

## **Illegitime Schulden im Völkerrecht und im Privatrecht**

**Wie soll ein Instrumentarium zur Beurteilung und Streichung illegitimer Schulden (odious debts) aussehen und wie soll es Eingang in das Völkerrecht oder das Privatrecht finden? Mit dieser Frage setzen sich RechtsexpertInnen aus aller Welt an der im Oktober in Bern stattfindenden Konferenz auseinander. Wir haben die aktuelle Debatte zusammengefasst und stellen einige konkurrierende juristische Ansätze vor.**

André Rothenbühler, Aktion Finanzplatz Schweiz

Dass Verträge eingehalten werden müssen („*pacta sunt servanda*“), ist der wichtigste Grundsatz des öffentlichen und des privaten Vertragsrechts. Nichtregierungsorganisationen und RechtsexpertInnen suchen nun nach Wegen, wie von diesem Rechtsgrundsatz im Falle von Odious Debts (verabscheuungswürdige, illegitime Schulden) abgewichen werden kann. Es gilt, ein praxistaugliches Instrument zu finden, das klare Leitplanken setzt und die Gläubiger nicht davon abhält, auch künftig Kredite insbesondere an Entwicklungs- und Schwellenländer zu vergeben.

Geistiger Vater der Odious Debts-Doktrin ist der russische Jurist und Rechtsprofessor Alexander N. Sack. Er verfasste 1927 folgende Definition. Schulden sind verabscheuungswürdig und illegitim, wenn

- sie von einem despotischen Regime (ohne Einverständnis des Volkes) eingegangen wurden
- für einen Zweck, der nicht den Interessen und den Bedürfnissen des Staates entsprach und
- die Gläubiger sich des Zwecks des Darlehens bewusst waren.

Sacks Theorie postuliert, dass eine Schuld, die das Label „odious“ erhält, ausschliesslich an das despotische Regime gebunden ist, das diese Schuld eingegangen ist, und nur von diesem Regime eingefordert werden kann. Daraus folgt, dass demokratische Nachfolgeregierungen sich legal verhalten, wenn sie diese Schuld nicht übernehmen. Über die Illegitimität eines Kredits würde ein internationales Schiedsgericht befinden.<sup>1</sup>

### **Sacks Theorie wenig praxistauglich**

Heute gilt Sacks Theorie für die meisten ExpertInnen als nicht mehr zeitgemäss und wenig praxistauglich. Charles Abrahams weist darauf hin, dass es für das Völkerrecht nicht relevant sei, ob die Schulden von einem diktatorischen Regime oder von einer demokratischen

Regierung eingegangen worden seien. Das Völkerrecht befasse sich nicht mit Regierungen und der internen Rechtsordnung eines Staates. Deshalb würden international ungesetzliche Handlungen, die von Regierungen begangen würden, nicht von Regierungen, sondern von Staaten verantwortet. Zudem ist gemäss Abrahams die Unterscheidung zwischen diktatorischen und demokratischen Systemen nicht so klar, wie es auf den ersten Blick scheint. So habe das Apartheid-Regime in Südafrika eine hoch entwickelte interne legale Ordnung gehabt, die von der Legislative über die Exekutive, die rechtlichen Institutionen und andere öffentliche Organe reichte. Weiter gibt Abrahams zu bedenken, dass sich das Völkerrecht in der Regel nicht mit der internen Verwendung eines Kredits beschäftige.<sup>2</sup>

Sabine Michalowski meint, es sei nicht einfach zu beurteilen, ob das Volk in eine Kreditaufnahme eingewilligt habe oder nicht. Normalerweise sei in einer repräsentativen Demokratie die gewählte Regierung demokratisch legitimiert, im Namen des Volkes zu handeln. Genauso würde man sagen, dass wenn eine Regierung ohne Wahlen an die Macht gelangt, sie auch nicht legitimiert ist, Kredite aufzunehmen. Was ist aber, wenn eine Regierung, die durch eine Revolution an die Macht kam, einen starken Rückhalt in der Bevölkerung genießt? Und wie verhält es sich, wenn es im betreffenden Land kein repräsentativ-demokratisches System gibt, die Regierung aber einen starken Rückhalt in der Bevölkerung hat?

