

Gibt es gute Gründe für Investitionsschutzklauseln?

Das *Seattle to Brussels Network* nimmt die Argumentation der Europäischen Kommission zu den umstrittenen Investitionsschutzklauseln („Investor-to-state dispute settlement“) unter die Lupe. *Campact* hat die ausführliche Version des Argumentationspapiers ins Deutsche übersetzt.

Stand: Januar 2014

Kurz vor Beginn der zweiten Verhandlungsrunde zur Transatlantischen Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP) zwischen der EU und den USA hat die Europäische Kommission zwei Dokumente veröffentlicht, in denen sie ihre Position zur Einbeziehung der zunehmend umstrittenen Investitionsschutzklausel zur Beilegung von Investor-Staat-Streitigkeiten (Investor-to-state dispute settlement, ISDS) in das TTIP-Abkommen verteidigt. Diese beiden Dokumente – ein „Informationsblatt zu Investitionsschutzklauseln¹“ und ein Dokument mit dem Titel „Falsche Behauptungen zu Investitionsschutzklauseln²“ thematisieren die zunehmende Besorgnis in der Zivilgesellschaft und der breiteren Öffentlichkeit. Das *Seattle to Brussels Network* geht auf die Argumente der Kommission und ihre Vorschläge ein, wie sie den Schwachstellen des ISDS-Systems beikommen will.

Die Kommission rechtfertigt das ISDS mit dem Verweis auf rechtliche Schranken, vor denen ausländische Investoren stünden, nennt aber keine konkreten Beispiele dafür. Der Kritik, dass Investitionsschutzklauseln die Demokratie untergraben, begegnet sie mit einem Zirkelschluss: Es seien „gesunde, lebendige Demokratien“, die Verträge mit ISDS unterzeichnen. ISDS untergräbt die Demokratie, weil es ausländischen Investoren ermöglicht, staatliche Gerichte zu umgehen und vor internationalen Ad-hoc-Tribunalen die Gesetzgebung von souveränen Staaten anzufechten.

Die Europäische Kommission argumentiert immer wieder, dass ISDS Staaten nur zu Schadensersatz verpflichten, nicht jedoch dazu zwingen könne, bestimmte politische Entscheidungen zu widerrufen. Die Kommission ignoriert jedoch, welche Macht große multinationale Konzerne schon allein durch die Drohung mit Schadensersatzansprüchen in Höhe von mehreren hundert Millionen Dollar ausüben können. Solche Summen können öffentliche Haushalte so sehr belasten, dass politische Entscheidungsträger gezwungen werden, Gesetzesvorhaben noch einmal zu überdenken.

Die Kommission konnte allerdings die mit dem ISDS verbundenen Probleme nicht komplett ausblenden, sondern musste zugeben, dass das derzeitige System an Interessenskonflikten leidet. So haben die darin vorgesehenen Schiedsrichter einen finanziellen Anreiz zur Bevorzugung ausländischer Investoren, weil nur diese ISDS-Klagen erheben können. Auch kam sie nicht umhin anzuerkennen, dass die sehr weit gefassten Formulierungen zum Investitionsschutz ausländischen Investoren Raum für Missbrauch des ISDS bieten. Ebenso musste die Kommission eingestehen, dass es den Urteilen über Entschädigungszahlungen an Konsistenz fehlt, dass das ISDS-System kostspielig und parteiisch ist, insoweit es nur Klagen von Konzernen (nicht aber von Staaten) zulässt, dass es zudem intransparent ist und etwaige Schadensersatzforderungen auch Auswirkungen auf den EU-Haushalt haben.

Die Kommission sagt, sie sei dabei, diese Probleme zu „lösen“. Das *Seattle to Brussels Network* widerlegt nachfolgend diesbezügliche Behauptungen der Kommission.

Unwahre Behauptungen?

