

# Freiburger Informationspapiere

zum Völkerrecht und Öffentlichen Recht

Ausgabe 2/2020



**UNI  
FREIBURG**

## **Investitionen, Korruption und die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit heute**

**Notwendigkeit für Reformen?**

**Silja Vöneky**



**Silja Vöneky (Hrsg.)**



**Freiburger Informationspapiere  
zum Völkerrecht und Öffentlichen Recht**

**Ausgabe 2/2020**

**Investitionen, Korruption und die  
Investitionsschiedsgerichtsbarkeit heute**

**Notwendigkeit für Reformen?**

**Silja Vöneky**

V.i.S.d.P.: Silja Vöneky

Institut für Öffentliches Recht, Abteilung 2 (Völkerrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsethik)

Rechtswissenschaftliche Fakultät, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Werthmannstraße 4, 79098 Freiburg im Breisgau

[voelkerrecht@jura.uni-freiburg.de](mailto:voelkerrecht@jura.uni-freiburg.de)

[www.fiponline.de](http://www.fiponline.de)

ISSN 2192-6077

Dieses Dokument steht unter dem Schutz des deutschen Urheberrechts.

Anfragen richten Sie bitte an die genannten Kontaktdaten.

## Inhalt

Thesen .....	4
Summary .....	7
<b>A. Einleitung .....</b>	<b>10</b>
<b>B. Unternehmen als völkerrechtlich gleichberechtigte Verfahrensparteien im Rahmen der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit.....</b>	<b>16</b>
<b>I. Grundlagen der ICSID-Konvention .....</b>	<b>17</b>
<b>II. Konkretisierungen .....</b>	<b>20</b>
<b>1. Gleichheit des Zugangs zum Gericht .....</b>	<b>20</b>
<b>2. Zusammensetzung des Gerichts .....</b>	<b>22</b>
<b>3. Weitere Ausformungen des Gleichheitsprinzips.....</b>	<b>23</b>
a. Klagen einer Vielzahl von Investoren .....	23
b. Widerklage des Gaststaates .....	24
c. Eingaben Dritter (amicus curiae briefs).....	25
d. Konkretisierungen des Prinzips der Waffengleichheit .....	26
e. Geheimhaltungsinteressen der Parteien .....	27
<b>4. Kostentragungsregeln und Zwischenergebnis .....</b>	<b>27</b>
<b>C. (Un-)gerechtfertigte Ungleichbehandlung zu Lasten von Unternehmen als Verfahrensparteien bei der Behandlung von Korruptionsproblemen .....</b>	<b>29</b>
<b>I. Einleitung .....</b>	<b>29</b>
<b>II. Unzuständigkeit des Gerichts oder Unzulässigkeit der Klage? .....</b>	<b>30</b>
<b>1. Erste Fallgruppe: Keine Durchsetzung eines Korruptionsvertrages .....</b>	<b>31</b>
<b>2. Zweite Fallgruppe: Korruption zeitgleich mit einer Investition .....</b>	<b>32</b>
a. Vertragswortlaut .....	33
b. Internationaler und transnationaler ordre public .....	36
c. Clean hands-Prinzip .....	37
<b>3. Dritte Fallgruppe: Korruption nach einer Investition .....</b>	<b>38</b>
<b>III. Ergebnis.....</b>	<b>39</b>
<b>D. Schlussbemerkung – Die Stellung von Unternehmen im Völkerrecht.....</b>	<b>41</b>
 <b>Annex: Vergleich der Entwurfs- mit der Endfassung der IDI-Resolution „Equality of Parties before International Investment Tribunals“ .....</b>	 <b>44</b>

## Thesen

### A. 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 unter anderem 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.

### B. 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 Rechtsstreitigkeit 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 Abs. 1, Art. 36 Abs. 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 sind.
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 sogenannten Waffengleichheit der Parteien und bei 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 (beispielsweise Notstand) und die Grundsätze der Auslegung der Investitionsschutzübereinkommen.

### **C. (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, sind (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 sogenannte „clean hands“-Prinzip, die „international public policy“ beziehungsweise „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.

#### **D. 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 sogenanntes „soft law“) gebunden sein. Besondere Relevanz haben u. a. die UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte.
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).



## Summary

### A. Introduction

1. The question of the status of transnational corporations in investment arbitration is of central importance for the division of spheres of responsibility, for the pursuit and enforcement of values, and thus for the bases of legitimation of the international legal order today.
2. The promotion of foreign direct investments and the deepening of economic cooperation between States to promote economic development with the common welfare objective of increasing the prosperity of the peoples of the contracting States parties has been the legitimating basis of the ICSID Convention, which is central to investment protection under international law, and of the bilateral investment protection agreements.
3. Investment protection law, as part of public international law – from its basis and purpose – should not be understood as a departure from a state-centered international order.
4. From the point of view of international law, the following questions have to be answered: What are the implications for the investment protection regime and investment arbitration as its core
  - a) if the triad justifying economic globalization (foreign private investment - promotion of economic development - promotion of prosperity) loses its persuasiveness as a paradigm for its justification in a normative sense, and
  - b) if a discourse of delegitimization prevails that accuses profit-oriented transnational corporations in their role as investors of irresponsible conduct, which is incompatible with the public welfare, and States of enabling this conduct to the detriment of their own population by means of international treaties establishing investment arbitration?
5. The aim to align investment treaties with the principle of sustainable development can be seen by the reforms initiated by States, groups of States, and the United Nations Conference on Trade and Development; besides, this aim should have an impact on already existing investment treaties and investment arbitration as far as it is coherent with international law.

### B. Transnational corporations as equal parties under international law within the framework of investment arbitration

6. A necessary condition for the equality of the host State and an investing foreign corporation as parties is that both by consent agree to arbitration in respect of a legal dispute directly related to an investment, i.e. that the State, which is a contracting party to the ICSID Convention and a subject of international law, besides ratifying the convention additionally gives its written consent (Art. 25 (1), Art. 36 (2) ICSID Convention), which has a threefold function (legitimating element, transformative element and constitutive element).
7. For various reasons, the procedural equality of the host State and the transnational corporations within the framework of a concrete arbitration procedure is justified and thus legitimate with regard to the international legal order as a whole. In particular, it complies with the principle of fair trial and the rule of law as enshrined in international law.

8. The principle of the equality of the parties does not preclude that transnational corporations are given preferential access to arbitration on the basis of international treaties and that arbitration is open only to transnational corporations.
9. The principle of the equality of the parties is inter alia observed during the composition of an arbitral tribunal if the judges are appointed by both parties in the same manner and each judge fulfils criteria which plausibly ensure impartiality. However, the appointment by the parties is not a necessary condition for the equality of the parties.
10. Questions about how to implement the principle of the equality of the parties arise in the arbitral proceedings themselves, in particular with regard to the possibility that several investors seek to bring their claims against the same host State, with regard to the admissibility of a counterclaim by the host State, with regard to the admissibility of "amicus curiae briefs" (third person submissions), with regard to the so-called equality of arms, and with regard to the problem of safeguarding confidentiality interests (in particular State secrecy).
11. Questions of the applicable law within the scope of the merits, such as the possibility of the host State to invoke justifications under international law (e.g. necessity) and the principles of interpretation of the investment protection agreements, are not considered to be questions of the principle of the equality of the parties.

### **C. (Un)justified unequal treatment to the detriment of transnational corporations as parties with regard to corruption problems**

12. The decisions of arbitral tribunals, which deny their jurisdiction or the admissibility of the investor claim if the defendant host State asserts corruption, are convincing (only) with regard to limited types of cases.
13. The lack of jurisdiction of the tribunal or the inadmissibility of the investor's claim does not seem to be justified even if the transnational corporation's act of corruption made the investment possible in the first place: The contrary reasoning in investment arbitration decisions, based inter alia on the wording of bilateral investment treaties, the scope of the host State's consent and/or a violation of fundamental general principles (such as, inter alia, the so-called "clean hands" principle, the "international public policy" or "transnational public policy", or the principle that no one shall profit from his/her own wrong) is not convincing for various reasons .
14. The same is true even more – in accordance with recent investment arbitration decisions – if the foreign investor acted corruptly after the investment had already been initiated in the host State.
15. Instead, corruption should be taken into account in the decision on the merits of a case in accordance with the objectives and principles of the international legal order in such a way that central values of investment protection are not disproportionately undermined, but nevertheless relevant disadvantages arise for transnational corporations if they engage in acts of corruption abroad for or during investments. This can be achieved if the amount of investors compensation is reduced for example by a multiple of the sum of the corruption.
16. When considering acts of corruption in the merits of a case, the arbitral tribunal should therefore consider the distribution of responsibility, the pursuit and enforcement of global values, and the bases of legitimacy of the current international legal order, also taking into account the state's anti-corruption obligations, in particular as enshrined in anti-corruption conventions and human rights treaties.

## **D. Concluding remarks**

17. The procedural equality of host States and transnational corporations within the framework of an investment arbitration procedure has no implications on the status of transnational corporations in the international legal order as a whole; other views, which argue that transnational corporations are (full or partial) subjects of international law in a normative sense, exceed the – de lege lata – narrowly limited equality.
18. The risks associated with a normative enhancement of transnational corporations in the international legal order present another argument against the view that corporations are (full or partial) subjects of international law. These risks are hinted at in the delegitimization discourse, which grants profit-oriented companies less influence in the international legal order of the 21st century.
19. Even without the status as subjects of international law, transnational corporations can be bound by norms of international law (international law in the narrow sense and so-called soft law). The UN Guiding Principles for the Business and Human Rights are, inter alia, of particular relevance.
20. If – with good reasons – foreign direct investments by transnational corporations continue to be promoted via international law as a means of increasing prosperity in the participating States for the benefit of the respective population, the public-good orientation of international investment arbitration tribunals should be further developed, on the one hand, by reforming the constitutional aspects of the arbitral procedure, and, on the other hand, by further focusing their jurisprudence on public-good aspects including the proportionate protection of responsible investments.

## A. Einleitung<sup>†</sup>

Dieser Beitrag untersucht die Stellung von Unternehmen in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit aus völkerrechtlicher Sicht. Meine erste These ist, dass die Frage nach der Stellung von Unternehmen in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit zentrale Fragen der Aufteilung von Verantwortungssphären, der Verfolgung und Durchsetzung von Werten und damit die Legitimationsgrundlagen der Völkerrechtsordnung heute berührt. Gerade wenn es richtig ist, dass wir in einer Welt der Unordnung leben, und wenn wir die faktischen Disruptionen, denen unsere regelbasierte Völkerrechtsordnung ausgesetzt ist, nicht leugnen, ist es wichtig, mit unseren dogmatischen Antworten die Legitimationsgrundlagen zu untersuchen und offenzulegen. Es geht im Folgenden daher um beides. Legitimatorische Fragen sollen dabei nicht isoliert beantwortet werden, sondern wirken zurück auf die Beantwortung der dogmatischen Probleme.<sup>1</sup>

Auch im Zentrum des völkerrechtlichen Investitionsschutzrechts steht die ICSID-Konvention.<sup>2</sup> Hier werden die völkerrechtlichen Grundlagen dafür gelegt, was von der EU-Kommission als „old-style Investor to State Dispute Settlement System“<sup>3</sup> bezeichnet wird und bei dem vor allem ein ausländischer Investor, als natürliche oder juristische Person, ein Schiedsverfahren gegen einen Vertragsstaat einleiten kann (Art. 25, 36 ff. ICSID-Konvention). Der legitimatorische Rahmen dieser Konvention, die „Erzählung“, die Staaten niedergelegt haben und die Staaten überzeugt hat, die Konvention noch während des Kalten Krieges in den 1960er Jahren auszuhandeln, zu vereinbaren und zu ratifizieren, wird in der Präambel klar benannt: Basis und Ziel der ICSID-Konvention ist die Förderung der internationalen, grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Entwicklung (Abs. 1 Präambel ICSID-Konvention), für die internationale private Direktinvestitionen entscheidend sind.

---

† Silja Vöneky ist Professorin für Völkerrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsethik an der Universität Freiburg; dieser Beitrag beruht auf ihrem Vortrag bei der Jahrestagung der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht im Jahr 2019 und erscheint demnächst in den Berichten der DGIR, <http://www.dgfr.de/veroeffentlichungen/berichte/>.

1 Zu jüngeren Schriften, die legitimatorische Fragen in das Zentrum der Untersuchung internationaler Gerichte stellen, vgl. beispielsweise von *Bogdandy, Armin/Venzke, Ingo*, In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens, 2014, S. 136 ff., 150 ff., 185 ff., 238 f., die ausgehend von einem weiten Begriff internationaler öffentlicher Gewalt für ein demokratieorientiertes Grundverständnis von internationaler Gerichtsbarkeit, auch der Schiedsgerichtsbarkeit auf der Grundlage der ICSID-Konvention, eintreten. Zum Zusammenspiel von demokratischer Verfasstheit und Rechtsprechung, vgl. auch *Stone Sweet, Alec*, Governing with Judges – Constitutional Politics in Europe, 2000, S. 31 ff.

2 Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (im Folgenden: ICSID-Konvention) vom 18. März 1965, 575 UNTS 159, BGBl. II 1969, 369; Entwurfs- und Endfassung abgedruckt in *Parra, Antonio*, The History of ICSID, 2. Aufl. 2017, S. 332 ff., 351 ff. Internationale Schiedsverfahren können zudem den Schlichtungsregeln der United Nations Commission on International Trade Law (im Folgenden: UNCITRAL), den Schlichtungsregeln der Internationalen Handelskammer (International Chamber of Commerce, im Folgenden: ICC) oder jeder anderen Form von Schlichtungsvereinbarungen, die von den Streitparteien getroffen wurden, unterliegen. Dazu und zur Abgrenzung *Escher, Alfred*, Investitionsschiedsverfahren – Grundstrukturen und aktuelle Herausforderungen, in: Tietje, Christian (Hrsg.), International Investment Protection and Arbitration, 2008, S. 47 f. Zur der Bedeutung der ICSID-Konvention, auch nach der Anzahl der Verfahren, vgl. *Peters, Anne*, Beyond Human Rights – The Legal Status of the Individual in International Law, 2016, S. 282.

3 So beispielsweise die EU-Kommission in Bezug auf das neue EU-Japan-Wirtschaftspartnerschaftsabkommen: „The EU has also tabled to Japan its reformed proposal on the Investment Court System. For the EU, it is clear that there can be no return to the old-style Investor to State Dispute Settlement System (ISDS).“ Vgl. *European Commission*, Fact Sheet: Key Elements of the EU-Japan Economic Partnership Agreement, 12. Dezember 2018, abrufbar unter [https://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-18-6784\\_en.htm](https://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-18-6784_en.htm) (zuletzt aufgerufen am 23. September 2019). Zur Kritik der EU-Kommission am ISDS auch *Parra, Antonio*, The History of ICSID, 2. Aufl. 2017, S. 285, 292 f. Dazu auch unten Fn. 18–21.

Um diese Ziele zu erreichen, soll aus Sicht der Vertragsstaaten der ICSID-Konvention eine für die Investoren risikobehaftete Asymmetrie<sup>4</sup> ausgeglichen werden. Diese besteht darin, dass grundsätzlich Streitigkeiten zwischen Gaststaaten und privaten Investoren vor den nationalen Gerichten des beklagten Gaststaates ausgetragen werden müssten. Die Einrichtung eines völkerrechtlich basierten – scheinbar neutralen und entpolitisierten<sup>5</sup> – Verfahrens, insbesondere einer völkerrechtlich verankerten Schiedsgerichtsbarkeit, wird als der Preis gesehen, den die Vertragsparteien zahlen, um wirtschaftliche Entwicklung durch Auslandsinvestitionen zu fördern. Für dieses Ziel sind die Vertragsparteien auch bereit, das zwischenstaatliche Mittel des diplomatischen Schutzes nur subsidiär aufleben zu lassen, so dass – wie Art. 27 ICSID-Konvention festlegt – grundsätzlich kein Vertragsstaat hinsichtlich einer Streitigkeit, die einen seiner Angehörigen und einen anderen Vertragsstaat dem Schiedsverfahren unterwerfen, diplomatischen Schutz gewähren oder einen völkerrechtlichen Anspruch geltend machen wird.

Was in dieser Präambel nicht genannt wird, aber ebenfalls Subtext und Legitimationsgrundlage des Investitionsschutzrechts ist, ist die Annahme, dass die so geförderte wirtschaftliche Entwicklung und grenzüberschreitende wirtschaftliche Zusammenarbeit den Wohlstand der Völker der Vertragsstaaten fördert.<sup>6</sup> Hierbei ist die ICSID-Konvention zusammenzulesen mit den bilateralen Investitionsschutzabkommen (im Folgenden: BITs). Diese enthalten oftmals in ihrer Präambel einen Verweis auf das Gemeinwohlziel. Ein Beispiel hierfür ist das deutsche Musterabkommen aus dem Jahr 2008.<sup>7</sup> Dabei sind BITs seit 1959, also schon vor der ICSID-Konvention, zunächst vor allem von entwickelten Industriestaaten mit Entwicklungsländern vereinbart worden.<sup>8</sup>

4 Vgl. auch *Alvarez, José*, *The Public International Law Regime Governing International Investment*, 2011, S. 118. Zur historischen Entwicklung des Investitionsschutzrechtes aus politikwissenschaftlicher Perspektive jedoch *Tucker, Todd*, *Judge Knot – Politics and Development in International Investment Law*, 2018, S. 23 ff. insbes. S. 50.

5 Dazu *Tucker, Todd N.*, *Judge Knot – Politics and Development in International Investment Law*, 2018, S. 3 f.

6 Manche Autoren sprechen davon, dass das Investitionsschutzrecht auf zentralen Projekten des westlichen Liberalismus aufbaue, vgl. *Tucker, Todd*, *Judge Knot – Politics and Development in International Investment Law*, 2018, S. 3 f. Vgl. auch zu den zum Teil behaupteten „right to globalization“ und „right to trade“ kritisch *Anghie, Antony*, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, 2005, S. 252, 270.

7 Präambel, Musterabkommen BIT Deutschland (Model Treaty 2008), abgedruckt in der engl. Fassung in *McLachlan, Campbell/Shore, Laurence/Weiniger, Matthew*, *International Investment Arbitration – Substantive Principles*, 2. Aufl. 2017, S. 537 ff. Das Musterabkommen, das vom Bundesministerium für Wirtschaft erstellt und angepasst wurde, war Grundlage für die von Deutschland geschlossenen BITs. Zu weiteren Musterabkommen der UK, USA, Niederlande, zudem von Sri Lanka und Frankreich, *ibid.*, S. 499 ff. Zu diesen und deren Präambel, *ibid.*, S. 27, 29 (Rn. 2.06, 2.10.). Vgl. auch die Präambel des BITs zwischen Deutschland und Oman „(...) (I)n der Erkenntnis, dass eine Förderung und ein vertraglicher Schutz dieser Kapitalanlagen geeignet sind, die private wirtschaftliche Initiative zu beleben und den Wohlstand beider Völker zu mehren (...)“, Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Sultanat Oman über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen vom 30. Mai 2007, BGBl. II 2008, 512 (im Folgenden: Deutschland-Oman-BIT). Die Zuständigkeit für ausländische Direktinvestitionen ist mit dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon allerdings zu einem großen Teil zum 1. Dezember 2009 auf die EU übergegangen, Art. 207 Abs. 1 AEUV. Die BITs Deutschlands und anderer EU-Mitgliedstaaten gelten dabei solange fort, wie keine Verträge der EU und der EU-Mitgliedstaaten mit Drittstaaten über den Investitionsschutz abgeschlossen worden sind, vgl. dazu die Verordnung (EU) Nr. 1219/2012 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 12. Dezember 2012.

8 Deutschland kommt dabei eine Vorreiterrolle zu, denn die Bundesrepublik war es, die den ersten Vertrag mit Pakistan vereinbarte, vgl. auch *Bubrowski, Helene*, *Internationale Investitionsschiedsverfahren und nationale Gerichte*, 2013, S. 17; Treaty for the Promotion and Protection of Investments vom 25. November 1959 (Deutschland/Pakistan), 457 UNTS 23, BGBl. II 1961, 793. Deutschland hat seitdem mehr als 155 BITs abgeschlossen, davon sind über 140 BITs in Kraft, vgl. dazu *United Nations Conference on Trade and Development* (im Folgenden: UNCTAD), *Investment Policy Hub*, abrufbar unter <https://investmentpolicy.unctad.org/> (zuletzt aufgerufen am 23. September 2019).

Daraus lässt sich ableiten, und das ist meine zweite These, dass die zentrale legitimatorische Basis der für den völkerrechtlichen Investitionsschutz zentralen ICSID-Konvention und der BITs die Förderung privater ausländischer Direktinvestitionen war und ist und die Vertiefung der wirtschaftlichen Zusammenarbeit zwischen Staaten zur Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung mit dem Gemeinwohlziel, den Wohlstand der Völker der Vertragsstaaten zu mehren. Dies zeigt, dass nach dem Wortlaut, dem Sinn und Zweck der ICSID-Konvention Grundlage der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit nicht die Ohnmachtstellung der Staaten ist, die sich dem wirtschaftlichen Druck der Unternehmen beugen, sondern gerade die regulative, normativ verankerte und faktisch durchsetzbare staatliche Machtstellung, die die Vertragsstaaten bereit sind, durch völkerrechtliche Normen einzuschränken, da sie zu Risiken für Auslandsinvestitionen führt.<sup>9</sup> Meine dritte These ist daher: Völkerrechtliches Investitionsschutzrecht sollte – von seiner Grundlage und Ausrichtung – *nicht* als Ausdruck einer Entfernung von der Staatszentriertheit der internationalen Ordnung verstanden werden. Es bestätigt die innerstaatlich und international verankerte normative Vormachtstellung der Staaten, die innerstaatlich Recht setzen und durchsetzen, aber auch den völkerrechtlichen Rahmen bestimmen, in dem grenzüberschreitende Investitionen geschützt werden und deren Schutz durchsetzbar ist.

