

Sonderklagerechte für Konzerne nicht reformierbar

1. Einleitung	16
2. Privilegierte Klagerechte multinationaler Konzerne und Finanzinvestoren in Investitionsabkommen	16
3. Stand der Dinge in Sachen europäischer Investitionspolitik	17
4. Argumente der ISDS-Befürworter kritisch hinterfragt	18
5. Ist das Investitionsschutzregime noch reformierbar?	27
6. Schlussfolgerungen	30

Elisabeth Beer

Abteilung EU & Internationales, Arbeiterkammer Wien

Auszug aus WISO 1/2015

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

1. Einleitung

Im Frühjahr dieses Jahres nimmt die Europäische Kommission (in Folge: die Kommission) einen neuen Anlauf, das Investor-Staat-Streitbeilegungsverfahren (ISDS) im Vorfeld von TTIP-Verhandlungen¹ mit der USA zu diskutieren. Sie will neue Reformansätze dem Europäischen Rat und dem Europäischen Parlament vorlegen, die auch ihren Weg in die Medien und kritische Öffentlichkeit finden werden. Nicht nur die Kommission, Wirtschaftslobbyisten² und Juristen, sondern auch internationale Organisationen wie die UNCTAD, OECD und das Weltwirtschaftsforum haben Reformdiskussionen und Initiativen gestartet, um der massiven Kritik der Öffentlichkeit zu begegnen und das Investitionsschutzregime zu retten.

Doch stellt sich zuerst die grundsätzliche Frage, ob die Sonderklagerechte von Konzernen als solche überhaupt demokratiepolitisch akzeptabel sind, bevor Verbesserungen im System diskutiert werden können. Die private Schiedsgerichtsbarkeit wird nicht nur von Arbeitnehmervertretern und der europäischen Zivilgesellschaft abgelehnt. Auch weltweit wächst der Unmut über die Macht der Konzerne, sich mit ISDS ihre private Verfassung zu schaffen. Dieser Artikel will dazu beitragen, die Diskussion zu versachlichen, indem er zum einen die Argumente der Befürworter von ISDS kritisch hinterfragt und zum anderen zu den vermeintlichen Reformansätzen der Kommission Stellung bezieht.

*weltweit wächst
Unmut über
Konzerne*

2. Privilegierte Klagerechte multinationaler Konzerne und Finanzinvestoren in Investitionsabkommen

Die Investitionsschutzabkommen sind keine neue Erfindung. Ab den 1970er-Jahren wurde es gang und gäbe, mit Entwicklungs- und Transformationsländern bilaterale Investitionsabkommen (BITs) abzuschließen. Insgesamt gibt es mehr als 3000 BITs. Allein Österreich hat 62 unterzeichnet. Lange Zeit schenkte die Öffentlichkeit dieser Realität wenig Aufmerksamkeit, weil die Schiedssprüche kaum publik wurden.

Gewerkschaften und Zivilgesellschaft haben indes sehr gute Arbeit geleistet: Denn ISDS und die private Schiedsgerichtsbarkeit werden insbesondere seit den Verhandlungen über Freihand-

delsabkommen mit Kanada (CETA) und den USA (TTIP) in der breiten Öffentlichkeit diskutiert.

Kritisiert wird, dass Investoren nationale Gerichte umgehen und direkt die Gaststaaten vor privaten, nicht-öffentlichen Ad-hoc-Schiedsgerichten auf Schadenersatzzahlungen klagen können, wenn sie sich ungerecht behandelt fühlen. Waren die Bestimmungen ursprünglich als Schutz vor Enteignung durch staatliche Willkür gedacht, so wird dieser Investitionsschutz heute sehr großzügig ausgelegt. Es ist zu gängiger Spruchpraxis geworden, dass ausländischen Investoren bei geänderten Rahmenbedingungen durch Umwelt-, Gesundheits-, Sozialgesetze etc. Schadenersatzzahlungen wegen indirekter Enteignung zugesprochen werden. Die Begründung: Die *legitimen Erwartungen* auf stabile Rahmenbedingungen wurden enttäuscht – in juristischer Diktion wurde der Vertrauensgrundsatz verletzt. Zu entschädigen sind Wertminderungen.

Investoren umgehen nationale Gerichte

Aber auch die Schiedsgerichte selbst sind in die öffentliche Kritik geraten, da ihre Arbeit intransparent ist, ihre Urteile inkonsistent sind und als Schiedsrichter meist profitgeleitete Anwälte aus einer Handvoll spezialisierter Kanzleien fungieren.

Kritikpunkte über Schiedsgerichte

3. Stand der Dinge in Sachen europäischer Investitionspolitik

Mit dem Lissabon-Vertrag hat die Kommission die Kompetenz, im Rahmen der Handelspolitik auch Investitionsschutzabkommen bzw. entsprechende Kapitel in Freihandelsverträgen abzuschließen. Diese sollen dann auch die BITs der Mitgliedstaaten ablösen. Die Mitgliedstaaten haben der Kommission ein Mandat für Verhandlungen von Investitionsschutzabkommen mit folgenden Ländern erteilt: Singapur, Japan, Vietnam, Indien, Kanada, USA, Marokko, Algerien, Myanmar und China. Mit Kanada wurden die Verhandlungen bereits abgeschlossen. Der CETA-Vertragstext³ liegt vor und dient als Grundlage für Analysen und Diskussionen und ist Blaupause für die laufenden Verhandlungen.⁴

Die massive Kritik der Öffentlichkeit hat die Kommission dazu veranlasst, Investitionsschutzverhandlungen mit den USA auszusetzen und eine öffentliche Online-Konsultation zu ISDS und TTIP im März 2014 einzuleiten. Diskussionsgrundlage waren

die als Reformansatz präsentierten Vertragsbestimmungen von CETA. Mitte Januar dieses Jahres hat die Kommission die lang erwartete Auswertung der fast 150.000 Antworten vorgelegt. So viele Rückmeldungen waren nur möglich, weil NRO sowie Arbeiterkammer und ÖGB zur Beantwortung der sehr technischen Fragen Online-Tools⁵ zur Verfügung stellten.