Wir nehmen die Antworten der Kommission auf die wachsenden Bedenken gegenüber dem „Investor-to-state dispute settlement“ (ISDS) ins Visier

¹ http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/october/tradoc_151791.pdf

² http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/october/tradoc_151790.pdf

In den jüngsten Verhandlungen hat die Europäische Kommission einige der weitreichenden Formulierungen, wie sie in Vereinbarungen zum Investitionsschutz üblich sind, konkretisiert. Ihre angekündigten Vorschläge für Schlichtungsregeln und für einen Schlichter-Verhaltenskodex muss sie jedoch erst noch entwickeln. Aber auch mit solchen Regeln bestehen die grundlegenden Mängel des Systems unverändert fort: Nach wie vor sind die ISDS-Schiedsrichter Privatanwälte; sie entscheiden über Klagen, die ausschließlich von Investorenseite eingereicht werden können; sie legen den Geltungsbereich und Inhalt von Investitionsabkommen breit aus; sie sprechen Urteile über Entschädigungszahlungen, gegen die keine Berufung möglich ist. Das jüngst vereinbarte Handels- und Investitionsabkommen mit Kanada (CETA) führt ein Einzelschiedsgericht ein – doch dies dient allenfalls dazu, ISDS-Verfahren kostengünstiger und leichter zugänglich zu machen. Probleme wie die einseitige Bevorzugung von Investoren im System, das Fehlen von Verpflichtungen seitens der Investoren (beispielsweise zur Einhaltung von Menschenrechten) und der Angriff auf die Demokratie bleiben bestehen.

1. Kritikpunkt der Zivilgesellschaft: Das ISDS untergräbt die Demokratie, indem es Konzernen erlaubt, außerhalb staatlicher Rechtsordnungen zu agieren.

Die Antwort der Kommission: „Unwahr!“

Die Europäische Kommission argumentiert, die Demokratie werde nicht untergraben, da sich viele 'gesunde, lebendige Demokratien dem ISDS verpflichtet' hätten. Es könne schwer sein, die Vertragspflichten aus Investitionsabkommen vor nationalen Gerichten durchzusetzen, denn diese Gerichte seien möglicherweise parteiisch oder es mangle ihnen an Unabhängigkeit. Möglicherweise seien sie ausländischen Investoren gar nicht zugänglich, und möglicherweise würden manche Staaten vertragliche Investitionsregeln nicht in ihrer nationalen Gesetzgebung berücksichtigen.

Die Antwort unter die Lupe genommen:

Offenbar verwechselt die Europäische Kommission die Konzepte von Demokratie und Souveränität.³ Die meisten internationalen Investitionsabkommen enthalten keine Vorschrift, dass vor dem Rückgriff auf internationale Schiedsgerichte zunächst der staatliche Rechtsweg ausgeschöpft werden muss. So oder so gilt: Nationale (demokratische) Rechtssysteme werden per definitionem umgangen, wenn ausländische Investoren – in der Regel multinationale Konzerne – das Privileg bekommen, vor intransparenten ad-hoc-Einzelfall-Schiedsgerichten zu klagen und demokratische Entscheidungen anzufechten, die ihre Gewinne beeinträchtigen. Selbst wenn sich viele „gesunde, lebendige Demokratien“ dem ISDS verpflichtet haben, ändert dies nichts an diesem Punkt. Gleichzeitig hat die Europäische Kommission keinen einzigen Grund für ihre Behauptung vorgebracht, ISDS werde als Gegengewicht für unzugängliche und befangene nationale Gerichte benötigt – nicht einmal auf ausdrückliches Verlangen des Europäischen Parlaments. Im konkreten Zusammenhang mit TTIP hat die Kommission keinen einzigen Beleg für eine Diskriminierung ausländischer Unternehmen durch US-amerikanische Gerichte vorbringen können. Dabei sagen inzwischen sogar Insider, dass ISDS die Souveränität untergräbt. Ein internationaler Schiedsrichter fasst es treffend zusammen: „Wenn ich nachts aufwache und über das Schiedsgericht nachdenke, verblüfft es mich ohne Ende, dass souveräne Staaten diesem Investitionsschiedsgericht überhaupt zustimmen konnten [...] Drei Privatpersonen wurden ermächtigt, das Vorgehen der Regierung, alle Entscheidungen der Gerichte sowie alle vom Parlament eingebrachten Gesetze und Regulierungen zu bewerten - ohne jegliche Einschränkung und ohne die Möglichkeit, dagegen Rechtsmittel einzulegen.“⁴

2. Kritikpunkt der Zivilgesellschaft: Das ISDS verleiht Unternehmen zu viele Rechte.

³ <http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2013/10/the-european-commission-defends-investor-state.html>

⁴ Perry, Sebastian (2012) STOCKHOLM: Arbitrator and counsel: the double-hat syndrome, Global Arbitration Review, Volume 7 - Issue 2, 15 March, <http://www.globalarbitrationreview.com/journal/article/30399/stockholm-a...> [7-11-2012].

