

Der vorliegende Beitrag wurde beim Deutschen Studienpreis 2022 mit dem 2. Preis in der Sektion Geistes- und Kulturwissenschaften ausgezeichnet. Er beruht auf der 2021 an der Georg-August-Universität Göttingen eingereichten Dissertation „Towards Individual International Responsibility for the Public Investment Law“ von Dr. Patrick Abel.

Internationale Investorenpflichten Die Evolution einer internationalen Investoren- verantwortlichkeit für gemeinschädliches Verhalten im Völkerrecht

1. Problemstellung

Our aim over the next 10 years is to bring responsible investors together to work towards sustainable markets that contribute to a more prosperous world for all.

Unterstützt von den Vereinten Nationen, unterzeichneten im Jahr 2017 weltweit mehrere Tausend Unternehmen diese Erklärung als Teil einer rechtlich unverbindlichen „Blaupause für verantwortliche Investitionen“. Ob derartige freiwillige Initiativen hierfür ausreichen, begegnet jedoch Zweifeln – insbesondere bei grenzüberschreitender Wirtschaftstätigkeit, die nationalen Gesetzen zum Teil entgehen kann. Wie lässt sich global ein verantwortliches Handeln von ausländischen Investorinnen und Investoren sicherstellen?

Die erhebliche wirtschaftliche und politische Rolle von Auslandsinvestitionen lässt sich in der heutigen globalisierten Wirtschaftswelt nicht überbewerten. Viele Unternehmen sind grenzüberschreitend wertschöpfend tätig. Sie bauen zum Beispiel im Ausland Fabriken oder erwerben dort Geschäftsanteile von Unternehmen. Selbst inmitten der COVID-19-Pandemie betrug das globale Volumen von Auslandsinvestitionen im Jahr 2020 knapp 1 Billion US-Dollar, in Vor-Pandemie-Zeiten sogar 1,5 Billionen US-Dollar pro Jahr.

Die Agenda 2030 der Vereinten Nationen versteht solche ausländischen Investitionen als entscheidend, um weltweit eine nachhaltige Entwicklung zu verwirklichen. Denn sie schaffen im Gaststaat zum Beispiel neue Arbeitsplätze oder verbessern die Infrastruktur. Schwächer entwickelte Staaten sind mitunter auf diese ausländischen Beiträge angewiesen, um eine hinreichende Daseinsvorsorge anbieten zu können. Allerdings können Investitionen dort auch Individual- und Gemeingüter schädigen, etwa Menschenrechte verletzen oder die Umwelt verschmutzen. Ein anschauliches Beispiel bildet der Bau des im Jahr 2008 in der Volksrepublik China fertiggestellten

Drei-Schluchten-Staudamms. Ausländische private und staatliche Investorinnen und Investoren finanzierten dieses Projekt mit und trugen damit zur nachhaltigen Energieproduktion im weltweit größten Wasserkraftwerk bei. Allerdings erforderte der Bau nicht nur eine menschenrechtlich problematische Umsiedlung der lokalen Bevölkerung. Ebenfalls beschädigte er das Ökosystem des Flusses Jangtsekiang erheblich.

Es gehört zu den Aufgaben des Rechts, die Gemeinwohlverträglichkeit transnationaler Wirtschaftstätigkeit zu gewährleisten. Hierfür scheint das internationale Recht indes nicht hinreichend ausgelegt zu sein. Zwar kennt das Völkerrecht ein eigenes Regelungssystem für ausländische Investitionen: das Investitionsschutzrecht. Seinem Namen entsprechend konzipierten die Staaten dieses Rechtsgebiet ursprünglich allerdings nicht dafür, gesellschaftlich verantwortliches unternehmerisches Verhalten zu erreichen. Vielmehr dienen über 3000 völkerrechtliche Verträge dazu, ausländischen Investorinnen und Investoren besondere Schutzrechte zuzusprechen. Enteignet der Gaststaat beispielsweise eine ausländische Investorin, kann sie hiergegen vor internationalen privaten Schiedsgerichten klagen. Auf diesem Weg kann sie eine Entschädigung erhalten, ohne sich an die nationalen Gerichte des Gaststaats wenden zu müssen. Dies soll einen Anreiz für ausländische Investorinnen und Investoren bieten, in Rechtsordnungen zu investieren, die für sie fremd und deshalb riskant sind – und so die Wirtschaft des Gaststaats stärken.