*trotz massiver
Kritik rückt Kom-
mission nicht
von ISDS ab*

Handelskommissarin Malmström konnte die meist ablehnenden Antworten nicht übergehen und gab zu: „Aus der Konsultation geht klar hervor, dass gegenüber ISDS äußerste Skepsis herrscht“.⁶ Aufgrund des Verhandlungsmandats rückt die Kommission nicht von ISDS ab, sieht aber Reformbedarf. Sie empfiehlt, zu Detailfragen wie Regulierungsrecht, Arbeitsweise der Schiedsgerichte, Verhältnis ISDS zu nationaler Gerichtsbarkeit und Berufungsmechanismen Beratungen aufzunehmen, und wird politische Empfehlungen im Frühjahr vorlegen.

Die signalisierte Diskussionsbereitschaft zu einzelnen Themen – nicht aber zur Grundsatzfrage ISDS ja oder nein – kann eine Hinhaltenaktik sein, bedenkt man, dass die Verhandlungen mit anderen Drittstaaten unverdrossen auf Grundlage des kritisierten CETA-Textes weitergeführt werden und das CETA-Abkommen als ausverhandelt gilt. Auch schränkt Kommissarin Malmström den Erfolg weiterer Reformen von vornherein ein, da diese die USA auch akzeptieren müsse.

4. Argumente der ISDS-Befürworter kritisch hinterfragt

In der jetzt folgenden Beratungsphase werden die Verfechter des ISDS-Systems ihre Argumente mit großer Vehemenz in Diskussionen und Medien vorbringen. Um ihnen begegnen zu können, sind diese kritisch zu hinterfragen. Im Folgenden werden die gängigen Argumente wiedergegeben, auf ihre Stichhaltigkeit geprüft und Fakten vorgelegt, um dem Mythos ISDS mit der Realität begegnen zu können.

4.1 „ISDS ist ein etabliertes internationales Recht“

Die zugrunde liegende Idee von ISDS war die Schaffung eines möglichst attraktiven Investitionsklimas für ausländische Investoren von Seiten der Entwicklungs- und Schwellenländer und die Entpolitisierung von Investitionsstreitigkeiten. Stand ursprünglich

der Schutz vor rechtswidriger Enteignung im Vordergrund und die Annahme, dass bei einer Klage die staatlichen Gerichte im Gastland parteiisch und von Regierungen abhängig wären, so hat sich im Laufe der Jahrzehnte die Klagepraxis ganz anders entwickelt.

Konzernklage gegen neue Regulierungen im Interesse des Gemeinwohls

Die erste von der Öffentlichkeit wahrgenommene Klage war die des US-Konzerns Ethyl gegen Kanada Ende der 1990er-Jahre. Als das kanadische Parlament aus Umwelt- und Gesundheitschutzgründen die Einfuhr und den Transport eines giftigen Benzinzusatzstoffes untersagte, klagte der US-Konzern auf Grundlage von NAFTA⁷ auf Schadenersatzzahlungen von 201 Mio. \$. Kanada ging einen Vergleich ein und verpflichtete sich, 13 Mio. \$ zu bezahlen sowie das Verbot zurückzuziehen.

erste öffentlich wahrgenommene Klage

Dieser Fall machte Schule und mittlerweile ist das Auseinanderfallen von gesellschaftspolitischem Fortschritt im Gastland und wirtschaftlichen Interessen des Investors der Hauptgrund für Streitfälle. Konzerne nutzen das Privileg, Regierungen zu verklagen, wenn sie durch Änderungen in der Politik die Rentabilitätsberechnungen ihrer Investition gefährdet sehen, wozu auch entgangene zukünftige Gewinne zählen. Weltweit wurden Regierungen von Industrie- sowie Entwicklungsländern aufgrund von Bergbauverbot, Umweltverträglichkeitsprüfungen, Sondermüllauflagen, Verbot schädlicher Chemikalien, Moratorien, Steuermaßnahmen, Konzessionsverträgen, Schuldenschnitt bei Staatspapieren, Beihilfenreduktion, Preisregelungen von Wasser oder Strom etc. verklagt.

Etablierung eines Geschäftszweigs: ISDS

In den letzten zwei Jahrzehnten sind nicht nur die Klagen, sondern auch Entschädigungsforderungen rasant angestiegen. Waren Ende der 1990er 38 Fälle bekannt (laut ICSID⁸-Datenbank), so wurden allein im Jahr 2012 58 neue Klagen registriert. Die UNCTAD hat insgesamt 608 bekannte Fälle bis 2014 gezählt. Da aber viele Schiedsgremien vertraulich sind, ist die Dunkelziffer wahrscheinlich noch viel höher. Hinsichtlich der zuerkannten Entschädigungsforderungen war die Summe von 2,3 Mrd. \$, die Ecuador dem U.S.-amerikanischen Öl-Multi Occidental 2012 zu

Klagen und Entschädigungszahlungen rasant gestiegen

zahlen hatte, bereits auf Unverständnis gestoßen. Diese entspricht der Größenordnung des jährlichen Gesundheitsbudgets. Das Urteil im Fall Yukos versus Russland 2014 hat eine neue Rekordsumme von 50 Mrd. \$ Entschädigung festgelegt.