Die Antwort der Europäischen Kommission: „Falsch!“

Die Kommission behauptet, vom ISDS gewährte Rechte seien beschränkt auf „allgemein anerkannte Grundsätze des internationale Rechts“. Sie erwähnt dabei ausdrücklich den Schutz vor Diskriminierung, den Schutz vor rechtswidriger Enteignung und die Anforderung, Investoren fair und gerecht zu behandeln.

Die Antwort unter die Lupe genommen:

Was die Kommission zu erwähnen versäumt: Die Standardklauseln und -definitionen in Investitionsabkommen sind sehr weitgehend formuliert und von Schiedsgerichten in einer vagen, inkohärenten und potenziell schrankenlosen Art und Weise ausgelegt worden.⁵ Das gilt insbesondere für Vertragsklauseln, in denen es um Nicht-Diskriminierung, um Schadensersatz bei direkter oder indirekter Enteignung sowie um Standards für „gerechte und billige Behandlung“ geht.

Die Zivilgesellschaft und eine wachsende Anzahl Staaten weisen darauf hin, dass Investitionsschutzabkommen ausländische Investoren begünstigen, indem sie ihnen Zugang zu einem parallelen, exklusiven Rechtssystem geben, welches einheimischen Investoren verschlossen bleibt. So können ausländische Investoren sich auf die erwähnten allgemein formulierten Schutzbestimmungen berufen – womit sie in vielen Fällen scheitern würden, wenn sie in nationalen Rechtssystemen der betroffenen Staaten vorgebracht würden.

3. Kritikpunkt der Zivilgesellschaft: Das ISDS gestattet Unternehmen, schon wegen möglicher Gewinneinbußen zu klagen.

Die Antwort der Europäischen Kommission: „Falsch!“

Die Kommission argumentiert, Gewinneinbußen aufgrund von Gesetzesänderungen allein reichen nicht aus, um einen Staat zu verklagen und Schadensersatz zu verlangen. Notwendige Voraussetzung dafür sei, dass der jeweilige Staat einen im Investitionsabkommen festgesetzten Standard verletzt.

Die Antwort unter die Lupe genommen:

Nimmt man es wörtlich, hat die Kommission Recht, denn in Investitionsabkommen steht nicht geschrieben: „Unternehmen können Regierungen verklagen, nur weil sie möglicherweise Gewinneinbußen verzeichnen könnten“, sodass „Gewinneinbußen allein nicht ausreichen, um einen Staat zu verklagen“. Doch genau darauf läuft es hinaus. Wenn ausländische Investoren meinen, dass Regierungsmaßnahmen oder Gesetzesänderungen ihre Geschäftstätigkeiten, Pläne oder Absichten behindern und damit ihre Gewinnerwartungen beeinträchtigen, können sie sich auf die schwammig formulierten Standards zu „gerechter und billiger Behandlung“, „indirekten Enteignungen“ oder „regulatorischer Beschlagnahme“ berufen, um Regierungen zu verklagen. Und dies können sie selbst dann, wenn die Regierungsmaßnahmen oder Gesetzesänderungen dem Schutz der Umwelt, sozialer oder anderer öffentlicher Interessen dienen.

Die von der Zivilgesellschaft und mehreren Staaten vorgebrachte Kritik richtet sich vor allem auf die schwammig und weitgehend formulierten Standards in Investitionsabkommen, auf die inkohärente Anwendung dieser Regeln durch die Schiedsgerichte und auf das Fehlen eines Berufungsmechanismus zur Bewertung von Verfahrensfragen. Denn all dies macht es für Staaten und Unternehmen äußerst schwierig, ihre Rechte und jeweiligen Pflichten mit Gewissheit vorzusagen.⁶

Wie das Internationale Institut für nachhaltige Entwicklung (IISD) feststellte, hat „die unpräzise Sprache dazu geführt, dass Investitions-Schiedsgerichte identische Verpflichtungen völlig widersprüchlich interpretieren“⁷, sodass auch aufgrund von Regierungsentscheidungen entgangene Vergünstigungen als Grund für Schadensersatzzahlungen herhalten können. Das ermutigt Investoren dazu, Gewinneinbußen als „indirekte Enteignung“ oder „unfaire

⁵ Bernasconi, N. (2012). Investment treaties and why they matter to sustainable development. International Institute for Sustainable Development.

