

Investor-Staat-Streitschlichtungsverfahren
an einem kritischen Wendepunkt

175

Elisabeth Beer

*Abteilung EU & Inter-
nationales, Arbeiter-
kammer Wien*

Auszug aus WISO 1/2017

isw

Institut für Sozial- und Wirtschaftswissenschaften

Volksgartenstraße 40

A-4020 Linz, Austria

Tel.: +43 (0)732 66 92 73, Fax: +43 (0)732 66 92 73 - 2889

E-Mail: wiso@isw-linz.at

Internet: www.isw-linz.at

Investor-Staat-Streitschlichtungsverfahren an einem kritischen Wendepunkt

1. Die Kommission will ein permanentes Investitionsschiedsgericht durchsetzen

Nach massiver Kritik an privilegierten Konzernklagerechten in Freihandelsabkommen der EU mit USA (TTIP) und Kanada (CETA) hat die Europäische Kommission 2014 die TTIP-Verhandlungen zu diesem Thema unterbrochen und eine öffentliche Konsultation durchgeführt. Das Ergebnis¹ war eindeutig: eine überwältigende Mehrheit lehnt Investor-Staat-Streitverfahren (ISDS) in europäischen Freihandelsabkommen ab. Nichtsdestotrotz hat die Kommission die Verhandlungen mit den USA auf Basis eines reformierten Investitionsschutzansatzes fortgeführt. Gleichzeitig hat sie angekündigt, gemeinsam mit anderen Ländern die Arbeit an einem permanenten internationalen Investitionsgericht aufzunehmen. Dieses soll den umstrittenen „alten“ ISDS-Mechanismus² voll und ganz durch ein modernes, wirksames, transparentes und unparteiisches System zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten auf internationaler Ebene ersetzen.³ Die Kommission leugnet die Kernkritikpunkte am alten ISDS-System wie Intransparenz, Parteilichkeit der Schiedsrichter, Rechtsunsicherheit aufgrund widersprüchlicher Auslegung und keine Berufungsmöglichkeit nicht. Ihre Strategie ist aber eine vermeintliche Reform, zu der sie eine weitere öffentliche Konsultation⁴ eingeleitet hat. Bis Juni 2017 will sie das Mandat für Verhandlungen über ein multilaterales Investitionsschiedsgericht (MIC) von den Mitgliedstaaten erhalten.

Gewerkschaften und Zivilgesellschaft klar gegen Investor-Staat-Streitverfahren in Handelsabkommen

Das MIC soll dem bilateralen ISDS-Verfahren in CETA⁵ gleichen: Die Streitparteien können die Schiedsrichter nicht mehr wählen, sondern ein zuständiges Sekretariat benennt für den jeweiligen Streitfall das Schiedsgericht aus einem von den Staaten nominierten Schiedsrichter-Pool. Die Personen haben spezifischen Qualifikationsanforderungen zu genügen und sich einem Ethik-Code zu verpflichten, der Unparteilichkeit gewährleisten soll. Zusätzlich ist eine Berufungsinstanz vorgesehen, die Schiedssprüche aufheben bzw. korrigieren kann. Diese Neuerung soll mehr Rechtssicherheit bringen, da sich so mit der Zeit eine internationale Investitionsrechtsjudikatur herausbildet. Im Falle

ISDS kann nicht reformiert werden

des MIC steht zur Diskussion, auch nur eine Berufungsinstanz einzurichten, die Schiedssprüche des „alten“ privaten Ad-hoc-ISDS-Systems aufheben kann.

Kommission will mit reformierten Schiedsverfahren das alte ISDS retten

Nach Vorstellung der Kommission soll eine Vereinbarung über das MIC auf internationaler Ebene (u.U. im Rahmen der UNCTAD⁶) verhandelt werden. Die Mitgliedsländer können dann der MIC-Konvention beitreten, um zu bewirken, dass bei zukünftigen Konzernklagen das ISDS-Streitverfahren nicht mehr von den privaten Ad-hoc-Schiedsgerichten abgewickelt wird, sondern die MIC-Regeln angewendet werden. Der Vorteil wäre ein u.U. faireres Streitverfahren mit Berufungsmöglichkeit gegen den Schiedsspruch.

