



Investor-Staat-Schieds- verfahren und Staateninsolvenzverfahren

Die wichtigsten Unterschiede

Fachinformation Nr. 49:
**Investor-Staat-Schiedsverfahren und Staateninsolvenzverfahren
– die wichtigsten Unterschiede**

Veröffentlichung: 20.02.2015

erlassjahr.de - Entwicklung braucht Entschuldung
Carl-Mosterts-Platz 1
40477 Düsseldorf
Tel.: +49 (0) 211 - 46 93 - 196
Fax: +49 (0) 211 - 46 93 – 197
E-Mail: buero@erlassjahr.de
Website: www.erlassjahr.de

Autor: Nils Herfort, Jürgen Kaiser
E-Mail: j.kaiser@erlassjahr.de

Investor-Staat-Schiedsverfahren und Staateninsolvenzverfahren – die wichtigsten Unterschiede

„*Profiting from injustice*“ – so heißt der Titel eines Papiers von Pia Eberhardt und Cecilia Olivet aus dem November 2012¹, das sich mit den Vorgängen und Praktiken eines weitgehend unbemerkt gebildeten internationalen *Investment Regimes* auseinandersetzt und erstmals beteiligte Akteure, deren Interessenskonflikte und die Folgen für die Politik und die Bevölkerung der jeweiligen Staaten genauer herausarbeitet.

Im Zentrum der Kritik stehen dabei die als „Mafia ähnlich“ bezeichneten Strukturen und die Untergrabung der staatlichen Souveränität durch *BIT-based arbitration*, also Schiedsgerichtsverfahren basierend auf internationalen Investmentverträgen. Da erlassjahr.de mit dem *FTAP*-Konzept (*Fair and Transparent Arbitration Process*)² ein Schiedsgerichtsverfahren für insolvente Staaten und deren Gläubiger anstrebt, soll hier gezeigt werden, wie sich dieses von den von Eberhardt und Olivet aufgezeigten Praktiken der *Arbitration-Industry* im Investmentgeschäft unterscheidet und welche Lehren aus dieser andauernden, vertraglich legitimierten Ungerechtigkeit im Investment-Geschäft für Entschuldungsprozesse gezogen werden sollten.

1. Was sind Investor-Staat-Schiedsverfahren?

Grundlage für *Investment Arbitration* sind bilaterale internationale Verträge (Investitionsschutzabkommen, oder auch BITs (*Bilateral Investment Treaty*) genannt), die zwischen Staaten abgeschlossen wurden um die Rechte von Investoren in den jeweils anderen Staatsgebieten zu regeln. Diese Verträge werden von mächtigen Unternehmen schließlich dazu genutzt, gegen Staaten vor ein Schiedsgericht der Weltbankgruppe in Washington, D.C. (das „Internationale Zentrum zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten“, engl. Abkürzung: ICSID) zu ziehen, sollten sich Umstände ergeben, die Kosten oder Einschränkungen für die jeweiligen Unternehmen zur Folge haben. So zum Beispiel auch, wenn neue Gesetze zum Schutze der Umwelt oder der öffentlichen Gesundheit in Kraft treten sollten (prominentes Beispiel in Deutschland ist die Klage des schwedischen Großkonzerns Vattenfall gegen den Atomausstieg der Bundesrepublik).

Diese Praktiken erleben in den letzten Jahren eine enorme Konjunktur, was vor allem zwei dramatische Konsequenzen für die Regierungen der Länder und damit auch für deren Bevölkerung hat. Erste Konsequenz: Wird den Investoren Recht gegeben, müssen die Länder nach dem Politikwandel enorme Entschädigungen aufbringen. Damit fehlen vor allem ärmeren Ländern oft wichtige Mittel zur Investition in Bildung, Infrastruktur oder Armutsbekämpfung. Die Entscheidung des Schiedsgerichts nimmt dabei ausdrücklich keine Rücksicht auf Aspekte wie Menschenrechte oder Umweltschutz. Zweite Konsequenz: Aus Angst vor Klagewellen der Konzerne vor Schiedsgerichten (engl.: *arbitration tribunals*) trauen sich viele Regierungen vorausseilend gar nicht mehr für den Schutz von Menschen und Umwelt erforderliche Reformen zu beschließen, welche eventuell eine Belastung für Unternehmen bedeuten könnten. Zu Recht sehen viele Menschen hierin eine Bedrohung der Demokratie, wie auch ein südafrikanischer Regierungssprecher betont: „*Investor-state dispute settlement (...) is a direct challenge to constitutional and democratic policy-making.*“³