⁶ http://www.iisd.org/pdf/2010/eu_parliament_hearing_investment.pdf

⁷ ebenda.

Behandlung“ darzustellen.

4. Kritikpunkt der Zivilgesellschaft: ISDS-Fälle finden hinter verschlossenen Türen statt.

Die Antwort der Europäischen Kommission: Das stimmt und wir möchten dies gerne ändern, indem wir Schriftsätze, Anhörungen und alle Entscheidungen öffentlich zugänglich machen. Alle interessierten Parteien können ihre Auffassungen bekannt machen. Die Kommission erklärt, dass sie mehr Transparenz auf internationaler Ebene möchte und betont, die EU spiele „eine führende Rolle in den Verhandlungen der UN-Kommission für internationales Handelsrecht (UNCITRAL), wo Staaten über Transparenzregeln für internationale Schiedsgerichtsverfahren entscheiden.“

Die Antwort unter die Lupe genommen:

Das Engagement der Europäischen Kommission für mehr Transparenz hält sich in Grenzen. Sie will Schiedsgerichten weiterhin erlauben, Anhörungen geheim zu halten und Informationen zurückzuhalten – nicht nur, um „die Integrität des schiedsrichterlichen Verfahrens“ oder „vertrauliche Geschäftsinformationen“ zu wahren, sondern auch aus „logistischen Gründen“. Hinzu kommt, dass die neuen Transparenzvorschriften nur für Verfahren gelten, die in künftigen Abkommen der EU ihre Grundlage haben. In allen Verfahren, die sich auf die rund 1200 bestehenden bilateralen Investitionsabkommen der EU-Mitgliedsstaaten beziehen, wird weiterhin Geheimhaltung möglich sein. Denn den EU-Mitgliedsstaaten soll erlaubt werden, bestehende Abkommen von den neuen Transparenzregeln der UNCITRAL auszuschließen.

5. Kritikpunkt der Zivilgesellschaft: Das ISDS untergräbt demokratische Entscheidungen (z.B. geht Vattenfall gegen den deutschen Atom-Ausstieg vor, Philip Morris gegen Australiens Einheitspackungen für Zigaretten)

Antwort der Europäische Kommission: Es gilt festzuhalten, dass nur gut begründete Klagen eine Chance auf Erfolg haben. Allein die Tatsache, dass eine politische Entscheidung angefochten wird, bedeutet nicht, dass diese Anfechtung auch Erfolg hat. Die Verhandlungsführung der EU wird sicherstellen, dass Gesetze, die rechtmäßige politische Entscheidungen – z. B. zum Schutz der Umwelt – zum Ausdruck bringen, nicht durch ISDS untergraben werden. Bisherige Erfahrungen mit ISDS bestätigen, dass Schiedsrichter es nicht für angebracht halten, demokratische Entscheidungen zu unterlaufen. Die Fälle Vattenfall und Philip Morris dauern noch an, das Ergebnis ist daher noch nicht bekannt. Interessant ist jedoch, dass die australische Gesetzgebung auch vor der WTO angefochten wird, von anderen WTO-Mitgliedern. Sollte Australien den WTO-Prozess verlieren, wäre es tatsächlich gezwungen, seine Gesetze zu ändern. Beim ISDS könnte dies nicht passieren. Unabhängig vom Ergebnis der ISDS-Klage von Philip Morris kann Australien weiterhin frei entscheiden, ob es seine Gesetze beibehält oder nicht. Gleiches gilt für den Fall Vattenfall und Deutschlands Ausstieg aus der Atomenergie.

Die Antwort unter die Lupe genommen:

In Bezug auf den ISDS-Fall von Philip Morris mit Australien behauptet die Kommission: „Unabhängig vom Ergebnis [...] kann Australien weiterhin frei entscheiden, ob es seine Gesetze beibehält oder nicht.“ Doch die Kommission ignoriert dabei die alles entscheidende Frage: Welchen Preis hat diese „Freiheit“? Wie viele andere Staaten, die mithilfe von ISDS verklagt werden, könnte Australien Millionen an Schadensersatz an Philip Morris dafür zahlen müssen, dass es politisch entschieden hat, die Gesundheit seiner Bürger zu schützen. In Wirklichkeit also wird das politische Entscheidungsvermögen von Staaten durch die hohen Entschädigungskosten einer Politik gegen den Konzernwillen untergraben.