Zu beantworten ist aus völkerrechtlicher Sicht, das ist der erste Teil meiner vierten These, was es für das Investitionsschutzregime und die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit als seinen Kern bedeutet, wenn der die wirtschaftliche Globalisierung rechtfertigende Dreiklang (ausländische private Investitionen – Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung – Förderung des Wohlstandes) seine Überzeugungskraft als Paradigma der normativen Fundierung verliert. Dass wir uns jedenfalls nach der Zahl der geschlossenen BITs immer noch in einer Hochzeit des völkerrechtlichen Schutzes der grenzüberschreitenden Investitionen befinden, wird hier nicht bestritten.<sup>10</sup>

Dabei zeigt sich, wenn wir heute nach Afrika sehen, dass dieser Kontinent zwar weiter in den Blickpunkt ausländischer Investoren gerät,<sup>11</sup> aber das Investitionsschutzrecht heute keine Entwicklung ist, die sich nur mit Nord-Süd-Asymmetrien und den damit verbundenen Interessen erklären lässt.<sup>12</sup> Die These, dass es bei ausländischen Direktinvestitionen nur um eine Ausdehnung wirtschaftlicher Macht des globalen Nordens im globalen Süden geht, ist heute zu wenig differenziert, da schon fast 700 BITs zwischen

---

9 *Bubrowski, Helene*, Internationale Investitionsschiedsverfahren und nationale Gerichte, 2013, S. 2.

10 Die Zahl der geschlossenen BITs beträgt heute über 2900, davon sind über 2300 gegenwärtig in Kraft (Zahlen abrufbar bei *UNCTAD*, Investment Policy Hub); zur Entwicklung vgl. *Parra, Antonio*, The History of ICSID, 2. Aufl. 2017, S. 180 f., 211 ff., 267 ff.; *McLachlan, Campbell/Shore, Laurence/Weiniger, Matthew*, International Investment Arbitration – Substantive Principles, 2. Aufl. 2017, S. 27 (Rn. 2.04), *Tucker, Todd*, Judge Knot – Politics and Development in International Investment Law, 2018, S. 25. Zudem gibt es mehr als 380 andere Verträge mit Investitionsschutzbestimmungen. Übersicht abrufbar unter <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements> (zuletzt aufgerufen am 23. September 2019).

11 Dazu auch kritisch *Sarr, Felwine*, Afrotopia, 2019, S. 154 f. Dazu und zum Zusammenhang von Globalisierung, Imperialismus und Good Governance, vgl. *Anghie, Antony*, Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law, 2005, S. 236 f., 245 ff.

12 Die drei wichtigsten Handelspartner Afrikas sind heute China, Indien und Amerika (nicht mehr Frankreich), auch wenn die meisten ausländischen Direktinvestitionen noch immer von Unternehmen aus den USA, Großbritannien und Frankreich getätigt werden, vgl. *UNCTAD*, World Investment Report 2018 – Investment and New Industrial Policies, 2018, S. 42; abrufbar unter [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf) (zuletzt aufgerufen am 23. September 2019).

Entwicklungsländern bestehen, mehr als 40 zwischen Schwellenländern<sup>13</sup> und circa 200 nur zwischen Industriestaaten.<sup>14</sup>

Nicht zu übersehen ist aber, dass die Angriffe, denen das traditionelle völkerrechtliche System des grenzüberschreitenden Investitionsschutzes ausgesetzt ist, heute tiefgehend sind, da es umfassende Angriffe auf dessen Legitimationsbasis gibt: Dies ist einerseits die Ablehnung der Globalisierung und des Kapitalismus – eines zu entfesselten, zu globalisierten Kapitalismus, der zu mehr Ungleichheit führt – nicht nur durch weite Kreise der Bevölkerung.<sup>15</sup> Das hat selbst und gerade auch bei der Bevölkerung in vielen Staaten des globalen Nordens dazu geführt, die Legitimation des völkerrechtlichen Regimes des Investitionsschutzes in Frage zu stellen. Auch bei den Verhandlungen über die Freihandelsabkommen TTIP<sup>16</sup> und CETA<sup>17</sup> war es gerade die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, die die Bevölkerung auch in Deutschland gegen die Verträge mobilisiert hatte.<sup>18</sup> Dies führte dazu, dass im Lauf der Verhandlungen der EU mit Kanada über CETA die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit weiterentwickelt und zu einem hybriden System<sup>19</sup> reformiert wurde.<sup>20</sup> Das neue Wirtschaftspartnerschaftsabkommen zwischen Japan und der EU, das 2019 in Kraft getreten ist,<sup>21</sup> umfasst bisher ebenfalls keine Klagemöglichkeit der Investoren. Die Klage des Investors Vattenfall gegen Deutschland nach dem Atomausstieg vor einem Schiedsgericht,<sup>22</sup> und Klagen

13 Zahlen errechnet aus *UNCTAD*, Investment Policy Hub, Stand: 21. Februar 2019, abrufbar unter <https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

14 Zahlen errechnet aus *UNCTAD*, Investment Policy Hub, Stand: 21. Februar 2019. Vgl. auch zu den verklagten westlichen Staaten seit 2011 *Parra, Antonio*, *The History of ICSID*, 2. Aufl. 2017, S. 267 f.

15 Dies betont auch *UNCTAD*, *World Investment Report 2018 – Investment and New Industrial Policies*, 2018 (s. oben Fn. 12), S. iv: „Yet, the new economic age and the accelerating pace of technological innovation could also result in serious economic disruption and more inequality. Existing investment patterns, for instance, might go through profound and far-reaching changes, in terms of both flows and content.“

16 Transatlantic Trade and Investment Partnership (im Folgenden: TTIP), ein geplantes Freihandelsabkommen zwischen den USA und der EU; die Verhandlungen werden jedoch zzt. nicht fortgeführt.

17 Comprehensive Economic and Trade Agreement (im Folgenden: CETA) vom 30. Oktober 2016 (Kanada/EU), ABl. EU Nr. L 11/23 vom 14. Januar 2017.

18 Zu den TTIP- und CETA-Verhandlungen auch *Parra, Antonio*, *The History of ICSID*, 2. Aufl. 2017, S. 283 ff., 292 f.; zudem *Feichtner, Isabel/Krajewski, Markus*, Transatlantischer Investitionsschutz in der Kritik – Ein Online-Symposium des Verfassungsblogs, Verfassungsblog, 31. März 2014, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/transatlantischer-investitionsschutz-in-kritik-online-symposium-verfassungsblogs/> (zuletzt aufgerufen am 23. September 2019).

19 Vgl. CETA, Chapter Eight: Investment, Art. 8.18–8.45. Dazu *Radi, Yannick*, ‘Much Ado About Nothing’? An Appraisal of CETA’s Investment Chapter, *ESIL Reflections*, 6:4, 9. Mai 2017, abrufbar unter [https://esil-sedi.eu/post\\_name-120/](https://esil-sedi.eu/post_name-120/) (zuletzt aufgerufen am 23. September 2019) und *Herdegen, Matthias*, *Internationales Wirtschaftsrecht*, 11. Aufl. 2017, S. 388.

20 Auch die vorläufige Anwendbarkeit des CETA in Deutschland umfasst gerade nicht die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, *Institut de Droit International, Eighteenth Commission*, Report Session of The Hague, Equality of Parties before International Investment Tribunals, Rapporteur: McLachlan, Campbell, *Yearbook of the Institute of International Law, Preparatory Works* (2018), Bd. 79 (2019), S. 409–618, abrufbar unter <http://www.idi-iil.org/app/uploads/2019/06/Commission-18-Equality-of-parties-before-international-investment-tribunals-McLachlan-Travaux-La-Haye-2019.pdf> (zuletzt aufgerufen am 23. September 2019) (im Folgenden: IDI-Report), S. 450 f. Vgl. auch die Ablehnung der Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung durch das Bundesverfassungsgericht, BVerfG, Urteil vom 13. Oktober 2016, BVerfGE 143, 65 ff.

21 Abkommen zwischen der Europäischen Union und Japan über eine Wirtschaftspartnerschaft (im Folgenden: EU-Japan-Wirtschaftspartnerschaftsabkommen), ABl. EU Nr. L 330/3 vom 27. Dezember 2018.

22 *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12. Diese wurde erhoben, obwohl das BVerfG in seiner Entscheidung zum Atomausstieg das Unternehmen gerade nicht rechtlos gestellt hatte, vgl. BVerfG, Urteil vom 6. Dezember 2016, BVerfGE 143, 246 (2. Leitsatz).



von Unternehmen, die gegen Regulierungsmaßnahmen für legitime Zwecke, wie den Gesundheitsschutz, gerichtet waren,<sup>23</sup> haben aus der Sicht vieler die Auswüchse eines völkerrechtlichen Schutzes zugunsten transnational agierender Unternehmen gezeigt, die das System weitreichend delegitimieren.<sup>24</sup> Nicht nur mit Blick auf Investitionen im globalen Süden besteht die – oft nicht unberechtigte – Angst, dass Investoren sich als Ausbeuter gerieren,<sup>25</sup> die an den Bodenschätzen der Staaten interessiert sind, nicht an der Bevölkerung, und die bereit sind, korrupte Herrscher zu bestechen und damit Verträge schließen, die weder dem Staat noch der Bevölkerung nützen.<sup>26</sup> Ob die Unternehmen ihren Sitz in wirtschaftlich und politisch mächtigen Staaten haben, die westliche liberale Demokratien sind, wie Kanada, oder in hybriden Systemen oder undemokratischen, wie China, ist jedenfalls für die Machtimbalance, die zu Lasten des kapitalimportierenden Staates gegenüber dem investierenden ausländischen Unternehmen und gegenüber dessen Heimatstaat bestehen kann, nicht vorrangig.

Es setzt sich daher, das ist der zweite Teil meiner vierten These, ein Delegitimationsdiskurs durch, der sich dem Rechtfertigungsdreiklang entgegenstellt und 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. Dieser Delegitimationsdiskurs<sup>27</sup> beruht auf guten Gründen, auch wenn es weiterhin durch ausländische Investitionen positive Entwicklungen oder Chancen gibt, gerade auch in afrikanischen Staaten heute.<sup>28</sup> Der Delegitimationsdiskurs korreliert zudem mit Umschwüngen, die auch

---

23 Ein Beispiel ist die des Zigarettenherstellers Philip Morris gegen Uruguay, vgl. *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, Award vom 8. Juli 2016, ICSID Case No. ARB/10/7; diese und weitere Entscheidungen sind abrufbar auf der Internetseite Investment Treaty Arbitration, [www.ita-law.com](http://www.ita-law.com), erstellt von *Andrew Newcombe*, University of Victoria. Eine Übersicht des Falles ist abgedruckt in *Bernasconi-Osterwalder, Nathalie/Brauch, Martin Dietrich* (Hrsg.), *International Investment Law and Sustainable Development – Key cases from the 2010s*, 2018, S. 42 ff., abrufbar unter <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/investment-law-sustainable-development-ten-cases-2010s.pdf> (zuletzt aufgerufen am 23. September 2019).

24 Dabei zeigt ein Blick auf die empirischen Daten, dass zwar die Zahl der angestregten und anhängigen Schiedsverfahren bis 2016 anstieg, dass aber Staaten gerade in jüngster Zeit nicht wesentlich mehr Fälle verlieren als gewinnen (dies schwankt jedoch nach Regionen), vgl. *Tucker, Todd*, *Judge Knot – Politics and Development in International Investment Law*, 2018, S. 60 ff.

25 *Alvarez, José*, *The Public International Law Regime Governing International Investment*, 2011, S. 89, bezeichnet dies allerdings als „ideologische Kritik“ am internationalen Investmentregime.

26 Beispiele sind der Diamantabbau in der Zentralafrikanischen Republik, zudem Bestechungen des früheren Südafrikanischen Präsidenten und des Präsidenten der Demokratischen Republik Kongo oder Lizenzen, die durch Korruption erlangt werden, wie zum Eisenerzabbau in Guinea, vgl. dazu statt anderer *Gebrekidan, Selam/Onishi, Norimitsu*, *South Africa Leader, Wooing Investors, Pledges End to Corruption*, *The New York Times*, 23. Januar 2019, abrufbar unter <https://www.nytimes.com/2019/01/23/world/africa/south-africa-corruption.html> (zuletzt aufgerufen am 23. September 2019); *Neue Zürcher Zeitung*, *Korruption bei Lizenzvergabe in Guinea*, 10. April 2014, abrufbar unter <https://www.nzz.ch/wirtschaft/korruption-bei-lizenzvergabe-in-guinea-1.18281076> (zuletzt aufgerufen am 23. September 2019).

27 An diesem Diskurs beteiligen sich auch Staaten: „Recently, an increasing number of countries have taken a more critical stance towards foreign investment. New investment restrictions or regulations in 2017 mainly reflected concerns about national security and foreign ownership of land and natural resources.“, *UNCTAD*, *World Investment Report 2018 – Investment and New Industrial Policies*, 2018 (s. oben Fn. 12), S. xiii.

28 Vgl. dazu *Knowles, Daniel*, *1.2 billion opportunities*, *The Economist*, 14. April 2016, abrufbar unter <https://www.economist.com/special-report/2016/04/16/12-billion-opportunities> (zuletzt aufgerufen am 23. September 2019).



die Investitionsschutzverträge betreffen und quantifizierbar sind: So hat 2018 zum ersten Mal die Zahl der effektiven Vertragsbeendigungen die Zahl der neuen Investitionsschutzabkommen übertroffen.<sup>29</sup>

Allerdings führt der Delegitimationsdiskurs nicht nur zur Abwendung von der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, sondern auch zu ihrer Veränderung und der Reform der Investitionsschutzverträge. Meine fünfte These lautet daher: Das Ziel, Investitionsschutzverträge an dem Prinzip der nachhaltigen Entwicklung auszurichten, zeigt sich an den Reformen einzelner Staaten und Staatengruppen und unter anderem der UNCTAD. So hat die UNCTAD einen dreistufigen Reformprozess initiiert.<sup>30</sup> Neue Investitionsschutzverträge sollen dabei auf das Ziel der nachhaltigen Entwicklung ausgerichtet sein. Dafür sollen, erstens, die Pflichten der Gaststaaten ergänzt werden durch Pflichten der Heimatstaaten, verantwortliche Investitionen zu fördern (promote responsible investment). Es sollen, zweitens, die Staatenpflichten ausbalanciert werden mit den Pflichten der Investoren.<sup>31</sup> Hier können sich die Investitionsschutzverträge auf allgemein anerkannte internationale Standards beziehen, wie die UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte.<sup>32</sup> Damit sollen und können die Standards verantwortlicher Unternehmensführung, die Corporate Social Responsibility-Standards (in Folgenden: CSR-Standards),<sup>33</sup> verankert werden. Gerade diese CSR-

29 Zudem war die Zahl der neuen internationalen Investitionsschutzverträge, die 2017 geschlossen wurden, mit unter 20, die niedrigste Zahl seit 1983, vgl. *UNCTAD, World Investment Report 2018 – Investment and New Industrial Policies*, 2018 (s. oben Fn. 12), S. xi, xiii.

30 *UNCTAD, Taking Stock of a Reform – Recent Developments*, IAA Issues Notes 3/2019, abrufbar unter [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2019d5\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2019d5_en.pdf) (zuletzt aufgerufen am 23. September 2019). Weitere Reformbemühungen sind u. a. die folgenden: Bei der 50. Sitzung der UNCITRAL im Jahr 2017 haben die Staaten beschlossen, sich mit der Reform der Investor-Staat-Streitbeilegung zu befassen, einschließlich der Überlegung, ein ständiges Investitionsschiedsgericht einzurichten, vgl. dazu UN General Assembly, *UNCITRAL, Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-seventh session (New York, 1–5 April 2019)*, UN Doc A/CN.9/970 (9. April 2019). Auch das ICSID überarbeitet gegenwärtig seine Regeln, vgl. dazu die drei Working Papers „Proposals for Amendment of the ICSID Rules“ vom August 2018, März 2019 und August 2019, die vom ICSID-Sekretariat veröffentlicht werden, abrufbar unter <https://icsid.worldbank.org/en/amendments> (zuletzt aufgerufen am 23. September 2019).

31 So schon *UNCTAD, Investment Policy Framework for Sustainable Development*, 2015, S. 77 f., abrufbar unter [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf) (zuletzt aufgerufen am 23. September 2019). Zu weiteren Reformvorschlägen, die das Ungleichgewicht zugunsten des Investors beseitigen sollen, *Amado, Jose/Kern, Jackson/Rodriguez, Martin, Arbitrating the Conduct of International Investors*, 2018.

32 UN Guiding Principles on Business and Human Rights, s. UN Human Rights Council, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, Annex, Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” (21. März 2011), UN Doc A/HRC/17/31; vgl. auch UN Human Rights Council, Human rights and transnational corporations and other business enterprises (6. Juli 2011), UN Doc A/HRC/RES/17/4.

33 Zu diesen Grundsätzen zählen, neben den oben genannten UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte, die zehn Prinzipien des UN Global Compact (dazu Ten Principles of the UN Global Compact, abrufbar unter <https://www.un-globalcompact.org/what-is-gc/mission/principles> (zuletzt aufgerufen am 23. September 2019) und *Khan, Rahmatullah, Global Compact*, in: Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Bd. IV, 2012, S. 482 f. (Rn. 11 ff.) und die OECD Guidelines for Multinational Enterprises, 2011 (im Folgenden: OECD-Unternehmensleitlinien), abrufbar unter <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf> (zuletzt aufgerufen am 23. September 2019); vgl. auch *Reinisch, August*, Internationales Investitionsschutzrecht, in: Tietje, Christian (Hrsg.), *Internationales Wirtschaftsrecht*, 2. Aufl. 2015, S. 405; *Krajewski, Markus*, *Wirtschaftsvölkerrecht*, 4. Aufl. 2017, S. 211 f. Rechtsverbindlichkeit erlangen diese durch die Umsetzung der EU und die nationale Umsetzung in Deutschland: Vgl. die Richtlinie 2014/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2014 zur Änderung der Richtlinie 2013/34/EU im Hinblick auf die Angabe nichtfinanzieller und die Diversität betreffender Informationen durch bestimmte große Unternehmen und Gruppen, ABl. EU Nr. L 330/1 vom 15. November 2014 (im Folgenden: CSR-Richtlinie) und das Gesetz zur Stärkung der nichtfinanziellen Berichterstattung der Unternehmen in ihren Lage- und Konzernlageberichten (im Folgenden: CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz) vom 11. April 2017, BGBl. I 2017, 804. Darin verankert sind Berichtspflichten

Standards umfassen auch die Verantwortung der Unternehmen für Maßnahmen gegen Korruption und Bestechung.<sup>34</sup> Schließlich soll, drittens, das Ziel des Investitionsschutzes ausbalanciert werden mit Raum für Regulierungsmaßnahmen der Gaststaaten für Entwicklungsmaßnahmen.<sup>35</sup> Allerdings finden sich bisher selbst in neuen, reform-orientierten Investitionsschutzverträgen nur vereinzelt entsprechende Änderungen. Von 13 neu vereinbarten Investitionsschutzverträgen im Jahr 2017 haben nur drei Verträge die CSR-Standards mit einbezogen. Demnach sollte das Ziel der Reformen, Investitionsschutzverträge an dem Prinzip der nachhaltigen Entwicklung auszurichten, da es nur schleppend in neue Verträge hineinverhandelt wird, – im Rahmen des völkerrechtlich Zulässigen – auch Auswirkungen auf die bereits bestehenden Investitionsschutzverträge und die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit haben. Das ist der zweite Teil meiner fünften These.

Insgesamt zeigt sich auch hier, dass die Stellung der Unternehmen in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit und die Frage, ob sie völkerrechtlich gleichberechtigte Verfahrensparteien sind, nicht nur eine wichtige dogmatische ist, sondern eine, die zentral die Legitimationsgrundlagen dieses Regimes berührt. Wenn es richtig ist, dass grenzüberschreitende Investitionen und damit Investitionsschutzverträge, mit der Möglichkeit Schiedsgerichte anzurufen, (auch) ein wichtiger Baustein der Globalisierung sind, dann müssen auch diese Verträge und die Schiedsgerichtsverfahren so gefasst und durchgeführt werden, dass die Globalisierung auch denjenigen Menschen nützt und nicht schadet, deren Staaten Kapital importieren möchten – seien es Industrie-, Entwicklungs- oder Schwellenländer.

## **B. Unternehmen als völkerrechtlich gleichberechtigte Verfahrensparteien im Rahmen der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit**

In dem ersten Hauptteil werde ich der Frage nachgehen, ob beziehungsweise inwieweit es ein zutreffender Befund ist, dass Unternehmen völkerrechtlich gleichberechtigte Verfahrensparteien sind beziehungsweise im Rahmen der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit auf Augenhöhe gegenüber Staaten auftreten können. Wird dies bejaht, stellen sich die Folgefragen, wo die Grenzen der Gleichheit der Verfahrensparteien nach heutigem Völkerrecht liegen oder de lege ferenda liegen sollten. Hierbei wird sich der vorliegende Beitrag auf die aktuellen Entwicklungen beziehen, vor allem auf die gegenwärtigen Arbeiten der 18. Kommission des Institut de Droit International (IDI). Dessen Special Rapporteur *Campbell McLachlan* hat mit der 18. Kommission des IDI Ende 2018 einen Bericht zur Gleichheit der Parteien vor internationalen Investitionsgerichten finalisiert<sup>36</sup> und einen Resolutionsentwurf erstellt,<sup>37</sup> der im August 2019 mit nur

---

von Kapitalgesellschaften, insbesondere zu Umweltbelangen, Arbeitnehmerbelangen, Sozialbelangen, Achtung der Menschenrechte, aber auch zur Bekämpfung von Korruption und Bestechung (§ 289c Abs. 2 Nr. 1–5 HGB); bei Korruptionsbekämpfungsmaßnahmen können sich die Angaben aber auf die bestehenden Instrumente zur Bekämpfung von Korruption und Bestechung beziehen, zudem gibt es die Möglichkeit nachteilige Angaben wegzulassen (§ 289e HGB).

34 Vgl. die vorhergehende Fn.

35 *UNCTAD*, Investment Policy Framework for Sustainable Development, 2015, S. 77.

