

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

*Von Gus Van Harten*



**Schutz eines multilateralen  
Klimaschutzabkommnes gegen  
die Gefahr von Konzernklagen**

*Ein Vorwort von Maude Barlow*

*Die Übersetzung und Verbreitung dieses Berichtes wurde vom Wallace Global Fund ermöglicht.*

# Schutz eines multilateralen Klimaschutzabkommens gegen die Gefahr von Konzernklagen

Von Maude Barlow

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

---

Im Dezember 2015 traf sich die Welt in Paris zur UN-Klimakonferenz COP 21. Für die Nationen der Welt war diese historische Zusammenkunft ein wichtiger Moment, um eine wirkliche und bedeutsame Vereinbarung über eine deutliche Reduzierung von Treibhausgasemissionen zu erzielen. Die Erwartungen waren hoch.

Im Vorfeld von COP 21 gab es Zeichen der Hoffnung, dass die Regierungen Klimawandel ernsthaft in Angriff nehmen würden. Im Juni 2015 vereinbarten die Regierungschefs der G7-Länder, durch die schrittweise Reduzierung der Nutzung fossiler Brennstoffe Treibhausgasemissionen bis zum Ende des Jahrhunderts zu senken. Die deutsche Kanzlerin Angel Merkel, die für eine Frist bis 2050 plädiert und sich zu sofortigen bindenden Emissionsziele verpflichtete – sprach von der Notwendigkeit „die globale Wirtschaft im Laufe dieses Jahrhunderts zu dekarbonisieren.“

Im selben Monat versprach China – der weltweit größten Treibhausgasemittent – bis 2030 die steigenden Emissionen zu begrenzen, eine bahnbrechende Zusage für eine Nation, deren Politik bisher auf unbegrenztes Wirtschaftswachstum ausgerichtet war. Im August stellte US-Präsident Barack Obama – vielleicht in Gedanken an sein politisches Erbe – die ersten landesweiten Normen vor, die der unbegrenzten Kohlenstoffbelastung durch amerikanische Kraftwerke ein Ende setzen sollen.

Die Regierungschefs erzielten in der Tat Fortschritte in Paris. Die 190 Regierungen kamen zu einer – wenngleich unverbindlichen – Vereinbarung, die weltweiten Emissionen zu senken, um den globalen Temperaturanstieg auf zwei Grad oder weniger zu begrenzen. Die Regierungschefs leiteten ebenfalls einen Prozess für weitere Gespräche über Klimawandel ein, welche sich bis zum COP22 in Marrakesch, Marokko, im November 2016 fortsetzen werden.

International kann man eine deutliche Meinungsänderung feststellen, da immer weniger Menschen die erdrückenden wissenschaftlichen Beweise für den vom Menschen verursachten Klimawandel in Frage stellen. Laut einer im Juli 2015 vom Pew Research Center durchgeführten Umfrage wird Klimawandel als eine der größten globalen Bedrohungen angesehen. Die Hoffnung für ein wirkliches, bedeutsames multilaterales Klimaschutzabkommen wächst. Marrakesch bietet eine weitere Gelegenheit, zu einem verbindlichen Abkommen zu gelangen.

Ein Problem muss jedoch angegangen werden, wenn ein Abkommen oder Vertrag in den Ländern der Vertragsparteien umgesetzt werden soll. Das Kernproblem ist, dass jene Länder, die sich zu durchgreifenden Klimaschutzmaßnahmen verpflichten, auch Handels- oder Investitionsabkommen beigetreten sind oder aktiv auszuhandeln suchen, die einen Mechanismus enthalten, welcher Konzernen die Möglichkeiten gibt, jegliche Veränderung an bestehenden Regeln, unter denen sie tätig sind, anzufechten.

Der Mechanismus in diesen Handelsabkommen heißt „Investor-state dispute settlement“ oder ISDS (Investor-Staat-Schiedsverfahren). Er ermöglicht ausländischen Unternehmen, Regierungen direkt auf Schadenersatz zu verklagen, wenn diese Länder neue Gesetze verabschieden oder Praktiken einführen – ob im Bereich Umwelt, Gesundheit oder Menschenrechte – die sich negativ auf die Gewinne des Unternehmens auswirken. Im Wesentlichen gewährt ISDS bei diesen Verhandlungen Unternehmen denselben Status wie Regierungen und privatisiert das Streitbeilegungssystem zwischen Nationen.

Laut der Konferenz der Vereinten Nationen für Handel und Entwicklung gibt es derzeit weltweit mehr als 3 200 (überwiegend bilaterale) ISDS-Abkommen und alle zwei Wochen kommt ein weiteres hinzu. Die Unternehmensrechte sind im nordamerikanischen Freihandelsabkommen (NAFTA) wie auch in allen neuen regionalen Abkommen wie dem Umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommen (CETA), dem transatlantischen Freihandelsabkommen (TTIP) zwischen Europa und den USA, dem transpazifischen

Partnerschaftsabkommen(TPP), einer umfassende Vereinbarung zwischen 12 Pazifik-Anrainerstaaten, fest verankert.

Mehr als 600 Mal haben Unternehmen im Rahmen von ISDS Regierungen verklagt und in vielen Fällen bezogen sich diese Klagen eindeutig auf gesundheits-oder umweltpolitische Beschlüsse der Regierungen.