Diese Art der Einschränkung von politischem Handlungsspielraum wird häufig als „regulatorisches Einfrieren“ („regulatory freeze“) bezeichnet. Internationale Investitionsabkommen versuchen, den regulativen Status quo, den jeweils aktuellen ordnungspolitischen Rahmen, als unveränderlich

festzuschreiben.⁸ Bilaterale Investitionsabkommen und andere Handels- und Investitionsverträge wie die Freihandelsabkommen zwischen Kanada und der EU oder zwischen der EU und den USA stellen sicher, dass jegliche ordnungspolitische Änderungen, egal ob sie Handel und Investitionen direkt betreffen oder nicht, von Investoren angefochten werden können mit der Begründung, dass solche Änderungen das Recht auf sichere rechtliche Rahmenbedingungen verletzen. So wurden steuerpolitische Maßnahmen sowie Regulierungen der Krankenversicherung, der Wasserversorgung oder des Verkehrs allesamt schon erfolgreich von Investoren angefochten.⁹

Selbst wenn private Schiedsgerichte zugunsten von Regierungen entscheiden, können die Gerichtskosten eine große Belastung für Staatshaushalte darstellen. Anwälte für internationales Investitionsrecht verlangen bis zu 1.000 US-Dollar pro Stunde und private Investment-Kanzleien machen erheblichen Profit auf Kosten der Steuerzahler.¹⁰

Oft bedeutet die Androhung einer Klage gegen einen Staat, dass dieser Reformvorhaben nicht vorantreibt, weshalb Unternehmen das ISDS-System nutzen, um gegen eine ihnen unangenehme Politik vorzugehen. Derzeit verklagt das US-amerikanische Unternehmen Lone Pine Resources den kanadischen Staat wegen des Fracking-Moratoriums in der Provinz Quebec auf Schadenersatz. Dieser Fall zeigt deutlich, wie ISDS politische Entscheidungen zu untergraben sucht und wie es im Rahmen von TTIP genutzt werden kann, um europäische Fracking-Verbote und -Moratorien anzufechten.

Und schließlich: Zwar erklärt die Kommission, die Verhandlungsführung der EU werde „sicherstellen, dass Gesetze, die rechtmäßige politische Entscheidungen – z. B. zum Schutz der Umwelt – zum Ausdruck bringen, nicht durch ISDS untergraben werden“. Doch die aktuellen Dokumente des EU-Kanada-Abkommens (CETA) sprechen eine andere Sprache. Die dort eingeführten Bestimmungen lassen solche Schlupflöcher, dass dieses Ziel nicht erreicht wird.¹¹

6. Kritikpunkt der Zivilgesellschaft: Das ISDS begünstigt einseitig die Investoren – sie können Regierungen mit kostensspieligen Klagen drohen und diese so davon abschrecken, eine den Investoren unangenehme Politik zu betreiben.

Die Antwort der Europäischen Kommission: Der Kommission zufolge zeigen die UN-Statistiken über ISDS, dass die Mehrheit der Fälle - rund 42 % - zugunsten des Staates und nur 30 % der Fälle zugunsten des Investors entschieden wurden. Die übrigen Fälle wurden beigelegt.

Die Antwort unter die Lupe genommen:

Diese Statistiken geben nicht die ganze Wahrheit wieder. Wie Singapurs früherer Generalstaatsanwalt Sundaresh Menon feststellt, ist es „im Interesse des Schiedsrichters, der ja Unternehmer ist, seine eigenen Zuständigkeitsbereich sehr weitgehend auszulegen und in der Sache zugunsten des Investors zu entscheiden, da dies die Wahrscheinlichkeit künftiger Klagen erhöht und neue Aufträge sichert.“

Zudem muss man erkennen, dass es bei Investitions-Schiedsverfahren nicht nur um die Urteile geht. Studien von Gus van Harten, einem internationalen Fachanwalt für Investitionsrecht und Experten für Handelsabkommen, zeigen: Schiedsgerichte neigen dazu, strittige Rechtsfragen im Bereich von Investitionsabkommen mit weitgehenden Interpretationen zu lösen. Diese erhöhen „die Verheißung auf Schadenersatz für Kläger und im Gegenzug das Haftungsrisiko für verklagte Staaten“, schreibt er und fügt hinzu: „Wenn das System für einen unbefangenen, unabhängigen und auf den Prinzipien der Rationalität, Fairness und Neutralität beruhenden Prozess sorgen soll, dann sollten die Auslegung und Anwendung des Rechts bei Streitigkeiten aufgrund mehrdeutiger Vertragstexte ein gewisses Maß an Ausgeglichenheit zwischen Klägern und beklagten Staaten

⁸ Jacob, 2012: 34.