Die privaten Ad-hoc-Schiedsgerichte sind der Durchsetzungsmechanismus von weltweit rund 3.000 bilateralen Investitionsschutzabkommen. Diese wurden meist zwischen Industrie- und Entwicklungs- oder Transformationsländern abgeschlossen, um ausländische Investoren anzulocken. Die Staaten verpflichten sich zu weitreichenden und privilegierten Eigentumsrechten gegenüber ihren Investoren, die diese wiederum nicht vor nationalen Gerichten, sondern mittels ISDS-Sonderjustiz mit privaten Ad-hoc-Schiedsgerichten durchsetzen können.

2. Globalisierung am Wendepunkt: Menschen- und Umweltrechte versus Konzernrechte

*Leitlinie:
Priorisierung von Menschen- und Arbeitsrechten sowie Umweltzielen*

In der globalisierten Welt braucht es vordringlich ein System zur effektiven Durchsetzung von Menschenrechten (einschließlich Eigentumsrechte), sozialen Rechten und Umweltzielen zur Überwindung der Regulierungslücken und Vermeidung von Senkungswettlauf auf Kosten der Beschäftigten. Hingegen mangelt es nicht am Schutz privilegierter Rechte der Investoren.

Während die multinationalen Konzerne es schaffen, sich in Investitionsschutzabkommen Rechte gegenüber Staaten samt Entschädigungsmöglichkeiten zu sichern, gelten im umgekehrten Fall – wenn Unternehmen zu Tätern oder Komplizen von Menschen- und Arbeitsrechtsverletzungen werden – bloß Empfehlungen und freiwillige Selbstverpflichtungen als akzeptabel. Dies ist eine eklatante Ungleichbehandlung von Interessen, die dringend

eine Korrektur zu erfahren hat. Die Vorschläge der Kommission sind daher daran zu messen, ob sie der Bevorzugung von privaten Wirtschaftsinteressen gegenüber Menschen-, Arbeits- und Umweltrechten entgegenwirken. Die Leitlinie jeglicher Politik hat die Priorisierung der Menschenrechte zu sein.

Ein Vertreter Indiens hat auf einer UN-Menschenrechtsratsitzung die Problematik auf den Punkt gebracht: „When states are unable to enforce national laws with respect to the gross violations committed by business and hold them accountable due to the sheer size and clout of the transnational corporations, the international community must come together to seek justice for the victims of the violations committed by the transnational corporations.“⁷

Daher ist prioritär die Schaffung eines alternativen internationalen Gerichtshofs für Soziales und Umwelt zu behandeln, damit Gewerkschaften und Nichtregierungsorganisation, aber auch betroffene Personen von Menschenrechtsverletzungen durch Unternehmen – in der Wertschöpfungskette – ihre Anliegen gegen Konzerne durchsetzen können. Für diese dringliche Aufgabe ist das MIC nicht geeignet, selbst wenn es auf die Schnelle auf Nachhaltigkeit ausgeweitet würde. Vielmehr ist hier auf die bereits laufenden Diskussionen in der vom UN-Menschenrechtsrat einberufenen Arbeitsgruppe „TNC-Treaty“ zu verweisen. Sie arbeitet an einem rechtsverbindlichen internationalen Abkommen, das insbesondere transnationale Unternehmen in ihrer Besonderheit regulieren, indem es etwa eine klare Rechtsverantwortung von Konzernen und deren Tochterunternehmen etabliert und Staaten auf eine Zusammenarbeit bei der Rechtsdurchsetzung verpflichtet.

UN-Arbeitsgruppe eingesetzt, um Abkommen mit verbindlichen Normen für transnationale Unternehmen zu verhandeln

3. MIC als strategisches Ablenkungsmanöver vom ursächlichen Problem

Auf den ersten Blick mag die ISDS-Reformagenda der Kommission vielleicht fortschrittlich wirken: Die umstrittenen privaten Sonderschiedsgerichte für Konzerne sollen durch neue Regeln ersetzt werden, die Berufungsmöglichkeit und damit mehr Rechtsstaatlichkeit vorsehen. Diese Analyse greift aber zu kurz und vernachlässigt maßgebliche Entwicklungen der jüngsten Zeit.

Der größte Kritikpunkt ist wohl, dass ein „besseres“ Verfahren der ISDS-Schiedsgerichtsbarkeit am ursächlichen Problem, nämlich dem Investitionsschutzregime, nichts ändert. Die Sonderrechte für Konzerne und die Sonderschiedsgerichte, mit denen multinationale Konzerne nationale Gerichte umgehen und Staaten direkt verklagen können, bleiben unverändert bestehen.