Noch schwieriger ist laut Michalowski die Beurteilung des Nutzens eines Kredits. Nach welchen Kriterien soll dies geschehen? Sollen Ausgaben für die Infrastruktur eines Landes und für soziale Programme generell als nützlich betrachtet werden? Und wie verhält es sich, wenn Kredite für bestimmte als nützlich eingestufte Projekte verwendet werden, dadurch aber Mittel frei werden, die für Zwecke verwendet werden, die dem Wohl des Volkes schaden? Erschwerend kommt gemäss Michalowski hinzu, dass die Beurteilung des Nutzens nicht nur davon abzuhängen scheint, für welche Zwecke die Darlehen verwendet werden, sondern auch von der undemokratischen Natur des Regimes.<sup>3</sup>

### **Odious debt oder odious regime**

Während nach Sacks Vorstellung die Legitimität jedes Kredits einzeln beurteilt würde, verschieben einige heutige TheoretikerInnen den Fokus von der Schuld auf das illegitime verabscheuungswürdige Regime (odious regime). Ashfaq Khalfan, Jeff King und Bryan Thomas sind der Ansicht, dass diktatorische Regimes per Definition ohne Zustimmung des Volkes handeln. Zudem könne man davon ausgehen, dass von solchen Regimes aufgenommene Kredite, wenn sie keinem spezifischen Zweck dienen, nicht zum Nutzen des

Volkes seien.<sup>4</sup> BefürworterInnen eines Ansatzes, der primär darauf abzielt, Regime als „odious“ zu benennen, setzen auf die abschreckende Wirkung auf künftige Kreditgeber. Lee C. Buchheit, G. Mitu Gulati und Robert B. Thompson geben aber zu bedenken, wenn ein Regime als „odious“ gelte, dann sei auch jede Form von sozialer und humanitärer Hilfe untersagt, weil sie ebenfalls dem Fortbestand des Regimes diene. Eine solch moralisch fragwürdige Anwendung der Odious Debts-Doktrin hätte dieselbe Wirkung wie internationale Wirtschaftssanktionen.<sup>5</sup> Michalowski meint zudem, dass es für die hochpolitisierten internationalen Gremien nahezu unmöglich sein dürfte, die undemokratische Natur von Regimen objektiv und frei von politischen Eigeninteressen zu beurteilen.<sup>6</sup>

### **Grundlagen im Völkerrecht**

Diese akademische Diskussion zeigt, dass Sacks scheinbar klare Kriterien komplexe juristische Fragen aufwerfen, die von der Anerkennung im Völkerrecht bis hin zum genauen Sinn und Zweck der Doktrin und den Mechanismen für ihre praktische Anwendung reichen. Dazu muss man wissen, dass sich das Völkerrecht aus drei Quellen speist, die im Art. 38 des Statuts des Internationalen Gerichtshofs (IGH-Statut) aufgeführt sind:

- Das Völkervertragsrecht: es entsteht durch Vertragsschluss und anschließende Ratifikation zwischen den beteiligten Völkerrechtssubjekten (in erster Linie Staaten).
- Das Völkergewohnheitsrecht: es setzt sich aus den Elementen der langdauernden Übung und der Überzeugung, dass diese Übung rechtens sei (*opinio juris*), zusammen.
- Die allgemeinen Rechtsgrundsätze: sie bestehen aus allen innerstaatlichen Rechtsordnungen gemeinsamen Prinzipien, Grundsätzen, die jedweder Rechtsordnung immanent sind. Ein Beispiel ist der Rechtsgrundsatz „*pacta sunt servanda*“.

