls es der Investitionsvertrag nicht explizit anders vorsieht, nur vor nationalen Gerichten verhandelt und nicht von einem Schiedsgericht geahndet werden.

Derzeit gibt es jedoch kaum Möglichkeiten, einen Investor international zur Rechenschaft zu ziehen. Die Staaten haben es versäumt, einen klaren Wortlaut für

Cité judiciaire / CC – by – sa 3.0



ihre Verträge zu finden, der vom Investor die Einhaltung innerstaatlichen Rechts erfordern würde. Aus diesem Grunde ist es unabdingbar, bindende Instrumente im Völkerrecht zu schaffen, die Großkonzerne zu bedingten Subjekten des Völkerrechts machen. Auf diesem Wege würde festgelegt, welche Auflagen Unternehmen – sei es im Bezug auf Menschenrechte oder Umweltschutz – einzuhalten haben. Könnten Investoren international zur Verantwortung gezogen werden, würde bereits die Angst vor globaler Rufschädigung eine Compliancebereitschaft hervorrufen.

Dies erfordert aber, dass alle Staaten an einem Strang ziehen, damit keine Schlupflöcher entstehen, mittels derer sich Großkonzerne aus der Verantwortung stehlen. Solche internationalen Rechtsmittel würden es auch Schiedsgerichten ermöglichen, über staatliche Gegenklagen zu entscheiden.

Derzeit laufen Staaten mit Gegenklagen jedoch gegen die Wand. In Schiedsverfahren (eines davon unter einem Abkommen mit Luxemburger Beteiligung⁹) wird entweder darauf verwiesen, dass das Abkommen selbst die Möglichkeit zur Gegenklage des Staates nicht vorsieht, oder aber darauf, dass das Objekt der Gegenklage nicht zugelassen werden kann. Bisherlang hatte noch kein Staat mit einer aus dem Investitionsabkommen abgeleiteten Gegenklage Erfolg – schlicht deshalb, weil der Investor unter solchen Abkommen keine konkrete Verantwortung trägt.

Lösungsvorschläge

Schiedsverfahren sind eine an sich bewährte und sehr nützliche Schlichtungsform, und bergen für die Konfliktparteien viele Vorteile: Dazu zählen maßgeschneiderte Verfahren sowie eine einfache Anerkennung und Vollstreckung der Schiedssprüche im Ausland, was bisher mit nationalen Gerichtsurteilen nicht in dem Maße möglich ist. Deshalb sollte nicht an der Abschaffung, sondern an einer grundlegenden Reform des Investitionsschutzes gearbeitet werden.

Die TTIP-Gegner versäumen es den wichtigsten Punkt anzuprangern: Investitionsschutz und Schiedsverfahren in TTIP/

CETA sind nicht bahnbrechend genug. Wenn die Transatlantische Partnerschaft zum neuen Standard in Sachen Freihandels- und Investitionsabkommen werden soll, dann braucht es substantiellere Neuerungen als nur eine Abwandlung des NAFTA-Systems. Zwar gewinnen Staaten wieder etwas Land, indem sie für Schiedsgerichte bindende Interpretationshilfen ausarbeiten können, jedoch bleibt für den Rest alles beim Alten.

Dabei gibt es bereits ein Beispiel für ein Investitionsschutzregime, das der Sorge der Öffentlichkeit um Umwelt und Menschenrechte Rechnung trägt: das COMESA-Investitionsabkommen.¹⁰ Dieser derzeit noch einsame Vorreiter¹¹ des verantwortungsbewussten Investitionswesens sieht vor, dass der Investor sich zu jeder Zeit an die interne Gesetzgebung halten muss, um vom Schutz des Abkommens zu profitieren. Dadurch führen Verstöße des Investors gegen z. B. Umweltauflagen oder Antikorruptionsgesetzgebung zu einer schnellen und entschiedeneren Abweisung des Falles durch ein Schiedsgericht, als dies jetzt der Fall ist.

Deshalb sollte es der Öffentlichkeit mehr daran gelegen sein, neue Investitionsverträge abzuschließen, die den realen Problemen Rechnung tragen, statt das Schiedswesen pauschal zu verteufeln. Das IISD-Modellübereinkommen¹² sowie das COMESA-Abkommen zeigen bereits jetzt, dass es anders geht. Mittels leichter Abwandlungen im Wortlaut von Abkommen können Staaten ihre Rechte in Schiedsverfahren wiederherstellen, um z. B. die Wahrung ihrer Gesetzgebung zu gewährleisten und international einzuklagen. Eine entschiedener Haltung der Staaten könnte letztendlich auch eine internationale Verantwortlichkeit von Großkonzernen durchsetzen. So könnte das Fehlverhalten von Investoren einfacher geahndet werden. Dies alles erfordert jedoch eine informierte Öffentlichkeit, die bereit ist, konstruktiv solche Reformen zu verlangen. ♦

1 Salini Costruttori S.P.A and Italstrade S.P.A v Kingdom of Morocco, 23. Juli 2001, ARB/00/4, ICSID

2 Wena Hotels Ltd. V Arab Republic of Egypt, 8. Dezember 2000, ARB/98/4, ICSID

3 UNCITRAL - United Nations Commission on International Trade Law hat im Jahre 1976 ein umfassendes

Regelwerk verfasst, das nicht institutionsgebundene Schiedsverfahren sowohl im Handels- als auch im Investitionsbereich regelt. Dieses Regelwerk wurde zuletzt 2013 überholt, und 2014 um die Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration erweitert.

4 Ein Großteil der Investitionsschiedssprüche ist mittlerweile u.a. über folgende Internetplattformen einsehbar: www.icsid.worldbank.org, www.italaw.com, sowie www.investment-law-digest.com

5 Die bekanntesten und meist zitierten Schiedsrichter, Anwälte und Experten sind Völkerrechtler, die ihre Entscheidungen sehr wohl auf völkerrechtlichen Normen gründen, und nehmen sowohl Rechtssprüche des IGH als auch die anderer Investitionsschiedsgerichte als Entscheidungshilfe um gleiche Begebenheiten gleich zu behandeln. Der Druck auf die Schiedsrichter ist groß, Transparenz sowie Interessenkonfliktvermeidung werden im Schiedswesen sehr groß geschrieben. Ein Schiedsrichter kann sich keine Fehlritte erlauben, ist es doch seine Unabhängigkeit, die sein Einkommen sichert. Ein Schiedsrichter, dessen Ruf Befangtheit anhaftet, wird nicht mehr als solcher nominiert.

6 Es sind illegitime und diskriminatorische Staatsmassnahmen, die hier geahndet wurden, nicht die legitime Ausübung der Staatsgewalt.

7 *Profiting from Injustice* (2012), sowie *Profiting from Crisis* (2014) erschienen bei Nouvelles Imprimeries Havaux.

8 Mit Ausnahme des Internationalen Strafrechts.

9 Antoine Goetz & Others and S.A. Affinage des Metaux v République du Burundi, 21. Juni 2012, ARB/95/2, ICSID

10 Investment Agreement for the COMESA (Common Market for Eastern and Southern Africa) Common Investment Area, 2007

11 Einziges rechtskräftiges Beispiel. Das IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development, von April 2005, (einsehbar u.a. auf www.iisd.org) ist eine Vorlage der sich Investitionsabkommen verhandelnde Staaten bedienen können, ist aber in seiner aktuellen Form nicht bindend.

12 Das International Institute for Sustainable Development ist ein in Kanada ansässiges Institut welches sich u.a. mit der Nachhaltigkeit im Investitionswesen beschäftigt.