Solche Investitionsschutzverträge haben in den vergangenen Jahren besondere Aufmerksamkeit in der Öffentlichkeit erfahren. Zum Beispiel mobilisierte das viel diskutierte europäisch-kanadische CETA-Abkommen im Jahr 2016 zu Großdemonstrationen. Aber auch Forschende kritisierten, dass solche Verträge die unternehmerischen Freiheiten oft zu weitreichend schützten. Sie beschnitten Staaten zu weitgehend in ihrem Handlungsspielraum, unternehmerisches Verhalten zu regulieren. Besonderes Aufsehen erfuhr etwa die Klage eines schwedischen Energieunternehmens gegen die Bundesrepublik Deutschland vor einem privaten Schiedsgericht in Washington wegen des Atomausstiegs – mit Entschädigungsforderungen in Milliardenhöhe.

Damit scheint das internationale Investitionsschutzrecht das Problem, eine hinreichende *Corporate Social Responsibility* herzustellen, zu verschärfen. Seit Längerem besteht die Kritik, dass sich vor allem größere multinationale Unternehmen mit ihrer Marktmacht und ihrer grenzüberschreitenden Flexibilität staatlichen Gesetzen teilweise zu entziehen vermögen. Neben vielfältigen freiwilligen Initiativen diskutieren Staaten deshalb zunehmend, verbindliche internationale Pflichten für Unternehmen einzuführen. Einige Staaten verwirklichten diese Idee in den letzten

Jahren. So führten zum Beispiel Deutschland und Frankreich nationale Lieferkettengesetze für den Menschenrechtsschutz ein; auch die EU diskutiert seit Kurzem ein vergleichbares Gesetz. Allerdings sind diese Bestimmungen nicht auf andere Problemlagen, wie etwa den Umwelt- und Klimaschutz, zugeschnitten.

Auf internationaler Ebene fehlt es zudem bisher gänzlich an vergleichbaren unternehmerischen Pflichten. Als wäre dies nicht genug, scheint das internationale Investitionsschutzrecht Unternehmen noch zusätzlich gegen staatliche Eingriffe abzusichern.

Meine Arbeit fragt deshalb: Genießen grenzüberschreitend tätige Investorinnen und Investoren internationale Investitionsschutzrechte ohne korrespondierende internationale Verantwortung?

2. Gesamtergebnis: Investitionsschutzrecht als globaler Baustein für verantwortliches Investorenhandeln

Ich zeichne in meiner Doktorarbeit ein differenzierteres Bild des internationalen Investitionsschutzrechts: Das Rechtsgebiet befindet sich bereits in einem dynamischen, bisher wenig beachteten Prozess, internationale Investorenpflichten herauszubilden. Zunehmend gehen also Investoren*rechte* mit Investoren*pflichten* einher, etwa zum Schutz von Menschenrechten, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und der Umwelt. Damit hat ausgerechnet das viel kritisierte Investitionsschutzrecht das Potenzial, innovativ und konstruktiv Antworten auf Verantwortungslücken zu bieten, die durch globalisierte Wirtschaftstätigkeit entstehen können.

3. Neue Konzepte von Investorenpflichten für eine neue Praxis

Das Investitionsschutzrecht entwickelt seit etwa zwanzig Jahren eine neue Praxis, die Investorenpflichten als Kehrseite von Investorenrechten etabliert. Dies bricht mit dem überkommenen Verständnis des Rechtsgebiets, das seit jeher als „asymmetrisch“ gilt, weil es nur die Staaten verpflichtete, nicht aber die Investorinnen und Investoren.

Meine Dissertation erarbeitet zunächst den Befund einer neuen „Symmetrie“ des Investitionsschutzrechts. Um diese zu erfassen, schlage ich zwei Kategorien von Investorenpflichten vor: direkte und indirekte Investorenpflichten. Diese Begriffe dienen dazu, ein neues Muster in den Investitionsschutzverträgen und den Schiedsgerichtsentscheidungen explizit zu machen, dass Praxis und Wissenschaft bisher kaum systematisch erschlossen haben.

a) Direkte Pflichten

„Direkte Investorenpflichten“ sind internationale Gebote und Verbote, die sich unmittelbar an Investorinnen und Investoren richten. Sie sind in ihrer Struktur mit nationalen Gesetzen vergleichbar, zum Beispiel in Form einer Pflicht, die Umwelt im Rahmen eines Ölförderungsprojekts nicht zu verschmutzen.

Solche Individualpflichten sind im Völkerrecht eigentlich die Ausnahme, weil sich das Völkerrecht grundsätzlich an die Staaten, hingegen nicht an Einzelpersonen oder Unternehmen richtet. Gerade vor diesem Hintergrund fordern viele Stimmen, wie eingangs beschrieben, internationale Individualpflichten für Unternehmen zu schaffen.

