

S.D. MYERS GEGEN KANADA

Ein Streitschlichtungsbeispiel aus dem Nordamerikanischen Freihandelsabkommen NAFTA

Das Nordamerikanische Freihandelsabkommen NAFTA ist ein 1994 in Kraft getretenes internationales Handelsabkommen zwischen den USA, Mexiko und Kanada. Es enthält umfassende Regeln über Investitionen, die Unternehmen eines NAFTA-Landes, die in einem anderen NAFTA-Land investieren, besonderen juristischen Schutz und neuartige Rechte verleihen. Kapitel 11 im NAFTA-Vertrag, das sogenannte Investitionskapitel, ist einzigartig, denn es sieht die private Erzwingung dieser neuen Investorenrechte und –privilegien unter Umgehung eines nationalen Rechtssystems vor. Der NAFTA-Vertrag gilt weitgehend als Vorbild für ein derzeit von verschiedenen Industrieländern angestrebtes Investitionsabkommen innerhalb der WTO.

Bis zum Jahr 2001 hat es im Rahmen des 11. NAFTA-Kapitel elf große Fälle gegeben, bei denen ein Unternehmen einen Staat vor dem NAFTA-Schiedsgericht verklagt hat. Bekannter geworden sind vor allem die Fälle „Ethyl gegen Kanada“¹ und „Metalclad gegen die Kommune von Guadalupe, Mexiko“². Hier soll der Fall „S.D. Myers gegen Kanada“ dargestellt werden. Der folgende Text ist eine Übersetzung aus dem Amerikanischen durch Ulrich Morgenthaler aus: „NAFTA Chapter 11 Investor-to-State Cases: Bankrupting Democracy – Lessons for Fast Track and the Free Trade Area of the Americas“, herausgegeben von Public Citizen und Friends of the Earth, USA 2001, www.citizen.org/documents/ACF186.PDF, S.14-18.

DIE AUSGANGSSITUATION

S.D. Myers ist ein in Ohio ansässiges, auf Abfallbehandlung spezialisiertes Unternehmen. S.D. Myers behauptet in Kanada eine Investition zu haben, verschiedentlich als S.D. Myers Canada oder Myers Canada bezeichnet. In den frühen 90ern versuchte das Unternehmen, polychlorierte Biphenyle oder PCBs aus Kanada in die USA zu importieren, um diese in seiner Anlage in Ohio zu verarbeiten. Es drängte dafür bei us-amerikanischen und kanadischen Regierungsbeamten um Erlaubnis. Das damalige kanadische Gesetz favorisierte die inländische Behandlung und Entsorgung von PCBs. Jedoch erlaubten die 1990 erlassenen kanadischen Exportregulierungen für PCB-Abfälle den Export in die USA, wenn die US-EPA (Environment Protection Agency = Umweltschutzbehörde) vorherige Zustimmung erteilte.⁸⁹ In den USA war der Import von PCBs seit 1976 durch den Toxic Substance Control Act (Schutzgesetz betreffend toxischer Stoffe) verboten, mit sehr beschränkten Ausnahmen wie dem Import aus US-Militärbasen in Übersee.⁹⁰ Im Oktober 1995 machte die EPA jedoch von ihrem behördlichen Ermessensspielraum Gebrauch, um S.D. Myers und neun anderen Unternehmen den Import von PCBs in die USA zum Zwecke der Verarbeitung und Beseitigung zu gestatten.⁹¹ 1996 dann vollzog die EPA den Schritt, diese informelle Handhabung in eine Bundesvorschrift umzuwandeln und erließ eine rechtskräftige Import for Disposal Rule (Import zwecks Beseitigungs-Regulierung), die die US-Grenze für PCB-Importe zur Weiterverarbeitung und Beseitigung öffnete.⁹² Im November 1995, einen Monat nach dem die EPA die Grenze geöffnet hatte, erließ Kanada ein einstweiliges Exportverbot von PCBs.⁹³ Kanada erklärte, dass es Zeit bräuchte. Einmal, um die widersprüchliche juristische Situation der Vereinigten Staaten zu untersuchen (das Gesetz verbietet den Import, die Regulierung erlaubt ihn). Und zum anderen, um seine eigenen internationalen Verpflichtungen in bezug auf den Handel mit PCBs zu überprüfen. Kanada ist Unterzeichner der Baseler Konvention, einem multilateralen Umweltschutzabkommen, das den Handel mit gefährlichen Abfällen regelt.⁹⁴