36 IDI-Report (s. oben Fn. 20).

37 *Institut de Droit International, Eighteenth Commission*, Equality of Parties before International Investment Tribunals, Rapporteur: Campbell McLachlan, Draft Resolution, 9. Dezember 2018 (im Folgenden: IDI-Draft Res.).

geringen Änderungen angenommen wurde.<sup>38</sup> Zum anderen werden auch die Diskussionen um die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit im Rahmen des CETA einbezogen, da diese für die europäische Völkerrechtswissenschaft besonders relevant ist.<sup>39</sup> Ausgangspunkt bleibt aber auch hier wegen ihrer Bedeutung und der weitreichenden Ratifikationen die ICSID-Konvention.<sup>40</sup>

## I. Grundlagen der ICSID-Konvention

Das zwischenstaatliche völkerrechtliche Vertragsregime der ICSID-Konvention, als erste Ebene, ist Grundlage für die zweite Ebene, die völkerrechtliche Staat-Investor-Normierung.<sup>41</sup> Die ICSID-Konvention enthält keinen Automatismus, der die Gleichstellung von Staat und Investor notwendig und allein auf der Grundlage des Verlangens des privaten Investors nach sich zieht, wenn es zu einem Streit über die Investition kommt.

Dies führt zu meiner sechsten These, die lautet, dass 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 Rechtsstreitigkeit 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 Abs. 1, Art. 36 Abs. 2 ICSID-Konvention), die eine dreifache Funktion hat (als Legitimationselement, Transformationselement und Konstitutionselement). Sie achtet und betont die Souveränität des betroffenen Gaststaates, indem dieser nicht automatisch einer Investorenklage ausgesetzt werden kann, und fungiert damit als Legitimationselement und Transformationselement, um die erst nach der Einwilligung bestehende Gleichheit zwischen Staaten und ausländischen Investoren festzulegen. Dies geschieht, da und indem mit der Einwilligung der beiden völkerrechtlich grundsätzlich verschiedenen Entitäten, Staat und Unternehmen, diese zu „Parteien“ werden. Die Staaten als Vertragsparteien und Völkerrechtssubjekte gestehen damit – vermittelt durch die staatliche Einwilligung und kraft ihrer Souveränität – den privaten Entitäten, die ausländische Investoren sind, den gleichen Rang<sup>42</sup> zu, den diese nutzen können,

38 *Institut de Droit International, Eighteenth Commission, Equality of Parties before International Investment Tribunals*, Rapporteur: Campbell McLachlan, Session of the Hague, 2019, Resolution, 31. August 2019, abrufbar unter <http://www.idi-iil.org/app/uploads/2019/09/18-RES-EN.pdf> (zuletzt aufgerufen am 23. September 2019) (im Folgenden: IDI-Res.). Änderungen der Endfassung der Resolution im Vergleich zum Entwurf betreffen einzelne Wörter insbes. der Art. 1 Abs. 1 S. 1, Art. 2, Art. 4 Abs. 2 lit. b, Abs. 3 und Abs. 4, Art. 5 Abs. 2, Art. 6 Abs. 1, Art. 7 Abs. 2 lit. c, Art. 8 Abs. 1 lit. b, Art. 9 Überschrift und Abs. 4, Art. 11 Abs. 3 und Art. 12 Abs. 2, vgl. dazu Annex unten.

39 2019 hat sich der EuGH nach einem Gutachtenantrags Belgiens zu CETA geäußert, vgl. EuGH, Gutachten 1/17 vom 30. April 2019 – *Königreich Belgien* (im Folgenden: EuGH, Gutachten 1/17).

40 Zurzeit sind 154 Staaten an die ICSID-Konvention gebunden, neun haben sie unterschrieben, aber (noch) nicht ratifiziert, vgl. <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx> (zuletzt aufgerufen am 23. September 2019).

41 Zu dieser Differenzierung der Ebenen auch ausführlich *Peters, Anne*, *Beyond Human Rights – The Legal Status of the Individual in International Law*, 2016, S. 286 ff.

42 Damit ist nicht notwendig das Zusprechen oder Anerkennen von Völkerrechtssubjektivität der Unternehmen verbunden, vgl. dazu unten unter III.

um ihre Klagen als Gleichgestellte zu verfolgen.<sup>43</sup> Der in die Gleichstellung<sup>44</sup> einwilligende und diese begründende Gaststaat löst damit das generelle Versprechen der Vertragsparteien ein, das darin besteht, die rechtlichen (und damit auch wirtschaftlichen) Risiken von Auslandsinvestitionen jedenfalls ex post abzumildern, indem Entschädigungsansprüche der Unternehmen nicht vor innerstaatlichen Gerichten, und damit unter Bedingungen der rechtlichen Machtasymmetrie, durchgesetzt werden müssen.<sup>45</sup>

Mit der Einwilligung der Betroffenen wird damit eine völkerrechtliche Tatsache – die Gleichstellung und Gleichrangigkeit von rechtlich qualitativ höchst Ungleichem: Gaststaat und Investor – durch die vertraglich verankerte entsprechende Intentionalität aller Staaten, die Vertragsparteien sind, für einen spezialisierten Kontext und für einen begrenzten, völkerrechtlich bestimmten Zweck, nämlich die Förderung der Auslandsinvestitionen, konstituiert. Dass mit der Einwilligung beider Parteien eine völkerrechtliche Tatsache konstituiert wird, die einen Statuswechsel des privaten Investors für das Verfahren vor dem Schiedsgericht bedeutet, zeigt sich normativ auch daran, dass, wenn die Zustimmung erteilt ist, keine der Parteien diese einseitig zurücknehmen kann (Art. 25 Abs. 1 S. 2 ICSID-Konvention).

Die verfahrensrechtliche Gleichstellung von Gaststaat und ausländischem Unternehmen im Rahmen eines konkreten Schiedsverfahrens ist aus verschiedenen Gründen auch mit Blick auf die Völkerrechtsordnung als Ganze grundsätzlich gerechtfertigt. Das ist meine siebte These. Zum einen ist die Gleichstellung von Gaststaat und Investor ein geeignetes Mittel, um die Risiken auszuschließen, die die Investoren von Investitionen im Gaststaat abhalten können. Dazu zählt namentlich das Unterfallen unter eine ihm fremde und damit weniger einschätzbare Rechtsordnung, Exekutive und Gerichtsbarkeit. Wenn die Förderung von Auslandsinvestition ein legitimes Zwischenziel ist, ist die Gleichstellung als grundsätzlich geeignetes Mittel, um dieses Ziel zu erreichen, gerechtfertigt. Zum zweiten ist die Gleichstellung eine von den Völkerrechtssubjekten, den Staaten, fundierte, so dass damit die Völkerrechtsordnung als Ordnung souveräner Staaten geachtet wird. Diese Gleichstellung kann durch die einzelnen Staaten dann bei Bedarf (mit-)konstituiert und konkretisiert werden, so dass souveränitätsschonend keine generelle Gleichstellung gegenüber allen ausländischen Investoren erfolgt, sondern nur in konkreten Fällen gegenüber bestimmten Investoren aus bestimmten Heimatstaaten – und nur gegenüber einem bestimmten Staat, weil und wenn dieser es will.

Der dritte Grund ist – und das macht diese Konstituierung der Gleichstellung durchaus überzeugend und erforderlich –, dass sie dem Prinzip des fairen Verfahrens entspricht und der rule of law,<sup>46</sup> wie sie in

43 Vgl. zu der Annahme des Angebotes des Gaststaates (offer to arbitrate) durch den Investor, wenn dieser eine Investitionsschutzklage annimmt, *Peters, Anne*, *Beyond Human Rights – The Legal Status of the Individual in International Law*, 2016, S. 284.

44 Zum Prinzip der Gleichheit (equality) allgemein, zu seiner Funktion bei Investitionsstreitigkeiten und im Rahmen der ICSID-Konvention, vgl. *IDI-Report* (s. oben Fn. 20), S. 419 ff., 427 ff., 441 ff., 442 ff.

45 Der Philosoph *John Searle* hat schon 1995 gezeigt, wie soziale Tatsachen durch kollektive Intentionalität, die eben auch normativ verankert und abgesichert wird, konstituiert werden: „X gilt als Y in C“, wenn es eine entsprechende kollektive Intentionalität gibt; vgl. *Searle, John R.*, *The Construction of Social Reality*, 1995, insbes. Kap. 2-5.

46 Siehe dazu *IDI-Report* (s. oben Fn. 20), S. 427 m. w. N. und ff., 434; dieser spricht von drei Dimensionen des Gleichheitsprinzips. *Chesterman, Simon*, *Rule of Law*, in: *Wolfrum, Rüdiger* (Hrsg.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Bd. VIII, 2012, S. 1015 (Rn. 16); *Doswald-Beck, Louise*, *Fair Trial, Right to, International Protection*, in: *Wolfrum, Rüdiger* (Hrsg.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Bd. III, 2012, S. 1104 (Rn. 29 ff.): „Equality of Arms“.

der Völkerrechtsordnung verankert sind. Das Prinzip des fairen Verfahrens kann auch juristischen Personen zustehen. Es weist Überlappungen mit Menschenrechten auf, wie Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention,<sup>47</sup> und dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes beziehungsweise dem Recht auf rechtliches Gehör.<sup>48</sup> Der 18. Kommission des IDI ist daher zuzustimmen, dass die Gleichheit der Parteien ein fundamentales Element der rule of law ist und ein allgemeines Rechtsprinzip, das auf die Verfahren der internationalen Gerichte und Schiedsgerichte anwendbar ist.<sup>49</sup> Gerade die sogenannte Waffengleichheit<sup>50</sup> der Prozessparteien ist damit durch Gründe, die außerhalb des Investitionsschutzrechts liegen, die aber innerhalb der Völkerrechtsordnung und der nationalen Rechtsordnungen als zentrale Grundsätze verankert sind, legitimiert. Waffengleichheit als prozessuale Chancengleichheit der Parteien bedeutet hier, wie auch in nationalen Rechtsordnungen, dass die Gleichwertigkeit der prozessualen Stellung der Parteien vor dem Richter gewährleistet wird und damit eine grundsätzlich gleichmäßige Verteilung des Risikos am Verfahrensausgang.<sup>51</sup>

Betrachtet man dies legitimatorisch unter Gerechtigkeitsaspekten ergibt sich kein anderes Bild. Gerechtigkeitsstreitigkeiten sind in der Regel keine Streitigkeiten über den Zusammenhang von Gleichheit und Gerechtigkeit,<sup>52</sup> sondern Streitigkeiten über die Gleichwertigkeit von Akteuren und die Konsequenzen, die sich aus dieser Gleichwertigkeit ergeben. Die entscheidende Ausgangsfrage ist dann, wann Gleichheit zwischen den Akteuren besteht. Gibt es keine relevanten Unterschiede zwischen den Akteuren, dann ist eine gleiche Verteilung beziehungsweise Behandlung gefordert und gerecht: Gerecht ist danach eine proportionale, verhältnismäßige Gleichbehandlung, bei der Behandlung und Anlass qualitativ kongruent sein müssen. Die große Errungenschaft der ICSID-Konvention ist jedoch, dass die Frage, wann Gleichheit zwischen

---

47 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (im Folgenden: EMRK), BGBl. II 1952, 685. Zur Vergleichbarkeit der Garantie nach Art. 6 EMRK zur Garantie des Rechts auf Zugang zu einem Schiedsgericht auch *Peters, Anne*, *Beyond Human Rights – The Legal Status of the Individual in International Law*, 2016, S. 292.

48 IDI-Report (s. oben Fn. 20), S. 435; *Joseph, Sarah/Schultz, Jenny/Castan, Melissa*, *The International Covenant on Civil and Political Rights – Cases, Materials, and Commentary*, 2. Aufl. 2004, Rn. 14.40, 14.41, 14.43 und 14.44.

49 Präambel Abs. 1 IDI-Res. (s. oben Fn. 38).

50 *Alvarez, José*, *Is Investor-State Arbitration ‘Public’?*, Institute for International Law and Justice, 2016, S. 5, 19 (abrufbar unter [http://www.iilj.org/wp-content/uploads/2016/09/Alvarez-Is-Invest-State-Arbitration-Public-IILJ-WP-2016\\_6-GAL.pdf](http://www.iilj.org/wp-content/uploads/2016/09/Alvarez-Is-Invest-State-Arbitration-Public-IILJ-WP-2016_6-GAL.pdf)), zuletzt aufgerufen am 23. September 2019), nennt ebenfalls den Begriff der „Waffengleichheit“ (equality of arms) der Parteien. Zum Prinzip der Gleichheit als Teil der International Public Order bezogen auf Staaten und Individuen vgl. *Kokott, Juliane/Hollmeister, Frank*, *International Public Order*, in: Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Bd. VI, 2012, S. 113 (Rn. 11 f.). Zur Gleichheit vor dem Recht als Teil der rule of law, vgl. auch *Chesterman, Simon*, *Rule of Law*, in: Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Bd. VIII, 2012, S. 1015 (Rn. 16).

51 Statt anderer für die deutsche Rechtsordnung, *Musielak, Hans-Joachim*, in: Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang (Hrsg.), *Zivilprozessordnung. Kommentar*, 15. Aufl. 2018, Einleitung Rn. 31 f. Zum Prinzip der Gleichheit der Parteien (equality between the parties) bei internationalen Rechtsstreitigkeiten, *Pellet, Alain*, *Judicial Settlement of International Disputes*, in: Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Bd. VI, 2012, S. 526 (Rn. 29 ff.).

52 Rechtsphilosophisch wird erörtert, ob Gleichheit der Inbegriff der Gerechtigkeit ist oder das Ziel der Gerechtigkeit. Jedenfalls ist ein Gerechtigkeitsurteil präskriptiv, es schafft eine Handlungspflicht, also einen Anspruch und ein Recht auf gerechte Behandlung und erhebt als ethisches Urteil einen Geltungsanspruch. Auch die Gleichbehandlung der Verfahrensparteien kann als Teil der ausgleichenden Gerechtigkeit gesehen werden, wenn man Prozessrechte als knappe Güter versteht, da jeder Akteur mehr Rechte erhalten möchte, als in der Summe insgesamt zur Verfügung stehen. Zu (auch) inhaltsleeren Formeln der Gerechtigkeit jedoch *Kelsen, Hans*, *Was ist Gerechtigkeit?*, 1953, Kap. V, der vom Standpunkt rationaler Erkenntnis aus für relative Gerechtigkeit argumentiert. Zur Gerechtigkeit politischer Entscheidungen allgemein *von der Pfordten, Dietmar*, *Rechtsethik*, 2001, S. 211 ff.

den Akteuren – also Staaten und Investoren – besteht, durch die Staaten beantwortet und normativ völkerrechtlich verankert wird. Durch den Konsens der Vertragsparteien und die Zustimmung des Staates, der Verfahrenspartei ist, wird mithin die Prämisse rechtlich festgelegt, dass die Gaststaaten und Investoren grundsätzlich gleichwertig sind. Dies bedeutet, dass für das Verfahren Gleichwertigkeit angenommen wird, die Akteure für das Verfahren mithin als Gleiche gesetzt werden.<sup>53</sup> Danach und deswegen ist ihre Ungleichbehandlung rechtfertigungsbedürftig. Daraus folgt wiederum, dass das Investitionsschiedsverfahren daher (nur) dann nicht ungerecht ist, wenn eine scheinbare Ungleichbehandlung in Wirklichkeit eine verhältnismäßige Gleichbehandlung ist, weil – trotz der normativ verankerten grundsätzlichen Gleichsetzung von Gaststaat und Investor – dennoch relevante Unterschiede bestehen.

Auch weitere Gerechtigkeitsabwägungen legitimieren die von den Vertragsparteien der ICSID-Konvention begründete und von dem Staat, der Partei ist, mit seiner Zustimmung aktualisierte Gleichsetzung: Zum einen betrifft dies die Verwirklichung formaler Gleichheit, d.h. die Gleichbehandlung gemäß bestimmten Regeln; vor allem aber auch die Fundierung von Chancengleichheit, also die tatsächlich gleiche Möglichkeit, bestimmte Ziele zu erreichen.<sup>54</sup> Gerechtfertigtes Ziel, das mit der Gleichsetzung der Akteure erreicht werden soll, ist, dass Chancen gerecht verteilt werden, damit am Ende des Verfahrens die (u.U. neue) Güterverteilung – wenn eine Partei zu Schadensersatz verurteilt oder die Klage abgewiesen wird – im Ergebnis gerecht ist, weil die Partei unter den Bedingungen der Chancengleichheit eigenverantwortlich gehandelt hat. Die Gleichsetzung der Parteien und die grundsätzlich gleichen Verfahrensrechte in den Investitionsstreitigkeiten bilden damit die Grundlage, um die Chancen auf ausgleichende Gerechtigkeit gleich zu verteilen, auch da die Investitionsschutzverfahren auf Entschädigung gerichtet sind und damit wiederum selbst auf die Wiederherstellung gerechter Zustände.

## II. Konkretisierungen

Die Frage ist daher, in welchen Bereichen konkretisiert werden kann, dass die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit die Unternehmen auf Augenhöhe gegenüber Staaten auftreten lässt.

### 1. Gleichheit des Zugangs zum Gericht

Hierbei soll auf zwei Fragen eingegangen werden, die die Gleichheit des Zugangs zum Schiedsgericht betreffen. Nach der hier vertretenen Ansicht, und das ist meine achte These, schließt das Prinzip der Gleichheit der Parteien nicht aus, dass Unternehmen beim Zugang zum Schiedsgericht gerechtfertigt auf der Grundlage völkerrechtlicher Verträge bevorzugt werden und die Schiedsgerichtsbarkeit nur ausländischen Unternehmen offensteht. Zwar kann mit guten Gründen argumentiert werden, dass Investoren beim

---

53 Zu der Frage inwieweit es sich dabei um eine Ausprägung des fair trial-Grundsatzes und der „fundamental rule of procedure“ i. S. v. Art. 52 Abs. 1 lit. d ICSID-Konvention handelt, siehe *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey*, Award vom 10. März 2014, ICSID Case No. ARB/11/28, sowie *Alvarez, José*, *The Use (and Misuse) of European Human Rights Law in Investor-State Dispute Settlement*, in: Ferrari, Franco (Hrsg.), *The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*, 2017, S. 44 f.

54 Vgl. für die deutsche Rechtsordnung zu diesen Fragen *Musielak, Hans-Joachim*, in: Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang (Hrsg.), *Zivilprozessordnung, Kommentar*, 15. Aufl. 2018, Einleitung Rn. 31 f.

Zugang zum Schiedsgericht bevorzugt<sup>55</sup> werden: Nach der ICSID-Konvention können zwar Staat und Investor eine Klage in Bezug auf die Investition einreichen (Art. 36 Abs. 1 ICSID-Konvention),<sup>56</sup> aber in der Regel sind es nur die Unternehmen, die dies auf der Grundlage der BITs oder multilateraler Verträge, wie dem Energiecharta-Vertrag,<sup>57</sup> die *leges speciales* sind, tun dürfen.<sup>58</sup> Die Bevorzugung ist gerechtfertigt, beruht sie doch wieder auf dem Willen der Staaten als Vertragsparteien,<sup>59</sup> die eine einseitige Streitbeilegungsklausel vereinbaren und keine zweiseitige.<sup>60</sup> In demokratischen Staaten wird dies im Übrigen in der Regel abgesichert durch eine Ratifikation, die auf einer parlamentarischen Beteiligung beruht.<sup>61</sup>

Keine ungerechtfertigte Differenzierung bezüglich der Gleichbehandlung im Rahmen eines Schiedsverfahrens ist es auch, dass die Klagemöglichkeit auf Investoren beschränkt ist, die Staatsangehörige beziehungsweise Staatszugehörige eines anderen Staates sind, inländische Investoren daher kein Schiedsverfahren gegen ihren Heimatstaat anstrengen können. Auch nach der in der IDI-Resolution und der vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) in seinem aktuellen Gutachten zu CETA<sup>62</sup> vertretenen Auffassung, liegt darin keine Verletzung des Prinzips der Gleichheit des Zugangs zum Gericht. Dem ist zuzustimmen, da es hinreichende Gründe dafür gibt, nur ausländische Investoren zuzulassen. Dies zum einen, da nur ausländische Investoren dem besonderen Risiko einer fremden Rechtsordnung (und Hoheitsgewalt) in einem fremden Staat ausgesetzt sind. Zum anderen, weil es gerade Ziel der Investitionsschutzverträge ist, ausländische Investitionen zu fördern,<sup>63</sup> um das Wirtschaftswachstum anzuregen. Schließlich erfolgt jedenfalls eine reziproke Behandlung aller ausländischen Investoren, also auch der Investoren eines Gaststaates, die in einem anderen Staat investieren. Allerdings ist das letzte Argument eher formal-dogmatisch, da es die tatsächlichen Asymmetrien nicht verdecken kann, die entstehen, wenn ein Staat ein sogenannter kapitalimportierender ist, wie viele afrikanische und zentralamerikanische Staaten, die keine oder weniger privaten Investoren besitzen, die im Ausland investieren.<sup>64</sup>

55 Vorsichtig der IDI-Report (s. oben Fn. 20), S. 472 („Nevertheless, *in practice* States have not chosen to utilise the Convention`s arbitration mechanism as original claimants“, Hervorhebung d. Verf.); vgl. auch *Bubrowski, Helene*, Internationale Investitionsschiedsverfahren und nationale Gerichte, 2013, S. 24.

56 Dies wird auch betont in Art. 2 Abs. 1 IDI-Res. (s. oben Fn. 38).

57 Vertrag über die Energiecharta (im Folgenden: ECT) vom 17. Dezember 1994, BGBl. II 1997, 5.

58 Vgl. Art. 10 Abs. 2 Deutschland-Oman-BIT (s. oben Fn. 7): „Kann die Streitigkeit (...) nicht beigelegt werden, so wird sie auf Verlangen des Investors unterbreitet“; so auch Art. 8.18 CETA und Art. 26 Abs. 2 ECT: „Können solche Streitigkeiten nicht innerhalb von drei Monaten nach dem Zeitpunkt, zu dem eine der Streitparteien um eine gütliche Beilegung ersucht hat, nach Absatz 1 beigelegt werden, so kann der Investor als Streitpartei die Streitigkeit auf folgende Weise beilegen lassen (...)“.

59 Dies betont auch die IDI-Kommission, vgl. IDI-Report (s. oben Fn. 20), S. 444.

60 Zu diesen IDI-Report (s. oben Fn. 20), S. 473 ff.

61 Vgl. dazu für Deutschland Art. 59 Abs. 2 GG in Bezug auf bestimmte völkerrechtliche Verträge. Dazu näher *Vöneky, Silja*, Verfassungsrecht und völkerrechtliche Verträge, in Kirchhof, Paul/Isensee, Josef (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XI, 3. Aufl. 2013, § 236.

