

Bedeutung und Bestimmung von Kontrolle im internationalen
Investitionsschutzrecht

Die Kontrolltheorie als Korrektiv zur Verhinderung von
Missbräuchen

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität zu Köln

vorgelegt von

Alice Boldis, LL.M.

aus: Biberach an der Riß

Referent: Professor Dr. Burkhard Schöbener

Korreferent: Professor Dr. Julian Scheu, LL.M.

Tag der mündlichen Prüfung: 25. August 2022

Inhaltsverzeichnis

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	V
LITERATURVERZEICHNIS.....	VIII
RECHTSPRECHUNGSVERZEICHNIS	XXII
EINLEITUNG	1
A. UNTERSUCHUNGSINTERESSE	2
B. PROBLEMSTELLUNG	3
C. GANG DER UNTERSUCHUNG.....	5
1. KAPITEL: BEDEUTUNG VON KONTROLLE ZUR BESTIMMUNG DER STAATZUGEHÖRIGKEIT VON JURISTISCHEN PERSONEN	6
A. RELEVANZ DER STAATZUGEHÖRIGKEIT VON JURISTISCHEN PERSONEN IM INVESTITIONSSCHUTZRECHT. 7	
I. Keine Relevanz der Staatszugehörigkeit für die Zulässigkeit	8
II. Relevanz der Staatszugehörigkeit für die Zuständigkeit	8
1. Zuständigkeit von (nicht ICSID) Schiedsgerichten.....	8
2. Zuständigkeit eines ICSID-Schiedsgerichts.....	9
a) Zuständigkeitsvoraussetzungen.....	10
b) Zuständigkeit racione temporis.....	11
c) Zuständigkeit racione materiae.....	11
d) Zuständigkeit racione personae	12
III. Zwischenergebnis.....	12
B. THEORIEN ZUR BESTIMMUNG DER STAATZUGEHÖRIGKEIT VON JURISTISCHEN PERSONEN.....	13
I. Gründungstheorie.....	14
1. Europarecht.....	15
2. Völkerrecht	16
3. Internationales Investitionsschutzrecht	16
II. Sitztheorie	17
1. Europarecht.....	18
2. Völkerrecht	18
3. Internationales Investitionsschutzrecht	18
III. Kontrolltheorie.....	20
1. Herkunft und historische Entwicklung.....	20
2. Völkerrecht	21
a) Internationaler Gerichtshof	22
b) International Law Commission.....	22
c) Bewertung.....	23
3. Vor- und Nachteile der Kontrolltheorie	24
a) Nachteile.....	24
b) Vorteile	25
IV. Zwischenergebnis.....	25
C. BESTIMMUNG DER STAATZUGEHÖRIGKEIT VON JURISTISCHEN PERSONEN IM INVESTITIONSSCHUTZRECHT	27
I. Vertragstexte	27
1. ICSID-Konvention.....	27
2. IIA.....	29
a) Restriktive Funktion der Kontrolltheorie	29
b) Extensive Funktion der Kontrolltheorie	30
c) Bewertung.....	31
II. Interpretation der ICSID-Konvention.....	31
1. Methodik.....	31
a) Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge.....	31
b) Schiedsgerichtsentscheidungen.....	33
2. Auslegung von Art. 25(2)(b) ICSID-Konvention	33
a) Wortlautauslegung.....	33
b) Systematische Auslegung	34
(1) Präambel	36
(2) Vertragstext.....	36
(3) IIA.....	36
(4) Zwischenergebnis.....	37
c) Teleologische Auslegung.....	37

d)	Historische Auslegung	39
e)	Bewertung	41
3.	Konkretisierung von Art. 25(2)(b) ICSID-Konvention durch Schiedsgerichtsentscheidungen	41
a)	Allgemeine Anerkennung der Gründungs- und Sitztheorie	41
b)	Anerkennung der Kontrolltheorie	42
(1)	Sachverhalte der Schiedsgerichtsentscheidungen	43
(2)	Bestimmung der Staatszugehörigkeit allein nach dem Wortlaut des IIA	44
(3)	Ausdehnende Wortlautauslegung	45
4.	Zwischenergebnis	47
D.	ERGEBNIS	48
2. KAPITEL: BEDEUTUNG VON KONTROLLE ALS KORREKTIV ZUR VERHINDERUNG VON MISSBRAUCH		
49		
A.	MÖGLICHKEIT EINER ERGEBNISKORREKTUR	50
I.	Verhinderung von Missbrauch	50
II.	Aufrechterhaltung des vertraglichen Gegenseitigkeitsverhältnisses	51
III.	Auslegungsgrenze: Wille der Vertragsstaaten	52
IV.	Zwischenergebnis	55
B.	ANWENDUNG DER KONTROLLTHEORIE ALS KORREKTIV BEI VORLIEGEN EINES MISSBRAUCHS	56
I.	Das Missbrauchsverbot	56
1.	Völkerrecht	56
a)	Vertragsrecht	57
b)	Allgemeines Rechtsprinzip	57
(1)	<i>Civil law</i> -Rechtsordnungen	58
(2)	<i>Common law</i> -Rechtsordnungen	58
c)	Rechtsprechung	59
d)	Bewertung	59
2.	Internationales Investitionsschutzrecht	60
3.	Zwischenergebnis	60
II.	Mögliche Missbrauchsarten bei Strukturierungskonstellationen von Investoren	61
1.	Missbrauch der juristischen Person	61
2.	Missbrauch des investitionsrechtlichen Schutzsystems	62
3.	Zwischenergebnis	63
III.	Potentiell missbräuchliche Strukturierungskonstellationen von Investoren	63
1.	Treaty shopping	64
a)	Erläuterung	64
b)	Schiedsgerichtsentscheidungen	67
(1)	<i>Banro American Resources and Société Aurifère du Kivu et du Maniema v. Congo</i>	67
(2)	<i>Autopista Concesionada v. Venezuela</i>	67
(3)	<i>Aguas del Tunari v. Bolivia</i>	68
(4)	<i>Saluka v. Czech Republik</i>	69
(5)	<i>ADC & ADMC Management Limited v. Hungary</i>	69
(6)	<i>Mobil Corporation v. Venezuela</i>	70
(7)	<i>Pac Rim Cayman v. El Salvador</i>	70
(8)	<i>Tidewater v. Venezuela</i>	71
(9)	<i>ConocoPhillips v. Venezuela</i>	71
(10)	<i>Lao Holdings v. The Lao People's Democratic Republic</i>	71
(11)	<i>Renée Rose Levy and Gremcitel v. Peru</i>	72
(12)	<i>Philip Morris Asia v. Australia</i>	72
(13)	<i>Transglobal Green Panama v. Panama</i>	73
c)	Bewertung	73
2.	Klagen von Investoren gegen ihren Heimatstaat	74
a)	Erläuterung	74
b)	Schiedsgerichtsentscheidungen	76
(1)	<i>Tokios Tokeles v. Ukraine</i>	77
(2)	<i>The Rompetrol Group v. Romania</i>	78
(3)	<i>TSA Spectrum v. Argentina</i>	78
(4)	<i>Phoenix Action v. Czech Republic</i>	79
(5)	<i>Cementownia „Nova Huta“ v. Turkey</i>	80
(6)	<i>ST-AD GmbH v. Republic of Bulgaria</i>	80
(7)	<i>Charanne and Construction Investments v. Spain</i>	81
c)	Bewertung	82
3.	Zwischenergebnis	82
IV.	Kriterien für das Vorliegen einer missbräuchlichen Strukturierungskonstellation	83
1.	Zweck der Strukturierungskonstellation	84
2.	Zeitpunkt der Strukturierungskonstellation	85

a)	Kein Missbrauch bei (Um)Strukturierung vor der Vorhersehbarkeit der Streitigkeit	85
b)	Missbrauch bei (Um)Strukturierung nach der Vorhersehbarkeit einer Streitigkeit	86
c)	Zeitpunkt der Streitigkeit	88
(1)	Erhebung der Schiedsklage	89
(2)	Erlass der später streitgegenständlichen staatlichen Maßnahme	89
(3)	Bewertung	90
3.	Bösgläubigkeit des Investors	91
4.	Beweislast	92
5.	Bewertung	93
V.	Zwischenergebnis	94
C.	ENTBEHRlichkeit DER KONTROLLTHEORIE ALS KORREKTIV AUFGRUND VON DENIAL OF BENEFITS-KLAUSELN	96
I.	Denial of benefits-Klausel	96
II.	Ausübungserfordernis	97
III.	Keine Rückwirkung	98
IV.	Geringe Verwendung von denial of benefits-Klauseln	99
V.	Zwischenergebnis	99
D.	GEWÄHRLEISTUNG EINER EINHEITLICHEN ANWENDUNG DER KONTROLLTHEORIE ALS KORREKTIV	100
I.	ICSID-Berufungsinstanz	100
II.	Internationaler Investitionsgerichtshof	101
III.	Neuverhandlung von IIA	102
1.	Definition von Investor sieht Kontrolltheorie vor	103
2.	Versagung der Zuständigkeit von Schiedsgerichten bei missbräuchlichen Strukturierungskonstellationen	103
3.	Bewertung	104
IV.	Monetäre Anreize	104
V.	Zwischenergebnis	106
E.	ERGEBNIS	107
3.	KAPITEL: BESTIMMUNG VON KONTROLLE	109
A.	BESTIMMUNG IM RAHMEN DER KONTROLLTHEORIE	110
I.	Bestimmung von Kontrolle	110
1.	Subjektive oder objektive Bestimmung des Vorliegens von Kontrolle	110
a)	Subjektive Bestimmung	111
b)	Objektive Bestimmung	111
c)	Bewertung	113
2.	Direkte oder indirekte Bestimmung von Kontrolle	113
a)	Direkte Kontrolle	114
b)	Indirekte Kontrolle	114
(1)	Argumente für eine indirekte Bestimmung von Kontrolle	115
(2)	Level von Kontrolle	116
(a)	Unterbrechung der Kontrollkette bei Vorliegen der Zuständigkeitsvoraussetzungen	117
(b)	Endgültiger Kontrollinhaber	117
(3)	Offenlegung des endgültigen Kontrollinhabers	119
c)	Bewertung	119
II.	Form und Umfang von Kontrolle	120
1.	Bestimmung durch ICSID-Schiedsgerichte	120
a)	Historische Ausgangssituation	121
b)	Formale Bestimmung – rechtliche Kontrolle	121
c)	Materiale Bestimmung – tatsächliche Kontrolle	124
(1)	Argumente für eine materiale Bestimmung von Kontrolle	124
(2)	Kriterien für das Vorliegen von tatsächlicher Kontrolle	126
(3)	Gemeinsame Kontrolle mehrerer Anteilhaber	127
d)	Bewertung	128
2.	Bestimmung durch das Iran–U.S. Claims Tribunal	129
a)	Einführung	129
b)	Form und Umfang von Kontrolle	130
c)	Bewertung	131
3.	Bestimmung in anderen Rechtsgebieten	131
a)	Formale Bestimmung	131
(1)	Europarecht	131
(2)	Gesellschaftsrecht	132
(3)	Bewertung	133
b)	Materiale Bestimmung	133
c)	Bewertung	134
III.	Zwischenergebnis	136
B.	BESTIMMUNG IM INVESTITIONSRECHTLICHEN ENTEIGNUNGSRECHT	138

I.	Bedeutung von Kontrolle zur Feststellung einer indirekten Enteignung	139
1.	Kontrolle als Eigentumsrecht.....	140
2.	Indirekte Enteignung bei einem Kontrollverlust	140
II.	Bestimmung eines Kontrollverlusts	142
1.	Maßgebliche Kriterien	143
2.	Eingriffe in das Management.....	144
a)	Qualität des Eingriffs in das Management	144
b)	Einsetzung eines staatlichen Geschäftsführers.....	146
c)	Strafverfolgung eines Geschäftsführers	147
d)	Ausweisung des Investors oder eines Geschäftsführers	147
3.	Eingriffe in Aktionärsrechte.....	148
4.	Beeinflussung des Geschäftsbetriebs	149
III.	Zwischenergebnis.....	150
C.	ERGEBNIS	152
4.	KAPITEL: SCHLUSSBETRACHTUNG	154
A.	KEINE ALLGEMEINE ANERKENNUNG DER KONTROLLTHEORIE ZUR BESTIMMUNG DER STAATSZUGEHÖRIGKEIT VON JURISTISCHEN PERSONEN	154
B.	DIE KONTROLLTHEORIE ALS KORREKTIV	156
I.	Sinn und Zweck der ICSID-Konvention erfordert eine Korrektur bei Missbräuchen	156
II.	Anwendungsbereich der Kontrolltheorie als Korrektiv bei missbräuchlichen Strukturierungskonstellationen von Investoren	156
1.	Treaty shopping	157
2.	Klagen von Investoren gegen ihren Heimatstaat	158
III.	Kriterien für das Vorliegen einer missbräuchlichen Strukturierungskonstellation	158
1.	Zweck der Strukturierungskonstellation	158
2.	Zeitpunkt der Strukturierungskonstellation.....	159
3.	Bösgläubigkeit des Investors	159
4.	Beweislast	160
IV.	Erfordernis der Anwendung der Kontrolltheorie als Korrektiv	160
C.	EINHEITLICHE BESTIMMUNG VON KONTROLLE	161
I.	Objektive Bestimmung von Kontrolle.....	162
II.	Indirekte Bestimmung von Kontrolle.....	162
III.	Materiale Bestimmung von Kontrolle	162
D.	ABSCHLIEßENDES FAZIT ZU DEN THESEN UND AUSBLICK	163

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AktG	Aktiengesetz
Art.	Artikel
BB	Betriebs Berater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BIT	Bilateral Investment Treaty
BYIL	British Yearbook of International Law
ECT	Energy Charter Treaty
EJIL	European Journal of International Law
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ff.	folgende
FKVO	Fusionskontrollverordnung EG
Fn.	Fußnote
gem.	gemäß
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
I.C.C.L.R.	International Company and Commercial Law Review
i.S.d.	im Sinne des/der
i.V.m.	in Verbindung mit
ICC	International Chamber of Commerce
ICJ	International Court of Justice
ICSID	International Centre for the Settlement of Investment Disputes
IGH	Internationaler Gerichtshof
IGH-Statut	Internationaler Gerichtshof Statut
IIA	International Investment Agreement; Internationales Investitionsschutzabkommen
ILC	International Law Commission
ILC-Artikel	Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts
ILC-Entwurfsartikel	International Draft Articles on Diplomatic Protection
I.L.M.	International Legal Materials
ILR	International Law Reports
IntGesR	Internationales Gesellschaftsrecht

J. Legal Stud.	Journal of Legal Studies
JWELB	Journal of World Energy Law & Business
JWIT	Journal of World Investment and Trade
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht
L.J.	Law Journal
LCIA	London Court of International Arbitration
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MERCOSUR	Mercado Comun del Sur
MIGA	Multilateral Investment Guarantee Agency
MüKo	Münchener Kommentar
N.Y.U.Envtl.L.J.	New York University Environmental Law Journal
NAFTA	North American Free Trade Agreement
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OECD	Organisation for Economic Co-Operation and Development
PCA	Permanent Court of Arbitration
RdC	Recueil de Cours
RHDI	Revue Hellenique de Droit International
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
s.	siehe
s.o.	siehe oben
s.u.	siehe unten
SCC	Stockholm Chamber of Commerce
SchiedsVZ	Neue Zeitschrift für Schiedsverfahren
Soabi	Société Ouest-Africaine des Bétons Industriels
StIGH	Ständiger Internationaler Gerichtshof
TDM	Transnational Dispute Management
Trade L. & Dev.	Trade Law & Development
TTIP	Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft
u.a.	unter anderem
UN	United Nations
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
Urt.	Urteil
v.	vom/versus
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
WiVerw	Zeitschrift für Wirtschaftsverwaltungsrecht
WphG	Wertpapierhandelsgesetz
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
WVRK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (Wiener Vertragsrechtskonvention)

z.B.	zum Beispiel
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZPO	Zivilprozessordnung

Literaturverzeichnis

- Acconi, Pia, Determining the Internationally Relevant Link between a State and a Corporate Investor, JWIT, Vol.5(1), 2004, 139-175 (zitiert: Acconi, JWIT, Vol.5(1), 2004, S. ...)
- Addison-Agyei, Sange, Nationality Planning und Treaty Shopping im Internationalen Investitionsschutzrecht, 2012 (zitiert: Addison-Agyei, Nationality Planning und Treaty Shopping im Internationalen Investitionsschutzrecht, S. ...)
- Alexandrov, Stanimir A., The „Baby Boom” of Treaty-Based Arbitrations and the Jurisdiction of the ICSID Tribunals: Shareholders as „Investors” and Jurisdiction Ratione Temporis, Law & Prac. Int’l Cts. & Tribunals, Vol.4, 2005, 19-59 (zitiert: Alexandrov, Law & Prac. Int’l Cts. & Tribunals, Vol.4, 2005, S. ...)
- Amerasinghe, Chittharanjan Felix, Diplomatic Protection, 2008 (zitiert: Amerasinghe, Diplomatic Protection, S. ...)
- Amerasinghe, Chittharanjan Felix, International Arbitral Jurisdiction, 2011 (zitiert: Amerasinghe, International Arbitral Jurisdiction, S. ...)
- Amerasinghe, Chittharanjan Felix, Interpretation of Article 25(2)(b) of the ICSID Convention, in: R. Lillich / C. Brower (Hrsg.), International Arbitration in the 21st Century: Towards „Judicialization” and Uniformity?, 1994, 223-244 (zitiert: Amerasinghe, in: International Arbitration in the 21st Century, S. ...)
- Amerasinghe, Chittharanjan Felix, Jurisdiction Ratione Personae under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, BYIL, Vol.47(1), 1975, 227-267 (zitiert: Amerasinghe, 47 BYIL 1975, S. ...)
- Assman, Heinz-Dieter / Favoccia, Daniela, in: Heinz-Dieter Assmann / Thorsten Pötzsch / Uwe H. Schneider (Hrsg.), Kölner Kommentar zum WpÜG, 3. Auflage, 2020 (zitiert: Assmann/Favoccia, §29 WpÜG, Rn. ...)
- Astorga, Letelier Ricardo, The Nationality of Juridical Persons in the ICSID Convention in Light of its Jurisprudence,
http://www.mpil.de/files/pdf1/mpunyb_17_ricardo_thesis_11.pdf (zuletzt besucht am 10.11.2021), 419-427 (zitiert: Astorga, The Nationality of Juridical Persons, S. ...)
- Badia, Albert, Piercing the Veil of State Enterprises in International Arbitration, International Law Library, Vol.29, 2014 (zitiert: Badia, Piercing the Veil of State Enterprises in International Arbitration, S. ...)

- Baumgartner, Jorun, Treaty Shopping in International Investment Law, 2016 (zitiert: Baumgartner, Treaty Shopping in International Investment Law, S. ...)
- Bering, Jürgen, Die rechtliche Behandlung von „Briefkastenfirmen“ nach Art.17 ECT und im allgemeinen internationalen Investitionsschutzrecht, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 81, Dezember 2008 (zitiert: Bering, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 81, 2008, S. ...)
- Beygo, Okan, Nationality of Corporations in International Claims arising out of Foreign Investment Disputes, RHDI, Vol.46, 1993, 33-75 (zitiert: Beygo, RHDI 46, 1993, S. ...)
- Blackaby, Nigel / Partasides, Constantine, Redfern and Hunter on International Arbitration, 6. Auflage, 2015 (zitiert: Blackaby/Partasides, International Arbitration, Rn. ...)
- Blyschak, Michael, Access and advantage expanded: Mobil Corporation v Venezuela and other recent arbitration awards on treaty shopping, JWELB, Vol.4(1), 2011, 32-39 (zitiert: Blyschak, 4(1) JWELB 2011, S. ...)
- Born, Gary B., Chapter 4: On Burden and Standard of Proof, in: Kinnear / Fischer / et al. (Hrsg.), Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID, 2015 (zitiert: Born, in: Building International Investment Law, S. ...)
- Bothe, Alexander, Die ‚Corruption Defence‘ des Gaststaats in internationalen Investitionsschiedsverfahren, 2021 (zitiert: Bothe, Die ‚Corruption Defence‘ des Gaststaats in internationalen Investitionsschiedsverfahren, S. ...)
- Böttcher, Anna Lotte, Dekonstitutionalisierungstendenzen im internationalen Investitionsschutzrecht, 2015 (zitiert: Böttcher, Dekonstitutionalisierungstendenzen im internationalen Investitionsschutzrecht, S. ...)
- Brosches, Aron, The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, Academy of International Law, RdC, Vol.136 (1973 II) (zitiert: Brosches, RdC, Vol.136 (1973 II), S. ...)
- Broß, Siegfried, Freihandelsabkommen, einige Anmerkungen zur Problematik der privaten Schiedsgerichtsbarkeit, http://www.boeckler.de/pdf/p_mbf_report_2015_4.pdf (zuletzt besucht am 10.11.2021) (zitiert: Broß, Freihandelsabkommen, S. ...)
- Burgstaller, Markus, Nationality of Corporate Investors and International Claims against the Investor’s Own State, JWIT, Vol.7, 2006, 857-881 (zitiert: Burgstaller, JWIT, Vol.7, 2006, S. ...)
- Byers, Michael, Abuse of rights: an old principle, a new age, McGill Law Journal, Vol.47, 2001-2002, 389-434 (zitiert: Byers, 47 McGill L.J. 2001-2002, S. ...)

- Caron, David D., Are the ICSID Rules Governing Nationality and Investment Working? – A Discussion, in: Weiler (Hrsg.), Investment Treaty Arbitration and International Law, Volume 1, 2008, 119-141 (zitiert: Caron, in: Investment Treaty Arbitration and International Law, S. ...)
- Cheffins, Brian, Does Law Matter? The Separation of Ownership and Control in the United Kingdom, 30 J. Legal Stud., 2005, 459-484 (zitiert: Cheffins, 30 J. Legal Stud., 2005, S. ...)
- Christie, George C., What Constitutes a Taking of Property under International Law, BYIL, Vol.38, 1962, 307-338 (zitiert: Christie, 38 BYIL 1962, S. ...)
- Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Analysis of Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention (zitiert: ICSID History, Volume ..., S. ...)
- Crawford, James, Brownlie's Principles of Public International Law, 9. Auflage, 2019 (zitiert: Crawford, Brownlie's Principles of Public International Law, S. ...)
- D'Agnone, Giulia, Determining the nationality of companies in ICSID arbitration, in: Annoni / Forlati (Hrsg.), The Changing Role of Nationality in International Law, 2013, 153-168 (zitiert: D'Agnone, in: The Changing Role of Nationality in International Law, S. ...)
- D'Amato, Anthony, Good Faith, in: Bernhardt (Hrsg.), Encyclopedia of Public International Law, Volume II, 1992, 599-601 (zitiert: D'Amato, in: Encyclopedia of Public International Law, S. ...)
- Daujotas, Rimantas, Jurisdiction Ratione Personae and Corporate Nationality in International Investment Arbitration – Legitimate Corporate Planning of Abuse of Right?, 2011, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1955110 (zuletzt besucht am 10.11.2021) (zitiert: Daujotas, Jurisdiction Ratione Personae, S. ...)
- De Brabandere, Eric, „Good Faith”, „Abuse of Process” and the Initiation of Investment Treaty Claims, Journal of International Dispute Settlement, Vol.3(3), 2012, 609-636 (zitiert: De Brabandere, Journal of International Dispute Settlement, Vol.3(3), 2012, S. ...)
- Dolzer, Rudolf / Schreuer, Christoph, Principles of International Investment Law, 2. Auflage, 2012 (zitiert: Dolzer/Schreuer, Principles of International Investment Law, S. ...)
- Dolzer, Rudolf, Indirect Expropriations: New Developments?, N.Y.U.Envntl.L.J., Vol.11, 2002, 64-93 (zitiert: Dolzer, 11 N.Y.U.Envntl.L.J. 64, S. ...)

- Douglas, Zachary, *The International Law of Investment Claims*, 2009 (zitiert: Douglas, *The International Law of Investment Claims*, S. ...)
- Dzhazoyan, Egishe / Burnham, Benjamin, *The Meaning of "Seat" in Investment Treaties' Definitions of "Investor"*, *International Arbitration Law Review*, Issue 1, 2017, 4-11 (zitiert: Dzhazoyan/Burnham, *The meaning of "seat" in investment treaties' definitions of "investor"*, *Int. A.L.R.*, Issue 1, 2017, S. ...)
- Eichberger, Fabian Simon, *Die Grenzen der Zulässigkeit des „nationality planning“ im Investitionsschutzrecht*, *Archiv des Völkerrechts*, 58(3), 2020, 307-336 (zitiert: Eichberger, *AVR* 58(3), S. ...)
- Feldman, Mark, *Setting Limits on Corporate Nationality Planning in Investment Treaty Arbitration*, *ICSID Review*, Vol.27(2), 2012, 281-302 (zitiert: Feldman, *27(2) ICSID Review*, S. ...)
- Fortier, Yves L. / Drymer, Stephen L., *Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor*, *ICSID Review*, Vol.19(2), 2004, 293-327 (zitiert: Fortier/Drymer, *19(2) ICSID Review*, S. ...)
- Franke, Florian, *Der personelle Anwendungsbereich des internationalen Investitionsschutzrechts*, 2012 (zitiert: Franke, *Der personelle Anwendungsbereich des internationalen Investitionsschutzrechts*, S. ...)
- Franz, Alexander / Laeger, Lars, *Die Mobilität deutscher Kapitalgesellschaften nach Umsetzung des MoMiG unter Einbeziehung des Referentenentwurfs zum internationalen Gesellschaftsrecht*, *BB*, 2008, 678-685 (zitiert: Franz/Laeger, *BB* 2008, S. ...)
- Fukunaga, Yuka, *Abuse of Process under International Law and Investment Arbitration*, *ICSID Review*, Vol.33(1), 2018, 181-211 (zitiert: Fukunaga, *33(1) ICSID Review*, S. ...)
- Gaffney, John P., *„Abuse of Process“ in Investment Treaty Arbitration*, *JWIT*, Vol.11(4), 2010, 515-538 (zitiert: Gaffney, *JWIT*, Vol.11(4), 2010, S. ...)
- Garcia-Bolivar, Omar E., *Protected Investments and Protected Investors: The Outer Limit of ICSID's Reach*, *Trade L. & Dev.*, Vol.2(1), 2010, 145-168 (zitiert: Garcia-Bolivar, *Trade L. & Dev.*, 2(1), 2010, S. ...)
- Gardiner, Richard, *Treaty Interpretation*, 2008 (zitiert: Gardiner, *Treaty Interpretation*, S. ...)
- Grabenwarter, Christoph / Pabel, Katharina, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 7. Auflage, 2021 (zitiert: Grabenwarter/Pabel, *Europäische Menschenrechtskonvention*, S. ...)

- Griebel, Jörn, Internationales Investitionsrecht, 2008 (zitiert: Griebel, Internationales Investitionsrecht, S. ...)
- Großfeld, Bernard, in: J. von Staudingers, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen EGBGB/IPR, Internationales Gesellschaftsrecht, 14. Auflage, 1998 (zitiert: Großfeld, in: Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. ...)
- Großfeld, Bernhard, Internationales Unternehmensrecht, Das Organisationsrecht transnationales Unternehmen, 1986 (zitiert: Großfeld, Internationales Unternehmensrecht, S. ...)
- Hansen, Robin F., Investment treaty arbitration and International Political Economy: The systematic challenge of investor nationality in an era of multinational enterprises, *Journal of Arbitration and Mediation*, Vol.1(1), 2010, 81-115 (zitiert: Hansen, *Journal of Arbitration and Mediation*, Vol.1(1), 2010, S. ...)
- Happ, Richard / Rubins, Noah, Digest of ICSID Awards and Decisions 2003-2007, 2009 (zitiert: Happ/Rubins, Digest of ICSID Awards and Decisions, S. ...)
- Hébert, Jean-Francois, Issues of corporate nationality in investment arbitration, in: A. de Mestral / C. Lévesque (Hrsg.), *Improving International Investment Agreements*, 2013, 230-246 (zitiert: Hébert, in: *Improving International Investment Agreements*, S. ...)
- Heinze, Stefan, in: Fleischer / Goette / et al. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum GmbHG*, Band 1, 3. Auflage, 2018 (zitiert: Heinze, in: *MüKo GmbHG*, Rn. ...)
- Heiskanen, Veijo, The Doctrine of Indirect Expropriation in Light of the Practice of the Iran-United States Claims Tribunal, *JWIT*, Vol.8(2), 2007, 215-231 (zitiert: Heiskanen, *JWIT*, Vol.8(2), 2004, S. ...)
- Herdegen, Matthias, *Internationales Wirtschaftsrecht*, 12. Auflage, 2020 (zitiert: Herdegen, *Internationales Wirtschaftsrecht*, § ... Rn. ...)
- Herrmann, Christoph, Die Zukunft der mitgliedstaatlichen Investitionspolitik nach dem Vertrag von Lissabon, *EuZW*, 2010, 207-212 (zitiert: Herrmann, *EuZW* 2010, S. ...)
- Hoffmann, Anne K., Indirect Expropriation, in: A. Reinisch (Hrsg.), *Standards of Investment Protection*, 2008 (zitiert: Hoffmann, in: *Standards of Investment Protection*, S. ...)
- Hunter, Robert, Is a Corporation's Entitlement to the Protection of an Investment Treaty a Question Solely of Form or is it also a Question of Substance?, in: *ILA German Branch / Working Group, The Determination of the Nationality of Investors under Investment Protection Treaties*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft

- 106, März 2011, 37-51 (zitiert: Hunter, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 106, 2011, S. ...)
- Hunter, Robert, The Nationality of Corporations, in: ILA German Branch / Working Group, The Determination of the Nationality of Investors under Investment Protection Treaties, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 106, März 2011, 13-24 (zitiert: Hunter, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 106, S. ...)
- Hwang, Michael / Cheng Lim, Si, Chapter 16: The Chimera of Admissibility in International Arbitration, in: Kaplan, Neil / Mosern, Michael J. (Hrsg.), Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration: Liber Amicorum Michael Pryles, 2018 (zitiert: Hwang /Cheng Lim, in: Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration, S. ...)
- Ipsen, Knut, Völkerrecht, 7. Auflage, 2018 (zitiert: Ipsen, Völkerrecht, § ... Rn. ...)
- Jennings, Robert Sir / Watts, Arthur Sir (Hrsg.), Oppenheim's International Law, Volume 1, 9. Auflage, 1992 (zitiert: Jennings/Watts, Oppenheim's International Law, S. ...)
- Just, Clemens, Die englische Limited in der Praxis, 4. Auflage, 2012 (zitiert: Just, Die englische Limited in der Praxis, Rn. ...)
- Kindler, Peter, in: Franz Jürgen Säckerberger / Roland Rixecker / Hartmut Oetker / Bettina Limperg (Hrsg.), Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 13 Internationales Privatrecht II, Internationales Wirtschaftsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Teil 10, 8.Auflage, 2021 (zitiert: Kindler, in: IntGesR, Rn. ...)
- Kiss, Alexandre, Abuse of Rights, in: Wolfrum (Hrsg.), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Volume I, 2012, 20-25 (zitiert: Kiss, in: The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Rn. ...)
- Klabbers, Jan, Treaties, Object and Purposes, in: Wolfrum (Hrsg.), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Volume IX, 2012, 1135-1140 (zitiert: Klabbers, in: The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Rn. ...)
- Knahr, Christina, Indirect Expropriation in Recent Investment Arbitration, TDM Vol. 6(1), März 2009, 1-18 (zitiert: Knahr, TDM 6(1), März 2009, S. ...)
- Knottnerus, Roeline / Van Os, Roos, The Netherlands: A Gateway to „treaty shopping“ for Investment Protection, <http://www.iisd.org/itn/2012/01/12/the-netherlands-treaty-shopping> (zuletzt besucht am 10.11.2021) (zitiert: Knottnerus/Van Os, The Netherlands: A Gateway to „treaty shopping“ for Investment Protection, S. ...)

- Krajewski, Markus, *Wirtschaftsvölkerrecht*, 5. Auflage, 2021 (zitiert: Krajewski, *Wirtschaftsvölkerrecht*, Rn. ...)
- Kriebaum, Ursula, *Eigentumsschutz im Völkerrecht*, 2008 (zitiert: Kriebaum, *Eigentumsschutz im Völkerrecht*, S. ...)
- Kröll, Stefan / Griebel, Jörn, *Protecting Shareholders in Investment Law: To Pierce or Not to Pierce the Veil, That Is the Question!*, *Stockholm International Arbitration Review* 2005 (2), 98-114 (zitiert: Kröll/Griebel, *Stockholm International Arbitration Review* 2005 (2), S. ...)
- Kryvoi, Yaraslau, *Piercing the Corporate Veil in International Arbitration*, *Global Business Law Review*, Vol.1, 2011, 169-186 (zitiert: Kryvoi, *Global Business Law Review*, Vol.1, 2011, S. ...)
- Lee, John, *Resolving Concerns of Treaty Shopping in International Investment Arbitration*, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 6, 2015, 355-379 (zitiert: Lee, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 6, 2015, S. ...)
- Lester, Simon, *Liberalization or Litigation? Time to Rethink the International Investment Regime, Policy Analysis, No.730*, 8. Juli 2013, http://www.cato.org/sites/cato.org/files/pubs/pdf/pa730_web.pdf (zuletzt besucht am 10.11.2021) (zitiert: Lester, *Liberalization or Litigation?*, S. ...)
- Llamzon, Aloysius / Sinclair, Anthony, *Investor Wrongdoing in Investment Arbitration: Standards Governing Issues of Corruption, Fraud, Misrepresentation and Other Investor Misconduct*, in: van den Berg (Hrsg.), *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges*, ICCA Congress Series, Volume 18, 451-530 (zitiert: Llamzon/Sinclair, in: *ICCA Congress Series*, Volume 18, S. ...)
- Lörcher, Torsten / Ober, Boris, *Schutzstandards im materiellen Investitionsrecht*, *KSzW*, Ausgabe 2, 2011, 105-115 (zitiert: Lörcher/Boris, *KSzW* 02.2011, S. ...)
- Mabry, Linda A., *Multinational Corporations and U.S. Technology Policy: Rethinking the Concept of Corporate Nationality*, *The Georgetown Law Journal*, Vol.87, 1999, 563-673 (zitiert: Mabry, *The Georgetown Law Journal* 87, S. ...)
- Markert, Lars, *Streitschlichtungsklauseln in Investitionsschutzabkommen*, 2009 (zitiert: Markert, *Streitschlichtungsklauseln in Investitionsschutzabkommen*, S. ...)
- Martin, Antoine, *International investment disputes, nationality and corporate veil: some insights from Tokios Tokeles and TSA Spectrum de Argentina*, *TDM*, Vol. 8(1), Februar 2011, 1-12 (zitiert: Martin, *TDM* 8 (1), Februar 2011, S. ...)

- McLachlan, Campbell / Shore, Laurence / Weiniger, Matthew, *International Investment Arbitration – Substantive Principles*, 2007 (zitiert: McLachlan/Shore/Weiniger, *International Investment Arbitration*, Rn. ...)
- Mistelis, Loukas A. / Baltag, Crina Mihaela, *Denial of Benefits and Article 17 of the Energy Charter Treaty*, *Penn State Law Review*, Vol. 113(4), 2009, 1301-1321 (zitiert: Mistelis/Baltag, 113(4) *Penn State Law Review* 2009, S. ...)
- Moreland, Mary L., „Foreign Control” and „Agreement” under ICSID Article 25(2)(b): Standards for Claims brought by Locally Organized Subsidiaries against Host States, 9 *Currents Int’l Trade L.J.*, 2000, 18-24 (zitiert: Moreland, 9 *Currents Int’l Trade L.J.*, 2000, S. ...)
- Mouri, Allahyar, *The International Law of Expropriation as Reflected in the Work of the Iran-U.S. Claims Tribunal*, *Developments in International Law*, Vol.17, 1994 (zitiert: Mouri, *The International Law of Expropriation as Reflected in the Work of the Iran-U.S. Claims Tribunal*, S. ...)
- Muchlinski, Peter, *Corporations and the uses of Law: International Investment Arbitration as a „Multilateral Legal Order”*, *Oñati Socio-Legal Series*, Vol.1(4), 2011 (zitiert: Muchlinski, *Oñati Socio-Legal Series*, Vo.1(4), 2011, S. ...)
- Nerets, Valts, *Nationality of investors in ICSID arbitration*, *RGSL Research Papers*, No.2, 2011 (zitiert: Nerets, *Nationality of investors in ICSID arbitration*, S. ...)
- Newcombe, Andrew / Paradell, Lluís, *Law and Practice of Investment Treaties, Standards of Treatment*, 2009 (zitiert: Newcombe/Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties*, S. ...)
- Newcombe, Andrew, *The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law*, *ICSID Review*, Vol.20(1), 2005, 1-57 (zitiert: Newcombe, 20(1) *ICSID Review*, S. ...)
- Oelsner, Tobias, *Dispute Boards, Verfahren zum projektbegleitenden Streitmanagement*, *Schriftenreihe der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit*, Band 30, 2014 (zitiert: Oelsner, *Dispute Boards*, S. ...)
- Paulsson, Jan, *Arbitration without Privity*, *ICSID Review*, Vol.10(2), 1995, 232-257 (zitiert: Paulsson, 10(2) *ICSID Review*, S. ...)
- Perkams, Markus, *The Concept of Indirect Expropriation in Comparative Public Law – Searching for Light in the Dark*, in: Stephan W. Schill (Hrsg.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, 2010 (zitiert: Perkams, in: *International Investment Law and Comparative Public Law*, S. ...)

- Perkams, Markus, The Determination of Nationality of Investors in International Investment Agreements (IIA) – Taking Stock of the Criteria used in Modern Investment Law, in: ILA German Branch / Working Group, The Determination of the Nationality of Investors under Investment Protection Treaties, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 106, März 2011, 13-24 (zitiert: Perkams, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 106, S. ...)
- Peterson, Luke Eric, UK Bilateral Investment Treaty Programme and Sustainable Development: Implications of bilateral negotiations on investment regulation at a time when multilateral talks are faltering, The Royal Institute of International Affairs, Sustainable Development Programme, Briefing Paper No.10, February 2004 (zitiert: Peterson, The Royal Institute of International Affairs, Briefing Paper No.10, 2004, S. ...)
- Ponce, Jose E. / Cevallos, Ricardo, Good Faith in Investment Arbitration, TDM Vol. 13(5), November 2016, 1-36 (zitiert: Ponce/Cevallos, TDM 13(5), November 2016, S. ...)
- Rahmani, Ataollah, Shareholder control and its nemesis, I.C.C.L.R., Vol. 23(1), 2012, 12-23 (zitiert: Rahmani, I.C.C.L.R., Vol. 23(1), 2012, S. ...)
- Reinisch, August, Expropriation, in: Muchlinski / Ortino / Schreuer (Hrsg.), The Oxford Handbook of International Investment Law, 2008 (zitiert: Reinisch, in: The Oxford Handbook of International Investment Law, S. ...)
- Reisman, W. Michael / Sloane, Robert D., Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation, BYIL, Vol.74, 2003, 115-150 (zitiert: Reisman/Sloane, 74 BYIL 2003, S. ...)
- Rigo Sureda, Andrés, Investment Treaty Arbitration, Judging Under Uncertainty, 2012 (zitiert: Rigo Sureda, Investment Treaty Arbitration, S. ...)
- Risse, Jörg / Altenkirch, Markus, Kostenerstattung in Schiedsverfahren: fünf Probleme aus der Praxis, SchiedsVZ, Vol. 1, 2012, 5-14 (zitiert: Risse/Altenkirch, SchiedsVZ, Vol.1, 2012, S. ...)
- Romanetti, Antoine, Defining Investors: Who is eligible to claim?, Journal of International Arbitration, Vol.29(3), 2012, 231-254 (Romanetti, 29(3) Journal of International Arbitration, S. ...)
- Rubins, Noah / Papanastasiou, Thomas Nektarios / Kinsella, Stephan N., International Investment, Political Risk and Dispute Resolution, A Practitioner's Guide, 2. Auflage, 2020 (zitiert: Rubins/ Papanastasiou/Kinsella, International Investment, Rn. ...)

- Sabahi, Borzu / Rubins, Noah / Wallace, Don Jr., *Investor-State Arbitration*, 2. Auflage, 2019 (zitiert: Sabahi/Rubins/Wallace, *Investor-State Arbitration*, S. ...)
- Santacroce, Fabio G., Navigating the troubled waters between jurisdiction and admissibility: analysis of which law should govern characterization of preliminary issues in international arbitration, *Arbitration International*, Vol. 33, 2017, 539-570 (zitiert: Santacroce, *Arbitration International*, Vol. 33, 2017, S. ...)
- Sasson, Monique, *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration: The Unsettled Relationship between International Law and Municipal Law*, 2. Auflage, 2017 (zitiert: Sasson, *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration*, S. ...)
- Schaub, Martin, *Grundlagen der Regulierung multinationaler Unternehmen*, 2010 (zitiert: Schaub, *Grundlagen der Regulierung multinationaler Unternehmen*, S.)
- Schernbeck, Andrea, *Der Fair und Equitable Treatment Standard in internationalen Investitionsschutzabkommen*, 2012 (zitiert: Schernbeck, *Der Fair und Equitable Treatment Standard in internationalen Investitionsschutzabkommen*, S. ...)
- Schill, Stephan W., *Internationales Investitionsschutzrecht und vergleichendes Öffentliches Recht: Grundlagen und Methode eines öffentlich-rechtlichen Leitbildes für die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit*, *ZaöRV* 2011, 247-289 (zitiert: Schill, *ZaöRV* 2011, S. ...)
- Schill, Stephan W., *The Multilateralization of International Investment Law*, 2009 (zitiert: Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, S. ...)
- Schlemmer, Engela C, *Investment, Investor, Nationality, and Shareholders*, in: Muchlinski / Ortino / Schreuer (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 2008 (zitiert: Schlemmer, in: *The Oxford Handbook of International Investment Law*, S. ...)
- Schöbener, Burkhard / Herbst, Jochen / Perkams, Markus, *Internationales Wirtschaftsrecht*, 2010 (zitiert: Schöbener/Herbst/Perkams, *Internationales Wirtschaftsrecht*, Rn. ...)
- Schöbener, Burkhard, *Der Rechtsrahmen des Internationalen Investitionsrechts: ein Überblick zu den bilateralen Investitionsschutzabkommen*, *WiVerw* 2009, 3-18 (zitiert: Schöbener, *WiVerw* 2009/1, S. ...)
- Schöbener, Burkhard (Hrsg.), *Völkerrecht, Lexikon zentraler Begriffe und Themen*, 2014 (zitiert: Schöbener, *Völkerrecht*, S. ...)
- Schokkaert, Jan / Heckscher, Yvon, *International Investments Protection: Comparative Law Analysis of Bilateral and Multilateral Interstate Conventions, Doctrinal Texts and*

- Arbitral Jurisprudence Concerning Foreign Investments, 2009 (zitiert: Schokkaert/Heckscher, International Investment Protection, S. ...)
- Schreuer, Christoph / Weiniger, Matthew, A Doctrine of Precedent?, in: Muchlinski / Ortino / Schreuer (Hrsg.), The Oxford Handbook of International Investment Law, 2008 (zitiert: Schreuer/Weiniger, in: The Oxford Handbook of International Investment Law, S. ...)
- Schreuer, Christoph, Nationality of Investors: Legitimate Restrictions vs. Business Interest, ICSID Review, Vol.24(2), 2009, 521-527 (zitiert: Schreuer, 24(2) ICSID Review, S. ...)
- Schreuer, Christoph, The Concept of Expropriation under the ECT and other Investment Protection Treaties, TDM, Vol.2(3), Juni 2005, 1-39 (zitiert: Schreuer, TDM 2(3), June 2005, S. ...)
- Schreuer, Christoph, The ICSID Convention: A Commentary, A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 2. Auflage, 2009 (zitiert: Schreuer, The ICSID Convention, Rn. ...)
- Schroeder, Werner, Bitte ein BIT für die Europäische Union, RIW, Heft 10/2011, 684-690 (zitiert: Schroeder, RIW 10/2011, S. ...)
- Schubert, Claudia, in: Franz Jürgen Säckerberger / Roland Rixecker / Hartmut Oetker / Bettina Limperg (Hrsg.), Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 8. Auflage, 2019 (zitiert: Schubert, in: MüKo BGB, § ..., Rn. ...)
- Schulz, Martin, (Schein-)Auslandsgesellschaften in Europa – Ein Schein-Problem?, NJW 2003, 2705-2708 (zitiert: Schulz, NJW 2003, S. ...)
- Seidl-Hohenveldern, Ignaz, Der diplomatische Schutz für juristische Personen und Aktionäre, in: Ress / Stein (Hrsg.), Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht, 1996 (zitiert: Seidl-Hohenveldern, in: Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht, S. ...)
- Stein, Torsten / Christian, Buttlar von / Kotzur, Markus, Völkerrecht, 14. Auflage, 2017 (zitiert: Stein/Buttlar/Kotzur, Völkerrecht, Rn. ...)
- Sinclair, Anthony, ICSID's Nationality Requirements, in: Weiler (Hrsg.), Investment Treaty Arbitration and International Law, Volume 1, 2008, 85-118 (zitiert: Sinclair, in: Investment Treaty Arbitration and International Law, S. ...)
- Sinclair, Anthony, Investment Protection for „Mailbox Companies“ under the 1994 Energy Charter Treaty, TDM, Vol.2(5), November 2005, 1-6 (zitiert: Sinclair, TDM 2(5), November 2005, S. ...)

- Sinclair, Anthony, Nationality Requirements for Investors in ICSID Arbitration – The Award in *Soufraki v. The United Arab Emirates*, TDM, Vol.1(4), Oktober 2004, 1-3 (zitiert: Sinclair, TDM 1(4), Oktober 2004, S. ...)
- Sinclair, Anthony, The „Foreign Nationality” – Requirements in ICSID Arbitration, in: R. Hofmann / C. Tams (Hrsg.), *The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID), Taking Stock after 40 Years*, 2007, 129-140 (zitiert: Sinclair, in: *The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID), Taking Stock after 40 Years*, S. ...)
- Sinclair, Anthony, The Substance of Nationality Requirements in Investment Treaty Arbitration, *ICSID Review*, Vol.20(2), 2005, 357-388 (zitiert: Sinclair, 20(2) *ICSID Review*, S. ...)
- Sinclair, Sir Ian McTaggart, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 1973 (zitiert: Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, S. ...)
- Sipiorski, Emily, *Good Faith In International Investment Arbitration*, 2019 (zitiert: Sipiorski, *Good Faith In International Investment Arbitration*, para. ...)
- Skinner, Matthew / Miles, Cameron A. / Luttrell, Sam, Access and advantage in investor-state arbitration: The law and practice of treaty shopping, *JWELB*, Vol.3(3), 2010, 260-285 (zitiert: Skinner/Miles/Luttrell, 3(3) *JWELB* 2010, S. ...)
- Sloane, Robert, Breaking the Genuine Link: The Contemporary International Legal Regulation of Nationality, *Harvard Int’l L.J.*, Vol.50(1), 2009, 1-60 (zitiert: Sloane, *Harvard Int’l L.J.*, Vol.50(1), 2009, S. ...)
- Sornarajah, Muthucumaraswamy, *The International Law On Foreign Investment*, 5. Auflage, 2021 (zitiert: Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, S. ...)
- Stürner, Michael, Anhang zu Art. 12 EGBGB, in: H. Westermann / B. Grunewald / G. Maier-Reimer (Hrsg.), *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 16. Auflage, 2020 (zitiert: Stürner, Anhang Art. 12 EGBGB, Rn. ...)
- Subedi, Surya P, *International Investment Law – Reconciling Policy and Principle*, 2. Auflage, 2012 (zitiert: Subedi, *International Investment Law*, S. ...)
- Süß, Rembert / Wachter, Thomas, *Handbuch des internationalen GmbH-Rechts, § 1 Grundlagen des internationalen Gesellschaftsrechts*, 3. Auflage, 2016 (zitiert: Süß/Wachter, *Handbuch des internationalen GmbH-Rechts*, Rn. ...)
- Tercier, Pierre / Tran Thang, Nhu-Hoàng, Chapter 10: Criteria to Determine Investor Nationality (Juridical Persons), in: Kinneer / Fischer / et al. (Hrsg.), *Building*

- International Investment Law: The First 50 Years of ICSID, 2015 (zitiert: Tercier / Tran Thang, in: Building International Investment Law, S. ...)
- Thorn, Rachel / Doucleff, Jennifer, Disregarding the Corporate Veil and Denial of Benefits Clauses: Testing Treaty Language and the Concept of „Investor“, in: Waibel / Kaushal / Chung / Balchin (Hrsg.), The Backlash against Investment Arbitration, 2010 (zitiert: Thorn/Doucleff, in: The Backlash against Investment Arbitration, S. ...)
- Tietje, Christian, Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 83, Januar 2009 (zitiert: Tietje, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 83, 2009, S. ...)
- Trakman, Leon, Investor State Arbitration or Local Courts: Will Australia set a new trend?, Journal of World Trade, Vol.46, 2012, 83-120 (zitiert: Trakman, Journal of World Trade 46, 2012, S. ...)
- Trittmann Rolf, The interplay between procedural and substantive law in international arbitration, SchiedsVZ, Vol. 1, 2016, 7-15 (zitiert: Trittmann, SchiedsVZ, Vol.1, 2016, S. ...)
- Turner, Peter J., Issues of Scope: Parties, Ownership and Control, in: Albert van den Berg (Hrsg.), International Arbitration 2006: Back to the Basics?, ICCA Congress Series, 2006 Montreal Volume 13, 444-491 (zitiert: Turner, in: International Arbitration 2006, S. ...)
- Valasek, Martin J. / Dumberry, Patrick, Developments in the Legal Standing of Shareholders and Holding Corporations in Investor-State Disputes, ICSID Review, Vol.26(1), 2011, 34-75 (zitiert: Valasek/Dumberry, 26(1) ICSID Review, S. ...)
- Vandevelde, Kenneth J., Bilateral Investment Treaties, History, Policy and Interpretation, 2010 (zitiert: Vandevelde, Bilateral Investment Treaties, S. ...)
- Veermer-Künzli, Annemarieke, As If: The Legal Fiction in Diplomatic Protection, EJIL, Vol.18(1), 2007, 37-68 (zitiert: Vermeer-Künzli, 18(1) EJIL 2007, S. ...)
- Verdross, Alfred / Simma, Bruno, Universelles Völkerrecht – Theorie und Praxis, 3. Auflage, 1984 (Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht, § ...)
- Vitzthum, Wolfgang Graf / Proelß, Alexander (Hrsg.), Völkerrecht, 8. Auflage, 2019 (zitiert: Vitzthum/Proelß, Völkerrecht, Abschnitt ..., Rn. ...)
- Voon, Tania / Mitchell, Andrew / Munro, James, Legal Responses to Corporate Manoeuvring in International Investment Arbitration, 2014 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2316440 (zuletzt besucht am

- 10.11.2021) (zitiert: Voon/Mitchell/Munro, Legal Responses to Corporate Manoeuvring in International Investment Arbitration, S. ...)
- Wallace, Judith, Corporate Nationality, Investment Protection Agreements, and Challenges to Domestic Natural Resources Law: The Implications of Glamis Gold's NAFTA Chapter 11 Claim, *The Georgetown Int'l Envtl. Law Review*, Vol.17, 2005, 365-392 (zitiert: Wallace, *The Georgetown Int'l Envtl. Law Review*, Vol.17, 2005, S. ...)
- Weeramantry, Romesh J., Treaty Interpretation in Investment Arbitration, 2012 (zitiert: Weeramantry, *Treaty Interpretation in Investment Arbitration*, Rn. ...)
- Wehland, Hanno, The Transfer of Investments and Rights of Investors under International Investment Agreements – Some Unresolved Issues, *Arbitration International*, Vol.30(3), 2014, 565-576 (zitiert: Wehland, *Arbitration International*, Vol.30(3), 2014, S. ...)
- Williams, David AR, Jurisdiction and Admissibility, in: Muchlinski / Ortino / Schreuer (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 2008 (zitiert: Williams, in: *The Oxford Handbook of International Investment Law*, S. ...)
- Wisner, Robert / Gallus, Nick, Nationality Requirements in Investor – State Arbitration, *The JWIT*, Vol.5, 2004, 927-945 (zitiert: Wisner/Gallus, *JWIT*, Vol.5, 2004, S. ...)
- Yannaca-Small, Katia, *Arbitration under International Investment Agreements*, 2. Auflage, 2018 (zitiert: Yannaca-Small, *Arbitration under International Investment Agreements*, Rn. ...)

Rechtsprechungsverzeichnis

Sofern nicht anders angezeigt, sind alle Urteile bzw. Schiedssprüche unter <https://www.italaw.com/> oder unter <https://icsid.worldbank.org> abrufbar.

Ad-hoc Arbitration

Alps Finance and Trade AG v. Slovak Republic, Award, 5 March 2011

Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investment Centre and the Government of Ghana, UNCITRAL ad hoc Tribunal, Award on Jurisdiction and Liability, 27 October 1989, 95 ILR 1994, 183

CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic, UNCITRAL, Award, 14 March 2003

CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, 13 September 2001

Eureko B.V. v. Republic of Poland, UNCITRAL, Award (Partial award), 19 August 2005

Gami Investments Inc. v. The Government of the United Mexican States, NAFTA-UNCITRAL, Final Award, 15 November 2004

International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, UNCITRAL, Award, 26 January 2006

Methanex Corporation and United States of America, International Arbitration under Chapter 11 of the NAFTA and the UNCITRAL Arbitration Rules, Final Award on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005

Mr. Franz Sedlmayer v. The Russian Federation, Final Arbitral Award, Ad hoc Arbitration in Stockholm, Schweden, 1998, Stockholm International Arbitration Review 2005(2), 37

National Grid P.L.C. v. Argentine Republic, Award, UNCITRAL Arbitration, 3 November 2008

Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. Latvia, Award, SCC Case No. 118/2001, 16 December 2003

Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada, NAFTA UNCITRAL Investor-State Claim, Award (Interim Merits Award), 26 June 2000

Revere Copper & Brass Inc. v. Overseas Private Investment Corp., Award, American Arbitration Association, 24 August 1978, 17(6) I.L.M. 1321 (1978)

Ronald S. Lauder v. The Czech Republic, UNCITRAL, Award, 3 September 2001

S.D. Myers Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL, Award (First Partial Award), 13 November 2000

ICSID

Abaclat and Others and The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 4 August 2011

ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary, ICISD Case No. ARB/03/16, Award, 2 October 2006

AES Summit Generation Limited and The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, 23 September 2010

Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, 21 October 2005

Amco Asia Corporation v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Jurisdiction, 25 September 1983

Archer Daniels Midland Co. and Tate & Lyle Americas Inc. v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/04/05, Award, 21 November 2007

Autopista Concesionada de Venezuela C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/00/5, Decision on Jurisdiction, 27 September 2001

Azurix Corporation and The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006

Azurix Corporation and The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Decision on Jurisdiction, 8 December 2003

Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/98/7, Award, 1 September 2000 (excerpts)

Benvenuti and Bonfant SRL v. The Government of the Popular Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/77/2, Award, 8 August 1980, 67 ILR 1984, 345

Biwater Gauff Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24 July 2008

Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICISD Case No. ARB/08/5, Decision on Liability, 14 December 2012

Cable Television of Nevis Ltd. and Cable Television of Nevis Holding Ltd. and The Federation of St. Christopher (St. Kitts) and Nevis, ICSID Case No. ARB/95/2, Award, 16 December 1996

Camuzzi International S.A. and The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/2, Decision on Objections to Jurisdiction, 11 Mai 2005

Caratube International Oil Company LLP v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/08/12, Award, 5 June 2012

Cementownia „Nova Huta” S.A. v. Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Award, 17 September 2009

Cemex Caracas Investments B.V. and Cemex Caracas II Investments B.V. and Bolivarian Republic of Venezuela, ICISD Case No. ARB/08/15, Decision on Jurisdiction, 30 December 2010

Cervin Investissements S.A. & Rhone Investissements S.A. v. La República de Costa Rica, ICSID Case No. ARB/13/2, Decsion on Jurisdiction, 15 December 2014

CMS Gas Transmission Company and The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 Mai 2005

CMS Gas Transmission Company and The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 17 July 2003

Compania del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/96/1, Award, 17 February 2000

ConocoPhillips Petrozuata B.V. et al. v. Bolivarian Republic of Venezuela, Decision on Jurisdiction and the Merits, ICSID Case No. ARB/07/30, 3 September 2013

Continental Casualty Company and The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008

Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/03/28, Decision on Jurisdiction, 1 February 2006

El Paso Energy International Company v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 27 October 2011

Electrabel S.A. v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 November 2012

Empresas Lucchetti S.A. and Lucchetti Peru S.A. v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/03/4, Award, 7 February 2005

Enron Corporation & Ponderosa Assets L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, 14 January 2004

Enron Corporation & Ponderosa Assets L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 Mai 2007

Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2, Award, 13 August 2009

Fireman's Fund Insurance Company and The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/02/01, Award, 17 July 2006

Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, 16 September 2003

Grand River Enterprises Six Nations, LTD., et al. v. United States of America, ICSID (UNCITRAL Rules), Award, 12 January 2011

Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18 June 2010

Ioan Micula and others v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 24 September 2008

Lanco v. Argentina, ICSID Case No. ARB/97/6, Decision on Jurisdiction, 8 December 1998

Lao Holdings N.V. v. The Lao People's Democratic Republic, ICSID Case No. ARB(AF)/12/6, Decision on Jurisdiction, 21 February 2014

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International Capital, Inc. and Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006

Libananco Holdings Ltd v. Turkey, ICSID Case No. ARB/06/8, Award, 2 September 2011

Marvin Feldman v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, 16 December 2002

Mera Investment Fund Limited v. Republic of Serbia, ICSID Case No. ARB/17/2, Decision on Jurisdiction, 30 November 2018

Metalclad Corporation and The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000

Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/00/2, Award, 15 March 2002

Mobil Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICISD Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, 10 June 2010

Mr. Eudoro Armando Olguin v. Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/98/5, Award, 26 July 2001

National Gas S.A.E. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/11/7, Award, 3 April 2014

Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, 1 June 2012

Phoenix Action Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009

Plama Consortium Limited and Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8 February 2005

Renée Rose Levy and Grencitel S.A. v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/11/17, Award, 9 January 2015

Rumeli Telekom A.S. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29 July 2008

Sempra Energy International and Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007

Sempra Energy International and Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on Objections to Jurisdiction, 11 Mai 2005

Siemens AG and The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, 3 August 2004

Societe Ouest-Africaine des Betons Industriels v. The Republic of Senegal, ICSID Case No. ARB/82/1, Decision on Jurisdiction, 1 August 1984

Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/1, Award, 7 December 2011

Tanzania Electric Supply Company Limited v. Independent Power Tanzania Limited, ICSID Case No. ARB/98/8, Final Award, 12 July 2001

Tecnicas Medioambientales TECMED S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 Mai 2003

Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/04/15, Award, 13 September 2006

Tenaris S.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/11/26, Award, 29 January 2016

The Loewen Group Inc. and Raymond I. Loewen v. United States of America, ICSID Case No. ARB/98/3, Award, 26 June 2003

The Rompetrol Group N.V. and Romania, ICSID Case No. ARB/06/3, Decision on Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility, 18 April 2008

Tidewater Inc. v. The Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/10/5, Decision on Jurisdiction, 8 February 2013

Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004

Total S.A. & others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Objections to Jurisdiction, 25 August 2006

Total S.A. & others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Liability, 27 December 2010

Transglobal Green Energy LLC and Transglobal Green Panama S.A. v. Republic of Panama, ICSID Case No. ARB/13/28, Award, 2 June 2016

TSA Spectrum of Argentina S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/05/5, Award, 19 December 2008

Vacuum Salt Products Limited v. Government of the Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/92/1, Award, 16 February 1994

Venoklim Holding B.V. v. Republica Bolivariana de Venezuela, ICSID Case No. ARB/12/22, Award, 3 April 2015

Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi and The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Decision on Jurisdiction, 11 April 2007

Waste Mangement Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30 April 2004

IGH

Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007, 582

Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd., Judgement, I.C.J. Reports 1970, 3

Elettronica Sicala S.P.A. (ELSI), Judgment, I.C.J. Reports 1989, 15

Fisheries case, Judgement, I.C.J. Reports 1951, 116

Free Zones of Upper Savoy and District of Gex (Fr. v. Switz.), 1930 P.C.I.J. (ser. A) No. 24 (Order of Dec. 6)

German Interests in Polish Upper Silesia (Germ. v. Pol.), 1925 P.C.I.J. (ser. A) No. 6 (Aug. 25)

Iran–U.S. Claims Tribunal

William Bikoff and George Eisenpresser v. The Islamic Republic of Iran, Award No. 138-82-2, 7 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 1 (June 22, 1984)

Harold Birnbaum v. The Islamic Republic of Iran, Award No. 549-967-2, 29 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 260 (July 6, 1993)

SEDCO Inc. v. National Iranian Oil Company and The Islamic Republic of Iran, Award No. ITL 55-129-3, 9 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 248 (Oct. 24, 1985)

Starrett Housing Corporation et. al. v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Award No. ITL 32-24-1, 4 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 122 (Dec. 19, 1983)

Tippets, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran et. al., Award No. 141-7-2, 6 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 219 (June 22, 1984)

LCIA

Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, LCIA Arbitration, Award, 1 July 2004

PCA

Flemingo Dutyfree Shop Private Limited and The Republic of Poland, PCA, Award, 12 August 2016

Hicee B.V. and The Slovak Republic, PCA Case No. 2009-11, Partial Award, 23 Mai 2011

Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 December 2015

Saluka Investments BV v. The Czech Republic, PCA Arbitration under the UNICITRAL Rules, Partial Award, 17 March 2006

ST-AD GmbH v. Republic of Bulgaria, PCA Case No. 2011-06, Award on Jurisdiction, 18 July 2013

SCC

Charanne B.V. Construction Investments S.A.R.L. v. The Kingdom of Spain, Final Award, Arbitration No. 062/2012, 21 January 2016 (Translation by Mena Chambers)

Einleitung

Das internationale Investitionsschutzrecht hat in der letzten Zeit viel negative mediale Aufmerksamkeit erfahren und auch die öffentliche Meinung begegnet dem Investitionsschutz zunehmend mit Skepsis. Insbesondere der in Investitionsschutzabkommen vorgesehene Streitbeilegungsmechanismus durch Schiedsgerichte wird heute häufig abgelehnt.