*bessere
Schiedsver-
fahrensregeln
ändern nichts an
den privilegierten
Konzernklage-
rechten*

Das mittlerweile stark umstrittene Investitionsschutzregime erweist sich zusehends als Auslaufmodell. Schwellenländer wie Indien, Südafrika und Indonesien haben ihre bilateralen Investitionsschutzabkommen bereits gekündigt. Hierfür waren aber nicht die ISDS-Schiedsverfahren ausschlaggebend, sondern die Länder wollen sich der Sonderpflichten gegenüber Konzernen entledigen und ihre Souveränität zurückgewinnen. Auch andere bedeutende Länder wie Mexiko, Türkei, Peru, Italien, Philippinen und Indonesien kritisieren die privilegierten Investitionsschutzklauseln. Mit ein Grund hierfür ist, dass die erwarteten wirtschaftlichen Wohlfahrtseffekte nicht eingetreten sind. Argumentiert und erwartet wurde, dass mit privilegiertem Investitionsschutz mehr ausländische Investoren ins Land kommen würden, die Arbeitsplätze und sozialen Wohlstand bringen. Dieser Zusammenhang kann selbst für Entwicklungsländer mit schwachem Rechtsstaat nicht nachgewiesen werden.

Nach Jahrzehnten der Deregulierung im Geist des Neoliberalismus scheint es vor allem Staaten des Globalen Südens unmöglich, international agierenden Unternehmen angesichts deren Wirtschaftsmacht, Größe und Ressourcenausstattung auf nationaler Ebene etwas entgegenzuhalten. Das Investitionsschutzregime hat sich als schlagkräftiges Instrument für Konzerne gegen Staaten erwiesen und wirkt daher negativ auf die sozio-ökonomische Entwicklung. Verabschieden Regierungen Sozial- und Umweltgesetze oder aber verweigern sie z.B. Bergbaukonzessionen im Interesse des Allgemeinwohls, klagen multinationale Konzerne oft auf hohe Schadensersatzzahlungen wegen indirekter Enteignung. Schon allein eine Klagedrohung wirkt einschüchternd auf Regulierungsinitiativen. Die zahlreichen ISDS-Klagen gegen umwelt- und sozialpolitische Regulierung sind ein Zeugnis dafür, dass sozial- und umweltpolitische Anliegen unter einem Investitionsschutzregime schwerer durchsetzbar sind. Daher ist es gerade bei weniger entwickel-

ten Ländern aus entwicklungspolitischer Sicht problematisch, Investorenrechte über sozial- und umweltpolitische Interessen zu stellen. Das europäische Engagement hat sich vielmehr auf den Auf- und Ausbau von rechtsstaatlichen Strukturen in diesen Ländern, nicht aber auf die Absicherung der Sonderjustiz von Konzernen, zu konzentrieren.

Rechtsstaatlichkeit der Länder ist zu stärken, nicht die Sonderjustiz der Konzerne

3.1 MIC ist kein Gericht und dient ausschließlich Konzernsonderrechten

Die Kommission möchte den Anschein erwecken, dass das MIC vergleichbar mit dem nationalen Gerichtssystem sei, um faire Verfahren zu suggerieren. In detaillierten Dokumenten spricht sie selbst aber von einem Tribunal, nicht von einem Gericht, und von dessen Mitgliedern, nicht Richtern. Das MIC ist ein privater Mechanismus in dem Sinn, als die Entscheidungsträger nicht Teil der Gerichtsbarkeit sind. Die Unparteilichkeit der Tribunalmitglieder ist so lange anzuzweifeln, als sie neben einem geringen Grundgehalt an den einzelnen Streitfällen verdienen. Das einseitige Investitionsschutzregime, nämlich dass nur Investoren, nicht aber Staaten Klagen vorbringen können, kann in Verbindung mit den Verdienstmöglichkeiten zur Voreingenommenheit führen.

MIC ist und bleibt ein Sonderschiedsgericht für Konzerninteressen

Zur Diskussion steht auch, die private Ad-hoc-ISDS-Schiedsgerichtsbarkeit der bilateralen Investitionsschutzabkommen (BITs) unangetastet zu lassen und das MIC nur als permanentes Berufungsschiedsgericht einzurichten, womit die Kommission von vornherein ihre Reformvorhaben zurücknimmt.