62 EuGH, Gutachten 1/17, Rn. 180: „(...) (D)ass sich Unternehmen und natürliche Personen Kanadas, die in der Union investieren, in einer vergleichbaren Situation befinden, wie Unternehmen und natürliche Personen der Mitgliedstaaten, die in Kanada investieren. Ihre Situation ist hingegen nicht mit der von Unternehmen und natürlichen Personen der Mitgliedstaaten vergleichbar, die in der Union investieren.“ So auch zuvor Schlussanträge des Generalanwalts *Yves Bot* vom 29. Januar 2019, Gutachten 1/17 – *Königreich Belgien*, Rn. 201 f.

63 So auch Art. 2 Abs. 3 IDI-Res. (s. oben Fn. 38); IDI-Report (s. oben Fn. 20), S. 452.

64 So aber Art. 2 Abs. 3 IDI-Res. (s. oben Fn. 38).

## 2. Zusammensetzung des Gerichts

Ein zentraler Aspekt für die Frage der Gleichbehandlung im Verfahren selbst ist die Frage der Zusammensetzung des Tribunals und das Verfahren der Ernennung der Schiedsrichter. Bei ad hoc-Schiedsgerichten ist das bestehende Verfahren gerechtfertigt, indem das Schiedsgericht sich aus grundsätzlich drei Mitgliedern zusammensetzt (Art. 37 Abs. 2 lit. b ICSID-Konvention), die durch beide Parteien in gleicher Weise ernannt werden. Wichtig ist jedoch, dass diese prozedurale Legitimation<sup>65</sup> noch substantiell ergänzt wird. Meine neunte These ist daher, dass das Prinzip der Gleichheit der Parteien bei der Zusammensetzung eines Schiedsgerichts gewährleistet wird, wenn die Mitglieder durch beide Parteien in gleicher Weise ernannt werden und jedes Mitglied Kriterien erfüllt, welche die Unparteilichkeit plausibel sicherstellen.<sup>66</sup>

Bisher wird – wie auch im jüngsten Rechtsstreit unter Beteiligung von Vattenfall<sup>67</sup> – die Entscheidung über die Ablehnung eines Schiedsrichters in letzter Instanz von Vorsitzenden des Verwaltungsrates, also dem Präsidenten der Weltbank, getroffen (Art. 58 i. V. m. Art. 5 ICSID-Konvention). Es stellt sich die Frage, ob dies nicht ein unabhängiger Entscheider sein sollte, wie in dem IDI-Report vorgeschlagen.<sup>68</sup> Dieses Problem könnte gelöst werden, wenn nicht der Präsident der Weltbank der Vorsitzende des Verwaltungsrates wäre,<sup>69</sup> sondern dieser oder diese von den Vertretern der Vertragsstaaten gewählt werden würde, da der Verwaltungsrat aus einem Vertreter jedes Vertragsstaates besteht. Art. 5 ICSID-Konvention könnte entsprechend reformiert werden.

Eine weitere Frage ist, ob bei ständigen Schiedsgerichten von der Parteiernennung abgewichen werden darf, wenn nur gewährleistet ist, dass diese unabhängig und unparteilich sind. Dies ist meines Erachtens unproblematisch der Fall, da die Parteiernennung gerade keine notwendige Bedingung für die Gleichbehandlung ist.<sup>70</sup> Würde man die Parteiernennung für unabdingbar halten für die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit eines Schiedsgerichts, würde man hingegen Parteiautonomie mit Gleichbehandlung verwechseln oder in jedem Fall zu sehr verbinden. Richtig erscheint vielmehr, dass bei Schiedsrichtern von ad hoc-Schiedsgerichten gerade wegen der Parteinähe durch die Benennung und die fallbezogene Bezahlung nur eine beschränktere ad hoc-Unabhängigkeit gegeben ist, also nur die Betonung der Neutralität im

65 Vgl. zur Bedeutung der Normierung und Wahlverfahren für Richter internationaler Gerichte aus demokratietheoretischer Sicht von *Bogdandy, Armin/Venzke, Ingo*, In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens, 2014, S. 224 ff., die grundsätzlich jedoch für transparente Verfahren unter Einbeziehung nationaler Parlamente plädieren.

66 Etwas schwächer die Formulierung in Art. 4 Abs. 2 lit. a IDI-Res. (s. oben Fn. 38), der nur davon ausgeht, dass jedes Mitglied dieselben Erfordernisse der Unparteilichkeit erfüllt, ohne diese genauer zu qualifizieren. Zur Forderung nach Unabhängigkeit von den Parteien abhängig vom Grundverständnis der internationalen Gerichtsbarkeit vgl. *von Bogdandy, Armin/Venzke, Ingo*, In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens, 2014, S. 235.

67 *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, Decision of the Acting Chairman of the Administrative Council vom 6. März 2019, ICSID Case No. ARB/12/12.

68 IDI-Report (s. oben Fn. 20), S. 459 f.

69 So aber bestimmt in Art. 5 ICSID-Konvention. Dass die Weltbank – und ihr Präsident – nicht (wert)neutral agieren können, zeigt sich schon daran, dass diese an ihre eigenen Prinzipien gebunden sein wird, vgl. dazu *Anghie, Antony*, Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law, 2005, S. 258 ff. Zur historisch engen Verbindung zwischen Weltbank und ICSID und dem Vorschlag die enge Verbindung zwischen ICSID und Weltbank heute zu lockern, *Parra, Antonio*, The History of ICSID, 2. Aufl. 2017, S. 17 ff., 295.

70 So auch Art. 4 Abs. 2 lit. b IDI-Res. (s. oben Fn. 38) für den Fall eines ständigen Schiedsgerichts. Vgl. auch IDI-Report (s. oben Fn. 20), S. 462 („Equality (...) does not include, as an essential component, a right to appoint members of the tribunal.“)



konkreten Fall und nur der Schutz der Parteien vor konkreter Befangenheit.<sup>71</sup> Diese Parteinähe, die auch durch die Parteiernennung vermittelt wird, hat den strukturellen Nachteil, dass sich die Schiedsgerichte bei der Rechtsanwendung stärker am Interesse der Parteien orientieren und weniger an Fragen der allgemeinen Rechtsentwicklung sowie an Gemeinwohlerwägungen.<sup>72</sup> Es gibt daher keine zwingenden Gründe, an ihr festzuhalten.

Weitere Legitimation und eine Sicherstellung der Gleichbehandlung der Parteien kann bei einem ständigen Schiedsgericht zusätzlich dadurch vermittelt werden, dass es eine geographische Ausgewogenheit der Richterschaft<sup>73</sup> gibt und politische Einflüsse durch einen transparenten Prozess und die Verpflichtung auf völkerrechtliche Kompetenzen minimiert werden.<sup>74</sup> Letzteres ist bei den Schiedsrichtern nach der ICSID-Konvention bisher nicht erforderlich. Diese müssen nach Art. 14 ICSID-Konvention nur Kenntnisse in den Bereichen Recht, Handel, Industrie oder Finanzwesen besitzen. Art. 14 ICSID-Konvention sollte daher reformiert werden.<sup>75</sup>

### 3. Weitere Ausformungen des Gleichheitsprinzips

Fragen der konkreten Ausformung des Gleichheitsprinzips der Parteien stellen sich im Rahmen des schiedsgerichtlichen Verfahrens selbst, insbesondere (1) bei der Möglichkeit, dass eine Vielzahl von Investoren gegen einen Gaststaat klagen kann, (2) bei der Zulässigkeit einer Widerklage des Gaststaates, (3) bei der Zulässigkeit der Eingaben der sogenannte Freunde des Gerichts (*amicus curiae* briefs), (4) bei der Konkretisierung der sogenannten Waffengleichheit der Parteien und (5) der Wahrung von (insbesondere staatlichen) Geheimhaltungsinteressen. Dies ist meine zehnte These, die im Folgenden näher begründet werden soll.

#### a. Klagen einer Vielzahl von Investoren

Die erste Frage ist, ob eine Vielzahl von Investoren ihre Klagen in einem Verfahren gegen nur einen Staat zusammenfassen darf.<sup>76</sup> Da Art. 25 Abs. 1 ICSID-Konvention nur von einer Streitigkeit spricht, zudem in den BITs oftmals Klagen von Gaststaaten gegen Investoren ausgeschlossen sind, kann dies jedenfalls nur gerechtfertigt sein, wenn das Schiedsgericht dennoch streng darauf achtet, alle Parteien gleich zu

71 Zur kritischen Betrachtung dieser Betonung der Neutralität im konkreten Fall im Unterschied zu der stärker institutionalisierten präventiven Unabhängigkeit von Richtern ständiger Gerichte, siehe *Stürmer, Rolf*, *Rechtspflege durch unabhängige Organe oder Institutionen – ein Grundprinzip der Rechtsstaatlichkeit?*, *Juristenzeitung* 72 (2017), 905 (911).

72 So *Stürmer, Rolf*, *Rechtspflege durch unabhängige Organe oder Institutionen – ein Grundprinzip der Rechtsstaatlichkeit?*, *Juristenzeitung* 72 (2017), 905 (914).

73 So auch vorgesehen in Art. 8.27 Abs. 6 CETA, wonach sich die aus drei Mitgliedern bestehenden Kammern aus je einem Staatsangehörigen eines Mitgliedsstaats der Union, einem Staatsangehörigen Kanadas und einem Staatsangehörigen eines Drittlandes zusammensetzen.

74 So auch Art. 4 Abs. 3 IDI-Res. (s. oben Fn. 38) für ein ständiges Schiedsgericht.

75 Bei konkreten Verfahren sollten Vorkehrungen getroffen werden, die eine ungleiche Nähebeziehung zu dem Heimat- oder Gaststaat des Investors verhindern. Vorzugswürdig erscheint, dass Richter aus beiden Staaten mitentscheiden (ggf. auch ein *ad hoc*-Richter), da oftmals auch das nationale Recht jedenfalls des Gaststaates für die Entscheidung relevant ist. Nach anderer Ansicht sollen dagegen solche Richter ausgeschlossen sein, die die Nationalität des Heimat- oder Gaststaates haben. In der IDI-Resolution werden beide Lösungen vertreten, ohne eine auszuschließen, vgl. Art. 4 Abs. 4 lit. a und b IDI-Res. (s. oben Fn. 38); dazu auch IDI-Report (s. oben Fn. 20), S. 465 f.

76 Dazu IDI-Report (s. oben Fn. 20), S. 482 ff., Art. 5 IDI-Res. (s. oben Fn. 38).

behandeln. Damit ist erforderlich, dass jede Investorenklage die Zuständigkeits- und Zulässigkeitsvoraussetzungen für sich erfüllt, so als würde nur dieser Investor klagen. Daher darf es sich – in der Substanz – nur um eine einzige Streitigkeit handeln. Der Streitgegenstand darf nicht ausgedehnt werden. Andernfalls käme es zu einer Benachteiligung des beklagten Gaststaates.<sup>77</sup> Wenn jedoch die Vielzahl der Kläger eine Gleichbehandlung beider Parteien ausschließt, kann dies, wie auch in der IDI-Resolution vertreten,<sup>78</sup> die Unzulässigkeit der Klagen bedeuten.

### **b. Widerklage des Gaststaates**

Ein besonderer Fall ist die Möglichkeit der Gaststaaten, Widerklage gegen den Investor zu erheben.<sup>79</sup> Dadurch wird die faktische Einseitigkeit ausgeglichen, die entsteht, wenn in den Investitionsschutzverträgen nur den Investoren Klagerechte zugesprochen werden. Auch für diese Klage muss die Zustimmung beider Parteien vorliegen.<sup>80</sup> Für die Widerklage gilt ebenfalls, dass sie unmittelbar mit der streitbefangenen Investition zusammenhängen muss.<sup>81</sup> Das ist bereits in Art. 46 i. V. m. Art. 25 ICSID-Konvention verankert, da danach eine Rechtsstreitigkeit gegeben sein muss, die direkt aus der Investition folgt, die Gegenstand der Klage ist, also mit dieser hinreichend verbunden ist.<sup>82</sup>

Eine Ungleichheit könnte allerdings dadurch gegeben sein, dass das Schiedsgericht Ermessen hat, die Zulässigkeit der Widerklage nicht allein auf völkerrechtlicher Grundlage festzustellen.<sup>83</sup> Diese kann vielmehr auch auf dem Recht des Gaststaates beruhen.<sup>84</sup> Dagegen spricht, dass in diesem Zusammenhang von einem Vorteil des souveränen Gaststaates gesprochen werden könnte, der hier die Möglichkeit hat, die eigenen Normen festzulegen, also zu regulieren. Dies bedingt jedoch gerade keine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung, da und wenn beide Klagen faktisch aus demselben Investitionsstreit folgen.<sup>85</sup> Andersfalls würde die Souveränität des Gaststaates zu weitgehend eingeschränkt und Gemeinwohlbelange würden zu wenig berücksichtigt werden. Relevant ist hier wiederum, dass der Gaststaat mit seiner Zustimmung zur Schiedsgerichtsbarkeit dem Investor nur eine weitere internationale, neutrale Klage- und Durchsetzungsmöglichkeit – neben seinen nationalen Gerichten – zur Verfügung gestellt hat, um Rechtsrisiken einzuschränken, die dadurch entstehen, dass das Unternehmen in einem fremden Rechtsraum investiert und

77 Art. 5 Abs. 1 und 2 insbes. lit. b IDI-Res. (s. oben Fn. 38).

78 Art. 5 nach Abs. 2 a.E. IDI-Res. (s. oben Fn. 38), dies entspricht Art. 5 Abs. 3 IDI-Draft Res. (s. oben Fn. 37).

79 Dazu statt anderer *Amado, Jose/Kern, Jackson/Rodriguez, Martin*, Arbitrating the Conduct of International Investors, 2018, S. 116 ff.

80 Art. 6 Abs. 3 IDI-Res. (s. oben Fn. 38).

81 Art. 6 Abs. 2 lit. b IDI-Res. (s. oben Fn. 38).

82 Die Widerklage muss daher dieselbe Investition wie die Klage betreffen; nicht erforderlich ist, dass dieselbe Handlung Gegenstand der Klage und Widerklage ist, vgl. IDI-Report (s. oben Fn. 20), S. 476 f., 478 f.

83 Zu den Problemen einer Widerklage auch *Amado, Jose/Kern, Jackson/Rodriguez, Martin*, Arbitrating the Conduct of International Investors, 2018, S. 116 ff.

84 Art. 6 Abs. 6 IDI-Res. (s. oben Fn. 38): „The Tribunal may find a counterclaim to be admissible, whether it is founded upon international law or host State law, provided that it fulfils the other requirements set out in this Article and concerns a subject matter that is capable of submission to arbitration“.

85 Vgl. dazu beispielsweise die umweltbezogenen Widerklagen Ecuadors in dem Fall *Perenco Ecuador Ltd. v. The Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Interim Decision on the Environmental Counterclaim vom 11. August 2015, ICSID Case No. ARB/08/6. Dies wird jedoch auch als zu weitgehende Einschränkung der Widerklagemöglichkeit gesehen, vgl. *Amado, Jose /Kern, Jackson /Rodriguez, Martin*, Arbitrating the Conduct of International Investors, 2018, S. 117 f. m. w. N.

andernfalls vor nationalen Gerichten seine Ansprüche gegen den Staat, dessen Gerichte er in Anspruch nimmt, durchsetzen müsste. Es soll damit aber keine pauschale Freistellung gegenüber den nationalen Gesetzen erfolgen. So muss die Begründetheit der Widerklage durch das Schiedsgericht geprüft werden.<sup>86</sup> Allerdings gilt dies nicht unbegrenzt. So scheint es richtig, dass Fälle, in denen es um die Durchsetzung von Hoheitsrechten geht, wie um die Zahlung von Steuern, nicht schiedsgerichtlich gelöst werden können.

### **c. Eingaben Dritter (*amicus curiae* briefs)**

Ein dritter Punkt, der die Anwendung des Gleichheitsprinzips im schiedsgerichtlichen Verfahren betrifft, ist die Zulässigkeit der Einlassungen Dritter, die selbst keine Streitparteien sind, aber zum Gegenstand des Verfahrens Stellung nehmen.<sup>87</sup> Sie können in ihren Eingaben relevante Tatsachen und Rechtsauffassungen vortragen und dadurch die Entscheidungen der Schiedsgerichte durch sogenannte *amicus curiae* briefs beeinflussen.<sup>88</sup> Seit 2006 sind diese, nach der Zulassung dieser Praxis durch Schiedsgerichte,<sup>89</sup> bereits im Verfahrensrecht des ICSID ausdrücklich geregelt.<sup>90</sup> Grundsätzlich sind diese gerechtfertigt – in diesem Sinne ist auch der IDI-Resolution zuzustimmen –, da so die Möglichkeit besteht, dass das rein bilaterale Verhältnis zwischen Investor und Gaststaat um weitere Aspekte, eben auch solche des Gemeinwohls<sup>91</sup> oder des objektiven Rechts, ergänzt werden kann.<sup>92</sup> Hier kommt es zu einer Öffnung des Investitionsstreits. Das gerechtfertigte Ziel ist, dass die Gerichte eine größere Informationsbasis erhalten, was zu

86 S. auch *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, Decision on Jurisdiction vom 2. Juli 2013, ICSID Case No. ARB/10/7, Rn. 223 f., zu den Voraussetzungen von Art. 46 ICSID-Konvention: „The Parties’ agreement regarding the applicability of Article 46 of the ICSID Convention and, as a result, of Rule 40 of the Arbitration Rules does not exempt the Tribunal from determining whether the conditions set by these provisions are met. To meet these conditions the Claimants’ claim must: a) be presented not later than in the reply or, if so authorized by the Tribunal upon justification by the party presenting the claim and consideration of the other party’s objections, if any, at a later stage; b) arise directly out of the subject-matter of the dispute; and c) be within the scope of the consent of the parties and otherwise within the jurisdiction of the Centre”.

87 Vgl. auch IDI-Report (s. oben Fn. 20), S. 484 ff.

88 Allgemein zu diesen vgl. auch *von Bogdandy, Armin/Venzke, Ingo*, In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens, 2014, S. 247 ff.

89 Vgl. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic*, Order in Response to a Petition for Participation as *amicus curiae* vom 17. März 2006, ICSID Case No. ARB 03/17, Rn. 9 ff., insbes. Rn. 16; ausführlich zur Entwicklung *Tams, Christian/Zoellner, Carl-Sebastian*, *Amici Curiae* im internationalen Investitionsschutzrecht, Archiv des Völkerrechts 45 (2007), 217 (227 ff.); *Parra, Antonio*, The History of ICSID, 2. Aufl. 2017, S. 225, 228 f., 263; *McLachlan, Campbell/Shore, Laurence/Weiniger, Matthew*, International Investment Arbitration – Substantive Principles, 2. Aufl. 2017, S. 67 (Rn. 3.79 ff.).

90 Regel 37 Abs. 2 ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings (Arbitration Rules; im Folgenden: ICSID-Verfahrensregeln) von 2006, abrufbar unter [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2006%20CRR\\_English-final.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2006%20CRR_English-final.pdf), S. 99 ff. (zuletzt aufgerufen am 23. September 2019). Das Gericht selbst hat hier jedoch einen weiten Ermessensspielraum, ob die kumulativen Voraussetzungen vorliegen. Vgl. auch die UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration von 2013, Art. 4 Abs. 3 lit. a und b, abrufbar unter <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparencv-E.pdf> (zuletzt aufgerufen am 23. September 2019). Dazu auch der IDI-Report (s. oben Fn. 20), S. 485.

91 Vgl. dazu *Aguas Argentinas S.S., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vevendi Universal S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as *Amicus Curiae* vom 19. Mai 2005, Rn. 18–23; *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Procedural Order No. 5 vom 2. Februar 2007.

92 Art. 7 IDI-Res. (s. oben Fn. 38).

gerechteren Entscheidungen führen soll.<sup>93</sup> Weder aus dem Gleichheitsprinzip, noch aus den Privatinteressen der Streitparteien folgt hier die Unzulässigkeit, solange bei der Zulassung der Einlassungen die Gleichheit der Parteien geschützt wird.<sup>94</sup> Im Gegenteil könnte man argumentieren, dass das Gleichheitsprinzip für die grundsätzliche<sup>95</sup> Zulassung der *amicus curiae* briefs spricht, wenn es auch verstanden wird als ein Prinzip, das der Beibehaltung der Balance zwischen öffentlichen Interessen und Parteiinteressen dient.<sup>96</sup>

#### **d. Konkretisierungen des Prinzips der Waffengleichheit**

Einen besonderen Ausdruck findet die Gleichheit der Parteien in dem oben bereits genannten Prinzip der sogenannten Waffengleichheit.<sup>97</sup> Dieses betrifft auch das Recht jeder Partei, zu den Einlassungen der anderen gehört zu werden (*audi alteram partem*).<sup>98</sup> Zudem ist jeder Partei die gleiche Zeit zu geben, um vorzutragen und Beweise zu präsentieren, solange das Verfahren dennoch gerecht und effizient durchgeführt werden kann.<sup>99</sup> Es soll daher jede Partei gleich behandelt werden,<sup>100</sup> sofern nicht aus Gründen der Verfahrenseffizienz davon gerechtfertigt abgewichen werden kann und dies nicht wiederum zu Ungleichheiten führt.<sup>101</sup> Auch im schriftlichen Verfahren kann und muss jede Partei Beweise so vorlegen, dass die

93 Vgl. *Tams, Christian/Zoellner, Carl-Sebastian*, *Amici Curiae im internationalen Investitionsschutzrecht*, *Archiv des Völkerrechts* 45 (2007), 217 (235 ff.); *Savarese, Eduardo*, *Amicus Curiae Participation in Investor-State Arbitral Proceedings*, *Italian Yearbook of International Law* 17 (2007), 99-121.

94 Richtig erscheint, dafür zu fordern, dass auch diese Dritten jedenfalls ihre Verbindungen offenlegen müssen, die sie mit einer Streitpartei sowie mit deren rechtlichen Vertretern, aber auch mit Mitgliedern des Schiedsgerichts haben. Wichtig ist zudem, dass die Parteien auf die Einlassungen Dritter reagieren können müssen, daher dürfen Einlassungen, die zu sehr eine Partei beeinträchtigen, durch das Schiedsgericht nicht zugelassen werden. Vgl. dazu Art. 7 IDI-Res. (s. oben Fn. 38) und aus der Literatur *Fach Gómez, Katia*, *Rethinking the Role of Amicus Curiae in International Investment Arbitration - How to Draw the Line Favorably for the Public Interest*, *Fordham International Law Review* 35 (2012), 510 (545 f.); *Levine, Eugenia*, *Amicus Curiae in International Investment Arbitration - The Implications of an Increase in Third-Party Participation*, *Berkeley Journal of International Law* 29 (2011), 200 (205 f.); *Tams, Christian/Zoellner, Carl-Sebastian*, *Amici Curiae im internationalen Investitionsschutzrecht*, *Archiv des Völkerrechts* 45 (2007), 217 (238).