Ein weiteres Problem mit solchen Schiedsverfahren ist das Eigeninteresse der Justiz an möglichst vielen solcher Gerichtsverfahren. Die Schiedsrichter (engl. *arbitrators*) verdienen in solchen Verfahren bis zu einer Millionen US-Dollar, und die Durchschnittskosten des gesamten Schiedsverfahrens betragen acht Millionen US-Dollar. Die Kosten für den Schiedsrichter tragen die Steuerzahler des beteiligten Staates. Möglichst viele Schiedsverfahren bedeuten also erhöhte Einnahmen der

¹ Online verfügbar: <http://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/profitting-from-injustice.pdf>

² Ausführlich sind die verschiedenen Optionen für ein Schuldenschiedsverfahren beschrieben in: Kaiser, J. (2013): „Resolving Sovereign Debt Crises“, FES Dialogue on Globalization, 2.Aufl. Oktober 2013.

³ Südafrikanischer Regierungssprecher in: Eberhardt & Olivet (2012): „Profiting from Injustice“, S. 16.

Richter und Anwälte – und viele Prozesse erreicht man natürlich am besten mit hohen Erfolgschancen der Industrie im Falle einer Klage. Schließlich können nur die Unternehmen klagen und nicht etwa die Staaten. Eine größere Beeinträchtigung der Neutralität bei der Entscheidungsfindung ist kaum vorstellbar. Das ist ungefähr so, als würde ein Fußballschiedsrichter für eine Partie am nächsten Spieltag nur dann nominiert, wenn heute Team (A) das Match gegen Team (B) gewinnt. Der steile Anstieg der Anzahl der verhandelten Verfahren vor dem ICSID von 38 im Jahre 1996 auf 450 in 2011 lag eben nicht nur an der allgemein höheren Zahl aus grenzüberschreitenden Investitionen, sondern auch an der Attraktivität des Geschäfts für die Richter und Anwälte.

Die Anwaltskanzleien, die von den klagenden Konzernen engagiert werden, überfordern die klagenden Unternehmen finanziell gelegentlich. Denn die Kosten belaufen sich pro Anwalt auf bis zu 1.000 US-Dollar pro Stunde – beteiligt sind jedoch ganze Teams von Anwälten. In diesen Fällen springen oft so genannte *litigation funders* ein, hinter denen mächtige Investment-Firmen stecken. Sie bezahlen einen großen Teil der Anwaltskosten für die Unternehmen, um dann prozentual an den enormen Entschädigungszahlungen der Staaten im Erfolgsfall beteiligt zu werden. Diese Form des Gewinnstrebens, die die Autorinnen „*speculating with injustice*“ nennen, wird in keiner Weise staatlich reguliert.

Dass dieses moralisch und demokratietheoretisch fragwürdige Geschäftsmodell stetig weiter wachsen kann, begründen die Autorinnen auch mit dem starken Einfluss von Investment-Anwälten in der Politik und der akademischen Diskussion. So vertreten sie Staaten oft bei der Aushandlung der Investitionsschutzabkommen und verteidigen sie zudem in Verfahren vor dem *ICSID*. Viele der Anwälte, die von diesem Geschäftsmodell profitieren, besetzen zudem entscheidende Beraterpositionen von nationalen Regierungen und versuchen dort in ihrem Interesse auf Gesetzesvorlagen einzuwirken. Investment-Anwälte kontrollieren außerdem 74 Prozent der größten Fachzeitschriften, die sich mit dem Thema Investitionsrecht und Schiedsverfahren beschäftigen. Daher verschweigen Beiträge zu diesem Thema nur allzu gerne die enormen Profite der Justiz und wie diese erzielt werden. Eberhardt und Olivet zeigen sich anhand dessen besorgt um eine ausgewogene und unabhängige akademische Diskussion zu diesem Thema.