Die Sondergerichtsbarkeit für Konzerne, eine der zentralen Kritikpunkte am ISDS-Regime, wird in der laufenden Diskussion in keiner Weise hinterfragt, sondern im Gegenteil verfestigt. Die Schiedsrichter legen nach wie vor ausschließlich die Investitionsschutzklauseln der BITs aus. Sie prüfen z.B., ob die staatliche Verpflichtung, den Investor fair und gerecht zu behandeln, durch ein neues Gesetz im Sozial- oder Umweltbereich verletzt wurde und die Investition dadurch einen wirtschaftlichen Schaden (darunter fallen auch entgangene zukünftige Gewinne) erlitten hat. Der Anlass und die gesellschaftspolitisch gewünschte Wirkung, warum das Gesetz beschlossen wurde, findet in den Erwägungsgründen selten Beachtung. Menschen-,

Menschen- und Umweltrechte haben auch bei einem MIC keine Bedeutung

Arbeits- und Umweltrechte spielen, wenn überhaupt, nur eine untergeordnete Rolle. Auch sind die Schiedsrichter auf internationales Investitionsrecht, nicht aber z.B. Menschenrechte spezialisiert. Ein solches Sondertribunal tendiert unweigerlich zu einer Spezialisierung im jeweiligen Fachbereich, wobei berechnete Interessen Außenstehender übergangen werden. In rechtsstaatlichen Strukturen kommt den Höchstgerichten die Aufgabe zu, korrigierend einzugreifen. Doch dem MIC ist kein Höchstgericht (Europäischer Gerichtshof oder Europäischer Menschenrechtsgerichtshof etc.) übergeordnet, womit man dem absehbaren „Eigenleben“ nicht entgegenwirken kann. Daher ist es mit der von der Kommission propagierten Reform des ISDS-Regimes nicht weit her.

Investitionsschutzregime ist ein Auslaufmodell

3.2 MIC hat geringe Realisierungschancen

Die Kommission hat ihre Vorschläge zu einem permanenten Investitionsschiedsgericht bereits in unterschiedlichen Foren wie der OECD, UNCTAD und Weltbank zur Diskussion vorgelegt. Sie ist nur auf verhaltenes Interesse gestoßen, wobei politisch bedeutende Länder wie die USA, Japan, Brasilien, Indien und Argentinien große Skepsis gezeigt haben. Die einen (Japan und USA) haben mit dem derzeit bestehenden Regime keinerlei Probleme und sehen nur Nachteile im MIC: Die Möglichkeit der Berufung macht Schiedsverfahren tendenziell teurer und länger. Reformkritiker wie Japan führen auch ins Treffen, dass die MIC-Schiedssprüche nur gegenüber Unterzeichnerstaaten, die sich verpflichtet haben, den Schiedsspruch mit nationalen Gerichtsurteilen gleichzusetzten, durchsetzbar wären. Die anderen (z.B. Indien und Brasilien) wollen aufgrund ihrer Erfahrungen den Konzernen keine privilegierten Sonderklagerechte mehr einräumen. Die Kommission muss aber die Drittstaaten, mit denen die EU-Mitgliedsländer rund 1.500 BITs haben, von ihren Reformvorschlägen überzeugen, um ein MIC zu etablieren. Wie soll dies gelingen, wenn die großen Staaten von Anbeginn nicht dabei sein wollen?

Unterstützung in guter Regierungsführung ist nachhaltig ...

Die Kommission will die Entwicklungsländer mit Unterstützungsleistungen in konkreten Streitfällen gewinnen. Doch machen die Schiedsgerichtsverfahren selbst nur rund ein Fünftel der Prozesskosten von durchschnittlich 6 Millionen Euro aus, der Großteil entfällt auf Rechtsvertretung und Sachverständige. Unabhängig

von den Streitfällen haben die zukünftigen Mitgliedsländer die Kosten eines permanenten Schiedsgerichts⁸ zu tragen, was das Investitionsregime jedenfalls teurer macht. Die nachhaltigere Strategie wäre jedenfalls, die gute Regierungsführung in den Entwicklungsländern zu unterstützen und zu stärken, anstelle finanzielle Unterstützung in Aussicht zu stellen, um das Investitionsschutzregime zu festigen.