95 Fraglich ist, ob die Unabhängigkeit oder sogar Neutralität des *amicus* von den Streitparteien eine ungeschriebene Voraussetzung ist. Dies wurde zentral für den Fall AES, da dort eine Stellungnahme der EU-Kommission zugelassen wurde, obwohl es um die Frage ging, ob der EU-Mitgliedstaat Ungarn durch eine Strompreisregulierung gegen den ECT (s. oben Fn. 57) verstoßen hatte. Vgl. dazu *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft v. The Republic of Hungary*, Award vom 23. September 2010, ICSID Case No. ARB 07/22, Rn. 3.22, und auch *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*, Order in Response to a Petition of five Non-Governmental Organizations for Permission to make an *amicus curiae* Submission vom 12. Februar 2007, ICSID Case No. ARB/03/19, Rn. 13; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic*, Order in Response to a Petition for Participation as *amicus curiae* vom 17. März 2006, ICSID Case No. ARB 03/17, Rn. 23.

96 Zudem haben nach Art. 44 ICSID-Konvention die Investitionsschutzabkommen Vorrang, aber auch abweichende Vereinbarungen der Parteien. Zum Erfordernis der Balance zwischen Investorenrechten und Gaststaatenrechten auch *McLachlan, Campbell/Shore, Laurence/Weiniger, Matthew*, *International Investment Arbitration - Substantive Principles*, 2. Aufl. 2017, S. 23 (Rn. 1.86).

97 Dazu bereits oben Fn. 50.

98 IDI-Report (s. oben Fn. 20), S. 487 ff.; Art. 8 Abs. 1 lit. a IDI-Res. (s. oben Fn. 38).

99 Art. 8 Abs. 4 IDI-Res. (s. oben Fn. 38).

100 Art. 8 Abs. 1 lit. b IDI-Res. (s. oben Fn. 38).

101 Eine verspätete Einführung von Beweismitteln kann gerechtfertigt sein, wenn der anderen Seite die Möglichkeit gegeben wird, dass sie dazu angehört wird, dazu Art. 8 Abs. 3 IDI-Res. (s. oben Fn. 38).

andere Partei die Möglichkeit hat, darauf in angemessener Weise (reasonable) zu reagieren.<sup>102</sup> Gut vertretbar erscheint es, Abweichungen im Zeitplan zugunsten von Staaten, insbesondere von Entwicklungsstaaten, vorzusehen, die Schwierigkeiten haben, bestimmte Unterlagen einzureichen.<sup>103</sup> Allerdings bleibt es dabei, dass die andere Partei eine angemessene Gelegenheit bekommen muss, diese Dokumente zur Kenntnis zu nehmen.<sup>104</sup>

#### **e. Geheimhaltungsinteressen der Parteien**

Das Gleichheitsprinzip ist auch der Maßstab, der für das Schiedsgericht gilt, wenn es darum geht, Geheimhaltungsinteressen des Klägers oder des Beklagten zu wahren. Grundsätzlich können hier sowohl auf Unternehmensseite als auch auf staatlicher Seite Geheimhaltungsinteressen bestehen, einerseits wegen kommerzieller Geschäftsinteressen, andererseits wegen sogenannter Staatsgeheimnisse (State secret privilege), in der Regel wegen Sicherheitsinteressen.<sup>105</sup> Eine Möglichkeit ist hier, nicht primär auf das Recht des Gaststaates zu verweisen, da dies eine Bevorzugung des beklagten Staates wäre, sondern auf Standards, die für beide Parteien gleich anwendbar sind.<sup>106</sup> Derjenige, der sich auf Geheimhaltungsinteressen beruft, muss dies jedenfalls hinreichend spezifisch tun, damit die andere Seite die Möglichkeit hat, dies zu evaluieren und gegebenenfalls anzugreifen.<sup>107</sup>

#### **4. Kostentragungsregeln und Zwischenergebnis**

Die oben genannten Beispiele zeigen, dass selbst mit Blick auf die faktischen Asymmetrien zwischen Unternehmen und Staaten eine Gleichbehandlung von Unternehmen auf Augenhöhe möglich ist. Sie zeigen zudem, dass jedoch auch viele Elemente, die zunächst als Abweichung erscheinen, wie die Möglichkeit der Widerklage oder die Berücksichtigung von Geheimhaltungsinteressen eines Staates, nicht die Gleichbehandlung fundamental unterminieren, sondern in das System integriert werden können.

Insgesamt ist nach der hier vertretenen Ansicht somit, auch wegen der Staatenbasiertheit der ICSID-Konvention und des Investitionsschutzrechts, eine Auslegung vorzunehmen, die Staatenrechte weiter betont (beispielsweise bei der Vielzahl von Investoren, die klagen können) und die legitimatorische Elemente stärkt, so dass auch öffentliche Interessen eingebracht werden können, wie im Rahmen der Eingaben Dritter (amicus curia briefs). Das gilt auch für eine mögliche Abkehr von der Parteiernennung der Schiedsrichter, die zu einer stärkeren Institutionalisierung und Verstetigung der Schiedsgerichtsbarkeit führt. Letzteres mag die Parteiautonomie einschränken, diese muss jedoch von der Gleichstellung der Parteien im Verfahren unterschieden werden.

102 Vgl. dazu Art. 9 Abs. 1 IDI-Res. (s. oben Fn. 38); vgl. auch *International Bar Association, IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, 29. Mai 2010, abrufbar unter <https://www.iba-net.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=68336C49-4106-46BF-A1C6-A8F0880444DC> (zuletzt abgerufen am 23. September 2019).

103 Art. 9 Abs. 3 IDI-Res. (s. oben Fn. 38).

104 Ibid.

105 IDI-Report (s. oben Fn. 20), S. 499 ff.

106 Art. 10 Abs. 1 S. 2 IDI-Res. (s. oben Fn. 38).

107 Art. 10 Abs. 5 lit. a IDI-Res. (s. oben Fn. 38). Richtig ist, dass jedenfalls eine zu weite Anwendung des Privilegs von Staatsgeheimnissen dazu führen kann, dass diese Gleichheit unterminiert wird, eine zu enge Fassung aber, dass öffentliche Interessen missachtet werden.

Ein praktisch wichtiger Punkt, der noch mitbedacht werden sollte, ist die **Kostentragungsregelung**.<sup>108</sup> Nach Art. 61 Abs. 2 ICSID-Konvention ist gerade nicht vorgesehen, dass der Unterlegene alle Kosten tragen soll. Auch in der Praxis haben ICSID-Schiedsgerichte die Gebühren und die Kosten des Gerichts gleich verteilt und jede Partei die eigenen Kosten der Rechtsverfolgung tragen lassen.<sup>109</sup> Dies erscheint nicht überzeugend, da der Investor als Kläger damit kein Risiko trägt, die Kosten des Beklagten zu tragen, auch wenn er unterliegt. Dies kann dazu führen, dass Investoren Klagen anstrengen, die nicht oder kaum fundiert sind.<sup>110</sup> Vielmehr sollte der Unterlegende, wie auch in den UNCITRAL-Regeln aufgenommen, grundsätzlich alle Kosten tragen<sup>111</sup> und das Schiedsgericht sollte davon nur mit guten Gründen abweichen. Dies ist in Art. 8.39 Abs. 5 CETA<sup>112</sup> bereits entsprechend verankert.

Insgesamt zeigt sich aber, dass die These der Gleichstellung von ausländischen Unternehmen und Staaten im Rahmen des investitionsschiedsgerichtlichen Verfahrens, die darauf beruht, dass Staaten in diese Gleichstellung einwilligen, nur begrenzten Spielraum bietet, um die Interessen der Gaststaaten und der Öffentlichkeit gegenüber Investoren zu stärken. Auch dem Delegitimationsdiskurs kann damit nur begrenzt begegnet werden.

Dem allem ist, und dies ist meine letzte These des ersten Hauptteils, zudem eine Einschränkung hinzuzufügen: 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 (beispielsweise Notstand)<sup>113</sup> und die Grundsätze der Auslegung der Investitionsschutzübereinkommen. Auch hier vertrete ich, wegen der völkerrechtlichen Grundlage des Investitionsschutzes und der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit und um Investoren nicht besser zu stellen als andere Staaten in zwischenstaatlichen Klagen, eine grundsätzliche Anwendbarkeit völkerrechtlicher Rechtfertigungsgründe auch gegenüber den Investoren.

---

108 Dazu auch IDI-Report (s. oben Fn. 20), S. 513 ff.

109 *McLachlan, Campbell/Shore, Laurence/Weiniger, Matthew*, International Investment Arbitration - Substantive Principles, 2. Aufl. 2017, S. 456 ff. (Rn. 9.190 ff.).

110 IDI-Report (s. oben Fn. 20), S. 513.

111 Zum sogenannten loser pays-Ansatz *McLachlan, Campbell/Shore, Laurence/Weiniger, Matthew*, International Investment Arbitration - Substantive Principles, 2. Aufl. 2017, S. 457 (Rn. 9.196). Allerdings ist zutreffend, dass die Schiedsgerichtsbarkeit auch kleinen und mittleren Unternehmen offenstehen soll, vgl. dazu IDI-Report (s. oben Fn. 20), S. 511, daher sollte über die Zulassung von Drittfinanzierung nachgedacht werden, sofern dies transparent ist, vgl. IDI-Report (s. oben Fn. 20), S. 513 f.

112 Belgien hatte die Vereinbarkeit dieser Vorschrift mit Art. 47 EU-Grundrechtecharta in dem von ihm angestregten Gutachtenverfahren bezweifelt; der EuGH lehnte einen solchen Verstoß im Ergebnis ab, betonte aber die hohe finanzielle Belastung für natürliche Personen und kleine und mittlere Unternehmen und die Verpflichtung aus Art. 8.39 (6) CETA und der Erklärung Nr. 36, die auf Art. 8.39 (6) CETA Bezug nimmt, diese zu verringern, vgl. EuGH, Gutachten 1/17, Rn. 217 f.

113 Dazu *Reinisch, August*, Internationales Investitionsschutzrecht, in: Tietje, Christian (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 430 f.; *Parra, Antonio*, The History of ICSID, 2. Aufl. 2017, S. 260 f.

## C. (Un-)gerechtfertigte Ungleichbehandlung zu Lasten von Unternehmen als Verfahrensparteien bei der Behandlung von Korruptionsproblemen

Im folgenden zweiten Hauptteil wende ich mich Korruptionsproblemen zu und werde die Frage behandeln, ob es aus völkerrechtlicher Sicht eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung zu Lasten von Unternehmen als Verfahrensparteien bei der Behandlung von Korruptionsproblemen gibt.

### I. Einleitung

Ein faktisches Problem ausländischer Direktinvestitionen ist, dass damit die Möglichkeiten für Korruption steigen.<sup>114</sup> Auch dies kann dazu führen, dass Investitionen gebilligt werden, die für die Bevölkerung eines Staates nachteilig sind,<sup>115</sup> und Menschenrechte unterminiert werden.<sup>116</sup>

Die internationale Gemeinschaft hat grundsätzlich auf die Herausforderung, Korruption zu bekämpfen, reagiert,<sup>117</sup> auch wenn es keine völkerrechtlich verbindliche Definition für den Begriff der Korruption gibt.<sup>118</sup> Seit 2003 ist die Bekämpfung der Korruption durch einen universellen völkerrechtlichen Vertrag verankert, die UN-Antikorruptionskonvention,<sup>119</sup> die heute über 180 Vertragsparteien bindet. Hierin wird auch den Staaten aufgegeben, Maßnahmen zu treffen, die die Verantwortlichkeit von juristischen Personen begründen (Art. 26 UN-Antikorruptionskonvention).<sup>120</sup> Zudem sind über 40 Staaten durch eine ältere

114 Zu unterschiedlichen Arten von Korruption und zur Korruption als politischem Problem, vgl. *Rose-Ackerman, Susan/Palifka, Bonnie*, *Corruption and Government – Causes, Consequences, and Reform*, 2. Aufl. 2016, S. 3 ff., 275 ff.

115 Ein Beispiel für gemeinwohlschädliche Politik durch Korruption ist die die Stadtplanung in Nairobi. Hier sollten illegale Gebäude zerstört werden; stattdessen wurden genehmigte Häuser zerstört und die der Wohlhabenden ausgespart, *The Economist*, Nairobi's planners are knocking the city down to save it, 7. März 2019, abrufbar unter <https://www.economist.com/middle-east-and-africa/2019/03/07/nairobis-planners-are-knocking-the-city-down-to-save-it> (zuletzt aufgerufen am 23. September 2019). Allgemein zu Korruption als ökonomisches Problem, *Rose-Ackerman, Susan/Palifka, Bonnie*, *Corruption and Government – Causes, Consequences, and Reform*, 2. Aufl. 2016, S. 51 ff.

116 *Peters, Anne*, *Korruption und Menschenrechte*, *Juristenzeitung* 71 (2016), 217; *dies.*, *Corruption as a Violation of International Human Rights*, *European Journal of International Law* 29 (2018), 1251.

117 Ausführlich dazu *Rose-Ackerman, Susan/Palifka, Bonnie*, *Corruption and Government – Causes, Consequences, and Reform*, 2. Aufl. 2016, S. 446 ff. Zur Korruptionsbekämpfung durch die Weltbank seit 1997 vgl. *Parra, Antonio*, *The History of ICSID*, 2. Aufl. 2017, S. 177 f.

118 Nichts anderes folgt aus den Entscheidungen der Schiedsgerichte, die mit Korruptionsfragen befasst waren, vgl. *Meyer, Olaf*, *The Formation of a Transnational Ordre Public against Corruption – Lessons for and from Arbitral Tribunals*, in: *Rose-Ackerman, Susan/Carrington, Paul* (Hrsg.), *Anti-Corruption Policy – Can International Actors Play a Constructive Role?*, 2013, S. 233. Auch *Rose-Ackerman, Susan/Palifka, Bonnie*, *Corruption and Government – Causes, Consequences, and Reform*, 2. Aufl. 2016, S. 8 f., sprechen nur allgemein „von dem Missbrauch verliehener Macht zu privatem Nutzen“ und zählen 13 verschiedene Typen von Korruption auf und vier verschiedene Arten korrupter Regierungen, *ibid.*, S. 277 ff.

119 United Nations Convention against Corruption (im Folgenden: UN-Antikorruptionskonvention) vom 31. Oktober 2003, 2349 UNTS 41, BGBl. II 2014, 762. Dazu *Rose-Ackerman, Susan/Palifka, Bonnie*, *Corruption and Government – Causes, Consequences, and Reform*, 2. Aufl. 2016, 465 ff.; *Herdegen, Matthias*, *Internationales Wirtschaftsrecht*, 11. Aufl. 2017, S. 95 f.

120 Allerdings ist auch hier keine verbindliche völkerrechtliche Definition von Korruption enthalten, nur eine Umschreibung von Bestechung und weiterer Delikte, vgl. u. a. Art. 15 UN-Antikorruptionskonvention; zudem werden genannt Geldwäsche, Unterschlagung, Veruntreuung durch Amtsträger und missbräuchliche Einflussnahme (Art. 18 UN-Antikorruptionskonvention) und die missbräuchliche Wahrnehmung von Aufgaben (Art. 19 UN-Antikorruptionskonvention). Zur Diskussion darüber, ob eine neue Konvention zur Bekämpfung von Korruption erforderlich ist, bejahend *Dugard, John*, *Corruption: Is there a Need for a New Convention?*, in: *Rose-Ackerman, Susan/Carrington, Paul* (Hrsg.), *Anti-Corruption Policy – Can International Actors Play a Constructive Role?*, 2013, S. 159 ff.

OECD-Antibestechungskonvention<sup>121</sup> verpflichtet und es gibt weitere relevante universelle und regionale Konventionen.<sup>122</sup> Wichtig ist allerdings, dass diese Verträge nicht zu einer unmittelbaren Kriminalisierung der natürlichen oder juristischen Personen führen, die bestechen oder korrupte Handlungen vornehmen, sondern Staatenpflichten enthalten, die in nationale Gesetze umgesetzt werden müssen.<sup>123</sup>

Zudem finden sich auf der Grundlage der Bestimmungen zur oben bereits genannten Corporate Social Responsibility gerade auch im EU-Recht und im nationalen deutschen Recht verankerte Berichtspflichten für Unternehmen mit mehr als 500 Mitarbeitern, die sich auch auf Korruptionsbekämpfungsmaßnahmen beziehen.<sup>124</sup> Völkerrechtlich relevant, aber nicht unmittelbar rechtsverbindlich, da nur sogenanntes Soft Law, sind hierfür insbesondere der UN Global Compact<sup>125</sup> und die OECD-Leitlinien für multinationale Unternehmen.<sup>126</sup> In den herkömmlichen Investitionsschutzabkommen selbst gibt es in der Regel keine Bestimmungen, die Korruption verbieten oder genauer normieren.<sup>127</sup> Die Frage ist, welche Möglichkeiten für ein völkerrechtsbasiertes Investitionsschiedsgericht bestehen, wenn gegen einen ausländischen Investor der Vorwurf der Korruption erhoben wird.

## II. Unzuständigkeit des Gerichts oder Unzulässigkeit der Klage?

Nur auf den ersten Blick vollkommen nachvollziehbar fällt die Reaktion des Schiedsgerichts aus, wenn es in den Fällen, in denen eine Partei der anderen Korruption vorwirft, nicht über die Begründetheit der

---

121 Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions (im Folgenden: OECD-Antibestechungskonvention) vom 17. Dezember 1997, 2802 UNTS 225, BGBl. II 1998, 2327. *Rose-Ackerman, Susan/Palifka, Bonnie*, Corruption and Government – Causes, Consequences, and Reform, 2. Aufl. 2016, S. 463 f.; dazu auch *Wang, Guiguo*, International Investment Law – A Chinese Perspective, 2016, S. 14.

122 Dazu und zu der Frage, ob Menschenrechtsverträge durch Korruption verletzt werden, *Peters, Anne*, Corruption as a Violation of International Human Rights, *European Journal of International Law* 29:4, November (2018), 1251 (1253 f.); *Rose-Ackerman, Susan/Palifka, Bonnie*, Corruption and Government – Causes, Consequences, and Reform, 2. Aufl. 2016, S. 466 ff. Kritisch jedoch *Dugard, John*, Corruption: Is there a Need for a New Convention?, in: *Rose-Ackerman, Susan/Carrington, Paul* (Hrsg.), Anti-Corruption Policy – Can International Actors Play a Constructive Role?, 2013, S. 159 ff., 168: „(...) there is little to be gained from combating corruption under existing human right conventions (...)”.

123 Vgl. Art. 26 über die Verantwortlichkeit juristischer Personen in der UN-Antikorruptionskonvention.

124 Maßgeblich für europäische Unternehmen ist die CSR-Richtlinie (s. oben Fn. 33), nach der Unternehmen Mindestangaben berichten müssen, zur Achtung der Menschenrechte und zur Bekämpfung von Korruption und Bestechung; sofern relevant und verhältnismäßig, sollen dabei auch Risiken von Subunternehmen einbezogen werden.

125 Vgl. dazu das Prinzip Nr. 10 des UN Global Compact (s. oben Fn. 33): „Businesses should work against corruption in all its forms, including extortion and bribery“. Zum Global Compact auch *Herdegen, Matthias*, Internationales Wirtschaftsrecht, 11. Aufl. 2017, S. 78.

126 OECD-Unternehmensleitlinien (s. oben Fn. 33), S. 48 (Rn. 74 f.): „Bribery and corruption are damaging to democratic institutions and the governance of corporations. They discourage investment and distort international competitive conditions. In particular, the diversion of funds through corrupt practices undermines attempts by citizens to achieve higher levels of economic, social and environmental welfare, and it impedes efforts to reduce poverty. Enterprises have an important role to play in combating these practices“; ebd., S. 47: „Enterprises should not, directly or indirectly, offer, promise, give, or demand a bribe or other undue advantage to obtain or retain business or other improper advantage. Enterprises should also resist the solicitation of bribes and extortion. In particular, enterprises should: (...)“.

127 Anders ist dies jedoch im Fall des EU-Japan-Wirtschaftspartnerschaftsabkommens (s. oben Fn. 21), Art. 33: „The Parties shall enhance cooperation in preventing and combating corruption and transnational organised crime, including trafficking in firearms and economic and financial crime, including through, where appropriate, promoting relevant international agreements“. Zudem ist die Weltbank einer der wichtigen Akteure der Anti-Korruptionspolitik, vgl. dazu *Kunicova, Jana*, The Role for the World Bank in Promoting Good Governance and Anti-Corruption Reforms, in: *Rose-Ackerman, Susan/Carrington, Paul* (Hrsg.), Anti-Corruption Policy – Can International Actors Play a Constructive Role?, 2013, S. 41 ff. Dort zu den verschiedenen Phasen der Governance und Anti-Corruption-Strategie von 2007–2012 (Phase 1) und 2012–2017 (Phase 2) und zur „cancer of corruption“-Rede des damaligen Weltbank Präsidenten James D. Wolfensohn 1996.



Klage entscheidet.<sup>128</sup> Meine zwölfte These ist daher, dass die Entscheidungen von Schiedsgerichten, die ihre Zuständigkeit oder die Zulässigkeit der Investorenklage verneinen, wenn der beklagte Gaststaat Korruption geltend macht, (nur) in eng begrenzten Fallgruppen überzeugend sind.

