

## **Thesen**

*zum Referat von Prof. Dr. Silja Vöneky, Freiburg*

### ***Einleitung***

1. Die Frage nach der Stellung von Unternehmen in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit berührt zentrale Fragen der Aufteilung von Verantwortungssphären, der Verfolgung und Durchsetzung von Werten und damit die Legitimationsgrundlagen der Völkerrechtsordnung heute.
2. Die zentrale legitimatorische Basis der für den völkerrechtlichen Investitionsschutz zentralen ICSID-Konvention und der bilateralen Investitionsschutzabkommen war und ist die Förderung privater ausländischer Direktinvestitionen und die Vertiefung der wirtschaftlichen Zusammenarbeit zwischen Staaten zur Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung mit dem Gemeinwohlziel, den Wohlstand der Völker der Vertragsstaaten zu mehren.
3. Völkerrechtliches Investitionsschutzrecht sollte – von seiner Grundlage und Ausrichtung – nicht als Ausdruck einer Entfernung von der Staatszentriertheit der internationalen Ordnung verstanden werden.
4. Zu beantworten ist aus völkerrechtlicher Sicht, was es für das Investitionsschutzregime und die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit als seinen Kern bedeutet, wenn
  - a) der die wirtschaftliche Globalisierung rechtfertigende Dreiklang (ausländische private Investitionen – Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung – Förderung des Wohlstandes) seine Überzeugungskraft als Paradigma der normativen Fundierung verliert und
  - b) sich ein Delegitimationsdiskurs durchsetzt, der den profitorientierten Unternehmen als Investoren unverantwortliches, gemeinwohlunverträgliches Handeln zuschreibt und den Staaten vorwirft, dieses Handeln zum Nachteil der eigenen Bevölkerung durch völkerrechtliche Verträge, die Investitionsschutzgerichte verankern, zu ermöglichen.
5. Das Ziel, Investitionsschutzverträge an dem Prinzip der nachhaltigen Entwicklung auszurichten, zeigt sich an den Reformen einzelner Staaten und Staatengruppen und u.a. der United Nations Conference on Trade and Development; dieses Ziel sollte – im Rahmen des völkerrechtlich Zulässigen – auch Auswirkungen auf die bereits bestehenden Investitionsschutzverträge und die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit haben.

## ***Teil I – Unternehmen als völkerrechtlich gleichberechtigte Verfahrensparteien im Rahmen der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit***

6. Notwendige Bedingung für die Gleichheit von Gaststaat und einem investierenden ausländischen Unternehmen als *Parteien* ist, dass beide im gegenseitigen Einvernehmen dem Schiedsverfahren in Bezug auf eine unmittelbar mit einer Investition zusammenhängende Rechtstreitigkeit zustimmen, d.h. dass auch der Staat, der Vertragspartei der ICSID-Konvention und Völkerrechtssubjekt ist, zusätzlich zu der Ratifikation der Konvention seine schriftliche Zustimmung erteilt hat (Art. 25 (1), Art. 36 (2) ICSID-Konvention), die eine dreifache Funktion hat (als Legitimationselement, Transformationselement und Konstitutionselement).

7. Die verfahrensrechtliche Gleichstellung von Gaststaat und ausländischem Unternehmen im Rahmen eines konkreten Schiedsverfahrens ist aus verschiedenen Gründen auch mit Blick auf die Völkerrechtsordnung als Ganzes grundsätzlich gerechtfertigt. Insbesondere entspricht sie dem Prinzip des fairen Verfahrens und der „rule of law“, wie sie in der Völkerrechtsordnung verankert ist.

8. Das Prinzip der Gleichheit der Parteien schließt nicht aus, dass Unternehmen beim Zugang zum Schiedsgericht gerechtfertigt auf der Grundlage völkerrechtlicher Verträge bevorzugt werden und die Schiedsgerichtsbarkeit nur ausländischen Unternehmen offensteht.

9. Das Prinzip der Gleichheit der Parteien wird u.a. gewährleistet bei der Zusammensetzung eines Schiedsgerichts, wenn die Mitglieder durch beide Parteien in gleicher Weise ernannt werden und jedes Mitglied Kriterien erfüllt, welche die Unparteilichkeit plausibel sicherstellen. Die Parteiernennung ist jedoch keine notwendige Bedingung für die Gleichheit der Parteien.

10. Fragen der konkreten Ausformung des Gleichheitsprinzips der Parteien stellen sich im Rahmen des schiedsgerichtlichen Verfahrens selbst, insbesondere bei der Möglichkeit, dass eine Vielzahl von Investoren gegen einen Gaststaat klagen kann, bei der Zulässigkeit einer Widerklage des Gaststaates, bei der Zulässigkeit von „amicus curiae briefs“, bei der Konkretisierung der sog. Waffengleichheit der Parteien und der Wahrung von (insbesondere staatlichen) Geheimhaltungsinteressen.