Meine Arbeit zeigt, dass sich überraschenderweise solche direkten Pflichten im Investitionsschutzrecht bereits in ersten Ansätzen finden. Diese Pflichten können Staaten sogar gegen Investoren grenzüberschreitend durchsetzen. Hierfür dienen Widerklagen, die Staaten in einem laufenden Prozess erheben können, nachdem Unternehmen sie vor einem Schiedsgericht verklagen. Das Rechtsgebiet wirkt dann genau umgekehrt, als man es bisher wahrnimmt: Die Staaten gehen in die juristische Gegenoffensive. Um die Auszahlung dieses Schadensersatzes zu erreichen, kann der Staat mittels des Investitionsschutzrechts jenseits seiner Grenzen auf das Vermögen der Investorinnen und Investoren zugreifen. Dies erweitert staatliche Optionen gegenüber der Durchsetzung nationaler Gesetze, die in der Regel an den Staatsgrenzen haltmacht.

Direkte Pflichten folgen zum einen aus fünf wichtigen Leitentscheidungen internationaler Schiedsgerichte in den vergangenen Jahren. Diese Urteile beziehen sich auf existierende Investitionsschutzverträge, welche die Schiedsgerichte in einem neuen Licht interpretiert haben – beeinflusst von den allgemeinen Diskussionen in Öffentlichkeit und Wissenschaft um die internationale Verantwortung von Unternehmen. Zum anderen finden sich Investorenpflichten auch in neuen Investitionsschutzverträgen von Entwicklungsländern, insbesondere von Indien, Brasilien und zahlreichen afrikanischen Staaten.

b) Indirekte Pflichten

„Indirekte Investorenpflichten“ sind internationale Verhaltensstandards für Investorinnen und Investoren, welche die Staaten jedoch *nicht* einklagen können. Stattdessen führt ein Pflichtverstoß dazu, dass Investorinnen und Investoren die ihnen eigentlich eingeräumten, internationalen Investorenrechte einbüßen. Verletzen sie zum Beispiel eine indirekte Umweltpflicht, indem sie Böden verschmutzen,

verlieren sie automatisch ihren Schutz vor staatlichen Enteignungen, der ihnen sonst nach internationalem Recht zustünde. Dieser Mechanismus ähnelt Versicherungsbedingungen, die vielen aus dem Alltag bekannt sein dürften: Zum Beispiel „verpflichten“ Fahrraddiebstahlversicherungen dazu, das versicherte Fahrrad in der Öffentlichkeit mit einem Schloss zu verschließen. Die Versicherung kann dieses Verhalten aber nicht einklagen. Vielmehr erlischt der Versicherungsschutz automatisch, wenn das Fahrrad unabgeschlossen gestohlen wird.

Viele Versicherte schließen deshalb vorbeugend ihr Fahrrad ab, sodass die Lenkungswirkung der Versicherungsbedingung einer „direkten“, einklagbaren Pflicht nahe kommt (oder diese sogar übersteigt).

Solche indirekten Pflichten zugunsten des öffentlichen Interesses sind in der Schiedsrechtsprechung implizit bereits in weitem Umfang etabliert. Sie lassen sich in über fünfzig Entscheidungen in unterschiedlichem Deutlichkeits- und Detailgrad nachweisen. Beispielsweise haben Schiedsgerichte eine Klagemöglichkeit davon abhängig gemacht, dass Investorinnen und Investoren nachweisbar einen Beitrag zur (auch kulturell und sozial verstandenen) Entwicklung des Gaststaates geleistet haben – anderenfalls können sie die Klage für unzulässig erklären. Weiterhin lesen Schiedsgerichte zunehmend bestimmte Verhaltenserwartungen in Investoren*rechte* hinein. Ob Investorinnen und Investoren internationalen Schutz gegen Enteignungen bekommen, hängt dann etwa davon ab, ob sie wegen ihres gemeinschädlichen Verhaltens mit staatlichen Eingriffen rechnen mussten. Andere Schiedsgerichte haben bei – eigentlich berechtigten – Klagen die zugesprochene Entschädigung gekürzt, weil sich Investorinnen und Investoren gemeinschädlich verhalten haben.