DAS ÖFFENTLICHE INTERESSE

PCBs wurden als Kühlmittel und Schmierstoffe in Transformatoren, Kondensatoren und anderen elektrischen Anlagen verwendet, weil sie gut isolieren und wetterbeständig sind.⁹⁵ Die Produktion von PCBs wurde in den USA 1977 aufgrund von Nachweisen verboten, dass sie sich in der Umwelt nicht abbauen und gesundheitsschädlich sind.⁹⁶ Im Laufe der Jahre hat die EPA die PCBs untersucht und sie als giftig für Menschen und gefährlich für die Umwelt eingestuft. „PCBs treten in den Körper durch die Lungen, den Magen-Darm-Trakt und durch die Haut ein, können im ganzen Körper zirkulieren und können im Fettgewebe eingelagert werden. PCBs werden im Fettgewebe höherer Organismen aufgenommen und abgelagert, indem sie sich in der Nahrungskette von den Wirbellosen zu

¹ Der US-amerikanische Konzern Ethyl, Produzent eines giftigen Benzinzusatzstoffes, bringt Kanada dazu, sein Verbot dieses Giftes rückgängig zu machen, dem Konzern wegen verloren gegangener Profitaussichten \$13 Millionen Schadensersatz zu zahlen, und seine Umweltschutzgesetze dahingehend umzuschreiben, dass die gesundheitsschädigende Wirkung des Giftes noch nicht belegt und das wissenschaftliche Nachweis dafür durch Kanada zu erbringen sei. www.citizen.org/documents/ACF186.PDF, S.8-10.

² Der US-amerikanische Konzern Metalclad, tätig in der Abfallbeseitigung, erhält vom NAFTA-Schiedsgericht bestätigt, dass seine ohne behördliche Genehmigung durchgeführte Errichtung einer Abfallanlage in einem mexikanischen Naturschutzgebiet rechtens war, und eine Profitausfallentschädigung vom mexikanischen Staat über \$15.6 Millionen wegen Behinderungen der Konzernaktivitäten. www.citizen.org/documents/ACF186.PDF, S.10-14.

den Säugetieren aufwärts ansammeln... PCBs können im Menschen Entwicklungstoxizität, Fortpflanzungswirkungen und Krebs hervorrufen.“⁹⁷

Aufgrund der einzigartigen Gefahren durch PCBs und anderer hoch toxischer Substanzen legt die Basler Konvention eine Reihe von Regeln hinsichtlich ihrer Beseitigung fest.⁹⁸ Kanada und Mexiko sind Mitglied der Konvention aus dem Jahre 1989, aber die USA sind es nicht. Die Basler Konvention fordert Länder dringend dazu auf, den Export von gefährlichen Abfällen zu begrenzen und Kapazitäten zu entwickeln, um gefährliche Abfälle im Inland zu entsorgen. Als Kanada sein einstweiliges Exportverbot von PCBs erließ, gab es bekannt, dass es seine Verpflichtungen im Rahmen der Basler Konvention bewerten müsse, die Länder dazu auffordert: 1) sich nicht am Handel mit gefährlichen Abfällen mit Nicht-Unterzeichnern zu beteiligen; 2) sicher zu stellen, dass PCBs auf umweltgerechte Weise entsorgt werden; und 3) eine lebensgemäße Langzeitstrategie für die Entsorgung solcher Abfälle im Inland zu entwickeln.⁹⁹ Zusätzlich zum Erlass seiner Verfügung war sich Kanada bewusst, dass das US-Gesetz den Import von PCBs verbietet. Es hat deshalb zutreffend in Frage gestellt, ob sich die im Rahmen des behördlichen Ermessensspielraums der EPA erteilte Erlaubnis in Übereinstimmung mit dem US-Gesetz befinde.¹⁰⁰ Im Anschluss an seine Bewertung vollzog Kanada den Schritt, permanente Regeln zu erarbeiten, die den Export kanadischen PCB-Abfalls in die USA unter bestimmten Bedingungen erlauben.¹⁰¹ Die neue kanadische Regulierung trat am 4. Februar 1997 in Kraft, und S.D. Myers importierte sieben Lieferungen kanadischer PCBs in die Vereinigten Staaten.¹⁰² Am 20. Juli 1997 wurde die US-Grenze jedoch dauerhaft für den PCB-Handel durch ein US-Gericht geschlossen, nachdem der Sierra Club vor einem US-Bundesgericht erfolgreich gegen die Import Disposal Rule der EPA als einer Verletzung des Toxic Substance Control Act geklagt hatte.¹⁰³