11. Keine Fragen der Ausformung des Gleichheitsprinzips der Parteien sind Fragen des anwendbaren Rechts im Rahmen der Begründetheit, wie die Möglichkeit des Gaststaates, sich auf völkerrechtliche Rechtfertigungsgründe zu berufen (bspw. Notstand) und die Grundsätze der Auslegung der Investitionsschutzübereinkommen.

## ***Teil II – (Un)gerechtfertigte Ungleichbehandlung zu Lasten von Unternehmen als Verfahrensparteien bei der Behandlung von Korruptionsproblemen***

12. Die Entscheidungen von Schiedsgerichten, die ihre Zuständigkeit oder die Zulässigkeit der Investorenklage verneinen, wenn der beklagte Gaststaat Korruption geltend macht, ist (nur) in eng begrenzten Fallgruppen überzeugend.

13. Die Unzuständigkeit des Gerichts oder die Unzulässigkeit der Klage des Investors anzunehmen, erscheint auch dann nicht als gerechtfertigt, wenn durch die Korruptionshandlung des Unternehmens die Investition erst ermöglicht wurde: Die entgegengesetzte Argumentation in Investitionsschiedsgerichtsentscheidungen, gestützt u.a. auf den Wortlaut bilateraler Investitionsschutzverträge (die u.a. nur Vermögenswerte schützen, „die nach den Gesetzen und sonstigen Vorschriften der Vertragsstaaten zugelassen sind“), die Reichweite der Zustimmung des Gaststaates und/oder einen Verstoß gegen grundlegende allgemeine Prinzipien (wie u.a. das sog. „clean hands“-Prinzip, die „international public policy“ bzw. „transnational public policy“ oder das Prinzip, dass niemand von eigenem Fehlverhalten profitieren dürfe), überzeugt aus verschiedenen Gründen nicht.

14. Gleiches gilt erst recht – in Übereinstimmung mit neueren Investitionsschiedsgerichtsentscheidungen –, wenn die Korruptionshandlung erst vom ausländischen Investor vorgenommen wurde, nachdem die Investition im Gaststaat bereits initiiert wurde.

15. Stattdessen sollte Korruption bei der Sachentscheidung in Kohärenz mit den Zielen und Prinzipien der Völkerrechtsordnung heute so berücksichtigt werden, dass zentrale Werte des Investitionsschutzes nicht unverhältnismäßig unterminiert werden, aber dennoch relevante Nachteile für Unternehmen entstehen, wenn sie im Ausland für oder bei Investitionen Korruptionshandlungen vornehmen. Dies kann erreicht werden, wenn die Entschädigungssumme, beispielsweise um ein Vielfaches der Korruptionssumme, gemindert wird.

16. Bei der Berücksichtigung der Korruptionshandlungen in der Sachentscheidung sollte das entscheidende Schiedsgericht daher die Aufteilung von Verantwortungssphären, die Verfolgung und Durchsetzung globaler Werte und die Legitimationsgrundlagen der heutigen Völkerrechtsordnung in den Blick nehmen, auch unter Beachtung der staatlichen Pflichten zur

Korruptionsbekämpfung, wie sie insbesondere aus Antikorruptionskonventionen und menschenrechtlichen Verträgen folgen.

### ***Schlussbemerkung***

17. Die verfahrensrechtliche Gleichstellung von Gaststaaten und ausländischen Unternehmen im Rahmen eines Investitionsschiedsverfahrens hat keine Ausstrahlungswirkung auf die Stellung von Unternehmen in der Völkerrechtsordnung insgesamt; die vertretenen Thesen von der vollen oder partiellen Völkerrechtssubjektivität von Unternehmen überhöhen normativ die – de lege lata – eng begrenzte Gleichstellung.

18. Gegen die Thesen von der vollen oder partiellen Völkerrechtssubjektivität von Unternehmen sprechen auch die Risiken, die mit einer normativen Aufwertung von Unternehmen im Rahmen der Völkerrechtsordnung zusammenhängen und die im Delegitimationsdiskurs anklingen, der profitorientierten Unternehmen weniger Einfluss in der Völkerrechtsordnung des 21. Jahrhunderts zugesteht.

19. Auch ohne Völkerrechtssubjektivität können Unternehmen an völkerrechtliche Normen (Völkerrecht im engen Sinne und sog. „soft law“) gebunden sein. Besondere Relevanz haben u.a. die UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechten.

20. Werden – mit guten Gründen – ausländische Direktinvestitionen durch Unternehmen weiterhin als Mittel der Wohlstandsvermehrung in den beteiligten Staaten zugunsten der jeweiligen Bevölkerung völkerrechtlich gefördert, sollte die Gemeinwohlorientierung internationaler Investitionsschiedsgerichte weiter stärker verankert werden, zum einen durch eine Reform der Gerichte selbst, zum anderen durch eine weitergehende Ausrichtung ihrer Rechtsprechung auf Gemeinwohlaspekte unter Einschluss des verhältnismäßigen Schutzes von verantwortlichen Investitionen („responsible investments“).