Diese Fälle behandeln Gerichte und Forschende als Teilfragen von Investorenrechten, ohne zu erkennen, dass sie in der Zusammenschau Verhaltensstandards für Investorinnen und Investoren aufwerfen. Meine Arbeit führt diese Rechtsprechung zusammen und systematisiert sie. So zeigt sich beispielsweise, dass indirekte Pflichten thematisch äußerst breit angelegt sind. Sie erfassen etwa den Schutz von Menschenrechten, Arbeitsstandards, der Umwelt, der Rechte indigener Völker und des Rechtsstaats im Gaststaat. Oftmals nehmen sie hierfür Bezug auf internationale Normen oder internationalisieren nationale Gesetze. Hierin ähneln sie den direkten Pflichten. Kritisch zu sehen ist allerdings, dass indirekte Pflichten oftmals eher wenig konturiert bleiben. Sie bieten dann Unternehmen keine hinreichende Orientierung, was von ihnen erwartet wird. Geschuldet ist dies der dezentralen und eher chaotischen Entwicklung von Investorenpflichten. Denn die Vielzahl völkerrechtlicher Verträge und Gerichtsentscheidungen ist nicht aufeinander abgestimmt.

4. Internationale Steuerung und Verantwortlichkeit global agierender Unternehmen

a) Auf dem Weg zu einem nachhaltigen Investitionsregulierungsrecht

Diese neuen Investorenpflichten verändern insgesamt den Charakter des Investitionsschutzrechts. Es dient nicht mehr allein dazu, das Auslandsinvestitionsvolumen zu erhöhen. Vielmehr profitieren nur noch ausgewählte, gesellschaftlich verantwortliche Unternehmen („Qualität vor Quantität“).

Das „Investitionsschutzrecht“ wandelt sich zu einem breiter verstandenen „Investitionsregulierungsrecht“, das der nachhaltigen Entwicklung verpflichtet ist. Das Rechtsgebiet nimmt damit die Zielsetzung der Nachhaltigkeit auf, die sich etwa in der Agenda 2030 der Vereinten Nationen findet. Ob nämlich ein wirtschaftlicher Beitrag eines Unternehmens schützens- und wünschenswert ist, richtet sich im Investitionsschutzrecht nunmehr zunehmend ebenfalls nach dessen sozialen und ökologischen Auswirkungen.

b) Anreizbasierte internationale Steuerung von Investorinnen und Investoren

Damit eröffnet sich für das Investitionsschutzrecht ein neues Potenzial: Es könnte zukünftig als ein globales Instrument dienen, Investorenverhalten zu steuern – ergänzend zu nationaler Regulierung. Dies zeige ich mithilfe von ökonomischen Verhaltens- und politikwissenschaftlichen Regulierungstheorien auf: Investitionsschutz verfügbar zu haben, ist – ähnlich dem bereits bemühten Beispiel der Versicherungen – für Investorinnen und Investoren von wirtschaftlichem Wert. Gehen Investorenrechte nunmehr mit Pflichten einher, entsteht ein Anreiz für Investoren, diese Pflichten einzuhalten, um den Investitionsschutz nicht zu verlieren. Dieser Anreiz entsteht bei direkten und indirekten Pflichten gleichermaßen: Im Falle direkter Pflichten drohen staatliche Widerklagen, die eine Entschädigung wegen verletzter Investorenrechte zunichtemachen können. Bei den indirekten Pflichten verlieren Investorinnen und Investoren ihre Rechte im Fall eines Pflichtverstoßes sogar automatisch. Das bedeutet: Nur bei Einhaltung der Investorenpflichten ist mit Investitionsschutz zu rechnen – und nur dann können Investorinnen und Investoren ihr Risiko tatsächlich reduzieren, in einer fremden Rechtsordnung wirtschaftlich tätig zu sein.

Diese Steuerungswirkung kann sich präventiv entfalten. Der Staat muss hierfür keine Maßnahmen nach seinem nationalen Recht ergreifen. Denn es liegt im wirtschaftlichen Eigeninteresse von Investorinnen und Investoren, ihre Risiken so weit wie möglich vorbeugend zu mindern. Oftmals sind Unternehmen hierzu auch rechtlich verpflichtet, etwa, um die Interessen der Anteilseignerinnen und Anteilseigner zu schützen. Und in vielen Fällen hängt auch die Investitionsfinanzierung von verfügbarem Investitionsschutz ab, zum Beispiel im Fall von staatlichen und internationalen Krediten und Sicherheiten. Investorenpflichten könnten deshalb einen intelligenten Steuerungsmechanismus darstellen, der losgelöst von nationalem Recht und mit wirtschaftlichen Anreizen (im Gegensatz zu staatlichen Zwangsmaßnahmen) wirkt. Dem steht bisher unter anderem entgegen, dass Investorenpflichten noch nicht systematisch erschlossen wurden und den meisten Investorinnen und Investoren daher nicht bekannt sein dürften.