Bei Einführung der Sonderklagerechte in BITs war diese für die Staaten bedrohliche Entwicklung weder absehbar noch intendiert. Daher ist es Aufgabe der Politik, korrigierend einzugreifen und die Abkommen zu kündigen. Direktor James Zhan, zuständig für Investitionspolitik bei der UNCTAD, hat jüngst trefflich gefordert, dass die Büchse der Pandora dringend geschlossen werden müsse.⁹ Länder wie Südafrika, Bolivien und Indonesien sind Vorreiter und haben ihre BITs gekündigt.

mit ISDS können sich multinationale Konzerne eine transnationale Verfassung schaffen

Es ist aber geradezu unverantwortlich und unakzeptabel, dieses Regime auf weitere Länder, insbesondere auf entwickelte Rechtsstaaten wie Kanada, USA, EU, Japan und Singapur auszuweiten. Mit ISDS können sich multinationale Konzerne eine transnationale Verfassung schaffen, massiv in die nationalen Regulierungsspielräume eingreifen und nationale Gesetze indirekt aushebeln.

4.2 „ISDS hebt keine Gesetze aus, sondern schützt nur vor entschädigungsloser Enteignung“

Im BIT zwischen Österreich und Algerien heißt es: „Investitionen eines Investors einer Vertragspartei dürfen im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei nicht verstaatlicht oder enteignet oder Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie Verstaatlichungen oder Enteignungen unterworfen werden, es sei denn zu einem Zweck von öffentlichem Interesse, aufgrund eines rechtmäßigen Verfahrens, auf der Grundlage der Nichtdiskriminierung und gegen Bezahlung einer umgehenden, angemessenen und effektiven Entschädigung“¹⁰. Diese Klausel ist in fast allen Investitionsabkommen gleichlautend enthalten. Im Klartext heißt das, dass wirtschaftliche Einbußen aufgrund neuer Gesetze oder Verordnungen bei bestehenden Investitionsprojekten potentiell zu entschädigen sind. Der Staat hat also Regulierungen im Interesse des Gemeinwohls dem multinationalen Konzern abzukaufen, womit ihre Verluste vergesellschaftet und Gewinne privatisiert werden.

Staat muss Regulierungen im Interesse des Gemeinwohls multinationalen Konzernen abkaufen

Es ist wohl richtig, dass die privaten Schiedsgerichte nur Entscheidungen bezüglich Entschädigungszahlungen treffen können, nicht aber die Kompetenz haben, nationale Gesetze aufzuheben, doch kann es tatsächlich darauf hinauslaufen.

Einschränkung der staatlichen Souveränität

Realpolitisch wirkt der ISDS-Mechanismus schon in der Androhung von Klagen, da die Staaten bei neuen Regulierungen im Interesse des Gemeinwohls zusehends hohe Prozesskosten und Klagerisiken zu fürchten haben. Viele Staaten können oder wollen sich die teuren Schiedsverfahren nicht leisten und unterlassen Regulierungsvorhaben von vornherein. In diesem Fall spricht man von *regulatory chill*, der Einschränkung des politischen Handlungsspielraums, um Klagen zu vermeiden. So etwa wollte Uruguay als erste Reaktion auf die Klage von Philip Morris auf Entschädigungszahlungen von 25 Mio. \$ wegen drohender Geschäftseinbußen aufgrund einer neuen Tabakkontrollpolitik das Gesetz zurückziehen. Auch wenn der öffentliche Aufschrei und die ausländischen Spenden zur Finanzierung der Prozesskosten den Rückzieher verhindert haben, demonstriert das Beispiel, welche Macht ISDS den Konzernen gibt.

„*regulatory chill*“

Aber nicht nur Länder des globalen Südens weichen vor Klagsdrohungen zurück. Die Studie „Verkaufte Demokratie“ zitiert einen kanadischen Regierungsbeamten: „Bei beinahe jeder neuen umweltpolitischen Maßnahme gab es von Kanzleien aus New York und Washington Briefe an die kanadische Regierung.(...) nahezu jede neue Initiative wurde ins Visier genommen und die meisten haben nie das Licht der Welt erblickt.“¹¹

Studie „*Verkaufte Demokratie*“

In 26 Prozent der Klagen einigen sich die Staaten mit den Klägern außerhalb des Schiedsprozesses, um die finanziellen, aber auch politischen Kosten zu minimieren. In diesen Fällen gehen die Staaten Kompromisse wie das Zurückziehen oder Beugen von Gesetzen ein. Deutschland hat dem schwedischen Energiekonzern Vattenfall in seiner ersten Klage das Zugeständnis gemacht, dass das in die Elbe abgeleitete Kühlwasser nicht soweit heruntergekühlt werden muss, wie eine EU-Richtlinie es vorschreibt. Jetzt droht Deutschland ein Vertragsverletzungsverfahren. Ähnlich hat Südafrika in der Klage des italienischen Granitbergbauunternehmens reagiert und im Vergleich der Granitindustrie

Vattenfall

Sonderregelungen im „Black Economic Empowerment“-Gesetz gewährt.¹² Die Beispiele demonstrieren plastisch, wie Konzerne ISDS einsetzen, um gegen ihnen unliebsame nationale Politiken vorzugehen.

4.3 „ISDS bietet notwendigen Schutz für heimische KMUs“

Gängiges Argument der Wirtschafts- und Anwaltsvertreter ist: „der Investorenschutz ermöglicht es österreichischen Unternehmen, welche im Ausland investieren, sich vor Diskriminierung und Enteignung zu schützen“¹³, wobei die Bedeutung von ISDS für KMUs hervorgehoben wird. Gerade im Zusammenhang mit TTIP wird gesagt, dass mittelständische Unternehmen es sich gar nicht leisten könnten, in den USA zu prozessieren, da Verfahren vor US-Gerichten ein umfangreiches pre-trial discovery vorsehen. In diesen Ermittlungsverfahren haben die Parteien wie auch Dritte umfassende Informationen zur Verfügung zu stellen und diese auch zu sichten. Hierfür müssten U.S.-amerikanische Anwälte engagiert werden, die sich mit den Rechtsgepflogenheiten vor Ort auskennen, was kostspielig ist.