Nichtdestotrotz ist die Bedeutungsentwicklung des Investitionsschutzrechts in den letzten Jahren bemerkenswert, vor allem da es sich um ein relativ junges Rechtsgebiet handelt. Erst in den 90er Jahren des 20. Jahrhunderts ist die Zahl der ratifizierten bilateralen Investitionsschutzabkommen (nachfolgend „BIT“) stark angestiegen. Derzeit sind mehr als 2.500 Internationale Investitionsschutzabkommen¹ (nachfolgend „IIA“) in Kraft.² Die praktische Bedeutung des Rechtsgebiets zeigt sich insbesondere in der zunehmenden Zahl der Investorklagen vor internationalen Schiedsgerichten – zum 31. Dezember 2020 waren 354 investitionsrechtliche Streitigkeiten bei Schiedsgerichten anhängig und insgesamt wurden 1.104 Klagen anhängig gemacht, wovon bereits 740 Klagen entschieden wurden.³

Auch die mediale Präsenz der seit 2017 pausierten Gespräche⁴ zu einem EU-U.S.-Abkommen über eine Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (nachfolgend „TTIP“) zeigt, wie bedeutend das Investitionsschutzrecht geworden ist.

Jedoch wird das durch das Investitionsrecht geschaffene Schutzsystem nicht ausnahmslos befürwortet. Die in den letzten Jahren in Deutschland geführte Diskussion über das TTIP, insbesondere über den darin enthaltenen Streitbeilegungsmechanismus, verdeutlicht, dass die Möglichkeit der Investoren, Staaten vor Schiedsgerichten zu verklagen, nicht nur positive Resonanz findet. Die Kritik geht sogar so weit, private Schiedsgerichte als verfassungswidrig abzulehnen.⁵ Zudem hinterfragen auch Staaten zunehmend die Legalität des

¹ Die Verwendung des Begriffs „*Internationale Investitionsschutzabkommen*“ ist abzugrenzen von dem des BIT, einem Abkommen zwischen zwei Staaten zum Schutz von Investitionen. Der Begriff des IIA umfasst als Oberbegriff BITs, aber auch multilaterale Abkommen.

² Schöbener, WiVerw 2009/1, S. 5; UNCTAD Übersicht, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements> (zuletzt besucht am 10.11.2021).

³ UNCTAD-Übersicht, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement> (zuletzt besucht am 14.12.2021).

⁴ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP), <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Dossier/ttip.html> (zuletzt besucht am 10.11.2021).

⁵ Broß, Freihandelsabkommen, S. 14 ff.

Investitionsschutzrechts, unter anderem auf Grund der Missbrauchsmöglichkeiten des investitionsrechtlichen Schutzsystems durch Investoren.

A. Untersuchungsinteresse

Die Bedeutung und Bestimmung von Kontrolle – allgemein wird unter Kontrolle die bestimmende Einflussnahme auf die Tätigkeit eines Unternehmens verstanden – hat bisher im Investitionsschutzrecht wenig Beachtung gefunden. Dabei ist Kontrolle prozessual und materiell von Relevanz: zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit von juristischen Personen im Rahmen der Zuständigkeit von Schiedsgerichten sowie zur Feststellung des Vorliegens einer indirekten Enteignung.

Von Interesse ist daher, welche Bedeutung Kontrolle in diesen beiden Bereichen hat und inwieweit Gemeinsamkeiten innerhalb der beiden Bereiche bestehen. Vor allem soll hierbei die Bedeutung von Kontrolle zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit von juristischen Personen näher beleuchtet werden. Grundsätzlich kann die Staatszugehörigkeit einer juristischen Person nach drei verschiedenen Theorien bestimmt werden: der Gründungs-, Sitz- und Kontrolltheorie. Je nachdem welche Theorie zur Anwendung kommt, kann die Staatszugehörigkeit der juristischen Person variieren. Dies kann einen erheblichen Einfluss auf die Zuständigkeit von Schiedsgerichten haben. Zudem ist ungeklärt, ob Kontrolle darüber hinaus im Investitionsschutzrecht Bedeutung zukommt oder zukommen könnte, unter anderem als Korrektiv zur Verhinderung von Missbräuchen durch Investoren.

Fraglich ist auch, wie Kontrolle im Investitionsschutzrecht zu bestimmen ist. Dies ist von besonderem Interesse, da keine allgemeingültigen Kriterien zur Bestimmung von Kontrolle im Investitionsschutzrecht bestehen.

Diese Fragestellungen machen eine genaue Untersuchung erforderlich.

B. Problemstellung

Die Konvention des *International Centre for the Settlement of Investment Disputes* (nachfolgend „ICSID“) verzichtet bewusst auf eine genaue Definition der Staatszugehörigkeit von juristischen Personen. Folglich lässt die ICSID-Konvention keinen unmittelbaren Rückschluss auf die Bedeutung und Bestimmung von Kontrolle zu.

Mangels Definition herrscht daher im Hinblick auf die Zuständigkeit von ICSID-Schiedsgerichten keine Einigkeit, welche Theorie zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit von juristischen Personen Anwendung findet. Die Gründungs-, Sitz- und Kontrolltheorie können entweder in Kombination, alternativ oder ausschließlich verwendet werden und sich je nachdem restriktiv oder extensiv auf die Zuständigkeit von Schiedsgerichten auswirken.⁶ Grundsätzlich sind nur die Gründungs- und die Sitztheorie – beide nehmen eine formale Bestimmung vor – allgemein anerkannt. Eine rein formale Bestimmung der Staatszugehörigkeit ermöglicht es jedoch Investoren, ihre Investition über Unternehmensstrukturen zu tätigen (nachfolgend „*Strukturierungskonstellationen*“), die als missbräuchlich zu qualifizieren sind.⁷ Im Gegensatz dazu bestimmt die Kontrolltheorie die Staatszugehörigkeit nach wirtschaftlichen Kriterien und kann daher zu anderen Ergebnissen als die beiden formalen Theorien führen.

Missbräuchliche Strukturierungskonstellationen durch Investoren verstoßen gegen den Sinn und Zweck der ICSID-Konvention, nach dem nur originäre Investoren geschützt werden sollen. Als *originär* sind Investoren anzusehen, die (i) einen tatsächlichen Bezug zu dem Staat haben, dessen investitionsrechtliches Schutzsystem sie geltend machen und (ii) nicht Staatsangehörige des Gaststaates sind. Folglich wird zunehmend gefordert, dass der Zugang von nicht originären Investoren zu Schiedsgerichten eingeschränkt werden müsse, da deren

⁶ Perkams, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 106, S. 13; Thorn/Douclevff, in: *The Backlash against Investment Arbitration*, S. 8 ff.

⁷ Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, S. 199.

Missbräuche zu starken Vertrauenseinbußen führten.⁸ Es wird sogar vorgeschlagen, das investitionsrechtliche Schiedssystem ganz aufzugeben.⁹

Daher stellt sich die Frage, ob Schiedsgerichte die Kontrolltheorie bei der Bestimmung der Staatszugehörigkeit von juristischen Personen berücksichtigen können und sollten. Insbesondere ist fraglich, ob die Kontrolltheorie als Korrektiv dienen kann, um Missbräuche der juristischen Person und des investitionsrechtlichen Schiedssystems zu verhindern. Um die Bedeutung des investitionsrechtlichen Schutzsystems nicht zu gefährden, müssen jedenfalls Maßnahmen getroffen werden, um Missbräuche zu verhindern.

Ferner ist bei einer Anwendung der Kontrolltheorie als Korrektiv zu klären, wie diese bestimmt wird. Anhaltspunkte können aus der Bestimmung im Rahmen der Kontrolltheorie sowie im investitionsrechtlichen Enteignungsrecht gewonnen werden. Insbesondere ist zu entscheiden, ob Kontrolle (i) subjektiv oder objektiv, (ii) direkt oder indirekt zu bestimmen ist und (iii) welche Form und welchen Umfang Kontrolle aufweisen muss. Im Rahmen des Enteignungsrechts können Erkenntnisse zur Bestimmung von Kontrolle aus den von Schiedsgerichten im Einzelfall aufgestellten Kriterien zum Vorliegen eines Kontrollverlusts erzielt werden. Von Interesse ist anschließend, inwieweit sich einheitliche Kriterien anhand einer Betrachtung der Bestimmung von Kontrolle in diesen beiden Gebieten herausarbeiten lassen. Das Bestehen von einheitlichen Kriterien zur Bestimmung von Kontrolle würde Rechtssicherheit schaffen und die praktische Anwendbarkeit der Kontrolltheorie fördern.

In Anbetracht der Vielzahl von IIA sollen nicht einzelne Abkommen beleuchtet werden. Stattdessen wird anhand der ICSID-Konvention erarbeitet, welche Theorien zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit von juristischen Personen Anwendung finden und welche Bedeutung der Kontrolltheorie zukommt sowie anhand welcher Kriterien Kontrolle zu bestimmen ist.

⁸ UNCTAD, IIA Issues Note, No. 3, 2013, S. 3, 7 ff., http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4_en.pdf (zuletzt besucht am 10.11.2021); De Brabandere, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol.3(3), 2012, S. 611.

⁹ UNCTAD, IIA Issues Note, No. 3, 2013, S. 7, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4_en.pdf (zuletzt besucht am 10.11.2021).

C. Gang der Untersuchung

Im ersten Kapitel wird auf die Bedeutung von Kontrolle zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit von juristischen Personen eingegangen. In diesem Zusammenhang werden die Sitz-, Gründungs- und Kontrolltheorie näher dargestellt und festgestellt, dass allein die beiden formalen Theorien allgemein anerkannt sind. Den Hauptteil der Untersuchung bildet daher die Auslegung der ICSID-Konvention, um festzustellen, ob neben den formalen Theorien eine Heranziehung der Kontrolltheorie möglich ist. Dies wird jedoch grundsätzlich abzulehnen sein.

Daher wird im zweiten Kapitel auf die Möglichkeit der Anwendung der Kontrolltheorie als Korrektiv zur Verhinderung von Missbräuchen eingegangen. Eine Auslegung der ICSID-Konvention nach ihrem Sinn und Zweck zeigt, dass diese eine Ergebniskorrektur bei Missbräuchen zulässt. Daher werden Strukturierungskonstellationen von Investoren – Klagen von Investoren gegen ihren Heimatstaat und das *treaty shopping* –, die missbräuchlich sein könnten, betrachtet und Kriterien für die Annahme eines Missbrauchs aufgestellt. Zudem wird festgestellt, dass mangels anderer Maßnahmen zur Verhinderung von Missbräuchen bei Strukturierungskonstellationen von Investoren die Heranziehung der Kontrolltheorie als Korrektiv erforderlich ist.

Das dritte Kapitel befasst sich mit der näheren Bestimmung dessen, was unter Kontrolle zu verstehen ist. Es wird herausgearbeitet, dass Kontrolle objektiv, indirekt nach dem endgültigen Kontrollinhaber sowie material zu bestimmen ist. Es wird zudem erörtert, bei Vorliegen welcher Kriterien Schiedsgerichte im Rahmen einer indirekten Enteignung einen Kontrollverlust angenommen haben. Hierdurch lassen sich Form und Umfang von Kontrolle näher bestimmen. Eine weitere Konkretisierung der Kriterien für die Bestimmung von Kontrolle wird durch einen entsprechenden Vergleich mit anderen Rechtsgebieten erreicht.

Abschließend werden im vierten Kapitel die Ergebnisse zur Bedeutung der Kontrolltheorie als Korrektiv zur Verhinderung von Missbräuchen sowie zur einheitlichen Bestimmung von Kontrolle zusammengeführt und Thesen zur Bedeutung von Kontrolle im internationalen Investitionsschutzrecht aufgestellt.

1. Kapitel: Bedeutung von Kontrolle zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit von juristischen Personen

Ein Chamäleon kann sein Erscheinungsbild abhängig von Temperatur, Licht und Gefühlen ändern und seiner Umgebung anpassen. Diese Fähigkeit ermöglicht es ihm, Jägern zu entkommen und mit anderen seiner Artgenossen zu kommunizieren.¹⁰

Auch juristische Personen besitzen die Fähigkeit, einen Teil ihrer Erscheinung einfach ändern zu können: ihre Staatszugehörigkeit. Das Gesellschaftsrecht ermöglicht es Unternehmen, ohne größeren Aufwand die Staatszugehörigkeit eines anderen Staates anzunehmen. Dies kann unter anderem durch die Neugründung von Tochterunternehmen innerhalb einer Konzernstruktur oder durch eine Sitzverlegung erfolgen, da die Staatszugehörigkeit einer juristischen Person grundsätzlich anhand formaler Gesichtspunkte bestimmt wird. So können Gesellschaften, wie ein Chamäleon, ihre Staatszugehörigkeit verbergen. Gerade im Investitionsschutzrecht ist diese Fähigkeit der juristischen Personen von Bedeutung, da deren Staatszugehörigkeit über die Eröffnung des personalen Schutzbereichs eines IIA entscheidet.¹¹

¹⁰ Wallace, The Georgetown Int'l Env'tl. Law Review, Vol.17, 2005, S. 365.

¹¹ Hansen, Journal of Arbitration and Mediation, Vol.1(1), 2010, S. 81.

A. Relevanz der Staatszugehörigkeit von juristischen Personen im Investitionsschutzrecht

Das Investitionsschutzrecht ist durch den Abschluss von Verträgen zwischen zwei Staaten grundsätzlich¹² bilateral ausgerichtet. IIA schützen nur staatszugehörige¹³ Investoren des Staates, mit dem ein IIA abgeschlossen wurde.¹⁴ Gesellschaften, die vom Schutz eines IIA profitieren möchten, müssen daher darlegen, dass sie die Staatszugehörigkeit des Staates besitzen, mit dem das jeweilige IIA abgeschlossen wurde.

Bevor näher auf die Bestimmung der Staatszugehörigkeit von juristischen Personen eingegangen wird, gilt es zu klären, auf welche prozessuale Einrede sich der verklagte Staat berufen kann, sollte der klagende Investor nicht die relevante Staatszugehörigkeit innehaben. In Betracht kommen die Einrede der Unzuständigkeit sowie der Unzulässigkeit.¹⁵

Diese Unterscheidung hat wichtige prozessuale Auswirkungen. Die Zuständigkeit betrifft die Kompetenz des Schiedsgerichts, den vorgelegten Rechtsstreit zu entscheiden. Die Zulässigkeit behandelt die Frage, ob gegen einen Anspruch irgendwelche (gegebenenfalls auch vorübergehende) Hindernisse bestehen, welche die Entscheidung durch das Schiedsgericht verhindern.¹⁶ Bei beiden Alternativen prüft das Schiedsgericht nicht die materiell-rechtliche Begründetheit der Schiedsklage.¹⁷

¹² An multilateralen Abkommen, wie dem NAFTA, sind mehrere Staaten beteiligt. Solche Abkommen stellen aber nicht die Mehrheit der Verträge im Investitionsschutzrecht dar, sondern BITs.

¹³ Im Rahmen dieser Arbeit sind nur juristische Personen als Investoren von Bedeutung. Daher wird bei Investoren immer nur auf die Staatszugehörigkeit von Gesellschaften eingegangen und nicht auf die Staatsangehörigkeit von natürlichen Personen, die auch als Investoren auftreten können.

¹⁴ Wallace, *The Georgetown Int'l Envtl. Law Review*, Vol.17, 2005, S. 366; McLachlan/Shore/Weiniger, *International Investment Arbitration*, Rn. 5.01; Feldman, *27(2) ICSID Review*, S. 283.

¹⁵ Siehe hierzu auch Markert, *Streitschlichtungsklauseln in Investitionsschutzabkommen*, S. 94 ff. m.w.N. sowie zur Frage, ob eine Differenzierung rechtlich zulässig ist.

¹⁶ Santacrocce, *Arbitration International*, Vol. 33, 2017, S. 540.

¹⁷ Hwang /Cheng Lim, in: *Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration*, S. 266; Santacrocce, *Arbitration International*, Vol. 33, 2017, S. 540.

I. Keine Relevanz der Staatszugehörigkeit für die Zulässigkeit

Der Fokus der Zulässigkeit liegt auf der Schiedsklage und damit dem eingeklagten Anspruch an sich; nicht der Kompetenz des Schiedsgerichts, den Rechtsstreit zu entscheiden.¹⁸ Daher ist eine Schiedsklage unzulässig, wenn der Geltendmachung des materiell-rechtlichen Anspruchs vorübergehende oder dauerhafte rechtliche Hindernisse entgegenstehen.¹⁹ In diesem Fall, kann das Schiedsgericht entweder das Schiedsverfahren aussetzen oder die Schiedsklage als unzulässig abweisen.

Nachdem die Staatszugehörigkeit eines Investors jedoch keine Auswirkungen auf den geltend gemachten materiell-rechtlichen Anspruch hat, besteht folglich auch keine Relevanz der Staatszugehörigkeit für die Zulässigkeit.

II. Relevanz der Staatszugehörigkeit für die Zuständigkeit

Die Zuständigkeit betrifft die Kompetenz des Schiedsgerichts über eine ihm vorgelegte investitionsrechtliche Streitigkeit zu entscheiden.²⁰ Ein Schiedsgericht ist nur befugt solche Streitigkeiten zu entscheiden, die ihm von den Parteien im Rahmen der Parteiautonomie übertragen wurden.²¹

1. Zuständigkeit von (nicht ICSID) Schiedsgerichten

Schiedsgerichte stellen grundsätzlich keine eigenen Zuständigkeitsvoraussetzungen auf. Diese ergeben sich vielmehr regelmäßig aus der Schiedsvereinbarung der Parteien. Eine Schiedsvereinbarung kann beispielsweise bestimmen, dass jeder Streit an ein nach der

¹⁸ Santacrocce, *Arbitration International*, Vol. 33, 2017, S. 545.

¹⁹ Santacrocce, *Arbitration International*, Vol. 33, 2017, S. 546.

²⁰ Hwang /Cheng Lim, in: *Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration*, S. 266 m.w.N.

²¹ Blackaby/Partasides, *International Arbitration*, Rn. 5.91 m.w.N.; Santacrocce, *Arbitration International*, Vol. 33, 2017, S. 543 m.w.N.

Schiedsordnung der *International Chamber of Commerce* (nachfolgend „ICC“) ernanntes Schiedsgericht verwiesen wird, womit dessen Zuständigkeit begründet wird.²²

IIA legen die Zuständigkeitsvoraussetzungen selbst fest. Sie enthalten häufig eine bedingte Zustimmung des Gaststaates, dass ein Schiedsverfahren von einem Investor eingeleitet werden kann.²³ Daher muss bei einem Streit auf Grundlage eines IIA nur noch der Investor seine Zustimmung zur Durchführung des Schiedsverfahrens geben, die regelmäßig mit Klageeinreichung vorliegt. Somit ist die Zuständigkeit gegeben, wenn der klagende Investor die Anforderungen des jeweiligen IIA erfüllt.²⁴ Eine dieser Anforderungen ist es, dass der Investor Staatszugehöriger des jeweiligen IIA-Vertragsstaates ist.

2. Zuständigkeit eines ICSID-Schiedsgerichts

Das ICSID wurde durch die Weltbank aufgrund der 1966 in Kraft getretenen *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* gegründet. Das Ziel der Konvention ist es, ein investitionsfreundliches Klima zu schaffen und dadurch die wirtschaftliche Entwicklung der Vertragsstaaten zu fördern.²⁵ Zurzeit haben 154 Staaten die ICSID-Konvention ratifiziert.²⁶ Die Gründung des ICSID wird als „*major step toward promoting an atmosphere of mutual confidence and thus stimulating a larger flow of private international capital into those countries which wish to attract it*“²⁷ angesehen. Das ICSID erfreut sich seit den 90er Jahren des 20. Jahrhunderts steigender Beliebtheit.²⁸ Viele Investoren legen einen Streit einem ICSID-Schiedsgericht vor, da dieses den institutionellen Rahmen und die prozessualen Möglichkeiten bietet, eine Investitionsstreitigkeit zu entscheiden.

²² Art. 6 ICC Arbitration Rules 2012, <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages/> (zuletzt besucht am 10.11.2021).

²³ Paulsson, 10(2) ICSID Review, S. 232 ff.

²⁴ Griebel, Internationales Investitionsrecht, S. 126 ff.; Markert, Streitschlichtungsklauseln in Investitionsschutzabkommen, S. 118 ff. m.w.N.; Romanetti, 29(3) Journal of International Arbitration, S. 232.

²⁵ Dolzer/Schreuer, Principles of International Investment Law, S. 238.

²⁶ Übersicht der Staaten, welche die ICSID-Konvention ratifiziert haben, <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx> (zuletzt besucht am 10.11.2021).

²⁷ Sinclair, ICSID's Nationality Requirements, S. 85.

²⁸ UNCTAD, IIA Issues Note, No. 1, 2013, S. 2, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d3_en.pdf (zuletzt besucht am 10.11.2021).

a) Zuständigkeitsvoraussetzungen

Das ICSID unterscheidet sich von anderen Schiedsgerichtsinstitutionen dadurch, dass es besondere Zuständigkeitsvoraussetzungen – neben denen des IIA – in Art. 25 der ICSID-Konvention normiert. Diese Zuständigkeitsvoraussetzungen der ICSID-Konvention können von den Parteien nicht abbedungen werden.²⁹ Sie haben einen objektiven Gehalt, der nicht zur Disposition steht.³⁰ Demnach müssen für die Zuständigkeit eines ICSID-Schiedsgerichts zwei Bedingungen erfüllt werden³¹: die des jeweiligen IIA und die von Art. 25 der ICSID-Konvention.³² Allein die Erfüllung der Voraussetzungen des IIA ist im Rahmen des ICSID nicht ausreichend. Parteien grenzen ihren Ermessensspielraum somit bewusst ein, wenn sie einen Streit einem ICSID-Schiedsgericht vorlegen.³³ Falls der Investor frei bestimmen möchte, in welchen Fällen die Zuständigkeit gegeben ist, kann er den Streit einem anderen Schiedsgericht vorlegen. Ad-hoc-Schiedsverfahren oder Verfahren unter Anwendung anderer Schiedsgerichtsordnungen – beispielsweise den UNCITRAL Arbitration Rules³⁴ – stützen sich lediglich auf das IIA zur Ermittlung der Zuständigkeit.

Zwar ist nach der Ansicht von Aron Broches, dem „Gründungsvater“³⁵ der ICSID-Konvention, die Staatszugehörigkeit im Sinne der ICSID-Konvention von geringerer Bedeutung als beim diplomatischen Schutz, da sie lediglich dem Investor ermöglicht, einem ICSID-Schiedsgericht einen Streit vorzulegen. Dennoch ist die Staatszugehörigkeit für Investoren der Schlüssel zum investitionsrechtlichen Schutzsystem.³⁶

Nach Art. 25 der ICSID-Konvention erstreckt sich die Zuständigkeit eines ICSID-Schiedsgerichts auf „*any legal dispute out of an investment, between a Contracting State and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to*

²⁹ Williams, in: The Oxford Handbook of International Investment Law, S. 871.

³⁰ Addison-Agyei, Nationality Planning und Treaty Shopping im Internationalen Investitionsschutzrecht, S. 88.

³¹ Caron, in: Investment Treaty Arbitration and International Law, S. 120.

³² Caron, in: Investment Treaty Arbitration and International Law, S. 121; Sinclair, ICSID's Nationality Requirements, S. 89; TSA Spectrum of Argentina S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/05/5, Award, 19 December 2008, para. 145; die Reihenfolge der Prüfung ist nicht zwingend, es müssen nur beide Zuständigkeitsvoraussetzungen kumulativ erfüllt werden.

³³ IIA geben Parteien häufig die Wahl zwischen mehreren unterschiedlichen Schiedsinstitutionen, bei denen eine Klage erhoben werden kann.

³⁴ UNCITRAL Arbitration Rules, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/arb-rules-revised-2010-e.pdf> (zuletzt besucht am 10.11.2021).

³⁵ Astorga, The Nationality of Juridical Persons, S. 442.

³⁶ Broches, Chairman's Report on the Preliminary Draft of the Convention, July 9, 1964, Doc Z 11, History of the ICSID Convention, Vol. II, Part 1, S. 579 ff.

*submit to the Centre*³⁷. Folglich stellt die ICSID-Konvention eigene Zuständigkeitsvoraussetzungen *ratione temporis*, *ratione materiae* und *ratione personae* auf, die neben denen des IIA erfüllt sein müssen.

b) Zuständigkeit *ratione temporis*

Dieser Aspekt grenzt die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts dahingehend ein, dass Investoren grundsätzlich nur Schutz vor solchen Maßnahmen des Gaststaates genießen, die getätigt wurden, nachdem der relevante IIA ratifiziert wurde.³⁸ Investitionsrechtliche Streitigkeiten, die entstanden³⁹ sind, bevor der jeweilige Gaststaat der Streitbeilegung durch ein Schiedsgericht zugestimmt hat, müssen mangels Zuständigkeit *ratione temporis* abgewiesen werden.⁴⁰ Darüberhinaus ist erforderlich, dass die klagende Partei zum Zeitpunkt der Streitigkeit bereits ein geschützter Investor ist.⁴¹ Zudem verlangt die ICSID-Konvention, dass die Staaten im Zeitpunkt der Vorlage einer Streitigkeit vor ein ICSID-Schiedsgericht Vertragsstaaten der ICSID-Konvention sind.⁴²

Demnach ist die Staatszugehörigkeit von juristischen Personen für die Zuständigkeit *ratione temporis* nicht von Relevanz.

c) Zuständigkeit *ratione materiae*

Die materielle Zuständigkeit bestimmt, welche Art von Klagen einem Schiedsgericht vorgelegt werden können.⁴³ Die ICSID-Konvention verlangt hier, dass sich die Rechtsstreitigkeit aus einer Investition ergibt.⁴⁴

³⁷ Art. 25(1) ICSID-Konvention.

³⁸ Sabahi/Rubins/Wallace, Investor-State Arbitration, S. 412 et seq.

³⁹ Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/03/28, Decision on Jurisdiction, 1 February 2006, para. 148; zur Entstehung einer Streitigkeit siehe im Detail unten unter 2. Kapitel, B. IV.2.c).

⁴⁰ Douglas, The International Law of Investment Claims, S. 145, 329 ff.

⁴¹ ST-AD GmbH v. Republic of Bulgaria, PCA Case No. 2011-06, Award on Jurisdiction, 18 July 2013, paras. 298 ff.

⁴² Griebel, Internationales Investitionsrecht, S. 134.

⁴³ Douglas, The International Law of Investment Claims, S. 145, 233 ff.

⁴⁴ Hwang /Cheng Lim, in: Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration, S. 270; Griebel, Internationales Investitionsrecht, S. 127.

Folglich ist für die Zuständigkeit *ratione materiae* die Staatsangehörigkeit bzw. -zugehörigkeit irrelevant. Daher ist im Folgenden auf die Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Definition einer Investition sowie der weiteren Konkretisierung dieses Aspekts der Zuständigkeit nicht weiter einzugehen.

d) Zuständigkeit *ratione personae*

Die Zuständigkeit *ratione personae* bezieht sich auf den im internationalen Investitionsschutzrecht geschützten Personenkreis.⁴⁵ Parteien einer investitionsrechtlichen Streitigkeit können nur der Vertragsstaat, in dem die Investition getätigt wurde, sowie der staatsangehörige bzw. staatszugehörige Investor des anderen Unterzeichnerstaates sein.⁴⁶

Folglich ist die Staatszugehörigkeit von juristischen Personen zentral für die Zuständigkeit *ratione personae* eines Schiedsgerichts.⁴⁷

III. Zwischenergebnis

Die Staatszugehörigkeit von juristischen Personen entscheidet über die Zuständigkeit *ratione personae* eines Schiedsgerichts.

Nachdem geklärt wurde, auf welche Einrede sich der verklagte Staat berufen kann, sollte der klagende Investor nicht die relevante Staatszugehörigkeit innehaben, wird im Folgenden unter B. auf die Theorien zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit von juristischen Personen und unter C. auf die Bestimmung der Staatszugehörigkeit von juristischen Personen im Investitionsschutzrecht eingegangen.

⁴⁵ Douglas, *The International Law of Investment Claims*, S. 145, 285 ff.

⁴⁶ Hwang /Cheng Lim, in: *Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration*, S. 270; Griebel, *Internationales Investitionsrecht*, S. 129.

⁴⁷ Tercier / Tran Thang, in: *Building International Investment Law*, S. 147.

B. Theorien zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit von juristischen Personen

Zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit einer juristischen Person sind die formalen Theorien herrschend, welche die Staatszugehörigkeit nach dem Gründungsort oder dem Sitz der Gesellschaft bestimmen.⁴⁸ Neben den formalen Theorien gibt es zudem noch die Kontrolltheorie, welche die Staatszugehörigkeit nach materialen Kriterien bestimmt.⁴⁹

Der herrschende formale Ansatz hat den Nachteil, dass er wirtschaftliche Verhältnisse der Gesellschaft nicht berücksichtigt und zu widersprüchlichen Ergebnissen führen kann.⁵⁰ Dies zeigte sich vor allem in der *Tokios Tokeles*-Entscheidung⁵¹, in der ein ICSID-Schiedsgericht einem Investor erlaubte, eine Klage gegen seinen eigenen Heimatstaat zu erheben, da er die Investition über eine in einem anderen Staat gegründete Gesellschaft getätigt hatte, die er kontrollierte. Zwar besaß die Gesellschaft nach der formalen Theorie die Staatszugehörigkeit eines anderen Staates, die Gesellschaft gehörte aber, bei einer wirtschaftlichen Betrachtung, einem Staatsangehörigen des beklagten Staates. Dies zeigt, dass die herrschenden formalen Theorien im heutigen Umfeld der global tätigen, multinationalen Unternehmen unzureichend sein können.⁵² Dieser Nachteil ließe sich durch die Anwendung der Kontrolltheorie beheben, welche die Bestimmung der Staatszugehörigkeit nach wirtschaftlichen Kriterien vornimmt.

Die Gründungs-, Sitz- und Kontrolltheorie können ausschließlich, in Kombination oder alternativ verwendet werden.⁵³ Im Folgenden wird unter I. und II. auf die formalen Theorien eingegangen und danach unter III. auf die Kontrolltheorie.⁵⁴

⁴⁸ Erläuterungen zu diesen Theorien weiter unten unter B. I und B. II.

⁴⁹ UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II – Scope and Definition (UN, 2011), S. 81, https://unctad.org/en/Docs/diaeia20102_en.pdf (zuletzt besucht am 10.11.2021).

⁵⁰ Caron, in: *Investment Treaty Arbitration and International Law*, S. 129.

⁵¹ *Tokios Tokeles v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004.

⁵² Tercier / Tran Thang, in: *Building International Investment Law*, S. 151.

⁵³ Perkams, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 106, S. 13; Thorn/Douclevff, in: *The Backlash against Investment Arbitration*, S. 8 ff; UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II – Scope and Definition (UN, 2011), S. 81, https://unctad.org/en/Docs/diaeia20102_en.pdf (zuletzt besucht am 10.11.2021).

⁵⁴ Die Ausführungen hierzu beziehen sich jeweils auf die Bestimmung der Staatszugehörigkeit einer Gesellschaft nach diesen Theorien. Die Rechtsfähigkeit von Gesellschaften, die sich ebenfalls nach diesen Theorien richtet, wird ausgeblendet. Die Probleme, die sich zum Beispiel aus einer Sitzverlegung für die Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft ergeben können, sind nicht Gegenstand dieser Arbeit. Auf die Rechtsfähigkeit von Gesellschaften wird nur bei ausdrücklicher Erwähnung eingegangen.

I. Gründungstheorie

Als eine der beiden formalen Theorien wird die Gründungstheorie vertreten, gemäß der die Gesellschaft die Staatszugehörigkeit des Staates besitzt, nach dessen nationalem Recht sie gegründet wurde.⁵⁵

Die Gründungstheorie entwickelte sich im 18. Jahrhundert in England aus dem Bedürfnis der Kolonialmacht, eine Gesellschaft nach nationalem englischem Recht inkorporieren zu können und damit ihre Geschäftstätigkeit im Ausland diesem Recht zu unterstellen.⁵⁶

Der Vorteil der Gründungstheorie liegt darin, dass diese ein einheitlich anwendbares Kriterium für die Bestimmung der Staatszugehörigkeit einer Gesellschaft bietet, da der Staat der Gründung leicht festgestellt werden kann und konstant ist.⁵⁷ Zudem gewährt diese Theorie internationalen Bewegungsspielraum, denn es kommt bei ihr nicht auf die tatsächliche Verankerung der Gesellschaft an.⁵⁸

Kritisiert wird an der Gründungstheorie, dass diese zu einer Zugehörigkeit zu einem Staat führen kann, zu dem die Gesellschaft keine tatsächliche Verbindung hat.⁵⁹ Dies ermöglicht es Investoren, Gesellschaften nach Belieben in verschiedenen Staaten zu gründen und dadurch deren Staatszugehörigkeit zu erlangen, obwohl keine tatsächliche Verbindung zu diesem

⁵⁵ Schreuer, *The ICSID Convention*, Art. 25, Rn. 694; Herdegen, *Internationales Wirtschaftsrecht*, § 16 Rn. 4; Süß/Wachter, *Handbuch des internationalen GmbH-Rechts*, Rn. 1; Thorn/Douclevy, in: *The Backlash against Investment Arbitration*, S. 6 ff.; Schokkaert/Heckscher, *International Investment Protection*, S. 243 ff.; Nerets, *Nationality of investors in ICSID arbitration*, S. 21; Astorga, *The Nationality of Juridical Persons*, S. 429; OECD, *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations*, Chapter 1, *Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements*, 2008, S. 20, <http://www.oecd.org/dataoecd/3/7/40471468.pdf> (zuletzt besucht am 10.11.2021); Franke, *Der personelle Anwendungsbereich des internationalen Investitionsschutzrechts*, S. 82; Schöbener, in: Schöbener, *Völkerrecht*, S. 426.

⁵⁶ Kindler, in: *IntGesR*, Rn. 362; Großfeld, in: *Internationales Gesellschaftsrecht*, Rn. 31; Süß/Wachter, *Handbuch des internationalen GmbH-Rechts*, Rn. 3; Baumgartner, *Treaty Shopping in International Investment Law*, S. 74.

⁵⁷ Kindler, in: *IntGesR*, Rn. 364; Herdegen, *Internationales Wirtschaftsrecht*, § 16 Rn. 4; UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II – Scope and Definition (UN, 2011), S. 82, https://unctad.org/en/Docs/diaeia20102_en.pdf (zuletzt besucht am 10.11.2021); Franke, *Der personelle Anwendungsbereich des internationalen Investitionsschutzrechts*, S. 82; Schöbener, in: Schöbener, *Völkerrecht*, S. 426; Baumgartner, *Treaty Shopping in International Investment Law*, S. 75.

⁵⁸ Großfeld, in: *Internationales Gesellschaftsrecht*, Rn. 22.

⁵⁹ Herdegen, *Internationales Wirtschaftsrecht*, § 16 Rn. 4; UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II – Scope and Definition (UN, 2011), S. 82, https://unctad.org/en/Docs/diaeia20102_en.pdf (zuletzt besucht am 10.11.2021); Schöbener, in: Schöbener, *Völkerrecht*, S. 426.

('Heimat')-Staat besteht.⁶⁰ Die von Investoren hierbei gewählten Strukturierungskonstellationen können unter bestimmten Umständen missbräuchlich sein.⁶¹

1. Europarecht

Innerhalb der Europäischen Union (nachfolgend „EU“) findet die Gründungstheorie vermehrt Anwendung, um die Rechtsfähigkeit einer juristischen Person zu bestimmen.⁶² Die Gründungstheorie gestattet es Gesellschaften, trotz Verlagerung ihres Verwaltungssitzes, dem Recht ihrer Gründung unterstellt zu bleiben.⁶³ Dies ist vor allem zur Durchsetzung der Niederlassungsfreiheit aus Art. 49, 54 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (nachfolgend „AEUV“) von Bedeutung, da bei Zuzugsfällen allein die Gründungstheorie mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar ist. Zu diesem Ergebnis gelangte der Europäische Gerichtshof (nachfolgend „EuGH“) in Sachen *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art*, was zu einer starken Einschränkung der Sitztheorie und zur Ablösung dieser durch die Gründungstheorie geführt hat.⁶⁴

Nach der *Centros*-Entscheidung muss eine nach englischem Recht gegründete Gesellschaft, eine Zweigniederlassung in den Niederlanden errichten können, ohne hierbei die Rechtsfähigkeit zu verlieren.⁶⁵ In *Überseering* entschied der EuGH, dass es mit der Niederlassungsfreiheit unvereinbar sei, dass bei einer Sitzverlegung in einen anderen Mitgliedstaat eine wirksam gegründete juristische Person ihre Rechtsfähigkeit verlieren könne, wenn der Zuzugsstaat der Sitztheorie folge.⁶⁶ Demnach ist jeder Mitgliedstaat verpflichtet, die Rechtsfähigkeit einer in einem anderen Mitgliedstaat wirksam gegründeten Gesellschaft anzuerkennen.⁶⁷ Der EuGH entwickelte seine Entscheidungslinie in *Inspire Art* fort, indem er es als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit ansah, wenn ein Mitgliedstaat die Errichtung einer Zweigniederlassung durch zusätzliche inländische Voraussetzungen

⁶⁰ UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II – Scope and Definition (UN, 2011), S. 82, https://unctad.org/en/Docs/diaeia20102_en.pdf (zuletzt besucht am 10.11.2021); Baumgartner, Treaty Shopping in International Investment Law, S. 75.

⁶¹ Hierzu siehe unten im zweiten Kapitel unter B. III.

⁶² Kindler, in: IntGesR, Rn. 366; Heinze, in: MüKo GmbHG § 4a, Rn. 16.

⁶³ Heinze, in: MüKo GmbHG § 4a, Rn. 15.

⁶⁴ EuGH Urt. v. 9.3.1999 – Rs. C-212/97 – Centros, Slg. 1999, I-1459; EuGH Urt. v. 5.11.2002 – Rs. C-208/00 – Überseering, Slg. 2002, I-9919; EuGH Urt. v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01 – Inspire Art, Slg. 2003, I-10155; Stürner, Anhang Art. 12 EGBGB, Rn. 6 ff.

⁶⁵ EuGH Urt. v. 9.3.1999 – Rs. C-212/97 – Centros, Slg. 1999, I-1459, Rn. 39.

⁶⁶ EuGH Urt. v. 5.11.2002 – Rs. C-208/00 – Überseering, Slg. 2002, I-9919, Rn. 82.

⁶⁷ Schulz, NJW 2003, S. 2705; EuGH Urt. v. 5.11.2002 – Rs. C-208/00 – Überseering, Slg. 2002, I-9919, Rn. 59.

erschwere.⁶⁸ Demnach ist die Rechtsfähigkeit von Gesellschaften bei Zuzugsfällen einheitlich nach der Gründungstheorie zu bewerten, da diese nicht den Verlust der Rechtsfähigkeit bei Sitzverlegungen zur Folge hat.⁶⁹

2. Völkerrecht

Grundsätzlich bestimmt sich die Staatszugehörigkeit von juristischen Personen im Völkerrecht nach dem innerstaatlichen Recht⁷⁰, wobei jedoch die Gründungstheorie als geltendes Völkergewohnheitsrecht anerkannt ist⁷¹. Letzteres hat der Internationale Gerichtshof (nachfolgend „IGH“) in seiner *Barcelona Traction*-Entscheidung festgehalten: „*The traditional rule attributes the right of diplomatic protection of a corporate entity to the State under the laws of which it is incorporated and in whose territory it has its registered office*“.⁷²

So sehen auch die *International Draft Articles on Diplomatic Protection* (nachfolgend „ILC-Entwurfsartikel“)⁷³ als Grundregel eine Bestimmung der Staatszugehörigkeit nach der Gründungstheorie vor: „*For the purposes of the diplomatic protection of a corporation, the State of nationality means the State under whose law the corporation was incorporated*“⁷⁴.

3. Internationales Investitionsschutzrecht

Viele IIA, wahrscheinlich sogar deren Mehrzahl, verwenden die Gründungstheorie zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit einer juristischen Person.⁷⁵ Beispielhaft für die Verwendung der Gründungstheorie in IIA sei der Vertrag über die Energiecharta (*Energy Charter Treaty*; nachfolgend „ECT“) genannt, welcher in Art. 1(7)(a)(ii) ECT einen Investor

⁶⁸ EuGH Urt. v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01 – Inspire Art, Slg. 2003, I-10155, Rn. 104.

⁶⁹ Franz/Laeger, BB 2008, S. 678; Stürner, Anhang Art. 12 EGBGB, Rn. 12 ff.

⁷⁰ Vitzthum/Proelß, Völkerrecht, Abschnitt 3, Rn. 116; Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht, § 1204; Stein/Buttlar/Kotzur, Völkerrecht, Rn. 265.

⁷¹ Yannaca-Small, Arbitration under International Investment Agreements, Rn. 10.24; Baumgartner, Treaty Shopping in International Investment Law, S. 74.

⁷² *Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd.*, Judgement, I.C.J. Reports 1970, para. 70 (Hervorhebung hinzugefügt).

⁷³ Bzgl. weiteren Details zu den ILC-Entwurfsartikeln siehe unten unter 1. Kapitel, B. III.2.b).

⁷⁴ Art. 9 Satz 1 ILC-Entwurfsartikel.

⁷⁵ Allgemein hierzu: Turner, in: *International Arbitration* 2006, S. 453.

als „eine Gesellschaft oder eine andere Organisation, die in Übereinstimmung mit dem in dieser Vertragspartei geltenden Rechtsvorschriften **gegründet** ist“⁷⁶ definiert.

II. Sitztheorie

Die Sitztheorie – die zweite der formalen Theorien – bestimmt die Staatszugehörigkeit einer Gesellschaft nach ihrem Sitz. Die herrschende Auffassung vertritt, dass der Sitz einer Gesellschaft sich grundsätzlich nach ihrem effektiven Verwaltungssitz bestimmt, da dieser der Mittelpunkt ist, von dem die Tätigkeit der juristischen Person ausgeht.⁷⁷ Nicht relevant sollen dagegen der Registersitz oder der Betriebsitz sein.⁷⁸ Der effektive Verwaltungssitz ist vielmehr „*der Tätigkeitsort der Geschäftsführung und der dazu berufenen Verwaltungsorgane, also der Ort, wo die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden*“⁷⁹.

Der Rückgriff auf den effektiven Verwaltungssitz wird vor allem in *civil law*-Rechtsordnungen vertreten.⁸⁰ Das Gesellschaftsrecht von *common law*-Rechtsordnungen kennt häufig eine solche Anknüpfung nicht, weshalb eine Bestimmung nach dem Geschäftssitz oder dem Satzungssitz als ausreichend angesehen wird.⁸¹

⁷⁶ 1(7)(a)(ii) ECT (Hervorhebung hinzugefügt).

⁷⁷ Schreuer, The ICSID Convention, Art. 25, Rn. 694; Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht, § 16 Rn. 5; Heinze, in: MüKo GmbHG § 4a, Rn. 10; Kindler, in: IntGesR, Rn. 423 ff.; Großfeld, in: Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. 26; Süß/Wachter, Handbuch des internationalen GmbH-Rechts, Rn. 5; Thorn/Doucleff, in: The Backlash against Investment Arbitration, S. 7 ff.; Beygo, RHDI 46, 1993, S. 56 ff.; Schokkaert/Heckscher, International Investment Protection, S. 243 ff.; Nerets, Nationality of investors in ICSID Arbitration, S. 21; Astorga, The Nationality of Juridical Persons, S. 429; OECD, International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations, Chapter 1, Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements, 2008, S. 22, <http://www.oecd.org/dataoecd/3/7/40471468.pdf> (zuletzt besucht am 10.11.2021); Schöbener, in: Schöbener, Völkerrecht, S. 426.

⁷⁸ Franz/Laeger, BB 2008, S. 682; Stürner, Anhang Art. 12 EGBGB, Rn. 22; Großfeld, in: Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. 26; Baumgartner, Treaty Shopping in International Investment Law, S. 75.

⁷⁹ BGH NJW 1986, 2194, 2195.

⁸⁰ Vitzthum/Proelß, Völkerrecht, Abschnitt 3, Rn. 116; Franke, Der personelle Anwendungsbereich des internationalen Investitionsschutzrechts, S. 83.

⁸¹ Dzhazoyan/Burnham, The meaning of „seat” in investment treaties' definitions of „investor”, Int. A.L.R., Issue 1, 2017, S. 7.

1. Europarecht

Im Europarecht wird die Rechtsfähigkeit von Gesellschaften nach der Gründungstheorie bestimmt.⁸² Folglich verbleibt kaum noch ein Anwendungsbereich für die Sitztheorie; vielmehr wird diese vermehrt auch von den Mitgliedstaaten aufgegeben⁸³.

2. Völkerrecht

Die Sitztheorie ist nicht als geltendes Völkergewohnheitsrecht anerkannt.⁸⁴ Vielmehr sah der IGH in seiner *Barcelona Traction*-Entscheidung das Bestehen des Registersitzes im Land der Gründung als ein Kriterium der Gründungstheorie an.⁸⁵ Zudem kennt das Völkerrecht keine Definition von ‚Sitz‘.⁸⁶

3. Internationales Investitionsschutzrecht

IIA verwenden die Sitztheorie zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit von juristischen Personen, vor allem wenn die jeweiligen Vertragsstaaten einer *civil law*-Rechtsordnung folgen.⁸⁷ Bei der Anwendung der Sitztheorie haben sich Investitionsschiedsgerichte insbesondere mit der Frage befasst, ob der Sitz einer Gesellschaft entweder nach dem effektiven Verwaltungssitz oder nach dem Geschäftssitz (oder Satzungssitz) zu bestimmen ist.⁸⁸

Eine Bestimmung nach dem Geschäftssitz wurde unter anderem vom Schiedsgericht in *Tokios Tokeles v. Ukraine*⁸⁹ vorgenommen. Dieses gelangte zum gleichen Ergebnis bei der Bestimmung der Staatszugehörigkeit nach der Gründungs- und der Sitztheorie. Auch das

⁸² Siehe 1. Kapitel, B. I.1 oben.

⁸³ Just, *Die englische Limited in der Praxis*, Rn. 18 ff.

⁸⁴ Siehe 1. Kapitel, B. I.2 oben.

⁸⁵ *Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd.*, Judgement, I.C.J. Reports 1970, para. 71.

⁸⁶ Sasson, *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration*, S. 97; *Mera Investment Fund Limited v. Republic of Serbia*, ICSID Case No. ARB/17/2, Decision on Jurisdiction, 30 November 2018, para. 86.

⁸⁷ Siehe oben unter 1. Kapitel, B. II.

⁸⁸ *Tenaris S.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/11/26, Award, 29 January 2016, paras. 135 et seq.

⁸⁹ *Tokios Tokeles v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004, para. 43.

Schiedsgericht in *Total v. Argentina*⁹⁰ bestimmte die Staatszugehörigkeit nach dem Geschäftssitz. In *Alps Finance v. Slovakia* wurde wiederum eine Bestimmung nach dem effektiven Verwaltungssitzes vorgenommen und folgende alternative Kriterien wurden zu dessen Nachweis aufgestellt: (1) der Vorstand trifft sich am Sitz und bei Aktiengesellschaften wird die Hauptversammlung dort abgehalten; (2) Mitarbeiter der Gesellschaft arbeiten am Sitz; (3) Geschäftspartnern der Gesellschaft wird der Sitz mit Telefonnummer und Fax als Kontaktadresse angegeben und (4) es werden Kosten zur Instandhaltung des Sitzes aufgewendet.⁹¹

Diese Entscheidungen stellen jeweils Einzelfallentscheidungen dar, deren Ausführungen im Kontext mit dem jeweiligen IIA und dessen etwaiger Definition von Sitz gesehen werden müssen. Es scheint wenig überzeugend wie manche Schiedsgerichte lediglich auf den Geschäftssitz abzustellen, da dieser grundsätzlich mit dem Ort der Gründung identisch ist; die Sitztheorie wäre sonst neben der Gründungstheorie bedeutungslos. Daher muss Sitz mehr sein als nur der Geschäftssitz und folglich ist eine Abstellung auf den effektiven Verwaltungssitz überzeugend. So hat auch ein Bericht der Vereinten Nationen unter Bezug auf Definitionen in IIA festgehalten, dass der Sitz einer Gesellschaft deren effektiver Verwaltungssitz ist.⁹²

Hat man die Hürde der Definition von Sitz genommen, stellt sich dann noch die zusätzliche Problematik, wie der effektive Verwaltungssitz zu bestimmen ist. Die verschiedenen alternativen Kriterien zur Bestimmung des effektiven Verwaltungssitzes durch das Schiedsgericht in *Alps Finance v. Slovakia* machen deutlich, dass die Bestimmung der Staatszugehörigkeit einer juristischen Person nach der Sitztheorie mit einem höheren Aufwand verbunden ist als eine Bestimmung nach der Gründungstheorie. Diese Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Sitzes können Staaten adressieren, indem sie eine Definition von Sitz oder einen Verweis auf die entsprechenden nationalen Regelungen zur Bestimmung des Sitzes in ihrem IIA aufnehmen.

⁹⁰ Total S.A. & others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Objections to Jurisdiction, 25 August 2006, para. 57.

⁹¹ Alps Finance and Trade AG v. Slovak Republic, Award, 5 March 2011, para. 217.

⁹² UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II – Scope and Definition (UN, 2011), S. 83, https://unctad.org/en/Docs/diaeia20102_en.pdf (zuletzt besucht am 10.11.2021)

III. Kontrolltheorie

Neben der Gründungs- und der Sitztheorie wird die Kontrolltheorie vertreten. Nach dieser Theorie wird die Staatszugehörigkeit einer Gesellschaft nach der Staatsangehörigkeit der kontrollierenden Anteilseigner bestimmt.⁹³ Damit rückt die Kontrolltheorie das personelle Moment in den Vordergrund.⁹⁴ Zudem gibt die Kontrolltheorie die wirtschaftliche Realität besser wieder⁹⁵, da sie hinter das juristische Konstrukt der Gesellschaft blickt.⁹⁶ Folglich bestimmt die Kontrolltheorie die Staatszugehörigkeit, im Gegensatz zur Gründungs- und Sitztheorie, interessengemäß nach wirtschaftlichen Kriterien.

Die Bestimmung der Staatszugehörigkeit nach der Kontrolltheorie erfordert einen Durchgriff durch die juristische Person (*piercing the corporate veil*), um zu bestimmen, welche natürlichen Personen hinter der Gesellschaft stehen und Kontrolle über diese ausüben.⁹⁷

1. Herkunft und historische Entwicklung

Die Kontrolltheorie entwickelte sich aus dem Bedürfnis, die Staatszugehörigkeit einer juristischen Person interessengemäß bestimmen zu können, da eine Gesellschaft zwar im Inland gegründet sein kann, aber tatsächlich von Staatsangehörigen eines ausländischen Staates und damit von ausländischen Interessen kontrolliert wird.⁹⁸ Vor allem während des Ersten Weltkrieges wurde die Kontrolltheorie angewendet, um die Feindeigenschaft einer

⁹³ Nerets, Nationality of investors in ICSID arbitration, S. 20 ff.; Großfeld, Internationales Unternehmensrecht, S. 113; Süß/Wachter, Handbuch des internationalen GmbH-Rechts, Rn. 40; Hunter, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 106, 2011, S. 46; Thorn/Douclevy, in: The Backlash against Investment Arbitration, S. 8; Beygo, RHDI 46, 1993, S. 55; Schokkaert/Heckscher, International Investment Protection, S. 243, 248; Astorga, The Nationality of Juridical Persons, S. 429; Franke, Der personelle Anwendungsbereich des internationalen Investitionsschutzrechts, S. 83; Schöbener, in: Schöbener, Völkerrecht, S. 426; Baumgartner, Treaty Shopping in International Investment Law, S. 77.

⁹⁴ Seidl-Hohenveldern, in: Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht, S. 116.

⁹⁵ UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II – Scope and Definition (UN, 2011), S. 84, https://unctad.org/en/Docs/diaeia20102_en.pdf (zuletzt besucht am 10.11.2021).

⁹⁶ Seidl-Hohenveldern, in: Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht, S. 116; Addison-Agyei, Nationality Planning and Treaty Shopping im Internationalen Investitionsschutzrecht, S. 32.

⁹⁷ Astorga, The Nationality of Juridical Persons, S. 429; Großfeld, Internationales Unternehmensrecht, S. 114; Schill, The Multilateralization of International Investment Law, S. 222; *Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/98/7, Award, 1 September 2000 (excerpts), para. 7.

⁹⁸ Großfeld, Internationales Unternehmensrecht, S. 113.

Gesellschaft zu bestimmen.⁹⁹ In einem Urteil von 1916¹⁰⁰ entschied das englische *House of Lords*, dass eine in England gegründete Gesellschaft, die von deutschen Staatsangehörigen kontrolliert wurde, trotz der Gründung in England aufgrund der deutschen Kontrolle als Feindgesellschaft anzusehen sei. Die Entscheidung hielt fest, dass man auf mehr als den Ort der Gründung abstellen müsse, um die Staatszugehörigkeit einer Gesellschaft zu bestimmen.¹⁰¹ So gewann die Kontrolltheorie gerade in Krisen- und in Kriegszeiten an Bedeutung.¹⁰²

Daneben ermöglicht die Kontrolltheorie eine Bestimmung der Staatszugehörigkeit von Gesellschaften nach wirtschaftlichen Kriterien. Wirtschaftliche Kriterien ermöglichen die realitätsnahe sowie 'unverschleierte' (*piercing the corporate veil*) Bestimmung der Staatszugehörigkeit einer juristischen Person gerade in Situationen, in denen diese es anstreben, ihre Staatszugehörigkeit entweder durch die Abwanderung in einen anderen Staat oder durch die Übernahme einer Gesellschaft in einem anderen Staat zu ändern.¹⁰³

2. Völkerrecht

Inwieweit die Kontrolltheorie im Völkerrecht Anwendung findet, ergibt sich aus den Völkerrechtsquellen. Die völkerrechtlichen Rechtsquellen sind anerkanntermaßen in Art. 38 (1) IGH-Statut aufgelistet.¹⁰⁴ Dies sind Vertragsrecht, Gewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsprinzipien (primäre Völkerrechtsquellen; Art. 38 (1) a) bis c) IGH-Statut). Zudem sind Rechtsprechung und Wissenschaft Hilfsmittel der Rechtsfindung (sekundäre Völkerrechtsquellen; Art. 38 (1) d) IGH-Statut).

Im Folgenden wird lediglich auf die im Zusammenhang mit der Kontrolltheorie ergiebigen sekundären Völkerrechtsquellen eingegangen – Entscheidungen des IGH und Dokumente der *International Law Commission* (nachfolgend „ILC“).

⁹⁹ Schreuer, *The ICSID Convention*, Art. 25, Rn. 694; Großfeld, *Internationales Unternehmensrecht*, S. 115; Kindler, in: *IntGesR*, Rn. 355; Süß/Wachter, *Handbuch des internationalen GmbH-Rechts*, Rn. 40; Beygo, *RHDI* 46, 1993, S. 55; Franke, *Der personelle Anwendungsbereich des internationalen Investitionsschutzrechts*, S. 83.

¹⁰⁰ *Daimler Company Ltd. v. Continental Tyre and Rubber Company Ltd.* [1916] 2 A. C. 307 (H.L.).

¹⁰¹ *Daimler Company Ltd. v. Continental Tyre and Rubber Company Ltd.* [1916] 2 A. C. 307 (H.L.), S. 115.

¹⁰² Kindler, in: *IntGesR*, Rn. 355.

¹⁰³ Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, S. 199.

¹⁰⁴ Kempen, in: Schöbener, *Völkerrecht*, S. 343; Verdross/Simma, *Universelles Völkerrecht*, § 516.

a) Internationaler Gerichtshof

Der IGH befasste sich bereits 1970 in seiner *Barcelona Traction*-Entscheidung mit der Kontrolltheorie und ihrer gewohnheitsrechtlichen Anerkennung. In dieser sprach er sich gegen die Kontrolltheorie und das Lüften des Schleiers der Gesellschaft aus.¹⁰⁵ Zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit sei allein die Gründungstheorie gewohnheitsrechtlich anerkannt, da diese Theorie durch langjährige Übung und zahlreiche internationale Instrumente bestätigt worden sei.¹⁰⁶ Zudem sei die Kontrolltheorie auch aus praktischen Erwägungen abzulehnen, da Kontrolle sich nur schwer bestimmen lasse und dies zu hoher Unsicherheit führen könne.¹⁰⁷ Somit lehnte der IGH die Kontrolltheorie bei der Ausübung von diplomatischem Schutz ab und stellte fest, dass die Kontrolltheorie keine gewohnheitsrechtliche Anerkennung genießt.

b) International Law Commission

Rückschlüsse auf die Anerkennung der Kontrolltheorie ergeben sich auch aus den ILC-Entwurfsartikeln, die sich mit der Frage befassen, unter welchen Bedingungen ein Staat diplomatischen Schutz für seine Staatszugehörigen ausüben darf.¹⁰⁸ Eingesetzt wurde die ILC von den Vereinten Nationen im Jahr 1947 aufgrund von Art. 13 der UN-Charta.¹⁰⁹ Die Arbeiten der ILC dienen als Rechtserkenntnisquelle, da die ILC die Aufgabe hat, das Völkerrecht zu kodifizieren und fortzuentwickeln. Die ILC-Entwurfsartikel fassen überwiegend Gewohnheitsrecht zusammen.¹¹⁰

Art. 9 Satz 2 der ILC-Entwurfsartikel berücksichtigt die Kontrolltheorie bei der Bestimmung der Staatszugehörigkeit von juristischen Personen. Hieraus lässt sich jedoch nicht der Rückschluss ziehen, dass die Kontrolltheorie gewohnheitsrechtlich anerkannt ist. Art. 9 Satz 2 der ILC-Entwurfsartikel bestimmt: „*However, when the corporation is **controlled** by*

¹⁰⁵ *Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd.*, Judgement, I.C.J. Reports 1970, paras. 3 ff.

¹⁰⁶ *Ibid.*, para. 70.

¹⁰⁷ *Ibid.*, paras. 94, 96.

¹⁰⁸ Addison-Agyei, *Nationality Planning und Treaty Shopping im Internationalen Investitionsschutzrecht*, S. 48.

¹⁰⁹ Introduction ILC, *Drafting and implementation of Article 13, paragraph 1 of the Charter of the United Nations*, <http://legal.un.org/ilc/ilcintro.htm#drafting> (zuletzt besucht am 10.11.2021).

