

**Eine ISDS-Ausnahmeregelung
zur Unterstützung von
Klimaschutzmaßnahmen**

Gus Van Harten



**Schutz eines multilateralen Abkommens
zum Klimaschutz vor der Bedrohung
durch Kampfansagen von Unternehmen**

Maude Barlow

Schutz eines multilateralen Abkommens zum Klimaschutz vor der Bedrohung durch Kampfansagen von Unternehmen

von Maude Barlow

Ein Vorwort zu Eine ISDS-Ausnahmeregelung zur Unterstützung von Klimaschutzmaßnahmen von Gus Van Harten

In diesem Dezember treffen sich Staaten aus aller Welt in Paris zur COP 21, der Konferenz der Vereinten Nationen zum Klimawandel. Dies ist ein historisches Treffen und ein wichtiger Moment für die Nationen der Welt, ein wirklich sinnvolles Abkommen zu vereinbaren, um die Treibhausgasemissionen ernsthaft zu reduzieren. Die Erwartungen sind hoch.

Es gibt sicherlich einige Hoffnungsschimmer, obwohl viel getan werden muss. Im Juni 2015 vereinbarten die Staats- und Regierungschefs der G7-Länder, Treibhausgase durch die allmähliche Abschaffung von fossilen Brennstoffen bis zum Ende des Jahrhunderts zu reduzieren. Die deutsche Kanzlerin Angela Merkel, die auf eine Umsetzungsfrist bis 2050 drängt und sich für sofortige verbindliche Emissionsziele engagierte, sprach von der Notwendigkeit „die globale Ökonomie im Lauf dieses Jahrhunderts zu dekarbonisieren.“

In demselben Monat versprach China, der größte Treibhausgasemittent der Welt, die steigenden Emissionen bis zum Jahr 2030 zu reduzieren, zum ersten Mal für eine Nation, deren Richtlinien ein unbegrenztes industrielles Wachstum begünstigt haben. Im August 2015 hat der US-Präsident Barack Obama, vielleicht eingedenk seines Vermächtnisses, die ersten landesweiten Standards zur Beendigung des unbeschränkten Ablassens der Kohlenstoffbelastung durch US-Kraftwerke enthüllt.

Die Weltmeinung ändert sich erheblich, seit immer weniger Menschen die überwältigenden wissenschaftlichen Beweise eines durch Menschen verursachten Klimawandels in Frage stellen. Eine Umfrage des Pew Research Centers ergab im Juli 2015, dass der Klimawandel als größte weltweite Bedrohung angesehen wird. Mit der Annäherung der Gespräche in Paris wächst die Hoffnung auf ein wirklich sinnvolles multilaterales Abkommen zum Klimawandel.

Aber es gibt ein Problem, das angesprochen werden muss, wenn eine Vereinbarung oder ein Abkommen, die/das auf dem Gipfel von Paris erzielt wird, in den Heimatländern der Parteien umgesetzt werden soll. Das zentrale Problem ist, dass viele der Länder, die versprechen, ernsthafte Maßnahmen zum Klimawandel zu ergreifen, auch Parteien von Handels- und Investitionsgeschäften oder aggressiven Verhandlungen sind, die einen Mechanismus enthalten, die großen Unternehmen das Recht gibt, Veränderungen an den derzeitigen Vorschriften, gemäß denen sie ihren Betrieb führen, herauszufordern.

Der Mechanismus bei diesen Handelsgeschäften heißt Investor-Staat-Schiedsverfahren (ISDS). Es gibt ausländischen Unternehmen das Recht, Regierungen direkt auf finanzielle Entschädigung zu verklagen, wenn diese Regierungen neue Gesetze oder Praktiken, wie z. B. Umwelt-, Gesundheits- oder Menschenrechte, einführen, die sich auf die Bilanzen der Unternehmen negativ auswirken. ISDS gewährt Unternehmen bei diesen Verhandlungen im Wesentlichen denselben Status wie Regierungen und privatisiert die Streitbeilegung zwischen den Nationen.

Gemäß der Konferenz der Vereinten Nationen zu Handel und Entwicklung gibt es jetzt über 3200 ISDS-Abkommen (zumeist bilaterale) in der Welt, wobei jede zweite Woche eines abgeschlossen wird. Diese Unternehmensrechte sind fest im North American Free Trade Agreement (NAFTA) sowie in allen neuen regionalen Vertragsabschlüssen, einschließlich dem Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), dem Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)-Abkommens zwischen Europa und den U.S.A. sowie dem Trans-Pacific Partnership (TPP), einem massiven Vertragsabschluss zwischen 12 Ländern entlang des Pazifiks, verankert.