⁹ IISD, 2012: 7.

¹⁰ CEO, 2013: 20.

¹¹ Siehe hierzu die Analyse der CETA-Dokumente von *Seattle to Brussels Network*.

widerspiegeln.“

Investitions-Schiedsverfahren sind nicht reziprok: Investoren können nicht verklagt werden, wenn sie beispielsweise Menschenrechte verletzen. Sie gewinnen zwar nicht jeden Fall - verlieren können aber nur Staaten, wenn sie Entschädigungen zahlen müssen.

Hinzu kommt, dass auch viele der beigelegten Fälle – 30 % der bekannten Entscheidungen – Zahlungen oder andere Zugeständnisse an den Investor nach sich ziehen. Deutschland beispielsweise legte den ersten Streitfall mit dem schwedischen Energiekonzern Vattenfall bei, indem es sich zur Verwässerung von Umweltstandards bereit erklärte, die eines von Vattenfalls Kohlekraftwerken betrafen. Die Klage des Papierproduzenten Abitibi-Bowater gegen Kanada wurde beigelegt, nachdem Kanada 130 Mio. US-Dollar bezahlte. Wenn Beilegungen Vorteile für den Investor beinhalten, sieht die oben erwähnte Statistik sehr investorenfreundlich aus.

Und schließlich sind Drohungen mit Klagen gegen Regierungen immer bedeutender geworden und kommen häufiger vor als tatsächliche Klagen. Es ist eindeutig bewiesen, dass Gesetzesentwürfe und sogar schon verabschiedete Gesetze zu Gesundheits- und Umweltschutz aufgrund von drohenden Klagen von Unternehmen auf Schadensersatz aufgegeben oder verwässert wurden. Zudem sind manche Staaten derzeit dabei, Anti-Raucher-Gesetze zu verschieben oder abzuschwächen – vermutlich wegen der Klagen von Philip Morris gegen Australien und Uruguay. Selbst wenn der Tabak-Konzern verliert, könnten diese Fälle einen lähmenden Effekt auf Anti-Raucher-Gesetzgebung weltweit haben.

Indem ISDS Investoren das alleinige Recht zur Klage bei internationalen Schiedsstellen einräumt, die regelmäßig Regierungen zur Zahlung umfangreicher Entschädigungssummen verurteilen, privilegiert es Investoren in politischen Entscheidungsprozessen und bei der Verteilung öffentlicher Gelder – Gelder, die als Ausgleich für Gesetze aufgebracht werden müssen, die vielen Bürger/innen nützen. Einheimische Investoren haben dieses Privileg nicht, ganz zu schweigen von Bürgern und Gemeinden. Es ist nur schwer begreiflich, wie man ein solches System anders als „investorenfreundlich“ nennen kann.

Die Europäische Kommission schlägt als Lösung vor, dass die Prozesskosten von der unterlegenen Partei getragen werden. Dies würde Investoren davon abschrecken, taktische oder unberechtigte Klagen einzureichen.

Doch zwei Trends mindern das finanzielle Risiko einer teuren Klage oder heben es gar gänzlich auf, und machen Investitionsstreitigkeiten für Investoren damit attraktiver. Zum einen wird es in der Investitionsschlichtung immer üblicher, Erfolgshonorare zu vereinbaren. Zum anderen gibt es immer häufiger Drittmittelgeber. Diese Sponsoren übernehmen (teilweise) die Verfahrenskosten in der Hoffnung, im Erfolgsfall die Beute zu teilen.

Während für Geldgeber normalerweise nur ein geringer Anreiz besteht, schwache Fälle zu unterstützen, animieren die Blasen im Markt für Rechtsansprüche genau dazu. Mick Smith vom Prozessfinanzierer Calunius Capital hat darauf hingewiesen, dass es genau darum geht: „Die Vorstellung, dass Sie starke Begründungen brauchen, ist falsch – alles hat seinen Preis“. Ungerechtfertigte, risikoreiche Klagen könnten schließlich den Wert der Portfolios von Geldgebern hochtreiben. Wie die Burford Group, ebenfalls Prozessfinanzierer, festhält: „Wenn wir aus Furcht vor Verlust das Risiko scheuen – wie manch andere Prozessfinanzierer – dann werden wir nicht die potenzielle Performance dieses Portfolios ausschöpfen“.