### 1. Erste Fallgruppe: Keine Durchsetzung eines Korruptionsvertrages

In der Fallgruppe, in der dies überzeugend angenommen werden kann, geht es um die Durchsetzung eines Korruptionsvertrages, also eines Vertrages, der gerade Korruption zum Gegenstand hat. Dies ist die Konstellation, die 1963 in einer Entscheidung der Internationalen Handelskammer, dem ICC Award Case No. 1110,<sup>129</sup> entschieden wurde. Die Besonderheit des Falles war, dass der Kläger der Geschäftsmann war, der die Bestechung vorgenommen hatte und der nun gegen den ausländischen Investor, Unternehmen A, klagte, dies jedoch auf der Grundlage eines Vertrages, der die Bestechung zum Gegenstand hatte und nicht die eigentliche Investition, die eine Elektrizitätsstation betraf. Dies ist eine Fallkonstellation, in der es gut vertretbar erscheint,<sup>130</sup> sogar die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts und nicht nur die Ungültigkeit des Vertrages anzunehmen, da Gegenstand der Klage ein Vertrag ist, der die sitten- und – je nach nationalem Recht auch – gesetzeswidrige Bestechung selbst zum Gegenstand hat und der Kläger, der die Bestechung ausführen soll oder ausgeführt hat, unter keinen Gesichtspunkten schutzwürdig erscheint.

Die Argumente, die auch in späteren Entscheidungen anklingen, waren hier, dass eine gravierende Verletzung der guten Sitten (good morals, boni mores) und der (internationalen) öffentlichen Ordnung (ordre public (international), (international) public policy)<sup>131</sup> gegen die Zuständigkeit des Schiedsgerichts sprächen,<sup>132</sup> zudem das Prinzip, dass niemand die Früchte seines eigenen unehrlichen Verhaltens ernten

128 Zu der schwierig zu ordnenden Rechtsprechung der Schiedsgerichte, vgl. beispielsweise *Rose-Ackerman, Susan/Palilka, Bonnie*, *Corruption and Government – Causes, Consequences, and Reform*, 2. Aufl. 2016, S. 473 f.

129 *Gunnar Lagergren*, Award von 1963, ICC Case No. 1110.

130 Auch diese Entscheidung ist jedoch nicht unumstritten, vgl. *Wetter, J. Gillis*, *Issues of Corruption before International Arbitral Tribunals – The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963 Award in ICC Case No. 1110*, *Arbitration International* 10 (1994), 277: „Few international commercial arbitral awards have been cited with such frequency as the Award rendered by Judge Gunnar Lagergren in 1963 in ICC Case No. 1110. Again, few awards have been subjected to equally uniform criticism; as recently as on 2 September 1993 the Swiss Federal Tribunal dismissed Judge Lagergren's opinion as 'dépassée'." Siehe auch *Alvarez, José*, *The Public International Law Regime Governing International Investment*, 2011, S. 223 f. (insbes. Fn. 454). Dazu auch *Meyer, Olaf*, *The Formation of a Transnational Ordre Public against Corruption – Lessons for and from Arbitral Tribunals*, in: *Rose-Ackerman, Susan/Carrington, Paul* (Hrsg.), *Anti-Corruption Policy – Can International Actors Play a Constructive Role?*, 2013, S. 238.

131 Zu der Schwierigkeit der genauen Bestimmung der verschiedenen Begriffe der öffentlichen Ordnung und des Zusammenhangs dieser Begriffe mit Grundprinzipien des Völkerrechts beziehungsweise der Gerechtigkeit und Moral, vgl. *Gebauer, Martin*, *Ordre Public (Public Policy)*, in: *Wolfrum, Rüdiger* (Hrsg.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Bd. VII, 2012, S. 1008 (Rn. 4 ff., 22); zu verschiedenen Arten der public policy (domestic/international/transnational) insbesondere auch *Chong, Adeline*, *Transnational Public Policy in Civil and Commercial Matters*, *Law Quarterly Review* 128 (2012), 88 ff. Wichtig ist hier, zu verstehen, dass auch die *international* public policy grundsätzlich weiterhin durch nationales Recht bestimmt wird (also domestic public policy ist), aber anwendbar ist „in an international situation regardless of the lex causa“; jedenfalls nach der wohl herrschenden Ansicht bezieht sich daher nur die *transnational* public policy unmittelbar auf die Normen und Prinzipien der Völkerrechtsordnung. So auch u.a. *Chong*, *ibid.* und *Nozari, Niki*, *Applicable Law in International Arbitration – The Experience of ICSID and Iran – United States Claims Tribunal*, 2018, S. 44 ff.

132 *Gunnar Lagergren*, Award von 1963, ICC Case No. 1110 of 1963, Rn. 20: „Whether one is taking the point of view of good government or that of commercial ethics it is impossible to close one's eyes to the probable destination of amounts of this magnitude, and to the destructive effect thereof on the business pattern with consequent impairment of industrial progress. Such corruption is an international evil; it is contrary to good morals and to an international public policy common to the community of nations“.

dürfe, indem er sich selbst auf die Kosten eines anderen bereichert, einschließlich des Prinzips von Treu und Glauben (good faith, bona fide). Schiedsrichter Lagergren argumentierte weiter, dass es ein allgemeines Rechtsprinzip gebe, dass solche (zivilrechtlichen) Verträge ungültig seien<sup>133</sup> oder jedenfalls nicht durchsetzbar,<sup>134</sup> und dass sie daher nicht durch Gerichte oder Schiedsgerichte sanktioniert werden können.<sup>135</sup> Dass Bestechung in Argentinien zu dieser Zeit üblich war, war aus seiner Sicht, auch wegen der Höhe der Zahlung im konkreten Fall, irrelevant.

## 2. Zweite Fallgruppe: Korruption zeitgleich mit einer Investition

In Bezug auf andere Fallgruppen überzeugt die Erklärung der Unzuständigkeit des Gerichts oder der Unzulässigkeit der Klage des Investors jedoch nicht. Meine These 13 lautet daher, dass die Unzuständigkeit des Gerichts oder die Unzulässigkeit der Klage des Investors anzunehmen auch dann nicht als gerechtfertigt erscheint, wenn durch die Korruptionshandlung des Unternehmens die Investition erst ermöglicht wurde: Die entgegengesetzte Argumentation in Investitionsschiedsgerichtsentscheidungen, gestützt unter anderem auf den Wortlaut der BITs (die unter anderem nur Vermögenswerte schützen, „die nach den Gesetzen und sonstigen Vorschriften der Vertragsstaaten zugelassen sind“), die Reichweite der Zustimmung des Gaststaates und bzw. oder einen Verstoß gegen grundlegende allgemeine Prinzipien (wie unter anderem das sogenannte clean hands-Prinzip, die international public policy beziehungsweise transnational public policy oder das Prinzip, dass niemand von eigenem Fehlverhalten profitieren dürfe),<sup>136</sup> überzeugt aus verschiedenen Gründen nicht.

133 Dem ist zuzustimmen: Materiell-rechtlich waren Verträge, die gegen bereits bestehende gesetzliche Bestimmungen verstößen, nach dem nationalen Recht der jeweiligen Staaten in der Regel nichtig. Heute werden auch hier flexiblere Lösungen vertreten, wie das Recht einer Partei zwischen Nichtigkeit und Gültigkeit des Vertrages zu wählen, der teilweisen Unmöglichkeit oder der Anpassung des Vertrages; vgl. dazu *Meier, Sonja*, *Illegality*, in: Jansen, Nils/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), *Commentaries on European Contract Laws*, 2018, S. 1887 (insbes. Rn. 11-15) und die Normen des International Institute for the Unification of Private Law (im Folgenden: UNIDROIT), *Principles of International Commercial Contracts* (im Folgenden: PICC) 3.3.1. *Contracts infringing mandatory rules*, abrufbar unter: <https://www.unidroit.org/unidroit-principles-2016/unidroit-principles-2016-overview/english-black-letter> (zuletzt aufgerufen am 23. September 2019): „(...) the parties have the right to exercise such remedies under the contract as in the circumstances are reasonable. (...)“ Wann etwas in diesem Sinne vernünftig (reasonable) ist, bestimmt sich u. a. nach dem Zweck der Norm, der Kategorie der Personen zu deren Schutz die Norm besteht, der Schwere der Verletzung. Allgemein zur Anlehnung an privatrechtlich geprägte Argumente im völkerrechtlichen Investitionsschutzrecht, *Peters, Anne*, *Beyond Human Rights – The Legal Status of the Individual in International Law*, 2016, S. 284. Zu der These, dass die Schiedsrichter bei der Entscheidung der Investitionsschutzklagen zwischen den Prinzipien des Privatrechts und des Völkerrechts frei wählen konnten, kritisch *Ang-hie, Antony*, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, 2005, S. 237. Zum Investitionsschutzrecht als typisches Beispiel des modernen *transnationalen* Rechts, *Reinisch, August*, *Internationales Investitionsschutzrecht*, in: Tietje, Christian (Hrsg.), *Internationales Wirtschaftsrecht*, 2. Aufl. 2015, S. 400 m. w. N.

134 Für völkerrechtliche Verträge gilt die These von der Ungültigkeit eines Vertrages jedenfalls bei Bestechung nicht: Hier führt die Bestechung eines Staatenvertreters nur dazu, dass der Staat die Ungültigkeit seiner Zustimmung zum Vertrag geltend machen kann, wenn diese (mittelbar oder unmittelbar) durch Bestechung seines Vertreters herbeigeführt wurde; vgl. Art. 50 Wiener Vertragsrechtskonvention (im Folgenden: WVK) vom 23. Mai 1969, 1155 UNTS 331, BGBl. II 1985, 926.

135 Aus der bloßen Ungültigkeit des Vertrages folgt jedoch nicht notwendig auch die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts oder die Unzulässigkeit der Klage; hierfür sind weitere Argumente notwendig.

136 Diese Prinzipien werden auch außerhalb des Investitionsschutzrechts völkerrechtlich erörtert, vgl. dazu nur StIGH, *Case Relating to the Diversion of Water from the Meuse (Netherlands v. Belgium)*, PCIJ Series A/B, No. 70, sowie die abweichende Meinung von Richter Schwebel in IGH, *Case Concerning the Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, ICJ Rep. 1986, 392.

Dies soll im Folgenden näher ausgeführt werden. Zunächst gilt auch für die hier untersuchten, durch das Völkerrecht geprägten Fälle, dass Schiedsgerichte in den Investor-Staat-Streitigkeiten ihre Zuständigkeit oder die Zulässigkeit der Klage verneinen, wenn der beklagte Staat zu seiner Verteidigung Korruption geltend macht.<sup>137</sup> Daran ändert sich nichts, wenn die Investition ansonsten rechtmäßig erfolgte. Die Schiedsgerichte stützen sich dafür auf unterschiedliche Gründe.

### a. Vertragswortlaut

Ein erster Ausgangspunkt ist dabei in der Regel für die Schiedsgerichte der Wortlaut des Investitionsschutzabkommens. BITs, die gegenüber der ICSID-Konvention *leges speciales* sind, enthalten oftmals eine sogenannte Rechtmäßigkeitsklausel (*legality clause*), wonach für die Zwecke des Vertrages der Begriff der Kapitalanlagen Vermögenswerte jeder Art umfasst, „die in Übereinstimmung mit den Gesetzen und sonstigen Vorschriften in einem Vertragsstaat angelegt werden“.<sup>138</sup> Die Zuständigkeit wird von den Schiedsgerichten verneint, wenn eine „faktische“ Investition keine rechtliche im Sinne des BIT ist.<sup>139</sup> Ein zentraler Fall, der nicht Korruptionshandlungen des Investors betrifft, aber wichtig ist, um die Korruptionsfälle zu verstehen, war der Fall *Fraport gegen die Philippinen von 2007*.<sup>140</sup> Hier verneinte das Schiedsgericht seine sachliche Zuständigkeit,<sup>141</sup> da *Fraport* bei der Investition bewusst gegen philippinische Gesetze verstoßen hatte, dies zudem ohne dass der Gaststaat davon Kenntnis hatte.

Überträgt man den *Fraport*-Fall auf Korruptionsfälle, folgt daraus Folgendes: Es entfällt die sachliche Zuständigkeit des Schiedsgerichts, wenn der BIT seine Schutzwirkung auf rechtmäßig getätigte Investitio-

137 Anderes gilt bereits, wenn der Investor Korruption geltend macht. Dies ist eine Frage der Begründetheit; nur ausnahmsweise hilft dies dem Investor jedoch bei seiner Klage, vgl. dazu *Rumeli Telekom A.S. and Telism Mobil Telekomuni-kasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, Award vom 29. Juli 2008, ICSID Case No. ARB/05/16.

138 So beispielsweise Art. 1 Nr. 1 Deutschland-Oman-BIT (s. oben Fn. 7). Vgl. dazu auch *Schreuer, Christoph*, *Jurisdiction and Applicable Law in Investment Treaty Arbitration*, McGill Journal of Dispute Resolution 1 (2014), 4 f. Zu der ähnlichen Formulierung in den Verträgen mit ASEAN Staaten, vgl. *Wang, Guiguo*, *International Investment Law – A Chinese Perspective*, 2016, S. 176. Nur ausnahmsweise schließt der Vertragswortlaut ausdrücklich Investitionen, die auf Korruption beruhen, vom Anwendungsbereich des Vertrages aus; dies betrifft insbesondere Verträge die mit Kanada und Japan geschlossen werden. Vgl. beispielsweise Art. 10.1. lit. k (iv) *Canada-Honduras Free Trade Agreement* vom 1. Oktober 2014: „(...) for greater certainty, the following is not an investment: (...) an investment allowed or made pursuant to fraudulent misrepresentation, bribery, or corruption (...)“. Vgl. dazu auch *Amado, Jose/Kern, Jackson/Rodriguez, Martin*, *Arbitrating the Conduct of International Investors*, 2018, S. 148 ff. m. w. N. Oftmals ist jedoch unklar, ob ein Korruptionsakt beweisbar ist, welche Anforderungen daran zu stellen sind und wer die Beweislast trägt, vgl. *Republic of Croatia v. MOL Hungarian Oil and Gas PLC*, PCA Case No. 2014-15, Award vom 24. Dezember 2016, Rn. 106 ff., Rn. 126 ff. In letzterem Fall konnte Korruption nicht bewiesen werden, vgl. *ibid.*, Rn. 333.

139 *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, Award vom 4. Oktober 2013, ICSID Case No. ARB/10/3, Rn. 372 f.; dazu *Betz, Katharina*, *Proving Bribery, Fraud and Money Laundering in International Arbitration*, 2017, S. 110 ff., S. 112.

140 *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines*, Award vom 16. August 2007, ICSID Case No. ARB/03/25.

141 Vgl. dazu *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines*, Award vom 16. August 2007, ICSID Case No. ARB/03/25, Rn. 305 ff.: „It is further observed that the boundaries of this Tribunal’s jurisdiction are delimited by the arbitration agreement, in the instant case, both the BIT and the Washington Convention“. Der BIT ist nach Ansicht des Schiedsgerichts *lex specialis* zu Art. 25 ICSID-Konvention. Die Jurisdiktion wurde verneint (*ratione materiae*), da der Investor gegen das sogenannte *Anti-Dummy Law* (Commonwealth Act No. 108 as amended by Presidential Decree No. 715) verstoßen hatte. Dieses Gesetz verbot es Ausländern, operative (Leitungs-)Funktionen bei dem Unternehmen zu übernehmen: „(I)nterven(ing) in the management, operation, administration or control thereof, whether as an officer, employee or laborer therein with or without remuneration, except technical personnel whose employment may be specifically authorized by the Secretary of Justice“. Dazu auch *Herdegen, Matthias*, *Internationales Wirtschaftsrecht*, 11. Aufl. 2017, S. 359 f.; *Wang, Guiguo*, *International Investment Law – A Chinese Perspective*, 2016, S. 177 f.

nen beschränkt und Korruption im Zusammenhang mit der Betätigung der Investition vorgefallen ist. Allerdings muss nach der Begründung des Gerichts im Fraport-Fall zudem entscheidend sein, ob der Staat von der Rechtswidrigkeit im Zusammenhang mit der Investitionsinitiierung wusste und diese geduldet hat oder nicht. Insoweit unterscheidet sich der Fraport-Fall jedoch von den Korruptionsfällen. Korruption, die erfolgt, um eine Investition zu tätigen, ist keine einseitige rechtswidrige Handlung des Investors (anders als im Fraport-Fall), sondern geschieht in der Regel gerade im Zusammenwirken mit staatlichen Behörden.

Nach den Artikeln 4 und 7 für die Verantwortlichkeit von Staaten für völkerrechtswidriges Handeln<sup>142</sup> der International Law Commission (ILC-Artikel), die Gewohnheitsrecht widerspiegeln,<sup>143</sup> ist ein Handeln eines staatlichen Organs dem Staat zuzurechnen, dies gerade auch, wenn dieses rechtswidrig handelt und seine Kompetenzen überschreitet. Bedingung ist nur, dass es nicht als nur Privatperson handeln darf, sondern in seiner Eigenschaft als Staatsorgan, es sich also den Anschein der Staatlichkeit zumutze macht.<sup>144</sup> Dies gilt auch für den Fall der Korruption, der von der ILC in der Kommentierung ausdrücklich genannt wird.<sup>145</sup> Auch wenn hierüber in der Literatur Streit besteht – und weitere Differenzierungen eingeführt werden, wie diejenige, ob der Beamte vorgibt, auf die Genehmigung der Investition Einfluss zu haben – wird hier vertreten, die Zurechnung zum Staat prima facie immer dann erfolgen zu lassen, wenn ein Beamter oder sonstiges Staatsorgan an der Korruption beteiligt ist, da ein Staat auch bei einem Exzess des Beamten gerade nicht den Verantwortungszusammenhang beenden kann.

Es handelt sich bei den relevanten Investitionsschutzübereinkommen um zwischenstaatliche völkerrechtliche Verträge, daher können und sollten für die Staaten keine anderen Zurechnungskriterien gelten als im Rahmen der Staatenverantwortlichkeit. Diese Zurechnung führt auch nicht zu einer ungerechtfertigten Benachteiligung des Gaststaates, der die völkerrechtlichen Zurechnungsregeln auch sonst beachten muss. Im Gegenteil ist die Zurechnung der Handlungen eines korrupten Staatsorgans zu dem Staat, dem es dienen soll, in Übereinstimmung mit den Verantwortlichkeiten der Staaten, die auch im Rahmen der UN-Antikorruptionskonvention niedergelegt sind.<sup>146</sup>

Folgt man den Stimmen in der Literatur, die aus den negativen Folgen von Korruption für einen Staat und seine Bevölkerung auch Menschenrechtsverletzungen ableiten, insbesondere Verletzungen des Internationalen Paktes für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte,<sup>147</sup> dann ist diese Zurechnung des Verhaltens eines korrupten Beamten auch in Übereinstimmung mit den menschenrechtsbasierten Pflichten

142 UN General Assembly, Responsibility of States for internationally wrongful acts (12. Dezember 2001), UN Doc No. A/RES/56/83, Annex.

143 *International Law Commission*, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Art. 7 Rn. 8 (Fn. 150), in: United Nations (Hrsg.), Yearbook of the International Law Commission, 2001, Bd. II Teil 2: Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-third session, 2001.

144 Dazu schon Schiedskommission Frankreich/Mexiko, *Estate of Jean-Baptiste Caïre (France) v. United Mexican States*, Entscheidung vom 7. Juni 1929, Reports of International Arbitral Awards V (1929), 516 (531).

145 *International Law Commission*, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Art. 7 Rn. 8 (Fn. 150), in: United Nations (Hrsg.), Yearbook of the International Law Commission, 2001, Bd. II Teil 2: Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-third session, 2001, S. 46: „One form of ultra vires conduct covered by article 7 would be for a State official to accept a bribe to perform some act or conclude some transaction. (...)”.

146 Zum Beispiel Art. 5 UN-Antikorruptionskonvention: Präventive Antikorruptionspolitik und -praktiken.

147 Internationaler Pakt vom 19. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, 993 UNTS 3, BGBl. II 1959, 1570. *Peters, Anne*, Korruption und Menschenrechte, Juristenzeitung 71 (2016), 217; *dies.*, Corruption as a Violation of International Human Rights, European Journal of International Law 29 (2018), 1251; *Träger, Philipp*, Der Schutz von Menschenrechten im internationalen Investitionsrecht unter besonderer Beachtung der Rechte und Pflichten des Exportstaates, 2011, S. 50 f.

der Staaten, Korruption zu verhindern. Es ist daher für die Zurechnung auch nicht entscheidend, ob es eine weitere „Duldung“ der Korruption durch den Staat gibt, indem beispielsweise keine Bestrafung des Beamten erfolgte; es reicht aus, dass ein Staatsbediensteter hieran beteiligt war, als die Investition getätigt wurde.

Daraus folgt aber auch, dass der Gaststaat sich widersprüchlich verhalten und aus dem eigenen rechtswidrigen Tun Vorteile ziehen würde und er damit gegen allgemeine Rechtsgrundsätze nach Art. 38 IGH-Statut,<sup>148</sup> insbesondere gegen das Prinzip von Treu und Glauben (nemo auditur propriam turpitudinem allegans),<sup>149</sup> verstieße, wenn er sich – soweit er an der Korruptionshandlung durch seinen Beamten beteiligt ist – bei seiner Verteidigung darauf beruft, dass die Investition nicht in Übereinstimmung mit den staatlichen Gesetzen erfolgte. Der Einwand der Korruption kann daher jedenfalls nach hier vertretener Ansicht nicht zur Unzuständigkeit oder Unzulässigkeit der Klage führen, wenn nach völkerrechtlichen Kriterien eine Zurechnung zum Gaststaat bejaht werden muss. Diese Argumentation entspricht im Grundsatz dem engeren Estoppel-Prinzip, das ebenfalls als allgemeines Rechtsprinzip im Sinne des Art. 38 IGH-Statut anerkannt ist:<sup>150</sup> Setzt sich eine Prozesspartei zu ihrem bisherigen Verhalten in Widerspruch, ist sie mit diesen Argumenten ausgeschlossen. Dies gilt zu Lasten des Gaststaates, der hier die Korruption nicht als Grund der Unzuständigkeit gegenüber dem Kläger einwenden kann.

Dementsprechend überzeugt auch die Schiedsgerichtsentscheidung im Fall Metal-Tech gegen Usbekistan aus dem Jahr 2013 nicht. Hier verneinte das Gericht seine Zuständigkeit, da die Zustimmung des Gaststaates zum Schiedsgerichtsverfahren nur für rechtlich geschützte Investitionen gelte, eine solche aber nicht vorliege, wenn Korruption die Investition ermöglicht habe.<sup>151</sup> Gegen die Entscheidung spricht, dass hier Regierungsbeamte bestochen wurden, dies aber wieder dem Gaststaat zuzurechnen ist, der sich nicht zu seinem Vorteil darauf berufen kann.