Unternehmen haben ISDS in 600 Fällen eingesetzt, um Regierungen herauszufordern und in zahlreichen Fällen waren diese Herausforderungen eindeutig mit gesundheits- oder umweltbezogenen Entscheidungen verbunden.

Kanada steht zum Beispiel \$ 2,6 Milliarden an Herausforderungen von amerikanischen Unternehmen unter dem NAFTA gegenüber. Die derzeitigen und vergangenen Herausforderungen umfassen Verbote gegen umweltschädliche Zusätze zu Benzin, Export von gefährlichen PCBs und Rasendünger sowie Moratorien zur hydraulischen Frakturierung.

ISDS droht auch mit dem Kampf gegen Umweltrassismus und dies macht es wiederum schwerer die ungleichen Auswirkungen des Klimawandels auf die indigenen Völker und Armen zu bekämpfen. Im Juni 2015 haben die 10 Berichtersteller zu Menschenrechten der UN eine Erklärung verabschiedet, die auf die „potentiellen nachteiligen Auswirkungen“ von Abkommen wie die TTIP und TPP „auf Menschenrechte, die in gesetzlich verbindlichen UN-Dokumenten gewährleistet“ sind, einschließlich einer „sauberen Umwelt“, aufmerksam machen wollte.

Die Experten vermerkten, dass Investor-Staat-Regeln Schutz für Investoren gewährten, jedoch nicht für Staaten oder ihre Bevölkerung. Beim Blick auf die Geschichte der ISDS-Beilegungen, folgerte der UN-Menschenrechtsexperte, dass die „behördliche Funktion von vielen Staaten und ihre Fähigkeit Gesetze im öffentlichen Interesse zu erlassen, gefährdet wurden.“

Ein Konflikt ist somit vorprogrammiert. Wenn die Parteien ein sinnvolles Abkommen zum Klimawandel in Paris beschließen, muss für dessen Erfolg jedes Land Zusagen nach Hause zu ihren eigenen Gesetzgebungen mitnehmen und Gesetze und Praktiken entsprechend ändern. Und doch sind die ISDS-„Rechte“ von ausländischen Unternehmen, jegliche Veränderungen anzufechten, die sich negativ auf ihre Profite auswirken könnten, stark im internationalen Handelsrecht verankert. Anders ausgedrückt könnte die Macht der Unternehmen, ISDS einzusetzen, alle Abkommen untergraben, die in Paris abgeschlossen wurden, wenn Unternehmen sich entscheiden würden, die notwendigen gesetzlichen Veränderungen anzufechten.

Der Bericht, *Eine ISDS-Ausnahmeregelung zur Unterstützung von Klimaschutzmaßnahmen* wird Regierungen und Verhandlungsführern als eine Möglichkeit angeboten, um diesen Konflikt zu lösen. In ihm stellt Gus Van Harten, Professor von Osgoode Hall, Rechtsgelehrter und eine international anerkannte Autorität im Investitionsgesetz, wie ein multilaterales Abkommen zum Klimaschutz Schutzmaßnahmen gegen das Risiko von ISDS-Klagen, die sich gegen Klimaschutzmaßnahmen von Regierungen richten, einschließen könnten.

Ohne eine solche Ausnahmeregelung, argumentiert Van Harten, stehen Regierungen einem Anreiz gegenüber, Klimaschutzmaßnahmen zu vermeiden, um eine potentielle Haftung aufgrund von tatsächlichen oder vorhergesehene ISDS-Forderungen zu beschränken. Unter Einbeziehung der Formulierung der *Rahmenkonvention der VN zur Klimaänderung*, schlägt Van Harten eine Formulierung für Schutzmaßnahmen vor, die Regierungen ermöglicht, Maßnahmen einzuführen, die notwendig sind, um die Treibhausgasemissionen zu stabilisieren und die wachsende Bedrohung der Klimaveränderung wirklich anzugehen.

Wir hoffen, dass dieser Bericht vielfach veröffentlicht wird und die Verhandlungen in Paris beeinflusst. Wir hoffen auch, dass die Rechtsgemeinschaften für Klima und Handel die Forderung annehmen, dass die Bedrohung durch ISDS Teil einer erfolgversprechenden Diskussion in Paris sein muss.

Über Maude Barlow

Maude Barlow ist Aktivistin für soziale Gerechtigkeit und Umweltschutz und Autorin. Sie ist die nationale Vorsitzende des Council of Canadians, der führenden Organisation für soziale Maßnahmen in Kanada.