¹¹⁰ Vermeer-Künzli, 18(1) EJIL 2007, S. 37 ff.

nationals of another State or States and has no substantial business activities in the State of incorporation, and the seat of management and the financial control of the corporation are both located in another State, that State shall be regarded as the State of nationality.”¹¹¹

Damit kann nach Art. 9 Satz 2 ILC-Entwurfsartikel die Staatszugehörigkeit, unter bestimmten kumulativen Voraussetzungen, nach der Kontrolltheorie bestimmt werden.¹¹² Die ILC-Entwurfsartikel, die 2006 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen verabschiedet wurden, geben somit die Entwicklung im internationalen Recht wieder, dass zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit einer Gesellschaft auch andere Kriterien als lediglich der Gründungsort von Bedeutung sind, um den Gegebenheiten heutiger multinationaler Unternehmen Rechnung zu tragen.¹¹³ Die ILC-Entwurfsartikel können also als Anhaltspunkt dafür gesehen werden, dass das internationale Recht die Bedeutung der Kontrolltheorie anerkennt, dieser jedoch weiterhin keine gewohnheitsrechtliche Geltung zukommt.¹¹⁴

c) Bewertung

Der IGH hat in seiner *Barcelona Traction*-Entscheidung festgehalten, dass die Kontrolltheorie nicht gewohnheitsrechtlich anerkannt ist. Bei der Übertragung der Argumente aus dieser Entscheidung auf das Investitionsschutzrecht ist jedoch zu beachten, dass der IGH sich mit der gewohnheitsrechtlichen Anerkennung der Kontrolltheorie im Rahmen des diplomatischen Schutzes auseinandergesetzt hat, in welchem die Staatszugehörigkeit über die Berechtigung zur Schutzgewährung durch den Heimatstaat entscheidet. Im Investitionsschutzrecht hingegen ist die Staatszugehörigkeit allein für die Zuständigkeit der Schiedsgerichte entscheidend.¹¹⁵ Außerdem bestehen zwischen dem völkerrechtlichen Gewohnheitsrecht und dem Investitionsschutzrecht deutliche strukturelle Unterschiede: Insbesondere der sachliche und persönliche Anwendungsbereich ist ein anderer.¹¹⁶

¹¹¹ Art. 9 Satz 2 ILC-Entwurfsartikel (Hervorhebung hinzugefügt).

¹¹² ILC Kommentierung zu den Draft Articles on Diplomatic Protection, S. 54, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf (zuletzt besucht am 10.11.2021).

¹¹³ Hansen, *Journal of Arbitration and Mediation*, Vol.1(1), 2010, S. 89.

¹¹⁴ Schreuer, *The ICSID Convention*, Art. 25, Rn. 698; Alexandrov, *Law & Prac. Int'l Cts. & Tribunals*, Vol.4, 2005, S. 36 ff.

¹¹⁵ Burgstaller, *JWIT*, Vol.7, 2006, S. 866; Schokkaert/Heckscher, *International Investment Protection*, S. 2261; Amerasinghe, 47 *BYIL* 1975, S. 256; siehe oben unter A. II.2.

¹¹⁶ Vgl. hierzu: Schernbeck, *Der Fair und Equitable Treatment Standard in internationalen Investitionsschutzabkommen*, S. 32 ff.

Folglich sind die Argumente des IGH¹¹⁷ gegen die Kontrolltheorie nicht zwingend auf das Investitionsschutzrecht übertragbar. Ferner muss berücksichtigt werden, dass seit der Versagung der gewohnheitsrechtlichen Anerkennung der Kontrolltheorie mehr als 50 Jahre vergangen sind, in denen sich die wirtschaftlichen Gegebenheiten tiefgreifend verändert haben. Zudem zeigen die ILC-Entwurfsartikel eine Entwicklung auf, die eine Anwendung der Kontrolltheorie in bestimmten Situationen befürwortet.

3. Vor- und Nachteile der Kontrolltheorie

Es lassen sich Argumente für und gegen die Anwendung der Kontrolltheorie zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit einer juristischen Person vorbringen. Der am häufigsten geäußerten Kritik an der Kontrolltheorie – deren Impraktikabilität – lässt sich aber begegnen.

a) Nachteile

Die Kontrolltheorie wird unter Hinweis auf praktische Bedürfnisse abgelehnt, da Kontrolle in komplexen Unternehmensstrukturen kaum zu ermitteln sei. Bei Publikumsgesellschaften, bei Aktiengesellschaften im Streubesitz oder bei Gesellschaftern mit verschiedenen Staatsangehörigkeiten könne die Nationalität der hinter der Gesellschaft stehenden natürlichen Personen nur schwer bestimmt werden.¹¹⁸ Daneben führe die Kontrolltheorie zu Unsicherheiten, da sich bei ihrer Anwendung die Staatszugehörigkeit einer Gesellschaft durch Verkauf von Aktien ändern könne, ohne dass dies den anderen Anteilsinhabern bekannt werde.¹¹⁹ In den USA würden beispielsweise Gesellschaften – anders als in Kontinentaleuropa – meistens nicht von einem Mehrheitsanteilseigner gehalten werden, sondern von mehreren Anteilseignern mit relativ geringen Beteiligungen.¹²⁰

¹¹⁷ Weitere Entscheidungen, in denen sich der IGH mit der Kontrolltheorie befasste: Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007, para. 582; Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI), Judgment, I.C.J. Reports 1989, para. 15.

¹¹⁸ Kindler, in: IntGesR, Rn. 360; Schill, The Multilateralization of International Investment Law, S. 235; Alexandrov, Law & Prac. Int'l Cts. & Tribunals, Vol.4, 2005, S. 37.

¹¹⁹ Stein/Buttlar/Kotzur, Völkerrecht, Rn. 571; Thorn/Doucleff, in: The Backlash against Investment Arbitration, S. 8; Schokkaert/Heckscher, International Investment Protection, S. 290; Schöbener, in: Schöbener, Völkerrecht, S. 426; Baumgartner, Treaty Shopping in International Investment Law, S. 77.

¹²⁰ Cheffins, 30 J. Legal Stud., 2005, S. 461.

b) Vorteile

Die Kontrolltheorie ermöglicht eine interessengemäße Bestimmung der Staatszugehörigkeit von Gesellschaften.

Diese interessengemäße Bestimmung sollten allein praktische Umsetzungsprobleme nicht verhindern. Zudem kann, durch eine Bestimmung von Kontrolle anhand festgelegter Kriterien, der Kritik an der Kontrolltheorie begegnet werden.¹²¹ So stellen viele Staaten Publizitäts- und Transparenzpflichten für Gesellschaften auf, welche die Ermittlung des Vorliegens von Kontrolle ermöglichen. Innerhalb der EU sind beispielsweise alle Mitgliedstaaten verpflichtet, Akten über Gesellschaften in einem Register anzulegen, in dem bestimmte Angaben über die Gesellschaft offengelegt werden.¹²² Daneben müssen Aktionäre den Erwerb und die Veräußerung bedeutender Beteiligungen melden.¹²³ Diese Pflichten erleichtern die Bestimmung von Kontrolle erheblich.

Außerdem muss im Rahmen des ICSID die relevante Staatszugehörigkeit nur im Zeitpunkt der Zustimmung zur Zuständigkeit des ICSID gegeben sein. Jeglicher Wechsel der Staatszugehörigkeit nach dem Datum der Zustimmung ist für die Zuständigkeit des ICSID irrelevant.¹²⁴ Etwas anderes gilt zum Beispiel bei NAFTA-Streitigkeiten, da das NAFTA-Abkommen die fortbestehende Staatszugehörigkeit bis zum Datum des Schiedsspruchs verlangt.¹²⁵

IV. Zwischenergebnis

Die Staatszugehörigkeit einer Gesellschaft kann nach drei Theorien bestimmt werden, wobei jedoch allein die Gründungs- und die Sitztheorie allgemein anerkannt sind. Diese beiden Theorien nehmen eine formale Bestimmung der Staatszugehörigkeit vor. Dies ist zwar praktikabel, lässt aber wirtschaftliche und tatsächliche Gegebenheiten außer Betracht.

¹²¹ Zur Bestimmung des Vorliegens von Kontrolle siehe unten unter 3. Kapitel: Bestimmung von Kontrolle.

¹²² EU Publizitätsrichtlinie 2009/101/EG vom 16. September 2009, Art. 2, 3 I.

¹²³ EU Transparenzrichtlinie 2004/109/EG vom 15. Dezember 2004, Art. 9, 10.

¹²⁴ Schreuer, *The ICSID Convention*, Art. 25, Rn. 752, 755; Sinclair, *ICSID's Nationality Requirements*, S. 116, 118; Amerasinghe, 47 *BYIL* 1975, S. 266.

¹²⁵ Schreuer, *The ICSID Convention*, Art. 25, Rn. 756; Happ/Rubins, *Digest of ICSID Awards and Decisions*, S. 343.

Die Kontrolltheorie hingegen determiniert die Staatszugehörigkeit anhand der Nationalität der die Gesellschaft kontrollierenden Anteilseigner. Zwar hat der IGH in seiner *Barcelona Traction*-Entscheidung festgestellt, dass die Kontrolltheorie nicht gewohnheitsrechtlich anerkannt ist; jedoch geben die ILC-Entwurfsartikel eine aktuelle Entwicklung wieder, die zeigt, dass auch die Kontrolltheorie zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit Anwendung finden kann. Die Feststellung der Staatsangehörigkeit des kontrollierenden Anteilseigners ist zwar aufwendiger als eine formale Bestimmung der Staatszugehörigkeit, kann aber trotzdem vorgenommen werden.

Daher rechtfertigen die Argumente gegen die Kontrolltheorie grundsätzlich nicht ihre vollständige Ablehnung. Zwar ist die Bestimmung der Staatszugehörigkeit nach der Kontrolltheorie mit praktischen Problemen verbunden, diese lassen sich jedoch überwinden.

C. Bestimmung der Staatszugehörigkeit von juristischen Personen im Investitionsschutzrecht

Die Bestimmung der Staatszugehörigkeit von juristischen Personen im Investitionsschutzrecht richtet sich grundsätzlich nach den Definitionen der ICSID-Konvention sowie der verschiedenen IIA. Häufig sehen die Vertragstexte jedoch keine Definitionen für die Staatszugehörigkeit von juristischen Personen vor oder sind auslegungsbedürftig.

Daher kommt es zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit von juristischen Personen im Investitionsschutzrecht maßgeblich auf eine Interpretation der Vertragstexte und eine weitere Konkretisierung durch die Rechtsprechung der Schiedsgerichte an. Anhand der Auslegung kann ermittelt werden, welche Theorien zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit Anwendung finden und inwieweit auf die Kontrolltheorie zugegriffen werden kann.

I. Vertragstexte

Schiedsgerichte leiten ihre Zuständigkeit grundsätzlich allein aus dem jeweiligen IIA ab und berücksichtigen die im IIA vorgegebene Definition der Staatszugehörigkeit. Zudem müssen, wenn ein Investor einen Streit einem ICSID-Schiedsgericht vorlegt, neben den Voraussetzungen des jeweiligen IIA auch diejenigen der ICSID-Konvention gegeben sein.¹²⁶

Daher ist zu untersuchen, nach welchen Theorien die ICSID-Konvention sowie IIA eine Bestimmung der Staatszugehörigkeit von juristischen Personen vornehmen.

1. ICSID-Konvention

Die ICSID-Konvention selbst definiert die Staatszugehörigkeit von juristischen Personen nicht. Art. 25(2)(b) ICSID-Konvention¹²⁷ bestimmt:

¹²⁶ Siehe oben unter 1. Kapitel, A. II.2.

¹²⁷ Alle folgenden Art.-Angaben, sind solche der ICSID-Konvention.

„National of another Contracting State means any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention.”¹²⁸

Art. 25(2)(b) besteht aus zwei Teilen: Einer generellen Regel und ihrer Ausnahme.¹²⁹ Die generelle Regel besagt, dass die klagende juristische Person eine andere Staatszugehörigkeit als der beklagte Staat besitzen muss. Sie ist auf diejenigen Konstellationen anwendbar, in denen die juristische Person darlegt, eine andere Staatszugehörigkeit zu besitzen als der beklagte Staat. Die Ausnahme von dieser generellen Regel findet Anwendung, wenn die Investition von einer juristischen Person durchgeführt wird, die im Gaststaat inkorporiert ist. Die Ausnahme trägt dem häufigen Verlangen der Gaststaaten Rechnung, dass die ausländische Investition über eine im Gaststaat inkorporierte juristische Person getätigt wird.¹³⁰ Nach der Gründungstheorie würde dies jedoch zur Gaststaatszugehörigkeit führen und ein ICSID-Schiedsgericht wäre bei einem Streit nicht zuständig. Der ausländische Investor wäre auf den nationalen Rechtsweg verwiesen und ihm würde kein Schutz durch das Investitionsschutzrecht zustehen.¹³¹ Diesem Schutzbedürfnis des Investors trägt die Ausnahmeregelung in Art. 25(2)(b) Rechnung, indem sie bestimmt, dass im Gaststaat inkorporierte Gesellschaften aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung als einem anderen Vertragsstaat zugehörig betrachtet werden, wenn sie unter ausländischer Kontrolle stehen. Somit verwendet die ICSID-Konvention die Kontrolltheorie bei der Ausnahmeregel von Art. 25(2)(b), um die Zuständigkeit zu erweitern (extensive Funktion der Kontrolltheorie).

Im Folgenden ist allein die Bestimmung der Staatszugehörigkeit von Gesellschaften nach der generellen Regel von Bedeutung. Auf die Bestimmung von Kontrolle nach der Ausnahmeregelung wird im dritten Kapitel eingegangen.

¹²⁸ Art. 25(2)(b) ICSID-Konvention.

¹²⁹ Schreuer, *The ICSID Convention*, Art. 25, Rn. 688; D’Agnone, in: *The Changing Role of Nationality in International Law*, S. 155.

¹³⁰ D’Agnone, in: *The Changing Role of Nationality in International Law*, S. 155.

¹³¹ Schreuer, *The ICSID Convention*, Art. 25, Rn. 760; D’Agnone, in: *The Changing Role of Nationality in International Law*, S. 155.

2. IIA

Staaten kommt grundsätzlich ein „Ermessen“¹³² zu, die Staatszugehörigkeit von Gesellschaften in ihrem IIA zu definieren; dieses Ermessen wird von Schiedsgerichten anerkannt.¹³³ Somit können Staaten in ihrem IIA die Staatszugehörigkeit von juristischen Personen entweder nach den formalen Theorien oder nach der Kontrolltheorie bestimmen.

Die Kontrolltheorie kann von Staaten in IIA allein oder in Kombination mit den formalen Theorien zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit von Gesellschaften verwendet werden. Je nachdem ob die Kontrolltheorie allein oder in Kombination verwendet wird, kann diese die Zuständigkeit der Schiedsgerichte einschränken – indem neben dem formalen ein zusätzliches wirtschaftliches Kriterium verlangt wird – oder auf im Gaststaat inkorporierte Gesellschaften erweitern.¹³⁴ Demnach kann die Kontrolltheorie eine restriktive oder eine extensive Funktion haben.

Im Folgenden wird beispielhaft anhand der BITs der Schweiz und der Niederlande – da diese vermehrt die Kontrolltheorie verwenden¹³⁵ – dargelegt, welche Funktion die Kontrolltheorie erfüllt. So soll exemplarisch aufgezeigt werden, ob Staaten die Kontrolltheorie anwenden und warum dies neben den formalen Theorien erfolgt.

a) Restriktive Funktion der Kontrolltheorie

Eine restriktive Funktion kommt der Kontrolltheorie in den BITs der Schweiz zu, indem diese die Staatszugehörigkeit kumulativ nach der Gründungs- und der Kontrolltheorie bestimmen. Art. 1(1) des Swiss Model BIT definiert juristische Personen als „*legal entities established under the law of any country which are controlled by nationals or legal entities of that contracting party*“¹³⁶. Diese Definition verwenden mehrere BITs der Schweiz, z.B. mit

¹³² Übersetzung des englischen Begriffs „discretion“. Im Rahmen dieser Arbeit im Sinne der aus dem deutschen Privatrecht bekannten Privatautonomie zu verstehen.

¹³³ Amerasinghe, 47 BYIL 1975, S. 254; Brosches, RdC, Vol.136 (1972 II), S. 361.

¹³⁴ Diese Funktion hat die Kontrolltheorie in der unten unter C. I.1. erläuterten Ausnahmeregel in Art. 25(2)(b) ICSID-Konvention.

¹³⁵ Franke, Der personelle Anwendungsbereich des internationalen Investitionsschutzrechts, S. 148.

¹³⁶ Art. 1(1)(c) des Swiss Model BIT.

Argentinien, Laos, Albanien, Chile und Polen.¹³⁷ Nach dem Schweiz-Jamaica-BIT sind solche Gesellschaften als der Schweiz zugehörig anzusehen, die von Schweizer Staatsangehörigen tatsächlich kontrolliert werden.¹³⁸ Die kumulative Verbindung der formalen Gründungs- und der Kontrolltheorie versagt die Zuständigkeit bei solchen Gesellschaften, die zwar in der Schweiz gegründet wurden, aber von Staatsangehörigen anderer Staaten als der Schweiz kontrolliert werden. Damit wird der Kreis der aus dem BIT anspruchsberechtigten Investoren eingeschränkt.

b) Extensive Funktion der Kontrolltheorie

Eine extensive Funktion hat die Kontrolltheorie in den BITs der Niederlande. Art. 1(b)(ii) des Niederlande Modell BIT (2019) verwendet grundsätzlich die Gründungstheorie, erweitert jedoch den Kreis der geschützten Investoren in Art. 1(b)(iii) durch die Kontrolltheorie. Staatszugehörige juristische Personen sind demnach auch „*any legal person that is constituted under the law of that Contracting Party and is directly or indirectly owned or controlled by a natural person as defined in (i) or by a legal person as defined in (ii)*“¹³⁹. Durch die Kombination der Kontrolltheorie mit der Gründungstheorie wird die Zuständigkeit der Schiedsgerichte auf im Gaststaat gegründete Gesellschaften erweitert, falls diese von Staatsangehörigen des anderen Vertragsstaates kontrolliert werden. Dieselbe Funktion erfüllt die Kontrolltheorie in den BITs Australiens mit Polen, Indonesien und Laos¹⁴⁰ sowie im *Protocol of Colonia for the Promotion and Reciprocal Protection Of Investments in Mercosur* in Art. 1(2)(c).¹⁴¹

¹³⁷ Volltext der Schweizer BITs, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/203/switzerland> (zuletzt besucht am 10.11.2021).

¹³⁸ Art. 1(b)(i) Switzerland-Jamaica-BIT.

¹³⁹ Art. 1(b)(iii) Netherlands Model-BIT (2019).

¹⁴⁰ Art. 1(e)(ii) Australien-Polen-BIT; Art. 1(d)(ii) Australien-Laos-BIT; Art. 1(b)(ii)(B) Australien-Indonesien-BIT.

¹⁴¹ Protocol of Colonia for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments in Mercosur, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3120/mercosur-investment-protocol-intra> (zuletzt besucht am 10.11.2021).

c) Bewertung

Die vorangegangene Untersuchung hat gezeigt, dass die Staatszugehörigkeit von juristischen Personen in IIA sehr unterschiedlich definiert wird. Die Kontrolltheorie wird in einigen IIA zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit von juristischen Personen verwendet. Hierbei hat die Kontrolltheorie entweder eine restriktive oder extensive Funktion.

So bleibt festzuhalten, dass die investitionsrechtliche Vertragspraxis in Bezug auf die Bestimmung der Staatszugehörigkeit von Gesellschaften uneinheitlich ist und nicht von einer allgemeinen Anwendung der Kontrolltheorie, neben den formalen Theorien, ausgegangen werden kann.

II. Interpretation der ICSID-Konvention

In einem weiteren Schritt ist zu analysieren, ob eine Interpretation der ICSID-Konvention ergibt, nach welcher Theorie die Staatszugehörigkeit im Investitionsschutzrecht bestimmt wird und ob die Kontrolltheorie Anwendung findet. Insbesondere soll untersucht werden, ob eine Anwendung der Kontrolltheorie möglich ist, wenn der jeweils anwendbare IIA eine Bestimmung der Staatszugehörigkeit von juristischen Personen allein nach den formalen Theorien vorsieht.

1. Methodik

Vorab ist festzustellen, auf welche Weise die Interpretation der ICSID-Konvention erfolgt und inwieweit eine weitere Konkretisierung durch Schiedsgerichtsentscheidungen stattfinden kann.

a) Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge

Es ist allgemein anerkannt, dass das Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (nachfolgend „WVRK“) völkergewohnheitsrechtliche Auslegungsregeln kodifiziert.¹⁴² Zwar ist die WVRK für Staaten, die diese nicht ratifiziert haben, unverbindlich und zudem findet die WVRK nach Art. 4 WVRK nicht auf Verträge Anwendung, die vor ihrem Inkrafttreten im Jahr 1980 abgeschlossen wurden –die ICSID-Konvention trat 1966 in Kraft –, da jedoch inhaltliche Übereinstimmung zwischen dem Völkergewohnheitsrecht sowie der WVRK herrscht, kann auf die WVRK zurückgegriffen werden.¹⁴³ Die ICSID-Konvention als völkerrechtlicher Vertrag kann dementsprechend nach den Auslegungsregeln in Abschnitt 3 der WVRK interpretiert werden.¹⁴⁴

Art. 31 (1) WVRK besagt „*a treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in light of its object and purpose*“¹⁴⁵. Zudem bestimmt Art. 32 WVRK ergänzende Auslegungsmittel. Diese Auslegungsregeln vereinigen die drei verschiedenen Auslegungsansätze – objektiv, teleologisch und subjektiv.¹⁴⁶

Die objektive *Wortlautauslegung* legt die übliche Bedeutung und den allgemeinen, sowie gegebenenfalls fachspezifischen, Sprachgebrauch zu Grunde.¹⁴⁷ Jedoch ergibt sich die übliche Bedeutung häufig erst aus dem Zusammenhang mit den anderen Regelungen des Vertrags. Daher ist zusätzlich auf die *systematische Auslegung* zurückzugreifen, die auf den syntaktischen Zusammenhang oder den Sinnzusammenhang abstellt.¹⁴⁸ Weitere Erkenntnisse können im Rahmen der Auslegung aus dem Sinn und Zweck des Vertragstextes gewonnen werden – dem trägt die *teleologische Auslegung* Rechnung.¹⁴⁹ Zudem ist als Verhaltenspflicht das Gebot der Auslegung nach Treu und Glauben zu beachten.¹⁵⁰ Diese Auslegungsmethoden schließen sich gegenseitig nicht aus, sondern dienen gemeinsam der einheitlichen Auslegung

¹⁴² Knauff, in: Schöbener, Völkerrecht, S. 550; Heintschel von Heinegg, in: Ipsen, Völkerrecht, § 14 Rn. 11; Stein/Buttlar/Kotzur, Völkerrecht, Rn. 81; Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht, § 775.

¹⁴³ Knauff, in: Schöbener, Völkerrecht, S. 550; Heintschel von Heinegg, in: Ipsen, Völkerrecht, § 14 Rn. 11.

¹⁴⁴ Dolzer/Schreuer, Principles of International Investment Law, S. 28; McLachlan/Shore/Weiniger, International Investment Arbitration, Rn. 3.66.

¹⁴⁵ Art. 31 (1) WVRK.

¹⁴⁶ Sinclair, The Vienna Convention on the Law of Treaties, S. 70.

¹⁴⁷ Heintschel von Heinegg, in: Ipsen, Völkerrecht, § 14 Rn. 6.

¹⁴⁸ Heintschel von Heinegg, in: Ipsen, Völkerrecht, § 14 Rn. 9; Markert, Streitschlichtungsklauseln in Investitionsschutzabkommen, S. 72; Stein/Buttlar/Kotzur, Völkerrecht, Rn. 83.

¹⁴⁹ Heintschel von Heinegg, in: Ipsen, Völkerrecht, § 14 Rn. 10.

¹⁵⁰ Addison-Agyei, Nationality Planning und Treaty Shopping im Internationalen Investitionsschutzrecht, S. 95.

des Vertrags.¹⁵¹ Subsidiär kann die subjektive *historische Auslegung* nach dem Parteiwillen herangezogen werden.¹⁵² Anhand dieser Methoden wird im Folgenden die ICSID-Konvention interpretiert.

b) Schiedsgerichtsentscheidungen

Zudem findet eine Konkretisierung der ICSID-Konvention durch die Entscheidungspraxis der Schiedsgerichte statt. Schiedsgerichtsentscheidungen kommt im Investitionsschutzrecht zwar keine rechtliche Bindungswirkung außerhalb des entschiedenen Falles zu¹⁵³, jedoch beziehen sich Schiedsgerichte in ihrer Entscheidungsfindung regelmäßig auf vorangegangene Urteile anderer Schiedsgerichte.¹⁵⁴ Daher wird bereits von einer „*de facto doctrine of precedent*“¹⁵⁵ gesprochen. Somit ist eine Untersuchung der Entscheidungspraxis der Investitionsschiedsgerichte ein verlässliches Instrument für eine Konkretisierung der ICSID-Konvention, falls die Auslegung allein nicht weiterführt.

2. Auslegung von Art. 25(2)(b) ICSID-Konvention

Im Folgenden soll durch eine Auslegung der ICSID-Konvention ermittelt werden, nach welcher Theorie die Staatszugehörigkeit von juristischen Personen zu bestimmen ist. Falls die Auslegungsmethoden der WVRK zu keinem Ergebnis führen, wird zur Konkretisierung auf Schiedsgerichtsentscheidungen abgestellt.

a) Wortlautauslegung

¹⁵¹ Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, S. 70 ff.; Addison-Agyei, *Nationality Planning und Treaty Shopping im Internationalen Investitionsschutzrecht*, S. 95; Heintschel von Heinegg, in: Ipsen, *Völkerrecht*, § 14 Rn. 12.

¹⁵² Heintschel von Heinegg, in: Ipsen, *Völkerrecht*, § 14 Rn. 4; Verdross/Simma, *Universelles Völkerrecht*, § 779.

¹⁵³ Vgl. Art. 53(1) ICSID-Konvention und Art. 1136(1) NAFTA.

¹⁵⁴ Schreuer/Weiniger, in: *The Oxford Handbook of International Investment Law*, S. 1189 m.w.N.

¹⁵⁵ Schreuer/Weiniger, in: *The Oxford Handbook of International Investment Law*, S. 1196.

Der Wortlaut eines Vertrages und seine übliche Bedeutung sind grundsätzlich der Ausgangspunkt jeder Vertragsinterpretation.¹⁵⁶ Der maßgebliche Wortlaut der ICSID-Konvention zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit einer juristischen Person in Art. 25(2)(b) ist „nationality“¹⁵⁷.

Die gewöhnliche Bedeutung eines Begriffs lässt sich anhand eines Wörterbuchs erschließen. Im Brockhaus findet sich unter *Nationalität* folgender Eintrag: „die Zugehörigkeit zu einer Nation, im Rechtssinn die Staatsangehörigkeit“.¹⁵⁸ Bei der Staatsangehörigkeit handelt es sich um die „rechtliche Stellung einer Person als Mitglied eines Staates, kraft deren sie an dessen staatsbürgerlichen Rechten und Pflichten teilhat. Bei juristischen Personen spricht man von Staatszugehörigkeit.“¹⁵⁹

In englischsprachigen Lexika finden sich folgende Einträge zu „nationality“: „The character or quality arising from membership of a particular nation or state, which determines the political status and allegiance of a person“¹⁶⁰ sowie „[t]hat quality or character which arises from the fact of a person's belonging to a nation or State. Nationality determines the political status of the individual, especially with reference to allegiance (q.v.), while domicile determines his civil status“¹⁶¹.

Mangels einer genaueren Definition der Staatszugehörigkeit¹⁶² in Wörterbüchern gibt der Wortlaut der ICSID-Konvention allein jedoch keinerlei Aufschluss über die Anwendung einer Theorie zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit von juristischen Personen.¹⁶³

b) Systematische Auslegung

Weitere Rückschlüsse über die Anwendung der Kontrolltheorie könnten sich durch eine systematische Interpretation von Art. 25(2)(b) ergeben. Hierbei ist der auszulegende Begriff

¹⁵⁶ Weeramantry, Treaty Interpretation in Investment Arbitration, Rn. 3.32; Heintschel von Heinegg, in: Ipsen, Völkerrecht, § 14 Rn. 12; Stein/Buttler/Kotzur, Völkerrecht, Rn. 83.

¹⁵⁷ Art. 25(2)(b) ICSID-Konvention.

¹⁵⁸ Eintrag "Nationalität" in Munzinger Online/Brockhaus - Enzyklopädie in 30 Bänden. 21. Auflage.

¹⁵⁹ Definition Staatsangehörigkeit, Bundeszentrale für politische Bildung, <http://www.bpb.de/nachschlagen/lexika/recht-a-z/22909/staatsangehoerigkeit> (zuletzt besucht am 10.03.2020).

¹⁶⁰ Eintrag "nationality" in Osborn's Concise Law Dictionary, 12. Auflage.

¹⁶¹ Eintrag "nationality" in Jowitt's Dictionary of English Law, 5. Auflage.

¹⁶² Tercier / Tran Thang, in: Building International Investment Law, S. 143.

¹⁶³ Franke, Der personelle Anwendungsbereich des internationalen Investitionsschutzrechts, S. 205.

„nationality“ in seinem Zusammenhang mit dem restlichen Text der ICSID-Konvention zu interpretieren.¹⁶⁴ Dieser Kontext ist nach Art. 31 (2) WVRK sehr weit zu verstehen und umfasst neben der Präambel auch jede zwischen den Parteien anlässlich des Vertragsschlusses getroffene, sich auf den Vertragstext beziehende Übereinkunft und Urkunde.¹⁶⁵

¹⁶⁴ Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, S. 70.

¹⁶⁵ Heintschel von Heinegg, in: Ipsen, *Völkerrecht*, § 14 Rn. 13; Verdross/Simma, *Universelles Völkerrecht*, § 777.

(1) Präambel

Aus der Präambel ergeben sich keine Erkenntnisse über die Bestimmung der Staatszugehörigkeit. Zwar enthält die Präambel der ICSID-Konvention zweimal die Formulierung „*national of another contracting state*“, jedoch nur im Zusammenhang mit der allgemeinen Zielbestimmung des Vertrags. Daraus können keine Rückschlüsse gezogen werden, welche der drei Theorien zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit im Rahmen der ICSID-Konvention Anwendung findet.

(2) Vertragstext

Die generelle Regel von Art. 25(2)(b)¹⁶⁶ definiert die Staatszugehörigkeit einer Gesellschaft nicht. Die Ausnahmeregelung wiederum sieht explizit vor, dass eine im Gaststaat gegründete Gesellschaft auf Grund von ausländischer Kontrolle als einem anderen Staat zugehörig gelten kann. Daher wird vertreten, dass die systematische Auslegung gegen eine Anwendung der Kontrolltheorie bei der Bestimmung der Staatszugehörigkeit nach der generellen Regel spreche. Hätten die Verfasser der ICSID-Konvention eine Bestimmung nach der Kontrolltheorie gewollt, wäre die Ausnahmeregel bei Vorliegen von ausländischer Kontrolle im Fall von im Gaststaat inkorporierten Gesellschaften nicht aufgenommen worden.¹⁶⁷ Andernfalls wäre die Ausnahme von der generellen Regel mit dem Verweis auf die Kontrolltheorie obsolet.¹⁶⁸ Dieser Schluss ist jedoch nicht zwingend, da sich genauso vertreten lässt, dass die Ausnahmeregel in Art. 25(2)(b) lediglich eine klarstellende Funktion hat, aus der keine weitere Schlussfolgerung zu ziehen ist. Folglich lässt sich aus der Ausnahmeregel kein Rückschluss auf die Anwendung einer bestimmten Theorie zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit im Rahmen der generellen Regel gewinnen.

(3) IIA

IIA könnten als spätere Übereinkünfte im Sinne von Art. 31 (3) (a) WVRK¹⁶⁹ gesehen werden, die bei der Auslegung der ICSID-Konvention zu berücksichtigen sind. Jedoch wäre

¹⁶⁶ Zu Art. 25(2)(b) ICSID-Konvention, seiner generellen Regel und Ausnahme siehe oben unter C. I.1.

¹⁶⁷ Schreuer, *The ICSID Convention*, Art. 25, Rn. 697; Amerasinghe, 47 *BYIL* 1975, S. 257.

¹⁶⁸ Schreuer, *The ICSID Convention*, Art. 25, Rn. 697.

¹⁶⁹ Nach Art. 31 (3) WVRK ist bei der systematischen Auslegung (a) jede spätere Übereinkunft zwischen den Vertragsparteien über die Auslegung des Vertrags oder die Anwendung seiner Bestimmungen, (b) jede spätere

hierfür erforderlich, dass alle Vertragsstaaten der ICSID-Konvention übereinkommen, da Art. 31 (2) (a) WVRK verlangt¹⁷⁰, dass die spätere Übereinkunft von allen Vertragsparteien des auszulegenden Vertrags geschlossen wurde. Dies ist bei IIA gerade nicht der Fall, da diese meistens nur von zwei Staaten abgeschlossen werden und auch keine weiteren für die Auslegung von Art. 25(2)(b) relevanten multilateralen Abkommen in Betracht kommen, die von allen 150 ICSID-Vertragsstaaten ratifiziert worden sind. Demnach können IIA nicht im Rahmen der systematischen Auslegung herangezogen werden.

(4) Zwischenergebnis

Somit kann auch die systematische Interpretation keine weiteren Erkenntnisse über die Anwendung der Kontrolltheorie zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit von juristischen Personen liefern. Zwar deutet die Ausnahmeregel in Art. 25(2)(b) auf eine Unanwendbarkeit der Kontrolltheorie bei der Bestimmung der Staatszugehörigkeit nach der generellen Regel hin, dieser Schluss ist jedoch nicht zwingend.

c) Teleologische Auslegung

Nachdem erarbeitet wurde¹⁷¹, dass sich aus der wörtlichen und der systematischen Auslegung keine zwingende Anwendbarkeit der Kontrolltheorie ergibt, ist zu untersuchen, ob der Sinn und Zweck der ICSID-Konvention eine andere Beurteilung zulässt.

Der Sinn und Zweck eines Vertrages lässt sich grundsätzlich aus dem Titel, dem Vertragstext und der Präambel erschließen.¹⁷² Ein Vertrag kann mehrere Ziele haben – auch wenn von dem Sinn und Zweck eines Vertrages im Singular gesprochen wird.¹⁷³ Die Auslegung nach dem Sinn und Zweck soll es insbesondere ermöglichen, Situationen zu erfassen, die von den

Übung bei der Anwendung des Vertrags, aus der die Übereinstimmung der Vertragsparteien hervorgeht und (c) jeder anwendbare einschlägige Völkerrechtssatz zu berücksichtigen.

¹⁷⁰ Art. 31 (2) (a) WVRK bestimmt: Für die Auslegung eines Vertrags bedeutet der Zusammenhang außer dem Vertragswortlaut samt Präambel und Anlagen jede sich auf den Vertrag beziehende Übereinkunft, die zwischen allen Vertragsparteien anlässlich des Vertragsabschlusses getroffen wurde.

¹⁷¹ Siehe oben unter 1. Kapitel, C. II.2.a) und C. II.2.b).

¹⁷² Klabbers, in: The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Rn. 7, 15; Sinclair, The Vienna Convention on the Law of Treaties, S. 75; Weeramantry, Treaty Interpretation in Investment Arbitration, Rn. 3.79; Gardiner, Treaty Interpretation, S. 192.

¹⁷³ Gardiner, Treaty Interpretation, S. 190 ff.

Vertragsverfassern nicht vorhergesehen oder berücksichtigt waren, dem Vertrag jedoch zur allgemeinen Geltung verhelfen.¹⁷⁴

Bereits aus der Präambel, die unter anderem die Notwendigkeit von „*international cooperation for economic development*“¹⁷⁵ strapaziert, ergibt sich die internationale Ausrichtung der ICSID-Konvention. Zudem lässt sich aus dem Vertragstext schließen, dass das ICSID als internationale Organisation zur Beilegung von Streitigkeiten geschaffen wurde – „*ICSID was created to serve as an impartial international organization to support the private resolution of legal disputes (through arbitration and conciliation) between investors and host States.*“¹⁷⁶ Nach Art. 1(2) bietet das ICSID einen organisatorischen Rahmen, um investitionsrechtliche Streitigkeiten zwischen Gaststaaten und ausländischen Investoren zu entscheiden. Insbesondere sollen *internationale* Streitigkeiten von *ausländischen* Investoren beigelegt werden.¹⁷⁷ Daher widerspricht es dem Sinn und Zweck der ICSID-Konvention, Streitigkeiten zwischen Staaten und ihren eigenen Staatsangehörigen zu entscheiden, da die Konvention hierfür gerade nicht geschaffen wurde.¹⁷⁸

Grundsätzlich ist diesem generellen Sinn und Zweck der ICSID-Konvention nicht die Bestimmung der Staatszugehörigkeit nach einer bestimmten Theorie zu entnehmen. Liegt nach einer formalen Theorie ein internationaler Streit vor, ist der Sinn und Zweck erfüllt. Insbesondere rechtfertigt diese Auslegung nicht die allgemeine Anwendung der Kontrolltheorie. Jedoch könnte in bestimmten Konstellationen, in denen ein Verstoß gegen den Sinn und Zweck der ICSID-Konvention vorliegt, eine Heranziehung der Kontrolltheorie als Korrektiv gerechtfertigt sein. Auf diesen Aspekt wird im 2. Kapitel eingegangen.

¹⁷⁴ Klabbers, in: The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Rn. 21.

¹⁷⁵ Präambel ICSID-Konvention.

¹⁷⁶ Carolyn Dubay, The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID Convention), International Judicial Monitor, http://www.judicialmonitor.org/archive_spring2013/privateinternationallawdiscourse.html (zuletzt besucht am 10.11.2021).

¹⁷⁷ Tokios Tokoles v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Dissenting Opinion, 29 April 2004, para. 3;

D’Agnone, in: The Changing Role of Nationality in International Law, S. 157.

¹⁷⁸ Tokios Tokoles v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Dissenting Opinion, 29 April 2004, para. 5.

d) Historische Auslegung

Der historische Wille der Vertragsstaaten wird gem. Art. 32 WVRK im Rahmen der Vertragsauslegung lediglich subsidiär herangezogen, wenn „*die Auslegung nach Artikel 31 (a) die Bedeutung mehrdeutig oder dunkel lässt oder (b) zu einem offensichtlich sinnwidrigen oder unvernünftigen Ergebnis führt*“¹⁷⁹. Hier kommt eine historische Auslegung in Betracht, da die Wortlautauslegung, systematische und teleologische Auslegung unergiebig waren.

Die Entstehungsgeschichte der ICSID-Konvention kann als Indiz für die Bedeutung der Kontrolltheorie dienen, da der vorläufige Entwurf der ICSID-Konvention sich noch mit der Möglichkeit der Bestimmung der Staatszugehörigkeit von juristischen Personen nach der Gründungs- und der Kontrolltheorie befasste: „*National of a Contracting State includes (a) any company which under the domestic law of that State is its national, and (b) any company in which the nationals of that State have a **controlling** interest.*“¹⁸⁰

Die Kontrolltheorie erfüllte hierbei eine extensive Funktion.¹⁸¹ Jedoch wurde bereits beim *Consultative Meeting of Legal Experts* im Dezember 1963 Kritik an der Kontrolltheorie geübt und auf das Problem der Bestimmung von Kontrolle hingewiesen – gerade in Fällen, in denen alle Anteilseigner prozentual gleiche Anteile halten. Daneben gab es aber auch befürwortende Stimmen: Ein Abgesandter aus Südafrika sprach sich für die Anwendung der Kontrolltheorie aus, um zu gewährleisten, dass nur Investoren mit einem tatsächlichen vermögenswerten Interesse an dem Gaststaat geschützt würden.¹⁸²

Letztendlich wurde die Kontrolltheorie jedoch als impraktikabel abgelehnt¹⁸³ und nicht in den endgültigen Vertragstext aufgenommen. Viele Abgesandte befürchteten, dass Kontrolle nicht festgestellt werden könne und das Kriterium des *controlling interest* nicht präzise genug

¹⁷⁹ Art. 32 WVRK.

¹⁸⁰ ICSID History, Volume I, S. 122, Volume II, S. 170 (Hervorhebung hinzugefügt).

¹⁸¹ ICSID History, Volume II, S. 260.

¹⁸² „*It is necessary to look behind the corporate veil to the shareholders or physical persons affected by adverse action. If that could be done the difficulties raised by the existence of holding companies, nominees, voting arrangements, trusts and various forms of disguised ownership would be eliminated. Careful investigation would be necessary but that was the only way to afford full protection to the individual foreign persons who had real patrimonial interest in the host country.*” In: ICSID History, Volume II, S. 447.

¹⁸³ ICSID History, Volume II, S. 448.

sei.¹⁸⁴ Die endgültige Version der ICSID-Konvention enthält daher keine Definition zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit von Gesellschaften.¹⁸⁵

Diese Ablehnung der Kontrolltheorie zeigt jedoch lediglich, dass die Verfasser der ICSID-Konvention sich auf keine Theorie zur Bestimmung von „nationality“ festlegen wollten, um den Staaten den größtmöglichen Spielraum zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit in ihrem jeweiligen IIA zu gewähren.¹⁸⁶ Daher kann diese Ablehnung nicht als Argument gegen die Anwendung der Kontrolltheorie bei der generellen Regel in Art. 25(2)(b) dienen.¹⁸⁷ Zudem muss bei der Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte der ICSID-Konvention beachtet werden, dass die Vertragsstaaten, die in den 60er Jahren des 20. Jahrhunderts die ICSID-Konvention ratifiziert haben, von einem ganz anderen Bild der wirtschaftlichen Verhältnisse als den heutigen ausgegangen sind. Es erscheint unwahrscheinlich, dass die Abgeordneten bei den Verhandlungen der ICSID-Konvention die heute auftretenden Strukturierungskonstellationen von Investoren und die damit einhergehenden Probleme berücksichtigt oder vorhergesehen haben.¹⁸⁸ Damals waren international agierende Unternehmen die Ausnahme und es bestand keine Notwendigkeit, die Staatszugehörigkeit nach wirtschaftlichen Kriterien zu bestimmen. Dies änderte sich erst durch das Entstehen multinationaler Unternehmen, deren tatsächliche Staatszugehörigkeit sich immer schwerer bestimmen lässt.¹⁸⁹ Gesellschaften sind heutzutage international vernetzt – entweder durch Verkaufstransaktionen, internationale Kooperationsabkommen oder durch Investitionen in anderen Staaten.¹⁹⁰ So übten bereits im Jahr 2006 78.441 Muttergesellschaften ihre weltweiten Geschäfte durch 777.647 ausländische Tochtergesellschaften aus.¹⁹¹ Zur Erfassung dieser neuen wirtschaftlichen Gegebenheiten ist eine flexible Auslegung notwendig. Genauso wie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (nachfolgend „EMRK“) dynamisch auslegt¹⁹², könnte auch die ICSID-Konvention als *living instrument* betrachtet werden.¹⁹³

¹⁸⁴ ICSID History, Volume II, S. 448 ff., 538, 581; Schreuer, The ICSID Convention, Art. 25, Rn. 695.

¹⁸⁵ Schreuer, The ICSID Convention, Art. 25, Rn. 696.

¹⁸⁶ Baumgartner, Treaty Shopping in International Investment Law, S. 101, 102.

¹⁸⁷ Franke, Der personelle Anwendungsbereich des internationalen Investitionsschutzrechts, S. 206.

¹⁸⁸ Tercier / Tran Thang, in: Building International Investment Law, S. 150.

¹⁸⁹ Wisner/Gallus, JWIT, Vol.5, 2004, S. 927.

¹⁹⁰ Mabry, The Georgetown Law Journal 87, S. 568.

¹⁹¹ United Nations Conference on Trade and Development, World Investment Report 2007: Transnational Corporations, Extractive Industries and Development (2007), S. 217 ff., https://unctad.org/system/files/official-document/wir2007_en.pdf (zuletzt besucht am 10.11.2021).

¹⁹² Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht, § 782.

¹⁹³ Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, S. 39 ff. m.w.N.

Danach wäre eine Auslegung von *nationality* zulässig, die neben formalen auch wirtschaftliche Kriterien berücksichtigt. Eine solche Auslegung der ICSID-Konvention ist jedoch nicht allgemein anerkannt.¹⁹⁴

e) Bewertung

Eine Auslegung der ICSID-Konvention nach den gewohnheitsrechtlich anerkannten Auslegungsregeln ist nicht ertragreich. Weder der Wortlautauslegung noch der systematischen, teleologischen oder historischen Auslegung lässt sich eine zwingende Anwendbarkeit der Kontrolltheorie zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit von juristischen Personen nach der generellen Regel in Art. 25(2)(b) entnehmen. Daher wird in einem nächsten Schritt untersucht, ob sich der offene Wortlaut von „*nationality*“ anhand von Schiedsgerichtsentscheidungen konkretisieren lässt.

3. Konkretisierung von Art. 25(2)(b) ICSID-Konvention durch Schiedsgerichtsentscheidungen

Wie bereits oben ausgeführt¹⁹⁵, bietet eine Auslegung der ICSID-Konvention keine Klarheit darüber, nach welcher Theorie die Staatszugehörigkeit einer Gesellschaft bestimmt wird. Im Folgenden soll daher zur Konkretisierung untersucht werden, nach welchen Theorien die Schiedspraxis die Determinierung der Staatszugehörigkeit vorgenommen hat.¹⁹⁶

a) Allgemeine Anerkennung der Gründungs- und Sitztheorie

Schiedsgerichte sind grundsätzlich befugt, über ihre eigene Zuständigkeit zu entscheiden.¹⁹⁷ Diese Kompetenz wird dem Schiedsgericht von den Parteien mit ihrer Schiedsabrede übertragen.¹⁹⁸ Im Rahmen dieser Kompetenz-Kompetenz können Schiedsgerichte Kriterien festlegen, nach denen die Staatszugehörigkeit von Gesellschaften zu bestimmen ist.

¹⁹⁴ Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht, § 782.

¹⁹⁵ Siehe oben unter 1. Kapitel, C. II.2.

¹⁹⁶ So auch Turner, in: International Arbitration 2006, S. 458.

¹⁹⁷ Blackaby/Partasides, International Arbitration, Rn. 5.99; siehe beispielsweise auch § 1040 (2) ZPO sowie Art. 23 UNCITRAL Arbitration Rules.

¹⁹⁸ Blackaby/Partasides, International Arbitration, Rn. 5.85.

Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass, wie bei der ICSID-Konvention, in den Vertragstexten nicht vorgesehen ist, wie die Staatszugehörigkeit determiniert wird.¹⁹⁹ Ist im jeweiligen IIA keine bestimmte Theorie vorgesehen, ziehen Schiedsgerichte grundsätzlich die allgemein anerkannte Gründungs- und/oder Sitztheorie zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit heran.²⁰⁰

Bereits in einer Entscheidung von 1984 befasste sich ein ICSID-Schiedsgericht in *Soabi v. Senegal*²⁰¹ mit der Bestimmung der Staatszugehörigkeit von Gesellschaften und lehnte in diesem Zusammenhang die Kontrolltheorie ab. Es stellte fest, dass grundsätzlich allein formale Kriterien zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit Anwendung finden. Staaten könnten jedoch andere Kriterien, wie z.B. Kontrolle, zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit in IIA vorsehen.²⁰²

Neuere Entscheidungen²⁰³ bestätigen die allgemeine Anerkennung der Gründungs- und Sitztheorie: „*The most widely used criteria are the place of incorporation or registered office. Alternatively, the place of central administration or effective seat may also be taken into consideration*“²⁰⁴.

b) Anerkennung der Kontrolltheorie

Zwar ist die Kontrolltheorie nicht allgemein zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit anerkannt, Schiedsgerichte befassten sich jedoch mit ihr in Konstellationen, in denen natürliche Personen – geschützt durch den ‚Schleier einer Gesellschaft‘ – Klagen gegen ihren Heimatstaat erhoben haben. Allein die Bestimmung der Staatszugehörigkeit nach der Kontrolltheorie hätte hierbei zur Einschränkung der Zuständigkeit geführt. Besonders die

¹⁹⁹ Die Fähigkeit von Schiedsgerichten, über ihre eigene Zuständigkeit zu entscheiden, ist allgemein anerkannt – vgl. Blackaby/Partasides, *International Arbitration*, Rn. 5.105 ff.; bei ICSID-Schiedsgerichten folgt die Kompetenz-Kompetenz aus Art. 41(1).

²⁰⁰ Schreuer, *The ICSID Convention*, Art. 25, Rn. 698; Alexandrov, *Law & Prac. Int'l Cts. & Tribunals*, Vol.4, 2005, S. 36 ff.; *Amco Asia Corp. and Others v. Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Jurisdiction, 25 September 1983, para.14; *Tokios Tokeles v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004, para. 42.

²⁰¹ *Soabi v. Senegal*, ICSID Case No. ARB/82/1, Decision on Jurisdiction, 1 August 1984.

²⁰² *Soabi v. Senegal*, ICSID Case No. ARB/82/1, Decision on Jurisdiction, 1 August 1984, para. 29.

²⁰³ *Autopista Concesionada de Venezuela v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5, Decision on Jurisdiction, 27 September 2001, para. 107; *TSA Spectrum of Argentina S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/05/5, Award, 19 December 2008, para. 144.

²⁰⁴ *Autopista Concesionada de Venezuela v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5, Decision on Jurisdiction, 27 September 2001, para.107.

Entscheidung in *Tokios Tokeles v. Ukraine*²⁰⁵ hat eine größere Diskussion über die Anwendbarkeit der Kontrolltheorie ausgelöst. Aber auch in *Rompetrol v. Romania*²⁰⁶ und in *Yukos v. Russia*²⁰⁷ fand eine Auseinandersetzung mit der Kontrolltheorie statt. Aufgrund der Bedeutung dieser Schiedsentscheidungen ist eine nähere Auseinandersetzung indiziert.

(1) Sachverhalte der Schiedsgerichtsentscheidungen

In *Tokios Tokeles v. Ukraine* wurde die Klage gegen die Ukraine von einer in Litauen inkorporierten Gesellschaft erhoben, die somit nach der Gründungstheorie die litauische Staatszugehörigkeit innehatte. Jedoch wurden 99% der Anteile an der Gesellschaft von ukrainischen Staatsangehörigen gehalten und diese waren auch zu zwei Dritteln am Management beteiligt.²⁰⁸ Daher war es bei dieser Entscheidung von wesentlicher Bedeutung, anhand welcher Theorie die Bestimmung der Staatszugehörigkeit vorgenommen wird.

In *Rompetrol v. Romania* wurde die Gesellschaft ebenfalls von Staatsangehörigen des Gaststaates kontrolliert.²⁰⁹ Die Kontrolle durch Gaststaatsangehörige wurde aber nicht direkt, sondern indirekt durch eine weitere Gesellschaft ausgeübt.²¹⁰ Auch bei dieser Entscheidung wäre daher nur bei einer formalen Betrachtung die Zuständigkeit des ICSID gegeben gewesen.

Genauso waren in *Yukos v. Russia* die klagenden Gesellschaften in einem anderen Staat inkorporiert, sie wurden aber von russischen Staatsangehörigen kontrolliert.²¹¹ Im Gegensatz zu den obigen Entscheidungen wurde dieser Streit jedoch nicht nach der ICSID-Konvention entschieden, sondern auf Grundlage des ECT unter Verwendung der UNCITRAL Arbitration Rules. In dieser Entscheidung setzte sich das Schiedsgericht ebenfalls mit der Bestimmung

²⁰⁵ *Tokios Tokeles v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004.

²⁰⁶ *The Rompetrol Group N.V. and Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, Decision on Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility, 18 April 2008.

²⁰⁷ *Yukos Universal Limited v. The Russian Federation*, PCA Case No. AA 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009.

²⁰⁸ *Tokios Tokeles v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004, para. 21.

²⁰⁹ *The Rompetrol Group N.V. and Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, Decision on Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility, 18 April 2008, paras. 35 ff.

²¹⁰ Rumänische Staatsangehörige besaßen 100% der Anteile an Rompetrol Holding, einer schweizerischen Gesellschaft, die wiederum 100% der Anteile an TRG B.V. hielt, einer in den Niederlanden gegründeten Gesellschaft. TRG B.V. war der Mehrheitsaktionär von Rompetrol S.A.. TRG B.V. erhob vorliegend Klage gegen Rumänien unter dem Niederlande-Rumänien-BIT.

²¹¹ *Yukos Universal Limited v. The Russian Federation*, PCA Case No. AA 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009, para. 42.

der Staatszugehörigkeit von juristischen Personen auseinander. Abweichend von der ICSID-Konvention bestimmt der ECT die Staatszugehörigkeit von juristischen Personen nach der Gründungstheorie. Nach Art. 1(7)(a)(ii) ECT „*bedeutet Investor in bezug[sic] auf eine Vertragspartei eine Gesellschaft oder eine andere Organisation, die in Übereinstimmung mit dem in dieser Vertragspartei geltenden Rechtsvorschriften gegründet ist*“²¹².

(2) Bestimmung der Staatszugehörigkeit allein nach dem Wortlaut des IIA

Trotz des Vorliegens von Kontrolle durch Staatsangehörige des beklagten Staates kamen die Schiedsrichter in allen drei Entscheidungen zu demselben Ergebnis: Die Staatszugehörigkeit einer Gesellschaft kann allein nach dem Wortlaut des IIA bestimmt werden. Damit war in allen drei Entscheidungen die Zuständigkeit gegeben, da der jeweilige IIA die Staatszugehörigkeit formal bestimmte. Die Schiedsgerichte sahen kein Erfordernis, die Kontrolltheorie neben der im IIA definierten Theorie anzuwenden. Die ICSID-Konvention gewähre den Vertragsstaaten die Möglichkeit, in ihrem IIA die Staatszugehörigkeit von Gesellschaften zu definieren und diese Entscheidung der Vertragsstaaten sei auch im Rahmen des ICSID zu respektieren, solange kein Verstoß gegen die äußeren Grenzen der ICSID-Konvention vorliege.²¹³

Zu diesem Ergebnis gelangte das Schiedsgericht in *Tokios Tokeles v. Ukraine*, indem es Art. 1(2)(b)²¹⁴ des Ukraine-Litauen-BIT, der den geschützten Investor als „*any entity established in the territory of the Republic of Lithuania*“²¹⁵ definiert, nach Art. 31 (1) WVRK interpretierte. Die Auslegung habe nicht ergeben, dass neben der Gründungstheorie eine Bestimmung nach der Kontrolltheorie erforderlich sei, um Klagen von Investoren gegen ihren Heimatstaat auszuschließen. Die Staaten hätten die Kontrolltheorie nicht explizit in ihren

²¹² Artikel 1(7)(a)(ii) ECT (Hervorhebung hinzugefügt).

²¹³ *The Rompetrol Group N.V. and Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, Decision on Respondent’s Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility, 18 April 2008, para. 80; zu den äußeren Grenzen der ICSID-Konvention siehe unten 2.Kapitel unter 0.

²¹⁴ Art. 1(2) des Ukraine-Litauen-BIT definiert Investor als „*any entity established in the territory of the Ukraine in conformity with its laws and regulations in respect of Ukraine (a). In respect of Lithuania (b) the BIT defines investor as any entity established in the territory of the Republic of Lithuania in conformity with its laws and regulations and in respect of either Contracting Party (c) – any entity or organization established under the law of any third State which is, directly or indirectly, controlled by nationals of that Contracting Party or by entities having their seat in the territory of that Contracting Party; it being understood that control requires a substantial part in the ownership.*“

²¹⁵ Art. 1(2)(b) Ukraine-Litauen-BIT.

jeweiligen BIT aufgenommen und diese Entscheidung sei zu respektieren.²¹⁶ Zu demselben Ergebnis gelangte das Schiedsgericht in *Rompetrol v. Romania*, indem es festhielt, dass alleine der Wortlaut des BIT für die Bestimmung der Staatszugehörigkeit entscheidend sei und dieser bestimme die Staatszugehörigkeit des Investors nach formalen Kriterien.²¹⁷

Auch in *Yukos v. Russia* nahm das Schiedsgericht die „plain language“²¹⁸ des ECT als Ausgangspunkt, um zu bestimmen, ob die Klägerin als geschützter Investor anzusehen ist. Hierbei hielt das Schiedsgericht fest, dass dem Wortlaut des ECT in Art. 1(7) kein anderes Kriterium als das der Inkorporation zu entnehmen sei. Weitere Kriterien, wie etwa Kontrolle, sehe der Wortlaut nicht vor und diese seien daher auch nicht bei der Bestimmung der Staatszugehörigkeit heranzuziehen.²¹⁹

Demzufolge steht es Staaten frei, die Staatszugehörigkeit einer juristischen Person nach der Kontrolltheorie zu bestimmen. Dafür müssen sie diese aber explizit in den Wortlaut ihres IIA aufnehmen, damit diese von Schiedsgerichten bei der Bestimmung der Staatszugehörigkeit berücksichtigt wird. Dieses Ergebnis hat seinen Ursprung in dem Konzept der Staatssouveränität und dem Willen der Parteien nach dem Grundsatz *pacta sunt servanda*.²²⁰

(3) Ausdehnende Wortlautauslegung

Fraglich ist, ob ICSID-Schiedsgerichte die Kontrolltheorie anwenden können, auch wenn diese nicht explizit im jeweiligen IIA aufgenommen ist, da sich das Erfordernis aus der ICSID-Konvention ergibt. Für eine solche ausdehnende Auslegung spricht, dass die ICSID-Konvention der Vereinbarung der Staaten besonderes Gewicht geben will.²²¹ Um dies zu gewährleisten, können nicht nur formale Kriterien, wie Gründung und Sitz der Gesellschaft, sondern auch wirtschaftliche Kriterien, wie Kontrolle und Eigentum, berücksichtigt werden.²²² Die meisten IIA enthalten jedoch eine eindeutige und damit abschließende

²¹⁶ Tokios Tokeles v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004, para. 39 ff.

²¹⁷ The Rompetrol Group N.V. and Romania, ICSID Case No. ARB/06/3, Decision on Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility, 18 April 2008, paras. 81 ff.

²¹⁸ Yukos Universal Limited v. The Russian Federation, PCA Case No. AA 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009, para. 411.

²¹⁹ Yukos Universal Limited v. The Russian Federation, PCA Case No. AA 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009, paras. 411, 413.

²²⁰ Amerasinghe, in: International Arbitration in the 21st Century, S. 231.

²²¹ Broches, RdC, Vol.136 (1972 II), S. 361; Schreuer, The ICSID Convention, Art. 25, Rn. 698.

²²² Broches, RdC, Vol.136 (1972 II), S. 361.

Regelung zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit von juristischen Personen und lassen keinen Raum für eine ausdehnende Auslegung.²²³ Schiedsgerichte haben daher grundsätzlich eine Anwendung von zusätzlichen Kriterien abgelehnt.²²⁴

So hielt das Schiedsgericht in *Tokios Tokeles v. Ukraine* fest, dass das internationale Recht es nicht erlaube, einen Kontrolltest aufzuerlegen und sich auch keine andere Sichtweise aus der ICSID-Konvention ergebe.²²⁵

Ebenso lehnte das Schiedsgericht in *Rompetrol v. Romania* eine Anwendung von zusätzlichen Kriterien ab: „[...] *within the framework of Article 25(2)(b) of the Convention, it is open to the Contracting Parties to a BIT to adopt incorporation under their own law as a necessary and also sufficient criterion of nationality for purposes of ICSID jurisdiction, without requiring in addition an examination of ownership and control [...].*“²²⁶

Auch in *Yukos v. Russia* lehnte das Schiedsgericht eine zusätzliche Anwendung der Kontrolltheorie ab. Der ECT enthalte eine sehr weite Definition des Investors in Art. 1(7)(a)(ii) und die klagende Gesellschaft sei nach dieser – trotz Kontrolle durch russische Staatsangehörige – als zulässiger Investor anzusehen.²²⁷ Der ECT erlaube aufgrund seiner eindeutigen Sprache keine ausdehnende Auslegung des Wortlauts.²²⁸ Ein weiteres Erfordernis, wie beispielsweise Kontrolle oder Eigentum, sei dem ECT nicht zu entnehmen: „[...] *an arbitral tribunal [is not allowed] to write new, additional requirements – which the drafters did not include – into a treaty, no matter how auspicious or appropriate they may appear.*“²²⁹

²²³ Schreuer, *The ICSID Convention*, Art. 25, Rn. 720.

²²⁴ *ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary*, ICISD Case No. ARB/03/16, Award, 2 October 2006, para. 357; *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, Arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules, Partial Award, 17 March 2006, para. 229; *The Rompetrol Group N.V. and Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, Decision on Respondent’s Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility, 18 April 2008, para. 83.

²²⁵ *Tokios Tokeles v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004, para. 45.

²²⁶ *The Rompetrol Group N.V. and Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, Decision on Respondent’s Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility, 18 April 2008, para. 83.

²²⁷ *Yukos Universal Limited v. The Russian Federation*, PCA Case No. AA 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009, para. 413.

²²⁸ *Yukos Universal Limited v. The Russian Federation*, PCA Case No. AA 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009, para. 413.

²²⁹ *Yukos Universal Limited v. The Russian Federation*, PCA Case No. AA 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009, para. 415.

Somit ist es nach der Schiedsrechtsprechung grundsätzlich nicht zulässig, die Zuständigkeit von Schiedsgerichten durch die Anwendung zusätzlicher Voraussetzungen im Rahmen der Auslegung, beispielsweise durch Anwendung der Kontrolltheorie, einzuschränken. Die Zuständigkeitsvoraussetzungen ergeben sich allein aus dem Wortlaut des IIA.