Auch das Vorliegen von Antikorruptionsgesetzen im Gaststaat ändert an diesem Ergebnis nichts. Was bisher zu wenig von den Schiedsgerichten in diesen Fällen geprüft und beachtet wurde, ist, dass es zwischen dem formal gesetzten Recht, als law in books, und der tatsächlichen Rechtspraxis, dem law in action, des Gaststaates Unterschiede geben kann und gibt: Die Antikorruptionsgesetze mögen formal gelten, also law in books sein, allerdings liegen viele Staaten, auch im Jahr 2018, noch auf hinteren Rängen bei Indizes,

148 Statute of the International Court of Justice (im Folgenden: IGH-Statut) vom 26. Juni 1945, BGBl. II 1973, 505.

149 Vgl. dazu *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, Award vom 27. August 2008, ICSID Case No. ARB/03/24, Rn. 141: „(P)inciple of nemo auditur pro priam turpitudinem allegans – that nobody can benefit from his own wrong – understood as the prohibition for an investor to ‘benefit from an investment effectuated by means of one or several illegal acts.’“ Vgl. auch *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, Award vom 2. August 2006, ICSID Case No. ARB/03/26, Rn. 240 ff.

150 *Cottier, Thomas/Müller, Jörg*, Estoppel, in: Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Bd. III, 2012, S. 671 (insbes. Rn. 6 ff.).

151 *Metal-Tech Ltd. v. The Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award vom 4. Oktober 2013, Rn. 389 (vgl. auch Rn. 290, 373). Zusammenfassung abgedruckt in *Bernasconi-Osterwalder, Nathalie/Brauch, Martin Dietrich* (Hrsg.), *International Investment Law and Sustainable Development – Key cases from the 2010s*, 2018, S. 61 ff. Der Investor klagte gegen den Gaststaat, da er Ersatz dafür wollte, dass das Joint Venture, bestehend aus Metal-Tech und einem Staatsunternehmen, liquidiert worden war. Auch hier hatte das Unternehmen Metal-Tech Berater beauftragt, zwei davon Regierungsangestellte, und diesen Millionenhonoreare gezahlt. Da der Investor auf Nachfrage des Schiedsgerichts keinen sinnvollen Grund für die Zahlungen angeben konnte, folgte daraus, dass der Kläger Bestechungsgeld gezahlt hatte, um die Genehmigung der Regierung für die Investition zu erhalten. Zu diesen typischen Fallkonstellationen, der Geldzahlung an (echte oder vermeintliche) Berater, und Korruptionsfragen vgl. *Meyer, Olaf*, *The Formation of a Transnational Ordre Public against Corruption – Lessons for and from Arbitral Tribunals*, in: *Rose-Ackerman, Susan/Carrington, Paul* (Hrsg.), *Anti-Corruption Policy – Can International Actors Play a Constructive Role?*, 2013, S. 234 ff.

die Korruption in einem Staat oder die Wahrnehmung von Korruption in diesem Staat messen.<sup>152</sup> Auch wenn deren empirische Grundlagen weiter kritisch untersucht werden sollten und die Indizes nicht allein ausreichen, um das law in action eines Staates zu bestimmen, ist ein hinterer Rang doch ein Indiz dafür, dass Korruption in einem Staat geduldet wird und damit das law in action dieses Staates gerade keine effektiven Antikorruptionsvorschriften enthält.

### **b. Internationaler und transnationaler ordre public**

Die bisher genannte Argumentation mit dem Wortlaut der Investitionsschutzverträge trägt zudem nicht, wenn eine entsprechende Rechtsmäßigkeitklausel gerade fehlt, wie beispielsweise beim ECT.<sup>153</sup> Hier werden jedoch weitere Argumente von den Schiedsgerichten angeführt, um Investitionen, die im Zusammenhang mit Korruption zustande kommen, von dem Schutz durch die Schiedsgerichte auszunehmen.

Insbesondere wird ein Verstoß gegen den internationalen oder transnationalen ordre public angenommen (international public policy beziehungsweise transnational public policy).<sup>154</sup> Ein wichtiger Fall ist der ICSID-Fall *World Duty Free* gegen Kenia von 2006, bei dem das Schiedsgericht die Unzulässigkeit der Klage annahm.<sup>155</sup> Das Gericht argumentierte, dass, da Bestechung in Kenia, zudem in den Strafgesetzen der meisten Staaten, wenn nicht aller, sanktioniert werde, zudem in den völkerrechtlichen Antikorruptionsverträgen die Verfolgung von Bestechung vorgeschrieben werde, Bestechung dem internationalen beziehungsweise transnationalen ordre public widerspräche.<sup>156</sup> Klagen, die auf Verträgen basieren, die durch Korruption ermöglicht wurden, könnten daher durch ein Schiedsgericht nicht aufrechterhalten werden, da die Verträge rechtswidrig seien und die Investition durch Korruption infiziert sei.<sup>157</sup>

Auch hier überzeugt es meines Erachtens nicht, die Unzulässigkeit anzunehmen: Zwar bestimmt die Völkerrechtsordnung den ordre public-Vorbehalt mit, allerdings ist dessen Inhalt und Reichweite durchaus umstritten. Selbst wenn man mit Rekurs auf die bestehenden internationalen Antikorruptionsverträge das Verbot der Korruption zum transnationalen ordre public<sup>158</sup> oder – wegen der nationalen Gesetze –

152 Vgl. dazu den Corruption Perceptions Index (CPI) 2018 von Transparency International (TI), einer Nichtregierungsorganisation, die 1993 gegründet wurde, abrufbar unter <https://www.transparency.org/cpi2018> (zuletzt aufgerufen am 23. September 2019). Zu diesem und TI vgl. näher *Rose-Ackerman, Susan/Palilka, Bonnie*, *Corruption and Government – Causes, Consequences, and Reform*, 2. Aufl. 2016, 5, dort auch zu Korruptionsindizes von 2013, S. 17 f. und den Datenquellen des CPI, S. 40 f.

153 S. oben Fn. 57.

154 Zu den Begriffen und dieser Unterscheidung bereits die Nachweise oben in Fn. 131; zudem *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, Award vom 27. August 2008, ICSID Case No. ARB/03/24, Rn. 141: „(T)hat recognizing the existence of rights arising from illegal acts would violate the ‘respect for the law’ which is a principle of international public policy” mit Bezugnahme auf *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, Award vom 2. August 2006, ICSID Case No. ARB/03/26, Rn. 249; *EDF (Services) Limited v. Romania*, Award vom 8. Oktober 2009, ICSID Case No. ARB/05/13, Rn. 221.

155 *World Duty Free Company v. Republic of Kenya*, Award vom 4. Oktober 2006, ICSID Case No. ARB/00/7. Dabei ging es um die Zahlung eines weltweit agierenden Duty Free-Einzelhandelsunternehmens in Höhe von mehreren Millionen US-Dollar an den Präsidenten von Kenia zu der Zeit, als auch der Vertrag von dem Investor mit Kenia für die Konstruktion eines Duty Free-Komplexes u. a. in Nairobi geschlossen wurde. Dazu auch *Rose-Ackerman, Susan/Palilka, Bonnie*, *Corruption and Government – Causes, Consequences, and Reform*, 2. Aufl. 2016, S. 474.

156 *World Duty Free Company v. Republic of Kenya*, Award vom 4. Oktober 2006, ICSID Case No. ARB/00/7, Rn. 157.

157 Ibid.

158 Vgl. die Nachweise oben in Fn. 131. Zu diesen Differenzierungen auch *Marcoux, Jean-Michel*, *Transnational Public Policy as an International Practice in Investment Arbitration*, *Journal of International Dispute Settlement*, 10 (2019), 496 (497);

zum sogenannten internationalen ordre public des Gaststaates zählt,<sup>159</sup> führt ein ordre public-Verstoß nach den nationalen Rechtsordnungen nicht per se zur Unzuständigkeit oder Unzulässigkeit einer Klage vor nationalen Gerichten.<sup>160</sup>

Zudem gilt auch hier das bereits genannte Argument, dass ein Staat sich widersprüchlich verhält, wenn er durch seine höchsten Repräsentanten an der Korruption beteiligt ist und diese dennoch als Argument für die Schutzlosigkeit der Investition, die sonst in völliger Übereinstimmung mit den Gesetzen des Gaststaates getätigt wurde, anführt.<sup>161</sup>

### **c. Clean hands-Prinzip**

Zu keinem anderen Ergebnis kommt man, wenn man sich für die Unzulässigkeit der Klage des Investors auf die clean hands rule beruft, nach der ein Kläger nicht mit „beschmutzten Händen“ zum Gericht kommen dürfe, um seine Ansprüche durchzusetzen. Dieses Prinzip ist völkerrechtlich höchst umstritten.<sup>162</sup>

---

*Meyer, Olaf*, The Formation of a Transnational Ordre Public against Corruption – Lessons for and from Arbitral Tribunals, in: Rose-Ackerman, Susan/Carrington, Paul (Hrsg.), *Anti-Corruption Policy – Can International Actors Play a Constructive Role?*, 2013, S. 230 f. („(T)ransnational public policy includes all rules that reflect the fundamental values of the international legal community and are viewed as binding in much of the world.“) und *Gebauer, Martin*, Ordre Public (Public Policy), in: Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Bd. VII, 2012, S. 1008 (Rn. 22). Der ordre public-Vorbehalt, der gerade auch durch die jeweilige nationale Rechtsordnung geprägt sein kann, ist begrifflich zu unterscheiden von der International Public Order; letztere ist „a set of commonly accepted rules belonging to public international law“, *Gebauer, Martin*, *ibid.*, (Rn. 2); zu den unklaren Gehalten dieses Konzepts, auch in Bezug auf die wirtschaftliche Entwicklung, *Kokott, Juliane/Hoffmeister, Frank*, International Public Order, in: Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Bd. VI, 2012, S. 116 f. (Rn. 11 f., 13 ff.).

159 Zu der Frage, ob es einen transnationalen Konsens gibt, dass Korruption rechtswidrig ist und daher gegen den transnationalen ordre public verstößt, vgl. *Meyer, Olaf*, The Formation of a Transnational Ordre Public against Corruption – Lessons for and from Arbitral Tribunals, in: Rose-Ackerman, Susan/Carrington, Paul (Hrsg.), *Anti-Corruption Policy – Can International Actors Play a Constructive Role?*, 2013, S. 229 ff., 232 ff.

160 Vielmehr wird in der Sache entschieden, ob der relevante Vertrag (ganz oder teilweise) ungültig ist oder nicht, vgl. dazu rechtsvergleichend *Meier, Sonja*, Illegality, in: Jansen, Nils/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), *Commentaries on European Contract Laws*, 2018, S. 1887 (insbes. Rn. 11–15). Zur völkerrechtlichen Norm des Art. 50 WVK, vgl. bereits Fn. 134. Auch nach der Trennungsdoktrin (doctrine of severability) soll die mögliche Ungültigkeit des Vertrages (contract) wegen unethischen Verhaltens einer Partei grundsätzlich keine Auswirkung auf die Schiedsklausel des Vertrages haben, vgl. *Meyer, Olaf*, The Formation of a Transnational Ordre Public against Corruption – Lessons for and from Arbitral Tribunals, in: Rose-Ackerman, Susan/Carrington, Paul (Hrsg.), *Anti-Corruption Policy – Can International Actors Play a Constructive Role?*, 2013, S. 232.

161 Dies gilt umso mehr, wenn nach dem law in action eines Staates Korruption nicht in demselben Maße geahndet wird, wie es nach dem law in books erscheint oder erforderlich wäre. Auch hier könnte ein Indiz sein, wenn ein Staat, wie beispielsweise Kenia, im Jahr 2018 im Korruptionsindex von Transparency International als Staat 144 (von 180 aufgeführten Staaten) gelistet wurde, vgl. CPI 2018 (s. oben Fn. 152).

162 Siehe hierzu zum Beispiel *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, Award vom 2. August 2006, ICSID Case No. ARB/03/26, Rn. 230 ff., 248; *Schwebel, Stephen*, Clean Hands, Principle, in: Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Bd. II, 2012, S. 233 (Rn. 3 ff.); *Moloo, Rahim*, A Comment on the Clean Hands Doctrine in International Law, *University of Durham Student Law Journal* (2010), 39 ff.

Der Internationale Gerichtshof hat es bisher nicht als allgemeines Rechtsprinzip oder Gewohnheitsrecht anerkannt.<sup>163</sup> Auch ein Schiedsgericht des Internationalen Seegerichtshofes (ITLOS) hat sich wohl gegen seine Anerkennung als allgemeines Rechtsprinzip ausgesprochen.<sup>164</sup>

Dies wurde in der Schiedsgerichtsentscheidung Yukos gegen Russland bestätigt.<sup>165</sup> Auch bei der zuletzt genannten Entscheidung ging es um den ECT<sup>166</sup>, der das clean hands-Prinzip nicht erwähnt.<sup>167</sup> Es hätte vom Schiedsgericht daher nach Art. 26 Abs. 6 ECT nur beachtet werden müssen, wenn es ein allgemeines Rechtsprinzip im Sinne des Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut wäre.<sup>168</sup> Dies wurde mit guten Gründen verneint.<sup>169</sup> Auch hiernach kann daher keine Unzuständigkeit des Gerichts oder Unzulässigkeit der Klage angenommen werden, auch wenn die Investition auf korrupten Handlungen beruht.

### 3. Dritte Fallgruppe: Korruption nach einer Investition

Eine letzte, dritte Fallgruppe ist wieder unproblematisch: Dass keine Unzuständigkeit des Gerichts und keine Unzulässigkeit der Klage angenommen werden kann, gilt erst recht, das ist meine These 14, – in Übereinstimmung mit neueren Investitionsschiedsgerichtsentscheidungen –, wenn die Korruptionshandlung erst vom ausländischen Investor vorgenommen wurde, nachdem die Investition im Gaststaat bereits initiiert wurde. Das ist in Übereinstimmung mit den Schiedsgerichtsentscheidungen in den Fällen Fraport<sup>170</sup>

163 *Schwebel, Stephen*, Clean Hands, Principle, in: Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Bd. II, 2012, S. 234 (Rn. 12). Dort jedoch auch zu abweichenden Ansichten zu IGH-Entscheidungen, die sich darauf berufen, *Schwebel, ibid.*, S. 233 f., Rn. 7 ff.

164 *Arbitral Tribunal constituted Pursuant to Article 287, and in Accordance with Annex VII, of the United Nations Convention of the Law of the Sea, Guyana v. Suriname*, PCA, Award vom 17. September 2007, S. 135 ff., Rn. 418 ff., 421 (“The Tribunal holds that Guyana’s conduct does not satisfy the requirements for the application of the doctrine of clean hands, to the extent that such a doctrine may exist in international law.”).

165 *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, Final Award vom 18. Juli 2014, UNCITRAL, PCA Case No. AA 227, Rn. 1357 ff.

166 Vgl. Fn. 57.

167 *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, Final Award vom 18. Juli 2014, UNCITRAL, PCA Case No. AA 227, Rn. 1345.

168 Dies entspricht der Schiedsgerichtsentscheidung *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, Award vom 27. August 2008, ICSID Case No. ARB/03/24, Rn. 139: „(S)ubstantive protections of the ECT cannot apply to investments made contrary to law”.

169 *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, Final Award vom 18. Juli 2014, UNCITRAL, PCA Case No. AA 227, Rn. 1363: „The Tribunal therefore concludes that ‘unclean hands’ does not exist as a general principle of international law which would bar a claim by an investor, such as Claimants in this case”. Überzeugend ist dies aus völkerrechtsdogmatischen Gründen, da es keine hinreichenden Nachweise für das Vorliegen eines solchen Rechtsgrundsatzes im Völkerrecht gibt. Aber auch nach der ratio des clean hands-Prinzips ist dies überzeugend, beruht dieses Prinzip doch auf dem Grundsatz “He who comes to equity for relief must come with clean hands”, vgl. *Fitzmaurice, Gerald*, *The General Principles of International Law – Considered from the Standpoint of the Rule of Law*, RdC 92 (2) 1957, S. 1 ff., 119. Damit bezieht es sich jedoch auf den Bereich der Billigkeit der außerhalb des Common Law abzuurteilenden Fälle zum Ausgleich von Härten. Versteht man dagegen die Klagemöglichkeit des Investors im Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit, beruhend auf verbindlichen völkerrechtlichen Verträgen, nicht als Möglichkeit eines Billigkeitsausgleichs, sollten auch die Zulässigkeitschürden nicht entsprechend hoch angesetzt werden.

170 *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Philippines*, Award vom 16. August 2007, ICSID Case No. ARB/03/25, Rn. 345: „(A)llegations by the host state of violations of its law in the course of the investment, as a justification for state action with respect to the investment, might be a defense to claimed substantive violations of the BIT, but could not deprive a tribunal acting under the authority of the BIT of its jurisdiction.” Zitiert auch in *Gustav F W Hamster GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, Award vom 18. Juni 2010, ICSID Case No. ARB/07/24, Rn. 128; zur Bedeutung der *Fraport*-Entscheidung für die Bestimmung des maßgeblichen Zeitpunkts der *Betz, Katharina*, *Proving Bribery, Fraud and Money Laundering in International Arbitration*, 2017, S. 119 ff., S. 137.



und Yukos<sup>171</sup> und Niko gegen Bangladesch,<sup>172</sup> in denen betont wird, dass wenn die Investition zunächst rechtmäßig getätigt wird, die spätere Illegalität des Handelns des Investors eine Frage der Begründetheit sei und Auswirkungen auf die Haftung und die Schadensbemessung durch das Schiedsgericht (auch im Rahmen des Mitverschuldens) haben könne. Geht es also um Rechtswidrigkeiten, die auf Handlungen beruhen, die vorgenommen wurden, nachdem der Kläger seine Investition bereits getätigt hatte, hat dies jedenfalls keine Auswirkung auf den Schutz durch den zugrundeliegenden völkerrechtlichen Vertrag und auch nicht auf die Zuständigkeit des Gerichts oder die Zulässigkeit der Klage.<sup>173</sup>

### III. Ergebnis

Aus der hier vertretenen Ansicht, dass die von den Schiedsgerichten vorgeschlagene Unzuständigkeit oder Unzulässigkeit allein überzeugend ist, wenn es um den seltenen Fall eines Vertrages geht, der die Bestechung selbst zum Gegenstand hat, folgt, dass in allen anderen Fällen Korruption bei der Sachentscheidung in Kohärenz mit den Zielen und Prinzipien der Völkerrechtsordnung heute so berücksichtigt werden sollte, 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 u.a. erreicht werden, wenn die Entschädigungssumme, beispielsweise um ein Vielfaches der Korruptionssumme, gemindert wird. Dies ist meine These 15.

Die bisherige Lösung der Schiedsgerichte hat den Nachteil, dass es sich um eine Alles-oder-Nichts-Lösung handelt,<sup>174</sup> sieht man von der Kostenverteilung ab, da bei einer Unzuständigkeit des Gerichts oder der Unzulässigkeit der Klage der Kläger, der die korrupte Handlung begangen hat, ganz auf den grundsätzlich gewollten Schutz durch internationale Schiedsgerichte verzichten muss. Dieses Ergebnis wird vertreten, obwohl die Investition des Klägers ansonsten rechtskonform ist und damit auch (zum Teil schon viele Jahre) – prima facie – nach den Prämissen des völkerrechtlichen Investitionsschutzes den Wohlstand

171 *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, Final Award vom 18. Juli 2014, UNCITRAL, PCA Case No. AA 227, Rn. 1354: „However, the Tribunal does need to address Respondent’s contention that the right to invoke the ECT must be denied to an investor not only in the case of illegality in the *making* of the investment but also in its *performance*. The Tribunal finds Respondent’s contention unpersuasive.” Und *ibid.*, Rn. 1355: „There is no compelling reason to deny altogether the right to invoke the ECT to any investor who has breached the law of the host State in the course of its investment. If the investor acts illegally, the host state can request it to correct its behavior and impose upon it sanctions available under domestic law, as the Russian Federation indeed purports to have done by reassessing taxes and imposing fines”.

172 *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. People’s Republic of Bangladesh (First Respondent) Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Ltd. (“BAPEX”) (Second Respondent), Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (Third Respondent)*, Decision on Jurisdiction vom 19. August 2013, ICSID Case No. ARB/10/11 und ICSID Case No. ARB/10/18, Rn. 474–485. Dazu auch *Herdegen, Matthias*, Internationales Wirtschaftsrecht, 11. Aufl. 2017, S. 96, 358.

173 Vgl. auch *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, Final Award vom 18. Juli 2014, UNCITRAL, PCA Case No. AA 227, Rn. 1365.

174 Dagegen daher auch *Meyer, Olaf*, The Formation of a Transnational Ordre Public against Corruption – Lessons for and from Arbitral Tribunals, in: Rose-Ackerman, Susan/Carrington, Paul (Hrsg.), Anti-Corruption Policy – Can International Actors Play a Constructive Role?, 2013, S. 233. Dafür jedoch, mit der These, dass es sich „wohl schon um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des Völkerrechts“ handle, dass auf Bestechung beruhende Ansprüche vor internationalen Gerichten grundsätzlich nicht anerkannt werden, *Herdegen, Matthias*, Internationales Wirtschaftsrecht, 11. Aufl. 2017, S. 96; *ders.* jedoch an anderer Stelle betonend, dass zwischen Korruptionsverträgen und solchen, die durch Korruption zustande gekommen seien, von Schiedsgerichten unterschieden werde und die Aufhebung letzterer von der Erklärung der unbeteiligten Partei abhängen, vgl. *Herdegen, ibid.*, S. 358.

des Gaststaates und seiner Bevölkerung mehr oder jedenfalls mehrern kann. Das erscheint als eine unverhältnismäßige Benachteiligung des Investors, da allein die Antikorruptionsziele und -werte der Völkerrechtsordnung zur Geltung gelangen, die dem Unternehmen aufgebürdet werden und dabei die Verantwortung des Gaststaates aus dem Blick gerät, obwohl gerade diese staatliche Verantwortung als völkerrechtlich verbindliches Recht in den UN-Antikorruptionsverträgen verankert ist. Die Antikorruptionswerte der Völkerrechtsordnung sollten jedoch mit dem Ziel und dem Wert des Schutzes von Auslandsinvestitionen, mit Blick auf die sonstigen Gemeinwohlinteressen des Gaststaates, in Ausgleich gebracht werden, gerade wenn das Ziel ist, verantwortliche Investitionen zu fördern und zu schützen.<sup>175</sup>

Als verhältnismäßige Lösung<sup>176</sup> bietet es sich daher an, die Klage auf Entschädigung um die Summe zu kürzen, die im Rahmen der Korruptionshandlung gezahlt wurde, zuzüglich einer darauf beruhenden Gemeinwohlschädigungssumme, die miteingerechnet werden muss, wenn Bestechungsgelder gezahlt werden.<sup>177</sup> In anderen Bereichen des Völkerrechts gibt es bereits Erfahrungen, wie Schädigungen von Gemeingütern beziffert werden können – beispielsweise im Bereich des Umweltvölkerrechts, wenn Umweltschäden beziffert werden. Hier werden zum Teil die konkreten Kosten für die Beseitigung von Umweltschäden angesetzt, die ein Betreiber übernehmen muss.<sup>178</sup> In den vorliegenden Korruptionsfällen könnten Kosten angesetzt werden, die zur Verhinderung von Korruption aufgewendet werden müssen. Diese Lösung würde es erlauben, Anreize für den Investor zu setzen, keine Korruptionshandlungen zu begehen, weil seine Schadensersatzsumme bis auf null gekürzt werden könnte, dies aber ohne, dass er von vorneherein ganz schiedsgerichtlichen Rechtsschutz verliert. Andererseits würde es den Gaststaat dabei unterstützen, Korruption zu bekämpfen beziehungsweise nicht vorzunehmen.