DIE NAFTA-ATTACKE

Am 30. Oktober 1998 verklagte S.D. Myers Kanada auf \$20 Millionen Entschädigung, um seine verlorenen Profite während der 16-monatigen Zeitspanne abzudecken, in denen die EPA den Import von PCBs erlaubt hatte, Kanada sie aber blockiert hatte.¹⁰⁴ Das Unternehmen argumentierte, dass Kanadas einstweiliges Exportverbot eine Verletzung des NAFTA-Investitionskapitels darstellte, da es seine Leistungsfähigkeit, Profite aus seinem Plan, kanadische PCBs zur Entsorgung in die US zu importieren, beeinträchtigt hat. Ausdrücklich behauptete das Unternehmen, dass seine neuen NAFTA-Investorenprivilegien verletzt worden wären, denn Kanadas Verbot stelle eine „verdeckte Diskriminierung“ speziell von S.D. Myers in Verletzung der NAFTA-Regeln über die Inländerbehandlung (Artikel 1102) dar.¹⁰⁵ Das Unternehmen behauptete auch, dass „das Verbot auf diskriminierende und unfaire Weise erlassen worden sei, die eine Verleugnung des Rechts und eine Verletzung des guten Willens darstelle“. Dies stände ganz im Gegensatz zu den NAFTA-Regeln, die ausländischen Investoren faire und gleiche Behandlung garantieren (Artikel 1105).¹⁰⁶ Zusätzlich argumentierte S.D. Myers, dass das Exportverbot das Unternehmen gewissermaßen dazu nötigte, die PCBs in Kanada zu entsorgen. Dies stellte eine illegale Leistungsanforderungsklausel (Performance Requirement) dar, durch die seine Investition konditioniert worden sei. Dies sei nach NAFTA-Artikel 1106 verboten.¹⁰⁷ Schließlich argumentierte das Unternehmen dahingehend, dass das Verbot ihn seiner Gewinne durch seine Investition in Kanada beraubte, und dass dies einer Maßnahme „gleichbedeutend einer Enteignung“, wie sie durch NAFTA-Artikel 1110 definiert sei, gleichkäme.¹⁰⁸

DAS ERGEBNIS

Am 13. November 2000 entschied das NAFTA-UNCITRAL-Schiedsgericht (UNCITRAL: United Nations Commission on International Trade Law) für S.D. Myers. Obwohl das Schiedsgericht die Schadensersatzansprüche von S.D. Myers in bezug auf Enteignung und Leistungsanforderungsklauseln abwies, bestätigte es die anderen Schadensersatzansprüche des Unternehmens. Das Schiedsgericht befand, dass Kanada die NAFTA-Regeln über die Inländerbehandlung auf verschiedene Weise verletzt habe.¹⁰⁹ Auch wenn Kanada mit Versuch, eine inländische Industrie zur Behandlung von PCB zu entwickeln, ein „legitimes Ziel“ hatte, hat das Schiedsgericht doch entschieden, dass Kanada dazu verpflichtet sei, dies in einer Weise zu tun, die „in Übereinstimmung mit den NAFTA-Investitionsregeln sei.“¹¹⁰ Der Ausschuss legte nahe, dass Kanada, um ein inländisches PCB-Entsorgungssystem aufzubauen, staatliche Verträge und Subventionen hätte benutzen sollen, anstatt ein Exportverbot zu erlassen.¹¹¹ Zusätzlich entschied das Schiedsgericht, dass unter NAFTA der Anteil von S.D. Myers am kanadischen PCB-Markt eine legitime Investition darstelle. Dadurch fügte es eine weitere Form der Investition zu der langen Liste der bis dahin schon ausdrücklich im „Definitionsteil“ des NAFTA-Investitionskapitel genannten hinzu.¹¹² In einer ähnlichen Art und Weise wie im Metalclad-Ausschuss, aber diesmal mit den entgegengesetzten Ergebnissen, entschied der S.D. Myers Ausschuss auch, dass die Verletzung der Inländerbehandlung in diesem Fall auch eine Verletzung der Minimalstandards darstellte und dass deshalb keine weitere Ungerechtigkeit im Sinne des internationalen Rechts festgestellt werden muss.¹¹³ Entsprechend muss

Kanada S.D. Myers für die Profite entschädigen, die es erzielt haben könnte, wenn ihm der Import von PCBs während der fraglichen 16 Monate erlaubt worden wäre. Obwohl das Schiedsgericht noch die Höhe der Entschädigung festzulegen hat, deuten jüngste Nachrichten darauf hin, dass S.D. Myers Schadensersatzansprüche auf \$50 Millionen gestiegen sind.¹¹⁴ Nach dem Beispiel von Mexiko im Metalclad-Fall ging Kanada vor einem Bundesgericht in British-Kolumbien in die Berufung, um Widerspruch gegen die Entscheidung des NAFTA-Tribunals einzulegen.¹¹⁵ Der Fall ist noch rechtshängig.