4. Zwischenergebnis

Allgemein anerkannt werden auch von Schiedsgerichten die formalen Theorien, welche die Staatszugehörigkeit einer juristischen Person nach dem Gründungsort oder dem Sitz bestimmen. Anhand einer Konkretisierung des Wortlauts der ICSID-Konvention durch Schiedsentscheidungen konnte festgehalten werden, dass grundsätzlich allein die in einem IIA definierten Theorien von Schiedsgerichten angewendet werden. Schiedsgerichte sehen die Voraussetzungen der ICSID-Konvention als erfüllt an, wenn die Bestimmung der Staatszugehörigkeit anhand der Definition des jeweiligen IIA vorgenommen wird. Somit wird der Wortlaut der ICSID-Konvention durch die Definition der Staatszugehörigkeit in den jeweiligen IIA konkretisiert.

Sehen die Vertragsparteien keine Einschränkung der Zuständigkeit bei Klagen von staatszugehörigen Investoren in ihrem IIA vor, kann sie grundsätzlich auch nicht durch eine Wortlautauslegung der ICSID-Konvention bewirkt werden. Eine den Wortlaut ausdehnende Auslegung und Anwendung der Kontrolltheorie wird grundsätzlich abgelehnt. Die untersuchte Rechtsprechung zeigt die Entwicklung der Anerkennung der Kontrolltheorie auf: Frühe Entscheidungen lehnten diese vollständig ab, während sich spätere ausgiebig mit ihr befassten. Jedoch wird die Kontrolltheorie nicht allgemein anerkannt. Somit kann die Staatszugehörigkeit von juristischen Personen nicht nach der Kontrolltheorie bestimmt werden, wenn diese nicht explizit im IIA aufgeführt wird.

D. Ergebnis

Das 1. Kapitel hat die Bedeutung der Kontrolltheorie aufgezeigt. Diese ist neben der Gründungs- und Sitztheorie eine von drei Theorien zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit von juristischen Personen. Die Staatszugehörigkeit ist im Investitionsschutzrecht entscheidend für die Eröffnung des personalen Schutzbereichs eines IIA und die Zuständigkeit von Schiedsgerichten.

Die Auslegung der ICSID-Konvention zeigte, dass die Kontrolltheorie im Investitionsschutzrecht keine allgemeine Anwendung zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit von juristischen Personen findet. Die Bestimmung wird hauptsächlich anhand der gewohnheitsrechtlich anerkannten formalen Gründungstheorie vorgenommen. Eine Anwendung der Kontrolltheorie ist nur möglich, wenn diese explizit in einem IIA festgehalten ist.

Somit kommt der Kontrolltheorie im Investitionsschutzrecht nur eine geringe Bedeutung bei der Bestimmung der Staatszugehörigkeit einer juristischen Person zu. Dies schließt aber nicht aus, dass die Kontrolltheorie als Korrektiv zur Verhinderung von Missbrauch Anwendung finden könnte.

2. Kapitel: Bedeutung von Kontrolle als Korrektiv zur Verhinderung von Missbrauch

Nachdem erarbeitet wurde, dass die Kontrolltheorie nicht allgemein zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit von Gesellschaften anerkannt ist, soll im Folgenden betrachtet werden, ob sie als Korrektiv herangezogen werden kann, wenn das Ergebnis der Bestimmung nach den im IIA vorgesehenen formalen Theorien dem Sinn und Zweck der ICSID-Konvention widerspricht.

Hierzu wird zunächst untersucht, ob die ICSID-Konvention eine Ergebniskorrektur zulässt (A.). Im Rahmen dieser Untersuchung wird nur auf die teleologische Auslegung abgestellt, da die weiteren Auslegungsmethoden für die Determination der Zulässigkeit eines Korrektivs keine weiteren Erkenntnisse liefern. Schiedsgerichte selbst handhaben dies entsprechend und wenden ebenfalls nur die Auslegungsmethode an, die einschlägig ist.²³⁰

Anschließend wird näher auf das Missbrauchsprinzip sowie die möglichen Missbrauchsarten bei Strukturierungskonstellationen von Investoren eingegangen (B.). In Betracht kommen hier Klagen von Investoren gegen ihren Heimatstaat sowie das *treaty shopping*²³¹. Jedoch sind nicht alle Strukturierungskonstellationen von Investoren missbräuchlich. Ein Missbrauch liegt nur dann vor, wenn bestimmte Kriterien erfüllt sind. Diese sollen näher herausgearbeitet und dargestellt werden. Nur bei Vorliegen dieser Kriterien ist eine Anwendung der Kontrolltheorie als Korrektiv gerechtfertigt.

Abschließend wird betrachtet, ob eine Anwendung der Kontrolltheorie als Korrektiv erforderlich ist (C.). Hierzu wird auf den Regelungsgehalt von *denial of benefits*-Klauseln eingegangen sowie untersucht, ob prozessuale Möglichkeiten bestehen, die eine rechtssichere Handhabung der Kontrolltheorie als Korrektiv gewährleisten.

²³⁰ Gardiner, Treaty Interpretation, S. 45.

²³¹ Siehe hierzu unten unter 2. Kapitel, B. III.1.

A. Möglichkeit einer Ergebniskorrektur

Nachfolgend soll betrachtet werden, ob nach dem Sinn und Zweck der ICSID-Konvention eine Ergebniskorrektur möglich ist. Hierzu stellt sich zunächst die Frage, ob die ICSID-Konvention eine Ergebniskorrektur bei Missbräuchen zulässt sowie des Weiteren, welche zusätzlichen Erwägungen bei der Beurteilung zu berücksichtigen sind.

I. Verhinderung von Missbrauch

Der Sinn und Zweck eines jeden Vertrags ist es, Missbräuche zu verhindern.²³² Dies folgt aus dem Gut-Glauben-Grundsatz (*good faith*), dem jegliche Vertragsbeziehungen unterliegen.²³³ Dieser Grundsatz findet gem. Art. 31 (1) WVRK auch bei der Auslegung der ICSID-Konvention Berücksichtigung.²³⁴ Demnach verstieße eine missbräuchliche Anwendung der ICSID-Konvention gegen deren Sinn und Zweck.²³⁵ Folglich könnte, falls sich ein Investor missbräuchlich auf die Zuständigkeit eines ICSID-Schiedsgerichts beruft, eine Ergebniskorrektur erfolgen.²³⁶

Dass eine Ergebniskorrektur bei einer missbräuchlichen Anwendung nach dem Sinn und Zweck der ICSID-Konvention erforderlich ist, ergibt sich zudem aus der Tatsache, dass das Investitionsschutzrecht Investoren eine sehr starke Waffe gegenüber Gaststaaten an die Hand gibt. Es wird auch als eine Form von „*private justice in the service of merchants*“²³⁷ bezeichnet. Dieser hohe Schutz soll jedoch nur originären Investoren zukommen. Ein Investor kann sich nicht auf den Schutz des internationalen Investitionsrechts berufen, wenn dies den

²³² Phoenix Action v. The Czech Republic, ICISD Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, para. 107; Kiss, in: The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Rn. 16.

²³³ Im deutschen Recht wird zwischen dem „Grundsatz von Treu und Glauben“ und „gutem Glauben“ unterschieden, die beide im Englischen von dem Begriff „good faith“ erfasst werden – abstammend vom römischrechtlichen Begriff „bona fide“. Der deutsche Begriff der Gutgläubigkeit verengt den Grundsatz von Treu und Glauben und umfasst fehlendes subjektives Unrechtsbewusstsein trotz objektiver Unberechtetheit. Im Folgenden soll dem englischen Sprachgebrauch entsprechend unter bösgläubigem Verhalten ein treuwidriges, missbräuchliches Vorgehen verstanden werden. Zudem soll bei Bezugnahme auf den Gut-Glauben-Grundsatz das subjektive sowie objektive Element umfasst sein.

²³⁴ Phoenix Action v. The Czech Republic, ICISD Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, para. 109; Gardiner, Treaty Interpretation, S. 160.

²³⁵ Phoenix Action v. The Czech Republic, ICISD Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, para. 100.

²³⁶ Charanne B.V. Construction Investments S.A.R.L. v. The Kingdom of Spain, Final Award, Arbitration No. 062/2012, 21 January 2016 (Translation by Mena Chambers), para. 415.

²³⁷ Peterson, The Royal Institute of International Affairs, Briefing Paper No.10, 2004, S. 3.

allgemeinen Völkerrechtsgrundsätzen widersprechen würde, unter denen der Gut-Glauben-Grundsatz von größter Bedeutung ist.²³⁸ So wurde von einem Schiedsgericht festgehalten: „*an investment will not be protected if it has been created in violation of national or international principles of good faith*“²³⁹.

Außerdem würde eine Zulassung von Missbräuchen nicht nur das ICSID-System gefährden und die Tür zu rechtlichem Chaos öffnen, sondern auch den Ruf sowie die Entwicklung des gesamten Investitionsschutzrechts beschädigen.²⁴⁰ Dies kann nicht Sinn und Zweck der ICSID-Konvention sein.

II. Aufrechterhaltung des vertraglichen Gegenseitigkeitsverhältnisses

Zudem verlangt der Sinn und Zweck der ICSID-Konvention, dass das vertraglich begründete Gegenseitigkeitsverhältnis aufrechterhalten wird.

Die ICSID-Konvention sowie IIA begründen gegenseitige Rechte und Pflichten zwischen den Vertragsparteien.²⁴¹ Der Vertragszweck der ICSID-Konvention – Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung durch Auslandsinvestitionen aus anderen Vertragsstaaten – kann nur erreicht werden, wenn die Investoren einen substantiellen Bezug zu einem Vertragsstaat besitzen.²⁴² Auch IIA stellen ein Gegenseitigkeitsverhältnis auf: Die Vertragsstaaten garantieren Investoren bestimmte Schutzstandards und die Investoren wiederum haben bestimmte Vorgaben im Rahmen ihrer Investition einzuhalten – beispielsweise zur nachhaltigen Entwicklung und der Herbeiführung positiver wirtschaftlicher Effekte.²⁴³ Es ist eine fundamentale Anforderung von IIA, dass der Investor sich verpflichtet, Ressourcen in den Gaststaat einzubringen. Dadurch wird auch der Unterschied zu einfachen

²³⁸ Phoenix Action v. The Czech Republic, ICISD Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, para. 106.

²³⁹ Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18 June 2010, para. 123.

²⁴⁰ Garcia-Bolivar, Trade L. & Dev., 2(1), 2010, S. 167.

²⁴¹ Thorn/Doucleff, in: The Backlash against Investment Arbitration, S. 20; Hébert, in: Improving International Investment Agreements, S. 230; Wehland, Arbitration International, Vol.30(3), 2014, S. 565; Franke, Der personelle Anwendungsbereich des internationalen Investitionsschutzrechts, S. 173; Eichberger, AVR 58(3), S. 309; Auch die ICSID-Konvention stellt ein Gegenseitigkeitsverhältnis auf: dem Recht des Investors, den Gaststaat zu verklagen, entspricht die Verpflichtung des Heimatstaates, keinen diplomatischen Schutz auszuüben, vgl. Rigo Sureda, Investment Treaty Arbitration, S. 43.

²⁴² Addison-Agyei, Nationality Planning und Treaty Shopping im Internationalen Investitionsschutzrecht, S. 130.

²⁴³ Knottnerus/Van Os, The Netherlands: A Gateway to „treaty shopping“ for Investment Protection, S. 12; Franke, Der personelle Anwendungsbereich des internationalen Investitionsschutzrechts, S. 173.

Handelsgeschäften deutlich, da das Engagement eines Investors grundsätzlich eine gewisse Dauerhaftigkeit aufweisen muss – auch wenn eine Investition nicht auf unbestimmte Zeit gehalten werden muss.²⁴⁴

Diesem Gegenseitigkeitsverhältnis widerspricht es, wenn Investoren, die ursprünglich nicht in dieses Verhältnis miteinbezogen waren, durch Strukturierungskonstellationen von bestimmten Rechten profitieren, ihnen aber keine dauerhaften Pflichten auferlegt werden können.²⁴⁵ Daher ist nach dem Sinn und Zweck der ICSID-Konvention zur Aufrechterhaltung des vertraglichen Gegenseitigkeitsverhältnisses eine Ergebniskorrektur bei Missbräuchen notwendig.

III. Auslegungsgrenze: Wille der Vertragsstaaten

Die Zulassung einer Ergebniskorrektur bei Missbräuchen nach dem Sinn und Zweck der ICSID-Konvention überschreitet nicht die Auslegungsgrenze – den Willen der Vertragsstaaten.²⁴⁶ Missbräuchliche Strukturierungskonstellationen verstoßen gegen den Grundsatz der Gegenseitigkeit sowie den Willen der Staaten bei Abschluss von IIA sowie der ICSID-Konvention.²⁴⁷

Nachdem IIA grundsätzlich gegenseitige Rechte und Pflichten für die Vertragsstaaten aufstellen, soll auch nur ein Investor, dessen Heimatstaat an diesem Gegenseitigkeitsverhältnis partizipiert, in den Schutzbereich des IIA fallen.²⁴⁸ Es wird zwar häufig angeführt, dass Staaten vorwiegend IIA abschließen, um Investitionen anzulocken und es ihnen daher egal ist, woher das investierte Kapital stammt und welche Beziehungen zum Land ihrer Staatszugehörigkeit die investierenden Gesellschaften besitzen.²⁴⁹ Daher hätten Staaten kein Interesse daran, bestimmten Investoren den Schutz ihres IIA zu versagen, da die

²⁴⁴ Wehland, *Arbitration International*, Vol.30(3), 2014, S. 565.

²⁴⁵ Thorn/Douclevff, in: *The Backlash against Investment Arbitration*, S. 20; Knottnerus/Van Os, *The Netherlands: A Gateway to „treaty shopping“ for Investment Protection*, S. 11; Feldman, *27(2) ICSID Review*, S. 281; Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, S. 389; Eichberger, *AVR 58(3)*, S. 309.

²⁴⁶ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8 February 2005, para. 193; Stein/Buttlar/Kotzur, *Völkerrecht*, Rn. 83.

²⁴⁷ Lee, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 6, 2015, S. 357; Knottnerus/Van Os, *The Netherlands: A Gateway to „treaty shopping“ for Investment Protection*, S. 11.

²⁴⁸ Lee, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 6, 2015, S. 358.

²⁴⁹ Knottnerus/Van Os, *The Netherlands: A Gateway to „treaty shopping“ for Investment Protection*, S. 10; Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, S. 235; Thorn/Douclevff, in: *The Backlash against Investment Arbitration*, S. 21.

Förderung von Investitionen ihr Hauptziel sei.²⁵⁰ Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen, insbesondere da es Sinn und Zweck von internationalen Investitionsschutzabkommen ist, ausländisches Kapital anzulocken.²⁵¹

Zudem ist es bereits fraglich, ob es dem Willen der Staaten beim Abschluss von IIA entspricht, dass sie sich zu einem späteren Zeitpunkt einer Vielzahl von klagenden Investoren gegenübersehen.²⁵² So könnte ein Staat beispielsweise nur ein IIA ratifiziert haben, aber durch Strukturierungskonstellationen einer Fülle von klagenden Investoren ausgesetzt sein.²⁵³ Viele Staaten haben die Konsequenzen aus der Ratifizierung von IIA nicht zutreffend vorhergesehen, unter anderem auch deswegen, da erst seit den 90er Jahren des 20. Jahrhunderts Investoren das Investitionsschutzrecht für sich entdeckt und Klagen gegen Staaten gestützt auf IIA erhoben haben.²⁵⁴ Viele Staaten sind sich daher erst in den letzten Jahren, nachdem sie das erste Mal von einem Investor in Anspruch genommen worden sind, der Konsequenzen aus der Ratifizierung von IIA bewusst geworden.

Aktuelle Entwicklungen zeigen, dass Staaten bei der Ratifizierung von IIA nicht gewollt haben, dass durch Strukturierungskonstellationen von Investoren eine Vielzahl von Klagen gegen sie erhoben wird.²⁵⁵ Dies zeigt allein schon die Tatsache, dass viele, vor allem südamerikanische Staaten, nachdem sie sich wiederholt vor Schiedsgerichten gegen Klagen von Investoren verteidigen mussten, die ICSID-Konvention gekündigt haben oder kündigen wollen.²⁵⁶ Ein Beweggrund sind die teils enormen finanziellen Anstrengungen, die Staaten unternehmen müssen, um sich gegen Investitionsklagen zu verteidigen.²⁵⁷ Viele dieser Klagen wurden nicht von originären Investoren erhoben, sondern durch Briefkastengesellschaften, durch die sich der klagende Investor Zugang zu einem BIT mit einem südamerikanischen

²⁵⁰ Thorn/Doucleff, in: *The Backlash against Investment Arbitration*, S. 21; Lee, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 6, 2015, S. 359.

²⁵¹ Lee, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 6, 2015, S. 359.

²⁵² Lee, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 6, 2015, S. 360.

²⁵³ Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, S. 238; Subedi, *International Investment Law*, S. 60; Franke, *Der personelle Anwendungsbereich des internationalen Investitionsschutzrechts*, S. 173.

²⁵⁴ ICSID Statistik für das Jahr 2019 (1), S. 7,

https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Caseload%20Statistics/en/ICSID%20Web%20Stats%202019-1%20%28English%29_rev.pdf (zuletzt besucht am 10.11.2021).

²⁵⁵ Lee, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 6, 2015, S. 360.

²⁵⁶ Ausführlich hierzu siehe: Böttcher, *Dekontitutionalisierungstendenzen im internationalen Investitionsschutzrecht*, S. 120 ff. m.w.N.

²⁵⁷ Thorn/Doucleff, in: *The Backlash against Investment Arbitration*, S. 4 ff.

Staat verschafft hat.²⁵⁸ Gegen Venezuela wurden beispielsweise 2011 zwanzig neue Klagen eingereicht, wovon acht von in den Niederlanden inkorporierten Briefkastengesellschaften erfolgten.²⁵⁹ Bolivien kündigte als erster Staat 2007 das ICSID-Übereinkommen, nachdem es in *Aguas del Tunari v. Bolivia*²⁶⁰ der Klage einer ebenfalls in den Niederlanden inkorporierten Briefkastengesellschaft unterlegen war.²⁶¹ Auf Bolivien folgte Ecuador im Jahr 2009.²⁶² Zuletzt kündigte auch Venezuela die ICSID-Konvention im Januar 2012.²⁶³ Es bleibt abzuwarten, ob andere Staaten diesem Vorgehen der südamerikanischen Staaten folgen werden, nachdem sie negative Erfahrungen mit dem investitionsrechtlichen Schutzsystem gemacht haben. So war beispielsweise Argentinien zu einer Kündigung der ICSID-Konvention geneigt, da es in vierundzwanzig Verfahren vor ICSID-Schiedsgerichten als Beklagte auftrat.²⁶⁴ Zudem kündigte Australien an, in künftigen IIA kein Investor-Staat-Verfahren vorzusehen.²⁶⁵

Dies unterstützt die These, dass Staaten sich der möglichen Auswirkungen, welche die Ratifizierung von IIA sowie der ICSID-Konvention mit sich bringen, nicht bewusst waren und diese gerne wieder rückgängig machen würden. Somit entspricht eine Ergebniskorrektur bei Strukturierungskonstellationen, insbesondere sofern diese nur erfolgen, wenn diese missbräuchlich sind, dem Willen der Vertragsstaaten bei Abschluss von IIA sowie der ICSID-Konvention.

²⁵⁸ Ausführlich wird auf missbräuchliche Strukturierungskonstellationen der Investoren unten unter B. III eingegangen.

²⁵⁹ OECD World Investment Report, 2012: Towards a New Generation of Investment Policies, S. 86, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2012_embargoed_en.pdf (zuletzt besucht am 10.11.2021).

²⁶⁰ *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/3, 21 October 2005.

²⁶¹ Notifikation Boliviens gem. Art. 71 ICSID-Konvention, <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/Announcement3.html> (zuletzt besucht am 10.11.2021).

²⁶² Notifikation Ecuadors gem. Art. 71 ICSID-Konvention, <https://icsid.worldbank.org/news-and-events/news-releases/denunciation-icsid-convention-ecuador> (zuletzt besucht am 10.11.2021).

²⁶³ Notifikation Venezuelas gem. Art. 71 ICSID-Konvention, <https://icsid.worldbank.org/news-and-events/news-releases/venezuela-submits-notice-under-article-71-icsid-convention> (zuletzt besucht am 10.11.2021).

²⁶⁴ Argentinischer Gesetzesvorschlag vom 21.03.2012 zur Abschaffung des Zustimmungsgesetzes zur ICSID-Konvention, <http://www.l.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=1311-D-2012> (zuletzt besucht am 10.03.2020).

²⁶⁵ IA Reporter, In policy switch, Australia disavows need for investor-state arbitration provisions in trade and investment agreements, 14. April 2011, <https://www.iareporter.com/articles/in-policy-switch-australia-disavows-need-for-investor-state-arbitration-provisions-in-trade-and-investment-agreements/> (zuletzt besucht am 10.11.2021).

IV. Zwischenergebnis

Der Sinn und Zweck der ICSID-Konvention erfordert eine Ergebniskorrektur bei Missbräuchen. Dies folgt aus dem Gut-Glauben-Grundsatz, dem jegliche Vertragsbeziehungen unterliegen.

Sinn und Zweck der ICSID-Konvention ist es, originäre Investoren zu schützen. Nur dadurch kann das vertragliche Gegenseitigkeitsverhältnis aufrechterhalten werden. Ist dieser Sinn und Zweck nicht gewährleistet, kann eine Ergebniskorrektur erfolgen. Dies verstößt auch nicht gegen die Auslegungsgrenze: den Willen der Vertragsstaaten. Vielmehr entspricht es dem Willen der Vertragsstaaten, dass Klagen von Investoren, die sich durch missbräuchliche Strukturierungskonstellationen Zugang zum investitionsrechtlichen Schutzsystem verschaffen, als unzulässig abgewiesen werden.

B. Anwendung der Kontrolltheorie als Korrektiv bei Vorliegen eines Missbrauchs

Eine Anwendung der Kontrolltheorie als Korrektiv ist nur bei missbräuchlichen Strukturierungskonstellationen von Investoren gerechtfertigt. Zwar werden das *treaty shopping* sowie Klagen von Investoren gegen ihren Heimatstaat insbesondere von verklagten Gaststaaten abgelehnt, jedoch müssen bestimmte zusätzliche Voraussetzungen erfüllt sein, damit dieses Verhalten von Investoren als missbräuchlich angesehen werden kann.

I. Das Missbrauchsverbot

Das Rechtsmissbrauchsverbot ist eine Ausprägung des Gut-Glauben-Grundsatzes und kann die Anwendung eines Rechts einschränken.²⁶⁶ Ein Rechtsmissbrauch liegt vor, „wenn der Rechtsinhaber unrechtmäßige Vorteile anstrebt, die dem Sinn und Zweck der jeweiligen Vorschrift widersprechen“²⁶⁷. Folglich wird unter einem Rechtsmissbrauch²⁶⁸ allgemein eine funktionswidrige, dem Gut-Glauben-Grundsatz widersprechende Ausnutzung eines Rechts oder einer Rechtsposition verstanden.²⁶⁹

Zwar kann von einer allgemeinen Geltung des Missbrauchsprinzips gesprochen werden, jedoch sind seine genauen Konturen schwer zu bestimmen und stark vom Einzelfall abhängig.²⁷⁰

1. Völkerrecht

Inwieweit das Missbrauchsverbot im Völkerrecht Anwendung findet, wird im Folgenden anhand der relevanten Rechtsquellen²⁷¹ ermittelt.

²⁶⁶ Schubert, in: MüKo BGB, § 242, Rn. 155; Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht, § 461; Fukunaga, 33(1) ICSID Review, S. 183.

²⁶⁷ Schubert, in: MüKo BGB, § 242, Rn. 155; Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht, § 461.

²⁶⁸ Im Folgenden wird nur allgemein der Begriff des Missbrauchs verwendet; dies soll den Rechtsmissbrauch umfassen, falls nicht explizit anders aufgeführt.

²⁶⁹ Eintrag „Missbrauch“ in Munzinger Online/Brockhaus - Enzyklopädie in 30 Bänden, 21. Auflage.

²⁷⁰ Sipiorski, Good Faith In International Investment Arbitration, para. 1.03; Franke, Der personelle Anwendungsbereich des internationalen Investitionsschutzrechts, S. 119.

²⁷¹ Diese sind in Art. 38(1) IGH-Statut aufgelistet; siehe auch oben 1. Kapitel, B. III.2.

a) Vertragsrecht

Nachdem das Missbrauchsverbot per se angewendet wird, finden sich nur wenige Anknüpfungspunkte in Verträgen oder Übereinkommen.²⁷²

Eine explizite Erwähnung findet das Missbrauchsverbot in Art. 300 des UN-Seerechtsübereinkommens: „**Good faith and abuse of rights** – *States Parties shall fulfil in good faith the obligations assumed under this Convention and shall exercise the rights, jurisdiction and freedoms recognized in this Convention in a manner which would not constitute an abuse of right*“²⁷³. Hieraus ergibt sich, dass die mit dem UN-Seerechtsübereinkommen gewährten Rechte nicht rechtsmissbräuchlich ausgeübt werden dürfen.

b) Allgemeines Rechtsprinzip

Zudem beruht das Völkerrecht auf den „*allgemeinen, von den Kulturstaaten anerkannten Rechtsgrundsätze[n]*“²⁷⁴. Der Gut-Glauben-Grundsatz ist kein Prinzip, das originär dem Völkerrecht zuzuschreiben ist, sondern stammt insbesondere aus den einzelnen nationalen Rechtsordnungen.²⁷⁵ Nichtsdestotrotz ist anerkannt, dass der Gut-Glauben-Grundsatz ein Kernelement des Völkerrechts bildet.²⁷⁶

Inwieweit das Missbrauchsverbot ein allgemeines Rechtsprinzip ist, kann mit Blick auf die nationalen Rechtsordnungen ermittelt werden. Nationale Rechtsordnungen unterscheiden zwischen dem Verfahrensmissbrauch – *abuse of process* – und dem Rechtsmissbrauch – *abuse of rights* –, wobei beide auf dem Grundsatz von *good faith*²⁷⁷ beruhen.²⁷⁸ In *common law*-Rechtsordnungen ist der Verfahrensmissbrauch allgemein anerkannt. Die Doktrin des Rechtsmissbrauchs findet sich hingegen in *civil law*-Rechtsordnungen.

²⁷² Franke, Der personelle Anwendungsbereich des internationalen Investitionsschutzrechts, S. 120, 121.

²⁷³ Art. 300 UN-Seerechtsübereinkommen (Hervorhebung hinzugefügt).

²⁷⁴ Art. 38(1)(c) IGH-Statut.

²⁷⁵ Ponce/Cevallos, TDM 13(5), November 2016, S. 1.

²⁷⁶ Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht, § 60; Baumgartner, Treaty Shopping in International Investment Law, S. 279.

²⁷⁷ Llamzon/Sinclair, in: ICCA Congress Series, Volume 18, S. 452.

²⁷⁸ Siehe hierzu Gaffney, JWIT, Vol.11(4), 2010, S. 515 ff.

(1) *Civil law*-Rechtsordnungen

In *civil law*-Rechtsordnungen ist der Gut-Glauben-Grundsatz zwar allgemein anerkannt, jedoch ist eine genaue Definition schwierig.²⁷⁹ Dies liegt insbesondere daran, dass die Ausprägungen des Gut-Glauben-Grundsatzes erst im Zusammenhang mit seiner praktischen Anwendung greifbar werden.

Im deutschen Zivilrecht ist das Treu-und-Glauben-Prinzip in § 242 BGB festgehalten, der wie folgt bestimmt: „*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*“. Folglich wird hier eine objektive Interessenbewertung vorgenommen, wobei der Gut-Glauben-Grundsatz zudem auch noch eine subjektive Bewertung vornimmt.²⁸⁰ Das Missbrauchsverbot ist in Deutschland in dem Schikaneverbot des § 226 BGB kodifiziert, der bestimmt, dass „*[d]ie Ausübung eines Rechts [...] unzulässig [ist], wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen*“²⁸¹.

Ähnliche Regelungen finden sich in Italien, Österreich, Spanien und den Niederlanden, die teilweise weitere Kriterien zum Vorliegen eines Missbrauchs verlangen; andere Länder wie die Schweiz erfordern dahingegen nicht einmal Vorsatz zum Vorliegen eines Missbrauchs.²⁸²

Es kann allgemein festgehalten werden, dass in *civil law*-Rechtsordnungen die Ausübung eines Rechts bei Vorliegen von Missbrauchsriterien eingeschränkt werden kann.²⁸³

(2) *Common law*-Rechtsordnungen

Im Gegensatz zu *civil law*-Rechtsordnungen erkennen *common law*-Rechtsordnungen den Gut-Glauben-Grundsatz nicht als allgemeines Rechtsprinzip an.²⁸⁴ Der Verfahrensmisbrauch

²⁷⁹ Ponce/Cevallos, TDM 13(5), November 2016, S. 1; Sipiorski, Good Faith In International Investment Arbitration, paras. 2.89 et seq.

²⁸⁰ Schubert, in: MüKo BGB, § 242, Rn. 9.

²⁸¹ § 226 BGB.

²⁸² Ausführlich hierzu siehe: Franke, Der personelle Anwendungsbereich des internationalen Investitionsschutzrechts, S. 122 ff. m.w.N.

²⁸³ Franke, Der personelle Anwendungsbereich des internationalen Investitionsschutzrechts, S. 123, 124.

²⁸⁴ Ponce/Cevallos, TDM 13(5), November 2016, S. 3; Franke, Der personelle Anwendungsbereich des internationalen Investitionsschutzrechts, S. 124.

(*abuse of process*), eine Ausprägung des Gut-Glauben-Grundsatzes, findet jedoch auch in *common law*-Rechtsordnungen Anwendung.²⁸⁵

c) Rechtsprechung

Der IGH sowie der StIGH haben das Missbrauchsverbot wiederholt anerkannt und angewendet.²⁸⁶

Bereits im Jahr 1926 hat der IGH im *Case concerning German interests in Polish Upper Silesia* das Missbrauchsverbot anerkannt und die Beweislast geregelt.²⁸⁷ Auch in *Free Zones of Upper Savoy and District of Gex* hat der IGH festgehalten, dass das Missbrauchsverbot die Ausübung eines Rechts begrenzen kann.²⁸⁸ In der *Fisheries*-Entscheidung bestätigte der IGH, dass das Missbrauchsverbot die Anwendung eines Rechts einschränken kann.²⁸⁹

Zudem hat auch die WTO-Berufungsinstanz in einer Entscheidung aus dem Jahr 1998 festgehalten, dass das Missbrauchsverbot als Ausprägung des Gut-Glauben-Grundsatzes im Völkerrecht als allgemeines Rechtsprinzip anerkannt ist und die missbräuchliche Ausübung von Rechten durch Staaten verhindert.²⁹⁰

d) Bewertung

Im Völkerrecht sind der Gut-Glauben-Grundsatz sowie das Missbrauchsverbot allgemein anerkannt. Das Missbrauchsverbot soll als Korrektiv unbillige Ergebnisse durch die Einschränkung von Rechten verhindern. Hierbei sind jedoch die Kriterien, die eine Anwendung des Missbrauchsverbots rechtfertigen, schwer zu fassen. Es wird daher jeweils auf eine Einzelfallentscheidung ankommen.

²⁸⁵ Ponce/Cevallos, TDM 13(5), November 2016, S. 3; Sipiorski, Good Faith In International Investment Arbitration, paras. 2.69 et seq.

²⁸⁶ Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht, § 461.

²⁸⁷ German Interests in Polish Upper Silesia (Germ. v. Pol.), 1926 P.C.I.J. (ser. A) No. 7 (May 25), para. 123.

²⁸⁸ Free Zones of Upper Savoy and District of Gex (Fr. v. Switz.), 1930 P.C.I.J. (ser. A) No. 24 (Order of Dec. 6), para. 7.

²⁸⁹ Fisheries case, Judgement, I.C.J. Reports 1951, 116, S. 142.

²⁹⁰ WTO Berufungsinstanz, WT/DS58/AB/R, 12. Dezember 1998, para. 158,

[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=58544&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=)

[DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=58544&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=58544&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=) (zuletzt besucht am 10.11.2021).

2. Internationales Investitionsschutzrecht

Zwar ist das internationale Investitionsschutzrecht Teil des Völkerrechts – so bestimmt auch Art. 42(1) ICSID-Konvention, dass ein Schiedsgericht bei seiner Entscheidung völkerrechtliche Regelungen zu berücksichtigen hat –, jedoch können durch die verschiedenen rechtlichen und tatsächlichen Hintergründe der Schiedsrichter Unterschiede in der Anwendung auftreten.²⁹¹ Nichtsdestotrotz findet das Missbrauchsverbot im internationalen Investitionsschutzrecht Anwendung.²⁹² Ebenso wie im Völkerrecht verbietet das Missbrauchsverbot im internationalen Investitionsschutzrecht in bestimmten Situationen die Anwendung eines Rechts, wenn dies zu Ergebnissen führt, die bei der Schaffung des Rechts nicht gewünscht waren.²⁹³

Im Detail werden die Schiedsgerichtsentscheidungen, die sich mit der Anwendbarkeit des Missbrauchsverbots bei Strukturierungskonstellationen von Investoren beschäftigt haben, unten unter 2. Kapitel, B., III sowie IV besprochen.

3. Zwischenergebnis

Das Missbrauchsverbot ist im Völkerrecht sowie im internationalen Investitionsschutzrecht anerkannt und verhindert, dass Investoren die ihnen gewährten Rechte missbrauchen. Das Missbrauchsverbot ermöglicht es, die Rechtmäßigkeit einer Streitvorlage an ein internationales Schiedsgericht durch einen Investor zu beurteilen.

²⁹¹ Sipiorski, *Good Faith In International Investment Arbitration*, para. 1.06.

²⁹² Byers, 47 *McGill L.J.* 2001-2002, S. 389 m.w.N.; De Brabandere, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol.3(3), 2012, S. 613, 619; Voon/Mitchell/Munro, *Legal Responses to Corporate Manoeuvring in International Investment Arbitration*, S. 20; Eichberger, *AVR* 58(3), S. 325; *Abaclat and Others and The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 4 August 2011, para. 646; *Mobil Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICISD Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, 10 June 2010, para. 167 ff.; Baumgartner, *Treaty Shopping in International Investment Law*, S. 280.

²⁹³ *Abaclat and Others and The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 4 August 2011, para. 646; *Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2, Award, 13 August 2009, para. 171; Hunter, *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*, Heft 106, 2011, S. 48; Sloane, *Harvard Int'l L.J.*, Vol.50(1), 2009, S. 19; Llamzon/Sinclair, in: *ICCA Congress Series*, Volume 18, S. 452.

Jedoch sind die Kriterien, die Schiedsgerichte zur Anwendung des Missbrauchsverbots herangezogen haben, stark einzelfallbezogen. Daher sind die objektiven und subjektiven Kriterien für das Vorliegen eines Missbrauchs konkret für die hier relevanten Strukturierungskonstellationen von Investoren herauszuarbeiten.

II. Mögliche Missbrauchsarten bei Strukturierungskonstellationen von Investoren

Die von Schiedsgerichten verwendete Terminologie für mögliche Missbrauchsarten ist uneinheitlich. Bei den verschiedenen Strukturierungskonstellationen von Investoren werden die Begriffe *abuse of process*, *abuse of the international (ICSID) arbitration system*, *abuse of rights* und *abuse of corporate nationality* verwendet.²⁹⁴

Diese verschiedenen Begriffe können unter den Fallgruppen (i) Missbrauch der juristischen Person sowie (ii) Missbrauch des investitionsrechtlichen Schutzsystems zusammengefasst werden.

1. Missbrauch der juristischen Person

Ein Missbrauch der juristischen Person kommt in Betracht, wenn deren Vorteile rechtswidrig ausgenutzt werden. Ein solcher Vorteil ist unter anderem, dass das Gesellschaftsrecht grundsätzlich keinen Durchgriff auf die kontrollierenden Anteilseigner vorsieht.²⁹⁵ Nach der *piercing the corporate veil*-Doktrin kann jedoch bei einem Missbrauch grundsätzlich der Schleier einer juristischen Person gelüftet werden, um die hinter ihr stehenden Personen sichtbar zu machen.²⁹⁶ Ein Durchgriff ist somit möglich, um einen Missbrauch der Vorteile

²⁹⁴ Mobil Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICISD Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, 10 June 2010, para. 176; Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, 1 June 2012, para. 2.19; Phoenix Action v. The Czech Republic, ICISD Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, para. 144; Ponce/Cevallos, TDM 13(5), November 2016, S. 21.

²⁹⁵ Astorga, *The Nationality of Juridical Persons*, S. 429; Großfeld, *Internationales Unternehmensrecht*, S. 114; Kryvoi, *Global Business Law Review*, Vol.1, 2011, S. 173.

²⁹⁶ Bering, *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*, Heft 81, 2008, S. 16; Jennings/Watts, *Oppenheim's International Law*, S. 861; Tokios Tokelés v. Ukraine, Decision on Jurisdiction, para. 55 ff.; Saluka v. Czech Republic, Partial Award, para. 230; ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary, ICISD Case No. ARB/03/16, Award, 2 October 2006, para. 358; Rumeli Telekom A.S. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29 July 2008, para. 328; ähnlich: Autopista Concesionada de Venezuela v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/00/5, Decision on Jurisdiction, 27 September 2001, para. 116.

der juristischen Person zu verhindern.²⁹⁷ So beispielsweise in „*situations where the real beneficiary of the business misused corporate formalities in order to disguise its true identity [...]*“²⁹⁸.

Demnach kann ein Missbrauch der juristischen Person bei Klagen von Investoren gegen ihren Heimatstaat gegeben sein.²⁹⁹ In dieser Strukturierungskonstellation werden die hinter der juristischen Person stehenden natürlichen Personen durch das Gesellschaftsrecht geschützt und bei der Bestimmung der Staatszugehörigkeit nach den formalen Theorien außer Acht gelassen. Rechtsfolge bei Anerkennung eines Missbrauchs ist, dass auf die natürlichen Personen zugegriffen werden kann und die Staatszugehörigkeit der Gesellschaft nach der Staatsangehörigkeit des (endgültigen) kontrollierenden Anteilseigners bestimmt wird.³⁰⁰

2. Missbrauch des investitionsrechtlichen Schutzsystems

Zudem kommt ein Missbrauch des investitionsrechtlichen Schutzsystems durch Zugangsverschaffung zu Schiedsgerichten in Betracht.³⁰¹ Schiedsgerichte haben einen Missbrauch des durch die ICSID-Konvention gewährten investitionsrechtlichen Schutzsystems zu verhindern: „*The Tribunal has to prevent an abuse of the system of international investment protection under the ICSID Convention, in ensuring that only investments that are made in compliance with the international principle of good faith and do not attempt to misuse the system are protected.*“³⁰²

Ein solcher Missbrauch ist gegeben, wenn das Verfahrensinstrument auf eine Art und Weise genutzt wird, die bei seiner Schaffung nicht gewünscht war.³⁰³ Ist diese Voraussetzung erfüllt, kann ein Schiedsgericht seine Zuständigkeit auf Grund seiner Kompetenz-Kompetenz versagen.³⁰⁴ Genauso kann bei einem Missbrauch des investitionsrechtlichen Schutzsystems

²⁹⁷ Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd., I.C.J. Rep. 1970, para. 56.

²⁹⁸ ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary, ICISD Case No. ARB/03/16, Award, 2 October 2006, para. 358.

²⁹⁹ Franke, Der personelle Anwendungsbereich des internationalen Investitionsschutzrechts, S. 171 ff.

³⁰⁰ Loewen v. United States of America, ICSID Case No. ARB/98/3, Award, 26 June 2003, para. 223; Burgstaller, JWIT, Vol.7, 2006, S. 871.

³⁰¹ Phoenix Action v. The Czech Republic, ICISD Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, para. 113.

³⁰² Phoenix Action v. The Czech Republic, ICISD Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, para. 113.

³⁰³ De Brabandere, Journal of International Dispute Settlement, Vol.3(3), 2012, S. 620.

³⁰⁴ Sloane, Harvard Int'l L.J., Vol.50(1), 2009, S. 39; Gaffney, JWIT, Vol.11(4), 2010, S. 521.

verfahren werden.³⁰⁵ Gerade beim *treaty shopping* kann eine Umgehung rechtlicher Erfordernisse vorliegen, indem der Investor seine Investition durch eine neu gegründete Gesellschaft nur deshalb ausführt, um Zugang zur ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit zu erhalten.³⁰⁶

3. Zwischenergebnis

Bei Klagen von Investoren gegen ihren Heimatstaat kommt ein Missbrauch der juristischen Person in Betracht. Zudem kann beim *treaty shopping* zusätzlich ein Missbrauch des investitionsrechtlichen Schutzsystems vorliegen. Daher werden im Folgenden diese Strukturierungskonstellationen von Investoren näher untersucht.

III. Potentiell missbräuchliche Strukturierungskonstellationen von Investoren

„[R]estructuring ‘could be ‘legitimate corporate planning [...]’ or an ‘abuse of right’ [...]. It depends upon the circumstances in which it happened.“³⁰⁷

Nachfolgend soll untersucht werden, welche Strukturierungskonstellationen von Investoren zulässige vorausschauende Planung darstellen und welche missbräuchlich sind. Hierbei kommen zwei Konstellationen in Betracht: Erstens das *treaty shopping* (unter 1.) und zweitens Klagen von Investoren gegen ihren Heimatstaat (unter 2.).³⁰⁸

Bei diesen Strukturierungskonstellationen wäre auf Basis einer formalen Theorie zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit der Anwendungsbereich der ICSID-Konvention eröffnet. Nur bei Anwendung der Kontrolltheorie kann man zu dem Ergebnis gelangen, dass entweder eine Heimatstaats- oder eine Drittstaatszugehörigkeit gegeben ist.

³⁰⁵ Phoenix Action v. The Czech Republic, ICISD Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, paras. 142 ff.

³⁰⁶ Addison-Agyei, Nationality Planning und Treaty Shopping im Internationalen Investitionsschutzrecht, S. 136.

³⁰⁷ Mobil Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICISD Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, 10 June 2010, para. 191.

³⁰⁸ Das *treaty shopping* und Klagen von Investoren gegen ihren Heimatstaat werden nachfolgend zusammen als Strukturierungskonstellationen bezeichnet.

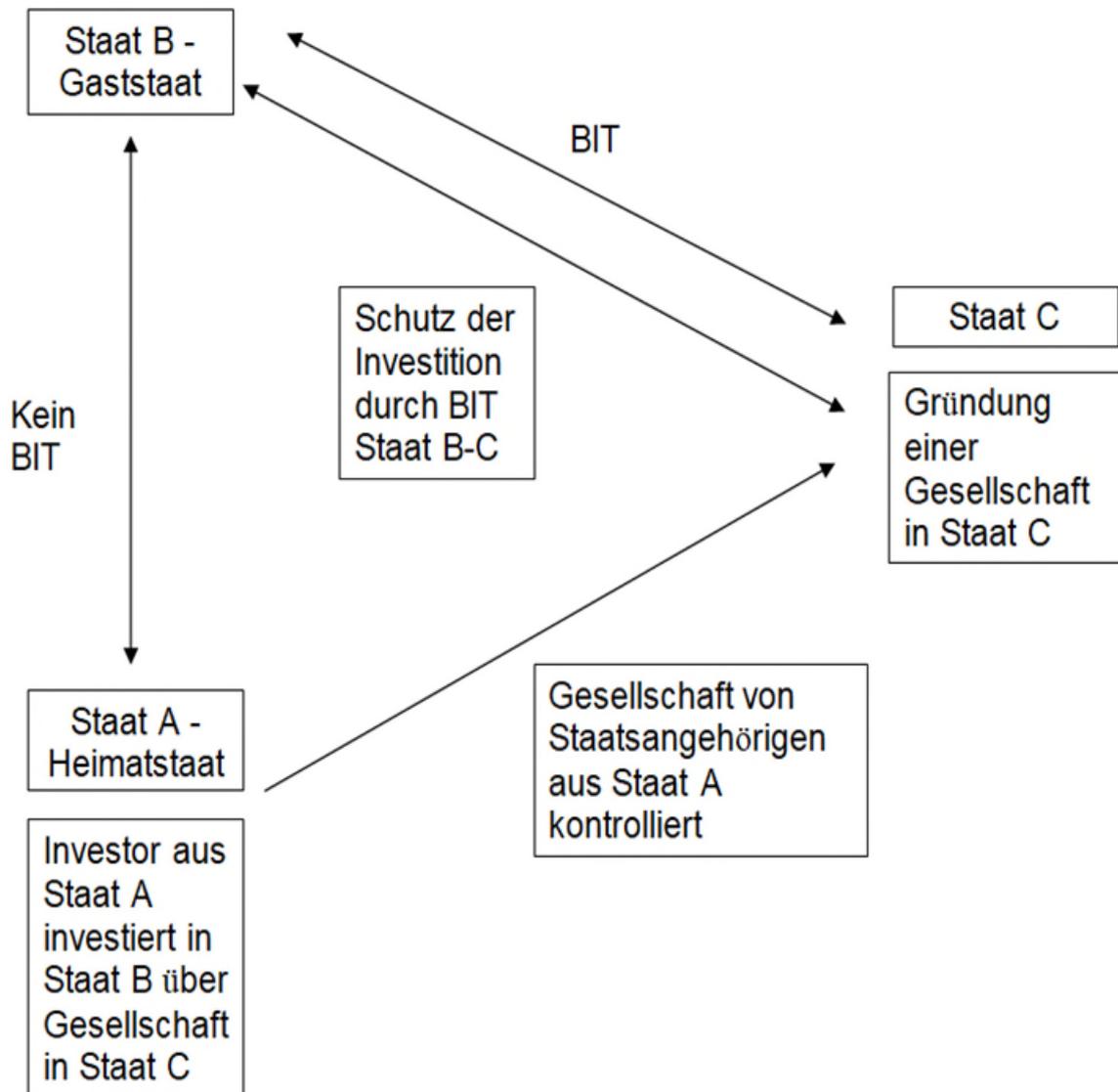
1. Treaty shopping

a) Erläuterung

Das *treaty shopping* (auch als *forum shopping* bezeichnet) ist eine Variante des *nationality planning*, die das Ziel verfolgt, eine Investition in den Anwendungsbereich eines bestimmten IIA zu bringen bzw. als Investor in dessen Anwendungsbereich zu gelangen.³⁰⁹ Beispielsweise kann ein Investor aus dem Staat A, der keinen BIT mit dem Staat B besitzt, seine Investition über eine Briefkastengesellschaft in Staat C tätigen, der einen BIT mit Staat B besitzt, und so unter den Schutz des BIT der Staaten B und C fallen. Briefkastengesellschaften sind in die Konzernstruktur unter anderem als Tochtergesellschaft eingegliedert und entfalten im Gründungsstaat keine wirtschaftliche Tätigkeit.³¹⁰ Ihr einziger Zweck ist es, Zugang zu einem IIA zu verschaffen. Das Vorgehen beim *treaty shopping* soll durch die folgende Darstellung veranschaulicht werden:

³⁰⁹ Muchlinski, *Oñati Socio-Legal Series*, Vo.1(4), 2011, S. 16; Daujotas, *Jurisdiction Ratione Personae*, S. 2; Skinner/Miles/Luttrell, 3(3) *JWELB* 2010, S. 260; Schill, *ZaöRV* 2011, S. 282; Valasek/Dumberry, 26(1) *ICSID Review*, S. 59; Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, S. 410 ff.; Hébert, in: *Improving International Investment Agreements*, S. 230.

³¹⁰ Valasek/Dumberry, 26(1) *ICSID Review*, S. 55.



Ermöglicht wird das *treaty shopping* durch die rein formale Bestimmung der Staatszugehörigkeit von Gesellschaften. So werden viele Investitionen durch Briefkastenfirmen in den Niederlanden getätigt, da die Niederlande ein sehr breites Netzwerk von BITs besitzt.³¹¹ Im Jahr 2014 waren die Niederlande der häufigste Heimatstaat von klagenden Investoren.³¹²

Das *treaty shopping* kann zu verschiedenen Zeitpunkten erfolgen. Insbesondere kann vor oder nachdem ein Streit mit dem Gaststaat entstanden oder vorhersehbar ist eine gesellschaftliche (Um)Strukturierung erfolgen. Die letzte Alternative wird als *post treaty shopping* bezeichnet.

Gesellschaftliche (Um)Strukturierungen, die zu einem Wechsel der Staatszugehörigkeit führen, können je nach dem Vorliegen bestimmter Kriterien legal oder missbräuchlich sein.³¹³ Grundsätzlich sehen Schiedsgerichte und Kommentatoren das *treaty shopping* als legal an, da ein Investor die ihm zustehenden Möglichkeiten zum Schutz seiner Investition nutzen kann.³¹⁴ Im Folgenden werden Schiedsgerichtsentscheidungen behandelt, die sich mit dem *treaty shopping* beschäftigt haben. Hierbei werden nur der Hintergrund und die Entscheidungsgründe dargestellt, die im Rahmen des *treaty shopping* und dessen Bewertung von Interesse sind.

³¹¹ Zur Zeit befinden sich etwa 20.000 Briefkastenfirmen in den Niederlanden - vgl. Knottnerus/Van Os, *The Netherlands: A Gateway to „treaty shopping“ for Investment Protection*, S. 1; Skinner/Miles/Luttrell, 3(3) JWELB 2010, S. 275.

³¹² UNCTAD, IIA Issues Note, No. 2, 2015, S. 1,

http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d3_en.pdf (zuletzt besucht am 10.11.2021).

³¹³ *Mobil Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICISD Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, 10 June 2010, para. 191.

³¹⁴ Valasek/Dumberry, 26(1) ICSID Review, S. 59; Schreuer, 24(2) ICSID Review, S. 524; Hébert, in: *Improving International Investment Agreements*, S. 233; Franke, *Der personelle Anwendungsbereich des internationalen Investitionsschutzrechts*, S. 169; *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, ICISD Case No. ARB/02/3, 21 October 2005, para. 330; *CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 13 September 2001, para. 419.

b) Schiedsgerichtsentscheidungen³¹⁵

(1) Banro American Resources and Société Aurifère du Kivu et du Maniema v. Congo

In diesem Schiedsspruch aus dem Jahr 2000³¹⁶ wurde die Klage von einer in den USA sowie einer im Kongo gegründeten Gesellschaft erhoben. Die kongolesische Gesellschaft war eine 100%-Tochtergesellschaft der amerikanischen Gesellschaft, wobei diese wiederum zu 100% von einer kanadischen Gesellschaft gehalten wurde. Die kanadische Gesellschaft übertrug nach der Streitentstehung ihre relevanten Anteile an die amerikanische Klägersgesellschaft. Kanada war im Jahr 2000 nicht Vertragsstaat der ICSID-Konvention.

Diese Entscheidung ist von Bedeutung, da in ihr erstmals ein Schiedsgericht seine personelle Zuständigkeit beim *treaty shopping* versagt hat. Das Schiedsgericht hielt zur Begründung fest, dass Schiedsgerichte bei der Bestimmung ihrer Zuständigkeit nicht zwingend an formale Kriterien gebunden seien, sondern auch die tatsächlichen Gegebenheiten des zu entscheidenden Einzelfalls in Betracht ziehen könnten.³¹⁷ Insbesondere bei Klagen von Investoren aus einer Konzernkette könne eine tatsächliche einer formalen Betrachtung vorgezogen werden.³¹⁸ Daher lüftete das Schiedsgericht den Schleier der Gesellschaft und bestimmte die Staatszugehörigkeit nach der kanadischen Muttergesellschaft.³¹⁹

(2) Autopista Concesionada v. Venezuela

In dieser Entscheidung musste sich das Schiedsgericht mit der Behauptung des Gaststaates befassen, dass die klagende Gesellschaft sich missbräuchlich Zugang zum ICSID-Schutzsystem verschafft habe.³²⁰ Ursprünglich stand die klagende nationale Gesellschaft unter

³¹⁵ In chronologischer Reihenfolge.

³¹⁶ Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/98/7, Award, 1 September 2000 (excerpts).

³¹⁷ Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/98/7, Award, 1 September 2000 (excerpts), para. 11.

³¹⁸ Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/98/7, Award, 1 September 2000 (excerpts), para. 11.

³¹⁹ Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/98/7, Award, 1 September 2000 (excerpts), para. 7.

³²⁰ Autopista Concesionada de Venezuela v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/00/5, Decision on Jurisdiction, 27 September 2001.

mexikanischer Kontrolle, acht Jahre vor der Streitentstehung wurden jedoch 75% der Anteile an eine amerikanische Gesellschaft übertragen. Der Klage wurde unter dem USA-Venezuela BIT eingereicht.

Das Schiedsgericht lehnte das Vorliegen von missbräuchlichem *treaty shopping* ab, da eine gesellschaftliche (Um)Strukturierung acht Jahre vor Streitentstehung die Annahme eines Missbrauchs ausschließe.³²¹

(3) Aguas del Tunari v. Bolivia

Verstärkt setzte sich das Schiedsgericht in *Aguas del Tunari v. Bolivia*³²² mit dem *treaty shopping* auseinander. Der beklagte Staat verlangte, die Klage nicht zuzulassen, da die Klägerin lediglich eine Scheingesellschaft darstelle und keine tatsächliche Kontrolle über die im Gaststaat inkorporierte Gesellschaft ausübe. Daher solle der Schleier der Gesellschaft gelüftet und die Staatszugehörigkeit der juristischen Person nach dem tatsächlichen Kontrollinhaber bestimmt werden.³²³ Dieses Verlangen lehnte das Schiedsgericht jedoch ab, da der entscheidungsrelevante Bolivien-Niederlande-BIT den Kreis der Kläger nicht auf den *ultimate controller*³²⁴ (endgültiger Kontrollinhaber) beschränke.

Damit akzeptierte das Schiedsgericht, dass (Um)Strukturierungen von Unternehmen mit dem Ziel, sich Zugang zu einem IIA und dessen Schutz zu verschaffen, legal sind. Das Schiedsgericht wies aber auch darauf hin, dass das *treaty shopping* nicht in Fällen von missbräuchlichen und betrügerischen Unternehmensstrukturierungen akzeptiert werden würde.³²⁵

³²¹ Autopista Concesionada de Venezuela v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/00/5, Decision on Jurisdiction, 27 September 2001, paras. 123, 126.

³²² Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/3, 21 October 2005.

³²³ Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia, paras. 206 ff.

³²⁴ Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia, para. 237.

³²⁵ Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia, para. 330 ff.; Kriterien, in welchen Fällen missbräuchliche und betrügerische Unternehmensstrukturierungen vorliegen, nannte das Schiedsgericht in seiner Entscheidung nicht.

(4) Saluka v. Czech Republik

In dem UNCITRAL Fall *Saluka v. Czech Republik*³²⁶ war die Klägerin eine niederländische Gesellschaft, die durch eine japanische Muttergesellschaft kontrolliert wurde. Die Tschechische Republik führte aus, dass die Klägerin eine reine Scheingesellschaft darstelle, die nur gegründet wurde, um Zugang zu dem Niederlande-Tschechien-BIT zu erhalten, da Japan keinen BIT mit der Tschechischen Republik besäße.³²⁷ Daher solle die Klägerin sich auch nicht auf den BIT mit den Niederlanden berufen können.

Das Schiedsgericht hielt jedoch auch hier daran fest, dass die Gründung der Gesellschaft in den Niederlanden ausreicht, um den Schutz des Niederlande-Tschechien-BIT zu begründen, der eine formale Bestimmung vorsieht. Es lehnte es ab, den Schleier der Gesellschaft zu lüften, um nach dem endgültigen Kontrollinhaber und dessen Staatsangehörigkeit zu suchen. Es teilte zwar die Bedenken des Beklagten über mögliche Missbräuche im Zusammenhang mit dem *treaty shopping*; es sah jedoch keine Notwendigkeit, die Zuständigkeit *ratione personae* einzuschränken, da die Staaten sich in ihrem BIT gegen eine Einschränkung der Zuständigkeit entschieden hatten.³²⁸

(5) ADC & ADMC Management Limited v. Hungary

In Übereinstimmung mit der *Saluka*-Entscheidung bestimmte das Schiedsgericht auch in *ADC & ADMC Management Limited v. Hungary* die Staatszugehörigkeit beim *treaty shopping* nach der formalen Theorie des einschlägigen BIT.

Die Klage wurde in diesem Verfahren von zwei in Zypern gegründeten Gesellschaften unter dem Zypern-Ungarn-BIT erhoben. Die klagenden Gesellschaften wurden indirekt von kanadischen Staatsangehörigen kontrolliert. Ungarn behauptete, dass die zypriotischen Gesellschaften lediglich Briefkastengesellschaften seien und daher der Schleier der Gesellschaft gelüftet werden müsse. Dies lehnte das Schiedsgericht jedoch ab und bejahte seine Zuständigkeit, indem es die Staatszugehörigkeit lediglich nach der im BIT vorgesehenen formalen Theorie bestimmte.

³²⁶ Saluka Investments BV v. The Czech Republic, Arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules, Partial Award, 17 March 2006.

³²⁷ Saluka Investments BV v. The Czech Republic, para. 227.

³²⁸ Saluka Investments BV v. The Czech Republic, para. 241.

Das Schiedsgericht hielt aber fest, dass ein anderes Ergebnis bei Vorliegen eines Missbrauchs angezeigt sei und in einer solchen Konstellation der Schleier der Gesellschaft gelüftet werden könne.³²⁹

(6) Mobil Corporation v. Venezuela

In *Mobil Corporation v. Venezuela* musste sich das Schiedsgericht mit der Behauptung des Gaststaates auseinandersetzen, dass eine der klagenden Gesellschaften allein zur Eröffnung der Zuständigkeit des Niederlande-Venezuela-BIT in den Niederlanden gegründet wurde, nachdem eine Streitigkeit bereits vorhersehbar gewesen sei.³³⁰ Diese Entscheidung ist von Bedeutung, da sich das Schiedsgericht erstmals ausführlich mit der Frage befasste, wann das *treaty shopping* missbräuchlich sein kann.

In dem vorliegenden Fall sah das Schiedsgericht die Strukturierungskonstellation jedoch als legal an, da diese getätigt wurde, bevor die relevante Streitigkeit entstanden ist.³³¹ Das Schiedsgericht lehnte es ab, auf die Vorhersehbarkeit abzustellen, sondern sah den Zeitpunkt der Streitentstehung als relevant an. Nur bei einer Umstrukturierung nach der Streitentstehung könne ein missbräuchliches *post treaty shopping* vorliegen.³³²

(7) Pac Rim Cayman v. El Salvador

Auch in dieser Entscheidung setzte sich das Schiedsgericht ausführlich mit dem *treaty shopping* und der Frage, ob dieses missbräuchlich sein kann, auseinander. Die Klage wurde von einer amerikanischen Gesellschaft erhoben, die jedoch zu 100% von einer kanadischen Gesellschaft gehalten wurde. Allein die amerikanische Staatszugehörigkeit eröffnete den Anwendungsbereich des relevanten IIA.

³²⁹ ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary, ICISD Case No. ARB/03/16, Award, 2 October 2006, para. 358.

³³⁰ Mobil Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICISD Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, 10 June 2010.

³³¹ Mobil Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICISD Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, 10 June 2010, paras. 203 et seq.

³³² Mobil Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICISD Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, 10 June 2010, para. 205.

Zur Bestimmung, ob ein Missbrauch vorliegt, stellte das Schiedsgericht auf den zeitlichen Zusammenhang zwischen der (Um)Strukturierung und der Streitigkeit ab und verneinte letztendlich einen Missbrauch, da kein *post treaty shopping* vorläge.³³³

(8) Tidewater v. Venezuela

Auch in dieser Entscheidung kam es maßgeblich auf den Zeitpunkt der Strukturierungskonstellation an, um zu bestimmen, ob ein missbräuchliches *treaty shopping* vorliegt. Die Klägerin inkorporierte im Jahr 2009 eine auf Barbados gegründete juristische Person in ihre Gesellschaftsstruktur und erhob daraufhin die Klage unter dem Barbados-Venezuela-BIT. Das Schiedsgericht bejahte seine Zuständigkeit, da es der Auffassung war, dass die (Um)Strukturierung zu einem Zeitpunkt durchgeführt wurde, in dem die Streitigkeit noch nicht vorhersehbar gewesen sei.³³⁴

(9) ConocoPhillips v. Venezuela

Der Sachverhalt dieser Entscheidung gleicht dem in *Mobil Corporation v. Venezuela*. Auch hier hielt das Schiedsgericht fest, dass das *treaty shopping* grundsätzlich legal ist. Daher bejahte es seine Zuständigkeit, da die Umstrukturierung zu einem Zeitpunkt erfolgte, als eine Streitigkeit noch nicht vorhersehbar gewesen sei.³³⁵

(10) Lao Holdings v. The Lao People's Democratic Republic

In der *Lao*-Entscheidung hielt das Schiedsgericht ebenfalls fest, dass nur das *post treaty shopping* missbräuchlich sei.³³⁶ Da der beklagte Staat nicht beweisen konnte, dass die Streitigkeit vorhersehbar war, als die Umstrukturierung erfolgte, sah sich das Schiedsgericht nicht als unzuständig an.