7. Kritikpunkt der Zivilgesellschaft: Über ISDS-Fälle entscheidet eine kleine Clique von Juristen, die in erheblichen Interessenskonflikten stehen und es darauf angelegt haben, öffentliche Gelder abzusahnen.

Die Antwort der Europäischen Kommission: Die Kommission erklärt, die Zahl der auf diesem Gebiet spezialisierten Juristen sei gering. Sie gibt zu, dass manche dieser Juristen tatsächlich die

Rolle des Schlichters und des Anwalts vereinigen und dass diese Überschneidung Interessenskonflikte mit sich bringen kann. Die Kommission schlägt daher vor, die vorsitzenden Schiedsrichter künftig einvernehmlich von den Streitparteien benennen zu lassen. Des Weiteren schlägt sie zur Vermeidung von Interessenskonflikten einen Verhaltenskodex vor.

Die Antwort unter die Lupe genommen:

*Profiting from Injustice*¹² (Aus Ungerechtigkeit Profit schlagen), ein Bericht der zivilgesellschaftlichen Organisationen CEO und TNI über die internationale Schlichtungsbranche, kommt zu dem Ergebnis, dass sie fest in den Händen einer kleinen, eng verzahnten Gemeinschaft von Anwaltskanzleien und hochrangigen Schiedsrichtern von der nördlichen Halbkugel liegt. Drei Top-Kanzleien – Freshfields (UK), White & Case (USA) und King & Spalding – geben an, allein im Jahr 2011 in 130 Investitionsstreitfälle involviert gewesen zu sein. Ganze 15 Schlichter, nahezu alle aus Europa, den USA oder Kanada, haben 55 % aller bekannten Investitionsschutz-Klagen entschieden. Diese Handvoll Juristen sitzen in denselben Schiedskommissionen, agieren sowohl als Schiedsrichter als auch als Anwälte der Streitparteien, und rufen sich sogar gegenseitig als Zeugen in Schiedsverfahren auf. Dies hat – auch in der breiteren juristischen Fachwelt – zu zunehmender Besorgnis bezüglich Interessenskonflikten geführt.

Der Boom von Schiedsverfahren hat Investment-Juristen einen vom Steuerzahler finanzierten Goldregen beschert. Anwalts- und Schiedsgerichtskosten betragen im Schnitt über 8 Mio. US-Dollar pro Klage, in manchen Fällen gar bis zu 30 Mio. US-Dollar. Hochrangige Anwaltskanzleien verlangen nicht weniger als 1.000 US-Dollar pro Anwalts-Stunde – und es sind ganze Teams, die die Fälle bearbeiten. Schiedsrichter kassieren ebenfalls saftige Honorare, in einem bekannten Fall waren es annähernd 1 Mio. US-Dollar. Diese Kosten werden vom Steuerzahler getragen - auch in Staaten, in denen Menschen nicht einmal Zugang zu grundlegender Daseinsvorsorge haben.

Der Bericht *Profiting from Injustice* (Von Unrecht profitieren) stellt ebenfalls die vermeintliche Neutralität der „15-köpfigen Elite der Investitions-Schiedsrichtern“ in Frage. Einige von ihnen sagen ausdrücklich, dass sie „sich selbst normalerweise nicht als Wächter des öffentlichen Interesses betrachten“. Manche sind oder waren in Konzernvorständen tätig, auch in Unternehmen, die selbst ISDS-Streitklagen laufen haben. Einige arbeiteten früher oder arbeiten heute noch für Anwaltskanzleien, die Investoren dazu ermuntern, Staaten zu verklagen dabei helfen, die investorfreundlichsten Verträge dafür auszuwählen sowie Investitionen dementsprechend zu strukturieren. Andere haben sich vehement gegen die Überarbeitung von Investitionsabkommen ausgesprochen, durch die Regierungen mehr politische Entscheidungsfreiheit erlangen könnten.