Teure und lange Schiedsgerichtsverfahren

Dem ist entgegenzuhalten, dass auch beim ISDS im internationalen Investitionsrecht spezialisierte Anwälte, die sowohl als Schiedsrichter als auch als Berater tätig sind, arbeiten, deren Stundensätze 1.000 \$¹⁴ betragen können. Die durchschnittlichen Prozesskosten belaufen sich laut OECD im Schnitt auf 8 Mio. \$, oft sind sie viel höher, abhängig vom Streitwert und der Dauer des Prozesses. Da drängt sich die Frage auf, ob österreichische KMUs sich das überhaupt leisten können. Die WKO sagt dazu in ihrer Stellungnahme zur öffentlichen Konsultation: „Vor allem die Kosten von Schiedsverfahren sollten reduziert werden, da es für klein- und mittelständische Unternehmen oftmals eine unüberwindbare Hürde ist, sich tatsächlich auf solche teure Verfahren einzulassen.“¹⁵ Diese Position steht in diametralem Gegensatz zu den öffentlichen Äußerungen der WKO zu ISDS, ist aber glaubwürdig, da auch der Deutsche Bundesverband für die mittelständische Wirtschaft argumentiert: „Aufgrund der hohen durchschnittlichen Verfahrenskosten ... können mittelständische Unternehmen den ISDS-Mechanismus in der Praxis nicht nutzen. Der ISDS-Mechanismus begünstigt Großkonzerne ...“¹⁶

aufgrund der hohen Verfahrenskosten können KMUs den ISDS-Mechanismus so gut wie nicht nutzen

Gegen ISDS in TTIP spricht auch die Tatsache, dass die USA bis jetzt keinen einzigen Fall verloren hat. Kanadische Konzerne haben die USA im Rahmen von NAFTA bereits 20-mal erfolglos verklagt. Ein Vertreter der US-Botschaft in Österreich hat versucht, dieses Phänomen zu erklären: Sollte die USA ein Schiedsverfahren verlieren, würde der Kongress das Investitionsschutzregime grundsätzlich in Frage stellen. Es ist somit logisch, dass die interessensgeleiteten Schiedsrichter ihre Geschäftsgrundlage nicht gefährden. Auch soll das U.S. State Department eine „Armee“ von spezialisierten Juristen haben, die zur Verteidigung der Staatsinteressen in Schiedsverfahren sehr vehement auftreten. ISDS führt sich mit der Schräglage selbst ad absurdum. Aufgrund ihrer wirtschaftlichen und politischen Macht ist gegen die USA nicht zu obsiegen. Welchen wirtschaftlichen Nutzen soll ISDS den europäischen Firmen dann bringen?

USA hat bisher keinen einzigen Fall verloren

4.4 „ISDS ist notwendig, um Investitionsschutzstandards durchsetzen zu können“

Es wird argumentiert, dass Investitionsschutzpolitik ISDS zur Durchsetzung braucht, weil nationale Gerichte dem örtlichen Recht verpflichtet sind, wenn dieses den völkerrechtlichen BITs-Verpflichtungen widerspricht. Auch hätten die ordentlichen Gerichte nicht die ausreichenden Sachkenntnisse, um die hoch spezialisierten technischen Fragen des internationalen Investitionsrechts zu verhandeln.

Rechtfertigung für mehr Eigentumsschutz für ausländische Investoren fehlt

Grundsätzlich sind die nationalen Gerichte auch für die Durchsetzung von Völkerrecht zuständig. Aber bevor rechtstechnische Fragen erörtert werden sollen, ist die politische Frage zu klären: Was rechtfertigt es, Konzernen privilegierte Investitionsschutzstandards einzuräumen? Das ursprüngliche Ziel von BITs, nämlich zur Entpolitisierung des Investitionsschutzes beizutragen, wurde nicht erreicht – bedeutende Streitfälle¹⁷ werden nach wie vor auf politischer Ebene ausgetragen. Und die wirtschaftspolitisch erhofften Effekte in Form erhöhter Direktinvestitionsströme in das Gastland sind empirisch kaum nachweisbar. Auch stellt sich die Frage, ob der Schutz vor Enteignung überhaupt eine staatliche Aufgabe, insbesondere zwischen Industrieländern, ist, wo es doch privatwirtschaftliche Alternativen in Form von Versicherungen gibt.

Was rechtfertigt privilegierte Investitionsschutzstandards?

Dem Gastland bringt der Investitionsschutz keinen klaren Vorteil, der die Kosten einer möglichen Klage rechtfertigt. Aus dieser Überlegung heraus haben die Industrieländer bis dato keine Notwendigkeit gesehen, ihren kapitalexportierenden Unternehmen, die in Gastländern mit entwickelter Rechtsstaatlichkeit und Rechtskultur investieren, einen besonderen Schutz zu gewähren. Die nationalen Gesetze zum Schutz des Eigentums und vor Diskriminierung, die für In- wie Ausländer in gleichem Maße gelten, waren in den Jahren der stark wachsenden wirtschaftlichen Verflechtung vollkommen ausreichend für multinationale Konzerne, um in neue Märkte zu gehen.

inländische Investoren dürfen nicht schlechter gestellt werden

Es gibt kein schlüssiges Argument, warum jetzt, wo die EU für Investitionspolitik zuständig ist, die Eigentumsschutzbestimmungen nicht mehr ausreichen und den Konzernen Sonderklagerechte eingeräumt werden sollen. Auch ist sachlich nicht zu rechtfertigen, warum inländische Investoren gegenüber ausländischen diskriminiert werden sollen.