³³³ Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, 1 June 2012, paras. 2.100 et seq.

³³⁴ Tidewater Inc. v. The Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/10/5, Decision on Jurisdiction, 8 February 2013, paras. 184 et seq.

³³⁵ ConocoPhillips Petrozuata B.V. et al. v. Bolivarian Republic of Venezuela, Decision on Jurisdiction and the Merits, ICSID Case No. ARB/07/30, 3 September 2013, para. 280.

³³⁶ Lao Holdings N.V. v. The Lao People's Democratic Republic, ICSID Case No. ARB(AF)/12/6, Decision on Jurisdiction, 21 February 2014, para. 70.

(11) Renée Rose Levy and Gremcitel v. Peru

Diese Klage wurde unter dem Frankreich-Peru-BIT von einem französischen Staatsangehörigen sowie einer in Peru gegründeten Gesellschaft eingereicht. Peru behauptete das Vorliegen eines Missbrauchs, da der französische Staatsangehörige die Anteile an der peruanischen Gesellschaft erst erworben hatte, als die Streitigkeit bestand oder zumindest vorhersehbar war.

Dieser Argumentation folgte das Schiedsgericht und lehnte seine Zuständigkeit ab. Seine Entscheidung begründete es damit, dass ein Missbrauch gegeben und ihm daher seine Zuständigkeit verwehrt sei – "[t]herefore, the Tribunal is precluded from exercising jurisdiction over this dispute".³³⁷

(12) Philip Morris Asia v. Australia

In *Philip Morris Asia v. Australia*³³⁸ lehnte das Schiedsgericht ebenfalls seine Zuständigkeit ab, da es zu dem Ergebnis gelangte, dass sich die Klägerin missbräuchlich Zugang zum investitionsrechtlichen Schutzsystem verschafft hatte. Auch hier begründete das Schiedsgericht seine Entscheidung damit, dass das Vorliegen eines Missbrauchs der Zuständigkeit entgegenstünde.³³⁹

Das Schiedsgericht folgte der Argumentation des beklagten Staates, dass die Übertragung der relevanten Anteile an die klagende Gesellschaft in Hong Kong missbräuchlich gewesen sei, da diese stattgefunden hatte, nachdem die Streitigkeit bereits vorhersehbar war.³⁴⁰ Folglich stellte das Schiedsgericht nicht erst auf die Streitentstehung ab, sondern bereits auf die zeitlich vorhergehende Vorhersehbarkeit der Streitigkeit.

³³⁷ Renée Rose Levy and Gremcitel S.A. v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/11/17, Award, 9 January 2015, paras. 187 et seq. and 195.

³³⁸ Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 December 2015.

³³⁹ Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 December 2015, para. 588.

³⁴⁰ Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 December 2015, para. 539.

(13) Transglobal Green Panama v. Panama

In *Transglobal Green Panama v. Panama* sah das Schiedsgericht in dem zeitlichen Zusammenfallen der Umstrukturierung mit der Streitigkeit einen Missbrauch und lehnte seine Zuständigkeit ab.³⁴¹ Es begründete dies ebenfalls damit, dass das Vorliegen eines Missbrauchs seine Zuständigkeit verhindere – „*the existence of abuse of process [...] bar[s] the exercise of the Tribunal's jurisdiction even if jurisdiction existed*“.³⁴²

c) Bewertung

Die besprochenen Entscheidungen haben gezeigt, dass das *treaty shopping* von Schiedsgerichten grundsätzlich als legal angesehen wird und damit auch nicht gegen den Sinn und Zweck der ICSID-Konvention verstößt.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz wurde allein bei missbräuchlichen Strukturierungskonstellationen anerkannt, wobei jedoch Schiedsgerichte keine genaueren Kriterien für das Vorliegen eines Missbrauchs aufgestellt haben. In jüngeren Entscheidungen ist zumindest eine Tendenz zu erkennen, die Zuständigkeit zu versagen, wenn (Um)Strukturierungen nach der Streitentstehung oder zu einem Zeitpunkt durchgeführt wurden, wenn eine Streitigkeit bereits vorhersehbar war. In diesen Konstellationen knüpften die Schiedsgerichte die Ablehnung ihrer Zuständigkeit nicht an das Kriterium der Staatszugehörigkeit, sondern führten aus, dass das Vorliegen eines Missbrauchs es ihnen verwehre, ihre Zuständigkeit zu bejahen.

Bei Vorliegen welcher konkreten Kriterien eine missbräuchliche Strukturierungskonstellation beim *treaty shopping* anzunehmen ist, wird unten unter IV. erarbeitet.

³⁴¹ Transglobal Green Energy LLC and Transglobal Green Panama S.A. v. Republic of Panama, ICSID Case No. ARB/13/28, Award, 2 June 2016, para. 103.

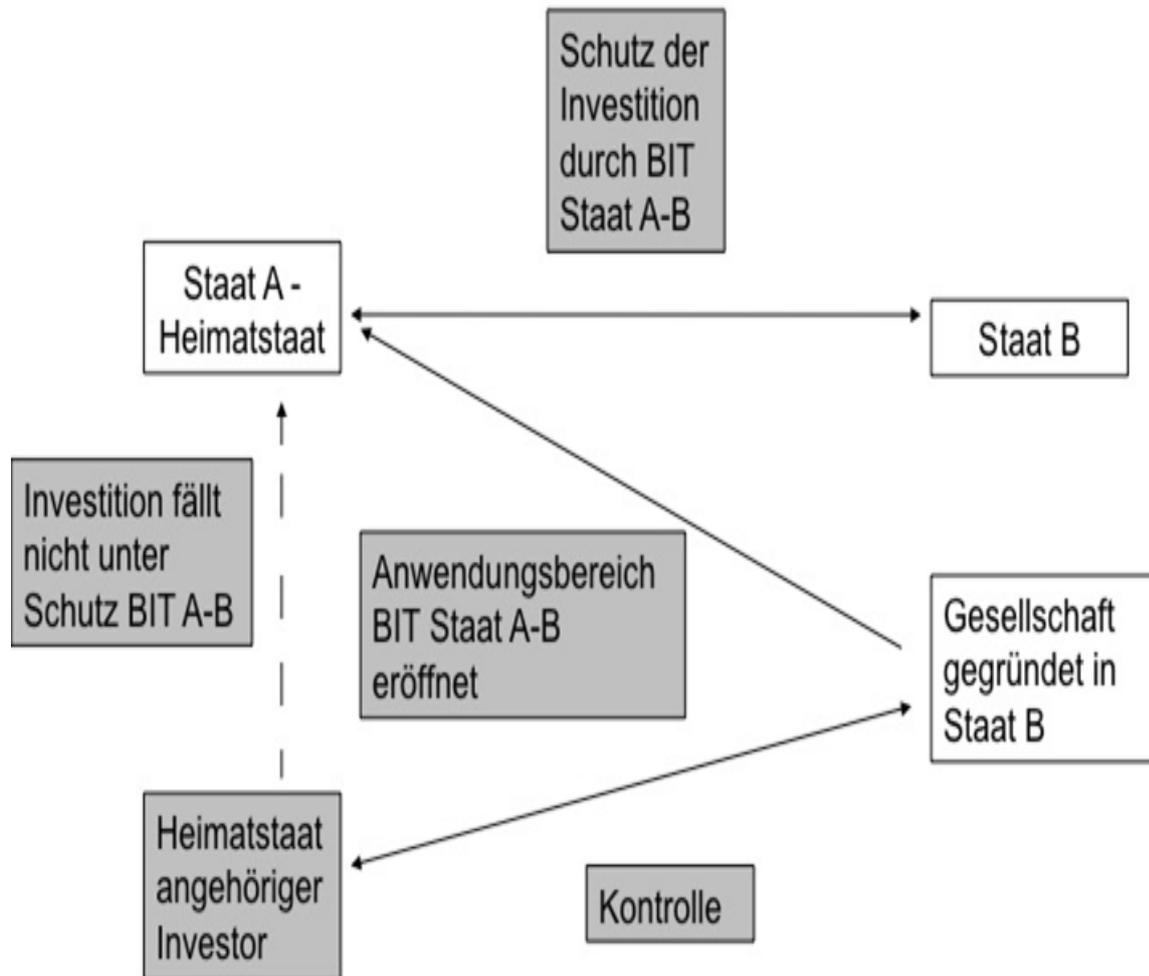
³⁴² Transglobal Green Energy LLC and Transglobal Green Panama S.A. v. Republic of Panama, ICSID Case No. ARB/13/28, Award, 2 June 2016, para. 100.

2. Klagen von Investoren gegen ihren Heimatstaat

a) Erläuterung

Das „*Sichtbarmachen*“ des Vorliegens einer Klage von Investoren gegen ihren Heimatstaat erfordert die Bestimmung der Staatszugehörigkeit nach der Kontrolltheorie. Wird eine Investition durch eine Gesellschaft getätigt, die von Staatsangehörigen des Heimatstaates kontrolliert wird, die aber in einem anderen Staat gegründet ist, führt allein die Anwendung der Kontrolltheorie zu dem Vorliegen einer Klage eines Investors gegen seinen Heimatstaat.

Bei Anwendung einer formalen Theorie ist in dieser Konstellation keine Heimatstaatszugehörigkeit, sondern die Staatszugehörigkeit eines anderen Staates gegeben. Klagen von Investoren gegen ihren Heimatstaat können durch das untere Schaubild verdeutlicht werden: Staatsangehöriger Investor aus dem Staat A gründet eine von ihm kontrollierte Gesellschaft in Staat B. Nach den formalen Theorien ist die Investition durch den BIT zwischen Staat A und B geschützt. Nur nach der Kontrolltheorie liegt eine Inlandsinvestition vor, die nicht unter den Schutz des BIT zwischen Staat A und B fällt.



Bei Klagen von Investoren gegen ihren Heimatstaat liegt ein nationaler Streit vor, für den die Zuständigkeit des ICSID nicht vorgesehen ist.³⁴³ Nationale Streitigkeiten sollen durch die nationalen Gerichte beigelegt werden und nicht durch internationale Schiedsgerichte.³⁴⁴ Andernfalls könnte jeder bereits bestehende nationale Streit einem ICSID-Schiedsgericht vorgelegt werden: „*The Tribunal has to ensure that the ICSID mechanism does not protect investments that it was not designed for to protect, because they are in essence domestic investments disguised as international investments for the sole purpose of access to this mechanism.*“³⁴⁵ Durch einen Kauf von Anteilen an einem ausländischen Unternehmen oder durch die Gründung einer ausländischen Gesellschaft soll kein internationaler Streit geschaffen werden. Ein Investor „*could not bring an international claim against its own host state.*“³⁴⁶

Folglich fordert der Sinn und Zweck der ICSID-Konvention, dass die Zuständigkeit bei Klagen von Investoren gegen ihren Heimatstaat versagt wird, da die Konvention sonst Investitionen schützen würde, für die sie nicht ratifiziert wurde.³⁴⁷ Eine andere Beurteilung führt zu einer ungewollten Erweiterung der Zuständigkeit von ICSID-Schiedsgerichten.³⁴⁸

b) Schiedsgerichtsentscheidungen³⁴⁹

Auch Klagen von Investoren gegen ihren Heimatstaat fanden Beachtung in der Schiedsrechtsprechung. Auf den jeweiligen Sachverhalt und die Entscheidungsgründe, von besonderem Interesse für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit in solchen Fällen, wird nachfolgend eingegangen.

³⁴³ Sloane, Harvard Int'l L.J., Vol.50(1), 2009, S. 41; Eichberger, AVR 58(3), S. 333; Tokios Tokoles v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Dissenting Opinion, 29 April 2004, para. 5; Phoenix Action v. The Czech Republic, ICISD Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, para. 144; ST-AD GmbH v. Republic of Bulgaria, PCA Case No. 2011-06, Award on Jurisdiction, 18 July 2013, para. 408.

³⁴⁴ Dies folgt bereits aus Art. 26 ICSID-Konvention, der jeglichen anderen Rechtsbehelf bei einer Schiedsvereinbarung den Streit einem ICSID-Schiedsgericht vorzulegen, ausschließt. Ebenso: Moreland, 9 Currents Int'l Trade L.J., 2000, S. 19; Valasek/Dumberry, 26(1) ICSID Review, S. 63; Tokios Tokoles v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Dissenting Opinion, 29 April 2004, para. 5.

³⁴⁵ Phoenix Action v. The Czech Republic, ICISD Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, para. 144.

³⁴⁶ Cementownia „Nova Huta“ S.A. v. Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Award, 17 September 2009, para. 116.

³⁴⁷ Schlemmer, in: The Oxford Handbook of International Investment Law, S. 79; Kröll/Griebel, Stockholm International Arbitration Review 2005 (2), S. 113; Tokios Tokoles v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Dissenting Opinion, 29 April 2004, paras. 1, 5.

³⁴⁸ Burgstaller, JWIT, Vol.7, 2006, S. 860; vgl. auch Schreuer, The ICSID Convention, Art. 25, Rn. 735 m.w.N.

³⁴⁹ In chronologischer Reihenfolge.

(1) Tokios Tokeles v. Ukraine

Eine Klage eines Investors gegen seinen Heimatstaat war Gegenstand der *Tokios Tokeles*-Entscheidung.³⁵⁰ Die Klage gegen die Ukraine wurde von einer in Litauen inkorporierten Gesellschaft erhoben, die jedoch zu 99% von ukrainischen Staatsangehörigen gehalten wurde und diese waren auch zu zwei Dritteln am Management beteiligt.³⁵¹ Die Klage wurde unter dem Litauen-Ukraine-BIT eingereicht, der eine formale Bestimmung (Gründungstheorie) vorsah und nach dieser war die relevante Staatszugehörigkeit, nach Ansicht des Schiedsgerichts, gegeben.

Diese Entscheidung ist von besonderem Interesse, da in ihr erstmals eine Befassung mit der Kontrolltheorie stattfand und sie eine Diskussion über die Bestimmung der Staatszugehörigkeit von Gesellschaften auslöste; auch wenn das Schiedsgericht eine Bestimmung nach der Kontrolltheorie ablehnte³⁵². Insbesondere die abweichende Meinung des Präsidenten des Schiedsgerichts ist für die Missbräuchlichkeit von Investorklagen gegen ihren Heimatstaat relevant, da in dieser die Anwendung der Kontrolltheorie bei Klagen von Investoren gegen ihren Heimatstaat befürwortet wird.

Klagen von Investoren gegen ihren Heimatstaat würden, der abweichenden Meinung des Präsidenten zufolge, dem Sinn und Zweck der ICSID-Konvention widersprechen, da sie gegen die äußeren Grenzen der Zuständigkeit des ICSID verstießen. Daher müsse bei ihrem Vorliegen die Zuständigkeit des ICSID versagt werden.³⁵³ Ein IIA könne nur innerhalb der Grenzen des ICSID eine Definition der Staatszugehörigkeit aufstellen und die Zuständigkeit nicht erweitern.³⁵⁴ Diese äußere Grenze könne nach Sinn und Zweck der ICSID-Konvention nur sein, dass ein *internationaler* Streit vorliegt. Gerade bei Klagen von Investoren gegen ihren Heimatstaat liege aber kein internationaler Streit vor.

³⁵⁰ Allgemein zu dieser Entscheidung und zur Mehrheitsentscheidung siehe oben im 1. Kapitel unter C. II.3.b).

³⁵¹ Tokios Tokeles v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004, para. 21.

³⁵² Tokios Tokeles v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004, para. 39 ff.

³⁵³ Brosches, RdC, Vol.136 (1972 II), S. 361; Amerasinghe, in: International Arbitration in the 21st Century, S. 232.

³⁵⁴ Tokios Tokeles v. Ukraine, Dissenting Opinion, para. 13, 16; TSA Spectrum of Argentina S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/05/5, Award, 19 December 2008, para. 134, 136 m.w.N.

(2) The Rompetrol Group v. Romania

Diese Entscheidung ähnelt der *Tokios Tokeles*-Entscheidung. Hier wurde die Klage von einer holländischen Gesellschaft erhoben, die indirekt von rumänischen Staatsangehörigen kontrolliert wurde.³⁵⁵ Bei tatsächlicher Betrachtung lag folglich eine nationale Streitigkeit vor. Der Investor argumentierte, dass kein Missbrauch gegeben sei, da die holländische Gesellschaft sechs Jahre vor Klageerhebung inkorporiert wurde.

Das Schiedsgericht lehnte das Vorliegen eines Missbrauchs ab und bestimmte die Staatszugehörigkeit lediglich nach der im BIT vorgesehenen formalen Theorie.³⁵⁶

(3) TSA Spectrum v. Argentina

Die *TSA Spectrum v. Argentina*³⁵⁷-Entscheidung aus dem Jahr 2008 ist von Bedeutung, da das Schiedsgericht seine Zuständigkeit unter Anwendung der Kontrolltheorie ablehnte.

Die Klage wurde von einer in Argentinien gegründeten Gesellschaft, effektiv kontrolliert durch einen argentinischen Staatsangehörigen, erhoben, die von einer niederländischen Muttergesellschaft kontrolliert wurde. Die Klägerin argumentierte, dass auf Grund der niederländischen Kontrolle die Ausnahmeregel in Art. 25(2)(b) anzuwenden sei. Das Schiedsgericht folgte der Argumentation der Klägerin nicht und begründete seine Entscheidung damit, dass Klagen von Investoren gegen ihren Heimatstaat gegen den Sinn und Zweck der ICSID-Konvention verstoßen würden. Das Schiedsgericht lüftete den Schleier der Gesellschaft und bestimmte die Staatszugehörigkeit nach dem originären Investor.³⁵⁸

Bei der Berücksichtigung dieser Entscheidung ist jedoch zu beachten, dass das *TSA Spectrum*-Schiedsgericht die Staatszugehörigkeit auch ohne eine Interpretation der ICSID-Konvention

³⁵⁵ Rumänische Staatsangehörige besaßen 100% der Anteile an Rompetrol Holding, einer schweizerischen Gesellschaft, die wiederum 100% der Anteile an TRG B.V. hielt, einer in den Niederlanden gegründeten Gesellschaft. TRG B.V. war der Mehrheitsaktionär von Rompetrol S.A.. TRG B.V. erhob vorliegend Klage gegen Rumänien unter dem Niederlande-Rumänien-BIT.

³⁵⁶ The Rompetrol Group N.V. and Romania, ICSID Case No. ARB/06/3, Decision on Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility, 18 April 2008, paras. 81 ff.

³⁵⁷ TSA Spectrum of Argentina S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/05/5, Award, 19 December 2008; Die klagende im Gaststaat inkorporierte Gesellschaft wurde indirekt durch einen dem beklagten Staat angehörigen Investor endgültig kontrolliert.

³⁵⁸ TSA Spectrum of Argentina S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/05/5, Award, 19 December 2008, para. 153; Martin, TDM 8(1), February 2011, S. 16.

nach der Kontrolltheorie bestimmen konnte, da die Ausnahmeregel in Art. 25(2)(b) Anwendung fand.³⁵⁹ Trotzdem ist die Entscheidung von erheblicher Bedeutung, da das Schiedsgericht sich für einen Durchgriff entschied, um seine Zuständigkeit zu versagen. Zudem hielt das Schiedsgericht fest, dass auch nach der generellen Regel von Art. 25(2)(b) eine ausschließlich wörtliche Auslegung und rein formale Bestimmung der Staatszugehörigkeit bei Klagen von Investoren gegen ihren Heimatstaat gegen „*common sense*“³⁶⁰ verstoße, insbesondere wenn die Gesellschaft von Staatsangehörigen des Gaststaates kontrolliert werde.³⁶¹

(4) Phoenix Action v. Czech Republic

In *Phoenix Action v. Czech Republic* wurde die Klage von einer in Israel gegründeten juristischen Person erhoben, die aber zu 100% von einem tschechischen Staatsangehörigen kontrolliert wurde.³⁶² Die relevanten Anteile wurden der israelischen Gesellschaft drei Monate bevor die Klage eingereicht wurde übertragen und zu diesem Zeitpunkt bestand die Streitigkeit bereits. Art. 1(3) des gegenständlichen Israel-Tschechien-BIT nimmt eine formale Bestimmung der Staatszugehörigkeit vor.

In dieser Konstellation lehnte das Schiedsgericht seine Zuständigkeit unter Anwendung des Missbrauchsverbots ab, da ein nationaler Streit nicht vom Schutz des ICSID-Systems profitieren dürfe.³⁶³ Dogmatisch begründete das Schiedsgericht seine Ablehnung damit, dass die Zuständigkeit *ratione materiae* nicht gegeben sei, da bei einem Missbrauch keine *bona fide*-Investition vorläge.³⁶⁴ Die Zuständigkeit *ratione personae* war in diesem Verfahren zwischen den Parteien nicht streitig.³⁶⁵

³⁵⁹ Im Rahmen der Ausnahmeregel ist die Kontrolltheorie explizit nach dem Wortlaut der ICSID-Konvention anwendbar, wohingegen bei der generellen Regel die Bestimmung der Staatszugehörigkeit nicht definiert wird - vgl. hierzu oben im 1. Kapitel unter C. I.1.

³⁶⁰ TSA Spectrum of Argentina S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/05/5, Award, 19 December 2008, para. 145.

³⁶¹ TSA Spectrum of Argentina S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/05/5, Award, 19 December 2008, para. 145.

³⁶² Phoenix Action v. The Czech Republic, ICISD Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, para. 145.

³⁶³ Phoenix Action v. The Czech Republic, ICISD Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, para. 144.

³⁶⁴ Phoenix Action v. The Czech Republic, ICISD Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, para. 145.

³⁶⁵ Phoenix Action v. The Czech Republic, ICISD Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, para. 65.

(5) Cementownia „Nova Huta” v. Turkey

In *Cementownia „Nova Huta” v. Turkey*³⁶⁶ wurde die Klage von einer polnischen Gesellschaft, kontrolliert durch türkische Staatsangehörige, erhoben. In diesem Verfahren beantragte die Beklagte, dass das Schiedsgericht feststellt, dass "*the claim is manifestly ill-founded*".³⁶⁷ Diesem Begehren kam das Schiedsgericht nach: "[...] *Claimant has intentionally and in bad faith abused the arbitration; it purported to be an investor when it knew that this was not the case. This constitutes indeed an abuse of process.*"³⁶⁸

Ein ähnlicher Lebenssachverhalt lag auch den Entscheidungen in *Europe Cement v. Turkey*³⁶⁹ und *Libananco Holdings v. Turkey*³⁷⁰ zu Grunde und auch in diesen beiden Verfahren lehnte das jeweilige Schiedsgericht seine Zuständigkeit ab.

(6) ST-AD GmbH v. Republic of Bulgaria

Unter Anwendung der in der *Phoenix-Entscheidung* aufgestellten Kriterien kam auch hier das Schiedsgericht zu dem Ergebnis, dass eine missbräuchliche Klage eines Investors gegen seinen Heimatstaat vorliegt.³⁷¹ Die Klage hatte eine deutsche Gesellschaft erhoben, die von einem bulgarischen Staatsangehörigen kontrolliert wurde, der, nachdem er den nationalen Rechtsweg erfolglos ausgeschöpft hatte, die relevanten Anteile erst nach der Streitentstehung an die deutsche Gesellschaft übertragen hatte. Das Schiedsgericht lehnte seine Zuständigkeit *ratione temporis* ab, da es zu der Auffassung gelangte, dass keine staatliche Verletzungshandlung erfolgte, nachdem der Investor die deutsche Staatszugehörigkeit erlangt hatte.³⁷²

³⁶⁶ Cementownia „Nova Huta” S.A. v. Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Award, 17 September 2009.

³⁶⁷ Cementownia „Nova Huta” S.A. v. Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Award, 17 September 2009, para. 106.

³⁶⁸ Cementownia „Nova Huta” S.A. v. Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Award, 17 September 2009, para. 159.

³⁶⁹ Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2, Award, 13 August 2009; dort siehe paras. 171 ff. zum Missbrauch.

³⁷⁰ Cementownia „Nova Huta” S.A. v. Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Award, 17 September 2009.

³⁷¹ ST-AD GmbH v. Republic of Bulgaria, PCA Case No. 2011-06, Award on Jurisdiction, 18 July 2013, para. 423.

³⁷² ST-AD GmbH v. Republic of Bulgaria, PCA Case No. 2011-06, Award on Jurisdiction, 18 July 2013, para. 333.

Zudem sah das Schiedsgericht in der Klageerhebung des Investors einen Missbrauch. Es ist auffällig, mit welcher Deutlichkeit das Schiedsgericht in dieser Entscheidung aus dem Jahr 2013 – d.h. knapp zehn Jahre nach der *Tokios Tokeles*-Entscheidung – die Ablehnung von Klagen von Investoren gegen ihren Heimatstaat vertritt: *„It is the duty of the Tribunal not to protect such an abusive manipulation of the system of international investment protection. It is indeed the Tribunal’s view that to accept jurisdiction in this case would go against the basic objectives underlying bilateral investment treaties. The Tribunal has to ensure that the BIT mechanism does not protect investments that it was not designed to protect, that is, domestic investments disguised as international investments or domestic disputes repackaged as international disputes for the sole purpose of gaining access to international arbitration”*³⁷³.

(7) Charanne and Construction Investments v. Spain

In dieser Entscheidung aus dem Jahr 2016 wurde die Klage von zwei Gesellschaften – eine in den Niederlanden und die andere in Luxemburg gegründet – unter dem ECT erhoben. Spanien behauptete, dass es sich bei den Klägerinnen lediglich um Briefkastengesellschaften handeln würde und diese tatsächlich von spanischen Staatsangehörigen kontrolliert wären. Daher sei die Klage als unzulässig abzuweisen.³⁷⁴

Zwar hielt das Schiedsgericht fest, dass, falls sich ein Investor missbräuchlich auf die Zuständigkeit eines ICSID-Schiedsgerichts berufe, eine Ergebniskorrektur erfolgen dürfe. Im konkreten Fall sei die Zuständigkeit jedoch gegeben, da die relevante Staatszugehörigkeit nach der im ECT vorgesehenen Gründungstheorie zu bestimmen sei und keine missbräuchliche Umstrukturierung nach Entstehung einer Streitigkeit vorläge.³⁷⁵

³⁷³ ST-AD GmbH v. Republic of Bulgaria, PCA Case No. 2011-06, Award on Jurisdiction, 18 July 2013, para. 423.

³⁷⁴ Charanne B.V. Construction Investments S.A.R.L. v. The Kingdom of Spain, Final Award, Arbitration No. 062/2012, 21 January 2016 (Translation by Mena Chambers), para. 411.

³⁷⁵ Charanne B.V. Construction Investments S.A.R.L. v. The Kingdom of Spain, Final Award, Arbitration No. 062/2012, 21 January 2016 (Translation by Mena Chambers), para. 415.

c) Bewertung

Klagen von Investoren gegen ihren Heimatstaat verstoßen gegen den Sinn und Zweck der ICSID-Konvention. Bei solchen nationalen Klagen muss die Zuständigkeit des ICSID versagt werden, da sonst gegen die äußeren Grenzen der ICSID-Konvention verstoßen wird. Das Vorliegen eines nationalen Rechtsstreits kann durch eine Bestimmung der Staatszugehörigkeit nach der Kontrolltheorie „sichtbar“ gemacht werden. Somit kann auch bei dieser Vorgehensweise von Investoren, bei einem Missbrauch, die Kontrolltheorie als Korrektiv Anwendung finden. Wie beim *treaty shopping* wurde jedoch auch bei Klagen von Investoren gegen ihren Heimatstaat ein Missbrauch nur dann angenommen, wenn die (Um)Strukturierung nach der Streitentstehung erfolgt ist, oder wenn eine Streitigkeit vorhersehbar war.

Die Chronologie der Entscheidungen hat gezeigt, dass in jüngerer Zeit Schiedsgerichte immer mehr geneigt sind, bei Vorliegen eines Missbrauchs ihre Zuständigkeit zu versagen. Die Kriterien für das Vorliegen einer missbräuchlichen Klage von Investoren gegen ihren Heimatstaat werden unten unter IV. erarbeitet.

3. Zwischenergebnis

Eine missbräuchliche Anwendung der ICSID-Konvention verstößt gegen deren Sinn und Zweck. Dieser Telos erlaubt in Ausnahmefällen eine Ergebniskorrektur durch die Kontrolltheorie. Eine solche Auslegung ist zulässig, da sie das vertraglich begründete Gegenseitigkeitsverhältnis aufrechterhält und dem Willen der Vertragsstaaten bei Abschluss der Vertragstexte entspricht.

Zur Beurteilung der Vereinbarkeit der dargestellten Strukturierungskonstellationen mit dem Sinn und Zweck der ICSID-Konvention muss zwischen dem *treaty shopping* und Klagen von Investoren gegen ihren Heimatstaat unterschieden werden. Das *treaty shopping* wird grundsätzlich als legal angesehen, kann aber bei Vorliegen bestimmter Kriterien missbräuchlich sein und dann gegen den Sinn und Zweck der ICSID-Konvention verstoßen. Klagen von Investoren gegen ihren Heimatstaat sind nicht mit dem Sinn und Zweck der

ICSID-Konvention vereinbar, da kein internationaler Streit vorliegt. Somit können beide Strukturierungskonstellationen missbräuchlich sein und eine Ergebniskorrektur erforderlich machen.

Missbräuchliche Strukturierungskonstellationen können verhindert werden, indem die Staatszugehörigkeit der Gesellschaft nach dem endgültigen Kontrollinhaber³⁷⁶ bestimmt wird. Die Kontrolltheorie würde hierbei keine allgemeine Anwendung finden, sondern bei Vorliegen eines Missbrauchs nur ausnahmsweise als Korrektiv wirken.

Jedoch ist nicht jede Strukturierungskonstellation eines Investors missbräuchlich. Das auf dem Gut-Glauben-Grundsatz beruhende Missbrauchsverbot soll nur Situationen erfassen, in denen eine Rechtsposition treuwidrig ausgenutzt wird. Um eine einheitliche Anwendung der Kontrolltheorie als Korrektiv zu gewährleisten, ist es daher unerlässlich, Kriterien aufzustellen, die eine legale von einer missbräuchlichen Strukturierungskonstellation abgrenzen.

IV. Kriterien für das Vorliegen einer missbräuchlichen Strukturierungskonstellation

Die dargestellten Strukturierungskonstellationen können in bestimmten Situationen missbräuchlich sein. Folglich muss zwischen legalen und missbräuchlichen gesellschaftlichen (Um)Strukturierungen unterschieden werden.³⁷⁷

Die Herausarbeitung von allgemein gültigen Kriterien zur Unterscheidung zwischen legalen und missbräuchlichen Strukturierungen anhand von Schiedsgerichtsentscheidungen ist schwierig, da die bisher getroffenen Entscheidungen zum Vorliegen eines Missbrauchs stark einzelfallbezogen waren.³⁷⁸ Exemplarisch ist die folgende Feststellung einer missbräuchlichen Strukturierungskonstellation durch ein Schiedsgericht: „*The Tribunal considers that it is clearly an abuse for an investor to manipulate the nationality of a company subsidiary to gain*

³⁷⁶ Zur Bestimmung von Kontrolle nach dem endgültigen Kontrollinhaber siehe unten 3. Kapitel, (a)A. I.1.a(1)(b).

³⁷⁷ Mobil Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICISD Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, 10 June 2010, para. 191.

³⁷⁸ Siehe hierzu die Übersicht der Schiedsgerichtsentscheidungen oben unter 2. Kapitel, B. III.1.b) und B. III.2.b).

jurisdiction under an international treaty at a time when the investor is aware that events have occurred that negatively affects its investment and may lead to arbitration.”³⁷⁹

Demnach lässt sich allgemein festhalten, dass die Unterscheidung zwischen legalen und missbräuchlichen Strukturierungskonstellationen unter Berücksichtigung folgender kumulativer objektiver sowie subjektiver Kriterien erfolgt: (1.) des Zwecks der Strukturierungskonstellation, (2.) des Zeitpunkts der Strukturierungskonstellation sowie (3.) der Bösgläubigkeit des Investors.³⁸⁰

1. Zweck der Strukturierungskonstellation

Das erste Kriterium für die Annahme einer missbräuchlichen Strukturierungskonstellation ist, dass der alleinige Zweck der (Um)Strukturierung die Verschaffung des Zugangs zum investitionsrechtlichen Schutzsystem ist.³⁸¹ Hierbei muss ein bewusstes und zielgerichtetes Handeln des Investors vorliegen.³⁸² So kann das *treaty shopping* beispielsweise dann missbräuchlich sein, wenn eine Gesellschaft ihren Gründungsort allein deshalb wählt, um eine Klage, gestützt auf einen bestimmten IIA, erheben zu können.³⁸³

Jedoch kann das Vorhandensein eines legitimen Zwecks neben der Intention, Zugang zur ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit zu erhalten, bereits einen Missbrauch ausschließen.³⁸⁴ So kann ein Missbrauch bereits dann ausgeschlossen sein, wenn der Investor nach der (Um)Strukturierung seine Investitionstätigkeit fortführt. Beispielsweise kann ein weiterer substantieller Beitrag des Investors zur Entwicklung und zum Betrieb des Projekts nach der (Um)Strukturierung einen Missbrauch verhindern.³⁸⁵ Demnach können andere Motive einer

³⁷⁹ Lao Holdings N.V. v. The Lao People’s Democratic Republic, ICSID Case No. ARB(AF)/12/6, Decision on Jurisdiction, 21 February 2014, para. 70; so auch: Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 December 2015, para. 539.

³⁸⁰ Phoenix Action v. The Czech Republic, ICISD Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, paras. 133 ff.; Transglobal Green Energy LLC and Transglobal Green Panama S.A. v. Republic of Panama, ICSID Case No. ARB/13/28, Award, 2 June 2016, para. 103.

³⁸¹ Mobil Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICISD Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, 10 June 2010, para. 190; ConocoPhillips Petrozuata B.V. et al. v. Bolivarian Republic of Venezuela, Decision on Jurisdiction and the Merits, ICSID Case No. ARB/07/30, 3 September 2013, para. 279.

³⁸² Addison-Agyei, Nationality Planning and Treaty Shopping im Internationalen Investitionsschutzrecht, S. 137.

³⁸³ Valasek/Dumberry, 26(1) ICSID Review, S. 60.

³⁸⁴ Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 December 2015, para. 570.

³⁸⁵ ConocoPhillips Petrozuata B.V. et al. v. Bolivarian Republic of Venezuela, Decision on Jurisdiction and the Merits, ICSID Case No. ARB/07/30, 3 September 2013, para. 280.

Umstrukturierung – neben dem der Erlangung besseren Investitionsschutzes (solange dieses Motiv nicht maßgeblich ist) – das Vorliegen eines Missbrauchs ausschließen.

Daher ist alleine das objektive Kriterium des Zwecks der Strukturierungskonstellation für die Annahme eines Missbrauchs nicht entscheidend³⁸⁶ – insbesondere da international tätige Gesellschaften häufig aus verschiedensten Gründen (z.B. auf Grund von steuerlichen Erwägungen) umstrukturiert werden.³⁸⁷ Daher mag der Zweck der Strukturierungskonstellation zwar ein Indiz für einen Missbrauch sein, für dessen Feststellung sind jedoch weitere Kriterien von Relevanz.

2. Zeitpunkt der Strukturierungskonstellation

Das wichtigste Kriterium zur Feststellung eines missbräuchlichen Verhaltens des Investors ist der zeitliche Zusammenhang zwischen der gesellschaftlichen (Um)Strukturierung, die zu einem Staatszugehörigkeitswechsel geführt hat, und der Vorhersehbarkeit der Streitigkeit.

a) Kein Missbrauch bei (Um)Strukturierung vor der Vorhersehbarkeit der Streitigkeit

Bevor eine Streitigkeit vorhersehbar ist, sind (Um)Strukturierungen grundsätzlich nicht missbräuchlich.³⁸⁸ Es wird als legal angesehen, wenn sich ein Investor durch ein günstiges IIA vor Maßnahmen des Gaststaates schützen will.³⁸⁹ So wurde in der *Tokios Tokeles-* Entscheidung das Vorliegen eines Missbrauchs (unter anderem) deswegen verneint, da die klagende Gesellschaft mehrere Jahre vor Inkrafttreten des streitgegenständlichen BITS gegründet wurde. Auch eine gesellschaftliche (Um)Strukturierung, bei der die klagende juristische Person acht Jahre vor Streitentstehung inkorporiert wurde, schließt die Annahme

³⁸⁶ *Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, 1 June 2012, para. 2.43.

³⁸⁷ *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 December 2015, para. 570.

³⁸⁸ Eichberger, AVR 58(3), S. 330; *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 December 2015, para. 554; Valasek/Dumberry, 26(1) ICSID Review, S. 65.

³⁸⁹ *Flemingo Dutyfree Shop Private Limited and The Republic of Poland*, PCA, Award, 12 August 2016, para. 340.

eines Missbrauchs aus.³⁹⁰ Demnach liegt grundsätzlich bei (Um)Strukturierungen, die vorgenommen werden, bevor eine Streitigkeit vorhersehbar ist, kein missbräuchliches Verhalten des Investors vor.

b) Missbrauch bei (Um)Strukturierung nach der Vorhersehbarkeit einer Streitigkeit

Hingegen sind Strukturierungskonstellationen dann missbräuchlich, wenn im Zeitpunkt der (Um)Strukturierung eine Streitigkeit bereits vorhersehbar ist.³⁹¹ Nimmt der Investor folglich in Kenntnis einer Streitigkeit eine (Um)Strukturierung vor, stellt dies nicht eine legale Maßnahme zur Absicherung der Investition dar, sondern eine missbräuchliche Verschaffung des Zugangs zum investitionsrechtlichen Schutzsystem.³⁹² Dieses *post treaty shopping*³⁹³, mit dem der Investor bezweckt, für eine bereits vorhersehbare Streitigkeit Zugang zu einem bestimmten IIA zu erhalten, ist als Missbrauch anzusehen.³⁹⁴ *Post treaty shopping* liegt vor, wenn dem Investor bekannt ist, dass ein Streit vorliegt oder er einen Streit mit hoher Wahrscheinlichkeit vorhersehen kann.³⁹⁵ Vorhersehbarkeit ist gegeben, wenn es objektiv sehr wahrscheinlich ist oder zumindest eine realistische Aussicht besteht, dass eine staatliche Maßnahme zu einer investitionsrechtlichen Streitigkeit führen wird (die staatliche Maßnahme also später streitgegenständlich wird) und nicht lediglich eine Meinungsverschiedenheit vorliegt.³⁹⁶ Je näher der Zeitpunkt der (Um)Strukturierung zu dem der Streitigkeit liegt, desto

³⁹⁰ *Autopista Concesionada de Venezuela v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5, Decision on Jurisdiction, 27 September 2001, paras. 123, 126.

³⁹¹ *Phoenix Action v. The Czech Republic*, ICISD Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, para. 136; *Lao Holdings N.V. v. The Lao People's Democratic Republic*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/6, Decision on Jurisdiction, 21 February 2014, para. 70; *ST-AD GmbH v. Republic of Bulgaria*, PCA Case No. 2011-06, Award on Jurisdiction, 18 July 2013, paras. 416 et seq.; *Voon/Mitchell/Munro*, Legal Responses to Corporate Manoeuvring in International Investment Arbitration, S. 7.

³⁹² *Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, 1 June 2012, para. 2.19; *Transglobal Green Energy LLC and Transglobal Green Panama S.A. v. Republic of Panama*, ICSID Case No. ARB/13/28, Award, 2 June 2016, para. 118; *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 December 2015, para. 554.

³⁹³ Zum „post treaty shopping“ siehe oben unter B. III.1.

³⁹⁴ Schreuer, 24(2) ICSID Review, S. 526; Franke, Der personelle Anwendungsbereich des internationalen Investitionsschutzrechts, S. 169; *Tidewater Inc. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/10/5, Decision on Jurisdiction, 8 February 2013, para. 184.

³⁹⁵ *Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, 1 June 2012, para. 2.99.

³⁹⁶ *Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, 1 June 2012, para. 2.99; *Renée Rose Levy and Gremcitel S.A. v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/11/17, Award, 9 January 2015, para. 187; *Philip Morris Asia Limited v.*

wahrscheinlicher ist die Vorhersehbarkeit.³⁹⁷ Wobei jedoch ein längerer Zeitraum zwischen diesen beiden Zeitpunkten die Vorhersehbarkeit für einen Investor nicht ausschließt, insbesondere nicht bei Maßnahmen durch ein Gesetz, da das Gesetzgebungsverfahren in demokratischen Staaten eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen kann.³⁹⁸

Somit liegt ein Missbrauch vor, wenn der Investor, nachdem er eine Streitigkeit vorhersehen kann, eine (Um)Strukturierung vornimmt: „[...]it is clearly an abuse for an investor to manipulate the nationality of a shell company subsidiary to gain jurisdiction under an international treaty at a time when the investor is aware that events have occurred that negatively affect its investment and may lead to arbitration”³⁹⁹. So kann ein Missbrauch beispielsweise bei einer zweckgerichteten Vermögensübertragung eines Investors an eine Gesellschaft mit der gewünschten Staatszugehörigkeit, nachdem eine Streitigkeit vorhersehbar ist, vorliegen.⁴⁰⁰

Entscheidend ist daher, ob der Wechsel der Staatszugehörigkeit durch die Vornahme einer (Um)Strukturierung vor oder nach der Maßnahme des Gaststaates, die mit objektiver Wahrscheinlichkeit zu einer Streitigkeit führen könnte, vom Investor getätigt wird.⁴⁰¹ Bei der Beurteilung nach diesem Kriterium ist zwischen dem Zeitpunkt der Realisierung der Investition bzw. der (Um)Strukturierung und dem der Streitigkeit zu unterscheiden. Die Bestimmung des Zeitpunkts der Realisierung der Investition bzw. der (Um)Strukturierung kann hierbei relativ problemlos vorgenommen werden; schwieriger gestaltet sich jedoch die Bestimmung des Zeitpunkts der Streitigkeit.

The Commonwealth of Australia, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 December 2015, para. 554.

³⁹⁷ Renée Rose Levy and Grencitel S.A. v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/11/17, Award, 9 January 2015, para. 187; Voon/Mitchell/Munro, Legal Responses to Corporate Manoeuvring in International Investment Arbitration, S. 7.

³⁹⁸ Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 December 2015, para. 567.

³⁹⁹ Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, 1 June 2012, para. 2.100.

⁴⁰⁰ Charanne B.V. Construction Investments S.A.R.L. v. The Kingdom of Spain, Final Award, Arbitration No. 062/2012, 21 January 2016 (Translation by Mena Chambers), para. 415.

⁴⁰¹ Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, 1 June 2012, para. 2.52.

c) Zeitpunkt der Streitigkeit

Nachdem erarbeitet wurde, dass die Vorhersehbarkeit einer Streitigkeit erheblich für die Beurteilung einer missbräuchlichen (Um)Strukturierung ist, muss in einem weiteren Schritt geklärt werden, wie der Zeitpunkt der Streitigkeit zu bestimmen ist.⁴⁰²

Unter einer Streitigkeit verstehen Schiedsgerichte eine Meinungsverschiedenheit hinsichtlich einer Rechts- oder Tatsachenfrage oder einen Interessenkonflikt zwischen zwei Parteien.⁴⁰³ Eine Streitigkeit im rechtlichen Sinne ist gegeben, wenn eine Meinungsverschiedenheit über Rechte und nicht lediglich im Hinblick auf unverbindliche Richtlinien vorliegt.⁴⁰⁴

Eine solche Streitigkeit kann entweder plötzlich ausbrechen oder sich über lange Zeit hinweg anbahnen. Folglich durchläuft ein Streit einen Entwicklungsprozess, der in der Klageerhebung gipfelt. Am Anfang stehen grundsätzlich die Benennung eines Unrechts sowie die Geltendmachung eines Anspruchs auf Grund einer Verletzungshandlung. Eine Streitigkeit wird begründet, wenn der vermeintliche Anspruch von dem Anspruchsgegner abgelehnt wird oder keine Einigung erzielt werden kann. Voraussetzung für das Bestehen einer Streitigkeit ist insbesondere das Bewusstsein der Parteien über das Bestehen einer Meinungsverschiedenheit.⁴⁰⁵

Demnach ist der entscheidende Zeitpunkt für das Entstehen einer Streitigkeit die Benennung eines Unrechts und das Fehlen einer diesbezüglichen Einigung. Demnach könnte zur Bestimmung einer missbräuchlichen Strukturierungskonstellation entweder bereits auf den Zeitpunkt des Erlasses der später streitgegenständlichen staatlichen Maßnahme oder erst den der Erhebung der Schiedsklage abgestellt werden. Hierauf soll im Folgenden eingegangen werden.

⁴⁰² Zudem unterscheiden Schiedsgerichte an dieser Stelle häufig den Missbrauchseinwand vom *ratione temporis*-Einwand– siehe hierzu (u.a.) Renée Rose Levy and Grementel S.A. v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/11/17, Award, 9 January 2015, para. 182; auf den *ratione temporis*-Einwand soll jedoch in Rahmen dieser Arbeit nicht weiter eingegangen werden, da dieser die Zuständigkeit nur ausschließen würde, wenn der Streit bei der Umstrukturierung bereits bestand (siehe hierzu Baumgartner, Treaty Shopping in International Investment Law, S. 219 ff. m.w.N.).

⁴⁰³ *Empresas Lucchetti S.A. and Lucchetti Peru S.A. v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/03/4, Award, 7 February 2005, para. 48; *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004, para. 106.

⁴⁰⁴ *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 December 2015, para. 566.

⁴⁰⁵ Oelsner, Dispute Boards, S. 22 ff.

(1) Erhebung der Schiedsklage

Ein mögliches Kriterium zur Feststellung, wann eine Streitigkeit begonnen hat, ist der Zeitpunkt der Erhebung der Schiedsklage.⁴⁰⁶ Dieser Ansatz ist zwar praktikabel, jedoch spricht gegen ihn, dass grundsätzlich das den Streit auslösende Ereignis zeitlich vor der Erhebung der Schiedsklage auftritt.⁴⁰⁷ Der Zeitraum zwischen dem streitauslösenden Ereignis und der Erhebung der Schiedsklage würde bei dieser Bestimmung keine Beachtung finden. Folglich würden bei der Heranziehung dieses Kriteriums alle Änderungen in der Staatszugehörigkeit des Investors zwischen dem Zeitpunkt, in dem ein Streit bereits vorhersehbar war, und der tatsächlichen Klageerhebung keine Berücksichtigung finden. Daher ist dieses Kriterium abzulehnen.

(2) Erlass der später streitgegenständlichen staatlichen Maßnahme

Ein weiteres mögliches Anknüpfungskriterium für die Bestimmung des Zeitpunkts der Streitigkeit ist der Zeitpunkt der Schadenszufügung durch eine staatliche Maßnahme.⁴⁰⁸ Dies kann beispielsweise der Zeitpunkt sein, in dem durch Maßnahmen des Gaststaates ein Vermögenswert weggenommen oder eine Erlaubnis entzogen wird.⁴⁰⁹ Dieser Anknüpfungspunkt wird regelmäßig zeitlich vor dem Zeitpunkt der Klageerhebung liegen. Relevant ist demnach, wann eine staatliche Maßnahme getätigt oder in Aussicht gestellt wird, die geeignet ist, Rechte des Investors zu beeinträchtigen.

Eine solche Anknüpfung ist für die Bewertung eines Missbrauchs sachgerecht, da ab diesem Zeitpunkt der Investor eine etwaige (Um)Strukturierung in Kenntnis der staatlichen Maßnahme tätigt. Das Abstellen auf die später streitgegenständliche staatliche Maßnahme, die

⁴⁰⁶ Azurix Corporation and The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Decision on Jurisdiction, 8 December 2003, para. 55; Ronald S. Lauder v. The Czech Republic, UNCITRAL, Award, 3 September 2001, para. 185; The Rompetrol Group N.V. and Romania, ICSID Case No. ARB/06/3, Decision on Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility, 18 April 2008, para. 79.

⁴⁰⁷ Voon/Mitchell/Munro, Legal Responses to Corporate Manoeuvring in International Investment Arbitration, S. 8.

⁴⁰⁸ Cementownia „Nova Huta” S.A. v. Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Award, 17 September 2009, paras. 116 ff.; Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2, Award, 13 August 2009, para. 140; Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, 1 June 2012, para. 2.106; Libananco Holdings Ltd v. Turkey, ICSID Case No. ARB/06/8, Award, 2 September 2011, paras. 400, 492.

⁴⁰⁹ Voon/Mitchell/Munro, Legal Responses to Corporate Manoeuvring in International Investment Arbitration, S. 8.

zu einer Beeinträchtigung der Rechtsposition des Investors geführt hat, erlaubt ein interessengerechtes Ergebnis, da bereits ab diesem Zeitpunkt ein Streit zwischen den Parteien vorhersehbar ist.

Ein Schaden kann dem Investor durch eine einmalige Handlung – unter anderem ein Verstaatlichungsdekret –, eine kontinuierliche Handlung – beispielsweise ein nationales Gesetz, das gegen internationale Verpflichtungen des Staates verstößt – oder durch mehrere zusammengehörige Handlungen durch den Gaststaat zugefügt werden.⁴¹⁰ Diese Unterscheidung zur Bestimmung, wann eine Verletzungshandlung vorliegt, stammt aus dem Völkergewohnheitsrecht und findet seinen Ausdruck in den *ILC Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts* (nachfolgend „ILC-Artikel“).⁴¹¹ Nach Art. 14(1) der ILC-Artikel tritt die Verletzung bei einer einmaligen Handlung in dem Zeitpunkt ein, in dem die Handlung erfolgt. Bei zusammengesetzten Handlungen, die erst gemeinsam ein gewisses Gewicht haben, tritt nach Art. 15(2) der ILC-Artikel die Verletzung mit der ersten der zusammengesetzten Handlungen ein und dauert über den gesamten Zeitraum der auftretenden Handlungen an. Folglich kann anhand der Vorgaben der ILC-Artikel bestimmt werden, zu welchem Zeitpunkt eine Verletzungshandlung durch den Gaststaat erfolgte und wann eine Streitigkeit bereits vorhersehbar ist.

(3) Bewertung

Ein wichtiges Kriterium für die Beurteilung des Vorliegens eines Missbrauchs ist der Zusammenhang zwischen dem Zeitpunkt der Streitigkeit und der Vornahme der (Um)Strukturierung. Ist eine Streitigkeit für den Investor vorhersehbar und nimmt er dann eine Veränderung in der Gesellschaftsstruktur vor, die ihm Zugang zu einem IIA verschafft, handelt er grundsätzlich missbräuchlich. Wann eine Streitigkeit vorliegt, muss anhand des Erlasses der später streitgegenständlichen staatlichen Maßnahme ermittelt werden. Zur Bestimmung dieses Zeitpunkts bei einmaligen oder zusammengehörenden staatlichen Handlungen kann auf die ILC-Artikel zurückgegriffen werden.

⁴¹⁰ Art. 14, 15 ILC Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts; *Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent’s Jurisdictional Objections, 1 June 2012, para. 2.67.

⁴¹¹ *Voon/Mitchell/Munro*, Legal Responses to Corporate Manoeuvring in International Investment Arbitration, S. 8; *Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent’s Jurisdictional Objections, 1 June 2012, para. 2.67.

3. Bösgläubigkeit des Investors

Das Missbrauchsverbot stammt vom Gut-Glauben-Grundsatz ab.⁴¹² Daher muss für die Annahme eines Missbrauchs der Investor bösgläubig gehandelt haben.⁴¹³ Die Bösgläubigkeit des Investors ist somit neben den beiden oben dargestellten objektiven Kriterien ein drittes, subjektives Kriterium zur Bestimmung einer missbräuchlichen Strukturierungskonstellation.⁴¹⁴

Gutgläubigkeit kann angenommen werden, wenn der Investor eine Gesellschaftsstruktur nicht allein zur Zugangsverschaffung zum investitionsrechtlichen Schutzsystem gewählt hat. Grundsätzlich indiziert der Zeitpunkt und Zweck der (Um)Strukturierung die Bös- oder Gutgläubigkeit des Investors.⁴¹⁵ Bei einer (Um)Strukturierung vor der Vorhersehbarkeit einer Streitigkeit kann davon ausgegangen werden, dass der Investor gutgläubig war – insbesondere, wenn zwischen den beiden Zeitpunkten ein erheblicher Zeitraum liegt.⁴¹⁶

Bösgläubig handelt der Investor, wenn er keine Absicht hat, eine *bona fide*-Investition zu tätigen. Zur Annahme von Bösgläubigkeit muss die (Um)Strukturierung getätigt werden, um eine ursprünglich nicht bestehende Zuständigkeit eines ICSID-Schiedsgerichts zu eröffnen, nachdem die Streitigkeit vorhersehbar ist – „*to fabricate international jurisdiction where none should exist*“⁴¹⁷. Somit handelt ein Investor bösgläubig, wenn er beispielsweise (i) eine ursprünglich nationale Streitigkeit nach deren Vorhersehbarkeit an eine Gesellschaft mit einer anderen Staatszugehörigkeit überträgt und den Streit daraufhin einem ICSID-Schiedsgericht vorlegt oder (ii) nach Vorhersehbarkeit der Streitigkeit eine juristische Person in einem Gaststaat lediglich dazu gründet, um Zugang zum Schutzsystem eines IIA zu erhalten.

⁴¹² Siehe oben unter 2. Kapitel, B. I.

⁴¹³ Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, 1 June 2012, para. 2.100; Lao Holdings N.V. v. The Lao People's Democratic Republic, ICSID Case No. ARB(AF)/12/6, Decision on Jurisdiction, 21 February 2014, para. 70.

⁴¹⁴ Lao Holdings N.V. v. The Lao People's Democratic Republic, ICSID Case No. ARB(AF)/12/6, Decision on Jurisdiction, 21 February 2014, para. 70.

⁴¹⁵ Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, 1 June 2012, paras. 2.47, 2.100.

⁴¹⁶ Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004, para. 56.

⁴¹⁷ Cementownia „Nova Huta“ S.A. v. Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Award, 17 September 2009, para. 117; Phoenix Action v. The Czech Republic, ICISD Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, para. 145 - die Klage wurde dem Schiedsgericht von Phoenix Action vorgelegt, einer in Israel gegründeten juristischen Person, die aber zu 100% von einem tschechischen Staatsangehörigen kontrolliert wurde.

Folglich indizieren die objektiven Kriterien die Bösgläubigkeit. Dies ist auch sachgerecht, da der Nachweis eines subjektiven Kriteriums nur selten gelingt.

4. Beweislast

Beweislastfragen⁴¹⁸ bei Streit um die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts sind schwieriger zu beantworten als solche im Rahmen der Begründetheit, wo die materiell-rechtlichen Anspruchsvoraussetzungen grundsätzlich vom Kläger nachzuweisen sind.⁴¹⁹ Dies liegt daran, dass Zuständigkeitseinwände prinzipiell vom beklagten Gaststaat vorgetragen werden.⁴²⁰ Nichtsdestotrotz bleibt es auch im Rahmen der Zuständigkeit vorerst bei dem Grundsatz, dass jede Partei die für sie günstigen Tatsachen beweisen muss (*onus probandi incumbit actori*).⁴²¹

Folglich trägt der klagende Investor die Beweislast dafür, dass die Zuständigkeitsvoraussetzungen aus Art. 25 der ICSID-Konvention sowie die des jeweiligen IIA erfüllt sind.⁴²² Erst nachdem der Investor dieser Beweislast nachgekommen ist, kann der beklagte Gaststaat den Gegenbeweis führen und darlegen, dass die Zuständigkeitsvoraussetzungen nicht erfüllt sind.⁴²³ In diesem zweiten Schritt obliegt es daher grundsätzlich dem Gaststaat, das Vorliegen einer missbräuchlichen Strukturierungskonstellation zu beweisen, die bei der Anwendung der Kontrolltheorie als Korrektiv die Zuständigkeit des Schiedsgerichts ausschließt.⁴²⁴ Nach der hier vertretenen Auffassung hätte der Gaststaat demnach die beiden objektiven Kriterien – Zweck der Strukturierungskonstellation sowie (Um)Strukturierung nach Vorhersehbarkeit der Streitigkeit⁴²⁵ – sowie die Bösgläubigkeit⁴²⁶ des Investors darzulegen. Dem Gaststaat wird es jedoch schwerfallen, das subjektive Kriterium für das Vorliegen einer missbräuchlichen Strukturierungskonstellation nachzuweisen. Fraglich ist daher, ob zu Gunsten des Gaststaates

⁴¹⁸ Im Rahmen dieser Arbeit ist nur die Feststellungslast relevant; auf die Beweisführungslast kommt es nicht an. Siehe hierzu im Detail: Bothe, Die ‚Corruption Defence‘ des Gaststaats in internationalen Investitionsschiedsverfahren, S. 211 m.w.N.

⁴¹⁹ Born, in: Building International Investment Law, S. 48.

⁴²⁰ Born, in: Building International Investment Law, S. 49.

⁴²¹ Born, in: Building International Investment Law, S. 44; Trittmann, SchiedsVZ, Vol.1, 2016, S. 9; Bothe, Die ‚Corruption Defence‘ des Gaststaats in internationalen Investitionsschiedsverfahren, S. 212 ff. m.w.N.

⁴²² Born, in: Building International Investment Law, S. 49; Bothe, Die ‚Corruption Defence‘ des Gaststaats in internationalen Investitionsschiedsverfahren, S. 214.

⁴²³ Born, in: Building International Investment Law, S. 49.

⁴²⁴ Cervin Investissements S.A. & Rhone Investissements S.A. v. La República de Costa Rica, ICSID Case No. ARB/13/2, Decision on Jurisdiction, 15 December 2014, para. 292.

⁴²⁵ Zu den objektiven Kriterien siehe oben unter 2. Kapitel, B. IV.1 und B. IV.2.

⁴²⁶ Zur Bösgläubigkeit des Investors siehe oben unter 2. Kapitel, B. IV.3.

in bestimmten Konstellationen nicht Beweiserleichterungen oder sogar eine Beweislastumkehr in Betracht kommen.⁴²⁷

Im deutschen Zivilprozessrecht gilt beispielsweise der Grundsatz der Waffengleichheit, der unter bestimmten Voraussetzungen zu Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr führen kann.⁴²⁸ Erforderlich ist, dass die eigentlich die Beweislast tragende Partei dieser Beweislast nur schwer nachkommen kann.⁴²⁹ So kann beispielsweise bei Vorliegen der objektiven Voraussetzungen auf den subjektiven Tatbestand geschlossen werden, da es um Umstände aus der Sphäre der anderen Partei geht.⁴³⁰

Dies entspricht der Situation des beklagten Gaststaates – die objektiven Kriterien sind dem Beweis zugänglich, jedoch mag diesem nur schwer der Nachweis der Bösgläubigkeit des Investors gelingen. Demnach ist zu fordern, dass bei der Ermittlung einer missbräuchlichen Strukturierungskonstellation die Bösgläubigkeit des Investors angenommen wird, wenn es dem Gaststaat gelingt, die objektiven Kriterien nachzuweisen. Die Annahme einer solchen Beweiserleichterung ist auch auf andere Rechtsordnungen übertragbar. So gilt in *common law*-Rechtsordnungen nicht der im deutschen Zivilprozessrecht geltende Beibringungsgrundsatz, sondern dort ist das Gericht auf der Suche nach der objektiven Wahrheit. Auch Schiedsordnungen sehen grundsätzlich vor, dass das Schiedsgericht den Sachverhalt eigenständig aufklären kann, indem es die Parteien auffordert den entsprechenden Beweis zu erbringen.⁴³¹ Hier haben daher unabhängig von der Beweislast beide Parteien bei der Sachverhaltsaufklärung mitzuwirken.⁴³²

5. Bewertung

Die Untersuchung hat gezeigt, dass sich allgemeine Kriterien zur Unterscheidung zwischen legalen und missbräuchlichen Strukturierungskonstellationen von Investoren herausarbeiten

⁴²⁷ Eichberger, AVR 58(3), S.334; Bothe, Die ‚Corruption Defence‘ des Gaststaats in internationalen Investitionsschiedsverfahren, S. 215 ff.

⁴²⁸ Trittman, SchiedsVZ, Vol.1, 2016, S. 9; Bothe, Die ‚Corruption Defence‘ des Gaststaats in internationalen Investitionsschiedsverfahren, S. 219 m.w.N. (im Rahmen der Arbeit als sekundäre Darlegungslast bezeichnet).

⁴²⁹ Trittman, SchiedsVZ, Vol.1, 2016, S. 9; Bothe, Die ‚Corruption Defence‘ des Gaststaats in internationalen Investitionsschiedsverfahren, S. 216 m.w.N.

⁴³⁰ BGH NJW-RR 2005, 1082, 1084.

⁴³¹ Bothe, Die ‚Corruption Defence‘ des Gaststaats in internationalen Investitionsschiedsverfahren, S. 211 m.w.N.

⁴³² Trittman, SchiedsVZ, Vol.1, 2016, S. 10.

lassen. Entscheidend ist, ob die (Um)Strukturierung erst getätigt wurde, nachdem eine Streitigkeit vorhersehbar war und der Investor dabei bösgläubig war. Zudem kann der objektive Zweck der (Um)Strukturierung als Indiz herangezogen werden.