... und kommt allen zugute

Für die Kommission ist die sog. „Mauritius-Konvention“ das Modell, die privaten Ad-hoc-Schiedsgerichte in den bestehenden BITs durch das MIC zu reformieren. Die „Mauritius-Konvention“ wurde im Rahmen der UNCTAD verhandelt und regelt Transparenzanforderungen im Schiedsverfahren für bestehende BITs. Mit Unterzeichnung verpflichten sich die Staaten, die einzelnen ISDS-Klagen in einer öffentlich zugänglichen Datenbank zu dokumentieren, wobei der Kläger, die Klage sowie das Schiedsgericht bekanntzugeben sind. Die bisherigen Erfahrungen mit der Konvention, die im Vergleich nur Informationsverpflichtungen regelt, sind mehr als bescheiden: Seit 2015 haben nur Kanada und Mauritius von 150 Staaten diese ratifiziert. Selbst die EU⁹ hat noch nicht unterzeichnet! Bei der noch zu verhandelnden MIC-Konvention geht es aber um mehr als nur Informationspflichten, nämlich darum, ein Schiedsverfahren fairer zu regeln, womit die Staaten ihrer eigenen internationalisierten Wirtschaft Privilegien im Schiedsverfahren nehmen. Daher ist es noch fragwürdiger, ob Staaten eine solche Konvention unterzeichnen würden.

die Reform für mehr Transparenz im ISDS-Schiedsverfahren ist so gut wie gescheitert

4. Fazit

Die globalen Herausforderungen unserer Zeit sind nicht, die Konzerninteressen noch besser abzusichern, sondern die Regulierungslücke zu schließen, um mehr Gerechtigkeit zu ermöglichen. Die Nationalstaaten haben hingegen ihre Souveränität wiederzuerlangen, um die Menschen- und Umweltrechte effektiv durchsetzbar zu machen. Staaten wie Südafrika, Indien und auch Ecuador sind hier die Wegbereiter: Sie haben ihre BITs gekündigt und parallel dazu im Rahmen des UN-Menschenrechtsrates die Arbeitsgruppe für verbindliche Regulierung von transnationalen Unternehmen initiiert. Diese Länder sollten der EU ein Vorbild sein, wie die Globalisierung kooperativ und multilateral zum Wohl aller nachhaltig zu gestaltet ist. Viel wurde über *global governance*

Schwellenländer sind Pioniere: kündigen BITs und verhandeln verbindliche Normen für Multis

diskutiert – die Länder des Südens sind zur Tat geschritten und fordern die Menschenrechte, auch über die Grenzen hinweg durchsetzbar, ein. Diese Initiative ist konstruktiv voranzutreiben und die Ressourcen hierfür sind zu bündeln, nicht aber – wie von der EU praktiziert – mit einem Boykott der UN-Arbeitsgruppe „TNC-Treaty“ zu behindern oder aber mit vermeintlichen MIC-Reformdiskussionen davon abzulenken.

Anmerkungen

1. Im Zuge der öffentlichen Konsultation „ISDS in TTIP“ 2014 sind fast 150.000 Beiträge eingegangen, wobei die überwiegende Zahl der Antworten, nämlich 97 Prozent, ISDS in Freihandelsabkommen abgelehnt hat.
2. Siehe hierzu: Beer, Elisabeth (2015): Sonderklagerechte für Konzerne nicht reformierbar, in: WISO Nr. 1/15, 38. Jahrgang, Seite 15 ff.
3. Europäische Kommission – Pressemitteilung, Brüssel, 12. November 2015. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6059_de.htm (abgerufen 06.02.2017).
4. <https://ec.europa.eu/eusurvey/runner/mutlilateralinvestmentcourt> (abgerufen 07.02.2017).
5. In CETA heißt das Investor-Staat-Streitverfahren „Investment Court System“ (ICS).
6. UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development) wurde mit Sitz in Genf 1964 gegründet. Aufgaben sind die Förderung des Welthandels und der wirtschaftlichen Entwicklung.
7. <http://www.pmindiaun.org/pages?id=970> (abgerufen 09.02.2017). Sinngemäße Übersetzung: „Wenn Staaten nicht mehr fähig sind, nationale Gesetze zur Abwehr von massiven Menschenrechtsverletzungen durch die Wirtschaft zu verabschieden und Unternehmen zur Verantwortung zu ziehen, nur weil die transnationalen Unternehmen so groß und mächtig sind, dann hat die internationale Gemeinschaft sich zusammenschließen um Gerechtigkeit für die Opfer von multinationalen Konzernen zu schaffen.“
8. Allein ohne die Gehälter der Schiedsrichter ist von mindestens € 20 Millionen Kosten pro Jahr auszugehen.
9. Die EU ist Vertragspartnerin der sog. Energiecharta, die ausländischen Investoren Sonderklagerechte vor privaten Ad-hoc-Schiedsgerichten in 57 Ländern gewährt. Allein in 99 der 767 bekannten ISDS-Streitfällen klagten die Konzerne auf Grundlage der Energiecharta.