September 2015

Ursprünglich als akademisches Arbeitspapier veröffentlicht. Mit Erlaubnis des Autor hier erneut veröffentlicht.

OSGOODE HALL- RECHTSFAKULTÄT

RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FORSCHUNGSBERICHTSERIE

Forschungsbericht Nr. 38 Band 11, Ausgabe 8, 2015

Eine ISDS-Ausnahmeregelung zur Unterstützung von Klimaschutzmaßnahmen

Gus Van Harten

Dieser Bericht kann hier kostenlos heruntergeladen werden: <http://ssrn.com/abstract=2663504>

Weitere Informationen und eine Sammlung von Veröffentlichungen der rechtswissenschaftlichen Forschungsberichtsserie der Osgoode Hall-Rechtsfakultät sind hier zu finden: http://papers.ssrn.com/sol3/JELJOUR_Results.cfm?form_name=journalbrowse&journal_id=722488

Redakteure:

Chefredakteur: Carys J. Craig (Associate Dean of Research & Institutional Relations und Associate Professor, Osgoode Hall Law School, York University, Toronto)

Produktionsredakteurin: Kiana Blake (Osgoode Hall Law School, York University, Toronto)

Abstract:

Osgoode - Rechtswissenschaftlicher Forschungsbericht Nr. 38 Band 11, Ausgabe 8, 2015

Eine ISDS-Ausnahmeregelung zur Unterstützung von Klimaschutzmaßnahmen

Gus Van Harten

Wie kann ein multilaterales Klimaschutzabkommen eine Ausnahmeregelung gegen Risiken nach Forderungen von Investor-Staat-Schiedsverfahren (ISDS), die sich auf Klimaschutzmaßnahmen von Regierungen richten, einschließen? Das Ziel dieses Kurzberichts ist eine Formulierung für eine Ausnahmeregelung zu Investor-Staat-Schiedsverfahren, die angesichts der Bedeutung von Klimaschutzmaßnahmen und finanziellen Unsicherheiten und des Abschreckungspotentials durch Investor-Staat-Schiedsverfahren (ISDS) für Staaten, die ein solche Maßnahme in Erwägung ziehen, zuverlässig und eindeutig ist.

Schlüsselwörter: Klimawandel, multilaterale Verhandlungen, Investor-Staat-Schiedsverfahren

Autor(en):

Gus Van Harten

Osgoode Hall Rechtsfakultät

E: gvanharten@osgoode.yorku.ca

Eine ISDS-Ausnahmeregelung zur Unterstützung von Klimaschutzmaßnahmen

Gus Van Harten¹
20. September 2015

I. Überblick

In diesem Kurzbericht, möchte ich erörtern, wie ein multilaterales Klimaschutzabkommen gegen Risiken nach Forderungen von Investor-Staat-Schiedsverfahren (ISDS), die sich auf Klimaschutzmaßnahmen richten, abgesichert werden könnte.

Insbesondere möchte ich eine ausführliche Formulierung in Bezug auf eine ISDS-Ausnahmeregelung vorschlagen, die von früheren Interpretationsansätzen von ISDS-Tribunalen, der Bedeutung von Klimaschutzmaßnahmen und dem Abschreckungspotential, die die ISDS für Regierungen darstellt, die solche Maßnahmen in Erwägung ziehen, geprägt sind.

Die vorgeschlagene Ausnahmeregelung sieht wie folgt aus:

„Dieser Artikel trifft auf alle Maßnahmen zu, die eine Partei zu diesem Vertrag getroffen hat und in Bezug auf das Ziel der Stabilisierung von Treibhausgaskonzentrationen in der Atmosphäre, in einem Grad, das eine gefährliche anthropogene Interferenz mit dem Klimasystem oder in Bezug auf die in Artikel 3 und 4 der *Klimarahmenkonvention der Vereinten Nationen von 1992* enthaltenen Grundsätze oder Verpflichtungen, verhindern könnte.

Diese Maßnahme darf keinen bestehenden oder zukünftigen Abkommen einer Partei unterliegen, insofern sie Investor-Staat-Schiedsverfahren ermöglicht, es sei denn, das Abkommen bestimmt genau und präzise, mit ausdrücklichem Verweis auf diesen Artikel und diesen Vertrag, dass dieser Artikel außer Kraft gesetzt wird. Zur größeren Rechtssicherheit, wird in Abwesenheit eines solchen Verweises in einem zukünftigen Abkommen zwischen zwei oder mehr Parteien angenommen, dass das zukünftige Abkommen die ersten drei Absätze dieses Artikels vollständig und ohne Vorbehalt einschließt.