Zum Nachweis des subjektiven Kriteriums der Bösgläubigkeit kommt dem beklagten Staat eine Beweiserleichterung zu, wenn er die beiden objektiven Kriterien – Zweck der Strukturierungskonstellation sowie Vorhersehbarkeit der Streitigkeit – darlegen kann.

V. Zwischenergebnis

Eine Anwendung der Kontrolltheorie als Korrektiv entspricht grundsätzlich dem Sinn und Zweck der ICSID-Konvention. Es wurde aufgezeigt, dass durch die verschiedenen Strukturierungskonstellationen der Investoren ein Missbrauch der juristischen Person und ein Missbrauch des investitionsrechtlichen Schutzsystems in Betracht kommen. Es ist im Völkerrecht sowie im internationalen Investitionsschutzrecht anerkannt, dass solche Missbräuche zu unterbinden sind. Strukturierungskonstellationen werden dann missbräuchlich verwendet, wenn sie, nachdem eine Streitigkeit vorhersehbar ist, getätigt werden und der Investor dabei bösgläubig ist. Dies ist dann anzunehmen, wenn der Investor die Streitigkeit kennt oder bereits mit hoher objektiver Wahrscheinlichkeit vorhersehen kann und er die (Um)Strukturierung in dieser Kenntnis, zur Verschaffung des Zugangs zum investitionsrechtlichen Schutzsystem vornimmt. Bei Vorliegen der beiden objektiven Kriterien kommt es zu einer Beweiserleichterung zu Gunsten des Gaststaates. Sind diese drei Kriterien erfüllt, ist die Strukturierungskonstellation des Investors missbräuchlich.

Die herausgearbeiteten Kriterien sind auf beide Strukturierungskonstellationen der Investoren übertragbar. Insbesondere beim *treaty shopping* kann anhand der oben dargestellten Kriterien zwischen legalen und missbräuchlichen (Um)Strukturierungen unterschieden werden. Aber auch bei Klagen von Investoren gegen ihren Heimatstaat lässt sich anhand der herausgearbeiteten Kriterien ein Missbrauch feststellen, da bei Investoren, die unter Verwendung einer juristischen Person ihren Heimatstaat verklagen, nicht von einer Gutgläubigkeit ausgegangen werden kann. Wurde anhand der Kriterien festgestellt, dass eine missbräuchliche Strukturierungskonstellation vorliegt, ist die Zuständigkeit des ICSID zu versagen. Investoren haben daher das *nationality planning* und die für sie vorteilhafte

Gesellschaftsstruktur zu implementieren, bevor die Investition getätigt wird, oder die (Um)Strukturierung zumindest zu einem Zeitpunkt durchzuführen, an dem eine Streitigkeit nicht vorhersehbar ist, um spätere prozessuale Risiken zu vermeiden.

Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts kann unter Anwendung der Kontrolltheorie als Korrektiv versagt werden, da die Kontrolltheorie die Staatszugehörigkeit nach dem originären Investor in Konzernstrukturen bestimmt, dessen Staatsangehörigkeit sich bei (Um)Strukturierungen grundsätzlich nicht ändert.

C. Entbehrlichkeit der Kontrolltheorie als Korrektiv aufgrund von denial of benefits-Klauseln

Durch die Verwendung einer *denial of benefits*-Klausel in ihren IIA haben Staaten die rechtliche Möglichkeit, bestimmte Investoren vom Schutz ihres IIA auszuschließen.⁴³³ Darunter fallen Investoren, die lediglich durch Schein- oder Briefkastengesellschaften in den Schutzbereich eines IIA gelangen.⁴³⁴ Die Klausel kann – bei entsprechender Formulierung – beispielsweise das *treaty shopping* verhindern, indem sie sicherstellt, dass zwischen der investierenden Gesellschaft und dem Gaststaat ein *genuine link* besteht.⁴³⁵ Dieser *genuine link* wird durch einen wirtschaftlichen Zusammenhang hergestellt – entweder durch Kontrolle von Staatsangehörigen des Heimatstaates („*own or control*“⁴³⁶) oder durch eine Geschäftstätigkeit im Heimatstaat.⁴³⁷

Fraglich ist daher, ob sich Staaten durch die Verwendung von *denial of benefits*-Klauseln nicht bereits ausreichend vor Missbräuchen schützen können.⁴³⁸ Dies würde eine Anwendung der Kontrolltheorie als Korrektiv entbehrlich machen, da eine Ergebniskorrektur bereits durch die *denial of benefits*-Klausel erreicht würde.

I. Denial of benefits-Klausel

Der ECT enthält in Art. 17 eine *denial of benefits*-Klausel. Nach dieser kann ein Investor vom Schutz des ECT ausgeschlossen werden, wenn er von Angehörigen eines Drittstaates

⁴³³ Schreuer, 24(2) ICSID Review, S. 523; Douglas, The International Law of Investment Claims, S. 468, 469; Thorn/Douclevff, in: The Backlash against Investment Arbitration, S. 9 ff.; Sornarajah, The International Law on Foreign Investment, S. 413; Bering, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 81, 2008, S. 21; Hébert, in: Improving International Investment Agreements, S. 231, 240; Feldman, 27(2) ICSID Review, S. 284, 293; Baumgartner, Treaty Shopping in International Investment Law, S. 116.

⁴³⁴ Schill, The Multilateralization of International Investment Law, S. 223; Mistelis/Baltag, 113(4) Penn State Law Review 2009, S. 1302.

⁴³⁵ Schill, The Multilateralization of International Investment Law, S. 223.

⁴³⁶ Bering, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 81, 2008, S. 21; Williams, in: The Oxford Handbook of International Investment Law, S. 918; Douglas, The International Law of Investment Claims, S. 469.

⁴³⁷ Schreuer, 24(2) ICSID Review, S. 523.

⁴³⁸ Dolzer/Schreuer, Principles of International Investment Law, S. 55; Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004, para. 36.

kontrolliert wird und der Investor keine Geschäftstätigkeit im Gründungsstaat ausübt.⁴³⁹ Diese Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen.⁴⁴⁰

„Each Contracting Party reserves the right to deny the advantages of this Part to: (1) a legal entity if citizens or nationals of a third state own or control such entity and if that entity has no substantial business activities in the Area of the Contracting Party in which it is organized; [...].“⁴⁴¹

Drittstaaten sind solche Staaten, die nicht Vertragsstaaten des ECT sind.⁴⁴² Demnach kann die Klausel grundsätzlich das *treaty shopping* verhindern, aber nicht Klagen von Investoren gegen ihren Heimatstaat.

Zudem ist das Vorliegen allein dieser Voraussetzungen nicht ausreichend für die Anwendbarkeit der *denial of benefits*-Klausel. Vielmehr muss diese frühzeitig ausgeübt werden (II.) und ihr kommt keine Rückwirkung zu (III.).

II. Ausübungserfordernis

Der betreffende Staat muss eine *denial of benefits*-Klausel dem Investor bereits vor dem Tätigen seiner Investition entgegenhalten, damit diese anwendbar ist.⁴⁴³ Dies folgt daraus, dass die Klausel den personellen Anwendungsbereich des Vertrags nicht generell einschränkt, sondern lediglich ein Recht darstellt, die Vorteile von Part III⁴⁴⁴ des ECT zu verneinen:⁴⁴⁵ „The existence of a right is distinct from the exercise of that right“⁴⁴⁶. Dieses Recht muss von

⁴³⁹ Bering, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 81, 2008, S. 25.

⁴⁴⁰ Bering, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 81, 2008, S. 25; Sinclair, TDM 2(5), November 2005, S. 2; Hébert, in: Improving International Investment Agreements, S. 241; OECD, International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations, Chapter 1, Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements, 2008, S. 28, <http://www.oecd.org/dataoecd/3/7/40471468.pdf> (zuletzt besucht am 10.11.2021).

⁴⁴¹ Art. 17 ECT.

⁴⁴² Yukos Universal Limited v. The Russian Federation, PCA Case No. AA 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009, para. 544.

⁴⁴³ Sinclair, in: The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID), Taking Stock after 40 Years, S. 139

⁴⁴⁴ Part III des ECT enthält Ausführungen zu „Investment Promotion and Protection“.

⁴⁴⁵ Yukos Universal Limited v. The Russian Federation, PCA Case No. AA 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009, para. 456; Sinclair, TDM 2(5), November 2005, S. 4.

⁴⁴⁶ Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8 February 2005, para. 155.

dem Vertragsstaat ausgeübt werden.⁴⁴⁷ Hat der Kläger seine Klage vor einem Schiedsgericht bereits eingereicht, ist die Klausel daher nicht mehr anwendbar, falls der Staat diese zuvor nicht ausgeübt hat. Zwar könnten Staaten den Anwendungsbereich der *denial of benefits*-Klausel eröffnen, indem sie diese generell jedem Investor entgegenhalten, dies erscheint aber äußerst impraktikabel, da dies den mit dem Abschluss von IIA verfolgten Zweck, Investitionen anzulocken, konterkariert.⁴⁴⁸

III. Keine Rückwirkung

Zudem hat die Ausübung des Rechts aus einer *denial of benefits*-Klausel keine Rückwirkung, sondern kann nur eine zukünftige Inanspruchnahme verhindern. Dieses Ergebnis folgt aus dem Sinn und Zweck des sich aus dem ECT ergebenden Investorschutzes – der Investor muss seine Investition langfristig planen können und dies ist mit einer Rückwirkung unvereinbar.⁴⁴⁹ Somit kann ein Staat einem Investor erst ab dem Zeitpunkt der Ausübung der *denial of benefits*-Klausel den Schutz des ECT versagen.

Dieses Ergebnis begegnet häufig Kritik, da eine fehlende Rückwirkung der Realität widerspricht. Die meisten Staaten haben keine Kenntnis von in ihrem Staatsgebiet getätigten Investitionen, sondern erhalten diese häufig erst nach der Einleitungsanzeige eines Schiedsgerichts.⁴⁵⁰ Daher wird teilweise eine Rückwirkung gefordert.⁴⁵¹ Für eine Rückwirkung spricht, dass es nicht Sinn und Zweck von Art. 17 ECT ist, einseitig die Investoren zu schützen, sondern vielmehr bestimmte Investoren zugunsten der Staaten von dem Schutzbereich des ECT ausschließen, da diese die Ziele des ECT nicht fördern.⁴⁵² Einem Gaststaat muss aus Art. 17 ECT das Recht zustehen, einer Klage eines Investors zu widersprechen, wenn dieser nicht zum „*ECT Club*“ gehört.⁴⁵³ Zudem ist der Investor bereits ausreichend durch Art. 17 ECT davor gewarnt, dass der Schutz des ECT unter Umständen

⁴⁴⁷ Yukos Universal Limited v. The Russian Federation, PCA Case No. AA 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009, para. 456.

⁴⁴⁸ Sinclair, TDM 2(5), November 2005, S. 5.

⁴⁴⁹ Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8 February 2005, para. 163; Yukos Universal Limited v. The Russian Federation, PCA Case No. AA 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009, para. 458.

⁴⁵⁰ Hébert, in: Improving International Investment Agreements, S. 244.

⁴⁵¹ Sinclair, TDM 2(5), November 2005, S. 5; Bering, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 81, 2008, S. 30 ff.; Douglas, The International Law of Investment Claims, S. 470; Hébert, in: Improving International Investment Agreements, S. 244; Eichberger, AVR 58(3), S. 323.

⁴⁵² Sinclair, TDM 2(5), November 2005, S. 5.

⁴⁵³ Sinclair, 20(2) ICSID Review, S. 385.

ausgeschlossen werden kann. Darüber hinaus führt der Ausschluss der Rückwirkung dazu, dass die *denial of benefits*-Klausel praktisch kaum einen Anwendungsbereich hat.⁴⁵⁴

Jedoch wurden diese Argumente bislang nicht von der Schiedsrechtsprechung übernommen, so dass im Moment von einer fehlenden Rückwirkung von *denial of benefits*-Klauseln auszugehen ist.

IV. Geringe Verwendung von *denial of benefits*-Klauseln

Neben dem geringen Anwendungsbereich von *denial of benefits*-Klauseln auf Grund des Ausübungserfordernisses und der fehlenden Rückwirkung, werden *denial of benefits*-Klauseln zudem selten in IIA verwendet.

Die geringe Verwendung wurde in einer Studie aus Jahr 2007 dargestellt, die ermittelt hat, dass von 550 IIA nur 31 über eine *denial of benefits*-Klausel verfügen.⁴⁵⁵ Zudem finden sich *denial of benefits*-Klauseln überwiegend nur in IIA mit Beteiligung der USA.⁴⁵⁶

V. Zwischenergebnis

Nach der derzeitigen Entscheidungspraxis der Schiedsgerichte haben *denial of benefits*-Klauseln nur einen geringen Anwendungsbereich und finden sich außerdem nur in wenigen IIA. Daher schützen sie Staaten nicht ausreichend vor Missbräuchen. Zudem kann die Klausel nur das *treaty shopping* verhindern, aber nicht Klagen von Investoren gegen ihren Heimatstaat, da die Klausel nur Situationen erfasst, in denen sich der kontrollierende Investor in einem Drittstaat befindet.

Eine Anwendung der Kontrolltheorie als Korrektiv ist somit nicht entbehrlich. *Denial of benefits*-Klauseln gewähren keinen ausreichenden Schutz vor missbräuchlichen Strukturierungskonstellationen der Investoren.

⁴⁵⁴ Douglas, The International Law of Investment Claims, S. 471.

⁴⁵⁵ Hébert, in: Improving International Investment Agreements, S. 241.

⁴⁵⁶ Franke, Der personelle Anwendungsbereich des internationalen Investitionsschutzrechts, S. 151.

D. Gewährleistung einer einheitlichen Anwendung der Kontrolltheorie als Korrektiv

Die Verhinderung von missbräuchlichen Strukturierungskonstellationen durch Investoren ist ein langwieriger Prozess, der eine tiefgreifende strukturelle Reform erfordert.⁴⁵⁷ Die Anwendung der Kontrolltheorie als Korrektiv kann zwar punktuell zur Ablehnung der Zuständigkeit führen; für eine konsequente und rechtssichere Verhinderung von Missbräuchen wäre jedoch eine einheitliche Vorgehensweise der Schiedsgerichte erforderlich.⁴⁵⁸

Zwar wurde gezeigt, dass Schiedsgerichte immer mehr geneigt sind, ihre Zuständigkeit bei missbräuchlichen Strukturierungskonstellationen zu versagen. Dieser Weg bietet jedoch grundsätzlich keine Rechtssicherheit, da Entscheidungen von Schiedsgerichten keine Bindungswirkung für andere Schiedsgerichte entfalten, auch wenn teilweise von einer „*de facto doctrine of precedent*“⁴⁵⁹ gesprochen wird^{460 461}.

Daher soll in diesem Abschnitt untersucht werden, welche Maßnahmen eine einheitliche Anwendung der Kontrolltheorie als Korrektiv sicherstellen könnten. In Betracht kommen (I.) die Schaffung einer ICSID Berufungsinstanz, (II.) die Schaffung eines internationalen Investitionsgerichtshofs, (III.) die Neuverhandlung von IIA und (IV.) monetäre Anreize für Investoren.

I. ICSID-Berufungsinstanz

Eine Möglichkeit zur Gewährleistung einer einheitlichen Rechtsprechung wäre die Schaffung einer Berufungsinstanz innerhalb des ICSID. Neben einer einheitlichen Rechtsprechung würde eine Berufungsinstanz der Kritik Rechnung tragen, dass ICSID-Schiedssprüche grundsätzlich nicht überprüft werden können⁴⁶² (diese Kritik richtet sich nicht nur gegen die

⁴⁵⁷ Lee, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 6, 2015, S. 356.

⁴⁵⁸ Eichberger, AVR 58(3), S. 334.

⁴⁵⁹ Schreuer/Weiniger, in: *The Oxford Handbook of International Investment Law*, S. 1196.

⁴⁶⁰ Zur Bindungswirkung von Schiedsgerichtsentscheidungen siehe oben im 1. Kapitel unter C. II.1.b).

⁴⁶¹ Lee, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 6, 2015, S. 356.

⁴⁶² Siehe Art. 53(1) ICSID-Konvention: "*The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention. Each party shall abide by and*

ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit, sondern allgemein gegen die Schiedsgerichtbarkeit als solche).⁴⁶³

Bereits im Jahr 2004 wurde vom ICSID ein Diskussionspapier veröffentlicht, das Verbesserungsmöglichkeiten der ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit aufführte.⁴⁶⁴ Eine dort genannte Möglichkeit war die Etablierung einer ICSID-Berufungsinstanz.⁴⁶⁵ Als Vorteil wurde insbesondere hervorgehoben, dass eine Berufungsinstanz widersprüchliche Entscheidungen von ICSID-Schiedsgerichten verhindern könnte. Das Diskussionspapier sieht konkrete Eigenschaften einer Berufungsinstanz vor und bespricht die Möglichkeiten einer Umsetzung. Hierbei wird jedoch bereits ersichtlich, mit welchem Aufwand die Einführung einer solchen zweiten Instanz verbunden wäre. So ist (unter anderem) eine Änderung der ICSID-Konvention nötig, welche die Zustimmung aller Mitgliedstaaten erfordert.⁴⁶⁶

Auf Grund dieser Umsetzungsprobleme gibt es bis heute – seit dem erstmaligen Aufbringen im Jahr 2004 – keine konkreten Pläne zur Einführung einer ICSID-Berufungsinstanz. Folglich ist die Schaffung einer ICSID-Berufungsinstanz nicht absehbar und kann bis dahin auch nicht die einheitliche Anwendung der Kontrolltheorie als Korrektiv gewährleisten.

II. Internationaler Investitionsgerichtshof

Seit längerem wird zudem die Schaffung eines internationalen Investitionsgerichtshofs gefordert.⁴⁶⁷ Ein solcher internationaler Gerichtshof hätte den großen Vorteil, dass er die Legitimität der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit sicherstellen könnte.⁴⁶⁸ Bemängelt wird an der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit nämlich auch – neben der

comply with the terms of the award except to the extent that enforcement shall have been stayed pursuant to the relevant provisions of this Convention."

⁴⁶³ Böttcher, Dekonstitutionalisierungstendenzen im internationalen Investitionsschutzrecht, S. 227.

⁴⁶⁴ ICSID Diskussionspapier, 22. Oktober 2004,

<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf> (zuletzt besucht am 10.11.2021).

⁴⁶⁵ ICSID Diskussionspapier, 22. Oktober 2004, paras. 20 ff.,

<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf> (zuletzt besucht am 10.11.2021).

⁴⁶⁶ ICSID Diskussionspapier, 22. Oktober 2004,

<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf> (zuletzt besucht am 10.11.2021).

⁴⁶⁷ Böttcher, Dekonstitutionalisierungstendenzen im internationalen Investitionsschutzrecht, S. 229.

⁴⁶⁸ Baumgartner, Treaty Shopping in International Investment Law, S. 239.

uneinheitlichen Rechtsprechung –, dass es sich um eine geheime Paralleljustiz⁴⁶⁹ handeln würde. Dies wäre jedoch bei einem internationalen Investitionsgerichtshof mit gewählten ständigen Richtern und öffentlichen Verfahren nicht der Fall.

Gleichermaßen wie die Schaffung einer ICSID-Berufungsinstanz ist die Etablierung eines internationalen Investitionsgerichtshofs jedoch mit vielen praktischen Problemen verbunden.⁴⁷⁰ Zunächst müsste sich die Staatengemeinschaft über die Errichtung und die Kompetenzen des Gerichtshofs einigen. Hier stellt sich bereits dieselbe Problematik wie bei dem gescheiterten Abschluss eines multilateralen Investitionsschutzabkommens⁴⁷¹ – die Staaten können sich auf keinen gemeinsamen Nenner einigen. Auf Ebene der EU sind die Gespräche zur Schaffung eines multilateralen Investitionsgerichtshofs zwar weiter fortgeschritten, jedoch dauern diese auch hier bereits seit 2015 an und erfordern zudem eine Neuverhandlung aller 1.400 IIA der EU-Mitgliedstaaten sowie der IIA etwaiger weiterer interessierter Länder.⁴⁷²

Die Schaffung eines internationalen Investitionsgerichtshofs ist zumindest in näherer Zukunft nicht absehbar.⁴⁷³ Daher kann auch diese Maßnahme die einheitliche Anwendung der Kontrolltheorie als Korrektiv nicht gewährleisten.

III. Neuverhandlung von IIA

Eine weitere mögliche Maßnahme zur Gewährleistung einer einheitlichen Anwendung der Kontrolltheorie als Korrektiv ist eine Neuverhandlung von IIA dahingehend, dass etwaige Missbräuche durch die verschiedenen Strukturierungskonstellationen von Investoren adressiert werden. Dies kann entweder durch eine neue Definition von Investor (1.) oder durch eine mögliche Eingrenzung der Zuständigkeit bei Missbräuchen (2.) erfolgen.

⁴⁶⁹ Zeit Artikel, Schattenjustiz – Im Namen des Geldes, 27.07.2014, <https://www.zeit.de/2014/10/investitionsschutz-schiedsgericht-icsid-schattenjustiz/komplettansicht> (zuletzt besucht am 10.11.2021).

⁴⁷⁰ Böttcher, Dekonstitutionalisierungstendenzen im internationalen Investitionsschutzrecht, S. 230.

⁴⁷¹ Die Verhandlungen über ein multilaterales Investitionsschutzabkommen wurden auf Ebene der OECD geführt und 1998 erfolglos abgebrochen, <https://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/multilateralagreementoninvestment.htm> (zuletzt besucht am 10.11.2021).

⁴⁷² Europäische Kommission, Multilateraler Investitionsgerichtshof: Kommission erhält grünes Licht zur Aufnahme von Verhandlungen, 21.03.2018, https://ec.europa.eu/germany/news/20180321-multilateraler-investitionsgerichtshof_de (zuletzt besucht am 10.11.2021).

⁴⁷³ Baumgartner, Treaty Shopping in International Investment Law, S. 240.

1. Definition von Investor sieht Kontrolltheorie vor

Staaten könnten in ihren IIA – in der Definition von Investor – neben einer der formalen Theorien zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit von juristischen Personen die Kontrolltheorie mit restriktiver Funktion vorsehen. Dann hätte das Schiedsgericht die Möglichkeit die Staatszugehörigkeit auch nach der Kontrolltheorie zu bestimmen und bei missbräuchlichen Strukturierungskonstellationen seine Zuständigkeit zu versagen, da sich Schiedsgerichte – auch ICSID-Schiedsgerichte – grundsätzlich an der Definition des IIA orientieren.⁴⁷⁴

Eine solche mögliche Definition der Staatszugehörigkeit eines Investors wäre: „*legal entities established under the law of any country which are controlled by nationals or legal entities of that contracting party*“⁴⁷⁵.

2. Versagung der Zuständigkeit von Schiedsgerichten bei missbräuchlichen Strukturierungskonstellationen

Zudem wäre es möglich, dass Staaten in ihren IIA eine Klausel vorsehen, welche die Zuständigkeit bei missbräuchlichen Strukturierungskonstellationen von Investoren versagt.

Diese Möglichkeit wird bereits von Staaten genutzt, insbesondere von den für das *treaty shopping* beliebten Niederlanden⁴⁷⁶. So sieht der Modell-BIT der Niederlande folgende Klausel vor: "*The Tribunal shall decline jurisdiction if an investor within the meaning of Article 1(b) of this Agreement, which has changed its corporate structure with a **main purpose to gain the protection** of this Agreement at a point in **time where a dispute had arisen or was foreseeable**. This particularly includes situations where an investor has changed its corporate structure with a **main purpose to submit a claim to its original home state***"⁴⁷⁷. Diese Klausel adressiert folglich genau die besprochenen missbräuchlichen

⁴⁷⁴ Siehe oben unter 1. Kapitel, C. II.3.b)(2).

⁴⁷⁵ Siehe Art. 1(1) des Swiss Model BIT.

⁴⁷⁶ Siehe oben unter 2. Kapitel, B. III.1.a).

⁴⁷⁷ Modell-BIT der Niederlande, Artikel 16(3), Hervorhebung hinzugefügt, <https://www.rijksoverheid.nl/ministeries/ministerie-van-buitenlandse->

Strukturierungskonstellationen und verpflichtet – siehe "shall" – das Schiedsgericht, in diesen Fällen seine Zuständigkeit zu versagen. Zwar könnte das Schiedsgericht dies dogmatisch auch unter Anwendung der Kontrolltheorie als Korrektiv tun, eine solche Klausel gewährleistet jedoch eine Einheitlichkeit in der praktischen Anwendung.

Eine weitere Möglichkeit ist es, eine klarstellende Regelung in den IIA aufzunehmen, dass ein Investor eine Klage bei einem Missbrauch nicht einreichen darf. Eine solche Regelung ist beispielsweise in Artikel 18.18(3)⁴⁷⁸ des seit 21. September 2018 vorläufig in Kraft getretenen Handelsabkommens zwischen der EU und Kanada enthalten.⁴⁷⁹

3. Bewertung

Eine Neuverhandlung von IIA kann punktuell die einheitliche Anwendung der Kontrolltheorie bei Missbräuchen gewährleisten oder zumindest die Zuständigkeit bei missbräuchlichen Strukturierungskonstellationen versagen. Allerdings wäre für eine einheitliche Anwendung der Kontrolltheorie als Korrektiv eine Neuverhandlung der ca. 2.500 IIA⁴⁸⁰ erforderlich.

IV. Monetäre Anreize

Nachdem gezeigt wurde, dass die oben aufgeführten Maßnahmen zumindest in naher Zukunft keine einheitliche Anwendung der Kontrolltheorie gewährleisten können, ist fraglich, ob nicht zumindest monetäre Anreize in Betracht kommen, welche die Erhebung von Schiedsklagen bei missbräuchlichen Strukturierungskonstellationen verhindern. Hierbei wird auf die Kosten eines ICSID-Schiedsverfahrens abgestellt.

zaken/documenten/publicaties/2019/03/22/nieuwe-modeltekst-investeringsakkoorden (zuletzt besucht am 10.11.2021).

⁴⁷⁸ "Zur Klarstellung: Ein Investor darf keine Klage nach diesem Abschnitt einreichen, wenn die Investition mit einer arglistigen Täuschung, mit dem Verschweigen von Tatsachen, mit Korruption oder mit einem Verhalten, das einen Verfahrensmissbrauch darstellt, einhergeht."

⁴⁷⁹ Europäische Kommission, EU-Kanada Umfassendes Wirtschafts- und Handelsabkommen (CETA), https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index_de.htm (zuletzt besucht am 10.11.2021).

⁴⁸⁰ UNCTAD Übersicht, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA> (zuletzt besucht am 10.11.2021).

Die Parteien haben die Gerichtskosten sowie die Verfahrenskosten eines ICSID-Schiedsverfahrens zu tragen. Art. 61(2) der ICSID-Konvention überlässt es hierbei grundsätzlich dem Ermessen des Schiedsgerichts zu bestimmen, wie diese Kosten zwischen den Parteien zu tragen sind. Allgemein kommen zwei Möglichkeiten in Betracht – entweder es werden die Kosten gegeneinander aufgehoben oder sie werden nach Maßgabe des gegenseitigen Obsiegens/Unterliegens bestimmt. Zudem kann das Schiedsgericht im Rahmen seines Ermessens auch weitere Faktoren, wie das Verhalten der Parteien während des Verfahrens, berücksichtigen.⁴⁸¹

Zur Schaffung eines monetären Anreizes für Investoren ist zu fordern, dass in Situationen, in denen das Schiedsgericht seine Zuständigkeit auf Grund einer missbräuchlichen Strukturierungskonstellation versagt, dem Investor sämtliche Kosten des Schiedsverfahrens auferlegt werden. In diesen Konstellationen ist es nicht gerechtfertigt, dem Gaststaat, der missbräuchlich vor einem Schiedsgericht in Anspruch genommen wurde, irgendwelche Kosten aufzuerlegen.

Nichtsdestotrotz haben Schiedsgerichte in diesen Konstellationen auch Gaststaaten Kosten in ihrer Kostenentscheidung auferlegt. So entschied das Schiedsgericht in *Philip Morris v. Australia*, dass der klagende Investor, der mit seiner Klage auf Grund einer missbräuchlichen Strukturierungskonstellation unterlag, dem beklagten Staat nur 50% seiner Kosten erstatten muss (diese Kosten beliefen sich auf ca. 7 Mio. EUR).⁴⁸² Es ist nicht nachvollziehbar, warum in solchen Konstellationen die Kosten nicht komplett dem Investor auferlegt werden. Gerade bei investitionsrechtlichen Verfahren, in denen die Kosten schnell die Millionengrenze überschreiten, sendet es ein falsches Signal, wenn die Schiedsgerichte bei den Kostenentscheidungen nicht von ihrem Ermessen dahingehend Gebrauch machen, dass dem Investor die vollen Kosten auferlegt werden. Ansonsten ist der beklagte Gaststaat, trotz der Ablehnung der Klage als unzulässig, der tatsächliche Verlierer.⁴⁸³ Demnach haben Schiedsgerichte – wie in der Kostenentscheidung in *Renée Rose Levy and Gremcitel v.*

⁴⁸¹ Risse/Altenkirch, SchiedsVZ, Vol.1, 2012, S. 6 f.; Cementownia „Nova Huta” S.A. v. Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Award, 17 September 2009, para. 159.

⁴⁸² Kostenentscheidung in *Philip Morris v. Australia*, ungeschwärzt erhältlich unter <http://aftinet.org.au/cms/sites/default/files/190322%20Unredacted%2BExcerpt%2Bof%2BCosts%2BAward.pdf#overlay-context=users/editor> (zuletzt besucht am 10.11.2021).

⁴⁸³ When even winning is losing. The surprising cost of defeating Philip Morris over plain packaging, 26.03.2019, <http://theconversation.com/when-even-winning-is-losing-the-surprising-cost-of-defeating-philip-morris-over-plain-packaging-114279> (zuletzt besucht am 10.11.2021).

*Peru*⁴⁸⁴ – ihr Ermessen dahingehend auszuüben, dass bei einem Missbrauch die kompletten Kosten dem unterliegenden Investor auferlegt werden.

V. Zwischenergebnis

Ohne Neuverhandlungen von IIA sowie tiefgreifende strukturelle Reformen der investitionsrechtlichen Schiedsgerichtsbarkeit – einschließlich des ICSID – kommen keine Maßnahmen in Betracht, die eine einheitliche Anwendung der Kontrolltheorie als Korrektiv gewährleisten.

Daher obliegt es jedem einzelnen Schiedsgericht im Rahmen seiner rechtlichen Möglichkeiten eine einheitliche Anwendung der Kontrolltheorie als Korrektiv zu gewährleisten. Zudem können Schiedsgerichte mit ihrer Kostenentscheidung, auf Grund der sehr hohen Kosten eines ICSID-Schiedsverfahrens, Anreize dafür setzen, dass Investoren Klageerhebungen bei missbräuchlichen Strukturierungskonstellationen unterlassen.

⁴⁸⁴ Renée Rose Levy and Grencitel S.A. v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/11/17, Award, 9 January 2015, para. 201; siehe auch Cementownia „Nova Huta” S.A. v. Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Award, 17 September 2009, paras. 176 ff.

E. Ergebnis

Der Sinn und Zweck der ICSID-Konvention erlaubt es, Missbräuche des investitionsrechtlichen Schutzsystems und der juristischen Person durch eine Ergebniskorrektur zu verhindern. Eine Bestimmung der Staatszugehörigkeit von Investoren allein nach den formalen Theorien ermöglicht es diesen, durch bestimmte Strukturierungskonstellationen ihre Staatszugehörigkeit zu ändern. Ist dies missbräuchlich, muss die Zuständigkeit des ICSID versagt werden, damit nur originären Investoren der Schutz des Investitionsrechts zukommt. Eine Ergebniskorrektur durch die Kontrolltheorie hat bei Strukturierungskonstellationen zu erfolgen, wenn deren einziger Zweck die Zugangsverschaffung zum investitionsrechtlichen Schutzsystem ist, die (Um)Strukturierung erfolgt nachdem die Streitigkeit objektiv vorhersehbar ist und der Investor hierbei bösgläubig ist. Somit ist die Kontrolltheorie zwar nicht allgemein zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit einer juristischen Person von Bedeutung, jedoch als Korrektiv zur Verhinderung von Missbräuchen.

Eine Ergebniskorrektur durch die Kontrolltheorie ist auch erforderlich, da die Erfüllung des Sinns und Zwecks der ICSID-Konvention nicht anderweitig gewährleistet werden kann. Insbesondere gewährt die Verwendung von *denial of benefits*-Klauseln nach der bestehenden Schiedsrechtsprechung keinen ausreichenden Schutz.

Durch die Ergebniskorrektur können in der Zukunft widersprüchliche Ergebnisse, wie beispielsweise in der *Tokios Tokeles*-Entscheidung, verhindert und damit das Vertrauen von Investoren und Staaten in die Effektivität und Legitimität der ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit aufrechterhalten werden. Zudem wird das Problem, dass der Zugang von Investoren zu investitionsrechtlichen Schiedsverfahren eingeschränkt werden muss, gelöst, ohne dass Vertragsänderungen notwendig sind oder andere Maßnahmen ergriffen werden müssen, sofern die Kontrolltheorie einheitlich von Schiedsgerichten als Korrektiv angewendet wird. Andere Maßnahmen sind auf nahe Zukunft nicht absehbar und können daher keine einheitliche Anwendung der Kontrolltheorie als Korrektiv gewährleisten. Allenfalls monetäre Anreize an Investoren stellen noch eine geeignete Maßnahme dar, um Klageerhebungen bei missbräuchlichen Strukturierungskonstellationen in Zukunft zu verhindern. Daher ist zu fordern, dass Schiedsgerichte von der rechtlichen Möglichkeit, ihre Zuständigkeit bei

Missbräuchen zu versagen, Gebrauch machen und dieses Verhalten der Investoren auch entsprechend in ihrer Kostenentscheidung berücksichtigen.

Die vielen weiteren Probleme im Zusammenhang mit der Staatszugehörigkeit von juristischen Personen werden Schiedsgerichte jedoch voraussichtlich auch in Zukunft weiter beschäftigen: *„Issues as to citizenship, nationality, ownership, control and the scope and location of business activities can raise wide-ranging, complex and highly controversial disputes.“*⁴⁸⁵

⁴⁸⁵ Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8 February 2005, para. 149.

3. Kapitel: Bestimmung von Kontrolle

„The term control is an elusive one, as elusive as the reality it describes.“⁴⁸⁶

Das obige Zitat verdeutlicht zutreffend die mit der Bestimmung von Kontrolle verbundenen Schwierigkeiten. Im Investitionsschutzrecht wird die Bestimmung von Kontrolle zudem dadurch erschwert, dass Investitionen regelmäßig mit Hilfe von komplexen Unternehmensstrukturen getätigt werden, welche die Ermittlung des tatsächlichen Kontrollinhabers erschweren.

Allgemein wird unter Kontrolle die Möglichkeit verstanden, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens und damit über eine Investition auszuüben.⁴⁸⁷ Kontrolle erfordert folglich das Bestehen von Eigentumsrechten und/oder von anderen Rechten, die eine bestimmende Einflussnahme auf eine Gesellschaft ermöglichen.⁴⁸⁸ Bei Aktiengesellschaften beruht eine bestimmende Einflussnahme häufig auf einer Mehrheitsbeteiligung am Aktienkapital.⁴⁸⁹ Kontrolle kann aber auch durch andere Einflussnahmemöglichkeiten – gerade bei Portfolioinvestitionen⁴⁹⁰ – ausgeübt werden.⁴⁹¹

Schiedsgerichte haben sich mit der Bestimmung von Kontrolle insbesondere im Rahmen der Kontrolltheorie und im investitionsrechtlichen Enteignungsrecht befasst. Folglich soll auf diese beiden Bereiche zur Herausarbeitung von Kriterien zur Bestimmung von Kontrolle eingegangen werden.

⁴⁸⁶ Badia, Piercing the Veil of State Enterprises in International Arbitration, S. 198.

⁴⁸⁷ Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/3, 21 October 2005, para. 227, 231.

⁴⁸⁸ Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia, para. 227.

⁴⁸⁹ Schaub, Grundlagen der Regulierung multinationaler Unternehmen, S. 37.

⁴⁹⁰ Bei Portfolioinvestitionen wird kein Einfluss auf die Gesellschaft angestrebt, sondern allein die gewinnbringende Anlage von Kapital. Auf die Diskussion, ob Portfolioinvestitionen als Investition im Sinne von Art. 25(1) ICSID-Konvention anzusehen sind, wird im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen.

⁴⁹¹ Der Einfluss kann unter anderem auch durch Managementverträge oder Leitungsbefugnisse hergestellt werden – vgl. Schaub, Grundlagen der Regulierung multinationaler Unternehmen, S. 39.

A. Bestimmung im Rahmen der Kontrolltheorie

ICSID-Schiedsgerichte haben sich mit der Bestimmung von Kontrolle im Rahmen der Kontrolltheorie hauptsächlich im Zusammenhang mit der Ausnahmeregelung zu Art. 25(2)(b) befasst.⁴⁹²

Im Folgenden wird daher zuerst auf ICSID-Entscheidungen und deren Ausführungen zur Bestimmung von ausländischer⁴⁹³ Kontrolle eingegangen (unter I.). Daraufhin wird erörtert, welche Form und welchen Umfang Kontrolle aufweisen muss (unter II.).

I. Bestimmung von Kontrolle

Wann Kontrolle im Sinne von Art. 25(2)(b) besteht, wird von der ICSID-Konvention selbst nicht definiert. Diese sieht in ihrem Wortlaut lediglich „*because of foreign control*“ vor. Auch die ICSID-Schiedsgerichte haben bisher keine einheitliche Entscheidungslinie entwickelt. Es besteht (unter anderem) Diskrepanz, ob Kontrolle ein objektives oder ein subjektives Kriterium darstellt (unter 1).⁴⁹⁴ Zudem besteht bei Annahme einer objektiven Bestimmung keine Einigkeit darüber, ob Kontrolle (nur) direkt oder (auch) indirekt ausgeübt werden kann (unter 2).

1. Subjektive oder objektive Bestimmung des Vorliegens von Kontrolle

Das Vorliegen von Kontrolle kann objektiv oder subjektiv bestimmt werden. Bei einer objektiven Bestimmung ermittelt das Schiedsgericht eigenständig das tatsächliche Bestehen von Kontrolle. Bei einer subjektiven Bestimmung hingegen berücksichtigt das Schiedsgericht lediglich, ob eine Vereinbarung der Parteien⁴⁹⁵, dass Kontrolle im konkreten Fall gegeben ist, besteht. Parteien haben daher bei einer subjektiven Bestimmung die Möglichkeit, das

⁴⁹² Zur Ausnahmeregel zu Art. 25(2)(b) siehe oben 1. Kapitel unter C. I.1.

⁴⁹³ Die ICSID-Konvention verwendet in Art. 25(2)(b) den Begriff *foreign control* (ausländische Kontrolle). Im Folgenden wird allein von Kontrolle gesprochen, auch wenn auf die ICSID-Konvention eingegangen wird.

⁴⁹⁴ Schreuer, *The ICSID Convention*, Art. 25, Rn. 815.

⁴⁹⁵ In diesem Zusammenhang wird von Parteien und nicht von Vertragsstaaten gesprochen, da das Kontrollübereinkommen auch zwischen dem Investor und dem Gaststaat bestehen kann.

Vorliegen einer ICSID-Zuständigkeitsvoraussetzung – die Zugehörigkeit zu einem anderen Vertragsstaat nach Art. 25(2)(b) – selbst festzulegen.

a) Subjektive Bestimmung

Eine subjektive Bestimmung von Kontrolle entspricht dem schiedsrechtlichen Grundsatz, dass die Vertragsparteien die Verfahrensvoraussetzungen selbst bestimmen können – *party autonomy*.⁴⁹⁶ Demnach haben die Vertragsparteien grundsätzlich die Möglichkeit, ein Übereinkommen über das Bestehen von Kontrolle zu treffen (nachfolgend „Kontrollübereinkommen“).

Diesem Grundsatz folgend, sprach sich das Schiedsgericht in *Autopista Concesionada v. Venezuela*⁴⁹⁷ für eine subjektive Bestimmung von Kontrolle aus. Die ICSID-Konvention gewähre Ermessen, das Vorliegen von ausländischer Kontrolle selbst zu bestimmen. Daher müssten die Schiedsgerichte dem Willen der Parteien Rechnung tragen, falls dies nicht dem Sinn und Zweck der Konvention widerspreche.⁴⁹⁸

Demnach darf ein Kontrollübereinkommen nicht gegen den Sinn und Zweck der ICSID-Konvention verstoßen. Inwieweit ein solcher Verstoß gegeben ist, kann jedoch nur durch eine objektive Bestimmung ermittelt werden. Daher kann ein Kontrollübereinkommen lediglich als Indiz gewertet werden und der Kläger muss zusätzlich das Bestehen von Kontrolle objektiv darlegen.⁴⁹⁹

b) Objektive Bestimmung

Die objektive Bestimmung von Kontrolle entspricht dem Sinn und Zweck der ICSID-Konvention, da eine subjektive Festlegung einer Zuständigkeitsvoraussetzung der ICSID-Konvention, wenn diese objektiv nicht erfüllt ist, einen Verstoß gegen die äußeren Grenzen

⁴⁹⁶ Blackaby/Partasides, *International Arbitration*, Rn. 2.01.

⁴⁹⁷ *Autopista Concesionada de Venezuela v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5, Decision on Jurisdiction, 27 September 2001.

⁴⁹⁸ *Autopista Concesionada de Venezuela v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5, Decision on Jurisdiction, 27 September 2001, paras. 113 ff.

⁴⁹⁹ *National Gas S.A.E. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/11/7, Award, 3 April 2014, para. 131.

der Zuständigkeit des ICSID darstellt.⁵⁰⁰ Dies wäre beispielsweise dann der Fall, wenn das Kontrollübereinkommen Kontrolle bei einer Gesellschaft mit einer Mitgliedstaatszugehörigkeit der ICSID-Konvention vorsieht, Kontrolle aber tatsächlich durch eine Gesellschaft ausgeübt wird, deren Staatszugehörigkeit keinen Zugang zur ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit vermittelt.

Daher hat selbst bei einem Kontrollübereinkommen immer auch eine objektive Bestimmung zu erfolgen. Dies ergibt sich zudem bereits aus dem Kausalzusammenhang zwischen dem Kontrollübereinkommen und dem Vorliegen von Kontrolle im Wortlaut⁵⁰¹ der ICSID-Konvention.⁵⁰² Darüberhinaus ist das Bestehen von Kontrolle ein sachliches Kriterium, das allein objektiv durch die Schiedsgerichte bestimmt werden kann.⁵⁰³

Diese Ansicht wird gestützt durch die Entscheidung des Schiedsgerichts in *Vacuum Salt v. Republic of Ghana*⁵⁰⁴. In dieser Entscheidung lag ein Kontrollübereinkommen vor, in dem die Parteien vereinbart hatten, dass *Vacuum Salt*, eine im Gaststaat inkorporierte Gesellschaft, wegen der von ausländischen Interessen über sie ausgeübten Kontrolle, als staatszugehörige Gesellschaft eines anderen Vertragsstaats im Sinne der ICSID-Konvention zu betrachten sei. Dieses Kontrollübereinkommen wertete das Schiedsgericht zwar als starkes Indiz für das Vorliegen von Kontrolle; es hielt jedoch auch fest, dass das tatsächliche Bestehen von Kontrolle durch objektive Kriterien unterstützt werden müsse.⁵⁰⁵

Demnach hat die Bestimmung von Kontrolle objektiv durch das jeweilige Schiedsgericht zu erfolgen. Eine allein subjektive Bestimmung ist abzulehnen, da der Norminhalt der ICSID-Konvention nicht durch eine Vereinbarung der Parteien abbedungen werden kann.⁵⁰⁶ Dieser Ansicht folgten mehrere Schiedsgerichte, indem sie das tatsächliche Bestehen von Kontrolle

⁵⁰⁰ Williams, in: *The Oxford Handbook of International Investment Law*, S. 871; Brosches, RdC, Vol.136 (1972 II), S. 361; Amerasinghe, in: *International Arbitration in the 21st Century*, S. 232; *National Gas S.A.E. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/11/7, Award, 3 April 2014, para. 136.

⁵⁰¹ Der Wortlaut der ICSID-Konvention besagt, dass die Staaten ein Übereinkommen treffen können, das juristische Personen wegen ausländischer Kontrolle („*because of foreign control*“) als Zugehörige eines anderen Vertragsstaates betrachtet.

⁵⁰² Schreuer, *The ICSID Convention*, Art. 25, Rn. 813; *National Gas S.A.E. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/11/7, Award, 3 April 2014, para. 133.

⁵⁰³ Amerasinghe, 47 BYIL 1975, S. 264.

⁵⁰⁴ *Vacuum Salt Products Limited v. Republic of Ghana*, Case No. ARB/92/1, Award, 16 February 1994.

⁵⁰⁵ *Vacuum Salt Products Limited v. Republic of Ghana*, para. 36.

⁵⁰⁶ Williams, in: *The Oxford Handbook of International Investment Law*, S. 871.

und die Staatszugehörigkeit des Kontrollinhabers bei im Gaststaat inkorporierten Gesellschaften anhand objektiver Kriterien überprüfen.⁵⁰⁷

c) Bewertung

Auf Grund des *party autonomy*-Grundsatzes kommt einem Kontrollübereinkommen Indizwirkung zu. Jedoch muss zudem eine objektive Bestimmung durch die Schiedsgerichte erfolgen, um zu vermeiden, dass ein Verstoß gegen den Sinn und Zweck der ICSID-Konvention gegeben ist.

Alleine eine objektive Bestimmung von Kontrolle entspricht dem Sinn und Zweck der ICSID-Konvention, da diese eigene Zuständigkeitsvoraussetzungen aufstellt, die nicht von den Parteien abbedungen werden können. Damit wäre es unvereinbar, wenn die Parteien das Vorliegen der einzelnen Voraussetzungen selbst festlegen und damit die Zuständigkeit des ICSID erweitern könnten, wenn diese tatsächlich nicht gegeben ist.

2. Direkte oder indirekte Bestimmung von Kontrolle

Ein Investor kann Kontrolle direkt oder indirekt innehaben. Direkte Kontrolle besitzt derjenige Investor, der die Gesellschaft unmittelbar kontrolliert. Indirekt kann Kontrolle auch über die unmittelbare Gesellschaft hinaus ausgeübt werden (beispielsweise bei langen Konzernketten durch jede weitere Tochtergesellschaft sowie durch die Muttergesellschaft). Dies bedeutet, dass bei einer indirekten Bestimmung von Kontrolle der klagende Investor zwar keine unmittelbare Kontrolle über die Investition hat, er diese aber mittelbar über eine oder mehrere weitere Gesellschaften ausübt.⁵⁰⁸

⁵⁰⁷ TSA Spectrum of Argentina S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/05/5, Award, 19 December 2008, para. 141; Tanzania Electric Supply Company Limited v. Independent Power Tanzania Limited, ICSID Case No. ARB/98/8, Final Award, 12 July 2001, para. 13; Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/3, 21 October 2005, paras. 225 ff.; Ioan Micula and others v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 24 September 2008, para. 91; Soabi v. Senegal, ICSID Case No. ARB/82/1, Decision on Jurisdiction, 1 August 1984, paras. 35 ff.; Letco v. Liberia, ICISD Case No. ARB/83/2, Decision on Jurisdiction, 24 October 1984, 2 ICSID Reports 352; National Gas S.A.E. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/11/7, Award, 3 April 2014, paras. 128 et seq.

⁵⁰⁸ Douglas, The International Law of Investment Claims, S. 302.

Schiedsgerichte haben bisher keine einheitliche Entscheidungslinie entwickelt, ob Kontrolle direkt oder indirekt ausgeübt werden kann.⁵⁰⁹ Manche sprachen sich für eine direkte, andere hingegen für eine indirekte Bestimmung aus. Im Folgenden wird anhand von Schiedsentscheidungen argumentiert, dass Kontrolle – entgegen der Auffassung mancher Schiedsgerichte – indirekt nach dem endgültigen Kontrollinhaber zu bestimmen ist.

a) Direkte Kontrolle

Bei einer direkten Bestimmung von Kontrolle beurteilt das Schiedsgericht die Staatszugehörigkeit lediglich nach der Gesellschaft auf der nächsthöheren Kontrollebene.

Nach der Auffassung des Schiedsgerichts in *Amco v. Indonesia*⁵¹⁰ ist Kontrolle ausschließlich direkt zu bestimmen. Es stehe nicht im Einklang mit der ICSID-Konvention, die Staatszugehörigkeit nach dem indirekten Kontrollinhaber über die zweite, dritte und möglicherweise vierte Kontrollebene hinaus zu ermitteln. Das Konzept der Staatszugehörigkeit der ICSID-Konvention sei ein klassisches, das auf dem Recht, nach dem die Gesellschaft gegründet wurde, und dem Sitz der Gesellschaft basiere. Eine indirekte Bestimmung von Kontrolle stehe im Widerspruch zu diesem klassischen Konzept.⁵¹¹

Folglich stellte das Schiedsgericht allein auf die direkte Kontrolle ausübenden Gesellschaft ab und wies die Suche nach dem endgültigen Kontrollinhaber zurück.

b) Indirekte Kontrolle

Gegen eine allein direkte Bestimmung von Kontrolle spricht jedoch insbesondere, dass hierbei die tatsächlichen Kontrollverhältnisse nicht wiedergegeben werden.

Bei einer indirekten Bestimmung, ist das Schiedsgericht für die Ermittlung von Kontrolle nicht an die Staatszugehörigkeit der Gesellschaft in der nächsthöheren Ebene gebunden,

⁵⁰⁹ Baumgartner, *Treaty Shopping in International Investment Law*, S. 127.

⁵¹⁰ *Amco Asia Corp. and Others v. Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Jurisdiction, 25 September 1983.

⁵¹¹ *Amco Asia Corp. and Others v. Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Jurisdiction, 25 September 1983, para. 14.

sondern kann diese anhand der tatsächlichen Kontrollverhältnisse innerhalb der Konzernstruktur bestimmen.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist eine indirekte Bestimmung folgerichtig, da diese eine Bestimmung der Staatszugehörigkeit nach dem endgültigen Kontrollinhaber ermöglicht. Die Kontrolltheorie kann ihre Korrektivfunktion nur dann entfalten, wenn die Staatszugehörigkeit der Gesellschaft nach dem endgültigen Kontrollinhaber bestimmt wird, dessen Staatszugehörigkeit sich bei Strukturierungskonstellationen grundsätzlich nicht ändert.⁵¹²

(1) Argumente für eine indirekte Bestimmung von Kontrolle

Abgesehen von den oben dargelegten Erwägungen, entspricht eine indirekte Bestimmung von Kontrolle den tatsächlichen Kontrollverhältnissen. Investitionen werden häufig durch komplexe Gesellschaftsstrukturen – vielfach aus steuerlichen Gründen – getätigt, in denen Kontrolle selten in Hand der verschiedenen Tochtergesellschaften innerhalb der Konzernkette liegt.

Zudem entspricht eine indirekte Bestimmung von Kontrolle dem Sinn und Zweck der ICSID-Konvention, da diese einen Ausgleich der Interessen von Gaststaaten und Investoren fordert. So kann der Gaststaat verlangen, dass die Investition durch eine inländische Gesellschaft getätigt wird. Der Investor muss wiederum die Möglichkeit haben, die Investition nach seinen Vorstellungen zu strukturieren und Kontrolle auch indirekt auszuüben.

In der Schiedsrechtsprechung findet sich ebenfalls eine indirekte Determinierung von Kontrolle. So bestimmte bereits im Jahr 1984 das Schiedsgericht in *Soabi v. Senegal* die Kontrolle über eine im Gaststaat inkorporierte Gesellschaft indirekt.⁵¹³ Die im Gaststaat inkorporierte Gesellschaft wurde direkt durch eine Gesellschaft aus Panama kontrolliert, über die jedoch wiederum Kontrolle durch belgische Interessen ausgeübt wurde. Damit lag bei Annahme von direkter Kontrolle panamaische und bei indirekter Kontrolle belgische Staatszugehörigkeit vor. Das Schiedsgericht stellte fest, dass die im Gaststaat inkorporierte Gesellschaft die belgische Staatszugehörigkeit besitze, da die ICSID-Konvention die Bestimmung der Staatszugehörigkeit nach der indirekten Kontrolle gestatte. Zwar konnte das

⁵¹² Zu den Strukturierungskonstellationen siehe oben im 2. Kapitel unter B. III.

⁵¹³ *Soabi v. Senegal*, ICSID Case No. ARB/82/1, Decision on Jurisdiction, 1 August 1984, paras. 35, 37.

Schiedsgericht in *Soabi v. Senegal* seine Zuständigkeit nur über die indirekte belgische Kontrolle begründen, da Panama zum Zeitpunkt der Entscheidung kein Vertragsstaat der ICSID-Konvention war; jedoch ist ungeachtet dessen eine indirekte Bestimmung von Kontrolle zu befürworten.

Zudem bestimmen IIA, wie der ECT, Kontrolle indirekt. Aus dem *Understanding* zu Art. 1(6) ECT ergibt sich, dass Kontrolle im Sinne von Art. 17 ECT direkte und indirekte Kontrolle umfasst.⁵¹⁴ Das *Understanding* legt fest, wann eine Investition von einem Investor kontrolliert wird und beschreibt, dass diese direkt sowie indirekt ausgeübt werden kann: „[...] *whether an Investment made in the Area of one Contracting Party is controlled, **directly or indirectly**, by an Investor of any other Contracting Party [...]*“.⁵¹⁵ Zudem wird vertreten, dass bei einer fehlenden Definition im IIA angenommen werden kann, dass Investitionen indirekt gehalten werden können.⁵¹⁶

(2) Level von Kontrolle

Bei der Zulassung der indirekten Bestimmung von Kontrolle stellt sich jedoch das Folgeproblem, wie viele Kontrollschichten innerhalb einer Konzernstruktur die Schiedsgerichte durchdringen müssen, um die Staatszugehörigkeit der kontrollierenden Gesellschaft zu bestimmen. Grundsätzlich steht allen indirekte Kontrolle ausübenden Gesellschaften innerhalb einer Konzernkette ein Klagerecht gegen den Gaststaat zu.⁵¹⁷ Bei Zulassung von Klagen aufgrund von indirekter Kontrolle besteht daher die Gefahr einer auf demselben Sachverhalt basierenden Klagewelle.⁵¹⁸

Eine solche Klagewelle und widersprüchliche Schiedsentscheidungen gilt es zu vermeiden. Dass diese Gefahr besteht, veranschaulichen die *Lauder*-Klagen: einmal durch den endgültigen Kontrollinhaber Herrn Lauder persönlich und einmal durch eine von ihm innerhalb der Konzernkette kontrollierte Gesellschaft, CME, gegen die Tschechische Republik vor zwei verschiedenen Schiedsgerichten. Die beiden Schiedsgerichte gelangten

⁵¹⁴ ECT, *Understanding* zu Artikel 1(6) ECT, S. 19,

https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/itre/dv/energy_charter_/energy_charter_en.pdf (zuletzt besucht am 10.11.2021); Sinclair, TDM 2(5), November 2005, S. 2.

⁵¹⁵ *Understanding* zu Artikel 1(6) ECT (Hervorhebung hinzugefügt).

⁵¹⁶ Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties*, S. 160.

⁵¹⁷ Vorausgesetzt, dass der Gaststaat BITs mit allen Staaten, aus denen die indirekte Kontrolle ausgeübt wird, besitzt - siehe Valasek/Dumberry, 26(1) ICSID Review, S. 71; Eichberger, AVR 58(3), S. 315.

⁵¹⁸ Eichberger, AVR 58(3), S. 315.

angesichts desselben Sachverhalts zu sich fundamental widersprechenden Entscheidungen: Ein Schiedsgericht entschied, dass die tschechische Republik nicht gegen den betreffenden BIT verstoßen hatte, während das andere Schiedsgericht einen Verstoß bejahte.⁵¹⁹

Zur Lösung dieser Problematik bestehen grundsätzlich zwei Möglichkeiten: Die Kontrollkette nach Vorliegen der Zuständigkeitsvoraussetzungen zu unterbrechen (unter (a)), oder die Kontrollkette bis zum endgültigen Kontrollinhaber zu verfolgen (unter (b)).

(a) Unterbrechung der Kontrollkette bei Vorliegen der Zuständigkeitsvoraussetzungen

Es wird vertreten, dass bei der indirekten Bestimmung an einer bestimmten Stelle einer Kontrollkette ein Abbruch erfolgen muss, da ansonsten die klagende juristische Person lediglich einen entfernten Bezug zu der betroffenen Gesellschaft aufweisen würde.⁵²⁰ Dieser *cut-off point*⁵²¹ ist jedoch schwer zu bestimmen und zudem kann dennoch eine Vielzahl von indirekte Kontrolle ausübenden Gesellschaften einen Anspruch gegenüber dem Gaststaat geltend machen.

Nach Ansicht des Schiedsgerichts in *Soabi v. Senegal*⁵²², muss der Abbruch dann erfolgen, wenn die Staatszugehörigkeit eines ICSID-Vertragsstaats gegeben ist. Es bestehe nämlich kein Grund, weiter als notwendig nach dem Vorliegen von Kontrolle zu suchen. Damit stünde auch nur einer Gesellschaft innerhalb einer Konzernkette ein Klagerecht zu.⁵²³

(b) Endgültiger Kontrollinhaber

Nach der hier vertretenen Ansicht hat die Bestimmung von Kontrolle indirekt nach dem endgültigen Kontrollinhaber zu erfolgen. Nur der endgültige Kontrollinhaber ist als originärer Investor unter einem IIA schutzwürdig. Zudem kann bei der Bestimmung von Kontrolle nach

⁵¹⁹ CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, 13 September 2001; Ronald S. Lauder v. The Czech Republic, UNCITRAL, Award, 3 September 2001; CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic, UNCITRAL, Award, 14 March 2003; Douglas, *The International Law of Investment Claims*, S. 308; Peterson, *The Royal Institute of International Affairs, Briefing Paper No.10*, 2004, S. 6; Subedi, *International Investment Law*, S. 61, 173.

⁵²⁰ Enron v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, 14 January 2004, para. 52.

⁵²¹ Enron v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, 14 January 2004, para. 52.

⁵²² *Soabi v. Senegal*, ICSID Case No. ARB/82/1, Decision on Jurisdiction, 1 August 1984.

⁵²³ *Soabi v. Senegal*, ICSID Case No. ARB/82/1, Decision on Jurisdiction, 1 August 1984, para. 35.

dem endgültigen Kontrollinhaber eine Klagewelle vermieden werden, da nur diesem ein Klagerecht zuerkannt wird.

Diese Ansicht findet Unterstützung in der Schiedsrechtsprechung, insbesondere auch dann, wenn die indirekte Bestimmung von Kontrolle nach dem endgültigen Kontrollinhaber zur Ablehnung der Zuständigkeit führt. So ermittelte das Schiedsgericht in *TSA Spectrum v. Argentina* Kontrolle indirekt, um die „real source“⁵²⁴ von Kontrolle zu bestimmen. Auch das Schiedsgericht in *Venoklim Holding v. Venezuela* bestimmte das Vorliegen von Kontrolle nach dem endgültigen Kontrollinhaber.⁵²⁵ Das Schiedsgericht forderte die Parteien in der mündlichen Verhandlung auf, den endgültigen Kontrollinhaber der klagenden Gesellschaft anzugeben.⁵²⁶ Diese offengelegte Tatsache berücksichtigte das Schiedsgericht dann in seiner Entscheidung und versagte seine Zuständigkeit, nachdem feststand, dass die endgültige Kontrolle bei einem Staatsangehörigen des beklagten Staates lag. In *National Gas SAE v Egypt* stellte das Schiedsgericht ebenfalls auf den endgültigen Kontrollinhaber ab. Die im Gaststaat inkorporierte Gesellschaft wurde zwar in den beiden höheren Ebenen von ausländischen Gesellschaften gehalten, die endgültige Kontrolle lag jedoch bei einem ägyptischen Staatsangehörigen. Das Schiedsgericht stellte auf dessen Staatsangehörigkeit ab und versagte seine Zuständigkeit, da keine ausländische Kontrolle gegeben sei.⁵²⁷

Für die indirekte Bestimmung von Kontrolle nach dem endgültigen Kontrollinhaber spricht zudem, dass dadurch Missbräuche des Investitionsschutzrechts durch Anwendung der Kontrolltheorie als Korrektiv verhindert werden können.⁵²⁸ Andernfalls bestünde die Gefahr, dass auf Grund von purem Formalismus die tatsächlichen Kontrollverhältnisse ausgeblendet und gegen den Sinn und Zweck der ICSID-Konvention verstoßen wird. Die Legitimität des ICSID-Systems kann gewährleistet werden, indem es Investoren versagt wird, gegen ihren eigenen Staat unter der Ägide des ICSID zu klagen oder sich missbräuchlich Zugang zum investitionsrechtlichen Schutzsystem zu verschaffen.⁵²⁹

⁵²⁴ *TSA Spectrum of Argentina S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/05/5, Award, 19 December 2008, para. 152.