4.5 „ISDS gewährleistet unabhängige Verfahren“

Aus der subjektiven Perspektive des Klägers, der meint, dass ihm Unrecht widerfahren sei, kann ein staatliches Gericht als parteiisch erscheinen. Eine genaue Analyse der privaten Ad-hoc-Schiedsgerichtsbarkeit lässt aber große Zweifel aufkommen, ob in diesem Regime unabhängige Verfahren überhaupt möglich sind. Das private Ad-Hoc-Schiedsgericht setzt sich meist aus drei Schiedsrichtern zusammen, wobei der Kläger und der Verklagte je eine Person ihres Vertrauens ernennen und sich beide Parteien auf eine dritte Person, die den Vorsitz führt, einigen.¹⁸ Die Ad-hoc-Schiedsrichter sind meist im internationalen Investitionsrecht spezialisierte Juristen aus der Privatwirtschaft.

Zusammensetzung der Schiedsgerichte

Mangelnde Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Schiedsrichter

kleine verflochtene Gruppe der Rechtsbranche aus London bzw. Washington dominiert

Die auf Investitionsschutz spezialisierte Rechtsbranche wird von einer kleinen, eng miteinander verflochtenen Gruppe von Anwaltskanzleien und Schiedsrichtern meist aus London oder Washington dominiert. Die Studie „Profit durch Un-Recht“ zeigt auf, dass 15 Schiedsrichter 55 Prozent der bekannten Investitionsschutzklagen entschieden haben.¹⁹ Diese kleine Gruppe von Spezialisten fungiert nicht nur als Schiedsrichter, sondern

vertritt die Streitparteien nebenher auch als Anwälte und ruft sich in Verfahren gegenseitig als Experten auf, ungeachtet der Interessenskonflikte, die das „Seitenwechseln“ beinhaltet.

Auch kann man davon ausgehen, dass die Schiedsrichter einen finanziellen Anreiz zur Bevorzugung ausländischer Investoren haben, weil nur diese ISDS-Klagen erheben können. Selbst die Europäische Volkspartei (EPP) kritisiert die internationale Investitionsschiedsgerichtsbarkeit aus diesem Grund und spricht von „perversem Anreizen“.

*„perverse
Anreize“*

In den letzten Jahren hat sich eine regelrechte „Klagsindustrie“ entwickelt. Kanzleien suchen Klagemöglichkeit und gehen auf Investoren zu oder inserieren in Fachjournalen. Die Anwälte arbeiten als Berater mit Konzernen eng zusammen. Und zur Finanzierung der teuren ISDS-Verfahren haben sich Finanzinvestoren etabliert, die sich an den erstrittenen Zahlungen beteiligen. Die spezialisierten Anwaltskanzleien haben ein großes Eigeninteresse an vielen Klagen, langen Prozessverfahren und Urteilen mit hohen Entschädigungszahlungen. Daher kommen berechtigte Zweifel auf, ob die Schiedsgerichte ein „neutrales Forum“ zur Streitschlichtung sind.

*regelrechte
„Klagsindustrie“
hat sich
entwickelt*

Neben der strukturellen Abhängigkeit der Schiedsrichter sind mangelnde Transparenz und fehlender Instanzenzug zwei weitere schwerwiegende Kritikpunkte an der ISDS-Schiedsgerichtsbarkeit.

Mangelnde Transparenz

Die Verfahren finden unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt. Während Vertraulichkeit in Schiedsverfahren zwischen Privaten großen Stellenwert genießt, stößt sie bei Beteiligung von Staaten auf massive Bedenken, da in Investor-Staat-Verfahren stets öffentliche Interessen betroffen sind. Auch ist die Regierung dem Steuerzahler zur Rechenschaft verpflichtet, da Verfahrenskosten und Entschädigungszahlungen aus dem öffentlichen Budget kommen.

*Verfahren finden
unter Ausschluss
der Öffentlichkeit
statt*

Beide Parteien haben der Veröffentlichung von Verfahrensunterlagen zuzustimmen, wozu es selten kommt. In der Schiedsgerichtsbarkeit von UNCITRAL wurde mittlerweile mehr Transparenz

eingeführt und die Kommission sieht in ihrem Reformansatz die Veröffentlichung von Dokumenten sowie die Möglichkeit der Parteienstellung von Betroffenen vor, doch kann das Schiedsgericht auf Antrag einer Partei weiterhin Geheimverhandlungen führen. In diesem Fall sind selbst die Schiedssprüche vertraulich.

Schiedssprüche sind völkerrechtlich bindend und kein Instanzenzug ist möglich

Fehlender Instanzenzug

Die Schiedssprüche sind völkerrechtlich bindend, ohne dass eine weitere Schiedsinstanz oder eine Überprüfung durch nationale Gerichte möglich sind. Mit dem Fehlen der institutionellen Verfahrensgarantien können Schiedssprüche nicht korrigiert werden, mit der Folge, dass Investitionsschutzklauseln widersprüchlich ausgelegt werden. Das führt zu Rechtsunsicherheit insbesondere für Staaten und verstärkt den *regulatory chill*.

Im Gegensatz zu den privaten Schiedsgerichten sorgt der Rechtsstaat für klare Rechtsnormen und einen sicheren Zugang zu einem transparenten Gerichtswesen. Auch der Privatwirtschaft muss an einem stabilen Rechtsstaat gelegen sein, der die unternehmerischen Risiken kalkulierbar macht.

4.6 „ISDS in TTIP und CETA als ‚Golden Standards‘ für den Rest der Welt“

Verfechter werden nicht müde zu betonen, dass ISDS allein aus verhandlungsstrategischen Überlegungen unbedingt Bestandteil von CETA und TTIP sein sollte, damit die EU in den Verhandlungen mit der restlichen Welt, wie China oder Indien, Investitionsschutzbestimmungen durchsetzen kann. Auch könnte ein reformiertes ISDS zwischen entwickelten Rechtsstaaten dazu dienen, die Mängel des derzeitigen Systems zu verbessern, weil die anderen Länder die besseren Vertragsklauseln à la longue übernehmen würden.