Jede Streitigkeit in Bezug auf den Umfang oder Anwendungsbereich dieses Artikels soll an die alleinige und ausschließliche Gerichtsbarkeit von [spezielles Organ und Verfahren gemäß dem multilateralen Klimaschutzabkommen] verwiesen werden. Im Interesse größerer Rechtssicherheit hat kein Investor-Staat-Schiedsgericht, Schiedsrichter, Organ oder Verfahren die Gerichtsbarkeit über eine Streitigkeit in Bezug auf den Umfang oder den Anwendungsbereich dieses Artikels.

Die Parteien dürfen keine zukünftigen Abkommen vereinbaren, die Investor-Staat-Schiedsverfahren erlaubt, es sei denn das zukünftige Abkommen schließt die Formulierung ersten drei Absätze dieses Artikels vollumfänglich und ohne Vorbehalt ein. Die Parteien haben sich nach besten Kräften zu bemühen, bestehende Verträge mit einer Partei, die nicht Vertragspartei ist, und die Investor-Staat-Schiedsverfahren erlaubt, neu auszuhandeln, um sicherzustellen, dass das bestehende Abkommen die Formulierung ersten drei Absätze dieses Artikels vollumfänglich und ohne Vorbehalt eingeschlossen wird.“

Diese vorgeschlagene Formulierung zielt auf die Sicherstellung einer zuverlässigen Ausnahmeregelung ab, um vor Risiken von ISDS-Schiedsgerichtsfordernungen in Bezug auf Klimaschutzmaßnahmen zu schützen. Einige Begriffe, die in der Ausnahmeregelung verwendet werden, wie u.a. „Maßnahme“ und „Investor-Staats-Schiedsverfahren“ würden in einem multilateralen Klimaschutzabkommen, wie unten erörtert, eine Definition erfordern. Wenn die Ausnahmeregelung in einem multilateralen Klimaschutzabkommen

¹ Osgoode Hall Law School of York University; gvanharten@osgoode.yorku.ca. Ich bin Stepan Wood für seine Anmerkungen zu einem früheren Entwurf dieses Berichts dankbar.

enthalten wäre, würde sie für alle Abkommen gelten, die ISDS zwischen den Vertragsstaaten dieses multilateralen Vertrags erlauben.

Um ihre Zuverlässigkeit zu unterstützen, sollten alle Streitigkeiten in Bezug auf den Umfang oder die Anwendung der Ausnahmeregelung an ein entscheidungstreffendes eingesetztes Organ verwiesen werden, das im Rahmen des multilateralen Klimaschutzabkommens und nicht eines ISDS-Abkommens handelt. Dies würde das Risiko einer ausweichenden Auslegung durch ISDS-Tribunale vermeiden und ein Forum ermöglichen, das in Bezug auf Klimaschutzmaßnahmen unmittelbare Kompetenz und eine institutionelle Verpflichtung hat, um Streitigkeiten hinsichtlich der Bedeutung der Ausnahmeregelung beizulegen.

II. Anmerkungen

Diese Anmerkungen werden durch Verweise auf andere Dokumente und Veröffentlichungen zu den ISDS unterstützt. Die Anführungen unten beziehen sich auf die Veröffentlichungen des Autors, die wiederum weiter ausgeführte Erörterungen und umfassende Verweise auf relevante Daten, frühere Entscheidungen zu den ISDS und Sekundärliteratur enthalten.

A. Risiken, bei Klimaschutzmaßnahmen durch die ISDS entstehen

Staaten können durch die Risiken mit unbegrenzten finanziellen Haftungen aufgrund von ISDS-Forderungen von der Umsetzung von Maßnahmen zur Erfüllung ihrer Verantwortung in Bezug auf den Klimaschutz abgeschreckt werden. Insbesondere stellen die ISDS aus folgenden Gründen ein Risiko für Klimaschutzmaßnahmen dar:

- i. Multinationale Unternehmen und wohlhabende ausländische Staatsangehörige haben ein eigenes gesetzliches Recht und die finanzielle Kapazität, um bei Verletzungen der Rechte von ausländischen Investoren hohe ISDS-Forderungen gegen Staaten zu stellen, ohne zuerst die einheimischen Gerichte oder Tribunale anzurufen (wo Justiz erlangt werden kann und auf angemessene Weise verfügbar ist).² Zwei häufige Themen in den hunderten Fällen zu ISDS sind Streitigkeiten in der Rohstoffbranche und Streitigkeiten in Bezug auf die öffentliche Gesundheit oder Umweltschutzmaßnahmen.³
- ii. Die Rechte von ausländischen Investoren in den Abkommen sind oft zweideutig formuliert, was ISDS ermöglicht. Diese Rechte unterliegen wiederum einem weiten Ermessen von ISDS-Tribunalen, Fragen der Staatshaftung zu entscheiden.⁴ In verschiedenen Fällen haben ISDS-Tribunale die Rechte von ausländischen Investoren auf eine Weise ausgelegt, die öffentliche Ausgleichszahlungen für allgemeine und öffentliche Zweckänderungen an den staatlichen Rahmenbedingungen erfordern, die unterschiedslos für alle Anlageneigentümer gelten.⁵
- iii. ISDS-Schiedsrichter haben eine weitreichende Befugnis in Bezug auf öffentliche Budgets aufgrund ihrer Bevollmächtigung ausländischen Investoren unbegrenzte Schadensersatzsummen zuzuerkennen.⁶ Staaten haben keine Möglichkeit, eine Haftung zu vermeiden, nachdem Schiedsrichter ihre Entscheidungen getroffen haben. Deshalb haben Staaten einen Anreiz, Klimaschutzmaßnahmen zu vermeiden, um ihre potentielle Haftung aufgrund von ISDS-Forderungen zu begrenzen.

2 G Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law* (Oxford University Press, 2007), 110-113.

3 G Van Harten, *Sovereign Choices and Sovereign Constraints: Judicial Restraint in Investment Treaty Arbitration* (Oxford University Press, 2013), 82-89.

4 Van Harten, Anmerkung 1 oben, Kapitel 4 und 122-124; Van Harten, Anmerkung 2 oben, 45-46.

5 Van Harten, Anmerkung 2 oben, 52-54, 57-61, und 82-89.

6 Van Harten, Anmerkung 1 oben, 101-109 und 145-149; Van Harten, Anmerkung 2 oben, 113-114.

Zur Absicherung gegen die Risiken von ISDS-Forderungen, die Klimaschutzmaßnahmen behindern oder abschrecken, wird vorgeschlagen, dass ein multilaterales Klimaschutzabkommen eine weitreichende Ausnahmeregelung bei allen Abkommen enthalten sollte, die eine ISDS-Schiedsgerichtsbarkeit erlauben.⁷

B. Merkmale einer zuverlässigen Ausnahmeregelung

1. Anwendung auf bestehende und zukünftige Abkommen, die ISDS erlauben

Für bestehende ISDS-Abkommen, sollte eine Ausnahmeregelung in einem multilateralen Klimaschutzabkommen als nachfolgende rechtliche Vereinbarung entworfen werden, die Vorrang vor dem bestehenden ISDS-Abkommen hat. Das heißt, das multilaterale Klimaschutzabkommen wäre ein Anschlussvertrag zwischen den Parteien, der Vorrang vor ihren sämtlichen früheren Abkommen hätte, die die ISDS in Angelegenheiten, die der Ausnahmeregelung unterliegen, erlauben. Die Staaten würden in dem multilateralen Klimaschutzabkommen zustimmen oder klarstellen, dass ihr bestehendes Einverständnis, soweit zutreffend, ISDS-Forderungen gegen sie zu erlauben, für Klimaschutzmaßnahmen schlicht und einfach nicht gelten.

Bei zukünftigen ISDS-Abkommen ist die Situation etwas komplizierter. Die Ausnahmeregelung vor ISDS in einem multilateralen Klimaschutzabkommen müsste bei der Priorisierung der Ausnahmeregelung gegenüber dem Einverständnis der Parteien auf ISDS in einem zukünftigen Vertrag, der ISDS erlaubt, ausreichend genau sein. Die hier vorgeschlagene Ausnahmeregelung möchte dieses Ziel durch Verweis auf bestehende oder zukünftige Abkommen und durch Einschluss einer Vorschrift erreichen, dass jedes andere Abkommen, damit es Vorrang vor der Ausnahmeregelung hat, bei dieser Frage genau und präzise sein muss und insbesondere die Ausnahmeregelung in dem multilateralen Klimaschutzabkommen erwähnen muss. Das Ziel ist nicht zukünftige Aufhebungen der Ausnahmeregelungen zu ermutigen, sondern vielmehr ausweichende Auslegungen durch ISDS-Tribunale auszuschließen, die z. B. regelmäßig Klauseln zur ausschließlichen Gerichtsbarkeit in Verträgen vermieden haben, die Forderungen in Abkommen⁸ ausschließen zu schienen, die die Ausnahmeregelung aufheben würden.