Ein Schiedsrichter besitzt ein eigenes Lobbyunternehmen, welches Konzerne berät, wie sie staatliche Regulierungen vermeiden oder bekämpfen können. Und genau diese Elite-Schlichter haben die meisten bekannten Investitionsabkommensklagen entschieden und dabei das öffentliche Interesse gegen Profitinteressen abgewogen (siehe Kapitel 4 in unserem Bericht). Diese engen Verknüpfungen mit der Wirtschaft, kombiniert mit ihrem Glauben an ein System, welches nachweislich Partei zugunsten von Konzernen ergreift, wirft Fragen auf zur Neutralität von internationalen Investitionsschiedsverfahren.

8. Kritikpunkt: Im Völkerrecht sollten Investoren nicht direkt gegen Regierungen vorgehen dürfen. Nur Regierungen sollte es möglich sein, über den zwischenstaatlichen Mechanismus zur Streitbeilegung gegeneinander vorzugehen.

Die Antwort der Europäischen Kommission: Es sind die Investoren, die unter Gewinneinbußen leiden. Regierungen (einschließlich der EU) müssen Allgemeininteressen verfolgen, und das bedeutet: Sie haben weder die Zeit noch die Ressourcen, jedem einzelnen angeblichen Vertragsbruch nachzugehen.

Die Antwort unter die Lupe genommen:

Regierungen sollten die Einbeziehung von ISDS in Handels- und Investitionsabkommen

¹² <http://www.tni.org/briefing/profitting-injustice>, Zusammenfassung auf Deutsch: http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/download/zusammenfassung_aus_ungerechtigkeit_profit_schlagen_-_de.pdf

vermeiden. Bei Handelsstreitigkeiten verlassen sich Staaten auf zwischenstaatliche Schlichtungsmechanismen. Es gibt keinen erkennbaren Grund dafür, mit ausländischen Investitionen anders umzugehen.

Das ISDS ermöglicht es multinationalen Konzernen, einen Staat direkt zu verklagen, in dem sie investiert haben, ohne den Eingriff der Regierung ihres Heimatlandes. Das ISDS gibt multinationalen Konzernen ein mächtiges Instrument, um gegen ein breites Spektrum an staatlichen Vorschriften und Maßnahmen vorzugehen, die im öffentlichen Interesse sind. Ein direkter Zugang zu Investitionsschiedsgerichten ermöglicht ausländischen Investoren, einheimische Rechtssysteme zu umgehen und gewährt ihnen letztlich mehr Rechte als den einheimischen Investoren. Das ISDS-System, dem es an Unabhängigkeit, Transparenz und rechtlicher Kohärenz fehlt, ist überflüssig - ausländische Investoren benötigen kein paralleles Rechtssystem, um ihre überlegenen Rechte durchzusetzen. Denn selbst Regierungen mit wenig stabilen Rechtssystemen sind generell darum bemüht, ihren guten Ruf bei ausländischen Investoren zu bewahren und willkürliche Enteignungen oder systematische Diskriminierungen ausländischer Investoren zu unterlassen.

Durch seine Abschreckungseffekte auf politische Regulierung und Kosten für Schiedsverfahren und Schadensersatz bildet ISDS ein politisches und finanzielles Risiko, das jetzt schon beträchtlich ist und weiter wächst. Die exponentielle, von internationalen Handelsjuristen forcierte Zunahme von ISDS-Klagen, ungerechtfertigte Klagen sowie der durch Androhungen von Klagen erzeugte Druck auf die Politik, Regulierungen aufzuschieben oder ad acta zu legen, sind systembedingte Missstände. Politische Risiko-Versicherungen für Investoren stellen einen angemesseren Mechanismus als das ISDS dar, um mit politischen Unwägbarkeiten umzugehen.

Literatur

Corporate European Observatory/Transnational Institute: Profiting from injustice: How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom. Brüssel/Amsterdam 2013

Deutsche Zusammenfassung: Aus Ungerechtigkeit Profit schlagen

http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/download/zusammenfassung_aus_ungerechtigkeit_profit_schlagen_-_de.pdf

International Institute for Sustainable Development: Investment treaties and why they matter for sustainable development: questions and answers. Winnipeg 2012

Jacob, Marc: Faith betrayed: International investment law and human rights, in: Hofmann, R and Tams, C.J. (Hg.): International investment agreements and its others. Frankfurt am Main 2012 (Nomos)

Public Citizen: U.S. pharmaceutical corporation uses NAFTA foreign investor privileges regime to attack Canada's patent policy, demand \$100 million for invalidation of a patent, abgerufen am 5. November 2013: <http://www.citizen.org/eli-lilly-investor-state-factsheet>