DIE IMPLIKATIONEN

Erweiterung der Definition von Investor und Investition: Der S.D. Myers Fall hat auf unauslöschliche Weise die Definition von „Investor“ und „Investition“ erweitert. S.D. Myers versuchte, ein grenzüberschreitender Dienstleister zu werden. Die Dienstleistungen wären in der Niederlassung des Unternehmens in Ohio erbracht worden, nicht in Kanada. Genau wie die Regierung von Kanada in ihrer Verteidigungserklärung argumentiert hat, ist es nicht klar, worin S.D. Myers „Investition“ in Kanada bestand.¹¹⁶ Das US-Unternehmen behauptete, ein Joint Venture mit Myers Canada zu haben, das sich im Besitz eines Mitgliedes von Myers-Familie befand. Jedoch ist es nicht klar, ob dieses kanadische Unternehmen durch die Schließung der Grenze in seinen Vermögenswerten beeinträchtigt wurde. Ganz offensichtlich sind S.D. Myers langfristige Bemühungen, einen Anteil am kanadischen PCB-Markt zu erlangen, nicht vergleichbar mit Metalclads Investition der Errichtung einer viele Millionen Dollar teuren Anlage in Mexiko. Das NAFTA-Schiedsgericht hat jedoch genau das getan, in dem es so weit ging zu behaupten, dass S.D. Myers als ein Investor betrachtet werden könnte einfach nur dadurch, dass es versuchte, einen Anteil des kanadischen PCB-Marktes zu erlangen.

Investorenrechte triumphieren über Internationale Umweltverpflichtungen: Kanada hatte seine Verpflichtungen im Rahmen eines multilateralen Umweltabkommens (die Basler Konvention) als Begründung für sein PCB-Exportverbot angeführt. Christine Elwell, Handelsspezialistin beim Sierra Club, nannte die Entscheidung einen „verheerenden Schlag, nicht nur für die Fähigkeit eines Landes, innerhalb seines Bereiches seine eigenen Standards zu setzen, sondern genauso auch für die Basler Konvention.“¹¹⁷ Dieser Fall gibt ein Alarmsignal, was unter NAFTA passiert, wenn Investorenrechte in Konflikt geraten mit anderen Umweltverpflichtungen.

Internationale Schiedsgerichte bevormunden Regierungen: Es ist auch auffällig, dass sich das Schiedsgericht im S.D. Myers Fall für kompetent darüber erachtete, welche Politik die kanadische Regierung anwenden solle, um seine Umweltziele zu erreichen. Zwar bezeichnete das Schiedsgericht, das über keine Fachkenntnisse in der Umweltpolitik verfügte, Kanadas Ziel der Förderung einer kanadischen PCB-Industrie als legitim, und es befand auch nicht, dass Kanadas Ansatz, dies Ziel zu erreichen, unangemessen war. Jedoch entschied der Ausschuss, dass Kanada verpflichtet sei, solche Maßnahmen zur Erreichung seines Zieles zu ergreifen, die am meisten mit dem Freihandel vereinbar oder – im Sprachgebrauch der WTO – „am wenigsten handelshemmend“ seien. Mit anderen Worten, die Unternehmensrechte ausländischer Investoren müssen für öffentliche Ordnungsbeamte die zentrale Grundsatzorientierung darstellen, wenn sie inländische Regulierungen schaffen.

Komm mir nicht mit dem Gesetz: Und schließlich schien das NAFTA-Schiedsgericht, obwohl es die Tatsache anerkannte, dass zu jeder Zeit PCB-Importe nach US-Gesetz verboten waren, diese Tatsache in keiner Weise für diesen Fall relevant zu finden.¹¹⁸ Mit anderen Worten, selbst wenn es illegal war, PCBs über die US-Grenze zu bringen, die Tatsache, dass Kanada solchen Handel unterbrach, wurde als kanadische Verletzung von NAFTA befunden.

⁸⁹ Statement of Defense, In the Matter of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, Between S.D. Myers and the Government of Canada, Jun. 18, 1999 at 3.

⁹⁰ 15 USC sec. 2601.