Seit Sacks Odious Debts-Theorie wurden wichtige Änderungen und Ergänzungen wie die Charta der Vereinten Nationen, die Wiener Vertragsrechtskonvention von 1969 und die Pakte zum Schutz der Menschenrechte verabschiedet. Dennoch wird die Odious Debts-Doktrin durch Völkerrechtsverträge nur wenig gestützt. Die Absicht, in der (bis heute nicht in Kraft getretenen) Wiener Konvention über die Staatennachfolge in Vermögen, Archive und Schulden von Staaten von 1983 einen Passus über illegitime Schulden einzufügen, scheiterte.

Khalfan, King und Thomas<sup>7</sup>, Abrahams<sup>8</sup> und Fischer-Lescano<sup>9</sup> erwähnen aber mehrere Präzedenzfälle, welche die Behauptung einer völkergewohnheitsrechtlichen Norm der „Entpflichtung des Sukzessors“ im Fall illegitimer Schulden schützen. Ein häufig zitiertes Beispiel ist ein Gerichtsurteil aus dem Jahr 1889. Nach dem amerikanisch-spanischen Krieg

verweigerten die USA die Übernahme von Kubas Schulden gegenüber Spanien. Die US-Regierung argumentierte damals, dass diese Schuld „odious“ und nicht einklagbar sei, weil sie gegen den Willen der kubanischen Bevölkerung aufgenommen wurde und dazu diene, die Niederschlagung von Volksaufständen zu finanzieren. Die Geldgeber hätten im Wissen um das Risiko einer solchen Investition gehandelt, als sie diese verabscheuungswürdigen Kredite vergaben. Das höchste US-Gericht gab der Regierung recht.<sup>10</sup>

Für Fischer-Lescano kann diese völkergewohnheitsrechtliche Norm aber nur für den Fall nachgewiesen werden, dass es um Rechtsbindungen von Nachfolgestaaten geht. Für den Fall einfacher Regimewechsel gilt sie scheinbar nicht. Dabei liege die Anwendung des Prinzips der illegitimen Schulden im Fall eines Regimewechsels viel näher, denn normalerweise würden Regierungswechsel keine Auswirkungen auf die Beziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner haben, sagt Michalowski. Für Fischer und Michalowski ist es nicht einsehbar, wieso die Odious Debts-Doktrin nicht auch bei einem Regimewechsel angewendet werden kann.<sup>11</sup> Diese Position wird durch einen oft zitierten Fall aus dem Jahr 1923 gestützt. Damals erklärte das höchste US-Gericht in einem internationalen Schiedsverfahren die Kredite der Royal Bank of Canada an den Ex-Diktator von Costa Rica, Federico Tinoco, für nichtig.<sup>12</sup>

### **Der „Jus cogens“-Ansatz**

Verschiedene AutorInnen wie Abrahams<sup>13</sup> und Michalowski verfolgen den Ansatz, dass Schulden illegitim sind, die gegen das Völkerrecht verstossen. Wenn der Fokus sich vom Nutzen des Kredits für die Bevölkerung zur Verletzung von Prinzipien des Völkerrechts verschieben würde, so würde dies bedeuten, dass eine internationale Schiedsgerichtsinstanz nicht mehr zu beurteilen hätte, ob ein Kredit dem Volk genützt habe, sondern ob der Staat, bzw. die Regierung mit ihrer Handlungsweise gegen internationales Recht verstossen habe, sagt Michalowski.<sup>14</sup> Gestützt wird diese Sichtweise durch Art. 33 der Wiener Staatennachfolge-Konvention von 1978. Danach werden Staatsschulden nur anerkannt, die im Einklang mit dem Völkerrecht stehen.

Wie lässt sich aber beurteilen, ob eine Schuld im Einklang mit dem Völkerrecht steht? Für Michalowski und Fischer-Lescano basiert die Anfechtbarkeit der Odious Debts auf Art. 53 der Wiener Vertragsrechtskonvention von 1969: "Ein Vertrag ist nichtig, wenn er zum Zeitpunkt seines Abschlusses gegen zwingendes Recht verstößt oder im Widerspruch zu einer internationalen Rechtsvorschrift steht. Eine zwingende Norm und internationale Rechtsvorschrift im Sinne der vorliegenden Konvention ist eine Norm, die von der internationalen Staatengemeinschaft als ganzes angenommen und anerkannt ist und von der

eine Abweichung nicht möglich ist."<sup>15</sup> Wenn eine Verletzung von „jus cogens“ (zwingendes Recht) den Vertrag ungültig macht, so ist laut Michalowski davon auszugehen, dass der Grundsatz „pacta sunt servanda“ nicht zum Tragen kommt, weil es nie einen bindenden Vertrag gegeben hat.<sup>16</sup>