c.) Internationale zivile Unternehmensverantwortlichkeit

Aus theoretischer Warte erlauben Investorenpflichten, ein Konzept der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen für das öffentliche Interesse zu entwerfen. Denn die beschriebenen Investorenpflichten vereinen internationale Verhaltensstandards mit internationalen Sanktionen, die sich nicht aus einer bestimmten nationalen Rechtsordnung ableiten. Das ist im Völkerrecht ein Novum: Wir kennen bisher lediglich eine strafrechtliche internationale Individualverantwortlichkeit. So können etwa Kriegsverbrechen vor internationalen Strafgerichten angeklagt werden. Investorenpflichten folgen dagegen eher einer zivilrechtlichen Logik der privaten Haftung für verursachte Schäden. In dieser neuen, zivilen internationalen Individualverantwortlichkeit spiegeln sich veränderte soziale Erwartungen an Unternehmen.

Diese rudimentäre internationale Investorenverantwortlichkeit ist allerdings auch kritisch zu sehen. Zum Beispiel können Opfer von Menschenrechtsverletzungen selbst nicht die Verletzung von Investorenpflichten geltend machen. Dies bleibt dem Gaststaat vorbehalten. Das ist problematisch, weil es im menschenrechtlichen Verständnis zentral ist, selbstbestimmt die eigenen Rechte verfolgen zu können. Gleichwohl kann ein pflichtenbasiertes Investitionsschutzrecht einen Baustein bilden, verantwortliches Handeln von Unternehmen auf globaler Ebene zu befördern, indem es wirtschaftliche Steuerungseffekte intelligent nutzt.

5. Gesellschaftliche Bedeutung

Die Arbeit bespricht das gesellschaftliche Problem der rechtlichen Verantwortlichkeit von grenzüberschreitend tätigen Unternehmen für Individualrechte Dritter und für Gemeinwohlbelange.

Sie bietet einerseits praxisorientiert rechtliche Analysen und Systematisierungen, mit denen Verantwortliche aus Politik, Wirtschaft und Gesellschaft bereits heute den veränderten Charakter des Investitionsschutzrechts erkennen und anwenden können. Beispielsweise können Staaten in Schiedsverfahren die erarbeiteten Investorenpflichten geltend machen, sich etwa auf die in der Arbeit identifizierten Präzedenzfälle berufen. Parlamente und Ministerien können, zum Beispiel nach dem untersuchten Vorbild afrikanischer Staaten, neue Investitionsschutzverträge für zukünftige diplomatische Verhandlungen mit anderen Staaten entwerfen. Sie finden hierfür in meiner Arbeit konkrete Gestaltungstechniken. Unternehmen können sich über bisher wenig bekannte Haftungsrisiken informieren und die bisherigen Grenzen von Investorenpflichten in der Schiedsrechtsprechung entnehmen.

Weiterhin möchte die Doktorarbeit, die in den verschiedenen Einzelfällen vorgefundenen Investorenpflichten weiterdenken. Gerade auf der globalen Ebene ist es oft schwierig, praktikable Lösungsansätze zu finden, die wettbewerbliches Handeln mit gesellschaftlicher Verantwortung der Unternehmen vereinen. Auf interdisziplinärer Grundlage unterbreitet meine Arbeit insoweit ein konkretes Modell zur internationalen Steuerung von Investorenverhalten. Mein Entwurf einer internationalen Verantwortlichkeit von Investoren ist dabei als Modell für allgemeinere Diskussionen über die *Corporate Social Responsibility* anschlussfähig.

Überdies macht meine Arbeit das oftmals abstrakt bleibende Prinzip der nachhaltigen Entwicklung konkret. Sie analysiert dabei einen wichtigen Teilbereich der internationalen Wirtschaftsordnung, der bisher nach verbreiteter Auffassung vorrangig die Gewinninteressen von Investorinnen und Investoren verteidigte. Die Arbeit zeigt auf, wie es gelingen kann, bestehende rechtliche Strukturen konstruktiv mit den sich verändernden gesellschaftlichen Erwartungen an globales Wirtschaften weiterzuentwickeln – und wie dies in der Praxis tatsächlich bereits geschieht. Als miteinander kombinierbare Handlungsoptionen stellt sie die Reinterpretation des bestehenden Rechts durch praktisch und wissenschaftlich arbeitende Juristinnen und Juristen heraus, ebenso wie die politische Reform durch Schaffung neuer völkerrechtlicher Verträge.