⁹¹ Statement of Defense, In the Matter of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, Between S.D. Myers and the Government of Canada, Jun. 18, 1999, at 4.

⁹² 61 FR 11096, Mar. 18, 1996.

⁹³ Interim Order to PCBWE, 1990, PCB Waste Export (PCBWE) Regulations, 1996 1 SOR/90-453 (Issued Nov. 20, 1995)

⁹⁴ Statement of Defense, In the Matter of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, Between SD Myers and the Government of Canada, Jun. 18, 1999, at 5-7.

⁹⁵ Agency for Toxic Substances and Disease Registry, ToxFAQs for Polychlorinated Biphenyls, Feb. 20001.

⁹⁶ Agency for Toxic Substances and Disease Registry, ToxFAQs for Polychlorinated Biphenyls, Feb. 20001.

⁹⁷ 59 FR 62785, 62877 Dec. 6, 1994

⁹⁸ Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal Adopted by the Conference of the Plenipotentiaries on Mar. 22, 1989.

⁹⁹ Statement of Defense, In the Matter of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, Between S.D. Myers and the Government of Canada, Jun. 18, 1999, at 5-7.

¹⁰⁰ Statement of Defense, In the Matter of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement,

Between S.D. Myers and the Government of Canada, Jun. 18, 1999, at 5.

¹⁰¹ Statement of Defense, In the Matter of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, Between S.D. Myers and the Government of Canada, Jun. 18, 1999, at 9; PCB Waste Export Regulations of 1996 SOR/97-109.

¹⁰² Statement of Defense, In the Matter of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, Between S.D. Myers and the Government of Canada, Jun. 18, 1999, at 9-10.

¹⁰³ *Sierra Club v. U.S. Environmental Protection Agency*, S.D. Myers, et. al., No. 96-70224 United States Court of Appeals for Ninth Circuit, Nov. 7, 1996.

¹⁰⁴ Statement of Claim Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, S.D. Myers Inc. v. Government of Canada, United Nations Commission on International Trade Law, Oct. 30, 1998.

¹⁰⁵ Statement of Claim Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, S.D. Myers Inc. v. Government of Canada, United Nations Commission on International Trade Law, Oct. 30, 1998, at 11

¹⁰⁶ Statement of Claim Under the Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, S.D. Myers Inc. v. Government of Canada, United Nations Commission on International Trade Law, Oct. 30, 1998, at 12.

¹⁰⁷ Statement of Claim Under the Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, S.D. Myers Inc. v. Government of Canada, United Nations Commission on International Trade Law, Oct. 30, 1998, at 12.

¹⁰⁸ Statement of Claim Under the Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, S.D. Myers Inc. v. Government of Canada, United Nations Commission on International Trade Law, Oct. 30, 1998, at 13.

¹⁰⁹ Partial Award Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, S.D. Myers v. Government of Canada, United Nations Center International Trade Law Arbitration, Nov. 13, 2000.

¹¹⁰ Partial Award Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, S.D. Myers v. Government of Canada, United Nations Center International Trade Law Arbitration, Nov. 13, 2000, at 64.

¹¹¹ Partial Award Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, S.D. Myers v. Government of Canada, United Nations Center International Trade Law Arbitration, Nov. 13, 2000, at 64.

¹¹² Partial Award Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, S.D. Myers v. Government of Canada, United Nations Center International Trade Law Arbitration, Nov. 13, 2000, at 57.

¹¹³ Partial Award Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, S.D. Myers v. Government of Canada, United Nations Center International Trade Law Arbitration, Nov. 13, 2000, at 66.

¹¹⁴ "NAFTA Ruling Goes Against Ottawa," *The Globe and Mail*, Nov. 14, 2001.

¹¹⁵ Notice of Application, In the Matter of Section 5 and 6 of the Commercial Arbitration Act RSC 1985, c. 17 (2nd Supp); In the Matter of Articles 1, 6, and 24 of the Commercial Arbitration Codes set out in the Schedule to the Commercial Arbitration Act and in the Matter of an Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, S.D. Myers v. Government of Canada, Court file number T-225-01, Feb. 8, 2001.

¹¹⁶ Statement of Defense, In the Matter of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, Between S.D. Myers and the Government of Canada, Jun. 18, 1999, at 10.

¹¹⁷ "NAFTA Ruling Goes Against Ottawa," *The Globe and Mail*, Nov. 14, 2001.

¹¹⁸ Partial Award Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, S.D. Myers v. Government of Canada, United Nations Center International Trade Law Arbitration, Nov. 13, 2000, at 22.