Anwendungsbereich von ISDS darf nicht ausgeweitet werden

Dem ist zu entgegnen, dass es grundsätzlich unakzeptabel ist, den Anwendungsbereich von ISDS, ein aus dem Ruder geratenes System, auszuweiten. 80 Prozent der Konzerne, die ISDS gegen Staaten angewendet haben, kommen aus den USA, Kanada und der EU. Würden auch die entwickelten Rechtsstaaten, in denen die Konzerne einen Großteil ihrer Wirtschaftstätigkeit betreiben, sich gegenseitig ISDS einräumen, hätten die Konzerne ein unvergleichlich größeres Spielfeld für Klagen zur Absicherung

ihrer Profitinteressen. Die Privatisierung der Justiz würde die Souveränität der Staaten massiv bedrohen.

*Privatisierung
der Justiz*

Es gilt daher, das parallele Justizsystem für Konzerne sukzessive abzubauen. Diese Entwicklung zeichnet sich auch schon ab, denn immer mehr Staaten hinterfragen ISDS und Länder wie Indien und Nigeria überarbeiten ihre Abkommen.

5. Ist das Investitionsschutzregime noch reformierbar?

Die Kommission will als Reaktion auf die sehr kritischen Ergebnisse der öffentlichen Konsultation zu ISDS im Frühjahr Reformvorschläge zu den am meisten umstrittenen Themen vorlegen. Auch wenn sie die grundsätzliche Frage, nämlich ISDS ja oder nein, nicht zulässt, bedarf es guter Argumente, die vermeintlichen Verbesserungen des Systems zu entkräften.

5.1 Schutz des Regulierungsrechts

Es mutet schon sehr sonderbar an, dass die EU ihre Regulierungsrechte schützen muss! Allein mit der Ansage gibt die Kommission zu, dass ISDS die europäische Demokratie und die der Mitgliedstaaten gefährdet.

*ISDS gefährdet
Demokratie*

Die Kommission beteuert einmal mehr, dass sie eine Balance zwischen dem Schutz von Investoren einerseits und der Wahrung des Rechts sowie der Fähigkeit der EU, Regelungen im öffentlichen Interesse zu erlassen, andererseits erzielen will. In CETA hat sie eine sogenannte Regulierungsklausel in der Präambel geschrieben, doch ist die Präambel für die Schiedsgerichte nicht bindend. Daher ist das Regulierungsrecht nach wie vor damit nicht abgesichert.

Um den unerwünschten Interpretationsspielraum der Schiedsrichter einzuschränken, hat die Kommission die Investitionsschutzbestimmung *gerechte und billige Behandlung* klarer definiert. Dies ist vordergründig gesehen zielführend, weil diese das Einfallstor für Klage gegen regulatorische Maßnahmen ist und eine Präzisierung potentiell Klagen erschweren kann. Doch die Kommission gibt das Konzept des Vertrauensschutzes für Investoren nicht auf, sondern will nach wie vor Klagen ermöglichen, wenn die *legitimen Erwartungen* des Investors enttäuscht

werden. Die Krux hierbei ist, dass einmal mehr die Schiedsgerichte entscheiden, was legitime Erwartungen sind. Diese wiederum handeln – wie weiter oben argumentiert wurde – tendenziell im Interesse des Investors.

*Schiedsrichter
haben Interpretationshoheit*

Selbst wenn die Kommission mit ihren Reformvorschlägen das Regulierungsrecht besser absichern kann und Klagen erschwert werden, ist nicht annähernd Gewissheit gegeben, dass sich auch die private ISDS-Schiedsgerichtsbarkeit daran hielte. Die Schiedsrichter haben nach wie vor die Interpretationshoheit inne und treffen bindende Entscheidungen, die nicht korrigiert werden können, womit die parallele Privatjustiz unberührt bleibt und die Staaten mit neuen Gesetzen und Verordnungen ein Klagerisiko eingehen.

5.2 Die Einrichtung und die Funktion von Schiedsgerichten

Unter diesem Titel ist zu erwarten, dass die Kommission eine langmächtige Rechtfertigung privater Ad-hoc-Schiedsgerichtsbarkeit und im Detail die verschiedenen Verfahrensregeln der unterschiedlichen Institutionen (ICSID, UNCITRAL etc.) darlegen wird, unterstützt von den Nutznießern des Regimes und ihren Vertretern, nämlich der Lobbyisten der Anwaltskanzleien und multinationalen Konzerne. Die Kommission hat aber kaum die Möglichkeit, die Funktion und Einrichtung der etablierten Schiedsgerichte inhaltlich zu beeinflussen, da Änderungen von Verfahrensregeln der Zustimmung aller Staaten, die Mitglieder der Institutionen sind, bedürfen. Sie kann bestenfalls eine Diskussion anregen.

*unverbindliche
Vorschläge*

In die Freihandelsabkommen selbst können nur Empfehlungen wie Verhaltenskodizes für Schiedsrichter – dies ist in CETA vorgesehen – aufgenommen werden. Auch wird derzeit angedacht, einen permanenten Pool ausgewählter Spezialisten für Streitfälle zu vereinbaren, um deren Unabhängigkeit zu signalisieren und die Einigung auf Schiedsrichter zu erleichtern. Auch diese Vorschläge wären nicht bindend und verändern das ISDS-System nicht. Ideen eines internationalen Handelsgerichts sind langfristiger Natur und haben daher auf die derzeitigen Verhandlungen keine operativen Auswirkungen.

5.3 Verhältnis zwischen der innerstaatlichen Justiz und der ISDS

Die Diskussion über die rechtliche Zulässigkeit ist relativ neu und

auch spannend: Verstößt ISDS gegen europäisches Recht? Kommissionspräsident Juncker hat in seiner Rede am 22. 10. 2014 vor dem Europäischen Parlament versichert „... meine Kommission wird nicht akzeptieren, dass die Rechtsprechung der Gerichte in den EU-Mitgliedstaaten durch Sonderregelungen für Investorenklagen eingeschränkt wird. Rechtsstaatlichkeit und Gleichheit vor dem Gesetz müssen auch in diesem Kontext gelten.“²⁰ Kommissar Timmermans, zuständig für die Grundrechtecharta und Rechtsstaatlichkeit, ist mit der Frage betraut.