⁵²⁵ *Venoklim Holding B.V. v. Republica Bolivariana de Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/22, Award, 3 April 2015, para. 143.

⁵²⁶ *Venoklim Holding B.V. v. Republica Bolivariana de Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/22, Award, 3 April 2015, para. 143.

⁵²⁷ *National Gas S.A.E. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/11/7, Award, 3 April 2014, paras. 144 et seq.

⁵²⁸ Schreuer, *The ICSID Convention*, Art. 25, Rn. 849.

⁵²⁹ *Venoklim Holding B.V. v. Republica Bolivariana de Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/22, Award, 3 April 2015, paras. 154, 156.

(3) Offenlegung des endgültigen Kontrollinhabers

Grundsätzlich hat jede Partei die für sie günstigen Tatsachen im Schiedsverfahren zu beweisen.⁵³⁰ Folglich obliegt es vorerst der klagenden Partei, die Voraussetzungen für das Bestehen der Zuständigkeit darzulegen.

In Schiedsverfahren können die Parteien grundsätzlich entscheiden, inwieweit Dokumente offengelegt werden sollen. Nur falls die Parteien keine solche Entscheidung getroffen haben, obliegt es dem Schiedsgericht festzulegen, in welchem Umfang die Parteien relevante Dokumente offenlegen müssen. Hierbei orientieren sich Schiedsgerichte häufig an den international anerkannten IBA-Regeln zur Beweisaufnahme in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit (nachfolgend „IBA-Regeln“). Nach Art. 3 (1) IBA-Regeln hat *„jede Partei [...] innerhalb der vom Schiedsgericht bestimmten Frist dem Schiedsgericht und den anderen Parteien sämtliche Dokumente einzureichen, auf die sie sich stützt und über die sie verfügt“*⁵³¹. Zudem haben Schiedsgerichte unter der ICSID-Konvention grundsätzlich ebenfalls das Recht, Parteien zur Vorlage von Dokumenten aufzufordern.⁵³²

Nachdem das Schiedsgericht von einer Partei verlangen kann, bestimmte Dokumente vorzulegen, kann es folglich die klagende Partei grundsätzlich auffordern, anhand der von ihr zu erbringenden Dokumente nachzuweisen, dass sie die endgültige Kontrolle über die klagende Gesellschaft innehat.

c) Bewertung

Die direkte Bestimmung von Kontrolle ist nicht umstritten, jedoch sprechen die besseren Gründe für eine zusätzliche indirekte Bestimmung durch die Schiedsgerichte – vor allem der Sinn und Zweck der ICSID-Konvention und die Möglichkeit, die Staatszugehörigkeit der Gesellschaft nach dem endgültigen Kontrollinhaber zu bestimmen. Bei Anwendung der

⁵³⁰ Blackaby/Partasides, *International Arbitration*, Rn. 6.85; Bothe, *Die ‚Corruption Defence‘ des Gaststaats in internationalen Investitionsschiedsverfahren*, S. 212-213; siehe auch oben unter 2. Kapitel, B. IV.4.

⁵³¹ Art. 3 (1) IBA-Regeln.

⁵³² Siehe Art. 43(a) ICSID-Konvention – *“Except as the parties otherwise agree, the Tribunal may, if it deems it necessary at any stage of the proceedings, (a) call upon the parties to produce documents or other evidence, and [...]”*.

Kontrolltheorie als Korrektiv ist die indirekte Bestimmung von Kontrolle durch den endgültigen Kontrollinhaber folgerichtig. Eine Gefahr von Klagewellen kann dadurch ebenfalls vermieden werden.

Zudem haben die Schiedsgerichte den endgültigen Kontrollinhaber nicht selbst zu ermitteln. Sie sind grundsätzlich befugt, den klagenden Investor aufzufordern, den Nachweis zu erbringen, dass diesem die endgültige Kontrolle über die Gesellschaft zusteht.

II. Form und Umfang von Kontrolle

Nachdem festgestellt wurde, auf welche Art und Weise Kontrolle bestimmt wird, ist zu untersuchen, nach welchen Kriterien das Bestehen von Kontrolle festgestellt wird. Form und Umfang der erforderlichen Kontrolle können formal oder material bestimmt werden. Kontrolle kann daher entweder bei Halten einer prozentual festgelegten Anteilshöhe oder bei einem bestimmenden Einfluss auf die Gesellschaft vorliegen.⁵³³

Der folgende Abschnitt stellt die einzelnen Kriterien dar, die zur Bestimmung der Form und des Umfangs von Kontrolle herangezogen werden, und arbeitet heraus, ob sich eine klare Linie der Schiedsrechtsprechung zum Vorliegen von Kontrolle erkennen lässt. Dabei wird auf die Bestimmung durch ICSID-Schiedsgerichte (unter 1.), das Iran-U.S. Claims Tribunal (unter 2.) und im Anschluss auf einen Vergleich mit anderen Rechtsgebieten (unter 3.) eingegangen.

1. Bestimmung durch ICSID-Schiedsgerichte

Von ICSID-Schiedsgerichten wurden unterschiedliche Anforderungen an die Form und den Umfang von Kontrolle aufgestellt. Hierbei wurde vertreten, dass entweder tatsächliche (materiale) oder rechtliche (formale) Kontrolle zur Begründung eines kontrollierenden Einflusses gegeben sein muss. Daneben wurde vorgebracht, dass jede Form von Kontrolle akzeptiert werden sollte, nach der die Zuständigkeit des ICSID begründet werden kann.⁵³⁴

⁵³³ Schreuer, The ICSID Convention, Art. 25, Rn. 850; Vandeveld, Bilateral Investment Treaties, S. 160.

⁵³⁴ Schreuer, The ICSID Convention, Art. 25, Rn. 838.

a) Historische Ausgangssituation

Die Verfasser der ICSID-Konvention waren der Ansicht, dass formale Kontrolle und damit das Halten der Mehrheit der Anteile an einer Gesellschaft, nicht automatisch zu Kontrolle i.S.d. ICSID-Konvention führt. Vielmehr seien im Rahmen der komplexen Bestimmung von Kontrolle verschiedene Kriterien, wie Kapitalbeteiligung, Stimmrechte, die Möglichkeit, wichtige Entscheidungen der Gesellschaft zu blockieren, und die Teilnahme am Management der Gesellschaft, zu berücksichtigen. Nur eine umfassende Betrachtung könne ein verlässliches Bild von Kontrolle abgeben.⁵³⁵

Demnach entspricht ein materialer Ansatz, bei dem es nicht allein auf das Halten der Mehrheit der Anteile an einer Gesellschaft ankommt, dem Sinn und Zweck der ICSID-Konvention. Dies folgt daraus, dass die Verfasser der ICISD-Konvention den Staaten einen weiten Spielraum zur Bestimmung von Kontrolle in ihrem BIT überlassen wollten, solange diese Definition nicht gegen den Sinn und Zweck der ICSID-Konvention verstößt.

b) Formale Bestimmung – rechtliche Kontrolle

Grundsätzlich wird heutzutage ein formaler Ansatz befürwortet, der Kontrolle beim Halten einer Mehrheit der Anteile einer Gesellschaft annimmt.⁵³⁶ Das Vorliegen von rechtlicher Kontrolle bestimmt sich daher bei einer formalen Betrachtung allein nach dem Eigentum an der Gesellschaft.

Hauptvorteile dieser Bestimmung sind, dass es auf eine Einzelfallbetrachtung nicht ankommt, und die generell einfache Nachweisbarkeit. Nach der formalen Bestimmung kann bei Halten von mehr als 50% der Anteile an einer Gesellschaft von Kontrolle ausgegangen werden. So bestimmt die *OECD Benchmark Definition of Foreign Investment* Kontrolle formal bei Halten von „*more than 50% of the capital*“⁵³⁷. Jedoch ist die Festlegung eines zahlenmäßig

⁵³⁵ ICSID History, Vol. II, S. 447 ff., 538, 581.

⁵³⁶ Rahmani, I.C.C.L.R., Vol. 23(1), 2012, S. 14 ff.; Amerasinghe, International Arbitral Jurisdiction, S. 215; Vandeveld, Bilateral Investment Treaties, S. 160; Moreland, 9 Currents Int'l Trade L.J., 2000, S. 19; Sabahi/Rubins/Wallace, Investor-State Arbitration, S. 386; Astorga, The Nationality of Juridical Persons, S. 437; Acconi, JWIT, Vol.5(1), 2004, S. 141; Eichberger, AVR 58(3), S. 314-315.

⁵³⁷ OECD Benchmark Definition on Foreign Investment (Draft) – 4th Edition, DAF/INV/STAT(2006)2/Rev.3, 2007.

bestimmten prozentualen Anteils an Stimmrechten zum Nachweis von Kontrolle schwierig. So kann Kontrolle bereits bei Halten von 30% der Anteile bei Aktiengesellschaften vorliegen, da damit in der Regel eine Stimmenmehrheit in der Hauptversammlung einhergeht. Formaler Kontrolle kommt daher zumindest Indizwirkung zu; inwieweit aber in diesem Fall Kontrolle tatsächlich vorliegt, lässt sich nur im Rahmen einer materialen Bestimmung beurteilen.

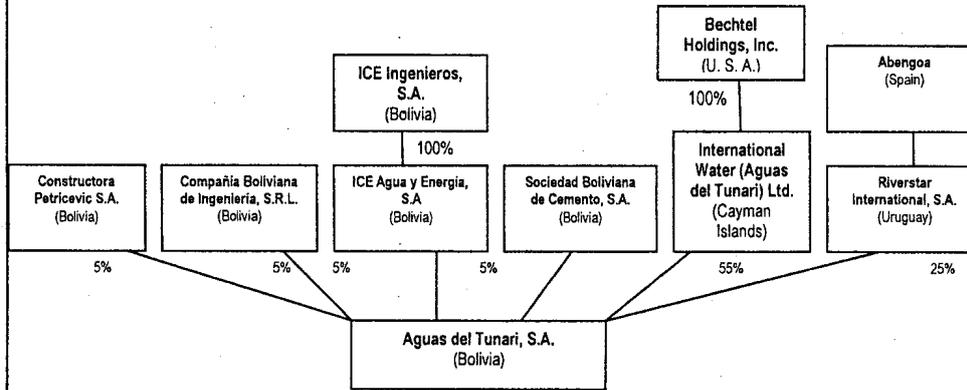
In *Aguas del Tunari v. Bolivia*⁵³⁸ setzte sich das Schiedsgericht mit der Thematik auseinander, ob Kontrolle über die rechtliche Möglichkeit der Kontrollausübung oder über das tatsächliche Vorliegen von Kontrolle begründet wird. Für das Verständnis dieser Entscheidung ist die Konzernstruktur oberhalb der im Inland inkorporierten Gesellschaft von Bedeutung. Die Investition wurde durch die inländische Gesellschaft *Aguas del Tunari* (AdT) getätigt, die nur zu diesem Zweck gegründet wurde. Die Konzernstruktur oberhalb von AdT änderte sich gravierend, nachdem vorhersehbar wurde, dass sich Probleme mit der Investition ergeben könnten, denn nach der ursprünglichen Konzernstruktur war kein Schutz durch ein IIA gegeben. Erst durch die Übertragung der Anteile von AdT an eine niederländische Gesellschaft, eine in die Konzernstruktur eingefügte Tochtergesellschaft der amerikanischen Muttergesellschaft Bechtel, wurde die Anwendbarkeit des Niederlande-Bolivien-BIT eröffnet und der Weg zur Zuständigkeit des ICSID bereitet. Die Änderung der Konzernstruktur lässt sich mit diesen beiden Diagrammen nachvollziehen⁵³⁹:

⁵³⁸ *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/3, 21 October 2005.

⁵³⁹ Beide Diagramme sind in der Entscheidung *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia* unter para. 61 zu finden; AdT wurde ursprünglich zu 20% von bolivianischen Gesellschaften, zu 25% von Riverstar International S.A. of Uruguay, die von einer spanischen Gesellschaft kontrolliert wurde, und zu 55% von International Water Ltd. gehalten, einer Gesellschaft inkorporiert in den Cayman Islands, die wiederum vollständig von Ben IWL Holdings U.S. Inc. gehalten wurde, die zu Bechtel Enterprise Holding gehört.

Figure 1
AdT's ownership structure in
September, 1999.

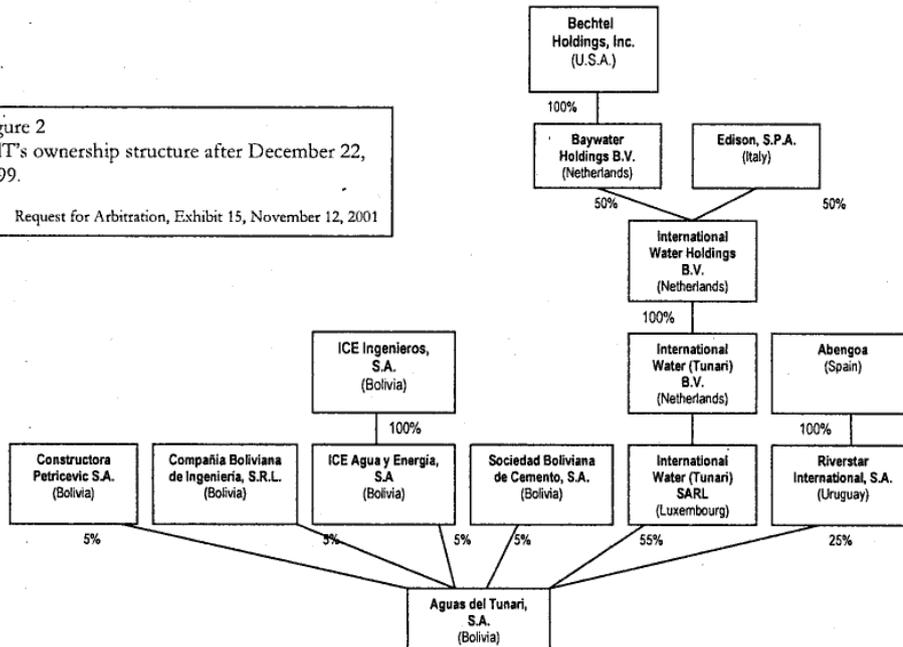
Republic of Bolivia's Reply to Claimant's
Response.
February 5, 2003, p. 8, paragraph 3.4



Oben ist die Konzernstruktur vor der Umstrukturierung und unten nach der erfolgten Übertragung der Anteile abgebildet.

Figure 2
AdT's ownership structure after December 22,
1999.

Request for Arbitration, Exhibit 15, November 12, 2001



Gerade bei diesem Sachverhalt war es folglich von Bedeutung, ob auf die tatsächliche oder die rechtliche Kontrolle abgestellt wird. Die endgültige und tatsächliche Kontrolle über die im Inland inkorporierte Gesellschaft übte *Bechtel* aus, eine amerikanische Gesellschaft.⁵⁴⁰ Die rechtliche Möglichkeit zur Kontrolle wiederum bestand bereits bei den Tochtergesellschaften *International Water SARL* und *International Water B.V.* Demnach würde nur bei einer formalen Bestimmung von Kontrolle der Schutz des Niederlande-Bolivien-BITs bestehen.

Das Schiedsgericht entschied, dass Kontrolle gegeben sei, wenn die rechtliche Möglichkeit zur Kontrolle bestehe. Kontrolle ergebe sich somit allein aus dem Anteilsbesitz und das Halten einer Anteilsmehrheit begründe somit notwendig ihr Vorliegen.⁵⁴¹

Jedoch berücksichtigte die Entscheidung auch, dass bei einem Minderheitsanteilsinhaber Kontrolle material bestimmt werden kann. Dies ist auch folgerichtig, denn ein Anteilsinhaber kann, wie bereits oben dargelegt, „*by reason of the percentage of shares held, legal right conveyed in instruments or agreements such as the articles of incorporation or shareholders' agreements, or a combination of these*“⁵⁴² eine bestimmende Einflussnahme auf die Gesellschaft ausüben.

c) Materiale Bestimmung – tatsächliche Kontrolle

Entscheidend für das Vorliegen von tatsächlicher Kontrolle bei materialer Betrachtung ist, dass ein bestimmender Einfluss auf die Gesellschaft ausgeübt wird. Hierbei ist es unerheblich, auf welche Art und Weise dies erfolgt. Die Beurteilung wird anhand der Umstände des Einzelfalls vorgenommen und gibt daher die tatsächlichen Kontrollverhältnisse wieder.

(1) Argumente für eine materiale Bestimmung von Kontrolle

Die materiale Bestimmung entspricht der wirtschaftlichen Realität. In der internationalen Geschäftswelt wird Kontrolle über ein Unternehmen häufig nicht allein durch Mehrheitsstimmrechte in der Hauptversammlung ausgeübt. Kontrolle kann sich vielmehr

⁵⁴⁰ *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*, para. 209.

⁵⁴¹ *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*, para. 310.

⁵⁴² *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*, para. 264 (Hervorhebung hinzugefügt).

auch durch andere Einflussmöglichkeiten, vor allem wirtschaftlicher Art, ergeben.⁵⁴³ Entscheidend ist hierbei, ob der Kontrollinhaber die Fähigkeit hat, das Schicksal der Gesellschaft zu bestimmen.⁵⁴⁴ Daneben haben in Konzernstrukturen häufig zwischengeschaltete Gesellschaften die rechtliche Kontrolle inne. Diesen Zwischengesellschaften kommen aber keine tatsächlichen Kontrollrechte zu – diese verbleiben bei dem endgültigen Kontrollinhaber.

Zudem kann bei einer materialen Bestimmung eine Abgrenzung zwischen Portfolioinvestitionen und Direktinvestitionen erfolgen. Portfolioinvestitionen sind passive Investitionen, wie bloße Kapitalbeteiligungen, die alleine zur Gewinnerzielung getätigt werden.⁵⁴⁵ Zudem haben Portfolioinvestitionen grundsätzlich keinen langfristigen Charakter, da diese jederzeit abgezogen werden können; es wird keine Beziehung zum Gaststaat aufgebaut, der Investor hat weder eine längerfristige Anwesenheit im Gaststaat noch übt er die Kontrolle über die Investition aus.⁵⁴⁶ Daher wird bei Portfolioinvestitionen trotz einer etwaigen Anteilsmehrheit die Schwelle der bestimmenden Einflussnahme nicht erreicht. Bei Direktinvestitionen hingegen wird gerade ein Kontrollerwerb angestrebt. Eine formale Bestimmung könnte eine Abgrenzung zwischen diesen beiden Investitionsarten nicht vornehmen, da lediglich auf die Anteilsmehrheit und nicht die bestimmende Einflussnahme abgestellt wird.

Auch in der Schiedsrechtsprechung wurde bei Minderheitsbeteiligungen sowie bei anderweitigen Zweifeln an Kontrolle auf eine materiale Bestimmung abgestellt, da nur diese das Vorliegen von tatsächlicher Kontrolle (*actual control*) nachweist.⁵⁴⁷

Folglich können bei einer materialen Bestimmung Missbräuche durch eine Anwendung der Kontrolltheorie als Korrektiv verhindert werden. Indem die Staatszugehörigkeit nach dem endgültigen Kontrollinhaber bestimmt wird, dem die tatsächliche Kontrolle zusteht, kann

⁵⁴³ International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, UNCITRAL, Award, 26 January 2006, para. 108.

⁵⁴⁴ Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia, para. 209.

⁵⁴⁵ Concept Paper on the Definition of Investment, WT/WGTA/W115, 16. April 2002, para. 14, https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=77835,49459,65446,33156,32860,45399,84274,2977,4030,28280&CurrentCatalogueIdIndex=2&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True (zuletzt besucht am 10.11.2021).

⁵⁴⁶ Sornarajah, The International Law on Foreign Investment, S. 390 ff.

⁵⁴⁷ Caratube International Oil Company LLP v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/08/12, Award, 5 June 2012, paras. 382, 407.

weder durch das *treaty shopping* eine neue Staatszugehörigkeit erlangt noch eine Klage von Staatsangehörigen gegen ihren Heimatstaat erhoben werden.⁵⁴⁸

Für die Begründung von Kontrolle muss daher mehr als Anteilsbesitz und damit lediglich rechtliche Kontrolle gegeben sein.⁵⁴⁹ Das Vorliegen von rechtlicher Kontrolle – ab einem Halten von 30 % der Anteile – kann jedoch ein Indiz darstellen.

(2) Kriterien für das Vorliegen von tatsächlicher Kontrolle

Wird Kontrolle material bestimmt, muss anhand von Kriterien festgelegt werden können, wann im Einzelfall ein bestimmender Einfluss auf die Gesellschaft besteht. Ein Schiedsgericht bezeichnete das Vorliegen von tatsächlicher Kontrolle als „[...] *ability to exercise substantial influence over the legal entity's management, operation and selection of members of its board of directors or any other managing body*“⁵⁵⁰.

Das erste Mal befasste sich ein ICSID-Schiedsgericht in *Vacuum Salt v. Republic of Ghana*⁵⁵¹ mit den Kriterien zur Bestimmung von Kontrolle. Es stellte fest, dass Kontrolle auch durch das Halten von lediglich 20% der Anteile an einer Gesellschaft ausgeübt werden kann. Entscheidend sei das tatsächliche Vorliegen von Kontrolle unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls – eine Formel zur Bestimmung von Kontrolle gebe es nicht.⁵⁵²

Die folgende nicht abschließende Aufzählung von Kriterien kann Aufschluss darüber geben, bei Vorliegen welcher Einflussnahmemöglichkeiten im Einzelfall das Bestehen von tatsächlicher Kontrolle angenommen werden kann⁵⁵³:

- Bestehen von Stimmrechten (beispielsweise auch durch einen Aktionärsbindungsvertrag);
- Möglichkeit, wichtige Entscheidungen der Gesellschaft blockieren zu können;
- erheblicher Einfluss auf das Management und den Geschäftsbetrieb;

⁵⁴⁸ Zu der Ergebniskorrektur durch die Kontrolltheorie siehe oben im 2. Kapitel.

⁵⁴⁹ *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*, para. 209.

⁵⁵⁰ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8 February 2005, para. 170.

⁵⁵¹ *Vacuum Salt Products Limited v. Republic of Ghana*, Case No. ARB/92/1, Award, 16 February 1994.

⁵⁵² *Vacuum Salt Products Limited v. Republic of Ghana*, para. 43.

⁵⁵³ Die jeweiligen Kriterien sind nach ihrer Bedeutung aufgeführt, wobei jedoch jedes einzelne Kriterium, im Einzelfall, zum Nachweis einer bestimmenden Einflussnahme geeignet ist.

- erheblicher Einfluss auf die Auswahl des Vorstands und des Aufsichtsrats;
- Häufigkeit der Teilnahme an Vorstandssitzungen;
- Häufigkeit der Überwachung von Handlungen der Gesellschaft;
- finanzielle Unterstützung;
- finanzielles Interesse am Investment;
- Zugang zu Märkten und Kapital.⁵⁵⁴

Diese Aufzählung zeigt, dass Kontrolle material bestimmbar ist. Das Vorliegen der aufgezählten Kriterien kann von einem Investor einfach nachgewiesen werden. Insbesondere da die Kriterien grundsätzlich in keiner Reihenfolge stehen und bereits das Vorliegen eines Kriteriums Kontrolle rechtfertigen kann. Entscheidend ist, dass erheblicher Einfluss auf die Gesellschaft ausgeübt wird.

Nichtsdestotrotz kommt den folgenden vier Kriterien mehr Gewicht für den Nachweis von tatsächlicher Kontrolle zu, da diese geeignet sind das operative Geschäft einer Gesellschaft zu beeinflussen:

- Bestehen von Stimmrechten;
- Möglichkeit, wichtige Entscheidungen der Gesellschaft blockieren zu können;
- erheblicher Einfluss auf das Management und den Geschäftsbetrieb;
- erheblicher Einfluss auf die Auswahl des Vorstands und des Aufsichtsrats.

(3) Gemeinsame Kontrolle mehrerer Anteilsinhaber

Zudem kann tatsächliche Kontrolle auch gemeinsam von mehreren Anteilsinhabern ausgeübt werden. Gemeinsame Kontrolle erfordert einen einvernehmlichen Entscheidungsprozess von zwei oder noch mehr Gesellschaftern. Gemeinsame Kontrolle kann beispielsweise durch

⁵⁵⁴ *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/3, 21 October 2005, para. 264; *Cable Television of Nevis Ltd. and Cable Television of Nevis Holding Ltd. and The Federation of St. Christopher (St. Kitts) and Nevis*, ICSID Case No. ARB/95/2, Award, 16 December 1996, para. 5.19; *Autopista Concesionada de Venezuela v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5, Decision on Jurisdiction, 27 September 2001, para. 65; *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, UNCITRAL, Award, 26 January 2006, para. 108; *Vacuum Salt Products Limited v. Republic of Ghana*, Case No. ARB/92/1, Award, 16 February 1994, para. 43; ECT, Understanding zu Artikel 1(6) ECT, S. 19, https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/itre/dv/energy_charter_/energy_charter_en.pdf (zuletzt besucht am 10.11.2021).

gleichwertige Stimmrechte von zwei Muttergesellschaften an einem Joint Venture oder einer Aktionärsvereinbarung zur gemeinsamen Stimmabgabe begründet werden.⁵⁵⁵

In *Camuzzi International S.A. v. Argentinien* befasste sich das Schiedsgericht mit der Ausübung von gemeinsamer Kontrolle durch Aktionäre, die durch ein *shareholders agreement* miteinander verbunden waren.⁵⁵⁶ Bei mehreren ausländischen Investoren derselben Staatszugehörigkeit sah das Schiedsgericht kein Problem darin, die gemeinsame Kontrolle der Anteilseigner anzuerkennen.⁵⁵⁷ Schwierigkeiten können sich nur in Konstellationen ergeben, in denen die gemeinsame Kontrolle von Investoren mit unterschiedlicher Staatszugehörigkeit ausgeübt wird.⁵⁵⁸ Jedoch kann auch dann gemeinschaftlich ausgeübte Kontrolle angenommen werden.⁵⁵⁹ Dies erfordert jedoch im Rahmen der Ausnahmeregel zu Art. 25(2)(b), dass jeweils eine Staatsangehörigkeit oder Staatszugehörigkeit eines ICSID-Vertragsstaates vorliegt, ansonsten ist die Zuständigkeit eines ICSID-Schiedsgerichts nicht gegeben.

Folglich kann Kontrolle auch gemeinsam von mehreren Anteilseignern ausgeübt werden – vorausgesetzt diese sind bei Klagen unter der Ausnahmeregel zu Art. 25(2)(b) jeweils Staatsangehörige eines ICSID-Vertragsstaates. Das Bestehen der diesbezüglichen Voraussetzungen muss von den klagenden Anteilseignern nachgewiesen werden.

d) Bewertung

Wie sich gezeigt hat, haben ICSID-Schiedsgerichte keine konsequente Linie zu Form und Umfang von Kontrolle entwickelt. Aufgrund von praktischen Erwägungen soll dem Vorliegen von formaler Kontrolle, ab einem Halten von mehr als 30% der Anteile an einer Gesellschaft, eine Indizfunktion zukommen. Jedoch muss Kontrolle beim klagenden Investor tatsächlich bestehen. Diese Bewertung steht im Einklang mit der Verhandlungshistorie der ICSID-Konvention.

⁵⁵⁵ Badia, *Piercing the Veil of State Enterprises in International Arbitration*, S. 120.

⁵⁵⁶ *Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/2, Decision on Objections to Jurisdiction, 11 Mai 2005, paras. 33, 34.

⁵⁵⁷ *Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic*, para. 38.

⁵⁵⁸ *Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic*, para. 39.

⁵⁵⁹ *Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic*, para. 41.

Das Bestehen von tatsächlicher Kontrolle kann anhand der verschiedenen Einflussnahmemöglichkeiten auf eine Gesellschaft nachgewiesen werden. Dabei sind insbesondere die folgenden vier Kriterien maßgeblich, bei denen die Möglichkeit der Einflussnahme auf das operative Geschäft einer Gesellschaft gegeben ist:

- Bestehen von Stimmrechten;
- Möglichkeit, wichtige Entscheidungen der Gesellschaft blockieren zu können;
- erheblicher Einfluss auf das Management und den Geschäftsbetrieb;
- erheblicher Einfluss auf die Auswahl des Vorstands und des Aufsichtsrats.

Eine materiale Bestimmung von Kontrolle ist zudem zur Anwendung der Kontrolltheorie als Korrektiv folgerichtig, da diese das Abstellen auf den endgültigen Kontrollinhaber und damit den originären Investor ermöglicht. Bei einer formalen Bestimmung hingegen würde Kontrolle nicht erst beim endgültigen Kontrollinhaber vorliegen, sondern beispielsweise, abhängig von der Konzernstruktur, bereits bei einer hundertprozentigen Tochtergesellschaft.

2. Bestimmung durch das Iran–U.S. Claims Tribunal

Neben den Entscheidungen der ICSID-Schiedsgerichte können auch aus einigen Entscheidungen des Iran–U.S. Claims Tribunals Erkenntnisse zu der Bestimmung von Kontrolle gewonnen werden.

a) Einführung

Das Iran–U.S. Claims Tribunal wurde gegründet, um Streitigkeiten resultierend aus der Geiselnahme in der amerikanischen Botschaft im Jahr 1979 und dem darauf folgenden Einfrieren von iranischen Vermögensgegenständen durch die Vereinigten Staaten zu entscheiden. Das durch die am 19. Januar 1981 unterzeichnete *Algiers Declaration* eingesetzte Schiedsgericht hatte die Aufgabe, alle sich aus den Verträgen der Vereinigten Staaten mit dem Iran oder zwischen einem der beiden Staaten und einem Staatsangehörigen des anderen Staates ergebenden Streitigkeiten zu entscheiden.⁵⁶⁰ Die von dem Schiedsgericht

⁵⁶⁰ Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht, § 9 Rn. 2.

veröffentlichten Entscheidungen hatten eine hohe Bedeutung für die Entwicklung der Handelsschiedsgerichtsbarkeit. Aufgrund der thematischen Vergleichbarkeit lassen sich die Erwägungen des Schiedsgerichts auf das Investitionsschutzrecht übertragen.

b) Form und Umfang von Kontrolle

In den meisten Entscheidungen des Iran–U.S. Claims Tribunals wurde Kontrolle durch das Halten von mehr als 50% der Anteile an der Gesellschaft nachgewiesen. Zwar wurde festgehalten, dass Kontrolle auch bei einem Halten von weniger als 50% der Anteile bestehen könne, jedoch wurde in keiner Entscheidung das Bestehen von Kontrolle durch einen Minderheitsanteilsinhaber angenommen.⁵⁶¹

In *SEDCO Inc. v. National Iranian Oil Co.*⁵⁶² bestimmte das Schiedsgericht Kontrolle formal anhand der Eigentumsrechte an der Gesellschaft. Tatsächliche Kontrolle sei nur ein Indiz für das Vorliegen von formaler Kontrolle.⁵⁶³ Trotz der Ablehnung von tatsächlicher Kontrolle zeigt diese Entscheidung, dass das Schiedsgericht gewillt war, andere Kriterien als rein formale in Betracht zu ziehen.

In *Bikoff and Eisenpresser v. Islamic Republic of Iran*⁵⁶⁴ behaupteten die Kläger, dass sie Kontrolle durch ihre Minderheitsbeteiligung an der Gesellschaft ausübten. Die Kläger stützten sich dabei auf Vollmachten und Vorstandsbeschlüsse, die auf Kontrolle hindeuteten. Jedoch konnte durch diese Dokumente keine Kontrolle begründet werden, da diese Dokumente widerrufbar waren und daher keine Kontrolle über die Gesellschaft nachgewiesen werden konnte.⁵⁶⁵

⁵⁶¹ Amerasinghe, *International Arbitral Jurisdiction*, S. 215.

⁵⁶² *SEDCO Inc. v. National Iranian Oil Company and The Islamic Republic of Iran*, Award No. ITL 55-129-3, 9 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 248 (Oct. 24, 1985).

⁵⁶³ *SEDCO Inc. v. National Iranian Oil Company and The Islamic Republic of Iran*, Award No. ITL 55-129-3, 9 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 248 (Oct. 24, 1985), S. 259.

⁵⁶⁴ *William Bikoff and George Eisenpresser v. The Islamic Republic of Iran*, Award No. 138-82-2, 7 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 1 (June 22, 1984).

⁵⁶⁵ *William Bikoff and George Eisenpresser v. The Islamic Republic of Iran*, Award No. 138-82-2, 7 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 1 (June 22, 1984), S. 5 ff.

c) Bewertung

Damit stimmen diese Entscheidungen des Iran–U.S. Claims Tribunal mit den ICSID-Entscheidungen im Hinblick auf die Bestimmung von Form und Umfang von Kontrolle insoweit überein, dass Kontrolle nicht allein durch rechtliche (formale) Kontrolle über die Gesellschaft begründet werden kann. Eine materiale Bestimmung kann vorgenommen werden, wobei die tatsächlichen Kriterien Kontrolle dauerhaft und unwiderruflich begründen müssen. Interessant ist, dass das Iran–U.S. Claims Tribunal tatsächliche Kontrolle und nicht rechtliche (formale) Kontrolle, wie von den ICSID-Schiedsgerichten angenommen, als Indiz für das Bestehen von Kontrolle ansah.

3. Bestimmung in anderen Rechtsgebieten

Weitere Rückschlüsse zur Bestimmung von Kontrolle lassen sich durch einen Vergleich mit anderen Rechtsgebieten ziehen. Zwar können die Ergebnisse nicht unmittelbar auf das Investitionsschutzrecht übertragen werden, jedoch geben sie Aufschluss darüber, ob Kontrolle formal oder material bestimmt werden sollte.

a) Formale Bestimmung

(1) Europarecht

Im Europarecht ist Kontrolle zur Determination einer Direktinvestition von Bedeutung, da hier ein Kontrollerwerb durch den Investor erfolgen muss.⁵⁶⁶ Jedoch besteht auch in diesem Zusammenhang keine Einigkeit, ab welcher prozentualen Anteilshöhe Kontrolle ausgeübt wird. In der Rechtssache *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*⁵⁶⁷ wurde ein Kontrollerwerb erst bei Halten von 75% der Anteile angenommen.⁵⁶⁸ Der EuGH hatte zuvor einen beherrschenden Einfluss bereits bei einer Beteiligung von 50% angenommen.⁵⁶⁹ In

⁵⁶⁶ Tietje, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 83, 2009, S. 16.

⁵⁶⁷ EuGH Urt. v. 13.03.2007 - Rs. C-524/04 - Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, Slg. 2007, I-02107.

⁵⁶⁸ EuGH Urt. v. 13.03.2007 - Rs. C-524/04 - Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, Slg. 2007, I-02107, Rn. 29.

⁵⁶⁹ EuGH Urt. v. 12.09.2006 - Rs. C-196/04 - Cadbury Schweppes, Slg. 2006, I-07995, Rn. 31.

einer neueren Entscheidung nahm der EuGH einen Kontrollerwerb bereits bei Halten von 25% der Anteile an.⁵⁷⁰

Daneben verwenden EU-Richtlinien einen formalen Kontrollbegriff. So definiert die Richtlinie 90/435/EWG eine Muttergesellschaft „*als wenigstens jede Gesellschaft [...], die einen Anteil von wenigstens 20% am Kapital einer Gesellschaft eines anderen Mitgliedstaates hält*“. Seit dem 1. Januar 2009 beträgt dieser Mindestanteil 10%.⁵⁷¹

Demnach wird im Europarecht Kontrolle formal bestimmt. Die Spanne der notwendigen Anteilshöhe reicht hierbei aber von 10% bis 75%.

(2) Gesellschaftsrecht

Auch im deutschen Gesellschaftsrecht findet überwiegend eine formale Bestimmung statt. Es besteht aber, ebenso wie im Europarecht, keine Einigkeit darüber, welche Anteilshöhe für das Vorliegen von Kontrolle erforderlich ist. Im deutschen Aktienrecht wird ab einer fünfzigprozentigen Beteiligung Kontrolle vermutet.⁵⁷² Im deutschen Übernahmerecht erlangt nach § 29 Abs. 2 Wertpapierübernahmegesetz (nachfolgend „WpÜG“) ein Bieter unmittelbar oder mittelbar Kontrolle bei einem Halten von mindestens 30% der Stimmrechte. Dies basiert auf der Annahme, dass dann eine einfache Hauptversammlungsmehrheit besteht, durch die ein bestimmender Einfluss auf die Gesellschaft ausgeübt werden kann.⁵⁷³ Im WpÜG hat sich der Gesetzgeber bewusst – zur Vereinfachung der Bestimmung von Kontrolle in der Praxis – für einen formalen und nicht für einen materialen Kontrollbegriff entschieden, bei dem irrelevant ist, ob im konkreten Fall Kontrolle besteht oder nicht.⁵⁷⁴ Hingegen verlangt das europäische Wettbewerbsrecht nach der Fusionskontrollverordnung EG (nachfolgend „FKVO“), dass Kontrolle unter Gesamtwürdigung aller rechtlichen sowie tatsächlichen Umstände bestimmt wird.⁵⁷⁵

⁵⁷⁰ EuGH Beschl. v. 10.05.2007 - Rs. C-492/04 - Lasertec, Slg. 2007, I-03775, Rn. 21.

⁵⁷¹ Art. 3 Abs.1a) der Richtlinie des Rates vom 23. Juli 1990 (90/435/EWG) mit Änderungen, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1990L0435:20070101:DE:PDF> (zuletzt besucht am 10.11.2021); Vgl. zudem Art. 3 Abs. 1a)i) der Richtlinie des Rates vom 30. November 2011 (2011/96/EU), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:345:0008:0016:DE:PDF> (zuletzt besucht am 10.11.2021).

⁵⁷² Schaub, Grundlagen der Regulierung multinationaler Unternehmen, S. 40.

⁵⁷³ Assmann/Favoccia, § 29 WpÜG, Rn. 9.

⁵⁷⁴ Assmann/Favoccia, § 29 WpÜG, Rn. 8 ff.

⁵⁷⁵ Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, FKVO Art. 3, Rn. 25.

(3) Bewertung

Diese Untersuchung zeigt, dass Kontrolle in anderen Rechtsgebieten aus praktischen Erwägungen häufig formal bestimmt wird. Jedoch lässt sich auch hier nicht auf eine bestimmte prozentuale Anteilshöhe schließen, bei der Kontrolle gegeben ist und die auf die formale Bestimmung im Investitionsrecht übertragen werden könnte. Vielmehr gründen die jeweiligen Prozentbeträge, anhand derer formale Kontrolle angenommen wird, auf den unterschiedlichen Annahmen, ab wann ein bestimmender Einfluss auf die Gesellschaft (materiale Kontrolle) ausgeübt wird.

b) Materiale Bestimmung

In anderen Rechtsgebieten wird für das Vorliegen von materialer Kontrolle auf die verschiedenen Einwirkungsmöglichkeiten auf eine Gesellschaft abgestellt.⁵⁷⁶

Insbesondere im deutschen Luftverkehrsrecht wird Kontrolle material ermittelt. § 3 Abs. 1 Luftverkehrsgesetz⁵⁷⁷ (nachfolgend „LuftVG“) stellt zur Bestimmung, ob das Luftfahrzeug in deutscher Hand ist, bei Gesellschaften auf die tatsächliche Kontrolle über die Luftfahrzeuge ab, die deutschen Staatsangehörigen zustehen muss.

Zum Vorliegen von tatsächlicher Kontrolle muss es sich *„um eine Beteiligung handeln, die dem Inhaber einen sicheren Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft verschafft und es ihm ermöglicht, deren Tätigkeit zu bestimmen“*⁵⁷⁸. Dieser bestimmende Einfluss wird durch verschiedene Kriterien determiniert. Zu diesen Kriterien gehören unter anderem:

- Vertretung im Vorstand der Gesellschaft⁵⁷⁹;
- Möglichkeit der Teilnahme am Abstimmungsprozess innerhalb der Gesellschaft⁵⁸⁰;

⁵⁷⁶ Schroeder, RIW 10/2011, S. 686.

⁵⁷⁷ Das LuftVG beruht auf der Verordnung (EG) Nr. 1008/2008.

⁵⁷⁸ EuGH Urt. v. 12.12.2006 - Rs. C-446/04 - Test Claimants in the FII Group Litigation, Slg. 2006, I- 11753, Rn. 37.

⁵⁷⁹ Communication from the European Community and its Member States, WTO Dok. WT/WGTI/W/115 v. 16.04.2002, para. 17.

⁵⁸⁰ Communication from the European Community and its Member States, WTO Dok. WT/WGTI/W/115 v. 16.04.2002, para. 17; § 290 Abs. 2 Nr. 1 HGB; Art. 2 Nr. 9 b) der Verordnung (EG) Nr. 1008/2008.

- Einfluss auf konzerninterne Transaktionen⁵⁸¹;
- Einflussnahme bei der Auswahl des Managements⁵⁸²;
- Einfluss aufgrund eines Beherrschungsvertrags oder einer Satzungsbestimmung⁵⁸³;
- das Recht, die Gesamtheit oder Teile des Vermögens des Unternehmens zu nutzen⁵⁸⁴.

Zudem wird in der Richtlinie 2014/25/EU ein beherrschender Einfluss angenommen, wenn unmittelbar oder mittelbar:

- die Mehrheit des gezeichneten Kapitals des Unternehmens gehalten wird;
- über die Mehrheit der mit den Anteilen am Unternehmen verbundenen Stimmrechte verfügt wird; oder
- mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans ernannt werden kann.⁵⁸⁵

c) Bewertung

So bleibt festzuhalten, dass Kontrolle in anderen Rechtsgebieten aufgrund von praktischen Erwägungen formal bestimmt wird. Der Vergleich mit anderen Rechtsgebieten zeigt jedoch auch, dass eine formale Bestimmung von Kontrolle nicht so praktikabel ist, wie auf den ersten Blick angenommen wird. Zwar wird Kontrolle im Europarecht und im Gesellschaftsrecht häufig nach dem Anteilsbesitz bestimmt, jedoch weichen die Höhen der jeweils erforderlichen prozentualen Beteiligung stark voneinander ab – die Zahl schwankt von 10% bis 75% der Anteile. Grundsätzlich dürfte Kontrolle bei einer Beteiligung von 30% an einer Aktiengesellschaft vorliegen, da dann von einer Hauptversammlungsmehrheit ausgegangen werden kann.

⁵⁸¹ Communication from the European Community and its Member States, WTO Dok. WT/WGTI/W/115 v. 16.04.2002, para. 17.

⁵⁸² Communication from the European Community and its Member States, WTO Dok. WT/WGTI/W/115 v. 16.04.2002, para. 17; § 290 Abs. 2 Nr. 2 HGB; Art. 2 Nr. 9 b) der Verordnung (EG) Nr. 1008/2008.

⁵⁸³ § 290 Abs. 2 Nr. 3 HGB.

⁵⁸⁴ Art. 2 Nr. 9 a) der Verordnung (EG) Nr. 1008/2008.

⁵⁸⁵ Artikel 4(2) der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 (2014/25/EU), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/de/TXT/?uri=celex:32014L0025> (zuletzt besucht am 10.11.2021).

Diese Schwankungen bei der Festlegung einer prozentualen Höhe für formale Kontrolle zeigen, dass Kontrolle mehr ist als Anteilsbesitz und dass zu deren Vorliegen noch weitere materiale Kriterien hinzukommen müssen. Für eine sachgerechte Determination von Kontrolle ist daher eine materiale Bestimmung unerlässlich. Die oben⁵⁸⁶ aufgeführten Kriterien verdeutlichen, dass auch ein materialer Kontrollbegriff hinreichend genau definiert werden kann, insbesondere bei Annahme einer Indizwirkung ab einem Halten von 30% der Anteile. Die Kriterien in anderen Rechtsgebieten sind mit denen zur materialen Bestimmung im Investitionsschutzrecht vergleichbar und lassen sich wie folgt den vier durch ICSID-Schiedsgerichte herausgearbeiteten Kriterien zuordnen, bei denen die Möglichkeit der Einflussnahme auf das operative Geschäft einer Gesellschaft besteht⁵⁸⁷:

- Bestehen von Stimmrechten
 - über die Mehrheit der mit den Anteilen am Unternehmen verbundenen Stimmrechte verfügt wird.
- Möglichkeit, wichtige Entscheidungen der Gesellschaft blockieren zu können
 - Vertretung im Vorstand der Gesellschaft;
 - Möglichkeit der Teilnahme am Abstimmungsprozess innerhalb der Gesellschaft.
- erheblicher Einfluss auf das Management und den Geschäftsbetrieb
 - die Mehrheit des gezeichneten Kapitals des Unternehmens gehalten wird;
 - Einfluss aufgrund eines Beherrschungsvertrags oder einer Satzungsbestimmung;
 - das Recht, die Gesamtheit oder Teile des Vermögens des Unternehmens zu nutzen;
 - Einfluss auf konzerninterne Transaktionen.
- erheblicher Einfluss auf die Auswahl des Vorstands und des Aufsichtsrats
 - mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans ernannt werden kann;
 - Einflussnahme bei der Auswahl des Managements.

Entscheidendes Kriterium ist, wie im Investitionsrecht, die bestimmende Einflussnahmemöglichkeit auf die Gesellschaft. Somit kann auch nach dem Vergleich mit

⁵⁸⁶ Siehe oben unter 3. Kapitel, A. II.3.b).

⁵⁸⁷ Siehe oben unter 3. Kapitel A. II.1.d).

anderen Rechtsgebieten an der hier vertretenen Ansicht festgehalten werden, dass Kontrolle im Investitionsschutzrecht material zu bestimmen ist, da nur dadurch die tatsächlichen Kontrollverhältnisse sichtbar gemacht und Missbräuche verhindert werden können.

III. Zwischenergebnis

Bis heute ist es Schiedsgerichten nicht gelungen, eine kongruente Entscheidungspraxis für die Bestimmung von Kontrolle im Rahmen der Kontrolltheorie zu entwickeln. Es besteht keine Klarheit darüber, ob Kontrolle objektiv oder subjektiv zu bestimmen ist und ob Kontrolle direkt oder indirekt ausgeübt wird. Zudem haben sich noch keine einheitlichen Regeln zur Bestimmung von Form und Umfang von Kontrolle entwickelt. Es wird lediglich festgehalten, dass ein bestimmender Einfluss auf die Gesellschaft ausgeübt werden muss.

Die obigen Untersuchungen haben jedoch gezeigt, dass Kontrolle einheitlich bestimmt werden kann. Kontrolle sollte objektiv durch die Schiedsgerichte bestimmt werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Kontrolle zwar direkt und indirekt ausgeübt werden kann, jedoch im Rahmen der Kontrolltheorie eine auch indirekte Bestimmung von Kontrolle zu erfolgen hat. Bei einer indirekten Kontrollausübung muss nämlich die Staatszugehörigkeit nach dem jeweils endgültigen Kontrollinhaber und damit dem originären Investor ermittelt werden. Nur so kann die Kontrolltheorie bei Missbräuchen ihre Korrekturfunktion erfüllen.

Hinsichtlich von Form und Umfang der Kontrolle ist das Halten der Mehrheit der Anteile grundsätzlich ein starkes Indiz für das Bestehen von Kontrolle. Aufgrund eines Vergleichs mit anderen Rechtsgebieten kann Kontrolle ab einer 30%-Beteiligung angenommen werden. Daneben müssen aber auch zusätzlich tatsächliche Kriterien berücksichtigt werden. Eine allein formale Bestimmung gibt das tatsächliche Bestehen von Kontrolle nicht hinreichend wieder, da beispielsweise Portfolioinvestitionen nicht ausgeschlossen werden können. Zudem kann allein durch die materiale Bestimmung der endgültige Kontrollinhaber festgelegt werden. Daher müssen tatsächliche Kriterien für das Bestehen von Kontrolle vorliegen, die eine Einflussmöglichkeit auf die Gesellschaft belegen. Ein Vergleich der Bestimmung in investitionsrechtlichen Schiedsentscheidungen und in anderen Rechtsgebieten hat gezeigt, dass insbesondere folgende vier alternative Kriterien tatsächliche Kontrolle belegen:

- Bestehen von Stimmrechten;
- Möglichkeit, wichtige Entscheidungen der Gesellschaft blockieren zu können;
- erheblicher Einfluss auf das Management und den Geschäftsbetrieb;
- erheblicher Einfluss auf die Auswahl des Vorstands und des Aufsichtsrats.

Diese Ausführungen widerlegen das Argument der Gegner der Kontrolltheorie, dass deren Anwendung zu vielen Ungewissheiten in der Praxis führt. Etwaigen Schwierigkeiten bei der Bestimmung von Kontrolle kann begegnet werden: Wird Kontrolle objektiv, indirekt und formal – ab einem Halten von 30% der Gesellschaftsanteile als Indiz, unter Berücksichtigung von weiteren tatsächlichen Kriterien – bestimmt, lässt sich Kontrolle eindeutig ermitteln. Zudem können die tatsächlichen Kriterien für die materiale Bestimmung von Kontrolle im Schiedsverfahren vom Investor, der eine bestimmte Staatszugehörigkeit für sich beansprucht, einfach nachgewiesen werden. Darüberhinaus dürfen Schiedsgerichte einen Investor auffordern nachzuweisen, dass diesem die endgültige Kontrolle über die klagende Gesellschaft zusteht.

B. Bestimmung im investitionsrechtlichen Enteignungsrecht

Kontrolle ist nicht nur als Korrektiv zur Verhinderung von Missbräuchen bei der Bestimmung der Staatszugehörigkeit von juristischen Personen von Bedeutung, sondern auch zur Determination einer indirekten Enteignung im investitionsrechtlichen Enteignungsrecht: Wird dem Investor die Kontrolle über seine Investition entzogen, liegt die Annahme einer indirekten Enteignung nahe.

Der Schutz vor Enteignungen stellt das „*Kernelement des internationalen Investitionsschutzrechts*“⁵⁸⁸ dar.⁵⁸⁹ Investoren benötigen ein sicheres Investitionsklima, das vor Enteignungen durch den Gaststaat schützt, da für diese eines der größten Risiken das des Totalverlusts ihrer Investition ist.⁵⁹⁰ Aber auch Staaten benötigen Rechtssicherheit im Enteignungsrecht. Gerade für Entwicklungsländer ist die Frage, wann eine indirekte Enteignung nach internationalem Recht vorliegt, von erheblicher Bedeutung zur Einschätzung der Folgen staatlicher Maßnahmen – vor allem bei der Frage nach dem Bestehen einer Entschädigungspflicht.⁵⁹¹ Dabei ist gerade der Nachweis einer indirekten Enteignung im internationalen Recht noch lange nicht vollständig geklärt. Dies liegt unter anderem an den kulturellen, wirtschaftlichen und rechtlichen Unterschieden in den einzelnen Staaten und dem daraus resultierenden divergierenden Eigentumsschutz.⁵⁹² So ist zwar allgemein anerkannt, dass ein Kontrollverlust eine indirekte Enteignung indizieren kann. Es besteht jedoch keine einhellige Meinung dahingehend, in welchen Fällen dem Investor hinreichend Kontrolle verbleibt, damit keine Entschädigungspflicht besteht.

Im Folgenden wird die Bedeutung von Kontrolle als Kriterium zum Nachweis einer indirekten Enteignung untersucht – eine umfassende Darstellung von indirekten Enteignungen findet jedoch nicht statt. Insbesondere wird betrachtet, welche Kriterien die investitionsrechtliche Schiedspraxis zur Bestimmung eines Kontrollverlusts herangezogen hat.

⁵⁸⁸ Krajewski, *Wirtschaftsvölkerrecht*, Rn. 602.

⁵⁸⁹ Schöbener, *WiVerw* 2009/1, S. 13; Lörcher/Boris, *KSzW* 02.2011, S. 111; Vandeveldel, *Bilateral Investment Treaties*, S. 271; Schöbener/Herbst/Perkams, *Internationales Wirtschaftsrecht*, Rn. 4/267.

⁵⁹⁰ Vandeveldel, *Bilateral Investment Treaties*, S. 271.

⁵⁹¹ Dolzer, 11 *N.Y.U. Env'tl. L.J.* 64, S. 64; Reinisch, in: *The Oxford Handbook of International Investment Law*, S. 408.

⁵⁹² Fortier/Drymer, 19(2) *ICSID Review*, S. 294.

I. Bedeutung von Kontrolle zur Feststellung einer indirekten Enteignung

Das Investitionsrecht schützt vor direkten und indirekten Enteignungen.⁵⁹³ Unter direkten Enteignungen versteht man den Entzug des Eigentumsrechts durch einen staatlichen Hoheitsakt.⁵⁹⁴ Bei einer indirekten Enteignung hingegen behält der Eigentümer grundsätzlich den formalen Titel seines Eigentums, verliert aber den Großteil der mit der Investition verbundenen Rechte – ihm verbleibt also nur noch eine formale Hülse.⁵⁹⁵

IIA enthalten in der Regel keine Definition des Tatbestands einer indirekten Enteignung.⁵⁹⁶ Es finden sich lediglich Formulierungen wie „[i]ndirect expropriation occurs if a measure or a series of measures of a Contracting Party has an effect equivalent to direct expropriation [...]“⁵⁹⁷. Grundsätzlich muss die enteignende staatliche Maßnahme erhebliche Auswirkungen auf das Eigentum haben, um die Schwelle zu einer Enteignung zu überschreiten. Folglich muss ein wesentliches Eigentumsrecht dauerhaft entzogen werden.⁵⁹⁸ Diese Feststellung erfolgt anhand einer Einzelfallbetrachtung unter Berücksichtigung mehrerer Kriterien – „I know it when I see it“⁵⁹⁹.⁶⁰⁰

⁵⁹³ Lörcher/Boris, KSzW 02.2011, S. 111; Krajewski, Wirtschaftsvölkerrecht, Rn. 603.

⁵⁹⁴ Schöbener/Herbst/Perkams, Internationales Wirtschaftsrecht, Rn. 4/270; Lörcher/Boris, KSzW 02.2011, S. 111; Hoffmann, in: Standards of Investment Protection, S. 151; Vandeveld, Bilateral Investment Treaties, S. 277; Krajewski, Wirtschaftsvölkerrecht, Rn. 604; Griebel, Internationales Investitionsrecht, S. 77; Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht, § 20 Rn. 1.

⁵⁹⁵ Schöbener/Herbst/Perkams, Internationales Wirtschaftsrecht, Rn. 4/272; Happ/Rubins, Digest of ICSID Awards and Decisions, S. 349; Newcombe/Paradell, Law and Practice of Investment Treaties, S. 323; Newcombe, 20(1) ICSID Review, S. 10; Knahr, TDM 6(1), March 2009, S. 2; Vandeveld, Bilateral Investment Treaties, S. 277; Reinisch, in: The Oxford Handbook of International Investment Law, S. 421; Krajewski, Wirtschaftsvölkerrecht, Rn. 606; Archer Daniels Midland Co and Tate & Lyle Americas Inc. v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/04/05, Award, 21 November 2007, para. 238.

⁵⁹⁶ Knahr, TDM 6(1), March 2009, S. 1; Fortier/Drymer, 19(2) ICSID Review, S. 296; Kriebaum, Eigentumsschutz im Völkerrecht, S. 261; Schöbener/Herbst/Perkams, Internationales Wirtschaftsrecht, Rn. 4/274.

⁵⁹⁷ Modell-BIT der Niederlande, Artikel 12(3), <https://www.rijksoverheid.nl/ministeries/ministerie-van-buitenlandse-zaken/documenten/publicaties/2019/03/22/nieuwe-modeltekst-investeringsakkoorden> (zuletzt besucht am 10.11.2021).

⁵⁹⁸ El Paso Energy International Company v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 27 October 2011, para. 245.

⁵⁹⁹ Fortier/Drymer, 19(2) ICSID Review, S. 294.

⁶⁰⁰ Schöbener, WiVerw 2009/1, S. 14; Lörcher/Boris, KSzW 02.2011, S. 112; Newcombe/Paradell, Law and Practice of Investment Treaties, S. 344; Knahr, TDM 6(1), March 2009, S. 3; Reinisch, in: The Oxford Handbook of International Investment Law, S. 438; Christie, 38 BYIL 1962, S. 338.

1. Kontrolle als Eigentumsrecht

Kontrollrechte zählen zu den vom Eigentum geschützten Rechten. Einem Investor steht (unter anderem) das Recht zu, an dem Management seiner Investition zu partizipieren.⁶⁰¹

Daher kann grundsätzlich bei einem Kontrollverlust der Entzug von Eigentumsrechten angenommen werden.⁶⁰² So stellte das Schiedsgericht in *LG&E v. Argentina*⁶⁰³ fest, dass eine indirekte Enteignung gegeben sei, wenn die staatliche Maßnahme dem Investor den Nutzen seiner Investition entziehe. Dies sei dann der Fall, wenn dem Investor keine Kontrolle verbleibe.⁶⁰⁴

2. Indirekte Enteignung bei einem Kontrollverlust

Eine der bekanntesten Formulierungen für das Vorliegen einer indirekten Enteignung findet sich in einer Entscheidung des Iran-U.S. Claims Tribunals: „*A deprivation or taking of property may occur under international law through interference by a state in the **use of that property** or with the **enjoyment of its benefits**, even where legal title to the property is not affected.*”⁶⁰⁵

Eine indirekte Enteignung ist somit gegeben, wenn die Eigentumsrechte des Investors wirksam neutralisiert werden.⁶⁰⁶ Zum Nachweis werden vier Kriterien berücksichtigt: Der

⁶⁰¹ Christie, 38 BYIL 1962, S. 337.

⁶⁰² Archer Daniels Midland Co and Tate & Lyle Americas Inc. v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/04/05, Award, 21 November 2007, para. 242; Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. Latvia, Award, SCC Case No. 118/2001, 16 December 2003, para. 119.

⁶⁰³ LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International Capital, Inc. and Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006.

⁶⁰⁴ LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International Capital, Inc. and Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, para. 188.

⁶⁰⁵ Tippets, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran et. al., Award No. 141-7-2, 6 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 219 (June 22, 1984), S. 225 (Hervorhebung hinzugefügt).

⁶⁰⁶ Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, S. 465 ff.; Schreuer, TDM 2(3), June 2005, S. 5; Schöbener/Herbst/Perkams, *Internationales Wirtschaftsrecht*, Rn. 4/52; Sempra Energy International and Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007, para. 285; Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/1, Award, 7 December 2011, para. 327; National Grid P.L.C. v. Argentine Republic, Award, UNCITRAL Arbitration, 3 November 2008, para. 149; LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International Capital, Inc. and Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, para. 188; AES Summit Generation Limited and The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, 23 September 2010, para. 14.3.1; Enron Corporation & Ponderosa Assets L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 Mai 2007, para. 245; Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada, NAFTA UNCITRAL Investor-State Claim, Award (Interim Merits Award), 26 June 2000, para. 100; Metalclad Corporation and The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000, para. 103.

Gesamt- oder Teilverlust der Investition, der Wertverlust, der Kontrollverlust sowie die zeitliche Dimension des Eingriffs.⁶⁰⁷ Zudem haben Schiedsgerichte die nachteiligen Auswirkungen auf die Investition, die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme des Gaststaates und die berechtigten Erwartungen des Investors berücksichtigt.⁶⁰⁸ Diese Kriterien müssen nicht kumulativ gegeben sein, sondern das Vorliegen von einem kann bereits die Feststellung eines Eigentumsverlusts rechtfertigen.

Zudem ist allgemein anerkannt, dass eine indirekte Enteignung auch bei Maßnahmen gegeben ist, denen keine direkte Entzugsabsicht zugrunde liegt, die aber tatsächlich denselben Effekt haben.⁶⁰⁹ Nach dieser *sole effects*-Doktrin kommt es allein auf die Auswirkung der Maßnahme an.⁶¹⁰

Folglich ist ein Kontrollverlust ein Kriterium zum Nachweis einer indirekten Enteignung, da dieser dem Investor die Möglichkeit entzieht, seine Investition zu nutzen.⁶¹¹ „*It is generally accepted that the decisive element in an indirect expropriation is the ‘loss of control’ of a*

⁶⁰⁷ Kriebaum, Eigentumsschutz im Völkerrecht, S. 297; Heiskanen, JWIT, Vol.8(2), 2004, S. 217.

⁶⁰⁸ UNCTAD, IIA Issues Note, No. 1, 2012, S. 8 ff., http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaeia2012d10_en.pdf (zuletzt besucht am 10.11.2021); Crawford, Brownlie's Principles of Public International Law, S. 604.