2. Unterschiede zwischen *Investment Arbitration* und einem fairen und transparenten Staateninsolvenzverfahren

Auf eine andere Weise ebenso skandalös wie bei Rechtsstreitigkeiten zu internationalen Investmentgeschäften geht es auch bis heute im Umgang mit insolventen Staaten zu. Auch hier wird versucht möglichst viel Geld von überschuldeten Regierungen einzutreiben – zu Lasten der Bevölkerung. Es sind Verfahren wie dies des Pariser Clubs, in denen die Gläubiger gleichzeitig Kläger und Richter sind und dabei versuchen, möglichst viele ihrer Forderungen einzutreiben.⁴

Zynisch könnte man sagen, dass sich im Umgang mit zahlungsunfähigen Staaten, im Gegensatz zu *Investment Arbitration*, gar nicht mehr die Mühe gemacht wird, die Ungerechtigkeiten zu Lasten der Armen und Schwachen zu verschleiern. Hat es in den Schiedsverfahren vor dem ICSID auf den ersten Blick noch den Anschein hier würde „Recht“ gesprochen (ein Anschein, der schon einem zweiten flüchtigen Blick nicht mehr Stand hält), treten die Gläubiger hier, im Gegensatz zu privaten Insolvenzverfahren, wie selbstverständlich als alles dominierende Akteure in Erscheinung. Eine Verhandlung mit Einbeziehung der Schuldnerländer vor einer neutralen Instanz findet erst gar nicht statt.

Verschuldete Staaten haben in der Regel nur die Möglichkeit, sich den Entscheidungen ihrer Gläubiger zu unterwerfen. Das sind

- der Pariser Club, in dem die Regierungen der kreditgebenden Staaten – soweit sie Mitglied der OECD sind – sich versammeln um im Einzelfall über das Schicksal eines zahlungsunfähigen Landes zu entscheiden;
- der Londoner Club, in dem die großen Geschäftsbanken ihren Kreditnehmern bei Zah-

⁴ Eine ausführliche Erklärung zur gängigen Praxis im Umgang mit hoch verschuldeten Staaten findet sich auf der erlassjahr.de-Homepage: <http://www.erlassjahr.de/die-schuldenkrise/schuldenmanagement/pariser-club/der-pariser-club.html>.

lungsschwierigkeiten geschlossen gegenüberreten sowie

- IWF und Weltbank, zusammen mit weiteren multilateralen Gläubigern, die eigentlich überhaupt keine Schuldenerleichterungen gewähren, es unter dem Druck der Verhältnisse in den späten 90er Jahren dann für einen begrenzten Kreis ärmster Länder doch taten, dabei aber stets Herren des Verfahrens blieben. Darüber hinaus agieren sie im Pariser Club als Gutachter über die Situation des Schuldners, obwohl ihre eigenen Forderungen von ihren Gutachten beeinträchtigt werden können – oder eben nicht.
- Lediglich gegenüber den Anleihegläubigern gibt es so etwas wie ein offenes Verfahren, bei dem sich die Parteien zumindest formal auf Augenhöhe begegnen; aber auch hier gibt es zahlreiche Probleme, wie die Zersplitterung der Gläubigerschaft und das Machtungleichgewicht, das es nahezu unmöglich macht, zum Beispielselbst Fragen fundamentaler Menschenrechte in einem Entschuldungsverfahren zum Tragen zu bringen.