Die Rechtmäßigkeit von ISDS wird zum einen bezweifelt, weil die transnationale Schiedsgerichtsbarkeit mit den geplanten Abkommen eine ganz neue Dimension bekommt. Mehr als 40 Prozent der europäischen Wirtschaftsbeziehungen würden allein von TTIP und CETA erfasst werden, wobei die Unternehmen bei Streitfällen Schiedsgerichte anstelle ordentlicher Gerichte anrufen könnten. Verfassungsrechtler sehen in einem so massiven Abtreten von staatlichen Hoheitsrechten an Private eine Unvereinbarkeit mit der Verfassung.

Verfassungsrechtler sehen Unvereinbarkeit mit Verfassung

Darüber hinaus verbietet das gegenwärtige Unionsrecht Schiedsgerichte in der vorgesehenen Form, weil der EuGH die Zulässigkeit von Gerichten außerhalb der europäischen Gerichtshierarchie streng beschränkt. Schiedsgerichte dürfen nur eingesetzt werden, wenn sie verpflichtet sind, strittige Fragen dem EuGH vorzulegen, womit sie ihm untergeordnet bleiben.

Die Legitimität der ISDS-Schiedsgerichte ist also keinesfalls geklärt und es bleibt abzuwarten, wie die Kommission das Dilemma lösen will.

5.4 Überprüfung der rechtlichen Korrektheit von Entscheidungen im Rahmen der ISDS durch einen Berufungsmechanismus

Es ist zu erwarten, dass die Kommission ihre konkreten Vorstellungen, wie so ein Berufungsmechanismus aussehen kann, der Öffentlichkeit vorstellen wird, wobei die Durchsetzbarkeit der Ideen in den Verhandlungen mit der USA fraglich ist. Grundsätzlich aber ist die Kommission in punkto Berufungsmechanismus wenig glaubwürdig, weil sie in den laufenden Verhandlungen mit Japan, Singapur, China etc. einen solchen nicht vorsieht. In CETA

Kommission ist wenig glaubwürdig

kann ein eigens eingerichtetes Investitionskomitee Vorschläge für eine Berufungsinstanz erarbeiten, muss aber nicht.

6. Schlussfolgerungen

Es gibt einige Anhaltspunkte, die hoffen lassen, dass ISDS nicht Bestandteil der europäischen Investitionspolitik wird. So hat der österreichische Nationalrat am 24.9.2014 mit großer Mehrheit einen Entschließungsantrag verabschiedet, indem es heißt: „Die Sinnhaftigkeit der Aufnahme von ISDS-Klauseln bei Abkommen mit Staaten mit entwickelten Rechtssystemen ist aus heutiger Sicht nicht erkennbar.“²¹ Auch auf regionaler und lokaler politischer Ebene wurde in zahlreichen verabschiedeten Resolutionen ISDS im Zusammenhang mit TTIP und CETA abgelehnt. In Deutschland und Frankreich ist nicht nur die Zivilgesellschaft gegen ISDS, sondern auch die Sozialdemokraten haben, wie auch im Europäischen Parlament (EP), große Vorbehalte. In den bevorstehenden Abstimmungen im EP über Resolutionen und schlussendlich die Freihandelsabkommen sind die Sozialdemokraten S&D das Zünglein an der Waage. Es wird darauf ankommen, ob sich Regierungsmitglieder und Europaparlamentarier eine grundsätzliche Zustimmung zu ISDS mit vermeintlichen Reformen in Detailfragen zu ISDS abkaufen werden lassen, was wohl zu befürchten ist. Ihnen kann man nur nachdrücklich sagen: ISDS ist nicht reformierbar. Wie auch immer man es dreht und wendet, Staaten haben bei ISDS nichts zu gewinnen! Sonderklagerechte und Konzernjustiz schränken den politischen Spielraum der Staaten massiv ein, vergesellschaften das unternehmerische Risiko und kommen den Steuerzahlern teuer zu stehen.

ISDS ist nicht reformierbar und Staaten haben nichts dabei zu gewinnen

Anmerkungen

1. TTIP = transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft; für nähere Ausführungen zu TTIP siehe Soukup, Nikolai: Das EU-USA-Handelsabkommen TTIP: Ein neoliberales Projekt und seine Konsequenzen für öffentliche Interessen, in: WISO 37. Jg. (2014), Nr. 3, S. 84 ff.
2. Mit den grammatikalisch männlichen Formen der Berufsbezeichnungen werden sowohl Männer als auch Frauen gemeint.
3. Siehe: <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/>
4. Der vorliegende Artikel bezieht sich in den einzelnen Investitionsschutzbestimmungen auf den CETA-Vertragstext, die mit wenigen Ausnahmen denen der üblichen bilateralen Investitionsabkommen entsprechen.
5. <http://www.no2isds.eu/>
6. http://trade.ec.europa.eu/consultations/index.cfm?consul_id=179