Im Sinne einer größeren Rechtssicherheit, beinhaltet die Ausnahmeregelung auch die Verpflichtung jeder Partei die Ausnahmeregelung in jedem neuen ISDS-Abkommen wiederzugeben und eine Klarstellung, dass davon ausgegangen wird, dass jedes zukünftige ISDS-Abkommen zwischen den Parteien die Ausnahmeregelung enthält.

2. Anwendung zwischen Staaten, die Parteien eines Klimaschutzabkommens sind

Eine Ausnahmeregelung von ISDS würde nur für ISDS-Abkommen zwischen oder unter Staaten gelten, die Parteien des multilateralen Klimaschutzabkommens sind. Zum Beispiel wäre ein bilaterales Investitionsabkommen, das ein ISDS erlauben würde von der Ausnahmeregelung gedeckt, wenn beide Vertragsstaaten des bilateralen Investitionsabkommens auch Parteien des multilateralen Klimaschutzabkommens wären. Ebenso wäre ein Handels- oder Investitionsabkommen, das zwischen mehr als zwei Staaten abgeschlossen würde und ein ISDS (z. B. NAFTA, Vertrag über die Energiecharta) erlauben würde, durch die Ausnahmeregelung gedeckt, allerdings nur für jene Vertragsstaaten des Handels- oder Investitionsabkommens, die auch Parteien des multilateralen Klimaschutzabkommens wären.

Die Ausnahmeregelung würde jedoch nicht in einem Fall eines ISDS-Abkommens zwischen einerseits einem Staat, der Partei des multilateralen Klimaschutzabkommens ist und andererseits einem Staat, der keine Vertragspartei ist, gelten. Sie würde nicht gelten, da das ISDS-Abkommen keinen Vorrang vor

⁷ Der Begriff „Maßnahme“ sollte weitläufig definiert werden, da er in vielen Investitionsabkommen enthalten ist, um „alle Gesetze, Verordnungen, Verfahren, Vorschriften oder Praktiken“ einzuschließen, wie z. B. *das Nordamerikanische Freihandelsabkommen (NAFTA)*, Artikel 201; geplantes Kanada-Europäische Union *Umfassendes Wirtschafts- und Handelsabkommen (CETA)*, Artikel X.01.

⁸ Van Harten, Anmerkung 2 oben, 135-147.

einem Anschlussvertrag zwischen den Vertragsparteien des ISDS-Abkommens hätte. Angesichts dieser Schwäche begründet die Ausnahmeregelung in ihrem vierten Absatz verbindliche Verpflichtungen für die Vertragsstaaten, die Ausnahmeregelung in zukünftige ISDS-Abkommen aufzunehmen und sich nach besten Kräften zu bemühen, bestehende ISDS-Abkommen mit einem Staat, der keine Partei des multilateralen Klimaschutzabkommens ist, neu auszuhandeln, um die Ausnahmeregelung in das bestehende Abkommen aufzunehmen. Die Frage wie diese Verhandlungsverpflichtungen durchgesetzt werden, bleibt offen mit der Erwartung, dass sie Teil eines allgemeinen Durchsetzungsverfahrens im multilateralen Klimaschutzabkommen würden.

3. Anwendung auf das Thema Klimaschutz

Was bedeutet „Vorgehen“ oder „Maßnahmen“ in Bezug auf den Klimaschutz? Der hier verfolgte Ansatz möchte alle Maßnahmen, die mit den Zielen, Grundsätzen oder Verpflichtungen des *Rahmenübereinkommens der VN über Klimaänderungen* einbeziehen, in dem es z. B. heißt:⁹

„Das letztendliche Ziel dieser Konvention und von sonstigen Rechtsakten, die die Konferenz der Vertragsparteien annehmen kann, ist die Erreichung der Stabilisierung der Treibhausgaskonzentrationen in der Atmosphäre in einem Grad, das gefährliche anthropogene Interferenzen mit dem Klimasystem verhindern würde, in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen der Konvention ...“

Durch Übernahme der Formulierung des *Rahmenübereinkommens*, einschließlich der Grundsätze und Verpflichtungen in den Artikeln 3 und 4, wird mit der vorgeschlagenen Ausnahmeregelung beabsichtigt, ein weites Spektrum an Staatsmaßnahmen in Bezug auf die Eindämmung und Anpassung des Klimaschutzes, wie sie letztendlich in dem *Rahmenübereinkommen* charakterisiert wird, ihre sonstigen Bestimmungen und Verfahren und verbundene Klimaschutzabkommen anzuwenden.