Die Wiener Vertragsrechtskonvention von 1969 liefert keine genauen Angaben darüber, welches die Normen des zwingenden Rechts sind. Es scheint aber Einigkeit darüber zu herrschen, dass das Verbot von Angriffskriegen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, das Folterverbot, das Sklavereiverbot und das Recht auf Selbstbestimmung dazu gehören. Ob auch der universelle Schutz der Menschenrechte dazugehört, ist nicht klar, doch hat sich der Europäische Gerichtshof zustimmend geäußert.<sup>17</sup> Des Weiteren dürfte die Bekämpfung der Korruption mit dem Inkrafttreten der UNO-Konvention gegen die Korruption ebenfalls zwingendes Völkerrecht darstellen.

Eine entscheidende Frage ist für Michalowski, wie bei einem Kredit der Nachweis für die Verletzung einer Norm des zwingenden Rechts erbracht werden kann. Für sie ist klar, dass ein Kredit direkt oder indirekt wesentlich zu einem Verstoss gegen „jus cogens“ beitragen kann, wenn er dazu dient entsprechende Vorhaben zu finanzieren oder er allgemein die finanziellen Ressourcen des Regimes stärkt bzw. dessen Macht festigt. Für die Anwendung in der Praxis müssten Kriterien erarbeitet werden, nach denen beurteilt werden könne, wann ein Kredit zu einem Verstoss gegen zwingendes Recht führt und der entsprechende Kreditvertrag dadurch ungültig wird.<sup>18</sup>

Die Wiener Vertragsrechtskonvention von 1969 befasst sich nur mit Verträgen zwischen Staaten. Sie kann daher nicht direkt auf Verträge zwischen Staaten und privaten Gläubigern angewandt werden. Michalowski ist aber der Ansicht, dass nationale Gerichte bei der Beurteilung von Ansprüchen privater Gläubiger auch auf Normen des zwingenden Völkerrechts zurückgreifen könnten.<sup>19</sup>

### **Der privatrechtliche Ansatz**

Nach Buchheit, Gulati und Thompson besteht noch keine generelle und einheitliche Staatenpraxis zu illegitimen Schulden. Zudem zweifeln sie wie Michalowski daran, dass Organe der internationalen Staatengemeinschaft in der Lage wären, ein Regime frei von geopolitischen Interessen zu beurteilen. Sie glauben nicht, dass ein Völkerrechtsgrundsatz zu Odious Debts den nötigen Konsens und die nötige Klarheit haben wird, um ein nützliches Instrument für die Beurteilung illegitimer Schulden sein zu können. In der Folge würde sich ein solcher Grundsatz abschreckend auf künftige Kreditvergaben auswirken.<sup>20</sup>

Stattdessen schlagen Buchheit, Gulati und Thompson vor zu untersuchen, ob und wie die illegitimen Schulden im Bereich des bestehenden (nationalen) Privatrechts behandelt werden können. Die Autoren sehen folgende mögliche Verfahrenswege:

1. Prinzipien der Gesellschaftspolitik und öffentlichen Ordnung

Wenn ein (privater oder öffentlicher) Kreditgeber ausländische Machthaber mit einem Kredit bestochen hat, so würde er mit der Forderung nach Rückzahlung des Kredits durch die Machthaber vor einem US-Gericht keinen Erfolg haben. Buchheit, Gulati und Thompson zitieren das New Yorker Berufungsgericht: „In Übereinstimmung mit der öffentlichen Moral und Ordnung finden wir, dass einer Partei sogar bei einem an sich gültigen Vertrag das Recht auf Rückforderung abgesprochen wird, wenn ersichtlich wird, dass sie sich zur Verwirklichung ihres Vorhabens unmoralisch und illegal verhalten hat.“ Diese Norm würde - zumindest vor einem US-Gericht - viele von Sacks illegitimen Schulden nicht einklagbar machen. Zudem wäre sie nicht nur auf despotische, sondern auch auf demokratische Regime anwendbar, wie Buchheit, Gulati und Thompson glauben.<sup>21</sup>