Gegenüber einer solchen Situation ist ein Schiedsverfahren ein großer Fortschritt. Deswegen wird es von erlassjahr.de und der weltweiten Entschuldungsbewegung gefordert.

Es gibt aber auch eine große Zahl von eher technischen Unterschieden mit sehr weitreichenden Folgen, die die BIT-basierten Verfahren und ein FTAP unvergleichbar machen:

- Zunächst einmal ist für verschuldete Staaten ein offenes Schiedsverfahren überhaupt die einzige Möglichkeit, mit der Gesamtheit seiner Gläubiger zu einer Lösung zu kommen; und das muss der Schuldnerstaat, denn Schuldentragfähigkeit kann nur durch eine Regelung mit allen Gläubigern erreicht werden und nicht durch die Regelung eines Teils der Forderungen.⁵ Solche „multilateralen“ Regelungen bieten normale Rechtswege auf der Grundlage der in einzelnen Kreditverträgen vereinbarten Rechtsstandorte nicht. Für bilaterale Streitigkeiten wie eben zwischen Investor und Staat besteht die Notwendigkeit, den normalen Rechtsweg zu verlassen überhaupt nicht.
- Es gibt verschiedene Vorschläge, ein FTAP umzusetzen. Allen gemeinsam ist aber, dass es keinen zuvor eingeschränkten Kreis von Schiedsrichtern von der Art der mafiösen Strukturen um das ICSID geben darf. Paradigmatisch sieht der Vorschlag des österreichischen Ökonomie-Professors Kunibert Raffer vor, dass die Gläubiger- und die Schuldner-Seite je eine Person benennen, von der sie annehmen, dass sie ihre Interessen im Verfahren im Auge behält, aber gleichzeitig zu einem konstruktiven Agieren in der Lage ist (sonst brauchte man in ein Verfahren gar nicht hineinzugehen). Die beiden Personen benennen zusammen eine dritte Person ihres Vertrauens. Selbstverständlich sind die Parteien ebenso wie die beiden benannten Schiedsrichter frei zu benennen, wen sie für geeignet halten.
- Wie der Name FTAP es nahelegt, sind die Verfahren grundsätzlich öffentlich. Wie im Kapitel 9 des US-Insolvenzverfahrens gibt es die Möglichkeit für alle von dem Schiedsspruch Betroffenen, ihre Sicht der Dinge vor dem Schiedsgericht zu artikulieren. Vertrauliche Verhandlungen finden nur in begründeten Einzelfällen statt.
- Da die Fragestellung in einem FTAP für überschuldete Staaten eine ganz andere ist als die bei der Regelung eines bilateralen Streits über eine bestimmte Auslandsinvestition, kommen natürlich auch andere und zusätzliche Kriterien bei der Entscheidungsfindung zum Tragen. Auf der Grundlage eines BIT's hat ein Schiedsgericht formal darüber zu befinden, ob eine unzulässige Schädigung des Investors stattgefunden hat oder nicht. Menschenrechtliche Fragen welcher Art auch immer haben dabei noch nie eine Rolle gespielt und können es unter diesen Voraussetzungen auch gar nicht. Demgegenüber argumentierten selbst Weltbank und IWF als sie 1996 die HIPC-Initiative aus der Taufe hoben mit der Notwendigkeit, fragile Staaten im Interesse ihrer Bürger und der Weltgesellschaft vor dem wirtschaftlichen Kollaps zu retten. Diese abwägende Sichtweise – Gläubigeransprüche im Sinne von *Pacta sunt servanda* zunächst einmal grundsätzlich anzuerkennen, sie aber ebenso grundsätzlich im Konfliktfall der Wahrung der Menschenrechte unterzuordnen – ist jeglichem BIT-basierten Verfahren fremd.

⁵ Weil er das aber fälschlicherweise angenommen hat, hat der Pariser Club in den letzten 30 Jahren über die gleichen Schulden immer wieder verhandelt, im extremen Fall des Senegals 14 mal.