4. Verbindung zwischen der Ausnahmeregelung und dem Vorgehen gegen den Klimaschutz

Regierungsmaßnahmen zum Klimaschutz können verschiedene Formen annehmen. Die vorgeschlagene Ausnahmeregelung wurde weitreichend ausgelegt, um vorhergesehene und unvorhergesehene Maßnahmen einschließen zu können, die Staaten einsetzen können, um dadurch eine abschreckende gesetzliche Innovationen zu vermeiden.

Viele bestehende Ausnahmen in ISDS-Abkommen sind unzuverlässig, da sie eingeschränkte Formulierungen verwenden. Zum Beispiel gelten viele bestehenden Ausnahmen in ISDS-Abkommen nur für das staatliche Verhalten, das zeigt, dass es „notwendig“ ist, um ein gesetzliches Ziel zu erreichen oder nur wo eine ISDS-Zuerkennung staatliches Verhalten „verhindern“ kann.¹⁰ Diese Formulierung schafft eine große Unsicherheit, indem sie das Risiko einer unvermeidbaren Haftung für den Staat zum Zeitpunkt der ISDS-Zuerkennung offen lässt, wenn ISDS-Schiedsrichter entscheiden, dass der Staat andere Maßnahmen hätte anwenden können, statt der bestrittenen Maßnahmen, oder dass der Staat nicht an der Anwendung einer Maßnahmen allein deshalb gehindert wird, weil er Schadenersatz für die Maßnahme zahlen muss.

Um diese Unsicherheiten zu vermeiden, wurde der weiter gefasste Begriff „in Bezug auf“, der bei einigen Ausnahmen in den ISDS-Abkommen verwendet wird, für die Ausnahmeregelung übernommen. Diese Formulierung ermöglicht eine weitere Abdeckung und Flexibilität, während sie trotzdem willkürliche Maßnahmen, die gänzlich ohne Bezug sind, durch Staaten einschränkt, indem sie eine Verbindung zwischen dem Ziel des Klimaschutzes und der Maßnahme, die von der Ausnahmeregelung gedeckt ist, vorschreibt.

⁹ *Rahmenübereinkommens der VN über Klimaänderungen*, Artikel 2.

¹⁰ z. B. *Vertrag zwischen der Regierung von Kanada und der Regierung der Volksrepublik China zur Förderung und zum gegenseitigen Schutz von Investitionen*, Artikel 33(2).

5. Anwendung auf ISDS

Die Ausnahmeregelung findet auf alle bestehenden oder zukünftigen Abkommen Anwendung, „insoweit sie die Investor-Staat-Schiedsverfahren erlauben.“ Was ist unter „Investor-Staat-Schiedsverfahren“ zu verstehen? Ein multilaterales Klimaschutzabkommen sollte diesen Begriff basierend auf der Formulierung definieren, die in bestehenden Abkommen verwendet werden, um das Einverständnis der Staaten zu einem ISDS zu festzulegen. Insbesondere könnte die Definition mit den Arten von Abkommen verknüpft sein, die ISDS normalerweise erlauben und mit den spezifischen Vorschriften gemäß denen ISDS-Forderungen gestellt werden.

In diesem Sinne wird die folgende Definition vorgeschlagen:

„ISDS bezeichnet jedes Verfahren, das aus einer Forderung gegen einen Staat entsteht, wenn die Forderung aufgrund von Folgendem geltend gemacht wird (a) einem Abkommen in Bezug auf internationalen Handel oder ausländische Investitionen und (b) einer der folgenden Schiedsregeln: der Konvention des *ICSID* (Internationale Zentrum zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten)-*Konvention* (auch die ICSID-Regeln), die zusätzlichen ICSID-Regeln, der Schiedsregeln der UNCITRAL (Kommission der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht) oder von sonstigen Schiedsregeln Ad-hoc-Schiedsregeln und Schiedsregeln, auf die sich die Streitparteien geeinigt haben.“