2. Maxime der „unsauberen Hände“

Die Maxime der „unsauberen Hände“ postuliert, dass Jemand nur mit sauberen Händen zu Kapital kommen darf. Dazu der Oberste US-Gerichtshof: „Diese Maxime... ist eine selbst auferlegte Bestimmung, welche die Tür zu einem Gericht verschliesst, wenn der Kläger in Bezug auf die Sache, um die es geht, mit unfairen und schlechten Absichten behaftet war, und zwar unabhängig davon, wie unzulässig das Verhalten des Angeklagten gewesen sein mag.“ Diese Maxime wurde von einem kalifornischen Gericht im Fall James Adler versus den Staat Nigeria angewandt, wo Adler vergeblich versucht hatte, mehrere Millionen Dollar, die er in krimineller Absicht an nigerianische Regierungsvertreter gezahlt hatte, zurückzubekommen.<sup>22</sup>

3. Agenturrecht

Eine weitere Option für die juristische Behandlung der Odious Debts sehen die Autoren im Agenturrecht (in der Schweiz Teil des Obligationenrechts). Agenten übernehmen die dauerhafte Verpflichtung, für einen oder mehrere Auftraggeber Verträge mit Dritten zu vermitteln oder abzuschliessen. Auf die staatliche Ebene übertragen ist der Auftraggeber das Land und sein Volk. Die Agenten sind dann die Mitglieder der Regierung. Die Agenten sind verpflichtet, die Interessen des Auftraggebers zu wahren (Art. 418c/1 OR). Wenn treulose Agenten dem Auftraggeber Pflichten einem Dritten gegenüber auferlegen,

die Früchte dieser Verpflichtung aber für sich behalten, statt sie dem Auftraggeber zukommen zu lassen, so stellt sich die Frage, wer die Risiken und Folgen solch unredlichen Tuns trägt.

Normalerweise haftet der Auftraggeber für die Handlungen seines Agenten. Das amerikanische Recht sieht aber Ausnahmen vor, wo das Risiko auf Dritte übertragen wird, die mit dem Agenten das Geschäft abschliessen. Dies ist dann der Fall, wenn das Verhalten des Agenten oder die Umstände der Geschäftstransaktion offenkundig Anlass zu Zweifeln an der Redlichkeit und der Treuepflicht des Agenten gegenüber seinem Auftraggeber geben. In diesem Fall müssten Dritte vor Vertragsunterzeichnung Nachforschungen (beim Auftraggeber) anstellen, um sich zu vergewissern, dass das Geschäft rechtens ist. So müssen in vielen Staaten die Regierungen die Einwilligung des Parlaments einholen, um einen Auslandskredit aufnehmen zu können. Wenn Dritte solche Abklärungen unterlassen, können sie den Auftraggeber (das Land) nachträglich nicht haftbar machen.<sup>23</sup>

#### 4. Regierungsschleier heben

Im amerikanischen Unternehmensrecht beschreibt das Heben des Unternehmensschleiers ein rechtliches Urteil, wo ein Aktionär für die Schulden und Verpflichtungen des Unternehmens persönlich zur Rechenschaft gezogen wird, für die sonst nur das Unternehmen haftet. Auf die staatliche Ebene übertragen würde ein Land (analog dem Unternehmen) demnach nicht für illegitime Schulden verantwortlich gemacht, die eine Regierung (analog dem Aktionär) eingegangen ist.<sup>24</sup>

Ob der „jus cogens“-Ansatz oder der privatrechtliche Ansatz in der weiteren Debatte die Oberhand gewinnen wird, ist unklar. Für den „jus cogens“-Ansatz spricht der Umstand, dass das Völkerrecht eine universelle Bedeutung hat, während das Privatrecht an die Entwicklung des nationalen Rechts gebunden ist. Andererseits liegt es für private Gläubiger näher, ihre Ansprüche über nationale Gerichte geltend zu machen als über internationale Schiedsgerichte. Möglicherweise ist je nach Fall der eine oder andere Ansatz besser geeignet, die Streichung illegitimer Schulden zu erreichen.