⁶⁰⁹ Dugan/Wallace/Rubins/Subahi, Investor-State Arbitration, S. 455; Happ/Rubins, Digest of ICSID Awards and Decisions, S. 349; Dolzer, 11 N.Y.U.Envtl.L.J. 64, S. 79; Newcombe/Paradell, Law and Practice of Investment Treaties, S. 326; Hoffmann, in: Standards of Investment Protection, S. 156; Newcombe, 20(1) ICSID Review, S. 10; Knahr, TDM 6(1), March 2009, S. 5; Reisman/Sloane, 74 BYIL 2003, S. 121; Reinisch, in: The Oxford Handbook of International Investment Law, S. 444; Rubins/ Papanastasiou/Kinsella, International Investment, Rn. 5.95; Fortier/Drymer, 19(2) ICSID Review, S. 300 ff.; *Compania del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award, 17 February 2000, para. 77; *Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investment Centre and the Government of Ghana*, UNCITRAL ad hoc Tribunal, Award on Jurisdiction and Liability, 27 October 1989, 95 ILR 1994, S. 209; *Metalclad Corporation and The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000, para. 103; *Sempra Energy International and Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007, para. 285; *Archer Daniels Midland Co and Tate & Lyle Americas Inc. v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/04/05, Award, 21 November 2007, para. 240; *Mr. Eudoro Armando Olguin v. Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/98/5, Award, 26 July 2001, para. 84; *Tecnicas Medioambientales TECMED S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 Mai 2003, para. 115.

⁶¹⁰ Griebel, Internationales Investitionsrecht, S. 78; Heiskanen, JWIT, Vol.8(2), 2004, S. 217.

⁶¹¹ *Tippets, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran et. al.*, Award No. 141-7-2, 6 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 219 (June 22, 1984), S. 225; *Azurix Corporation and The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006, para. 322; *Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/04/15, Award, 13 September 2006, para. 79; *Enron Corporation & Ponderosa Assets L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 Mai 2007, paras. 245 ff.; *CMS Gas Transmission Company and The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 Mai 2005, para. 263; *Azurix Corporation and The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006, para. 322.

*foreign investment in the absence of any physical taking.*⁶¹² Hierbei muss die Beeinträchtigung eine gewisse Schwere, Intensität und Dauer aufweisen.⁶¹³ Daher muss der Kontrollverlust substanziell bzw. signifikant sein.⁶¹⁴ Dem Investor muss sein Eigentumsrecht ganz oder wesentlich entzogen werden.⁶¹⁵

Zur Feststellung einer indirekten Enteignung sind daher Form und Umfang des Kontrollverlusts durch die staatlichen Maßnahmen entscheidend.⁶¹⁶ Nachfolgend soll daher untersucht werden, bei Bestehen welcher Kriterien die investitionsrechtliche Schiedspraxis im Einzelnen einen Kontrollverlust angenommen hat.

II. Bestimmung eines Kontrollverlusts

Aufgrund der mangelnden Bindungswirkung vorhergehender Entscheidungen, treffen Schiedsgerichte jeweils eine Einzelfallentscheidung, ob eine indirekte Enteignung vorliegt.⁶¹⁷ Schiedsgerichte haben bisher auch keine allgemein anerkannten Kriterien zur Bestimmung eines Kontrollverlusts aufgestellt. Im Folgenden wird daher anhand einzelner Entscheidungen versucht, Kriterien herauszuarbeiten, die allgemein das Vorliegen eines Kontrollverlusts begründen.

⁶¹² El Paso Energy International Company v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 27 October 2011, para. 245.

⁶¹³ Fortier/Drymer, 19(2) ICSID Review, S. 301; Archer Daniels Midland Co and Tate & Lyle Americas Inc. v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/04/05, Award, 21 November 2007, para. 240; LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International Capital, Inc. and Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, paras. 190, 193.

⁶¹⁴ Newcombe/Paradell, Law and Practice of Investment Treaties, S.346;

Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada, NAFTA UNCITRAL Investor-State Claim, Award (Interim Merits Award), 26 June 2000, para. 102; Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/04/15, Award, 13 September 2006, para. 65; Fireman's Fund Insurance Company and The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/02/01, Award, 17 July 2006, para. 176; Enron Corporation & Ponderosa Assets L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 Mai 2007, para. 245; Archer Daniels Midland Co and Tate & Lyle Americas Inc. v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/04/05, Award, 21 November 2007, para. 240; LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International Capital, Inc. and Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, para. 191; Electrabel S.A. v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 November 2012, para. 6.62; Sempra Energy International and Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007, para. 285.

⁶¹⁵ AES Summit Generation Limited and The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, 23 September 2010, para. 14.3.1.

⁶¹⁶ Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. Latvia, Award, SCC Case No. 118/2001, 16 December 2003, para. 120.

⁶¹⁷ Siehe oben unter 3. Kapitel, B. I.

1. Maßgebliche Kriterien

Die durch das *Pope & Talbot*-Schiedsgericht⁶¹⁸ aufgestellten Kriterien werden als maßgeblich zur Bestimmung eines Kontrollverlustes angesehen.⁶¹⁹ In dieser Entscheidung lehnte das Schiedsgericht eine indirekte Enteignung mit der Begründung ab, dass dem Investor die Kontrolle durch den Gaststaat nicht entzogen wurde. Der Kläger hatte sich an das Schiedsgericht wegen Kanadas Ausfuhrbeschränkung von Nadelbaumnutzholz gewandt und führte an, dass diese Maßnahme eine indirekte Enteignung darstelle. Das Schiedsgericht lehnte dies mit dem Argument ab, dass durch die staatliche Maßnahme kein Entzug eines wesentlichen Eigentumsrechts vorliege – der Investor übe weiterhin die Kontrolle über seine Investition aus. Ein Kontrollverlust sei nicht gegeben, da der Investor den täglichen Geschäftsbetrieb lenke und keine Mitarbeiter oder Geschäftsführer verhaftet wurden. Zudem überwache der Gaststaat die Arbeit der Mitarbeiter und Geschäftsführer nicht, nehme keinen Einfluss auf die Handlungen der Geschäftsführer, beeinträchtige die Bestellung des Vorstands der Gesellschaft nicht und treffe keine andere Maßnahmen, die dem Investor seine Eigentums- und Kontrollrechte über die Investition entzögen.⁶²⁰ Folglich hat das Schiedsgericht zur Feststellung eines Verbleibs von Kontrolle insbesondere folgende alternative Kriterien berücksichtigt:

- Beeinflussung des Managements;
- unberechtigte Strafverfolgung sowie Ausweisung von Geschäftsführern oder Mitarbeitern der Gesellschaft;
- Eingriff in Aktionärsrechte;
- Beeinflussung des Geschäftsbetriebs;
- Beeinträchtigung der Bestellung von Geschäftsführern;
- Einsetzung eines staatlichen Verwalters.⁶²¹

⁶¹⁸ *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada*, NAFTA UNCITRAL Investor-State Claim, Award (Interim Merits Award), 26 June 2000.

⁶¹⁹ Nachfolgende Schiedssprüche beziehen sich auf die Kriterien der *Pope & Talbot* Entscheidung – siehe *Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/04/15, Award, 13 September 2006 sowie *Enron Corporation & Ponderosa Assets L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 Mai 2007.

⁶²⁰ *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada*, NAFTA UNCITRAL Investor-State Claim, Award (Interim Merits Award), 26 June 2000, para. 100.

⁶²¹ *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada*, NAFTA UNCITRAL Investor-State Claim, Award (Interim Merits Award), 26 June 2000, para. 100.

Auf die in der *Pope & Talbot*-Entscheidung herausgearbeiteten Kriterien haben sich mehrere Schiedsgerichte bezogen, um das Vorliegen einer indirekten Enteignung wegen eines Verbleibs von Kontrolle abzulehnen. So betrachte das Schiedsgericht in *Telenor Mobile v. The Republic of Hungary* die Tatsache, dass der Gaststaat keinen Einfluss auf das Management der Gesellschaft genommen hatte, als Indiz für das Fehlen einer indirekten Enteignung.⁶²² In *Enron v. Argentina* verneinte das Schiedsgericht, unter Anwendung der Kriterien aus *Pope & Talbot*, das Vorliegen einer Enteignung.⁶²³

Nachfolgend sollen daher die in der *Pope & Talbot*-Entscheidung herausgearbeiteten Kriterien näher beleuchtet werden.

2. Eingriffe in das Management

Eine indirekte Enteignung durch einen Kontrollverlust liegt insbesondere dann vor, wenn durch die staatliche Maßnahme das Management einer Gesellschaft stark beeinflusst oder der Einfluss auf diese vollständig entzogen wird. Die Einflussnahmemöglichkeit auf die Geschicke der Gesellschaft stellt nämlich ein Hauptmerkmal von Kontrolle dar.⁶²⁴

a) Qualität des Eingriffs in das Management

Bei staatlichen Einflussnahmen auf das Management einer Gesellschaft ist insbesondere die Intensität des Eingriffs zur Bestimmung eines Kontrollverlusts entscheidend. So kann allein die Verpflichtung, staatlich benannte Geschäftsführer für einen bestimmten Zeitraum in den Vorstand aufzunehmen, nicht als Enteignung gewertet werden.⁶²⁵ Auch die vollständige Übernahme des Vorstands auf eine beschränkte Zeit von beispielsweise fünf Jahren löst

⁶²² *Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/04/15, Award, 13 September 2006, para. 79.

⁶²³ *Enron Corporation & Ponderosa Assets L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 Mai 2007, paras. 245 ff.

⁶²⁴ *Archer Daniels Midland Co and Tate & Lyle Americas Inc. v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/04/05, Award, 21 November 2007, para. 244; *Marvin Feldman v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, 16 December 2002, para. 142; *Continental Casualty Company and The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008, para. 276.

⁶²⁵ Christie, 38 BYIL 1962, S. 333.

grundsätzlich keine Entschädigungspflicht aus.⁶²⁶ Folglich rechtfertigt die Einsetzung eines lediglich temporären Managements die Annahme einer Enteignung nicht. Eine indirekte Enteignung liegt aber dann vor, wenn dem Investor grundlegende Eigentumsrechte nicht nur vorübergehend entzogen werden.⁶²⁷ Daher muss der Eingriff in das Management grundsätzlich von erheblicher Dauer sein. Fraglich ist daher, welche Qualität ein Eingriff in das Management einer Gesellschaft haben muss, damit ein Kontrollverlust gegeben ist.

Aufschluss hierüber bietet (unter anderem) die Entscheidungspraxis des Iran-U.S. Claims Tribunals⁶²⁸, das sich häufiger mit Eingriffen in das Management befasste. Bei der Übertragung der Grundsätze des Iran-U.S. Claims Tribunals auf das investitionsrechtliche Enteignungsrecht muss jedoch beachtet werden, dass der Schutzbereich der *Algiers Declaration* sehr weit ist, da der Investor vor Enteignungen und anderen Maßnahmen, die Eigentumsrechte beeinflussen, geschützt wird.⁶²⁹ Dies hindert die Berücksichtigung der Entscheidungen jedoch nicht, da IIA auch einen weiten Anwendungsbereich haben und zudem greift das Iran-U.S. Claims Tribunal selten auf das Konzept der anderen Maßnahmen zurück.⁶³⁰

Das Iran-U.S. Claims Tribunal hat einen Eingriff in das Management insbesondere dann angenommen, wenn ein Geschäftsführer aus rechtlichen oder physischen Gründen – beispielsweise durch Inhaftierung oder Ausweisung – daran gehindert wurde, seine Aufgaben wahrzunehmen, oder wenn der Vorstand durch ein staatlich ernanntes Management ersetzt wurde.⁶³¹ Im Folgenden soll auf diese Entscheidungen des Iran-U.S. Claims Tribunal sowie auf andere relevante Schiedsgerichtsentscheidungen näher eingegangen werden.

⁶²⁶ Christie, 38 BYIL 1962, S. 334; Mouri, *The International Law of Expropriation as Reflected in the Work of the Iran-U.S. Claims Tribunal*, S. 129.

⁶²⁷ Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran et. al., Award No. 141-7-2, 6 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 219 (June 22, 1984), S. 225.

⁶²⁸ Zum Iran-U.S. Claims Tribunal siehe oben im 3. Kapitel unter A. II.2.

⁶²⁹ Claims Settlement Declaration, 19 January 1981, Art. II (1), <http://www.iusct.net/General%20Documents/2-Claims%20Settlement%20Declaration.pdf> (zuletzt besucht am 10.11.2021).

⁶³⁰ Heiskanen, JWIT, Vol.8(2), 2004, S. 219.

⁶³¹ Reinisch, in: *The Oxford Handbook of International Investment Law*, S. 453.

b) Einsetzung eines staatlichen Geschäftsführers

Die Einsetzung von staatlichen Geschäftsführern kann zu einem Kontrollverlust des Investors führen. Jedoch ist alleine die Bestellung eines staatlichen Geschäftsführers nicht ausreichend, sondern es muss nachgewiesen werden, dass der Staat durch den von ihm eingesetzten Geschäftsführer eine solche Kontrollmöglichkeit über die Gesellschaft erhalten hat, dass hierdurch dem Investor keine Kontrolle verbleibt.⁶³² So hielt die *Tippets*-Entscheidung⁶³³ fest, dass, solange dem Investor die tatsächliche Kontrolle über seine Investition verbleibt, keine indirekte Enteignung vorliegt.

Tatsächliche Kontrolle durch den Investor ist bei einem staatlich eingesetzten Geschäftsführer solange gegeben, wie dieser mit dem Investor zusammenarbeitet. Das Vorliegen einer indirekten Enteignung kann erst dann angenommen werden, wenn der zur Kontrollausübung ernannte Geschäftsführer auf Anfragen des Investors nicht mehr reagiert.⁶³⁴ Folglich verbleibt dem Investor die tatsächliche Kontrolle, solange der staatlich eingesetzte Geschäftsführer mit ihm kooperiert. Sobald dies jedoch nicht mehr der Fall ist, ist der Investor dauerhaft von der täglichen Geschäftsführung und Kontrolle ausgeschlossen.⁶³⁵ Somit verbleibt einem Investor bei staatlich eingesetzten Geschäftsführern die tatsächliche Kontrolle, solange er auf den Geschäftsführer Einfluss nehmen kann. Wird dem Investor diese Möglichkeit genommen, liegt ein Kontrollverlust vor.⁶³⁶

Zudem führt ein Entzug von Verwaltungsrechten durch die Einsetzung eines staatlichen Geschäftsführers für mehr als ein Jahr zu einem Kontrollverlust. So wurde in *Starrett Housing*⁶³⁷ ein temporärer Geschäftsführer durch den Iran bestellt, der alle weiteren Tätigkeiten des Projekts leiten sollte. Wiederum genügte diese Maßnahme allein dem Schiedsgericht nicht zur Feststellung einer indirekten Enteignung. Erst im Zusammenhang

⁶³² Harold Birnbaum v. The Islamic Republic of Iran, Award No. 549-967-2, 29 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 260 (July 6, 1993), S. 269.

⁶³³ Tippets, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran et. al., Award No. 141-7-2, 6 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 219 (June 22, 1984).

⁶³⁴ Tippets, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran et. al., Award No. 141-7-2, 6 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 219 (June 22, 1984), S. 224, 225.

⁶³⁵ Tippets, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran et. al., Award No. 141-7-2, 6 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 219 (June 22, 1984), S. 225, 226.

⁶³⁶ SEDCO Inc. v. National Iranian Oil Company and The Islamic Republic of Iran, Award No. ITL 55-129-3, 9 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 248 (Oct. 24, 1985), S. 276 ff.

⁶³⁷ Starrett Housing Corporation et. al. v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Award No. ITL 32-24-1, 4 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 122 (Dec. 19, 1983).

mit zusätzlicher Gesetzgebung, die unter anderem einen nichtamerikanischen Geschäftsführer für das Projekt verlangte und einer Dauer der staatlich gelenkten Geschäftsführung von mehr als einem Jahr, sah das Schiedsgericht einen Kontrollverlust als gegeben an. Gemeinsam hätten diese Maßnahmen dem Investor ein wesentliches Kontrollrecht, die selbständige Verwaltung der Gesellschaft, entzogen. Zu den Verwaltungsrechten einer Investition gehöre die Möglichkeit, den Vorstand, den Aufsichtsrat und etwaige Subunternehmer frei auswählen zu können.⁶³⁸

c) Strafverfolgung eines Geschäftsführers

Auch durch die unberechtigte Strafverfolgung eines Geschäftsführers kann ein Kontrollverlust eintreten. So hat das Schiedsgericht in *Benvenuti and Bonfant v. Congo*⁶³⁹ aus dem Jahr 1980 in der Strafverfolgung des Geschäftsführers der Gesellschaft im Zusammenhang mit weiteren staatlichen Handlungen beziehungsweise Unterlassungen eine indirekte Enteignung gesehen.⁶⁴⁰ Der Gaststaat Kongo hatte, nachdem er bereits mehrere Maßnahmen gegen das mit dem Investor gegründete Joint Venture eingeleitet hatte, mit der unbegründeten Strafverfolgung des Geschäftsführers begonnen. Dieser verließ den Kongo, woraufhin die kongolesische Armee den Hauptsitz der Gesellschaft besetzte.⁶⁴¹ Das Schiedsgericht stellte fest, dass dem Investor gerade durch die Strafverfolgung des Managers jegliche Kontrollmöglichkeit entzogen wurde.⁶⁴²

d) Ausweisung des Investors oder eines Geschäftsführers

Auch die Ausweisung des Investors oder eines Geschäftsführers kann die Kontrollrechte derart beeinträchtigen, dass eine indirekte Enteignung vorliegt. Hierzu muss der Zweck der

⁶³⁸ *Starrett Housing Corporation et. al. v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, Award No. ITL 32-24-1, 4 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 122 (Dec. 19, 1983), S. 154.

⁶³⁹ *Benvenuti and Bonfant SRL v. The Government of the Popular Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/77/2, Award, 8 August 1980, 67 ILR 1984.

⁶⁴⁰ *Benvenuti and Bonfant SRL v. The Government of the Popular Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/77/2, Award, 8 August 1980, 67 ILR 1984, S. 345.

⁶⁴¹ *Benvenuti and Bonfant SRL v. The Government of the Popular Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/77/2, Award, 8 August 1980, 67 ILR 1984, S. 346.

⁶⁴² *Benvenuti and Bonfant SRL v. The Government of the Popular Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/77/2, Award, 8 August 1980, 67 ILR 1984, S. 374.

Ausweisung die Wegnahme der Investition sein.⁶⁴³ Erwägungen zur nationalen Sicherheit oder andere Gründe können jedoch die Annahme einer indirekten Enteignung ausschließen.⁶⁴⁴

In *Biloune v. Ghana*⁶⁴⁵ nahm das Schiedsgericht bei der Ausweisung des Geschäftsführers einen Kontrollverlust an. Der Streit entstand im Zusammenhang mit dem Bau eines Hotelprojekts in Ghana. Kurz vor dem Ende der Bauarbeiten wurden diese durch die öffentlichen Behörden gestoppt und teilweise zerstört. Gegen den Geschäftsführer wurde eine Finanzprüfung in Zusammenhang mit dem Projekt eingeleitet und er saß für dreizehn Tage in Untersuchungshaft, bevor er ausgewiesen wurde.⁶⁴⁶ Das Schiedsgericht sah in diesen Maßnahmen des Gaststaates eine schleichende indirekte Enteignung, die in der Ausweisung des Geschäftsführers gipfelte. Ein Kontrollverlust kann daher angenommen werden, wenn staatliche Maßnahmen die persönliche Präsenz des Investors oder des Geschäftsführers im Gaststaat verhindern und diesen dadurch jegliche Einflussnahmemöglichkeit auf die Investition genommen wird.⁶⁴⁷

3. Eingriffe in Aktionärsrechte

Zu den Kontrollrechten des Investors gehört auch die Ausübung von Aktionärsrechten bei Aktiengesellschaften. Schiedsgerichte stellen zum Nachweis des Verbleibs von Kontrolle häufig fest, dass nicht in Aktionärsrechte eingegriffen wurde.⁶⁴⁸ Zu den Aktionärsrechten einer Aktiengesellschaft gehören insbesondere das Recht auf Teilnahme an der Hauptversammlung, das Auskunftsrecht und das Stimmrecht in der Hauptversammlung.⁶⁴⁹ Verbleibt der Investor im Besitz seiner Anteile und kann er seine Aktionärsrechte weiterhin ausüben, liegt kein Kontrollverlust vor.⁶⁵⁰ Ein Schiedsgericht hat einen Eingriff in

⁶⁴³ Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, S. 518.

⁶⁴⁴ Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, S. 518.

⁶⁴⁵ *Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investment Centre and the Government of Ghana*, UNCITRAL ad hoc Tribunal, Award on Jurisdiction and Liability, 27 October 1989, 95 ILR 1994.

⁶⁴⁶ *Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investment Centre and the Government of Ghana*, UNCITRAL ad hoc Tribunal, Award on Jurisdiction and Liability, 27 October 1989, 95 ILR 1994, S. 184.

⁶⁴⁷ *Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investment Centre and the Government of Ghana*, UNCITRAL ad hoc Tribunal, Award on Jurisdiction and Liability, 27 October 1989, 95 ILR 1994, S. 209.

⁶⁴⁸ *Total S.A. & others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Liability, 27 December 2010, para. 191; *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. Latvia*, Award, SCC Case No. 118/2001, 16 December 2003, para. 120.

⁶⁴⁹ Eintrag "Aktie" in *Munzinger Online/Brockhaus - Enzyklopädie in 30 Bänden*. 21. Auflage.

⁶⁵⁰ *National Grid P.L.C. v. Argentine Republic*, Award, UNCITRAL Arbitration, 3 November 2008, para. 154.

Aktionärsrechte beispielsweise abgelehnt, wenn die Gesellschaft weiterhin an der Börse gelistet ist.⁶⁵¹

4. Beeinflussung des Geschäftsbetriebs

Zudem kann die Einflussnahme auf den alltäglichen Geschäftsbetrieb einer Gesellschaft einen Kontrollverlust bewirken.⁶⁵² Eine staatliche Einflussnahme auf den Geschäftsbetrieb ist nicht gegeben, wenn der Gaststaat die Tätigkeiten der Geschäftsführer und Arbeitnehmer nicht überwacht, den Gewinn der Gesellschaft nicht wegnimmt und die Handlungen der Geschäftsführer nicht beeinflusst.⁶⁵³ Ein Investor besitzt Kontrolle, wenn er die Möglichkeit hat, auf kontinuierliche Entscheidungsprozesse Einfluss zu nehmen und diese frei von staatlicher Beeinflussung sind.⁶⁵⁴ Entscheidend ist die Möglichkeit zur Ausübung der täglichen Geschäfte⁶⁵⁵ – beispielsweise das Handeln von Aktien an der Börse, die Beeinflussung der Produktion und des Verkaufs sowie des Vertriebs.⁶⁵⁶

In *Waste Mangement v. Mexico* hatte der Investor einen Lizenzvertrag mit dem Gaststaat geschlossen, der Exklusivrechte zur Müllabfuhr und Straßenreinigung in Acapulco einräumte. Der Gaststaat verpflichtete sich, erforderliche Maßnahmen zu ergreifen, um andere daran zu hindern, dieselbe Dienstleistung im Lizenzgebiet anzubieten. Der Streit entstand dadurch, dass der Gaststaat dem Investor seine Exklusivrechte nicht sicherte, die Summen aus dem Lizenzvertrag nicht zahlte und kein Land zur Nutzung als Mülldeponie zur Verfügung stellte.⁶⁵⁷ Der Investor machte in seiner Klage geltend, durch diese staatlichen Maßnahmen,

⁶⁵¹ Total S.A. & others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Liability, 27 December 2010, para. 191.

⁶⁵² Marvin Feldman v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, 16 December 2002, para. 142; CMS Gas Transmission Company and The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 Mai 2005, para. 263; Waste Mangement Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30 April 2004, para. 159; Sempra Energy International and Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007, para. 285.

⁶⁵³ Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada, NAFTA UNCITRAL Investor-State Claim, Award (Interim Merits Award), 26 June 2000, para. 100.

⁶⁵⁴ Revere Copper & Brass Inc. v. Overseas Private Investment Corp., Award, American Arbitration Association, 24 August 1978, 17 I.L.M. 1321 (1978), S. 58, 64.

⁶⁵⁵ LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International Capital, Inc. and Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, para. 199.

⁶⁵⁶ Total S.A. & others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Liability, 27 December 2010, para. 191; Archer Daniels Midland Co and Tate & Lyle Americas Inc. v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/04/05, Award, 21 November 2007, para. 245.

⁶⁵⁷ Waste Mangement Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30 April 2004, paras. 141, 158.

zumindest im Hinblick auf die unterbliebenen Zahlungen, enteignet worden zu sein. Das Schiedsgericht stellte in seiner Begründung zur Ablehnung einer Enteignung fest, dass keine Sachwerte entzogen wurden und zudem sei auch keine direkte oder indirekte Enteignung des Unternehmens als solches gegeben.⁶⁵⁸ Der Investor habe zu jedem Zeitpunkt die Kontrolle über seine Investition gehabt und konnte den normalen Geschäftsbetrieb einflussfrei ausüben.⁶⁵⁹

In *Marvin Feldman v. Mexico*⁶⁶⁰ behauptete der Kläger, durch die Anwendung von bestimmten Steuergesetzen durch den Gaststaat enteignet worden zu sein.⁶⁶¹ Das Schiedsgericht verneinte das Vorliegen einer indirekten Enteignung, da kein Kontrollentzug gegeben sei. Die Investition des Klägers sei unter seiner vollständigen Kontrolle, da er deren Geschäfte – außer den Export von Zigaretten – ohne Einflussnahme durch den Gaststaat fortführen könne.⁶⁶² Die Maßnahmen des Gaststaates hätten dem Investor nicht die Kontrolle über seine Gesellschaft entzogen, da kein Einfluss auf den Geschäftsbetrieb genommen wurde und der Investor als kontrollierender Anteilseigner nicht verdrängt wurde.⁶⁶³

III. Zwischenergebnis

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass ein Kontrollverlust ein wichtiger Faktor zur Feststellung einer indirekten Enteignung ist. Entscheidend für die Annahme eines Kontrollverlusts ist der Grad der Beeinträchtigung durch die staatliche Maßnahme. Damit die Annahme eines Kontrollverlusts gerechtfertigt ist, muss die staatliche Maßnahme zu einem erheblichen Verlust führen und dieser darf grundsätzlich nicht nur vorübergehend sein.

Das Bestehen eines Kontrollverlusts wurde von Schiedsgerichten anhand von Einzelfallentscheidungen festgelegt. Diese Praxis der Schiedsgerichte mag zwar sachgerecht sein, jedoch führt dies zu einer großen Unsicherheit der Investoren und der Gaststaaten.

⁶⁵⁸ Waste Mangement Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30 April 2004, paras. 156 ff.

⁶⁵⁹ Waste Mangement Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30 April 2004, para. 159.

⁶⁶⁰ Marvin Feldman v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, 16 December 2002.

⁶⁶¹ Marvin Feldman v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, 16 December 2002, para. 1.

⁶⁶² Marvin Feldman v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, 16 December 2002, paras. 142, 152.

⁶⁶³ Marvin Feldman v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, 16 December 2002, para. 142.

Eine Untersuchung der Entscheidungspraxis der Schiedsgerichte im investitionsrechtlichen Enteignungsrecht zeigt, dass die folgenden drei alternativen Kriterien für die Annahme eines Kontrollverlusts maßgeblich sind:

- Eingriffe in das Management⁶⁶⁴;
- Eingriffe in Aktionärsrechte⁶⁶⁵;
- Beeinflussung des Geschäftsbetriebs⁶⁶⁶.

Dies zeigt, dass im investitionsrechtlichen Enteignungsrecht ein Kontrollverlust anhand von allgemeinen Kriterien festgestellt werden kann. Zudem lassen sich diese Kriterien auch auf die Bestimmung von Kontrolle im Investitionsschutzrecht übertragen. Insbesondere, da sich die drei maßgeblichen Kriterien aus dem Enteignungsrecht, den bereits herausgearbeiteten vier Kriterien für die Annahme einer erheblichen Einflussnahme⁶⁶⁷ wie folgt zuordnen lassen können:

- Eingriffe in das Management zu „erheblicher Einfluss auf das Management und den Geschäftsbetrieb“ sowie „erheblicher Einfluss auf die Auswahl des Vorstands und des Aufsichtsrats“.
- Eingriffe in Aktionärsrechte zu „Bestehen von Stimmrechten“.
- Beeinflussung des Geschäftsbetriebs zu „erheblicher Einfluss auf das Management und den Geschäftsbetrieb“ sowie „Möglichkeit, wichtige Entscheidungen der Gesellschaft blockieren zu können“.

Hat ein Investor Einfluss auf das Management sowie den Geschäftsbetrieb einer Gesellschaft und kann er seine Aktionärsrechte frei ausüben, kann das Bestehen von Kontrolle grundsätzlich angenommen werden. Dies unterstützt zudem die oben dargelegte Ansicht, dass Kontrolle material anhand von Kriterien, die tatsächliche Kontrolle nachweisen, zu bestimmen ist.

⁶⁶⁴ Siehe oben unter 3. Kapitel B. II.2.

⁶⁶⁵ Siehe oben unter 3. Kapitel B. II.3.

⁶⁶⁶ Siehe oben unter 3. Kapitel B. II.4.

⁶⁶⁷ Siehe oben unter 3. Kapitel A. II.1.d).

C. Ergebnis

Zwar ist Kontrolle grundsätzlich ein schwer definierbarer Begriff, jedoch haben die obigen Ausführungen gezeigt, dass Kontrolle im Investitionsschutzrecht praktikabel bestimmt werden kann. Kontrolle ist objektiv – wobei jedoch einem Kontrollübereinkommen Indizwirkung zukommt – und indirekt nach dem endgültigen Kontrollinhaber zu bestimmen.

Kontrolle über eine Gesellschaft hat derjenige inne, der eine bestimmende Einflussnahmemöglichkeit hat. Wann ein solcher Einfluss besteht, haben die obigen Ausführungen aufgezeigt. Demnach ist das Bestehen von Kontrolle bei einem Halten von 30% der Anteile an einer Gesellschaft indiziert. Jedoch gibt allein eine formale Bestimmung nicht die tatsächlichen Kontrollverhältnisse wieder. Daher muss die Vermutung, bei Bestehen von formaler Kontrolle, durch weitere tatsächliche Kriterien unterstützt werden. Ein Vergleich der von Schiedsgerichten im Rahmen der Kontrolltheorie und im investitionsrechtlichen Enteignungsrecht aufgestellten Kriterien sowie der Kriterien zur Bestimmung von Kontrolle in anderen Rechtsgebieten hat gezeigt, dass das tatsächliche Bestehen von Kontrolle (unter anderem) anhand folgender maßgeblicher Kriterien nachgewiesen werden kann:

- Bestehen von Stimmrechten;
- Möglichkeit, wichtige Entscheidungen der Gesellschaft blockieren zu können;
- erheblicher Einfluss auf das Management und den Geschäftsbetrieb;
- erheblicher Einfluss auf die Auswahl des Vorstands und des Aufsichtsrats.

Zudem wird die Bestimmung von Kontrolle im Prozess dadurch erheblich erleichtert, dass Schiedsgerichte grundsätzlich befugt sind, Parteien aufzufordern, Beweise zu erbringen.⁶⁶⁸ Folglich haben Schiedsgerichte die Möglichkeit, den klagenden Investor aufzufordern, den Nachweis zu erbringen, dass diesem die endgültige Kontrolle über die Gesellschaft zusteht, sowie die Gesellschaftsstruktur offenzulegen.

Daher ist Kontrolle im Investitionsschutzrecht objektiv, indirekt und material nach dem endgültigen Kontrollinhaber zu bestimmen; der subjektiven und formalen Bestimmung

⁶⁶⁸ Siehe oben unter 2. Kapitel, B. IV.4.

kommt hierbei Indizwirkung zu. Dies ermöglicht eine praktikable Anwendung der Kontrolltheorie als Korrektiv. Eine solche einheitliche Bestimmung von Kontrolle schafft Rechtssicherheit, deren Bedeutung, gerade in einem relativ jungen Rechtsgebiet wie dem Investitionsschutzrecht, nicht hoch genug eingeschätzt werden kann.

4. Kapitel: Schlussbetrachtung

Ausgangspunkt dieser Arbeit war die Frage, ob Kontrolle im internationalen Investitionsschutzrecht von Bedeutung ist. Auf den ersten Blick schien Kontrolle keine besondere Bedeutung im internationalen Investitionsschutzrecht zuzukommen. Zwar hat die Kontrolltheorie eine gewisse Relevanz zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit von juristischen Personen. Jedoch sind hier die formalen Theorien (Gründungs- und Sitztheorie) herrschend und werden auch überwiegend von Staaten in ihren IIA verwendet. Bei genauerer Betrachtung hat sich jedoch gezeigt, dass die Bedeutung der Kontrolltheorie unterschätzt wird und eine umfassende Befassung mit der Relevanz von Kontrolle und deren Bestimmung im internationalen Investitionsschutzrecht angezeigt ist.

A. Keine allgemeine Anerkennung der Kontrolltheorie zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit von juristischen Personen

Die Staatszugehörigkeit von juristischen Personen ist im internationalen Investitionsschutzrecht von großer Bedeutung, da diese über die Eröffnung des Schutzbereichs eines bestimmten IIA und die Zuständigkeit von Schiedsgerichten entscheidet.⁶⁶⁹ Kann der klagende Investor die relevante IIA-Staatszugehörigkeit sowie die Zuständigkeitsvoraussetzungen von Art. 25 der ICSID-Konvention nicht nachweisen, ist die Zuständigkeit *ratione personae* nicht gegeben und das Schiedsgericht hat die Klage als unzulässig abzuweisen.⁶⁷⁰

Im ersten Kapitel wurde dargestellt, dass grundsätzlich alleine die formalen Theorien, welche die Staatszugehörigkeit einer juristischen Person nach dem Gründungsort oder Sitz bestimmen, allgemein anerkannt sind.⁶⁷¹ Die Kontrolltheorie dahingegen, welche die Staatszugehörigkeit nach der Staatsangehörigkeit des kontrollierenden Anteilseigners bestimmt, ist nicht allgemein anerkannt. Es wird zwar zugestanden, dass ein Vorteil der Kontrolltheorie die interessengemäße Bestimmung der Staatszugehörigkeit von

⁶⁶⁹ Siehe oben unter 1. Kapitel, A.

⁶⁷⁰ Siehe oben unter 1. Kapitel, A. II.

⁶⁷¹ Siehe oben unter 1. Kapitel, B. I und B. II.

Gesellschaften ist, jedoch wird eine allgemeine Anwendung der Kontrolltheorie unter anderem auf Grund angeblicher Impraktikabilität abgelehnt.⁶⁷²

Auch im Investitionsschutzrecht kommt der Kontrolltheorie grundsätzlich keine große Bedeutung zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit von juristischen Personen zu.⁶⁷³ Zwar findet sich die Kontrolltheorie in der ICSID-Konvention, jedoch nur als Ausnahmeregelung in Fällen, in denen eine klagende Gesellschaft im Gaststaat inkorporiert ist.⁶⁷⁴ Auch IIA verwenden teilweise die Kontrolltheorie, wobei dieser dabei entweder eine extensive oder restriktive Funktion zukommt. Überwiegend finden sich in IIA jedoch die formalen Theorien.⁶⁷⁵

Zudem hat eine Auslegung der ICSID-Konvention anhand der WVRK nach Wortlaut, Systematik, Telos sowie Historie gezeigt, dass im internationalen Investitionsschutzrecht die Staatszugehörigkeit einer Gesellschaft grundsätzlich alleine nach der Definition im jeweiligen IIA bestimmt wird.⁶⁷⁶ Die ICSID-Konvention selbst sieht grundsätzlich, mangels eigener Definition, die Anwendung einer bestimmten Theorie zur Determinierung der Staatszugehörigkeit von juristischen Personen nicht vor.⁶⁷⁷ Folglich wird durch die Definition der Staatszugehörigkeit im jeweiligen IIA der Wortlaut der ICSID-Konvention konkretisiert. Eine ausdehnende Wortlautauslegung wird grundsätzlich abgelehnt, da der Wortlaut des IIA auf Grund der fehlenden Definition durch die ICSID-Konvention als abschließend betrachtet wird.⁶⁷⁸

Somit ist die Kontrolltheorie im Investitionsschutzrecht derzeit nicht allgemein zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit einer juristischen Person anerkannt. Sie findet nur Anwendung, wenn sie explizit im IIA vorgesehen ist. Dieses Ergebnis schließt jedoch nicht aus, dass der Kontrolltheorie auf Grund ihrer interessengemäßen Bestimmung eine Bedeutung als Korrektiv zur Verhinderung von Missbräuchen zukommen kann.

⁶⁷² Siehe oben unter 1. Kapitel, B. III.

⁶⁷³ Siehe oben unter 1. Kapitel, C.

⁶⁷⁴ Siehe oben unter 1. Kapitel, C. I.1.

⁶⁷⁵ Siehe oben unter 1. Kapitel, C. I.2.

⁶⁷⁶ Siehe oben unter 1. Kapitel, C. II.2.

⁶⁷⁷ Siehe oben unter 1. Kapitel, C. II.2.e).

⁶⁷⁸ Siehe oben unter 1. Kapitel, C. II.3.

B. Die Kontrolltheorie als Korrektiv

Im zweiten Kapitel wurde die These aufgestellt, dass bei einer Anwendung der Kontrolltheorie als Korrektiv Missbräuche verhindert werden können. Die sich anschließende Untersuchung des Missbrauchsverbots sowie potentiell missbräuchlicher Strukturierungskonstellationen hat gezeigt, dass bei Vorliegen bestimmter Kriterien eine Anwendung der Kontrolltheorie als Korrektiv erforderlich ist.

I. Sinn und Zweck der ICSID-Konvention erfordert eine Korrektur bei Missbräuchen

Sinn und Zweck der ICSID-Konvention ist es, internationale Streitigkeiten von ausländischen Investoren beizulegen⁶⁷⁹ sowie Missbräuche zu verhindern⁶⁸⁰ und das vertragliche Gegenseitigkeitsverhältnis aufrechtzuerhalten⁶⁸¹. Folglich sind nur Investitionen von originären Investoren geschützt. Als *originär* sind Investoren anzusehen, die (i) einen tatsächlichen Bezug zu dem Staat haben, dessen investitionsrechtliches Schutzsystem sie geltend machen und (ii) nicht Staatsangehörige des Gaststaates sind.

Dies steht auch im Einklang mit dem Willen der Vertragsstaaten, der die Grenze jeglicher Auslegung ist.⁶⁸² Es ist im Sinne der Vertragsstaaten, dass Klagen von Investoren, die sich durch missbräuchliche Strukturierungskonstellationen Zugang zum investitionsrechtlichen Schutzsystem verschaffen, als unzulässig abgewiesen werden.

II. Anwendungsbereich der Kontrolltheorie als Korrektiv bei missbräuchlichen Strukturierungskonstellationen von Investoren

Zuerst ist festzuhalten, dass unter einem Missbrauch eine funktionswidrige, dem Gut-Glauben-Grundsatz widersprechende Ausnutzung eines Rechts oder einer Rechtsposition verstanden wird und das Missbrauchsverbot die Anwendung eines Rechts einschränken kann.⁶⁸³ Im Völkerrecht sowie im internationalen Investitionsschutzrecht sind der Gut-

⁶⁷⁹ Siehe oben unter 1. Kapitel, C. II.2.c).

⁶⁸⁰ Siehe oben unter 2. Kapitel, A. I.

⁶⁸¹ Siehe oben unter 2. Kapitel, A. II.

⁶⁸² Siehe oben unter 2. Kapitel, A. III.

⁶⁸³ Siehe oben unter 2. Kapitel, B. I.

Glauben-Grundsatz sowie das Missbrauchsverbot allgemein anerkannt.⁶⁸⁴ Auf Grund der allgemeinen Ausprägung dieser Grundsätze ist jedoch die Herausarbeitung konkreter Kriterien für das Vorliegen eines Missbrauchs schwierig; diese sind vielmehr im Zusammenhang mit den einzelnen Anwendungsbereichen zu bestimmen.

Ein solcher Anwendungsbereich wird insbesondere durch die beiden potenziell missbräuchlichen Strukturierungskonstellationen von Investoren eröffnet: dem *treaty shopping* sowie Klagen von Investoren gegen ihren Heimatstaat. Hierbei kommen ein Missbrauch der juristischen Person⁶⁸⁵ sowie ein Missbrauch des investitionsrechtlichen Schutzsystems⁶⁸⁶ in Betracht.

1. Treaty shopping

Das *treaty shopping* verfolgt das Ziel, eine Investition in den Anwendungsbereich eines bestimmten IIA zu bringen bzw. als Investor in dessen Anwendungsbereich zu gelangen. Verschiedene Tochtergesellschaften in der Konzernstruktur der investierenden Muttergesellschaft haben dabei den alleinigen Zweck, den bestmöglichen Schutz der Investition zu ermöglichen. Die Tochtergesellschaften entfalten dabei keine eigene wirtschaftliche Tätigkeit. Ermöglicht wird dieses Vorgehen durch die formalen Theorien zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit. So kann ein Investor aus dem Staat A, der keinen BIT mit dem Staat B besitzt, seine Investition über eine in Staat C, der einen BIT mit Staat B besitzt, gegründete Briefkastengesellschaft tätigen und so unter den Schutz des BIT der Staaten B und C fallen. Je nach dem Zeitpunkt der (Um)Strukturierung wird zwischen dem *treaty shopping* und dem *post treaty shopping* unterschieden. Der zweite Fall ist gegeben, wenn die (Um)Strukturierung erst nach der Vorhersehbarkeit einer Streitigkeit erfolgt.⁶⁸⁷ Schiedsgerichte sehen das *treaty shopping* grundsätzlich als legal an und eine Ausnahme wird nur bei Vorliegen eines Missbrauchs anerkannt.⁶⁸⁸

⁶⁸⁴ Siehe oben unter 2. Kapitel, B. I.1 und B. I.2.

⁶⁸⁵ Siehe oben unter 2. Kapitel, B. II.1.

⁶⁸⁶ Siehe oben unter 2. Kapitel, B. II.2.

⁶⁸⁷ Siehe oben unter 2. Kapitel, B. III.1.a).

⁶⁸⁸ Siehe oben unter 2. Kapitel, B. III.1.b)

2. Klagen von Investoren gegen ihren Heimatstaat

Bei pragmatischer Betrachtung erscheint es abwegig, dass im *internationalen* Investitionsschutzrecht Klagen von Investoren gegen ihren Heimatstaat – also rein nationale Streitigkeiten in einem internationalen Forum – möglich sind. Jedoch ist dies eine Auswirkung der rein formalen Bestimmung der Staatszugehörigkeit von juristischen Personen. Wird eine Investition durch eine im Ausland gegründete Gesellschaft getätigt, die von Staatsangehörigen des Heimatstaates kontrolliert wird, führt allein die Anwendung der Kontrolltheorie zu dem Vorliegen einer Klage eines Investors gegen seinen Heimatstaat. Anderenfalls wird der Investor durch den Schleier der Gesellschaft geschützt.⁶⁸⁹

Dennoch sehen Schiedsgerichte jedoch auch Klagen von Investoren gegen ihren Heimatstaat nicht grundsätzlich als missbräuchlich an. Erst jüngere Entscheidungen haben bei Vorliegen bestimmter Kriterien, insbesondere einer (Um)Strukturierung nach Vorhersehbarkeit der Streitigkeit, einen Missbrauch angenommen.⁶⁹⁰

III. Kriterien für das Vorliegen einer missbräuchlichen Strukturierungskonstellation

Die Abgrenzung zwischen legalen und missbräuchlichen Strukturierungskonstellationen erfolgt durch objektive sowie subjektive Kriterien. Entscheidend ist, ob die (Um)Strukturierung, nachdem eine Streitigkeit vorhersehbar ist, getätigt wurde und der Investor dabei bösgläubig war. Letzteres ist dann anzunehmen, wenn der Investor die Streitigkeit kennt oder bereits mit hoher Wahrscheinlichkeit vorhersehen kann und er die (Um)Strukturierung trotz dieser Kenntnis vornimmt. Den objektiven Kriterien kommt eine Indizwirkung für die Feststellung der Bösgläubigkeit als subjektives Kriterium zu.

1. Zweck der Strukturierungskonstellation

Der Zweck der (Um)Strukturierung kann ein Indiz für die Feststellung eines Missbrauchs sein. Die Wahl des Gründungsortes oder Sitzes einer Gesellschaft lediglich auf Grund des

⁶⁸⁹ Siehe oben unter 2. Kapitel, B. III.2.a).

⁶⁹⁰ Siehe oben unter 2. Kapitel, B. III.2.b).

vorteilhaften investitionsrechtlichen Schutzsystems mag daher das Vorliegen eines Missbrauchs nahelegen, muss jedoch anhand weiterer Kriterien geprüft werden.⁶⁹¹

2. Zeitpunkt der Strukturierungskonstellation

Entscheidend für die Feststellung einer missbräuchlichen Strukturierungskonstellation ist der Zeitpunkt der (Um)Strukturierung. Wird diese, bevor eine Streitigkeit vorhersehbar oder entstanden ist, vorgenommen, ist sie grundsätzlich legal.⁶⁹² Hingegen sind Strukturierungskonstellationen dann missbräuchlich, wenn im Zeitpunkt der (Um)Strukturierung eine Streitigkeit bereits vorhersehbar ist.⁶⁹³ Daher ist zur Bestimmung eines Missbrauchs auf den Zeitraum zwischen dem Zeitpunkt der (Um)Strukturierung und dem der Streitigkeit abzustellen. Schwierigkeiten bereitet hierbei insbesondere die Beurteilung, wann eine Streitigkeit vorhersehbar ist.

Zur Ermittlung des Zeitpunkts der Streitigkeit kann entweder auf den Erlass der staatlichen Maßnahme oder die Klageerhebung abgestellt werden. Letzteres ist zwar praktikabel aber nicht sachgerecht, da ein streitauslösendes Ereignis grundsätzlich zeitlich vor einer Klageerhebung auftritt.⁶⁹⁴ Vielmehr ist auf den Zeitpunkt abzustellen, an dem die später streitgegenständliche staatliche Maßnahme, die geeignet ist, Rechte des Investors zu beeinträchtigen, getätigt oder in Aussicht gestellt wird.⁶⁹⁵

3. Bösgläubigkeit des Investors

Ein weiteres Kriterium zur Feststellung einer missbräuchlichen Strukturierungskonstellation ist die Bösgläubigkeit des Investors (subjektives Kriterium). Ein Investor ist bei der Vornahme einer (Um)Strukturierung bösgläubig, wenn er (i) eine ursprünglich nationale Streitigkeit nach deren Vorhersehbarkeit an eine Gesellschaft mit einer anderen Staatszugehörigkeit überträgt, um den Streit daraufhin einem ICSID-Schiedsgericht vorzulegen, oder (ii) nach Vorhersehbarkeit der Streitigkeit eine juristische Person in einem

⁶⁹¹ Siehe oben unter 2. Kapitel, B. IV.1.

⁶⁹² Siehe oben unter 2. Kapitel, B. IV.2.a).

⁶⁹³ Siehe oben unter 2. Kapitel, B. IV.2.b).

⁶⁹⁴ Siehe oben unter 2. Kapitel, B. IV.2.c)(1).

⁶⁹⁵ Siehe oben unter 2. Kapitel, B. IV.2.c)(2).

Gaststaat lediglich dazu gründet, um Zugang zum Schutzsystem eines IIA zu erhalten.⁶⁹⁶ Das Vorliegen der objektiven Kriterien indiziert folglich die Bösgläubigkeit.⁶⁹⁷

4. Beweislast

Zwar trägt der klagende Investor grundsätzlich die Beweislast dafür, dass die Zuständigkeitsvoraussetzungen des IIA sowie der ICSID-Konvention erfüllt sind. Es obliegt jedoch dem beklagten Gaststaat nachzuweisen, dass eine missbräuchliche Strukturierungskonstellation vorliegt und daher die Zuständigkeit zu versagen ist. Da es sich bei der Bösgläubigkeit um ein subjektives Kriterium aus der Sphäre des Investors handelt, das der Gaststaat nur schwer nachweisen kann, kommt es bei Vorliegen der beiden objektiven Voraussetzungen – Zweck der Strukturierungskonstellation sowie (Um)Strukturierung nach Vorhersehbarkeit der Streitigkeit – zu einer Beweiserleichterung zu Gunsten des Gaststaates.⁶⁹⁸

IV. Erfordernis der Anwendung der Kontrolltheorie als Korrektiv

Die Anwendung der Kontrolltheorie als Korrektiv bei missbräuchlichen Strukturierungskonstellationen ist erforderlich, da keine anderen Maßnahmen in Betracht kommen. Das Missbrauchsprinzip *per se* verhindert nur die Ausübung eines Rechts, ermöglicht aber nicht die interessengemäße Bestimmung der Staatszugehörigkeit.

Es besteht zwar die Möglichkeit der Verwendung von *denial of benefits*-Klauseln; diese erfassen jedoch nur das *treaty shopping* und nicht Klagen von Investoren gegen ihren Heimatstaat.⁶⁹⁹ Außerdem müssen *denial of benefits*-Klauseln ausgeübt werden⁷⁰⁰ und wenn dies geschehen ist, haben diese keine Rückwirkung⁷⁰¹. Darüberhinaus verwenden nur wenige IIA *denial of benefits*-Klauseln.⁷⁰² Folglich sind *denial of benefits*-Klauseln nicht geeignet,

⁶⁹⁶ Siehe oben unter 2. Kapitel, B. IV.3.

⁶⁹⁷ Siehe oben unter 2. Kapitel, B. IV.3.

⁶⁹⁸ Siehe oben unter 2. Kapitel, B. IV.4.

⁶⁹⁹ Siehe oben unter 2. Kapitel, C. I.

⁷⁰⁰ Siehe oben unter 2. Kapitel, C. II.

⁷⁰¹ Siehe oben unter 2. Kapitel, C. III.

⁷⁰² Siehe oben unter 2. Kapitel, C. IV.

missbräuchliche Strukturierungskonstellationen zu adressieren und machen daher eine Anwendung der Kontrolltheorie als Korrektiv nicht entbehrlich.

Zudem hat die Untersuchung verschiedener weiterer möglicher Maßnahmen zur Gewährleistung einer einheitlichen Anwendung der Kontrolltheorie als Korrektiv ergeben, dass in absehbarer Zeit lediglich eine gleichbleibende Entscheidungspraxis der Schiedsgerichte in Betracht kommt. Folglich liegt es in der Verantwortung jedes einzelnen Schiedsgerichts, trotz der mangelnden Bindungswirkung vorhergehender Entscheidungen eine einheitliche Rechtsprechung zu gewährleisten, insbesondere da die Praxis zeigt, dass sich Schiedsgerichte maßgeblich auf vorangegangene Urteile beziehen.⁷⁰³ Zusätzlich können Schiedsgerichte monetäre Anreize setzen, indem sie Investoren bei missbräuchlichen Strukturierungskonstellationen die vollen Kosten des Schiedsverfahrens auferlegen.⁷⁰⁴ Hingegen sind auf Grund der praktischen Umsetzungsprobleme (i) die Schaffung einer ICSID-Berufungsinstanz⁷⁰⁵, (ii) die Schaffung eines internationalen Investitionsgerichtshofs⁷⁰⁶ und (iii) die Neuverhandlung von IIA⁷⁰⁷ keine Maßnahmen, die zeitlich absehbar geeignet sind, eine einheitliche Anwendung der Kontrolltheorie als Korrektiv zu gewährleisten.

C. Einheitliche Bestimmung von Kontrolle

Die Untersuchung der Bestimmung von Kontrolle im Zusammenhang mit der Ausnahmeregelung zu Art. 25(2)(b) ICSID-Konvention sowie im Rahmen des investitionsrechtlichen Enteignungsrechts hat gezeigt, dass eine einheitliche Bestimmung von Kontrolle möglich ist. Kontrolle ist hierbei objektiv, indirekt und material nach dem endgültigen Kontrollinhaber zu bestimmen, wobei jedoch der subjektiven und formalen Bestimmung eine Indizwirkung zukommt. Die Annahme von Regelbeispielen ermöglicht eine praktikable Bestimmung von Kontrolle.

⁷⁰³ Siehe oben unter 2. Kapitel, D.

⁷⁰⁴ Siehe oben unter 2. Kapitel, D. IV.

⁷⁰⁵ Siehe oben unter 2. Kapitel, D. I.

⁷⁰⁶ Siehe oben unter 2. Kapitel, D. II.

⁷⁰⁷ Siehe oben unter 2. Kapitel, D. III.

I. Objektive Bestimmung von Kontrolle

Kontrolle ist objektiv zu bestimmen und daher hat ein Schiedsgericht das tatsächliche Vorliegen von Kontrolle eigenständig zu ermitteln. Hierbei kommt jedoch einem subjektiven Kontrollübereinkommen Indizwirkung zu.⁷⁰⁸

II. Indirekte Bestimmung von Kontrolle

Kontrolle ist zudem indirekt nach dem endgültigen Kontrollinhaber zu bestimmen.⁷⁰⁹ Kontrolle kann daher, im Gegensatz zur direkten Bestimmung, über die unmittelbare Gesellschaft in der Unternehmensstruktur hinaus ausgeübt werden. Eine rein direkte Bestimmung von Kontrolle ermöglicht keine interessengemäße Bestimmung der Staatszugehörigkeit nach dem originären Investor und ist daher abzulehnen.⁷¹⁰

Zur Bestimmung des endgültigen Kontrollinhabers hat der klagende Investor die relevanten Unterlagen vorzulegen. Hierzu kann das Schiedsgericht den Investor erforderlichenfalls auffordern.⁷¹¹

III. Materiale Bestimmung von Kontrolle

Zwar indiziert das Bestehen von formaler (rechtlicher) Kontrolle deren Vorliegen, jedoch ist zu fordern, dass Kontrolle material (tatsächlich) bestimmt wird.⁷¹² Vorteil der formalen Bestimmung ist, dass keine Einzelfallbetrachtung erforderlich ist, sondern bei Halten von 30% (oder mehr) der Anteile an einer Gesellschaft das Bestehen von Kontrolle angenommen wird.⁷¹³ Hingegen muss bei einer materialen Bestimmung dargelegt werden, dass ein bestimmender Einfluss auf die Gesellschaft besteht.⁷¹⁴ Eine solche materiale Bestimmung von

⁷⁰⁸ Siehe oben unter 3. Kapitel, A. I.1.

⁷⁰⁹ Siehe oben unter 3. Kapitel, A. I.2.

⁷¹⁰ Siehe oben unter 3. Kapitel, A. I.2.a) und A. I.2.b).

⁷¹¹ Siehe oben unter 3. Kapitel, A. I.2.b)(3).

⁷¹² Siehe oben unter 3. Kapitel, A. II.

⁷¹³ Siehe oben unter 3. Kapitel, A. II.1.b).

⁷¹⁴ Siehe oben unter 3. Kapitel, A. II.1.c).

Kontrolle ermöglicht die Ermittlung des tatsächlichen Kontrollinhabers und erlaubt eine Abgrenzung zwischen Portfolio- und Direktinvestitionen.⁷¹⁵

Eine Untersuchung der Bestimmung der Form und des Umfangs von Kontrolle durch ICSID-Schiedsgerichte⁷¹⁶, das Iran-U.S. Claims Tribunal⁷¹⁷ sowie in anderen Rechtsgebieten⁷¹⁸ hat gezeigt, dass das Vorliegen einer dauerhaften bestimmenden Einflussnahme (tatsächlicher Kontrolle) bei Halten von 30% der Gesellschaftsanteile indiziert ist. Dies muss jedoch durch das Vorliegen folgender alternativer Kriterien unterstützt werden:

- Bestehen von Stimmrechten;
- Möglichkeit, wichtige Entscheidungen der Gesellschaft blockieren zu können;
- erheblicher Einfluss auf das Management und den Geschäftsbetrieb;
- erheblicher Einfluss auf die Auswahl des Vorstands und des Aufsichtsrats.

Ein weiterer Vergleich mit den von Schiedsgerichten aufgestellten Kriterien für das Vorliegen einer indirekten Enteignung bei einem Kontrollverlust hat diese Kriterien bestätigt.⁷¹⁹

D. Abschließendes Fazit zu den Thesen und Ausblick

Zwar haben Schiedsgerichte in jüngerer Zeit zunehmend ihre Zuständigkeit bei missbräuchlichen Klagen von Investoren abgelehnt. Jedoch fehlt es bisher an einer einheitlichen Entscheidungspraxis und der damit einhergehenden Rechtssicherheit für Staaten sowie Investoren.

Dies ist unter anderem darauf zurückzuführen, dass Schiedsgerichte bei missbräuchlichen Strukturierungskonstellationen die Ablehnung ihrer Zuständigkeit unterschiedlich begründen – manche Schiedsgerichte stellen lediglich auf das Missbrauchsverbot ab⁷²⁰ und wiederum andere versagen ihre Zuständigkeit *ratione materiae*⁷²¹ oder *ratione temporis*⁷²². Keines der

⁷¹⁵ Siehe oben unter 3. Kapitel, A. II.1.c)(1).

⁷¹⁶ Siehe oben unter 3. Kapitel, A. II.1.c)(2).

⁷¹⁷ Siehe oben unter 3. Kapitel, A. II.2.

⁷¹⁸ Siehe oben unter 3. Kapitel, A. II.3.

⁷¹⁹ Siehe oben unter 3. Kapitel, B. II.

⁷²⁰ Siehe oben unter 2. Kapitel, B. III.1.b)(11), B. III.1.b)(12), B. III.1.b)(13)

⁷²¹ Siehe oben unter 2. Kapitel, B. III.2.b)(4).

Schiedsgerichte knüpfte jedoch bislang an die Zuständigkeit *ratione personae* an; obwohl eine solche Anknüpfung im Zusammenhang mit der Anwendung der Kontrolltheorie als Korrektiv bei Missbräuchen eine dogmatisch überzeugende Begründung zur Ablehnung der Zuständigkeit bietet.

Daher ist zu fordern, dass Schiedsgerichte die Kontrolltheorie – welche im Gegensatz zu den formalen Theorien eine interessengemäße Bestimmung der Staatszugehörigkeit von juristischen Personen ermöglicht – bei Missbräuchen als Korrektiv anwenden, wobei Kontrolle hierbei objektiv, indirekt und material nach dem endgültigen Kontrollinhaber zu bestimmen ist. Dabei kommt der subjektiven und formalen Bestimmung eine Indizwirkung zu.

Eine interessengemäße Bestimmung ist insbesondere deswegen erforderlich, da in den letzten Jahren Investoren zunehmend durch verschiedene Strukturierungskonstellationen das Ziel verfolgt haben, den bestmöglichen Schutz ihrer Investition zu erreichen. Dies ist grundsätzlich nicht verwerflich, bestimmte Strukturierungskonstellationen von Investoren können jedoch missbräuchlich sein.⁷²³ Solche missbräuchliche Strukturierungskonstellationen und deren (ursprüngliche) Billigung durch Schiedsgerichte haben zu der Legitimationskrise des internationalen Investitionsschutzrechts beigetragen.

Eine Anwendung der Kontrolltheorie als Korrektiv verhindert die Eröffnung des Schutzbereichs der ICSID-Konvention sowie von IIA bei missbräuchlichen Strukturierungskonstellationen und begegnet damit zumindest einem der verschiedenen Kritikpunkte am internationalen Investitionsschutzrecht. Daher ist es an der Zeit, der Kontrolltheorie, die ursprünglich für Krisenzeiten zur Ermöglichung einer interessengemäßen Bestimmung entwickelt⁷²⁴ wurde, mehr Bedeutung zukommen zu lassen.

⁷²² Siehe oben unter 2. Kapitel, B. III.2.b)(6).

⁷²³ Siehe oben unter 2. Kapitel, B. III und B. IV.

⁷²⁴ Siehe oben unter 1. Kapitel, B. III.1.

Lebenslauf:

Ausbildung und Tätigkeiten

- seit 04/2015 **Senior Associate, Pinsent Masons Germany LLP, München**
Bereich: International Arbitration, Construction & Engineering
- 10/2012 – 10/2014 **Rechtsreferendariat, OLG München**
Zweite Juristische Staatsprüfung
- Anwaltsstation bei **CMS Hasche Sigle**, München
Bereich: **Arbitration** bei Dr. Klaus Sachs
- Wahlstation beim **ICC International Court of Arbitration**, Paris
- 09/2011 – 09/2012 **Wissenschaftliche Mitarbeiterin, Linklaters LLP, München**
Bereich: Gesellschaftsrecht
- seit 09/2011 **Promotion im Internationalen Investitionsschutzrecht,**
Universität zu Köln
Prof. Dr. Burkhard Schöbener, Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Völker- und Europarecht
- 09/2010 – 09/2011 **LL.M.-Studium, University of Edinburgh**
Schwerpunkt: Investitionsschutzrecht und internationale
Schiedsgerichtsbarkeit
- 10/2005 – 01/2010 **Studium der Rechtswissenschaften,**
Ludwig-Maximilians-Universität München
Schwerpunkt: Internationales und Europäisches Öffentliches Recht
- 09/1996 – 06/2005 **Wieland-Gymnasium Biberach an der Riss, Abitur**