Kanada wird so von amerikanischen Konzernen im Rahmen von NAFTA auf \$ 2,6 Milliarden Schadenersatz verklagt. Anhängige und frühere Klagen beziehen sich auf das Verbot umweltschädlicher Benzin-zusatzstoffe, der Austrag von gefährlichen polychlorierten Biphenylen und Rasenpestiziden sowie Fracking-Moratorien.

ISDS gefährdet auch den Kampf gegen Umweltrassismus, was es wiederum erschwert, gegen die unbilligen Auswirkungen des Klimawandels auf indigene und arme Bevölkerungen zu kämpfen. Im Juni 2015 gaben 10 UN-Berichtersteller für Menschenrechte eine Stellungnahme ab, in der sie auf die „potenziell schädlichen Auswirkungen“ von Verträgen wie TTIP und TPP hinwiesen, die diese „auf den Genuss der in den rechtsverbindlichen UN-Instrumenten verankerten Menschenrechte haben können“, darunter „eine saubere Umwelt.“

Die Sachverständigen stellten fest, dass die Regeln zur Beilegung von Streitigkeiten zwischen Investoren und dem Staat wohl die Investoren, nicht aber die Staaten oder deren Einwohner schützen. Mit Blick auf frühere ISDS-Verfahren kamen die Menschenrechtsexperten der UN zu dem Schluss, dass die regulatorische Rolle zahlreicher Staaten und deren Fähigkeit, im öffentlichen Interessen Gesetze zu erlassen, gefährdet ist.

Die Weichen sind somit auf einen Konflikt gestellt. Damit ein bedeutsames Klima-Abkommen Erfolg hat, muss jedes Land die eingegangenen Verpflichtungen den eigenen Parlamenten unterbreiten und Gesetze und Praktiken entsprechend abändern. Die „ISDS-Rechte“ ausländischer Unternehmen, jegliche Änderung, die ihre Gewinne beeinträchtigen könnte, anzufechten, sind jedoch im internationalen Handelsrecht stark verankert. In anderen Worten könnte die Möglichkeit von Konzernen, auf ISDS zurückzugreifen, somit jegliches Abkommen bedeutend unterhöheln, wenn sie beschließen, gegen die jeweiligen notwendigen regulatorischen Änderungen vorzugehen.

In dem Bericht *Eine ISDS-Ausnahmeregelung zur Unterstützung von Klimaschutzmaßnahmen* wird Regierungen und Verhandlungsführern eine Möglichkeit zur Lösung dieses Konflikts angeboten. *Darin beschreibt* Gus Van Harten, Professor an der juristischen Fakultät Osgoode Hall, Rechtswissenschaftler und international anerkannter Fachmann für Investitionsrecht, wie ein multilaterales Klimaschutzabkommen rechtlich gegen das Risiko von ISDS-Klagen, die sich gegen von Regierungen eingeführte Klimaschutzmaßnahmen richten, abgesichert werden kann.

Ohne eine derartige Absicherung, so Van Harten, könnten Regierungen versucht sein, die Einführung von Klimaschutzmaßnahmen zu vermeiden, um einer möglichen Haftung auf Grund von tatsächlichen oder erwarteten ISDS-Klagen aus dem Weg zu gehen. In Anlehnung an den Text des *UN-Rahmenübereinkommens über Klimaänderungen* schlägt Van Harten den Wortlaut einer rechtlichen Absicherung vor, welche Regierungen erlaubt, Maßnahmen zur Stabilisierung von Treibhausgasemissionen zu ergreifen und wirksam gegen die wachsende Bedrohung des Klimawandels vorzugehen.

Dieser Bericht, der ursprünglich im Vorfeld der Pariser Verhandlungen veröffentlicht wurde, enthält eine Idee, die wachsenden Anklang findet. Das Europäische Parlament machte diese Ausnahmeregelung bei den Pariser Klimaverhandlungen zu seiner Position. COP 21 war ein Schritt auf unserem Weg zur Bekämpfung des Klimawandels. COP 22 in Marrakesch ist eine weitere Gelegenheit, bei der für Klima und Handelsgerechtigkeit engagierte Gruppen fordern können, dass bei allen bedeutungsvollen Klimaverhandlungen die Gefahr von ISDS berücksichtigt werden 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.

*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](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 eine 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](mailto:gvanharten@osgoode.yorku.ca)

# Eine ISDS-Ausnahmeregelung zur Unterstützung von Klimaschutzmaßnahmen

Gus Van Harten<sup>1</sup>  
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-Schiedsgerichtsforderungen 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

---

<sup>1</sup> 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).<sup>2</sup> Zwei häufige Themen in den hunderten Fällen zu ISDS sind Streitigkeiten in der Rohstoffbranche und Streitigkeiten in Bezug auf die öffentliche Gesundheit oder Umweltschutzmaßnahmen.<sup>3</sup>
- 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.<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup>
- iii. ISDS-Schiedsrichter haben eine weitreichende Befugnis in Bezug auf öffentliche Budgets aufgrund ihrer Bevollmächtigung ausländischen Investoren unbegrenzte Schadensersatzsummen zuzuerkennen.<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup>

## **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 Abkommen<sup>8</sup> 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

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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:<sup>9</sup>

„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.<sup>10</sup> 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.

<sup>9</sup> *Rahmenübereinkommens der VN über Klimaänderungen*, Artikel 2.

<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup>

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.<sup>13</sup>

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.<sup>14</sup>

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.