Anreize für den Gaststaat bleiben erhalten oder werden neu gesetzt, weil dieser trotz Korruptionshandlungen nicht auf ausländische Investitionen willkürlich zugreifen kann, sondern weiter Schadensersatzforderungen ausgesetzt sein kann, zudem in einem Schiedsgerichtsverfahren in der Hauptsache die Korruption und die Gemeinwohlfolgen darlegen und beziffern muss und dabei auch darlegen muss, ob und gegebenenfalls wie er seiner Staatenpflicht zur Bekämpfung von Korruption nachgekommen ist.

Nicht die Alles-oder-Nichts-Lösung der Unzuständigkeit oder Unzulässigkeit entspricht daher dem Ziel der internationalen Gemeinschaft, nachhaltige Entwicklung und verantwortliche Investitionen zu fördern und zu schützen, sondern eine differenzierte Entscheidung in der Sache. Daraus folgt meine These 16: Bei der Berücksichtigung der Korruptionshandlungen in der Sachentscheidung sollte das entscheidende

---

175 Für eine Reform der Schiedsgerichtsbarkeit, um die Anti-Korruptionsbemühungen der internationalen Gemeinschaft zu unterstützen, sprechen sich aus *Rose-Ackerman, Susan/Palilka, Bonnie*, *Corruption and Government – Causes, Consequences, and Reform*, 2. Aufl. 2016, S. 474.

176 Investitionsschiedsgerichte stellen zunehmend für die Frage des Vorliegens einer Enteignung auch auf den Gedanken der Verhältnismäßigkeit ab, vgl. dazu ausdrücklich *Reimisch, August*, *Enteignung und Fair and Equitable Treatment*, in: Tietje, Christian (Hrsg.), *International Investment Protection and Arbitration*, 2008, S. 128. Zur Notwendigkeit der Balance der Investoren- und Gaststaatrechte bereits oben Fn. 31, 96.

177 Dies ist der übliche Weg, um ein Fehlverhalten des Investors im Investitionsschutzstreit zu berücksichtigen, vgl. nur *Amado, Jose/Kern, Jackson/Rodriguez, Martin*, *Arbitrating the Conduct of International Investors*, 2018, S. 116.

178 Vgl. dazu beispielsweise den Haftungsannex zum Umweltschutzprotokoll des Antarktisvertrages (BGBl. II 2017, 722); dazu *Vöneky, Silja*, *The Liability Annex to the Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty*, in: König, Doris/Stoll, Peter-Tobias/Röben, Volker/Matz-Lück, Nele (Hrsg.), *International Law Today – New Challenges and the Need for Reform?*, 2008, S. 165–197.

Schiedsgericht daher die Aufteilung von Verantwortungssphären (differenziert nach Investor und Gaststaat), die Verfolgung und Durchsetzung globaler Werte (Schutz vor Korruption, aber auch Schutz verantwortlicher Investitionen) 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.

Eine solche Lösung führt weiter als die Lösung, die die WVK<sup>179</sup> vorgibt, wenn völkerrechtliche Verträge durch Korruption zustande kommen. Diese führt nicht zur automatischen Ungültigkeit des Vertrages, aber doch dazu, dass der Staat, dessen Vertreter bestochen wurde, geltend machen kann, dass seine Zustimmung ungültig sei.<sup>180</sup> Diese Lösung kann jedoch nicht überzeugend auf die Investor-Staat-Beziehung übertragen werden, da damit allein der Staat den Vorteil hätte, die unliebsamen Folgen eines durch Korruption entstandenen Vertrages zu beseitigen und den Investor in der Sache rechtlos zu stellen, selbst wenn die Korruption lange zurückliegt, wenn die Investition sonst rechtskonform getätigt wurde und wenn der Staat selbst seine Pflichten (zurechenbar) verletzt hat, sei es, weil ihm das Handeln seines Staatsorgans zuzurechnen ist, sei es, weil er zurechenbar keine effektiven Antikorruptionsnormen erlassen hat.

#### **D. Schlussbemerkung – Die Stellung von Unternehmen im Völkerrecht**

Abschließend soll der Frage nachgegangen werden, welche Implikationen diese Ergebnisse für die Stellung von Unternehmen im Völkerrecht (insgesamt) haben und wie – gerade auch mit Blick auf die Gleichheit der Verfahrensparteien – Investitionsschiedsgerichte Unternehmensverantwortlichkeit fördern können, um deren Legitimationsbasis zu stärken. Der erste Teil dieser Frage ist dahingehend zu beantworten, so meine These 17, dass die verfahrensrechtliche Gleichstellung von Gaststaaten und ausländischen Unternehmen im Rahmen eines Investitionsschiedsverfahrens keine Ausstrahlungswirkung auf die Stellung von Unternehmen in der Völkerrechtsordnung insgesamt hat; die vertretenen Thesen von der vollen oder partiellen Völkerrechtssubjektivität von Unternehmen überhöhen normativ die – de lege lata – eng begrenzte Gleichstellung. Die Gleichstellung ist eng begrenzt, weil sie sich auf die Klage vor den Investitionsschiedsgerichten beschränkt und weil sie sich nur auf Unternehmen bezieht, die als Parteien in diesen Verfahren mit Staaten gleichgestellt sind, darüber hinaus gerade aber nicht besteht. Auch wenn Völkerrechtssubjektivität verstanden wird als die Möglichkeit, Träger völkerrechtlicher Rechte und Pflichten zu sein,<sup>181</sup> kann vorliegend argumentiert werden, dass das individuelle Klagerecht des Investors nur dazu dient, substantielle Rechte des Heimatstaates durchzusetzen, da die Rechte ausländischen Investoren vorbehal-

179 S. oben Fn. 134, hier insbes. Art. 50 WVK.

180 So auch *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. People's Republic of Bangladesh (First Respondent) Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Ltd. ("BAPEX") (Second Respondent), Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (Third Respondent)*, Decision on Jurisdiction vom 19. August 2013, ICSID Case No. ARB/10/11 und ICSID Case No. ARB/10/18, Rn. 439 f., 447.

181 Dazu und zur Schwierigkeit der Definition von internationaler Rechtspersönlichkeit beziehungsweise Völkerrechtssubjektivität und zur Rechtspersönlichkeit natürlicher Personen *Peters, Anne*, Beyond Human Rights – The Legal Status of the Individual in International Law, 2016, S. 35 ff., 58. Nach anderer Ansicht sollte weniger von Völkerrechtssubjektivität gesprochen werden, als vielmehr von international law relationship, vgl. *Walter, Christian*, Subjects of International Law, in: Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Bd. IX, 2012, S. 634 (Rn. 30 f.).

ten sind, die fremdenrechtliche Grundlage daher nicht verlassen wurde und ein prozeduraler und materieller Gleichlauf der Rechte daher nicht gegeben ist.<sup>182</sup> Zwar werden in der Literatur dazu differenzierte Ansichten vertreten,<sup>183</sup> da der Investor bei der Klagemöglichkeit gerade nicht mehr mediatisiert wird und nicht mehr auf seinen Heimatstaat angewiesen ist, wie im klassischen Fremdenrecht und im Rahmen des diplomatischen Schutzes.<sup>184</sup> Wichtiger als diese dogmatischen Feinheiten ist jedoch meines Erachtens etwas Anderes: Staatlichkeit und die durch Staaten zentral begründete und normierte Völkerrechtsordnung sollen im Kern, nach ihrer normativen Ausrichtung, natürlichen Personen, also uns Menschen, dienen. Auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur wurde überzeugend dargelegt, welche Folgen es haben kann, wenn wir – beispielsweise mit dem Argument, dass auch hinter einem Unternehmen Menschen stehen – Unternehmen mit Menschen gleichsetzen.<sup>185</sup>

Wir sollten diese fundamentalen qualitativen Unterschiede nicht überdecken. In der Völkerrechtsordnung geht es nicht um „We the Corporations“,<sup>186</sup> sondern um „We the Peoples of the United Nations“, wie die Präambel der Satzung der Vereinten Nationen beginnt. An Staaten wie den USA kann man sehen, was es für eine Rechtsordnung bedeutet und zu welcher Unwucht es führt, wenn wirtschaftlich so mächtigen Entitäten, wie Unternehmen, Rechte wie natürlichen Menschen zugesprochen werden. Es geht bei der Völkerrechtssubjektivität also nicht nur um die Frage, wie Völkerrechtssubjektivität definiert wird, sondern auch darum, welche Rolle wir Unternehmen in der Völkerrechtsordnung zusprechen wollen, auch in Bezug auf die Mitwirkung bei der Entstehung von Völkerrecht.<sup>187</sup>

---

182 Vgl. ausführlich zur Diskussion (unmittelbares Recht oder abgeleitetes?) *McLachlan, Campbell/Shore, Laurence/Weiniger, Matthew*, International Investment Arbitration – Substantive Principles, 2. Aufl. 2017, S. 75 ff. (Rn. 3.114 ff.); *Tietje, Christian*, The Law Governing the Settlement of International Investment Disputes, in: ders. (Hrsg.), International Investment Protection and Arbitration, 2008, S. 32 f. m. w. N. Nach anderer Ansicht ist die Möglichkeit des Investors, ein Schiedsverfahren gegen den Gaststaat anzustrengen, ein autonomes prozedurales und ein substantielles Recht des Investors „under international law“, so *Peters, Anne*, Beyond Human Rights – The Legal Status of the Individual in International Law, 2016, S. 285, 288, 292; vgl. auch *Parlett, Kate*, The Individual in the International Legal System, 2011, S. 106. Dies wird zum Teil auch nur für bestimmte Verträge, wie den ECT (s. oben Fn. 57) angenommen, vgl. *Tietje, Christian*, The Law Governing the Settlement of International Investment Disputes, in: ders. (Hrsg.), International Investment Protection and Arbitration, 2008, S. 33. Andererseits wird zugegeben, dass der Gaststaat sein Angebot an den oder die Investoren hinsichtlich des schiedsgerichtlichen Schutzes zurücknehmen kann, solange der Investor dieses nicht angenommen hat, *Peters, ibid.*, S. 288.

183 Vgl. die vorhergehende Fn. und *Braun, Tillmann*, Der Investor als partielles Subjekt im Völkerrecht – Zum Verhältnis des Internationalen Investitionsrechts zum Recht der Staatenverantwortlichkeit, in: Nikol, Ralph/Bernhard, Thomas/Schniederjahn, Nina (Hrsg.), Transnationale Unternehmen und Nichtregierungsorganisationen im Völkerrecht, 2013, S. 117 ff., insbes. S. 134 ff. m. w. N.; *Krajewski, Markus*, Wirtschaftsvölkerrecht, 4. Aufl. 2017, S. 18 f.

184 Vgl. auch IDI-Report (s. oben Fn. 20), S. 452 („(...) direct right of action on the part of investors (...)“). Ausführlich *Peters, Anne*, Beyond Human Rights – The Legal Status of the Individual in International Law, 2016, S. 308 ff. Zu den Fragen diplomatischen Schutzes und des Investitionsschutzrechts, vgl. auch IDI-Report (s. oben Fn. 20), S. 438 f.; *Amado, Jose/Kern, Jackson /Rodriguez, Martin*, Arbitrating the Conduct of International Investors, 2018, S. 77 ff.; *Krajewski, Markus*, Wirtschaftsvölkerrecht, 4. Aufl. 2017, S. 28.

185 Vgl. dazu *Winkler, Adam*, We the Corporations – How American Businesses Won Their Civil Rights, 2018, insbes. S. 231 ff., 324 ff., der beschreibt, wie US-Unternehmen in den USA Grundrechte erkämpft haben und welche Auswirkungen dies auf die Verfasstheit der USA hat.

186 *Winkler, ibid.*

187 Damit soll nicht behauptet werden, dass Völkerrechtssubjektivität immer und notwendig mit Normsetzungsbefugnis einhergeht; vgl. dazu auch in Bezug auf natürliche Personen *Peters, Anne*, Beyond Human Rights – The Legal Status of the Individual in International Law, 2016, S. 50 ff.

So sprechen gegen die Thesen von der vollen oder partiellen Völkerrechtssubjektivität von Unternehmen 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. Dies ist meine These 18. Damit ist gemeint, dass es eine überschießende Normativität geben kann, bei der aus der Völkerrechtssubjektivität der Unternehmen, sei es eine volle oder auch nur partielle, abgeleitet wird, dass diese auch zu Recht als Akteure der Völkerrechtsordnung zu begreifen sind, sie beispielsweise an der Entstehung von Gewohnheitsrecht teilhaben dürfen und sollen. Dies ist jedoch gerade nicht legitimiert durch die Gleichstellung im Rahmen des völkerrechtlichen Investitionsschutzrechts, das nur dem Zweck dient, die Risiken von Auslandsinvestitionen abzumildern, für die Heimatstaaten und deren Unternehmen.

Gerade wenn und weil profitorientierte, nicht demokratisch organisierte Unternehmen mehr Geld und Macht haben können als manche Staaten, gibt es keinen Grund, auch noch normativ zu rechtfertigen, dass sie die Normen (mit)setzen können, an die sich dann die originären Völkerrechtssubjekte halten sollen, die wenigstens zum Teil zudem demokratisch legitimiert sind und die jedenfalls - ob demokratisch oder undemokratisch verfasst - auch dadurch legitimiert sind, dass sie auch die Gemeinwohlinteressen der Bevölkerung verfolgen.

Zudem gibt es auch keine anderen Gründe, Unternehmen zu (partiellen oder vollen) Völkerrechtssubjekten aufzuwerten. So können, das ist meine These 19, Unternehmen auch ohne Völkerrechtssubjektivität an völkerrechtliche Normen (Völkerrecht im engen Sinne und sogenanntes soft law) gebunden sein. Besondere Relevanz haben unter anderem die oben genannten UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte.

Es ist vor allem eine politische Entscheidung, ob und wie Staaten ausländische Direktinvestitionen fördern. Hier müssen Staaten die Chancen gegen die Risiken abwägen. Das Völkerrecht kann hierzu die Mittel und Werkzeuge liefern, um die politischen Entscheidungen umzusetzen, ihnen also Rechtswirklichkeit zu geben. Wir sind auch im Rahmen des internationalen Investitionsschutzes und der Investitionsschiedsgerichte an einem Wendepunkt angelangt, weil der völkerrechtliche Schutz von Auslandsinvestitionen und deren Schutz durch Schiedsgerichte gerade nicht mehr Garant dafür ist, dass der Wohlstand der Bevölkerung auch im Sinne nachhaltiger Entwicklung zunimmt. Werden aber - mit guten Gründen - ausländische Direktinvestitionen durch Unternehmen 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). Mit dieser These möchte ich schließen.

## Annex: Vergleich der Entwurfs-<sup>188</sup> mit der Endfassung<sup>189</sup> der IDI-Resolution „Equality of Parties before International Investment Tribunals“

	Entwurfssfassung Dezember 2018	Endfassung August 2019
Art. 1	Abs. 1 S. 1: The ability of the national of one State (‘the investor’) to bring a claim against another State (‘the State’) in respect of an investment results from the latter’s consent to submit to the jurisdiction of an international investment tribunal (‘the tribunal’) for the resolution of disputes concerning that investment.	Abs. 1 S. 1: The extent to which a dispute between the national of one State (‘the investor’) and another State (‘the State’) in respect of an investment may be submitted to the jurisdiction of an international investment tribunal (‘the tribunal’) results from the scope of the parties’ consent.
Art. 2	Abs. 1: Both the State and the investor are equally entitled to submit a claim in relation to an investment to a tribunal, subject to the terms of the instrument of consent.	Abs. 1: Both the State and the investor are equally entitled to submit a claim in relation to an investment to a tribunal, subject to the terms of the instrument of consent, <b>interpreted in accordance with the principle of the equality of the parties.</b>
Art. 4	<p>Abs. 2 lit. b: In the case of a permanent tribunal, the principle of the equality of the parties does not require that each party retain the ability to appoint a judge. The overriding consideration is the independence and impartiality <b>of the tribunal as a whole.</b></p> <p>Abs. 3: A permanent tribunal should comprise a body of independent judges of recognized competence in international law that, <b>as a whole</b>, equitably represents the principal legal systems of</p>	<p>Abs. 2 lit. b: In the case of a permanent tribunal, the principle of the equality of the parties does not require that each party retain the ability to appoint a judge. The overriding consideration is the independence and impartiality <b>of the members of the tribunal.</b></p> <p>Abs. 3: A permanent tribunal <b>of universal</b> scope should comprise a body of independent judges of recognized competence in international law that equitably represents the principal legal systems of the</p>

188 *Institut de Droit International, Eighteenth Commission, Equality of Parties before International Investment Tribunals*, Rapporteur: Campbell McLachlan, Commission Consensus Draft Resolution, 9. Dezember 2018.

189 *Institut de Droit International, Eighteenth Commission, Equality of Parties before International Investment Tribunals*, Rapporteur: Campbell McLachlan, Session of the Hague, 2019, Resolution, 31. August 2019, abrufbar unter <http://www.idi-iil.org/app/uploads/2019/09/18-RES-EN.pdf> (zuletzt aufgerufen am 23. September 2019). Vergleich der englischen Fassungen der Resolutionen, Präambeländerungen wurden nicht berücksichtigt; Hervorhebungen hinzugefügt d. Verf.

	<p>the world, elected through a transparent process.</p> <p>Abs. 4: In the resolution of a specific dispute within the framework of a permanent tribunal, in order to respect the equality principle the composition of the <b>particular</b> Bench or Chamber should either:</p> <p>lit. b: Ensure <b>that judges from both such States are appointed</b>, if necessary by making provision for the appointment of a judge ad hoc.</p>	<p>world, elected through a transparent process.</p> <p>Abs. 4: In the resolution of a specific dispute within the framework of a permanent tribunal, in order to respect the equality principle <b>the rules governing</b> the composition of a Bench or Chamber should either:</p> <p>lit. b: Ensure <b>that both such States have an equal opportunity to appoint a judge</b>, if necessary by making provision for the appointment of a judge ad hoc.</p>
Art.5	<p>Abs. 2: <b>In the establishment of its jurisdiction</b>, the tribunal must be satisfied that:</p>	<p>Abs. 2: <b>When determining its jurisdiction</b>, the tribunal must be satisfied that:</p>
Art. 6	<p>Abs. 1: The ability of a respondent to assert a counterclaim that is admissible before a tribunal <b>is an important assurance of the procedural equality of the parties.</b></p>	<p>Abs. 1: The ability of a respondent to assert a counterclaim that is admissible before a tribunal <b>ensures the procedural equality of the parties.</b></p>
Art. 7	<p>Abs. 2 lit. c: The tribunal shall <b>otherwise</b> ensure that any such submission does not unfairly prejudice either disputing party.</p>	<p>Abs. 2 lit. c: The tribunal shall ensure that any such submission does not unfairly prejudice either disputing party.</p>
Art. 8	<p>Abs. 1 lit. b: Each party shall enjoy reciprocal treatment in the procedural timetable and in matters of pleading and evidence.</p>	<p>Abs. 1 lit. b: Each party shall enjoy reciprocal treatment in the procedural timetable and in matters of pleading, <b>production of documents</b> and evidence.</p>

<p>Art. 9</p>	<p><b>Evidence</b></p> <p>Abs. 4: Where the investor is part of a group of companies, the principles of equality and good faith require that it should <b>make reasonable efforts to obtain</b> relevant documents that are held by its parent or affiliated companies or shareholders, when the respondent State so requests and the tribunal so directs.</p>	<p><b>Production of Documents and Evidence</b></p> <p>Abs. 4: Where the investor is part of a group of companies, the principles of equality and good faith require that it should <b>use best efforts to produce</b> relevant documents that are held by its parent or affiliated companies or shareholders, when the respondent State so requests and the tribunal so directs.</p>
<p>Art. 11</p>	<p>Abs. 3: Exceptionally, in order to protect the fairness of its own procedure and the equality of the parties, the tribunal may recommend measures concerning the effect of the exercise of <b>the State's</b> powers of criminal investigation and prosecution upon the tribunal's own process.</p>	<p>Abs. 3: Exceptionally, in order to protect the fairness of its own procedure and the equality of the parties, the tribunal may recommend <b>to the State</b> measures concerning the effect of the exercise of its powers of criminal investigation and prosecution upon the tribunal's own process.</p>
<p>Art. 12</p>	<p>Abs. 2: Where a party's pursuit of its claim or defence is supported by third party funding, that party shall disclose the identity of the third party funder, so <b>that inter alia</b> the tribunal may consider any possible implications for the maintenance of the impartiality of the tribunal.</p>	<p>Abs. 2: Where a party's pursuit of its claim or defence is supported by third party funding, that party shall disclose the identity of the third party funder, so that the tribunal may consider, <b>inter alia</b>, any possible implications for the maintenance of the impartiality of the tribunal.</p>











**UNI  
FREIBURG**