7. NAFTA ist das 1994 abgeschlossene nordamerikanische Freihandelsabkommen zwischen USA, Kanada und Mexiko. Das „Chapter 11“ enthält Investitionsschutzbestimmungen und ISDS.
8. ICSID = Internationales Zentrum zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten, wurde durch die Konvention von Washington 1965 geschaffen und sieht Verfahrensregeln für die Streitigkeiten aus Investitionen zwischen Staaten und ausländischen Investoren vor. Sie ist eine ständige Einrichtung bei der Weltbank zur Verwaltung und Unterstützung derartiger Verfahren. Die Verfahren sind von staatlichen Gerichten unabhängig und zur Vollstreckung der Schiedssprüche sind effektive Regelungen vorgesehen (z. B. Junktimierung mit Weltbankkreditvergabe). UNCITRAL ist eine weitere internationale Organisation mit Schiedsgerichtsverfahrensregeln.
9. Siehe internationale Konferenz: Is ISDS TTIP's Achilles' heel?, Brüssel 9.12.2014, https://www.youtube.com/watch?v=EyghYgKj__g
Artikel 4, Absatz 1, Entschädigung und Enteignung, Gesamte Rechtsvorschrift für Abkommen über die Förderung und den Schutz von Investitionen, Fassung vom 24.09.2010, BIT zwischen Österreich und Algerien über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Investitionen, NR: GP XXII RV 258 AB 331 S. 40. BR: AB 6942 S. 704.
10. Eberhardt, Pia / Toubeau, Cecile / Redlin, Blair (2014): Verkaufte Demokratie. Wie die CETA-Regeln zum Schutz von Investoren das Allgemeinwohl in Kanada und der EU bedrohen, Hsg. Aitec, AK Wien (et al.), Seite 5.
11. Die italienische Familie Foresti, die ein südafrikanisches Granitbergbauunternehmen betreibt, hat sich durch das „Black Economic Empowerment“-Gesetz in ihren Besitzrechten verletzt gefühlt und den südafrikanischen Staat wegen Enteignung Anfang 2005 geklagt und eine Entschädigungssumme von 270 Mio. € verlangt. Das ISCID-Schiedsgericht hat den Fall nicht abschließend behandelt, weil der südafrikanische Regierungsvertreter Ausgleichsangebote gemacht hat, um eine Einigung außerhalb des Verfahrens zu erzielen. Diese Einigung bestand darin, dass für die Granitindustrie das „Black Economic Empowerment“-Gesetz abgeändert wurde.
12. Horvath, Günther / Fischer, Eliane: Schiedsgerichte stärken Europäer vor der US-Justiz, in: Der Standard vom 19.1.2015, Seite 11.
13. Eberhardt, Pia / Olivet, Cecilia (2013): Profiting from injustice – How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom, Hsg. Corporate Europe Observatory, Transnational Institute, CAMPACT, PowerShift, Seite 14 ff.
14. Koordinierte Stellungnahme der Wirtschaftskammer Österreich zur öffentlichen Konsultation der Europäischen Kommission zu den Modalitäten des Investitionsschutzes und des ISDS im Rahmen von TTIP, 30.6.2014, Seite 7.
15. BVMW, Positionspapier, Stellungnahme im Rahmen des Konsultationsverfahrens der EU-Kommission zum Investitionsschutz im geplanten transatlantischen Freihandelsabkommen TTIP, politik@bvmw.de (21.1.2015)
16. Jüngstes Beispiel der Politisierung von Investorenstreitigkeiten ist die Enteignung von Mehrheitsanteilen der REPSOL-Öltochter YPF in Argentinien 2012. REPSOL hat Investitionen und Ölförderung von YPF blockiert, mit fatalen Folgen für die argentinische Volkswirtschaft.
17. Schiedsgerichte mit nur einem Schiedsrichter sind grundsätzlich auch möglich, aber sehr selten.
18. Eberhardt, Pia / Olivet, Cecilia: Profiting from injustice – How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom; Hsg. Corporate Europe Observatory, Transnational Institute, CAMPACT, PowerShift, Brüssel 2014, Seite 14 ff.
19. http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-14-705_de.htm
20. http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/UEA/UEA_00244/index.shtml

WISO

Die Zeitschrift WISO wird vom Institut für Sozial- und Wirtschaftswissenschaften (ISW) herausgegeben. Sie dient der Veröffentlichung neuer sozial- und wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse sowie der Behandlung wichtiger gesellschaftspolitischer Fragen aus Arbeitnehmersicht.

Lohnpolitik, soziale Sicherheit, Arbeitsmarkt und Arbeitslosigkeit, Arbeit und Bildung, Frauenpolitik, Mitbestimmung, EU-Integration - das sind einige der Themen, mit denen sich WISO bereits intensiv auseinander gesetzt hat.

WISO richtet sich an BetriebsrätInnen, GewerkschafterInnen, WissenschaftlerInnen, StudentInnen, Aktive in Verbänden, Kammern, Parteien und Institutionen sowie an alle, die Interesse an Arbeitnehmerfragen haben.

Erscheinungsweise: vierteljährlich

Preise:* Jahresabonnement EUR 22,00 (Ausland EUR 28,00)
 Studenten mit Inskriptionsnachweis EUR 13,00
 Einzelausgabe EUR 7,00 (Ausland EUR 12,00)

(* Stand 2005 - Die aktuellen Preise finden Sie auf unserer Homepage unter www.isw-linz.at)

Wir laden Sie ein, kostenlos und ohne weitere Verpflichtungen ein WISO-Probeexemplar zu bestellen. Natürlich können Sie auch gerne das WISO-Jahresabonnement anfordern.

Informationen zum ISW und zu unseren Publikationen - inklusive Bestellmöglichkeit - finden Sie unter www.isw-linz.at.



BESTELLSCHEIN*

Bitte senden Sie mir kostenlos und ohne weitere Verpflichtungen

- 1 Probeexemplar der Zeitschrift WISO
 1 ISW Publikationsverzeichnis

Ich bestelle _____ Exemplare des WISO-Jahresabonnements (Normalpreis)

Ich bestelle _____ Exemplare des WISO-Jahresabonnements für StudentInnen mit Inskriptionsnachweis

* Schneller und einfacher bestellen Sie über das Internet: www.isw-linz.at

Name _____

Institution/Firma _____

Straße _____

Plz/Ort _____

E-Mail _____

BESTELLADRESSE:

ISW
 Volksgartenstraße 40, A-4020 Linz
 Tel. ++43/732/66 92 73
 Fax ++43/732/66 92 73-28 89
 E-Mail: wiso@isw-linz.at
 Internet: www.isw-linz.at