- 
- <sup>1</sup> Sack, Alexander N., 1927: *Les Effets des Transformations des Etats sur leurs Dettes Publiques et Autres Obligations Financières*, Paris, S. 127.
- <sup>2</sup> Abrahams, Charles in: Füglistner, Lis; Howald, Stefan, 2005: *Illegitime Schulden, Verschuldung und Menschenrechte*, Aktion Finanzplatz Schweiz, Basel, S. 32.
- <sup>3</sup> Michalowski, Sabine, 2007: *Unconstitutional Regimes and the Validity of Sovereign Debt*, Ashgate, S. 49-58.
- <sup>4</sup> Khalfan, Ashfaq; King, Jeff; Thomas, Bryan, 2003: *Advancing the Odious Debt Doctrine*, Working Paper, Centre for International Sustainable Development Law (CISDL), Quebec/Kanada, S. 42-44.
- <sup>5</sup> Buchheit, Lee C.; Gulati, G. Mitu; Thompson, Robert B., 2006, *The Dilemma of Odious Debts* (draft), S. 24-26
- <sup>6</sup> Michalowski, Sabine, 2007: *Unconstitutional Regimes and the Validity of Sovereign Debt*, S. 61-62.
- <sup>7</sup> Khalfan, Ashfaq; King, Jeff; Thomas, Bryan, 2003: *Advancing the Odious Debt Doctrine*, S. 21-29.
- <sup>8</sup> Abrahams, Charles, 2000: *The Doctrine of Odious Debts, A contemporary case of the Apartheid Debts*, Dissertation, Universität Leiden/NL, S. 45-50.
- <sup>9</sup> Fischer-Lescano, Andreas in: *Kritische Justiz* 36 (2/2003), S. 223-237.
- <sup>10</sup> Adams, Patricia, 1991: *Odious debts. Loose Lending, Corruption, and the Third World's Environmental Legacy*, Toronto, S. 162-164.
- <sup>11</sup> Michalowski, Sabine, 2007: *Unconstitutional Regimes and the Validity of Sovereign Debt*, S. 47-49, und Fischer-Lescano, Andreas in: *Kritische Justiz* 36 (2/2003), S. 223-237.
- <sup>12</sup> Abrahams, Charles, 2000: *The Doctrine of Odious Debts*, S. 46-48.
- <sup>13</sup> Abrahams, Charles in: Füglistner, Lis; Howald, Stefan, 2005: *Illegitime Schulden, Verschuldung und Menschenrechte*, S. 33-35.
- <sup>14</sup> Michalowski, Sabine, 2007: *Unconstitutional Regimes and the Validity of Sovereign Debt*, S. 69.
- <sup>15</sup> Fischer-Lescano, Andreas in: *Kritische Justiz* 36 (2/2003), S. 223-237.
- <sup>16</sup> Michalowski, Sabine, 2007: *Unconstitutional Regimes and the Validity of Sovereign Debt*, S. 71.
- <sup>17</sup> Ebd., S. 73-74.
- <sup>18</sup> Ebd., S. 74-76.
- <sup>19</sup> Ebd., S. 87.
- <sup>20</sup> Buchheit, Lee C.; Gulati, G. Mitu; Thompson, Robert B., 2006, *The Dilemma of Odious Debts* (draft), S. 26-28
- <sup>21</sup> Ebd., S. 31-32.
- <sup>22</sup> Ebd., S. 34-36.
- <sup>23</sup> Ebd., S. 36-44.
- <sup>24</sup> Ebd., S. 44-46.