Diese Definition zielt darauf ab, alle Formen von Investor-Staat-Schiedsverfahren unter Handels- und Investitionsabkommen, jedoch keine Staat-Staat oder Verfahren, die keine Schiedsverfahren sind, zu erfassen. Deshalb würde die Ausnahmeregelung nur insoweit Anwendung finden, als sie ausländischen Investoren ein eigenes Recht verleiht, ISDS-Forderungen zu stellen. Direkte Staat-Staat-Verfahren und einfachere Formen von ISDS, d.h. Mediation oder Schlichtung wären weiterhin zulässig um die Rechte von ausländischen Investoren durchzusetzen. Es wäre möglich, jedoch kompliziert, insbesondere für Staat-Staat-Verfahren, die Ausnahmeregelung zu erweitern, so dass sie für diese Verfahren Anwendung finden würde. Der gegenwärtige Schwerpunkt wird von der Tatsache geleitet, dass die große Mehrheit von auf Abkommen beruhenden ISDS-Forderungen Investor-Staat-Schiedsverfahren waren.

Die Definition würde auch auf Abkommen beruhende Investor-Staat-Schiedsverfahren erfassen, jedoch nicht Investor-Staat-Schiedsverfahren gemäß der eigenen Gesetzgebung des Staates oder einem Vertrag. Um diese anderen Formen von ISDS zu erfassen, müsste Klausel (a) gestrichen werden.

6. Vermeidung von umständlichen Formulierungen

Einige ISDS-Abkommen enthalten Ausnahmen mit umständlichen Formulierungen, die die Ausnahme beschränken oder nichtig machen. Eine Ausnahme kann zum Beispiel auf Maßnahmen beschränkt sein, die „ansonsten mit“ dem ISDS-Abkommen „konsistent“ sind.¹¹ Diese Formulierung untergräbt eindeutig die Ausnahme und sollte bei einer Ausnahmeregelung für Klimaschutzmaßnahmen vermieden werden.

7. Streitigkeiten bezüglich des Umfangs der Ausnahmeregelung

Ein wichtiger Aspekt der Unsicherheit von Staatshaftungen aufgrund von ISDS ist die Befugnis von ISDS-Tribunalen, ISDS-Ausnahmen eng auszulegen. Verschiedene Fälle weisen auf diese Tendenz von ISDS-Schiedsrichtern hin.¹²

11 z.B. NAFTA, Anmerkung 6 oben, Artikel 1114.

12 Van Harten, Anmerkung 2 oben, 66-68.

In diesem Sinne wird vorgeschlagen, dass Streitigkeiten bezüglich der Anwendung einer Ausnahmeregelung zum Klimaschutz an ein entscheidungstreffendes Organ verwiesen werden sollte, das im Rahmen eines multilateralen Klimaschutzabkommens statt eines ISDS-Abkommens eingesetzt wurde. Ein solches Organ hätte eine umfassendere Kompetenz und institutionelle Verpflichtung, um sicherzustellen, dass die Ausnahmeregelung ausgelegt wurde, um alle Formen von Maßnahmen zu decken, die sich auf angemessene Weise auf eine Eindämmung oder Anpassung des Klimawandels richten. Durch die Festlegung dieser auslegenden Instanz als einziges Organ, würden Unsicherheiten in Bezug auf verschiedene oder widersprüchliche Interpretationen von diversen ISDS-Tribunalen ebenfalls vermieden.¹³

Die Formulierung im dritten Absatz der Ausnahmeregelung richtet sich auf den Schutz der ausschließlichen Gerichtsbarkeit dieses Organs gemäß dem multilateralen Klimaschutzabkommen. Die Formulierung ist aufgrund der Übernahme der Gerichtsbarkeit über IDSD-Streitigkeiten in der Vergangenheit ausführlich und legalistisch, selbst angesichts einer Klausel zur ausschließlichen Gerichtsbarkeit in einem verbundenen Vertrag oder zu einer Wartezeit oder verzweigten Klauseln in einem ISDS-Abkommen.¹⁴

Abgesehen von diesen Punkten sind Fragen bezüglich dem Organ und dem Verfahren, die eingesetzt werden sollten, um Streitigkeiten wegen der ISDS-Ausnahmeregelung zu lösen, vielmehr eine Angelegenheit für Experten des *Rahmenübereinkommens der VN über Klimaänderungen* als für ISDS-Experten.

13 G. Van Harten, "Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration" (2012) 50 *Osgoode Hall Law Journal* 211, 237 und 245 (in der die widerstreitenden Ansätze von Tribunalen aufgezeigt wird, wie z. B. das missverständliche Recht von ausländischen Investoren auf eine „Behandlung als meistbegünstigte Nation“).

14 Van Harten, Anmerkung 2 oben, 135-150.

